

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2015.00022

vom 9. Oktober 2018

ZH Sozialversicherungsgericht, 2018-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2015.00022

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2015.00022 du 9 octobre 2018

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2015.00022 del 9 ottobre 2018

Erwägungen

E. 1

Die A.____ mit Sitz in B.____ war der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen und rechnete mit ihr die paritätischen und FAK-Beiträge ab (vgl. Urk. 3/9-10). Mit Urteil vom 20. August 2012 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Dietikon über die Gesellschaft den Konkurs; am 21. September 2012 wurde das Verfahren mangels Aktiven eingestellt (Urk. 30).

Mit Verfügungen vom 9. Juli 2013 (Urk. 14/42-44) verpflichtete die Ausgleichskasse den ehemaligen Verwaltungsratspräsidenten der Konkursitin, X.____, sowie die ehemaligen Verwaltungsratsmitglieder, Dr. Y.____ und Z.____, in solidarischer Haftung zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangene Beiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 151'921.55. Die dagegen erhobenen Einsprachen von X.____ (Urk. 14/38), Dr. Y.____ (Urk. 14/39) und Z.____ (Urk. 14/37) hiess die Ausgleichskasse mit Entscheidungen vom 14. April 2015 (Urk. 14/11-13 = Urk. 2, Urk. 4/2 und Urk. 7/2) teilweise gut und reduzierte die geforderte Schadenersatzsumme auf Fr. 110'068.45.

E. 1.1

In seiner Eingabe vom 30. November 2017 (Urk. 41) liess der Beigeladene nicht nur die Abweisung der Beschwerden der Beschwerdeführer 1 und 2 (Anträge Ziff. 1 und 2) beantragen, sondern auch einen ihn betreffenden Feststellungsantrag (Antrag Ziff. 3) stellen, nämlich: Es sei festzustellen, dass den Beigeladenen kein Verschulden betreffend die Ausstände bei der Beschwerdegegnerin treffe.

Die Beschwerdeführer 1 und 2 beantragten, es sei auf dieses Feststellungsbegehren nicht einzutreten (Urk. 47 S. 2). Die Beschwerdegegnerin erachtete die Ausführungen des Beigeladenen im vorliegenden Prozess insgesamt als «nicht relevant» (Urk. 44).

E. 1.2

Wie bereits ausgeführt wurde, ist auf die Beschwerde des Beigeladenen mit Beschluss vom 26. Januar 2017 (Urk. 49) im Prozess Nr. AK.2016.00057 nicht eingetreten worden. Dagegen wurde kein Rechtsmittel erhoben. Der gegen den Beigeladenen gerichtete Einspracheentscheid vom 14. April 2015 (Urk. 7/2), mit welchem er verpflichtet wurde, Schadenersatz im Betrag von Fr. 110'068.45 zu leisten, ist demzufolge in Rechtskraft erwachsen.

Über die Frage der Haftung des Beigeladenen ist bereits rechtskräftig entschieden worden; es handelt sich um eine res

iudicata . Das Verschulden des Beigeladenen ist eine Haftungsvoraussetzung; über das Verschulden des Beigeladenen kann bereits aus diesem Grund (res iudicata) nicht nochmals entschieden werden.

Weiter ist zu berücksichtigen, dass durch eine Beiladung weder der Anfechtungs- noch der Streitgegenstand erweitert wird (Melchior Volz, in: Christian Zünd/Britte Pfiffner Rauber [Hrsg.], Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, N 30 zu § 14 GSVGer mit Hinweisen). Es geht im vorliegenden Prozess ausschliesslich darum, ob die gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 gerichteten Einspracheentscheide vom 14. April 2015 (Urk. 2 und Urk. 4/2) aufzuheben sind oder nicht beziehungsweise um die umstrittene Schadenersatzpflicht der beiden Beschwerdeführer, nicht jedoch um das (bereits im Einspracheentscheid vom

14. April 2015 rechtskräftig festgestellte [vgl. Urk. 7/2 S. 4 E. 7a]) Verschulden des Beigeladenen.

Auf den in der Eingabe des Beigeladenen vom 30. November 2017 (Urk. 41) gestellten Feststellungsantrag (Antrag Ziff. 3) ist nicht einzutreten. 2.

E. 2

Die Beschwerde des Beschwerdeführers 2 vom 18. Mai 2015 gegen den Einspracheentscheid der SVA Zürich vom

14. April 2015 sei abzuweisen;

E. 2.1

Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zufügt, diesen zu ersetzen. Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch (Art. 52 Abs. 2 AHVG).

Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatz- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung) so wie auf jene an die Familienausgleichskassen (FAK) gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (Art. 25 lit. c). Gleiches gilt für die bis 31. Dezember 2008 nach kantonalem Recht erhobenen FAK-Beiträge (§ 33 Abs. 2 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer in der bis Ende 2007 gültigen Fassung bzw. § 33 des ab 1. Januar 2008 bis 30. Juni 2009 gültigen Kinderzulagengesetzes; nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts 2P.251/1996 vom 30. Juni 1997).

E. 2.2

Mit Eingabe vom 15. Juni 2015 (Urk. 7/1) liess auch Z. ___ gegen den ihn betreffenden Einspracheentscheid vom 14. April 2015 Beschwerde erheben mit folgenden Anträgen:

Es sei der angefochtene Einspracheentscheid der SVA Zürich vom 14.04.2015 vollumfänglich aufzuheben, und es sei festzustellen, dass den Beschwerdeführer keine Haftung gemäss Art. 52 AHVG trifft;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 8 % Mwst. zu Lasten der Beschwerdegegnerin resp. des Staates.

Sodann liess er die nachfolgenden prozessualen Anträge stellen: 1.

Es sei die Beschwerdefrist wiederherzustellen;

E. 2.2.1

Der Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 126 V 443 E. 3a, 121 III 382 E. 3bb, 388 E. 3a, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. beispielsweise BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. beispielsweise BGE 121 V 234, 240). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 12 E. 5b, 170 E. 2a, 112 V 156 E. 2, 108 V 189 E. 2d, je mit Hinweisen). Im zweiten Fall gilt der Schadenseintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 12 E. 5b, 170 E. 2a, 121 III 382 E. 3bb, 113 V 256, 112 V 156 E. 2).

E. 2.2.2

Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten (Art. 52 Abs. 3 AHVG; vgl. auch BGE 131 V 4 oben).

Bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gilt der Schaden als mit dem entsprechenden Beschluss eingetreten, der den Konkurs amtlich für fruchtlos erklärt, woraus der Verlust der Beitragsforderung der Ausgleichskasse resultiert. Die Frist von zwei Jahren für die Geltendmachung der Schadenersatzforderung seit Kenntnis des Schadens beginnt demnach vom Zeitpunkt der Fruchtloserklärung beziehungsweise von deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) an zu laufen (BGE 129 V 193 E. 2.3, 128 V 10 E. 5a, 126 V 443 E. 3c).

E. 2.2.3

Im Konkurs der A.____ wurde das Verfahren - wie erwähnt - am 21. September 2012 mangels Aktiven eingestellt (Urk. 30). Damit wurde die zweijährige Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 ATSG ausgelöst. Mit Erlass der Schadenersatzverfügungen vom 9. Juli 2013 (Urk. 14/42-44) wahrte die Beschwerdegegnerin diese Frist. Die streitgegenständlichen Solidarforderungen sind demnach nicht verjährt.

E. 2.3

In ihrer Beschwerdeantwort vom 3. September 2015 (Urk. 13) beantragte die Ausgleichskasse, es seien die Beschwerden abzuweisen, soweit auf sie einzutreten sei. In ihren Replikschriften vom 12. November 2015 (Urk. 22) beziehungsweise 19. Januar 2016 (Urk. 25) hielten X.____ und Dr. Y.____ sowie Z.____ an ihren Anträgen fest. Mit Schreiben

vom 17. Februar 2016 (Urk. 28) verzichtete die Ausgleichskasse auf Erstattung einer Duplik, was den Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht wurde (vgl. Urk. 29). Sodann wurde von Amtes wegen ein Auszug aus dem Handelsregister zu den Akten genommen (Urk. 30).

E. 2.4

Mit Verfügung vom 24. Januar 2017 (Urk. 31) wurde das Beschwerdeverfahren von Z.____ wieder vom vorliegenden Prozess abgetrennt und unter der neuen Prozessnummer AK.2016.00057 weitergeführt. Mit Beschluss vom 26. Januar 2017 (Urk. 49) wurde auf die Beschwerde nicht eingetreten.

E. 2.5

Mit Verfügung vom 14. Juni 2017 (Urk. 33) wurde Z.____ zum vorliegenden Prozess beigelegt. Mit Eingabe vom 30. November 2017 (Urk. 41) liess er folgende Anträge stellen: 1.

Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 vom 18. Mai 2015 gegen den Einspracheentscheid der SVA Zürich vom 14. April 2015 sei abzuweisen;

E. 3

Die in den Beschwerden vom 18. Mai 2015 angeführten Anträge seien gutzuheissen.

Dies wurde den übrigen Verfahrensbeteiligten zur Kenntnis gebracht (Urk. 48).

Auf die Ausführungen der Parteien und des Beigeladenen ist, soweit für die Entscheidung erforderlich, in den Erwägungen einzugehen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 3.1

Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihm gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht (Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.). Verwaltungs- und Betriebskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 382 E. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 189 E. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5).

E. 3.2.1

Die Beschwerdegegnerin stützte ihre Solidarforderungen gegenüber den Beschwerdeführern im Wesentlichen auf die Jahreslohnmeldungen der A.____ für 2011 (Urk. 14/103) und 2012 (Urk. 14/29 [vom Revisor erstellt]) und den Bericht des Revisors über die Arbeitgeberkontrolle vom 11. Dezember 2013 (Urk. 14/28; vgl. auch Urk. 14/19). Des Weiteren liegen der Kontoauszug vom 2. April 2015 (Urk. 3/9) und die Beitragsübersicht desselben Datums (Urk. 3/10) sowie zahlreiche Mahnungen (Urk. 14/49-50, 14/66-67, 14/69-74, 14/79-81, 14/86, 14/97, 14/109 - 111, 14/114-117, 14/119, 14/128-129, 14/136-137, 14/140 und 14/145), Betriebsbegehren (Urk. 14/59-63, 14/65 und 14/108), Verzugszinsabrechnungen (Urk. 14/77, 14/85, 14/98, 14/100, 14/125, 14/132, 14/142 und 14/162) und Zahlungsbefehle (Urk. 14/105-106) bei

den Akten.

Aus der Jahresabrechnung der A.____ für das Jahr 2011 (Urk. 14/103) und der vom Revisor erstellten Abrechnung für das Jahr 2012 (Urk. 14/29) ist ersichtlich, dass die A.____ von Januar 2011 bis Juni 2012 Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 1'689'567.90 ausge richtet hat. Der Ausstand resultiert aus der Gegenüberstellung der gemäss Konto auszug und Beitragsübersicht geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zuzüg lich Nebenkosten und der von der A.____ geleisteten Zahlungen. Danach besteht ein Saldo von Fr. 110'068.45 zu Gunsten der Be schwerdegegnerin (Urk. 3/9-10).

E. 3.2.2

Zum Quantitativ der Solidarforderungen führten die Beschwerdeführer 1 und 2 aus , der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Schadensbetrag sei nicht nachgewiesen beziehungsweise nicht nachvollzieh bar. Ins Auge springe etwa , dass die geforderte Schadenersatzsumme auch Ausstände mitumfasse, die in eine Zeitperi ode fielen, während der sie noch gar nicht Mitglied des Verwaltungsrats der A.____ gewesen seien. Alle Forderungen, die bis Ende März 2012 geschuldet gewesen und nicht bezahlt worden seien, fielen mit hin ohnehin ab ovo bei der Schadensberechnung ausser Betracht. Entsprechendes gelte für diejenigen Forderungen, die noch gar nicht fällig gewesen seien (Urk. 1 S. 19 ff. und Urk. 4/1 S. 19 ff.).

E. 3.3

Es ist eine gerichtsnotorische Tatsache, dass das von der Beschwerdegegnerin verwendete Buchhaltungsprogramm unübersichtlich und nicht leicht nachzuvoll ziehen ist. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Kontoauszug vom 2. April 2015 (Urk. 3/9) diverse handschriftlich vorgenommene Korrekturen aufweist, was dessen Übersichtlichkeit weiter beeinträchtigt. Das ändert aber nichts daran, dass die Buchungen und der Saldo mit noch vertretbarem Aufwand überprüft werden können. Dabei ist entscheidend, dass die Beschwerdegegnerin in den angefoch tenen Einspracheentscheiden die vorgenommenen Korrekturen im Einzelnen er klärte und begründete (Urk. 2 S. 2, Urk. 4/2 S. 2 und Urk. 7/2 S. 2). Darauf kann verwiesen werden.

Soweit die Beschwerdeführer 1 und 2 einwandten, dass ihre Haftung bezüglich derjenigen Beitragsausstände, die auf vor ihrem Amtsantritt als Verwaltungsräte ausbezahlten Löhnen beruhten, von vornherein nicht in Betracht komme , ist ihnen entgegenzuhalten, dass sie mit der Mandatsübernahme praxisgemäss in die Ver antwortung sowohl für die lau fenden als auch die verfallenen Beiträge eintraten. Es war somit ihre Pflicht, nich t nur für die Bezahlung der laufenden Beiträge, sondern und gerade auch für die Begleichung verfallener Abgaben besorgt zu sein (so bereits ZAK 1992 S. 254 E. 7b). Daran würde sich nur etwas ändern, wenn die Gesellschaft bereits bei ihrem Amtsantritt zahlungsunfähig gewesen wäre. So erwog das damalige Eidgenössisc he Versicherungsgericht i m Urteil H 3/02 vom 4. Juli 2002 (vgl. insbesondere E. 2b), die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG setze voraus, „dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Verletzung von Vorschriften und dem Eintritt des Schadens ein adäquater Kausalzusammen hang besteht. Nach der Rechtsprechung trifft das neu in den Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft eintretende Mitglied keine Ersatzpflicht, wenn in diesem Zeit punkt der Schaden zufolge Überschuldung des Unternehmens bereits entstanden ist (BGE 119 V 401 Erw . 4 mit Hinweisen).“ Dass aber die A.____ im Mai 2012 bei Amtsantritt der Beschwerdeführer 1 und 2 bereits überschuldet gewesen wäre, machten dies e zu Recht nicht geltend. Die A.____

befand sich zwar in einer schwierigen finanziellen Situation und bedurfte (unter anderem auch nach der Einschätzung der Beschwerdeführer [vgl. etwa Urk. 1 S. 6]) einer finanziellen Sanierung, aber von einer eingetretenen Zahlungsunfähigkeit oder gar Überschuldung konnte damals noch nicht die Rede sein. Die Schadensberechnung hinsichtlich der gegen die Beschwerdeführer 1 und 2 gerichteten Solidarforderungen wurde demzufolge zu Recht nicht von vornherein um diejenigen Schadenspositionen bereinigt, die ihren Ursprung in Lohnzahlungen hatten, die vor ihrem Amtsantritt erfolgt waren.

Auch im Übrigen ist die Schadensberechnung der Ausgleichskasse durch die Akten ausgewiesen. Anhaltspunkte für Berechnungsfehler sind nicht ersichtlich. Demzufolge ist vorliegend von einem relevanten Schaden in der Höhe von Fr. 110'068.45 auszugehen.

E. 4.1

Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. AHVV schreiben vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe. Die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe bedeutet eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG und zieht die volle Schadendeckung nach sich (BGE 118 V 193 E. 2a; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6).

E. 4.2

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die A.____ den ihr obliegenden Zahlungsverpflichtungen in den Jahren 2011 und 2012 nur unvollständig nachkam, weshalb sich die Beschwerdegegnerin gezwungen sah, die A.____ wiederholt zu mahnen und gegen die Gesellschaft auf dem Wege der Schuldbetreibung vorzugehen (vgl. oben E. 3.2.1). Vorliegend blieben geschuldete Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 110'068.45 unbezahlt (vgl. E. 3.3). Es bedarf keiner weiteren Ausführungen, dass die A.____ Vorschriften im Sinne von Art. 51 Abs. 1 AHVG verletzt hat, weshalb der von ihr verursachte Schaden grundsätzlich voll zu decken ist.

Zu prüfen bleibt, inwieweit diese Missachtung öffentlichrechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten der Beschwerdeführer zurückzuführen ist.

E. 5.1

Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 183 E. 1a S. 186). Absicht beziehungsweise Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht. Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zu fügt, aber

trotzdem nicht Schadenersatz pflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 183 E. 1b S. 186; ZAK 1985 S. 576 E. 2).

So kann es sein, dass es einem Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 183 S. 188; ZAK 1992 S. 248 E. 4b; vgl. BGE 132 III 523 S. 530).

E. 5.2.1

Grobe Fahrlässigkeit liegt praxismässig vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher die betreffende Person angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss. Dabei sind an die Sorgfaltspflicht einer Aktiengesellschaft hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Ähnlich ist zu differenzieren, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers zu ermitteln (BGE 108 V 199 E. 3a; ZAK 1985 S. 51 E. 2a, S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6).

E. 5.2.2

Nicht jedes einem Unternehmen als solchem anzulastende Verschulden muss auch ein solches seiner sämtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwägen, ob und inwieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb des Unternehmens zuzu rechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden (BGE 108 V 199 E. 3a; ZAK 1985 S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5). Gehören dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist für jede von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich insbesondere, wenn sie lediglich kollektiv unterschiftsberechtigt sind, die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (in BGE 119 V 86 nicht publizierte E. 2c des Urteils des Bundesgerichts H 94/91 vom 4. März 1993, nicht veröffentlichte Urteile H 171/87 vom 7. Dezember 1987 und H 25/87 vom 4. August 1987).

E. 6.1.1

Die Beschwerdeführer 1 und 2 brachten zu ihrer Entlastung im Wesentlichen vor, dass die A.____ eine 100%ige Tochtergesellschaft der C.____ (mit Domizil in D.____ und Kotierung an der Berliner Börse im freien Handel) gewesen sei. Einer der beiden « Ankeraktionäre » der C.____ sei der Beigeladene gewesen. Neben einem weiteren « Ankeraktionär », einem Rechtsanwalt und Notar aus E.____, seien noch mehr als 100 weitere Aktionäre im Aktienregister dieser Gesellschaft eingetragen gewesen (Urk. 1 S. 3 f. [Anmerkung: Die

Beschwerdeschriften der Beschwerdeführer 1 und 2 sind im Wesentlichen wortgleich; vgl. Urk. 1 und Urk. 4/1. Deshalb beschränken sich die Zitate auf Urk. 1, gelten aber mutatis mutandis

auch in Bezug auf Urk. 4/1).

Ab 2011 sei klar

geworden, dass es in absehbarer Zeit zu finanziellen Problemen kommen werde. Gleichzeitig habe die Fertigstellung der neuen Software noch einige Zeit in Anspruch genommen. Ohne Einnahmen hätten sich die Finanzmittel der Gruppe von Tag zu Tag reduziert. Anfang 2012 sei es dem Verwaltungsrat der A.____ vollkommen klar gewesen, dass rasch eine finanzielle Sanierung zu erfolgen habe. Der Sanierungsplan habe folgende Massnahmen ausgedehnt: Die beiden «Ankeraktionäre» würden Abschreibungen in Millionenhöhe vornehmen und noch zusätzlich Fr. 600'000. frisches Geld einschliessen. Beides sei bis zum 10. April 2012 vollumfänglich erfüllt worden. Zudem sollte frisches Kapital im Umfang von Fr. 3 Mio. bis 3,5 Mio. beschafft werden. Mit zwei neuen Verwaltungsräten, den Beschwerdeführern, habe man auch persönlich im Verwaltungsrat einen Neuanfang gemacht. Der Beigeladene, der Gründer des Unternehmens, sei mit dem Software-Produkt bis in alle Einzelheiten vertraut gewesen und habe bei den Aktionären grosses Vertrauen genossen. Er habe sich in dieser Situation bereit erklärt, sein Verwaltungsratsmandat weiterzuführen (S. 5 f.).

Im Zusammenhang mit dem geplanten Neuanfang der A.____ Gruppe seien drei Phasen vorgesehen gewesen: Überblick über den Status quo plus Zusage betreffend finanzielle Sanierung (Phase 1), kurze Überbrückungszeit bis zum Eintreffen von frischem Kapital (Phase 2) und Umsetzung des Neuanfangs nach erfolgter Rekapitalisierung (Phase 3). Es sei niemals die Idee gewesen, dass der Verwaltungsrat der A.____ (also die Beschwerdeführer und der Beigeladene) die Sanierung der Gesellschaft durchführen würde. Für die Zuführung von frischem Kapital sei F.____ gewonnen worden. Es sei aber nicht schwierig zu erkennen gewesen, dass die Finanzverhältnisse der Gesellschaft sehr schlecht gewesen seien. Betreffend AHV-Beiträge habe es Rückstände gegeben; das sei offensichtlich gewesen. Es habe sich um rund Fr. 70'000. gehandelt. Das sei allerdings für eine Krisen-Gesellschaft nicht untypisch (S. 7 f.). F.____ habe von Anfang an nicht die leisesten Vorbehalte geäussert, dass er die Finanzierung auf die Beine stellen könne. F.____ sei nicht irgendwer gewesen, sondern habe zu seinen Glanzzeiten als einer der fähigsten und angesehensten Bankiers der Schweiz gegolten. Er habe über ein sehr weit gespanntes internationales Beziehungsnetz im Finanzbereich verfügt und habe auch aus dem Militär, in dem er den Grad eines Obersten bekleidet habe, viele Leute gekannt. Zusätzlich sei auf Drängen von F.____ auch noch G.____ unter Vertrag genommen worden. Auch er sei ein ausgewiesener Bankfachmann gewesen (S. 9 f.).

Die Beschwerdeführer hätten darauf gebaut, dass F.____ die notwendigen finanziellen Mittel innert maximal drei Monaten beschaffen können. Dies sei nicht eine Hoffnung, eine Erwartung oder gar eine blosser Spekulation gewesen. Vielmehr habe dieser Teil der Rettungsaktion als gegeben und damit als abgehakt gegolten. Das Versprechen und die Zusage von F.____ könne man sich so vorstellen wie die Finanzierungszusage bei irgendeiner anderen Gelegenheit in der Wirtschaft. Man habe fest darauf bauen können. Bei dieser Ausgangslage hätten die Beschwerdeführer fest davon ausgehen dürfen, dass das Geld ohne Wenn und Aber und in der in Aussicht genommenen Höhe (Fr. 3 Mio. bis

3,5 Mio.) pünktlich verfügbar sein werde (S. 11). Die damaligen Beitragsausstände von Fr. 70'000. seien zwar hoch gewesen, aber nicht exorbitant hoch. Mit dem in Aussicht gestellten Frischgeld hätten diese Ausstände mit Leichtigkeit beglichen werden können. Bis dahin hätten die Gläubiger aber weiter getröstet werden müssen. Nur bei einem Ausgabenposten habe nicht reduziert werden können, nämlich bei den Löhnen. Hätte man zum Mittel von Lohnkürzungen gegriffen, hätte man den ganzen Turnaround grobfahrlässig aufs Spiel gesetzt. Insbesondere der Absprung von Programmierern hätte ziemlich sicher das sofortige Ende des ganzen Unterfangens bedeutet. In der Zwischenzeit sei der Verwaltungsrat der A. ___ «in den Starpflocken» gewesen; er habe einfach warten müssen, bis die Gesellschaft wieder über genügend Mittel verfügen würde. Dieser Tag habe nicht mehr fern sein können, da F. ___ seine Arbeit aufgenommen habe (S. 12 f.). In der Folge hätten sich die Beschwerdeführer mit der Gesellschaft vertraut gemacht und mit den wichtigsten Gläubigern Kontakt aufgenommen (S. 13 ff.).

Noch am 23. Mai 2012 sei F. ___ an der Generalversammlung der C. ___ erschienen. Jedem Anwesenden sei klar gewesen, dass er die Rettung des Unternehmens herbeiführen werde, mindestens was den finanziellen Teil betreffe. Entsprechend sei es ein Schlag mitten ins Gesicht gewesen, als F. ___ am 28. Juni 2012 sein Mandat per sofort nieder gelegt habe. Eine auch nur halbwegs akzeptable Erklärung, warum er bei seinem Kapitalbeschaffungsmandat gescheitert sei, habe man nie zu hören bekommen. Der Rückzug von F. ___ sei für die A. ___ der Todesstoss gewesen. Die Beschwerdeführer hätten folglich am 2. August 2012 Insolvenz anmelden müssen (S. 17 ff.). Den Beschwerdeführern könne kein Verschulden zur Last gelegt werden; sie hätten auf die versprochene Finanzierung vertrauen dürfen. Als klar geworden sei, dass die Finanzierung scheitern würde, hätten sie konsequent und rasch gehandelt. Es könne ihnen nicht vorgeworfen werden, dass sie sich nicht um die Gesellschaft gekümmert hätten (S. 23 ff.). Zu beachten sei, dass die Beschwerdeführer gar keinen Spielraum gehabt hätten: Die A. ___ sei regelrecht am Gängelband der C. ___ gewesen. Auch deshalb falle eine Haftung nach Art. 52 AHVG ausser Betracht (S. 23).

E. 6.1.2

Replicando hielten die Beschwerdeführer 1 und 2 an den in ihren Beschwereschriften gemachten Ausführungen fest (vgl. Urk. 22). Es gereiche ihnen nicht zum Verschulden, dass sie in Anbetracht der stillschweigenden Bestätigung von F. ___, wonach er das benötigte Geld in Bälde beschaffen könne, keinen «Plan B» gehabt hätten. Einen solchen Plan habe es aufgrund der konkreten Umstände nicht gebraucht. Die Beschwerdeführer hätten keinen Grund gehabt, an der Zusage von F. ___ zu zweifeln, der selber aber offenbar unfähig gewesen sei zu erkennen, dass er bloss noch über ein «zweit- oder drittklassiges Beziehungsnetz» verfügt habe (S. 9). Das Risiko, dass F. ___ die rechtzeitige Finanzierung nicht zustande bringe, sei zum damaligen Zeitpunkt sozusagen inexistent gewesen (S. 11). F. ___ und G. ___ seien beide sehr vermögend gewesen; sie hätten das Geld auch privat aufbringen können. Das habe die Zuversicht der Beschwerdeführer noch erhöht (vgl. S. 14 f.). Das wahre Problem sei die masslose Selbstüberschätzung und die gute Schauspielerlei von F. ___ gewesen (S. 18 ff.). Die Haftungsvoraussetzungen von Art. 52 AHVG seien nicht gegeben (S. 21 f.).

E. 6.2.1

Das Beschwerdeverfahren des Beigeladenen wurde - wie bereits erwähnt - mit Verfügung vom 24. Januar 2017 (Urk. 31) abgetrennt und selbstständig weiter geführt. Es ist inzwischen durch Nichteintreten erledigt worden (Beschluss vom 26. Januar 2017 [Urk. 49] ; Prozess Nr. AK.2016.00057).

Der Beigeladene (damals noch als Beschwerdeführer 3 geführt) liess seinerzeit im Wesentlichen dieselben Argumente vorbringen wie die Beschwerdeführer 1 und 2. Zudem liess er bestreiten, dass er in der relevanten Zeitperiode effektiv eine Organstellung innerhalb der A.____ innegehabt habe. Zudem habe er keine Pflichtverletzungen begangen oder gar schuldhaft und grobfahrlässig gehandelt. Schliesslich sei sein damaliger angeschlagener Gesundheitszustand zu berücksichtigen, der es ihm verunmöglicht habe, eine operative Funktion auszuüben. Nicht zuletzt falle ins Gewicht, dass er beträchtliche private Mittel in die A.____ eingeschossen habe (Urk. 7/1 S. 10 ff.; vgl. auch Urk. 25).

E. 6.2.2

In seiner Eingabe vom 30. November 2017 (Urk. 41) liess der Beigeladene aus drücklich an seinen früheren gemachten Ausführungen (in Urk. 7/1 und Urk. 25) festhalten. Seit Oktober 2011 habe er weder eine operative noch eine strategische Tätigkeit für die A.____ ausgeübt; er sei vielmehr als Maskottchen oder Gallionsfigur missbraucht worden, um die Gläubiger und die Kleinaktionäre zu beruhigen. Der Gesundheitszustand des Beigeladenen sei sehr schlecht gewesen; er sei nur noch selten an Verwaltungsratssitzungen eingeladen worden. Der Beigeladene habe sich vertreten lassen. Die Organfunktion des Beigeladenen habe ab Oktober 2011 nur noch auf dem Papier bestanden (S. 3 ff.). Da der Beigeladene ab Oktober 2011 nicht mehr als Organ der A.____ gelten könne, sei auch nicht ersichtlich, inwiefern er eine (aktienrechtliche) Pflichtverletzung begangen haben sollte (S. 6). Im Übrigen habe der Beigeladene und ein weiteres Verwaltungsratsmitglied privates Kapital in die A.____ eingeschossen. Dieses Geld sei aber offenbar von den Beschwerdeführern nicht zur Tilgung der Beitragsausstände verwendet worden. Die Bezahlung dieser Beitragsausstände sei demgegenüber für den Beigeladenen an erster Stelle gestanden (S. 8 ff.). Die Beschwerdeführer 1 und 2 hätten auf den Rettungsschirm von Herrn F.____ gehofft, anstatt das eingeschossene Geld zur Tilgung der Beitragsausstände zu verwenden (S. 10 f.).

E. 6.3

Die Beschwerdeführer 1 und 2 nahmen in ihrer Eingabe vom 5. März 2018 (Urk. 47) zur Eingabe des Beigeladenen vom 30. November 2017 Stellung. Sie wiesen die an ihre Adresse gerichteten Vorwürfe des Beigeladenen zurück und hielten im Wesentlichen an den Ausführungen und Vorbringen in ihren früheren Rechtsschriften fest. Die Beschwerdeführer 1 und 2 stellten in Abrede, dass der A.____ das vom Beigeladenen genannte Privatkapital mit der Auflage zugeflossen sei, damit prioritär die Beitragsausstände zu begleichen: Der Verwaltungsrat sei zu keinem Zeitpunkt damit einverstanden gewesen, irgendwelche diesbezüglichen Auflagen zu akzeptieren. In einer Sanierungssituation müsse man freie Hand haben, wie die vorhandenen, knappen liquiden Mittel eingesetzt werden. Es sei nie die Rede von konkreten AHV-Zahlungsrückständen gewesen. Das sei eine reine Erfindung des Beigeladenen (S. 12).

E. 7.1

Vorweg ist festzuhalten, dass in diesem Prozess nicht zu untersuchen ist, ob der Konkurs der A.____ allenfalls hätte vermieden werden können oder ob am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten Drittpersonen diesbezüglich irgendein Schuldvorwurf gemacht werden könnte. Insbesondere ist nicht Prozesssthema, ob F.____ und G.____ ihren vertraglichen Verpflichtungen gegenüber der A.____ nachgekommen sind oder ob es ihnen möglich gewesen wäre, den Konkurs der Gesellschaft abzuwenden. Zu entscheiden ist vielmehr einzig, ob die A.____ die ihr als Arbeitgeberin obliegenden Pflichten verletzt hat und ob gegebenenfalls ein qualifiziertes Verschulden der Beschwerdeführer 1 und 2 zu bejahen ist.

E. 7.2

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass es nicht in die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts fällt, festzulegen, welche Anteile an der Gesamtschuld die einzelnen Solidarschuldner intern letztlich zu tragen haben. Das hiesige Gericht hat mit anderen Worten die Frage eines Regresses nicht zu prüfen (Thomas Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser [Hrsg.], Aktuelle Fragen aus dem Beitragrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 120). Diese Regressfragen fallen in den Kompetenzbereich der Zivilgerichte.

E. 8

.4

Die Beschwerdeführer können sich zur Rechtfertigung dieses Verstosses gegen die gesetzliche Beitragszahlungspflicht vorliegend nicht auf die oben in E. 5.1 wie dargegebene höchstgerichtliche Praxis berufen, wonach es in schwierigen finanziellen Situationen unter Umständen gerechtfertigt sein kann, die Beiträge nicht zu bezahlen, um die Existenz des Unternehmens zu retten. Es ist nämlich zu betonen, dass ein solches Vorgehen nur dann nicht zu einer Haftung nach Art. 52 AHVG führt, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse binnen nützlicher Frist werde bezahlen können. Es muss demzufolge sowohl ein materielles, inhaltliches Element (die seriösen Sanierungsaussichten) als auch ein zeitliches Element (binnen nützlicher Frist) erfüllt sein. Nach der klaren Praxis genügt hingegen die Aussicht auf eine Befriedigung in fernerer Zukunft (oder gar erst nach Durchführung eines schuldbetreibungsrechtlichen Verfahrens) nicht zur Entlastung.

Im vorliegenden Fall kann offengelassen werden, ob das zeitliche Element noch erfüllt ist. Dafür spricht zwar, dass die Beitragsausstände noch nicht sehr lange dauerten. Es ist zwar klar, dass die benötigten Finanzmittel möglichst rasch beschafft werden sollten (drei Monate), ein eigentlicher zeitlich umschriebener Aktionsplan (Kontakt mit potentiellen Investoren, Verhandlungen, Abschluss verbindlicher Verträge und Überweisung des Geldes und dergleichen) lag aber offensichtlich nicht vor. Diese Fragen können allerdings -

- unbeantwortet bleiben.

Entscheidend ist nämlich in jedem Fall, dass der von der A.____ beziehungsweise von den Beschwerdeführern ins Auge gefasste Sanierungsplan die (strengen) materiellen, inhaltlichen Anforderungen der Gerichtspraxis nicht erfüllte. Im Wesentlichen bestand nämlich der Sanierungsplan der Beschwerdeführer darin, F.____ und G.____ mit der Suche nach frischem Kapital im Umfang von Fr. 3 Mio. bis 3,5 Mio. zu beauftragen (vgl. dazu

auch den Mandatsvertrag vom 23. März 2012 [Urk. 3/4]). Wie aus den Ausführungen der Beschwerdeführer hervorgeht, sahen sie es nach der Verpflichtung von F.____ und G.____ als praktisch sicher an, dass den Beauftragten die Kapitalbeschaffung gelingen würde. Sie gründeten diese Annahme im Wesentlichen auf den Ruf, den die beiden genannten Personen in Wirtschaft und Gesellschaft hatten. Auch das bestimmte und selbstsichere Auftreten von F.____ mag dabei eine nicht zu unterschätzende Rolle gespielt haben. Die Beschwerdeführer verkennen dabei allerdings, dass die Seriosität eines Sanierungsplans im Sinne der höchstrichterlichen Praxis nach einem objektiven Massstab zu messen ist. Versprechungen einer noch so angesehenen Person, wonach sie sich um die Beschaffung von Kapitalien bemühen werde, genügen für sich allein nicht. Der sogenannte Sanierungsplan der Beschwerdeführer bestand bei Lichte betrachtet allein in der Hoffnung, dass die Beauftragten die benötigten Finanzmittel (irgendwann, aber möglichst rasch) beschaffen können. Konkrete Anzeichen für das

Gelingen sind den Akten nicht zu entnehmen. Das blosses Hoffen auf neue Mittel ist aber kein seriöser Sanierungsplan im Sinne der Gerichtspraxis. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführer selbst (offenbar durch das selbstsichere Auftreten von F.____ bestärkt) die vage Hoffnung auf neue Finanzmittel von beträchtlichem Umfang nicht als solche erkannten, sondern irrigerweise von einer sicheren Kapitalbeschaffung ausgingen. Die Hoffnung verkannten sie als Gewissheit. Es sind denn auch keine objektiven Anhaltspunkte auszumachen, welche die praktisch grenzenlose Zuversicht der Beschwerdeführer in die Möglichkeiten von F.____ und G.____ zur Kapitalbeschaffung hätten rechtfertigen können.

E. 8.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe gegeben sind. Durch ihr objektiv nicht nachvollziehbares Vertrauen in die Kapitalbeschaffungsmöglichkeiten von F.____ und G.____ und die sich darauf stützende Priorisierung der Lohnzahlungen vor der Beitragsentrichtung verletzten sie bewusst ihre öffentlichrechtlichen Pflichten gegenüber der Beschwerdegegnerin. Insgesamt ist das Verhalten der Beschwerdeführer praxisgemäss zu mindest als grobfahrlässig, wenn nicht gar als (eventual) vorsätzlich zu betrachten.

E. 9

Unter den gegebenen Umständen ist die Vorgehensweise der Beschwerdeführer (bewusste Priorisierung der Lohnzahlungen vor der Beitragsentrichtung ohne Vorliegen eines seriösen Sanierungsplans) ohne Weiteres auch als adäquat kausal (BGE 119 V 406 E. 4a mit Hinweisen) für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Schaden in der Höhe von Fr. 110'068.45 (vgl. E. 3.2 und 3.3) zu betrachten, weshalb sie zu Recht verpflichtet wurden, dafür in solidarischer Haftung Ersatz zu leisten. Demzufolge sind die Beschwerden der Beschwerdeführer 1 und 2 abzuweisen. Der

Feststellungsantrag des Beigeladenen

(Urk. 41 S. 2 Antrag Ziff. 3) wäre gleichfalls abzuweisen, wenn darauf einzutreten gewesen wäre. Das Gericht beschliesst:

Auf das Feststellungsbegehren des Beigeladenen wird nicht eingetreten. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerden

der Beschwerdeführer 1 und 2

werden abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt X.____ (ein Exemplar für sich selbst und eines für den Beschwerdeführer 2) - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Rechtsanwalt Iwan Bucher - Bundesamt für Sozialversicherungen 4.

Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff., insbesondere Art. 85, in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Der Gerichtsschreiber GräubStocker

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.