

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2001.00053 vom 29. September 2004

ZH Sozialversicherungsgericht, 2004-09-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2001.00053](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2001.00053)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2001.00053 du 29 septembre 2004

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2001.00053 del 29 settembre 2004

## Erwägungen

### E. 2

2.1. Nach Art. 52 AHVG hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können nach ständiger Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (BGE 123 V 15 Erw. 5b = AHI 1997 S. 208 Erw. 5b, 122 V 66 Erw. 4a, 119 V 405 Erw. 2, je mit Hinweisen). Haben mehrere Arbeitgeber oder mehrere Organe einer juristischen Person einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (BGE 114 V 214 Erw. 3 mit Hinweisen).

Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG und Art. 81 f. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatzordnungs- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art. 88 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschuldigung; BGE 113 V 186) sowie auf die kantonalrechtlichen Beiträge für die Familienausgleichskasse (Art. 33 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer; nicht publiziertes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen A. vom 30. Juni 1997, 2P.251/1996).

### E. 2.2

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 444 Erw. 3a, 121 III 384 Erw. 3bb, 388 Erw. 3a, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. z.B. BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. z.B. BGE 121 V 234, 240). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 112 V 157 Erw. 2, 108 V 194 Erw. 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 16 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 121 III 384 Erw. 3bb, 113 V 256, 112 V 157 Erw. 2).



ist (BGE 121 III 384 Erw. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 197 Erw. 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 29 Erw. 5).

### 3.2.1.1

3.2.1.1 Die Klägerin stützt ihre Forderung im Quantitativ auf die Jahresrechnungen für 1998, 1999 und 2000 (Urk. 4/2/1, 4/2/2 und 4/3 = Urk. 19/4/2/1-3), auf das Ergebnis der am 15. August 2000 durchgeführten Arbeitgeberschlusskontrolle (Urk. 4/6 = Urk. 19/4/6) und auf die Verlustausweise vom 10. November 2000 (Urk. 4/9/1+2 = Urk. 19/4/9/1+2). Der geltend gemachte Ausstand resultiert aus der Gegenüberstellung der gemäss den Kontoauszügen vom 12. September 2001 (Urk. 4/5) und vom 23. November 2001 (Urk. 19/4/5) geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge abzüglich der von der E. AG geleisteten Zahlungen; es resultiert demnach ein Saldo zu Gunsten der Klägerin im Umfang von Fr. 67'656.20 (Urk. 4/5 sowie Beitragsübersicht vom 12. September 2001; Urk. 4/1).

3.2.2.1 Zu der vom Beklagten 3 geübten Kritik, die für 1999 geschuldeten Beiträge sowie die Verzugszinsen seien falsch berechnet, FAK-Zulagen nicht berücksichtigt, obwohl solche ausbezahlt worden seien (Urk. 19/2/E1a), ja die geltend gemachte Schadenersatzforderung sei überhaupt nicht nachvollziehbar (Urk. 19/11 und 35), ist darauf hinzuweisen, dass der Kontoauszug (Urk. 4/5) chronologisch Auskunft darüber gibt, an welchem Tag welche Rechnungen in welcher Höhe an das Unternehmen gestellt und welche Zahlungen geleistet worden sind. Daher sind im Kontoauszug einerseits die auf einer pauschalen Lohnsumme beruhenden, monatlich oder quartalsweise erstellten Rechnungen aufgelistet und sodann die jeweils auf den Lohnsummenbescheinigungen beruhenden Jahresrechnungen (vgl. Urk. 4/5 z. B. Posten 1998 0001, 1999 0004 und 2000 0004). Da die Jahresrechnung aber jeweils auf den eigenen Angaben des Unternehmens beruht, sind allfällige im Rahmen einer Arbeitgeberkontrolle nachträglich erfasste Lohnsummen nicht berücksichtigt. Über den Umfang der tatsächlich geschuldeten Beiträge gibt sodann die Beitragsübersicht (Urk. 4/1) Auskunft. Vorliegend ermittelte der Revisor keine Lohnsummen, welche nicht bereits abgerechnet worden wären (Urk. 4/6), so dass nachträglich keine zusätzlichen Beiträge erhoben werden mussten. Demnach ist für das Jahr 1998 von einer ausbezahlten Lohnsumme von Fr. 337'349.-- (Urk. 4/2/1) und für die Zeit vom 1. Januar bis zum 30. November 1999 von einer solchen von Fr. 393'578.-- (Urk. 4/2/2 sowie 4/6) auszugehen, auf welchen grundsätzlich paritätische Beiträge geschuldet sind. Berücksichtigt wird dabei auch, dass das Unternehmen nur bis zum 30. November 1999 Angestellte beschäftigte.

1.1.1.1 Weiter ist darauf hinzuweisen, dass ein Arbeitgeber beziehungsweise die subsidiär haftenden Organe längstens bis zur Konkurseröffnung für jene Ausstände haftbar gemacht werden können, die vor der Konkurseröffnung innert der zehntägigen Zahlungsfrist hätten beglichen werden müssen. Von der gesamten Schadenssumme von Fr. 67'656.20 brachte die Klägerin zu Recht den Betrag von Fr. 428.40 in Abzug (Urk. 1 S. 1). Entgegen der Darstellung in der Klageschrift handelt es sich dabei aber nicht um paritätische Beiträge, welche auf allfällig erst nach der Konkurseröffnung noch ausbezahlten Löhnen geschuldet gewesen wären, da ohnehin nur bis und mit Ende November 1999 Löhne ausbezahlt worden sind, sondern es handelt

sich aufgrund des Kontoauszuges vielmehr um die bereits in Rechnung gestellten, für den Dezember 1999 aber nicht mehr geschuldeten Lohnbeiträge (Urk. 4/5 S. 5, Posten 2000 1001). Daher reichte die Klägerin lediglich im reduzierten Umfang von Fr. 67'227.80 Klage ein (Urk. 1 und 19/1). Eine Haftung der Beklagten besteht grundsätzlich für die für das Jahr 1998 aufgrund der Lohnbescheinigung (Urk. 4/2/1) geschuldeten Beiträge. Obwohl die definitive Jahresrechnung 1999 erst nach Eröffnung des Konkurses gestellt worden ist, haften die Beklagten dennoch für die darin fakturierten Beiträge, da sie es zu vertreten haben, dass die Klägerin die Abrechnung nicht früher erstellen konnte, wurde ihr doch die Lohnbescheinigung für 1999 statt bis zum 31. Januar 2000 erst am 24. Juli 2000 und damit erheblich verspätet eingereicht (Urk. 4/2/2). Ebenso haften die Beklagten für die auf den Beiträgen 1998 eingeforderten Verzugszinsen (Urk. 4/1 in Verbindung mit Urk. 4/5 S. 3), da sie es zu vertreten haben, dass die Jahresrechnung vom 18. Juni 1999 unbezahlt geblieben ist. Entgegen der Annahme des Beklagten 3 wurden ausbezahlte Kinderzulagen auch im Jahr 1999 berücksichtigt. Obwohl dies der Beitragsübersicht nicht entnommen werden kann, ist dies im Kontoauszug ersichtlich (Urk. 4/5).

Die geltend gemachte Schadenssumme ist daher nicht zu beanstanden.

#### **E. 4**

4.1 Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV schreibt 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. Dazu hat das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2, je mit Hinweisen).

4.2 Die E. AG war verpflichtet, der Klägerin die gesetzlich vorgeschriebenen Beiträge aufgrund einer Pauschallohnsomme quartalsweise abzuliefern (vgl. Urk. 4/5). Der Ausgleich erfolgte jeweils aufgrund der vom Unternehmen eingereichten Lohnbescheinigung hinsichtlich der tatsächlich ausbezahlten Jahreslohnsomme des vorhergehenden Kalenderjahres. Gemäss Art. 34 Abs. 4 AHVV werden die für die jeweilige Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge mit deren Ablauf fällig; sie sind innerhalb einer Frist von zehn Tagen nach Fälligkeit zu bezahlen. Den Kontoauszügen vom 12. September und vom 23. November 2001 (Urk. 4/5 und 19/4/5) ist zu entnehmen, dass die Zahlungspflicht wiederholt verletzt wurde, musste doch praktisch jede Rechnung gemahnt oder gar in Betreuung gesetzt werden (Urk. 4/1 und 4/5). So erfolgte die Zahlung der für das erste Quartal 1998 geschuldeten Beiträge statt bis am 10. April 1998 erst nach erfolgter Mahnung am 19. Juni 1998; gemahnt werden mussten auch die folgenden Quartalsrechnungen (Urk. 4/5 S. 2 ff.). Soweit Zahlungseingänge vermerkt sind, handelte es sich dabei lediglich um Teilzahlungen. Es wird jedoch nicht geltend gemacht, es hätte eine Abzahlungsvereinbarung bestanden, und das Unternehmen habe berechtigterweise nur Teilzahlungen geleistet.

Die E. \_\_\_AG hat aber nicht nur die Zahlungspflicht verletzt, sondern kam auch der Abrechnungspflicht nicht ordnungsgemäss nach. Es ist aktenkundig, dass die vom Beklagten 3 unterzeichneten Lohnbescheinigungen der Jahre 1998 und 1999 jeweils nicht innert eines Monats nach Ablauf der Abrechnungsperiode (Art. 35 Abs. 3 AHVV), das heisst bis zum 31. Januar des folgenden Jahres, eingereicht worden sind (Urk. 4/2/1 und 4/2/2). Es bedarf deshalb keiner weiteren Ausführungen, dass die E. \_\_\_AG Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG missachtet hat. Zu präzisieren bleibt, inwieweit diese Missachtung öffentlich-rechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten der Beklagten zurückzuführen ist.

Ä

## E. 5

5.1 Ä Ä Ä Ä Die Klägerin richtete ihre Forderung gegen die Beklagten mit dem Hinweis darauf, dass alle in der fraglichen Zeit dem Verwaltungsrat der E. \_\_\_AG angehört hätten (Urk. 1 S. 3 und Urk. 19/1 S. 3).

5.2 Ä Ä Ä Ä Haftungsvoraussetzung ist die Organstellung der Pflichtigen. Einem Mitglied des Verwaltungsrates kommt formelle Organeigenschaft zu. Darauf stellt das Eidgenössische Versicherungsgericht in konstanter Rechtsprechung für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) ab (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen T. vom 21. November 2000 Erw. 3a, H 37/00).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Organhaftung aus Art. 52 AHVG besteht nicht für Beitragsforderungen, die nach der Publikation der Löschung der Organstellung der betreffenden Person im Handelsregister fällig werden, weil die betreffende Person im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht mehr Organ ist. Für die vor der Publikation fälligen Beitragsforderungen haftet das Organ, wenn es durch eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlung beziehungsweise Unterlassung bewirkt hat, dass die Beiträge im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht bezahlt werden konnten. Ein Verschulden des Organs kann nur so lange in Frage kommen, als es die Möglichkeit hat, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall (BGE 126 V 61 Erw. 4a, 123 V 173 Erw. 3a).

5.3 Ä Ä Ä Ä Unbestrittenermassen kommt dem Beklagten 1 Organstellung zu; er trat gemäss Eintrag im Handelsregister des Kantons Zürich am 25. Februar 1998 in den Verwaltungsrat der E. \_\_\_ein und verfasste über Einzelunterschrift (Urk. 4/4). Der Eintrag wurde am 19. Januar 2000 gelöscht.

5.4 Ä Ä Ä Ä

5.4.1 Ä Ä Der bis dahin einzige Verwaltungsrat der Gesellschaft, der Beklagte 2, der seit dem 14. März 1995 im Handelsregister eingetragen ist, übernahm mit dem Eintritt des Beklagten 1 das Präsidium. Wie bis anhin, stand ihm Einzelunterschriftsberechtigung zu (Urk. 4/4).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Der Beklagte 2 lässt nun geltend machen (Urk. 2/E2, 14 und 32), er sei per Ende 1998 als Verwaltungsratspräsident des Unternehmens zurückgetreten und gleichzeitig auch aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden. Diese Absicht habe er gegenüber dem Geschäftsführer, dem Beklagten 3, sowie dem

Verwaltungsratsmitglied, dem Beklagten 1, kundgetan. Demgegenüber stellt sich die Ausgleichskasse auf den Standpunkt, der Beklagte 2 sei lediglich als Verwaltungsratspräsident zurückgetreten, nicht aber gleichzeitig auch aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden (Urk. 1 S. 4 f.).

5.4.2. Diese Frage ist nachfolgend zu prüfen: Gemäss dem Handelsregisterauszug (Urk. 4/4) sind Änderungen am 25. Februar 1998 (Präsidium des Beklagten 2) und am 3. April 1998 (Eintrag der neuen Revisionsstelle) vorgenommen worden. Die nächste Mutation datiert vom 19. Januar 2000. Der vom Beklagten 2 behauptete Rücktritt als Präsident und Verwaltungsratsmitglied per Ende 1998 ist hingegen nicht aufgeführt. Allerdings ist zu erwähnen, dass auch die Adressänderung innerhalb von "\_\_\_" nicht eingetragen worden ist.

Der Beklagte 2 verweist hinsichtlich seines Rücktritts auf ein entsprechendes, an die E. \_\_\_ AG adressiertes Schreiben (Urk. 15/1). Dieses Schriftstück ist an die Beklagten 1 und 3 gerichtet. Wörtlich führte der Beklagte 2 darin aus: "Ich kündige mein Amt als Verwaltungsratspräsident per 31.12.1998. Dieser Austritt wird als Traktandum in der nächsten GV Sitzung behandelt." Tatsächlich traktandiert wurden für die Generalversammlung vom 10. September 1998 unter anderem die "Wahl eines dritten Verwaltungsrates gem. Statuten" (Ziff. 5), die "Wahl des Verwaltungsratspräsidenten für ein Jahr" (Ziff. 6) und "Verschiedenes" (Ziff. 7). Dem Protokoll vom 10. September 1998 ist schliesslich zu entnehmen, dass der Beklagte 3 nicht nur als drittes Mitglied in den Verwaltungsrat, sondern zugleich auch noch als dessen Präsident gewählt worden ist. Das Protokoll äussert sich hingegen nicht darüber, wann der Beklagte 3 diese Funktionen übernommen hat. Ebenso wenig lässt sich dem Protokoll etwas über einen Rücktritt beziehungsweise Austritt des Beklagten 2 aus dem Verwaltungsrat entnehmen. Eine entsprechende Änderung des Handelsregistereintrages wurde nicht veranlasst. Da indes auch andere Änderungen hinsichtlich des Unternehmens im Handelsregister nicht vermerkt sind, lässt sich aus dem Umstand, dass auch der angebliche Rücktritt nicht eingetragen wurde, nichts für oder gegen den Standpunkt des Beklagten 2 ableiten.

5.4.3. Da überdies nach ständiger Rechtsprechung die Verantwortlichkeit eines Verwaltungsrates in der Regel bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat und nicht bis zum Zeitpunkt der Löschung seiner Funktion im Handelsregister dauert (SVR 2000 AHV Nr. 24 S. 78 f.), kommt dem im September 1998 verfassten, an die Beklagten 1 und 3 gerichteten Schreiben (Urk. 15/1) entscheidende Bedeutung zu. Das ausscheidende Organ ist von seiner Haftung befreit, es sei denn, es nehme nach seinem Rücktritt weiterhin Handlungen vor, welche ausschliesslich Organen vorbehalten sind. Die Loslösung von der Firma - der Rücktritt aus dem Verwaltungsrat - muss allerdings in beweismässiger Hinsicht klar erstellt sein (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 18. März 2004 in Sachen L., H 247/03, mit Hinweis auf BGE 126 V 62 und die Urteile vom 10. Dezember 2001 in Sachen G., H 88/01, und vom 13. Februar 2001 in Sachen S., H 87/00).

Vorliegend beruft sich der Beklagte 2 zum Nachweis des endgültigen Ausscheidens aus dem Verwaltungsrat der E. \_\_\_ AG nicht nur auf sein Rücktrittsschreiben, sondern auch auf die Bestätigung des Beklagten 3 vom 28. August 2001 (Urk. 15/2). Darin heisst es wörtlich: "Ich bestätige Ihnen den Erhalt des Kündigungsschreibens anfangs September 1998 worin Sie das Amt als

Verwaltungsratspräsident per Ende 1998 kündigten und somit auch per gleichem Datum aus der Verwaltung der E.\_\_\_\_AG ausscheiden." Einerseits bestätigt der Beklagte 3 dem Beklagten 2 den Erhalt des Kündigungsschreibens. Der zweite Teil des Satzes, "und somit (...) aus der Verwaltung (...) ausscheiden", spricht aber nicht klar für ein Ausscheiden des Beklagten 2 aus dem "Verwaltungsrat", Indessen scheinen dem Beklagten 3 die rechtlichen Begriffe und wohl auch Unterschiede von Verwaltung und Verwaltungsrat, aber auch von Austritt und Rücktritt nicht im Detail bekannt gewesen zu sein. Aus der allenfalls unzutreffenden Verwendung von Begriffen lassen sich aber keine zuverlässigen Schlüsse ziehen. Deshalb ist die Frage des Rücktritts des Beklagten 2 anhand der gesamten Umstände zu beurteilen.

5.4.4.4 Der am 28. August 2001 und damit zweifellos im Zusammenhang mit der am 26. Juli 2001 erlassenen Schadenersatzverfugung (Urk. 3/V2) vom Beklagten 3 unterzeichneten Bestätigung (Urk. 2/E2/9 [Original]) stehen die beiden vom 31. August 1999 und vom 1. Dezember 1999 datierenden, vom Beklagten 2 unterzeichneten Schriftstücke (Urk. 53/1+2 [Kopien], Urk. 78/1+2 [Originale]) entgegen. Nach Einsicht in die Originalschriftstücke hat der Beklagte 2 anerkannt, dass es sich darauf um seine Unterschriften handelt (Urk. 85). Allerdings hielt er daran fest, dass der Inhalt der Schriftstücke nicht von ihm stamme, sondern allenfalls vom Beklagten 3 oder aber von Dritten verfasst worden sei (Urk. 73 S. 3 und 85 S. 2). Nachdem der Beklagte 2 zunächst also überhaupt bestritten hatte, die beiden Schriftstücke unterschrieben zu haben (Urk. 73 S. 3), führte er hierzu aus, er habe sich nach über vier Jahren nicht mehr erinnern können, dass er die beiden Schriftstücke unterzeichnet habe. Offenbar sei der Beklagte 3 Ende 1999 an ihn herangetreten und habe ihn um seine Unterschrift gebeten. Beide Urkunden habe er ungelesen unterzeichnet (Urk. 85 S. 2).

Es ist zwar nachvollziehbar, wenn sich der Beklagte 2 nicht sogleich daran zu erinnern vermochte, vor etlicher Zeit auf zwei Dokumenten Unterschriften geleistet zu haben. Immerhin fällt aber auf, dass er in Bezug auf die ihm in Kopie vorgelegten Schriftstücke (Urk. 53/1+2 in Verbindung mit Urk. 67) zunächst sogar bestritten hatte, dass die Unterschriften von ihm stammen würden. Erst nach Erlass der gerichtlichen Anordnung, ein graphologisches Gutachten einzuholen (Urk. 80), und nach Vorlage der Originaldokumente (Urk. 82) anerkannte er seine Urheberschaft (Urk. 85).

Der Beklagte 2 hat somit die beiden Schriftstücke vom 31. August 1999 und vom 1. Dezember 1999 unterschrieben. Ob er sie auch gelesen hat, was er in Abrede stellt, ist nicht entscheidend. Massgeblich ist vielmehr, dass er nach seinem angeblichen Ausscheiden als Verwaltungsrat namens der E.\_\_\_\_AG einmal als Verwaltungsrat und im Arbeitszeugnis vom 1. Dezember 1999 sogar als Verwaltungsratspräsident Briefe mit wesentlichem Inhalt unterschrieben hat. Wenn er den Text allenfalls tatsächlich nicht gelesen haben sollte, so konnte ihm doch aufgrund der Firmenbezeichnung und des auffälligen, farbig gestalteten und ihm wohl bestens vertrauten Briefpapiers nicht verborgen bleiben, dass er Schriftstücke als Verantwortlicher der E.\_\_\_\_AG mit den damit verbundenen Konsequenzen unterschrieben hatte.

Dass beim Verfassen des Rücktrittsschreibens vom September 1998 (Urk. 15/1) ein anderer Schrifttyp verwendet worden ist, als im Kündigungsschreiben vom 31. August 1999 bzw. im Arbeitszeugnis vom 1. Dezember 1999 (Urk. 78/1 und 78/2), erklärt sich zwanglos daraus, dass bei diesen Papier der E.\_\_\_\_AG verwendet worden ist,

der Beklagte 2 aber sein Rücktrittsschreiben auf neutralem Papier und unter Verwendung seiner Privatadresse formuliert hat, was darauf schliessen lässt, dass er es auch zu Hause geschrieben hat. Im Übrigen zeigt ein Vergleich mit dem Protokoll der Generalversammlung vom 10. September 1998 (Urk. 15/3) auf, dass die Geschäftsdokumente ohnehin auch nicht über ein einheitliches Erscheinungsbild verfügt haben (vgl. auch Protokolle in Urk. 49/3).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Schliesslich sei der Vollständigkeit halber angefügt, dass die Entgeltlichkeit des Mandats kein Kriterium in Bezug auf die Haftungsfrage darstellt (Urk. 14 S. 9 oben und 32 S. 6 Ziff. 8). Der Beklagte 3 liess denn auch vorbringen (Urk. 52 S. 2), keiner der Verwaltungsräte habe ein Honorar bezogen. Diese Ausführungen decken sich mit den Angaben im Einvernahmeprotokoll vom 21. Juni 2000 (Urk. 12/1 S. 8).

5.4.5 Ä Ä Damit kann die Loslösung des Beklagten 2 von der E. AG nicht als "in beweismässiger Hinsicht klar erstellt" gelten (Erwägung 5.4.3 oben). Vielmehr ist aufgrund der gesamten Umstände als überwiegend wahrscheinlich anzunehmen (BGE 126 V 360 Erw. 5b, 125 V 195 Erw. 2, je mit Hinweisen), dass der Beklagte 2 per Ende 1998 lediglich als Verwaltungsratspräsident zurückgetreten, nicht aber gleichzeitig aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden ist. Damit haftet er in zeitlicher Hinsicht für die von der Klägerin geltend gemachten Ausstände.

#### 5.5 Ä Ä Ä

5.5.1 Ä Ä Der Beklagte 3 liess vorbringen (Urk. 19/2/E1a, 19/11 S. 4 f. und 35), er sei nie als Verwaltungsrat der E. AG im Handelsregister eingetragen gewesen. Trotz der Wahl in den Verwaltungsrat des Unternehmens vom 10. September 1998 müsse aufgrund der Bestätigung der Beklagten 1 und 2 anlässlich der Befragung auf dem Konkursamt B. vom 21. Juni 2000, wonach sich der Verwaltungsrat gemäss dem Handelsregistereintrag zusammengesetzt habe (Urk. 19/12/1 S. 7 Ziff. 8.1), in Frage gestellt werden, ob er sein Amt je ausgeübt habe. Sollte eine Haftung bejaht werden, so komme eine solche vor dem 10. September 1998 aber nicht in Frage, da die Gesellschaft bei seiner Wahl in den Verwaltungsrat bereits nicht mehr über genügend Mittel verfügt habe, um die Ausstände begleichen zu können.

5.5.2 Ä Ä Mit Einzelprokura aber ohne besondere Funktion figurierte der Beklagte 3 bereits seit dem 12. Oktober 1995 im Handelsregister; erst am 10. September 1998 wurde er in den Verwaltungsrat der Gesellschaft gewählt (Urk. 4/4). Damit war er bis zu diesem Datum kein formelles Organ, weshalb zu prüfen ist, ob ihm dennoch die für seine persönliche subsidiäre Haftung vorausgesetzte faktische Organstellung zuzuerkennen ist.

5.5.3 Ä Ä Faktische Organe sind Personen, die im Beitragswesen tatsächlich die Funktion von Organen erfüllt haben, indem sie diesen vorbehaltene Entscheide getroffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die eigentliche Willensbildung der Gesellschaft massgeblich beeinflusst haben, was unter Umständen auch auf Prokuristen zutreffen kann (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 4. Juli 2002 in Sachen Z., H 238/01, und vom 31. August 2001 in Sachen B., H 442/00).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zu berücksichtigen ist vorliegend hinsichtlich der Stellung des Beklagten 3, dass er zusammen mit dem Beklagten 2 die Gesellschaft am 14. März 1995 gegründet hat; beide Gründungsmitglieder hielten je 25 Aktien (Urk. 19/12/1 S. 7 Ziff.

3). Der Beklagte 1 besorgte die Geschäftsführung von März 1996 bis Dezember 1999 in den Geschäftsräumlichkeiten in "\_\_\_", währenddem dem Beklagten 3 gemäss dem erwähnten Einvernahmeprotokoll vom 21. Juni 2000 die Geschäftsführung in "\_\_\_" oblag (Urk. 19/12/1 S. 8 Ziff. 8.3). Nach der Darstellung des Beklagten 2 hat der Beklagte 3 die gesamte operative Leitung inne gehabt, Aufträge akquiriert und Bestellungen ausgeführt; ihm habe die gesamte Administration und der Finanzbereich obgelegen (Urk. 2/E2). Es ist aktenmässig ausgewiesen, dass der Beklagte 3 in der Eigenschaft als Geschäftsführer für den Abrechnungs- und Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse verantwortlich war (Urk. 4/2/1, 4/2/2, 4/6 [vgl. den Vermerk: Auskunft durch R. \_\_\_, GL], 59/2 und 59/5). Aufgrund der gesamten Umstände ist dem Beklagten 3 bereits vor seiner Wahl als Verwaltungsratsmitglied die für eine persönliche subsidiäre Haftung vorausgesetzte faktische Organstellung zuzuerkennen (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 10. Oktober 2002 in Sachen K. und V., H 36+38/02, vom 4. Juli 2002 in Sachen Z., H 238/01, und vom 31. August 2001 in Sachen B., H 442/00). Damit kann offen bleiben, ob die Gesellschaft im Zeitpunkt der Wahl des Beklagten 3 als Verwaltungsrat überhaupt überhaupt genügend Mittel verfügt hätte, um die bis zum 10. September 1998 zur Zahlung fällig gewordenen, aber unbezahlt gebliebenen Beiträge beglichen zu können.

Was die nicht im Handelsregister verzeichnete Wahl des Beklagten 3 in den Verwaltungsrat anbelangt (Urk. 15/3), so ist dem Protokoll zu entnehmen, dass er anlässlich dieser Versammlung als "drittes" Verwaltungsratsmitglied gewählt worden ist. Da der Handelsregistereintrag aber nicht massgebend ist, sondern ein Verwaltungsrat mit der tatsächlichen Wahl in die Rechte und Pflichten eines Organs eintritt, ist der effektive Eintritt als Organ entscheidend (BGE 123 V 172). Ein allfälliger späterer wieder erfolgter Rücktritt wurde nicht geltend gemacht. Somit kann der Hinweis im Einvernahmeprotokoll vom 21. Juni 2000 (Urk. 19/12/1 S. 7 f.), der Verwaltungsrat setze sich gemäss Handelsregisterauszug zusammen, nicht so verstanden werden, im Verwaltungsrat seien lediglich die Beklagten 1 und 2 vertreten gewesen, zumal der Vermerk im Protokoll nicht auf eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Frage schliessen lässt. Zufolge seiner am 10. September 1998 erfolgten Wahl in den Verwaltungsrat erlangte der Beklagte 3 ab diesem Zeitpunkt formelle Organstellung. Weitere Ausführungen zu seiner Haftbarkeit erübrigen sich daher.

Ä

## E. 6

6.1.1 Ä Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrmässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist. Absicht beziehungsweise Vorsatz und Fahrmässigkeit 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 Fahrmässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die

Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 186 Erw. 1b und 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2 und 619 Erw. 3a; vgl. auch BGE 121 V 244 Erw. 4b).

6.1.2.2 Grobe Fahrlässigkeit liegt praxisgemäss 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 der Betreffende 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 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 51 Erw. 2a und 620 Erw. 3b).

Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer 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 der Firma zuzurechnen 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 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). Gehörten 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 die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (unveröffentlichtes Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i.S. T. vom 15. Juni 1998, H 33/98).

6.2.2.2 Wie bereits vorstehend erwähnt (Erw. 4.2), hat die E. AG wiederholt Zahlungspflichten verletzt; sie hat aber auch die ihr sonst zukommenden Arbeitgeberpflichten nicht genügend beachtet. Dies allein genügt, um in der Regel die volle Schadensdeckung nach sich zu ziehen, denn die Ausgleichskasse darf davon ausgehen, dass die Arbeitgeberin die Vorschriften absichtlich oder grobfahrlässig verletzt hat, sofern keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit des Handelns oder die Schuldlosigkeit der Arbeitgeberin bestehen. Dabei ist es im Rahmen der Mitwirkungspflicht grundsätzlich Sache der Schadenersatzpflichtigen, den Nachweis für allfällige Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe zu erbringen. Verwaltung und Gericht prüfen sodann im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes die Berechtigung der erhobenen Einwendungen.

Immer ist aber das Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens vorausgesetzt (BGE 121 V 244 Erw. 5). Die Annahme eines solchen setzt dabei einen Normverstoss von einer gewissen Schwere voraus. Gegen ein qualifiziertes Verschulden kann allenfalls die relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes sprechen, wobei aber stets eine Gesamtwürdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat. Die Dauer des Normverstosses ist somit ein Beurteilungskriterium, welches im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist und im Sinne der Rechtsprechung zu den Entlastungsgründen (BGE 108 V 186 f. Erw. 1b, 200 f. Erw. 1) zur Verneinung der

Schadenersatzpflicht führen kann (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 13. Februar 2001 in Sachen A., H 404/99; BGE 121 V 244 Erw. 4b).

## E. 7

### 7.1

7.1.1 Die Beklagten 1 und 2 bestritten, den entstandenen Schaden schuldhaft herbeigeführt zu haben und wiesen darauf hin (Urk. 2/E1+2, 14, 16, 32 und 36), sie hätten sich auf die Kompetenz des Beklagten 3 verlassen, der seit jeher als Geschftsgefhrer mit Einzelprokura die Buchhaltung besorgt und die gesamte operative Leitung des Unternehmens innegehabt habe. Ihm habe die Administration und der Finanzbereich obgelegen. Er habe auch die letzte Jahresrechnung für 1997 präsentiert und dann - trotz Aufforderung - für die folgenden Jahre keine mehr gemacht. Es wurde weiter geltend gemacht, der Beklagte 1 habe in erster Linie handwerkliche Elektrikerarbeit besorgt. Er sei daher nicht in der Lage gewesen, die inhaltliche Wahrheit der Geschftsbercher zu überprüfen. Auch der Beklagte 2 habe von geschäftlichen Belangen nichts verstanden; seine Domäne sei der Bereich "human resources" gewesen. Die Beklagten 1 und 2 behaupten ferner, dass weder aus den Jahresrechnungen, noch den Geschftsberchern und Revisionsberichten hervorgegangen sei, dass die Zahlungen an die Klägerin nicht ordnungsgemäss ausgeführt worden wären. Mahnungen habe er - der Beklagte 1 - nie gesehen. Betreibungen habe die Klägerin nicht angehoben. Da in der kleinen Gesellschaft eine Arbeitsteilung geherrscht habe, habe man nicht jede Kontobewegung nachprüfen müssen. Insbesondere liess der Beklagte 2 darauf hinweisen, er habe so lange, als die E.AG an der strasse  ihren Sitz gehabt habe, noch einen gewissen Einblick gehabt. Dann habe er aber im Zusammenhang mit der geplanten Sitzverlegung auf Ende 1998 an die  sein Engagement überdenken wollen und seinen Rücktritt als Verwaltungsratspräsident bekannt gegeben. Mit der Sitzverlegung habe er jeglichen Einblick in die Geschäftstätigkeit der E.AG verloren. Ausserdem habe er nach seinem Austritt keine Einladungen für Generalversammlungen oder Verwaltungsratssitzungen mehr erhalten und auch keine Entschädigung für sein Amt bezogen.

7.1.2 Der Beklagte 3 beschränkte seine Vorbringen auf die Höhe des geltend gemachten Schadens sowie auf den Haftungsumfang, da er als Verwaltungsrat gar nie im Handelsregister eingetragen gewesen sei (Urk. 19/11). Er unterliess indes nähere Ausführungen zu seiner Entlastung oder Rechtfertigung.

7.2 Es ist festzuhalten, dass nach stndiger Rechtsprechung an die Sorgfaltspflicht der Organe einer Aktiengesellschaft ein strenger Massstab anzulegen ist. Dies gilt umso mehr, wenn es sich beim Unternehmen um eine Kleinfirma handelt. Liegen einfache Verhältnisse vor, so wird von jedem Mitglied des Verwaltungsrates verlangt, dass es den Überblick über alle wesentlichen Belange des Unternehmens hat. Dabei bilden namentlich Unkenntnis oder Unwissenheit keine Entlastungsgrnde: Wer ein Verwaltungsratsmandat übernimmt, muss sich vorgängig über Rechte und Pflichten eines Organs informieren. Ebenso wenig vermag die Kompetenzaufteilung die einzelnen Organe zu entlasten. Im Bereich von Art. 52 AHVG gilt ein objektivierter Verschuldensmassstab, das heisst subjektive Entschuldbarkeit oder die Gründe für die Annahme des Verwaltungsratsmandats sind unbeachtlich (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen K. vom 5. Februar 2003, H 183/01, mit Hinweis auf das

Urteil in Sachen M. und F. vom 25. Juli 2000, H 228/98). Zu den Pflichten von Verwaltungsräten - das hat insbesondere auch für den im Februar 1998 eingetretenen Beklagten 1 zu gelten - geht es um, dass sie sich über den Geschäftsgang orientieren, die Geschäftsführung überwachen, nötigenfalls Einblick in Unterlagen verlangen, wo Handlungsbedarf besteht eingreifen, geeignete Massnahmen anordnen und deren Ausführung überwachen. Es kann auch im Umstand, dass der Beklagte 1 für die Filiale in "\_\_\_" tätig war, keine Entlastung erblickt werden. Vielmehr wurde ausgeführt, dass er dort die Geschäftsführung innehatte (Urk. 14 S. 3) und er somit in dieser Funktion, auch wenn er ansonsten handwerkliche Elektrikerarbeiten verrichtete (Urk. 16 S. 3), zweifellos auch Entscheidungen über den Geschäftsgang treffen musste. Gerade mit der Tatsache, dass der Beklagte 1 in den Verwaltungsrat eintrat, waren untrennbare Rechte und Pflichten verbunden, über deren Tragweite der Beklagte 1 sich vorgängig hätte informieren müssen. Wenn er ausführt, er habe "nur" dem Verwaltungsrat angehört und damit darlegen will, es seien ihm - neben seiner handwerklichen Tätigkeit - keine besonderen Aufgaben zugekommen und er habe insbesondere die Nichtbezahlung der Beiträge nicht verhindern können, so verkennt er damit die Pflichten eines Verwaltungsratsmitgliedes, was eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung darstellt (ZAK 1992 S. 249).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Auch der Beklagte 2 vermag sich mit dem Argument, er verstehe nichts von geschäftlichen Belangen, nicht zu entlasten. Wie dargelegt, hätte er sich beim Geschäftsführer, dem Beklagten 3, erkundigen müssen. Ausserdem stand ihm als Präsident des Verwaltungsrats vorübergehend sogar die Oberaufsicht zu. Inwieweit er diese ausübt hätte, tut er nicht dar. Der Beklagte 3 seinerseits geht mit dem Beklagten 2 zu den Grändern der Gesellschaft und führte von Anfang an die Geschäfte. Ihm oblag der Abrechnungs- und Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse, weshalb er über Zahlungsausstände und Mahnungen bestens orientiert war. Dennoch wurde offensichtlich zu wenig unternommen, um raschmöglichst Abhilfe zu schaffen; es wurde auch nicht dargetan, dass sich die E.\_\_\_\_\_allenfalls um die ratenweise Abzahlung der Ausstände bemüht hätte.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Beklagten keine rechtsgängigen Gründe zu ihrer Rechtfertigung und Entlastung vorzubringen vermögen.

7.3 Ä Ä Ä Ä Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten respektive die Passivität der Beschwerdeführenden ohne weiteres auch als adäquat kausal für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Schaden zu betrachten (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen, vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist jede von ihnen insoweit mit den andern solidarisch haftbar, als ihr der Schaden auf Grund ihres eigenen Verschuldens und der Umstände persönlich zurechenbar ist (Art. 759 Abs. 1 des Obligationenrechts, OR). Die genannte Bestimmung kann für die haftpflichtige Person zu einer Herabsetzung auf den Betrag führen, den sie als Alleinhaftende bezahlen müsste (differenzierte Solidarität) und erlaubt ihr, eigene Reduktionsgründe geltend zu machen. Hinsichtlich der Verschuldensschwere kann der Schädiger jedoch einzig deren Geringfügigkeit geltend machen. Da die auf Art. 52 AHVG gegründete Schadenersatzpflicht begrifflich ein qualifiziertes Verschulden voraussetzt, sei es aus vorsätzlichem Verschulden oder aus grober Fahrlässigkeit, findet Art. 759 OR nach der

Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts auf das Schadenersatzverfahren gemäss Art. 52 AHVG keine Anwendung (Urteil in Sachen G. vom 2. März 2004, H 235/03, mit Hinweis auf AHI 1996 S. 294 Erw. 6).

Demnach haften die Beklagten der Ausgleichskasse solidarisch für den geltend gemachten Schaden in der Höhe von Fr. 67'227.80.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Klagen werden H.\_\_\_\_, S.\_\_\_\_ und R.\_\_\_\_ verpflichtet, der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, in solidarischer Haftung Schadenersatz in der Höhe von Fr. 67'227.80 zu bezahlen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse
- Rechtsanwalt Dr. Roland Ilg
- Rechtsanwalt Dr. Kurt Scheibler
- Rechtsanwalt Dr. Walter Hagger
- Bundesamt für Sozialversicherung

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

Bezüglich Beiträge an die Familienausgleichskasse ist kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

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