

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00043

vom 24. April 2003

ZH Sozialversicherungsgericht, 2003-04-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2002.00043

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00043 du 24 avril 2003

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00043 del 24 aprile 2003

Erwägungen

E. 2

2.1???? Vorab ist die vom Beklagten 2 erhobene R?ge, die Kl?gerin habe den Anspruch auf rechtliches Geh?r verletzt, zu pr?fen. Die Kl?gerin habe dem Beklagten 2 anl?sslich des Einspracheverfahrens die Akteneinsicht verweigert, weswegen ihm die Substantiierung der Einsprache nicht m?glich gewesen sei. Die Akten habe der Beklagte 2 erst im Klageverfahren vom Gericht erhalten. Diese seien jedoch nicht vollst?ndig gewesen, es h?tten insbesondere die AHV-Anmeldung, Steuerunterlagen etc. gefehlt. Da der Beklagte 2 nur auf die eingereichten Akten Bezug nehmen k?nne, sei ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen (Urk. 15 S. 2 f.).

2.2???? Gem?ss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Geh?r. Das rechtliche Geh?r dient einerseits der Sachaufkl?rung, andererseits stellt es ein pers?nlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu geh?rt insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu ?ussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanz?gen geh?rt zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu ?ussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56 Erw. 2b, 127 III 578 Erw. 2c, 126 V 130 Erw. 2a; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene, weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 126 I 16 Erw. 2a/aa, 124 V 181 Erw. 1a, 375 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

???????? Die Schadenersatzverf?gung greift zweifellos einschneidend in die Rechtsstellung des Betroffenen ein. In der Praxis h?ren die Ausgleichskassen den Schadenersatzschuldner meistens vor Erlass der Verf?gung jedoch nicht an. Darin liegt indessen gem?ss h?chststrichterlicher Rechtsprechung keine Verletzung des rechtlichen Geh?rs. Der Schadenersatzschuldner kann nach Zustellung der Verf?gung innert dreissig Tagen formlos und ohne Begr?ndung Einspruch erheben. Dieser Einspruch, welcher keine Einsprache im Rechtssinne darstellt und ?hnlichkeit mit einem Rechtsvorschlag in der Betreibung hat, blockiert das Schadenersatzverfahren und bewirkt das Dahinfallen der Verf?gung. In der Folge muss nicht der Pflichtige, sondern die Ausgleichskasse innert weiteren dreissig Tagen bei Verwirkungsfolge aktiv werden und die Klage beim kantonalen Sozialversicherungsgericht erheben (Thomas Nussbaumer in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998).

???????? Da der Einspruch ohne Begr?ndung wirksam ist und die Akteneinsicht erst mit dem Einspruch verlangt wurde (Urk. 2/E2), kann aus dem Umstand, dass die Kl?gerin die

Akteneinsicht nicht gewährt, keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt werden. Selbst wenn eine Verletzung des rechtlichen Gehörs hätte bejaht werden müssen, wäre diese durch die ausführliche Begründung der Klage und die Möglichkeit der Akteneinsicht im Klageverfahren geheilt worden.

2.3.3.3 Gemäss § 19 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich (GSVGer) kann ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet werden. Nur wenn neue Tatsachen, Beweismittel oder Rechtsgründe vorgetragen werden, ist hingegen ein zweiter Schriftenwechsel anzuordnen (Christian Zünd, Kommentar zum Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, § 19 N 7). Hat beispielsweise die Behörde ihren Entscheid nicht oder nicht hinreichend begründet und erst in der Vernehmlassung die Entscheidgründe ausführlich dargelegt oder der Gegenpartei nicht bekannte Urkunden eingereicht, würde die Unterlassung eines weiteren Schriftenwechsels einer Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör gleichkommen (BGE 119 V 323 Erw. 1 mit Hinweisen, 116 V 40 Erw. 4b, 114 Ia Erw. 4b, 111 Ia 2).

Die Klägerin hat die Klage vom 8. Juli 2002 ausführlich begründet und dem Gericht die Akten eingereicht, welche dem Beklagten 2 zur Einsicht und Stellungnahme zugestellt worden sind (Urk. 6 und Urk. 10). Damit wurde dem Anspruch auf rechtliches Gehör entsprochen, und auf einen zweiten Schriftenwechsel konnte verzichtet werden.

E. 3

3.1.1 Nach Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (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).

3.2.1 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 Insolvenzschiidung; BGE 113 V 186) sowie auf die kantonrechtlichen Beiträge für die Familienausgleichskasse (§ 33 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer; nicht publiziertes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen A. vom 30. Juni 1997, 2P.251/1996).

4.1.1.1

4.1.1.1 Nach Art. 82 Abs. 1 AHVV verjährt die Schadenersatzforderung, wenn sie nicht innert Jahresfrist seit Kenntnis des Schadens durch Erlass einer Schadenersatzverfügung geltend gemacht wird. Bei dieser Frist handelt es sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um eine Verwirkungsfrist, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (BGE

128 V 12 Erw. 5a, 17 Erw. 2a, 126 V 451 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 82 Abs. 1 AHVV ist in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründenden können (BGE 128 V 17 Erw. 2a, 126 V 444 Erw. 3a 452 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

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 einem Jahr 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 128 V 12 Erw. 5a, 126 V 445 Erw. 3c).

Das Konkursverfahren wurde mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts Dielsdorf vom 7. Juni 2001 mangels Aktiven eingestellt (Urk. 5). Die Schadenersatzverfahren vom 23. Mai 2002 ergingen demzufolge innert der einjährigen Verwirkungsfrist von Art. 82 Abs. 1 AHVV.

E. 5.1

Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr 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 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).

Die Klägerin fordert Schadenersatz in Höhe von Fr. 32'876.65 (Urk. 1), wogegen der Beklagte geltend macht, in quantitativer Hinsicht sei die Schadenersatzforderung nur im Umfang von Fr. 15'499.15 ausgewiesen. Im Mehrbetrag sei der Schaden nicht belegt. Für das Jahr 1998 liege eine Selbstdeklaration über Fr. 26'000.-- vor. Unterzeichnet worden sei die Jahresabrechnung lediglich vom Beklagten 1. Die Jahresabrechnungen für die Jahre 2000 und 2001 seien seitens der Revisionsstelle am 27. August 2001 erstellt worden und die deklarierte Lohnsumme betrage Fr. 78'000.--, resp. Fr. 0.--. Es fehle demnach eine Jahresabrechnung für das Jahr 1999. Sodann könne aufgrund der eingereichten Unterlagen nicht geprüft werden, ob die beitragspflichtigen Lohnsummen den Tatsachen entsprechen (Urk. 15 S. 3 f.).

Der Schadenersatzprozess gemäss Art. 81 AHVV ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 81 Abs. 3 AHVV i.V.m. Art. 85 Abs. 2 lit. c AHVG), welcher besagt, dass der Richter von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen hat (BGE 108 V 197 Erw. 5). Der Untersuchungsgrundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt, sondern wird durch die verschiedenen Mitwirkungspflichten der Parteien ergänzt (BGE 122 V 158 Erw. 1a mit

Hinweisen). Dazu gehört auch die Substantiierungspflicht, welche besagt, dass die wesentlichen Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen in den Rechtsschriften enthalten sein müssen (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Auflage, Bern 1983, S. 208).

???????? Für die Klägerin bedeutet dies, die Schadenersatzforderung soweit zu substantiieren, dass sie überprüfbar werden kann. Dabei sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Einerseits hat die Klägerin den eingeklagten Forderungsbetrag zeitlich und masslich zu spezifizieren, also gestützt auf eine Beitragsübersicht zu behaupten, wie sich der eingeklagte Betrag zusammensetzt. Mit Blick auf das Verhältnis zwischen Untersuchungsgrundsatz und Mitwirkungspflicht genügt ein blosser Verweis in der Klage auf die Beitragsübersicht nur bei Evidenz, wenn also der Gesamtbetrag ohne weiteres aus der beigelegten Beitragsübersicht ersichtlich ist. Ist indessen nicht offensichtlich erkennbar, wie sich der Forderungsbetrag zusammensetzt, sei es wegen widersprüchlicher Saldi, unterschiedlich datierter Buchungen, schwankender Beiträge, Stornierungen oder Verrechnungen (z.B. FAK-Guthaben), ist es nicht Sache des angerufenen Gerichts, selbst in EDV-Ausdrucken und Abrechnungen nach denjenigen Positionen zu forschen, welche für die Schadenshöhe von Belang sind, und zu eruieren, wie der Forderungsbetrag doch ermittelt werden könnte. Vielmehr hat die Klägerin im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht durch erhellende Bezugnahme auf die Beitragsübersicht und andere von ihr eingereichten Akten darzutun, wie und gestützt worauf sie den Forderungsbetrag ermittelt hat.

???????? Andererseits gehört zur Substantiierungspflicht auch, den eingeklagten Forderungsbetrag oder Teile davon zu belegen, also durch Einreichung von Lohnabrechnungen, Nachzahlungs- oder Veranlagungsverfügungen die in der Beitragsübersicht enthaltenen Zahlungsvorgänge zu beweisen. Dies ist allerdings nur erforderlich, wenn die Forderung in der Klageantwort masslich mit konkreten, nicht ohne weiteres widerlegbaren Einwendungen bestritten wird oder sich auf Grund der Akten greifbare Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten ergeben (Urteil des EVG vom 13. Februar 2002 i.S. B, H 301/00).

5.4???? Die Klägerin ist ihrer Pflicht nachgekommen. Der eingeklagte Schaden ist ohne weiteres aus Beitragsübersicht und Kontoauszug vom 5. Juli 2002 (Urk. 4/1, Urk. 4/5) erkennbar. Zusätzlich hat die Klägerin in der Klageschrift dargetan, wie sich die eingeklagte Forderung zusammensetzt, nämlich aus den Beiträgen auf den Lohnsummen für die Zeit vom September bis Dezember 1998 sowie für die Jahre 1999 und 2000 zuzüglich Verzugszinsen und Mahnkosten (Urk. 1 S. 2).

???????? Wie der Beklagte 2 zutreffend vorbringt, fehlt in den vorgelegten Akten eine Lohnabrechnung 1999. Hingegen ist aus dem Revisionsbericht vom 5. März 2001 (Urk. 4/6/1) klar ersichtlich, dass im Jahre 1999 Löhne von insgesamt 112'500.-- ausbezahlt worden sind, denn der Revisionsbericht umfasst die Jahre 1998 und 1999 und weist Gesamtlöhne von Fr. 138'500.-- aus, was nach Abzug der Löhne für das Jahr 1998 von Fr. 26'000.-- (Urk. 4/2/1) zu einer Lohnsumme von Fr. 112'500.-- führt. Auf diesem Betrag hat die Klägerin denn auch die Beiträge berechnet (Urk. 4/1, Urk. 4/5).

???????? Bezüglich des Einwands des Beklagten 2, es könne nicht überprüft werden, ob die beitragspflichtige Lohnsumme den Tatsachen entspreche, ist entgegenzuhalten, dass die Lohnbescheinigung 1998 von der Konkursitin selbst und die Lohnbescheinigungen 1999, 2000 und 2001 gestützt auf Art. 68 Abs. 2 AHVG und Art. 162 Abs. 1 AHVV vom Revisor der Ausgleichskasse erstellt worden sind. Diese Lohnbescheinigungen stützen sich

wiederum auf die Bücher und Belege der Konkursitin, in welche sie den Kontrollorganen der AHV gestützt auf Art. 209 Abs. 1 AHVV Einsicht gewähren musste. Der Beklagte 2 hat nicht behauptet, dass die Lohnsummen nicht mit den Eintragungen in den Lohnblättern übereinstimmen, und es bestehen auch keine Anhaltspunkte zu dieser Annahme. Der eingeklagte Schaden von Fr. 32'876.65 ist folglich ausgewiesen.

E. 6

6.1???? 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).

6.2???? Wie sich der Beitragsübersicht und dem Kontoauszug der Klägerin vom 5. Juli 2002 (Urk. 4/1, Urk. 4/5) entnehmen lässt, bezahlte die Gesellschaft nie Beiträge an die Klägerin. Die Lohnabrechnung für das Jahr 1998 wurde fast zwei Jahre verspätet (Urk. 4/2/1) und diejenigen für die Jahre 1999 und 2000 überhaupt nie eingereicht (Urk. 4/2/2-3). Hieraus folgt, dass die A. ___ ihrer Abrechnungs- und Zahlungspflicht als Arbeitgeberin überhaupt nicht oder nur mangelhaft nachgekommen ist und damit gegen öffentlichrechtliche Vorschriften verstossen hat.

???????? Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der dadurch entstandene Schaden auf qualifiziert schuldhaftes Verhalten der Beklagten zurückzuführen ist.

E. 7

7.1???? 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. 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 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).

7.2???? 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).

7.3.1.1 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). Gehört 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 unterschriftsberechtigt sind, - 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).

E. 8

8.1.1.1 Zu seiner Entlastung bringt der Beklagte 1 vor, er habe versucht, die Firma nach bestem Wissen und Gewissen zu führen, was leider nicht gelungen sei. Es sei offensichtlich richtig, dass nicht alle AHV-Abrechnungen ordnungsgemäss abgerechnet und/oder einbezahlt worden seien. Dies könne durchaus auch daran liegen, dass er persönlich in seiner Funktion als Geschäftsführer überfordert gewesen sei (Urk. 2/E1). Er habe aber nie absichtlich oder grobfahrlässig gehandelt. Die A. ___ habe ausser ihm nie AHV-pflichtige Mitarbeiter gehabt, weshalb keine Drittpersonen zu Schaden gekommen seien. Während seiner Zeit als Geschäftsführer habe er sich unzulässige Male seinen Lohn nicht ausbezahlt, um das Weiterführen der kulturellen Projekte zu sichern (Urk. 2/E1, Urk. 12).

8.2.1.1 Der Beklagte 2 macht geltend, der Beklagte 1 sei nebst seiner Stellung als Verwaltungsratspräsident auch alleiniger Geschäftsführer der Gesellschaft gewesen. Für die Buchhaltung/Lohnbuchhaltung habe dieser seinen Schwiegersohn beigezogen. Dieser sei Buchhalter/Treuhänder und verfüge über die notwendige Ausbildung. Der Beklagte 2 hafte daher ohnehin nur noch für Auswahl, Instruktion und Überwachung der Beauftragten. Seiner Überwachungspflicht sei er gehörig nachgekommen.

1.1.1.1 Die ihm vorgelegte Erfolgsrechnung und Bilanz 1999 zeige zwar eine Unterbilanz, aber die Firma sei nicht überschuldet gewesen. Der Beklagte 2 sei in guten Treuen davon ausgegangen, dass die Beiträge bezahlt seien. Er habe nie Einblick in die detaillierte Lohnbuchhaltung gehabt. Trotz mehrfacher Bitte, die Buchhaltungsunterlagen sowie Erfolgsrechnung und Bilanz zuzustellen, sei der Beklagte 1 seinem Ansinnen nicht nachgekommen. Am 24. September 2002 habe dieser vielmehr mitgeteilt, dass er betreffend Buchhaltung keine weiteren Informationen gefunden habe, und bat ihn um direkte Edition

bei der Revisionsstelle. Am 7. Oktober 2002 habe der Beklagte 2 die Erfolgsrechnung für das Jahr 1999 erhalten. Auf Anfrage habe die Revisionsstelle mitgeteilt, dass sie keine Erfolgsrechnungen und Bilanzen für die anderen Jahre erstellt habe.

Der Beklagte 2 habe sich immer wieder nach dem Geschäftsgang der Gesellschaft erkundigt und der Beklagte 1 habe ihm nie mitgeteilt, dass die Sozialabgaben nicht abgerechnet worden seien. Der Beklagte 2 habe auch keinen Einblick in die Kontoblätter gehabt. Vor dem Geschäftsabschluss 1999 habe der Beklagte 1 bekannt gegeben, dass sich ein Verlust abzeichne, wobei aufgrund der Erfolgsrechnung und Bilanz 1999 ein weiterer Geschäftsgang durchaus zulässig gewesen sei. Der Beklagte 2 habe sofort gehandelt und der Gesellschaft ein Überbrückungsdarlehen von Fr. 15'000.-- gewährt. Der Beklagte 2 habe sich auch auf den Revisionsbericht vom 5. Dezember 2000 gestützt, wonach die Revisionsstelle empfohlen habe, die Jahresrechnung mit dem Bilanzverlust von Fr. 48'557.90 zu genehmigen.

Eine Haftung des Beklagten 2 komme ohnehin nicht in Frage, da die Klägerin ein grobes Selbstverschulden treffe. Die Gesellschaft habe sich ordnungsgemäss bei der Klägerin angemeldet und die Löhne für das Jahr 1998 abgerechnet. Die Klägerin habe die Gesellschaft erstmals am 12. November 1999 aufgefordert, die Lohnbescheinigung für das Jahr 1998 bis 30. November 1999 einzureichen, was dann auch geschehen sei. Am 25. August 2000 sei die Gesellschaft wiederum aufgefordert worden, die Lohnbescheinigung für 1999 bis 31. August 2000 einzureichen, und am 7. Juni 2001 sei die Aufforderung gekommen, die Lohnbescheinigung für 2000 bis 30. Juni 2001 einzureichen. Selben Datums sei die Mahnung für eine angeblich ausstehende Zahlung der Rechnung vom 6. April 2001 über Fr. 20'888.20 ergangen. Bei dieser habe es sich um die Beiträge für die Jahre 1998 - 1999 gehandelt. Gesetzt den Fall, die Klägerin könne beweisen, die Rechnungen am 6. April 2001 geschickt zu haben, habe sie viel zu lange mit der Rechnungsstellung und Mahnung zugewartet. Die Klägerin habe somit erstmals Mahnungen zugestellt, als der Konkurs über die Gesellschaft bereits wieder geschlossen gewesen sei. Hätte die Klägerin für die ausstehenden Beiträge gesetzlich und ordnungsgemäss früher gehandelt, hätte der Beklagte 2 früher merken können, dass die Gesellschaft nicht mehr zahlungsfähig gewesen sei (Urk. 15).

E. 8.3

Unbestritten und aktenkundig ist, dass beide Beklagten seit der Gründung der A.____ Mitglieder des Verwaltungsrates waren und der Beklagte 1 als Delegierter und seit dem 1. November 1999 auch als Präsident des zweiköpfigen Verwaltungsrates amtierte (Urk. 5). Damit kam beiden bis zur Auflösung der Gesellschaft formelle Organstellung zu.

Die Überforderung mit der Führung der Gesellschaft entbindet den Beklagten 1 nicht von den ihm gesetzlich auferlegten Pflichten, und mit dem Versuch allein, die Gesellschaft nach bestem Wissen und Gewissen zu führen, ist den gesetzlichen Pflichten nicht Genüge getan. Wer ein Verwaltungsratsmandat insbesondere als Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer annimmt, handelt grobfahrlässig, wenn er dieser Aufgabe nicht gewachsen ist. Als Geschäftsführer oblag es ihm, dafür besorgt zu sein, dass die Konkursitin ihren öffentlichrechtlichen Arbeitgeberpflichten nachkommt, ungeachtet seiner persönlichen Fähigkeiten oder Kenntnisse. Auch der Einwand, er habe sich unzulässige Male den Lohn nicht ausbezahlt, entlastet ihn nicht, da daraus allein ein Bemöhen, die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht rechtzeitig zu erfüllen, nicht

ersichtlich ist.

8.5.??? Was die Einwände des Beklagten 2 betrifft, ist ihm entgegenzuhalten, dass gerade bei einer kleineren Firma, wie sie hier vorlag, eine erhöhte Sorgfaltspflicht gilt. Auch einem nicht mit der kaufmännischen Geschäftsführung und den finanziellen Belangen betrauten Verwaltungsrat kommt, solange er diese formelle Organstellung beibehält, die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zu, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, auszuüben (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR), zu welchem Zweck er über ein Recht auf Auskunft und Einsicht verfügt (Art. 715a OR). Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrates, so handeln weitere Verwaltungsräte im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene, sich auch auf das Beitragswesen erstreckende Aufsicht nicht ausüben, wobei sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle bei einem wie vorliegend aus nur zwei Personen zusammengesetzten Verwaltungsrat nach einem strengen Massstab beurteilen. Als grobfahrlässig gilt gerade auch die Passivität faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossener Verwaltungsräte, welche sich um so nachhaltiger Einblick in die Geschäftsbücher zu bemühen haben. Ein Verwaltungsrat kann sich, wenn es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäft geht, mit denen er sich ihrer Bedeutung wegen befassen musste, nicht mit dem Einwand exkulpieren, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt (Urteil des EVG vom 27. Januar 2003 i.S. K., H 114/02).

??????? Der Beklagte 2 hat entgegen seiner Behauptung seine Aufsichtspflicht nicht gehörig wahrgenommen. Sich allein darüber zu versichern, dass der angeblich beigezogene Buchhalter/Treuhänder über die notwendige Ausbildung verfüge, genügt nicht. Insbesondere hätte der Beklagte 2, wie er selber einräumt, den Geschäftsführer instruieren und überwachen müssen. Es liegen jedoch keine Anhaltspunkte vor, wonach der Beklagte 2 während des Bestehens der Gesellschaft Einblick in die Buchhaltungsunterlagen genommen oder verlangt hat, dass die Buchhaltung ordnungsgemäss geführt wird und vor allem auch die Geschäftsabschlüsse rechtzeitig erstellt werden. Erst im Laufe des Klageverfahrens hat er versucht, an die Buchhaltungsunterlagen heranzukommen (Urk. 16/1). Dem Protokoll der Verwaltungsratssitzung vom 29. Mai 2001 ist zu entnehmen, dass der Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2000 zu diesem Zeitpunkt noch nicht erstellt worden war, wird doch im Protokoll vermerkt, das Geschäftsergebnis 2000 werde erneut negativ ausfallen, und nicht, das Geschäftsjahr sei erneut negativ ausgefallen. Anlässlich dieser Verwaltungsratssitzung wurde denn auch erst die Jahresrechnung 1998/99 analysiert und beschlossen, die Bilanz zu deponieren (Urk. 13/1). Ohne Kenntnis der (aktuellen) Geschäftsabschlüsse kann auch eine selbst nur rudimentäre Kontrolle der Geschäftsführung nicht erfolgen und ist die Behauptung, dieser nachgekommen zu sein, ungläubhaft. Wenn der Beklagte 2 vorbringt, er habe der Gesellschaft sofort, nachdem er vom schlechten Geschäftsergebnis 1998/99 Kenntnis erlangt habe, ein Darlehen gewährt, entlastet ihn dies nicht, da daraus allein ein Bemühen, die Beitragszahlungs- und Ablieferungspflicht rechtzeitig zu erfüllen, nicht ersichtlich ist. Im Übrigen gewährte er das Darlehen bereits am 28. Dezember 1998 (Urk. 16/3).

8.6.??? Zu bejahen ist auch der Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden der Beklagten und dem eingetretenen Schaden. Denn es ist nicht anzunehmen, dass auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können.

E. 9

9.1???? Laut BGE 112 V 185 (u.a. best?tigt in SVR 2000 AHV Nr. 16 S. 50 Erw. 7a) ist die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG einer Herabsetzung wegen Mitverschuldens der Verwaltung zug?nglich, sofern sich diese einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, was namentlich dann der Fall ist, wenn sie elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat. Zudem muss zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem Schaden ein ad?quater Kausalzusammenhang bestehen. Eine Herabsetzung kann daher nur erfolgen, wenn und soweit das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltung f?r die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens ad?quat kausal gewesen ist (BGE 122 V 189 Erw. 3c).

9.2???? Es fehlen jegliche Anhaltspunkte da?r, dass sich die Kl?gerin einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. Aufgrund der Akten ergibt sich, dass sie auf die ausstehenden Lohnbescheinigungen und Beitr?ge aufmerksam gemacht hat (Urk. 4/8/1-6). Insbesondere kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie habe die Lohnbescheinigungen und die offenen Beitr?ge zu sp?t gemahnt. Denn die Pflicht zur Einreichung der Lohnbescheinigung und zur Bezahlung der Beitr?ge entsteht ex lege und nicht erst mit der Aufforderung zur Deklaration bzw. der Rechnungsstellung. Der Schaden ist nicht aus bei der Kl?gerin liegenden Gr?nden entstanden, sondern deshalb, weil sich die Beklagten nicht um eine rechtzeitige Lohnmeldung und insbesondere um eine rechtzeitige Bezahlung der ausstehenden Beitr?ge gek?mmert haben.

E. 10

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klage gutzuheissen ist und die Beklagten 1 und 2 zu verpflichten sind, der Kl?gerin in solidarischer Haftung Schadenersatz im Betrag von Fr. 32'876.65 zu leisten.

Das Gericht erkennt:

1.???????? In Gutheissung der Klage werden E.____ und S.____ verpflichtet, der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Z?rich, Ausgleichskasse, in solidarischer Haftung Schadenersatz im Betrag von Fr. 32'876.65 zu bezahlen.

2.???????? Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Z?rich, Ausgleichskasse
- E.____
- Rechtsanw?ltin Evalotta Samuelsson
- Bundesamt f?r Sozialversicherung

4.???????? Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgen?ssischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgen?ssischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begr?ndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdef?hrenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugeh?rige 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.