

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00067 vom 28. Mai 2004

ZH Sozialversicherungsgericht, 2004-05-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2002.00067

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00067 du 28 mai 2004

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2002.00067 del 28 maggio 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).

2.2 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. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldigung; BGE 113 V 186).

E. 3

3.1 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 begründen 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 Fruchtklärung beziehungsweise von deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) an zu laufen (BGE 128 V 12 Erw. 5a, 126 V 445 Erw. 3c).

3.2. Das Konkursverfahren wurde mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts Zürich vom 9. August 2001 mangels Aktiven eingestellt (publiziert im SHAB am 23. August 2001; vgl. Urk. 2/2). Die Schadenersatzverfügungen vom 22. Juli 2002 als auch diejenigen vom 26. Juli 2002 ergingen demzufolge innert der einjährigen Verwirklichungsfrist.

Es bestehen keinerlei Hinweise dafür, dass die den Schadenersatzverfügungen zugrundeliegenden Beitragsforderungen bereits vor Konkursöffnung in Betreuung gesetzt (vgl. einzige aktenkundige Betreuungsanhebung vom September 2001; Urk. 2/3/12) und hierbei Pfändungsverlustscheine erwirkt worden wären, zumal die Beitragsforderungen in masslicher Hinsicht auch erst nach Januar 2001 bzw. nach Konkursöffnung anlässlich der Arbeitgeberkontrollen (Kontrolldaten 15. Januar 2001 und 4. Juli 2002; Urk. 2/6) masslich festgesetzt werden konnten (vgl. Nachzahlungsverfügungen vom 30. Juli 2002, Urk. 2/5/13-15). Ein früherer fristauslösender Schadenseintritt bzw. früheres Kenntnis desselben (vgl. hierzu auch ZAK 1990 S. 288 Erw. eb/cc und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen P., M. und S. vom 17. August 2001, H 34/01) ist daher nicht erwiesen, und diesbezügliche Vorbringen der Beklagten 2 und 3 (Urk. 13 S. 2 Ziffer 3; Urk. 24 S. 3) sind unbehelflich.

E. 4.1

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 Betreuungskosten, 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).

4.2. Die Klägerin macht einen Schaden von insgesamt Fr. 120'430.-- geltend, der sich aus den Beiträgen von Fr. 96'642.30 inklusive Verzugszinsen auf den in den Jahren 1996 bis 1998 nicht abgerechneten, gestützt auf die anlässlich der internen Revision ermittelten Lohnzahlungen sowie aus den unbezahlt gebliebenen Beiträgen von Fr. 23'787.70 inklusive Mahngebühren und Betreuungskosten auf den im Jahre 1999 ausbezahlten und mit der Klägerin abzurechnenden Lohnzahlungen zusammensetzt (Urk. 1).

E. 4.3

4.3.1. Der Beklagte 1 macht geltend, die Konkursitin habe von 1984 bis 1998 mit zwei in Österreich ansässigen Firmen zusammengearbeitet. Diese seien selbständige Firmen gewesen und hätten entsprechende Verträge mit der Konkursitin gehabt. Infolge eines Fehlers der Buchhaltung seien Zahlungen oder Ausgaben an die Vertragspartner der

Einfachheit halber als Lohnzahlungen gebucht worden. Bereits mit Schreiben vom 12. August 2002 habe er darauf hingewiesen und entsprechende Ausführungen gemacht. So habe er unter anderem einen ausgestellten Check an die damalige Büroangestellte vom 27. Februar 1997 über Fr. 20'000.-- erwähnt. Seines Wissens habe B. ___ rund Fr. 5'000.-- im Monat verdient und nicht Fr. 20'000.--. Dazu sei zu erwähnen, dass es Gewohnheit gewesen sei, dass die Büroangestellte per Check Bargeld von der Bank abgeholt habe, um Rechnungen oder auch Provisionen zu bezahlen. Es dürfte nicht sein, dass diese Bezüge als Lohnbezüge aufgerechnet würden, was die AHV-Revision gemacht habe. Ebenfalls habe er Zahlungen, die als Vorschuss C. ___ verbucht worden seien (Fr. 100'000.-- am 3. November 1997) erwähnt. Bei C. ___ habe es sich um den Inhaber der in Österreich domizilierten D. ___ gehandelt. Diese Zahlung sei ein Vorschuss an diese Firma und nicht ein Monatslohn gewesen. Ebenfalls sei der Vorschuss E. ___ (Fr. 25'000.-- am 24. Januar 1997) erwähnt worden. E. ___ sei österreichischer Staatsangehöriger und habe für den Vertriebspartner der A. ___, die F. ___ in Innsbruck gearbeitet. Es habe sich auch hier nicht um Lohngehälter gehandelt. E. ___ sei nicht Angestellter gewesen, und es seien keine AHV-Beiträge geschuldet gewesen. Das gleiche gelte für gewisse Zahlungen an den Beklagten 3. Dieser sei Verkaufsleiter der österreichischen GmbH gewesen, und die Zahlungen seien ausschliesslich für die besagte Firma bestimmt gewesen. (Urk. 25 S. 3 ff.).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In seiner Stellungnahme vom 20. November 2003 (Urk. 40) wendet er sodann ein, B. ___ (damals W. ___) habe als Sachbearbeiterin Checks in die Hand erhalten. Das Geld der von ihr bei der Bank eingezogenen Checks habe sie nicht persönlich erhalten, sondern diese Gelder habe sie für die Bezahlung von Rechnungen der Gesellschaft verwendet. Die Buchhaltung habe dann aber die entsprechenden Checkbezüge nicht zuordnen können, weshalb sie sie provisorisch als Zahlungen an B. ___ gebucht habe. C. ___ sei von 1996 bis 1998 für seine eigene Firma in Österreich tätig gewesen. Sämtliche Provisionen seien für diese Firma bestimmt gewesen. Der Buchhalter habe, wenn er die entsprechenden Belege nicht gefunden habe, die entsprechenden Belege als Lohn gebucht. Die Bezüge des Beklagten 3 seien Darlehen an ihn gewesen. Auch diese Darlehen seien vom Buchhalter als Lohn gebucht worden, weil wahrscheinlich die entsprechenden Belege von ihm nicht gefunden worden seien. Es ergebe sich aufgrund der Unterlagen, dass es sich bei sämtlichen Zahlungen nicht um AHV-pflichtige Entgelte gehandelt habe (Urk. 40).

4.3.2. Ä Ä Der Beklagte 3 macht in seiner Eingabe vom 15. Juli 2003 geltend (Urk. 32), er sei in den Jahren 1995 bis 1997 als Leiter der Filiale in Innsbruck tätig gewesen. Er habe während dieser Zeit als Wochenaufenthalter im Hotel Europa in Innsbruck logiert. Bei dem im Jahre 1996 für ihn aufgerechneten Betrag von Fr. 25'033.-- handle es sich nicht um Lohnzahlungen, sondern um Auslagen und Spesen, welche ihm im Zusammenhang mit dem Betrieb der Filiale Innsbruck ausbezahlt worden seien. Auch beim Betrag von Fr. 29'900.-- im Jahre 1998 handle es sich nicht um Lohnzahlungen, sondern um Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Betrieb des Filialsitzes in Innsbruck. Die Zahlungen seien nur gegen Vorlage der entsprechenden Spesenbelege erfolgt.

4.3.3. Ä Ä Die Vertreterin der Beklagten 2 bringt in ihrer Stellungnahme vom 15. September 2003 vor (Urk. 36), sie sei seit 1991 Kontrollstelle bzw. Revisionsstelle der Konkursitin gewesen. Bezüglich des Jahres 1997 habe sie versucht, die Revision vorzubereiten, anlässlich welcher sie auf das Kontoblatt 4001 der Gesellschaft gestossen

sei, aus welchem ersichtlich sei, dass Vergütungen an C.____, E.____ und B.____ als Honorare für selbständige Mitarbeiter für das Geschäftsjahr 1997 aufgeführt sein. Aufgrund von Handnotizen habe ebenfalls festgestellt werden können, dass diese Mitarbeiter bei der Österreichischen Firma angestellt gewesen seien beziehungsweise über diese Firma hätte abgerechnet werden sollen.

4.3.4 B.____ legt in ihrer Stellungnahme vom 16. Dezember 2003 (Urk. 44) dar, dass es öfters vorgekommen sei, dass sie als Sekretärin der Gesellschaft beauftragt worden sei, per Check Geld vom Geschäftskonto abzuheben. Da sie nicht zeichnungsberechtigt gewesen sei, sei jeweils ein Check auf ihren Namen ausgestellt worden. Das Geld sei ihres Wissens für eventuelle Vorschusslohnzahlungen der Mitarbeiter von Zug/Zürich und A-Innsbruck verwendet worden. Es sei auch vorgekommen, dass Kunden ihr Konto aufgelöst und ihr Restguthaben bar bei der Gesellschaft abgeholt hätten. An sie selber sei nie eine Lohnzahlung mittels Check in der Höhe von Fr. 60'000.-- erfolgt, ihr Lohn sei vertraglich geregelt gewesen.

4.4.1

4.4.1 Bezüglich der Entgelte an die ehemalige Angestellte der Gesellschaft, B.____, ist nach übereinstimmender Aussagen des Beklagten 1 und 3 sowie von ihr selber davon auszugehen, dass ihr die Checks jeweils ausgestellt wurden, damit sie Rechnungen der Gesellschaft bar begleichen konnte. Gemäss Lohnausweis des Jahres 1997 erzielte B.____ einen Lohn von brutto Fr. 54'600.-- (Urk. 45/2), welchen sie gegenüber der Steuerbehörde deklariert hatte. Ebenso wurde ihr Bruttolohn von Fr. 54'600.-- von der Gesellschaft mit der Klägerin abgerechnet (vgl. Jahresabrechnung 1997, Urk. 2/5/4). Es ist daher als überwiegend wahrscheinlich davon auszugehen, dass die gemäss Bericht der Revisionsstelle vom 4. Juli 2002 auf dem Konto 4001 Honorare verbuchten und von der Revisionsstelle aufgerechneten Fr. 63'382.-- (vgl. Urk. 2/6 S. 3) keinen AHV-pflichtigen Lohn darstellen.

4.4.2 Was die Zahlungen an C.____ betrifft, können die Beklagten aus der Bestätigung desselben, dass er in den Jahren 1996 bis 1998 für seine eigene Firma in Österreich tätig war, nichts zu ihren Gunsten ableiten (vgl. Urk. 41/2). Die Tätigkeit für die eigene Firma schliesst nicht aus, dass C.____ auch für die Konkursitin tätig war und dafür AHV-pflichtigen Lohn erzielte. Provisionen zählen grundsätzlich zum massgebenden Lohn (Art. 7 lit. g AHVV; zum bereits damals geltenden Erwerbortsprinzip vgl. Art. 6 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Österreich über Soziale Sicherheit vom 15. November 1967 inkl. der vier Zusatzabkommen). Die Beklagten haben sich die entsprechenden Buchungen auf dem Konto 4001 Honorare (vgl. Urk. 2/6 S. 3 und Urk. 37/3) entgegenhalten zu lassen.

4.4.3 Bezüglich der Zahlungen an den Beklagten 3 sind die Behauptungen der Beklagten widersprüchlich. Während der Beklagte 1 noch in der Klageantwort (Urk. 25) vorbrachte, R.____ sei Verkaufsleiter der Österreichischen GesmbH gewesen, und die Zahlungen seien ausschliesslich für die besagte Firma bestimmt gewesen, legte er in seiner Eingabe vom 20. November 2003 (Urk. 40) dar, dass es sich bei den Bezügen des Beklagten 3 um Darlehen gehandelt habe, und legte einen Darlehensvertrag über ein Darlehen von Fr. 35'000.--, welches am 31. Januar 1996 ausbezahlt wurde, ins Recht (Urk. 41/1). Der Beklagte 3 selber behauptete in seiner Eingabe vom 15. Juli 2003 (Urk. 32), dass es sich bei den besagten Entgelte an ihn um Spesenentschädigungen handelt.

Es kann sich höchstens bei den im Jahre 1996 an den Beklagten 3 ausbezahlten Fr. 25'033.-- um ein Darlehen handeln, da ein solches gemäss Vertrag am 31. Januar 1996 ausbezahlt wurde. Da aber der Vertrag über eine Summe von Fr. 35'000.-- geschlossen und das Darlehen am 15. Oktober 1996 zurückbezahlt wurde (vgl. Urk. 41/1), ist es unwahrscheinlich, dass es sich bei den auf dem Konto Honorare verbuchten Fr. 25'033.-- um das besagte Darlehen handelt. Zudem räumte der Beklagte 3 selber ein, es handle sich um Spesenzahlungen, was auch der Beklagte 1 noch in der Klageantwort behauptete. Da die Beklagten dem Gericht keine Spesenbelege einreichen konnten, und die Zahlungen von Fr. 25'033.-- und Fr. 29'900.-- dem Konto Honorare beziehungsweise dem Konto Lohn R.____ belastet wurden (vgl. Urk. 2/6 S. 2 und 4), ist davon auszugehen, dass es sich bei den Zahlungen um AHV-pflichtigen Lohn handelt.

Die Parteivorbringen hinsichtlich Zahlungen an E.____ vermögen die Schadenshöhe ebenfalls nicht in Frage zu stellen, da aufgrund des Ergänzungsberichts aus der Arbeitgeberkontrolle (Urk. 2/6 Seite 3f.) keine Nachzahlungen ihn betreffend erhoben worden sind.

E. 4.5

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die von der Revisionsstelle ermittelten, nicht abgerechneten Löhne für das Jahr 1997 um Fr. 63'382.-- zu reduzieren und die Nachzahlung der Beiträge auf einer Lohnsumme von Fr. 155'345.-- zu berechnen sind, was AHV/IV/EO-Beiträge von Fr. 15'689.85 (155'345.-- x 10.1 %) und Beiträge an die Arbeitslosenversicherung von Fr. 4'161.90 (Fr. 130'423.-- x 3 % + Fr. 24'922.-- x 1 %) sowie Verwaltungskosten von Fr. 470.70 (Fr. 15'689.85 x 3 %) und nachzuzahlende Beiträge (inklusive Verwaltungskosten) von insgesamt von Fr. 20'322.45 ergibt.

Betreffend die Jahre 1996 und 1998 sind die Beiträge an die Familienausgleichskasse des Kantons Zug abzuziehen. Damit ergeben sich offene Beiträge für das Jahr 1996 von Fr. 21'744.30 (Fr. 17'537.75 + Fr. 526.15 + Fr. 3'680.40) und für das Jahr 1998 von Fr. 23'247.80 (Fr. 19'414.-- + Fr. 582.40 + Fr. 3'251.40). Der bundesrechtlich geschuldete Schaden für die nicht abgerechneten Löhne für die Jahre 1996 bis 1998 beträgt demnach total Fr. 65'314.55 (Fr. 20'322.45 + Fr. 21'744.30 + Fr. 23'247.80).

Hinzu kommen Verzugszinsen von 6 % seit 1. Januar 1997 bis 31. Dezember 2000 von Fr. 5'218.65 für die Beiträge 1996 (Fr. 21'744.30 x 6 % x 4), Fr. 3'658.05 für die Beiträge 1997 (Fr. 20'322.45 x 6 % x 3) und Fr. 2'789.75 für die Beiträge 1998 (Fr. 23'247.80 x 6 % x 2) sowie Verzugszinsen von 5 % für die Zeit vom 1. Januar bis 5. Juli 2001 von Fr. 1'678.20 (Fr. 65'314.55 x 5 % x 185 : 360), somit von zusammen Fr. 13'344.65. Der ausgewiesene Schaden aus den nicht abgerechneten Löhnen der Jahre 1996 bis 1998 beträgt folglich Fr. 78'659.20 (Fr. 65'314.55 + Fr. 13'344.65).

Die von der Klägerin behaupteten Ausstände von Fr. 23'787.70 für das Jahr 1999 (bis 30. Juni) wurden von den Beklagten 2 nicht bestritten und sind aufgrund der Akten ausgewiesen.

Wie bereits ausgeführt, ist der hier zu beurteilende Schaden auf die bundesrechtlich geschuldeten Beiträge zu beschränken. Die Auflistung der entgangenen Beiträge (Urk. 1 S. 5) zeigt auf, dass die kantonalrechtlichen Beiträge an die Familienausgleichskasse (Fr. 6'255.95) mit Kinderzulagen (Fr. 8'700.--) vollständig zur Verrechnung gelangten, weshalb der das Jahr 1999 betreffende eingeklagte Schaden sich

ausschliesslich auf entgangene AHV/IV/EO- und ALV-Beiträge stützt und nicht zu reduzieren ist.

E. 5

5.1 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).

5.2 Die Konkursitin hat es einerseits unterlassen, die Beiträge für das Jahr 1999 zu bezahlen. Andererseits hat sie die Löhne der Jahre 1996 bis 1998 nicht vollständig deklariert. Damit ist sie ihren Pflichten als Arbeitgeberin nicht vollständig nachgekommen und hat öffentlichrechtliche Vorschriften missachtet.

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

E. 6

6.1 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).

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).

6.2.1.1 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).

6.3.1 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).

E. 7

7.1.1.1

7.1.1.1 Zu seiner Entlastung macht der Beklagte 1 im Wesentlichen geltend, er habe darauf vertrauen können, dass die Buchhaltung ordentlich geführt worden sei. Auch habe er der Revisionsstelle, welche ebenfalls Organ der konkursiten Gesellschaft gewesen sei, vertrauen dürfen. Weder von der Buchhaltung noch von der Revisionsstelle seien ihm Hinweise gegeben worden, dass mit den AHV-Abrechnungen etwas nicht richtig laufe. Wenn dann eine Revision der AHV ein anderes Bild gebe, könne ihm dies nicht als "grobfahrlässig" vorgeworfen werden (Urk. 25).

7.1.2 Die Beklagte 2 macht geltend, sie habe in guten Treuen davon ausgehen können, dass die Buchhaltung richtig geführt worden sei. Sie sei auf Mitte 1999 aus dem Verwaltungsrat der Gesellschaft ausgetreten und habe somit die Geschicke der Gesellschaft für das Jahr 1999 nicht mehr wahrnehmen können. Der per 1. Juli 1999 in den Verwaltungsrat gewählte G. ___ sei in die Verantwortung für die laufenden als auch die verfallenen, von der Firma in früheren Jahren schuldig gebliebenen Sozialversicherungsabgaben eingetreten. Somit habe nicht die Beklagte 2, sondern hätten die neuen Verwaltungsräte ins Recht gefasst werden müssen. Ferner sei zu beachten, dass die Firma erst im Jahre 2001 in Konkurs gegangen sei. Die Klägerin hätte genügend Gelegenheit gehabt, rechtzeitig eine Revision durchzuführen und die Forderungen auf dem Betreibungsweg einzutreiben. Der Beklagte 1 habe ausgeführt, dass er mit österreichischen Firmen zusammengearbeitet habe. Die Buchhaltung hätte den Verwaltungsrat darauf aufmerksam machen müssen, dass die Lohnbezüge über die österreichischen Gesellschaften nicht unproblematisch seien und unter Umständen eine Erfassung durch die Schweizer AHV möglich sein könnte. Die Buchhaltungsstelle und die Revisionsstelle trügen ein Mitverschulden. Aus den Revisionsberichten lasse sich

ersehen, dass die Revisionsstelle ihren Pflichten in keiner Weise nachgekommen sei. Dies wäre bei der Verschuldensfrage entsprechend zu berücksichtigen (Urk. 13).

7.1.3.1 Der Beklagte 3 schliesslich macht geltend, sein Aufgabenbereich als Geschäftsleiter sei auf die Einschulung von Mitarbeitern und die Betreuung der Handelsbeziehungen beschränkt gewesen. Er habe sich darauf verlassen können, dass der Beklagte 1, welcher die entsprechenden Abrechnungen erstellt und unterzeichnet habe, die Beiträge wahrheitsgemäss und vollständig deklariert habe. Auch bei kleinen Gesellschaften könne es nicht Aufgabe aller Mitglieder des Verwaltungsrates sein, die Lohnabrechnungen persönlich auf deren Richtigkeit zu überprüfen (Urk. 24).

E. 7.2.1

Massgeblich für die Beurteilung der Organstellung von Personen, die nicht Verwaltungsräte sind, ist, ob sie tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie den Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (BGE 114 V 218 Erw. 4e). Der Beklagte 1 war zwar nie als formelles Organ im Handelsregister eingetragen (Urk. 2/1 und Urk. 2/2). Mit Brief vom 11. März 2002 teilte er aber der Klägerin mit, dass er während der Zeit von 1996 bis und mit Schliessung der Gesellschaft im Jahre 1999 verantwortlicher Geschäftsleiter und Hauptaktionär der Gesellschaft gewesen sei (Urk. 2/2a). Auch unterzeichnete er den Fragebogen für die Aufnahme ins Register der Klägerin vom 7. Februar 1996 (Urk. 2/5/3) sowie die Jahresabrechnungen der Jahre 1997 (Urk. 2/5/4) und 1999 (Urk. 2/5/10-11). An der faktischen Organschaft des Beklagten 1 während der Zeit, in welcher die fraglichen Sozialversicherungsbeiträge hätten abgerechnet und bezahlt werden sollen, kann kein Zweifel bestehen, und der Beklagte 1 hat eine solche auch nie bestritten.

7.2.2.1 Gemäss Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zug war M. ___ seit der Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister am 20. November 1995 bis zur Löschung am 2. Juli 1999 Verwaltungsratsmitglied der Gesellschaft; in der Zeit zwischen 24. März 1997 bis 21. Mai 1999 fungierte sie gar als Verwaltungsratspräsidentin. Auch nach der Zeit der Sitzverlegung der Gesellschaft amtierte die Beklagte 2 bis zum 18. August 1999 weiterhin als Verwaltungsratsmitglied (Urk. 2/1). Damit hatte sie in der Zeit, in welcher die von der Klägerin geltend gemachten Sozialversicherungsbeiträge zur Zahlung fällig geworden wären, formelle Organeigenschaft. Unbeachtlich ist dabei, dass G. ___ mit Eintritt in den Verwaltungsrat am 1. Juni 1999 allenfalls auch in die Verantwortung für laufende und verfallene Sozialversicherungsabgaben eingetreten ist.

7.2.3.1 Der Beklagte 3 war vom 24. März 1997 bis 24. Juni 1999 als Verwaltungsrat der Gesellschaft tätig. Mit der Mandatsübernahme ist er in die Verantwortung sowohl für die laufenden als auch für die verfallenen (wenn auch noch nicht bekannten) Beiträge eingetreten (ZAK 1992 S. 254 Erw. 7b). Da er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits Mitte Februar 1999 aus der Gesellschaft ausschied, verzichtete die Klägerin gegenüber ihm auf die Geltendmachung der Beiträge für das Jahr 1999 (vgl. Urk. 1).

7.3.1.1 Bei der A. ___ hat es sich um ein kleines Unternehmen mit einfachen und leicht überschaubaren Verhältnissen gehandelt, weshalb die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht seiner Organe nach einem strengen Massstab zu beurteilen sind. Es lässt sich nicht wie bei einem Grossunternehmen mit einer allfälligen Delegation an Dritte

auch eine Beschränkung der Kontrollpflichten rechtfertigen (BGE 108 V 203 Erw. 3b). Insbesondere vermögen sich die Beklagten 1 und 2 nicht damit exkulpieren, sie hätten darauf vertrauen dürfen, dass die Buchhaltung ordentlich geführt werde, gehört es doch zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates, das Rechnungswesen auszugestalten sowie die Finanzkontrolle auszuüben (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3). Wie sich aus den Lohnabrechnungen 1996 bis 1998 (Urk. 2/51-11) ergibt, mussten diese nicht nur wiederholt nachträglich korrigiert werden, wobei sogar die Revisionsgesellschaft daran beteiligt war (Urk. 2/5/6; Urk. 2/5/9), sondern erwiesen sich die AHV-Abrechnungen auch aufgrund der Arbeitgeberkontrolle als unvollständig. Der Kassenrevisor hielt dabei fest, dass trotz wiederholter Nachforschung als übliche Unterlagen namentlich Saldounterlagen und Belege jedwelcher Art sowie die vollständige Buchhaltung 1999 fehlten (Urk. 2/6 S. 2). Angesichts dieser Aktenlage wie auch aufgrund von Vorbringen des Beklagten 1 (Urk. 25 S. 4 und Urk. 40), wonach der Buchhalter mangels Belegen fälschlicherweise Zahlungen als Honorare verbucht haben soll, muss davon ausgegangen werden, dass die Buchführung über längere Zeit mangelhaft war. Diesen Umstand müssen sich die Verwaltungsratsmitglieder als hierfür letztlich Verantwortliche entgegenhalten lassen. Selbstredend sind sie nicht verpflichtet, jede Lohnbuchung insbesondere auch hinsichtlich der AHV-Abrechnungspflicht einzeln zu überprüfen. Sie sind jedoch grundsätzlich zuständig dafür, dass eine geordnete Buchhaltung geführt wird bzw. geführt werden kann und haben entsprechende Anweisung für die Einhaltung der gesetzlichen Abrechnungspflichten zu geben. Dass diesen über Jahren regelmässig nicht vollständig nachgekommen wurde oder werden konnte, haben sie zu verantworten. Indem sich die Beklagten 1 und 2 einfach darauf verliessen, dass die Buchhaltung ordentlich geführt wurde, und sich nicht nachhaltig um die Einhaltung der gesetzlichen Abrechnungspflichten und fristgerechte Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge kümmerten, handelten sie grobfahrlässig.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Aber auch der Beklagte 3 vermag sich mit dem Einwand, sein Aufgabenbereich sei auf die Einschulung von Mitarbeitern und die Betreuung der Handelsbeziehungen beschränkt gewesen, zu entlasten. Denn 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 (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Als grobfahrlässig gilt gerade auch die Passivität von der Geschäftsführung faktisch ausgeschlossener Verwaltungsräte, welche sich um so nachhaltiger Einblick in die Geschäftsbücher zu verschaffen haben. Ein Verwaltungsrat kann sich, wenn es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäften 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).

7.4 Ä Ä Ä 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.

8.1. Laut BGE 122 V 185 (u.a. bestätigt in SVR 2000 AHV Nr. 16 S. 50 Erw. 7a) ist die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG einer Herabsetzung wegen Mitverschuldens der Verwaltung zugänglich, 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 adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Eine Herabsetzung kann daher nur erfolgen, wenn und soweit das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltung für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal gewesen ist (BGE 122 V 189 Erw. 3c).

8.2. Es fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass sich die Klägerin einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. Insbesondere kann ihr nicht vorgeworfen werden, sie habe die Revision zu spät durchgeführt. Aktenkundig ist, dass die von der Klägerin beauftragte Revisionsstelle diese überhaupt an die Revisionsunterlagen zu gelangen und diese schliesslich nur unvollständig von den Verantwortlichen beigebracht wurden (vgl. Urk. 2/6). Unter diesen Umständen hat die Klägerin die spätere Revision wohl kaum selber zu verantworten, sondern der Grund dafür ist beim pflichtwidrigen Verhalten der Beklagten zu suchen, zumal bei pflichtgemässiger Abrechnung die Arbeitgeberkontrolle unabhängig ihres Zeitpunktes auch keine Nachzahlungen gezeitigt hätte.

9. Die Klägerin machte gegenüber den Beklagten 1 und 3 einen aus den nicht abgerechneten Löhnen der Jahre 1996 bis 1998 entstandenen Schaden von Fr. 96'642.30 und gegenüber der Beklagten 2 zusätzlich einen Schaden aus den Ausständen der Beiträge für das Jahr 1999 einen solchen von Fr. 23'787.70 geltend. Nach dem Dargelegten ist die Klage, soweit darauf eingetreten wird, teilweise gutzuheissen, und die Beklagten sind zu verpflichten, der Klägerin wie folgt Schadenersatz zu bezahlen: Die Beklagten 1 und 3 im Betrag von Fr. 78'659.40 und die Beklagte 2 im Betrag von Fr. 102'446.90. Im Betrag von Fr. 78'659.40 haften sie solidarisch. Im Mehrbetrag ist die Klage abzuweisen.

Ferner sind mangels gesetzlicher Grundlagen die Schadenersatzforderungen vorbehaltlich gewisser Ausnahmen nicht zu verzinsen (BGE 119 V 78). Es liegen keine Umstände vor, die gemäss höchstgerichtlicher Rechtsprechung ein Abweichen von diesem Grundsatz rechtfertigen würden, weshalb dem Klagebegehren hinsichtlich dieses Punktes nicht zu folgen ist.

Bezüglich der Beiträge an die Familienausgleichskasse des Kantons Zug ist auf die Klage nicht einzutreten und sind die Akten nach Eintritt der Rechtskraft an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Durchführung des Schadenersatzverfahrens zu überweisen.

10. Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) haben die Parteien auf Antrag nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten. Dieser wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses bemessen.

Die Beklagten obsiegen in geringfügigem Umfang - es handelt sich im Wesentlichen um eine Reduktion des Schadens für Beiträge aus dem Jahr 1997 um rund Fr. 9'000.-- sowie die Verneinung der Verzugszinspflicht -, weshalb die

Prozessentschädigung auf 10 % des ermessensweise geschätzten, angemessenen Aufwandes zu reduzieren und auf je Fr. 250.-- für die Beklagten 1, 2 und 3 festzusetzen ist (inkl. Barauslagen und MWSt).

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird, soweit darauf eingetreten wird, teilweise gutgeheissen, und die Beklagten werden verpflichtet, der Klägerin wie folgt Schadenersatz zu bezahlen: Die Beklagten 1 und 3 im Betrag von Fr. 78'659.40 und die Beklagte 2 im Betrag von Fr. 102'446.90. Im Betrag von Fr. 78'659.40 haften die Beklagten 1 - 3 solidarisch. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

Bezüglich der Beiträge an die Familienausgleichskasse des Kantons Zug werden die Akten nach Eintritt der Rechtskraft des Entscheides dem Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur Durchführung des Schadenersatzverfahrens überwiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Klägerin wird verpflichtet, den Beklagten je eine Parteientschädigung von Fr. 250.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an

- Ausgleichskasse des Kantons Zug

- Rechtsanwalt Bruno Schelbert

- Contrebag AG Treuhand

- Rechtsanwalt und Notar Hans Suppiger

- Bundesamt für Sozialversicherung

sowie an:

- Verwaltungsgericht des Kantons Zug zur einstweiligen Kenntnisnahme

5. 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.