

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2005.00042 vom 25. November 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2005.00042](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2005.00042)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2005.00042 du 25 novembre 2008

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2005.00042 del 25 novembre 2008

## Erwägungen

### E. 2

2.1. Art. 52 AHVG setzt die rechtzeitige Geltendmachung des Schadenersatzes, das Vorliegen eines Schadens, die Organstellung der belangten Person, eine widerrechtliche Pflichtverletzung, ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten der belangten Person sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem eingetretenen Schaden voraus. Vorab zu prüfen ist, ob die Schadenersatzverfügungen vom 22. September 2004 (Urk. 22/112-115) rechtzeitig erlassen wurden.

2.2. Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten (Art. 52 Abs. 3 AHVG; vgl. auch BGE 131 V 7 oben).

### E. 2.3

2.3.1. 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. beispielsweise BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. beispielsweise BGE 121 V 234, 240). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 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).

2.3.2. Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs. 3 AHVG 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 129 V 195 Erw. 2.1, 128 V 17 Erw. 2a, 126 V 444 Erw. 3a, 452 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

2.3.3. Bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gilt der Schaden als mit dem entsprechenden Beschluss eingetreten, der den Konkurs amtlich für fruchtlos erklärt, woraus der Verlust der Beitragsforderung der Ausgleichskasse resultiert. Die Frist von zwei Jahren für die Geltendmachung der Schadenersatzforderung seit Kenntnis des



ihre Forderung gegenüber die Beschwerdeführerinnen auf die Jahresabrechnungen der F.\_\_\_\_ AG für die Jahre 2001 (Urk. 22/11) und 2002 (Urk. 22/84; vgl. Urk. 2 S. 2 f.).

3.5. Die Beschwerdeführer 1 und 2 bringen hiergegen vor, dass die F.\_\_\_\_ AG lediglich eine Arbeitnehmerin, die Beigeladene, gehabt habe, und dass nur diese entlassen worden sei. Gemäss dem Abklärungsbericht der Kantonspolizei Zürich habe die F.\_\_\_\_ AG dieser Jahre 2001 und 2002 lediglich Lohnzahlungen von Fr. 184'784.90 ausgerichtet (Urk. 1 und Urk. 7/1, je S. 7 ff.).

3.6. Die Beschwerdeführer 3 und 4 bringen hiergegen vor, dass die F.\_\_\_\_ AG mit der Beigeladenen für ihre Tätigkeit als Geschäftsführerin ein Monatslohn von Fr. 8'500.-- vereinbart habe. Bei allfälligen weiteren Geldbezügen der Beigeladenen habe es sich daher nicht um beitragspflichtigen Verdienst gehandelt. Der Verwaltungsrat der F.\_\_\_\_ AG habe die Beigeladene sodann per 23. Januar 2002 als Geschäftsführerin entlassen, weshalb diese nach diesem Zeitpunkt kein Anspruch auf Lohnzahlungen mehr gehabt habe (Urk. 8/1 S. 3 ff., Urk. 9/1 S. 4 ff.).

3.7. Gemäss der Jahresabrechnung der F.\_\_\_\_ AG für das Jahr 2001 wurde in diesem Jahr der Beigeladenen als alleiniger Mitarbeiterin der F.\_\_\_\_ AG ein Lohn von Fr. 122'653.-- ausgerichtet (Urk. 22/11). Gemäss der Jahresabrechnung für das Jahr 2002 richtete die F.\_\_\_\_ AG in diesem Jahr eine AHV-beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 275'504.-- aus (Urk. 22/84).

3.8. Die Beigeladene

3.8.1. In den Akten befindet sich ein Fragebogen für juristische Personen, worin die Beschwerdeführer 3 und 4 am 11. Juni 2001 zuhause der Beschwerdegegnerin erklärten, dass die F.\_\_\_\_ AG nur eine Person beschäftige, und dass diese Person einen Monatsverdienst von Fr. 8'500.-- erziele (Urk. 22/3).

3.8.2. Gemäss dem vom Beschwerdeführer 4 und der Beigeladenen unterzeichneten Arbeitsvertrag vom 5. Juli 2001 wurde die Beigeladene von der F.\_\_\_\_ AG als Geschäftsführerin zu einem Monatslohn von Fr. 8'500.-- beschäftigt (Urk. 22/126).

3.8.3. Am 30. Januar 2002 meldete die zu diesem Zeitpunkt die Buchhaltung der F.\_\_\_\_ AG führende H.\_\_\_\_ AG der Beschwerdegegnerin für das Jahr 2002 eine Jahreslohnsumme der F.\_\_\_\_ AG von Fr. 357'675.-- (Urk. 22/10).

3.8.4. Mit Schreiben vom 19. Mai 2003 teilte die F.\_\_\_\_ AG der Beschwerdegegnerin mit, dass sie seit 1. Januar 2003 keine Mitarbeitenden mehr habe (Urk. 22/86).

3.8.5. Gemäss dem von den Beschwerdeführern 1 und 2 unterschriebenen Lohnausweis für die Steuererklärung der F.\_\_\_\_ AG für die Beigeladene für das Jahr 2001, wurde dieser in diesem Jahr ein Bruttolohn von Fr. 170'550.-- ausgerichtet (Urk. 71/7/1).

3.8.6. Gemäss den sich in den Akten befindlichen Lohnabrechnungen der F.\_\_\_\_ AG wurde der Beigeladenen in der Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 2002 ein Monatslohn Fr. 27'375.-- (Urk. 71/7/2-13) ausgerichtet. I.\_\_\_\_ wurde in der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 2002 ein Monatslohn von Fr. 40'000.-- ausbezahlt (Urk. 71/8/1-3).

3.8.7. Im Schlussbericht vom 30. September 2005 stellte die Kantonspolizei fest, dass I.\_\_\_\_ und die Beigeladene die F.\_\_\_\_ AG benutzt hätten, um sich selbst einen sehr

grosszügigen Lebenswandel zu ermöglichen. Die Beigeladene habe einen exorbitant hohen Lohn bezogen und die F. \_\_\_ AG dazu benützt, um bei Banken, Versicherungen, Kreditkartenunternehmen, Liegenschaftenvermietern und Lieferanten kreditwürdig zu erscheinen (Urk. 25/103). Gemäss den Angaben der Beigeladenen, welche nachweislich grössere Lohnsummen von der F. \_\_\_ AG bezogen habe, seien auf den Lohnabrechnungen die Abzüge für die Sozialversicherungsbeiträge vorgenommen worden (Urk. 25/77). Nachweislich seien der Beigeladenen von der F. \_\_\_ AG Fr. 184'784.90 auf verschiedene Bankkonti ausbezahlt worden. Die Beigeladene habe indes auch auf andere Art Lohn bezogen und insbesondere die Firmen-Kreditkarte benützt und Bargeld aus der Kasse bezogen. Diese Beträge seien ihr dann vom Lohn abgezogen worden (Urk. 25/78). Gemäss der Lohnbuchhaltung der F. \_\_\_ AG seien der Beigeladenen in der Zeit vom 1. September 2001 bis 27. September 2002 Löhne von insgesamt Fr. 436'476.60 ausbezahlt worden (Urk. 25/79). Gemäss einem weiteren Arbeitsvertrag vom 5. Juli 2001 habe die F. \_\_\_ AG mit der Beigeladenen einen Monatslohn von Fr. 27'375.-- vereinbart (Urk. 25/50).

3.8.8. Mit dem unangefochten in Rechtskraft erwachsenen (vgl. Urk. 67) Strafbefehl der Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl vom 12. Oktober 2007 (Urk. 70) wurde die Beigeladene unter anderem des mehrfachen Vergehens gegen das AHVG im Sinne von Art. 87 Abs. 3 AHVG für schuldig erklärt und mit einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen zu Fr. 50.-- und einer Busse von Fr. 500.-- bestraft, wobei der Vollzug der Geldstrafe unter Ansetzung einer Probezeit von zwei Jahren aufgeschoben wurde (Urk. 70 S. 1). Die Beigeladene habe als Geschäftsführerin der F. \_\_\_ AG vom Lohn der Arbeitnehmenden abgezogene Sozialversicherungsbeiträge von insgesamt Fr. 50'283.30 nicht der Beschwerdegegnerin überwiesen sondern für andere Zwecke der F. \_\_\_ AG verwendet (Urk. 70 S. 3 f.).

3.9. Anlässlich einer am 17. August 2004 durchgeführten Arbeitgeberkontrolle konnte die Beschwerdegegnerin die Lohnbuchhaltung der F. \_\_\_ AG nicht prüfen (Urk. 22/110), weil diese durch die Strafuntersuchungsbehörden sichergestellt worden war (Urk. 25/15 f.). Dem Revisor der Beschwerdegegnerin lagen jedoch immerhin die Lohnbescheinigungen der F. \_\_\_ AG und die Konkursakten (Urk. 22/147/6, Urk. 22/147/9) vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts in Sachen L. vom 17. März 2004, H 319/02, Erw. 3.2.2).

4.

4.1. In Würdigung der obenerwähnten Akten, insbesondere des Schlussberichts der Kantonspolizei vom 30. September 2005 (Urk. 25) steht fest, dass die F. \_\_\_ AG und die Beigeladene am 5. Juli 2001 einen Monatslohn von Fr. 27'375.-- vereinbarten (Urk. 25/50), und dass die F. \_\_\_ AG der Beigeladenen den Lohn nicht ausschliesslich mittels Banküberweisungen ausrichtete, sondern der Beigeladenen auch die Benutzung einer Firmen-Kreditkarte und den Bezug von Bargeld aus der Kasse ermöglichte und die auf diese Weise geflossenen Geldbeträge mit dem Lohnguthaben der Beigeladenen verrechnete (Urk. 25/78). Entgegen den diesbezüglichen Vorbringen der Beschwerdeführer 1 und 2 (Urk. 1 und Urk. 7/1 S. 7 ff.) kann daher bei der Bemessung der Schadenshöhe nicht ausschliesslich auf die Höhe der von der Kantonspolizei festgestellten Geldüberweisungen der F. \_\_\_ AG abgestellt werden. Den Beschwerdeführern 3 und 4 ist sodann nicht zu folgen, wenn sie im Jahre 2001 lediglich einen monatlichen Lohnanspruch der Beigeladenen von Fr. 8'500.-- berücksichtigt sehen



Beschwerdegegnerin, an welche die Sache in diesem Punkt zurückzuweisen sein wird, neu zu berechnen sein.

4.4     Nicht abgestellt werden kann auf die in der Lohnbuchhaltung der F.\_\_\_\_ AG verbuchten Sal re. Denn gestützt auf den Schlussbericht der Kantonspolizei (Urk. 25/78-79) ist davon auszugehen, dass es sich dabei nicht um die tatsächlich von der F.\_\_\_\_ AG ausbezahlten Löhne handelt.

4.5     Zum Schaden gehören die vom Arbeitgeber geschuldeten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge, die Verwaltungskostenbeiträge aber auch die Verzugszinsen, die Veranlagungskosten, die Mahngebühren und die Betreuungskosten. Dieser Umstand wird von den Beschwerdeführern grundsätzlich nicht bestritten (Urk. 1, Urk. 7/1, Urk. 8/1, Urk. 9/1). Des Weiteren befinden sich die Beitragsübersicht (Urk. 22/157) und der Kontoauszug (Urk. 22/158) vom 17. Oktober 2005 bei den Akten.

4.6     Ein Organ haftet, sofern die entsprechenden Voraussetzungen gegeben sind, höchstens für denjenigen Schaden, der auf den bis zu seinem Austritt fällig gewordenen Beiträgen beruht (BGE 112 V 5 Erw. 3c, 109 V 94 f.). Die Beitragsschuld entsteht im Zeitpunkt der Lohnzahlung ex lege und wird mit dem Ablauf der Zahlungsperiode fällig (Art. 34 Abs. 3 AHVV), weshalb die Abrechnungspflicht, die Beitragsschuld und ihre Fälligkeit nicht von der Zustellung einer Rechnung, einer Veranlagungs- oder Nachzahlungsverf gung seitens der Ausgleichskasse abhängig sind (Art. 14 und Art. 51 AHVG; BGE 110 V 227 Erw. 3a). Im Pauschalverfahren ist es Aufgabe des zuständigen Organs, im Laufe des Geschäftsjahres die vereinbarten Pauschalen rechtzeitig zu begleichen. Die genaue Abrechnung für das laufende Jahr erfolgt am Ende des Kalenderjahres. Tritt ein Organ vor Ablauf des Kalenderjahres zurück, haftet es demzufolge für die bisher verfallenen Pauschalen, nicht jedoch für die erst nachträglich zu ermittelnden, effektiven Beiträge (AHI 2002 S. 54 ff.).

4.7     Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Beschwerdef hrer 1 und 2 am 24. März 2003 aus dem Verwaltungsrat der F.\_\_\_\_ AG ausschieden (Urk. 22/143/4, Urk. 22/147/4). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin in den die Beschwerdef hrer 1 und 2 betreffenden Einspracheentscheiden bei der Bemessung des durch diese geschuldeten Schadenersatzbetrages die Gebühren für nach dem 21. März 2003 vorgenommene Betreibungen und für nach dem 21. Oktober 2002 entstandenen Mahnkosten im Betrag von Fr. 447.90 nicht berücksichtigte (Urk. 22/149-150).

4.8     Gemäss dem Schlussbericht der Kantonspolizei seien die Beschwerdef hrer 3 und 4 an einer ausserordentlichen Generalversammlung der F.\_\_\_\_ AG vom 8. Januar 2002 als Verwaltungsräte abberufen worden (Urk. 25/59). Diesen Generalversammlungsbeschluss hätten die Beschwerdef hrer 3 und 4 für ungültig erachtet, weshalb sie einen Eintrag im Handelsregister zu verhindern versucht hätten (Urk. 8/1 S. 6, Urk. 9/1 S. 6). Am 12. März 2002 habe eine weitere ausserordentliche Generalversammlung der F.\_\_\_\_ AG stattgefunden, an welcher die Beschwerdef hrer 3 und 4 als Verwaltungsräte ausgeschieden seien (Urk. 25/60). Es ist vorliegend daher davon auszugehen, dass die Beschwerdef hrer 3 und 4 am 12. März 2002 aus dem Verwaltungsrat der F.\_\_\_\_ AG zurücktraten. Die Organhaftung erstreckt sich für Beschwerdef hrer 3 und 4 nur auf die vor dem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat am 12. März 2002 fällig gewordenen Beiträge.

4.9. An diesem Beweisergebnis vermögen die Einwendungen der Beschwerdeführer nichts zu ändern, weshalb - entgegen den diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers (Urk. 80 S. 3) - von ergänzenden Beweismassnahmen, insbesondere dem Beizug von Bankunterlagen der F. AG, abzusehen ist (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 124 V 94 Erw. 4b; 122 V 162 Erw. 1d, 119 V 344 Erw. 3c je mit Hinweisen).

## 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. Aus der Beitragsübersicht (Urk. 22/157), dem Kontoauszug (Urk. 22/158) und den sich bei den Akten befindlichen Mahnungen ist ersichtlich, dass die F. AG seit dem 3. Mai 2002 wiederholt für die Entrichtung der geschuldeten Akontozahlungen gemahnt werden musste, ab dem 5. April 2002 die Entrichtung von Verzugszinsen schuldete und seit August 2002 wiederholt betrieben werden musste (Urk. 22/157). Dadurch versties die Gesellschaft gegen ihre Zahlungspflicht gemäss Art. 34 AHVV, da die auf Grund der ausbezahlten Löhne geschuldeten Beiträge unbezahlt blieben. Die Jahresabrechnung 2001 reichte die F. AG erst am 12. Februar 2002 (Urk. 22/11) und die Jahresabrechnung 2002 erst am 28. April 2003 (Urk. 22/84) bei der Beschwerdegegnerin ein. Damit verletzte sie die gesetzlichen Abrechnungspflichten gemäss Art. 36 Abs. 2 und 3 AHVV, wonach die Arbeitgeber die Löhne innert 30 Tagen nach Ende des Kalenderjahres abzurechnen haben. Die F. AG hat daher die ihr obliegenden gesetzlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten und somit Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG (vgl. BGE 118 V 187 Erw. 1) verletzt, weshalb die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit rechtsprechungsgemäss zu bejahen ist.

## E. 6

6.1. Neben dem widerrechtlichen Vorgehen muss der Schaden der Beschwerdegegnerin in qualifiziert schuldhafter Weise durch die Arbeitgeberin verursacht worden sein.

6.2. Grobe Fahrlässigkeit liegt praxismässig vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher der Betreffende angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss (BGE 112 V 159 f. mit Hinweisen).

6.3 Eine Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge genügt noch nicht, um ein qualifiziertes Verschulden anzunehmen. Vielmehr sind die gesamten Umstände zu wärdigen. Nicht jede Verletzung der öffentlich-rechtlichen Pflicht einer Arbeitgeberfirma ist ohne weiteres als qualifiziertes Verschulden ihrer Organe im Sinne von Art. 52 AHVG zu werten; das absichtliche oder grobfahrlässige Missachten von Vorschriften verlangt vielmehr einen Normverstoss von einer gewissen Schwere. Dagegen kann beispielsweise eine relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes sprechen (BGE 121 V 244 Erw. 4b mit Hinweisen). Die Rechtsprechung hat erkannt, dass ein Beitragsausstand von zwei bis drei Monaten Dauer als in diesem Sinne kurz zu werten ist, wobei aber immer eine Wärdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat (BGE 124 V 253, 121 V 244 Erw. 4b mit Hinweis; 108 V 186 f. Erw. 1b; 108 V 200 f. Erw. 1; Urteile des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, in Sachen T. und M. vom 8. Juli 2003, H 141/01 und in Sachen S. vom 25. Mai 2004, H 307/03).

6.4 Vorliegend steht die verhältnismässig lange Dauer des Normverstosses der Annahme entlastender Momente entgegen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die F. AG nach ihrer Gründung im Jahre 2001 bereits im Februar 2002 mit der Abrechnung der Löhne des Jahres 2001 in Verzug geriet. Ab Januar 2002 befand sich die Gesellschaft mit der Begleichung der geschuldeten Akontobeiträge praktisch dauernd in Verzug und wurde verzugszinspflichtig. Die Gesellschaft erfüllte die Beitragspflichten nur noch mangelhaft und musste wiederholt gemahnt werden (Urk. 22/157). Von einem kurzfristigen Verstoss gegen die Beitragsvorschriften im Sinne von BGE 121 V 243 kann demnach nicht gesprochen werden. Der Exkulpationsgrund der kurzen Dauer des Beitragsausstandes ist denn auch nur auf Fälle anzuwenden, in denen die Zahlungsmoral der Gesellschaft mit Ausnahme der letzten zwei, drei Monate vor Konkurs immer klaglos war (Urteile des EVG in Sachen B. vom 13. Februar 2002, H 438/00, Erw. 4b/bb und in Sachen A. vom 16. Mai 2002, H 44/01).

## E. 7

7.1 Nach der Rechtsprechung lässt sich die bewusste Nichtbezahlung von Beiträgen ausnahmsweise rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf eine nicht von vornherein aussichtslose Rettung des Betriebes durch Befriedigung lebenswichtiger Forderungen in der begründeten Meinung erfolgt, die geschuldeten Beiträge später ebenfalls bezahlen zu können. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt, in welchem die Zahlungen erfolgen sollten, nach den Umständen damit rechnen durfte, dass er die Beitragsschuld innert nützlicher Frist werde tilgen können (BGE 108 V 188, bestätigt in BGE 121 V 243; Urteile des EVG in Sachen K. vom 19. November 2003, H 394/01, Erw. 6.2.3 und in Sachen S. vom 19. Dezember 2003, H 101/01 Erw. 4.2).

7.2 Konkrete Rettungs- oder Sanierungsbemühungen sind in den Akten nicht zu ersehen. Im Übrigen muss vorliegend von langdauernden Liquiditätsproblemen ausgegangen werden. Denn die Gesellschaft war bereits ab dem 1. Januar 2002 verzugszinspflichtig und musste wiederholt gemahnt und betrieben werden (Urk. 22/157). In Anbetracht der gesamten Umstände durften die Beschwerdeführenden daher nicht davon ausgehen, dass die Nichtbezahlung der Beitragsschuld nur eine vorübergehende Zurückbehaltung von Sozialversicherungsbeiträgen dargestellt hätte, welche eine Sanierung der Gesellschaft ermöglicht hätte.

## E. 8

8.1. Zu prüfen bleibt, ob auch den belangten Organen widerrechtliche und qualifiziert schuldhaft Handlungen vorgeworfen werden können.

8.2. Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sÄmmtlichen 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 Äbertragen wurden (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). GehÄrten dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist fÄr jede von ihnen einzeln zu prÄfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die GeschÄftsÄhrung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den UmstÄnden gebotene Aufsicht nicht ausÄben. 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 (unverÄffentlichtes Urteil des EidgenÄssischen Versicherungsgerichts i.S. T. vom 15. Juni 1998, H 33/98).

8.3. Die BeschwerdefÄhrer 3 und 4 waren seit dem 19. MÄrz 2001 und die BeschwerdefÄhrer 1 und 2 seit dem 20. MÄrz 2002 als Mitglieder des Verwaltungsrats der konkursiten F. \_\_\_ AG im Handelsregister eingetragen (Urk. 22/147/3). Den BeschwerdefÄhrenden kommt daher formelle Organeigenschaft zu, worauf fÄr die Bejahung der subsidiÄren Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) abzustellen ist (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen).

8.4. Als Verwaltungsratsmitglieder oblagen den BeschwerdefÄhrenden die aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten nach Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechtes (OR) und die Aufsichts- und Kontrollpflichten gemÄss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR oder der Äberwachungspflicht bei befugter Delegation nach Art. 754 Abs. 2 OR. Angesichts der relativ einfachen Organisationsstruktur der Gesellschaft sind an diese Pflichten praxistemÄss hohe Anforderungen zu stellen sind (BGE 108 V 203 Erw. 3b).

8.5. Zu prÄfen ist, ob das Verhalten der Beigeladenen die Beurteilung des Verschuldens der BeschwerdefÄhrer soweit zu beeinflussen vermag, dass ihnen die Verletzung der Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht durch die Gesellschaft nicht mehr als grobfÄhrlÄssig angerechnet werden kann. Dies wÄre dann der Fall, wenn die BeschwerdefÄhrer durch die Beigeladene Äber die AusstÄnde gegenÄber der Ausgleichskasse mit - strafrechtlich relevanten - Machenschaften systematisch getÄuscht worden wÄren (Urteile des EVG in Sachen T. und M. vom 8. Juli 2003, H 141/01 und in Sachen F. vom 25. Juli 2000, H 319/99).

8.6. Aus dem Strafbefehl der Staatsanwaltschaft ZÄrich-Sihl vom 12. Oktober 2007 (Urk. 70) geht hervor, dass sich die Beigeladene unter anderem des mehrfachen Vergehens gegen das AHVG im Sinne von Art. 87 Abs. 3 AHVG schuldig gemacht hat, indem sie als GeschÄftsÄhrerin der F. \_\_\_ AG SozialversicherungsbeitrÄge von insgesamt Fr. 50'283.30 nicht der Beschwerdegegnerin Äberwiesen, sondern fÄr andere Zwecke der F. \_\_\_ AG verwendet habe (Urk. 70 S. 3 f.).

## E. 9

9.1.1.1. Vorerst ist zu prüfen, ob den Beschwerdeführern 3 und 4 ein Verschulden vorzuwerfen ist. Gemäss Schlussbericht der Kantonspolizei forderte die F. \_\_\_ AG die Beschwerdeführer 3 und 4 am 7. Dezember 2001 auf, aus dem Verwaltungsrat zurückzutreten (Urk. 25/59). Anschliessend seien die Beschwerdeführer 3 und 4 an einer ausserordentlichen Generalversammlung der F. \_\_\_ AG vom 8. Januar 2002 aus dem Verwaltungsrat abberufen worden (Urk. 25/59). Diesen Generalversammlungsbeschluss sahen die Beschwerdeführer 3 und 4 hingegen als ungültig an und versuchten eine Eintragung im Handelsregister zu verhindern (Urk. 8/1 S. 6, Urk. 9/1 S. 6). In der Folge versuchten die Beschwerdeführer 3 und 4 am 16. Januar 2002 vergeblich, bei der die Buchhaltung der F. \_\_\_ AG führenden Stelle Einsicht in die Buchhaltung der F. \_\_\_ AG zu nehmen (Urk. 22/140/3 Rückseite). Am 23. Januar 2002 beschloss der Verwaltungsrat der F. \_\_\_ AG (ohne Zustimmung der Beigeladenen) daher, dass die Beigeladene als Präsidentin des Verwaltungsrates abgewählt werde und als Geschäftsführerin der F. \_\_\_ AG entlassen werde, und dass eine Zwischenbilanz wegen begründeter Besorgnis der Überschuldung der Gesellschaft zu erstellen (Urk. 22/139). Sodann teilte der Beschwerdeführer 4 der Beschwerdegegnerin am 30. Januar 2002 mit, dass die Geschäftsführung der F. \_\_\_ AG ihm und dem Beschwerdeführer 3 den Einblick in den Geschäftsgang und die finanzielle Lage der Gesellschaft verweigere und forderte die Beschwerdegegnerin auf, die ausstehenden Beitragsforderungen von der F. \_\_\_ AG einzufordern (Urk. 22/140/6). Schliesslich erklärten die Beschwerdeführer 3 und 4 am 4. März 2006, dass sie aus dem Verwaltungsrat zurücktreten wollten (Urk. 22/140/2), worauf sie anschliesslich einer ausserordentlichen Generalversammlung vom 12. März 2002 aus dem Verwaltungsrat der F. \_\_\_ AG ausschieden (Urk. 25/60).

9.2.1.1. Unter diesen Umständen ist zwar eine systematische Täuschung mit strafrechtlich relevanten Machenschaften durch die Beigeladene nicht ausgewiesen. Immerhin hat jedoch als erstellend zu gelten, dass den Beschwerdeführern 3 und 4 durch die F. \_\_\_ AG keine Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen der F. \_\_\_ AG gewährt wurde, und insbesondere keine Auskünfte zu den Umständen gegenüber der Beschwerdegegnerin erteilt wurden. Die Beschwerdeführer 3 und 4 haben alles ihnen Zumutbare unternommen, um Kenntnis des Geschäftsgangs und der finanziellen Lage der Gesellschaft zu erhalten, und veranlassten, nachdem ihnen die Einsicht in die Buchhaltungsunterlagen der Gesellschaft verwehrt worden war, mittels eines Verwaltungsratsbeschlusses die Erstellung einer Zwischenbilanz wegen begründeter Besorgnis der Überschuldung der Gesellschaft und ordneten die Entlassung der Beigeladenen als Geschäftsführerin an (Urk. 22/139). Anschliessend schieden die Beschwerdeführer 3 und 4 am 12. März 2002 aus dem Verwaltungsrat der F. \_\_\_ AG aus (Urk. 25/60, vgl. Urk. 22/140/2). Demzufolge kann den Beschwerdeführern 3 und 4 kein absichtliches oder grobfahrlässiges Verschulden, sondern höchstens leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden.

## **E. 10**

10.1.1. Anders verhält es sich hingegen in Bezug auf die Beschwerdeführer 1 und 2. Diese sind erst nach dem Ausscheiden der Beschwerdeführer 3 und 4 an der ausserordentlichen Generalversammlung der F. \_\_\_ AG vom 12. März 2002 (Urk. 25/60) in den Verwaltungsrat der Gesellschaft eingetreten (Publikation im SHAB Nr. 55 vom 20. März 2002, S. 17). Eine systematische Täuschung der Beschwerdeführer 3 und 4 mit strafrechtlich relevanten Machenschaften durch die Beigeladene fällt ausser Betracht,

weil einerseits davon auszugehen ist, dass den Beschwerdeführern 1 und 2 im Gegensatz zu den Beschwerdeführern 3 und 4 der Zugang zu den Buchhaltungsunterlagen der Gesellschaft nicht verwehrt wurde, und weil andererseits aus den Akten hervorgeht, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 den Lohnausweis für die Steuerklärung der Beigeladenen für das Jahr 2001 eigenhändig für die F. \_\_\_ AG unterzeichneten (Urk. 71/7/1), sodass davon auszugehen ist, dass ihnen die von der F. \_\_\_ AG ausgerichteten Löhne grundsätzlich bekannt waren. Obwohl die Beschwerdeführer 1 und 2 daher wissen mussten, dass die Gesellschaft auf den ausgerichteten Löhnen Beiträge bezahlen musste, unterliessen sie es, sich selbst einen Überblick über die Verbindlichkeiten der Gesellschaft gegenüber der Beschwerdegegnerin zu verschaffen und Massnahmen zur Sicherstellung der Beitragszahlungen zu ergreifen. Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR obliegt dem Verwaltungsrat jedoch die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen. Gemäss dieser Bestimmung hat das Verwaltungsratsmitglied nicht nur die Pflicht, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen, sondern sich periodisch über den Geschäftsgang zu informieren und bei Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung einzuschreiten (Urteil des EVG in Sachen E. vom 19. Januar 2006, H 94/05, Erw. 4.1 mit Hinweisen). Diesen Kontroll- und Überwachungspflichten sind die Beschwerdeführer 1 und 2 nicht hinreichend nachgekommen. Sodann haben es die Beschwerdeführer 1 und 2 unterlassen, sich darum zu kümmern, dass die Jahresabrechnung für das Jahr 2002 (Urk. 22/84) rechtzeitig der Beschwerdegegnerin eingereicht werde.

10.2. Im Übrigen kann die Frage, ob die konkursite Gesellschaft die Geschäftsführung gemäss Art. 754 Abs. 2 OR befugterweise an die Beigeladene und an I. \_\_\_ übertragen hat, mit der Rechtsfolge, dass die Verwaltung bezüglich der delegierten Bereiche nur noch der Haftung für Auswahl, Instruktion und Überwachung der Beauftragten unterstanden hätte, vorliegend offen bleiben. Denn jedenfalls gehört die Überwachungspflicht auch bei befugter Delegation zu den nicht delegierbaren Sorgfaltspflichten eines Verwaltungsrates (Art. 716a OR), weshalb ein Verwaltungsrat verpflichtet ist, bei Verdacht auf falsche oder unsorgfältige Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen und eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beobachtung gesetzlicher Vorschriften auszuüben. Zur Sorgfalt in der Auswahl gehört sodann die Pflicht zur Abberufung der Geschäftsführung (Urteil des EVG in Sachen Z. vom 24. Dezember 2003, H 48/03 Erw. 4.2.1). Die Beschwerdeführer 1 und 2 wären daher auch bei Annahme einer befugten Delegation der Geschäftsführung an die Beigeladene und an I. \_\_\_ gehalten gewesen, diese in Bezug auf die Abrechnung und die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu überwachen, dass nur so viel Lohn ausgerichtet werde, als dass auch die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge gedeckt wären (vgl. SVR 2003 AHV Nr. 1 S. 4 Erw. 7a mit Hinweisen). Auch wenn eine befugte Delegation nach Art. 754 Abs. 2 OR anzunehmen wäre, bliebe es daher dabei, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 den ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten als Verwaltungsräte nur ungenügend nachgekommen sind. Anhaltspunkte für weitere Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe lassen sich den Akten nicht entnehmen.

10.3. Nicht gefolgt werden kann den Beschwerdeführern 1 und 2 auch insoweit, als sie die Herabsetzung der Schadenersatzpflicht wegen Mitverschuldens der

Beschwerdegegnerin verlangen (Urk. 40 S. 7). Denn nach der Rechtsprechung ist eine solche nur zulässig, wenn eine grobe Pflichtverletzung der Verwaltung für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal gewesen ist (BGE 122 V 187 f. Erw. 3b). Hinweise für eine derartige Pflichtverletzung seitens der Beschwerdegegnerin lassen sich den Akten nicht entnehmen. Vielmehr geht aus den Akten und der Beitragsübersicht (Urk. 22/157) hervor, dass die Beschwerdegegnerin die F. AG wiederholt mahnte, Verzugszinsen einforderte und die ausstehenden Forderungen in Betreibung setzte.

11. Demnach steht fest, dass die Beschwerdeführer 1 und 2 den ihnen als ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrats der konkursiten F. AG obliegenden Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Abrechnung und die Bezahlung der von der F. AG geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nicht nachgekommen sind. Mangels Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründen ist ihr Verhalten in Anbetracht der gesamten Umstände als grobfahrlässig zu qualifizieren, weshalb von einem haftungsbegründenden qualifizierten Verschulden der Beschwerdeführer 1 und 2 auszugehen ist. Da das Verhalten der Beschwerdeführenden zudem ohne Weiteres als adäquat kausal (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen, vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c, Urteil des EVG in Sachen F. vom 25. Juli 2000, H 319/99) für den Schaden zu betrachten ist, werden die Beschwerdeführer 1 und 2 für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden ersatzpflichtig.

12. Wie bereits erwähnt (Erw. 4.3), ist die Sache an die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Schadenersätze zurückzuweisen, damit sie den von den Beschwerdeführern 1 und 2 geschuldeten Schadenersatz in quantitativer Hinsicht neu bemesse, dabei eine den Beschwerdeführern 1 und 2 von der F. AG nicht ausgerichtete Lohnsumme von insgesamt Fr. 6'000.-- nicht berücksichtige und die auf der korrigierten Lohnsumme geschuldeten Beiträge und Verzugszinsen neu berechne und anschliessend über das Massliche des von den Beschwerdeführern 1 und 2 geschuldeten Schadenersatzbetrages neu verfüge. Insofern sind die Beschwerden der Beschwerdeführer 1 und 2 daher teilweise gutzuheissen. Im Übrigen sind die Beschwerden der Beschwerdeführer 1 und 2 abzuweisen.

Die Beschwerden der Beschwerdeführer 3 und 4 sind gutzuheissen und die diese betreffenden Einspracheentscheide (Urk. 8/2, Urk. 9/2) sind aufzuheben (vgl. Erw. 9).

13. Nach § 34 Abs. 1 GSVGer hat die obsiegende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

Ausgangsgemäss haben die nur in geringem Umfang obsiegenden Beschwerdeführer 1 und 2 Anspruch auf eine reduzierte Prozessentschädigung, welche in Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses mit je Fr. 700.-- (inklusive Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bemessen ist.

Den nicht vertretenen Beschwerdeführern 3 und 4 ist keine Prozessentschädigung zuzusprechen, da ihr Arbeitsaufwand und ihre Umtriebe im vorliegenden Verfahren nicht den Rahmen dessen überschritten, was Einzelne zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung ihrer persönlichen Angelegenheiten auf sich zu

nehmen haben.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerden der Beschwerdeführer 1 und 2 werden in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die Sache an die Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich zurückergeben wird, damit diese den von Beschwerdeführern 1 und 2 geschuldeten Schadenersatz im Sinne der Erwägungen in betraglicher Hinsicht neu bemesse und anschliessend über die Höhe des Schadenersatzbetrages neu verfüge. Im Übrigen werden die Beschwerden der Beschwerdeführer 1 und 2 abgewiesen.

2. In Gutheissung der Beschwerden der Beschwerdeführer 3 und 4 werden die die Beschwerdeführer 3 und 4 betreffenden Einspracheentscheide der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich vom 25. Mai 2005 aufgehoben.

3. Das Verfahren ist kostenlos.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, den Beschwerdeführern 1 und 2 eine reduzierte Prozessentschädigung von je Fr. 700.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

Rechtsanwalt Dr. Andrea Marcel Tindury

- D.\_\_\_\_

- K.\_\_\_\_

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- E.\_\_\_\_

- Bundesamt für Sozialversicherungen

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

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

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

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