

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00025

vom 25. Juli 2007

ZH Sozialversicherungsgericht, 2007-07-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2006.00025

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00025 du 25 juillet 2007

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00025 del 25 luglio 2007

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 schuldhaftes 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 11. August 2005 (Urk. 8/89-91/1-2) 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

Schadens beginnt demnach vom Zeitpunkt der Fruchtkl  rung beziehungsweise von deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) an zu laufen (BGE 129 V 195 Erw. 2.3, 128 V 12 Erw. 5a, 126 V 445 Erw. 3c).

2.3.4   Vorliegend wurde der Konkurs über die A.____ AG am 11. Juni 2004 eröffnet; am 14. September 2004 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt (Publikation im SHAB Nr. 192 vom 4. Oktober 2004, S. 20). Es ist somit davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Konkurseinstellung mangels Aktiven, das heisst am 4. Oktober 2004, Kenntnis des von ihr geltend gemachten Schadens erhielt. Die zweijährige Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzes ist mit Erlass der Schadenersatzverf  gungen vom 11. August 2005 (Urk. 8/89-91/1-2) somit gewahrt worden.  

E. 3

3.1   Des Weiteren zu prüfen ist die Haftungsvoraussetzung des Schadens.

3.2   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).

3.3   Sodann ist die Ausgleichskasse nach der Rechtsprechung nicht befugt, mit der Geltendmachung ihrer Schadenersatzforderung zuzuwarten bis zu jenem Zeitpunkt, in welchem sie das - grundsätzlich erst bei Abschluss des Konkursverfahrens feststehende - absolut genaue Ausmass ihres Verlustes kennt. Vielmehr wird von ihr verlangt, dass sie von dem Zeitpunkt an, in dem sie alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens kennt, sich über die Einzelheiten eines allfälligen Schadenersatzanspruchs informiert. Dabei hat sie die Schadenersatzverf  gung bei ungewisser Konkursdividende derart auszugestalten, dass die Belangten zum Ersatz des ganzen der Ausgleichskasse entgangenen Betrages gegen Abtretung einer allfälligen Konkursdividende verpflichtet werden. Dieses auch auf den Gebieten des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts gewählte Vorgehen ist vom Eidgenössischen Versicherungsgericht aus Gründen der Verfahrensökonomie und der Rechtssicherheit sowie unter dem Gesichtspunkt der Zielsetzung des Schadenersatzrechts auf Forderungen gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG sowohl bei Konkursen als auch in F  llen von Nachlassvertr  gen mit Vermögensabtretung für anwendbar erklärt worden (BGE 116 V 76).

3.4   Die Schadenersatzforderung setzt sich aus für die Jahre 2002 und 2003 geschuldeten Beitragsausst  nden zusammen (vgl. Urk. 2/1-2; Urk. 8/104-105). Die Beschwerdegegnerin stützt ihre Forderung gegenüber den Beschwerdeführenden unter anderem auf den Bericht über die Arbeitgeberkontrolle vom 27. September 2004 (Urk. 8/78/1), welcher auf den Lohnabrechnungen der A.____ AG (in Liquidation) und den

Konkursakten (vgl. Urk. 8/78/3-11) beruhte. Des Weiteren befinden sich die Beitragsübersicht und der Kontoauszug vom 3. Mai 2006 (Urk. 8/104-105) bei den Akten. Aus den Lohnabrechnungen ist ersichtlich, dass die A. ___ AG im Jahre 2002 AHV-beitragspflichtige Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 757'086.90 (Urk. 8/34/4) und im Jahre 2003 solche von Fr. 750'236.70 (Urk. 8/64/4) ausrichtete. Aus der Gegenüberstellung der gemäss Kontoauszug und Beitragsübersicht bis zum Jahr 2004 geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge (zuzüglich Nebenkosten) von Fr. 275'937.10 und der von der A. ___ AG geleisteten Zahlungen sowie der zur Verrechnung gebrachten Kinderzulagen und Entschädigungen gemäss Bundesgesetz über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft von insgesamt Fr. 164'527.20 resultiert ein Beitragsausstand von Fr. 111'409.90 (Urk. 8/104).

3.5. Bestandteile des Schadens bilden gemäss der Rechtsprechung (ZAK 1985 S. 581) hingegen nur diejenigen Ausstände, welche vor der Konkursöffnung innerhalb der auf die Fälligkeit folgenden zehntägigen Zahlungsfrist (Art. 34 Abs. 3 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV) hätten beglichen werden müssen. Es ist demnach folgerichtig, dass die Beschwerdegegnerin in den angefochtenen Einspracheentscheiden vom 7. Februar 2006 (Urk. 8/99-101/1-5) die Rechnungen vom 10. Juni 2004 für Lohnbeiträge für die Zeit von April bis Juni 2004 und vom 7. Oktober 2004 für Lohnbeiträge für die Zeit von Januar bis Mai 2004 sowie die Betreuungskosten vom 18. Juni 2004 und vom 29. Oktober 2004 bei der Schadensberechnung nicht berücksichtigt. Denn diese Rechnungen hätten erst nach der Konkursöffnung vom 11. Juni 2004 beglichen werden müssen. Im Übrigen ist die Bemessung des Schadens im Betrag von Fr. 99'402.55 unbestritten (Urk. 1, Urk. 4/1) und mangels offenkundiger Anhaltspunkte für eine fehlerhafte Berechnung nicht zu beanstanden.

E. 4

4.1. Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV schreibt vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe. Dazu hat das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2, je mit Hinweisen).

4.2. Nach Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV haben die Arbeitgeber der Ausgleichskasse die Beiträge monatlich zu bezahlen, wenn die jährliche Lohnsumme 200'000 Franken nicht übersteigt vierteljährlich. Gemäss Art. 35 Abs. 1 AHVV haben die Arbeitgeber im laufenden Jahr periodisch Akontobeiträge zu entrichten. Diese werden von der Ausgleichskasse auf Grund der voraussichtlichen Lohnsumme des Beitragsjahres festgesetzt.

E. 4.3

Â Â Â Aus dem Kontoauszug ist ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin die von der A. ___ AG für die Jahre 2002 und 2003 geschuldeten monatlichen Akontobeiträge jeweils für drei Monate einforderte (Urk. 8/105). Aus den Akten geht hervor, dass die A. ___ AG die Jahresabrechnungen für die Jahre 2000, 2001, 2002 und 2003 erst verspätet einreichte (vgl. Urk. 8/12/3, Urk. 8/15/1, Urk. 8/20, Urk. 8/22, Urk. 8/34/1, Urk. 8/64/1). Aus dem Kontoauszug (Urk. 8/105) und den sich bei den Akten befindlichen Mahnungen (Urk. 8/13-14, Urk. 8/17, Urk. 8/21, Urk. 8/25, Urk. 8/28-29, Urk. 8/31, Urk. 8/33, Urk. 8/35-36) ist sodann ersichtlich, dass die A. ___ AG die geschuldeten Akontozahlungen bereits im Jahre 1999 verspätet bezahlte und seither die geschuldeten Beiträge und Akontozahlungen wiederholt verspätet entrichtete und gemahnt werden musste. Ab 26. Februar 2003 (Urk. 8/37) musste die Beschwerdegegnerin sodann wiederholt Betreibungsverfahren gegen die A. ___ AG einleiten. Dadurch verletzte die A. ___ AG die gesetzlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV und somit Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG (vgl. BGE 118 V 187 Erw. 1), weshalb die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit rechtsprechungsgemäss zu bejahen ist.

E. 5

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

5.2 Â Â Â 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 (BGE 112 V 159 f. mit Hinweisen).

5.3 Â Â Â Eine Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge genügt noch nicht, um ein qualifiziertes Verschulden anzunehmen. Vielmehr sind die gesamten Umstände zu würdigen. 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 Würdigung 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 EVG in Sachen T. und M. vom 8. Juli 2003, H 141/01 und in Sachen S. vom 25. Mai 2004, H 307/03).

E. 6

6.1 Â Â Â Vorliegend stehen die verhältnismässig lange Dauer des Normverstosses der Annahme entlastender Momente entgegen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die A. ___ AG ab Februar 2000 die Jahresabrechnungen jeweils erst verspätet einreichte und ab Juni 1999 mit der Begleichung der geschuldeten Akontobeiträge wiederholt in Verzug

geriet, die Beitragspflichten nur mangelhaft erfüllt und immer wieder gemahnt werden musste (Urk. 8/105). Nach Lage der Akten steht demnach fest, dass die Gesellschaft ab Juni 1999 bis zur Konkursöffnung am 11. Juni 2004 die Sozialversicherungsbeiträge entweder nur verzögert oder gar nicht bezahlte. 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).

6.2. 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).

6.3. Im Schreiben der A. AG an die Beschwerdegegnerin vom 5. Juni 2003 führte der Beschwerdeführer 2 aus, dass die A. AG zwei Geschäfte, eine Galerie für Gegenwartskunst und ein Kaffeehaus, das Café B., führe. Leider sei das Kunstgeschäft seit mehr als 1,5 Jahren sehr schwierig geworden, mit der Konsequenz, dass die A. AG ihre Reserven und Rückstellungen aufgebraucht habe, und die Galerie per 31. Juli 2003 schliessen werde. Das Kaffeehaus werde aber weitergeführt, da es diesem sehr gut gehe (Urk. 8/45). Gegenüber dem Konkursamt Aussersihl-Zürich erklärte der Beschwerdeführer 2 am 7. Juli 2004, dass es wegen eines schlechten Geschäftsgangs in der Galerie ab 11. September 2001 und infolge von Misswirtschaft im ersten Betriebsjahr im Café B. zur Konkursöffnung über die A. AG gekommen sei (Urk. 8/78/6). Es ist demnach davon auszugehen, dass die A. AG bereits im Jahre 2001 wegen eines unbefriedigenden Geschäftsverlaufs in der Galerie unter finanziellen Schwierigkeiten litt. Die Liquiditätsprobleme verschärften sich im Jahre 2002 wegen Misswirtschaft im Kaffeehausbetrieb. Die Ursachen der finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft sind indes letztlich für die hier zu beurteilende Streitfrage von untergeordneter Bedeutung; namentlich vermag ein schwieriges wirtschaftliches Umfeld als solches die Beschwerdeführenden nicht zu entlasten, kommt bei finanziellen Schwierigkeiten doch rechtsprechungsgemäss der Grundsatz zum Tragen, dass nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar ex lege entstandenen Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5; Urteile des EVG in Sachen M. vom 2. Dezember 2003, H 295/02, Erw. 5.2.3; in Sachen B. vom 26. September 2001, H 19/01, Erw. 3 und in Sachen M. vom 23. Juni 2000, H 324/99). Vorliegend hing der Fortbestand des Unternehmens nicht von einem vorübergehenden Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge ab. Vielmehr ist davon auszugehen, dass angesichts der langdauernden Liquiditätsprobleme der Gesellschaft diese nicht davon ausgehen durfte, dass es sich um bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten handelte, welche durch das Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge

Überbrückt werden könnten. So ist denn auch im Schreiben der A. ___ AG vom 5. Juni 2003 (Urk. 8/45) erwähnt, dass eine Verbesserung der wirtschaftlichen Aussichten für das Kunstgeschäft nicht zu erwarten war. Infolge des Umstandes, dass offensichtlich beim Betrieb des Kaffeehauses in dessen erstem Betriebsjahr eine Misswirtschaft herrschte (vgl. Urk. 8/78/6), durfte die Gesellschaft sodann nicht darauf vertrauen, dass sie nach Durchführung der getroffenen Massnahmen, welche die Schliessung der Galerie und Bemühungen um ergänzende Finanzierung der Gesellschaft umfassten (vgl. Urk. 8/45), die Beitragsschuld innert nützlicher Frist werde tilgen könnten. Der Umstand, dass nach Einschätzung des Beschwerdeführers 3 (Urk. 4/1 S. 11) berechtigte Aussichten bestanden haben sollen, die wirtschaftlichen Schwierigkeiten zu überwinden, ist mit Blick auf die tatsächlichen Verhältnisse vielmehr nicht geeignet, die Verletzung der einschlägigen AHV-Bestimmungen als gerechtfertigt oder nicht schuldhaft erscheinen zu lassen. Anhaltspunkte dafür, dass sich die Gesellschaft nicht zumindest grobfahrlässig verhalten hat, liegen keine vor. Die A. ___ AG hat somit den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden für die ausgefallenen paritätischen Sozialversicherungsbeiträge (nebst Akzessorien) durch die ihr anzulastenden Normverstösse qualifiziert schuldhaft verursacht.

E. 7

7.1 Zu prüfen bleibt, ob auch den belangten Organen widerrechtliche Handlungen vorgeworfen werden können.

7.2 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 übertragen wurden (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). Gehörten dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist für jede von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich - 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).

7.3 SÄmmtliche Beschwerdeführende waren seit der Gründung der A. ___ AG am 23. Dezember 1998 Mitglieder des Verwaltungsrats der Gesellschaft (Urk. 4/3/3). Während der Beschwerdeführer 2 seit 14. Januar 1999 als Delegierter des Verwaltungsrats der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen war, war die Beschwerdeführerin 1 ab diesem Zeitpunkt als Mitglied des Verwaltungsrats und ab 31. Januar 2003 als Präsidentin des Verwaltungsrats im Handelsregister eingetragen. Der Beschwerdeführer 3 war hingegen ab 14. Januar 1999 vorerst als Präsident des Verwaltungsrats und anschliessend ab 31. Januar 2003 bis zur Konkursöffnung über die Gesellschaft am 11. Juni 2004 als Mitglied des Verwaltungsrats der A. ___ AG im Handelsregister eingetragen (vgl. Urk. 8/102). Entgegen den diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdeführers 3 (Urk. 4/1 S. 3) ist aus den Akten nicht zu schliessen, dass dieser

in der Zeit vor der Konkursöffnung am 11. Juni 2004 gegenüber der Gesellschaft seinen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat erklärt hätte. Insbesondere lässt sich aus der vom Beschwerdeführer 3 eingereichten Aufstellung über den zeitlichen Umfang der von ihm für die Gesellschaft ausgeübten Tätigkeiten (Urk. 4/3/4) nicht auf einen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat schliessen. Demnach hat als erstelt zu gelten, dass sämtliche Beschwerdeführer seit der Gründung der A. ___ AG am 23. Dezember 1998 bis zur Konkursöffnung über die Gesellschaft am 11. Juni 2004 ununterbrochen Mitglieder des Verwaltungsrats dieser Gesellschaft waren. Den Beschwerdeführer kommt daher formelle Organeigenschaft zu, worauf für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) abzustellen ist (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen).

7.4. Als Verwaltungsratsmitglieder oblagen den Beschwerdeführer die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechtes (OR) und die Aufsichts- und Kontrollpflichten gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR, an welche angesichts der einfachen Organisationsstruktur der Gesellschaft praxisgemäss hohe Anforderungen zu stellen sind (BGE 108 V 203 Erw. 3b). Eine Verletzung dieser Pflichten ist als grobfahrlässig zu werten, sodass sie für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden solidarisch einzustehen haben, sofern keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen.

7.5. Aus den Akten ist ersichtlich, dass der Beschwerdeführer 2 die Jahresabrechnungen im Namen der A. ___ AG unterzeichnete (vgl. Urk. 8/12/1) und die Korrespondenz mit der Beschwerdegegnerin über Fragen zum Beitragsbezug führte (vgl. Urk. 8/8, Urk. 8/22, Urk. 8/45). Auch war es der Beschwerdeführer 2, der jeweils den Empfang der Zahlungsbefehle für die A. ___ AG bescheinigte (vgl. Urk. 8/56/2). Es ist sodann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass nicht nur der Beschwerdeführer 2 sondern auch die Beschwerdeführer 1 und 3 Kenntnis davon hatten, dass die A. ___ AG die Beiträge und Aktontozahlungen wiederholt verspätet oder gar nicht entrichtete und wiederholt gemahnt und betrieben werden musste. Auch wenn diese Frage jedoch offen zu lassen und anzunehmen wäre, dass die Beschwerdeführer 1 und 3 nichts von der Verletzung der Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten durch die A. ___ AG gewusst hätten, würde dieser Umstand die Beschwerdeführer 1 und 3 nicht exkulpieren. Denn, in Anbetracht der einfachen Organisationsstruktur der Gesellschaft, wäre eine Unkenntnis des Beitragswesens der Gesellschaft als eine Verletzung der den Beschwerdeführer 1 und 3 als Verwaltungsrat obliegenden Aufsichts- und Kontrollpflicht zu qualifizieren.

8. Die Beschwerdeführer sind als ehemalige Mitglieder des Verwaltungsrats der konkursiten A. ___ AG in Bezug auf die Gewährleistung der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten weitgehend untätig geblieben. Damit sind sie der ihnen als formelle Organe dieser Gesellschaft obliegenden Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nicht nachgekommen. In Anbetracht der gesamten Umstände ist ihr Verhalten als grobfahrlässig zu qualifizieren. Da das Verhalten der Beschwerdeführer 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 für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden nach Art. 52 AHVG ersatzpflichtig.

9. Die angefochtenen Einspracheentscheide vom 7. Februar 2006 (Urk. 2/1-2, Urk. 4/2), worin die Beschwerdeführenden als solidarisch Haftende zum Ersatz eines Schadens im Betrag von Fr. 99'402.55 verpflichtet wurden, sind demnach nicht zu beanstanden, weshalb die dagegen erhobenen Beschwerden abzuweisen sind.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerden werden abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- C. _____

- S. _____

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Rechtsanwalt Andrea Silvio Mathis

- Bundesamt für Sozialversicherungen

4. 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 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.