

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00069

vom 31. Mai 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-05-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2006.00069

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00069 du 31 mai 2008

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00069 del 31 maggio 2008

Erwägungen

E. 1

1.1 Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zugefügt, diesen 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 129 V 11, 123 V 15 Erw. 5b = AHI 1997 S. 208 Erw. 5b, je mit Hinweisen). Haben mehrere Arbeitgeber oder mehrere Organe einer juristischen Person einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (BGE 114 V 214 Erw. 3 mit Hinweisen).

Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatzordnungs- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz) sowie auf die kantonrechtlichen Beiträge für die Familienausgleichskasse (§ 33 Abs. 2 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer; nicht publiziertes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen A. vom 30. Juni 1997, 2P.251/1996). Ferner haften die Arbeitgeber und ihre Organe auch für entgangene Beiträge an die Arbeitslosenversicherung (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzscheidung; BGE 113 V 186).

E. 1.2

1.2.1 Der Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 126 V 444 Erw. 3a, 121 III 384 Erw. 3bb, 388 Erw. 3a, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. 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).

für die Jahre 2001 bis 2005 (Urk. 26 S. 2 in Verbindung mit Urk. 10/49, 10/86, 10/141, 10/193 und 10/209) sowie das Ergebnis der Arbeitgeberschlusskontrolle vom 23. März 2005 (Urk. 10/208) zugrunde.

Dem liessen die Beschwerdeführenden entgegenhalten (Urk. 1, 6/1, 21, 22, 34 und 35), der von der Beschwerdegegnerin eingeforderte Schaden sei nicht nachvollziehbar. Zumal von "virtuellen Zahlungen" und elektronischen Gutschriften die Rede sei, sei es nicht ausgeschlossen, dass noch weitere solche buchhalterische Vorgänge vorliegen würden, welche eine Überprüfung der Schadenssumme unmöglich machten.

2.3 Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Kontoauszug vom 10. Oktober 2006 (Urk. 10/241) chronologisch darüber Auskunft gibt, an welchem Tag welche Rechnungen in welcher Höhe an das Unternehmen gestellt und welche Zahlungen geleistet worden sind. Daher sind im Kontoauszug sowohl die auf einer pauschalen Lohnsumme basierenden Beiträge als auch die auf den Lohnsummenbescheinigungen beruhenden Nachforderungen aufgelistet. Da die Jahresrechnung aber auf den eigenen Angaben des Unternehmens beruht, bleiben allfällige im Rahmen einer Arbeitgeberkontrolle nachträglich erfasste Lohnsummen in der Regel unberücksichtigt. Es sei denn, es finde bereits im Laufe des Kalenderjahres eine Anpassung auf Grund einer Meldung der betreffenden Gesellschaft statt.

Rechnet die Gesellschaft die Sozialversicherungsbeiträge auf Grund einer pauschalen Lohnsumme ab, so wird der Ausgleich zwischen abgerechneten und effektiv ausbezahlten Lohnsummen auf Grund der vom Arbeitgeber einzureichenden Lohnbescheinigung nach Ablauf des Kalenderjahres vorgenommen und die geschuldeten Beiträge werden in Rechnung gestellt. Wurden höhere Lohnsummen abgerechnet als ausbezahlt worden sind, oder ergibt sich auf Grund einer Verrechnung mit Kinderzulagen ein Saldo zugunsten des Arbeitgebers, wird dieser gutgeschrieben (vgl. Urk. 10/241 S. 5 f.; Posten 2002 0003 [Fr. 20.80]). Was ein Unternehmen unter Berücksichtigung aller dieser Kriterien tatsächlich schuldet und was im Einzelnen bezahlt worden ist, ergibt sich aus der Beitragsübersicht (Urk. 10/241). Hier sind die auf ein Kalenderjahr bezogenen tatsächlich geschuldeten Beiträge aufgeführt; sodann werden auch alle Mahngebühren, Betriebskosten und Zahlungen chronologisch wiedergegeben. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführenden gehören die Nebenkosten ebenfalls zum Schaden und können von der Beschwerdegegnerin gegenüber den subsidiär haftenden ehemaligen Organen geltend gemacht werden. Die Haftbarkeit der Organe findet ihre Grenze jedoch bei den nach der Konkurseröffnung zur Zahlung fällig gewordenen Ausständen. Eine Haftung entfällt für alle Rechnungen, welche erst nach der Eröffnung des Konkurses ausgestellt beziehungsweise zur Zahlung fällig werden, da die Organe mit der Konkurseröffnung über die Mittel der Gesellschaft nicht mehr verfügen und daher auch keine Zahlungen mehr veranlassen können. Die für eine Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge sind innert 10 Tagen nach deren Ablauf zu bezahlen (Art. 34 Abs. 3 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV).

2.4 Nach dem Gesagten besteht hinsichtlich des der Beschwerdegegnerin entstandenen Schadens einzig eine Haftbarkeit für die bis zur Konkurseröffnung vom ____ 2005 zur Zahlung fällig gewordenen Rechnungen. Für das Jahr 2005 betrifft das lediglich noch die Sozialversicherungsbeiträge für den Januar 2005. Keine Haftung

besteht daher für die Jahresrechnung 2004 vom 25. Februar 2005, da diese erst nach der Konkursöffnung gestellt worden ist. Sodann entfallen die Rechnungen für die Monate Februar und März 2005, da die Gesellschaft ohnehin nur bis Ende Januar 2005 Angestellte beschäftigt hat (Urk. 10/209 in Verbindung mit Urk. 10/208/1). In Berücksichtigung dieses Umstandes kam es zur Gutschrift von Fr. 7'552.15 (Urk. 10/241 S. 18 [Posten 2005 0005] respektive der Anrechnung dieses Betrages (aufgeteilt in Fr. 4'591.95 [Posten 2001 0010; Urk. 10/241 S. 4] und Fr. 2'960.20 [Posten 2003 0005; Urk. 10/241 S. 10]) an die Ausstände August 2001 und April 2003. Buchhalterisch erfasst die Beschwerdegegnerin diese Vorgänge im Kontoauszug mit den Bezeichnungen "HABENHER" und "E.HABENBER". Mit Einspracheentscheiden vom 2. August 2006 korrigierte die Beschwerdegegnerin diese Buchung mit folgender Begründung (Urk. 2 S. 3): Da diese früheren Ausstände vor der Konkursöffnung erfolgt seien und es sich hinsichtlich der elektronischen Gutschrift vom 7. April 2005 lediglich um einen virtuellen Geldfluss handle, sei der Kontoauszug zu korrigieren. Die offenen Rechnungen vom 7. Februar 2005 und vom 7. März 2005 betreffend die Lohnbeiträge März 2005 und Februar 2005 seien somit getilgt. Der restliche Betrag von Fr. 28.65 werde virtuell dem Ausstand gemäss der Rechnung vom 25. Februar 2005 bezüglich der Lohnbeiträge 2004 angerechnet, so dass sich der diesbezügliche noch offene Betrag auf Fr. 1'535.20 reduziere. Dies habe zur Folge, dass sich der noch offene und vor der Konkursöffnung erfolgte Betrag um Fr. 7'552.15 erhöhe und sich die Forderung um Fr. 1'535.20 reduziere.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Diese Korrektur des Kontoauszuges ist nicht korrekt.

2.5.1 Ä Ä Ä

2.5.1.1 Ä Ä Im laufenden Jahr haben die Arbeitgeber periodisch Akontobeiträge zu entrichten. Diese werden von der Ausgleichskasse auf Grund der voraussichtlichen Lohnsumme festgesetzt (Art. 35 Abs. 1 AHVV). Die Arbeitgeber haben der Ausgleichskasse wesentliche Änderungen der Lohnsumme während des laufenden Jahres zu melden (Art. 35 Abs. 2 AHVV). Stellt die Ausgleichskasse eine Änderung fest, die geeignet ist, eine wesentliche Abweichung der jährlichen Lohnsumme herbeizuführen, passt sie die Akontobeiträge von sich aus an (Wegleitung über den Bezug der Beiträge [WBB] in der AHV, IV und EO, Rz 2048). Sofern Gewähr für eine punktuelle Zahlung besteht, kann die Ausgleichskasse den Arbeitgebern bewilligen, statt der Akontobeiträge die tatsächlich für die Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge zu entrichten (Art. 35 Abs. 3 AHVV).

2.5.2 Ä Ä Die Arbeitgeber haben die Löhne innert 30 Tagen nach Ablauf der Abrechnungsperiode abzurechnen (Art. 36 Abs. 2 AHVV). Die Abrechnungsperiode umfasst das Kalenderjahr. Werden die Beiträge gestützt auf Art. 35 Abs. 3 AHVV entrichtet, so entspricht die Abrechnungsperiode der Zahlungsperiode (Art. 36 Abs. 3 AHVV). Die Ausgleichskasse nimmt den Ausgleich zwischen den geleisteten Akontobeiträgen und den tatsächlich geschuldeten Beiträgen auf Grund der Abrechnung vor. Ausstehende Beiträge sind innert 30 Tagen ab Rechnungsstellung zu bezahlen. Überschüssige Beiträge werden von der Ausgleichskasse zurückerstattet oder verrechnet (Art. 36 Abs. 4 AHVV).

2.5.3 Ä Ä Nach der Rechtsprechung gilt - in Anlehnung an Art. 87 des Obligationenrechts (OR) - der Grundsatz, dass nachträgliche Zahlungen vorab zur Tilgung der ältesten Beitragsschuld zu verwenden sind (BGE 114 V 78, 112 V 6). Dieser Anrechnungsgrundsatz

findet dann keine Anwendung, wenn es sich bei den fraglichen Zahlungen um Erlässe aus betreibungsrechtlichen Verfahren, welche der Ausgleichskasse direkt vom Betreibungsamt überwiesen wurden, handelt. Diesfalls ist für eine Anrechnungsvermutung nach Art. 87 OR oder eine Anrechnungserkl rung nach Art. 86 OR (vgl. zum Erkl rungsrecht im Rahmen des AHV-Beitragsverfahrens im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR: SVR 2000 AHV Nr. 13 S. 43 und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen R. vom 30. Januar 2006, H 118/05, Erw. 4.2) kein Raum, da der Pf ndungserl s auf die in der jeweiligen Pf ndungsgruppe vereinten Pf ndungsforderungen aufzuteilen ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen C. vom 8. Oktober 2004, H 244/03, Erw. 3.2).

2.6    Die Akontobeitragsrechnungen betreffend die Monate Januar bis März 2005 (Urk. 10/241 S. 17 f. [Posten 2005 0001, Posten 2005 0002 und Posten 2005 0004]) wurden nicht - auch nicht teilweise - durch Zahlungen beglichen. Bei der elektronischen Gutschrift von Fr. 7'552.15 (Urk. 10/241 S. 18 [Posten 2005 0005]) handelt es sich daher nicht um einen Ausgleich nach Art. 36 Abs. 4 Satz 1 AHVV, da dieser Ausgleich nach dem Wortlaut dieser Bestimmung effektiv geleistete Akontobeiträge voraussetzt. Entsprechend müssen auch keine überschüssigen Beiträge nach Satz 3 dieser Bestimmung zurückerstattet bzw. mit noch offenen Beitragsforderungen verrechnet werden. Ebenso wenig liegt mit dieser Gutschrift eine Zahlung des Schuldners vor, die grundsätzlich auf die älteste Schuld anzurechnen wäre. Vielmehr ist diese Gutschrift als nachträgliche Korrektur noch offener Beitragsschulden (Differenz zwischen ursprünglich in Rechnung gestellter Akontobeiträge und effektiv geschuldeter Beiträge der entsprechenden Periode) zugunsten der A.____ AG zu qualifizieren. Auf Grund ihres engen sachlichen Zusammenhangs ist es zweifellos zulässig, diese Korrekturgutschrift vorab auf die entsprechend korrigierten Akontobeitragsschulden anzurechnen. Ebenso wenig ist zu beanstanden, dass mit dieser nachträglichen Schuldreduktion vorab die Akontobeitragsrechnungen für Februar und März 2005 saldiert wurden, nachdem in diesen Monaten gar keine beitragspflichtigen Löhne mehr ausbezahlt wurden. Der nach der Begleichung der Monate Februar und März 2005 verbliebene Rest der Korrekturgutschrift von Fr. 28.65 wäre naheliegenderweise auf die Akontobeitragsrechnung für den Monat Januar 2005 anzurechnen gewesen. Jedenfalls war die Anrechnung auf die Nachtragsrechnung für das Jahr 2004 (Posten 2005 0005) nicht statthaft. Nachdem Zahlungen der Arbeitgeber grundsätzlich auf die ältesten Beitragsforderungen anzurechnen sind, muss dies analog für durch überschüssige Beiträge im Sinne Art. 36 Abs. 4 Satz 3 AHVV entstandene Verrechnungsforderungen, aber auch für weitere Gutschriften gelten. Die Anrechnung einer Gutschrift auf jüngere Beitragsschulden kann nach dem Gesagten nur dann als zulässig betrachtet werden, wenn und soweit mit dieser Gutschrift ebendiese Beitragsschulden nachträglich korrigiert werden.

2.7    Die Restgutschrift von Fr. 28.65 wäre daher entweder - was sich auf Grund des engen sachlichen Zusammenhangs aufgedrängt hätte - auf die noch offene Januarrechnung oder dann aber an die ältesten Beitragsschulden anzurechnen gewesen. Beide Varianten führen zu einer entsprechenden Reduktion des Schadens. Die in den angefochtenen Einspracheentscheiden festgesetzte Schadenersatzforderung ist demnach um Fr. 28.65 zu hoch ausgefallen.

E. 3

3.1 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 verbucht 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 Abs. 1 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2, je mit Hinweisen).

3.2 Die Gesellschaft hatte die Sozialversicherungsbeiträge - wie erwähnt - monatlich, auf Grund einer Pauschalen zu entrichten (vgl. Kontoauszug vom 10. Oktober 2006; Urk. 10/241).

Wenn die Beschwerdeführerin 1 vorbringen lässt (Urk. 21), es handle sich insgesamt um einen kurzen Beitragsausstand und erst im Mai 2003 seien die Beiträge erstmals nicht fristgerecht überwiesen worden, so interpretiert sie den Kontoauszug nicht richtig. Obwohl der Kontostand häufig als "ausgeglichen" erscheint, darf dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Beiträge lange vor Mai 2003 nicht fristgerecht bezahlt worden sind. So ist dem Kontoauszug zu entnehmen, dass bereits die Rechnungen für die ab Januar 2001 geschuldeten Beiträge regelmässig gemahnt werden mussten und dann erst auf Betreibung hin bezahlt wurden (Urk. 10/241 S. 1 ff.). Gleich verhält es sich mit der am 6. April 2001 gestellten Jahresrechnung 2000, welche schliesslich am 10. Dezember 2001 bezahlt wurde (Urk. 10/241 S. 2 [Posten 2001 0004]). Eine äusserst schleppende Erfüllung der Zahlungspflicht ist auch in den Jahren 2002, 2003 und 2004 zu verzeichnen. Praktisch alle Rechnungen mussten gemahnt und in Betreibung gesetzt werden, so dass die Zahlungen mit erheblicher Verspätung, teils beinahe ein Jahr zu spät erfolgten (Urk. 10/241 S. 5 ff.). In seiner "Erklärung zum Konkurs" vom 7. Februar 2006 (Urk. 6/3/4 = Urk. 10/229/1-2 = Urk. 23) brachte der Präsident des Verwaltungsrates, C. ____, zuhanden der Beschwerdegegnerin unter anderem zwar vor, allein im zweiten Semester 2004 seien knapp Fr. 17'000.-- an Sozialversicherungsbeiträgen entrichtet worden. Diesen Darlegungen, auf welche sich die Beschwerdeführenden berufen (Urk. 6/1 S. 6, 10/228/1 und 10/232/1), ist zu entgegnen, dass auch diese Überweisung zufolge offener Zahlungen nicht für laufende Beiträge verwendet werden konnte, sondern an ältere Rechnungen angerechnet werden musste (Urk. 10/241 S. 9 und 14. [Posten 2003 0001 und 2003 0002 sowie Posten 2004 0003]). Schliesslich blieben mehrere Beitragsrechnungen gänzlich unbezahlt, weshalb Verlustscheine resultierten (Urk. 10/211-222).

Angesichts dieser Situation ist die wiederholte Pflichtverletzung hinsichtlich der zur Zahlung fällig gewordenen Sozialversicherungsbeiträge offensichtlich. Hingegen hat sich die konkursite Gesellschaft mit Bezug auf die Abrechnungspflichten gegenüber der Beschwerdegegnerin nur unwesentliche Versäumnisse zuschulden kommen lassen, hat sie doch die Lohnbescheinigungen für die Jahre 2001 bis 2003 immer rechtzeitig bis Ende Januar des folgenden Jahres eingereicht (Urk. 10/49 und 10/86 und 10/141). Hingegen wurde die Lohnbescheinigung für das Jahr

2004 erst am 10. Februar 2005 eingereicht (Urk. 10/193).

Zu prüfen bleibt, inwieweit die genannte Missachtung öffentlichrechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten der Beschwerdeführenden zurückzuführen ist.

E. 4

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

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).

4.2 Die Beschwerdeführenden bestreiten ihre in der A. AG innegehabte Organstellung nicht. Die Beschwerdeführerin 1 war als Mitglied des Verwaltungsrates seit dem ___ 1994 mit Einzelunterschrift und im Handelsregister eingetragen (Urk. 10/238). Der Beschwerdeführer 2 gehörte dem Verwaltungsrat seit dem ___ 1996 an. Seit dem ___ 2000 amtierte er als Vizepräsident des Verwaltungsrates (Urk. 10/238). Er verfügte über Kollektivunterschrift zu zweien.

Grundsätzlich erfüllen die Beschwerdeführenden auf Grund ihrer formellen Organstellung die Haftungsvoraussetzungen. Daran ändert nichts, dass vorliegend mit C. ___, welcher dem Verwaltungsrat seit der Gründung des Unternehmens als Präsident vorstand, eine weitere Person Organstellung bekleidete, und er als einzelunterschriftsberechtigter Geschäftsführer einen wesentlichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hatte. Denn es steht im Belieben der Ausgleichskasse, wen sie belangen will (Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherung über den Bezug der Beiträge [WBB, in der bis zum 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung], Rz 7012; BGE 119 V 86, 109 V 86 und 108 V 189). Andererseits ist es den Beschwerdeführenden unbenommen, allfällige Rückgriffsansprüche gegenüber der ihrer Auffassung nach allein schuldigen Person in einem ordentlichen Zivilprozess geltend zu machen, zumal C. ___ in seiner Erklärung vom 7. Februar 2006 (Urk. 10/229/1-2) anerkennt, dass er der allein Verantwortliche in der A. AG gewesen sei.

E. 5

5.1 Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 1 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder

grob fahrlässig 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 Abs. 1 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 zuzufügt, 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 S. 619 Erw. 3a; vgl. auch BGE 121 V 244 Erw. 4b).

E. 5.2

5.2.1.1. 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 die betreffende Person 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).

5.2.2. Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwägen, ob und inwieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Firma zuzurechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). Gehört dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist für jede von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich - insbesondere, wenn sie lediglich kollektiv unterschriftsberechtigt sind, - die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (unveröffentlichte Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen B. vom 24. Mai 2002, H 39/01, Erw. 4a und in Sachen T. vom 15. Juni 1998, H 33/98).

E. 6

6.1. Wie bereits vorstehend erwähnt (Erw. 3.2) hat die A. AG wiederholt Zahlungspflichten verletzt. Dies allein genügt, um in der Regel die volle Schadensdeckung nach sich zu ziehen, denn die Ausgleichskasse darf davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Vorschriften absichtlich oder grob fahrlässig verletzt hat, sofern keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit des Handelns oder die Schuldlosigkeit des

Arbeitgebers bestehen. Dabei ist es im Rahmen der Mitwirkungspflicht grundsätzlich Sache der Schadenersatzpflichtigen, den Nachweis für allfällige Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe zu erbringen (SVR 2001 AHV Nr. 15 S. 52 Erw. 5 mit Hinweisen; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen O., S., B. vom 15. September 2004, H 38/04, Erw. 5.5.1). Verwaltung und Gericht prüfen sodann im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes die Berechtigung der erhobenen Einwendungen. Immer ist aber das Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens vorausgesetzt (BGE 121 V 244 Erw. 5). Die Annahme eines solchen setzt dabei einen Normverstoss von einer gewissen Schwere voraus. Gegen ein qualifiziertes Verschulden kann allenfalls die relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes sprechen, wobei aber stets eine Gesamtwürdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat. Die Dauer des Normverstosses ist somit ein Beurteilungskriterium, welches im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist und im Sinne der Rechtsprechung zu den Entlastungsgründen (BGE 108 V 186 f. Erw. 1b, 200 f. Erw. 1) zur Verneinung der Schadenersatzpflicht führen kann (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen A. vom 13. Februar 2001, H 404/99; BGE 121 V 244 Erw. 4b).

6.2 Die Beschwerdeführenden bestreiten, absichtlich oder grobfahrlässig gehandelt zu haben, weshalb eine Haftung entfalle.

Zur Hauptsache lassen sie - wie bereits im Einspracheverfahren (Urk. 10/228, 10/232) - vorbringen (Urk. 1, 6/1, 21 und 22), sie seien nicht mit der Geschäftsführung betraut gewesen und hätten vom Geschäftsgang im Einzelnen keine Kenntnisse gehabt. Mit der Unterschriftenregelung - kollektiv zu zweien - hätten sie gar keinen Handlungsspielraum besessen, um Zahlungen zu veranlassen. Die Beschwerdeführerin 1 verwies sodann darauf, dass sie zur Hauptsache Hausfrau und Mutter eines schwerstbehinderten Kindes gewesen und im Fitnessstudio die Trainierenden betreut, instruiert und auch Fitnesskurse erteilt habe. Der Beschwerdeführer 2 gab an, dass er sich jeweils beim Besuch des Fitnessstudios nebenbei nach dem Geschäftsgang erkundigt habe und von C. dahingehend beruhigt worden sei, es würden Abgaben geleistet und alles sei unter Kontrolle. Verwaltungsratssitzungen seien nicht durchgeführt worden und anlässlich der Generalversammlungen, welche jährlich zur Abnahme der Jahresrechnung stattgefunden hätten, seien keine Ausstände gegenüber der Beschwerdegegnerin kommuniziert worden. Bekannt gewesen sei ein Liquiditätsproblem gegenüber der Vermieterin der Geschäftsräumlichkeiten. Nach der Generalversammlung vom 24. Juni 2004 habe man aber davon ausgehen können, dass diese Probleme gelöst seien. Auf Grund der Lohnauszahlungen habe man auch annehmen können, dass die darauf geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge abgerechnet und bezahlt würden. Hätte er von Ausständen gewusst, so hätte er etwas unternommen. Die Ausgleichskasse habe der Sache zu lange zugeschaut und das Unternehmen seit 2001 praktisch jeden Monat betrieben. Dabei habe die Gesellschaft alles daran gesetzt, die Arbeitsplätze zu erhalten.

6.3 Die

6.3.1 Vorweg ist festzuhalten, dass im vorliegenden Prozess nicht zu untersuchen ist, ob der Konkurs der A. AG allenfalls hätte vermieden werden können, sondern einzig zu entscheiden ist, ob die Gesellschaft die ihr als Arbeitgeberin obliegenden Pflichten verletzt hat und ob gegebenenfalls ein qualifiziertes Verschulden der Beschwerdeführenden zu bejahen ist.

Bei Gemäss Art. 716 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Art. 716a Abs. 1 OR enthält sodann einen Katalog unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben. So obliegt dem Verwaltungsrat insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Ziffer 1), die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Ziffer 3) und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Ziffer 5). Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft hat die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen zu überwachen und sich regelmässig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen. Das Gesetz verbietet zwar nicht die Vornahme einer bestimmten Arbeits- und Kompetenzaufteilung, doch die Überwachungs- und Kontrollpflichten verbleiben auch dann beim (Gesamt)-Verwaltungsrat. Deshalb hat sich jedes Mitglied des Verwaltungsrats periodisch über den Geschäftsgang und die wichtigsten Geschäfte, die nicht zu seinem primären Aufgabenbereich gehören, zu orientieren, Rapporte zu verlangen, diese sorgfältig zu studieren und nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen, Irrtümer abzuklären und bei Unregelmässigkeiten einzugreifen (BGE 114 V 223 Erw. 4a).

Bei den ins Recht gefassten ehemaligen Organen des konkursiten Unternehmens handelt es sich einerseits um die Ehefrau des Verwaltungsratspräsidenten und Hauptaktionärs sowie um einen guten Kollegen von ihm (Urk. 6/1). Angesichts einer solch einfachen Verwaltungsstruktur eines Unternehmens kann von jedem Mitglied des Verwaltungsrates verlangt werden, dass es den Überblick über alle wesentlichen Belange des Betriebs hat. Dabei bilden namentlich Unkenntnis oder Unwissenheit keine Entlastungsgründe: wer ein Verwaltungsratsmandat übernimmt, muss sich vorgängig über die gesetzlichen Rechte und Pflichten eines Organs informieren. Unkenntnis entlastet ein Organ nicht von der von ihm allenfalls unbewusst übernommenen Verantwortung. So hat das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erkannt, dass grobfahrlässig handelt, wer sich bloss als Strohmann zur Verfügung stellt und seine Kontrollrechte nicht ausübt (Urteile in Sachen K. und R. vom 2. Juli 2002 [H 201/01], in Sachen K. vom 31. Juli 2001 [H 382/00 und H 409/00], in Sachen S. vom 13. Februar 2001 [H 87/00]; BGE 112 V 3 Erw. 2b). Nach der Rechtsprechung des obersten Gerichts kann sich daher auch eine Ehefrau, die sich in den Verwaltungsrat der Firma ihres Mannes wählen lässt, vom Vorwurf der groben Fahrlässigkeit nicht mit der Begründung exkulpieren, sie sei nicht in der Lage gewesen, das Geschehen zu überblicken und habe vollumfänglich ihrem Mann vertraut. Gerade die Verkennung ihrer Pflichten als Verwaltungsratsmitglied stellt eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung dar (ZAK 1992 S. 249; vgl. auch Urteil in Sachen C. vom 24. November 1993 [H 199/93]). Im Bereich von Art. 52 AHVG gilt ein objektiver Verschuldensmassstab, das heisst, dass subjektive Entschuldbarkeit oder die Gründe für die Annahme des Verwaltungsratsmandats unbeachtlich sind (Urteil in Sachen K. vom 5. Februar 2003 [H 183/01] mit Hinweis auf das Urteil in Sachen M. und F. vom 25. Juli 2000 [H 228/98]). Das gilt auch für Mandate, welche aus Gefälligkeit übernommen werden, wie das der Beschwerdeführer 2 für sich geltend macht. Eine ernsthafte Information über den Geschäftsgang und eine Beurteilung desselben kann in aller Regel nicht so nebenbei - vorliegend beim Besuch des Fitnessstudios - erfolgen. Dass die Beschwerdeführenden je Einsicht in die Bücher verlangt hätten, machen sie selber nicht einmal geltend. Verwaltungsratssitzungen

wurden nicht durchgeführt, so dass als einzige Gelegenheit die Generalversammlung verblieb, um den Verlauf des Geschäftsganges zu präsentieren, über allfällige Probleme zu orientieren und zu diskutieren. Fest steht nach der Aktenlage, dass sich die finanzielle Situation der Gesellschaft am Ende des Geschäftsjahres 2003 als desolat präsentierte. Die Revisionsstelle hielt in ihrem Bericht vom 8. Juli 2004 zuhanden der Generalversammlung die Überschuldung des Unternehmens fest. Nur weil Gläubiger für ihre Guthaben in der Höhe von rund einer halben Million Franken Rangrücktritt erklärt hatten, konnte im damaligen Zeitpunkt auf eine Benachrichtigung des Richters verzichtet werden (Urk. 6/3/5 S. 1). Die A. AG baute zwar Personal ab, was sich aus der für 2004 deklarierten, wenn auch nur geringfügig niedrigeren Lohnsumme ergibt (Urk. 10/193/3 in Verbindung mit Urk. 10/141/5). Ungeachtet der nach wie vor prekären finanziellen Situation zahlte die Gesellschaft aber weiterhin Löhne aus, obwohl gemäss der Rechtsprechung der Grundsatz gilt, wonach es in wirtschaftlich schwierigen Zeiten geboten ist, nur so viele Löhne auszusahlen als auch die darauf geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden können (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen G. vom 26. Mai 2003, H 229/02, mit Hinweisen auf SVR 2003 AHV Nr. 1, S. 1 und BGE 118 V 195 Erw. 2a). Zu beachten ist dabei auch, dass sowohl der Verwaltungsratspräsident als auch die Beschwerdeführerin 1 auf den Lohnlisten figurierten und beispielsweise im Jahr 2003 Fr. 90'000.-- von C. und Fr. 24'600.-- von der Beschwerdeführerin 1 bezogen worden sind (Urk. 10/141/3). Obwohl auf Grund der Jahresrechnung 2003 eine Überschuldung vorlag, bezog C. im 2004 immer noch einen Lohn in der Höhe von Fr. 78'400.-- und seine Ehefrau einen solchen von unverändert Fr. 24'600.-- (Urk. 10/193/3).

6.3.2.2 Zu ihrer Entlastung berufen sich die Beschwerdeführenden auf ein Sanierungsprogramm, das Mitte 2004 auf Grund der Jahresrechnung 2003 in Angriff genommen worden sei (Urk. 1 und 6/1 in Verbindung mit Urk. 10/229/1-2). Gemäss der Vereinbarung vom 16. Juli 2004, welche ihrerseits auf einer Rangrücktrittsvereinbarung vom 7. Juli 2004 beruht (Urk. 3/5), gewährte die Vermieterin der Gesellschaft einen Betriebskredit mit einer Rahmenlimite von Fr. 100'000.--, der an verschiedene Bedingungen geknüpft war (Urk. 3/4). Allerdings ist nicht einleuchtend, wie die Gesellschaft in guten Treuen davon ausgehen konnte, sie könne mit dem betragsmässig begrenzten Kredit innert nützlicher Frist nicht nur die bestehende Überschuldung überwinden, sondern vielmehr auch die vorhandenen Ausstände gegenüber der Beschwerdegegnerin begleichen. Denn nur Sanierungsmassnahmen, die bei objektiver Betrachtungsweise geeignet sind, innert nützlicher Frist zur Überwindung eines finanziellen Engpasses beizutragen und gleichzeitig auch die Existenz eines Betriebs zu retten, vermögen eine vorübergehende Nichtbezahlung von Beiträgen zu rechtfertigen. Nach der klaren Praxis genügt hingegen die Aussicht auf eine Befriedigung in fernerer Zukunft nicht zur Entlastung der Organe.

Im Übrigen bestanden gegenüber der Vermieterin beträchtliche Mietzinsausstände, welche diese wohl mit zu der getroffenen Vereinbarung mit dem Unternehmen (und solidarisch haftend mit dem Verwaltungsratspräsidenten) veranlassten, um vorab doch auch ihre eigenen Forderungen möglichst gedeckt zu erhalten. Mit der Vereinbarung war jedoch für die Gesellschaft auch die Einschränkung verbunden, den gewährten Kredit nicht nach eigenem Gutdünken zur Schuldentilgung zu verwenden (Urk. 3/4 S. 2 f.). Teil des Sanierungskonzepts bildete offensichtlich auch der Umbau des

Fitnessstudios, welcher indessen nicht den gewünschten Erfolg - eine gesteigerte Geschäftstätigkeit und damit mehr Einnahmen - herbeizuführen vermochte. Daher stellte die Vermieterin ihre Unterstützung bei der Sanierung ein, nachdem auch Mängel in der Jahresrechnung 2003 und damit verbunden die Tatsache, dass die Vereinbarung auf falschen Grundlagen beruhte, offensichtlich wurden (Urk. 6/3/4). Mit Ausnahme dieser Vereinbarung mit der Vermieterin legten die Beschwerdeführenden nichts dar, was die Gesellschaft zur Überwindung ihrer finanziellen Schwierigkeiten unternommen hätte.

Den Beschwerdeführenden ist das während einer längeren Zeit geübte allzu passive Verhalten vorzuwerfen. Es liegen nach dem Gesagten weder Entlastungs- noch Rechtfertigungsgründe vor.

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

Demnach haften die Beschwerdeführenden solidarisch für die ihnen gegenüber geltend gemachten Beträge von Fr. 76'950.30.

6.5

6.5.1 Laut BGE 122 V 185 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).

6.5.2 Es fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass sich die Beschwerdegegnerin einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. Auf Grund der Akten ergibt sich, dass sie die Ausstände regelmässig gemahnt hat (vgl. unter anderem Urk. 10/82, 10/84, 10/87, 10/89+90, 10/95-97, 10/101, 10/103). Die Jahresschlussrechnungen hat sie - mit Ausnahme des Jahres 2003 (Urk. 10/141 und 10/241 S. 16) - jeweils kurz nach Eingang der Lohnbescheinigungen gestellt (für 2001 Urk. 10/49 und 10/241 S. 5 und für 2002 10/86 und 10/241 S. 9). Für Ausstände wurden Betreibungsverfahren eingeleitet (beispielsweise Urk. 10/88, 10/91, 10/102, 10/1004 und 10/113). Der Schaden ist somit nicht aus bei der Beschwerdegegnerin liegenden Gründen entstanden, sondern weil sich die Konkursitin nicht um die rechtzeitige Bezahlung der ausstehenden Beträge gekümmert hat. Eine Herabsetzung der ausstehenden Beträge wegen Selbstverschuldens der Ausgleichskasse kann daher nicht in Frage kommen.

6.6 Nach dem Gesagten sind die Beschwerden in dem Sinne teilweise gutzuheissen, als die Schadenersatzforderung auf Fr. 76'950.30 zu reduzieren ist. Angesichts ihres bloss geringfügigen Obsiegens ist den Beschwerdeführenden keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerden werden die angefochtenen Einspracheentscheide vom 2. August 2006 dahingehend abgeändert, dass

die Beschwerdeführer verpflichtet werden, der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, in solidarischer Haftung Schadenersatz im Betrag von Fr. 76'950.30 zu bezahlen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Den Beschwerdeführer wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Andreas Schlöpf
- Rechtsanwalt Dr. Norbert Rusch
- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse
- Bundesamt für Sozialversicherungen

5. 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.