

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00016 vom 22. September 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-09-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2008.00016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2008.00016)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00016 du 22 septembre 2009

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00016 del 22 settembre 2009

## 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 Schadenersatzverfugung vom 30. Januar 2008 (Urk. 10/196) 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 Fruchtklärung 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).

2.4. Der Konkurs über die D. AG wurde am 13. März 2007 eröffnet (Publikation im SHAB Nr. KK 61 vom 28. März 2007, S. 25); am 12. Juli 2007 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt (Publikation im SHAB Nr. 149 vom 6. August 2007, S. 22). Es ist somit davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Konkurseinstellung mangels Aktiven vom 12. Juli 2007 Kenntnis des von ihr geltend gemachten Schadens erhielt. Die zweijährige Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzes ist mit Erlass der Schadenersatzverfugung vom 30. Januar 2008 (Urk. 10/196) somit gewahrt worden.

### E. 3

3.1. Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht (Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.). Verwaltungs- und Betreuungskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 384 Erw. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 197 Erw. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 29 Erw. 5).

3.2. 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 Schadenersatzverfugung bei ungewisser Konkursdividende derart auszugestalten, dass die Belangen 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 Verfahrenseffizienz 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 Fällen von Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung für anwendbar erklärt worden (BGE 116 V 76).

3.3. Der erstinstanzliche Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 61 lit. c des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG). Danach hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 Erw. 2; 122 V

158 Erw. 1a; vgl. BGE 130 I 183 Erw. 3.2). Dazu gehört auch die Substanziierungspflicht, wonach die wesentlichen Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen in den Rechtsschriften enthalten sein müssen (Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 208).

3.4 Die Schadenersatzforderung setzt sich aus Beitragsausständen für die Jahre 2006 und 2007 zusammen (vgl. Urk. 10/214). Die Beschwerdegegnerin ging im angefochtenen Einspracheentscheid davon aus, dass die Lohnbeiträge für die Monate Januar bis Dezember 2006 am 25. Mai 2007 und somit erst nach der Konkursöffnung über die Gesellschaft vom 13. März 2007 in Rechnung gestellt worden seien. Die Jahresabrechnung für das Jahr 2006 vom 11. Mai 2007 sei indes erst am 16. Mai 2007 bei der Beschwerdegegnerin eingegangen. Wegen der verspäteten Einreichung der Jahresabrechnung sei eine rechtzeitige Rechnungsstellung der definitiven Lohnbeiträge für die Monate Januar bis Dezember 2006 nicht möglich gewesen, weshalb die Lohnbeiträge für die Monate Januar bis Dezember 2006 trotz einer Rechnungsstellung nach der Konkursöffnung Teil des Schadens darstellen (Urk. 2 S. 4). In der Vernehmlassung vom 15. April 2008 führt die Beschwerdegegnerin aus, dass die Schadenersatzforderung um Fr. 40.-- auf Fr. 28'875.05 zu reduzieren sei, da im Einspracheentscheid vom 13. Februar 2008 (Urk. 2) bei der Schadensbemessung zu Unrecht erst nach der Konkursöffnung in Rechnung gestellte Mahnkosten von Fr. 40.-- mitberücksichtigt worden seien (Urk. 2 S. 1).

3.5 Die Beschwerdeführerin bringt hiegegen vor, dass die Beschwerdegegnerin erst mit Schreiben vom 27. April 2007 zur Einreichung der Jahresrechnung 2006 bis 10. Mai 2007 aufgefordert habe, weshalb für die erst nach der Konkursöffnung in Rechnung gestellten Lohnbeiträge keine Schadenersatzpflicht bestehe (Urk. 1 S. 7 f.).

3.6 Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin die konkursite D. AG mit Schreiben vom 27. April 2007 (Urk. 10/184/1) ermahnte, die ausstehende Jahresrechnung für das Jahr 2006 bis zum 10. Mai 2007 einzureichen. Mit Schreiben vom 11. Mai 2007 reichte die Revisionsstelle der konkursiten D. AG die Jahresrechnungen für die Jahre 2006 und 2007 ein (vgl. Urk. 10/185/2). Gemäss dem Eingangsstempel traf das Schreiben vom 11. Mai 2007 am 14. Mai 2007 bei der IV-Stelle der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich ein (Urk. 10/185/3) und wurde anschliessend an die Beschwerdegegnerin weitergeleitet.

3.7 Bestandteil des Schadens bilden gemäss der Rechtsprechung (ZAK 1985 S. 581) nur diejenigen Ausstände, welche vor der Konkursöffnung innert der auf die Fälligkeit folgenden zehntägigen Zahlungsfrist (Art. 34 Abs. 3 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV) hätten beglichen werden müssen. Die Beitragsschuld entsteht indes im Zeitpunkt der Lohnzahlung von Gesetzes wegen 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 Nachzahlungsverfügung seitens der Ausgleichskasse abhängig sind (Art. 14 und Art. 51 AHVG; BGE 110 V 227 Erw. 3a).

3.8 Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid die erst nach Konkursöffnung in Rechnung gestellten Akontbeiträge für den Monat März 2007 im Betrag von Fr. 1'148.10, die definitiven Beiträge für die Monate Januar bis Februar 2007 sowie die Mahnkosten

für die verspätete Einreichung der Jahresrechnung 2006 bei der Bemessung des Schadens unberücksichtigt liess.

Es ist sodann nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin die erst am 25. Mai 2007 und somit nach der Konkursöffnung am 13. März 2007 in Rechnung gestellten Lohnbeiträge für die Monate Januar bis Dezember 2006 im Betrag von Fr. 12'010.35 bei der Schadensbemessung berücksichtigte (vgl. Urk. 10/214 S. 26). Denn einerseits entstand die Beitragsschuld von Gesetzes wegen und wurde mit Ablauf des Beitragsjahres 2006 am 1. Januar 2007 fällig. Andererseits sind gemäss Art. 36 Abs. 2 AHVV die Löhne von den Arbeitgebern innert 30 Tagen nach Ablauf der ein Kalenderjahr umfassenden Abrechnungsperiode abzurechnen. Die Gesellschaft war daher verpflichtet, die Jahresrechnung 2006 bis spätestens am 30. Januar 2007 der Beschwerdeführerin einzureichen. Indes traf die Jahresrechnung für das Jahr 2006, welche am 11. Mai 2007 versandt wurde (vgl. Urk. 10/185/2), frühestens am 14. Mai 2007 (Urk. 10/185/3) und somit verspätet bei der Beschwerdegegnerin ein. Der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin die Gesellschaft am 27. April 2007 zur Einreichung der Jahresrechnung 2006 ermahnte (Urk. 10/184/1), ändert daran nichts. Wegen der verspäteten Einreichung der Jahresrechnung 2006 war es der Beschwerdegegnerin nicht möglich, den Ausgleichsbetrag zwischen den geleisteten Akontobeiträgen und den tatsächlich geschuldeten Beiträgen für das Jahr 2006 rechtzeitig in Rechnung zu stellen.

3.9 Laut dem Bericht des Revisors über die Arbeitgeberkontrolle der Beschwerdegegnerin stimmt die von der konkursiten D. \_\_\_ AG mit der Jahresabrechnung 2006 abgerechnete Lohnsumme von Fr. 210'000.-- mit der Finanzbuchhaltung der Gesellschaft überein (Urk. 10/185/1 und Urk. 10/187/2-3). Hierauf erhob die Beschwerdegegnerin in korrekter Weise die Beiträge für die Monate Januar und Februar 2007 richtete die D. \_\_\_ AG noch Löhne von gesamthaft Fr. 28'090.65 aus (Urk. 10/186/2-3), von welchen Beiträgen die Beschwerdegegnerin ebenfalls korrekt die Beiträge errechnete (Urk. 10/214 S. 26). Ausgewiesen sind ferner die erhobenen Verzugszinsen, Mahn- und Betreuungskosten sowie der Ausstand aus der Gesamtabrechnung 2005 (Urk. 10/214 S. 22).

Zusammen mit den von der Beschwerdegegnerin in Rechnung gestellten Verrechnungen für ausgerichtete FAK-Beiträge ergibt sich ein ausstehender Saldo von Fr. 25'875.05 (Urk. 10/214 S. 26).

3.10 Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin, wenn sie geltend macht, dass die Schadenersatzforderung um die an die Arbeitnehmer ausgerichteten Kinderzulagen zu reduzieren sei (Urk. 1 S. 8). Denn es geht aus den Akten hervor, dass die Beschwerdegegnerin im Jahre 2006 einen Betrag von insgesamt Fr. 9'656.-- an Kinderzulagen an die D. \_\_\_ AG zur Auszahlung an die bezugsberechtigten Arbeitnehmenden ausrichtete (Urk. 10/214 S. 22-26). Gemäss der Jahresabrechnung 2006 (Urk. 10/187/2) hat die D. \_\_\_ AG im Jahre 2006 jedoch keine Kinderzulagen an ihre Arbeitnehmenden ausbezahlt.

Gemäss § 33 Abs. 2 des bis 30. Juni 2009 in Kraft gewesenen Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer (KZG in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen) sind auf die Kinderzulagen generell die Vorschriften über die AHV ergänzend sinngemäss anzuwenden. Bei dieser Bestimmung handelt es sich um eine

hinreichende gesetzliche Grundlage für eine Arbeitgeberhaftpflicht (BGE 134 I 182 Erw. 6.3 mit Hinweisen). Gemäss Art. 24 der bis 30. Juni 2009 in Kraft gewesenen Vollziehungsverordnung zum Gesetz über Kinderzulagen für Arbeitnehmer sind Arbeitgeber, welche Kinderzulagen an ihre Arbeitnehmer auszahlen, der Kasse für die ordnungsgemässe Durchführung verantwortlich; ergeben sich Ausstände, hat die Kasse die Zulagen selber auszurichten. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. 9'656.-- an für das Jahr 2006 ausgerichteter Kinderzulagen, sowie Fr. 2'496.-- für die Monate Januar und Februar 2007 (Urk. 10/214 S. 26) welche die Gesellschaft nicht an die bezugsberechtigten Arbeitnehmenden ausrichtete, bei der Bemessung des Schadens mitberücksichtigte.

3.11 Zusammenfassend ist ein Schaden der Beschwerdegegnerin von insgesamt Fr. 25'875.05 ausgewiesen.

#### **E. 4**

4.1 Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. AHVV schreiben 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. Die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe bedeutet eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG und zieht die volle Schadendeckung nach sich (BGE 118 V 195 Erw. 2a; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.6 S. 529).

4.2 Aus der Beitragsübersicht (Urk. 10/213), dem Kontoauszug (Urk. 10/214) und den übrigen Akten ist ersichtlich, dass die D. AG seit dem 29. März 2005 wiederholt für die Entrichtung der geschuldeten Akontozahlungen gemahnt werden musste und seit dem 20. Januar 2006 mehrfach betrieben werden musste (Urk. 10/213). Dadurch versties die Gesellschaft gegen ihre Zahlungspflicht gemäss Art. 34 AHVV, da die auf Grund der ausbezahlten Löhne geschuldeten Beiträge unbezahlt blieben. Sodann reichte die Gesellschaft die Jahresabrechnung 2006 erst am 14. Mai 2007 (Urk. 10/185/3) 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 Gesellschaft hat daher die ihr obliegenden gesetzlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten und somit Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG verletzt, weshalb die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit rechtsprechungsgemäss zu bejahen ist.

#### **E. 5**

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

5.2 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).

5.3. 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).

5.4. Vorliegend steht die verhältnismässig lange Dauer des Normverstosses der Annahme entlastender Momente entgegen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die D. AG seit dem 29. März 2005 mit der Begleichung der geschuldeten Akontobeiträge praktisch dauernd in Verzug stand und verzugszinspflichtig wurde (Urk. 10/213). 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. 6

6.1. 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).

6.2. Konkrete Rettungs- oder Sanierungsbemühungen sind in den Akten nicht zu ersehen. Sodann muss vorliegend von langdauernden Liquiditätsproblemen ausgegangen werden. Denn die Gesellschaft war bereits im Jahre 2005 verzugszinspflichtig und musste wiederholt gemahnt und betrieben werden (Urk. 10/213). In Anbetracht der gesamten Umstände durften die Organe der D. AG daher nicht davon ausgehen, dass die Nichtbezahlung der Beitragsschuld nur eine vorübergehende Zurückbehaltung von Sozialversicherungsbeiträgen dargestellt hätte, welche eine Sanierung der Gesellschaft ermöglicht hätte. Dies wurde im Übrigen auch nicht geltend gemacht.

## E. 7

7.1. Nicht jedes einem Unternehmen als solchem anzulastende Verschulden muss auch ein solches seiner 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 des Unternehmens 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 199 Erw. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.5 S. 528). GehÄren 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 (in BGE 119 V 86 nicht publizierte Erw. 2c des Urteils vom 4. MÄrz 1993 (H 94/91), nicht verÄffentliche Urteile D. vom 7. Dezember 1987 (H 171/87) und K. vom 4. August 1987 (H 25/87)).

7.2. Der BeschwerdefÄhrerin, welcher seit der GrÄndung der konkursiten D. AG am 10. Dezember 1993 Mitglied des Verwaltungsrats der Gesellschaft mit Kollektivzeichnungs berechtigung war (Urk. 10/211), kommt formelle Organeigenschaft zu. Darauf ist fÄr die Bejahung der subsidiÄren Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) abzustellen (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen).

7.3. Als Verwaltungsratsmitglied oblagen der BeschwerdefÄhrerin die aktienrechtlichen Sorgfaltspflichten nach Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechtes (OR), die Aufsichts- und Kontrollpflichten gemÄss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR oder die Äberwachungspflicht bei befugter Delegation nach Art. 754 Abs. 2 OR. Zu den unÄbertragbaren Pflichten gemÄss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR gehÄrt insbesondere auch die Äberwachung der LiquiditÄt der Gesellschaft und die kritische Verfolgung und PrÄfung der finanziellen AblÄufe im Betrieb (Urteil des EVG in Sachen S. vom 24. August 2006, H 74/06, Erw. 4.3). Angesichts der relativ einfachen Organisationsstruktur der Gesellschaft sind an diese Pflichten praxisgemÄss hohe Anforderungen zu stellen sind (BGE 108 V 203 Erw. 3b).

7.4. Daran vermÄgen die Einwendungen der BeschwerdefÄhrerin, wonach sie auf Anfrage ihres damaligen Lebenspartners, B. \_\_\_\_, Verwaltungsratsmitglied geworden sei, und wonach dieser ihr versichert habe, dass sie Änichts weiter mit der Gesellschaft zu tun haben werdeÄ, und dass ein Eintrag im Handelsregister als Verwaltungsratsmitglied keine nachteiligen Folgen haben kÄnnten (Urk. 1 S. 5), nichts zu Ändern. Denn es steht ausser Frage, dass ihr eine formelle Organstellung zukam (vgl. Urk. 10/211). Die BeschwerdefÄhrerin macht sodann nicht geltend, dass sie von B. \_\_\_\_, im Sinne eines strafrechtlich relevanten Verhaltens absichtlich getÄuscht worden wÄre (vgl. Urteil des EVG in Sachen F. vom 25. Juli 2000, H 319/99). Vielmehr war sich die BeschwerdefÄhrerin offensichtlich der Bedeutung eines Verwaltungsratsmandates mit seinen Kompetenzen, Rechten und Pflichten, insbesondere der unÄbertragbaren und unentziehbaren Pflicht zur Oberaufsicht Äber die Gesellschaft nicht bewusst und hat deshalb in Unkenntnis ihrer Verantwortung diese auch nicht gebÄhrend wahrgenommen. Nach einem auch im Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatz kann jedoch niemand Vorteile aus seiner eigenen Rechtsunkenntnis ableiten (BGE 124 V 220 Erw. 2b/aa mit

Hinweisen).

7.5. Sodann kann sich die Beschwerdeführerin nicht damit entlasten, sie sei nie im operativen Geschäft tätig gewesen. Wer im Rahmen einer Gesellschaft formelle Organstellung einnimmt, hat auch die damit verbundenen gesetzlichen Pflichten zu erfüllen (Urteil des EVG in Sachen H. vom 7. April 2004, H 292/03). Gerade auch einem nicht mit der kaufmännischen Geschäftsführung und den finanziellen Belangen betrauten Mitglied eines Verwaltungsrats kommt, solange es diese formelle Organstellung beibehält, die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zu, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, auszuüben (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR), zu welchem Zweck es über ein Recht auf Auskunft und Einsicht verfügt (Art. 715a OR). Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Verwaltungsräte im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene, sich auch auf das Beitragswesen erstreckende Aufsicht nicht ausüben, wobei sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle bei einem wie vorliegend aus nur wenigen Personen zusammengesetzten Verwaltungsrat nach einem strengen Massstab beurteilen. Als grobfahrlässig gilt gerade auch die Passivität faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossener Verwaltungsräte, welche sich umso nachhaltiger um Einblick in die Geschäftsbücher zu bemühen haben. Ein Mitglied des Verwaltungsrats kann sich, wenn es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäften geht, mit denen es sich ihrer Bedeutung wegen befassen musste, nicht mit dem Einwand exkulpieren, es habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt (BGE 109 V 88 Erw. 6; ZAK 1992 S. 255 Erw. 7b, 1989 S. 104 Erw. 4). Daran änderte gemäss Rechtsprechung selbst eine fehlende Zeichnungsberechtigung nichts (Urteil des EVG in Sachen A. vom 23. Januar 2003, H 253/02; zum Ganzen: Urteil des EVG in Sachen S. vom 24. August 2006, H 74/06, Erw. 4.3).

8. Demnach steht fest, dass die Beschwerdeführerin sich nicht in genügender Masse um die ihr als ehemaliges Mitglied des Verwaltungsrats der konkursiten D. AG obliegenden Pflichten und Aufgaben gekümmert hat und der ihr obliegenden Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Abrechnung und die Bezahlung der von der Gesellschaft geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nicht nachgekommen ist. Mangels Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründen ist ihr Verhalten in Anbetracht der gesamten Umstände als grobfahrlässig zu qualifizieren, weshalb von einem haftungsbegründenden qualifizierten Verschulden der Beschwerdeführerin auszugehen ist.

9. 9.1

9.1 Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 AHVG voraus, dass zwischen der absichtlichen und grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen auf Lehre, 103 V 123 Erw. 4).

Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen; vgl. auch

BGE 119 Ib 343 Erw. 3c).

9.2. Das Verhalten der Beschwerdeführerin ist ohne Weiteres als adäquat kausal für den Schaden zu betrachten. Denn hätte die Beschwerdeführerin in Nachachtung der ihr obliegenden Pflichten eines Verwaltungsratsmitglieds dafür gesorgt, dass die geschuldeten Beiträge fristgerecht abgeliefert oder sichergestellt worden wären, oder zumindest dafür gesorgt, dass nur soviel Löhne ausbezahlt worden wären, als die darauf geschuldeten Beiträge hätten bezahlt werden können, wäre der Schaden der Beschwerdegegnerin nicht entstanden.

10. Nach Gesagtem steht daher fest, dass die Beschwerdeführerin in solidarischer Haftung mit den Beigeladenen für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden im Betrag von Fr. 25'875.05 ersatzpflichtig ist. Damit ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen.

11. 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).

Vorliegend obsiegt die Beschwerdeführerin nur in einem sehr geringen Umfang von Fr. 40.--. Ein Anspruch auf eine Prozessentschädigung ist unter diesen Umständen nicht gegeben.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass Dispositiv Ziffer 1 des Einspracheentscheids der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich vom 13. Februar 2008 insoweit abgeändert wird, dass die Beschwerdeführerin zur Entrichtung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 25'875.05 verpflichtet wird.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Lucien W. Valloni

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- B.\_\_\_\_

- E.\_\_\_\_

- 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 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.