

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2000.00096 vom 14. Januar 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-01-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2000.00096](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2000.00096)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2000.00096 du 14 janvier 2005

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2000.00096 del 14 gennaio 2005

## Erwägungen

### E. 6

6.1. Zu prüfen ist sodann, ob die Beklagten ein Verschulden trifft.

### E. 6.2

Die Beklagten machen geltend, dass sie alles unternommen hätten, um die Firma zu sanieren. Im Juni 1998 sei per 1997 noch ein Gewinnvortrag von Fr. 190'700.-- abgenommen worden. Erst im Sommer 1998 habe man gemerkt, dass ein Liquiditätsengpass auf sie zukommen werde. Sie hätten daher Ende September 1998 mit den Banken Kontakt aufgenommen und das Gespräch gesucht. Mit der A.\_\_\_\_ sei vereinbart worden, dass die Firma B.\_\_\_\_ die Sanierung der H.\_\_\_\_ durchführe und jede Zahlung visiere und bewillige. Gleichzeitig habe die A.\_\_\_\_ einen Beraterkredit von Fr. 300'000.-- bewilligt.

Die B.\_\_\_\_ habe trotz regelmässiger Proteste der Beklagten Zahlungen an die Klägerin nicht prioritär behandelt und auf entsprechende Aufforderung hin auch nicht ausgeführt.

Ende Januar 1999 sei dann auch die C.\_\_\_\_ aktiv eingeschaltet worden. Die C.\_\_\_\_ habe die Verpfändung der BVG-Ansprüche verlangt und Beraterkredite gewährt. Am 19. März 1999 habe die B.\_\_\_\_ einen Zwischenabschluss per 28. Februar 1999, inklusive periodengerechten Abgrenzungen, und einen Sanierungsplan mit Hochrechnungen der C.\_\_\_\_ zugestellt. Man habe beschlossen, die Geschäftsliegenschaft zu verkaufen und nur noch zu mieten. In der Folge habe man auch die Privat-Liegenschaft in Italien verkauft. Man habe alles verkauft, um die Sanierung zu sichern.

Im Februar/März 1999 habe die A.\_\_\_\_ etwas ungehalten über die Arbeit der B.\_\_\_\_ reagiert und die Checkhonorierung und im April 1999 auch den Kredit gesperrt. Am 26. April 1999 habe die B.\_\_\_\_ einen ausgearbeiteten Sanierungsvorschlag vorgelegt. Am 27. April 1999 habe die A.\_\_\_\_ zugunsten der H.\_\_\_\_ auf Forderungen im Umfang von Fr. 1,3 Mio. verzichtet, um eine nachträgliche Sanierung der H.\_\_\_\_ zu ermöglichen. Am 28. Mai 1999 habe die B.\_\_\_\_ ihr Mandat niedergelegt.

In der Folge sei ein Privatinvestor, die E.\_\_\_\_, aufgetaucht, mit welcher am 3. Juni 1999 eine gegenseitige Vertraulichkeitserklärung unterzeichnet worden sei. Die E.\_\_\_\_ habe am 18. Oktober 1999 eine Absichtserklärung über eine Beteiligung in der Höhe von Fr. 400'000.-- abgegeben. Der Zwischenabschluss per Ende 1999 habe einen Verlust von nur noch Fr. 72'000.-- aufgewiesen. Am 10. November 1999 habe die C.\_\_\_\_ einen Forderungsverzicht über Fr. 370'000.-- im Rahmen des Sanierungsprojekts bestätigt. An einer Sitzung vom 29. November 1999 habe die E.\_\_\_\_ grundsätzlich zugesagt.

Gestützt auf diese Zusage habe die C. \_\_\_ sofort die Löhne und einige wichtige Zahlungen freigegeben. Die E. \_\_\_ habe mit Schreiben vom 2. Dezember 1999 völlig unerwartet mitgeteilt, dass sie den Investitionsauftrag dem Verwaltungsrat vorlegen wolle und habe weitere Dokumente verlangt. Dass die bisher Verhandelnden die Kompetenzen gar nicht gehabt hätten, sei nie erwähnt worden. Ein solcher Vorbehalt sei nie gemacht worden. Am 9. Dezember 1999 habe die E. \_\_\_ dann ihre Absage verfasst. Die C. \_\_\_ habe zu einer grundlegenden Besprechung eingeladen. Zusätzlich sei auch der Sanierer Rechtsanwalt F. \_\_\_ eingeladen worden. Dieser habe am 7. Januar 2000 seinen Massnahmeplan vorgelegt. Sein Vorschlag sei gewesen, aus dem noch gesunden Betrieb eine Nachfolgesellschaft zu gründen. Am 9. Februar 2000 habe die ausserordentliche Generalversammlung zur Abgabe der Insolvenzerklärung stattgefunden, man sei an den Konkursrichter gelangt und gleichentags sei der Konkurs eröffnet worden (Urk. 20 S. 4-19 Ziff. 4 ff., Urk. 55 S. 3-6 Ziff. 7).

### E. 6.3

Aufgrund der Aktenlage kann als erstellt gelten, dass sich im Sommer 1998 ein Liquiditätsengpass abzeichnete. Sodann ist festzustellen, dass die H. \_\_\_ bereits im Jahre 1998 ihrer Zahlungspflicht gegenüber der Klägerin nur ungenügend nachgekommen ist. Insbesondere geht aus den Akten hervor, dass die H. \_\_\_ für die Beiträge April 1998 betrieblen werden musste (Zahlungsbefehl vom 9. Juli 1998, Urk. 35/16/3). Der Umstand, dass die Klägerin infolge Bezahlung des Ausstandes die Betreuung später zurückzog, ändert nichts an der Tatsache der versäumten Zahlung. Für die Beiträge Mai 1998 gewährte die Klägerin am 28. Juli 1998 einen Zahlungsaufschub (Urk. 35/15/2). Die Beiträge Juli 1998 wurden am 29. Oktober 1998 ebenfalls betrieblen (Urk. 35/12/9). Am 17. Februar 1999 erfolgte der Rückzug der Betreuung (Urk. 35/12/1). Gleichfalls wurden auch die Beiträge August 1998 (Urk. 35/10/4), September 1998 (Urk. 35/6/9), Oktober 1998 (Urk. 35/4/7), November 1998 (Urk. 35/5/5) und Dezember 1998 (Urk. 35/3/5) betrieblen. Im übrigen ist zu beachten, dass gemäss Bilanz und Erfolgsrechnung für das Jahr 1998 ein Verlust von Fr. 995'739.17 resultierte (Urk. 21/5). Damit kann den Beklagten nicht gefolgt werden, wenn sie davon ausgehen, dass die Beiträge 1998 einwandfrei bezahlt und die Liquidität grundsätzlich noch intakt gewesen sei, wenn auch gewisse Zahlungen erst mit etwas Verspätung geleistet worden seien (Urk. 20 S. 5 Ziff. 8). Ausserdem wurden für das Jahr 1999 - ausser der anerkannten Zahlung in der Höhe von Fr. 28'316.20 (vgl. Urk. 2/4 S. 2, Urk. 55 S. 2 Ziff. 3) - keine Beiträge mehr entrichtet.

An der Verpflichtung der Beklagten, in kritischer Zeit für die Begleichung der Verbindlichkeiten an die Sozialversicherung persönlich besorgt zu sein, änderte sich nach der Auftragserteilung an die B. \_\_\_ vom 30. November 1998 (vgl. Urk. 21/11) nichts. Wohl unterstand der Zahlungsverkehr der Visumpflicht der B. \_\_\_. Die Befugnis zur Tilgung von Verbindlichkeiten gegenüber der Klägerin war den Beklagten jedoch nicht entzogen. Auch bei einer solchen Vereinbarung bleiben die Organe in Anbetracht der Übertragbarkeit der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten grundsätzlich verantwortlich. Während der Dauer des Sanierungsauftrages durch die B. \_\_\_ bis zur Mandatsniederlegung vom 28. Mai 1999 (vgl. Urk. 22/30) und auch danach bestanden somit keine rechtlichen oder faktischen Gründe, welche die Beklagten daran gehindert hätten, für die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge besorgt zu sein. Nachdem diese erkannt hatten, dass die B. \_\_\_ die Beiträge an die Klägerin nicht

bezahlte, hätten sie erst recht auf die Bezahlung der offenen und künftig entstehenden Sozialversicherungsbeiträge achten und nötigenfalls entsprechende Massnahmen verlangen müssen. Es wird nicht geltend gemacht und ist aufgrund der Akten auch nicht ersichtlich, dass die Beklagten sich beispielsweise bei den Banken für die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge eingesetzt hätten. Die Beklagten machten auch nicht geltend, sich beim Betriebsbeamten für die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge eingesetzt zu haben. Vielmehr geht aus den Akten hervor, dass der Betriebsbeamte in einer Aufstellung nach eigenem Ermessen auf die einzelnen Gläubiger wohl die Teilzahlungen verteilte, diese Aufstellung jedoch jeweils vorlegte und das Einverständnis der H.\_\_\_\_ verlangte (Urk. 20 S. 14 Ziff. 30). Damit steht aber fest, dass die Beklagten auch in der Zeit, als der Betriebsbeamte eingeschaltet wurde, für die Zahlungen verantwortlich blieben.

In finanziell angespannten Zeiten muss der Verwaltungsrat darauf bedacht sein, nur so viel Lohn zur Auszahlung zu bringen, als die darauf unmittelbar ex lege entstandenen Beitragsforderungen gedeckt gewesen wären (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5). Indem die Beklagten trotz Kenntnis der ungünstigen Geschäftsentwicklung nicht für eine ordnungsgemässe Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge gesorgt haben, haben sie den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden schuldhaft verursacht.

Ferner schliesst auch die Tatsache, dass die Beklagten in beträchtlichem Umfang eigene Mittel in die Firma einschossen und von sich aus das Gespräch mit den Banken suchten, das von Art. 52 AHVG geforderte qualifizierte Verschulden nicht aus. Denn für die Beurteilung der Verschuldensfrage ist nicht entscheidend, was die verantwortlichen Organe zur Aufrechterhaltung des Betriebs oder der Vermeidung eines Konkurses allenfalls unternommen haben, sondern ob sie (nach aussen erkennbar) der Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nachgekommen sind (vgl. etwa Urteile des EVG in Sachen B. vom 18. März 2003, H 333/00, Erw. 3.3.2., in Sachen F. vom 5. September 2002, H 101/02, Erw. 5.2, in Sachen Z. vom 4. Juli 2002, H 238/01, Erw. 6b, in Sachen L. vom 10. August 2001, H 258/00, Erw. 4b), was vorliegend zu verneinen ist.

#### **E. 7.1**

Zu prüfen ist des Weiteren, ob Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe gegeben sind.

#### **E. 7.2**

Nach der Rechtsprechung kann eine Schadenersatzpflicht trotz schuldhafter Missachtung von AHV-Vorschriften entfallen, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen. So lässt sich die Nichtbezahlung der Beiträge ausnahmsweise rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf eine nicht zum Vorneherein aussichtslose Rettung des Betriebes durch Befriedigung lebenswichtiger Forderungen in der begründeten Meinung erfolgt, die geschuldeten Beiträge später allenfalls 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 Beiträge innert nützlicher Frist werde tilgen können (BGE 108 V 188, ZAK 1987 S. 298).

#### **E. 7.3**

Die Beklagten durften aufgrund des „Debt Capacity“ der A. \_\_\_ zur Situation der Firma vom 2. Oktober 1998 (Urk. 21/9), wonach die Schulden über eine Frist von 5-7 Jahren verzinst und theoretisch vollständig zurückbezahlt würden, mit der Einsetzung der B. \_\_\_ und spätestens nach deren Sanierungskonzept vom 19. März 1999 (Urk. 21/21) nicht davon ausgehen, dass es sich bloss um vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten handelte, welche durch Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge überbrückt werden könnten. Da auch keine konkrete Aussicht auf eine baldige Sanierung des damals schon stark verschuldeten Unternehmens bestand, durfte nicht ernsthaft damit gerechnet werden, dass die Forderungen der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist beglichen werden könnten. Der in der Folge über ein Jahr andauernden Verletzung der Beitragspflicht ist mithin der „vorübergehende“ Charakter im Sinne der Rechtsprechung abzusprechen. Unerheblich ist daher auch das Vertrauen der Beklagten in die Sanierungsmassnahmen und Sanierungsaussichten von Banken und Experten. Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich vorliegend auch nicht um eine absolut vergleichbare Problematik wie im unveröffentlichten Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 14. August 2001 in Sachen AHV-Ausgleichskasse E. gegen R.S., zumal in jenem Verfahren die Beitragspflicht lediglich für die Dauer von drei Monaten verletzt wurde.

Selbst wenn aber von einer innert nützlicher Frist tilgbaren Beitragsschuld hätte ausgegangen werden dürfen, scheitert die Exkulpation der Beklagten daran, dass angesichts des über Monate hinweg defizitären Geschäftsganges und des beträchtlichen Ausmasses der Schuldenlast von der vorübergehenden Nichtablieferung der im Pauschalverfahren abgerechneten Sozialversicherungsbeiträge keine für die Rettung der Firma ausschlaggebende Wirkung erwartet werden konnte. So hatte die Firma Ende 1999 Kreditoren von insgesamt Fr. 1,81 Mio. zu verzeichnen. Davon betrafen Fr. 131'000.-- Beiträge an die Klägerin, was 7 % der Schulden ausmachte (Urk. 22/51 S. 10). Zudem geht aus den Präsentationsunterlagen vom 22. Dezember 1999 (Urk. 22/51) hervor, dass die Weiterführung der Firma einen Investor vorausgesetzt hätte, der Fr. 700'000.-- bis 1 Mio. eingeschossen hätte. Bei dieser Sachlage war davon auszugehen, dass die Überlebenschancen der Firma von ganz anderen Faktoren abhing als dem Zurückbehalten der paritätischen Beiträge, waren doch angesichts der ungedeckten Verbindlichkeiten zusätzliche Mittel bis in Millionenhöhe unabdingbar gewesen.

In Würdigung der gesamten Umstände kann im Verzicht auf die Beitragsablieferung 1999 keine vorübergehend unerlässliche Massnahme zur Rettung der Gesellschaft erblickt werden. Vielmehr handelt es sich um einen - angesichts der Höhe der Gesamtschulden der Gesellschaft - Versuch, die erheblichen finanziellen Schwierigkeiten längere Zeit unter anderem auch auf Kosten der Sozialversicherung zu überbrücken. Dies aber entspricht nicht dem Sinn der in BGE 108 V 183 ff. dargelegten Rechtsprechung; vielmehr will Art. 52 AHVG gerade solche Unternehmenstätigkeit in repressiver und präventiver Hinsicht schadenersatzrechtlich verhindern (Urteil des EVG in Sachen T. vom 20. August 2002, H 295/01, Erw. 5).

8. Die Nichtbezahlung der Beiträge für das Jahr 1999 führte dazu, dass die Ausgleichskasse im Konkurs der H. \_\_\_ zu Verlust kam. Das Verhalten der Beklagten war somit kausal für den entstandenen Schaden.

## E. 9

Gestützt auf diese Erwägungen ergibt sich, dass die Klägerin zu Recht den Beklagten 1 und den Beklagten 2 für den noch nicht bezahlten Schaden in der Höhe von Fr. 145'734.65 belangt hat.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Klage werden K.\_\_\_\_ und L.\_\_\_\_ unter solidarischer Haftung verpflichtet, der Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes Fr. 145'734.65 zu bezahlen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Ausgleichskasse des Schweizerischen Gewerbes
- Rechtsanwalt Dr. Christian Scherrer
- Bundesamt für Sozialversicherung

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

Bezüglich Beiträge an die Familienausgleichskasse ist kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

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