

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2007.00021 vom 20. Oktober 2008

ZH Sozialversicherungsgericht, 2008-10-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2007.00021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2007.00021)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2007.00021 du 20 octobre 2008

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2007.00021 del 20 ottobre 2008

## Erwägungen

### E. 2

2.1. Gegen den Einspracheentscheid vom 13. März 2007 erhob X. mit Eingabe vom 30. April 2007 Beschwerde mit dem Antrag auf dessen Aufhebung (Urk. 1). Die Ausgleichskasse schloss in ihrer Beschwerdeantwort vom 30. Mai 2007 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 8).

In der Replik vom 8. Oktober 2007 hielt X. an seinem beschwerdeweise gestellten Antrag fest (Urk. 14) und führte unter anderem aus, der Konkurs der H. AG sei mit Verfügung des Konkursrichters vom 25. Mai 2007 aufgrund nachträglich entdeckter Vermögenswerte wieder eröffnet worden; zwischenzeitlich sei der Kollokationsplan zur Einsicht aufgelegt worden (Urk. 15/1-2). Die Ausgleichskasse legte in der Duplik vom 30. Oktober 2007 dar, sie habe jedenfalls bis zu jenem Zeitpunkt keine Konkursdividende erhalten (Urk. 20).

Mit Gerichtsverfügung vom 31. Oktober 2007 wurde der Schriftenwechsel geschlossen (Urk. 22).

2.2. Am 29. November 2007 teilte die Ausgleichskasse dem Gericht mit, sie habe am 19. November 2007 eine Konkursdividende in der Höhe von Fr. 14'428.85 erhalten. Somit betrage der ungedeckt gebliebene Betrag, mithin der Schaden, Fr. 15'121.15 (Urk. 23). X. verzichtete am 13. Dezember 2007 auf eine weitere Stellungnahme (Urk. 27), wovon der Ausgleichskasse am 17. Dezember 2007 Kenntnis gegeben wurde (Urk. 28).

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Strittig ist, ob der Beschwerdeführer zur Bezahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 25'432.05 zu verpflichten ist.

Ausgewiesen und seitens der Beschwerdegegnerin anerkannt ist, dass diese während der Rechtshängigkeit des vorliegenden Verfahrens eine Konkursdividende von Fr. 14'428.85 erhalten hat (vgl. Urk. 23, Urk. 24/1-4). Diese ist vom ursprünglichen Schaden in Abzug zu bringen, so dass sich der ungedeckt gebliebene Schaden, dessen Bezahlung durch den Beschwerdeführer strittig bleibt, auf Fr. 11'003.20 (Fr. 25'432.05 ./ Fr. 14'428.85) reduziert.

Im Umfang von Fr. 14'428.85 ist das Verfahren daher als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

1.2. Der Beschwerdeführer brachte zur Bestreitung seiner Schadenersatzpflicht vor, er sei per 28. Januar 2002 (richtig: 13. März 2002; Publikation im Schweizerischen

Handelsamtsblatt, SHAB, am 1. Februar 2002; richtig: 19. März 2002; vgl. Urk. 5 S. 2) als Mitglied des Verwaltungsrates aus der Gesellschaft ausgeschieden. Bis zu seinem Ausscheiden seien sämtliche Beiträge bezahlt worden. Er habe zwar der Beschwerdegegnerin das Schreiben vom 22. März 2002 betreffend den Lohn 2000 zugestellt, doch habe er zu diesem Zeitpunkt nicht mehr als Gesellschaftsorgan, auch nicht als faktisches Organ gehandelt. Ihn treffe kein Verschulden, dass die Gesellschaft die am 7. Mai 2002 in Rechnung gestellten Beiträge nicht beglichen habe. Im Zeitpunkt seines Ausscheidens habe die Gesellschaft zudem über genügend finanzielle Mittel verfügt, um die Beiträge zu bezahlen. Es könne ihm nicht vorgehalten werden, die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft sei auf Kosten der Sozialversicherungen erfolgt (Urk. 1 S. 3-7, Urk. 14).

Der Beschwerdeführer machte in der Replik vom 8. Oktober 2007 weiter geltend, angesichts der Wiedereröffnung des Konkursverfahrens könne das verantwortliche Organ, welches erst subsidiär in Anspruch genommen werden könne, nicht belangt werden (Urk. 14).

Schliesslich rügte der Beschwerdeführer eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da ihm vor Erlass des Einspracheentscheids nicht Einblick in sämtliche Akten gewährt worden sei (Urk. 1 S. 7).

Die Beschwerdegegnerin stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, der Beschwerdeführer selbst habe am 20. März 2002 gemeldet, dass im Jahr 2000 sein Lohn von Fr. 162'069.60 nicht deklariert worden sei. Ihm habe daher bei seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat klar sein müssen, dass die Beiträge des Jahres 2000 nicht vollständig bezahlt sein konnten. Der Schaden sei wegen des schuldhaften Verhaltens des Beschwerdeführers entstanden und dieser könne sich nicht auf sein Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat berufen. Aufgrund der Meldung vom 20. März 2002 sei jedenfalls zu schliessen, dass er nach seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat noch als faktisches Organ gehandelt habe (Urk. 2).

Die ausstehenden Beiträge würden das Jahr 2000 beschlagen; zu diesem Zeitpunkt sei der Beschwerdeführer noch formelles Organ gewesen. Die Nachmeldung betreffend den Lohn sei verspätet, nämlich erst nach dem Rücktritt als Organ erfolgt, so dass die effektiven Beiträge erst am 7. Mai 2002 hätten in Rechnung gestellt werden können. Es müsse daher geschlossen werden, dass bewusst zu tiefe Pauschalbeiträge bezahlt worden seien, um hierfür liquide Mittel für die Bezahlung von Löhnen und Debitoren zu haben. Die Unternehmensfinanzierung sei teilweise auf Kosten der Sozialversicherung erfolgt (Urk. 8).

## 2. Ä Ä Ä Ä Ä Ä

2.1 Ä Ä Ä Ä Zunächst zu prüfen ist, wie es sich mit der Rüge des Beschwerdeführers betreffend die Verletzung seines rechtlichen Gehörs verhält.

2.2 Ä Ä Ä Ä Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten

zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 Erw. 3.1 S. 370 mit Hinweisen).

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Es kommt mit anderen Worten nicht darauf an, ob die Anhörung im konkreten Fall für den Ausgang der materiellen Streitentscheidung von Bedeutung ist, d.h. die Behörde zu einer Änderung ihres Entscheides veranlasst wird oder nicht (BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390; 127 V 431 E. 3d/aa S. 437).

Obwohl der Beschwerdeführer auf Erlass der Verfügung vom 23. März 2006 hin bereits am 12. April 2006 um Akteneinsicht ersuchte (Urk. 9/50), hat er am 13. April 2006 (Urk. 9/51) von der Beschwerdegegnerin offenbar lediglich die massgeblichen Akten erhalten (vgl. Aussage der Beschwerdegegnerin in Urk. 8 S. 2 Ziff. II. 1). Erst nach Erlass des Einspracheentscheids vom 13. März 2007 (Urk. 9/59) wurde dem Beschwerdeführer schliesslich Gelegenheit eingeräumt, in die gesamten Kassenakten Einsicht zu nehmen (vgl. Urk. 9/62-63).

Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als zentralen Teilgehalt das Recht auf Akteneinsicht. Der versicherten Person steht das Akteneinsichtsrecht in die für sie betreffenden Daten ohne weiteres zu (Art. 47 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG). Indem die Beschwerdegegnerin auf das Akteneinsichtsgesuch hin die Akten bloss auszugsweise, offenbar beschränkt auf die von ihr als massgeblich erachteten Unterlagen, zur Einsicht gestellt hat, verletzte sie das Akteneinsichtsrecht. Denn der Beschwerdeführer muss die gesamten Akten kennen, um im Rechtsmittelverfahren seine Rechte umfassend wahren zu können. Immerhin ist festzuhalten, dass der Beanstandung des Beschwerdeführers, er habe ins Schreiben vom 20. März 2002 keine Einsicht erhalten (Urk. 9/60), entgegen zu halten ist, dass er diese Mitteilung der Beschwerdegegnerin selbst zukommen liess (vgl. Urk. 9/24) und damit - ungeachtet der Akteneinsicht - bereits Kenntnis davon hatte.

Nach der Rechtsprechung kann eine - nicht besonders schwerwiegende - Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann (BGE 127 V 431 E. 3d/aa S. 437). Von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer befürderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390 mit Hinweis).

Der Beschwerdeführer rückte beschwerdeweise zu Recht eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs und brachte dazu vor, es seien ihm dadurch unnötige Anwaltskosten entstanden (Urk. 1 S. 7). Allerdings ersuchte er nicht um Rückweisung der Sache für eine Heilung der Gehörsverletzung. Damit hat er zu erkennen gegeben, dass ihm an einer unverzüglichen materiellen Beurteilung mehr liegt

als an einem auf Rückweisung hin korrekten Ablauf des Verfahrens mit weiteren zeitlichen Verzögerungen und zusätzlichen (Anwalts-)Kosten.

Das Sozialversicherungsgericht ist mit voller Kognition ausgestattet und hat im vorliegenden Verfahren die Parteivorbringen wie auch die Sach- und Rechtslage uneingeschränkt zu prüfen. Es rechtfertigt sich daher ausnahmsweise, die Gehaltsverletzung nach durchgeführtem doppeltem Schriftenwechsel im Gerichtsverfahren als geheilt zu betrachten und von einer Rückweisung der Sache an die Verwaltung abzusehen.

### 3.1.1

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 kantonale Beiträgen 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).

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).

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).

3.4 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 Fruchtloserklärung beziehungsweise von deren Veröffentlichung im SHAB an zu laufen (BGE 129 V 195 Erw. 2.3, 128 V 12 Erw. 5a, 126 V 445 Erw. 3c).

3.5 Das am 15. September 2005 eröffnete Konkursverfahren über die H. \_\_\_ AG wurde am 7. Oktober 2005 mangels Aktiven wieder eingestellt (Urk. 3/3). Die Einstellung des Konkursverfahrens steht einer Beitragserhebung im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 f. AHVG entgegen, so dass damit der Schaden eingetreten ist.

Mit Erlass der dem angefochtenen Einspracheentscheid zu Grunde liegenden Schadenersatzverfägung vom 23. März 2006 (Urk. 9/47) wahrte die Beschwerdegegnerin die zweijährige Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 AHVG ohne weiteres.

Unter diesem Blickwinkel bleibt unerheblich, dass das Konkursverfahren später wieder eröffnet worden ist (vgl. Urk. 15/1-2).

#### **E. 4**

4.1 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).

4.2 Der Beschwerdeführer teilte der Beschwerdegegnerin am 20. März 2002 namens der G. \_\_\_ AG (seinerzeit richtig: H. \_\_\_ AG) mit, für das Jahr 2000 sei sein Jahreslohn von Fr. 162'069.60 nicht deklariert worden (Urk. 9/24). Dem Kontoauszug vom 29. Mai 2007 ist zu entnehmen, dass diese Meldung und die darauf gestützte Rechnung vom 7. Mai 2002 (bloss teilweise aktenkundig, vgl. Urk. 9/25) zu den Beitragsausständen führte (Urk. 9/67 S. 13); bis zu jenem Zeitpunkt war der Kontostand stets ausgeglichen (Urk. 9/67 S. 1-13).

Neben dem Kontoauszug vom 29. Mai 2007 (Urk. 9/67) liegen zudem die Beitragsübersicht gleichen Datums (Urk. 9/66) sowie die Verzugszinsabrechnung vom 7. Mai 2002 (Urk. 9/25) und Mahnungen, die letzte vom 25. Oktober 2002 (Urk. 9/26-27, Urk. 9/29), bei den Akten. Aufgrund dieser Unterlagen ist die verfassungsweise geltend gemachte Schadenshöhe von Fr. 25'432.05 ausgewiesen und wurde vom Beschwerdeführer zu Recht in masslicher Hinsicht nicht bestritten. Die

Schadensberechnung der Beschwerdegegnerin ist somit zu bestÄrtigen und angesichts der Dividendenzahlung von Fr. 14'428.85 (Urk. 24/1-4) ist von einem massgebenden Schadensbetrag von Fr. 11'003.20 auszugehen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Insoweit die Beschwerdegegnerin in der Eingabe vom 29. November 2007 vorbrachte, die SchadenshÄlle sei zu tief (Urk. 23), bleibt zu bemerken, dass die SchadenersatzverfÄ¼gung betragsmÄssig die obere Grenze fÄ¼r den nachfolgenden Prozess bildet. Die Ausgleichskasse kann die Schadenersatzsumme im Rechtsmittelverfahren nicht mehr erhÄllen. Gegebenenfalls mÄsste sie fÄ¼r den nachzufordernden Restbetrag eine neue VerfÄ¼gung erlassen (Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 114).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä FÄ¼r eine ErhÄllung der Schadenersatzsumme besteht daher kein Raum.

## E. 5

5.1 Ä Ä Ä Ä Die Organhaftung aus Art. 52 AHVG besteht nicht fÄ¼r Beitragsforderungen, die nach der Publikation der LÄ¼schung der Organstellung der betreffenden Person im Handelsregister fÄ¼llig werden, weil die betreffende Person im Zeitpunkt der FÄ¼lligkeit nicht mehr Organ ist. FÄ¼r die vor der Publikation fÄ¼lligen Beitragsforderungen haftet das Organ, wenn es durch eine vorsÄtzliche oder grobfahrlÄssige Handlung beziehungsweise Unterlassung bewirkt hat, dass die BeitrÄge im Zeitpunkt der FÄ¼lligkeit nicht bezahlt werden konnten. Ein Verschulden des Organs kann nur so lange in Frage kommen, als es die MÄglichkeit hat, durch Handlungen oder Unterlassungen die GeschÄftsfÄ¼hrung 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).

5.2 Ä Ä Ä Ä Art. 36 Abs. 2 der Verordnung Ä¼ber die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) in der seit 1. Januar 2001, auf die hier strittigen BeitrÄge des Jahres 2000 anwendbaren Fassung, schreibt vor, dass die Arbeitgeber die LÄ¼hne innert 30 Tagen nach Ablauf der Abrechnungsperiode abzurechnen haben. Die Abrechnungsperiode umfasst das Kalenderjahr. Werden die BeitrÄge nach Art. 35 Abs. 3 entrichtet, so entspricht die Abrechnungsperiode der Zahlungsperiode (Art. 36 Abs. 3 AHVV).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Ausgleichskasse nimmt den Ausgleich zwischen den geleisteten AkontobeitrÄgen und den tatsÄchlich geschuldeten BeitrÄgen aufgrund der Abrechnung vor. Ausstehende BeitrÄge sind innert 30 Tagen ab Rechnungsstellung zu bezahlen (Art. 36 Abs. 4 AHVV).

5.3 Ä Ä Ä Ä Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV schreibt nicht bloss Ä 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 auch Ä periodisch Abrechnungsunterlagen Ä¼ber die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten LÄ¼hne zuzustellen, damit die entsprechenden paritÄrtischen BeitrÄge ermittelt und verfÄ¼gt werden kÄnnen. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene Äffentlichrechtliche Aufgabe. Dazu hat das EidgenÄssische Versicherungsgericht wiederholt erklÄrt, dass die NichterfÄ¼llung 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).

5.4.4.4 Dem Vorbringen des Beschwerdeführers, er sei im Zeitpunkt der Rechnungsstellung bereits als Organ aus der Gesellschaft ausgeschieden, weshalb er nicht mehr belangt werden könne, kann nicht gefolgt werden.

Es ist zwar ausgewiesen, dass der Beschwerdeführer am 13. März 2002 (Publikation im SHAB am 19. März 2002), mithin noch vor der Rechnungsstellung der hier fraglichen Beitrage am 7. Mai 2002, als Verwaltungsratsmitglied aus der H. AG ausgeschieden ist (Urk. 5 S. 2).

Allerdings ist dem Beschwerdeführer vorzuwerfen, dass während seiner Amtszeit als Verwaltungsrat - entgegen den Abrechnungsvorschriften nach Art. 36 AHVV - die vollständigen Lohnmeldungen nicht innert 30 Tagen nach Ablauf des Kalenderjahres eingereicht wurden. Die Meldung des eigenen Lohnes betreffend das Jahr 2000 erfolgte unstreitig und ausgewiesenermassen erst am 20. März 2002, obwohl die Jahresabrechnung 2000 in Bezug auf die übrigen Arbeitnehmer am 14. Februar 2001 erstellt wurde (Urk. 9/7).

4.4.4.4

Nach Art. 36 Abs. 2 AHVV wäre die Arbeitgeberin verpflichtet gewesen, die Löhne des Jahres 2000 bis Ende Januar 2001 abzurechnen. Die Beschwerdegegnerin hätte umgehend die Rechnung erlassen und der Arbeitgeberin eine 30tägige Zahlungsfrist stellen können (Art. 36 Abs. 4 AHVV). Die in Missachtung dieser Vorschriften verspätet eingereichte Abrechnung hat dazu geführt, dass die hier strittige Beitragsnachforderung anstatt mit der Rechnung vom 13. März 2001 und zusammen mit den übrigen Lohnbeiträgen betreffend das Jahr 2000 (vgl. Urk. 9/67 S. 11) erst am 7. Mai 2002 in Rechnung gestellt werden konnte. Während die rechtzeitig verrechneten Lohnbeiträge 2000 vollständig bezahlt wurden (vgl. Urk. 9/67 S. 11), blieb die Nachforderung ungedeckt.

Damit ist erstellt, dass die versäumte rechtzeitige Abrechnung die ordnungsgemässe Rechnungsstellung am 13. März 2001 verhindert hat. Bloss deshalb ist die Fälligkeit der Beitrage erst nach der Löschung des Handelsregistereintrages des Beschwerdeführers eingetreten. Für die unterlassene rechtzeitige Lohnabrechnung während seiner Amtszeit hat der Beschwerdeführer daher trotz seines Ausscheidens im März 2002 als Verwaltungsrat einzustehen.

Wenn es die Arbeitgeberin Anfang 2001 in Missachtung von Art. 36 Abs. 2 AHVV unterlassen hat, der Beschwerdegegnerin eine vollständige Abrechnung, mithin unter Einschluss des Lohnes des Beschwerdeführers, einzureichen, hat dieser hierfür einzustehen, denn zu jenem Zeitpunkt war er noch formelles Organ der AG. Durch diese Verletzung der Abrechnungspflicht hat die Arbeitgeberin eine nach Art. 36 Abs. 4 AHVV fristgemässe Rechnungsstellung und Bezahlung der Beitrage 2000 vereitelt. Dies hat dazu geführt, dass die Beitrage erst im Laufe des Jahres 2002 erhoben werden konnten.

Die Tatsache, dass die Arbeitgeberin während der Zeit, als der Beschwerdeführer formelles Verwaltungsratsmitglied war, ihrer Abrechnungspflicht

nicht umfassend nachgekommen ist, hat der Beschwerdeführer als Verwaltungsratsmitglied zu verantworten. Er hat daher als Organ für den dadurch entstandenen Schaden einzustehen und kann sich dieser Pflicht nicht allein durch seinen Hinweis auf das Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat entziehen.

Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob der Beschwerdeführer hernach als faktisches Organ gehandelt hat, was er selbst in Abrede stellte. Immerhin ist er darauf zu behaften, dass er das Schreiben vom 20. März 2002 nicht als Privatperson, sondern namens der G. AG (richtig: H. AG) einreichte (Urk. 9/24). Der daraus von der Beschwerdegegnerin gezogene Schluss, er handle als faktisches Organ, kann daher auch nicht ohne weiteres von der Hand gewiesen werden.

5.5 Nachdem das Konkursverfahren über die H. AG aufgrund nachträglich entdeckter Vermögenswerte am 25. Mai 2007 wieder eröffnet worden war, stellte sich der Beschwerdeführer am 8. Oktober 2007 auf den Standpunkt, für die subsidiäre Inanspruchnahme des verantwortlichen Organs seien die massgeblichen Grundlagen nicht gegeben (Urk. 14 S. 3 unten).

Dem Beschwerdeführer ist beizupflichten, dass die Organhaftung subsidiär ist. Die Subsidiarität der Haftung der Organe einer juristischen Person bedeutet indes lediglich, dass sich die Ausgleichskasse zuerst an die Arbeitgeberin zu halten hat, und nicht, dass der Arbeitgeber rechtlich zu existieren aufgehört haben muss, bevor seine Organe belangt werden dürfen.

Im hier massgeblichen Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Einspracheentscheids am 13. März 2007 waren die Voraussetzungen zur subsidiären Belangung des Organs der H. AG ohne Zweifel erfüllt, denn der Konkurs über diese war mangels Aktiven eingestellt worden. Damit konnten die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr im ordentlichen Verfahren erhoben werden (BGE 112 V 157 und 111 V 173), was für die subsidiäre Belangung des Organs genügt. Daran ändert sich durch eine spätere Wiedereröffnung des ordentlichen Konkursverfahrens nichts, zumal dieses die Verhältnisse, wie sie bei Erlass des angefochtenen Entscheids geherrscht haben und somit vom Gericht zu beurteilen sind, nicht mehr beeinflusst.

Im übrigen wurde dem Umstand, dass später ein Konkursverfahren durchgeführt und eine Konkursdividende ausbezahlt wurde, bei der Schadensbemessung hinreichend Rechnung (vorstehend Erw. 1.1 und Erw. 4.2) getragen.

## E. 6

6.1 Aus den Akten ist ersichtlich, dass die H. AG nicht nur die Jahresabrechnung 2000 unvollständig eingereicht, sondern auch erst im März 2002 und zudem ohne jegliche Erklärung betreffend die Verspätung eine Nachmeldung für den Lohn 2000 des Beschwerdeführers eingereicht hat. In Bezug auf den Lohn des Beschwerdeführers waren wiederholt nachträgliche Abrechnungen erforderlich. So ist aktenmässig ausgewiesen, dass auch seine Löhne für die Jahre 1998/1999 erst am 6. Oktober 2000 gemeldet wurden (Urk. 9/4). Weiter brachte erst der Revisionsbericht vom 22. Oktober 2001 zu Tage, dass für das Jahr 1997 der Lohn von X. von Fr. 100'000.-- gar nicht gemeldet worden war (Urk. 9/18/1-3).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Auch die Beitragszahlung musste schon während der Zeit, als der Beschwerdeführer noch formelle Organstellung inne hatte, gemahnt werden, nämlich am 18. April 2001 (Urk. 9/11) und am 14. Juni 2001 (Urk. 9/13).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Somit ist ausgewiesen, dass die Arbeitgeberin sowohl der Abrechnungs- als auch der Beitragszahlungspflicht nur schleppend nachkam und damit die Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG verletzt hat. Daher ist der von ihr verursachte Schaden grundsätzlich voll zu decken.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zu prüfen bleibt, inwieweit diese Missachtung öffentlichrechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen ist.

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

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä 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).

6.3 Ä Ä Ä Ä 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). 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 (unveröffentlichte Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts i.S. B. vom 24. Mai 2002, H 39/01, Erw. 4a und i.S. T. vom 15. Juni 1998, H 33/98).

6.4 Der Beschwerdeführer brachte zu seiner Entlastung im Wesentlichen vor, die Begleichung der Rechnung vom 7. Mai 2002 wäre für die Arbeitgeberin in finanzieller Hinsicht ohne weiteres möglich gewesen. Ihm sei nicht bekannt, weshalb die Rechnung unbezahlt geblieben sei. Da erst nach seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Konkurs eröffnet worden sei, könne ihm dieser nicht angelastet werden. Schliesslich sei falsch und nicht belegt, dass der Betrieb zu Lasten der Sozialversicherungen weitergeführt worden sei (Urk. 1 S. 6 f., Urk. 14 S. 4 ff.).

6.5 Der Beschwerdeführer war seit der Gesellschaftsgründung im Jahr 1992 und bis am 13. März 2002 Mitglied des Verwaltungsrates der H. AG (Urk. 5). Bei dieser Gesellschaft handelte es sich um ein Kleinunternehmen mit einfacher Verwaltungsstruktur und nur wenigen Angestellten (vgl. etwa Urk. 9/1, Urk. 9/3/3, Urk. 9/7/3). Bei derart überschaubaren Verhältnissen muss vom Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft verlangt werden, dass er den Überblick über alle wesentlichen Belange des Unternehmens hat.

Der Beschwerdeführer

Der Beschwerdeführer muss sich demnach den Vorhalt gefallen lassen, dass während seiner Amtszeit weder die Abrechnungs- noch die Beitragszahlungspflicht - namentlich hinsichtlich seines eigenen Lohnes - rechtzeitig und vollumfänglich erfüllt wurden, so dass die Beschwerdegegnerin schliesslich einen Beitragsverlust erlitt.

Der Beschwerdeführer hat nichts vorgebracht, was diese Nachlässigkeiten rechtfertigen würde. Indem er hiegegen nicht einschritt beziehungsweise selber diese Vorgehensweise wählte, hat er seine Aufsichts- und Kontrollpflichten als Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft nicht hinreichend wahrgenommen. Er hätte nämlich dafür sorgen müssen, dass die H. AG ihren Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten rechtzeitig nachkommt. Diese Unterlassung kann nicht mehr als leichte Fahrlässigkeit qualifiziert werden.

Angesichts der in Erw. 6.1 aufgeführten Mahnungen und nur schleppend gemeldeten Jahreslöhnen des Beschwerdeführers erweisen sich auch dessen Vorbringen, die H. AG habe die Sozialversicherungsbeiträge jeweils korrekt bezahlt, als nicht stichhaltig, denn dem Beschwerdeführer ist insbesondere die grobfahrlässige Unterlassung der rechtzeitigen und vollständigen Abrechnung vorzuwerfen. Hiefür sind Entlastungsgründe weder ersichtlich noch geltend gemacht und das Gericht hat auch nicht von sich aus danach zu forschen (SVR 2001 AHV Nr. 15 S. 52).

Der

7. Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten des Beschwerdeführers als schuldhaft und ohne weiteres auch als adäquat kausal (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen) für den eingetretenen Schaden in der Höhe von Fr. 11'003.20 (vgl. Erw. 1.1) zu betrachten, weshalb er zu Recht verpflichtet wurde, dafür

Ersatz zu leisten und die Beschwerde diesbezüglich abzuweisen ist.

Das Gericht erkennt:

1. In Bezug auf den Schaden von Fr. 11'003.20 wird die Beschwerde abgewiesen. Im übrigen ist das Verfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Thomas Esslinger

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Bundesamt für Sozialversicherungen

4. Gegen diese Entscheidung 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.