

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00032 vom 13. August 2010

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-08-13, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2008.00032](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2008.00032)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00032 du 13 août 2010

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00032 del 13 agosto 2010

## 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 einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (BGE 123 V 12 E. 5b S. 15; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528). 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 in der bis Ende 2007 gültigen Fassung bzw. § 33 des ab 1. Januar 2008 geltenden Kinderzulagengesetzes; 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 Insolvenzentschädigung; BGE 113 V 186).

1.2 Die Beschwerdeführer waren beide als Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen, weshalb ihnen während dieser Zeit Organstellung zukam. Demgemäss kommen sie grundsätzlich als Schadenersatzpflichtige für der Beschwerdegegnerin entgangene Beiträge der A. GmbH in Frage.

1.3 Der Beschwerdeführer 1 machte beschwerdeweise geltend, er sei im fraglichen Zeitpunkt nicht alleine Gesellschafter der Firma gewesen, sondern zusammen mit dem Beschwerdeführer 2, weshalb die Hälfte der Gesamtforderung diesem zu belasten sei (Urk. 1).

Nach der unter Erw. 1.1 erwähnten Rechtsprechung haften mehrere schadenersatzpflichtige Organe für denselben Schaden solidarisch. Der Gläubiger kann nach seiner Wahl von allen Solidarschuldnern je nur einen Teil oder das Ganze fordern

(Art. 144 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts, OR). Soweit ein Solidarschuldner durch Zahlung oder Verrechnung den Gläubiger befriedigt hat, sind auch die übrigen befreit (Art. 147 Abs. 1 OR). Es ist sodann Sache der zahlenden Person, auf die Mitschuldner anteilsmässig Rückgriff zu nehmen. Diese Abwicklung hat für den Gläubiger den Vorteil, dass er sich an den solventesten Schuldner halten kann und nicht gegen jeden einzelnen - allenfalls zahlungsunfähigen - Schuldner (vollstreckungsrechtlich) vorgehen muss. In der Tat aber ist gesamthaft gesehen nur der von der Beschwerdegegnerin verfolgte gesamte Schadensbetrag ersatzpflichtig beziehungsweise der auf eine bestimmte Zeitspanne bezogene Teil des Gesamtschadens. Demgemäss verfolgte die Beschwerdegegnerin - soweit materiellrechtlich geschuldet - zu Recht die Schadenersatzpflicht der Beschwerdeführer in der Höhe des gesamten ihnen zuzurechnenden Schadens, solidarisch haftend mit den übrigen Schadenersatzpflichtigen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Inwieweit die Zahlungen unter den Schadenersatzpflichtigen verrechnet werden, insbesondere, wer im Innenverhältnis welchen Anteil zu übernehmen hat, fällt in die zivilrechtliche Gerichtsbarkeit.

## E. 2

2.1 Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä 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 Betriebskosten, 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).

2.2 Ä Ä Ä Ä Der von der Beschwerdegegnerin mit Verfügungen vom 9. April 2008 (Urk. 7/223 und Urk. 43/7/210) geltend gemachte Schadenersatz im Betrag von gesamthaft Fr. 131'119.-- betrifft die unbezahlt gebliebenen Beiträge für die Jahre 2004 bis 2006 inklusive Verzugszinsen, Verwaltungs-, Mahn- und Betriebskosten. Der Schaden ist durch die von der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegten Akten, namentlich den Kontoauszug vom 6. Oktober 2008 (Urk. 7/263) sowie die Jahresabrechnungen 2004 bis 2006 (Urk. 7/8/2, Urk. 7/52/2 und Urk. 7/128) ausgewiesen und wird von den Beschwerdeführern auch nicht substantiiert bestritten.

2.3 Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Gegenüber dem Beschwerdeführer 1 fordert die Beschwerdegegnerin zuletzt noch Schadenersatz im Umfang der Ausstände betreffend die Lohnbeiträge der Periode April 2005 bis September 2006 (Landschaft im Handelsregister per 29. November 2006, Urk. 48) in der Höhe von Fr. 78'059.80. Diese wurden mittels Veranlagungsverfügungen vom 18. und 20. Juli 2006 (Urk. 7/83-88) formell rechtskräftig festgesetzt (samt Inkassokosten und Verzugszinsen). In masslicher Hinsicht sind die möglichen Einstände daher beschränkt und können sich höchstens auf offensichtliche Fehler oder Nichtberücksichtigung anzurechnender Zahlungen beziehen, wofür indes keine Anhaltspunkte vorliegen und die Beschwerdeführer diesbezüglich



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 E. 4.6 S. 529).

3.2.2 Dem Kontoauszug der Beschwerdegegnerin (Urk. 7/263) ist zu entnehmen, dass die A.\_\_\_\_ GmbH die Beiträge quartalsweise im Pauschalverfahren abzuliefern hatte (vgl. Art. 35 Abs. 1 AHVV). Die erste Beitragszahlung erfolgte zeitgerecht, indes musste bereits die zweite Quartalszahlung gemahnt werden. Die dritte Zahlung (für das letzte Quartal 2004) erfolgte wiederum rechtzeitig, aber schon die nächste Zahlung (Jahresschlussrechnung 2004) musste erneut gemahnt werden und wurde mit erheblicher Verspätung (erst im September/Oktober 2005) beglichen. Ab Januar 2005 wurden die Beiträge dann mit erheblicher Verspätung bezahlt und die Zahlungen schliesslich ganz eingestellt.

Mit diesem Verhalten ist die Gesellschaft ihren Pflichten als Arbeitgeberin nicht nachgekommen und hat öffentlichrechtliche Vorschriften missachtet.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der dadurch entstandene Schaden auf qualifiziert schuldhaftes Verhalten der Beschwerdeführer zurückzuführen ist.

#### **E. 4.1**

4.1.1 Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 183 E. 1a S. 186). Absicht beziehungsweise Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 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 183 E. 1b S. 186; ZAK 1985 S. 576 E. 2 und S. 619 E. 3a).

4.1.2 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 199 E. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 51 E. 2a, 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6 S. 529).

4.1.3.3. Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sÄmmtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwÄngen, 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 Ä¼bertragen wurden (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b). Bei einfachen VerhÄltnissen muss vom einzigen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, der als solcher die Verwaltung der Gesellschaft als einzige Person in Organstellung zu besorgen hat, in der Regel der Ä¼berblick Ä¼ber alle wesentlichen Belange der Firma verlangt werden, und dies selbst dann, wenn er seine Befugnisse weitgehend an einen GeschÄftsÄ¼hrer delegiert hat. Er kann mit der Delegation der GeschÄftsÄ¼hrung nicht zugleich auch seine Verantwortung als einziges Verwaltungsorgan an den GeschÄftsÄ¼hrer delegieren (BGE 108 V 203 Erw. 3b).

4.1.4.4. Formell eingesetzte GeschÄftsÄ¼hrer einer GmbH wie auch Personen, die faktisch die Funktion eines GeschÄftsÄ¼hrers ausÄ¼ben, haften fÄ¼r den der Ausgleichskasse zufolge nicht bezahlter BundessozialversicherungsbeitrÄge entstandenen Schaden nach den gleichen GrundsÄtzen wie Organe einer Aktiengesellschaft. Dagegen besteht fÄ¼r den blossen Gesellschafter einer GmbH vorbehÄltlich einer abweichenden statutarischen Regelung keine Pflicht zur Kontrolle oder Ä¼berwachung der GeschÄftsÄ¼hrung, weshalb ihm das Fehlverhalten der Gesellschaft auch nicht angerechnet werden darf (BGE 126 V 237 ff.)

4.2. Die BeschwerdefÄ¼hrer waren seit April 2004 als Gesellschafter und GeschÄftsÄ¼hrer mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (Urk. 48). Damit haben sie sich die Handlungen der Konkursitin unmittelbar anrechnen zu lassen, obwohl es auch bei einer GmbH grundsÄtzlich mÄglich ist, gewisse Aufgaben wie die Buchhaltung zu delegieren. Doch sind bei derart einfachen und Ä¼berschaubaren VerhÄltnissen praxisgemÄss erhÄhhte Anforderungen an die Ä¼berwachungsaufgaben der Organe zu stellen. Es lÄsst sich nicht wie bei einer Grossunternehmung mit einer allfÄlligen Delegation an Dritte auch eine BeschrÄnkung der Kontrollpflichten rechtfertigen (BGE 108 V 203 Erw. 3b). Wer als Gesellschafter und GeschÄftsÄ¼hrer einer GmbH amtiert, handelt grobfahrÄssig, wenn er die Kontrollpflichten nicht wahrnimmt. Als GeschÄftsÄ¼hrer der Gesellschaft hÄtten die BeschwerdefÄ¼hrer dafÄ¼r besorgt sein mÄssen, dass die SozialversicherungsbeitrÄge, welche immerhin zur HÄlfte den Arbeitnehmern vom Lohn abgezogen worden waren, abgeliefert werden oder die entsprechenden Handlungen selber ausfÄhren mÄssen. Indem sie dies unterlassen haben, haben sie den Schaden der Beschwerdegegnerin zumindest grobfahrÄssig herbeigefÄhrt.

4.3. Der vom BeschwerdefÄ¼hrer 1 vorgetragene Umstand, er habe einen KÄufer fÄ¼r die Firma gesucht und selber gar auf Lohnzahlungen verzichtet (Urk. 10), ist fÄ¼r die vorliegende Streitsache nicht von Relevanz. Denn fÄ¼r 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, fÄ¼r eine ordnungsgemÄsse Bezahlung der SozialversicherungsbeitrÄge zu sorgen, nachgekommen sind. Dies ist vorliegend zu verneinen.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Auch die Übertragung der Firma an den Käufer Z. \_\_\_ ändert an der Beurteilung des Verschuldens des Beschwerdeführers 1 nichts. Namentlich fehlen Hinweise dafür, dass er durch Nichtbezahlen der Beiträge anstrebte, die Existenz des Unternehmens zu retten und er aufgrund objektiver Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 188 Erw. 2, bestätigt in BGE 121 V 243). Im Gegenteil wurde über eine längere Dauer der Zahlungspflicht nicht nachgekommen und kann nicht von einem gezielten Rettungsversuch gesprochen werden.

#### **E. 4.4**

4.4.1 Ä Ä Der Beschwerdeführer 2 verwies beschwerdeweise vorweg auf seinen Firmenaustritt per 10. Januar 2006 (Urk. 43/1 S. 5; Löschung im Handelsregister am 30. Januar 2006, Urk. 48). Die Beschwerdegegnerin berücksichtigte diesen Umstand rechtsprechungskonform und verlangte keinen Ersatz für den nach Januar 2006 entstandenen Schaden. Namentlich erweist sich das Auferlegen der Schadenersatzpflicht für die Schlussrechnung 2005, obwohl erst im Februar 2006 gestellt, aus den unter Ziff. 2.4.3 dargelegten Gründen als rechtens.

4.4.2 Ä Ä Der Beschwerdeführer brachte sodann vor, die A. \_\_\_ GmbH habe bei seinem Firmenaustritt noch über flüssige Mittel verfügt (Urk. 43/1 S. 5). Den eingereichten Buchhaltungsunterlagen ist indes zu entnehmen, dass die Gesellschaft Ende 2005 überschuldet war und keineswegs über Barmittel verfügte, sondern statt dessen Schulden gegenüber der Bank hatte (Urk. 22/1 S. 1: Flüssige Mittel ./ 38'388.78). Von verwendbaren Mitteln zur Bezahlung der bereits aufgelaufenen AHV-Beiträgen kann somit keine Rede sein.

4.4.3 Ä Ä Soweit der Beschwerdeführer den von der Beschwerdegegnerin gewährten Zahlungsaufschub bis zum 31. August 2005 thematisiert (Urk. 43/1 S. 7), ist festzuhalten, dass ein solcher am 18. August 2005 (Urk. 7/44) in der Tat für den Betrag von Fr. 52'196.85 bewilligt wurde im Sinne von Zahlungen von Fr. 4'196.85 bis 31. August 2005 sowie je Fr. 12'000.-- am letzten des Monats bis Ende des Jahres 2005.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Bei der Beurteilung der Frage, ob die verantwortlichen Arbeitgeberorgane ihren Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragszahlungspflicht nachgekommen sind, ist ein mit der Ausgleichskasse vereinbarter Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan mitzuberücksichtigen, soweit dem Beitragspflichtigen damit ein Abweichen von den ordentlichen Zahlungsterminen zugestanden wird (BGE 124 V 253).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Vorliegend wurde die getroffene Vereinbarung indes - mit Versäumnissen - nur für die ersten zwei Raten eingehalten (Urk. 7/263 S. 2 Buchung 2005 0001). Der Beschwerdeführer 2 muss sich vorwerfen lassen, die Zahlungsvereinbarung nicht eingehalten zu haben. Der Zahlungsaufschub ändert an der schuldhaften Nichtablieferung der Beiträge daher nichts.

4.5 Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Weitere mögliche Gründe, welche auf einen Verschuldensausschluss schliessen lassen würden, sind nicht ersichtlich, zumal es nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung Sache der Schadenersatzpflichtigen ist, im Rahmen der ihr obliegenden Mitwirkungspflicht den Nachweis für allfällige Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe zu erbringen (BGE 108 V 187 Erw. 1b).

5. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführer nicht von dem ihnen zu machenden Vorwurf, ihre Obliegenheiten im Zusammenhang mit dem Beitragswesen grobfahrlässig missachtet zu haben, zu entlasten vermögen. Zu bejahen ist auch der Kausalzusammenhang zwischen dem Verschulden der Beschwerdeführer und dem eingetretenen Schaden, denn es ist anzunehmen, dass der Schaden bei pflichtgemäßem Verhalten nicht entstanden wäre. Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. \_\_\_\_\_

- Y. \_\_\_\_\_

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Z. \_\_\_\_\_

- 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.