

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00042

vom 3. Mai 2010

ZH Sozialversicherungsgericht, 2010-05-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2008.00042

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00042 du 3 mai 2010

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2008.00042 del 3 maggio 2010

Erwägungen

E. 3.1

Des Weiteren zu präzisieren ist die Haftungsvoraussetzung des 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).

E. 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 Verfahrensökonomie 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).

E. 3.3

Dem von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Schaden in der ursprünglichen Höhe von Fr. 165'659.10 liegen ausstehende Beiträge für die Jahre 2004 bis 2006 zugrunde (Urk. 7/105/3). Bei den Akten liegt die Konkurseingabe vom 4. September 2006, mit der ebenfalls eine Forderung von Fr. 165'659.10 angemeldet wurde (Urk. 7/94). Aus den eingereichten Unterlagen, insbesondere der Aufstellung über ausstehende Beitragszahlungen, Verzugszinsen und Mahngebühren (Urk. 7/119), ist ersichtlich, dass

sich der geltend gemachte Schaden aus der Gegenüberstellung der gemäss Kontokorrent-Auszug geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich Verzugszinsen, Mahnungen und Betreuungskosten und der von der A.____ AG geleisteten Zahlungen ergibt. Diese Gegenüberstellung ist im Kontokorrent-Auszug vom 8. Oktober 2008 (Urk. 7/120) nachvollziehbar dargestellt. Die Beschwerdegegnerin wies zudem darauf hin, dass die Position 2006 Nr. 1002 über Fr. 18'693.45, da erst mit manueller Rechnung vom 16. Juli 2008 verbucht, ausser Acht zu lassen sei (vgl. Urk. 6 S. 2 in Verbindung mit Urk. 7/120 S. 10).

E. 3.4

Demnach ist der Schadensbetrag in Höhe von Fr. 165'659.10 ausgewiesen, wurde jedoch infolge der Auszahlung der Konkursdividende in Höhe von Fr. 33'472.55 (Urk. 7/109 = Urk. 7/110; vgl. Urk. 7/119 S. 3) und Fr. 10'252.90 (Urk. 7/112/18, vgl. Urk. 7/119 S. 3) auf Fr. 121'933.65 reduziert (Urk. 2). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, es fehle der Beschwerdegegnerin die Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Beiträgen an die Arbeitslosenversicherung (ALV) und an die Familienausgleichskasse (FAK-Beiträge; Urk. 1 S. 12), kann auf die diesbezügliche Rechtsprechung verwiesen werden (BGE 113 V 186 betreffend ALV-Beiträge; Urteil des Bundesgerichts vom 27. Januar 2010 in Sachen H. und A., 8C_926/2009, betreffend FAK-Beiträge). Im Übrigen (vgl. Urk. 1 S. 12 f.) verkennt der Beschwerdeführer die langjährige Rechtsprechung zur Rechtmässigkeit der Einforderung der entgangenen Arbeitgeberbeiträge und der Verzugszinsen (vgl. vorstehend Erw. 3.1); diese Beträge sind ohne weiteres geschuldet.

Damit steht fest, dass der von der Beschwerdegegnerin geforderte Schadensbetrag korrekt errechnet wurde.

E. 4.1

Zu prüfen ist die weitere Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit.

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 E. 4.6 S. 529).

Nach Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV haben die Arbeitgeber der Ausgleichskasse die Beiträge monatlich oder, bei jährlichen Lohnsummen unter 200'000 Franken, vierteljährlich zu bezahlen. Gemäss Art. 35 Abs. 1 AHVV haben die Arbeitgeber im laufenden Jahr periodisch Akontobeiträge zu entrichten. Diese werden von der Ausgleichskasse auf Grund der voraussichtlichen Lohnsumme des Beitragsjahres festgesetzt.

E. 4.2

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die A.____ AG den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen seit 2001 mehrheitlich verspätet nachgekommen ist. Sie musste

regelmässig gemahnt werden und Verzugszinsen bezahlen (vgl. Urk. 7/119 S. 2). Die Beschwerdegegnerin musste zudem ab Februar 2005 Zahlungsaufschub und Ratenzahlungen gewähren (vgl. Urk. 7/32; Urk. 7/36; Urk. 7/51; Urk. 7/52; Urk. 7/70). Aus diesen Gründen ist die Beschwerdegegnerin nunmehr im Umfang von Fr. 121'933.65 zu Schaden gekommen. Angesichts dieser Missachtung der Beitragszahlungspflicht von Art. 14 Abs. 1 AHVG ist die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung ohne weiteres zu bejahen.

E. 5.1

Nebst dem widerrechtlichen Vorgehen muss der Schaden der Beschwerdegegnerin in qualifiziert schuldhafter Weise verursacht worden sein.

E. 5.2

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 bzw. 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). So kann es sein, dass es einem Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung aufgrund der objektiven 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 183 S. 188; ZAK 1992 S. 248 E. 4b; vgl. BGE 132 III 523 S. 530).

E. 5.3

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 (BGE 112 V 156 E. 4 S. 159 mit Hinweisen; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6 S. 529).

E. 5.4

Die blosser Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge genügt noch nicht, um ein qualifiziertes Verschulden anzunehmen. Vielmehr sind die gesamten Umstände zu würdigen; nicht jede Verletzung der öffentlich-rechtlichen Pflicht einer Arbeitgeberfirma ist ohne weiteres als qualifiziertes Verschulden 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 E. 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 Würdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat (BGE 124 V 253, 121 V 244 E. 4b mit Hinweis; 108 V 186 f. E. 1b; 108 V 200 f. E. 1; Urteile des EVG in Sachen T. und M. vom 8. Juli 2003, H 141/01 und in Sachen S. vom 25. Mai 2004, H 307/03).

E. 5.5

Vorliegend steht die verhältnismässig lange Dauer und die Regelmässigkeit des Normverstosses der Annahme entlastender Momente entgegen. Nach Lage der Akten geriet die A. AG im Wesentlichen seit Ende 2001 mit der Begleichung der geschuldeten Akontobeiträge wiederholt in Verzug und erfüllte ihre Beitragspflicht nur mangelhaft. Sie musste regelmässig gemahnt werden und ersuchte mehrfach um Zahlungsaufschub (vgl. die Übersicht in Urk. 7/119 S. 2; Urk. 7/14; Urk. 7/19; Urk. 7/28; Urk. 7/31; Urk. 7/35; Urk. 7/38; Urk. 7/51; Urk. 7/62; 7/71). Damit steht fest, dass die Gesellschaft von Ende 2001 bis zur Konkursöffnung am 15. Juni 2006 die Sozialversicherungsbeiträge nur verzögert und schlussendlich gar nicht bezahlte. 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. 5.6

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).

E. 5.7

In den Akten finden sich zunächst keine Gründe dafür, weshalb die Firma regelmässig mit der Bezahlung der geschuldeten Beiträge in Verzug geriet. Die Beiträge wurden jedoch, wenn auch mit Verspätung, bezahlt (vgl. Urk. 7/120 S. 2 ff.). Am 10. November 2005 wurde erstmals geltend gemacht, dass die Firmengruppe eine schwierige Zeit hinter sich habe und dies einen enormen Liquiditätsengpass bewirkt habe. Man könne den grössten Teil der Prämien erst im 1. Quartal 2006 leisten (Urk. 7/51). Mit Schreiben vom 24. Februar 2006 wurde darauf hingewiesen, dass die Nachzahlung für das Jahr 2004 in Höhe von Fr. 6'775.-- Ende März 2006 geleistet werde. Sollte dieser Zahlungsaufschub nicht gewährt werden würden 100

Arbeitsplätze gefährdet (Urk. 7/62). Zu diesem Zeitpunkt belief sich die Gesamtschuld jedoch bereits auf Fr. 138'499.80 (vgl. Urk. 7/70) und die Beitragspflicht für das Jahr 2006 lief weiter. Auch dafür musste die A. ___ AG gemahnt werden (vgl. Urk. 7/75; Urk. 7/80). Sie konnte damit nach Lage der Akten nicht ernsthaft damit rechnen, die Beitragsschuld innert nützlicher Frist tilgen zu können.

E. 5.8

Es ist nach dem Gesagten davon auszugehen, dass die Gesellschaft mindestens seit 2005 unter finanziellen Schwierigkeiten litt. Die Ursachen dafür sind, wie auch die vom Beschwerdeführer angeführten Gründe für die Schwierigkeiten der Gesellschaft (Urk. 1 S. 5 f.), letztlich für die hier zu beurteilende Streitfrage von untergeordneter Bedeutung: Rechtsprechungsmäss kommt bei finanziellen Schwierigkeiten der Grundsatz zum Tragen, dass nur soviel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar ex lege entstandenen Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5; Urteile des EVG in Sachen M. vom 2. Dezember 2003, H 295/02, Erw. 5.2.3; in Sachen B. vom 26. September 2001, H 19/01, Erw. 3). Vorliegend hing der Fortbestand des Unternehmens nicht von einem vorübergehenden Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge ab. Vielmehr ist davon auszugehen, dass angesichts der Liquiditätsprobleme der Gesellschaft und der Unfähigkeit, selbst verhältnismässig geringe monatliche Ratenbeiträge zu leisten, diese nicht davon ausgehen durfte, dass es sich um bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten handelte, welche durch das Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge überbrückt werden können. Kommt hinzu, dass es nicht Aufgabe der Ausgleichskassen ist, den ihnen angeschlossenen Arbeitgebern als Bank zu dienen und Liquiditätsengpässe zu überbrücken. Das Verhalten der Gesellschaft ist deshalb als mindestens grobfahrlässig zu beurteilen. Die A. ___ AG hat somit den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden für die ausgefallenen paritätischen Sozialversicherungsbeiträge (nebst Akzessorien) durch die ihr anzulastenden Normverstösse qualifiziert schuldhaft verursacht.

E. 6.1

Zu prüfen bleibt, ob auch dem belangten Organ widerrechtliche Handlungen und ein Verschulden vorgeworfen werden können.

E. 6.2

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 E. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528).

Der Beschwerdeführer war seit der Gründung der Firma als Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eingetragen (Urk. 7/1) und gehörte somit ununterbrochen dem Verwaltungsrat der Gesellschaft an. Daher kommt ihm formelle Organeigenschaft zu, worauf für die Bejahung der subsidiÄren Haftbarkeit abzustellen ist (BGE 123 V E. 5b mit Hinweisen).

E. 6.3

Als Verwaltungsratsmitglied oblag dem Beschwerdeführer die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechtes (OR) und die Aufsichts- und Kontrollpflichten gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR, an welche angesichts der überschaubaren Organisationsstruktur der Gesellschaft praxisgemäss hohe Anforderungen zu stellen sind (BGE 108 V 203 Erw. 3b). Eine Verletzung dieser Pflichten ist als grobfahrlässig zu werten, sodass er für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden einzustehen hat, sofern keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen.

Ob der Beschwerdeführer, wie geltend gemacht, nicht Geschäftsführer gewesen ist und keine Kenntnis von der Führung der Finanzen (vgl. Urk. 1 S. 4) und damit von dem Umstand, dass wiederholt Beiträge verspätet und schlussendlich nicht bezahlt wurden, hatte, kann infolge der vorstehend genannten hohen Anforderungen an die Sorgfalts-, Kontroll- und Aufsichtspflicht des Verwaltungsrates aber offen gelassen werden: Selbst wenn die Geschäftsführung einem anderen Mitglied des Verwaltungsrates obliegt, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben (vgl. vorstehend Erw. 6.2). Zudem ist im vorliegenden Prozess nicht zu untersuchen, ob am Ablauf der Geschehnisse nicht beteiligte Drittpersonen oder -behörden ein Schuldvorwurf trifft, ist doch einzig über die Rechtmässigkeit des angefochtenen Einspracheentscheides betreffend Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers zu befinden.

7. Der Beschwerdeführer ist als Mitglied des Verwaltungsrates der A. AG in Bezug auf die Gewährleistung der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten weitgehend untätig geblieben. Damit ist er der ihm als formellen Organ dieser Gesellschaft obliegenden Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nicht nachgekommen. In Anbetracht der gesamten Umstände ist sein Verhalten als grobfahrlässig zu qualifizieren. Dieses Verhalten ist ohne weiteres als adäquat kausal (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen, vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c), für den Schaden zu betrachten. Damit ist der Beschwerdeführer für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden nach Art. 52 AHVG in der nach der Durchführung des Konkursverfahrens verbleibenden Höhe von Fr. 121'933.65 ersatzpflichtig. Auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers ist nicht einzugehen.

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 7. Juli 2008, auf den vollumfänglich verwiesen wird, ist demnach nicht zu beanstanden. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwalt Pascal Koch
 - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse
 - Bundesamt für Sozialversicherungen

4. Gegen diese Entscheidung kann innerhalb 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 dem 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.