

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00001

vom 16. August 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-08-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2010.00001

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00001 du 16 août 2011

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00001 del 16 agosto 2011

Erwägungen

E. 3

3.1. Des Weiteren zu prüfen 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 382 E. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 189 E. 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 26 E. 5).

3.2. Dem von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Schaden in der Höhe von Fr. 205'782.70 liegen ausstehende Beiträge für den Zeitraum vom 1. April 2004 bis zum 26. September 2008 zugrunde (vgl. Urk. 7/156). Bei den Akten liegen entsprechende Jahresabrechnungen (Urk. 7/15; Urk. 7/32; Urk. 7/58; Urk. 7/97; Urk. 7/99), zahlreiche Mahnungen (Urk. 7/5; Urk. 7/9; Urk. 7/16; Urk. 7/20-21; Urk. 7/26; Urk. 7/35; Urk. 7/44-45; Urk. 7/47; Urk. 7/60; Urk. 7/67; Urk. 7/73; Urk. 7/74-76; Urk. 7/80; Urk. 7/82; Urk. 7/85; Urk. 7/88; Urk. 7/90; Urk. 7/92-93; Urk. 7/103-104), Betreibungen (Urk. 7/10; Urk. 7/23; Urk. 7/50; Urk. 7/77; Urk. 7/81; Urk. 7/83; Urk. 7/86; Urk. 7/91; Urk. 7/94; Urk. 7/105), Zahlungsbefehle (Urk. 7/12; Urk. 7/25; Urk. 7/55; Urk. 7/78-79; Urk. 7/84; Urk. 7/87; Urk. 7/89; Urk. 7/95-96; Urk. 7/100-102; Urk. 7/133-135) und Verlustscheine (Urk. 7/124-132). Aus diesen Unterlagen und insbesondere aus der Aufstellung über ausstehende Beitragszahlungen, Verzugszinsen und Mahngebühren (Urk. 7/157) ist ersichtlich, dass sich der geltend gemachte Schaden aus der Gegenüberstellung der gemäss Konto-Auszug geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich Verzugszinsen, Mahngebühren und Betreuungskosten und der von der Y.____ GmbH geleisteten Zahlungen ergibt. Diese Gegenüberstellung ist im Konto-Auszug vom 9. Februar 2010 nachvollziehbar dargestellt. Die Beschwerdegegnerin kam im Umfang der geltend gemachten Schadenersatzforderung zu 100 % zu Verlust.

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

E. 4

4.1. Zu prüfen ist die weitere Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit.

Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (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 193 E. 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.

4.2 Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Y. GmbH den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen seit 2004 - die Gründung erfolgte am 12. März 2004 (vgl. Urk. 7/3/1) - mehrheitlich verspätet oder gar nicht nachgekommen ist. Die Beiträge wurden sehr unregelmässig bezahlt und die Gesellschaft musste regelmässig gemahnt werden und Verzugszinsen bezahlen (vgl. vorstehend E. 3.2; Urk. 7/156). Die Beschwerdegegnerin musste der Gesellschaft zudem ab April 2006 Zahlungsaufschub und Ratenzahlung gewähren, wofür wiederum Mahnungen notwendig waren (vgl. Urk. 7/41; Urk. 7/44; Urk. 7/47; Urk. 7/49; Urk. 7/57; Urk. 7/64), sowie Beteiligungen erheben, die schlussendlich zu Verlustscheinen führten (vgl. vorstehend E. 3.2). Die geschuldeten Beiträge blieben zu einem erheblichen Teil unbezahlt, was zum Schaden der Beschwerdegegnerin führte. Die Gesellschaft hat damit die gesetzlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten von Art. 14 AHVG und Art. 34 ff. AHVV 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 Erfordernis des widerrechtlichen Vorgehens muss der Schaden der Beschwerdegegnerin in qualifiziert schuldhafter Weise durch die Arbeitgeberin verursacht worden sein.

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).

5.3 **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 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).

5.4 **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 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 Wärdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat (BGE 124 V 253, 121 V 244 E. 4b mit Hinweis; 108 V 186 E. 1b; 108 V 200 E. 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).

5.5 **Vorliegend steht die verhältnismässig lange Dauer des Normverstosses** der Annahme entlastender Momente entgegen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Y. GmbH am 21. Juni 2004 (Urk. 7/5) erstmals gemahnt wurde und seither mit der Begleichung der geschuldeten Beiträge wiederholt in Verzug geriet, so dass sie mehrfach und mit einer gewissen Regelmässigkeit gemahnt und betrieben werden musste (vgl. vorstehend E. 3.2 und Urk. 7/157). 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, E. 4b/bb und in Sachen K. vom 16. Mai 2002, H 44/01). Dies ist vorliegend nicht der Fall und wird auch nicht geltend gemacht.

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, E. 6.2.3 und in Sachen S. vom 19. Dezember 2003, H 101/01 E. 4.2).

Es ist nach Lage der Akten davon auszugehen, dass die Gesellschaft bereits kurze Zeit nach der Gründung unter finanziellen Schwierigkeiten litt und die Beitragszahlungen nur unregelmässig vornahm. Zwar wurde ihr für Beiträge der Jahre 2005, 2006 und 2007 ein Zahlungsaufschub mit Ratenzahlung gewährt (vgl. Urk. 7/39 und Urk. 7/41; Urk. 7/49; Urk. 7/64), die Zahlungsvereinbarungen wurde jedoch nicht oder nicht pünktlich eingehalten (vgl. Urk. 7/44; Urk. 7/47; Urk. 7/57). Nachdem es sich dabei bereits um namhafte Beiträge handelte und die Beitragspflicht weiter lief, konnte die Gesellschaft nach Lage der Akten nicht ernsthaft damit rechnen, die Beitragsschuld innert nützlicher Frist tilgen zu können.

5.7. Die Ursachen für die finanziellen Schwierigkeiten der Y. GmbH sind letztlich für die hier zu beurteilende Streitfrage von untergeordneter Bedeutung: Rechtsprechungsgemäss 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 E. 5; Urteile des EVG in Sachen M. vom 2. Dezember 2003, H 295/02, E. 5.2.3; in Sachen B. vom 26. September 2001, H 19/01, E. 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. Hinzu kommt, dass es nicht Aufgabe der Ausgleichskassen ist, den ihnen angeschlossenen Arbeitgebern als Bank zu dienen und Liquiditätssengnisse zu überbrücken. Das Verhalten der Gesellschaft ist deshalb als mindestens grobfahrlässig zu beurteilen. Die Y. GmbH hat somit den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden für die ausgefallenen paritätischen Sozialversicherungsbeiträge (nebst Akzessorien) durch die ihr anzulastenden Normverstösse qualifiziert schuldhaft verursacht.

E. 6

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

6.2. Die subsidiäre Haftung natürlicher Personen nach Art. 52 Abs. 1 AHVG setzt formelle oder faktische (materielle) Organstellung beim beitragspflichtigen Arbeitgeber voraus. Bei einer Aktiengesellschaft sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates unabhängig davon, welche Aufgaben sie tatsächlich erfüllen, Organ im formellen Sinn. Anderen Personen kommt faktisch Organstellung zu, wenn sie tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie diesen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft

massgebend mitbestimmen (BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528; 114 V 213; vgl. auch BGE 129 V 11). Die Organstellung endet mit der tatsächlichen Beendigung des Mandates oder dem Ausscheiden aus der Firma und nicht etwa erst mit der Löschung einer bestimmten Eintragung im Handelsregister (BGE 126 V 61). Die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 Abs. 1 AHVG reicht grundsätzlich nur soweit, als die betreffende Person in Bezug auf die nicht bezahlten Beiträge disponieren und Zahlungen an die Ausgleichskasse veranlassen konnte (vgl. BGE 103 V 123 E. 5; BGE 134 V 401 E. 5.1).

6.3 **Formell eingesetzte Geschäftsleiter einer GmbH wie auch Personen, die faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausüben, haften für den der Ausgleichskasse zufolge nicht bezahlter Bundessozialversicherungsbeiträge entstandenen Schaden nach den gleichen Grundsätzen wie Organe einer Aktiengesellschaft. Dagegen besteht für den blossen Gesellschafter einer GmbH vorbehaltlich einer abweichenden statutarischen Regelung keine Pflicht zur Kontrolle oder Überwachung der Geschäftsführung, weshalb ihm das Fehlverhalten der Gesellschaft auch nicht angerechnet werden darf (BGE 126 V 237 ff.)**

6.4 **Der Beschwerdeführer war seit der Gründung der Y. GmbH Geschäftsführer und Gesellschafter mit Einzelzeichnungsberechtigung (Urk. 7/1; Urk. 7/158). Ihm kommt somit formelle Organeigenschaft zu. Darauf ist für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) abzustellen (BGE 123 V 15 E. 5b mit Hinweisen).**

Als Geschäftsführer einer GmbH oblagen dem Beschwerdeführer gemäss Art. 810 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) unter anderem folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:

1. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;

2. die Festlegung der Organisation im Rahmen von Gesetz und Statuten;

3. die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;

4. die Aufsicht über die Personen, denen Teile der Geschäftsführung übertragen sind, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen.

6.5 **Insbesondere war der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der Y. GmbH verpflichtet, für die Erfüllung der Beitragspflicht gegenüber der Ausgleichskasse besorgt zu sein. An die ihm als Geschäftsführer obliegenden Sorgfaltspflichten sind angesichts der einfachen Organisationsstruktur der Gesellschaft praxisgemäss hohe Anforderungen zu stellen (BGE 108 V 203 E. 3b). Eine Verletzung dieser Pflichten ist als grobfahrlässig zu werten, sodass der Beschwerdeführer für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden einzustehen hat, sofern keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen (vgl. Urteil des EVG in Sachen D. vom 25. Mai 2007, H 63/05, E. 6.4).**

7. **Der Beschwerdeführer ist als Geschäftsführer und Gesellschafter der Y. GmbH in Bezug auf die Gewährleistung der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten weitgehend untätig geblieben. Damit ist er der ihm als formellem**

Organ dieser Gesellschaft obliegenden Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nicht nachgekommen. Dass er sich um diese Pflicht geradezu focht, folgt aus der wiederholten Beschäftigung von Schwarzarbeitern (vgl. Urk. 7/43/6). In Anbetracht der gesamten Umstände ist sein Verhalten als grobfahrlässig zu qualifizieren. Dieses Verhalten ist ohne weiteres als adäquat kausal (BGE 119 V 406 E. 4a mit Hinweisen, vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 E. 3c) für den Schaden zu betrachten. Damit ist der Beschwerdeführer für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden nach Art. 52 AHVG in der nach der Einstellung des Konkursverfahrens verbleibenden Höhe von Fr. 205'782.70 ersatzpflichtig. Auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers ist nicht einzugehen; insbesondere (vgl. Urk. 1 S. 10 f.) ist es nicht Aufgabe der Ausgleichskasse, für die rechtzeitige Begleichung der Beiträge besorgt zu sein und finanzplanerische Aufgaben zu übernehmen, die die Gesellschaft selbst beziehungsweise ihre Organe zu erfüllen haben.

Der angefochtene Einspracheentscheid vom 10. Dezember 2009, auf den vollumfänglich verwiesen wird, ist demnach nicht zu beanstanden. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde, weshalb auf die Feststellungsanträge des Beschwerdeführers (Urk. 1 S. 2) nicht einzugehen ist.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Franz Breitenmoser

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Bundesamt für Sozialversicherungen

4. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff., insbesondere Art. 85, 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.