

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00029 vom 15. November 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2011.00029](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2011.00029)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00029 du 15 novembre 2011

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00029 del 15 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

1.1. A. \_\_\_ war vom 26. September 2001 bis zum 6. Dezember 2007 (Tagebucheinträge) als Mitglied des Verwaltungsrats der B. \_\_\_ im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (Urk. 2/6/131), die als beitragspflichtige Arbeitgeberin der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, angeschlossen war (Urk. 2/6/132). Neben ihm amtierten C. \_\_\_ als Verwaltungsratspräsident und D. \_\_\_ als Verwaltungsratsvizepräsident (Urk. 2/6/131).

Mit Verfügung des Konkursrichters des Bezirksgerichts E. \_\_\_ vom 9. Juli 2008 wurde das Verfahren im am 17. März 2008 eröffneten Konkurs über die B. \_\_\_ mangels Aktiven eingestellt (Urk. 2/6/131). Zu diesem Zeitpunkt waren gemäss Kontoauszug und Beitragsübersicht der Ausgleichskasse vom 29. September 2009 bundes- und kantonrechtliche Sozialversicherungsbeiträge im Betrag von Fr. 53'327.80 unbezahlt (Urk. 2/6/133-134).

1.2. Mit mit Einspracheentscheiden vom 26. August 2009 (Urk. 2/2, Urk. 2/10/2, Urk. 2/11/2) bestätigten Verfügungen vom 18. Juni 2009 forderte die Ausgleichskasse von A. \_\_\_, C. \_\_\_ und D. \_\_\_ in solidarischer Haftung Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge im Betrag von Fr. 53'327.80 (Urk. 2/6/124, Urk. 2/10/6/124 und Urk. 2/11/7/126). Das hiesige Gericht wies die dagegen gerichteten Beschwerden der Verpflichteten vom 4. September 2009 (Urk. 2/1 und Urk. 2/10/1) beziehungsweise 26. September 2009 (Urk. 2/11/1) mit Urteil vom 28. Februar 2011 ab (Prozess-Nr. AK 2009.0037 [damit vereinigt: AK.2009.00038 und AK.2009.00042], Urk. 2/12). Nachdem lediglich A. \_\_\_ gegen dieses Urteil mit Eingabe vom 9. Mai 2011 beim Bundesgericht Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hatte führen lassen (Urk. 2/20), hob dieses den Entscheid des hiesigen Gerichts in Bezug auf ihn mit Urteil vom 25. August 2011 auf und wies die Sache an das hiesige Gericht zur Durchführung einer öffentlichen Verhandlung zurück (Urk. 1).

2. In Nachachtung des Urteils des Bundesgerichts wurden die Parteien am 15. November 2011 zur Hauptverhandlung und Parteibefragung vorgeladen (Urk. 3). Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf eine Teilnahme (vgl. Urk. 8).

3. Auf die Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1. A. \_\_\_

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; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5). Haben mehrere Arbeitgeber oder mehrere Organe einer juristischen Person einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (BGE 114 V 213 E. 3 mit Hinweisen).

Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts 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 (Art. 33 Abs. 2 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer in der bis Ende 2007 gültigen Fassung bzw. Art. 33 des ab 1. Januar 2008 geltenden Kinderzulagengesetzes; nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts 2P.251/1996 vom 30. Juni 1997). Ferner haften die Arbeitgeber und ihre Organe auch für entgangene Beiträge an die Arbeitslosenversicherung (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzsicherung; BGE 113 V 186).

1.2 Nicht streitig ist, dass die Organe der B. der Beschwerdegegnerin durch die Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften einen Schaden verursacht haben. Streitig ist dagegen, ob den Beschwerdeführer als Organ der Gesellschaft ein Verschulden trifft. Im Weiteren bemängelt der Beschwerdeführer, die Schadenersatzforderung sei nicht substantiiert. Diese Frage kann - wie im Folgenden zu zeigen sein wird - offen bleiben.

## E. 2

2.1 Haftungsvoraussetzung ist die Organstellung der Pflichten. Einem Mitglied des Verwaltungsrates kommt formelle Organeigenschaft zu. Darauf stellt das Bundesgericht (vormals Eidgenössisches Versicherungsgericht) in konstanter Rechtsprechung für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) ab (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen T. vom 21. November 2000, H 37/00, E. 3a mit Hinweisen).

Die Organhaftung aus Art. 52 AHVG besteht nicht für Beitragsforderungen, die nach der Publikation der Löschung der Organstellung der betreffenden Person im Handelsregister fällig werden, weil die betreffende Person im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht mehr Organ ist. Für die vor der Publikation fälligen Beitragsforderungen haftet das Organ, wenn es durch eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlung beziehungsweise Unterlassung bewirkt hat, dass die Beiträge im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht bezahlt werden konnten. Ein Verschulden des Organs kann nur so lange in Frage kommen, als es die Möglichkeit hat, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall (BGE 126 V 61 E. 4a, 123 V 172 E. 3a).

Â Â Â Â Â Â Â Â Laut ständige Rechtsprechung verlangt der Nachweis des Ausscheidens bei unverändert belassenem Handelsregistereintrag einen höheren Beweisgrad als eine überwiegende Wahrscheinlichkeit (das Ausscheiden muss "klar ausgewiesen" sein; zum Ganzen BGE 126 V 61 E. 4b S. 62). Im Lichte der ständigen Praxis jedoch, wonach die Verantwortlichkeit längstens bis zum Moment des tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat dauert, also dem Zeitpunkt, in welchem die Funktion tatsächlich nicht mehr ausgeübt wird, ist das faktische Aufheben der Organstellung auch dann relevant, wenn es vor einem ausdrücklichen Rücktrittsschreiben erfolgt oder wenn sonst erstellt ist, dass kein Einfluss auf den Geschäftsgang erfolgt ist (Urteil des Bundesgerichts vom 28. April 2010 i.S. T., 9C\_109/2010, E. 3.3 mit Hinweisen).

## E. 2.2

2.2.1 Â Â Der Beschwerdeführer war vom 26. September 2001 bis zum 6. Dezember 2007 (Tagebucheinträge) als Mitglied des Verwaltungsrates der B.\_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen (vgl. Sachverhalt E. 1.1).

2.2.2 Â Â Â Â Â Â Â Â Insoweit der Beschwerdeführer geltend machen lässt, er sei schon Ende 2006 aus dem Verwaltungsrat der B.\_\_\_\_ ausgetreten, sein Austritt sei von den Verantwortlichen dem Handelsregister indessen nicht gemeldet worden, vermochte er dies nicht zu belegen. Allein mit dem Hinweis, dass er als Verwaltungsrat in der F.\_\_\_\_ (seit 25. Januar 2007 G.\_\_\_\_), welche auch von C.\_\_\_\_ beherrscht gewesen sein soll, am 2. Oktober 2006 aus dem Handelsregister gestrichen worden ist (vgl. Internet-Handelsregisterauszug, Urk. 11), ist sein Ausscheiden im Oktober 2006 aus dem Verwaltungsrat der B.\_\_\_\_ nicht klar ausgewiesen. Immerhin trat auch D.\_\_\_\_ am 2. Oktober 2006 aus dem Verwaltungsrat der G.\_\_\_\_ aus, der wie der Beschwerdeführer weiterhin bis zum 6. Dezember 2007 als Verwaltungsrat der B.\_\_\_\_ im Handelsregister eingetragen war und dessen Schadenersatzpflicht nicht (mehr) bestritten ist. Zudem unterschrieb der Beschwerdeführer den an die Beschwerdegegnerin gerichteten Brief vom 13. Oktober 2006, mit welchem die B.\_\_\_\_ mitteilte, dass sie seit 1. Januar 2006 kein Personal mehr beschäftige, als Verwaltungsratsmitglied, zusammen mit D.\_\_\_\_ (Urk. 2/6/94). Auch sein Einwand, er habe im Jahr 2007 keine Entschädigung von der B.\_\_\_\_ erhalten, lässt keinen Rückschluss auf sein Ausscheiden im Oktober 2006 zu, wurde er auch in den vorangegangenen Jahren für seine Tätigkeiten bei der B.\_\_\_\_ nicht entschädigt (vgl. Urk. 10/6/9, Urk. 10/6/14, Urk. 10/6/21, Urk. 10/6/23, Urk. 10/6/63).

2.2.3 Â Â Der Beschwerdeführer lässt seine Haftbarkeit nach dem Jahr 2006 auch aus gesundheitlichen Gründen bestreiten. Aus den eingereichten ärztlichen Zeugnissen geht hervor, dass der Beschwerdeführer vom 16. Mai 2007 bis 13. April 2008 aufgrund eines Krebsleidens zu 100 % arbeitsunfähig war (Urk. 10/10-16). Schon davor war er infolge eines erlittenen ischämischen Kleinhirnfarkts rechts seit 2. Februar 2007 zu 50 % in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt (Urk. 10/17-18). Diese gesundheitlichen Probleme führten unter anderem dazu, dass der Beschwerdeführer nicht fahrtauglich, aber auch nicht mehr in der Lage war, die öffentlichen Verkehrsmittel zu benutzen (vgl. Urk. 10/16). Beim in H.\_\_\_\_ wohnhaften und in I.\_\_\_\_ beschäftigten Beschwerdeführer führte dies zur faktischen vollen Arbeitsunfähigkeit, selbst wenn ihm von Seiten der Ärzteschaft bis 16. Mai 2007 eine medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit von 50 % attestiert wurde. Da es ihm nicht möglich war, an seinen Arbeitsort zu gelangen, war er auch nicht mehr in der Lage, die Geschäfte der B.\_\_\_\_ zu überwachen. Dies führte zum

faktischen Rücktritt als Verwaltungsrat spätestens im Februar 2007. Unter diesen Umständen kann ihm auch nicht vorgeworfen werden, dass er keine Kenntnis davon hatte, dass über die B.\_\_\_\_, obwohl diese seit Januar 2006 kein Personal mehr beschäftigt und im Jahr 2006 auch keine Löhne ausbezahlt hatte (vgl. Urk. 10/6/94), im Jahr 2007 wieder Lohnzahlungen vorgenommen worden waren.

4. Zusammenfassend trifft den Beschwerdeführer kein Verschulden an dem der Beschwerdegegnerin entstanden Schaden, weshalb die Beschwerde gutzuheissen und der ihn betreffende Einspracheentscheid vom 26. August 2009 ersatzlos aufzuheben ist.

5. Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

Unter Berücksichtigung der massgeblichen Kriterien erscheint die Zusprache einer Prozessentschädigung von Fr. 3'500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 26. August 2009 ersatzlos aufgehoben.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 3'500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Mark A. Schwitter

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Bundesamt für Sozialversicherungen

5. Gegen diesen Entscheid 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.