

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00034 vom 26. März 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-03-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2011.00034](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2011.00034)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00034 du 26 mars 2013

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00034 del 26 marzo 2013

## Erwägungen

### E. 3

3.1 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 193 E. 2a; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6).

3.2 Die Gesellschaft hatte die Sozialversicherungsbeiträge - wie erwähnt - monatlich, aufgrund einer Pauschalen zu entrichten (vgl. Kontoauszug vom 18. Oktober 2011; Urk. 8/241). Dabei ergibt sich aus dem Kontoauszug (Urk. 8/278 S. 18 ff.) und den übrigen Akten, dass das Unternehmen seiner Beitragszahlungspflicht bis im März 2005 in der Regel pünktlich nachgekommen ist. Erste Mahnungen und Beteiligungen sind mit Bezug auf die Jahresabrechnung 2004 vom 11. März 2005 (Urk. 8/278 S. 23) und die Pauschalen für den Oktober und den Dezember 2005 zu verzeichnen (Urk. 8/278 S. 25 f.). Ab dem Jahr 2006 wechselten sich beglichene Rechnungen mit unbezahlten ab; diese wurden schliesslich auf Mahnung hin oder aufgrund von Beteiligungen bezahlt (Urk. 8/278 S. 27-34). Die Pauschalen für das Jahr 2008 wurden mehrheitlich, ohne dass sie gemahnt werden mussten, - wenn auch verspätet - beglichen (Urk. 8/278 S. 35-38). Die Pauschalen für die Monate Januar und Februar 2009 wurden ebenfalls auf Mahnung hin bezahlt (Urk. 8/278 S. 38 und 39). Unbezahlt blieben indessen die Jahresschlussrechnung 2008 vom 20. März 2009 sowie die Pauschalen ab April 2009 (Urk. 8/278 S. 39-41).

Angesichts dieser Situation ist die wiederholte Pflichtverletzung hinsichtlich der zur Zahlung fällig gewordenen Sozialversicherungsbeiträge offensichtlich.

### E. 4

4.1 Formell eingesetzte Geschäftsführer 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.)

4.2.1 Die Beschwerdeführerin 2 war seit dem 5. Januar 2000 zusammen mit ihrem Ehemann als Gesellschafterin und Geschäftsführerin im Handelsregister des Kantons H. eingetragene Einzelunterschrift. Nicht erst im Oktober 2006 (Urk. 9/1 S. 2), sondern bereits zwei Jahre früher - im Oktober 2004 - war die Tochter X. als Geschäftsführerin in das Unternehmen eingetreten und als solche mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Nachdem der Vater im Oktober 2006 krankheitshalber aus dem Unternehmen ausschied, wurde die Beschwerdeführerin 1 am 5. Oktober 2006 mit einem Stammanteil von Fr. 11'000.-- auch als Gesellschafterin ins Handelsregister eingetragen (Urk. 8/276). Die Beschwerdeführerin 2 hielt ab diesem Zeitpunkt noch einen Stammanteil von Fr. 9'000.--. Beide Beschwerdeführerinnen figurierten in der fraglichen Zeit - im Jahr 2009 - im Handelsregister als Gesellschafterinnen und Geschäftsführerinnen mit Einzelzeichnungsberechtigung. Damit ist ihre Organstellung und die damit verbundene Haftbarkeit grundsätzlich ausgewiesen.

## E. 5

5.1 Die Beschwerdeführerin 1 lässt hiergegen einwenden (Urk. 1 S. 2 f. und 8/263/2-3), ihr Vater sei nach einem erlittenen Burnout und dem Austritt aus der Gesellschaft im Verlaufe des Jahres 2008 wieder zurückgekehrt, habe verschiedene Änderungen im administrativen Bereich eingeführt und die Zusammenarbeit sei, nachdem die Treuhandgesellschaft gewechselt habe, immer schwieriger worden. Sie sei selber erkrankt, nur noch teilweise arbeitsfähig gewesen und habe seit dem 6. Juli 2009 in ärztlicher Behandlung gestanden. Ab dem 29. August 2009 sei sie bis im Dezember sogar vollständig arbeitsunfähig gewesen. Bereits per 18. Juni 2009 sei ihr Arbeitsverhältnis als Geschäftsführerin beendet worden. Es habe in diesem Zusammenhang eine sofortige Freistellung stattgefunden und sie habe Hausverbot erhalten. Sie habe daher ab diesem Zeitpunkt weder rechtlich noch faktisch eine Möglichkeit gehabt, in irgendeiner Weise auf den Geschäftsgang Einfluss zu nehmen beziehungsweise Zahlungen zu veranlassen. Eine Haftung als Geschäftsführerin könne nur so lange in Frage kommen, als das privatrechtliche Vertragsverhältnis überhaupt bestanden habe, somit längstens bis zum 18. Juni 2009.

5.2 Gemäss Art. 809 des Obligationenrechts (OR) haben alle Gesellschafter einer GmbH die Geschäftsführung gemeinsam aus, wenn die Geschäftsführung in den Statuten nicht abweichend geregelt wird. Aufgrund dieses Prinzips hat jeder Gesellschafter nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht, die Geschäftsführung wahrzunehmen und die damit verbundenen Aufgaben zum Wohle der Gesellschaft zu erfüllen. Der Abschluss eines speziellen Vertrags ist nicht erforderlich und dient - wenn ein solcher abgeschlossen wurde - der Festlegung einer allfälligen Entschädigung oder Entlohnung. Somit konnten der Beschwerdeführerin 1 mit der Kündigung des Vertrags weder die ihr von Gesetzes wegen zukommenden Rechte noch die Pflichten der Geschäftsführung entzogen werden. An dieser Situation ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin 1 die Kündigung akzeptiert hat. Vielmehr wäre zu ihrer Abberufung als Geschäftsführerin ein förmliches in Art. 815 OR geregeltes Verfahren erforderlich gewesen. Ein solches ist weder aktenkundig noch wurde es behauptet. In der

Zustimmung der Beschwerdeführerin 1 zur Kündigung kann jedoch auch kein Rücktritt erblickt werden, denn hierzu wäre ein förmlicher Beschluss der Gesellschafterversammlung erforderlich gewesen.

Nach dem Gesagten ist auch nach dem 18. Juni 2009 von der Haftbarkeit der Beschwerdeführerin 1 als Geschäftsführerin auszugehen. Diesbezügliche Ausführungen hinsichtlich der Beschwerdeführerin 2 erübrigen sich, da sie ihre Funktion als Gesellschafterin und Geschäftsführerin nicht bestreitet. Soweit sie geltend machen lässt, sie habe nie Einblick in die Geschäftsführung und den Betrieb gehabt (Urk. 9/1 S. 2 f.), beschließt dies die Frage ihres Verschuldens (E. 6.3).

## E. 6

6.1 Zu prägen bleibt, inwieweit die Missachtung öffentlichrechtlicher Arbeitgeberpflichten (E. 3.2) auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten der Beschwerdeführerinnen zurückzuführen ist.

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). 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; ZAK 1985 S. 576 E. 2 und S. 619 E. 3a).

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 mit Hinweisen; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6).

6.2 Die Beschwerdeführerin 1 berief sich hinsichtlich des ihr vorgeworfenen Verschuldens darauf, dass sie nach erfolgter Kündigung und Freistellung zunächst teilweise und ab Ende August 2009 vollständig arbeitsunfähig gewesen sei. Sodann habe sie aufgrund des ihr erteilten Hausverbots keinen Zutritt zu den Geschäftsräumlichkeiten gehabt und daher weder Geschäfte tätigen noch Zahlungen veranlassen können (Urk. 1 S. 3 und 13 S. 2, Urk. 8/261).

Diesen Ausführungen ist entgegen zu halten, dass die Beschwerdeführerin 1 - wie dargelegt (E. 5.2) - mit der Kündigung ihrer kraft Gesetz zukommenden Funktion als geschäftsführendes Organ der GmbH nicht entoben war. Für den Krankheitsfall hätte sie ohne Weiteres die Beschwerdeführerin 2, welche

ebenfalls über Einzelunterschrift verfügte, als Stellvertreterin mit ihren Aufgaben betrauen können, denn die Beschwerdeführerin 1 war mindestens in der ersten Zeit ihrer Erkrankung nicht vollständig, sondern nach eigenen Angaben nur teilweise arbeitsunfähig.

Bei den ins Recht gefassten ehemaligen Organen des konkursiten Unternehmens handelt es sich einerseits um die Ehefrau des Firmengründers sowie um deren Tochter (Urk. 1 S. 3). Die X. GmbH war ein Familienbetrieb mit einfacher Verwaltungsstruktur, der rund 20 Angestellte beschäftigte. Angesichts solcher überschaubarer Verhältnisse kann von jedem Organ verlangt werden, dass es den Überblick über alle wesentlichen Belange des Betriebs hat. Dabei bilden namentlich Unkenntnis oder Unwissenheit keine Entlastungsgründe: wer eine solche Funktion übernimmt, muss sich vorweg über die gesetzlichen Rechte und Pflichten eines Organs informieren. Gemäss Art. 810 Abs. 2 OR stehen Geschäftsführenden bestimmte Aufgaben und Befugnisse zu, die ihnen weder durch eine statutarische Bestimmung noch durch einen Beschluss der Gesellschafterversammlung entzogen werden können. Den Geschäftsführenden ist es aber auch nicht gestattet diese Befugnisse an die Gesellschafterversammlung abzutreten oder sie an ihnen untergeordnete Personen zu übertragen. Zu diesen Aufgaben gehören insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft, die Festlegung der Organisation im Rahmen von Gesetz und Statuten, die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle und vieles mehr. Daher kann sich die Beschwerdeführerin 2 auch nicht mit dem Einwand entlasten, sie habe nie Einblick in die Geschäftsführung und den Betrieb gehabt, sei weder angestellt gewesen noch habe sie Lohn bezogen (Urk. 9/1 und 14). Wenn sie der Beschwerdeführerin 1 vorwerfen will, diese habe den noch 2008 gut gehenden Betrieb zugrunde gewirtschaftet, trifft sie daran angesichts ihrer Passivität selber ebenfalls ein Verschulden. Sie hätte sich den erforderlichen Einblick in die Geschäftsunterlagen - notfalls gerichtlich - verschaffen müssen.

Im vorliegenden Verfahren ist jedoch nicht zu klären, ob der Konkurs allenfalls hätte vermieden werden können, sondern zu prüfen, ob Grobfahrlässigkeit im Zusammenhang mit dem der Ausgleichskasse infolge Nichtbezahlens der Sozialversicherungsbeiträge entstandenen Schaden vorliegt. Wenn dargetan wird, in den Vorjahren seien die Beiträge allesamt bezahlt worden, so stimmt das nicht vorbehaltlos, denn die Beiträge wurden häufig mit Verspätung, teils nach Mahnung, teils erst auf Betreibung hin beglichen (E. 3.2). Angesichts des nicht reibungslosen Zahlungsverkehrs in den Vorjahren ist das Verschulden der verantwortlichen Organe hinsichtlich der Zahlungsausstände im Jahr 2009 nicht als leicht zu werten. Zwar hat die Beschwerdeführerin 2 im Oktober 2009 noch verschiedene Zahlungen geleistet (Urk. 9/2 S. 2), dennoch blieb eine nicht unbedeutende Beitragssumme offen. So liegt denn auch ein Verstoß des Unternehmens gegen den Grundsatz vor, wonach bei finanziellen Schwierigkeiten nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar ex lege entstandenen Beitragsforderungen gedeckt sind (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 229/02 vom 26. Mai 2003, mit Hinweisen auf SVR 2003 AHV Nr. 1, S. 1 und BGE 118 V 195 E. 2a).

Zusammenfassend sind keine Entlastungs- und Rechtfertigungsgründe ersichtlich.

6.3. Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten beziehungsweise die während längerer Zeit geübte Passivität der Beschwerdeführerinnen ohne Weiteres auch 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 bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Schaden zu betrachten.

6.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass bezüglich der Höhe der Schadenersatzforderung - soweit sie die für die Monate Juli bis Oktober 2009 geschuldeten Pauschalen von je Fr. 6'042.50 übersteigt (insgesamt Fr. 24'170.--) - ergänzende Abklärungen zu tätigen sind, hingegen die Haftung der Beschwerdeführerinnen im Grundsatz zu bejahen ist.

Die angefochtenen Einspracheentscheide vom 30. August 2011 sind - soweit sie den Betrag von Fr. 24'170.-- übersteigen - aufzuheben, und die Sache ist zur Festsetzung der Schadenshöhe beziehungsweise Jahresschlussrechnung 2009 an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerden sind in diesem Sinne teilweise gutzuheissen.

Bei diesem Verfahrensausgang obsiegen die Beschwerdeführerinnen teilweise. Sie haben daher Anspruch auf eine entsprechend reduzierte Prozessentschädigung, welche ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen ist (§ 34 Abs. 1 und Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Die Entschädigung ist nach richterlichem Ermessen auf Fr. 400.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) für die Beschwerdeführerin 1 und auf Fr. 500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) für die Beschwerdeführerin 2 festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerden werden in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass die angefochtenen Einspracheentscheide vom 30. August 2011 - soweit sie den Betrag von Fr. 24'170.-- übersteigen - aufgehoben werden, und die Sache zur Klärung und Festsetzung der Schadenshöhe in Bezug auf die Jahresschlussrechnung 2009 und zur neuen Verfüngung an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird. Im Übrigen werden die Beschwerden abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin 1 eine Prozessentschädigung von Fr. 400.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) und der Beschwerdeführerin 2 eine Prozessentschädigung von Fr. 500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- INTERFIDUCIA AG

- Rechtsanwalt Markus Bischoff

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Bundesamt für Sozialversicherungen

5. 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.