

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00025**

## **vom 31. Juli 2013**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-07-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2012.00025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2012.00025)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00025 du 31 juillet 2013

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00025 del 31 luglio 2013

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die Z.\_\_\_\_ mit Sitz in A.\_\_\_\_ war der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (nachfolgend Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Am 30. April 2009 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Das Konkursverfahren wurde mit Urteil des Konkursrichters vom 1. Februar 2012 als geschlossen erklärt und die Gesellschaft von Amtes wegen gelöscht (Urk. 6/83). Mit Verfügung en vom 25. November 2011 (Urk. 6/72 und Urk. 6/73) verpflichtete die Ausgleichskasse den ehemaligen Präsidenten des Verwaltungsrates der Z.\_\_\_\_ ,

X.\_\_\_\_ , sowie das ehemalige Mitglied des Verwaltungsrates der Gesellschaft, Y.\_\_\_\_ , in solidarischer Haftung zur Bezahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 73'367.55. Die dagegen am 12. Januar 2012 erhobene Einsprache (Urk. 6/80) hiess die Ausgleichskasse mit Einspracheentscheid vom 6. Februar 2012 in dem Sinne gut, als sie den Schadenersatzbetrag auf Fr. 71'249.-- reduzierte (Urk. 6/81 = Urk. 2).

#### **E. 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).

#### **E. 1.2**

Die Kasse muss bei der Entscheidung, ob sie einen Arbeitgeber belangen und welche Personen sie haftbar machen will, den Grundsatz der rechtsgleichen Gesetzesanwendung beachten. Besteht hingegen unter einer Mehrheit von Schuldnern Solidarhaftung, so hat die Kasse die Wahl, gegen wen sie vorgehen will (BGE 108 V 195 E. 3). Auf Grund dieser solidarischen Haftung der belangten Organe hat jedes einzelne für den vollen Betrag einzustehen; die Ausgleichskasse braucht sich nicht um die internen Beziehungen zwischen den Haftpflichtigen zu kümmern (SVR 2003 AHV Nr. 5 E. 4.2). Es steht insoweit im Belieben der Ausgleichskasse, welchen der verschiedenen Solidarschuldner sie in Anspruch nehmen will; darin liegt keine rechtsungleiche Behandlung (BGE 109 V 93 E. 10). Bei einer Mehrheit von Haftpflichtigen steht der Ausgleichskasse also eine Konkurrenz zu. Zwar vermag sie nur einmal den Schadenersatz zu fordern, doch haftet jeder Schuldner solidarisch für den gesamten Schaden. Der ins Recht gefasste Arbeitgeber wird dadurch

nicht eingeschränkt, gegen einen nicht belangten Dritten Rückgriff zu nehmen (BGE 119 V 87 E. 5a).

## **E. 2**

Gegen den Einspracheentscheid vom 6. Februar 2012 (Urk. 2) erhoben X.\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_ am 1. März 2012 Beschwerde mit dem Antrag auf dessen Aufhebung (Urk. 1 S. 2). Mit Beschwerdeantwort vom 23. März 2012 (Urk. 5) beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, was den Beschwerdeführenden am 29. März 2012 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 7). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Art. 52 AHVG setzt die rechtzeitige Geltendmachung des Schadenersatzes, das Vorliegen eines Schadens, die Organstellung der belangten Personen, eine widerrechtliche Pflichtverletzung, ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten der belangten Personen sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem eingetretenen Schaden voraus. Vorab zu prüfen ist, ob die Schadenersatzverfügungen vom 25. November 2011 (Urk. 6/72 und Urk. 6/73) rechtzeitig erlassen wurden.

### **E. 2.2**

Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten (Art. 52 Abs. 3).

### **E. 2.3**

Der Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 126 V 443 E. 3a, 121 III 382 E. 3bb, 388 E. 3a, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. beispielsweise BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. beispielsweise BGE 121 V 234, 240). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 12 E. 5b, 170 E. 2a, 112 V 156 E. 2, 108 V 189 E. 2d, je mit Hinweisen). Im zweiten Fall gilt der Schadenseintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 12 E. 5b, 170 E. 2a, 121 III 382 E. 3bb, 113 V 256, 112 V 156 E. 2).

### **E. 2.4**

Im Falle eines Konkurses oder Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung hat die Kasse nicht notwendigerweise erst Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs. 3.

### **E. 2.5**

Am 31. Dezember 2010 wurde die Auflage des Kollokationsplans im Konkurs über die Z.\_\_\_\_ publiziert (vgl. Urk. 6/56/1). Der Kollokationsplan lag bis zum 20. Januar 2011 auf (vgl. Urk. 6/60/1). Damit ergingen die Schadenersatzverfügungen vom 25. November 2011 rechtzeitig innerhalb der zweijährigen Verjährungsfrist; die Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzes gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG wurde somit gewahrt.

## **E. 3**

AHVG, wenn sie in die Verteilungsliste und Schlussrechnung des Konkursamtes oder Liquidators Einsicht nehmen kann oder einen Verlustschein erhält; denn wer im Rahmen solcher Verfahren einen Verlust erleidet und auf Ersatz klagen will, hat praxisgemäss in der Regel bereits dann ausreichende Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet beziehungsweise der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird. In diesem Zeitpunkt ist oder wäre der Gläubiger im Allgemeinen in der Lage, den Stand der Aktiven, die Kollokation seiner Forderung und die voraussichtliche Dividende zu kennen (BGE 126 V 443 E. 3a, 119 V 89 E. 3, je mit Hinweisen). Für die Frage nach dem Zeitpunkt der Schadenskenntnis, welche die zweijährige Verjährungsfrist auslöst, ist - im Falle der regelmässig massgeblichen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) zu veröffentlichenden Auflage des Kollokationsplanes und des Inventars - auf die tatsächliche Einsichtnahme auf dem Konkursamt abzustellen oder - sofern auf diese Vorkehr verzichtet wird - auf das Ende der Auflagefrist (BGE 121 V 234).

### **E. 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 Betriebskosten, 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).

### **E. 3.2**

Dem von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Schaden in der vorliegend zu prüfenden Höhe von Fr. 71'249.-- liegen ausstehende Beiträge für den Zeitraum

Januar bis März 2009 zugrunde (vgl. Urk. 2 S. 1 unten f.). Bei den Akten liegen entsprechende Jahresabrechnungen (Urk. 6/9-10; Urk. 6/13; Urk. 6/15; Urk. 6/18; Urk. 6/20; Urk. 6/30; Urk. 6/46) und zahlreiche Mahnungen (Urk. 6/5; Urk. 6/8; Urk. 6/17; Urk. 6/27; Urk. 6/32; Urk. 6/36; Urk. 6/37; Urk. 6/38; Urk. 6/41; Urk. 6/42). Aus diesen Unterlagen und insbesondere aus der Aufstellung über ausstehende Beitragszahlungen, Verzugszinsen und Mahngebühren (Urk. 6/86) ist ersichtlich, dass sich der Schaden aus der Gegenüberstellung der gemäss Konto-Auszug geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich Verzugszinsen, Mahngebühren und Betriebskosten und der von der Z.\_\_\_\_ geleisteten Zahlungen ergibt. Diese Gegenüberstellung ist im Konto-Auszug vom 21. März 2012 nachvollziehbar dargestellt (Urk. 6/85). Überdies liegt ein Verlustausweis (Urk. 6/65/1) vor, wonach die Beschwerdegegnerin zu 100% zu Schaden kam. Damit steht fest, dass der von der Beschwerdegegnerin geforderte Schadenbetrag korrekt errechnet wurde, was im Übrigen von den Beschwerdeführenden nicht bestritten wird.

### **E. 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).

#### **E. 4.2**

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 Beitrags jahres festgesetzt.

#### **E. 4.3**

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Z.\_\_\_\_ den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen verspätet oder in den letzten Monaten vor ihrem Konkurs gar nicht nachgekommen ist. Die Beiträge wurden unregelmässig bezahlt und die Gesellschaft musste gemahnt werden und Verzugszinsen bezahlen (vgl. vorstehend E. 3.2; Urk. 6/ 86 S. 2 ).

Sie musste auch um Zahlungsaufschub ersuchen (vgl. Urk. 6/25; Urk. 6/33). 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**

.7

Diesbezüglich machen die Beschwerdeführenden geltend, die Gesellschaft habe sich aufgrund der angespannten finanziellen Lage zu Beginn des Jahres 2009 intensiv um Investoren oder einen Verkauf bemüht. Aufgrund der Finanzkrise im Jahr 2008 seien die Umsätze gegen Ende Jahr massiv eingebrochen. Mit einem Distributionsvertrag oder einem Verkauf wäre die Gesellschaft gerettet gewesen. Mit den so beschafften Mitteln sollten dann die AHV-Beiträge entrichtet werden. Die verspätete Zahlung der Beiträge hätte mithelfen sollen, das Überleben der Gesellschaft zu sichern. Die ausstehenden Beiträge hätten deshalb nur die Monate vor der Konkurseröffnung betroffen. In der kritischen Phase seien nur noch die Löhne der Arbeitnehmer und die Sozialleistungen bezahlt worden. Leider seien die Verhandlungen nicht erfolgreich gewesen, weshalb die Gesellschaft Konkurs anmelden musste ( Urk. 1 S. 2 f.). Aus den dazu eingereichten Unterlagen ( Urk. 3/1-9) lässt sich jedoch keine ausnahmsweise entschuldbare Nichtbezahlung von Beiträgen im Sinne der Rechtsprechung rechtfertigen: Die Gesellschaft rechnete bereits Ende 2007 mit einer Überschuldung, weshalb mit einem ausländischen Gläubiger eine Vereinbarung über einen Rangrücktritt geschlossen werden musste ( Urk. 3/6) . Zu diesem

Zeitpunkt betrug die Forderung allein dieses Gläubigers

über fünf Millionen Franken (vgl. Urk. 3/6 S. 1 Ziff. 1) und im Februar 2009 immer noch über vier Millionen Franken (vgl. Urk. 3/7). Angesichts dieser finanziellen Lage durfte die Gesellschaft nicht damit rechnen, dass sie die Beitragsschuld innert nützlicher Frist werde tilgen können. Daran vermögen die E-Mails über Verhandlungen der Gesellschaft mit möglichen Investoren (Urk. 3/2-5) nichts zu ändern, da darin keine konkreten Schritte zur Rettung der Gesellschaft, sondern lediglich erste Verhandlungen dokumentiert sind. Der Fortbestand des Unternehmens hing somit nicht von einem vorübergehenden Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge ab. Vielmehr ist davon auszugehen, dass angesichts der finanziellen Probleme der Gesellschaft und der Unfähigkeit, selbst verhältnismässig geringe monatliche Ratenbeträge zu leisten, diese nicht davon ausgehen durfte, dass es sich um bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten handelte, welche durch das Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge überbrückt werden können. Das Verhalten der Z. \_\_\_ ist deshalb mindestens als grobfahrlässig zu beurteilen. Die Gesellschaft hat somit den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden für die ausgefallenen paritätischen Sozialversicherungsbeiträge (nebst Akzessorien) durch die ihr anzulastenden Normverstösse qualifiziert schuldhaft verursacht.

#### **E. 5.1**

Nebst dem Erfordernis des widerrechtlichen Vorgehens muss der Schaden der Beschwerdegegnerin in qualifiziert schuldhafter Weise durch die Arbeitgeberin 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. 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).

#### **E. 5.4**

Eine 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 ihrer Organe im Sinne von Art. 52 AHVG zu werten; das absichtliche oder grobfahrlässige Missachten von Vorschriften verlangt vielmehr einen Normverstoss von einiger 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; Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, H 141/01 vom 8. Juli 2003).

#### **E. 5.5**

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Z.\_\_\_\_ immer wieder gemahnt werden musste (vgl. vorstehend E. 3.2) und bereits im Frühjahr 2008 Zahlungsaufschub benötigte (vgl. Urk. 6/25). Die vereinbarten Raten wurden teilweise nicht fristgerecht bezahlt (vgl. Urk. 6/27). Es waren weitere Ratenvereinbarungen notwendig (vgl. Urk. 6/31; Urk. 6/33). Von einem kurzfristigen Verstoss gegen die Beitragsfristen 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 bis drei Monate vor dem Konkurs immer klaglos war. Dies trifft vorliegend nicht zu.

#### **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 121 V 243).

#### **E. 6.1**

Zu prüfen bleibt, ob auch den belangten Organen widerrechtliche Handlungen und ein Verschulden vorzuwerfen sind.

## **E. 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.

## **E. 6.3**

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).

## **E. 6.4**

Die Beschwerdeführenden waren seit der Gründung der Gesellschaft im April 2004 als Mitglieder des Verwaltungsrates, zunächst mit Kollektivunterschrift zu zweien eingetragen (Urk. 6/1). X.\_\_\_\_ wurde am

3. August 2005 als Präsident des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen ;

Y.\_\_\_\_ erhielt gleichentags Einzelzeichnungsberechtigung (www.shab.ch). Am 30. April 2009 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet (Urk. 6/39). Bis zu diesem Zeitpunkt kommt den Beschwerdeführenden formelle Organeigenschaft zu, worauf für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit abzustellen ist (BGE 123 V E. 5b mit Hinweisen).

## **E. 6.5**

Nicht jedes einem Unternehmen als solchem anzulastende Verschulden muss auch ein solches seiner sämtlichen 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 übertragen 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). Gehören dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist für jede von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich insbesondere, wenn sie lediglich kollektiv unterschriftsberechtigt sind, die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (in BGE 119 V 86 nicht publizierte E. 2c des Urteils des Bundesgerichts H 94/91 vom 4. März 1993, nicht veröffentlichte Urteile H 171/87 vom 7. Dezember 1987 und H 25/87 vom 4. August 1987).

## **E. 6.6**

Den Beschwerdeführenden oblagen als Mitglied beziehungsweise Präsident des Verwaltungsrates die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechtes (OR) und die Aufsichts- und Kontrollpflichten gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR (Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten

Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze,

Statuten, Reglemente und Weisungen), an welche angesichts der überschaubaren Organisationsstruktur der Gesellschaft praxisgemäss hohe Anforderungen zu stellen sind (BGE 108 V 203 E. 3b). Eine Verletzung dieser Pflichten ist als grobfahrlässig (vgl. vorstehend E. 5.3) zu werten, sodass die Beschwerdeführenden für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden einzustehen haben, sofern keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen.

### **E. 6.7**

Solche sind nicht ersichtlich: Ob die Beschwerdeführenden, wie geltend gemacht (vgl. Urk. 1 S. 1 f.), nur treuhänderisch für den Inhaber der Gesellschaft tätig gewesen waren und die Geschäftsführung durch B.\_\_\_\_

wahrgenommen wurde, der bestimmt habe, welche Rechnungen zu bezahlen sind, ist angesichts der vorstehend genannten hohen Anforderungen an die Sorgfalts-, Kontroll- und Aufsichtspflicht des Verwaltungsrates unbeachtlich. Selbst wenn die Geschäftsführung einem anderen Mitglied des Verwaltungsrates obliegt, so handeln weitere Verwaltungsratsmitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Dies war bei den Beschwerdeführenden offenkundig der Fall, verliessen sie sich doch nach eigenen Angaben (Urk. 1 S. 1) auf die Geschäftsführung durch Herrn B.\_\_\_\_, anstatt die finanziellen Belange der Gesellschaft selbst zu überwachen und so ihre gesetzlichen Aufsichts- und Sorgfaltspflicht nachzukommen.

Dies ist umso weniger nachvollziehbar, als sie mit Einzelzeichnungsberechtigung legitimiert gewesen wären, die Zahlungen an die Beschwerdegegnerin fristgerecht zu veranlassen.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführenden sind als Mitglied und Präsident des Verwaltungsrates der Z.\_\_\_\_ in Bezug auf die Gewährleistung der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten nach dem Gesagten untätig geblieben. Damit sind sie der ihnen als formellen Organen dieser Gesellschaft obliegenden Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nicht nachgekommen. In Anbetracht der gesamten Umstände ist ihr 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. Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe liegen nach dem Gesagten nicht vor. Damit sind

die Beschwerdeführenden für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden nach Art. 52 AHVG in der Höhe von Fr. 71'249.-- ersatzpflichtig.

### **E. 7.2**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich der angefochtene Einspracheentscheid als rechtens erweist. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. 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 - 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 1 5. Juli bis und mit 1 5. August sowie vom 1 8. 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Mosimann Lienhard FK/SL/BS versandt

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.