

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00026

vom 9. August 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-08-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2012.00026

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00026 du 9 août 2013

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00026 del 9 agosto 2013

Erwägungen

E. 1

Die Y.____

mit Sitz in Z.____ war der Sozialversicherungsanstalt des Kantons, Ausgleichskasse, seit 1. Juli 2007 als bei tragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen und rechnete mit ihr die paritätischen und FAK-Beiträge ab (Urk. 8/59). Mit Verfügung vom 27. August 2008 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Z.____ über die Gesellschaft den Konkurs (Urk. 18).

Am 5. Dezember 2008 meldete die Ausgleichskasse eine Forderung für geschuldete Beiträge an die AHV/IV/EO, FAK und ALV in der Höhe von Fr. 51'777.20 (Wert per 27. August 2008) zur Kollokation an (Urk. 8/29). Am 30. Oktober 2009 wurden Kollokationsplan und Inventar zur Einsicht aufgelegt (Schweizerisches Handelsamtsblatt SHAB 211/2009 vom 30. Oktober 2009). Am 6. Oktober 2010 stellte das Konkursamt A.____ der Ausgleichskasse fünf Verlustausweise aus (Urk. 8/35 -39). Am 14. Dezember 2010 wurde das Konkursverfahren geschlossen (Urk. 18).

Mit Verfügung vom 29. Juli 2011 (Urk. 8/41) verpflichtete die Ausgleichskasse X.____, die ehemalige Gesellschafterin und einzige Geschäftsführerin der Konkursitin, zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 51'777.20.

Die dagegen erhobene Einsprache (Urk. 8/44-45) wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 27. Februar 2012 (Urk. 2 = Urk. 8/47) ab.

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, die sen 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), Erwerbsersatz- (Art. 21 Abs.

E. 1.2.1

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. 1.2.2

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.

E. 1.2.3

Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs.

E. 1.3.1

Im Konkurs der Y.____ wurden – wie erwähnt - am 30. Oktober 2009 der Kollokationsplan und das Inventar zur Einsicht aufgelegt .

Entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin (vgl. Urk. 7 S. 2) ist unbeachtlich, dass sich dafür in ihren Akten keine Notiz befindet und sie auch keine entsprechende Mitteilung erhalten haben will. Entscheidend für die fristauslösende Schadenskenntnis ist die Publikation im SHAB (BGE 121 V 238 E. 5b) . Nach Ablauf der zwanzigtägigen Auflagefrist wurde die zweijährige Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 AHVG ausgelöst. Mit dem Erlass der Schadenersatzverfügung vom 29. Juli 2011 (Urk. 8/41) wahrte die Beschwerdegegnerin die genannte Frist. Die streitgegenständliche Forderung ist demnach nicht verjährt.

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführerin liess weiter vortragen, dass die von der Beschwerdegegnerin gegen die Y.____ geltend gemachten Rückforderungsansprüche verjährt gewesen seien. Dabei handelt es sich im Kern um eine Frage betreffend die Schadenshöhe, die nachfolgend unter E. 2 zu erörtern ist. 2.

E. 2

des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer in der bis Ende 2007 gültigen Fassung bzw. § 33 des ab 1. Januar 2008 bis 30. Juni 2009 gültigen Kinderzulagengesetzes; nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts 2P.251/19 96 vom 30. Juni 1997).

E. 2.1

Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines 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).

E. 2.2.1

Die Beschwerdegegnerin stütze ihre Forderung gegenüber der Beschwerdeführerin im Wesentlichen auf die Jahresabrechnung der Y.____ für das Jahr 2007 (Urk. 8/18-19), die vom Revisor der Beschwerdegegnerin erstellte Gutschrift für das Jahr 2007 (Urk. 8/27) und die

Jahresabrechnung für das Jahr 2008 (Urk. 8/26), den Revisionsbericht vom 27. November 2008 (Urk. 8/24), die Beitragsübersicht vom 10. Mai 2012 (Urk. 8/60) und den Kontoauszug desselben Datums (Urk. 8/61). Im Weiteren liegen fünf Verlustausweise bei den Akten (Urk. 8/35-39).

Gestützt auf die Jahresabrechnungen 2007 und 2008 geht die Beschwerdegegnerin davon aus, die Y.____ habe

in den Jahren 2007 und 2008 Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 169'768.55 (= Fr. 97'953.55 + Fr. 78'586. ./ Fr. 6'771. [Gutschrift aus der Arbeitgeberkontrolle; Urk. 8/27]) ausgerichtet (Urk. 8/18-19, 8/24 und 8/26-27).

Der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Ausstand resultiert aus der Gegenüberstellung der gemäss Kontoauszug und Beitragsübersicht geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich Nebenkosten und der von der Y.____ geleisteten Zahlungen. Danach besteht ein Saldo von Fr. 51'797.20 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin (Urk. 8/60-61).

E. 2.2.2

Die Beschwerdeführerin liess vortragen, dass die von der Beschwerdegegnerin ermittelte Lohnsumme für das Jahr 2008 (Januar bis Juni) nicht stimmen könne, weil die Y.____ die Geschäftstätigkeit schon per 1. Mai 2008 eingestellt habe und der Revisor noch Löhne für Mai und Juni aufgeführt habe. Zudem sei das Geschäft bereits in den Monaten Januar bis April schlecht gelaufen. Die Lohnsumme sei viel zu hoch. Die vom Revisor in der Jahresabrechnung 2008 aufgeführten Personen, B.____, C.____ und D.____, seien im Jahr 2008 nicht mehr bei der Y.____ angestellt gewesen. Die Beschwerdeführerin habe von der Y.____ keinen Lohn bezogen, sondern seit September 2006

Krankentaggelder ausbezahlt bekommen (Urk.

1, Urk.

13). Ihrer Replik waren

die Kopien von zwei Kündigungsschreiben beigelegt, aus denen hervorgeht, dass

B.____ per 30. November 2007 (Urk. 14/12)

und C.____ per 31. Oktober 2007 (Urk. 14/13) ihr Arbeitsverhältnis mit der Y.____ gekündigt hatten. Den Einwand, dass die vom Revisor festgestellte Lohnsumme nicht stimmen könne, hat die Beschwerdeführerin bereits in ihrer Einsprache vorgebracht (vgl. Urk. 8/45/6). Soweit ersichtlich ist die Beschwerdegegnerin diesem Einwand nicht nachgegangen.

Die Beschwerdegegnerin stellte sich auf den Standpunkt, dass die Kündigungsschreiben nicht beweiskräftig seien, da nicht erstellt sei, dass sie auch tatsächlich abgeschickt worden seien. Zudem habe sich der Revisor auf die Buchhaltung gestützt (Urk. 16 S. 2).

E. 2.2.3

Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin sind jedoch nicht überzeugend. An der Authentizität der Kündigungsschreiben von B.____ und C.____ (Urk. 14/12-13) besteht kein begründeter Zweifel. Dass die ehemaligen Mitarbeiter der Beschwerdeführerin im Nachhinein Kündigungsschreiben produziert hätten, erscheint wenig plausibel. Noch unwahrscheinlicher ist es, dass sie die Schreiben – wie offenbar die Beschwerdegegnerin vermutet – seinerzeit verfasst, aber nicht abgeschickt hätten. In diesem (höchst unwahrscheinlichen) Fall wäre immer noch ungeklärt, wie die Beschwerdegegnerin in den Besitz dieser Schreiben kommen konnte. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ist davon auszugehen, dass die genannten Kündigungsschreiben seinerzeit der Y.____ zu gestellt und die Arbeitsverhältnisse beendet wurden.

Die genannten Schreiben sind im Wesentlichen auch mit der Jahresabrechnung 2007 (Urk. 8/19) im Einklang: Daraus ist ersichtlich, dass C.____ bis September 2007 und B.____ bis November 2007 Lohnzahlungen erhielten. Das deckt sich (mit einer Abweichung von einem Monat bei C.____) mit den genannten Kündigungsschreiben.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Resultate der Revision vom 21./27. November 2008 (Urk. 8/24) nicht zuletzt nach Einsicht in die Lohnkontoblätter (Urk.

8/25/9-11, Urk. 8/57/21-22) erhebliche Fragen und Zweifel aufwerfen und es auch in Bezug auf die übrigen Personen beziehungsweise Lohnzahlungen nicht angezeigt erscheint, ohne Weiteres auf den Revisionsbericht und die vom Revisor erstellte Jahresabrechnung 2008 abzustellen. Aufgrund der vorliegenden Akten kann die im Jahr 2008 von der Y.____ ausgerichtete Lohnsumme nicht festgestellt werden. Damit entfällt die Möglichkeit, den geltend gemachten Schaden in quantitativer Hinsicht zu bestimmen.

E. 2.2.4

Die Beschwerdeführerin liess geltend machen, dass die Rückforderungsansprüche der Beschwerdegegnerin gegenüber der Y.____ von insgesamt Fr. 28'400.70

nach Art. 25 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) verjährt seien und demzufolge auch nicht mehr Teil einer gegen die Beschwerdeführerin gerichteten Schadenersatzforderung sein könnten (Urk. 1 S. 9). Die Beschwerdegegnerin vertrat die Ansicht, dass es sich „de facto“ nicht um eine Rückforderung, sondern um eine Verrechnung gehandelt habe. Man sei davon ausgegangen, dass zu hohe Beiträge geleistet worden seien.

Daher sei eine Gutschrift getätigt worden. Später habe man festgestellt, dass diese Gutschrift ungerechtfertigt gewesen sei. Deshalb sei dann die Gutschrift buchhalterisch wieder als Ausstand „aufgelastet“ worden (Urk. 7 S. 2).

Der Rechtsauffassung der Beschwerdegegnerin kann nicht gefolgt werden. Es handelte sich durchaus um eine (Rück-) Forderung. Die Beschwerdegegnerin verkennt mit ihrer Argumentation, wonach es sich nicht um eine Rückforderung, sondern eine Verrechnung gehandelt habe, das Wesen von Forderung und Verrechnung. Diese stehen nicht in einem Gegensatz zueinander; vielmehr ist das Bestehen von Forderung und Gegenforderung eine Voraussetzung für eine Verrechnung. Die Beschwerdegegnerin hat die fragliche Rückforderung im Bei-tragskonto der Y.____ verbucht. Damit machte sie die Rückforderung geltend. Auf Grund der Akten kann nicht entschieden werden, wann dies geschah beziehungsweise ob eine entsprechende Verfügung erlassen wurde. Die im Kontoauszug genannten Daten (10. September 2007, 3. Dezember 2007 und 10. März 2008 [vgl. Urk. 3/6 und Urk. 8/60-61]) erscheinen nicht plausibel, weil die Beschwerdegegnerin nach Lage der Akten erst am 27. Mai 2008 von der ungerechtfertigten Gutschrift Kenntnis erhalten hat (vgl. Urk. 1 S. 9 und Urk. 3/5).

Die Beschwerdegegnerin wird auch diesbezüglich weitere Abklärungen zu treffen haben, um zu belegen, dass die genannte Rückforderung nicht schon verjährt war, als sie der Y.____

mittels Verfügung in Rechnung gestellt und auf dem Bei-tragskonto belastet wurde.

E. 2.3

Aus dem Gesagten folgt, dass sich der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Schaden aufgrund der vorliegenden Akten nicht ermitteln lässt. Die Sache ist deshalb unter Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids vom 27. Februar 2012 (Urk. 2) an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie die erforderlichen Abklärungen tätige und hernach neu verfüge.

Angesichts dessen, dass nicht einmal die Höhe eines allfälligen Schadens abgeschätzt werden kann und diese bei der Beurteilung eines etwaigen Verschuldens der Beschwerdeführerin beziehungsweise eines Mitverschuldens der Beschwerdegegnerin zu berücksichtigen ist, ist es nicht gerechtfertigt, die weiteren für eine Haftung nach Art. 52 AHVG massgebenden Faktoren (etwa Verschulden und Kausalzusammenhang) bereits im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens zu prüfen.

E. 3

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Prozessentschädigung von Fr. 2'700. (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

E. 4

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Martin Rust -
Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Bundesamt für Sozialversicherungen

E. 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 so wie 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende
Der Gerichtsschreiber Gräub
Stocker DM/WS/ES
versandt

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