

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00053**

## **vom 22. Januar 2014**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2014-01-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2012.00053](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2012.00053)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00053 du 22 janvier 2014

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00053 del 22 gennaio 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_ war von

der Gründung der Y.\_\_\_\_ im Jahr 1993 bis am 19. März 2009 als Präsident beziehungsweise Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (Urk. 15/G136 = Urk. 30).

Nach Gewährung einer Nachlassstundung am

#### **E. 1.2**

Mit Verfügung vom 17. Oktober 2011 verpflichtete die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse,

X.\_\_\_\_

zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangene Beiträge in der Höhe von Fr. 235'188.30 (Urk. 15/G117). Die dagegen gerichtete Einsprache vom 23. November 2011 (Urk. 15/G119), ergänzt am

#### **E. 2**

9. Januar 2013 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 8). Die Parteien hielten mit Replik vom 21. Mai und Ergänzung vom 3. Juni 2013 (Urk. 21 und Urk. 23) sowie Duplik vom 3. Juli 2013 (Urk. 28) an ihren Rechtsbegehren fest. Die Duplik wurde X.\_\_\_\_

am 8. Juli 2013 zur Kenntnis gebracht (Urk. 29).

Das Gericht nahm sodann von Amtes wegen den Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Zürich betreffend die Y.\_\_\_\_ in Liquidation als Urk. 30 zu den Akten.

Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grob fahrlässige 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).

Art. 52 AHVG setzt die Organstellung der belangten Person (nachfolgend E. 2), die rechtzeitige Geltendmachung des Schadenersatzes (nachfolgend E.

### **E. 2.1**

Die subsidiäre Haftung natürlicher Personen nach Art. 52 Abs. 1 AHVG setzt voraus, dass der in s Recht gefasste Pflichtige formelle oder faktische (materielle) Organstellung beim b eitragspflichtigen Arbeitgeber inne hatte . Bei einer Aktien gesellschaft sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates unabhängig davon, wel che Aufgaben sie tatsächlich erfüllen, Organ im formellen Sinn. Als Schaden können nur jene (nicht entrichteten) Beiträge geltend gemacht werden, welche in einem Zeitpunkt zu bezahlen gewesen wären, in welchem die ins Recht ge fasste Person über allenfalls vorhandenes Vermögen hat disponieren und eine Zahlung hat veranlassen, mithin durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich hat b eeinflussen können . Das ist faktisch längs tens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall (BGE 126 V 61 E. 4a, 123 V 172 E. 3a).

Der Beschwerdeführer brachte hinsichtlich seiner Organstellung vor, am 20. September 2007 sei der Gesellschaft die Nachlassstundung bewilligt und Z.\_\_\_\_ als Sachwalter eingesetzt worden ( Urk. 1 S. 5). Dieser habe die Konti der Y.\_\_\_\_ sperren lassen, so dass er ab diesem Zeit punkt ohne das Einverständnis des Sachwalters gar keine Zahlungen mehr habe veranlassen können ; er sei somit weder verantwortlich noch haftbar für die un bezahlt gebliebenen Beiträge ( Urk. 1 S. 6, Urk. 21 und Urk. 23 je S. 2 f.).

Dagegen vertrat die Beschwerdegegnerin den Standpunkt , mit der Einsetzung des Sachwalters nach Art. 295 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes (SchKG) falle - vorbehältlich abweichender Anordnungen des Nachlassrichters ( Art. 298 Abs. 1 SchKG) - die Dispositionsbefugnis des Gesellschaftsorgans nicht dahin. Die Verfügungsbefugnis sei dem Beschwerdeführer erst nach der Genehmigung des Nachlassvertrages durch das Obergericht entzogen worden , weshalb er für ausstehende Beiträge bis zum Obergerichtsbeschluss vom 19. März 2009 hafte ( Urk. 2 S. 2 f.). Gemäss Schreiben vom 1 5. März 2010 (Urk. 15/G12) habe der Sachwalter als Liquidationsorgan seine Tätigkeit ab 16. April 2009, das heisst ab Rechtskraft des Entscheids des Obergerichts über die Genehmigung des Nachlassvertrages, aufnehmen können. Es sei überdies vereinbart worden, dass der Beschwerdeführer die operative Geschäftsführung weiterhin wahrnehme ( Urk.

### **E. 2.3**

Gemäss den Eintragungen im Handelsregister war der Beschwerdeführer zu nächst Präsident der Konkursitin und ab 2006 Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelunterschrift ( Urk. 30). So lange gilt er unstrittig (vgl. Urk. 1 S. 6 oben) als formelles Gesellschaftsorgan .

Mit Beschluss des Bezirksgerichts O.\_\_\_\_ wurde der Gesellschaft ab 20. September 2007 eine Nachlassstundung gewährt und gleichzeitig Z.\_\_\_\_ als Sachwalter bestellt (Urk. 14/F80/7-9 , vgl. auch Urk. 13/E161). Dieser informierte am 18. Oktober 2007 zusammen mit dem Beschwerdeführer, dass die Geschäfte der Y.\_\_\_\_ dank der Nachlassstundung fort geführt werden könn t en. Die Geschäftsabwicklung werde durch den Sachwalter überwacht ( Urk. 13/E164). Noch nach rechtskräftiger Genehmigung des Nach lassvertrages vereinbarte der Liquidator mit dem Beschwerdeführer, dass dieser weiterhin - in enger Absprache mit ihm - die operative Geschäftsführung wahrnehme ( Urk. 15/G12). Diese Vereinbarung steht im Einklang mit dem Eintrag im Handelsregister, demgemäss der Beschwerdeführer bis 1 9. März 2009 zeich nungsberechtigt es Verwaltungsratsmitglied

war (Urk. 30).

Am 13. (Tagebucheintrag) respektive am 19. März 2009 (Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt, SHAB) wurde auf den Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich vom 23. Februar 2009 über die Genehmigung des Nachlassvertrages (Urk. 14/F80/10-12) hin die Zeichnungsberechtigung des Beschwerdeführers im Handelsregister gelöscht. Seine Stellung als Verwaltungsratsmitglied ohne Zeichnungsberechtigung behielt er bis zur Löschung der Gesellschaft aus dem Handelsregister inne. Gleichzeitig wurde Z. \_\_\_ als Liquidator mit Alleinunterschrift eingesetzt (Urk. 30).

#### **E. 2.4**

) und nur die bis zur Buchung 2009 0002 offen gebliebenen Ausstände (S. 61; vgl. auch Urk. 2 S. 5) an gerechnet. Der von der Beschwerdegegnerin für die fragliche Zeit geltend gemachte Ausstand resultiert aus der Gegenüberstellung der gemäss Kontoauszug und Beitragsübersicht geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich Nebenkosten und der geleisteten Zahlungen.

Demnach ist der Saldo von Fr. 178'013.75 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin rechtsgenügend belegt (Urk. 2 S. 5 f.). 4.5

Der Beschwerdeführer verlangte die Anrechnung der geleisteten Zahlungen jeweils auf den ältesten Beitragsausstand (Urk. 1 S. 3 unten f.). Die Beschwerdegegnerin deckte hingegen mit den nach der Nachlassstundung am 20. September 2007 erfolgten Zahlungen vorab die Massschulden (Urk. 2 S. 3 Ziff. 6a, Urk. 8 S. 2 lit. b in fine). Dabei berief sie sich auf die entsprechende Aufforderung des Liquidators vom 16. Juni 2010 (Urk. 15/G54; vgl. auch Urk. 14/F80

Ziff. 4).

Dessen

Schreiben kommt die Bedeutung einer gültigen Erklärung über die Tilgung mehrerer Schulden im Sinne von Art. 87 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR) zu, weshalb nicht zu beanstanden ist, dass die Beschwerdegegnerin die Zahlungen nicht auf die ältesten Beitragsausstände angerechnet hat (Urteil des Bundesgerichts 9C\_299/2007 vom 20. Juni 2007 mit Hinweisen).

Insoweit der Beschwerdeführer seine Haftung für die Akzessorien des Schadens (Mahnggebühren, Verzugszinsen, Erhebungsgebühren, Kosten, Betriebskosten) bestritt (Urk. 1 S. 4 unten), ist ihm entgegen zu halten, dass die entsprechenden Positionen in der Beitragsübersicht im Detail aufgelistet sind (Urk. 15/G138 S. 3 ff.) und durch seine bloss unsubstantiierten Einwendungen nicht in Zweifel gezogen werden, zumal in den seitens der Beschwerdegegnerin aufgelegten Akten zahlreiche Mahnungen und Betreibungen ersichtlich sind, welche die geltend gemachten Kosten, Gebühren und Verzugszinsen nach sich gezogen haben.

Da nach dem Gesagten der Schaden hinreichend klar ausgewiesen ist und keine Anhaltspunkte für eine rechtsfehlerhafte Schadensberechnung bestehen, ist der Schaden in masslicher Hinsicht nicht zu beanstanden. 5.5.1

Art.

#### **E. 3**

), das Vorliegen eines Schadens (nachfolgend E.

### E. 3.1

Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens ( Art. 52 Abs. 3 Satz 1 AHVG). Die relative zweijährige Verjährungsfrist wird in Gang gesetzt, wenn die Ausgleichskasse die für den Erlass einer Schadenersatzverfügung notwendige Kenntnis über Existenz, Beschaffenheit und wesentliche Merkmale des Schadens sowie die Person des Er satzpflichtigen hat (BGE 128 V 10 E. 5a S. 12 mit Hinweisen).

Im Nachlass mit Vermögensabtretung ist wie im ordentlichen oder summarischen Konkursverfahren für den Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Kollokation der Forderung eröffnet beziehungsweise der Kollokationsplan zur Einsicht aufgelegt wurde (BGE 129 V 19 3 E. 2.3 , 119 V 92). Bei der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven entsteht die zumutbare Kenntnis des Schadens mit der Einstellung des Konkurses, wobei deren Publikationszeitpunkt im

SHAB massgeblich ist (BGE 126 V 445; vgl. auch Kieser, Alters- und Hinterlassenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, S BVR, 2. Auflage, Basel 2007, S. 1308 Rz 324). 3.2

Auch wenn in der Regel erst mit der Auflage von Kollokationsplan und Inventar ausreichende Schadenskenntnis im Sinne von Art. 52 Abs. 3 AHVG besteht, kann ausnahmsweise vor diesem Zeitpunkt zumutbare Schadenskenntnis bestehen. So stellen die Verweigerung oder der Widerruf einer Nachlassstundung oder die Nichtgenehmigung eines Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung ein gewichtiges Indiz dar, dass auch Zweitklassgläubiger wie die Beschwerdeführerin ( Art. 219 Abs. 4 SchKG) ernstlich damit rechnen müssen, im nachfolgenden Konkurs grösstenteils oder sogar gänzlich zu Verlust zu kommen. Ebenfalls kann anlässlich von Gläubigerversammlungen bereits feststehen, dass die Schadenersatzforderung ungedeckt bleibt (Urteil des Bundesgerichts 9C\_407/2011 vom 26. Juli 2011 E. 2.2 mit Hinweisen). 3.3

Wie gesagt bewilligte das Bezirksgericht O.\_\_\_\_ der Y.\_\_\_\_

mit Beschluss vom 20. September 2007 eine Nachlassstundung zunächst bis 20. März 2008 ( Urk. 14/F80/7-9, Urk. 13/E164/1-3). Am 16. Juli 2008 fand eine Gläubigerversammlung statt (Urk. 14/F19). Nachdem der erstinstanzliche Nachlassrichter die Bestätigung des Nachlassvertrages verweigert hatte, genehmigte das Obergericht des Kantons Zürich mit unangefochten in Rechtskraft erwachsenem Entscheid vom 23. Februar 2009 den Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung und setzte Z.\_\_\_\_ als Liquidator ein (Urk. 14/F68, Urk. 14/F71 und Urk. 14/F80/10 12). Weil hernach die Mittel zur Fortsetzung der Liquidation fehlten, beantragte der Liquidator - noch vor Erstellung des Kollokationsplanes (vgl. Urk. 15/G12/3 Mitte) - am 30. August 2010 die Konkurseröffnung (Urk.

15/G88), welche das Bezirksgericht O.\_\_\_\_ am 24. September 2010 anordnete. Im SHAB vom 13. April 2011 wurde die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven publiziert ( Urk. 30).

Zwar fand im Rahmen der Nachlassstundung am 16. Juli 2008 eine Gläubigerversammlung statt. Da jedoch anschliessend der Nachlassvertrag gerichtlich genehmigt wurde, darf hier nicht im Sinne der vom Bundesgericht aufgestellten Ausnahmeregelung

davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin bereits in jenem Zeitpunkt hinreichende Kenntnis des Schadens erlangt hat. In der Folge kam es nicht mehr zur Auflage des Kollokationsplanes, weshalb die Beschwerdegegnerin angesichts der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven erst mit der entsprechenden Publikation im SHAB vom 13. April 2011 Kenntnis des Schadens erlangte und in jenem Zeitpunkt die Verjährungsfrist zu laufen begann.

Die dem angefochtenen Einspracheentscheid zu Grunde liegende Schadenersatzverfügung erging am 17. Oktober 2011 (Urk. 15/G117), womit die Verjährungsfrist zweifelsohne und unbestritten ermessen eingehalten ist. 4.4.1

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). 4.2

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. 2 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschiädigung) sowie auf jene an die Familienausgleichskassen (FAK) gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (Art. 25 lit. c). Gleiches gilt für die bis 31. Dezember 2008 nach kantonalem Recht erhobenen FAK-Beiträge (§ 33 Abs. 2 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung bzw. § 33 des ab 1. Januar 2008 bis 30. Juni 2009 gültig gewesenen Kinderzulagengesetzes; nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts 2P.251/1996 vom 30. Juni 1997).

Nachdem das Bundesgericht die Organhaftung nach Art. 52 AHVG auf die IV-, EO-, ALV- und FAK-Beiträge ausgedehnt hat, greift der Einwand des Beschwerdeführers, für die FAK-Beiträge habe er mangels gesetzlicher Grundlage der Forderung nicht einzustehen (Urk. 1 S. 5), ins Leere. Im Übrigen handelt es sich bei den in der Beitragsübersicht (Urk. 15/G138 S. 9) und im Kontoblatt aufgeführten FAK-Zulagen (Urk. 15/G139) um von der Beschwerdegegnerin ausbezahlte und mit den offenen Beiträgen verrechnete Familienzulagen. 4.3

Verfügungsweise bezifferte die Beschwerdegegnerin den aufgelaufenen Schaden auf Fr. 235'188.30 (Urk. 15/G117). Im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) legte sie dar, dass sich die Forderung auf die Jahresabrechnungen der Jahre 2007 bis 2009 stütze (Ziff. 5b). Der Beschwerdeführer hafte bis Februar 2009 (Ziff. 6e). Der Sachwalter habe mit Eingabe vom 16. Juni 2010 (Urk. 15/G54) darauf hingewiesen, dass die nach Gewährung der Nachlassstundung, mithin vom 20. September 2007 bis 20. März 2009 erfolgten

Zahlungen als Massschulden vorweg auf die im gleichen Zeitraum angefallenen Beiträge anzurechnen seien. Dementsprechend belaufe sich die offene Forderung auf Fr. 178'013.75 ( Ziff. 6g).

Der Beschwerdeführer monierte beschwerdeweise ( Urk. 1), dass die von der Konkursistin geleisteten Beitragszahlungen auf die Massschulden statt auf den jeweils ältesten Ausstand an gerechnet wurden (S. 3 f.). Zudem seien die Akzessorien (Mahngebühren, Verzugszinsen, Erhebungsgebühren und Kosten sowie Betreuungskosten) nicht ausgewiesen (S. 4 f.). 4.4

Zur Ermittlung der geschuldeten Beiträge stützte sich die Beschwerdegegnerin im Wesentlichen auf Jahresabrechnungen für die Jahre 2006 bis 200

#### **E. 4**

), eine widerrechtliche Pflichtverletzung (nachfolgend E.

#### **E. 5**

), ein schuldhaftes oder grobfahrlässiges Verhalten der Arbeitgeberin sowie der in s Recht gefassten Person und schliesslich ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem eingetretenen Schaden (nachfolgend E.

#### **E. 6**

) voraus. 2.

#### **E. 8**

S. 3 Mitte).

#### **E. 9**

(Urk. 13/E103, Urk. 14/F7, Urk. 14/F45 ; Urk. 15/G43 ) und den Revisionsbericht vom 7. November 2007 ( Urk.

#### **E. 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). 5.2

Die Art. 34 ff. AHVV sehen im Einzelnen vor, dass die Arbeitgeber im laufenden Jahr periodisch Akontobeiträge zu entrichten haben. Nach Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV haben Arbeitgeber die Beiträge grundsätzlich monatlich zu entrichten. Die für eine Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge sind innert zehn Tagen nach deren Ablauf zu bezahlen ( Art. 34 Abs. 3 AHVV). Die Arbeitgeber haben sodann über die Löhne innert 30 Tagen nach Ablauf der Abrechnungsperiode, in der Regel somit innert 30 Tagen nach

Ablauf des Kalenderjahrs abzurechnen (vgl. Art. 36 Abs. 2 und 3 AHVV). Die sich aufgrund der Abrechnung und des Ausgleichs ergebenden ausstehenden Beträge sind innert 30 Tagen ab Rechnungsstellung zu bezahlen (vgl. Art. 36 Abs. 4 AHVV). 5 .3

Die Konkursitin ist ihren Pflichten als Arbeitgeberin in Bezug auf die Bezahlung der Arbeitgeberbeiträge bereits ab dem Jahr 2000 nur mehr schleppend nachgekommen. Sie musste wiederholt gemahnt und ab 2003 sogar betrieben werden (vgl. beispielhaft die Aktenverzeichnisse Urk. 10-15).

Wenn die Beschwerdeführerin auch bis Ende 2006 schadlos geblieben ist, hat die Arbeitgeberin mit der langjährigen nachlässigen Beitragszahlung ihre Pflichten missachtet, so dass sie für den entstandenen Schaden einzustehen hat.

Zu prüfen bleibt daher, ob der Beschwerdeführer als Organ der Konkursitin für deren pflichtwidriges Verhalten einzustehen hat oder ob haftungsausschliessende Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen. 6 . 6 .1

Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grob fahrlässig 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). 6 .2

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). 6 .3

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). 6 .4

Der Beschwerdeführer brachte zu seiner

Exkulpation im Wesentlichen vor, der Sachwalter habe peinlich darauf geachtet, dass die Sozialversicherungsbeiträge während der Nachlassstundung ermittelt und bezahlt würden. Der Sachwalter habe die Konti der Y. \_\_\_ sperren lassen, so dass er ab dem Zeitpunkt ohne das Einverständnis des Sachwalters gar keine Zahlungen habe veranlassen können. Er habe auch keine Leitungsbefugnisse mehr gehabt. Im Weiteren sei die Konkursitin seit 2004 praktisch ausschliesslich für den A. \_\_\_ tätig gewesen. Dieser habe die Leistung von vereinbarten (Konto-)Zahlungen verweigert und Werkverträge aufgelöst. Daher sei die Y. \_\_\_ schlagartig illiquid geworden und habe das Nachlassstundungsgesuch stellen und Klage gegen den A. \_\_\_ einleiten müssen. Wegen dieses Verhaltens des A. \_\_\_ seien die Beitragsforderungen der Beschwerdegegnerin offen geblieben. Aus der gerichtlichen Bewilligung der Nachlassstundung ergebe sich, dass die Y. \_\_\_ als überlebensfähig eingeschätzt worden sei (Urk. 1 S. 6 f., Urk. 21 und Urk. 23 je S. 2 f.). 6. 5

Wie bereits vorstehend ausgeführt (E. 2. 4) vermag sich der Beschwerdeführer nicht durch den Umstand zu entlasten, dass ab September 2007 ein Sachwalter bestellt worden war. Denn er war dennoch berechtigt und verpflichtet, die Geschäfte zu leiten und seine Verantwortlichkeit bestand weiterhin (Urteil des Bundesgerichts H 226/06 vom 10. Juli 2007 E. 4).

Nach der Rechtsprechung lässt sich die Nichtbezahlung der Beiträge ausnahmsweise rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf eine nicht zum Vornherein aussichtslose Rettung des Betriebes durch Befriedigung lebenswichtiger Forderungen in der begründeten Meinung geschieht, die geschuldeten Beiträge später bezahlen zu können. Voraussetzung ist jedoch, 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 (Urteil des Bundesgerichts 9C\_204/2008 vom 6. Mai 2009

E. 3.3 mit Hinweisen).

Nachdem die offenen Beiträge ab Anfang 2007 nicht mehr gedeckt werden konnten, wurde auf Ersuchen der Y. \_\_\_ hin am 20. September 2007 Nachlassstundung gewährt. Spätestens mit diesem Schritt war die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft offensichtlich. Allerdings konnte nicht davon ausgegangen werden, dass mit den Zahlungen seitens des A. \_\_\_

eine Sanierung unmittelbar in Aussicht stand, ist doch notorisch, dass ein Gerichtsverfahren mit einem Streitwert von über Fr. 4 Mio., wie es die Konkursitin am 6. Juni 2007 eingeleitet hat, nicht in absehbarer Zeit erledigt werden kann. Dies gilt hier umso mehr, als bereits die Schlichtungsverhandlung vor dem Friedensrichter gescheitert war

und der Beschwerdeführer ein umfangreiches Beweisverfahren verlangte (Urk. 3/6). Die Konkursitin und deren Organe durften sich daher nicht darauf verlassen, dass der Betrieb überleben und sie die Forderungen der Beschwerdegegnerin innert wenigen Monaten (Urteil des Bundesgerichts H 156/05 vom 16. Januar 2007 E. 9.1)

würde beglichen können.

Daran ändert auch die Nachlassstundung nichts. Diese wurde zwar sicherlich auch mit Blick auf eine denkbare Sanierung der Y. \_\_\_ gewährt und ermöglichte - anders als im Konkurs, wo mit der Verfahrenseröffnung das schuldnerische Unternehmen grundsätzlich sofort stillgelegt wird (vgl. Art. 223 SchKG in Verbindung mit Art. 238 SchKG) - die

Fortsetzung der Un ternehmenstätigkeit auch nach der Verfahrenseröffnung (vgl. Art. 298 SchKG) , was aus konkursrechtlicher Sicht durchaus im Interesse der Gläubiger liegen mag. Allerdings vermag dies den Beschwerdeführer aus ahv-rechtlicher Sicht nicht zu entlasten, wenn nicht bloss ein vorübergehender Liquiditätsengpass vorliegt und mit einer erfolgreichen Sanierung und baldigen Beitragszahlung gerechnet werden kann. Davon kann jedoch bei objektiver Betrachtung in An betracht de s angestregten Gerichtsverfahrens und dessen wahrscheinlicher Dauer nicht die Rede sein.

Aufgrund der Ausführungen der Konkursitin in der Klageschrift vom 6. Juni 2007 ( Urk. 3/6) kann auch nicht gesagt werden, die unvermittelte Einstellung der Zahlungen seitens des A.\_\_\_\_ habe die Gesellschaft schlagartig illi quid werden lassen (vgl. Urk. 1 S. 7 Mitte). Der Sachverhaltsdarstellung in der Klage ist zu entnehmen, dass bereits im Jahr 2005 Rechnungen unbezahlt ge blieben sind (S. 11 Ziff. 3g und S. 19 3n/gg ) , weswegen am 1 5. Mai 2006 beim Frieden s richter eine Klage eingereicht wurde (S. 12 Ziff. 3h) . Wenn der A.\_\_\_\_

der Y.\_\_\_\_

schliesslich am 1 2. Januar 2007 die Auf träge entzogen hat (S. 22 ) , so hat dies die Gesellschaft nicht derart unvorbereitet getroffen, dass dadurch die nicht mehr vollständige Deckung der Sozialversi cherungsbeiträge gerechtfertigt würde .

Überdies fällt ins Gewicht, dass ein wesentlicher Teil der ungedeckt gebliebenen Beiträge nicht sofort nach der Auflösung der Werkverträge, sondern während der laufenden Nachlassstundung ab September 2007 angefallen sind (vgl. Urk. 2 S. 5). Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Gesellschaft und insbesondere der Beschwerdeführer in dieser Zeit Anstrengungen unternommen und dafür ge sorgt hätte , die während der Nachlassstundung über mehrere Monate hinweg aufgelaufenen Beiträge zu decken. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend fest hielt, übte der Sachwalter zwar derweil eine Aufsichtsfunktion aus, doch oblag die Geschäftsführung an sich und damit auch die anhaltende Beitragszahlungs pflicht weiterhin der Konkursitin und ihre n Organe n ( vgl. vorstehend E. 2.4). Es ist dem Beschwerdeführer daher als qualifiziertes Verschulden anzurechnen, dass er bei den offenkundigen Zahlungsschwierigkeiten nicht auf eine vor dringliche Begleichung der Beitragsausstände drängte, zumal der Sachwalter dies offenbar beabsichtigte (vgl. Urk. 1 S. 5 unten ) . 6 .6

Nach dem Gesagten liegen weder Entlastungs- noch Rechtfertigungsgründe vor. Das Verhalten de s Beschwerdeführer s ist ohne Weiteres auch als adäquat kausal für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Schaden zu betrachten BGE 119 V 406 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 E. 3c).

Der Beschwerdeführer hat daher vollumfänglich für den Schaden einzustehen, was zur Abweisung der Beschwerde führt. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde

wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Bruno Meier -  
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, zuzu stellen.

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  
Sonderegger

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