

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00055**

## **vom 20. Juni 2014**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2014-06-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2012.00055](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2012.00055)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00055 du 20 juin 2014

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2012.00055 del 20 giugno 2014

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die Y.\_\_\_\_ mit Sitz in Z.\_\_\_\_ war der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (nachfolgend: Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Am 14. September 2010 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Das Konkursverfahren wurde am 17. Juni 2011 mangels Aktiven eingestellt und die Firma von Amtes wegen gelöscht (vgl. den Auszug aus dem Handelsregister; Urk. 6/601). Mit Verfügung vom 9. März 2012 (Urk. 6/580) verpflichtete die Ausgleichskasse das ehemalige einzige Mitglied des Verwaltungsrates der Y.\_\_\_\_, X.\_\_\_\_, als Einzelhafter zur Bezahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 53'745.95. Die dagegen am 11. März 2012 erhobene und am 18. sowie 20. Juni 2012 ergänzte Einsprache (Urk. 6/583; Urk. 6/585/2-3; Urk. 6/587/1) hiess die Ausgleichskasse mit Einspracheentscheid vom 12. November 2012 in dem Sinne teilweise gut, als sie die Schadenersatzforderung auf Fr. 53'604.95 reduzierte (Urk. 6/590 = 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 Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherung- (Art. 66 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatz- (Art. 21 Abs.

#### **E. 2**

des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art.

#### **E. 2.1**

Art. 52 AHVG setzt die rechtzeitige Geltendmachung des Schadenersatzes, das Vorliegen eines Schadens, die Organstellung der belangten Person, eine widerrechtliche Pflichtverletzung, ein schuldhaftes oder grobfahrlässiges Verhalten der belangten Person

sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem eingetretenen Schaden voraus. Vorab zu prüfen ist, ob die Schadenersatzverfügung vom 9. März 2012 rechtzeitig ergangen ist.

### **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 AHVG; vgl. auch BGE 131 V 4 oben).

### **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**

Bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gilt der Schaden als mit dem entsprechenden Beschluss eingetreten, der den Konkurs amtlich für fruchtlos erklärt, woraus der Verlust der Beitragsforderung der Ausgleichskasse resultiert. Die Frist von zwei Jahren für die Geltendmachung der Schadenersatzforderung seit Kenntnis des Schadens beginnt demnach vom Zeitpunkt der Fruchtloserklärung beziehungsweise von deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) an zu laufen (BGE 129 V 193 E. 2.3, 128 V 10 E. 5a, 126 V 443 E. 3c).

### **E. 2.5**

Am 14. September 2010 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet und das Konkursverfahren am 17. Juni 2011 mangels Aktiven eingestellt ( Urk. 6/601). Dies wurde am 24. Juni 2011 im SHAB veröffentlicht (vgl. [www.shab.ch](http://www.shab.ch)). Die Schadenersatzverfügung erging am 9. März 2012 innerhalb der zweijährigen Verwirkungsfrist ab Veröffentlichung. Die Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzes gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG wurde somit gewahrt.

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Beschwerdegegnerin hätte die Schadenersatzforderung in seinem Privatkonkurs anmelden müssen (vgl. Urk. 1 S. 2 oben). Dieser sei am 25. Mai 2010 eröffnet worden und noch nicht abgeschlossen (vgl. Urk. 9/2 S. 2). Gemäss dem vorstehend Gesagten (vgl. E. 2.5 ) hatte die Beschwerdegegnerin am 24. Juni 2011 Kenntnis des Schadens; dieser ist im Zeitpunkt der Konkurseröffnung mangels Aktiven eingetreten. Das Privatkonkursverfahren des Beschwerdeführers wurde jedoch bereits am 25. Mai 2010, also vor Entstehen der Schadenersatzforderung der Beschwerdegegnerin, eröffnet. Läuft gegen das Arbeitgeberorgan ein

(Privat-)Konkursverfahren, so ist die Schadenersatzverfü gung

nur an die Konkursverwaltung zu richten, falls der Schaden vor der Eröff nung des (Privat-)Konkurses eingetreten ist, andernfalls an das Organ selber ( Reichmuth , Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe , Rz 976, unter Hinweis auf BGE 123 V 12 ). Die Beschwerdegegnerin war somit nicht gehalten, ihre Schadenersatzforderung im Privatkonkursverfahren des Beschwerdeführers geltend zu machen . Im Übrigen würde auch di e Unterlassung einer Geltendma chung der Schadenersatzforderung im Privatkonkurs

eines Organs nic ht zum Untergang der Forderung führen ( Urteil des Bundesgerichts H 198/03 vom 1 5. September 2003 mit Hinweisen). 4.

4.1

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 Be treibungskosten , 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 Abrechnungs pflicht des Arbeitgebers gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgebli chen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5). 4.2

Der Beschwerdeführer macht geltend, die ausstehenden Beiträge seien nicht kor rekt, da die Beschwerdegegnerin die Löhne der Y.\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_

addiert und die Beiträge zusammen ab gerechnet habe ( Urk. 1 S. 1 -2; Urk.

## **E. 6**

des Bun desgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolven zentschädigung) sowie auf jene an die Familienausgleichskassen (FAK) gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen ( Art. 25 lit . c). Gleiches gilt für die bis 3 1. 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 3 0. Juni 2009 gültig gewesenen Kinderzulagengesetzes; nicht publiziertes Urteil des Bundes gerichts 2P.251/19 96 vom 3 0. Juni 1997). 2.

### **E. 6.1**

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

### **E. 6.2**

Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatz pflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grob fahrlässig Vor schriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Scha den verursacht worden ist (BGE 108 V 183 E. 1a S. 186). Absicht beziehungs weise 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. 6.3**

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. 6.4**

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 einer 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 Bundesgerichts, H 141/01 vom 8. Juli 2003).

### **E. 6.5**

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Y. \_\_\_ seit Jahren immer wieder gemahnt und betrieben werden musste (vgl. Urk. 6/599). 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. 6.6

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). Solche Gründe sind jedoch vorliegend nicht ersichtlich und werden auch nicht geltend gemacht. Das Verhalten der Y. 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. 7.7.1

Zu prüfen bleibt, ob auch dem belangten Organ widerrechtliche Handlungen und ein Verschulden vorzuwerfen sind. 7.2

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. 7.3

Der Beschwerdeführer war als einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (Urk. 6/601; www.shab.ch). Am 14. September 2010 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet (Urk. 6/601). Bis zu diesem Zeitpunkt kommt dem Beschwerdeführer formelle Organeigenschaft zu, worauf für die Bejahung der subsidiären Haftung abzustellen ist (BGE 123 V E. 5b mit Hinweisen). 7.4

Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwägen, ob und in wieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Firma 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; ZAK 1985 S. 620 E. 3b). Bei einfachen Verhältnissen muss vom einzigen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, der als solcher die Verwaltung der Gesellschaft als einzige Person in Organstellung zu besorgen hat, in der Regel der Überblick über alle wesentlichen Belange der Firma verlangt werden, und dies selbst dann, wenn er seine Befugnisse weitgehend an einen Geschäftsführer delegiert hat. Er kann mit der Delegation der Geschäftsführung nicht zugleich auch seine Verantwortung als einziges Verwaltungsorgan an den Geschäftsführer delegieren (BGE 108 V 199 E. 3b). 7.5

Dem Beschwerdeführer oblagen als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift 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. 6.6) zu werten, sodass der Beschwerdeführer für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden einzustehen hat, sofern keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen. Solche sind vorliegend nicht ersichtlich. 8.

## E. 8

). Er bestreitet damit - entgegen der Darstellung im angefochtenen Einspracheentscheid (vgl. Urk. 2 S. 2 lit. c) -

die Schadenshöhe. 4.3

Der Schaden kann sich ergeben aus bereits früher rechtskräftig festgesetzten AHV-Beiträgen oder aus solchen, die mit Nachzahlungsverfügungen, beispielsweise aufgrund einer Arbeitgeberkontrolle im Zusammenhang mit dem Konkursverfahren der Arbeitgeberin, festgesetzt werden (Kieser, Rechtsprechung zur AHV, Rz 15 zu Art. 52 AHVG). Grundsätzlich sind rechtskräftige Beitragsverfügungen im Schadenersatzverfahren nicht mehr anfechtbar, ausser wenn sie zweifellos unrichtig sind oder ein Revisionsgrund vorliegt. Dies gilt für von einer Schadenersatzforderung betroffene Personen, die im Zeitpunkt des Verfügungserlasses noch Organstellung und entsprechend auch eine Einwirkungsöglichkeit haben. In einer solchen Konstellation ist, im Gegensatz zu derjenigen, wo das Organ im Zeitpunkt der Beitragsverfügung bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, die der Schadenersatzverfügung zugrunde liegende Beitragsfestsetzung nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. BGE 134 V 401 E. 5). 4.4

Dem von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Schaden in der Höhe von Fr. 53'604.95 liegen ausstehende Beiträge für den Zeitraum von Juli 2009 bis September 2010, dem Datum der Konkurseröffnung, zugrunde (vgl. Urk. 6/600 S. 37 ff.). Die Jahresabrechnung für das Jahr 2009 reichte die Gesellschaft trotz entsprechender Aufforderung der Beschwerdegegnerin (vgl. Urk. 6/539; Urk. 6/524/1; Urk. 6/526) nicht ein. Für das Jahr 2009 und 2010 wurde die Jahresrechnung deshalb am 7. Mai 2011 durch den amtlichen Revisor erstellt. Dieser hielt fest, dass die Löhne des Beschwerdeführers und seiner Ehefrau aufgrund der vorhandenen Finanzbuchhaltungs-Konten erhoben worden seien. Eine Revision habe mangels Unterlagen nicht durchgeführt werden können (vgl. Urk. 6/565/2 unten).

Für das Jahr 2009 setzte der Revisor eine beitragspflichtige Lohnsumme von total Fr. 372'350.-- fest, wobei ein Lohnbezug des Beschwerdeführers in Höhe von Fr. 160'000.-- und ein Lohnbezug seiner Ehefrau in Höhe von Fr. 10'500.-- eingesetzt wurde (Urk. 6/567). Für das Jahr 2010 wurde eine Lohnsumme von Fr. 52'660.-- eingetragen, ohne Lohnbezug des Ehepaares (Urk. 6/568). Basierend auf diesen Lohndaten teilte die Beschwerdegegnerin der Gesellschaft mit Schreiben vom 20. Mai 2011 mit, dass die Abrechnung mit bereits früher in Rechnung gestellten Forderungen eine Gutschrift ergebe (Urk. 6/570). Diese wurde mit älteren Beitragsforderungen verrechnet (vgl. Urk. 6/571-573). Weder die Gesellschaft noch der Beschwerdeführer, der zum damaligen Zeitpunkt immer noch Organ der Gesellschaft war, reagierten auf die

Gutschriftsanzeige. Eine Überprüfung der der Schadenersatzverfügung zugrunde liegenden Beitragsberechnung ist nach dem vorstehend Gesagten nur eingeschränkt möglich. Die Abrechnung und die darauf basierende Schadenersatzsumme erweist sich jedoch, wie nachfolgend zu zeigen ist, als zweifellos unrichtig.

#### 4. 5

Gemäss den vom Beschwerdeführer nachträglich am 6. Februar 2012 ein - gereichten Lohndeklarationen für die Jahre 2009 und 2010 ( Urk. 6/ 579/1-5) wurde ihm und seiner Ehefrau von der Y.\_\_\_\_ kein Lohn ausbezahlt. Dazu nahm der

amtliche Revisor am 5. September 2012 ( Urk. 6/589/1-2) wie folgt Stellung: Der Revisionsbericht und die Jahresabrechnungen seien am 7. Mai 2011 gestützt auf die vorhandenen Unterlagen erstellt worden. Die Buchhaltung sei für das Jahr 2009 nicht fertig gestellt worden. Beim Beschwerdeführer sei die Situation etwas komplex. Aufgrund der vermischten Tätigkeit und vielfach problematischen Liquidität seien die Löhne teilweise in der A.\_\_\_\_

ausbezahlt und verbucht worden. In der Vergangenheit seien die Lohndeklarationen daraufhin alle über die Y.\_\_\_\_ abgewickelt worden. Diese Vermischung sei vom Beschwerdeführer in der Vergangenheit stets praktiziert worden. Die Firma A.\_\_\_\_ sei in sämtlichen Jahren als Kontrollbetrieb geführt worden. Der Beschwerdeführer habe bestätigt, dass in den Jahren 2006 bis 2010 keine Gehälter ausbezahlt worden seien. Analog der vorgängigen Praxis habe er (der Revisor) die Deklaration für das Jahr 2009 gestützt auf die Buchung im Konto der A.\_\_\_\_ von Fr. 160'000.-- mit dem Konto korrent des Beschwerdeführers erstellt. Mit der Buchung auf dieses Konto gelte die Gehaltsleistung als realisiert. Die Vermischung sei aufgrund der verschiedenen Rechtspersönlichkeiten problematisch. Aufgrund des Konkurses erachte er aber den Zeitpunkt, diesen Umstand der Vermischung zu beheben, als nicht mehr günstig. Aufgrund der Vergangenheit und der Vorgehensweise, welche der Beschwerdeführer ausgelöst, praktiziert und in den vergangenen Jahren bewusst akzeptiert habe, sei das Vorgehen, die Jahresabrechnung abschliessend unter einer Nummer zu erheben, als im Sinne des Beschwerdeführers und praktikabel zu erachten. Falls der Beschwerdeführer diese Ansicht nicht teile, sei festzuhalten, dass er in diesem Fall das vorgeschriebene Formular, mit welchem die Lohnzahlungen der A.\_\_\_\_ abgefragt worden seien, nicht oder nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt habe. 4.6

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Y.\_\_\_\_

jeweils

die Jahresabrechnungen nicht selbst erstellte,

sondern durch den amtlichen Revisor erstellen liess (vgl. Urk. 6/328 oben) . Dabei wurden die

von der Y.\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_

geleisteten Löhne adiert . Auf diese Gesamtlohnsumme erhob die Beschwerdegegnerin Beiträge nur bei der Y.\_\_\_\_ , obwohl es sich nach Lage der Akten

um Lohnzahlungen von zwei verschiedenen juristischen Personen handelt (vgl. für das Jahr 1999 Urk. 6/85/1-3 und Urk. 6/86; für das Jahr 2000 Urk. 6/136/1-5; Urk. 6/137; für das Jahr 2001 Urk. 6/167/1-6; Urk. 6/168; für das Jahr 2002 Urk. 6/218-219; für das Jahr 2003 Urk. 6/273-274; für das Jahr 2004 Urk. 6/299-300; für das Jahr 2005 Urk. 6/335; Urk. 6/338; für das Jahr 2006 Urk. 6/374-375; für das Jahr 2007 Urk. 6/448-449 und Urk. 6/451 sowie Urk. 6/482 betreffend das Jahr 2008).

Am 6. Mai 2011 hielt der Revisor zu den Lohndaten der Jahre 2009 und 2010 fest, es habe mangels Unterlagen keine Revision durchgeführt werden können. Die Gehaltsdaten seien

aber plausibel (vgl. Urk. 6/565/2 unten). Dies mag für den Lohn der Ehefrau des Beschwerdeführers im Jahr 2009 in Höhe von Fr. 10'500.--

zu treffen (vgl. Urk. 6/567), da sich der Beleg dafür im entsprechenden Kontoblatt der Y.\_\_\_\_

findet (vgl. Urk. 6/589/11 und Urk. 6/589/1). Dass im Jahr 2009 von der Y.\_\_\_\_ ein Lohn von Fr. 160'000.-- an den Beschwerdeführer gezahlt worden wäre, ist hingegen nicht ausreichend belegt. Diese Annahme wurde einzig vom Revisor schriftlich bestätigt (vgl. Urk. 6/567), was als Nachweis, dass dieser Lohn tatsächlich von der Y.\_\_\_\_ ausbezahlt wurde, nicht ausreicht. Der Beschwerdeführer machte ausdrücklich geltend, keinen Lohn in dieser Höhe von der Y.\_\_\_\_ bezogen zu haben (vgl. Urk. 6/579/3). Dies ergibt sich aus dem

Kontoblatt der A.\_\_\_\_ vom 31. Dezember 2009 (Urk. 6/589/12), wonach die Summe von

Fr. 160'000.-- dem Beschwerdeführer

von dieser Gesellschaft und nicht von der Y.\_\_\_\_

gezahlt

wurde. Eine Beitragserhebung auf diesen Lohn bei der Y.\_\_\_\_ fällt somit nicht zuletzt mangels Arbeitgeberstellung (Art.

### **E. 8.1**

Der Beschwerdeführer

ist als einziges Mitglied des Verwaltungsrates der Y.\_\_\_\_ in Bezug auf die Gewährleistung der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten nach dem Gesagten untätig geblieben. Damit ist er der ihm als formelles Organ dieser Gesellschaft obliegenden Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nicht nachgekommen. In Anbetracht der gesamten Umstände ist sein 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 ist

der Beschwerdeführer für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden nach Art. 52 AHVG ersatzpflichtig. Die Höhe des Schadens wird durch die Beschwerdegegnerin aufgrund des vorstehend Gesagten (vgl. E. 4.6) neu festzusetzen sein.

### **E. 8.2**

Zusammenfassend ergibt sich, dass bezüglich der Höhe der Schadenersatzforderung eine Neuberechnung vorzunehmen, hingegen die Haftung des Beschwerdeführers

im Grundsatz zu bejahen ist. Der angefochtene Einspracheentscheid

ist daher aufzuheben und die Sache ist zur erneuten Festsetzung des Schadensbetrages an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Die Beschwerde ist in diesem Sinne gutzuheissen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 12. November 2012 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen und unter Feststellung der grundsätzlichen Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, damit sie über die Höhe des Schadenersatzes neu verfüge. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - 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 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin MosimannLienhard

## **E. 12**

Abs. 1 AHVG) ausser Betracht. Dies auch wenn in der Vergangenheit von den Beteiligten eine - wie der Revisor zu Recht festhielt - problematische, wenn nicht gar unzulässige Mischabrechnung praktiziert worden ist. Die der Schadenersatzverfügung zugrunde liegende Beitragsberechnung für das Jahr 2009 erweist sich damit als offensichtlich falsch, was sich auf die Höhe des Schadens auswirkt. Dieser ist auf Grundlage einer um Fr. 160'000.-- reduzierten Lohnsumme zu berechnen. 4.7

Im Übrigen ergibt sich der Schaden aus der Aufstellung über ausstehende Beitragszahlungen, Verzugszinsen und Mahngebühren ( Urk. 6/599) sowie dem Kontoauszug vom 9. November 2012 ( Urk. 6/600). 5. 5.1

Zu prüfen ist die weitere Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit. Art.

## **E. 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. 6.

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