

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2016.00011**

## **vom 23. November 2017**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2016.00011](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2016.00011)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2016.00011 du 23 novembre 2017

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2016.00011 del 23 novembre 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Die Z.\_\_\_\_, vormals A.\_\_\_\_, (Urk. 6/73) war der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, als beitragspflichtige Arbeitgeberin ange schlossen. Y.\_\_\_\_ war ab dem 18. Dezember 2009 (Tagebuch eintragung, Urk. 6/1) mit Einzelprokura, ohne Funktion, im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Ab dem 6. Juli 2011 war er Mitglied des Verwal tungsrates der Gesellschaft mit Einzelunterschrift. X.\_\_\_\_ (ledige B.\_\_\_\_) war vom 18. Dezember 2009 (Gesellschaftsgründung) bis am 6. Juli 2011 als Mit glied des Verwaltungsrates der Gesellschaft mit Einzel unter schrift im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (Urk. 6/140). Mit Urteil vom 21. August 2014 eröff nete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Zürich über die Gesellschaft den Konkurs (Urk. 6/96). Mit Urteil des Konkurs richters vom 2. April 2015 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und die Gesellschaft im Han delsregister von Amtes wegen gelöscht (Urk. 6/122, Urk. 6/132).

Mit Verfügungen vom 8. Juni 2015 wurden Y.\_\_\_\_ und X.\_\_\_\_ von der Ausgleichskasse als Solidarhafter verpflichtet, für entgangene Lohnbeiträge der konkursiten A.\_\_\_\_, Schadenersatz im Umfang von Fr. 352'835.55 zu leisten (Urk. 6/124-125). Die von Y.\_\_\_\_ am 12. Juli 2015 erhobene Einsprache (Urk. 6/127) wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 22. Februar 2016 ab (Urk. 6/134 [= Urk. 7/2]). Die von X.\_\_\_\_ am 8. Juli 2015 erhobene Einsprache (Urk. 6/126) hiess die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 22. Februar 2016 teilweise gut und reduzierte die Schadenersatzsumme auf Fr. 74'865.65 (Urk. 6/135 [= Urk. 2]).

#### **E. 1.1**

Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenen versicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grob fahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zufügt, diesen zu ersetzen. Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch (Art. 52 Abs. 2 AHVG).

#### **E. 1.2**

Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinn gemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- ( Art. 66 des Bundesgesetzes über die Invalidenvers icherung), Erwerbsersatz - ( Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft) und

Arbeitslosenversicherungsbeiträge ( Art.

### **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 geschul deter 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 Mahnge bühren 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**

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 Hin weisen). 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 Hin weisen). 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. 2.3.1**

Die Beschwerdegegnerin machte gegenüber den Beschwerdeführern mit Verfügung vom 8. Juni 2015 (Urk.

#### **E. 2.3.2**

Der im Konkurs der Arbeitgeberin erlittene Schaden wurde anhand der Kassenakten (Urk.

#### **E. 2.4.1**

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. 2.4.2**

Der Beschwerdeführer 2 war zwar laut Handelsregister vom Zeitpunkt der Gründung der AG am 18. Dezember 2009 bis zum 6. Juli 2011 ohne Funktion und mit Einzelprokura eingetragen (Urk. 6/1), woraus sich keine formelle Organstellung ableiten lässt. Ab dem 6. Juli 2011 waltete er dann als formelles Organ, da er als einziges Mitglied des Verwaltungsrats im Handelsregister eingetragen wurde (Urk. 7/6/96). Betreffend die Zeit vor dem 6. Juli 2011 ging die Beschwerdegegnerin offensichtlich von einer faktischen Organstellung des Beschwerdeführers aus, was der Beschwerdeführer 2 nicht bestritt. Die faktische Organstellung ergibt sich eindeutig aus den unwidersprochenen Angaben der Beschwerdeführerin 1 in ihrer Beschwerdeschrift vom 4. April 2016. Sie führte aus, der Beschwerdeführer 2 habe das Unternehmen alleine geführt und alle Dokumente unterschrieben. Auch die Stellung des Beschwerdeführers 2 als Alleinaktionär und die Tatsache, dass er die Gesellschaft gegründet hat (die ursprüngliche Firma enthält den Nachnamen des Beschwerdeführers) und aus schliesslich er gegen Aussen im Namen der Gesellschaft auftrat – so z.B. Lohnausweise ausstellte (vgl. Urk. 6/109) oder als Geschäftsführer auftrat und Zahlungsbefehle in Empfang nahm (Urk. 6/66-67, Urk. 6/72) –, weisen auf die faktische Organstellung des Beschwerdeführers vor Juni 2011 hin (Urk. 6/108/10). Zu Recht macht die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer 2 somit für die Zahlungsausstände für den gesamten Zeitraum verantwortlich.

### **E. 2.4.3**

). Damit ist die Gesellschaft ihren Pflichten als Arbeitgeberin in mehrfacher Hinsicht nicht nachgekommen und hat öffentlich rechtliche Vorschriften missachtet.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der dadurch entstandene Schaden auf qualifiziert schuldhaftes Verhalten der

Beschwerdeführer zurückzuführen ist. 4. 4.1 4.1.1

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). 4.1.2

Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer 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 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). 4.1.3

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 (BGE 112 V 156 E. 4 mit Hinweisen; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6). 4.1.4

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist bei den nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften entscheidend, ob sie den ihnen obliegenden Kontroll- und Aufsichtspflichten nachgekommen sind. Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR obliegt dem Verwaltungsrat die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen. Gemäss dieser Bestimmung hat das Verwaltungsratsmitglied nicht nur die Pflicht, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen, sondern sich periodisch über den Geschäftsgang zu informieren und bei Unregelmässigkeiten einzuschreiten (Urteil des Bundesgerichts 9C\_651/2012 vom 15. Mai 2013 E. 6.2 mit weiteren Hinweisen). Zwar ist der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat nicht verpflichtet, jedes einzelne Geschäft der mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten zu überwachen, sondern darf sich auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsganges beschränken. Dazu gehört, dass er sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer abzuklären versucht. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen (nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen) und eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beobachtung gesetzlicher Vorschriften auszuüben (BGE 114 V 219 E. 4a; Urteil des Bundesgerichts 9C\_461/2009 vom 31. Dezember 2010 E. 5.3, je mit weiteren Hinweisen). 4.1.5

Werden bei ungenügender Liquidität die einen Forderungen bezahlt, andere aber nicht, ist dies grundsätzlich nicht grobfahrlässig. Nach der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG, von welcher abzuweichen kein Anlass besteht, ist es aller dings - allenfalls abgesehen von kurzfristigen Ausständen - grobfahrlässig, Löhne zu bezahlen, wenn die darauf geschuldeten AHV-Beiträge nicht gedeckt sind. Gegenteiliges Verhalten ist den verantwortlichen Organen grundsätzlich als qualifiziertes Verschulden zuzurechnen, was die volle Schadenersatzpflicht nach sich zieht, sofern ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Verletzung von Vorschriften und dem Schadenseintritt besteht und die Ausgleichskasse kein Mitverschulden trifft. Der Grund liegt in der besonderen Natur der AHV-Beiträge, hinsichtlich welcher der Arbeitgeber die Funktion eines Vollzugsorgans ausübt (Art. 51 AHVG). Daraus resultiert eine besondere Pflicht, für die ordnungsgemässe Bezahlung der Beiträge zu sorgen (vgl. Urteil des Bundesgerichts

9C\_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.2.2 mit Hinweisen). 4.2.4.2.1

In den Jahren 2010, 2011, 2012 und 2013 zahlte die Gesellschaft laufend Löhne im Gesamtbetrag von Fr. 2'451'216.-- (im Jahr 2010: Fr. 327'213.-- [Urk. 6/109/2, Urk. 6/112], im Jahr 2011: Fr. 439'757.-- [Urk. 6/105/1; Urk. 6/118] im Jahr 2012: Fr. 699'124.-- [Urk. 6/110/1, Urk. 6/118] und im Jahr 2013: Fr. 985'122.-- [Urk. 6/111/1, Urk. 6/118], vgl. Bericht über die Arbeitgeberkontrolle an Ort und Stelle vom 5. Januar 2015 bzw. Korrektur vom 24.

Februar 2015 [Urk. 6/117] aus, ohne die darauf entfallenden Lohnbeiträge zu bezahlen bzw. sicherzustellen (E. 3.2). 4.2.2

Ein Geschäftsführer der konkursiten Gesellschaft war im Handelsregister zu keiner Zeit förmlich eingetragen. Wie bereits ausgeführt war der Beschwerdeführer 2 vom 18. Dezember 2009 bis zum 6. Juli 2011 ohne Funktion im Handelsregister eingetragen, er übte jedoch faktisch die Funktion des Geschäftsführers aus und war faktisches Organ. Ab 6. Juli 2011 war er zudem als Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister vermerkt. Durch seine Stellung als Geschäftsführer sowie (zeitweise) Verwaltungsrat kann sich der Beschwerdeführer 2 der Verantwortung nicht entziehen. Aus dem Hinweis des Beschwerdeführers 2, er habe die AHV-Abrechnungen trotzdem noch vor schrifts gemäss eingereicht, ohne welche eine Klage nicht möglich gewesen wäre, vermag er nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Eine zeitgerechte Lohnabrechnung erfolgte nie und im Zeitpunkt seiner Mithilfe zur Kassenrevision war der Schaden bereits eingetreten. Wenn der Beschwerdeführer 2 angibt, es seien keine Aktiven vorhanden gewesen, um die AHV-Beiträge zu bezahlen, so übersieht er, dass nur soweit Löhne hätten ausbezahlt werden dürfen, als auch paritätische Beiträge abgeliefert werden konnten. Die Organe eines Arbeitgebers haben jedoch dafür zu sorgen, dass nur soviel Lohn ausbezahlt wird, als auch die darauf geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden können (Urteil des Bundesgerichts H 77/03 vom 18. Januar 2005 E. 6.4 mit Hinweis). Zwar mag es sein, dass der Beschwerdeführer 2 ohne Berechnungsabsicht gehandelt hat, eine solche ist für eine Haftung nach Art. 52 Abs. 1 AHVG jedoch nicht vorausgesetzt (vgl. Urk. 7/1). Dem Beschwerdeführer 2 ist als alleiniger (faktischer), Geschäftsführer die Nichtbegleichung der Sozialversicherungsbeiträge der Jahre 2010, 2011, 2012 und 2013 als zumindest grobfahrlässige Unterlassung anzurechnen. 4.2.3

Bei der Beschwerdeführerin 1 beschränkte sich die Tätigkeit für die konkursite Gesellschaft auf den Zeitraum 18. Dezember 2009 bis 6. Juli 2011, als sie als Mitglied des Verwaltungsrates im Handelsregister eingetragen war (vgl. E. 2.4.4). Aus dem Hinweis des Beschwerdeführers 2, er habe die Gesellschaft alleine geleitet, dass die Beschwerdeführerin 1 mit anderen Worten also „Strohfrau“ gewesen sei, vermag sie nichts zu ihren Gunsten abzuleiten (Urk.

7/1). Selbst wenn sie nur als „Strohfrau“ geamtet haben sollte, was weder erwiesen noch widerlegt ist, war sie als damals einzige Verwaltungsrätin für einen korrekten Abrechnungs- und Zahlungsverkehr mit der Beschwerdegegnerin verantwortlich. Die Verantwortung konnte sie nicht delegieren. Sie muss sich als nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied verhalten lassen, die gesellschaftsrechtlichen Kontroll- und Aufsichtspflichten nicht ausgeübt zu haben. Bei derart einfachen und überschaubaren Verhältnissen hätten praxisgemäss erhöhte Anforderungen an die Überwachung gegolten (Urteile des Bundesgerichts H 228/98 vom 25. Juli 2000 E. 5b/aa und H 112/03 vom 2. No

vember 2004 E. 3.5.2, je mit weiteren Hinweisen). Die Beschwerdeführerin 1 hätte insbesondere dafür besorgt sein müssen, dass von der Gesellschaft die gesetzlichen Vorschriften, wozu auch das Beitragswesen gehört, eingehalten werden. Nicht relevant ist hierbei, dass sie - wie von ihr geltend gemacht - für ihre Tätigkeit als Verwaltungsrätin keinen Lohn erhalten habe (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_145/2010 vom 15. Juni 2010 E. 5.3). Indem die Beschwerdeführerin 1 ausführt, sie habe keine Funktion im Verwaltungsrat gehabt, sie hätte dies gar nicht gekonnt, sie habe keinen Einfluss darauf gehabt, ob die Beiträge bezahlt werden oder nicht, legt sie dar, dass sie ihren Aufsichtspflichten als Verwaltungsrätin überhaupt nicht nachgekommen ist. Nicht einmal eine Buchhaltung wurde geführt. Es ist unvorstellbar, wie die Beschwerdeführerin 1 ohne Buchhaltung die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft und damit die Einhaltung der Pflichten der Gesellschaft hätte überprüfen können und wollen. In Bezug auf das Verhalten der Beschwerdeführerin 1 als nicht geschäftsführende Verwaltungsrätin im Zeitraum zwischen dem 18. Dezember 2009 und 6. Juli 2011 ist ebenfalls von grobfahrlässigem Unterlassen auszugehen. 5. 5.1

Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 Abs. 1 AHVG voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist (BGE 119 V 401 E. 4a mit Hinweisen auf die Lehre, 103 V 120 E. 4).

Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 119 V 401 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 334 E. 3c). 5.2

Das vorwerfbare Verhalten führte zum Schaden der Beschwerdegegnerin. Wäre die Konkursitin unter der Verantwortung der Beschwerdeführerin ihren Zahlungs- und Abrechnungspflichten rechtzeitig und vollständig nachgekommen und wären nur soweit Löhne ausbezahlt worden, als die darauf geschuldeten Abgaben bei Fälligkeit hätten beglichen werden können, wäre der Schaden nicht eingetreten. Ein Mitverschulden seitens der Beschwerdegegnerin ist nicht ersichtlich.

#### **E. 2.4.4**

Die Beschwerdeführerin 1 hatte vom 18. Dezember 2009 bis am 6. Juli 2011 formelle Organstellung. Die Eintragung wurde in der Folge aus dem Handelsregister gelöscht. Eine weiterführende Organstellung lässt sich den Akten nicht entnehmen. Es ist somit – wie die Beschwerdegegnerin richtig ausführte – der Schaden, für welchen eine Haftung grundsätzlich in Frage kommt, auf diejenigen entgangenen Beiträge zu beschränken, welche bis zum 6. Juli 2011, dem formellen Austritt der Beschwerdeführerin 1 aus dem Verwaltungsrat, zu entrichten gewesen wären, einschliesslich der bis dahin angefallenen Inkassokosten. Die Beschwerdegegnerin reduzierte die Schadenersatzsumme mit Entscheid vom 22. Februar 2016 auf Fr. 74'865.65, indem sie von der gesamten ursprünglich geltend gemachten Schadenssumme nur noch folgende Beträge als Schaden geltend machte (vgl. Urk. 2 sowie Urk.

6/142): Die effektiv geschuldeten Lohnbeiträge für das Jahr 2010 (inkl.

Verwaltungskosten) im Umfang von

Fr. 44'345.50 und für das halbe Jahr 2011 (inkl. Verwaltungskosten) im Umfang von Fr. 30'520.15 (Fr. 61'040.35 : 2). Die Berechnung des der Beschwerdeführerin 1 grundsätzlich anzulastenden Teilschadens ist indes zu korrigieren. Einerseits waren für das Jahr 2011 Lohnbeiträge von Fr. 61'039.35 geschuldet (statt Fr. 61'040.35, vgl. auch Urk. 6/144 S. 4), andererseits war die Beschwerdeführerin 1 im Zeitpunkt, als die Lohnbeiträge für den Monat Juni 2011 zu bezahlen gewesen wären (vgl. Art. 34 Abs. 1 und 3 AHVV), gemäss Tagebucheintrag im Handelsregister nicht mehr formelles Organ. Demzufolge kommt ein relevantes Verschulden der Beschwerdeführerin 1 grundsätzlich nur für die ersten fünf Monate des Jahres 2011 ( $\text{Fr. } 61'039.35 \times 5/12 = \text{Fr. } 25'433.05$ ) in Betracht. Die Schadenersatzsumme reduziert sich deshalb auf Fr. 69'778.55 (Fr. 44'345.50 + Fr. 25'433.05). 3.

### **E. 3**

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, sofern erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 3.1.1**

Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. AHVV schreiben vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe. Die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe bedeutet eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG und zieht die volle Schadendeckung nach sich (BGE 118 V 193 E. 2a; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6).

#### **E. 3.1.2**

Gemäss Art. 35 Abs. 1 AHVV haben die Arbeitgeber im laufenden Jahr periodisch Akontobeiträge zu entrichten; nach Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV sind die Beiträge monatlich oder, bei jährlichen Lohnsummen unter 200'000 Franken, vierteljährlich zu bezahlen. Diese werden von der Ausgleichskasse auf Grund der voraussichtlichen Lohnsumme des Beitragsjahres festgesetzt, wobei sich die Ausgleichskasse dabei auf die letzte bekannte Lohnsumme unter Berücksichtigung der zu erwartenden Lohnentwicklung stützt und die Angaben der Arbeitgeber berücksichtigt. Die Arbeitgeber haben der Ausgleichskasse die für die Festsetzung der Akontobeiträge erforderlichen Auskünfte zu erteilen und auf Verlangen Unterlagen einzureichen (vgl. die Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO [WBB] Rz. 2039 ff., Stand 1. Januar 2011). Gemäss Art. 36 Abs. 2 AHVV haben die Arbeitgeber die Löhne innert 30 Tagen nach Ablauf der Abrechnungsperiode abzurechnen. Die Abrechnungen der Arbeitgeber enthalten die nötigen Angaben für die Verbuchung der Beiträge und für die Eintragung in die individuellen Konten (Art. 36 Abs. 1 AHVV).

Nach Art. 957 Abs. 1 Ziff. 2 des Obligationenrechts (OR) unterliegen der Pflicht zur Buchführung und Rechnungslegung unter anderem juristische Personen.

### **E. 3.2**

Den Kassenakten ist zu entnehmen, dass die Gesellschaft seit ihrer Gründung ihrer Pflicht, der Beschwerdegegnerin die für die Festsetzung der Akontobei träge erforderlichen Auskünfte zu erteilen und auf Verlangen Unterlagen ein zureichen, trotz wiederholter Mahnung nicht nachkam (Urk. 6/32, Urk. 6/34, Urk. 6/44). Erst nach Eröffnung des Konkurses stellte der Beschwerdeführer 2 der Revisorin der Beschwerdegegnerin nach mehrfachem Mahnen Unterlagen zur Verfügung (Urk. 6/117/2). Die Beschwerdegegnerin musste die Beiträge für die Jahre 2010 bis 2013 daher veranlagern (Veranlagungsverfügung vom 14. Juni 2013, Urk. 6/37). Diese Veranlagung beruhte auf Schätzungen, da der Beschwerdeführer 2 keine Buchhaltung geführt hatte (Urk. 6/39). Entgegen den ursprünglichen Angaben der Gesellschaft gegenüber der Beschwerdegegnerin (Urk. 6/3), dass erst ab Juli 2010 Löhne ausbezahlt würden – und entsprechend bis im Juli 2010 auch keine Lohnbeiträge geschuldet wären – wurden gemäss Feststellung der Revisors (Urk. 6/109) bereits ab Januar 2010 Löhne ausgerichtet. Die Gesellschaft verletzte damit eklatant Arbeitgebervorschriften. Die Beschwerdegegnerin stellte – nach der Eröffnung des Konkurses – Rechnung für sämtliche Beitragsforderungen der Jahre 2010-2013; unter Anrechnung der bereits mit Veranlagungsverfügung vom 14. Juni 2013 in Rechnung gestellten Beiträge (Urk. 7/6/112, Urk. 7/6/118). Die Gesellschaft hat keine der Beitragsrechnungen

beglichen. Sie wurde wiederholt dazu gemahnt und auch betrieben (Urk. 7/6/143-144, vgl. Urk. 7/6 „Aktenverzeichnis“). Mangels Buchhaltung fehlte es sodann an einer Übersicht über Beitragsschulden gegenüber der Beschwerdegegnerin. Schliesslich blieben Lohnbeiträge zuzüglich Verwaltungs-, Mahn- und Betreibungs kosten sowie Verzugszinsen im Gesamtbetrag von Fr. 350'670.10 unbezahlt (E).

## **E. 6**

Nach dem Gesagten ist der den Beschwerdeführer 2 betreffende Einspracheentscheid vom 22. Februar 2016 insoweit abzuändern, dass der Beschwerdeführer 2 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde verpflichtet wird, in solidarischer Haftung mit der Beschwerdeführerin 1, Schadenersatz im Betrag von Fr. 350'670.10 zu bezahlen. Der die Beschwerdeführerin 1 betreffende Einspracheentscheid vom 22. Februar 2016 ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde dahin gehend abzuändern, dass die Beschwerdeführerin 1, in solidarischer Haftung mit dem Beschwerdeführer 2, verpflichtet wird, Schadenersatz im Betrag von Fr. 69'778.55 zu leisten. Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der die Beschwerdeführerin 1 betreffende Einspracheentscheid der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, vom 22. Februar 2016 dahingehend geändert, dass X.\_\_\_\_ verpflichtet wird, in solidarischer Haftung mit Y.\_\_\_\_, Schadenersatz im Betrag von Fr. 69'778.55 zu bezahlen. 2.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der den Beschwerdeführer 2 betreffende Einspracheentscheid der Ausgleichskasse vom 22. Februar 2016 dahingehend geändert, dass Y.\_\_\_\_ verpflichtet wird, in solidarischer Haftung mit X.\_\_\_\_, Schadenersatz im Betrag von Fr. 350'670.10 zu bezahlen. 3.

Das Verfahren ist kostenlos. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.\_\_\_\_ - Y.\_\_\_\_ - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Bundesamt für Sozialversicherungen 5.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. 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  
Der Gerichtsschreiber  
Hurst  
Hausammann

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