

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2017.00002

vom 9. Juni 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-06-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2017.00002

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2017.00002 du 9 juin 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2017.00002 del 9 giugno 2017

Erwägungen

E. 1.1

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 der Versicherung einen Schaden zu fügt, 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 sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherung (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 Insolvenzenschädigung) sowie auf jene an die Familienausgleichskassen (FAK) gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (Art. 25 lit.

c). 2.

E. 2

Gegen die Einspracheentscheide vom 9. Dezember 2016 erhoben X.____ und Y.____ am 10. Januar 2017

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 Betriebskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 382 E. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 189 E. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5).

E. 2.2

Mit Schadenersatzverfügungen vom 22. September 2016 stützte sich die Beschwerdegegnerin auf die Lohnunterlagen der Konkursitin, gemäss welchen die Lohnsumme im Jahr 2015 total Fr. 602'212.40 und im Monat Januar 2016 Fr. 70'064.20 betragen hat (vgl. Urk. 3/6/2.3,

Urk. 3/6/3.0-3.1).

Den Schadenersatz für Sozialversicherungsbeiträge und

Nebenkosten für den Januar 2016 be mass die Beschwerdegegnerin auf Fr. 9'882.-- (Urk. 3/6/3.1). Ausgehend von der Jahreslohnsumme von Fr. 602'212.40 errechnete sie für das Beitragsjahr 2015 eine Forderung für Sozialversicherungsbeiträge und

Nebenkosten von total Fr. 86'844.--. Sie berücksichtigte die von der Konkursitin im Jahr 2015 für Akontobeiträge und Nebenkosten geleistete Zahlungen von total Fr.

58'246.40 (Urk. 3/6/3.0 S. 2, Urk. 12/2.0-2.9), wovon sie anteils mässige Zahlungen an die Krankentaggeldversicherung (Fr. 2'176.--) und die Unfallversicherung (Fr. 4'786.40) abzog, was zu anrechenbaren Zahlungen und Gutschriften im Betrag von Fr. 51'284.-- führte.

Für das Beitragsjahr 2015 resultierte somit eine Beitragsforderung (inkl. Nebenkosten) von Fr. 35'560.-- (Urk. 3/6/3.0).

Demnach blieben Sozialversicherungsbeiträge und Nebenkosten in der Höhe von total Fr. 45'442.-- unbezahlt. Der Schaden wurde von den Beschwerdeführenden in masslicher Hinsicht nicht bestritten. 3.3.1

Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) schreiben vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungen unterlegen 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 öffentlich rechtliche 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). 3.2

Den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Akten kann entnommen werden, dass die Konkursitin die Akontobeiträge für die Monate Mai und Juni 2015 erst nach zweifacher Mahnung geleistet

hat (Urk. 12/2.0-2.1).

Für die Akontobeiträge für die Monate Juli bis September 2015 musste sie jeweils gemahnt und betrieben werden,

bevor sie bezahlt wurden (Urk. 12/2.2 - 2.4). Die Akontobeiträge für die Monate Oktober bis Dezember 2015 (Urk. 12/2.5-2.7), die Ausgleichsrechnung für das Jahr 2015 (Urk.

12/2.8) und die Akontobeiträge für den Monat Januar 2016 (Urk. 12/2.9) blieben unbezahlt. Weil die Konkursitin gemäss den Angaben der Beschwerdeführenden erst ab

Februar 2015 Personal beschäftigte (Urk. 1 S. 2), muss gesagt werden, dass sie die meisten Lohnbeiträge entweder verspätet oder gar nicht bezahlt hat.

Es kommt hinzu, dass die Arbeitgeber der Ausgleichskasse wesentliche Änderungen der Lohnsumme während des laufenden Jahres melden müssen (Art. 35 Abs. 2 AHVV).

Diesbezüglich gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass ein Arbeitgeber sich dann widerrechtlich (und schuldhaft) im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG verhält, wenn er in Verletzung der Meldepflicht nach Art. 35 Abs. 2 AHVV zu tiefe Akontobeiträge leistet ohne eben falls sicherzustellen, etwa durch Bildung von Rückstellungen, dass unter Berücksichtigung der zu erwartenden wirtschaftlichen Entwicklung genügend Mittel für die Begleichung der entsprechend höheren Schlussabrechnung innert nützlicher Frist zur Verfügung stehen. Das Bundesgericht verweist in diesem Zusammenhang auf Rz. 2048 der Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV, EO (WBB) des Bundesamtes für Sozialversicherungen, wonach eine Abweichung der jährlichen Lohnsumme um mindestens 10 Prozent von der ursprünglichen voraussichtlichen Lohnsumme als wesentlich im Sinne von Art. 35 Abs. 2 AHVV gilt (Urteil des Bundesgerichts 9C_247/2016 vom 10. August 2016 E. 5.1.1 mit weiteren Hinweisen). Die Abweichung zur zu Beginn des Jahres 2015 gemeldeten voraussichtlichen Lohnsumme von Fr.

440'000.-- (Urk. 3/6/2.1) und der effektiven Lohnsumme 2015 von Fr. 602'212.40 (Urk. 3/6/2.3) betrug ca. 37 %. Damit lag eine erhebliche und damit meldepflichtige Abweichung der Lohnsumme vor. Eine Meldung erfolgte aber nicht. Die Konkursitin verfügte zudem spätestens im Dezember 2015 nicht mehr über die nötigen finanziellen Mittel, um die aufgrund der effektiven Lohnsumme zu bezahlenden Beiträge mit der Ausgleichsrechnung zu bezahlen (vgl. Urk. 1 S.

4-5, Urk. 3/6/3.2). Damit ist die Konkursitin ihre Pflichten als Arbeitgeberin nicht nachgekommen und hat öffentlich rechtliche Vorschriften missachtet.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der dadurch entstandene Schaden auf qualifiziert schuldhaftes Verhalten der Beschwerde führenden 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 grobfahrlässig 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 praxis gemäss 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; ZAK 1985 S. 51 E. 2a, S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6). 4.1.4

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). 4.2

4.2.1

Der Beschwerdeführer 1 war seit 3. Oktober 2012 bis zur Konkurseröffnung über die A. AG am 29. März 2016 als Präsident beziehungsweise Mitglied des Verwaltungsrates dieser Gesellschaft im Handelsregister eingetragen (Sachverhalt Ziff. 1.1). Im Zeitraum, als die Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen waren, hatte er mithin formelle Organstellung

(vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_317/2011 vom 30. September 2011 E. 4.1.1 mit weiteren Hinweisen). Die Beschwerdeführerin 2 war vom 3.

Oktober 2012 bis 19. Januar 2016 im Handelsregister eingetragen (Sachverhalt Ziff. 1.1) und hatte in dieser Zeit ebenfalls formelle Organstellung. Zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates einer AG gehören insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 des Obligationenrechts [OR]), die Festlegung der Organisation (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 OR), die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für Führung der Gesellschaft notwendig ist (Art. 716a Abs. 1

Ziff. 3 OR)

und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Die Konkursitin beschäftigte ab Februar 2015 Personal. Ab 1 0. April 2015 wurde ein Gasthaus betrieben (Urk.

1 S. 2). In der Anfangszeit wurden neben einem Geschäftsführer ca. 8 bis 10 weitere Mitarbeiter beschäftigt (Urk.

1 S. 2). Gemäss der AHV- Lohnbescheinigung 2015 waren

bei der Konkursitin in diesem Jahr insgesamt, jedoch nicht gleichzeitig, 23 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter tätig (Urk.

3/6/2.3). Bei derart einfachen und überschaubaren Verhältnissen hätten praxisgemäss erhöhte Anforderungen an die Überwachung gegolten (Urteil des Bundesgerichts H 228/98 vom 25. Juli 2000 E. 5b/aa mit Hinweis). Wegen

den

organisatorischen und finanziellen Schwierigkeiten, welche bei der Konkursitin praktisch während der gesamten Betriebszeit bestanden, wäre zudem eine strenge Kontrolle der Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften, insbesondere des Beitragswe sens, angezeigt gewesen. 4.2.2

Gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführenden begannen nämlich bereits in der ersten Woche nach der Eröffnung des Gasthauses die

Probleme mit dem ersten Geschäftsführer, welcher seine Tätigkeit schliesslich

im Mai 2015 krankheitshalber habe aufgeben müssen (Urk. 1 S. 2, Urk. 3/1).

Ab 1 1. Mai 2015 sei ein Geschäftsführer als Übergangslösung eingestellt worden, bevor der neue Geschäftsführer seine Tätigkeit am 1. Juni 2015 aufgenommen habe (Urk. 1 S. 2). Die Beschwerdeführenden bringen weiter vor, dass bei einer Sitzung im Monat Juli 2015 bekannt geworden sei, dass nicht alle Löhne bezahlt werden könnten.

Im Sommer und Herbst 2015 hätten die "Netto-Löhne" mehrfach bevorschusst werden müssen (Einsprache vom 1 2. Oktober 2016 [Urk. 3/6/3.2]; vgl. auch den Bericht des Verwaltungsrates vom 8. Januar 2016: "Passivenüberschuss" von ca. Fr. 230'000.-- per 30. September 2015 [Urk. 3/2]). Alsdann

sei wegen des zu geringen Umsatzes Mitte September 2015 vom Verwaltungsrat eine Umgestaltung der Menü-Karte beschlossen worden, was eine Reduktion des Küchenpersonals zur Folge gehabt habe. Danach habe sich der Geschäftsgang jedoch nicht verbessert. Die Stimmung des Personals habe sich verschlechtert und Ende November 2015 sei es zu mehreren Kündigungen, insbesondere beim Küchenpersonal, gekommen (Urk. 1 S. 2).

Die Verbindlichkeiten der Gesellschaft hätten mit dem Umsatz bis Ende des Jahres nicht mehr wettgemacht werden können (Bericht des Verwaltungsrates vom 8. Januar 2016 [Urk. 3/2]). Im Januar 2016 sei festgestellt worden, dass innerhalb des Betriebes desolate Zustände herrschten und die Administration vernachlässigt worden sei (Urk. 1 S. 3).

Die Beschwerdeführenden bringen sodann vor, dass sie ein Treuhänder nehmen beauftragt hätten, welches auf Gastronomie-Unternehmen spezialisiert sei. Die Lohnsumme sei aufgrund des vom Treuhänder erstellten Budgets und Businessplans festgelegt worden. Zudem sei der Treuhänder verpflichtet gewesen, der Beschwerdegegnerin quartalsweise die Lohnunterlagen einzureichen

(Urk. 1 S. 3-4).

Ihren weiteren Ausführungen ist zu entnehmen, dass sie - insbesondere im Lohn- und Beitragswesen - auf ihren Treuhänder vertraut haben, da sie sich in "finanziellen und buchhalterischen Belangen" zu wenig sicher gefühlt hätten (Urk. 1 S. 4-5). Des Weiteren sind Geschäftsführer beschäftigt worden. Dem per 1. Juni 2015 eingestellten Geschäftsführer seien, so die Beschwerdeführenden weiter, "weitreichende Kompetenzen" eingeräumt worden, um "das Geschäft wieder in geordnete Bahnen" zu lenken (Urk. 1 S. 2). Die behauptete Delegation der Aufgaben und Befugnisse auf ihren Treuhänder und die Geschäftsführer vermag die Beschwerdeführenden jedoch nicht von ihren Pflichten als Verwaltungsräte, insbesondere der Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Art.

716a Abs. 1 Ziff. 5 OR) zu entlasten (vgl. Urteile des Bundesgerichts H 337/00 vom 7. Juni 2001 E. 3a; H 221/02 vom 17. Juli 2003 E.

4.2.1; 9C_153/2009 vom 18. November 2009 E. 6.2, mit Hinweis; Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich AK.2012.00035 vom 23. Oktober 2013 E. 4.2.1).

Aufgrund der ihnen bekannten Probleme mit dem Betrieb des Gasthauses während des Jahres 2015 wäre von ihnen ein erhöhter Einsatz und eine verstärkte Überwachung, insbesondere auch im Beitragswesen, gefordert gewesen (vgl. Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Freiburg 2008, S.

176 Rz.

738). Die Beschwerdeführenden sind der Auffassung, dass sie ihren Pflichten als Verwaltungsräte genügend nachgekommen seien. So hätten monatliche Sitzungen des Verwaltungsrates mit dem Geschäftsführer und dem Treuhänder stattgefunden. Sie hätten sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rappporte und Finanzunterlagen angefordert, diese sorgfältig studiert und ergänzende Auskünfte eingeholt (Urk. 1 S. 4). Sie legten drei Dokumente aus den Monaten Dezember 2015 sowie Januar und März 2016 auf, welche angeblich offene Rechnungen gegenüber der Beschwerdegegnerin zeigen (Urk. 3/3, Urk. 3/4, Urk. 3/4/1).

Es war ihnen aber bekannt, dass schon in der zweiten Woche nach der Eröffnung des Gasthauses am 10. April 2015 Probleme mit der Administration bestanden (Urk. 3/1).

Spätestens als sie im Juli 2015 erfahren hatten, dass die Konkursitin nicht alle Löhne bezahlen konnte und weitere finanzielle Mittel benötigte (Urk. 1 S. 4), wären

die Beschwerdeführenden gehalten gewesen, sich über den Stand der Verbindlichkeiten zu erkundigen und dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft ihren Zahlungspflichten, insbesondere auch gegenüber der Beschwerdegegnerin, nachgekommen wäre und die Abrechnungen korrekt erstellt hatte (vgl. Urteil des Bundesgerichts H 77/03 vom 18. Januar 2005 E. 6.4).

Dies haben die Beschwerdeführenden indes unterlassen. 4.2.3

Nach der Sitzung vom Juli 2015 gewährte der Beschwerdeführer 1 der Konkursitin am 27. August 2015

ein Darlehen in der Höhe von Fr. 60'000.--, welches gemäss Darlehensvertrag für die "Finanzierung anstehenden Lohnzahlungen"

verwendet werden sollte (Urk. 3/2/1). Ein Betrieb darf - gerade in Zeiten finanzieller Schwierigkeiten - nur so viel Lohn auszahlen, dass auch die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge gedeckt sind (Urteil des Bundesgerichts H 90/00 vom 20. Juni 2001 E. 4d und H 77/03 vom 18.

Januar 2005 E. 6.4, je mit Hinweis). Es genügt mithin nicht, die "Netto-Löhne" zu bevorschussen (vgl. die Einsprache der Beschwerdeführerinnen vom 12. Oktober 2016 [Urk.

3/6/3.2]). Die Beschwerdeführenden wären vielmehr verpflichtet gewesen, sicherzustellen, dass mit den zur Verfügung gestellten finanziellen Mitteln auch sämtliche auf den Löhnen zu entrichtenden

Sozialversicherungsbeiträge hätten bezahlt werden können. Dazu hätte auch die Kontrolle der Einhaltung der Abrechnungspflichten der Konkursitin, einschliesslich der Meldung einer veränderten Lohnsumme während des Jahres 2015,

gehört.

Diesbezüglich durften sich die Beschwerdeführenden nicht darauf verlassen, dass ihr Treuhänder der Beschwerdegegnerin die Änderungen bei den Löhnen melden würde. Sie hätten prüfen müssen, ob der Treuhänder seiner Verpflichtung auch nachgekommen ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts H

11/02 vom 17. Mai 2002 E. 4b).

Der von den Beschwerdeführenden ebenfalls angeführte

partielle Mietzinsverzicht der C.____ AG zugunsten der Konkursitin vom 30.

Dezember 2015 (vgl. die Vereinbarung zum Mietvertrag vom 30. Dezember 2015 [Urk. 3/2/2])

sollte gemäss Bericht des Verwaltungsrates vom 8. Januar 2016 zum Ausgleich der Bilanz der Konkursitin, welche per 30.

September 2015 einen "Pas sivenüberschuss" von ca. Fr. 230'000.-- ausgewiesen habe (Urk. 3/2), beitragen. Er war mithin nicht für die Bezahlung von Beitragschulden gedacht.

Aus der Gewährung des Darlehens über Fr. 60'000.-- für Lohnzahlungen (Urk. 3/2/1) sowie auch aus dem partiellen Mietzinsverzicht der C.____ AG zugunsten der Konkursitin vom 30.

Dezember 2015 (Urk. 3/2/2) können die Beschwerdeführenden somit nichts zu ihren Gunsten ableiten. Es ist nicht entscheidend, ob die verantwortlichen Organe zur Aufrechterhaltung des Betriebes oder zur Vermeidung eines Konkurses Massnahmen dieser Art unternommen haben, sondern ob sie nach aussen erkennbar der Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nachgekommen sind (Urteil des Bundesgerichts 9C_1025/2009 vom 29. Juni 2010 E. 3.2 mit Hinweis).

Dies war bei den Beschwerdeführenden nicht der Fall. 4.2.4

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Beschwerdeführenden nicht durch die Delegation der Aufgaben und Befugnisse entlasten können. Die Überwachung der mit der Geschäftsführung betrauten Personen und ihres Treuhänders war nicht genügend. Sie handelten daher grobfahrlässig. Trotz den ihnen bekannten organisatorischen und finanziellen Schwierigkeiten der Konkursiten haben sie es unterlassen, geeignete Massnahmen zu ergreifen, damit diese Gesellschaft ihren Melde- und Zahlungspflichten im Beitragswesen ordnungsgemäss nachkommt. 4.2.5

Die Beschwerdeführerin 2 haftet jedoch nicht für die Sozialversicherungsbeiträge (inkl. Nebenkosten) für den Januar 2016 in der Höhe von Fr. 9'882.--, da sie per 19. Januar 2016 aus dem Verwaltungsrat der Konkursitin ausgetreten ist, weshalb sie danach nicht mehr über deren Vermögen verfügen konnte.

Gleiches gilt für die nach ihrem Austritt aus dem Verwaltungsrat in Rechnung gestellten Mahnkosten für Akontobeiträge für den Monat Dezember 2015 und für die Ausgleichsrechnung 2015 von total Fr. 100.-- (Urk. 12/2.7-2.8) sowie Betreuungskosten und Verzugszinsen für die Akontobeiträge für die Monate Oktober bis Dezember 2015 und für die Ausgleichsrechnung 2015 von total Fr. 390.30 und Fr. 604.25 (Urk. 12/2.5-2.8) beziehungsweise für Nebenkosten von total Fr. 1'094.55.

Weil die Beschwerdeführerin 2 aber dafür mitverantwortlich war, dass die wesentliche Änderung der Jahreslohnsumme 2015 nicht gemeldet wurde (E.

4.2.3 vorstehend), besteht eine Haftung für die Ausgleichsrechnung 2015 (Urk. 12/2.8).

Die Schadenersatzforderung gegenüber der Beschwerdeführerin 2 reduziert sich daher auf Fr. 34'465.45 (Fr. 45'442.-- minus Fr. 10'976.55). 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 Mitverantwortung der Beschwerdeführenden ihren Melde- und Zahlungspflichten rechtzeitig und vollständig nachgekommen und wären nur so weit Löhne ausbezahlt worden, als die darauf geschuldeten Abgaben bei Fälligkeit hätten beglichen werden können, wäre der Schaden nicht eingetreten. 6.

Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 ist daher abzuweisen. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 ist der Einspracheentscheid vom 9. Dezember 2016 dahingehend abzuändern, als sie verpflichtet wird, Schadenersatz in der Höhe von Fr. 34'465.45 zu bezahlen. In diesem Umfang haften die Beschwerdeführenden solidarisch.

E. 7

Weil die Beschwerdegegnerin als Ausgleichskasse öffentlich-rechtliche Aufgaben wahrnimmt, steht ihr trotz ihres teilweisen Obsiegens kein Anspruch auf eine Prozessentschädigung zu (§ 34 Abs. 2 GSVGer; vgl. Reischmuth, a.a.O., S.

268 Rz. 1131 mit Hinweis). Das Gericht erkennt: 1. a) Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird abgewiesen.

b) In teilweiser Gutheissung der Beschwerde der Beschwerdeführerin 2 wird der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 9. Dezember 2016 dahingehend abgeändert, als die

Beschwerdeführerin 2 verpflichtet wird, Schadenersatz in der Höhe von Fr. 34'465.45 zu bezahlen. In diesem

Umfang haften die Beschwerde führenden solidarisch. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Der Beschwerdegegnerin

wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ - GastroSocial Ausgleichskasse - Bundesamt für Sozialversicherungen 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 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
HurstHübscher

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