

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2017.00019**

## **vom 8. November 2019**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-11-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2017.00019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2017.00019)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2017.00019 du 8 novembre 2019

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2017.00019 del 8 novembre 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

8. September 2015 ( Urk. 9/3/1-2, Urk. 9/4/1-2 und Urk. 9/5/1-2 ) verpflichtete die Ausgleichskasse

X.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_, bis am 23. Juli 2014 ( X.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_ ) beziehungsweise 21. Januar 2015 ( Y.\_\_\_\_ ) Mitglieder des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_ AG ( Urk. 21 ), in solidarischer Haftung zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 296'639.95. Die gegen diese Entscheidung gemeinsam erhobene Einsprache vom

#### **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 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).

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 Insolvenzenschädigung) sowie auf jene an die Familienausgleichskassen (FAK) gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (Art. 25 lit. c).

#### **E. 1.2**

Mit Verfügung vom

#### **E. 1.2.1**

Der Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können (BGE 126 V 443 E. 3a, 121 III 382 E. 3bb, 388 E. 3a, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. beispielsweise BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des Beitrags

pflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. beispielsweise BGE 121 V 234, 240). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 12 E. 5b, 170 E. 2a, 112 V 156 E. 2, 108 V 189 E. 2d, je mit Hinweisen). Im zweiten Fall gilt der Schadenseintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 12 E. 5b, 170 E. 2a, 121 III 382 E. 3bb, 113 V 256, 112 V 156 E. 2).

### **E. 1.2.2**

Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten (Art. 52 Abs. 3 AHVG; vgl. auch BGE 131 V 4 oben).

### **E. 1.2.3**

Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs. 3 AHVG ist in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schaden ersatzpflicht begründen können (BGE 131 V 425 E. 3.1, 129 V 193 E. 2.1, 128 V 15 E. 2a, 126 V 443 E. 3a, 452 E. 2a, 121 III 386 E. 3b, je mit Hinweisen).

Im Falle eines Konkurses oder Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung hat die Kasse nicht notwendigerweise erst Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs. 3 AHVG, wenn sie in die Verteilungsliste und Schlussrechnung des Konkursamtes oder Liquidators Einsicht nehmen kann oder einen Verlustschein erhält; denn wer im Rahmen solcher Verfahren einen Verlust erleidet und auf Ersatz klagen will, hat praxisgemäss in der Regel bereits dann ausreichende Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet beziehungsweise der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird. In diesem Zeitpunkt ist oder wäre der Gläubiger im Allgemeinen in der Lage, den Stand der Aktiven, die Kollokation seiner Forderung und die voraussichtliche Dividende zu kennen (BGE 126 V 443 E. 3a, 119 V 89 E. 3, je mit Hinweisen).

### **E. 1.3**

Das über die C.\_\_\_\_ Holding AG eröffnete Konkursverfahren wurde mit Urteil des Konkursrichters vom 5. September 2014 mangels Aktiven eingestellt (vgl. Urk. 21). Mit der Veröffentlichung des Beschlusses im SHAB wurde die zwei jährige Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 AHVG ausgelöst. Mit Erlass der Schadenersatzverfügungen vom 18. September 2015 (Urk. 9/3/1-2, Urk. 9/4/1-2 und Urk. 9/5/1-2) wahrte die Beschwerdegegnerin die genannte Frist. Die Verjährung der streitgegenständlichen Forderung ist demnach nicht eingetreten. 2.

### **E. 2**

1. Oktober 2015 (Urk. 9/2/1)

#### **E. 2.1**

Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig

geht (Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.). Verwaltungs- und Betreuungskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 382 E. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 189 E. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5).

### **E. 2.2.1**

Die Beschwerdegegnerin stützte ihre Forderung gegenüber den Beschwerdeführern im Wesentlichen auf die AHV-Lohnbescheinigung der A.\_\_\_\_ AG für das Jahr 2014 (Urk. 26/3, vgl. dazu auch Jahresabrechnung für Lohnbeiträge vom 1. Januar 2014 bis 19. August 2014, Urk. 9/2/10). Im Weiteren liegen zahlreiche Mahnungen, Betreibungsbegehren und Verzugszinsabrechnungen bei den Akten.

### **E. 2.2.2**

Aus der genannten Lohnbescheinigung ergibt sich, dass die Gesellschaft im Jahr 2014 Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 4'507'895.15 ausgerichtet hat. Der Ausstand der A.\_\_\_\_ AG resultiert aus der Gegenüberstellung der gemäss Abrechnungsbuchhaltung der Beschwerdegegnerin vom 14. Juni 2019 (Urk. 26/2) geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten, Gebühren und Verzugszinsen) und der von der Gesellschaft geleisteten Zahlungen. Soweit die Beschwerdeführer geltend machten, für die Monate Februar bis August 2014 seien viel zu hohe Lohnbeiträge in Rechnung gestellt worden, ist festzuhalten, dass es sich dabei lediglich um provisorische Rechnungen handelte. Der Jahresabrechnung für Lohnbeiträge (Urk. 9/2/10) ist zu entnehmen, dass die bereits fakturierten Beiträge um Fr. 362'950.80 höher waren als der - auf der von der A.\_\_\_\_ AG gemeldeten Lohnsummen (Urk. 26/3/1) basierende - effektive Jahresbetrag. Die zu viel in Rechnung gestellten Fr. 362'950.80 wurden von der Beschwerdegegnerin in der Abrechnungsbuchhaltung (Urk. 26/1 und Urk. 26/2) richtigerweise subtrahiert.

Der am Schluss verbleibende Saldo von Fr. 296'639.95 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin (Urk. 26/1 und Urk. 26/2) basiert also nicht auf überhöhten Rechnungen, sondern auf den effektiven Lohnzahlungen der A.\_\_\_\_ AG. Die im Juli und August 2014 erfolgten Zahlungen der Gesellschaft im Umfang von Fr. 153'487.75 (vgl. dazu Urk.

### **E. 2.2.3**

Die Beschwerdeführer anerkennen denn im Grundsatz auch Beitragsausstände im Umfang von Fr. 285'549.20 (April 2014 Fr. 89'000.-- minus Anzahlung von Fr. 46'500.--, Mai 2014 Fr. 74'000.--, Juni 2014 Fr. 93'000.-- und Nachtragsabrechnung Fr. 76'049.20, Urk. 1 S. 7-8), zu Recht vermuteten sie zudem (Urk. 1

S. 9), dass sich die Differenz zur Schadenersatzverfügung im Umfang von total Fr. 11'090.75 aus Verzugszinsen zusammensetzt (vgl. dazu Urk. 26/2). Bestritten wird von ihnen denn im Grundsatz auch nicht die Schadenshöhe, sondern das haftungs begründende Verschulden (dazu E. 5 hernach). So machten

sie geltend, für die Beiträge der Monate Mai und Juni 2014 sowie für die Nachtragsabrechnung nicht zu haften, da diese erst nach beziehungsweise kurz vor der BetriebsEinstellung

Ende Juni 2014 fällig geworden seien ( Urk. 1 S. 6-9 , vgl. auch Urk. 32 S. 2 ) . Dazu ist folgendes festzuhalten:

Ab 1. Juli 2014 zahlte die A.\_\_\_\_ AG keine Löhne mehr aus (vgl. Urk. 26/12/5). Bis am 28. Juli 2014 waren alle Beschwerdeführer Mitglieder des Verwaltungsrats der Gesellschaft , anschliessend war der Beschwerdeführer 2 bis zur Löschung der Gesellschaft einziges Mitglied des Verwaltungsrats. Mit dem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat entfiel die Befugnis der Beschwerdeführer 1 und 3 als Organ der A.\_\_\_\_ AG zur Vermögensdisposition. Später entstandene Forderungen können ihnen deshalb nicht angelastet werden. Indes bilden Sozialversicherungsbeiträge beziehungsweise Beitragsschulden, die zu einem Zeitpunkt entstanden waren, als alle Beschwerdeführer das formelle Organ der Gesellschaft bildeten , Bestandteil des Schadens. Weder Abrechnungspflicht, Beitragsschuld noch Fälligkeit sind von der Zustellung einer Rechnung oder einer Veranlagungs- oder Nachzahlungsverfügung seitens der Beschwerdegegnerin abhängig. Die Abrechnungspflicht sowie die Beitragsschuld entstehen im Zeitpunkt der Lohnzahlung (Art. 14 und Art. 51 AHVG; Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 136/00 vom 29. Dezember 2000 E. 4b). Die letzten Lohnzahlungen erfolgten im Juni 2014. Zu jenem Zeitpunkt bildeten noch immer alle Beschwerdeführer das formelle Organ der Gesellschaft, weshalb sie für die durch die Lohnzahlung angefallenen Sozialversicherungsbeiträge grundsätzlich zur Haftung herangezogen werden können . Vor diesem Hintergrund ist unerheblich, wenn die Beschwerdegegnerin erst nach der Konkurseröffnung sichere Kenntnis von der genauen Höhe der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge erhielt respektive diese erst anschliessend von den Beschwerdeführern einforderte . Ebenso ist in diesem Zusammenhang nicht von Relevanz , ob der Konkurs am 1. Juli oder 18.

August 2014 angemeldet wurde und ob bei Konkurseröffnung am 1. Juli 2014 der Schaden der Beschwerdegegnerin höher ausgefallen wäre. Auf die Ausführungen der Beschwerdeführer in Bezug auf das Zuwarten mit der Konkurseröffnung (vgl. etwa Urk. 1 S. 6-7 und Urk.

### **E. 2.2.5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Schadensberechnung der Beschwerdegegnerin aufgrund der Rechts- und Aktenlage ansonsten als korrekt erweist , die Schadenshöhe ist durch die Akten (insbesondere Urk. 25 und Urk. 26/1-15) ausgewiesen und - seitdem die Beschwerdegegnerin sie mit Eingabe vom 12. August 2019 ergänzend begründet hat - nachvollziehbar. Eine Rückweisung der Sache an sie zur Neufestlegung des Schadenersatzes erübrigt sich damit. Vielmehr ist die Schadensberechnung im erwähnten Sinne zu bestätigen und es ist von einem Schadensbetrag von Fr. 29 3 ' 181 .90

auszugehen. 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 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 öffentlich rechtlichen 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).

Nach Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV haben die Arbeitgeber der Ausgleichskasse die Beiträge monatlich zu bezahlen, wenn die jährliche Lohnsumme Fr. 200'000.-- nicht übersteigt vierteljährlich. Gemäss Art. 35 Abs. 1 AHVV haben die Arbeitgeber im laufenden Jahr periodisch Akontobeiträge zu entrichten. Diese werden von der Ausgleichskasse auf Grund der voraussichtlichen Lohnsumme des Beitragsjahres festgesetzt. 3.2

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die A. \_\_\_ AG den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen im Jahr 2014 nur unvollständig nachkam. So geht aus der Abrechnungsbuchhaltung vom 18. September 2015 hervor, dass die gesuldeten Akontozahlungen ab

April 2014 überhaupt nicht mehr bezahlt wurden und die Gesellschaft bereits zuvor immer wieder gemahnt werden musste (Urk. 26/1). Die Gesellschaft richtete 2014 Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 4'507'895.15 aus, blieb der Beschwerdegegnerin aber geschuldete Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 296'639.95 schuldig (vgl. E. 2.2 hier vor). Die A. \_\_\_ AG hat damit Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG verletzt, weshalb die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit recht sprechungsgemäss zu bejahen und der von ihr verursachte Schaden grundsätzlich voll zu decken ist.

Zu prüfen bleibt, inwieweit diese Missachtung öffentlichrechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten der Beschwerdeführer zurückzuführen ist. 4. 4.1

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).

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; ZAK 1992 S. 248 E. 4b; vgl. BGE 132 III 523). 4.2 4.2.1

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; ZAK 1985 S. 51 E.

2a, S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6). 4.2.2

Während die Beschwerdeführer 1 und 2 im Handelsregister bis 28. Juli 2014 als Mitglieder des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschriftsberechtigung zu zweien eingetragen waren, amtierte der Beschwerdeführer 3 bis zu diesem Zeitpunkt als Präsident des Verwaltungsrates der Gesellschaft, dies ebenfalls mit Kollektivunterschriftsberechtigung zu zweien (Urk. 21). Den Beschwerdeführern kommt daher formelle Organeigenschaft zu, worauf für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) abzustellen ist (BGE 123 V 15 E. 5b mit Hinweisen).

Als Verwaltungsratsmitglieder oblagen den Beschwerdeführern die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach Art. 717 Abs. 1 des Obligationenrechtes (OR) und die Aufsichts- und Kontrollpflichten gemäss Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR. Eine Verletzung dieser Pflichten ist als grobfahrlässig zu werten, sodass die Beschwerdeführer für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden solidarisch einzustehen haben, sofern keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen. 5. 5.1

Die Beschwerdeführer brachten zu ihrer Entlastung im Wesentlichen vor, zum Jahreswechsel 2012/2013 hätten gleichzeitig mehrere Personalberater gekündigt, trotz vertraglichen Konkurrenzverboten einen Konkurrenzbetrieb eröffnet und massiv Kunden und Einsatzpersonen abgeworben. Der Umsatz der A.\_\_\_\_ AG sei deshalb innert Wochen um mehr als 30 % zusammengefallen, ohne dass entsprechend schnell auch die Kosten nach unten hätten angepasst werden können. Als Folge sei die Gesellschaft in Liquiditätsengpässe gekommen, was sich auch bei Rückständen gegenüber der Beschwerdegegnerin bemerkbar gemacht habe (Urk. 1 S. 3-4). Bereits Mitte Mai 2014 sei ein auf Sanierungen spezialisierter Anwalt beigezogen und im Juni 2014 ein Sanierungskonzept entworfen worden. Dieses habe vorgesehen, den laufenden Betrieb der Gesellschaft unverzüglich einzustellen und eine Tochtergesellschaft neu zu gründen, welche alle Mitarbeiter und einen wesentlichen Teil der Dauerverträge übernommen habe. Per 30. Juni 2014 habe die A.\_\_\_\_ AG den Betrieb eingestellt. Zur Beurteilung der verspäteten Zahlung sei auf diesen Zeitpunkt abzustellen

(S. 5-7). 5.2

Vorweg ist festzuhalten, dass in diesem Prozess nicht zu untersuchen ist, ob der Konkurs der A.\_\_\_\_ AG allenfalls hätte vermieden werden können oder ob am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten Drittpersonen diesbezüglich irgend ein Schuldvorwurf gemacht werden könnte. Insbesondere ist nicht zu prüfen, inwiefern das arbeitsvertragswidrige Verhalten ehemaliger Mitarbeiter die Gesellschaft geschädigt und schliesslich rund eineinhalb Jahre später zu deren Konkurs geführt hat. Nachfolgend ist vielmehr einzig zu entscheiden, ob die Beschwerdeführer in Bezug auf die grobfahrlässige Verletzung ihrer

Pflichten als Verwaltungsratsmitglieder Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe geltend machen können. 5.3 5.3.1

Die Beschwerdeführer waren die einzigen Mitglieder des Verwaltungsrates der A.\_\_\_\_ AG und jeweils zu zweien zeichnungsberechtigt. Dass einer von ihnen über den Geschäftsgang und die wesentlichen Belange des Unternehmens keinen Überblick gehabt hätte, wurde weder geltend gemacht noch ist solches aus den Akten ersichtlich.

Ein Betrieb darf praxis- und rechtsprechungsgemäss nur so viel Lohn auszahlen, als auch die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge noch gedeckt sind (siehe etwa Urteile des Bundesgerichts 9C\_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.2.2 mit Hinweis und H 90/00 vom 20. Juni 2001 E. 4d mit Hinweis auf SVR 1995 AHV Nr. 70), was bei der A.\_\_\_\_ AG gerade nicht der Fall war. Wenn die Liquiditätssituation die Begleichung der vollen Bruttolöhne zuzüglich des Anteils des Arbeitgeberbeitrages nicht zulässt, sind die Lohnzahlungen auf ein Mass zu reduzieren, welches die Entrichtung der darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge erlaubt (Urteil des Bundesgerichts H 69/05 vom 15. März 2006 E. 5.3.3 mit Hinweis). Die verantwortlichen Organe haben gerade in wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen darauf zu achten, dass die von Gesetzes wegen geschuldeten Beiträge entrichtet werden können (Urteile des Bundesgerichts 9C\_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.2. 2, 9C\_38/2015 vom 15. Mai 2015 E. 3.3, 9C\_328/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 5.1 und H 63/05 vom 25. Mai 2007 E. 6.4, je mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführer müssen sich demnach den Vorhalt gefallen lassen, dass die A.\_\_\_\_ AG der Beschwerdegegnerin für das Jahr 2014 Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 29'3'181.90

schuldig blieb, im selben Zeitraum aber Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 4'507'895.15 ausrichtete (vgl. E. 2.2 hievore). Mit anderen Worten wurde den Lohnzahlungen Priorität vor der Beitragsentrichtung eingeräumt, wodurch die Beschwerdegegnerin zu Schaden kam. Indem die Beschwerdeführer nicht gegen das pflichtwidrige Handeln der A.\_\_\_\_ AG einschritten beziehungsweise selbst diese Vorgehensweise (prioritäre Behandlung der Lohnzahlungen vor der Beitragsentrichtung) wählten, verletzte sie ihre

öffentlichrechtlichen Pflichten als Mitglieder des Verwaltungsrats. Sie hätten nämlich dafür sorgen müssen, dass die A.\_\_\_\_ AG nur Löhne ausrichtet, für die die Gesellschaft auch die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge zu leisten imstande ist (für viele etwa: Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 26/06 vom 10. April 2006 mit Hinweis). Dies hätte den Beschwerdeführern umso mehr bewusst sein müssen, als sie bereits nach dem Konkurs der A.\_\_\_\_ AG vom 12. August 2003 verpflichtet werden mussten, der Ausgleichskasse Schadenersatz für entgangene Beiträge zu zahlen (vgl. Urteil des hiesigen Gerichts vom 19. Mai 2006, Prozess-Nr. AK.2005.00017). 5.3.2

Die Beschwerdeführer können sich zur Rechtfertigung dieses Verstosses gegen die gesetzliche Beitragszahlungspflicht nicht auf die in E. 4.1 hievore wie dargegebene höchstichterliche Praxis berufen, wonach es in schwierigen finanziellen Situationen unter Umständen gerechtfertigt sein kann, die Beiträge nicht zu bezahlen, um die Existenz des Unternehmens zu retten. Es ist zu betonen, dass ein solches Vorgehen nur dann nicht zu einer Haftung nach Art. 52 AHVG führt, 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 binnen nützlicher Frist

werde befriedigen können. Es muss demzufolge sowohl ein materielles, inhaltliches Element (die seriösen Sanierungsaussichten) als auch ein zeitliches Element (binnen nützlicher Frist) erfüllt sein. 5.3.3

Das Vorgehen der Beschwerdeführer, die Dauer- und Arbeitsverträge sowie alle Aktiven auf eine neu gegründete Gesellschaft zu übertragen

und über die A.\_\_\_\_ AG den Konkurs eröffnen zu lassen ohne dass die Passiven übernommen worden wären (vgl. dazu Urk. 3/13 S. 6) , entspricht selbstredend nicht einem Sanierungsplan im Sinne der dargelegten Rechtsprechung. Auch

verfügten die Beschwerdeführer über keinen konkreten Zeitplan, der vorgegeben hätte, bis zu welchem Zeitpunkt die Beitragsausstände beglichen werden sollten. Angesichts der langdauernden Liquiditätsprobleme der Gesellschaft und des hohen Mittelbedarfs durften die verantwortlichen Organe auch nicht davon ausgehen, dass es sich um bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten handelte, welche durch das Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge überbrückt werden könnten. Aufgrund der objektiven Umstände konnten die Beschwerdeführer nicht annehmen, dass die Nichtbezahlung der Beitragsschuld nur eine vorübergehende Zurückbehaltung von Sozialversicherungsbeiträgen darstellt, welche die Rettung der Gesellschaft ermöglicht hätte. Die Beschwerdeführer gaben denn auch selbst an, dass ihnen rasch klargeworden sei, dass eine Sanierung der bestehenden Gesellschaft nicht mehr möglich sei (Urk. 1 S. 5). Das inhaltliche Element (die seriösen Sanierungsaussichten) ist damit nicht erfüllt. 5.3.4

Ebenso wenig ist das zeitliche Element (die Aussicht der Bezahlung der Beitragsausstände binnen nützlicher Frist) erfüllt. Zum einen

geriet die A.\_\_\_\_ AG bereits im August 2013 mit der Begleichung der geschuldeten Beiträge in Verzug und musste wiederholt gemahnt und betrieben werden (Urk. 9/7). Schwere Mängel in der Lohnbuchhaltung in den Jahren 2007 bis 2009 (vgl. Urk. 9/8a S. 6) führten zudem zu einer Nachforderung von Fr. 208'693.70 für das Jahr 2012 (Urk. 9/8c). Die ausstehenden Beiträge wurden ab September 2013 ratenweise und ab März 2014 nur noch teilweise bezahlt (vgl. Urk.

9/2/6, Urk. 26/1 und Urk. 26/2). Die „nützliche Frist“ war somit bereits verstrichen, als die A.\_\_\_\_ AG im Mai 2014 anfang, nach Sanierungsmöglichkeiten Ausschau zu halten. Von einem kurzfristigen Verstoß gegen die Beitragsvorschriften im Sinne von BGE 121 V 243 kann ebenfalls 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, drei Monate vor dem Konkurs immer klaglos war (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts H 141 /0 1 vom 8. Juli 2003 E. 3.3). Dies war vorliegend offenkundig nicht der Fall. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführer (vgl. etwa Urk.

#### **E. 2.4**

Mit Eingabe vom 4. Oktober 2017 machten die Beschwerdeführer erstmals geltend, dass der A.\_\_\_\_ AG zu Unrecht Beiträge für den kantonalen Berufsbildungsfonds

in Rechnung gestellt worden seien, habe diese doch ab 13. August 2012 einen Lehrling ausgebildet (Urk.

#### **E. 7**

) wies die Ausgleichskasse am 15. Mai 2017 ab ( Urk. 2). 2.

Dagegen erhoben X.\_\_\_\_, Y.\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_ am 15. Juni 2017 Beschwerde ( Urk. 1) und beantragten, der angefochtene Einspracheentscheid sei aufzuheben, gegebenenfalls sei die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen um die Höhe des Schadenersatzes neu festzulegen, eventualiter sei der Schadenersatz durch das hiesige Gericht neu festzulegen (S. 2). Am 23.

August 2017 beantragte die Ausgleichskasse, die Beschwerde sei abzuweisen (Urk.

### **E. 8**

). Mit Eingaben vom 4. Oktober 2017 ( Urk. 13), 24. Oktober 2017 (Urk. 17) und 4. September 2018 ( Urk. 19) reichten die Parteien weitere Stellungnahmen ein. Mit Verfügung vom 22. Mai 2019 ( Urk. 22) forderte das hiesige Gericht die Beschwerdegegnerin auf, die von ihr geltend gemachte Schadenersatzforderung ergänzend zu begründen. Mit Eingabe vom 12. August 2019 ( Urk. 25) reichte die Beschwerdegegnerin eine ergänzende Begründung der Schadenersatzforderung sowie weitere Unterlagen ( Urk. 26/1-15) ein. Die Stellungnahme der Beschwerdeführer vom 14. Oktober 2019 ( Urk. 32) wurde der Beschwerdegegnerin am 22. Oktober 2019 zur Kenntnis gebracht ( Urk. 33). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 13**

S. 2 und Urk. 32 S. 2) ist entsprechend auch nicht für jeden Beitragsausstand einzeln zu prüfen, ob dieser aus grobfahrlässigen Gründen nicht bezahlt wurde. 5.3.5

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die prioritäre Behandlung der Lohnzahlungen durch die A.\_\_\_\_ AG nicht gerechtfertigt war und ein haftungsbegründendes Verschulden seitens der Beschwerdeführer ausgewiesen ist. 6.

Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten beziehungsweise die Passivität der Beschwerdeführer ohne Weiteres auch als adäquat kausal (BGE 119 V 406 E. 4a) für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen beziehungsweise vorliegend relevanten Schaden von Fr. 293'181.90

zu betrachten, weshalb sie zu Recht verpflichtet wurden, dafür Ersatz zu leisten. Demzufolge ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. 7.

Bei diesem Ergebnis - fast vollständiges Unterliegen - rechtfertigt sich die Zusprache einer Prozessentschädigung an die Beschwerdeführer nicht. Das Gericht erkennt: 1.

In

teilweiser

Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 15. Mai 2017 in soweit abgeändert, als die Beschwerdeführer verpflichtet werden, der Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber in solidarischer Haftung Schadenersatz im Umfang von Fr. 293'181.90 zu bezahlen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Den Beschwerdeführern wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Felix Rutschmann - Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber - 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  
Die Gerichtsschreiberin  
GräubLanzicher

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