

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2018.00018 vom 21. November 2019**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2018.00018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2018.00018)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2018.00018 du 21 novembre 2019

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2018.00018 del 21 novembre 2019

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Z.\_\_\_\_

AG, seit 11. November 2015 mit Sitz in A.\_\_\_\_, war der

Ausgleichskasse HOTELA

(Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeit geberin angeschlossen und rechnete mit ihr die paritätischen und FAK Beiträge ab (vgl. Urk. 10/68 und 10/69). Am 17. Mai 2016 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Uster über die Gesellschaft den Konkurs. Mit Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich vom 21. Juni 2016 wurde der Entscheid aufgehoben und am

### **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**

2

Durch den definitiven Pfändungsverlustschein vom 2. Februar 2018 (Urk. 10/35) ist eine Forderungssumme von total Fr. 111'730.75 verbrieft. Damit wurde die zweijährige Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 ATSG ausgelöst. Die Beschwerde der gegnerin machte in ihren Einspracheentscheiden 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 mit Hinweisen). Dies trifft im zweiten Fall dann zu, wenn die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 12 E. 5b, 112 V 156 E. 2; ZAK 1990 S. 287 E. 3b/aa).

Eine solche tatsächliche Uneinbringlichkeit und damit ein Schaden liegt vor, wenn die Ausgleichskasse in der gegen den Arbeitgeber eingeleiteten Betreuung auf Pfändung vollständig zu Verlust gekommen ist. Der Pfändungsverlustschein gemäss Art. 115 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 149 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), welcher den Schaden grundsätzlich und in masslicher Hinsicht fest umschreibt, manifestiert, dass der Arbeitgeber seine Beitragspflicht nicht erfüllt hat und damit realistisch der Schaden ersatzpflichtig nach Art. 52 Abs. 1 AHVG nicht nachkommen kann. Deshalb steht vom Zeitpunkt der Ausstellung des Pfändungsverlustscheines an ein Verbot der subsidiär haftbaren Organe nichts im Wege. In diesem Moment hat die Ausgleichskasse auch Kenntnis des Schadens, was die zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 52 Abs. 3 AHVG in Gang setzt (BGE 113 V 256; SVR 2000 AHV Nr. 8; ZAK 1991 S. 125, 1988 S. 300).

### **E. 6**

August 2018

die Gesellschaft

mangels Geschäftstätigkeit und

verwertbarer Aktiven und da kein Interesse an der Aufrechterhaltung geltend gemacht wurde

von Amtes wegen gelöscht (Urk. 10/69).

Zwischenzeitlich, am 2. Februar 2018, stellte das Betreibungsamt Dübendorf einen Pfändungsverlustschein über eine Forderungssumme von Fr. 111'730.75 der Ausgleichskasse als Gläubigerin gegenüber der Z. \_\_\_ AG als Schuldnerin aus (Urk. 10/35).

Mit Verfügungen vom 15. Februar 2018 (Urk. 10/70 und Urk. 13/9/70) verpflichtete die Ausgleichskasse X. \_\_\_ als ehemaligen Direktor und Y. \_\_\_ als ehemaligen Verwaltungsrat der gelöschten Firma zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangene Beiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 155'713.40.

Demgegenüber erhob Y. \_\_\_ am 16. März mit Ergänzung vom 24. April 2018 (Urk. 13/9/73 und 13/9/74 S. 3-4) und X. \_\_\_ am 19. März 2018 (Urk. 10/72)

Einsprache. Mit

den Einspracheentscheiden vom 19. Juli 2018 (Urk. 2 und 13/2)

reduzierte die Ausgleichskasse unter Hinweis auf zwischenzeitlich geleistete Beiträge ihre Schadenersatzforderung auf Fr. 111'730.75 (ungedeckte Forderung Januar bis Mai 2015, inkl. Betreuungskosten) und wies im Übrigen die Einsprachen ab.

2.

Dagegen erhob

X.\_\_\_\_

am 12. September 2018 (Urk. 1) Beschwerde mit den Anträgen: 1. Der Einspracheentscheid vom 19. Juli 2017 (richtig 2018) und die Schadenersatzverfügung vom 15. Februar 2018 seien vollumfänglich aufzuheben. 2. Der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge, zuzüglich Mehrwertsteuerzuschlag, zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Y.\_\_\_\_ erhob am 14. September 2018 (Urk. 13/1) gegen den ihn betreffenden Einspracheentscheid ebenfalls Beschwerde und beantragte: 1.

Es sei die Schadenersatzverfügung vom 15. Februar 2018 sowie der Einspracheentscheid vom 19. Juli 201

### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer 2

war, wie bereits dargelegt, vom 5. August 2014 bis 11. November 2015 als einziges Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift der Z.\_\_\_\_ AG deren formelles Organ (Urk. 10/68 und 69) und damit grundsätzlich für einen korrekten Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse verantwortlich. Insofern er zu

seiner Entlastung vorbringt, er sei lediglich für die strategische Führung zuständig gewesen, während die operative Führung inklusive finanzielle Führung durch den Direktor des Hotelbetriebes übernommen worden sei, ist eine entsprechende Delegation solcher Kompetenzen (gerade) nicht aktenkundig (siehe E. 5.4) und der Beschwerdeführer 2 vermag sich dadurch seiner Verantwortung nicht zu entziehen. Denn selbst bei nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften ist entscheidend, ob sie den ihnen obliegenden Kontroll- und Aufsichtspflichten nachgekommen sind. Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 des Obligationenrechts (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 und er hat bei Unregelmässigkeiten sofort einzuschreiten (Urteil des Bundesgerichts 9C\_651/2012 vom 15. Mai 2013 E. 6.2 mit weiteren Hinweisen). 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). Werden etwa 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 allerdings

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 an zurechnen, was die volle Schadenersatzpflicht nach sich zieht, sofern ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Verletzung von Vorschriften und dem Schadenseintritt besteht und die Aus gleichskasse kein Mitverschulden trifft. Der Grund liegt in der besonderen Natur der AHV-Beiträge, hinsichtlich welcher der Arbeitgeber die Funktion eines Voll zugsorgans ausübt (Art. 51 AHVG). Daraus resultiert eine besondere Pflicht, für die ordnungsgemässe Bezahlung der Beiträge zu sorgen (vgl. Urteil des Bundes gerichts 9C\_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.2.2 mit Hinweisen) .

Im Weiteren ist auch nicht nachvollziehbar , dass der Beschwerdeführer 2 -  
trotz fehlende r Delegation -

glaubte ,

der Beschwerdeführer 1 habe die Sozialver siche rungsabgaben auf den von Januar bis Mai 2015 ausgerichteten Löhnen korrekt abgerechnet und abgeföh rt . Denn einerseits konnten die Zahlungen durch diesen mangels Bankvollmacht gar nicht ausgelöst werden , andererseits musste dem Beschwerdeführer 2 klar sein, dass

- nachdem er selber

die Löhne entsprechend seiner Vollmacht bei der Bank ausgelöst hatte

- , auch die darauf geschuldeten Sozialversicherungsabgaben abzuführen waren. Dafür hätte umso mehr Anlass bestanden, als finanzielle Schwierigkeiten der Gesellschaft offenbar bereits im Januar 2015 zur Einberufung eine r ausserordentliche n Generalversammlung geführt haben und der Beschwerdeführe r 2 selber Lohn bezogen hat, welcher ab Februar 2015 (bis und mit Juni 2015)

gar noch erheblich erhöht wurde (vgl.

Urk.

17/1-2) . Damit ist d em Beschwerdeführer 2 aus seiner Organstellung als einziges und einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitgliedes die Nicht be glei chung der Sozialversicherungsbeiträge auf den Löhnen Januar bis Ende Mai 2015 als ( zumindest ) grobfahrlässige Unterlassung anzurechnen.

## **E. 6.2**

Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten be ziehungsweise die Passivität des Beschwerdeführer s 2 ohne Weiteres auch als adäquat kausal (BGE 119 V 406 E. 4a) für den bei der Beschwerdegegneri n eingetretenen Schaden von Fr. 111'730.75

zu betrachten, weshalb er zu Recht verpflichtet wurde , dafür

Ersatz zu leisten . Dies führt zur Abweisung der Beschwerde des Beschwerdeführers 2 . 7.

Nach dem Dargeleg ten ist die Beschwerde des Beschwerdeführer s 1

gutzuheissen und der ihn betreff ende

Einspracheentscheid vom 19 . Juli 2018

aufzuheben. Die Beschwerde des Beschwerdeführer s 2 hingegen ist abzuweisen

und er ist zu ver pflichte n , Schadenersatz im Betrag von Fr. 111'730.75 zu leisten. 8.

Der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer 1 stellte einen Antrag auf Zusprechung einer Prozessentschädigung (Urk. 1 S. 2). Gemäss § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) steht der obsiegenden Partei ein Anspruch auf Ersatz der Parteikosten zu. Die Prozessentschädigung wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer). In Würdigung aller massgebenden Umstände erweist sich eine Prozessentschädigung in der Höhe von Fr. 2'800.-- als angemessen.

Bei diesem Verfahrensausgang erübrigen sich prozessuale Weiterungen zufolge des Todesfalls des Beschwerdeführers 1 am

#### **E. 8**

aufzuheben und es sei festzustellen, dass der Beschwerdeführer nicht schadenersatzpflichtig ist. 2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Die Ausgleichskasse schloss in ihren Beschwerdeantworten vom 27. November 2018 (Urk.

#### **E. 9**

und Urk. 13/8) auf Abweisung der Beschwerden.

In seiner Replik vom 14. Februar 2019 hielt Y.\_\_\_\_ an den bisherigen Anträgen fest (Urk. 13/13). Die Ausgleichskasse verzichtete auf eine Duplik und beantragte die Vereinigung der beiden Beschwerdeverfahren (Urk. 13/16).

Mit Verfügung vom 1. März 2019 (Urk. 12) wurden die beiden Beschwerdeverfahren vereinigt. Mit Eingaben vom

#### **E. 12**

April 2019 (Urk.

#### **E. 15**

), 23.

Mai 2019 (Urk.

19),

25. Juni 2019 (Urk. 23) und

#### **E. 19**

Juli 2018 (Urk. 2 und Urk. 13/2) eine Schadenersatzforderung in entsprechender Höhe geltend, nach dem sie vorgängig am 15. Februar 2018

Schadenersatzverfügungen erlassen hatte (Urk. 10/70 und Urk. 13/9/70).

Sie

wahrte damit die genannte Frist. Die streitgegenständlichen Forderungen sind demnach nicht verjährt. 2.

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). 2.2

Der von der Beschwerdegegnerin verfügungsweise geltend gemachte Schaden für die unbezahlte g ebliebenen Beiträge und Nebenkosten wird von den Beschwerdeführer n in masslicher Hinsicht nicht bestritten (Urk. 1 S. 6 und Urk. 13/2 S. 4 ). Er ist anhand der Kassenakten – insbesondere gestützt auf den Kontrollrapport vom 4. November 2016 (Urk. 10/64 S. 1) und den Bericht der Revisionsstelle der Ausgleichskassen (rsa) vom 25. Oktober 2016 (Urk. 10/64 S. 2 ff. ) sowie den

Kontoauszug vom 8. Februar 2018 (vgl. Urk. 10/41) hinreichend substantiiert dargelegt. 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 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 Kassenakten ist zu entnehmen, dass die Z.\_\_\_\_ AG den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen in den Jahren 2014 und 2015 nicht beziehungsweise nur unvollständig nachgekommen ist. Die Beschwerdegegnerin sah sich deshalb veranlasst, die Gesellschaft wiederholt zu mahnen (Urk. 10/6, 10/9, 10/11, 10/13, 10/15, 10/17, 10/18, 10/20, 10/21, 10/24, 10/26, 10/28). Zusätzlich wurde ihr im Juli 2015 ein Zahlungsaufschub samt Ratenzahlungsplan bewilligt (Urk. 10/57), der jedoch nicht eingehalten wurde (vgl. Kontoauszug Urk.

10/47). Schliesslich blieben im vorliegenden Prozess relevante Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 111'730.75 unbezahlt. Damit ist die Gesellschaft ihren Pflichten als Arbeitgeberin nicht nachgekommen und hat öffentlichrechtliche Vorschriften missachtet.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der entstandene Schaden auf ein qualifiziert schuldhaftes Verhalten der Beschwerdeführer zurückzuführen ist. 4. 4.1

Nach Art. 52 Abs. 1 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). 4.2

Grobe Fahrlässigkeit liegt praxisgemäss vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher die betreffende Person angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss. Dabei sind an die Sorgfaltspflicht einer Aktiengesellschaft hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Ähnlich ist zu differenzieren, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers zu ermitteln (BGE 108 V 199 E. 3a; ZAK 1985 S. 51 E.

2a, S. 620 E.

3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6). 4.3

Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Ver schulden 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 Verwal tungsorgan an den Geschäftsführer delegieren (BGE 108 V 199 E. 3b). 5. 5.1

Der Beschwerdeführer 2 war vom 5. August 2014 bis 11. November 2015 als Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift der Z. \_\_\_ AG im Handelsregister eingetragen und damit formelles Organ.

Der Beschwerdeführer 1 am tete vom 17. Mai 2013 bis 31. Juli 2015 als Direktor mit Kollektivunterschrift zu zweien in der Gesellschaft. Eine formelle Organ eigenschaft liegt beim Beschwerdeführer 1 damit nicht vor, reicht doch die Geschäftsführer tätigkeit

-

selbst mit Einzelunterschriftsberechtigung

- hierfür nicht aus (BGE 114 V 213 E. 4e). Fraglich und zu prüfen ist hingegen, ob er als faktisches Organ zu betrachten ist. Dabei ist für die Beurteilung der Organstellung von Personen, die keine formelle Organstellung inne haben entscheidend, ob sie tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie den Organen vorbehalten Entscheidungen treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (BGE 114 V 213 E. 4e).

Ein Teil der Lehre stellt zwischen die formellen und die faktischen Organe die sogenannten materiellen Organe (für einen anderen Teil der Lehre sind es Synonyme). Hierbei handelt es sich um diejenigen Personen, denen gesetzlich den formellen Organen zustehende Organaufgaben durch einen rechtsgültigen gesellschaftsinternen Delegationsakt übertragen wurden. Mit Blick auf die Haftung nach Art. 52 AHVG muss es sich bei den übertragenen Aufgaben (auch) um solche im Beitragswesen handeln. Materielle Organe bei einer AG sind somit Personen, welche nicht dem Verwaltungsrat angehören und somit keine formellen Organe sind, denen jedoch aufgrund einer statutarischen Grundlage und gegebenenfalls nach Massgabe eines Organisationsreglements beitragsrechtlich relevante Teile der Geschäftsführung und/oder deren Vertretung übertragen werden (vgl. dazu auch Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, Rz. 214 f. mit Hinweisen). 5.2

Der Beschwerdeführer 1 verneint eine faktische Organstellung

und führte dazu Folgendes aus: Die Z. \_\_\_ AG sei im Jahr 2010 als Betriebsgesellschaft mit dem Zweck, das Hotel B. \_\_\_ in C. \_\_\_ zu betreiben, gegründet worden und habe im ersten und in den folgenden Jahren massive Verluste eingefahren. Die Sanierung der Gesellschaft sei im Sommer 2014 unter der Federführung des Beschwerdeführers 2 als neuer Verwaltungsrat vorgenommen worden. Er, der Beschwerdeführer 1, sei jedoch als Hotelfachmann für die Stabilisierung des operationellen Betriebs des Hotels B. \_\_\_ beigezogen worden, während die finanzielle Führung durch die Treuhandfirma des einzigen Verwaltungsrates erfolgt sei. Vom 3. Mai 2013 bis zum 30. Juli 2015 sei er als Direktor der Z. \_\_\_ AG mit Kollektivunterschrift zu zweien im Handelsregister eingetragen gewesen. Ab dem 1. Juni 2015 sei das Hotel B. \_\_\_ an die neue Betreibergesellschaft D. \_\_\_ AG verpachtet worden. Diese sei personell unabhängig von den Aktionären der ehemaligen Betreibergesellschaft Z. \_\_\_ AG sowie der E. \_\_\_ AG, die auch Eigentümerin der Hotel-Immobilie sei. Er sei sodann Geschäftsführer der D. \_\_\_ AG geworden. Die Z. \_\_\_ AG habe am 31. Mai 2015 die operative Tätigkeit eingestellt und die bisherigen Geschäftsaktivitäten fertig abgewickelt, was bis heute noch nicht voll ständig erledigt sei.

Zu seiner Entlastung brachte er vor, die Lohnabrechnungen und die Buchhaltung hätten nicht zu seinem Aufgabenbereich gehört und er habe über keine Bankvollmacht verfügt und keine Zahlungen ausführen können. Dies sei nur dem einzigen Verwaltungsrat und gleichzeitigen Treuhänder der Gesellschaft möglich gewesen. Es sei für ihn auch nicht ersichtlich gewesen, dass nach seinem Austritt als Arbeitnehmer aus der Gesellschaft am 30. Mai 2015 (Löschung der Kollektivunterschrift im Handelsregister am 30. Juli 2015) der einzige Verwaltungsrat und Treuhänder die Lohndeklarationen bei der Sozialversicherung für das zweite Quartal nicht eingereicht habe. Die Pflicht zur Einreichung der Abrechnung für das zweite Quartal 2015 sowie die Feststellung anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 25. Oktober 2016 seien lange nach seinem Austritt am 31. Mai 2015 erfolgt (S. 11).

Im Verfahren führte er aus (Urk. 16 S. 2 f.), die Bankauszüge zeigten, dass Ende Mai 2015 genügend finanzielle Mittel vorhanden gewesen seien, um die offenen Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Die neue Betreibergesellschaft (D. \_\_\_ AG), an die das Hotel verpachtet worden sei, habe mit dem Pachtvertrag weder die Bankkonten noch andere „Altlasten“ der Z. \_\_\_

AG übernommen. Der Beschwerdeführer 2 habe als einziger die Verfügungsmacht über das Bankkonto gehabt und sei für Treuhandleistungen bis August 2015 entsprechend

entschädigt worden. Aufgrund des Kontosaldo hätte er die Zahlungen auch ausführen können, es stattdessen aber vorgezogen die eigenen Honorare zu bezahlen (S. 5). 5.3

Demgegenüber bejahten die Beschwerdegegnerin und der Beschwerdeführer 2 die Organfunktion des Beschwerdeführers 1. Ersterer begründet dies damit (Urk. 2 S.

4), dass der Beschwerdeführer 1 vom 17. Mai 2013 bis zum 31. Juli 2015 Direktor der Z.\_\_\_\_ AG mit Kollektivunterschrift zu zweien gewesen sei und ab 8. April 2015 hernach als alleiniger Verwaltungsrat der D.\_\_\_\_ AG fungiert habe, welche das bisher von der Z.\_\_\_\_ AG betriebene Hotel ab Juni 2015 als Pächterin übernommen habe. Zwar sei auf Anfrage der Ausgleichskasse mitgeteilt worden, dass kein Pflichtenheft bestanden habe und auch aus dem am 16. Juli 2018 zugestellten Arbeitsvertrag liesse sich keine Angaben zum Aufgabenbereich des ehemaligen Direktors entnehmen. Es sprächen jedoch die folgenden Anhaltspunkte dafür, dass er die eigentliche Geschäftsführung des Hotels B.\_\_\_\_ besorgt habe. So sei der einzige Verwaltungsrat (Beschwerdeführer 2) nur tageweise im Hotel vor Ort gewesen und der Beschwerdeführer 1 habe die eigentliche Geschäftsführung ausgeübt. Dies könne beispielsweise daraus entnommen werden, dass er am 28. Februar 2015 der Ausgleichskasse die Lohnsummen für die Monate Januar bis März 2015 bekannt gegeben habe, und mit Verfügung vom

17. Juli 2015 die Ausgleichskasse der Z.\_\_\_\_ AG auf ausdrücklichen Wunsch des Beschwerdeführers 1 einen Zahlungsaufschub gewährt und die Tilgung der aufgelaufenen Ausstände in Raten bewilligt habe. Er habe damit ihr gegenüber die Stellung eines Geschäftsführers eingenommen und habe zusammen mit der Leiterin HR & Finanzen, welche seine Untergebene gewesen sei, auch über das Kollektivzeichnungsrecht verfügt.

Der Beschwerdeführer 2 führte aus (Urk. 19 S. 3 f.), als Verwaltungsrat der Z.\_\_\_\_ AG sei er für die strategische Führung zuständig gewesen, während die operative Führung und somit unter anderem auch die Beaufsichtigung über den Zahlungsverkehr dem Beschwerdeführer 1 als Direktor des Hotelbetriebes B.\_\_\_\_ obliegen habe. In dieser Funktion habe der Beschwerdeführer 1 auch über die Kollektivunterschriftsberechtigung verfügt und im Juli 2015 unter anderem auch einen Zahlungsplan mit der Beschwerdegegnerin ausgehandelt, was aufzeige, dass er Einfluss auf die finanzielle Situation gehabt habe. Als zuständiger Direktor des Hotelbetriebes habe er auch die Lohnauszahlungen veranlassen können und er sei für die Meldung der Lohnsummen an die Beschwerdegegnerin zuständig gewesen und habe es unterlassen, die Lohnsummen für die Monate nach März 2015 nachzumelden und die Leiterin HR

&

Finanzen anzuweisen, die fälligen Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Er sei auch bereits seit Mai 2013 als Kollektivunterzeichnungsberechtigter Direktor des Hotelbetriebes tätig gewesen und habe seit längerem um die prekäre finanzielle Lage des Unternehmens gewusst und hätte ein spezielles Augenmerk auf die fälligen Sozialversicherungsbeiträge richten müssen (S. 10). 5.4

Dem

Arbeitsvertrag « Contratto di lavoro » der Z.\_\_\_\_ AG, der am 7. Juni 2012 unterzeichnet wurde (Urk. 10/77 S. 2-4), ist kein konkretes Pflichtenheft zu entnehmen. Ohne nähere Definition ist lediglich festgehalten, dass die einem Direktorenrang gebührenden

Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten und in diesem Zusammenhang die bestmögliche Interesse n wahrung der Unternehmung unter Berücksichtigung von Direktiven, Arbeitsregleme n und Weisungen des Vor gesetzten wahrzunehmen sind ; «Il dipendente si impegna di perseguire

gli

interessi

del l 'Azienda

nel

miglior

modo

possibile e di rispettare le direttive , i regolamenti di lavoro e le indicazioni

dei

superiori

come pure di seguire la politica

aziendale ». Im Weiteren wird auf den möglichen Einsatz im Hotel F.\_\_\_\_ in G.\_\_\_\_ hingewiesen. D er Beschwerdeführer 1 verfügte auch nicht

über eine Einzelzeich nungsberechtig ung , sondern war lediglich im Kollektiv unterschrift s berechtigt . Unbestritten blieb die Aussage der ebenfalls kollektivzeichnungsberechtigten

H.\_\_\_\_ , welche im August 2018 (Urk. 3/11) ausführte, dass sie jeweils die monatlichen Löhne und Extras der Mitarbeiter im Lohnprogramm gebucht und die Zusammenfassung der Löhne einschliesslich der Datafiles zur Kontrolle dem Beschwerdeführer 2 vorgelegt habe und dieser, welcher als einziger die Banken vollmacht innegehabt habe (vgl. Urk. 3/10 S. 2), die Zahlungen ausgelöst habe . Vor diesem Hintergrund kann nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als erstellt gelten , dass der Beschwerdeführer 1 in beitrags rechtlicher Hinsicht die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbe stimmen ko nnte. Mangels ausdrücklicher Delegation entsprechender Kompe tenzen war er hierzu weder b erechtigt ,

noch hatte er aufgrund der fehlen den Einzelzeichnungsberechtigung und Bank en vollmachten tatsächlich die Mög lichkeit , solche grundsätzlich den formellen Organen vorbehaltenen Entscheid un gen eigenständig zu treffen und auszuführen . Eine faktische oder materielle Organstellung begründet auch nicht, dass er im Februar 2015 der Ausgleichskasse die Lohnsummen für die Mona te Januar bis März 2015 bekannt gab und die Beschwerdegegnerin um einen Zahlungsaufschub zur Tilgung der aufgelaufenen Ausstände ersuc hte, konnte er doch letztlich die Zahlung en in Eigenregie gar nicht veranlassen. N icht entscheidend ist auch , dass er gegenüber der Beschwer degegnerin am 28. Februar 2015 (Urk. 10/54) bekannt gab, bereits ab 1. April 2015 würde eine neue Betreiber gesellschaft das Hotel B.\_\_\_\_ führen, dies dann aber er st per 1. Juni 2015 vollzogen wurde . Zwar wurden so f ehlernde Lohndekla rationen von April bis Juni 2015 durch die Beschwerdegegnerin nicht respektive erst im Zusammenhang mit der R evision entdeckt .

Dies könnte

allenfalls für ein plan mässiges Vorgehen sprechen ,  
ausstehende Sozialversicherungs abgaben auf laufen zu la ssen um andere  
Verbindlichkeiten zu priorisieren , was im Rah men des Verschuldens relevant sein könnte .  
Zur Frage einer faktische n

oder mate riellen Organstellung des Beschwerdeführers 1 lässt sich daraus jedoch nichts  
ableiten und auch nicht

aus dem

Umstand, d ass der Beschwerdeführer

1 in der Folge nicht nur selber Geschäftsführer der neuen Betreibergesellschaft wurde ,  
sondern auch als einziges Mitglied des Verwaltungsrates Ei nsitz in die neue G esellschaft  
genommen hat (vgl. Urk. 28/8).

Nach dem Gesa gten kann der Beschwerdeführer 1 nicht als faktisches oder materielles  
Organ der Z. \_\_\_ AG angesehen werden. Er ist demnach nicht nach Art. 52 AHVG  
schadenersatzpflichtig. 6.

## **E. 21**

Oktober 2019 (Urk. 30) . Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Be schwerde des verstorbenen Beschwerdeführers 1 wird der ihn  
betreffende Einspracheentscheid vom 19. Juli 2018 aufgehoben.

2.

Die Be schwerde des Beschwerdeführers 2 wird abgewiesen . 3.

Das Verfahren ist kostenlos. 4.

Die Beschwerdegegnerin wird verp flichtet, eine Prozessentschädigung von Fr. 2'8 00. -- zu  
Gunsten des verstorbenen Beschwerdeführers 1 (inkl. Barauslagen und MWSt ) zu  
bezahlen. 5 .

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Markus Näf - Rechtsanwalt Tobias  
Brändli

unter Beilage einer Kopie von Urk. 3 0 - HOTELA - Bundesamt für Sozialversicherungen 6  
.

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, Schweizerhof quai 6, 6004 Luzern,  
zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mittel  
und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der  
angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind bei zulegen,  
soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons

Zürich Der VorsitzendeDer Gerichtsschreiber GräubNef

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