

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2020.00027

## vom 3. September 2021

ZH Sozialversicherungsgericht, 2021-09-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2020.00027](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2020.00027)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2020.00027 du 3 septembre 2021

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2020.00027 del 3 settembre 2021

### Erwägungen

#### E. 1

Die Y.\_\_\_\_ AG mit Sitz in Z.\_\_\_\_ war der Spida AHV-Aus gleichskasse (nachfolgend: Spida ) als beitragspflichtige Arbeitgeberin ange schlossen und rechnete mit ihr die paritätischen und FAK-Beiträge ab (vgl. Urk. 8/3 -4 ). Mit Urteil vom 1 3. November 2017 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Winterthur den Konkurs über die Gesellschaft. Das Konkursver fahren wurde am 8. Dezember 2017 mangels Aktiven eingestellt ( Urk. 8/1).

X.\_\_\_\_ war seit der Eintragung der Y.\_\_\_\_ AG im Ha ndels register am 8. Dezember 2015 bis zu seinem Rücktritt am 6. Januar 2017 Mitglied des Verwaltungsrats dieser Gesellschaft. Laut Handelsregister war er

in dieser Zeit zudem deren Geschäftsführer , bis 1 5. Dezember 2016 mit Kollektivunterschrift zu zweien, danach mit Einzelunterschrift ( Urk. 8/1 , Urk. 18/3+5 ). Mit Verfügung vom 1 2. Juni 2019 forde rte die Spida von ihm Schadenersatz für entgangene bundes- und kantonrechtliche Sozialversicherungsbeiträge der Y.\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 51'792.20 ( Urk. 8/2). Die dagegen erhobene Ein sprache ( Urk. 8/6 ) wies die Spida mit Entscheid vom 7. Oktober 2020 ab ( 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 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 Ge schäftsführung 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 Bestim mungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerb ersatz- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Erwerb ersatz) und Arbeitslosenversiche rungs bei träge (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

FamZG ). 2.

## **E. 2**

Mit Eingabe vom 6. Oktober 2020 (recte: 6. November 2020) erhob X.\_\_\_\_ Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2020 und beantragte sinngemäss die ersatzlose Aufhebung des angefochtenen Entscheids ( Urk. 1). Die Spida stellte in der Beschwerdeantwort vom 28. Januar 2021 den Antrag, es sei die Beschwerde bis auf eine nachträgliche Zinskorrektur von Fr. 67.75 vollum fänglich abzuweisen ( Urk.

### **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).

Die Ausgleichskasse hat die Schadenersatzforderung soweit zu substantizieren, dass sie überprüft werden kann. Der Forderungsbetrag ist zeitlich und masslich zu spezifizieren, also gestützt auf eine Beitragsübersicht zu behaupten, wie er sich zusammensetzt. Dabei genügt ein blosser Verweis auf die Beitragsübersicht, wenn der Gesamtbetrag ohne weiteres daraus ersichtlich ist. Trifft dies beispielsweise wegen widersprüchlicher Saldi, unterschiedlich datierter Buchungen, schwanken der Beiträge, Stornierungen oder Verrechnungen (z.B. mit Guthaben auf einem Überschusskonto) nicht zu, hat die Ausgleichskasse durch erläuternde Bezugnahme auf die Beitragsübersicht und andere von ihr eingereichte Akten darzutun, wie und gestützt worauf sie den Schadenersatzbetrag ermittelt hat. Es ist nicht Sache des kantonalen Versicherungsgerichts oder des Bundesgerichts, selbst in EDV-Ausdrucken und Abrechnungen nach denjenigen Positionen zu forschen, welche für die Beitragshöhe von Belang sind, und zu eruieren, wie der Forderungsbetrag doch ermittelt werden könnte. Wie detailliert die in der Beitragsübersicht enthaltenen Positionen zu belegen sind, hängt im Übrigen wesentlich davon ab, ob und inwieweit die ins Recht gefasste Person die Schadenersatzforderung substantiiert, d.h. masslich mit konkreten, nicht ohne weiteres widerlegbaren Einwendungen bestreitet, oder sich aufgrund der Akten greifbare Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten ergeben (Bundesgerichtsurteil 9C\_325/2010 vom 10. Dezember 2010 E. 7.1.1).

### **E. 2.2.1**

Der Beschwerdeführer moniert, die geforderte Schadenersatzsumme basiere nicht auf den tatsächlichen Löhnen ( Urk. 1 S. 2 ). Dazu ist festzuhalten, dass sich die Y.\_\_\_\_ AG im Mai 2016 rückwirkend auf den 1. Dezember 2015 der Spida anschloss ( Urk. 8/10, vgl. auch Urk.

### **E. 2.2.2**

Die Spida ermittelte in der Verfügung vom 12. Juni 2019 respektive im Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2020 den geltend gemachten Schaden dadurch, dass sie die entgangenen, effektiv geschuldeten Beiträge den

Akontobeiträge n (berechnet auf der Basis einer Jahreslohnsumme von Fr. 300'000.--)  
gleichsetzte . Dies es Vorgehen ist vor dem Hintergrund des Verhaltens der Y.\_\_\_\_ AG nicht  
zu beanstanden (vgl. Urteil des Eidg . Versicherungsgerichts vom 2 6. November 2002 H  
232/01 E. 3.5; Reichmuth , Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52  
AHVG, 2008, Rz . 459). Insofern beruht die Schadenersatzfo rderung nicht auf der  
rechtskräftigen, vor der Konkursöffnung ergangenen Veranlagungsverfügung (vgl. dazu  
Bundesgerichtsurteil 9C\_684 /2012 vom 7. März 2013 E. 7.1).

Mit der pauschalen Bestreitung , es seien keine ent sprechenden Löhne ausbezahlt worden (   
Urk. 17 S. 6 f. ) , kommt der Beschwer de führer seiner Substantiierungspflicht nicht nach  
und ist daher nicht zu hören. Soweit er geltend macht, es sei ihm nicht möglich, die  
tatsächlich von der Y.\_\_\_\_

AG bezahlten Löhne darzulegen, da er nicht im Besitz der not wendigen Unterlagen sei (   
Urk. 17 S. 6) , ist einzuräumen, dass die bestehende Aktenlage vermuten lässt, dass keine  
ordentliche B uchhaltung geführt wurde ( Urk. 18 /2 S. 19 ff. , vgl. auch Urk. 18 /1 S. 41 ).  
Die Folgen dessen hat jedoch der Beschwerdeführer zu tragen, da ihm das substantiierte  
Bestreiten der Forderungs hö he misslingt. Dies führt trotz des Untersuchungsgrundsatzes  
dazu, dass ohne Verletzung des rechtlichen Gehörs auf weitere Abklärungen zu verzichten  
ist ( Reichmuth , a.a.O., Rz . 1084 mit Hinweisen ).

Auf der vom BVG-Versicherer an die Spida übermittelten Jahreslohnliste waren folgende  
Mitarbeiter aufgeführt: A.\_\_\_\_ , B.\_\_\_\_ , C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ ( Urk.

### **E. 2.2.3**

Der Schaden setzt sich somit zusammen aus den ausstehenden Akontobeiträgen

1. Januar 2016 bis 6. Januar 2017 (basierend auf einer Gesamtlohnsumme von Fr.  
300'000.--)

zuzüglich Zins und Inkassokosten . Dass der Beschwerdeführer am 6. Januar 2017 aus dem  
Verwaltungsrat zurückgetreten war, tat er erst im vor liegenden Verfahren mit der Eingabe  
vom 1 9. April 2019 kund ( Urk. 17 S. 6 , Urk. 18/3+5). Bis dahin stü tzte sich die Spida auf  
den Eintrag im Handelsregister, laut welchem der Rücktritt des Beschwerdeführers aus dem  
Verwaltungsrat am 1 4. März 2017 erfolgt war ( Urk. 8/1). Auf dieser Basis e rrechnete die  
Spida mit Verfügung vom 1 2. Juni 2019 respektive mit Einspracheentscheid vom 7. Oktob  
er 2020 einen (Gesam t-)Schaden von Fr. 51'792.20 ( Urk. 2, Urk. 8/2), der sich aus den  
Akontobeiträgen Januar bis Dezember 2016 von Fr. 41'851.-- sowie Januar bis Febru ar

2017 von Fr. 7'216 .-- zuzüglich Zins und Inkassokosten von Fr. 2 '725.20

zusammensetzte. Dieser Schaden ist mit den eingereichten Akten - insbesondere dem  
Kontoauszug - hinreichend substantiiert ( Urk. 8/3, Urk. 8/4), wobei

bezüglich des Verzugszinses eine Korrektur

anzubringen ist , wie die Spida in der Beschwerdeantwort vom 2 8. Januar 2020 zutreffend  
vermerkte. In der

Akontosammelrechnung vom 2 7. November 2016 war ein Verzugszins bis zum 2 7.  
November 2017 st att bis zur Konkursöffnung am 1 3. November 2017 gel tend gemacht  
worden . Die Korrektur ergibt eine Zinsreduktion von Fr. 67.75 ( Urk. 7 S. 4 , Urk. 8/9 ).  
Darüber hinaus ergibt die Berücksichtigung des Umstandes, dass der Beschwerdeführer  
bereits am 6. Januar 2017 und nicht erst am 1 4. März 2017 sein Verwaltungsratsmandat

niedergelegt hatte (vgl. Urk. 18/3-5), eine weitere Reduktion des Schadens um Fr. 11'590.20, da er für die erst nach dem Rücktritt fällig gewordenen Akontorechnungen der Monate Dezember 2016, Januar 2017 und Februar 2017 nicht haftbar ist (Urk. 8/4, Urk. 8/9, vgl. auch Urk. 25 S. 4). Mithin beträgt der massgebende Schaden Fr. 40'134.25 (Fr. 51'792.20 ./. Fr. 67.75 ./. Fr. 11'590.20). Anzumerken ist, dass der Umstand, dass der Beschwerdeführer bereits am 6. Januar 2017 aus dem Verwaltungsrat der Y.\_\_\_\_ AG zurücktrat, nicht zu einer weiteren Reduktion des Verzugszinses führt.

Die Verzugszinsen für rückständige Beiträge im Sinne von Art. 41 bis

der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) stellen Folgekosten dar. Als solche bilden sie Bestandteil des von der Ausgleichskasse aus der Nichtbezahlung der Beiträge erlittenen Schadens. Dabei ist das Ende der Zinspflicht nicht vom effektiven Ausscheiden des verantwortlichen Organs aus dem Verwaltungsrat, sondern vom Zeitpunkt der Begleichung der Forderung respektive der Eröffnung des Konkurses abhängig (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 11/00 vom 20. März 2001 E. 5c). 3. 3.1

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). 3.2

Die Y.\_\_\_\_ AG kam den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Abrechnungs- und Zahlungsverpflichtungen in keiner Weise nach. Die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 51'792.20 blieben unbezahlt, wovon hier Fr. 40'134.25 relevant sind. Es bedarf deshalb keiner weiteren Ausführungen, dass die Y.\_\_\_\_ AG Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG verletzt hat, weshalb der von ihr verursachte Schaden grundsätzlich voll zu decken ist.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der entstandene Schaden auf ein qualifiziert schuldhaftes Verhalten des Beschwerdeführers 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 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 vorläufiger

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). 4.2 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 verlangten 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

Nicht jedes einem Unternehmen als solchem anzulastende Verschulden muss auch ein solches seiner 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 des Unternehmens zuzu rechnen 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; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5). Gehören dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist für jede von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich insbesondere, wenn sie lediglich kollektiv unterschrittsberechtigt sind, die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (in BGE 119 V 86 nicht publizierte E. 2c des Urteils des Bundesgerichts H 94/91 vom 4. März 1993, nicht veröffentlichte Urteile H 171/87 vom 7. Dezember 1987 und H 25/87 vom 4. August 1987). 4.2.3

Nach ständiger Rechtsprechung handelt grobfahrlässig, wer sich bloss als fiducia rischer Verwaltungsrat oder Strohmann in einen derartigen Posten wählen lässt. Dies gilt auch für die Haftung des an Weisungen einer Drittfirma oder einer Drittperson gebundenen Verwaltungsrates (Urteil des Bundesgerichts H 217/02 vom 23. Juni 2003 E. 5.3 mit Hinweis; vgl. auch Urteil 9C\_66/2016 vom 10. August 2016 E. 5.5 mit Hinweisen). Denn der Schuldvorwurf, welcher einen fiducia rischen Verwaltungsrat oder einen Strohmann trifft (BGE 112 V 1 E. I.2b), rührt gerade aus dem Umstand, sich auf eine Verwaltungsratsstellung in Verhältnissen eingelassen zu haben, die ihm die richtige gesetzlich vorgeschriebene Erfüllung dieses Amtes, das heisst die ihm nach Art. 716a des Obligationenrechts obliegenden den unübertragbaren Aufgaben, verunmöglichen (Urteil des Bundesgerichts H 87/00 vom 13. Februar 2001 E. 3b). Die fehlende Zeichnungsberechtigung ist für die Frage der Organstellung nicht entscheidend (Urteil des Bundesgerichts H 201/01 vom 2. Juli 2002 E. 4b in fine mit Hinweis). 4.3 4.3.1

Der Beschwerdeführer brachte zu seiner Entlastung vor, er habe das Mandat bei der Y.\_\_\_\_ AG bloss aus Gefälligkeit übernommen, da ihn sein Freund A.\_\_\_\_ darum gebeten habe. Operativ sei er nie tätig gewesen. Aus diesem Grund habe er nie Lohn oder Spesen bezogen. Die Geschäfte seien von der Verwaltungsratspräsidentin E.\_\_\_\_ alle in respektive in Zusammenwirkung mit A.\_\_\_\_ als faktischer Geschäftsführer geführt worden. Er selber sei bloss kollektivzeichnungsberechtigt gewesen und habe die Dokumente nur unterschrieben, weil ihn A.\_\_\_\_ darum gebeten habe. E.\_\_\_\_ sei einzige Aktionärin der Y.\_\_\_\_ AG gewesen. Sie habe jeweils die Löhne ausbezahlt. Da sie und A.\_\_\_\_ zur Verantwortung zu ziehen seien, erleide die Spida keinen Schaden (Urk. 1). 4.3.2

Vorweg ist festzuhalten, dass im vorliegenden Prozess nicht zu untersuchen ist, ob die Liquidation beziehungsweise der Konkurs der Y.\_\_\_\_ AG allenfalls hätte vermieden werden können oder ob am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten Drittpersonen, etwa E.\_\_\_\_ oder A.\_\_\_\_, diesbezüglich ein Schuldvorwurf gemacht werden könnte. Vielmehr ist einzig zu entscheiden, ob die Y.\_\_\_\_ AG die ihr als Arbeitgeberin obliegenden Pflichten verletzt hat und ob gegebenenfalls ein qualifiziertes Verschulden des Beschwerdeführers zu bejahen ist.

Haben mehrere Organe einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (E. 1.1). Diese solidarische Haftung führt dazu, dass die Ausgleichskasse bei einer Mehrheit von Haftpflichtigen wählen kann, gegen wen sie vorgehen will. Es steht in ihrem Belieben, ob sie einen, mehrere oder alle Organe belangt (BGE 108 V 189 E. 3). Der Beschwerdeführer vermag sich deshalb seiner Haftung nicht mit dem Argument entziehen, dass die Spida E.\_\_\_\_ und/oder A.\_\_\_\_ ins Recht zu fassen habe. 4.4.4.1

Der Beschwerdeführer war kollektivzeichnungsberechtigt im Verwaltungsrat der Y.\_\_\_\_ AG, einem kleineren Unternehmen mit einfacher Verwaltungsstruktur und wenigen Arbeitnehmern (vgl. Urk. 8/12). Der Verwaltungsrat bestand bis zu seinem Rücktritt aus ihm und E.\_\_\_\_. Letztere war Verwaltungsratspräsidentin (Urk. 8/1). Bei derart leicht überschaubaren Verhältnissen muss von jedem Mitglied des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft verlangt werden, dass es den Überblick über alle wesentlichen Belange des Unternehmens hat. Gemäss Handelsregister war der Beschwerdeführer zudem Geschäftsführer der Y.\_\_\_\_ AG (Urk. 8/1). Im vorliegenden Verfahren stellt der Beschwerdeführer die Ausübung einer Geschäftsführertätigkeit in Abrede (Urk. 1). Dagegen spricht auch, dass ihm offenbar kein Lohn ausbezahlt wurde (vgl. Urk. 8/12). Wie es sich damit genau verhielt, kann offen bleiben, da sich an seiner Haftung im Ergebnis nichts ändert (vgl. E. 4.2.3). Im Folgenden ist somit den Aussagen des Beschwerdeführers folgend davon auszugehen, dass ihm faktisch keine Geschäftsführerfunktion zukam. 4.4.2

Bei einfachen und überschaubaren Verhältnissen werden praxisgemäss erhöhte Anforderungen an Kenntnis und Erledigung von Abrechnungs- und Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse gestellt. Gemäss Art. 716 Abs. 2 OR führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Art. 716a Abs. 1 OR enthält sodann einen Katalog unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben. So obliegt dem Verwaltungsrat insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Ziffer 1), die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Ziffer 3) und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Ziffer 5). Der Verwaltungsrat einer

Aktiengesellschaft hat die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen zu überwachen und sich regelmässig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen. Das Gesetz verbietet zwar nicht die Vornahme einer bestimmten Arbeits- und Kompetenzaufteilung, doch die Überwachungs- und Kontrollpflichten verbleiben auch dann beim (Gesamt-) Verwaltungsrat. Deshalb hat sich jedes Mitglied des Verwaltungsrats beziehungsweise der einzelne Verwaltungsrat periodisch über den Geschäftsgang und die wichtigsten Geschäfte, die nicht zu seinem primären Aufgabenbereich gehören, zu orientieren, Rapporte zu verlangen, diese sorgfältig zu studieren und nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen, Irrtümer abzuklären und bei Unregelmässigkeiten einzugreifen (BGE 114 V 219 E. 4a). 4.4.3

Der Beschwerdeführer vermag seiner Verantwortlichkeit nicht mit dem Argument zu entgehen, dass er nicht operativ tätig und damit für die Finanzen nicht zuständig gewesen sei (Urk. 1). Die ihm obliegenden Kontrollpflichten umfassten auch die Finanzen. Die Rechtsprechung verlangt gerade auch von den faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Organen, dass sie sich ernsthaft um die Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten bemühen, wozu das Beitragswesen als eines der Geschäfte gehört, mit denen sich ein Organ ihrer Bedeutung wegen befassen muss (Bundesgerichtsurteil 9C\_763/2018 vom 16. Juli 2019 E. 4.1.2). Mit dem Beitragswesen befasste sich der Beschwerdeführer offensichtlich nicht, ansonsten ihm aufgefallen wäre, dass die Y. AG zu keinem Zeitpunkt die geschuldeten Akontobeiträge (vgl. Art. 35 AHVV) entrichtete. Dass er bloss über eine Kollektivzeichnungsberechtigung verfügte, tut in diesem Zusammenhang nichts zur Sache. Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, dass er dem Verhalten von E. und A. faktisch nichts entgegen zu halten gehabt habe. Im Gegenteil, er räumt sogar ein, dass er die ihm von A. unterbreiteten Dokumente jeweils unterschrieben habe (Urk. 1). Aber selbst wenn es so gewesen wäre, dass er aufgrund des Verhaltens von E. und A. nicht in der Lage gewesen wäre, die ihm obliegenden Aufgaben und Pflichten in rechtsgenügender Weise zu erfüllen, vermöchte ihn dies nicht zu entlasten, da er diesfalls unverzüglich hätte demissionieren müssen (Bundesgerichtsurteil 9C\_548/2007 vom 2. Juni 2009 E. 5.1), was er nicht tat.

Im Bereich von Art. 52 AHVG gilt sodann ein objektivierter Verschuldensmassstab, das heisst, dass subjektive Entschuldbarkeit oder die Gründe für die Mandatsübernahme unbeachtlich sind (Bundesgerichtsurteil 9C\_66/2016 vom 10. August 2016 E. 5.5). Deshalb vermag der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten daraus abzuleiten, dass er sich keinen Lohn auszahlte und, wie er behauptet, das Verwaltungsmandat aus Gefälligkeit übernommen hat.

Soweit der Beschwerdeführer in der Eingabe vom 19. April 2021 ein grobfahrlässiges Verhalten unter Hinweis auf ein mitwirkendes Drittverschulden von A. und E. in Abrede stellt (Urk. 17 S. 3 ff.), kann ihm nicht gefolgt werden. Eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens selbst eines solidarisch haftpflichtigen zieht die Rechtsprechung bloss als eher theoretische Möglichkeit in Betracht, die, wenn überhaupt, nur bei einer ausgesprochen exzeptionellen Sachlage von praktischer Bedeutung sein kann. Das schuldhafte Verhalten eines Ersatzpflichtigen kann nur dann als inadäquat für den eingetretenen Schaden gelten, wenn das Verschulden des Dritten oder des Geschädigten dermassen schwer wiegt, dass das eigene Fehlverhalten eindeutig in den Hintergrund tritt und damit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung nicht mehr als adäquate Schadensursache erscheint (Urteile des

Bundesgerichts 9C\_66/2016 vom 10. August 2016 E. 5.4, 9C\_135/2011 vom 11. April 2011 E. 4.3.1). Von einer solchen Konstellation kann hier nicht gesprochen werden. Mit einer seriöseren Wahrnehmung der Aufgaben als Verwaltungsrat hätte der Beschwerdeführer den Schaden verhindern können. Es trifft zwar zu, dass A.\_\_\_\_ vor der Staatsanwaltschaft anlässlich der Konfrontationseinvernahme vom 15. September 2020 ausgesagt hatte, er habe der Einfachheit halber ein paar Unterschriften des Beschwerdeführers gefälscht (Urk. 18/1 S. 35, vgl. auch Urk. 17 S. 4). Im konkreten Fall ging es jedoch um die Frage, ob eine Unterschrift von

E.\_\_\_\_ im Rahmen einer Anmeldung beim Handelsregister gefälscht worden war (Urk. 18 S. 35). Strafrechtlich relevante Macheschaften seitens von A.\_\_\_\_ oder E.\_\_\_\_, mit welchen der Beschwerdeführer über die Ausstände gegenüber der Ausgleichskasse hinter Licht geführt oder an der Wahrnehmung seiner Pflichten gehindert worden wäre, standen indessen nie im Raum. Dass der Beschwerdeführer nicht hinreichend über die finanzielle Lage der Y.\_\_\_\_

AG im Bilde war und er die zweckdienlichen Massnahmen nicht einleitete, war seiner Passivität geschuldet. Selbst er macht nicht geltend, dass es ihm verwehrt gewesen wäre, zur Erfüllung seiner Pflichten Einsicht in die massgebenden Unterlagen zu nehmen. 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 allein 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

Zwischen dem

dem

Beschwerdeführer vorzuwerfenden widerrechtlichen Verhalten und dem eingetretenen Schaden ist der Kausalzusammenhang ohne Weiteres zu bejahen. Denn es ist anzunehmen, dass ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden verhindert hätte. Dass das Verhalten von A.\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_ nicht geeignet waren, eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs zu bewirken, wurde bereits unter E. 4.4.3 erläutert. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten daraus ableiten kann, dass das Strafverfahren den Straftatbestand der Widerhandlung gegen das AHVG betreffend eingestellt wurde (Urk. 29), da sich die Haftung nach Art. 52 AHVG nach anderen Kriterien bestimmt als die strafrechtliche Verantwortlichkeit. 6.

Nach dem Gesagten ist der zu leistende Schadenersatz auf Fr. 40'134.25 herabzusetzen. Insofern ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen. 7.

Gemäss Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG)

respektive § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer)

hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Laut § 6 Abs. 2 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht

( GebV

SVGer ) kann eine Entschädigung verweigert werden, wenn die obsiegende Partei den Prozess schuldhaft selbst veranlasst hat. Es entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach jene Partei für die Kosten des Verfahrens aufzukommen hat, welche es bewirkt hat (Bundesgerichtsurteil 8C\_304/2018 vom 6. Juli 2018 E. 4.3.2). Zwar obsiegt der Beschwerdeführer teilweise. Dass es dazu kam, ist aber darauf zurückzuführen, dass er erst im Rahmen dieses Verfahrens unter Vorlage von entsprechenden Belegen kundtat, dass er bereits am 6. Januar 2021 und nicht wie aus dem Handelsregister ersichtlich am 14. März 2017 als Verwaltungsrat zurückgetreten war. Unter diesen Umständen rechtfertigt sich eine Zusprechung einer (reduzierten) Prozessentschädigung nicht. Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid vom 7. Oktober 2020 insoweit abgeändert, als der Beschwerdeführer verpflichtet wird, der Spida AHV-Ausgleichskasse Schadenersatz im Umfang von Fr. 40'134.25 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Es wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Beat Wieduwilt - Spida AHV-Ausgleichskasse unter Beilage eines Doppels von Urk. 28 und Urk. 29 - 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 HurstSonderegger

## **E. 7**

S. 4) . Am 21. April 2017 erliess die Spida eine Veranlagungsverfügung für die ausstehenden Beiträge 2016, wobei sie die definitive Lohnsumme auf Fr. 400'000.-- festsetzte ( Urk. 26).

Nach Durchführung des Konkursverfahrens veranlasste die Spida zur Feststellung der beitragspflichtigen Löhne am 22. Dezember 2017 eine Arbeitgeberkontrolle. Diese wurde jedoch von Seiten der Y.\_\_\_\_ AG in Liquidation respektive den zuständigen Organen

vereitelt ( Urk. 8/15). Nachdem der Beschwerdeführer in der Einsprache geltend gemacht hatte, dass die Schadenersatzsumme nicht den tatsächlichen Löhnen entspreche ( Urk. 8/6), forderte ihn die Spida zur Einreichung entsprechender Unterlagen auf ( Urk. 8/7), welcher Aufforderung er aber nicht nachkam.

## **E. 8**

/12). Offenbar führte A.\_\_\_\_ faktisch die Geschäfte der Y.\_\_\_\_

AG ( vgl. 18 /2 S. 20 ) . I m Strafverfahren, welches gegen ihn, den Beschwerdeführer und E.\_\_\_\_ wegen Betrugs in Sachen der Y.\_\_\_\_

AG geführt wurde, sagte er als Beschuldigter aus , dass die Mitarbeiter C.\_\_\_\_ , B.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ keinen respektive weniger Lohn erhalten hätten, da sie die Stelle nicht angetreten hätten respektive die Arbeitsverhältnisse frühzeitig aufgelöst worden seien ( Urk. 18 /2 S . 11 f. ). Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass aus der im Strafverfahren durchgeführten Konfrontationseinvernahme mit allen Beschuldigten hervorgeht, dass A.\_\_\_\_ nicht alleine, sondern jeweils in Begleitung von Mitarbeitern auf den Bau stellen anzutreffen war ( Urk. 18/1 S. 38 f. , vgl. auch Urk. 18/1 S. 48). Mithin lassen die Akten nicht den Schluss zu, dass keine oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt und damit keine oder weniger Löhne ausbezahlt worden wären . Auch aus dem Umstand, dass A.\_\_\_\_ im Dezember 2016 verunfallte, vermag der Beschwerdeführer nichts zu seinen Gunsten abzuleiten ( Urk. 17 S. 7), zumal der Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit nicht den Wegfall der Lohnfortzahlungspflicht zur Folge hat. Zumindest ist damit nicht bewiesen, dass bis zum Zeitpunkt des Rücktritts des Beschwerdeführers vom 6. Januar 2017 keine L öhne mehr ausbezahlt wurden. Letzteres bleibt jedoch für den massgebenden Schadensbetrag, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen (E. 2.2.3) ergibt, ohne Belang.

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