

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2021.00011

vom 9. Mai 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-05-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2021.00011

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2021.00011 du 9 mai 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2021.00011 del 9 maggio 2017

Erwägungen

E. 1.1

Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder 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, IVG), Erwerbsersatz- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz, EOG) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG) sowie auf jene an die Familienausgleichskassen (FAK) gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (Art. 25 lit. c FamZG).

E. 1.2

Mit Verfügungen vom 16. August 2019 (Urk. 7/277/7-13) verpflichtete die Ausgleichskasse X.____, Präsident des Verwaltungsrates, und Y.____, Mitglied des Verwaltungsrates der Z.____

ag, jeweils

als Solidarhafter

zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 79'629.50. Die gegen diese Entscheidung erhobenen Einsprachen vom 2. und 18. September 2019 (Urk. 7/281 und Urk. 7/285) wies die Ausgleichskasse mit separaten Entscheidungen vom 30. Juni 2021 ab (Urk. 2 und Urk. 13/2). 2.

X.____

erhob am 18. August 2021

gegen den ihn betreffenden Einspracheentscheid

Beschwerde (Urk. 1) und beantragte, der Entscheid sei aufzuheben und er sei von jeglicher Schadenersatzpflicht freizustellen. Am 9. September 2021 beantragte die Ausgleichskasse in ihrer Vernehmlassung, die Beschwerde sei abzuweisen (Urk.

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 der beitragspflichtigen Arbeitgeberin nicht mehr möglich ist (vgl. beispielsweise BGE 121 V 234, 240; BGE 141 V 487 E. 2.2). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 12 E. 5b, 168 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 der Arbeitgeberin nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können, in der Regel mit der Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins oder der Konkurseröffnung über die Arbeitgeberin (BGE 136 V 268 E. 2.6 mit Hinweisen, BGE 123 V 12 E. 5b, 168 E. 2a, 113 V 256 E. 3a, 112 V 156 E. 2).

E. 1.2.2

Nach altArt. 52 Abs. 3 AHVG in der bis 31. Dezember 2019 gültig gewesenen Fassung verjährt der Schadenersatzanspruch zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Seit 1. Januar 2020 verjährt der Anspruch auf Schadenersatz mit Ablauf von drei Jahren von dem Tage an gerechnet, an welchem die zuständige Ausgleichskasse Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit Ablauf von zehn Jahren, vom Tage an gerechnet, an welchem das schädigende Verhalten erfolgte oder aufhörte (Art. 52 Abs. 3 AHVG in der seit 1. Januar 2020 in Kraft stehenden Fassung in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 des Obligationenrechts, OR).

Übergangsrechtlich sind die Verjährungs- oder Verwirkungsbestimmungen des neuen Rechts auf altrechtliche Ansprüche anwendbar, sofern diese vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstanden und fällig, aber vor diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt oder verwirkt sind (BGE 131 V 425 E. 5.2).

E. 1.2.3

Die Ausgleichskasse hat in der Regel von dem Zeitpunkt an Kenntnis des Schadens, in welchem sie unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 134 V 353 E. 1.2, 131 V 425 E. 3.1, 128 V 15 E. 2a, je mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 9C_166/2017 vom 8. August 2017 E. 4.1). Die Frist zur Geltendmachung des Schadens wird in Gang gesetzt, wenn die Ausgleichskasse die für den Erlass einer Schadenersatzverfügung notwendige Kenntnis über Existenz, Beschaffenheit und wesentliche Merkmale des Schadens sowie die Person des Ersatzpflichtigen hat (BGE 128 V 10 E. 5a mit Hinweisen). In diesem Sinne zumutbare Kenntnis eines Teilschadens genügt (BGE 121 V 240 E. 3c/bb; Urteil des Bundesgerichts 9C_131/2008 vom 28. Mai 2009 E. 3.3.1). Nicht erforderlich ist, dass die Höhe des Schadens ziffernmässig bereits genau festgelegt werden kann. Es reicht aus, wenn die Ausgleichskasse die voraussichtliche Höhe des aufgrund der unbezahlt gebliebenen Beiträge zu erwartenden Verlusts abzuschätzen vermag (vgl. BGE 116 II 158 E. 4a; Urteile

des Bundesgerichts 9C_325/2010 vom 10. Dezember 2010 E. 2.1.1 und 9C_166/2017 vom 8. August 2017 E. 4.1, je mit weiteren Hinweisen).

Bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven beginnt die Frist für die Geltendmachung der Schadenersatzforderung (Kenntnis des Schadens) in der Regel mit dem Datum der Veröffentlichung der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) zu laufen (BGE 129 V 193 E. 2.3).

E. 1.3.1

Das Konkursverfahren über die Z.____

ag wurde mit Urteil des Konkursrichters vom 3. Oktober 2017 mangels Aktiven eingestellt. Die Einstellung wurde am

10. Oktober 2017 im SHAB veröffentlicht (Urk. 7/277/5-6). Rechtsprechung gemäss ist für die Kenntnis des Schadens grundsätzlich auf diesen Zeitpunkt abzustellen.

E. 1.3.2

Die Beschwerdeführenden brachten vor, die Beschwerdegegnerin habe mit Einsichtnahme ihres Revisors vom 23. Juni 2017 (Urk. 7/255/1-2) in das Einvernahmeprotokoll des Konkursamtes vom 22. Juni 2017 (Urk. 7/255/3-11) Kenntnis davon erhalten, dass Grund der Konkurseröffnung eine Insolvenzerklärung des Verwaltungsrates gewesen sei und die Konkursitin im Wesentlichen noch über ein bewegliches Vermögen von Fr. 26'000.-- verfügt habe bei behaupteten Forderungen der Beschwerdegegnerin von Fr. 110'000.-- (Urk. 1 S. 11-12 und Urk. 13/1 S. 12-13).

E. 1.3.3

Nach der Rechtsprechung ist die ausnahmsweise Vorverlegung des Zeitpunktes der Schadenskenntnis eng mit den Gläubigerpflichten der Ausgleichskasse im Konkurs- und Nachlassverfahren verbunden. Es rechtfertigt sich daher, grundsätzlich nur offizielle Verlautbarungen (Mitteilungen des Konkursamtes bei Gläubigerversammlungen oder des Sachwalters im Nachlassverfahren) als frist auslösend zu betrachten (Urteil des Bundesgerichts H 177/05 vom 13. Dezember 2006 E. 4.3 mit Hinweisen). In diesem Sinne sind auch die von der Rechtsprechung entwickelten Konstellationen der üblicherweise anzunehmenden Schadenskenntnis zu verstehen (Zustellung des definitiven Pfändungsverlustscheins, Auflage des Kollokationsplans, Einstellung mangels Aktiven [Urteil des Bundesgerichts 9C_599/2017 vom 26. Juni 2018 E. 4.5.2]).

E. 1.3.4

Beim erwähnten Einvernahmeprotokoll handelt es sich nicht um eine offizielle Verlautbarung eines Amtes, welches irgendwelche Kontrollen oder Berechnungen durchgeführt hätte. Im Gegenteil wurden lediglich die Aussagen des Verwaltungsratspräsidenten ungefiltert protokolliert. Auch wenn dies unter Strafdrohung erfolgte, kommt der Aussage des Verwaltungsratspräsidenten keine amtliche Wirkung zu.

Anzufügen bleibt, dass die Beschwerdegegnerin zwar bereits mit Kenntnisnahme des Protokolls ernsthaft damit rechnen musste, dass ihr ein Schaden entstehen könnte; es war indessen nicht notwendigerweise davon auszugehen, dass ihr ein solcher auch effektiv erwachsen wird. Jedenfalls war die Beschwerdegegnerin nicht in der Lage, die Höhe des Schadens zu beziffern, weil es an hinreichenden Anhaltspunkten dafür fehlte, dass sie mit ihrer Forderung voll zu Verlust kommen werde (Urteil des Bundesgerichts H 242/00 vom 1

0. August 2001 E. 3b). Immerhin konnte

im Konkursverfahren knapp ein Viertel ihrer Forderung beglichen werden (vgl. Urk. 7/236 und Urk. 7/274), welcher Umfang für die Beschwerdegegnerin nicht voraussehbar war. Es rechtfertigt sich damit nicht, den massgebenden Zeitpunkt der Schadenserkenntnis vorzuverlegen, weshalb

die Frist für die Geltendmachung der Schadenersatzforderung am 10. Oktober 2017 zu laufen begann. Mit Erlass der Schadenersatzverfügungen vom 16. August 2019 (Urk. 7/277/7-13) wahrte die Beschwerdegegnerin die hier massgebliche zweijährige

Frist (E. 1.2.2). Die streitgegenständliche Forderung ist 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 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 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

Die Beschwerdegegnerin stützte ihre Forderung gegenüber den Beschwerde führenden im Wesentlichen auf die Arbeitgeberkontrollen vom 2. Februar und 23. Juni 2017 (Urk. 7/231 und Urk. 7/255). Im Weiteren liegen zahlreiche Mahnungen und Verzugszinsabrechnungen bei den Akten (vgl. auch die Rechnung vom 10. Februar 2017 [Urk. 7/236] sowie die Nachzahlungsverfügungen vom 10. Februar und 5. Juli 2017 für die Beitragsjahre 2012 bis 2016 [Urk. 7/237-240 und Urk. 7/260]). Der Ausstand der Z.____

ag

resultiert aus der Gegenüberstellung der gemäss Beitragsübersicht der Beschwerdegegnerin vom 14. August 2019 (Urk. 7/275) geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten, Gebühren und Verzugszinsen) und der von der Gesellschaft geleisteten Zahlungen. Danach besteht ein Saldo von Fr. 79'629.50 zu Gunsten der Beschwerdegegnerin. 2.3 2.3.1

Die Z.____

ag zahlte ab dem 1. Januar 2017 keine beitragspflichtigen Löhne mehr aus (vgl. Urk. 7/234 und Urk. 7/259). Über die Gesellschaft wurde mit Urteil vom 9. Mai 2017 der Konkurs eröffnet, das Konkursverfahren wurde mit Urteil vom 3. Oktober 2017 mangels Aktiven eingestellt und die Gesellschaft am 10. Januar 2018 von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht (Urk. 7/277/5-6). 2.3.2

Mit der Konkurseröffnung entfiel die Befugnis der Z.____

ag

zur Vermögensdisposition. Später entstandene Forderungen können den Beschwerde führenden deshalb von vornherein nicht angelastet werden. Indes bilden Sozialversicherungsbeiträge beziehungsweise Beitragsschulden, die zu einem Zeitpunkt

entstanden waren, als die Beschwerdeführenden Organe der Gesellschaft waren, Bestandteil des Schadens. Weder Abrechnungspflicht, Bei tragsschuld 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 Bundesgerichts H 136/00 vom 29. Dezember 2000 E. 4b). Die Gesellschaft richtete bis Ende 2016 Lohnzahlungen aus und hatte bis am 9. Mai 2017 Befugnis zur Vermögensdisposition. Die Beschwerdeführenden

können deshalb für die durch die Lohnzahlung angefallenen Sozialversicherungsbeiträge grundsätzlich zur Haftung herangezogen werden. 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 Beschwerdeführenden einforderte, zumal die Schadenssumme von Fr. 79'629.50 Folge von zu tiefen Akontobeiträgen (vgl. dazu nachfolgend E. 3.2) ist. 2.3.3

Der Ausstand der Z.____

ag beruhte im Wesentlichen auf anlässlich der Arbeitgeberkontrollen vom 2. Februar und 23. Juni 2017 (vgl. Urk. 7/231 und Urk. 7/255) festgestellten und nicht abgerechneten Lohnzahlungen an polnische Arbeiter in den Jahren 2013 und 2014 sowie den nicht abgerechneten Privatanteilen zweier Fahrzeuge in den Jahren 2012 bis 2016. Soweit die Beschwerdeführenden die Schadenersatzforderung in Bezug auf die Lohnzahlungen an die polnischen Mitarbeiter bestritten, ist festzuhalten, dass die entsprechenden Beiträge mit Nachzahlungsverfügungen vom 10. Februar 2017 (Urk. 7/238 - 239) von der Z.____

ag

eingefordert wurden. Innert der Rechtsmittelfrist opponierte lediglich die Beschwerdeführerin 2 mit einer (nicht rechtsgenügenden) Einsprache gegen die Aufrechnung der Privatanteile einer der beiden Fahrzeuge (vgl. Urk. 7/241, Urk. 7/247 und Urk. 7/250). Bezüglich der Lohnzahlungen an die polnischen Mitarbeiter wurde die Beitragspflicht hingegen nicht bestritten. Rechtskräftige Beitragsverfügungen sind im Schadenersatzverfahren nicht mehr anfechtbar, ausser wenn sie zweifellos unrichtig sind (Urteil des Bundesgerichts 9C_223/2019 vom 23. Mai 2019 E. 5 mit Hinweis auf BGE 134 V 401 E. 5.2). Eine zweifellose Unrichtigkeit der Nachzahlungsverfügungen ist weder ersichtlich, noch wurde eine solche von den Beschwerdeführenden mit der unbelegten Behauptung einer Arbeitgeberschaft zweier deutscher GmbHs (Urk. 9 S. 2 f.) substantiiert geltend gemacht, nachdem die Z.____

ag ihre Lohnzahlungspflicht gegenüber den polnischen Mitarbeitern mit Vereinbarung mit der

Gewerkschaft UNIA Region Zürich Schaffhausen vom 24. Oktober 2014 (Urk. 7/231/9 ff.) sowie ihre beitragsrechtliche Arbeitgeberschaft im Sinne von Art.

E. 6

) . Mit Stellungnahme vom 17. September 2021 (Urk.

E. 9

) hielt der Beschwerdeführer 1 an seinen Anträgen fest. Mit Eingabe vom 14. Oktober 2021 teilte die Beschwerdegegnerin mit, dass sie auf das Einreichen einer Stellungnahme dazu grundsätzlich verzichte (Urk.

E. 11

und Urk. 13/5) zur Kenntnis gebracht. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 12

Abs. 1 AHVG gegenüber der Beschwerdegegnerin

vor Erlass der genannten Nachzahlungsverfügungen (Urk. 7/136) anerkannt hat. Auf ihre Ausführungen bezüglich der Lohnbeiträge für die polnischen Mitarbeiter (Urk. 1 S. 5-7, Urk. 9 S. 2-5 und Urk. 13/1 S. 6-8) ist entsprechend nicht weiter einzugehen. 2.3.4

Die Schadensberechnung der Beschwerdegegnerin erweist sich damit aufgrund der Rechts- und Aktenlage als korrekt und die Schadenshöhe ist durch die Akten ausgewiesen. Zutreffend wies die Beschwerdegegnerin vernehmlassungsweise sodann darauf hin, dass der Schaden unabhängig von der Frage nach der IK Verbuchung aufgrund der nicht erfüllten Beitragspflicht entstanden ist (Urk. 6).

Das Quantitativ der streitgegenständlichen Forderung wurde im Übrigen beschwerdeweise nicht in Zweifel gezogen. Mangels offenkundiger Anhaltspunkte für Berechnungsfehler ist somit die Schadensberechnung der Beschwerdegegnerin zu bestätigen und von einem vorliegend relevanten Schadensbetrag von Fr. 79'629.50 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 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; 111 V 172 E. 2, je mit Hinweisen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_165/2017 vom 8. August 2017 E. 4.2.3). 3.2 3.2.1

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Z.____

ag den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen in den Jahren 2012 bis 2016

häufig verspätet beziehungsweise nur unvollständig nachkam. Die Gesellschaft richtete in den genannten Jahren Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 2'102'516.-- (Urk. 7/108, Urk. 7/124, Urk. 7/186, Urk. 7/206, Urk. 7/243, Urk. 7/236 und Urk. 7/260) aus, blieb der Beschwerdegegnerin aber Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten, Gebühren und Verzugszinsen) in der Höhe von Fr. 79'629.50 schuldig (vgl. E. 2.2 und 2.3 hier vor). Der Fehlbetrag ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die definitiven Beiträge für die Jahre 2013 und 2014 erheblich höher ausfielen als die geleisteten Akontobeiträge. 3.2.2

die Beiträge zu entrichten. Ebenso wenig bildete sie Rückstellungen für die Begleichung der Beiträge, obwohl sie sich verpflichtet hatte, für die Bezahlung derselben zu haften (vgl. Urk. 7/231/16). Die fehlende Meldung der wesentlichen Erhöhung der Lohnsumme stellt eine Pflichtverletzung dar, aufgrund welcher es der Beschwerdegegnerin erst durch die Arbeitgeberkontrolle vom 2. Februar 2017 (Urk. 7/231) möglich war festzustellen, in welchem Umfang die Gesellschaft Lohnbeiträge für die genannten Jahre zu entrichten hatte. Umstände, welche die Verletzung der Meldepflicht als nicht schuldhaft erscheinen lassen, sind nicht ersichtlich.

Dass für die Jahre 2013 und 2014 zu tiefe (Konto-)Beiträge einverlangt wurden und für die Begleichung der tatsächlich geschuldeten Beiträge keine ausreichenden finanziellen Mittel vorhanden waren, hat demnach die Z.____

ag zu verantworten. 3.3

Zu prüfen bleibt, inwieweit diese Missachtung öffentlichrechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten der Beschwerdeführenden zurückzuführen ist. 4. 4.1 4.1.1

Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass die Arbeitgeberin oder 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 der Arbeitgeberin oder des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder ein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass eine Arbeitgeberin oder ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 183 E. 1b; ZAK 1985 S. 576 E. 2 und S. 619 E. 3a). 4.1. 2

Grobe Fahrlässigkeit liegt praxisgemäss vor, wenn eine Arbeitgeberin oder 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 zu ermitteln (BGE 108 V 199 E. 3a mit Hinweisen; ZAK 1985 S. 51 E. 2a, S. 620 E. 3b, je mit weiteren Hinweisen).

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 des Unternehmens einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb des Unternehmens 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). 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 unterschriftsberechtigt sind, – die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (Urteil des Bundesgerichts H 94/91 vom 4. März 1993 E. 2c, nicht publ. in: BGE 119 V 86, Urteile des Bundesgerichts H 171/87 vom 7. Dezember 1987 und H 25/87 vom 4. August 1987; Urteil des Bundesgerichts H 358/98 vom 26. Januar 2000 E. 2b).

Bei den nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern von Aktiengesellschaften ist entscheidend, ob sie den ihnen obliegenden Kontroll- und Aufsichtspflichten nachgekommen sind. Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR obliegt dem Verwaltungsrat die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen. Gemäss dieser Bestimmung hat das Verwaltungsratsmitglied nicht nur die Pflicht, an den Verwaltungsratssitzungen teilzunehmen, sondern sich periodisch über den Geschäftsgang zu informieren und bei Unregelmässigkeiten einzuschreiten (Urteil des Bundesgerichts 9C_651/2012 vom 15. Mai 2013 E. 6.2 mit weiteren Hinweisen). Zwar ist der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat nicht verpflichtet, jedes einzelne Geschäft der mit der Geschäftsführung und Vertretung Beauftragten zu überwachen, sondern darf sich auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsganges beschränken. Dazu gehört, dass er sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer abzuklären versucht. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen (nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen) und eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beobachtung gesetzlicher Vorschriften auszuüben (BGE 114 V 219 E. 4a mit weiteren Hinweisen). Hat der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat gar kein Kenntnis von Ausständen gegenüber der Ausgleichskasse, muss er die Geschäftsführung hinsichtlich der Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen durch die Gesellschaft kontrollieren und, bei negativem Kontrollergebnis, tätig werden, namentlich durch Erteilen von Weisungen an die Geschäftsführung (Urteil des Bundesgerichts 9C_37/2019 vom 1. Juli 2019 E. 5.3.3.1 mit weiteren Hinweisen). 4.1. 3

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dauert die Verantwortlichkeit eines Verwaltungsrates in der Regel bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat. Hinsichtlich der Verantwortlichkeit eines Organes ist somit nicht einzig auf den Zeitpunkt der Löschung der Funktion im Handelsregister abzustellen. Dies gilt jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen die Betroffenen, nach ihrer Demission, keinen Einfluss mehr auf den Gang der Geschäfte und keine Entschädigung für ihre Organstellung erhalten haben. Mit anderen Worten kann ein Organ nur für Schaden haftbar erklärt werden, der auf die Nichtbezahlung von Beiträgen zurückzuführen ist, welche im Zeitpunkt seines effektiven Austritts entstanden und fällig waren. Vorbehalten bleibt der Fall, in dem der Schaden durch Handlungen verursacht worden ist, deren Wirkungen sich jedoch erst nach

seinem Rücktritt als Verwaltungsrat entfaltet haben (BGE 126 V 61 E. 4a mit Hinweisen) .

Ein neues Organ hat die Pflicht, für die Bezahlung der vor und während seiner Tätigkeit als Organ angefallenen Beitragsschulden besorgt zu sein. Entsprechend haftet es grundsätzlich für die laufenden wie auch die bereits vor Aufnahme seines Mandats fälligen Sozialversicherungsabgaben (BGE 126 V 61 E. 4a; 119 V 401 E. 4c; Urteile des Bundesgerichts 9C_841/2010 vom 22. September 2011 E. 4.3 und 9C_538/2019 vom 19. Juni 2020 E. 3, je mit Hinweisen). 4.2 4.2.1

Die Beschwerdeführenden bestritten unter anderem eine Haftung für die Beiträge für die Aufrechnung des Privatanteils des Fahrzeugs des Beschwerdeführers 1 für das Jahr 2016 in Höhe von Fr. 3'200.-- und darauf geschuldete Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 450.-- (vgl. Urk. 7/260 und Urk. 7/278/15). Dass der entsprechende Privatanteil zu Unrecht nicht abgerechnet wurde, stellte die Beschwerdegegnerin erst nach der Konkurseröffnung anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 23. Juni 2017 (Urk. 7/255) fest und stellte die entsprechenden Beiträge erst am 5. Juli 2017 in Rechnung (Urk. 7/261). Zwar waren mit dieser Rechnung Sozialversicherungsbeiträge auszugleichen, die vor der Konkurseröffnung entstanden waren. Dass die Rechnung unbezahlt blieb, wurde jedoch nicht durch eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlung beziehungsweise Unterlassung der Beschwerdeführenden verursacht. Denn einerseits bewirkte die Aufrechnung des Privatanteils des Fahrzeugs von Fr. 3'200.-- im Jahr 2016 keine wesentliche Änderung der Lohnsumme im Sinne von Art. 35 Abs. 2 AHVV (vgl. E. 3.2 hiervor), welche der Beschwerdegegnerin hätte gemeldet werden müssen. Und andererseits konnte von den Beschwerdeführenden nicht erwartet werden, noch vor entsprechender Rechnungsstellung diese Beiträge zu begleichen, waren sie doch noch im Zeitpunkt der Konkurseröffnung der Ansicht, dass die Aufrechnung des Privatanteils des Fahrzeugs des Beschwerdeführers 1 zu Unrecht erfolgte (vgl. Urk. 7/241). Der Entscheidung der Beschwerdegegnerin, mit welchem sie auf die diesbezügliche Einsprache der Beschwerdeführerin 2 nicht eintrat, erging erst am 31. Mai 2017 (Urk. 7/250), zu einem Zeitpunkt also, in welchem keine Verfügungsbefugnis über das Vermögen der Z.____

ag mehr bestand . Eine Haftung der Beschwerdeführenden für die erst nach der Konkurseröffnung in Rechnung gestellten und fällig gewordenen Beiträge für das Jahr 2016 von Fr. 450.-- fällt deshalb ausser Betracht.

Die Beiträge für die Aufrechnung der Privatanteile der Fahrzeuge für die Jahre 2012 bis 2015 wurden der Z.____

ag am 10. Februar 2017 in Rechnung gestellt und wären bis am 3. März 2017 und somit noch vor der Konkurseröffnung vom 9. Mai 2017 zu begleichen gewesen (Urk. 7/236). Die diesbezügliche Haftbarkeit wird von den Beschwerdeführenden entsprechend nicht bestritten. 4.2 . 2

In Bezug auf die restliche Schadenssumme ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführenden im vorliegend massgebenden Zeitraum als Präsident beziehungsweise Mitglied des Verwaltungsrates der Z.____

ag

amteten , wobei der Beschwerdeführer 1 einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der Unternehmung war (Urk. 7/277/5-6) . Er haftet damit ohne Weiteres für den der Beschwerdegegnerin zufolge pflichtwidrigen Verhaltens der Z.____

ag

entstandenen Schaden. Die Beschwerdeführerin 2 verfügte zwar über keine Zeichnungsberechtigung, war aber Treuhänderin der Gesellschaft (vgl. etwa Urk. 7/58, Urk. 7/241 und Urk. 7/255/5), womit sie über den Geschäftsgang der Unternehmung orientiert war. Insbesondere waren ihr die an die polnischen Arbeiter ausbezahlten und ab März 2014 in der Lohnbuchhaltung ersichtlich en Löhne bekannt

(Urk. 7/231/12-15). Ebenso hätte ihr auffallen müssen, dass für diese Lohnzahlungen weder Sozialversicherungsbeiträge entrichtet noch Rückstellungen gebildet wurden. Entsprechend wäre sie verpflichtet gewesen, die Geschäftsführung zur Einhaltung der gesetzlichen Verpflichtungen durch die Gesellschaft anzuweisen (vgl. E. 4.1.2 hiervor). Dass sie dies gemacht hat, wird weder behauptet noch lässt sich dies den Unterlagen entnehmen. Indem die Beschwerdeführerin 2 ihren Kontroll- und Aufsichtspflichten als Verwaltungsrätin nicht nachgekommen ist, hat auch sie sich für den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden haftbar gemacht. Dies alles gilt umso mehr, als es sich bei der Z.____

ag um ein Kleinunternehmen mit einfacher Verwaltungsstruktur und – abgesehen von den polnischen Mitarbeiter n

in den Jahren 2013 und 2014, für welche jedoch keine regelmässigen Lohnabrechnungen erstellt wurden – nur wenigen Angestellten handelte (vgl. etwa Urk. 7/231/1). Bei derart leicht überschaubaren Verhältnissen wird vom geschäftsführenden Verwaltungsratspräsidenten und dem für die Buchhaltung zuständigen Verwaltungsratsmitglied praxisgemäss verlangt, dass sie den Überblick über alle wesentlichen Belange des Unternehmens haben.

Indem die Beschwerdeführenden nicht gegen das pflichtwidrige Handeln der Z.____

ag

– welche den Lohnzahlungen ungerechtfertigterweise Priorität vor der Beitragsentrichtung eingeräumt hat –

einschritten beziehungsweise selbst diese Vorgehensweise wählten, verletzten sie ihre öffentlichrechtlichen Pflichten als Verwaltungsräte der Gesellschaft. Sie hätten nämlich dafür sorgen müssen, dass die Unternehmung nur Löhne ausrichtet, für die sie auch die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge zu leisten imstande ist (für viele etwa: Urteil des Bundesgerichts H 26/06 vom 10. April 2006 mit Hinweis). Die Missachtung der öffentlichrechtlichen Arbeitgeberpflichten ist demnach auf ein grobfahrlässiges Verhalten der Beschwerdeführenden zurückzuführen.

Die Beschwerdeführenden haften nach dem Gesagten solidarisch für Beitragsausstände (inklusive Nebenkosten, Gebühren und Verzugszinsen) im Umfang von Fr. 79'179.50 (Fr. 79'629.50 - Fr. 450.--). 4.2.3

Soweit die Beschwerdeführenden vorbrachten, die Beschwerdegegnerin trage ein grobes Mitverschulden an den Beitragsausständen (Urk. 1 S. 7-9 und Urk. 13/1 S. 8-10), kann dem nicht gefolgt werden. Zwar trifft zu, dass die Z.____

ag am 8. April und 18. August 2014 bezüglich der Beitragszahlungen für die Löhne der polnischen Mitarbeiter bei der Beschwerdegegnerin vorstellig wurde (Urk. 7/136 und Urk. 7/165). Damit gingen aber ihre Arbeitgeberpflichten nicht auf die Beschwerdegegnerin

über. Denn in der Folge tätigte sie keine Vorkehrungen mehr, um diese Ausstände zu begleichen. Weder erteilte sie der Beschwerdegegnerin die von dieser geforderte Auskunft (vgl. Urk. 7/138/2 und Urk. 7/231/19), noch meldete sie ihr die Höhe der abgerechneten Löhne, obwohl diese bereits ab März 2014 bekannt waren (Urk. 7/231/12-15), oder erkundigte sich nach der Abrechnungsnummer oder der Zustellung einer Nachzahlungsverfügung für die entsprechenden Beitragszahlungen. Vielmehr geschah in der Sache bis zur Arbeitgeberkontrolle am 2. Februar 2017 während knapp 2.5 Jahren überhaupt nichts mehr. Dies kann nicht der Beschwerdegegnerin angelastet werden, insbesondere nicht, da es die Z. ___

ag in der Folge unterlassen hat, Rückstellungen zu bilden, obwohl ihr aufgrund der Höhe der an die polnischen Mitarbeiter ausbezahlten Löhne bekannt sein musste, in welchem Umfang entsprechende Beitragszahlungen anfallen werden. 5.

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

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

Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten beziehungsweise die Passivität der Beschwerdeführenden ohne Weiteres auch als adäquat kausal (BGE 119 V 406 E. 4a) für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen beziehungsweise vorliegend relevanten Schaden von Fr. 79'179.50 zu betrachten, weshalb sie zu verpflichten sind, dafür Ersatz zu leisten. 6.

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

In

teilweiser

Gutheissung der Beschwerden werden die Entscheide vom 30. Juni 2021 in soweit abgeändert, als die Beschwerdeführenden verpflichtet werden, der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, in solidarischer Haftung Schadenersatz im Umfang von Fr. 79'179.50 zu bezahlen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Den Beschwerdeführenden wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Eva Maria Spoerri - Y. ___ - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Bundesamt für Sozialversicherungen 5.

Da der Streitwert die erforderliche Grenze von Fr. 30'000.-- erreicht, 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
Gräub
Lanzicher

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