

Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
9C_111/2007

Urteil vom 17. September 2007
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Lustenberger, Seiler,
Gerichtsschreiber Maillard.

Parteien
E._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Rechtsanwalt Markus Büchi, Fürstenlandstrasse 39,
9500 Wil SG,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Zürich, Röntgenstrasse 17, 8005 Zürich.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 9.
Februar 2007.

Sachverhalt:

A.
Mit Verfügung vom 22. April 2005 verpflichtete die Ausgleichskasse des Kantons Zürich
E._____, Präsident und zuletzt einziges Mitglied des Verwaltungsrates der am 30. Oktober 2003
in Konkurs gefallenen Firma P._____ AG zur Bezahlung von Schadenersatz für entgangene
Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 81'772.65. In teilweiser Gutheissung der dagegen
erhobenen Einsprache reduzierte die Ausgleichskasse die Schadenersatzforderung mit
Einspracheentscheid vom 17. März 2006 auf Fr. 62'328.60.

B.
Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wies die hiegegen erhobene Beschwerde mit
Entscheid vom 9. Februar 2007 ab.

C.
E._____ lässt Beschwerde führen mit dem Antrag, der vorinstanzliche und der
Einspracheentscheid seien aufzuheben und die Schadenersatzforderung sei auf Fr. 1'140.- zu
reduzieren; eventuell sei die Sache an die das kantonale Gericht zur weiteren Sachverhaltsabklärung
zurückzuweisen.

Während die Ausgleichskasse Abweisung der Beschwerde beantragt, verzichtet das Bundesamt für
Sozialversicherungen auf eine Stellungnahme.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann unter anderem die Verletzung
von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur
gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von
Artikel 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend
sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den
die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes
wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung
im Sinne von Artikel 95 beruht (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Das Bundesgericht darf nicht über die
Begehren der Parteien hinausgehen (Art. 107 Abs. 1 BGG). Neue Begehren sind unzulässig (Art. 99
Abs. 2 BGG).

1.2 Der Beschwerdeführer geht irrtümlich davon aus, dass die Beschwerde betreffend die
Beitragsschuld gegenüber der Ausgleichskasse für kantonale Familienzulagen (FAK-Beiträge) im

Betrag von Fr. 1'140.- nicht zulässig sei. Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten können - anders als früher mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nach OG - nicht nur Verfügungen mit bundesrechtlicher Grundlage angefochten werden, sondern auch öffentlichrechtliche Verfügungen mit kantonalechtlicher Rechtsgrundlage. Diesbezüglich kann freilich nur die Verletzung (kantonalen) verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 95 lit. a, c BGG). Da aber das Bundesgericht nicht über die Begehren der Parteien hinausgehen kann (siehe E. 1.1), müsste der Beschwerdeführer auch bei Gutheissung seines Rechtsmittels die Forderung mindestens im anerkannten Umfang bezahlen.

2.

2.1 Streitig und zu prüfen ist, ob der Beschwerdeführer zur Leistung von Schadenersatz nach Art. 52 AHVG verpflichtet ist. Das kantonale Gericht hat die Voraussetzungen der Haftung nach Art. 52 AHVG und die dazu ergangene einschlägige Rechtsprechung zutreffend dargelegt. Darauf kann verwiesen werden. Die Höhe des Schadens, die Widerrechtlichkeit des Handelns sowie die Organstellung des Beschwerdeführers sind nicht (mehr) umstritten, wohl aber dessen Verschulden.

2.2 Nach ständiger Rechtsprechung handelt es sich bei der Haftung gemäss Art. 52 AHVG nicht um eine Kausalhaftung, sondern um eine Verschuldenshaftung, wobei die Schadenersatzpflicht ein qualifiziertes Verschulden voraussetzt. Dementsprechend ist die Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge für sich allein nicht haftungsbegründend; vielmehr bedarf es zusätzlich zur Widerrechtlichkeit (Missachtung von Art. 14 Abs. 1 AHVG) eines Verschuldens in Form von Absicht oder grober Fahrlässigkeit. Die Annahme eines qualifizierten Verschuldens im Sinne von Art. 52 AHVG setzt einen Normverstoss von einer gewissen Schwere voraus (BGE 121 V 243 E. 5 S. 244).

3.

3.1 Die ausstehenden Beträge betreffen Teile der Beiträge für die Monate Juli und August sowie September 2002 (Rechnungen vom 6. und 12. September 2002) sowie für die Zeit ab Mai 2003. Der Normverstoss liegt darin, dass während langer Zeit (mehr als ein Jahr) Beiträge nicht entrichtet wurden, obwohl in der gleichen Zeit Löhne bezahlt wurden. Gemäss konstanter Rechtsprechung darf von einer Arbeitgeberin bei finanziellen Schwierigkeiten grundsätzlich nur so viel Lohn ausbezahlt werden, als die darauf unmittelbar entstehenden Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 E. 5). Die lange Dauer kann im Lichte der Rechtsprechung (siehe BGE 108 V 183 E. 2 S. 188, bestätigt in BGE 121 V 243; ZAK 1992 S. 248 E. 4b, 1985 S. 577 E. 3a) nicht als kurzfristiger Ausstand betrachtet werden, welcher eine Exkulpation bewirken könnte.

3.2 Der Beschwerdeführer macht geltend, es liege kein grobfahrlässiges Verhalten darin, dass die Lohnforderungen prioritär gegenüber AHV-Beiträgen bezahlt worden seien. Grundsätzlich trifft es zu, dass es nicht als grobfahrlässig betrachtet werden kann, wenn bei ungenügender Liquidität die einen Forderungen bezahlt werden, andere aber nicht. Auch im Rahmen der Haftung nach Art. 754 OR würde dies für sich allein noch nicht zur Haftungsbegründung ausreichen. Die Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG geht aber davon aus, dass es - abgesehen allenfalls von kurzfristigen Ausständen - grobfahrlässig ist, Löhne zu bezahlen, wenn die darauf geschuldeten AHV-Beiträge nicht gedeckt seien (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 E. 5; Urteil D. vom 25. Mai 2007, H 63/05, E. 6.4). Dies wird mit der besonderen Natur der AHV-Beiträge begründet, hinsichtlich welcher der Arbeitgeber die Funktion eines Vollzugsorgans ausübt (Art. 51 AHVG), was eine besondere Pflicht begründet, für die ordnungsgemässe Bezahlung der Beiträge zu sorgen. Daher kann auch der Umstand, dass die Lohnbezahlung für die Aufrechterhaltung des Betriebs (und damit für die Wahrung einer minimalen Sanierungschance) zentral sind, für sich allein als Exkulpation nicht ausreichen.

3.3 Es trifft auch nicht zu, dass der Beschwerdeführer riskiert hätte, sich wegen Gläubigerbevorzugung strafbar zu machen, wenn er die Lohnzahlungen zugunsten der AHV-Beiträge zurückgestellt hätte. Der Grund dafür liegt entgegen der Annahme der Vorinstanz nicht darin, dass die AHV-Beiträge von Gesetzes wegen geschuldet werden, sondern vielmehr darin, dass generell der Tatbestand der Gläubigerbevorzugung nicht erfüllt ist, wenn fällige Forderungen mit ordentlichen Zahlungsmitteln bezahlt werden (BGE 117 IV 23).

3.4 Die Ausführungen in der Beschwerde zum Zeitpunkt der Überschuldung sind irrelevant, ist doch die dem Beschwerdeführer vorgeworfene Pflichtverletzung nicht darin zu erblicken, dass er allenfalls den Konkursrichter zu spät angerufen hat, sondern dass er die AHV-Beiträge nicht bezahlt oder deren Begleichung veranlasst hat.

4.

Der Beschwerdeführer beruft sich auf die Praxis, wonach Ausstände zu entschuldigen sind, wenn zwecks Sanierung des Unternehmens vorübergehend AHV-Beiträge zurückbehalten werden (siehe die Hinweise in E. 3.1; Urteil X. vom 22. Juni 2006, H 8/06, mit Hinweisen). Die Vorinstanz hat dazu festgestellt, es hätten ab Frühjahr 2003 keine seriösen Sanierungsaussichten mehr bestanden. Soweit sich das kantonale Gericht dazu auf die Höhe der ausstehenden Forderungen im November 2003 beruft, ist dies offensichtlich unrichtig; denn massgebend für die Beurteilung der

Erfolgsaussichten muss sein, wie sich die Lage im betreffenden Zeitpunkt darbot. Aus der Optik Februar/ März 2003 könnte wohl die Sanierungsaussicht nicht verneint werden. Doch waren nach der Entdeckung des Fehlers des Buchhalters im März 2003 die Aussichten auf Sanierung zusehends ungewiss und gründeten in der Hoffnung auf ein Darlehen. Die finanzielle Lage verschlechterte sich indessen zusehends. Jedenfalls ab Mai 2003 musste ernsthaft mit einem Scheitern gerechnet werden. Auch der Beschwerdeführer scheint davon auszugehen, wenn er geltend macht, er hätte sich durch die Bezahlung der AHV-Beiträge einer Gläubigerbevorzugung schuldig gemacht, was ja das Bewusstsein der

Zahlungsunfähigkeit voraussetzt (Art. 167 StGB). Für die ausstehenden Beiträge ab Mai 2003 kann sich der Beschwerdeführer daher nicht mehr auf den Exkulpationsgrund der Sanierungschancen berufen. Ob dasselbe für die ausstehenden Beiträge für das Jahr 2002 gilt, kann im Hinblick auf das Folgende offen bleiben.

5.

Der Beschwerdeführer macht ein Selbstverschulden der Beschwerdegegnerin geltend, weil diese sich nicht um die rechtzeitige Eintreibung der Beiträge bemüht und noch einen Zahlungsaufschub bewilligt habe.

5.1 Die Vorinstanz hat dazu erwogen, es könne der Beschwerdegegnerin nicht zum Verschulden gereichen, dass sie die Beitragsforderungen nicht mit mehr Nachdruck verfolgt habe. Das kantonale Gericht hat dabei die aktenkundige Tatsache ausser Acht gelassen, dass die Beschwerdegegnerin für die ausstehenden Beitragsrestanzen für das Jahr 2002 am 24. April 2003 einen Zahlungsaufschub bewilligte. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ändert zwar ein Zahlungsaufschub nichts an der Widerrechtlichkeit der Nichtbezahlung, kann aber unter Verschuldenaspekten relevant sein: bei der Beurteilung der Frage, ob die verantwortlichen Organe ihren Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragszahlungspflicht nachgekommen sind, ist eine Zahlungsvereinbarung mitzuberücksichtigen, soweit dem Beitragspflichtigen damit ein Abweichen von den ordentlichen Zahlungsterminen zugestanden wird. Die Verschuldensfrage beurteilt sich primär nach den Umständen, die zum Zahlungsrückstand geführt haben (BGE 124 V 253 E. 3b; AHI 1999 S. 26 E. 4).

5.2 Die Rückstände gehen auf Rechnungen vom 6. und 12. September 2002 zurück. Diese Rechnungen wurden nicht bezahlt, aber von der Beschwerdegegnerin in Verletzung von Art. 34a AHVV erst am 24. März 2003 gemahnt. Darin liegt entgegen der Auffassung der Vorinstanz eine Rechtswidrigkeit. Die Beschwerdegegnerin trägt somit ein erhebliches Selbstverschulden, indem sie die ausstehenden Beiträge rund ein halbes Jahr lang nicht gemahnt hat. Dieses wiegt umso schwerer, als die Firma früher schon wiederholt für Beiträge gemahnt werden musste, dann aber jeweils auf Mahnung hin bezahlte. Es besteht somit eine erhebliche Wahrscheinlichkeit, dass die ausstehenden Beiträge bei rechtzeitiger Mahnung noch bezahlt worden wären.

5.3 Umgekehrt kann bezüglich der Nichtbezahlung dieser Rechnungen dem Beschwerdeführer keine Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden. Es kann auch in einem geordneten Betrieb vorkommen, dass gelegentlich eine Rechnung verloren oder vergessen geht. Weder in der Zwischenbilanz per 30. September 2002 noch in der Jahresbilanz per 31. Dezember 2002 (beide von einem externen Treuhandunternehmen erstellt) waren die offenen AHV-Rechnungen unter den Passiven enthalten. In der Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2002 waren ein Personalaufwand von Fr. 647'517 und AHV-Beiträge von Fr. 69'634 ausgewiesen. Daraus musste der Beschwerdeführer nicht erkennen, es seien zu wenig AHV-Beiträge bezahlt worden. Darin, dass sich der Beschwerdeführer auf die von einem externen Treuhandbüro erstellte Buchhaltung verliess, kann noch keine Grobfahrlässigkeit erblickt werden (Urteil S. vom 4. Oktober 2004, H 273/03, E. 4.2.2). Der Beschwerdeführer hatte umso weniger Anlass an der Richtigkeit der Buchhaltung zu zweifeln, als der Firma noch Ende Februar 2002 von der Beschwerdegegnerin Fr. 41'743.65 an zu viel bezahlten Beiträgen rückerstattet wurden. Dazu kommt, dass gemäss Telefonnotiz der Beschwerdegegnerin vom 10. Oktober 2002 die Jahreslohnsumme mit Bezahlung

der Akonto Rechnungen bis und mit September 2002 erreicht war, und der Firma schliesslich nach getätigter Revision am 30. Oktober 2002 die Ordnungsmässigkeit der früheren Abrechnungen bescheinigt wurde.

5.4 Nachdem der Beschwerdeführer die Mahnungen erhalten und zugleich den Irrtum in der Buchhaltung bemerkt hatte, beantragte er sofort bei der Beschwerdegegnerin einen Zahlungsaufschub, der mit Tilgungsplan vom 24. April 2003 auch bewilligt wurde. Es kann nicht gesagt werden, dass der Beschwerdeführer damals (Ende März 2003) bereits damit rechnen musste, die Raten nicht mehr bezahlen zu können. Die ersten beiden Zahlungsraten wurden denn auch noch - zwar mit einiger Verzögerung - bezahlt. Die Schadenersatzsumme ist somit um die Ausstände des Jahres 2002 zu reduzieren, weil diesbezüglich keine grobe Pflichtverletzung, dafür ein erhebliches Selbstverschulden der Beschwerdegegnerin vorliegt (vgl. AHI 1999 S. 26 E. 4c).

6.

Zu ersetzen sind damit die Ausstände ab Mai 2003. Das ergibt (inkl. FAK-Beiträge) Fr. 32'145.-. Da

der Beschwerdeführer im Rechtsbegehren Fr. 1'140.- anerkannt hat, ohne dies im Rechtsbegehren ausdrücklich auf die FAK-Beiträge zu beziehen, geht das Bundesgericht nicht über die Begehren des Beschwerdeführers hinaus, wenn es den gesamten Schadenersatz auf Fr. 32'145.- festsetzt. Eine Ausscheidung von FAK-Beiträgen erübrigt sich daher.

7.

Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten den Parteien je hälftig aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Der Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Februar 2007 und der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Zürich vom 17. März 2006 werden insoweit abgeändert, als die vom Beschwerdeführer zu bezahlende Schadenersatzsumme auf Fr. 32'145.- festgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

Von den Gerichtskosten von Fr. 4000.- werden dem Beschwerdeführer Fr. 2000.- und der Beschwerdegegnerin Fr. 2000.- auferlegt.

3.

Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Bundesgericht eine Parteientschädigung von Fr. 1500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

4.

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden haben.

5.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen zugestellt.

Luzern, 17. September 2007

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: