

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2004.00026 vom 24. Mai 2005

ZH Sozialversicherungsgericht, 2005-05-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2004.00026

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2004.00026 du 24 mai 2005

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2004.00026 del 24 maggio 2005

Erwägungen

E. 1

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 zugefügt, diesen zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können nach ständiger Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (BGE 129 V 11, 123 V 15 Erw. 5b = AHI 1997 S. 208 Erw. 5b, je mit Hinweisen). Haben mehrere Arbeitgeber oder mehrere Organe einer juristischen Person einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (BGE 114 V 214 Erw. 3 mit Hinweisen).

1.2 Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung; IVG), Erwerbsersatzordnungs- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee, Zivildienst und Zivilschutz; EO) sowie auf die kantonrechtlichen Beiträge für die Familienausgleichskasse (§ 33 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer; nicht publiziertes Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen A. vom 30. Juni 1997, 2P.251/1996). Ferner haften die Arbeitgeber und ihre Organe auch für entgangene Beiträge an die Arbeitslosenversicherung (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzschuldigung; BGE 113 V 186).

E. 2

2.1 Zu prüfen ist zunächst, ob die Schadenersatzverfolgung vom 3. Dezember 2003 (Urk. 11/4) rechtzeitig erfolgt ist.

2.2 Nach Art. 52 Abs. 3 AHVG, in der seit 1. Januar 2003 gültigen Fassung, verjährt die Schadenersatzforderung zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse Kenntnis des Schadens erhalten hat, und fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Bei diesen Fristen handelt es sich entgegen dem Wortlaut der Bestimmung um eine Verwirkungsfrist, die von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (vgl. BGE 128 V 12 Erw. 5a, 17 Erw. 2a, 126 V 451 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

E. 2.3

Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs. 3 AHVG ist in der Regel von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr zumutbaren

Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 128 V 17 Erw. 2a, 126 V 444 Erw. 3a 452 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

2.4.4.4 Im Falle eines Konkurses oder Nachlassvertrages mit Vermögensabtretung hat die Kasse nicht notwendigerweise erst Kenntnis des Schadens im Sinne von Art. 52 Abs. 3 AHVG, wenn sie in die Verteilungsliste und Schlussrechnung des Konkursamtes oder Liquidators Einsicht nehmen kann oder einen Verlustschein erhält; denn wer im Rahmen solcher Verfahren einen Verlust erleidet und auf Ersatz klagen will, hat praxisgemäss in der Regel bereits dann ausreichende Kenntnis des Schadens, wenn die Kollokation der Forderungen eröffnet beziehungsweise der Kollokationsplan (und das Inventar) zur Einsicht aufgelegt wird. In diesem Zeitpunkt ist oder wäre der Gläubiger im Allgemeinen in der Lage, den Stand der Aktiven, die Kollokation seiner Forderung und die voraussichtliche Dividende zu kennen (BGE 126 V 444 Erw. 3a, 119 V 92 Erw. 3, je mit Hinweisen).

4.4.4.4 Lässt die Auflage des Kollokationsplanes eine volle Deckung der Beitragsforderung erwarten, kann sich die fristauslassende Kenntnis des Schadens auch in einem späteren Stadium des Konkurses oder Nachlassvertragsverfahrens verwirklichen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, in Sachen A. vom 4. September 2001, H 300/00, Erw. 2a). Andererseits kann eine Kenntnis des Schadens ausnahmsweise bereits vor Auflegung des Kollokationsplanes bestehen (AHI 1993 S. 81, ZAK 1992 S. 477). Auch im Falle des summarischen Konkursverfahrens hat die Ausgleichskasse in der Regel im Zeitpunkt der Auflage des Kollokationsplanes und des Inventars Kenntnis des Schadens (Urteil des EVG in Sachen I. vom 27. Juni 2000, H 12/99). Bei Einstellung des Konkurses mangels Aktiven besteht in der Regel Kenntnis des Schadens im Zeitpunkt der Publikation der Einstellung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB); dies gilt auch dann, wenn ein Gläubiger nach Art. 230 Abs. 2 SchKG die Durchführung des Konkursverfahrens verlangt (Urteile des EVG in Sachen S. vom 7. Januar 2000, H 224/98, und in Sachen A. vom 4. September 2001, H 300/00).

2.5.4.4 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 444 Erw. 3a, 121 III 384 Erw. 3bb, 388 Erw. 3a, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. z.B. BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. z.B. BGE 121 V 234, 240). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 112 V 157 Erw. 2, 108 V 194 Erw. 2d, je mit Hinweisen). Im zweiten Fall gilt der Schadenseintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 16 Erw. 5b, 170 Erw. 2a, 121 III 384 Erw. 3bb, 113 V 256, 112 V 157 Erw. 2).

E. 2.6

Vorliegend wurde der Konkurs am 16. Januar 2003 eröffnet (vgl. Urk. 11/61 S. 1), am 27. Februar 2003 führte die Beschwerdegegnerin eine Arbeitgeberkontrolle durch (Urk. 11/7), mit Verfügung vom 17. März 2003 des Konkursrichters des Bezirksgerichts

A.____ wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und am 1. Juli 2003 die Gesellschaft im Sinne von Art. 66 Abs. 2 Satz 2 der Handelsregisterverordnung von Amtes wegen gelÃ¶scht (vgl. Urk. 11/61). Somit ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin zum Zeitpunkt der VerÃ¶ffentlichung der Einstellung im SHAB, mithin auf jeden Fall nach der Einstellung des Konkursverfahrens am 17. MÃ¤rz 2003 und vor der LÃ¶schung der Gesellschaft am 1. Juli 2003, Kenntnis des Schadens erhielt. Die zweiÃ¼hrige Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzes ist mit Erlass der SchadenersatzverfÃ¼gung vom 3. Dezember 2003 (Urk. 11/4) jedenfalls gewahrt worden.

E. 3

3.1.Ã.Ã.Ã. Des Weiteren sind die Haftungsvoraussetzungen des Schadens, der Widerrechtlichkeit, des Verschuldens und des adÃquaten Kausalzusammenhangs zu prÃ¼fen, wobei zuerst auf die Voraussetzung des Schadens nÃher einzugehen ist.

E. 3.2

Voraussetzung fÃ¼r eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunÃchst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die HÃ¶he 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 MahngebÃ¼hren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 384 Erw. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 197 Erw. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehÃ¶ren auch die ArbeitgeberbeitrÃge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 29 Erw. 5).

E. 3.3

Festzustellen ist vorab, dass es aufgrund der den Parteien obliegenden Mitwirkungspflichten Sache der Beschwerdegegnerin ist, die Schadenersatzforderung so zu substantiieren, dass sie Ã¼berprÃ¼ft werden kann. Andererseits obliegt es im Bestreitungsfall dem BeschwerdefÃ¼hrer, substantiiert darzulegen, weshalb der von der Kasse ermittelte Schadensbetrag unzutreffend ist (ZAK 1991 S. 126 Erw. II/1b).

3.4.Ã.Ã.Ã. Dem von der Beschwerdegegnerin mit Einspracheentscheid vom 3. Februar 2004 geltend gemachten Schaden in HÃ¶he von Fr. 24'545.55 (Urk. 2 S. 3) liegen ausstehende LohnbeitrÃge fÃ¼r die Jahre 1998 bis 2002 zugrunde (Kontoauszug fÃ¼r die Zeit vom 1. Januar 1980 bis 18. Oktober 2004, Urk. 11/62).

3.4.1.Ã.Ã. FÃ¼r das Jahr 1998 ist der Belastung aus der Arbeitgeberkontrolle vom 1. Februar 2001 eine beitragspflichtigen Lohnsumme von Fr. 189'671.-- zu entnehmen (Urk. 11/16). Daraus resultieren LohnbeitrÃge (AHV, IV, EO) in der HÃ¶he von Fr. 19'156.75 (10,10 % von Fr. 189'671.--; Art. 5 AHVG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 23a der Verordnung Ã¼ber die EO), wovon auch die Beschwerdegegnerin ausgeht (Urk. 11/63 S. 1). Die in Anschlag gebrachten Verwaltungskosten in der HÃ¶he von Fr. 574.70 entsprechen 3 % der zu entrichtenden Beitragssumme und sind deshalb ebenfalls nicht zu beanstanden (Urk. 11/63 S. 1; Art. 1 der Verordnung Ã¼ber den HÃ¶chstansatz der VerwaltungskostenbeitrÃge in der AHV). Die ALV-pflichtige Lohnsumme wurde gemÃss Belastung aus der Arbeitgeberkontrolle auf Fr. 189'671.-- (Urk. 11/16) und die BeitrÃge mit Fr. 5'690.15 (3 % von Fr. 189'671.--)

festgesetzt (Urk. 11/63 S. 1; Art. 4-4a des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschuldung in der bis Ende Juni 2003 gültig gewesenen Fassung). Die FAK-Beiträge von Fr. 2'845.05 (1,5 % von Fr. 189'671.--) sind ebenfalls nicht zu beanstanden (Urk. 11/63 S. 1).

3.4.2 Für das Jahr 1999 ist der vom Beschwerdeführer eingereichten Jahresabrechnung 1999 eine beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 160'690.20 (Urk. 11/19) und der Belastung aus der Arbeitgeberkontrolle vom 1. Februar 2001 zusätzlich eine solche von Fr. 271'159.-- (Urk. 11/17), mithin eine massgebende Gesamtlohnsumme von Fr. 431'849.-- zu entnehmen. Daraus resultieren Lohnbeiträge (AHV, IV, EO) in der Höhe von Fr. 43'616.75 (10,10 % von Fr. 431'849.--; Art. 5 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 23a der Verordnung über die EO), wovon die Beschwerdegegnerin ausgeht (Urk. 11/63 S. 1). Die in Anschlag gebrachten Verwaltungskosten von Fr. 1'308.50 entsprechen 3 % der zu entrichtenden Beitragssumme und sind deshalb ebenfalls nicht zu beanstanden (Urk. 11/63 S. 1; Art. 1 der Verordnung über den Höchstansatz der Verwaltungskostenbeiträge in der AHV). Die ALV-pflichtige Lohnsumme wurde gemäss Belastung aus der Arbeitgeberkontrolle auf insgesamt Fr. 431'849.-- und die Beiträge mit Fr. 12'955.45 (3 % von Fr. 431'849.--) festgesetzt (Urk. 11/63 S. 1; Art. 4-4a AVIG in der bis Ende Juni 2003 gültig gewesenen Fassung). Die FAK-Beiträge von Fr. 6'477.75 (1,5 % von Fr. 431'849.--) sind ebenfalls nicht zu beanstanden.

3.4.3 Für das Jahr 2000 ist der vom Beschwerdeführer am 29. Januar (2001) eingereichten Jahresabrechnung eine beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 272'996.80 (Urk. 11/15 = Urk. 3/2/2) und der Belastung aus der Arbeitgeberkontrolle vom 27. Februar 2003 eine zusätzliche Lohnsumme von Fr. 4'229.-- (Urk. 11/12) zu entnehmen. Insgesamt errechnet sich eine beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 277'225.80. Für dieses Jahr resultieren Lohnbeiträge (AHV, IV, EO) in der Höhe von Fr. 28'000.-- (10,10 % von Fr. 287'912.90; Art. 5 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 23a der Verordnung über die EO). Die Beschwerdegegnerin bezifferte die Lohnbeiträge (AHV, IV, EO) für das Jahr 2000 dagegen mit Fr. 28'906.80 (Urk. 11/63 S. 1), ging mithin von einer beitragspflichtigen Lohnsumme von Fr. 286'206.-- aus. Eine solche ist indes nicht aktenkundig. Ausgehend von einer beitragspflichtigen Lohnsumme von Fr. 277'226.-- errechnen sich ALV-Lohnbeiträge von Fr. 8'317.-- (3 % von Fr. 277'226.--; Art. 4-4a AVIG), FAK-Beiträge von Fr. 4'158.-- (1,5 % von Fr. 277'226.--) und Verwaltungskosten von Fr. 840.-- (3 % von Fr. 28'000.--), mithin für das Jahr 2000 Lohnbeiträge inkl. Verwaltungskosten von insgesamt Fr. 41'315.-- anstelle der von der Beschwerdegegnerin errechneten Fr. 42'510.85 (vgl. Urk. 11/63 S. 1).

3.4.4 Für das Jahr 2001 reichte der Beschwerdeführer am 28. Januar 2002 eine Jahresabrechnung mit einer beitragspflichtigen Lohnsumme von Fr. 146'396.01 (Urk. 11/13 = Urk. 3/3/3). Zudem ist der Belastung aus der Arbeitgeberkontrolle vom 27. Februar 2003 eine zusätzliche Lohnsumme von Fr. 14'234.-- zu entnehmen (Urk. 11/12). Aus dieser beitragspflichtigen Lohnsumme von insgesamt Fr. 160'630.-- errechnen sich Beiträge für die AHV, IV und EO in der Höhe von Fr. 16'223.65.-- (10,10 % von 160'630.--; Art. 5 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 23a der Verordnung über die EO). Die Verwaltungskosten von 486.75 entsprechen 3 % der zu entrichtenden Beitragssumme und sind deshalb ebenfalls nicht zu beanstanden (Urk. 11/63 S. 1; Art. 1 der Verordnung über den Höchstansatz der Verwaltungskostenbeiträge in

der AHV). Die ALV-pflichtige Lohnsumme wurde gemäss Lohnbescheinigung und Belastung aus der Arbeitgeberkontrolle auf Fr. 160'630.-- und die Beiträge mit Fr. 4'818.90 (3 % von Fr. 160'630.--) festgesetzt (Urk. 11/63 S. 1; Art. 4-4a AVIG in der bis Ende Juni 2003 gÄ¼ltig gewesenen Fassung). Die FAK-BeitrÄ¼ge von Fr. 2'409.45 (1,5 % von Fr. 160'630.--) wurden ebenfalls korrekt berechnet.

3.4.5Ä¼r das Jahr 2002 ist der Jahresabrechnung des Revisors vom 27. Februar 2003 eine beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 70'925.-- zu entnehmen (Urk. 11/11). Aus diesem Betrag resultieren LohnbeitrÄ¼ge (AHV, IV, EO) in der HÄ¼he von Fr. 7'163.45 (10,10 % von Fr. 70'925.--; Art. 5 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 23a der Verordnung Ä¼ber die EO). Die Verwaltungskosten von Fr. 214.90 entsprechen 3 % der zu entrichtenden Lohnsumme und sind deshalb nicht zu beanstanden (Urk. 11/63 S. 1; Art. 1 der Verordnung Ä¼ber den HÄ¼chstansatz der VerwaltungskostenbeitrÄ¼ge in der AHV). Die ALV-pflichtige Lohnsumme wurde gemäss Lohnbescheinigung auf Fr. 70'925.-- (Urk. 11/11) und die BeitrÄ¼ge mit Fr. 2'127.75 (3 % von Fr. 70'925.--) festgesetzt (Urk. 11/63 S. 1; Art. 4-4a AVIG in der bis Ende Juni 2003 gÄ¼ltig gewesenen Fassung). Die FAK-BeitrÄ¼ge von Fr. 1'063.90 (1,5% von Fr. 70'925.--) wurden korrekt berechnet.

3.4.6Ä¼ Die in Rechnung gestellten MahngebÄ¼hren wurden vom BeschwerdefÄ¼hrer nicht und die in Rechnung gestellten Verzugszinsen, ErhebungsgebÄ¼hren und Kosten sowie die Betreuungskosten nicht substantiiert bestritten (vgl. Urk. 1), und es ist von deren Richtigkeit auszugehen.

Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Aus den EinwÄ¼nden, wonach keine detaillierte Abrechnung vorliege, der Schaden noch nicht entstanden sei, da keiner der Beteiligten bereits eine Rente beziehe und generell Verrechnungen mit der ZÄ¼rcher AG nicht zulÄ¼ssig seien (vgl. Urk. 1 S. 2), kann der BeschwerdefÄ¼hrer nichts zu seinen Gunsten ableiten. Aus dem von der Beschwerdegegnerin eingereichten Kontoauszug fÄ¼r die Zeit vom 1. Januar 1980 bis 18. Oktober 2004 (Urk. 11/62) und der BeitragsÄ¼bersicht ab 1978 (Urk. 11/63) sind die einzelnen von der B.____ GmbH fÄ¼r die Jahre 1998 bis 2002 zu entrichtenden BeitrÄ¼ge beziehungsweise deren Beitragszahlungen zu entnehmen. In diesem Sinne wurden - entgegen der Ansicht des BeschwerdefÄ¼hrers - auch keine Verrechnungen mit den fÄ¼r die D.____ AG bezahlten BeitrÄ¼ge vorgenommen. Die Posten sind den beitragspflichtigen Lohnsummen fÄ¼r die B.____ GmbH im Einzelnen zuzuordnen (vgl. Urk. 11/62). Im Ä¼brigen ist im Zusammenhang mit der verspÄ¼tet eingereichten Replik darauf hinzuweisen, dass die darin geltend gemachten Vorbringen insoweit nichts am Ergebnis Ä¼ndern, als die hinsichtlich der Zahlungen eingereichten Belege bereits aktenkundig sind. Die entsprechend geltend gemachten Zahlungen (vgl. Urk. 15) wurden auf dem Beitragskonto der B.____ GmbH verbucht (vgl. Urk. 11/62 S. 1). Zudem entsteht die Beitragsschuld im Zeitpunkt der Lohnrealisierung (BGE 110 V 225; ZAK 1985/42). Die fÄ¼r die Zahlungsperioden geschuldeten BeitrÄ¼ge werden mit deren Ablauf fÄ¼llig und sind innert zehn Tagen zu zahlen (Art. 34 Abs. 4 AHVV in der bis Ende 2000 gÄ¼ltig gewesenen Fassung beziehungsweise Art. 34 Abs. 3 AHVV in der bis Ende 2002 gÄ¼ltig gewesenen Fassung). Ob bereits ein Mitarbeiter eine Rente bezieht, ist daher im Zusammenhang mit der rechtzeitigen Begleichung der BeitrÄ¼ge nicht massgebend.

Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Ä¼ Der Schaden setzt sich zusammen aus entgangenen BeitrÄ¼gen betreffend die Jahre 1998 bis 2002 inklusive Verwaltungskosten, MahngebÄ¼hren, Betreuungskosten, Verzugszinsen und ErhebungsgebÄ¼hren sowie Kosten (Urk. 2 S. 3

ff.). Wie die Beschwerdegegnerin richtigerweise festhält, konnte der Beschwerdeführer ab 16. Januar 2003, dem Zeitpunkt der Konkursöffnung, nicht mehr über allenfalls vorhandenes Vermögen verfügen (vgl. Urk. 2 S. 2 f.). Wie der Beitragsübersicht der Beschwerdegegnerin zu entnehmen ist, sind daher in Rechnung gestellte Verzugszinsen und Betriebskosten von insgesamt Fr. 4'507.45 (vgl. Urk. 11/63 S. 2 und S. 3) - die Beiträge sind auch dem Konto-Auszug zu entnehmen (vgl. Urk. 11/62 S. 4, S. 6, S. 7 und S. 8) - vom ursprünglich geltend gemachten Gesamtbetrag von Fr. 26'371.60 in Abzug zu bringen (und nicht nur Fr. 1'826.05, wie die Beschwerdegegnerin dies vornahm; Urk. 2 S. 3). Zusätzlich sind noch Fr. 1'195.85 - die errechnete Differenz betreffend Lohnbeiträge 2000 (vgl. vorn Erw. 3.4.3) - abzuziehen, was noch einen Schadensbetrag von Fr. 20'668.30 ergibt.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä

E. 4

4.1 Ä Ä Ä Zu prüfen ist die weitere Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit.

4.2 Ä Ä Ä Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV schreibt 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. Dazu hat das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 Erw. 2a, 111 V 173 Erw. 2, je mit Hinweisen).

4.3 Ä Ä Ä Aus den Akten ist ersichtlich, dass die B.____ GmbH den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen in den Jahren 1998 bis 2002 verspätet und unvollständig nachgekommen war (vgl. Urk. 11/62 und Urk. 11/63), weshalb die Beschwerdegegnerin zu Schaden kam. Selbst der Beschwerdeführer führte aus, der Fehlbetrag betrage Fr. 28'780.76 und liege damit über dem von der Beschwerdegegnerin errechneten Betrag (vgl. Urk. 1 S. 2). Angesichts der Missachtung der Beitragszahlungspflicht von Art. 14 Abs. 1 AHVG ist das Vorliegen der Widerrechtlichkeit als weitere Haftungsvoraussetzung ohne weiteres zu bejahen.

E. 5

5.1 Ä Ä Ä Zu prüfen ist sodann die Stellung des Beschwerdeführers innerhalb der Konkursitin.

5.2 Ä Ä Ä Formell eingesetzte Geschäftsführer einer GmbH wie auch Personen, die faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausüben, haften für den der Ausgleichskasse zufolge nicht bezahlter Bundessozialversicherungsbeiträge entstandenen Schaden nach den gleichen Grundsätzen wie Organe einer Aktiengesellschaft. Dagegen besteht für den blossen Gesellschafter einer GmbH vorbehaltlich einer abweichenden statutarischen Regelung keine Pflicht zur Kontrolle oder Ueberwachung der Geschäftsführung, weshalb ihm das Fehlverhalten der Gesellschaft auch nicht

angerechnet werden darf (BGE 126 V 237 ff.)

5.3.3 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 der Betreffende angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss (BGE 112 V 159 f. mit Hinweisen).

5.4.1 Der Beschwerdeführer war Gründungsmitglied und alleiniger Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der B. GmbH (Urk. 11/61). Unbestrittenermassen kam ihm in dieser Funktion Organstellung im Sinne von Art. 52 AHVG zu. Als alleiniger Geschäftsführer der GmbH war er verpflichtet, dafür besorgt zu sein, die Beitragspflicht gegenüber der Ausgleichskasse zu erfüllen. An dieser Verpflichtung ändert auch die Tatsache, dass die C. Treuhand GmbH die Buchhaltung führte und Bilanzen sowie Steuererklärungen erstellte, nichts. Trotz der Buchführung durch eine externe Treuhandfirma bleiben die Organe in Anbetracht der Übertragbarkeit der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten grundsätzlich verantwortlich. Der Beschwerdeführer hätte die Bezahlung der offenen und künftigen entstehenden Sozialversicherungsbeiträge kontrollieren und nötigenfalls entsprechende Massnahmen verlangen müssen. Die Verletzung dieser Pflichten ist grundsätzlich als grobfahrlässig zu werten, sodass er für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden einzutreten hat, sofern keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen.

E. 6

6.1.1 Zu prüfen ist im Weiteren, ob den Beschwerdeführer ein Verschulden trifft.

6.2.1 Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 Abs. 1 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 186 Erw. 1a mit Hinweisen). Absicht beziehungsweise Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 Abs. 1 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht. Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 186 Erw. 1b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2). So kann es sein, dass es einem Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse innert zutlicher

Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 188; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b).

6.3 Der Beschwerdeführer macht geltend, es könne ihm weder eine Absicht noch eine Fahrlässigkeit nachgewiesen werden (vgl. Urk. 1 S. 2).

Aufgrund der Aktenlage kann als erstellt gelten, dass sich bereits im Zeitpunkt der Gründung der GmbH im Sommer 1998 ein Liquiditätsengpass abzeichnete. In diesem Sinne kam die B. GmbH von Beginn an ihrer Zahlungspflicht gegenüber der Beschwerdegegnerin nur ungenügend nach. Insbesondere geht aus den Akten hervor, dass die B. GmbH bereits für die Beiträge August 1998 bis Dezember 1999 (Zahlungsbefehl vom 29. Oktober 2001; Urk. 11/35) betrieben werden musste. Für diese Beiträge, welche am 23. März 2001 in Rechnung gestellt wurden, gewährte die Beschwerdegegnerin am 22. Mai 2001 einen Zahlungsaufschub für den Betrag von Fr. 74'620.65 (Urk. 11/22). Von diesem Betrag beglich die B. GmbH am 13. Juli 2001 Fr. 6'000.--, am 18. Oktober 2001 Fr. 3'450.--, am 17. April 2002 Fr. 10'000.-- und am 11. November 2002 Fr. 36'015.95 (vgl. Urk. 11/62 S. 3 f.). Für den noch ausstehenden Beitrag von Fr. 23'976.70 wurde in der Folge im Zeitpunkt der Konkursöffnung am 16. Januar 2003 ein Verlustschein ausgestellt (Urk. 11/29). Auch die Beitragsrechnung für das Jahr 1999 vom 7. April 2000 musste betrieben (Zahlungsbefehl vom 21. November 2000; Urk. 11/38) und ein Zahlungsaufschub gewährt werden (Urk. 11/24). Die ausstehenden Beiträge wurden verspätet beglichen (vgl. Urk. 11/62 S. 1). Die Beiträge April bis Juni 2000 (Zahlungsbefehl vom 24. Oktober 2000; Urk. 11/39) wie auch die Jahresendrechnung 2000 (Zahlungsbefehl vom 21. August 2001; Urk. 11/37) mussten wiederum betrieben werden. Die Beiträge April bis Juni 2000 (vgl. Urk. 11/62 S. 2) und die Jahresendrechnung 2000 (vgl. Urk. 11/62 S. 5) wurden sodann wieder verspätet bezahlt. Die Beiträge April bis Dezember 2001 mussten betrieben werden (Zahlungsbefehl vom 27. September 2001; Urk. 11/36, Zahlungsbefehl vom 23. Januar 2002; Urk. 11/34, Zahlungsbefehl vom 6. Mai 2002; Urk. 11/33) und wurden alle verspätet bezahlt (vgl. Urk. 11/62 S. 5 f.). Schliesslich mussten auch die Beiträge Januar bis Juni 2002 in Betreuung gesetzt werden (Zahlungsbefehl vom 27. Juni 2002; Urk. 11/32, Zahlungsbefehl vom 26. September 2002; Urk. 11/31). Die entsprechenden Rechnungen wurden verspätet und diejenige vom 8. März 2002 zudem lediglich teilweise beglichen (vgl. Urk. 11/62 S. 7).

Die Zahlungen erfolgten daher fast ausschliesslich verspätet und blieben teilweise ganz aus, so dass Verlustscheine im Umfang von Fr. 24'525.55 ausgestellt werden mussten (vgl. Urk. 11/28-30).

6.4 Eine Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge genügt indes noch nicht, um ein qualifiziertes Verschulden anzunehmen. Vielmehr sind die gesamten Umstände zu würdigen. Nach der Rechtsprechung ist nicht jede Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben der Arbeitgeberin als Institution der Versicherungsdurchführung ohne weiteres als qualifiziertes Verschulden ihrer Organe im Sinne von Art. 52 AHVG zu werten. Das absichtliche oder grobfahrlässige Missachten von Vorschriften verlangt vielmehr einen Normverstoss von einer gewissen Schwere. Dagegen kann beispielsweise die relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes sprechen, wobei aber immer eine Würdigung sämtlicher konkreten Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat (BGE 121 V 244 Erw. 4b mit Hinweis; 108 V 186 f. Erw. 1b; 108 V 200 f. Erw. 1).

6.5. Die B. GmbH musste fast sämtliche Beiträge der Jahre 1998 bis 2002 betreiben und bezahlte die Beiträge daher weitgehend verzögert. Insbesondere die Beiträge August 1998 bis Dezember 1999 blieben im Umfang von Fr. 23'976.70 unbezahlt (vgl. Urk. 11/29). Von einem kurzfristigen Verstoß im Sinne von BGE 121 V 243 kann demnach nicht gesprochen werden. Der Exkulpationsgrund der kurzen Dauer des Beitragsausstandes ist denn auch nur auf Fälle anzuwenden, in denen die Zahlungsmoral der Gesellschaft mit Ausnahme der letzten zwei, drei Monate vor Konkurs vorher immer klaglos war (Urteile des EVG in Sachen B. vom 13. Februar 2002, H 438/00, Erw. 4b/bb und in Sachen A. vom 16. Mai 2002, H 44/01). In Anbetracht der gesamten Umstände hat demnach als erstellend zu gelten, dass die B. GmbH dem Beitragswesen während der gesamten Zeit ihrer Existenz nicht genügend Aufmerksamkeit gegeben und diesbezüglich grobfahrlässig gehandelt hat.

E. 7

7.1. Zu prüfen ist des Weiteren, ob beim Beschwerdeführer Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe gegeben sind.

7.2. Nach der Rechtsprechung lässt sich auch die bewusste Nichtbezahlung von Beiträgen ausnahmsweise rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf eine nicht von vornherein aussichtslose Rettung des Betriebes durch Befriedigung lebenswichtiger Forderungen in der begründeten Meinung erfolgt, die geschuldeten Beiträge später ebenfalls bezahlen zu können. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt, in welchem die Zahlungen erfolgen sollten, nach den Umständen damit rechnen durfte, dass er die Beitragsschuld innert nützlicher Frist werde tilgen können (BGE 108 V 188, bestätigt in BGE 121 V 243). Fehlende finanzielle Mittel fügen sich allein hingegen nicht als Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgrund (ZAK 1985 S. 619 mit Hinweisen).

E. 7.3

Aufgrund der Aktenlage scheidet die Exkulpation des Beschwerdeführers bereits daran, dass er in den Zeitpunkten, in welchen die Zahlungen hätten erfolgen sollen, nicht mit der Zahlung der entsprechenden Beiträge innert nützlicher Frist rechnen konnte. Vielmehr bestanden bereits kurz nach der Gründung, insbesondere in den Jahren 1998 und 1999, erhebliche finanzielle Schwierigkeiten und auch ab dem Jahre 2000 kam es hinsichtlich der erhobenen Sozialversicherungsbeiträge fortwährend zu Betreibungen. Zwar reduzierte die B. GmbH ihren Personalbestand von 15 Mitarbeitern im Jahre 1999 auf zehn in den Jahren 2000 und 2001 und auf sechs und sodann vier im Jahre 2002 (vgl. Urk. 11/11, Urk. 11/13, Urk. 11/15, Urk. 11/17). Jedoch hätte der Beschwerdeführer aufgrund der anhaltenden finanziellen Schwierigkeiten weitere Massnahmen treffen müssen. Entweder hätte er bereits kurz nach der Gründung die künftigen zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge sicherstellen müssen oder in dieser Lage darauf bedacht sein müssen, nur so viel Lohn zur Auszahlung zu bringen, als die darauf unmittelbar ex lege entstandenen Beitragsforderungen gedeckt gewesen wären (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5). In Würdigung der gesamten Umstände handelte es sich beim Verzicht auf die Beitragszahlung keineswegs um eine vorübergehend unerlässliche Vorkehrung zur Rettung der Gesellschaft. Vielmehr handelte es sich dabei um einen Versuch, finanzielle Schwierigkeiten auf Kosten der Sozialversicherungen zu überbrücken.

7.4. Ferner hätte die offensichtlich schlechte wirtschaftliche Verfassung der GmbH von Beginn an Restrukturierungsmassnahmen erfordert. Der Beschwerdeführer hätte bereits zu diesem Zeitpunkt Sanierungsmassnahmen, unter Einschluss eines Personalabbaus beziehungsweise der Sicherstellung der Sozialversicherungsbeiträge müssen. Indem er dies unterliess, hat er sich zu passiv verhalten (ZAK 1989 S. 104) und damit in grober Weise gegen die Pflichten als Gesellschaftsorgan verstossen, was als qualifiziert schuldhaftes Verhalten zu werten ist und eine Haftung für den eingetretenen Schaden nach sich zieht.

E. 8.1

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 406 Erw. 4a mit Hinweisen auf die Lehre, 103 V 123 Erw. 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 406 Erw. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c).

8.2. Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten des Beschwerdeführers ohne weiteres als adäquat kausal (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen, vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c, Urteil des EVG in Sachen F. vom 25. Juli 2000, H 319/99) für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Schaden zu qualifizieren. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 3. Februar 2004 ist daher in teilweiser Gutheissung der Beschwerde dahingehend abzuändern, dass der Beschwerdeführer verpflichtet wird, Schadenersatz in der Höhe von Fr. 20'668.30 zu leisten.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, vom 3. Februar 2004 dahingehend abgeändert, dass der Beschwerdeführer verpflichtet wird, Schadenersatz in der Höhe von Fr. 20'668.30 zu leisten.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- M. _____

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Bundesamt für Sozialversicherung

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

Bezüglich Beiträge an die Familienausgleichskasse ist kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

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