



Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) entgegen, dass die Ausgleichskasse von Gesetzes wegen nicht verpflichtet sei, die eingehenden Zahlungen den "Ältesten" Ausständen gutzuschreiben (Urk. 2 S. 3, 7 S. 2).

3.2.3 Nach der Rechtsprechung gilt - in Anlehnung an Art. 87 des Obligationenrechts (OR) - der Grundsatz, dass nachträgliche Zahlungen vorab zur Tilgung der Ältesten Beitragsschuld zu verwenden sind (BGE 114 V 78, 112 V 6). Dieser Anrechnungsgrundsatz findet dann keine Anwendung, wenn es sich bei den fraglichen Zahlungen um Erlöse aus betriebsrechtlichen Verfahren, welche der Ausgleichskasse direkt vom Betreibungssamt überwiesen wurden, handelt. Diesfalls ist für eine Anrechnungsvermutung nach Art. 87 OR oder eine Anrechnungserklärung nach Art. 86 OR (vgl. zum Erklärungsrecht im Rahmen des AHV-Beitragsverfahrens im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR: SVR 2000 AHV Nr. 13 S. 43 und Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen R. vom 30. Januar 2006, H 118/05, Erw. 4.2) kein Raum, da der Pfändungserlös auf die in der jeweiligen Pfändungsgruppe vereinten Pfändungsforderungen aufzuteilen ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen C. vom 8. Oktober 2004, H 244/03, Erw. 3.2).

Die von der Beschwerdegegnerin als einschlägig bezeichnete Regelung von Art. 34c Abs. 2 AHVV will lediglich sicherstellen, dass im Falle teilweiser Uneinbringlichkeit von Beiträgen nach erfolgloser Betreibung in erster Linie die Arbeitnehmerbeiträge gedeckt werden.

3.2.4 Gemäss Beitragsübersicht vom 28. November 2005 trifft es zu, dass die C. am 2. Dezember 2003 eine Zahlung von Fr. 50'000.-- und am 16. Januar 2004 eine Zahlung von insgesamt Fr. 4'000.-- (Fr. 5'370.-- abzüglich Fr. 1'370.-- [Storno]) leistete (Urk. 8/182 S. 5). In den Akten findet sich weiter eine Belastungsanzeige der D., vom 1. Dezember 2003 betreffend die Überweisung zu Gunsten der SVA Zürich von Fr. 50'000.-- mit Valuta 2. Dezember 2003 und Zahlungsgrund "Lohnbeiträge, 803.989 mosaik m + b ag" (Urk. 8/160). Hinsichtlich der Zahlung vom 16. Januar 2004 sind den Akten keine weiteren Angaben zu entnehmen, doch ist gestützt auf die Beitragsübersicht und die unbestritten gebliebenen Vorbringen des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass es sich dabei um eine der Zahlung über Fr. 50'000.-- entsprechende Überweisung gehandelt hat. Hieraus ergibt sich, dass es sich bei den fraglichen Zahlungen um normale Zahlungen, nicht betriebsrechtliche Erlöse gehandelt hat, welche die Gesellschaft ohne konkrete Anrechnungserklärung im Sinne von Art. 86 Abs. 1 OR lediglich mit dem Vermerk "Lohnbeiträge" getätigt hatte.

Damit sind die Zahlungen gemäss der oben dargelegten Rechtslage (Erw. 3.2.3) den Ältesten Ausständen anzurechnen. Die "Ältesten" Ausstände sind entsprechend Art. 87 Abs. 1 OR zu bestimmen, das heisst, zunächst ist die Zahlung auf die fällige Schuld, unter mehreren fälligen auf diejenige Schuld, für die der Schuldner zuerst betrieben worden ist, und hat keine Betreibung stattgefunden, auf die früher verfallene anzurechnen.

3.2.5 Gemäss Kontoauszug vom 28. November 2005 (Urk. 8/183) wurde die Zahlung vom 2. Dezember 2003 dem offenen Pauschalbeitrag von Dezember 2002 im Betrag von Fr. 6'604.-- (Pos. 2002/0020), der Rechnung vom 13. Juni 2003 betreffend den Lohnbeitrag Juni 2003 im Betrag von Fr. 44.55 (Pos. 2003/0007), und den offenen Lohnbeiträgen Juli 2003 im Betrag von Fr. 14'031.25 (Pos. 2003/0008) sowie den

Lohnbeiträge August, September und Oktober 2003 mit Fr. 14'232.50, 13'954.45 und Fr. 1'133.25 (Pos. 2003/0009-0011) gutgeschrieben. Die Zahlung vom 16. Januar 2004 rechnete die Beschwerdegegnerin im Umfang von Fr. 2'629.80 den Ausständen vom Juni 2003 (Pos. 2003/0007) und im Restbetrag von Fr. 1'370.20 der Position 2003/0011 Oktober 2003 an.

Wie der Beschwerdeführer betreffend ausfallen ist, ist damit einzig die Gutschrift von Fr. 6'604.-- unter Position 2002/0020 korrekt erfolgt. Bei Anrechnung der "restlichen" Fr. 47'396.-- an die ältesten Ausstände, präsentieren sich die Ausstände wie folgt:

- Pos. 2003/0001 ist ausgeglichen, anzurechnen sind Fr. 9'666.35 (Fr. 9'800.10 abzüglich Fr. 133.75 unnützige Betriebskosten vom 29. März 2004)

- Pos. 2003/0003 ist ausgeglichen, anzurechnen sind Fr. 17'854.50 (Fr. 17'997.15 abzüglich Fr. 142.65 unnützige Betriebskosten vom 29. März 2004)

- Pos. 2003/0004 ist ausgeglichen, anzurechnen sind Fr. 17'854.50 (Fr. 7'1997.15 abzüglich Fr. 142.65 unnützige Betriebskosten vom 29. März 2004)

- Pos. 2003/0005 wird um die restlichen Fr. 2'020.65 reduziert. Ausserdem entfallen Verzugszinsen im Betrag von Fr. 29.20 (Fr. 2'020.65 x 5 % x 104 Tage [Zahlung vom 16. Januar 2004]: 360 Tage; vgl. Verzugszinsberechnung in Urk. 8/90/1); die Position 2003/0005 beträgt demnach neu Fr. 17'129.65

- Pos. 2003/0006 bleibt unverändert bei Fr. 13'679.45

- Pos. 2003/0007 erhöht sich dagegen auf Fr. 13'934.70 (Fr. 44.55 und Fr. 2'629.80 aus den Zahlungen vom 2. Dezember 2003 und 16. Januar 2004)

Der nunmehr relevante Schadensbetrag reduziert sich folglich bei korrekter Anrechnung der Zahlungen auf Fr. 44'743.80.

3.2.6 Im Übrigen belegt die Beschwerdegegnerin ihre Schadenersatzforderung für das Jahr 2002 mittels der Lohndeklaration der Arbeitgeberfirma (Urk. 8/89). Gemäss Lohnbescheinigung 2002 vom 16. April 2002 hat die C.\_\_\_\_ im Jahr 2002 Lohn von insgesamt Fr. 1'646'742.-- ausgezahlt. Darauf sind AHV/IV/EO-Beiträge von Fr. 166'320.95 (10,1 % der Lohnsumme), ALV-Beiträge I von Fr. 49'402.25 (3 % der Lohnsumme) und Fr. 24'701.15 für FAK-Beiträge (1,5 % der Lohnsumme) abzuliefern. Diese Zahlen stimmen mit den von der Beschwerdegegnerin gemäss Kontoauszug in Rechnung gestellten Beiträgen überein (vgl. Urk. 8/183 S. 18).

Die Beitragsforderungen für die Monate Januar bis Juni 2003 basieren auf im Pauschalverfahren gemäss Art. 35 Abs. 1 AHVV monatlich zu entrichtenden Beiträgen. Die C.\_\_\_\_ erhob in den diesbezüglichen Betreibungen der Beschwerdegegnerin keine Rechtsvorschlüsse (vgl. Urk. 8/119, 8/120, 8/123, 8/125, 8/126). Entsprechend erliess die Beschwerdegegnerin keine Veranlagungsverfügungen. Der diesbezügliche Einwand des Beschwerdeführers (vgl. Urk. 1 S. 7 Ziff. 17) greift somit ins Leere. Jedoch erweist sich die Verbuchung der Gutschrift von Fr. 11'750.60 (vgl. Post. 2003/0013 in Urk. 8/183), welche sich gestützt auf die Schlussrechnung 2003 vom 21. November 2003 ergab, als unrichtig.

3.2.7 Gemäss Art. 36 Abs. 4 AHVV nimmt die Ausgleichskasse den Ausgleich zwischen den geleisteten Akontobeiträgen und den tatsächlich geschuldeten Beiträgen

aufgrund der Abrechnung vor. Überschüssige Beiträge werden zurückerstattet oder verrechnet. Die Bestimmung legt keinen konkreten Verrechnungsmodus fest. Die Beschwerdegegnerin verrechnete den sich nach Einreichung der Lohndeklaration 2003 vom 27. Oktober 2003 (Urk. 8/114) ergebenden Überschuss im Betrag von Fr. 11'431.-- mit den Ausständen des Beitragsmonats Oktober 2003 (Stilllegung des Betriebs per 31. Oktober 2003, vgl. Urk. 8/147/1). Fr. 319.60 schrieb sie der Position 2002/0021 zur Verrechnung ausstehender Verzugszinsen und Mahnungen gut. Dieses Vorgehen führt im konkreten Fall, sofern die Schadenersatzpflicht im Ergebnis zu bejahen sein wird, zu einer ungerechtfertigten Schlechterstellung des Beschwerdeführers, da er von der Verrechnung der Fr. 11'431.-- mit den Ausständen des Monats Oktober 2003, für welche er aufgrund seiner Mandatsniederlegung im Juli 2003 nicht mehr haftbar gemacht werden kann, nicht profitiert.

Die effektiv geschuldeten Beiträge für die vorliegend relevanten Beitragsmonate Januar 2003 und März bis Juni 2003 waren im Zeitpunkt der Schadenersatzverfäugung bereits bekannt, respektive hätten gestützt auf die Lohndeklaration 2003 errechnet werden können. Der Überschuss für das Jahr 2003 hätte folglich anteilsmässig auf die beitragspflichtigen Monate des Jahres 2003 verteilt werden müssen. Sofern sich nachfolgend ergibt, dass die Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers im Grundsatz zu bejahen ist, ist die Sache zur Berechnung der effektiven Beitragsausstände für die Monate Januar und März bis Juni 2003 und zur Neuberechnung des Schadens entsprechend den obigen Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

#### **E. 4**

4.1 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 verfägt 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).

4.2 Dem Kontoauszug der Beschwerdegegnerin vom 28. November 2005 (Urk. 8/183) ist zu entnehmen, dass die Gesellschaft die Sozialversicherungsbeiträge monatlich im Pauschalverfahren ablieferte. Die Gesellschaft musste seit 2002 regelmässig gemahnt werden (vgl. unter anderem Urk. 8/45/1, 8/47/1, 8/56/2) und sie blieb die Beiträge aus dem Jahr 2003 teilweise schuldig oder entrichtete sie verspätet. Damit ist die Gesellschaft ihrer Zahlungspflicht als Arbeitgeberin nicht respektive nur mangelhaft nachgekommen und hat folglich gegen öffentlichrechtliche Vorschriften verstossen.

Zu prägen bleibt, ob und inwieweit der dadurch entstandene Schaden auf qualifiziert schuldhaftes Verhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen ist.

#### **E. 5**

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

5.2. Grobe Fahrlässigkeit liegt praxismässig vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher die betreffende Person angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss. Dabei sind an die Sorgfaltspflicht einer Aktiengesellschaft hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Ähnlich ist zu differenzieren, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers zu ermitteln (BGE 108 V 202 Erw. 3a; ZAK 1985 S. 51 Erw. 2a und 620 Erw. 3b).

5.3. Die Organhaftung aus Art. 52 AHVG besteht nicht für Beitragsforderungen, die nach der Publikation der Löschung der Organstellung der betreffenden Person im Handelsregister fällig werden, weil die betreffende Person im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht mehr Organ ist. Für die vor der Publikation fälligen Beitragsforderungen haftet das Organ, wenn es durch eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlung beziehungsweise Unterlassung bewirkt hat, dass die Beiträge im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht bezahlt werden konnten. Ein Verschulden des Organs kann nur so lange in Frage kommen, als es die Möglichkeit hat, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall (BGE 126 V 61 Erw. 4a, 123 V 173 Erw. 3a).

## E. 6

6.1. Zu seiner Entlastung lässt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vorbringen, dass der Verwaltungsrat, als Probleme in der Buchhaltung sichtbar geworden seien, sofort reagiert und der E. \_\_\_ das Buchhaltungsmandat entzogen und dieses einer

Treuhandfirma sowie Herrn F.\_\_\_\_ übergeben habe. Solange die Buchhaltung nicht auf einen aktuellen und richtigen Stand nachgeführt gewesen sei, sei es nicht möglich gewesen, die Situation der bezahlten bzw. nicht bezahlten, geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zu erkennen.

Als im Dezember 2002, nachdem die G.\_\_\_\_ eine unerwartete Forderung in der Höhe von Fr. 250'000.-- gestellt habe, die kritische finanzielle Lage klar geworden sei, sei (insbesondere auch vom Beschwerdeführer) sofort versucht worden, die Gesellschaft zu retten, indem ein Verkauf in die Wege geleitet worden sei. Der Wert der C.\_\_\_\_ habe im Wesentlichen im grossen Promotoren-Pool und den Kundenbeziehungen bestanden; dies habe zwingend bedeutet, dass die spärlich vorhandenen Mittel vorab insbesondere für Lohn- sowie für Abschlagszahlungen an die G.\_\_\_\_ eingesetzt worden seien. Andere Verpflichtungen, insbesondere die Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, seien hintangestellt worden. Der Verwaltungsrat sei in der damaligen Situation mit guten Gründen davon ausgegangen, dass die nicht erfüllten Verpflichtungen nach dem Verkauf erfüllt würden. Dies zeige insbesondere auch der Kaufvertrag zwischen B.\_\_\_\_ und der H.\_\_\_\_, habe sich letztere darin doch zur Sanierung der Gesellschaft verpflichtet. Der Beschwerdeführer könnte sich somit, falls man fälschlicherweise von einem Verschulden ausginge, exkulpieren (Urk. 1 insbesondere S. 7 f.).

## 6.2.1.1

Bei der C.\_\_\_\_ handelt es sich um ein mittleres Unternehmen mit zwar einer relativ grossen Anzahl von Arbeitnehmern, aber dennoch überschaubaren Verhältnissen, weshalb die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht ihrer Organe nach einem strengen Massstab zu beurteilen sind. Es lässt sich nicht wie bei einer Grossunternehmung mit einer allfälligen Delegation an Dritte auch eine Beschränkung der Kontrollpflichten rechtfertigen (BGE 108 V 203 Erw. 3b). Der Beschwerdeführer war seit Juli 2001 neben dem Beigeladenen, welcher als Präsident des Verwaltungsrats amtierte, unbestrittenermassen einziger Verwaltungsrat (Urk. 8/180).

Auch einem nicht mit der kaufmännischen Führung betrauten Verwaltungsrat kommt, solange er die formelle Organstellung beibehält, die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zu, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, auszuüben (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR), zu welchem Zweck er über ein Recht auf Auskunft und Einsicht verfügt (Art. 715a OR). Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Verwaltungsräte im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene, sich auch auf das Beitragswesen erstreckende Aufsicht nicht ausüben, wobei sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle bei einem wie vorliegend aus nur wenigen Personen zusammengesetzten Verwaltungsrat nach einem strengen Massstab beurteilen. Als grobfahrlässig gilt gerade auch die Passivität faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossener Verwaltungsräte, welche sich umso nachhaltiger um Einblick in die Geschäftsbücher zu bemühen haben. Ein Verwaltungsrat kann sich, wenn es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäften geht, mit denen er sich ihrer Bedeutung wegen befassen musste, nicht mit dem Einwand exkulpieren, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt (BGE 109 V 88; Erw. 6; ZAK 1992 S. 255 Erw. 7b, 1989 S. 104 Erw. 4; nicht publ. Erw. 2c

des Urteils BGE 119 V 86; nicht publ. Erw. 5a/aa des Urteils AHI 1994 S. 102).

Ungeachtet der Regelung der GeschÄftsÄ¼hrungs- und Vertretungsbefugnisse beschrÄnkt sich die Ä¼berwachungspflicht der Verwaltungsratsmitglieder nicht auf die Kontrolle der jÄ¼hrlichen Rechnungsablage (BÄ¼rgeri, ZÄ¼rcher Kommentar, N 21 zu aArt. 722 OR). Vielmehr haben sie sich regelmÄ¼ssig Ä¼ber den GeschÄftsstand zu informieren und nÄ¼tigenfalls nÄ¼here AbklÄ¼rungen und geeignete Massnahmen zur Sicherstellung einer ordnungsgemÄ¼ssen GeschÄftsÄ¼hrung zu treffen. Im Rahmen der ihm nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR obliegenden Aufgaben hat der Verwaltungsrat insbesondere auch Ä¼ber die LiquiditÄ¼t der Gesellschaft zu wachen und die finanziellen AblÄ¼ufe im Betrieb kritisch zu verfolgen und nachzuprÄ¼fen (BÄ¼ckli, Das neue Aktienrecht, ZÄ¼rich 1992, S. 809 Rz 1560 ff.). Zudem ist er fÄ¼r ein ordnungsgemÄ¼sses Rechnungswesen und eine den Vorschriften von Art. 957 ff. OR entsprechende Buchhaltung verantwortlich (MÄ¼ller/Lipp, Der Verwaltungsrat; Ein Handbuch fÄ¼r die Praxis, ZÄ¼rich 1994, S. 120 f.). Wohl kÄ¼nnen einzelne GeschÄftsÄ¼hrungsfunktionen delegiert werden. Zur Wahrung der geforderten Sorgfalt gehÄ¼rt jedoch neben der richtigen Auswahl des geeigneten MandatstrÄ¼gers auch dessen Instruktion und Ä¼berwachung. Allein durch Delegation der Aufgaben kann sich der Verwaltungsrat nicht seiner Verantwortung und Pflicht zur Oberaufsicht entledigen (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 109 V 88 Erw. 6; Urteile des EidgenÄ¼ssischen Versicherungsgerichts in Sachen W. vom 19. November 2002, H 165/01, und in Sachen K. vom 27. Juli 2000, H 417/99, Erw. 3b).

6.2.3Ä¼ Der BeschwerdefÄ¼hrer hat sich zwar, nach eigenen Angaben, nachdem Ungereimtheiten in der Buchhaltung im FrÄ¼hjahr/Sommer 2002 zu Tage gekommen seien, zusammen mit B. \_\_\_ darum bemÄ¼ht, die Buchhaltung nachfÄ¼hren zu lassen, indem das Buchhaltungsmandat anderweitig vergeben worden ist. Hingegen entlastet ihn der Einwand, dass es erst Ende MÄ¼rz/Anfang April 2003, nachdem die Buchhaltung auf einen aktuellen und richtigen Stand gebracht worden sei (vgl. Urk. 1 S. 7 f.), mÄ¼glich gewesen sei, die beitragsrechtlichen AusstÄ¼nde zu erkennen, nicht. Der BeschwerdefÄ¼hrer als kollektiv zu zweien Unterschriftsberechtigter wÄ¼re dazu verpflichtet gewesen, selber dafÄ¼r zu sorgen, dass die Ä¼ffentlich-rechtlichen Arbeitgeberpflichten auch tatsÄ¼chlich eingehalten werden. Die diversen Mahnungen der Ausgleichskasse Ende 2002/Anfang 2003 (vgl. Urk. 8/77-86) bildeten zudem genÄ¼gend Anlass, auf allÄ¼llige BeitragsausstÄ¼nde aufmerksam zu werden und weitere AbklÄ¼rungen zu veranlassen oder nÄ¼tigenfalls selber vorzunehmen. Insbesondere aber bestreitet der BeschwerdefÄ¼hrer nicht, dass er ab April 2003 Klarheit Ä¼ber die Finanzlage der Gesellschaft hatte und die vorliegend noch relevanten BeitragsausstÄ¼nde aus den Rechnungen vom 7. und 8. Mai sowie vom 13. Juni 2003 kannte, respektive an der Beschlussfassung Ä¼ber die Nichtbezahlung der BeitrÄ¼ge gar beteiligt war.

Der von der Beschwerdegegnerin am 27. Juni 2003 bewilligte Zahlungsaufschub mit Ratenzahlungsfristen (vgl. Urk. 8/97 und 8/99) Ä¼ndert vorliegend an der Widerrechtlichkeit der nicht ordnungsgemÄ¼ssen Bezahlung der BeitrÄ¼ge ebenso wenig wie am Mass des Verschuldens. Da sich die Verschuldensfrage primÄ¼r nach den UmstÄ¼nden beurteilt, die zum ZahlungsrÄ¼ckstand gefÄ¼hrt haben (BGE 124 V 253), und der BeschwerdefÄ¼hrer kurz nach Bewilligung des Zahlungsaufschubs demissionierte, ist bei der Beurteilung der Frage, ob er als verantwortliches Organ seiner Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragszahlungspflicht

nachgekommen ist, die Zahlungsvereinbarung nicht mitzuberücksichtigen, da der Beschwerdeführer bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit der ersten Ratenzahlung per 31. Juli 2003 nicht mehr Verwaltungsrat war.

6.2.4.4. Nach dem gemäss konstanter Rechtsprechung von einer Arbeitgeberin bei finanziellen Schwierigkeiten grundsätzlich nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar entstehenden Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw.5), ist die Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge nur dann allenfalls gerechtfertigt oder entschuldbar, wenn die Arbeitgeberin, welche zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere solche der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt, gleichzeitig auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, sie werde die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzahlen können (BGE 108 V 188 Erw. 2, bestätigt in BGE 121 V 243; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b, 1985 S. 577 Erw. 3a), und angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von einer vorübergehenden Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge objektiv eine für die Rettung des Unternehmens ausschlaggebende Wirkung zu erwarten ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen G. vom 2. Februar 2005, H 86/02, mit Hinweisen).

Nach Lage der Akten und den Vorbringen des Beschwerdeführers konzentrierten sich die Sanierungsbemühungen des Beschwerdeführers und des Beigeladenen auf einen Verkauf an die H. und im Hinblick darauf auf die Werterhaltung der Firma in den Augen potentieller Käufer durch Pflege des Promotoren-Pools und der Kundenbeziehungen. Hierfür wurden - gemäss Darlegung des Beschwerdeführers - die liquiden Mittel eingesetzt und andere Verpflichtungen, insbesondere die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge, hintangestellt (vgl. Urk. 1 S. 8 f.). Dabei basierten die Hoffnungen des Beschwerdeführers auf der unter Ziffer IV. des Kaufvertrags zwischen der H. und B. vom 7. Juli 2003 vereinbarten Sanierungsverpflichtung durch Leistung eines Aktionärszuschusses (vgl. Urk. 3/9 S. 2). Unter Art. 8 lit. i des Kaufvertrags garantierte der Verkäufer, dass sämtliche Aktiven und Passiven in der Zwischenbilanz per 30. Juni 2003 bilanziert sind, und unter lit. h derselben Bestimmung verpflichtete er sich zur Haftung für allfällige nicht bilanzierte Passiven herrührend aus der Geschäftstätigkeit vor dem 30. Juni 2003 (Urk. 3/9 S. 5). In der Zwischenbilanz per 30. Juni 2003 sind AHV-Ausstände von Fr. 25'440.35 bilanziert (vgl. Beilage zu Urk. 3/9). Der Abzahlungsvorschlag der C. vom 6. Juni 2003 zu Händen der Beschwerdegegnerin dagegen geht von offenen Rechnungen bis Ende Juni 2003 von Fr. 107'071.10 zuzüglich Fr. 17'800.-- aus einer Betreuung vom 28. Mai 2003 aus (vgl. Urk. 8/97 und Bewilligung des Zahlungsaufschubs vom 27. Juni 2003, Urk. 8/99). Die vereinbarte Sanierungsverpflichtung war somit lediglich auf einen Bruchteil der Ende Juni 2003 aktuellen Ausstände begrenzt, deren Begleichung zudem nicht einmal konkret zugesichert war. Auf welche Weise die Rückzahlung der in der Zwischenbilanz nicht erwähnten Ausstände hätte nachgezahlt werden sollen, wird vom Beschwerdeführer nicht dargelegt.

Hinzu kommt, dass nach Lage der Akten nicht ersichtlich ist, ob der Beschwerdeführer auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen durfte, dass die potentielle Käuferin, die H., in der Lage gewesen wäre, ihrer Sanierungsverpflichtung nachzukommen und die versprochenen Gelder

beizubringen. In diesem Zusammenhang gilt es zudem zu beachten, dass gerade bei seit längerer Zeit in finanziellen Schwierigkeiten steckenden Unternehmen der Einschluss zusätzlicher Gelder ohne weitere Sanierungsmassnahmen für die langfristige Gesundung regelmässig nicht ausreicht (vgl. dazu Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen X. vom 22. Juni 2006, H 8/06, Erw. 5.2). Der Beschwerdeführer lässt abgesehen von der vertraglich vereinbarten Sanierungsverpflichtung, welche zudem - wie oben ausgeführt - lediglich einen Bruchteil der geschuldeten Beiträge erfasst, keine weiteren Vorkehren geltend machen, aufgrund welcher bei einer seriösen Beurteilung der Lage Hoffnung auf Sanierung der Gesellschaft hätte bestehen können. Berechtigte Sanierungshoffnungen, welche die Missachtung der AHVG-Vorschriften ausnahmsweise als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen, respektive die vorübergehende Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge exkulpierten könnten, lagen folglich nicht vor.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Nachdem die H. \_\_\_ den Kaufvertrag wegen absichtlicher Täuschung und Grundlagenirrtums am 7. August 2003 für ungültig hatte erklären respektive anfechten lassen (Urk. 3/10), führte der Beigeladene gemäss Vorbringen des Beschwerdeführers anderweitige Verkaufsverhandlungen (Urk. 1 S. 6). Da diese Gespräche nach Austritt des Beschwerdeführers aus dem Verwaltungsrat stattgefunden haben, scheidet eine Exkulpation des Beschwerdeführers auch insoweit.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zusammenfassend kann sich der Beschwerdeführer somit vom Vorwurf, seine Obliegenheiten im Zusammenhang mit dem Beitragswesen grobfahrlässig missachtet zu haben, nicht entlasten.

7. Ä Ä Entgegen den Vorbringen in der Beschwerde hätte der eingetretene Schaden bei pflichtgemässsem Verhalten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit abgewendet werden können. Denn es ist nicht mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen H. vom 7. April 2004, H 292/03, Erw. 3.3 mit Hinweisen) anzunehmen, dass auch ein pflichtgemässes Verhalten des Beschwerdeführers den Schaden nicht hätte verhindern können. Dass die sozialversicherungsrechtlichen Ausstände möglicherweise nach dem Austritt des Beschwerdeführers aus dem Verwaltungsrat aufgrund der dannzumaligen Liquidität hätten bezahlt werden können (vgl. diesbezügliche Ausführungen in der Beschwerde, Urk. 1 S. 6 Ziff. 13), unterbricht den adäquaten Kausalzusammenhang (vgl. BGE 125 V 461 Erw. 5a) nicht, kommt doch dem vom Beschwerdeführer geschilderten Drittverhalten keinesfalls die von der Rechtsprechung geforderte Heftigkeit zu (BGE 116 II 524).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Damit ist die Haftung des Beschwerdeführers für die noch offenen Beiträge aus den Positionen 2003/5, 2003/6 und 2003/7 des Kontoauszugs vom 28. November 2005 (Urk. 8/183) zu bejahen. Die Beschwerde ist jedoch in dem Sinne teilweise gutzuheissen, dass die Schadenssumme entsprechend den Ausführungen unter Erw. 3.2.5 und 3.2.7 zu reduzieren und die Sache an die Beschwerdegegnerin zur Neuberechnung des Schadens und neuerlicher Verfügung zurückzuweisen ist.

8. Ä Ä Ä Ä Ä Ä Nach § 34 Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf den vom Gericht ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens festzusetzenden Ersatz der

Parteikosten.

Unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien erscheint es als angemessen, dem Beschwerdeführer eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass der angefochtene Einspracheentscheid vom 21. September 2005 aufgehoben und die Sache zur Neuberechnung des Schadens im Sinne der Erwägungen und zur neuerlichen Verfüng an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 1'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. René Schwarzmann

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- B. \_\_\_\_\_

- Bundesamt für Sozialversicherung

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (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 zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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