

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00064 vom 28. April 2009

ZH Sozialversicherungsgericht, 2009-04-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2006.00064

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00064 du 28 avril 2009

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2006.00064 del 28 aprile 2009

Erwägungen

E. 2

2.1 Art. 52 AHVG setzt die rechtzeitige Geltendmachung des Schadenersatzes, das Vorliegen eines Schadens, die Organstellung der belangten Person, eine widerrechtliche Pflichtverletzung, ein vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten der belangten Person sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem eingetretenen Schaden voraus. Vorab zu präzisieren ist die Frage der Verjährung der Schadenersatzforderung.

2.2 Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten (Art. 52 Abs. 3 AHVG; vgl. auch BGE 131 V 7 oben). Wird der Schadenersatz aus einer strafbaren Handlung abgeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese Frist (Art. 52 Abs. 4 AHVG). Gemäss § 33 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer finden die Bestimmungen des ATSG und die Vollzugsbestimmungen des AHV-Rechts sinngemäss Anwendung. Nach dieser Regelung ist die Verjährungsfrage auch in Bezug auf die kantonalrechtlichen Beiträge für die Familienausgleichskasse nach der Regelung von Art. 52 Abs. 23 und 4 AHVG zu präzisieren.

2.3 Nach der Rechtsprechung sind auf die im Gesetz nicht geregelten Fragen und insbesondere auf die Frage nach der Unterbrechung der Verjährung subsidiär die im Rahmen von Art. 60 des Obligationenrechts (OR) massgeblichen allgemeinen Bestimmungen nach Art. 135 ff. OR heranzuziehen (zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts in Sachen N. vom 19. Dezember 2008, 9C_473/2008, Erw. 4.2.1 mit Hinweisen). Die Verjährung wird unter anderem unterbrochen durch Klage oder Einrede vor einem Gericht (Art. 135 Ziff. 2 OR). Mit der Unterbrechung beginnt die Verjährung von neuem (Art. 137 Abs. 1 OR). Wird die Verjährung durch eine Klage oder Einrede unterbrochen, so beginnt im Verlaufe des Rechtsstreites mit jeder gerichtlichen Handlung der Parteien und mit jeder Verfügung oder Entscheidung des Gerichts die Verjährung von neuem (Art. 138 Abs. 1 OR). Im Rahmen von Art. 52 AHVG gilt zu beachten, dass alle Akte, mit denen die Schadenersatzforderung gegenüber dem Schuldner in geeigneter Weise geltend gemacht wird, verjährungsunterbrechende Wirkung haben (zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts in Sachen N. vom 19. Dezember 2008, 9C_473/2008, Erw. 4.2.1; BGE 133 V 583 Erw. 4.3.1 mit Hinweisen), wobei die Schadenersatzverfügung eine, in der Regel die erste, verjährungsunterbrechende Handlung darstellt. Ergeht sie rechtzeitig innert der relativen zweijährigen Verjährungsfrist seit Kenntnis des Schadens, beginnt mit Erhebung von Einsprache eine

neue zweijährige Verjährungsfrist zu laufen (zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts in Sachen N. vom 19. Dezember 2008, 9C_473/2008, Erw. 4.2.2).

E. 2.4

2.4.1.1 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 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. beispielsweise BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit des beitragspflichtigen Arbeitgebers nicht mehr möglich ist (vgl. beispielsweise 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).

2.4.2.1 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 131 V 427 Erw. 3.1, 129 V 195 Erw. 2.1, 128 V 17 Erw. 2a, 126 V 444 Erw. 3a, 452 Erw. 2a, 121 III 388 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

2.4.3.1 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). Für die Frage nach dem Zeitpunkt der Schadenskennntnis, welche die zweijährige Verjährungsfrist auslöst, ist - im Falle der regelmässig massgeblichen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) zu veröffentlichenden Auflage des Kollokationsplanes und des Inventars - auf die tatsächliche Einsichtnahme auf dem Konkursamt abzustellen oder - sofern auf diese Vorkehr verzichtet wird - auf das Ende der Auflagefrist (BGE 121 V 234).

2.4.4.1 Der Konkurs über die B.____ GmbH wurde am 17. Oktober 2002 eröffnet (Urk. 11/60, Urk. 11/66-69, Urk. 11/92; Publikation im SHAB Nr. KK 212 vom 1. November 2002, S. 18). Der Konkurs wurde im summarischen Verfahren durchgeführt (Urk. 11/70). Die Auflage des Kollokationsplans beim Konkursamt C.____ für zwanzig Tage wurde am 23. April 2004 im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht (Urk. 11/79). Es ist somit davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin spätestens mit Ablauf der Auflagefrist des Kollokationsplans am 13. Mai 2004 Kenntnis des Schadens

erhielt. Die zwei-jährige Frist zur Geltendmachung des Schadenersatzes begann daher spätestens am 14. Mai 2004 zu laufen. Die Zahlungsunfähigkeit der B.____ GmbH wurde anlässlich deren ausserordentlicher Gesellschafterversammlung vom 4. Oktober 2002 festgestellt (Urk. 11/88/28-36). Es ist daher davon auszugehen, dass der Schaden der Beschwerdegegnerin zu diesem Zeitpunkt entstanden ist. Die fünf-jährige Verjährungsfrist seit Eintritt des Schadens begann daher am 5. Oktober 2002 zu laufen.

2.4.5 Der Erlass der Schadenersatzverfugung vom 5. April 2005 (Urk. 11/90) hat die zwei- und fünf-jährigen Verjährungsfristen unterbrochen. Mit der Einsprache vom 4. Mai 2005 begann die Verjährung von neuem (Urk. 11/86). Des Weiteren wurde die Verjährung mit Erlass des Einspracheentscheids vom 26. Juli 2006 (Urk. 2), mit der Beschwerde vom 31. August 2006 (Urk. 1), mit verschiedenen anschliessenden prozessleitenden Verfugungen, der Referentenaudienz vom 5. Oktober 2007, der Zeugeneinvernahme vom 9. Juni 2008 und mit der das Verfahren an hiesigem Gericht abschliessenden Verfugung vom 16. Oktober 2008 (Urk. 51) unterbrochen und begann jeweils von neuem zu laufen. Die zwei- und fünf-jährigen Fristen zur Geltendmachung des Schadenersatzes sind vorliegend somit gewahrt worden.

E. 3

3.1 Zu prägen ist sodann die Haftungsvoraussetzung des Schadens.

3.2 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 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 gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 29 Erw. 5).

3.3 Sodann ist die Ausgleichskasse nach der Rechtsprechung nicht befugt, mit der Geltendmachung ihrer Schadenersatzforderung zuzuwarten bis zu jenem Zeitpunkt, in welchem sie das - grundsätzlich erst bei Abschluss des Konkursverfahrens feststehende - absolut genaue Ausmass ihres Verlustes kennt. Vielmehr wird von ihr verlangt, dass sie von dem Zeitpunkt an, in dem sie alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die Beschaffenheit und die wesentlichen Merkmale des Schadens kennt, sich über die Einzelheiten eines allfälligen Schadenersatzanspruchs informiert. Dabei hat sie die Schadenersatzverfugung bei ungewisser Konkursdividende derart auszugestalten, dass die Belangten zum Ersatz des ganzen der Ausgleichskasse entgangenen Betrages gegen Abtretung einer allfälligen Konkursdividende verpflichtet werden. Dieses auch auf den Gebieten des Zivilrechts und des öffentlichen Rechts gewählte Vorgehen ist vom Eidgenössischen Versicherungsgericht aus Gründen der Verfahrenseffizienz und der Rechtssicherheit sowie unter dem Gesichtspunkt der Zielsetzung des Schadenersatzrechts auf Forderungen gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG sowohl bei Konkursen als auch in Fällen von Nachlassverträgen mit Vermögensabtretung für anwendbar erklärt worden (BGE 116 V 76).

3.4. Die Schadenersatzforderung setzt sich aus Beitragsausständen für die Jahre 2001 und 2002 in der Höhe von Fr. 36'880.65 zusammen (vgl. Urk. 11/87/3). Die Beschwerdegegnerin stützt ihre Forderung unter anderem auf den Bericht über die Arbeitgeberkontrolle vom 17. Dezember 2002 (Urk. 11/72), welcher seinerseits auf den Jahresabrechnungen der B. GmbH für die Jahre 2000 (Urk. 11/7) und 2001 (Urk. 11/34) und auf den Konkursakten beruht. Des Weiteren befinden sich die Beitragsübersicht (Urk. 11/94) und der Kontoauszug (Urk. 11/95) bei den Akten. Gemäss dem Kontoauszug und der Beitragsübersicht resultiert ein Beitragsausstand (zuzüglich Nebenkosten) von Fr. 36'880.65. Gemäss den Angaben der Beschwerdegegnerin hat sie aus dem Konkurs der B. GmbH keine Dividende erhalten. Es wurde vielmehr ein Verlustschein ausgestellt (Urk. 12). In masslicher Hinsicht wird die Höhe des Schadens von Fr. 36'880.65 vom Beschwerdeführer zu Recht nicht bestritten (Urk. 1, Urk. 17, Urk. 36).

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 verbucht 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 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. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die B. GmbH bereits am 23. April 2001 für die Bezahlung der für das Jahr 2000 geschuldeten Beiträge erstmals gemahnt (Urk. 11/8) und für diese Forderung am 21. Mai 2001 ein erstes Mal betrieben werden musste (Urk. 11/9). Am 22. Juni 2001 musste die Gesellschaft für die für das erste Quartal 2001 geschuldeten Beiträge betrieben werden (Urk. 11/11). In der Folge musste die Gesellschaft für die Bezahlung der Beiträge für das zweite Quartal 2001 (Urk. 11/22, Urk. 11/24), für das dritte Quartal 2001 (Urk. 11/28), für das vierte Quartal 2001 (Urk. 11/38), für das erste Quartal 2002 (Urk. 11/43) und für das zweite Quartal 2002 (Urk. 11/55) gemahnt und betrieben werden. Am 31. August 2001 gewährte die Beschwerdegegnerin der B. GmbH einen Zahlungsaufschub und Abzahlungsplan für die Beitragsschuld des Jahres 2000 im Betrag von Fr. 21'723.35 (Urk. 11/20). Der Abzahlungsplan wurde mit Ausnahme der beiden ersten Zahlungen von der Gesellschaft jedoch nicht eingehalten (Urk. 11/94 S. 2).

4.3. Seit dem Anschluss an die Beschwerdegegnerin am 1. April 2000 entrichtete die B. GmbH die von ihr geschuldeten Beiträge stets verspätet oder überhaupt nicht und musste regelmässig gemahnt und betrieben werden (Urk. 11/94). Durch dieses Vorgehen blieben die auf Grund der ausbezahlten Löhne geschuldeten Beiträge zu einem erheblichen Teil unbezahlt. Die Gesellschaft hat damit die gesetzlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten von Art. 14 AHVG und Art. 34 AHVV und somit Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG (vgl. BGE 118 V 187 Erw. 1) verletzt,

weshalb die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit rechtsprechungsgemäss zu bejahen ist.

E. 5

5.1 Nebst dem widerrechtlichen Vorgehen muss der Schaden der Beschwerdegegnerin in qualifiziert schuldhafter Weise durch die Arbeitgeberin verursacht worden sein.

5.2 Eine Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge genügt noch nicht, um ein qualifiziertes Verschulden anzunehmen. Vielmehr sind die gesamten Umstände zu wärdigen. Nicht jede Verletzung der öffentlich-rechtlichen Pflicht einer Arbeitgeberfirma ist 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 eine relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes sprechen (BGE 121 V 244 Erw. 4b mit Hinweisen). Die Rechtsprechung hat erkannt, dass ein Beitragsausstand von zwei bis drei Monaten Dauer als in diesem Sinne kurz zu werten ist, wobei aber immer eine Wärdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalles Platz zu greifen hat (BGE 124 V 253, 121 V 244 Erw. 4b mit Hinweis; 108 V 186 f. Erw. 1b; 108 V 200 f. Erw. 1; Urteile des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts, EVG, in Sachen T. und M. vom 8. Juli 2003, H 141/01 und in Sachen S. vom 25. Mai 2004, H 307/03).

5.3 Vorliegend steht die verhältnismässig lange Dauer des Normverstosses der Annahme entlastender Momente entgegen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die B. GmbH bereits nach dem Sitzwechsel von D. nach C. und dem damit verbundenen Anschluss an die Beschwerdegegnerin am 1. April 2000 mit der Bezahlung der Beiträge in Verzug geriet und seither mit der Begleichung der geschuldeten Akontobeiträge praktisch dauernd in Verzug stand und wiederholt gemahnt und betrieben werden musste (Urk. 11/94). Von einem kurzfristigen Verstoss gegen die Beitragsvorschriften 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 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).

E. 6

6.1 Die subsidiäre Organhaftung stellt keine Kausalhaftung dar, sondern setzt immer ein qualifiziertes Verschulden mindestens in Form von grober Fahrlässigkeit voraus (Urteil 9C_465/2007 vom 20. Dezember 2007 Erw. 6 und Urteil des EVG vom 17. März 2005, H 211/04, Erw. 2 mit Hinweisen). Die Ausgleichskasse, welche feststellt, dass sie einen durch Missachtung von Vorschriften entstandenen Schaden erlitten hat, darf davon ausgehen, dass der Arbeitgeber oder dessen Organ die Vorschriften absichtlich oder mindestens grobfahrlässig verletzt hat, sofern keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit des Handelns oder die Schuldlosigkeit des Arbeitgebers bestehen (Verschuldensvermutung; BGE 108 V 187 Erw. 1b; Urteil des EVG in Sachen vom 17. März 2005, H 211/04, Erw. 6.1).

6.2 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).

6.3 **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 Überwachung der Geschäftsführung, weshalb ihm das Fehlverhalten der Gesellschaft auch nicht angerechnet werden darf (BGE 126 V 237 ff.)**

6.4 **Der Beschwerdeführer war seit dem 31. März 2000 als einzelunterschriftsberechtigter geschäftsführender Gesellschafter der B. GmbH im Handelsregister eingetragen (Urk. 11/92). Als geschäftsführender Gesellschafter der GmbH kam dem Beschwerdeführer daher formelle Organeigenschaft zu, worauf für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) abzustellen ist (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweisen).**

6.5 **Als Geschäftsführer einer GmbH oblagen dem Beschwerdeführer gemäss Art. 810 Abs. 2 OR unter anderem folgende unübertragbare und unentziehbare Aufgaben:**

1. **die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen;**

2. **die Festlegung der Organisation im Rahmen von Gesetz und Statuten;**

3. **die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese für die Führung der Gesellschaft notwendig ist;**

4. **die Aufsicht über die Personen, denen Teile der Geschäftsführung übertragen sind, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen.**

Als formelles Organ der B. GmbH war der Beschwerdeführer insbesondere verpflichtet, dafür besorgt zu sein, die Beitragspflicht gegenüber der Ausgleichskasse zu erfüllen. An die dem Beschwerdeführer als Geschäftsführer obliegenden Sorgfaltspflichten sind angesichts der einfachen Organisationsstruktur der Gesellschaft praxisgemäss hohe Anforderungen zu stellen (BGE 108 V 203 Erw. 3b). Eine Verletzung dieser Pflichten ist als grobfahrlässig zu werten, sodass der Beschwerdeführer für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden einzustehen hat, sofern keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vorliegen.

E. 7

7.1 **Zu prüfen bleibt, ob haftungsausschliessende Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe vorliegen (vgl. BGE 108 V 183 ff.).**

7.2. Nach der Rechtsprechung lässt sich 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; Urteile des EVG in Sachen K. vom 19. November 2003, H 394/01, Erw. 6.2.3 und in Sachen S. vom 19. Dezember 2003, H 101/01 Erw. 4.2).

7.3. Der Beschwerdeführer äusserst vorerst grundsätzliche Kritik an der Rechtsprechung zur Organhaftung nach Art. 52 AHVG (Urk. 17 S. 2-4). Zu seiner Entlastung bringt er sodann im Wesentlichen vor, dass es ihm an einem Verschulden fehle, da er alle notwendigen Massnahmen unternommen und eingeleitet habe, um die Liquiditätsprobleme der Gesellschaft zu bewältigen (Urk. 1 S. 4). Nach Eröffnung des Privatkonkurses über den Beschwerdeführer habe die Konkursverwaltung über die Anteile des Beschwerdeführers an der B. GmbH verfügt (Urk. 17 S. 7). Zum Zeitpunkt der Eröffnung des Privatkonkurses sei die Gesellschaft in wirtschaftlicher und finanzieller Hinsicht noch sehr gesund gewesen (Urk. 36 S. 6). Notar F. vom Konkursamt C. habe ein Doppelspiel geführt. Er habe vorerst eine Fortführung der Gesellschaft und keine Liquidation vorgesehen. Der von der Konkursverwaltung als Mit-Geschäftsführer eingesetzte G. habe jedoch den Lagerbestand nach Liquidationswert bewerten wollen und auf eine Liquidation der Gesellschaft hingearbeitet (Urk. 36 S. 10). Wegen massiver Druckausübung von Gläubigern im Privatkonkurs, insbesondere der H. AG, sei schliesslich der Konkurs über die B. GmbH eröffnet worden (Urk. 17 S. 8). Obwohl zu diesem Zeitpunkt nur ein vorübergehendes Liquiditätsproblem bestanden habe, habe die Konkursverwaltung eine äusserst unvorteilhafte Liquidation der Lagerbestände durchgeführt (Urk. 17 S. 10). Die B. GmbH hätte bei einer Weiterführung der Geschäftstätigkeit den vorübergehenden Liquiditätsengpass überwinden können. Aus diesem Grunde fehle es beim Beschwerdeführer an einem Verschulden (Urk. 17 S. 10).

7.4. Was die vom Beschwerdeführer erhobene grundsätzliche Kritik an der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG angeht, gilt es auf verschiedene Urteile des EVG zu verweisen, wonach kein Anlass zu einer grundsätzlichen Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung bestehe (BGE 129 V 11; Urteil des EVG in Sachen H. vom 29. April 2002, H 209/01, in Sachen Y. und X. vom 14. April 2003, H 167/00, Erw. 3.2). Von der geltenden Rechtsprechung zur Organhaftung nach Art. 52 AHVG ist vorliegend daher nicht abzuweichen.

7.5. Im Protokoll der Gesellschafterversammlung der B. GmbH vom 17. September 2002 ist festgehalten, dass G. als Co-Geschäftsführer der B. GmbH eingesetzt werde, und dass er als solcher im Handelsregister einzutragen sei (Urk. 18 S. 4). Obwohl G. anschliessend als Mit-Geschäftsführer der B. GmbH tätig war, wurde seine Ernennung im Handelsregister nicht eingetragen. Vielmehr blieb der Beschwerdeführer als alleiniger einzelzeichnungsberechtigter Geschäftsführer der B. GmbH im Handelsregister eingetragen (Urk. 11/92). Dieser Umstand spricht dafür, dass der Beschwerdeführer auch nach der faktischen Einsetzung von G. als Mit-Geschäftsführer weiterhin über umfassende Kompetenzen bei der Gesellschaft

verfügte. Demnach ist davon auszugehen, dass der Aufgabenbereich der Beitragsentrichtung weiterhin - ob teilweise oder ausschliesslich - in den Zuständigkeitsbereich des Beschwerdeführers fiel. Weiter ist davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer über die Beitragsausstände orientiert war. Als Indiz dafür hat insbesondere zu gelten, dass der Beschwerdeführer noch am 8. Oktober 2002, mithin zu einem Zeitpunkt nach der Einsetzung von G. ____, als Mit-Geschäftsführer, ein Schreiben an die Beschwerdegegnerin über Fragen der Beitragsabrechnung verfasste (Urk. 11/59). Es ist demnach davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer Kenntnis der Beitragsausstände hatte. Als Geschäftsführer hatte er sodann die Befugnisse und die Pflicht, Schritte einzuleiten, um die Beitragsausstände zu begleichen. Dass er nichts Entsprechendes veranlasst hat, hat unter den gegebenen Umständen als grobfahrlässig zu gelten, falls keine Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe vorliegen (vgl. Urteil des EVG in Sachen D. vom 25. Mai 2007, H 63/05, Erw. 6.4).

7.6.1 Bei Beurteilung der Frage, ob die B. __ GmbH im Zeitpunkt, da die Beiträge fällig wurden auf Grund der objektiven Umstände und einer sachgerechten Beurteilung der Lage damit habe rechnen dürfen, dass sie diese Beiträge innert nützlicher Frist werde bezahlen können, gilt es zu beachten, dass die Anforderungen an die Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe nicht überspannt werden dürfen. Es muss vielmehr gelten, dass die Gesellschaft beziehungsweise deren Organe Massnahmen in die Wege leiteten, welche aus der Sicht der damals geltenden Verhältnisse zur begründeten Erwartung führten, der Betrieb könne über die Runden gebracht werden (Betrachtungsweise ex ante; Urteile des EVG in Sachen B. vom 14. Juni 2000, H 298/99, und in Sachen Y. und X. vom 14. April 2003, H 167/00, Erw. 4.3).

7.6.1.1 Aus den Akten ist ersichtlich, dass die B. __ GmbH mit der Begleichung der Rechnung für die Zeit vom 1. April bis 31. Dezember 2000 geschuldeten Beiträge in Verzug geriet, worauf die Beschwerdegegnerin am 21. Mai 2001 die Betreuung einleitete (Urk. 11/9). Die B. __ GmbH ersuchte alsdann am 14. Juni 2001 um Stundung und um Bewilligung von Ratenzahlungen (vgl. Urk. 11/17). Im Schreiben vom 19. August 2001 an die Beschwerdegegnerin führte der Beschwerdeführer die Liquiditätsprobleme auf den Wechsel des Vertriebspartners in den Vereinigten Staaten von Amerika zurück. Die Verkäufe hätten markant zugenommen, weshalb die Liquidität in Berücksichtigung der branchenüblichen Zahlungsmodalitäten von 120 Tagen sich in absehbarer Zeit massiv verbessern werde. Sodann werde die B. __ GmbH Ende August 2001 mit einem kalifornischen Vertriebspartner Verhandlungen über eine substantielle Minderheitsbeteiligung führen (Urk. 11/17).

7.6.2 Am 27. November 2001 ersuchte der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin erneut um Gewährung eines Tilgungsplans mit Ratenzahlungen. Infolge der Ereignisse des 11. Septembers 2001 sei der Hafen von New York für zwei Wochen geschlossen gewesen. Dies habe zu erheblichen Verzögerungen in der Auslieferung der für das Weihnachtsgeschäft in Amerika bestimmten Ware geführt. Der Cashplan der B. __ GmbH sei dadurch aus dem Ruder gelaufen (Urk. 11/26).

7.6.3 Im Antrag über die Auflage der Kollokationspläne und des Inventars und Gläubigerbeschluss vom 21. April 2004 beantragte das Konkursamt C. __ einen Verzicht auf die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber dem Beschwerdeführer als Geschäftsführer der konkursiten B. __ GmbH und

begründete dies damit, dass es dem Beschwerdeführer an einem wirtschaftlichen Überblick über die Gesellschaft gefehlt habe. Er habe zu spät erkannt, dass durch die Verpfändung von Lagern und die Aufnahme von Krediten ein Defizit resultiert habe. Die eingeleiteten Massnahmen, wie das Suchen von neuen Investoren und Verhandlungen mit dem I.____ Verlag, mit dem J.____ Verlag und mit dem K.____ Verlag, seien teilweise durch in Deutschland erscheinende Pressemeldungen negativ beeinflusst worden. Sodann hätten viele Autoren auf lärmst fällige Entscheidungen gewartet. Der Privatkonkurs des Beschwerdeführers und einer weiteren vom Beschwerdeführer beherrschten Gesellschaft hätten die Vertragsverhandlungen beeinträchtigt (Urk. 11/88/4-5).

7.6.4. Mit Schreiben vom 18. Oktober 2007 führte Notar F.____ aus, dass das Konkursamt C.____ nach Eröffnung des Privatkonkurses über den Beschwerdeführer im Rahmen der Realisierung seiner Stammanteile an der B.____ GmbH auf Grund einer Analyse durch den Medienexperten G.____ zur Überzeugung gelangte, dass die Gesellschaft überschuldet war, weshalb durch Abgabe der Insolvenzerklärung der Konkurs herbeigeführt worden sei (Urk. 28).

7.6.5. Anlässlich der Einvernahme als Zeuge vom 9. Juni 2008 (Protokoll S. 9-16) sagte Notar F.____ aus, dass an der Gesellschafterversammlung der B.____ GmbH vom 17. September 2002 eine Überschuldung der Gesellschaft noch nicht bekannt gewesen sei. An dieser Versammlung sei Herr G.____ zur Beurteilung der Lagerbestände als Mit-Geschäftsführer eingesetzt worden. Dieser habe eine Bewertung der Lagerbestände vorgenommen, welche eine Überschuldung der Gesellschaft ergeben habe. Vorher seien die Lagerbestände, welche bereits für ausstehende Kosten verpfändet gewesen seien, massiv überbewertet gewesen. Eine Bewertung zu Fortführungswerten sei nicht mehr realistisch gewesen. In der Folge sei anlässlich der Gesellschafterversammlung vom 4. Oktober 2002 die Überschuldung der Gesellschaft festgestellt und die Abgabe der Insolvenzerklärung beschlossen worden.

7.6.6. Aufgrund der Aktenlage kann zwar als erstellt gelten, dass der seit dem 11. September 2001 sich verschärfende Liquiditätsengpass teilweise auf Faktoren zurückzuführen war, welche der Beschwerdeführer nicht unmittelbar selbst zu verantworten hatte. Die Ursachen der finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft sind indessen für die vorliegend im Streite stehende Frage von untergeordneter Bedeutung; namentlich vermag das schwierige wirtschaftliche Umfeld als solches die Beschwerdeführer nicht zu entlasten, kommt bei finanziellen Schwierigkeiten der geltend gemachten Art doch rechtsprechungsgemäss der Grundsatz zum Tragen, dass nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar ex lege entstandenen Beitragsforderungen gedeckt sind (Urteile des EVG in Sachen M. vom 2. Dezember 2003, H 295/02, Erw. 5.2.3, in Sachen B. vom 26. September 2001, H 19/01, Erw. 3 und in Sachen M. vom 23. Juni 2000, H 324/99, Erw. 4b). Ebenso wenig ist die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen damit zu rechtfertigen oder entschuldigen, dass Hoffnung auf eine Sanierung der Gesellschaft bestand. Denn gemäss der Aktenlage ist davon auszugehen, dass der tatsächliche Wert der Gesellschaft und insbesondere ihrer Lagerbestände geringer war als von der Geschäftsführung angenommen (Urk. 11/88/4; Protokoll S. 12), und dass durch die Verpfändung von Lagern und die Aufnahme von Krediten eine Überschuldung entstanden war, welche das Überleben der Gesellschaft gefährdete. In Anbetracht der über Monate dauernden Liquiditätsprobleme ist davon auszugehen, dass den eingeleiteten Massnahmen, wie

beispielsweise das Suchen von Investoren und die Verhandlungen mit dem I.____ Verlag, mit dem J.____ Verlag und mit dem K.____ Verlag, von Anfang an keine realistischen Erfolgsaussichten zukamen. Zudem hat die B.____ GmbH bereits vor den Ereignissen vom 11. September 2001 unter Liquiditätsproblemen gelitten. Diese wurden durch die Ereignisse des 11. September 2001 noch akzentuiert. Der Gesellschaft (und ihren Organen) hätte daher spätestens ab dem 11. September 2001 bewusst sein müssen, dass sie sich nicht bloss in einem kurzfristigen Liquiditätssengpass befand, welcher durch die Zurückbehaltung geschuldeter Sozialversicherungsbeiträge in absehbarer Zeit zu überwinden war (vgl. AHI 2003 S. 101 Erw. 3b). Entsprechend konnte auch nicht damit gerechnet werden, dass sie die seit dem Anschluss an die Beschwerdegegnerin bewusst in Kauf genommenen Beitragsausstände innert nützlicher Frist werde begleichen können. Mangels eines in zeitlicher Hinsicht konkreten Sanierungskonzeptes und Zeitplanes zur Begleichung der Beitragsausstände ist der über ein Jahr andauernden Verletzung der Beitragspflicht der vorübergehende Charakter im Sinne der Rechtsprechung abzusprechen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich dabei um einen Versuch handelte, die erheblichen finanziellen Schwierigkeiten während längerer Zeit auf Kosten der Sozialversicherung zu überbrücken. Ein solches Vorgehen wollte der Gesetzgeber jedoch mit Art. 52 AHVG in repressiver und präventiver Hinsicht schadenersatzrechtlich verhindern (Urteile des EVG in Sachen A. und B. vom 4. März 2004, H 34/02, Erw. 5.4 und in Sachen T. vom 20. August 2002, H 295/01, Erw. 5).

7.7. Schliesslich gilt es zu prüfen, wie es sich mit den Einwänden des Beschwerdeführers verhält, wonach die Konkursverwaltung auf Drängen von Gläubigern im Privatkonkurs über den Beschwerdeführer den Konkurs der B.____ GmbH herbeigeführt habe, und wonach eine Konkursöffnung aus wirtschaftlichen und finanziellen Gründen nicht erforderlich gewesen sei (Urk. 36 S. 6). Diesbezüglich gilt es zu beachten, dass dem Beschwerdeführer nicht der Vorwurf gemacht wird, er habe den Konkurs über die B.____ GmbH mitverschuldet. Die Ursachen der finanziellen Schwierigkeiten der Gesellschaft sind für die im Streit stehende Verschuldensfrage vielmehr grundsätzlich ohne Belang. Hingegen gilt es zu berücksichtigen, dass die verantwortlichen Organe nach der Rechtsprechung gerade in wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen rechtsprechungsgemäss darauf zu achten haben, nur so viel massgebenden Lohn zur Auszahlung gelangen zu lassen, dass die darauf ex lege geschuldeten Beiträge entrichtet werden können (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5).

7.8. Nicht zu exkulpiert vermag sich der Beschwerdeführer alsdann mit seinem Einwand, die Lagerbestände seien zu Unrecht nicht zu einem Fortführungswert sondern lediglich zu einem Liquidationswert bewertet worden (Urk. 17 S. 6). Denn einerseits ist gemäss der Aktenlage davon auszugehen, dass die Aktiven der Gesellschaft überbewertet waren (Urk. 11/88/4, Protokoll S. 14), andererseits muss nach der Rechtsprechung die Haftung der Organe nach Art. 52 AHVG gerade auch in Fällen zum Tragen kommen, in welchen ein Schaden trotz günstiger Beurteilung des Deckungsgrades schliesslich - etwa infolge zu hoher Schätzungen der Aktiven - doch eintritt (Urteil des EVG in Sachen A. und B. vom 4. März 2004, H 34/02, Erw. 5.2). Die günstige Beurteilung der Aktiven der Gesellschaft durch den Beschwerdeführer vermag eine Nichtbezahlung der Beiträge demnach nicht zu rechtfertigen.

7.9. Es steht daher fest, dass der Beschwerdeführer den ihm als ehemaliger Geschäftsführer der konkursiten B. ___ GmbH obliegenden Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Abrechnung und die Bezahlung der von dieser geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nicht nachgekommen ist. Mangels Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründen ist sein Verhalten in Anbetracht der gesamten Umstände als grobfahrlässig zu qualifizieren, weshalb von einem haftungsbegründenden qualifizierten Verschulden auszugehen ist.

8. Es geht um die Haftung des Arbeitgebers für die grobfahrlässige Verletzung von Vorschriften durch den Arbeitgeber und seine Organe.

8.1. Die Schadenersatzpflicht setzt voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Verletzung von Vorschriften durch den Arbeitgeber und seine Organe einerseits und dem Eintritt des Schadens bei der Ausgleichskasse andererseits sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang besteht (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). Nach der Rechtsprechung kann der Kausalzusammenhang durch grobes Drittverschulden nur in ausgesprochenen Ausnahmefällen unterbrochen werden, wenn das Verschulden des Dritten dermassen schwer wiegt, dass das eigene Verschulden eindeutig in den Hintergrund tritt und damit nicht mehr als adäquate Schadensursache erscheint (SVR 2008 AHV Nr. 5 S. 13, Urteile des EVG in Sachen S. vom 19. Juli 2007, H 207/06, Erw. 4.2.2 und in Sachen C. und G. vom 10. Januar 2007, H 95/05, Erw. 5-6; Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, ZÄr 2008, Rz. 792 ff.)

8.2. Hinweise für ein grobes Drittverschulden lassen sich den Akten nicht entnehmen. Ein solches lässt sich insbesondere auch nicht in der Amtsführung des vom Konkursamt C. ___ mit der Durchführung des Konkurses der B. ___ GmbH betrauten Notar F. ___ erblicken. Auf Grund der Akten ist vielmehr davon auszugehen, dass dieser nach Eröffnung des Privatkonkurses über den Beschwerdeführer vorerst versuchte, die Anteile zu verwerten. Dafür musste eine Neubewertung der Aktiven der Gesellschaft vorgenommen werden. Dabei wurde alsdann eine Überschuldung festgestellt. Anhaltspunkte dafür, dass sich Notar F. ___ dabei einer groben Pflichtverletzung oder gar einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hätte, sind hingegen nicht zu erkennen. Demnach hat es dabei zu bleiben, dass das Verhalten des Beschwerdeführers 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 der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden war, und dass der Beschwerdeführer für den Schaden ersatzpflichtig ist.

Die gegen den angefochtenen Einspracheentscheid vom 26. Juli 2006 erhobene Beschwerde ist daher abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser
 - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Bundesamt für Sozialversicherungen

4. Gegen diese Entscheidung kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. 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).

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