

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00037 vom 26. März 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-03-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2010.00037

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00037 du 26 mars 2012

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00037 del 26 marzo 2012

Erwägungen

E. 2

2.1 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 4 oben).

2.2 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 425 E. 3.1, 129 V 193 E. 2.1, 128 V 15 E. 2a, 126 V 443 E. 3a, 452 E. 2a, 121 III 386 E. 3b, je mit Hinweisen).

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 443 E. 3a, 119 V 89 E. 3, je mit Hinweisen).

2.3 Die Auflage des Kollokationsplanes erfolge am 19. September 2008 (vgl. Urk. 7/75). Mit dem Erlass der Schadenersatzverfügung am 2. Juni 2010 (Urk. 7/141) hat die Beschwerdegegnerin die zweijährige Frist gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG gewahrt.

E. 3

3.1 Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht (Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.). Verwaltungs- und Betreuungskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 382 E. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 189 E. 5). Im Hinblick

auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehen auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5).

3.2 Die Schadenersatzforderung setzt sich aus ausstehenden Lohnbeiträgen für die Jahre 2005 und 2006 sowie für Januar 2007, welche auf Nachzahlungsforderungen vom 23. Februar 2007 und 11. April 2007 sowie vom 17. Juni 2009 basieren, zuzüglich Verzugszinsen (vgl. Urk. 7/10, 7/37) zusammen (vgl. Kontoauszug und Beitragsübersicht vom 1. November 2010, Urk. 7/147 und 7/148).

Die erst nach Konkurseröffnung vom 16. Februar 2007 fällig gewordenen Beitragsforderungen für Februar 2007 von Fr. 1'604.50 (Anteil Arbeitgeber an die Zahlung der Arbeitslosenkasse) zuzüglich Mahnkosten von Fr. 20.-- für eine Mahnung vom 18. Januar 2010 (Urk. 7/139) wurden zwar noch in der Schadenersatzverfugung vom 14. September 2010 (Urk. 7/146), nicht mehr aber in der hier angefochtenen Entscheid gefordert.

Die Tatsache des Schadenseintritts und dessen Höhe sind nicht bestritten und aufgrund der Akten belegt (vgl. Urk. 7/6, 7/10, 7/35, 7/37-38, 7/46-48, 7/54, 7/147 und 7/148).

E. 4

4.1 Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) schreiben vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfugt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe. Die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe bedeutet eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG und zieht die volle Schadendeckung nach sich (BGE 118 V 193 E. 2a; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6).

4.2 Fest steht, dass die Gesellschaft ihrer Beitragspflicht seit 2005 unvollständig nachgekommen ist und auch ihre Abrechnungspflicht nicht vollumfänglich erfüllte. Zwar hielt sie den mit Zahlungsaufschub gemäss Art. 34b AHVV vom 28. März 2006 vereinbarten Tilgungsplan betreffend die Lohnbeiträge 2005 (vgl. Urk. 7/10) innert der vereinbarten Zahlungsfristen ein, doch ergab sich aufgrund der Arbeitgeberkontrolle vom 3. April 2007 eine Differenz in der Lohnsumme für das Jahr 2005 von Fr. 8'115.-- (Urk. 7/46), welche unbeglichen blieb. Ebenso unbeglichen blieben die Beiträge für das Jahr 2006 und Januar 2007; zudem unterliess sie es, die erhebliche Erhöhung der Lohnsumme im Jahr 2006 auf über Fr. 500'000.-- (vgl. Jahresabrechnung 2006, Urk. 7/35; vgl. dagegen die gemeldete Lohnsumme 2005 von Fr. 166'088.--, Urk. 7/6/2) gemäss Art. 35 Abs. 2 AHVV im Laufe des Jahres zu melden.

Damit ist sie ihren Pflichten als Arbeitgeberin nicht vollständig nachgekommen und hat öffentlichrechtliche Vorschriften missachtet. Fraglich ist, ob ihr die Nichtbezahlung der paritätischen Beiträge in zeitlicher Hinsicht anzurechnen ist, basieren doch sämtliche Schadenspositionen auf erst nach dem Konkurs in Rechnung gestellten beziehungsweise veranschlagten Beiträgen und Verzugszinsen.

4.3.1.1

4.3.1.1 Laut Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 73/91 vom 13. September 1993 (AHI 1994 S. 36 f.) haftet die Arbeitgeberin grundsätzlich nur für jenen Schaden, der durch die Nichtbezahlung von paritätischen Beiträgen entstanden ist, die zu einem Zeitpunkt zur Bezahlung fällig waren, als sie über allenfalls vorhandenes Vermögen disponieren und Zahlungen an die Ausgleichskasse veranlassen konnte. Rechtsprechungsgemäss verletzt jene Arbeitgeberin ihre Zahlungspflicht gegenüber der Kasse nicht, welche die paritätischen Beiträge deshalb nicht bezahlen kann, weil zwischen dem Ende der Zahlungsperiode, mit welcher die Fälligkeit der Beiträge zusammenfällt, und dem Ende der Zahlungsfrist der Konkurs eröffnet wird und sie somit über das Vermögen nicht mehr verfügen und keine Zahlungen an die Ausgleichskasse mehr veranlassen kann.

4.3.2 Gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV haben die Arbeitgeber die Beiträge monatlich oder, wenn die jährliche Lohnsumme Fr. 200'000.-- nicht übersteigt, vierteljährlich zu bezahlen. In begründeten Ausnahmefällen kann die Ausgleichskasse für Beitragspflichtige, deren Jahresbeitrag Fr. 3'000.-- nicht übersteigt, längere, höchstens aber jährliche Zahlungsperioden festsetzen (Art. 34 Abs. 2 AHVV). Die für die jeweilige Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge werden mit deren Ablauf fällig; sie sind innerhalb einer Frist von 10 Tagen nach Fälligkeit zu bezahlen (Art. 34 Abs. 4 AHVV).

4.3.3.1 Aufgrund der Akten ist erstellt, dass die Gesellschaft im Jahr 2004 noch keine beitragspflichtigen Löhne auszahlte (vgl. Urk. 7/5/2). Die Rechnung für die Lohnbeiträge 2005 über Fr. 19'964.05 vom 7. Februar 2006 (vgl. dazu Kontoauszug vom 1. November 2010, Urk. 7/147/1) erstellte die Beschwerdegegnerin gemäss Aktenlage gestützt auf die Jahresabrechnung 2005 vom 23. Januar 2006 (Urk. 7/6). Vorherige monatliche Lohnsummenmeldungen oder Rechnungsstellungen seitens der Beschwerdegegnerin liegen den Akten nicht bei. Die mit dem am 28. März 2006 bewilligten Zahlungsaufschub (vgl. Urk. 7/10) festgelegten Zahlungsfristen für die Teilzahlungen betreffend die Jahresrechnung 2005 wurden von der Gesellschaft jeweils eingehalten; die letzte Teilzahlung von Fr. 2'000.-- mit Fälligkeit am 28. Februar 2007 wurde gar am Tag der Konkurseröffnung am 16. Februar 2007 beglichen (Urk. 7/147/1).

Der Abschluss einer Zahlungsvereinbarung für die Beiträge 2005 ändert jedoch nichts an der Beitragspflicht und deren Modalitäten für das Jahr 2006, darf doch gemäss Art 34b Abs. 1 AHVV ein Zahlungsaufschub unter anderem nur dann bewilligt werden, wenn begründete Aussicht darauf besteht, dass die laufenden Beiträge fristgerecht entrichtet werden können. Ein stillschweigender Aufschub der laufenden Beiträge ist damit nicht verbunden (vgl. Urteil des Bundesgerichts H 38/03 vom 27. Januar 2004 E. 4.3.2).

Folglich war die Gesellschaft im Jahr 2006 verpflichtet, die Beiträge gemäss Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV monatlich respektive, solange die laufende Lohnsumme auf eine Jahreslohnsumme von maximal Fr. 200'000.-- schliessen liess, allenfalls vierteljährlich zu bezahlen. Weder die Abrechnungspflicht, noch die Beitragsschuld oder die Fälligkeit sind von der Zustellung einer Rechnung, einer Veranlagungs- oder Nachzahlungsverfügung seitens der Ausgleichskasse abhängig; vielmehr entstehen Abrechnungspflicht sowie Beitragsschuld unmittelbar im Zeitpunkt der

Lohnzahlung (Art. 14 und Art. 51 AHVG; BGE 110 V 225 E. 3a), und die Fälligkeit tritt 10 Tage danach ein.

Gemäss Telefonnotiz vom 6. September 2006 teilte die Ehefrau des Beschwerdeführers der Beschwerdegegnerin mit, dass die Gesellschaft keine Pauschale - mithin keine Akontobeiträge im Sinne von Art. 35 Abs. 1 AHVV - entrichten könne, da zu wenig liquide Mittel vorhanden seien. Die zuständige Sachbearbeiterin wies sie auf die Verzugszinsen hin (Urk. 7/17). In der Folge wurde weder eine weitere Abschlagszahlung für die Beiträge 2006 beantragt noch gewährt. Auch stand die Vereinbarung einer ausnahmsweise jährlichen Zahlungsperiode im Sinne von Art. 34 Abs. 2 AHVV angesichts der zu hohen Lohnsumme ausser Diskussion.

Damit haftet die Gesellschaft für die in der Beitragsperiode 2006 angefallenen Lohnbeiträge ebenso wie für diejenigen den Januar 2007, welche am 10. Februar 2007, mithin vor der Konkursöffnung fällig geworden sind. Nichts anderes gilt für die ebenfalls erst nach Konkursöffnung gestützt auf die Arbeitgeberkontrolle vom 3. April 2007 (Urk. 7/48) nachgeforderten Beiträge für 2005, 2006 und Januar 2007 von insgesamt Fr. 8'820.-- sowie die gesetzlich geschuldeten Verzugszinsen (vgl. Art. 41 bis AHVV; vgl. dazu auch: Urteil des Bundesgerichts H 136/00 vom 29. Dezember 2000 E. 4b).

Zu prüfen 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 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 183 E. 1a). Absicht beziehungsweise Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht. Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten 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 183 E. 1b; ZAK 1985 S. 576 E. 2 und S. 619 E. 3a).

5.2 So kann es sein, dass ein Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch Nichtbezahlung der Beiträge versucht, die Existenz des Unternehmens zu bewahren. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG, wenn der Arbeitgeber zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt, gleichzeitig aber auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzuzahlen (BGE 108 V 189; ZAK 1992 S. 248 E. 4b, 1985 S. 577 E. 3a). Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe sind daher dann nicht gegeben, wenn

angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von der vorübergehenden Nichtbezahlung der Forderungen objektiv keine für die Rettung der Firma ausschlaggebende Wirkung erwartet werden kann, was zu verneinen ist, wenn im Vergleich zum sonstigen finanziellen Rahmen oder Engagement der Firma nicht sehr hohe Beitragsausstände bestehen (Urteil des Bundesgerichts H 405/99 vom 23. August 2000 mit Hinweisen).

5.3 Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sÄmmtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwÄgen, ob und inwieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Firma zuzurechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hÄngt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person Äbertragen wurden (BGE 108 V 199 E. 3a; ZAK 1985 S. 620 E. 3b). Bei einfachen VerhÄltnissen muss vom einzigen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft, der als solcher die Verwaltung der Gesellschaft als einzige Person in Organstellung zu besorgen hat, in der Regel der Äberblick Äber alle wesentlichen Belange der Firma verlangt werden, und dies selbst dann, wenn er seine Befugnisse weitgehend an einen GeschÄftsÄhrer delegiert hat. Er kann mit der Delegation der GeschÄftsÄhrung nicht zugleich auch seine Verantwortung als einziges Verwaltungsorgan an den GeschÄftsÄhrer delegieren (BGE 108 V 199 E. 3b).

5.4 Unbestritten ist, dass der BeschwerdefÄhrer sowohl als PrÄsident des Verwaltungsrates als auch in der seit 4. November 2005 eingenommenen Rolle als einziger Verwaltungsrat der Gesellschaft formelle Organstellung innehatte und er sich die Missachtung der Arbeitgebervorschriften unmittelbar anrechnen lassen muss.

Der BeschwerdefÄhrer lÄsst dies denn auch unbestritten, stellt sich aber im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass er die Gesellschaft in Treu und Glauben gefÄhrt habe und sich darauf verlassen habe, dass die Z.____ ihr RangrÄcktrittversprechen einhalte. Ausserdem habe er weitere Sanierungsschritte in die Wege geleitet im Hinblick auf eine Beteiligung an der Y.____ oder eine eventuelle Äbernahme, welche aus verschiedenen GrÄnden leider eingestellt worden seien. Auch sei immer wieder der Kontakt mit den Geldgebern gesucht worden. Zudem habe er sich nie aus Mitteln der Gesellschaft bereichert, habe weder einen Lohn noch anderweitige VergÄtungen bezogen. Auch habe er eine BÄrgschaft Äber 1,5 Millionen Franken Äbernommen, und es seien ihm aus dem Konkurs Verbindlichkeiten in der HÄhe von Äber Fr. 750'000.-- verblieben. Zudem habe er mit der Ausgleichskasse Kontakt aufgenommen und eine LÄsung fÄr das Jahr 2005 gefunden; die Abrechnung fÄr das Jahr 2006 sei der Beschwerdegegnerin am 12. Februar 2007 eingereicht worden; auch diesbezÄglich hÄtte nach einer Ratenzahlungsvereinbarung gesucht werden mÄssen (Urk. 1, 10).

5.5 Vorweg hinzuweisen ist auf den Grundsatz, wonach die Ursachen der finanziellen Schwierigkeiten fÄr die hier zu beurteilende Streitfrage von untergeordneter Bedeutung sind; namentlich vermag das schwierige wirtschaftliche Umfeld als solches den BeschwerdefÄhrer 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 (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 E. 5; siehe etwa auch Urteile des Bundesgerichts H 295/02 vom 2. Dezember 2003 E. 5.2.3, H

19/01 vom 26. September 2001 E. 3, H 324/99 vom 23. Juni 2000 E. 4b).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ebenso wenig ist die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen damit zu rechtfertigen oder entschuldigen, dass Hoffnung auf eine Sanierung des Unternehmens bestand (vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts H 394/01 vom 19. November 2003 E. 6.2.3). Entscheidend ist vielmehr, ob der Beschwerdeführer auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass die der Ausgleichskasse schuldig gebliebenen Forderungen innert nützlicher Frist befriedigt würden und ob angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von einer vorübergehenden Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge objektiv eine für die Rettung der Firma ausschlaggebende Wirkung erwartet werden konnte (vgl. obige E. 5.2).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Dies aber behauptet der Beschwerdeführer nicht und lässt sich gestützt auf die Aktenlage auch nicht annehmen. Zwar ist dem Beschwerdeführer zuzugestehen, dass er sich offensichtlich um eine Rettung des Unternehmens bemühte; gemäss Aktenlage stand die Gesellschaft insbesondere mit der U. ___ im Gespräch betreffend mögliche Sanierungsschritte. Dabei stand ab Oktober 2006 unter anderem ein Rangrücktritt der Z. ___ als Leasinggeberin der Recyclinganlage und die Bereitstellung eines Kredites in der Höhe der Solidarbürgschaft des Beschwerdeführers von Fr. 1,5 Millionen zur Diskussion (vgl. Urk. 3/5). Nachdem offensichtlich keine der eingeleiteten Sanierungsbemühungen Erfolg zeigte, teilte die Z. ___ der Y. ___ am 15. Februar 2007 mit, dass sie den zur Beseitigung der Bürgerschuldung notwendigen Rangrücktritt auf der Leasingforderung im Betrag von 3 Millionen nicht gewähre (Urk. 3/1, vgl. auch Urk. 3/3). Bereits am 13. Februar 2007 aber hatte die Revisionsstelle A. ___ eine offensichtliche Bürgerschuldung der Gesellschaft festgestellt, was gemäss ihrem Bericht von diesem Tag unter anderem mit bisher unbekanntem und in der Bilanz nicht ausgewiesenen Sachverhalten wie einer Forderung von EUR 750'000.-- eines deutschen Anlagebauunternehmens zusammenhing (vgl. Urk. 3/4).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Angesichts dieser Dimensionen der Verpflichtungen und der Bürgerschuldungslage scheint es äusserst unwahrscheinlich - was im Übrigen vom Beschwerdeführer auch nicht behauptet wird -, dass durch die vorübergehende Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge objektiv eine für die Rettung der Firma ausschlaggebende Wirkung erwartet werden konnte.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Des Weiteren wies der Beschwerdeführer in seiner Eingabe vom 3. Dezember 2010 selber darauf hin, dass die Gesellschaft, auch wenn der Rangrücktritt von der Z. ___ gewährt worden wäre, zur Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge 2006 auf eine weitere Ratenzahlungsvereinbarung angewiesen gewesen wäre. Damit aber durfte er auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage offensichtlich nicht damit rechnen, dass die der Ausgleichskasse schuldig gebliebenen Forderungen innert nützlicher Frist befriedigt würden.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä In der Würdigung der gesamten Umstände kann im Verzicht auf die Beitragsablieferung ab Januar 2006 keine unerlässliche Massnahme zur Rettung der Gesellschaft erblickt werden. Letztlich schliesst auch die Tatsache, dass der Beschwerdeführer offensichtlich eigene Mittel in die Gesellschaft eingeschossen hat und

eine BÃ¼rgschaft Ã¼ber 1,5 Millionen zu Gunsten derselben einging, das von Art. 52 AHVG geforderte qualifizierte Verschulden nicht aus. Denn fÃ¼r die Beurteilung der Verschuldensfrage ist nicht entscheidend, was die verantwortlichen Organe zur Aufrechterhaltung des Betriebes oder der Vermeidung eines Konkurses allenfalls unternommen haben, sondern ob sie (nach aussen erkennbar) der Pflicht, fÃ¼r eine ordnungsgemÃ¤sse Bezahlung der SozialversicherungsbeitrÃ¤ge zu sorgen, nachgekommen sind (vgl. Urteile des Bundesgerichts H 333/00 vom 18. MÃ¤rz 2003 E. 3.3.2, H 101/02 vom 5. September 2002 E. 5.2).

E. 6

6.1. Zu prÃ¼fen bleibt, ob die Beschwerdegegnerin ein Mitverschulden an der Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens trifft.

Laut BGE 122 V 185 ist die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG einer Herabsetzung wegen Mitverschuldens der Verwaltung zugÃ¤nglich, sofern sich diese einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, was namentlich der Fall ist, wenn sie elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat. Zudem muss zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem Schaden ein adÃ¤quater Kausalzusammenhang bestehen. Eine Herabsetzung kann daher nur erfolgen, wenn und soweit das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltung fÃ¼r die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adÃ¤quat kausal gewesen ist (BGE 122 V 185 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts H 90/00 vom 20. Juni 2001 E. 5a).

6.2. Aus den Akten ergibt sich, dass die Y. nach ihrer Anmeldung bei der Beschwerdegegnerin im Fragebogen fÃ¼r juristische Personen am 18. Oktober 2004 angab, dass ab zirka November/Dezember 2004 Personal beschÃ¤ftigt werde und sowohl die Anzahl Personen wie auch die monatliche Lohnsumme gemeldet wÃ¼rden (Urk. 7/4). Mit dem Formular "Jahresabrechnung 2004" bestÃ¤tigte die Gesellschaft, dass im Jahr 2004 keine beitragspflichtigen LÃ¶hne ausbezahlt worden seien (Urk. 7/5). Im Jahr 2005 reichte die Y. keine monatlichen Lohnabrechnungen ein; die Beschwerdegegnerin ihrerseits verzichtete auf eine schriftliche Mahnung im Sinne von Art. 34a Abs. 1 AHVV, was ihr angesichts des Umstandes, dass bis Ende 2004 entgegen der ursprÃ¼nglichen Meldung noch keine LÃ¶hne ausbezahlt worden waren, nicht zum Vorwurf gereicht. Nicht nachvollziehbar aber ist, weshalb die Verwaltung nach Eingang der Jahresabrechnung 2005 vom 23. Juni 2006 mit einer gemeldeten Lohnsumme von Fr. 166'088.-- (Urk. 7/6) und insbesondere nach dem Stundungsgesuch vom 20. Februar 2006 (Urk. 7/7) weiterhin zuwartete, von der Arbeitgeberin raschmÃ¶glichst Angaben Ã¼ber die LÃ¶hne 2006 zu erhalten. Wie bereits erwÃ¤hnt (obige E. 4.3.3), hÃ¤tte es Art. 34b Abs. 1 AHVV geboten, dass trotz Tilgungsplan die laufenden BeitrÃ¤ge regelrecht entrichtet wÃ¼rden. Damit wÃ¤re die Kasse gehalten gewesen, die Termine zur Einreichung der Abrechnungen fÃ¼r das Beitragsjahr 2006 genau zu Ã¼berwachen und sofort zu mahnen, was bis nach der KonkursÃ¶ffnung im Februar 2007 nicht geschehen ist. Selbst nach dem Telefonat vom 6. September 2006 mit der Ehefrau des BeschwerdefÃ¼hrers, anÃ¤sslich welchem diese der Verwaltung mitgeteilt hatte, dass zu wenig liquide Mittel fÃ¼r eine Abrechnung mittels Pauschalen vorhanden seien, blieb die Verwaltung untÃ¤tig.

Angesichts der gemeldeten Lohnsumme 2005 und des in der Folge vereinbarten Tilgungsplanes konnte es der Verwaltung nicht entgangen sein, dass die Gesellschaft mittlerweile Arbeitnehmer beschÃ¤ftigte, deren LÃ¶hne wenn nicht sogar

monatlich, so doch mindestens vierteljährlich abzurechnen waren. Die lange Untertätigkeit der Verwaltung muss deshalb als grobe Pflichtverletzung qualifiziert werden, welche geeignet war, den Schaden zu vergrössern, und als Herabsetzungsgrund zu berücksichtigen ist.

Aufgrund dieser groben und fÄr die Entstehung, beziehungsweise Verschlimmerung des Schadens adÄquaten Pflichtverletzung der Beschwerdegegnerin rechtfertigt sich ein Mitverschuldensabzug von 50 % (vgl. Urteil des Bundesgerichts H 38/03 vom 27. Januar 2004 E. 5).

Folglich ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid vom 14. September 2010 ist dahingehend abzuÄndern, dass der geschuldete Schadenersatz auf Fr. 36'170.30 zu reduzieren ist.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Sozialversicherungsanstalt des Kantons ZÄrich, Ausgleichskasse, vom 14. September 2010 dahingehend geÄndert, dass der BeschwerdefÄhrer verpflichtet wird den Betrag von Fr. 36'170.30 zu bezahlen. Im Äbrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X.____

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons ZÄrich, Ausgleichskasse

- Bundesamt fÄr Sozialversicherungen

4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes Äber 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 BegrÄndung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des BeschwerdefÄhrers 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 veröfentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.