

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00039

vom 29. Juni 2012

ZH Sozialversicherungsgericht, 2012-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2010.00039

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00039 du 29 juin 2012

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2010.00039 del 29 giugno 2012

Erwägungen

E. 1

1.1. X. war seit der Gründung der Z. im Jahr 2006 deren Gesellschafter und Geschäftsführer. Y. war seit der Gründung bis 13. Februar 2008 Geschäftsführer der Gesellschaft und ab dem 13. Februar 2008 bis 8. Juni 2009 Gesellschafter und Geschäftsführer. Mit Verfügung vom 24. November 2009 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts L. über die Gesellschaft den Konkurs. Das Konkursverfahren wurde mit Verfügung desselben Richters vom 12. Juli 2010 als geschlossen erklärt (vgl. Handelsregister-Internet-Auszug, Urk. 8).

1.2. Die Z. war der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen (Urk. 10/8/51). Laut Beitragsübersicht und Kontoauszug vom 2. Dezember 2010 (Urk. 10/8/52-53)

beziehungsweise vom 10. April 2012 (Urk. 17/145-146) blieben bundes- und kantonrechtliche Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 31'571.05 unbezahlt (Urk. 10/8/52-53). Mit Verfügungen vom 13. August 2010 forderte die Ausgleichskasse von X. Schadenersatz für entgangene Beiträge in der Höhe von Fr. 31'571.05 (Urk. 7/10) und von Y. einen solchen in der Höhe von Fr. 30'841.30 (Urk. 10/8/10), im Betrag von Fr. 30'841.30 in solidarischer Haftung untereinander. Hiergegen erhoben X. am 7. September 2010 (Urk. 7/8) und Y. am 14. September 2010 (Urk. 10/8/2) Einsprache. Mit Entscheid vom 13. Oktober 2010 wies die Ausgleichskasse die Einsprache von X. ab (Urk. 2), diejenige von Y. wies sie mit Entscheid vom 15. Oktober 2010 ab (Urk. 10/2).

E. 2

2.1. Gegen den Einspracheentscheid vom 13. Oktober 2010 erhob X. (Beschwerdeführer 1) mit Eingabe vom 10. November 2010 Beschwerde und beantragte sinngemäss dessen ersatzlose Aufhebung (Urk. 1). In der dem Beschwerdeführer am 1. Dezember 2010 zur Kenntnis gebrachten (vgl. Urk. 9) Beschwerdeantwort vom 26. November 2010 schloss die Ausgleichskasse auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6).

2.2. Y. (Beschwerdeführer 2), vertreten durch Rechtsanwalt Jörg Gasche Bähler, erhob gegen den Einspracheentscheid vom 15. Oktober 2010 am 17. November 2010 Beschwerde mit dem Antrag auf dessen ersatzlose Aufhebung (Urk. 10/1). In der Beschwerdeantwort vom 10. Dezember 2010 schloss die Ausgleichskasse auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 10/7). Die Beschwerdeantwort wurde dem Beschwerdeführer am 13. Dezember 2010 zur Kenntnis gebracht (Urk. 10/9).

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 gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5).

3.2. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, ihr seien Sozialversicherungsbeiträge, die von der Konkursitin hätten abgeliefert werden sollen, entgangen. Die entgangenen Beiträge beziffert sie mit Fr. 31'571.05 (vgl. Urk. 17/145-146). Sie setzen sich aus unbezahlt gebliebenen Pauschalbeiträgen für das 4. Quartal 2008 von Fr. 3'556.95, das 1. Quartal 2009 von Fr. 6'010.20, das 2. Quartal 2009 von Fr. 6'010.20, den unbezahlt gebliebenen Ausgleichsbeiträgen für das Jahr 2008 von Fr. 15'263.95 - je inklusive Verwaltungsgebühren, Verzugszinsen, Mahn- und Betreuungskosten - sowie separat in Rechnung gestellten Verzugszinsen, Mahn- und Betreuungskosten von Fr. 729.75 zusammen (vgl. Urk. 17/145). Der Beschwerdeführer 2 bestreitet die Forderung in vollem Umfang (Urk. 10/1 S. 12 Ziff. 2.2.3.).

3.3. Die Konkursitin richtete im Jahr 2007 BruttoLöhne in der Höhe von Fr. 357'715.-- (Urk. 17/33) und im Jahr 2008 solche von Fr. 298'948.-- (Urk. 17/60) aus. Die Höhe dieser Lohnsummen wird vom Beschwerdeführer 2 nicht bestritten.

Im Jahr 2009 hat die Gesellschaft unbestrittenermassen keine Lohnbuchhaltung mehr geführt. Der Revisor der Beschwerdegegnerin schätzte die Lohnsumme für dieses Jahr 2009 gestützt auf Lohn- und Bankbelege in den Akten des Konkursamtes A. auf Fr. 42'330.-- (Bericht vom 12. Januar 2010 über die Arbeitgeberkontrolle, Urk. 17/106). Die Gesellschaft hat sich entgegenhalten zu lassen, dass sie keine Lohnabrechnungen erstellt hat. Die Höhe der geschätzten Lohnsumme wird denn von den Beschwerdeführenden nicht substantiiert bestritten (vgl. auch Urk. 20), weshalb für die Berechnung der Beiträge für das Jahr 2009 von der geschätzten Lohnsumme von Fr. 42'330.-- auszugehen ist.

Auf der Lohnsumme (2007) von Fr. 357'715.-- sind Beiträge an die AHV/Invalidenversicherung (IV)/Erwerbsersatzordnung (EO) von Fr. 36'129.30 (10,1 % x Fr. 357'715.--), die Arbeitslosenversicherung (ALV) von Fr. 7'154.30 (2,0 % x Fr. 357'715.--), die Familienausgleichskasse (FAK) von Fr. 4'650.30 (1,3 % x Fr. 298'948.--) sowie Verwaltungskosten von Fr. 361.30 (1,0 % x Fr. 36'129.30) und total von Fr. 48'295.20 geschuldet.

Auf der Lohnsumme (2008) von Fr. 298'948.-- sind Beiträge an die AHV/IV/EO von Fr. 30'193.80 (10,1 % x Fr. 298'948.--), die Arbeitslosenversicherung (ALV) von Fr. 5'978.95 (2,0 % x Fr. 298'948.--), die Familienausgleichskasse (FAK) von Fr. 3'886.35 (1,3 % x Fr. 298'948.--) sowie Verwaltungskosten von Fr. 301.95 (1,0 % x Fr. 30'193.80) und total von Fr. 40'361.05 geschuldet.

Â Â Â Â Â Â Â Â Auf der Lohnsumme (2009) von Fr. 42'330.-- sind Beiträge an die AHV/IV/EO von Fr. 4'275.35 (10,1 % x Fr. 42'330.--), die ALV von Fr. 846.60 (2,0 % x Fr. 42'330.--), die FAK von Fr. 507.95 (1,3 % x Fr. 42'330.--) sowie Verwaltungskosten von Fr. 128.25 (3,0 % x Fr. 4'275.35), mithin total von Fr. 5'758.15 geschuldet.

Â Â Â Â Â Â Â Â In den Jahren 2007 bis 2009 hätte die Arbeitgeberin Beiträge von insgesamt Fr. 94'414.40 abliefern müssen. Hinzu kommen Mahnkosten von Fr. 280.--, Betreuungskosten von Fr. 718.50 und Verzugszinsen von Fr. 1'715.90. Damit zu verrechnen sind die von der Arbeitgeberin entrichteten Zulagen der Familienausgleichskasse von Fr. 5'100.-- im Jahr 2007, Fr. 10'700.-- im Jahr 2008 und Fr. 2'800.-- im Jahr 2009. Die an die Beiträge 2007 bis 2009 geleisteten Zahlungen betragen Fr. 54'597.75, davon abzuziehen ist die Rückzahlung der Beschwerdegegnerin von Fr. 7'640.--. Insgesamt blieb somit der Betrag von Fr. 31'571.05 unbezahlt. Dieser Betrag ist durch den Kontoauszug und die Beitragsübersicht vom 2. Dezember 2010 (Urk. 10/8/52-53) beziehungsweise 10. April 2012 (Urk. 17/145-146) ausgewiesen.

3.5 Â Â Â Â In soweit der Beschwerdeführer 2 geltend macht, aus den Akten sei ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin lediglich Sozialversicherungspr mien von Fr. 80'189.40 plus Spesen und Zinsen geltend gemacht habe (vgl. Urk. 1 S. 12 f. Ziff. 2.2.3), ist ihm entgegenzuhalten, dass die Sozialversicherungsbeiträge ex lege auf den ausgerichteten Löhnen zu entrichten sind. Wie oben dargelegt (E. 3.4), sind auf den in den Jahren 2007 bis 2009 ausgerichteten Bruttolöhnen von insgesamt Fr. 680'993.-- parit rtische Beiträge von insgesamt Fr. 94'414.40 geschuldet, unabhängig davon, ob diese in Rechnung gestellt worden sind oder nicht.

Â Â Â Â Â Â Â Â Den Einwand, die Arbeitgeberin habe an die Beiträge 2007 bis 2009 mehr als die von der Beschwerdegegnerin in der Beitragsübersicht vom 10. April 2012 (Urk. 17/146) aufgelisteten Fr. 54'597.75 überwiesen, wovon der von der Beschwerdegegnerin zurückbezahlte Betrag von Fr. 7'640.-- in Abzug zu bringen ist, hat der Beschwerdeführer 2 nicht belegt.

3.6 Â Â Â Â In den Akten der Beschwerdegegnerin befindet sich eine Verzugszinsberechnung über Fr. 549.55, welche auf den Namen A. ___ und die Abrechnungsnummer W95.581 lautet (Urk. 10/8/22 = Urk. 17/103). Die Beschwerdegegnerin führt hierzu aus, dass aus den Akten eindeutig ersichtlich sei, dass diese Verzugszinsabrechnung die konkursite Z. ___ betreffe, werde als Ende des Zinsenlaufs der 24. November 2009 genannt, welcher das Datum der Konkursöffnung sei. Die Stammforderung und der Beginn des Zinsenlaufs ergäben sich aus den Zahlungsbefehlen des Betreibungsamtes B. Nr. 26'575 (Urk. 17/90), Nr. 26'403 (Urk. 17/83) und Nr. 26'561 (Urk. 17/89).

Â Â Â Â Â Â Â Â Die erwähnte Verzugszinsabrechnung der Konkursitin ist in der Tat der Konkursitin zuzuordnen. Das Ende des Zinsenlaufs der jeweiligen Verzugszinsen stimmt mit dem Datum der Konkursöffnung überein. Auch entsprechen die Stammforderungen von Fr. 5'920.20, Fr. 7'251.80 und Fr. 5'920.20 denjenigen in den Zahlungsbefehlen vom 2. Oktober 2009 (Urk. 17/90), 28. September 2009 (Urk. 17/89) und 24. August 2009 (Urk. 17/83) und stimmt auch der jeweilige Beginn des Zinsenlaufs mit den in den Zahlungsbefehlen aufgeführten Anfängen überein. Allerdings ist der Beschwerdegegnerin bei der Verzugszinsberechnung für die Schlussrechnung 2008 ein Fehler unterlaufen: Am 27. März 2009 stellte die Beschwerdegegnerin der Konkursitin

den Ausgleich der Beiträge für das Jahr 2008 in der Höhe von insgesamt Fr. 8'971.60 sowie zu viel verrechnete Familienzulagen von Fr. 6'120.-- zuzüglich Verzugszins von Fr. 52.35 (5 % auf Fr. 8'971.60 vom 1. Januar bis 12. Februar 2009 [vgl. Urk. 17/66]) in Rechnung (vgl. Urk. 10/8/154 Pos. 2009 0002). Da die Konkursitin diese Rechnung nie bezahlt hat und auch nie Teilzahlungen daran geleistet hat, schuldete sie ab dem Datum der Rechnungsstellung (vgl. Art. 41 bis Abs. 1 lit. d der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV) bis zur Konkursöffnung Verzugszinsen auf Fr. 8'971.60. Weshalb die Beschwerdegegnerin nur auf Fr. 7'251.80 und nicht auf Fr. 8'971.60 Verzugszinsen erhoben hat, ist nicht nachvollziehbar. Von einer Korrektur ist indessen abzusehen, da es sich lediglich um Fr. 56.60 handelt (Fr. 1'719.80 x 5 % x 237 Tage) und sich dies zu ungunsten der Beschwerdeführenden auswirken würde. Es ist daher vom geltend gemachten Schaden von Fr. 31'571.05 auszugehen.

E. 4

4.1 Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. 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 verfügt 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 Dem Kontoauszug (Urk. 17/145) der Beschwerdegegnerin kann entnommen werden, dass die Beiträge der Konkursitin seit Anbeginn ihres Bestehens regelmässig gemahnt werden mussten. Die Ausgleichsrechnung für das Jahr 2008, die Pauschalbeiträge des vierten Quartals 2008 sowie des ersten und zweiten Quartals 2009 blieben unbezahlt. Damit ist die Konkursitin ihren Pflichten als Arbeitgeberin nicht nachgekommen und hat öffentlichrechtliche Vorschriften missachtet.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der dadurch entstandene Schaden auf qualifiziert schuldhaftes Verhalten der Beschwerdeführer 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).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä 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 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 199 E. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 51 E. 2a, 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6 S. 529).

5.2 Ä Ä Ä Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sämtlichen 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 übertragen 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 Überblick über alle wesentlichen Belange der Firma verlangt werden, und dies selbst dann, wenn er seine Befugnisse weitgehend an einen Geschäftsführer delegiert hat. Er kann mit der Delegation der Geschäftsführung nicht zugleich auch seine Verantwortung als einziges Verwaltungsorgan an den Geschäftsführer delegieren (BGE 108 V 199 E. 3b).

5.3 Ä Ä Ä Formell eingesetzte Geschäftsführer einer GmbH wie auch Personen, die faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausüben, haften für den der Ausgleichskasse zufolge nicht bezahlter Bundessozialversicherungsbeiträge entstandenen Schaden nach den gleichen Grundsätzen wie Organe einer Aktiengesellschaft. Dagegen besteht für den blossen Gesellschafter einer GmbH vorbehaltlich einer abweichenden statutarischen Regelung keine Pflicht zur Kontrolle oder Überwachung der Geschäftsführung, weshalb ihm das Fehlverhalten der Gesellschaft auch nicht angerechnet werden darf (BGE 126 V 237 ff.)

E. 6

6.1 Ä Ä Ä Vorab ist festzustellen, dass im Hinblick auf Art. 827 des Obligationenrechts (OR) die Organe einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung genauso zur Verantwortung gezogen werden können wie ein Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft (vgl. Renz/Schaffhauser/Ueli Kieser, Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, Neue Reihe, Band 44, St. Gallen 1998; Aufsatz Thomas Nussbauer, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, S. 104).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Grundsätzlich sind gemäss Art. 809 Abs. 1 OR bei einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung alle Gesellschafter zur gemeinsamen Geschäftsführung und Vertretung berechtigt und verpflichtet. Statutarisch kann die

Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft einem oder mehreren Gesellschaftern oder einem Dritten übertragen werden, wodurch von der Selbstorganschaft abgewichen und die Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden (Lukas Handschin, Die neue GmbH, 2., vollständig neu bearbeitete Auflage, Zürich 2006, Â§ 14 N 19 S. 152 f.). Blosser Gesellschafter geniesst zwar das volle Akteneinsichtsrecht, haben indessen nicht die Pflicht, dieses Recht auszuüben, und können demzufolge beim Nichtausüben des Einsichtsrechts nicht zur Verantwortung gezogen werden (Handschin, a.a.O., Â§ 25 N 24 S. 270 mit Hinweis).

6.2.1 Der Beschwerdeführer 1 ist seit der Eintragung der Z. ___ ins Handelsregister am 30. Juni 2006 (Tagebucheintrag) Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung (vgl. Urk. 8). Damit war er in der fraglichen Zeit, in welcher die Sozialversicherungsbeiträge abzuliefern gewesen wären, Gesellschafter und Geschäftsführer der Konkursitin. Neben ihm amtierte der Beschwerdeführer 2 als Geschäftsführer, und die Gesellschaft beschäftigte nebst den beiden Geschäftsführern zwischen fünf und maximal sechzehn Mitarbeiter (vgl. Urk. 17/11 und Urk. 17/33). Zwar ist es auch bei einer GmbH grundsätzlich möglich, gewisse Aufgaben zu delegieren. Doch sind bei derart einfachen und überschaubaren Verhältnissen praxisgemäss erhöhte Anforderungen an die Überwachung durch die Organe zu stellen. 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). In der Eigenschaft als Gesellschafter und Geschäftsführer war der Beschwerdeführer 1 für einen korrekten Abrechnungs- und Zahlungsverkehr mit der Beschwerdegegnerin verantwortlich, auch wenn er mit der Buchhaltung nichts zu tun gehabt haben soll. Lediglich in die Buchhaltung Einsicht nehmen zu wollen genügt den Anforderungen an die Überwachung des anderen Geschäftsführers nicht, zumal der Beschwerdeführer 1 weder belegt noch erläutert, welcher Art seine Kontrollversuche waren. Er vermag sich daher nicht von dem ihm zu machenden Vorwurf, seine Obliegenheiten im Zusammenhang mit dem Beitragswesen grobfahrlässig missachtet zu haben, zu entlasten.

E. 6.3

6.3.1.1 Der Beschwerdeführer 2 war seit der Gründung der Gesellschaft deren Geschäftsführer mit Einzelzeichnungsberechtigung und ab 13. Februar 2008 (Tagebucheintrag) deren Gesellschafter und Geschäftsführer. Am 8. Juni 2009 (Tagebucheintrag) wurde er als Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister gelöscht (vgl. Urk. 8).

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. 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. Dies ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat bzw. bis zum faktischen Rücktritt als Geschäftsführer der Fall (BGE 109 V 94; vgl. auch BGE 112 V 4 Erw. 3b und c).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Nachdem der Beschwerdeführer ab 8. Juni 2009 nicht mehr formelles Organ der Gesellschaft war, entfällt grundsätzlich eine Schadenersatzpflicht für die am 8. Juni 2009 in Rechnung gestellten Pauschalbeiträge für das 2. Quartal 2009 (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2009 0003). Allerdings wurden der Gesellschaft im Jahr 2009 zu hohe Akontobeiträge im Umfang von Fr. 8'882.25 in Rechnung gestellt, weshalb die Beschwerdegegnerin am 15. Januar 2010 eine elektronische Gutschrift erstellte (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2010 0001), die sie allerdings nicht den unbezahlten Pauschalbeiträgen des Jahres 2009 sondern den ältesten unbezahlten Beitragsforderungen anrechnete (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2008 0002 und Pos. 2008 0006). Diese Gutschrift ist, da sie auf einer nicht bezahlten zu hohen Rechnung für die Pauschalbeiträge 2009 gründet, nicht der ältesten Forderung, sondern anteilsmässig diesen zu viel in Rechnung gestellten Pauschalbeiträgen für das erste und zweite Quartal 2009 (nach Verrechnung mit Kinderzulagen) anzurechnen, womit die Pauschalbeiträge des ersten Quartals 2009 im Betrag von Fr. 1'569.05 (Fr. 6'010.20 - Fr. 4'441.15) und diejenigen des zweiten Quartals, für welche der Beschwerdeführer nicht mehr haftet, im Betrag von Fr. 1'569.10 (Fr. 6'010.20 - Fr. 4'441.10) unbezahlt geblieben sind. Dafür sind die Anrechnungen der Gutschrift von Fr. 6'170.50 an die Schlussrechnung 2007 (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2008 0002) und derjenigen von Fr. 2'711.75 an die Pauschalbeiträge des vierten Quartals 2008 (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2008 0006) rückgängig zu machen. Von vornherein keine Haftung besteht für die nach dem Austritt in Rechnung gestellten Mahn- und Betreibungskosten und Verzugszinsen von Fr. 290.70 (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2008 0006), von Fr. 90.-- (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2009 0001), von Fr. 120.-- (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2009 0002), von Fr. 90.-- (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2009 0003) sowie Fr. 729.75 (vgl. Urk. 17/145 Pos. 2009 0005).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zusammenfassend sind somit Fr. 28'681.50 während der Organschaft des Beschwerdeführers 2 zur Zahlung fällig geworden.

6.3.2 Ä Insoweit der Beschwerdeführer 2 indessen einwendet, er habe am 10. Oktober 2008 einen schweren Unfall erlitten und sei in der Folge während mehreren Monaten zu 100 % arbeitsunfähig gewesen, entlastet ihn dies nicht von der Verpflichtung, für ein ordnungsgemässes Beitragswesen zu sorgen. Dass die Stellvertretung durch den anderen Geschäftsführer nach Meinung des Beschwerdeführers 2 nicht funktioniert hat, kann nicht der Beschwerdegegnerin zum Nachteil gereichen. Abgesehen davon trat der Beschwerdeführer 2 gegenüber der Beschwerdegegnerin noch am 22. Januar 2009 und am 9. Februar 2009 als Verantwortlicher für das Beitragswesen auf (vgl. Urk. 17/59-60) und nahm am 15. Mai 2009 einen Zahlungsbefehl entgegen (vgl. Urk. 17/70). Angesichts dieser Tatsachen kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Beschwerdeführer bereits im Oktober 2008 faktisch als Geschäftsführer zurückgetreten ist. Dem Beschwerdeführer ist entgegenzuhalten, dass sich die Gesellschaft von Anfang an in einer prekären Liquiditätssituation befunden und die Sozialversicherungsbeiträge seit ihres Bestehens nie fristgerecht bezahlt hat. Trotz dieser finanziellen Schwierigkeiten hat sie im Jahr 2007 ihren Arbeitnehmerbestand und damit die Lohnsumme erheblich erhöht, ohne dass liquide Mittel für die entsprechenden, ex lege entstehenden Beitragsforderungen vorhanden gewesen wären. Rechtsprechungsgemäss kommt bei finanziellen Schwierigkeiten der Grundsatz zum Tragen, dass nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf entstandenen Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5), welchen die Organe der Konkursitin unbeachtet liessen. Es ist denn auch nicht

zu den bei Konkursöffnung unbezahlt gebliebenen Beiträgen gekommen, weil die Gesellschaft seit dem Unfall des Beschwerdeführers 2 keine Beiträge mehr bezahlt haben soll, sondern weil die Gesellschaft gemessen an den ausbezahlten Löhnen in den Jahren 2007 und 2008 - wenn überhaupt - zu geringe Akontozahlungen geleistet und die Sozialversicherungsbeiträge nicht abgeführt oder sichergestellt hat.

Auch der Beschwerdeführer 2 vermag sich nicht von dem ihm zu machenden Vorwurf, seine Obliegenheiten im Zusammenhang mit dem Beitragswesen verletzt zu haben, zu exkulpieren.

E. 7

7.1 Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 Abs. 1 AHVG voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist (BGE 119 V 401 E. 4a mit Hinweisen auf die Lehre, 103 V 120 E. 4). Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 119 V 401 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 334 E. 3c).

7.2 Das vorwerfbare Verhalten führte zum Schaden der Beschwerdegegnerin. Wären nur soweit Löhne ausbezahlt worden, als die darauf geschuldeten Abgaben bei Fälligkeit hätten beglichen werden können, wäre der Schaden nicht eingetreten.

8. Zusammenfassend ist die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 abzuweisen. Die Schadenersatzforderung gegenüber dem Beschwerdeführer 2 ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde auf Fr. 28'681.50 zu reduzieren.

9. Bei dem nur geringen Obsiegen des Beschwerdeführers 2, zu dem seine Vorbringen ausserdem nichts beitragen, rechtfertigt sich die Zusprechung einer Parteientschädigung nicht.

Das Gericht erkennt:

1. a) Die Beschwerde des Beschwerdeführers 1 wird abgewiesen.

b) In teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Beschwerdeführers 2 wird der Einspracheentscheid vom 15. Oktober 2010 (Urk. 10/2) dahingehend abgeändert, als der Beschwerdeführer 2 verpflichtet wird, Schadenersatz in Höhe von Fr. 28'681.50 zu bezahlen. In diesem Betrag haften die Beschwerdeführer 1 und 2 solidarisch.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. ___ unter Beilage einer Kopie von Urk. 20 und Urk. 21

- Rechtsanwalt Jörg Gasche Bäcker unter Beilage einer Kopie von Urk. 12/3

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, unter Beilage der Doppel von Urk. 20 und Urk. 21

- Bundesamt für Sozialversicherungen

5. 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.