

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00038

vom 23. August 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-08-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2011.00038

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00038 du 23 août 2013

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2011.00038 del 23 agosto 2013

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Z.____ GmbH mit Sitz in A.____ war der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (nachfolgend: Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Am 28. Januar 2010 stellte das Betreibungsamt Zürich 7 der Ausgleichskasse, welche die Z.____ GmbH wegen ausstehender Beiträge betrieben hatte, fünf Verlustscheine aus (Urk. 4/85-89). Am 1. Februar 2010 wurde über die Z.____ GmbH der Konkurs eröffnet (vgl. Urk. 4/98/1, Urk. 4/147 S. 1 unten).

Mit Verfügungen vom 29. Oktober 2010 verpflichtete die Ausgleichskasse den ehemaligen Geschäftsführer der Z.____ GmbH, Y.____, sowie den ehemaligen Vizedirektor der Gesellschaft, X.____, in solidarischer Haftung zur Bezahlung von Schadenersatz, wobei von Y.____ eine Zahlung in der Höhe von Fr. 42'621.15 (Urk. 4/117) und von X.____ eine Zahlung in der Höhe von Fr. 23'884.90 (Urk. 4/118) verlangt wurde.

Am 18. November 2010 erhob X.____ Einsprache (Urk. 4/121) gegen die ihn betreffende Schadenersatzverfügung, welche die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 22. August 2011 (Urk. 4/132 = Urk. 2) abwies. Die von Y.____ am 29. November 2010 gegen die ihn betreffende Schadenersatzverfügung erhobene Einsprache (Urk. 4/127) wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 22. August 2011 (Urk. 4/133) ab.

Mit zwei weiteren Verfügungen vom 25. August 2011 verpflichtete die Ausgleichskasse X.____ und Y.____ als Solidarhafter zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 26'251.10 (Urk. 4/136) beziehungsweise Fr. 7'754.85 (Urk. 4/138). Diese Verfügungen erwachsen - soweit ersichtlich - unangefochten in Rechtskraft.

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 schuldhaftes oder grobfahrlässiges Verhalten der belangten Person sowie einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen ihrem Verhalten und dem eingetretenen Schaden voraus.

Vorab zu prüfen ist, ob die Schadenersatzverfügung vom 29. Oktober 2010 (Urk. 4/118) rechtzeitig erlassen wurde.

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 4 oben).

2.3.3 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 443 E. 3a mit Hinweisen). Dies trifft im zweiten Fall dann zu, wenn die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können (BGE 123 V 12 E. 5b, 112 V 156 E. 2; ZAK 1990 S. 287 E. 3b/aa). Eine solche tatsächliche Uneinbringlichkeit und damit ein Schaden liegt vor, wenn die Ausgleichskasse in der gegen den Arbeitgeber eingeleiteten Betreuung auf Pfändung vollständig zu Verlust gekommen ist. Der Pfändungsverlustschein gemäss Art. 115 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 149 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), welcher den Schaden grundsätzlich und in masslicher Hinsicht fest umschreibt, manifestiert, dass der Arbeitgeber seine Beitragspflicht nicht erfüllt hat und damit realistisch auch der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 Abs. 1 AHVG nicht nachkommen kann. Deshalb steht vom Zeitpunkt der Ausstellung des Pfändungsverlustscheines an einer Belangung der subsidiär haftbaren Organe nichts im Wege. In diesem Moment hat die Ausgleichskasse auch Kenntnis des Schadens, was die zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 52 Abs. 3 AHVG in Gang setzt (BGE 113 V 256; SVR 2000 AHV Nr. 8; ZAK 1991 S. 125, 1988 S. 300).

2.4 Im vorliegenden Fall wurden der Beschwerdegegnerin am 28. Januar 2010 fünf Verlustscheine im Sinne von Art. 115 Abs. 1 und Art. 149 SchKG ausgestellt (Urk. 4/85-89). Damit gilt einerseits der Schaden als eingetreten, so dass nun mehr subsidiär das Gesellschaftsorgan belangt werden kann. Andererseits wurde im Zeitpunkt, als die Beschwerdegegnerin Kenntnis von den Pfändungsverlustscheinen erhielt, die zweijährige Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 AHVG ausgelöst. Mit Erlass der Schadenersatzverfägung vom 29. Oktober 2010 wurde die Frist zur Geltendmachung der Schadenersatzforderung offensichtlich und unstreitig gewahrt.

E. 3

3.1.1 Des Weiteren zu prüfen ist die Haftungsvoraussetzung des 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 machte einen Schaden in der Höhe von insgesamt Fr. 55'148.05 geltend (Urk. 4/118 Ziff. 1), wobei sie vom Beschwerdeführer im angefochtenen Entscheid Fr. 23'884.90 (Urk. 4/118 Ziff. 1, Urk. 2 Ziff. 2) beziehungsweise nunmehr Fr. 23'330.90 (Urk. 3 S. 2) fordert. Dem Schaden liegen ausstehende Beiträge für die Zeit von Juni bis Dezember 2008 und Januar bis Februar 2009 zugrunde (vgl. Urk. 4/148 S. 1 Mitte und Urk. 4/149 S. 6 unten). Bei den Akten liegen

die Jahresabrechnungen für die Jahre 2008 und 2009 (Urk. 4/101-102), welche anlässlich der am 9. Juli 2010 bei der Z.____ GmbH in Liquidation durchgeführten Arbeitgeberkontrolle durch den Revisor erstellt worden waren (vgl. Urk. 4/105/1 unten), zahlreiche Mahnungen (vgl. etwa Urk. 4/19-20, 4/22, 4/25, 4/29-30, 4/35, 4/48, 4/51, 4/55-58, 4/81), Betreibungsbegehren (Urk. 4/23, 4/26, 4/31, 4/37, 4/47, 4/53, 4/83), Zahlungsbefehle (Urk. 4/27-28, 4/32-33, 4/43, 4/49, 4/92-96), Pfändungsverlustscheine (Urk. 4/85-89) sowie eine Verzugszinsabrechnung (Urk. 4/106). Im Weiteren ist die Beitragsübersicht vom 6. Oktober 2011 (Urk. 4/148) und der Kontoauszug desselben Datums (Urk. 4/149) aktenkundig. Aus diesen Unterlagen ist ersichtlich, dass sich der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Schaden aus der Gegenüberstellung der gemäss Beitragsübersicht und Kontoauszug geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zuzüglich Verzugszinsen, Mahngebühren, Erhebungsgebühren und Kosten sowie Betreibungskosten und der von der Z.____ GmbH geleisteten Zahlungen ergibt. Diese Gegenüberstellung ist im Kontoauszug vom 6. Oktober 2011 (Urk. 4/149) nachvollziehbar dargestellt.

Der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Schaden ist somit aufgrund der Akten ausgewiesen (zur Höhe der gegenüber dem Beschwerdeführer geltend gemachten Forderung vgl. nachstehend E. 6.9) und wurde vom Beschwerdeführer in masslicher Hinsicht auch nicht in Zweifel gezogen.

E. 4

4.1 Zu prägen ist die weitere Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit.

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 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).

Nach Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV haben die Arbeitgeber der Ausgleichskasse die Beiträge monatlich oder, bei jährlichen Lohnsummen unter 200'000 Franken, vierteljährlich zu bezahlen. Gemäss Art. 35 Abs. 1 AHVV haben die Arbeitgeber im laufenden Jahr periodisch Akontobeiträge zu entrichten. Diese werden von der Ausgleichskasse auf Grund der voraussichtlichen Lohnsumme des Beitragsjahres festgesetzt.

4.2 Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Z.____ GmbH den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen in den Jahren 2008 und 2009 nur unvollständig nachkam und Löhne nicht deklarierte. Die Beschwerdegegnerin musste die Gesellschaft wiederholt mahnen und zahlreiche Schuldbetreibungsverfahren einleiten (vgl. dazu vorstehend E. 3.2). Schliesslich wurden der Beschwerdegegnerin Pfändungsverlustscheine über einen Betrag von insgesamt Fr. 26'130.30 ausgestellt (Urk. 4/85-89). Die geschuldeten Beiträge blieben zu einem erheblichen Teil unbezahlt, was zum Schaden der Beschwerdegegnerin führte. Die Gesellschaft hat damit die

gesetzlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten von Art. 14 AHVG und Art. 34 ff. AHVV und somit Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG verletzt, weshalb die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit rechtsprechungsgemäss zu bejahen ist.

E. 5

5.1 **Ä Ä Ä Ä** Nebst dem Erfordernis des widerrechtlichen Vorgehens muss der Schaden der Beschwerdegegnerin in qualifiziert schuldhafter Weise durch die Arbeitgeberin verursacht worden sein.

5.2 **Ä Ä Ä Ä** 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 S. 186). Absicht bzw. 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 S. 186; ZAK 1985 S. 576 E. 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 183 S. 188; ZAK 1992 S. 248 E. 4b; vgl. BGE 132 III 523 S. 530).

5.3 **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 (BGE 112 V 156 E. 4 mit Hinweisen; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6).

5.4 **Ä Ä Ä Ä** Eine Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge genügt noch nicht, um ein qualifiziertes Verschulden anzunehmen. Vielmehr sind die gesamten Umstände zu würdigen. 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 E. 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

WÃ¼rdigung sÃ¤mtlicher konkreter UmstÃ¤nde des Einzelfalles Platz zu greifen hat (BGE 124 V 253).

5.5. Vorliegend steht die verhÃ¶ltnismÃ¤ssig lange Dauer des Normverstosses der Annahme entlastender Momente entgegen. Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Z.____ GmbH am 23. Februar 2009 erstmals gemahnt wurde (Urk. 4/19-20) und seither mit der Begleichung der geschuldeten BeitrÃ¤ge wiederholt in Verzug geriet, sodass sie mehrfach und mit einer gewissen RegelmÃ¤ssigkeit gemahnt und betrieben werden musste (vgl. vorstehend E. 3.2, Urk. 4/149 S. 2 ff.). Von einem kurzfristigen Verstoss gegen die Beitragsvorschriften kann deshalb nicht gesprochen werden. Der Exkulpationsgrund der kurzen Dauer des Beitragsausstandes ist denn auch nur auf FÃ¤lle anzuwenden, in denen die Zahlungsmoral der Gesellschaft mit Ausnahme der letzten zwei bis drei Monate vor dem Konkurs immer klaglos war (Urteil des Bundesgerichts H 438/00 vom 13. Februar 2002, E. 4b/bb), was vorliegend nicht der Fall ist.

5.6. Nach der Rechtsprechung lÃ¤sst sich die bewusste Nichtbezahlung von BeitrÃ¤gen ausnahmsweise rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf eine nicht von vornherein aussichtslose Rettung des Betriebes durch Befriedigung lebenswichtiger Forderungen in der begrÃ¼ndeten Meinung erfolgt, die geschuldeten BeitrÃ¤ge spÃ¤ter ebenfalls bezahlen zu kÃ¶nnen. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt, in welchem die Zahlungen erfolgen sollten, nach den UmstÃ¤nden damit rechnen durfte, dass er die Beitragsschuld innert nÃ¤tzlicher Frist werde tilgen kÃ¶nnen (BGE 121 V 243).

5.7. Es ist nach Lage der Akten davon auszugehen, dass die Z.____ GmbH bereits kurze Zeit nach ihrer GrÃ¼ndung im Jahr 2007 (vgl. Urk. 4/149) unter finanziellen Schwierigkeiten litt. Ab November 2008 kam sie ihren Zahlungsverpflichtungen gegenÃ¼ber der Beschwerdegegnerin nicht mehr nach (vgl. Urk. 4/149 S. 2 ff.). Die Ursachen fÃ¼r die finanziellen Schwierigkeiten der Z.____ GmbH sind letztlich fÃ¼r die hier zu beurteilende Streitfrage von ungeordneter Bedeutung: RechtsprechungsgemÃ¤ss kommt bei finanziellen Schwierigkeiten 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). FÃ¼r den Zeitraum von Juni 2008 bis Februar 2009 blieb die Z.____ GmbH der Beschwerdegegnerin SozialversicherungsbeitrÃ¤ge (inklusive Nebenkosten) in der HÃ¶he von Fr. 55'148.05 schuldig (vgl. vorstehend E. 3.2), richtete im selben Zeitraum aber Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 481'793.-- aus (vgl. Urk. 4/101-102). Mit anderen Worten wurde den Lohnzahlungen PrioritÃ¤t vor der Beitragsentrichtung eingerÃ¤umt, wodurch die Beschwerdegegnerin zu Schaden kam.

5.8. Vorliegend hing der Fortbestand des Unternehmens nicht von einem vorÃ¼bergehenden Nichtbezahlen der SozialversicherungsbeitrÃ¤ge ab. Vielmehr ist davon auszugehen, dass angesichts der LiquiditÃ¤tsprobleme der Gesellschaft und der UnfÃ¤higkeit, selbst verhÃ¶ltnismÃ¤ssig geringe monatlich RatenbeitrÃ¤ge zu leisten (vgl. Urk. 4/40/2 und Urk. 4/148 S. 2 unten), diese nicht davon ausgehen durfte, dass es sich um bloss vorÃ¼bergehende Zahlungsschwierigkeiten handelte, welche durch das Nichtbezahlen der SozialversicherungsbeitrÃ¤ge Ã¼berbrÃ¼ckt werden kÃ¶nnen. Das Verhalten der Z.____ GmbH ist deshalb als mindestens grobfÃ¤hrlÃ¤ssig zu beurteilen. Die Gesellschaft hat somit den der Beschwerdegegnerin entstandenen Schaden fÃ¼r die ausgefallenen paritÃ¤rischen SozialversicherungsbeitrÃ¤ge (nebst Akzessorien) durch die ihr anzulastenden NormverstÃ¤sse qualifiziert schuldhaft verursacht.

E. 6

6.1. Zu prüfen bleibt, ob auch dem belangten Organ widerrechtliche Handlungen und ein Verschulden vorgeworfen werden können.

6.2. Nicht jedes einem Unternehmen als solchem anzulastende Verschulden muss auch ein solches seiner 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 des Unternehmens 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 S. 202; ZAK 1985 S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528).

6.3. Die subsidiäre Haftung natürlicher Personen nach Art. 52 Abs. 1 AHVG setzt formelle oder faktische (materielle) Organstellung beim beitragspflichtigen Arbeitgeber voraus. Bei einer Aktiengesellschaft sind alle Mitglieder des Verwaltungsrates unabhängig davon, welche Aufgaben sie tatsächlich erfüllen, Organ im formellen Sinn. Anderen Personen kommt faktisch Organstellung zu, wenn sie tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie diesen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen (BGE 132 III 523 E. 4.5; 114 V 213; vgl. auch BGE 129 V 11). Die Organstellung endet mit der tatsächlichen Beendigung des Mandates oder dem Ausscheiden aus der Firma und nicht etwa erst mit der Löschung einer bestimmten Eintragung im Handelsregister (BGE 126 V 61). Die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 Abs. 1 AHVG reicht grundsätzlich nur soweit, als die betreffende Person in Bezug auf die nicht bezahlten Beiträge disponieren und Zahlungen an die Ausgleichskasse veranlassen konnte (vgl. BGE 103 V 123 E. 5; BGE 134 V 401 E. 5.1).

6.4. 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.)

6.5. Der Beschwerdeführer brachte zu seiner Entlastung im Wesentlichen vor (Urk. 1), Ende März (wohl 2009) von den Ausstündern der Z. ___ GmbH Kenntnis erlangt, daraufhin sofort seine Position als Geschäftsführer zur Verfügung gestellt und veranlasst zu haben, dass der Beigeladene mit der Beschwerdegegnerin eine Zahlungsvereinbarung getroffen und vor Ort unterzeichnet habe. Ihm selbst sei Döcharge erteilt worden, da die Ausstünder nicht sein Fehler gewesen seien. Er habe keine Finanzbefugnisse und insbesondere keine Verfügungsbefugnis über die Konti der Gesellschaft gehabt. Ihm seien weder Rechnungen noch Betreuungsurkunden vorgelegt worden. Die Post sei nicht verteilt worden, bevor der Beigeladene sie nicht aussortiert habe. Im Vorfeld sei ihm immer wieder versichert worden, dass die AHV-Beiträge ordnungsgemäss einbezahlt würden. Er habe alles in seiner Macht stehende unternommen, um bei der Beschwerdegegnerin keine Ausstünder zu haben. Der Beigeladene habe verbrecherisch gehandelt und seine Angestellten nur für seine

BetrÄ½gereien missbraucht. Dass sich der Beigeladene schliesslich nicht an die unterzeichnete Zahlungsvereinbarung gehalten habe, kÄ½nnen ihm nicht zur Last gelegt werden.

6.6Ä½Ä½Ä½ Der BeschwerdefÄ½hrer war vom 9. September bis 14. Oktober 2008 als GeschÄ½ftsfÄ½hrer mit Kollektivunterschrift zu zweien und hernach bis am 29. Mai 2009 als einzelzeichnungsberechtigter GeschÄ½ftsfÄ½hrer der Z.____ GmbH im Handelsregister des Kantons ZÄ½rich eingetragen. Vom 29. Mai bis 5. Oktober 2009 war er sodann als Vizedirektor mit Einzelunterschrift eingetragen (Urk. 4/147). Die Abberufung des BeschwerdefÄ½hrers als GeschÄ½ftsfÄ½hrer und seine Wahl zum Vizedirektor erfolgten anÄ½sslich der ausserordentlichen Gesellschafterversammlung vom 6. April 2009 (vgl. Urk. 4/123/2-3).

Ä½Ä½Ä½Ä½Ä½ In ihrer Beschwerdeantwort (Urk. 3) stellte sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, dass der BeschwerdefÄ½hrer bis am 6. April 2009 formelles Organ gewesen sei. FÄ½r die Zeit danach seien ihm keine Aufgaben beziehungsweise Befugnisse im Zusammenhang mit dem Beitragswesen Ä½bertragen worden. Er habe nicht mehr Ä½ber allenfalls vorhandenes VermÄ½gen verfÄ½gen und auch keine Zahlungen an sie mehr veranlassen kÄ½nnen, weshalb eine (faktische) Organfunktion und damit eine Haftung fÄ½r die Zeit nach dem 6. April 2009 zu verneinen sei. Darauf ist fÄ½r die Beurteilung der Haftung des BeschwerdefÄ½hrers in zeitlicher Hinsicht abzustellen (vgl. auch vorstehend E. 6.3).

6.7Ä½Ä½Ä½ Als GeschÄ½ftsfÄ½hrer einer GmbH oblagen den BeschwerdefÄ½hrern gemÄ½ss Art. 810 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) unter anderem folgende unÄ½bertragbare und unentziehbare Aufgaben:

- 1.Ä½Ä½Ä½ die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nÄ½tigen Weisungen;
- 2.Ä½Ä½Ä½ die Festlegung der Organisation im Rahmen von Gesetz und Statuten;
- 3.Ä½Ä½Ä½ die Ausgestaltung des Rechnungswesens und der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung, sofern diese fÄ½r die FÄ½hrung der Gesellschaft notwendig ist;
- 4.Ä½Ä½Ä½ die Aufsicht Ä½ber die Personen, denen Teile der GeschÄ½ftsfÄ½hrung Ä½bertragen sind, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen.

Insbesondere war der BeschwerdefÄ½hrer als GeschÄ½ftsfÄ½hrer der Z.____ GmbH verpflichtet, fÄ½r die ErfÄ½llung der Beitragspflicht gegenÄ½ber der Ausgleichskasse besorgt zu sein. An die ihm als GeschÄ½ftsfÄ½hrer obliegenden Sorgfaltspflichten sind angesichts der einfachen Organisationsstruktur der Gesellschaft praxisgemÄ½ss hohe Anforderungen zu stellen (BGE 108 V 203 E. 3b). Eine Verletzung dieser Pflichten ist als grobfahrlÄ½ssig zu werten, sodass der BeschwerdefÄ½hrer fÄ½r den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden einzustehen hat, sofern keine Rechtfertigungs- oder ExkulpationsgrÄ½nde vorliegen (vgl. die im Urteil des Bundesgerichts H 63/05 vom 25. Mai 2007 in E. 6.4 genannten Beispiele).

6.8Ä½Ä½Ä½ Aktenkundig ist, dass ab November 2008 Rechnungen der Beschwerdegegnerin unbezahlt geblieben sind (vgl. Urk. 4/149 S. 2 ff.). Als GeschÄ½ftsfÄ½hrer der Z.____ GmbH hÄ½tte der BeschwerdefÄ½hrer aufgrund der ihm als formelles Organ von Gesetzes wegen obliegenden Pflicht dafÄ½r besorgt sein mÄ½ssen, dass die SozialversicherungsbeitrÄ½ge ordnungsgemÄ½ss bezahlt werden, was er jedoch

nicht getan hat. Soweit er geltend machte, keine Einsicht in die Post und keine Finanzbefugnisse gehabt zu haben, ist darin kein Exkulpationsgrund zu sehen, zumal er diesfalls sein Amt als Geschäftsführer umgehend hätte niederlegen können. Unerheblich ist sodann, dass ihm anlässlich der Generalversammlung vom 6. April 2009 Döcharge erteilt worden ist, da seine Haftung aufgrund seiner Eigenschaft als formelles Organ ohne weiteres zu bejahen ist.

6.9. Aus dem Kontoauszug vom 6. Oktober 2011 ergibt sich, dass die Beschwerdegegnerin bis zur Abberufung des Beschwerdeführers als Geschäftsführer am 6. April 2009 mehrfach Beiträge in Rechnung gestellt hat, welche unbezahlt geblieben sind und in Betreibung gesetzt werden mussten. Da der Beschwerdeführer nur für den Zeitraum, in dem er formelles Organ war, das heisst bis am 6. April 2009 haftet (vgl. vorn E. 6.6), sind mit der Beschwerdegegnerin die nach dem 6. April 2009 bis 5. Oktober 2009 (zeitliche Grundlage des am 29. Oktober 2010 verfallenen Betrages, vgl. Urk. 4/122) angefallenen Mahnkosten vom 20. April 2009, 15. Mai 2009, 18. Mai 2009, 22. Juni 2009 und 21. September 2009 sowie die Erhebungsgebühren/Kosten vom 26. Juni 2009 und die Betreuungskosten vom 17. April 2009, 15. Mai 2009, 19. Juni 2009, 3. Juli 2009 und 14. August 2009 von insgesamt Fr. 554.-- (vgl. Urk. 3, S. 2, Urk. 4/148) bei der Schadensbemessung ausser Acht zu lassen. Der Schaden, für welchen der Beschwerdeführer einzustehen hat, da er diesen in grobfahrlässiger und auch adäquat kausaler Weise (BGE 119 V 406 E. 4a) verursacht hat, reduziert sich daher auf Fr. 23'330.90.

6.10. Nach dem Gesagten ist der angefochtene Entscheid vom 22. August 2011 in teilweiser Gutheissung der Beschwerde dahingehend abzuändern, als der Beschwerdeführer verpflichtet wird, Schadenersatz in Höhe von Fr. 23'330.90 - in diesem Umfang in solidarischer Haftung mit dem Beigeladenen - zu leisten.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, vom 22. August 2011 dahingehend abgeändert, als der Beschwerdeführer verpflichtet wird, Schadenersatz in der Höhe von Fr. 23'330.90 zu bezahlen. In diesem Umfang haftet er solidarisch mit dem Beigeladenen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X. _____

- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse

- Bundesamt für Sozialversicherungen

4. Da der Streitwert unter Fr. 30'000.-- liegt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde nach Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 85 Abs. 2 BGG), wobei in der Beschwerde auszuführen ist, warum diese Voraussetzung erfüllt ist (Art. 42 Abs. 2 Satz 2 BGG).

