

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2015.00048

vom 23. Mai 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2015.00048

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2015.00048 du 23 mai 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2015.00048 del 23 maggio 2017

Erwägungen

E. 1

Die Y.____ GmbH war der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, als beitragspflichtige Arbeit geberin angeschlossen und rechnete mit ihr die paritätischen und FAK-Beiträge ab (vgl. 9/156-157). Mit Urteil vom 11. Oktober 2013 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Z.____ den Konkurs über die Gesellschaft. Das Konkursverfahren wurde am 12. November 2013 mangels Aktiven eingestellt (Urk. 11).

Mit Verfügung vom 23. September 2015 forderte die Ausgleichskasse von X.____, der ab 25. Februar 2009 (Tagebucheintrag im Handelsregister des Kantons Zürich, Urk. 11) einziger Gesellschafter und alleiniger (formeller) Geschäftsführer der Y.____ GmbH gewesen war, Schadenersatz für entgangene bundes- und kantonale Sozialversicherungsbeiträge der Y.____ GmbH in der Höhe von Fr. 83'743.60 (Urk. 9/136). Die dagegen erhobene Einsprache (Urk. 9/145) hiess die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 23. September 2015 teilweise gut und reduzierte die geforderte Schadenersatzsumme auf Fr. 75'364.90 (Urk. 2).

E. 1.1

Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grob fahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zufügt, diesen zu ersetzen. Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisches (Art. 52 Abs. 2 AHVG).

E. 1.2

Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die da zu entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatz- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art.

E. 1.2.1

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).

Bei Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven gilt der Schaden als mit dem entsprechenden Beschluss eingetreten, der den Konkurs amtlich für fruchtlos erklärt, woraus der Verlust der Beitragsforderung der Ausgleichskasse resultiert. Die Frist von zwei Jahren für die Geltendmachung der Schadenersatzforderung seit Kenntnis des Schadens beginnt demnach vom Zeitpunkt der Fruchtloserklärung beziehungsweise von deren Veröffentlichung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) an zu laufen (BGE 129 V 193 E. 2.3, 128 V 10 E. 5a, 126 V 443 E. 3c).

E. 1.2.2

Das Konkursverfahren über die Y.____ GmbH

wurde - wie er wähnt - am 12. November 2013 mangels Aktiven eingestellt (Urk. 11). Damit wurde die zweijährige Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 AHVG ausgelöst. Mit dem Erlass der Schadenersatzverfügung vom 23. September 2014 (Urk. 9/136) wahrte die Beschwerdeführerin diese Frist.

Die streitgegenständliche Forderung ist somit nicht verjährt. 2.

E. 2

Mit Eingabe vom 26. Oktober 2015 liess X.____ gegen den Einspracheentscheid vom 23. September 2015 Beschwerde erheben und beantragen, der angefochtene Entscheid sei ersatzlos aufzuheben, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen (Urk. 1 S. 2). Die Ausgleichskasse schloss in der Beschwerdeantwort vom 3. Dezember 2015 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 8), was dem Beschwerdeführer zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 10). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

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 Betriebskosten, 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).

E. 2.2

Die Schadenersatzforderung setzt sich gemäss dem Kontoauszug vom 2. Dezember 2015 und der Beitragsübersicht gleichen Datums (Urk. 9/156-157) aus unbezahlt gebliebenen Beiträgen für die Jahre 2008, 2011 und 2012 sowie Mahn- und Betriebsgebühren und Verwaltungskosten zusammen. Bei den Akten liegen entsprechende Rechnungen (Urk. 9/39, 9/47, 9/50, 9/57, 9/62, 9/64, 9/66, 9/74, 9/106, 9/117), Mahnungen (Urk. 9/55, 9/59, 9/67, 9/70, 9/71, 9/81, 9/83, 9/86), Betriebsgebühren (Urk. 9/72, 9/87, 9/88, 9/113) und Zahlungsbefehle (Urk. 9/75, 9/89, 9/96, 9/126), gegen welche die Firma keinen Rechtsvorschlag erhoben hatte. Die (fehlenden) Beiträge für das Jahr 2008 wurden erst am 25. Oktober 2013 in Rechnung gestellt, nachdem die Arbeitgeberkontrolle vom 2. Oktober

2013 ergeben hatte, dass entsprechende Löhne nicht deklariert worden waren (Urk. 9/107, 9/108, 9/117). Aus diesen Unterlagen und der Beitragsübersicht ergibt sich ein Schadensbetrag von Fr. 77'204.20 (Urk. 9/156-157). Dieser Betrag ist soweit unbestritten.

E. 2.3

Mit Verfügung vom 23. September 2014 hatte die Beschwerdegegnerin eine Schadenersatzforderung von Fr. 83'743.60 geltend gemacht (Urk. 9/136). Am 5. November 2014 ging bei ihr eine (Teil-)Zahlung von Fr. 6'499.40 ein. Zudem stornierte sie Mahngebühren von Fr. 40.-- (Urk. 9/156 S. 6). Daraus resultierte die obgenannte Schadenersatzforderung von Fr. 77'204.20. Im angefochtenen Einspracheentscheid berücksichtigte sie, dass am 11. Oktober 2013 der Konkurs über die Y.____ GmbH eröffnet worden war. Sie führte dazu aus, ab diesem Zeitpunkt habe der Beschwerdeführer keine Zahlungen der Y.____ GmbH mehr veranlassen können. Die effektiven Beiträge für das Jahr 2012 in der Höhe von Fr. 38'103.80 seien zwar erst am 7. Oktober 2013 in Rechnung gestellt worden. Da die Akontobeiträge jedoch viel zu gering gewesen seien, hafte er dennoch für diesen Ausstand. Indessen bestehe keine Haftung für die danach angefallenen Verzugszinsforderungen und Betriebskosten von Fr. 750.20. Gleich verhalte es sich grundsätzlich für die am 25. Oktober 2013 in Rechnung gestellten Lohnbeiträge für die Jahre 2008 und 2012 in der Höhe von insgesamt Fr. 7'585.50. Jedoch sei dieser Position die Zahlung vom 5. November 2014 in der Höhe von Fr. 6'499.40 anzurechnen, da diese nicht an eine bestimmte Rechnung gekoppelt gewesen sei. Demnach sei die Haftung weiter um Fr. 1'089.10 (richtig wohl: Fr. 1'086.10 [Fr. 7'585.50 ./ Fr. 6'499.40]) zu reduzieren. Damit verbleibe eine Schadenersatzforderung von Fr. 75'364.90 (Urk. 2).

E. 2.4

Mit der Konkurseröffnung entfiel die Befugnis des Beschwerdeführers als Organ der Y.____ GmbH zur Vermögensdisposition (vgl. BGE 103 V 123 E. 5). Danach entstandene Forderungen können ihm deshalb nicht angelastet werden. Indes bilden Sozialversicherungsbeiträge beziehungsweise Beitragsschulden, die zu einem Zeitpunkt entstanden waren, als der Beschwerdeführer (einziges) formelles Organ der Y.____ GmbH war, Bestandteil des Schadens. Weder Abrechnungspflicht, Beitragsschuld noch Fälligkeit sind von der Zustellung einer Rechnung oder einer Veranlagungs- oder Nachzahlungsverfügung seitens der Ausgleichskasse abhängig. Die Abrechnungspflicht sowie die Beitragsschuld entstehen im Zeitpunkt der Lohnzahlung (Art. 14 und Art. 51 AHVG; Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 136/00 vom 29. Dezember 2000 E. 4b). Vor diesem Hintergrund ist unerheblich, wenn die Beschwerdegegnerin erst nach der Konkurseröffnung sichere Kenntnis von der genauen Höhe der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge erhielt respektive diese erst danach einforderte, was der Beschwerdeführer verkennt (vgl. Urk. 1 S. 3). Zu Recht hat die Beschwerdegegnerin daher den am 7. Oktober 2013 in Rechnung gestellten Betrag von Fr. 38'103.80 für ausstehende definitive Beiträge bei der Schadenssumme berücksichtigt, da sie die Folge von zu tiefen Akontobeiträgen sind (vgl. dazu auch nachfolgend E. 5.3.2). Soweit der Beschwerdeführer moniert, die Anrechnung der Zahlung vom 5. November 2014 in der Höhe von Fr. 6'499.40 an die Ausstände aus dem Jahr 2008 sei nicht statthaft, da er zu jener Zeit noch gar nicht Gesellschafter der Y.____ GmbH gewesen sei (Urk. 1 S. 4), übersieht er, dass nach der Rechtsprechung - in Anlehnung an Art. 87 OR - der Grundsatz gilt, dass nachträgliche Zahlungen vorab zur Tilgung der ältesten Beitragsschulden zu verwenden sind (BGE 112 V 6; ZAK 1988 S.

E. 6

02; SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 213), es sei denn, der Schuldner erkläre, welche Schuld er tilgen wolle (vgl. Art. 86 OR). An einer solchen Erklärung fehlt es vorliegend (vgl. Urk. 2 S. 2), weshalb das Vorgehen der Beschwerdegegnerin nicht zu beanstanden ist. Es hat daher bei der Schadensberechnung der Beschwerdegegnerin sein Bewenden. Auszugehen ist mit hin von einem vorliegend relevanten Schadensbetrag von Fr. 75'364.90. 3. 3.1

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 zu sammeln mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzu stellen, 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). 3.2

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Y.____ GmbH den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen nur schleppend und in den Jahren 2008, 2011 und 2012 nicht beziehungsweise nur unvollständig nachgekommen war. Schliesslich blieben geschuldete Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 77'204.20 unbezahlt, wovon vorliegend Fr. 75'364.90

relevant sind (vgl. E. 2.4 hievor). Es bedarf deshalb keiner weiteren Ausführungen, dass die Y.____ GmbH

Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG verletzt hat, weshalb der von ihr verursachte Schaden grundsätzlich voll zu decken ist.

Zu prüfen bleibt, ob und inwieweit der entstandene Schaden auf ein qualifiziertes schuldhaftes Verhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen ist. 4. 4.1

Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grob fahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 186 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 186 E. 1b; 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 188; ZAK 1992 S. 248 E. 4b; vgl. BGE 132 III 530).

Liegt ein Selbst- oder Mitverschulden der Ausgleichskasse vor, kann dies in sinn gemässer Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR zu einer Herabsetzung der geltend gemachten Forderung führen. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Verwaltung einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, was namentlich dann der Fall ist, wenn sie elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat. Eine Herabsetzung kann nur erfolgen, wenn und soweit das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltung für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal gewesen ist (BGE 122 V 189 E. 3c). 4.2 4.2.1

Grobe Fahrlässigkeit liegt praxismässig vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher die betreffende Person angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss. Dabei sind an die Sorgfaltspflicht einer Aktiengesellschaft hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Ähnlich ist zu differenzieren, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers zu ermitteln (BGE 108 V 202 E. 3a; ZAK 1985 S. 51 E. 2a, S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 529 E. 4.6). 4.2.2

Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden muss auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwägen, ob und in wieweit 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). 4.2.3

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 vorbehältlich 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.). 5. 5.1

Der Beschwerdeführer brachte zu seiner Entlastung im Wesentlichen vor, er habe alles unternommen, um eine regelkonforme Verabgabung der Sozialversicherungsbeiträge zu

gewährleisten. Die Vorausdeklarationen seien recht zeitig erfolgt. Bei grösseren Ausständen habe die Y.____ GmbH Raten zahlungen verlangt, was von der Beschwerdegegnerin bewilligt worden sei. Er selber sei nicht operativ tätig gewesen. Operativ geführt worden sei die Y.____ GmbH von Z.____. Dass nun Beitragsausstände bestünden, sei auf dessen strafbares Verhalten zurückzuführen (Urk. 1). 5.2

Vorweg ist festzuhalten, dass im vorliegenden Prozess nicht zu untersuchen ist, ob die Liquidation beziehungsweise der Konkurs der Y.____ GmbH allenfalls hätte vermieden werden können oder ob am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten Drittpersonen diesbezüglich irgendein Schuldvorwurf gemacht werden könnte. Vielmehr ist einzig zu entscheiden, ob die Y.____ GmbH die ihr als Arbeitgeberin obliegenden Pflichten verletzt hat und ob gegebenenfalls ein qualifiziertes Verschulden des Beschwerdeführers zu bejahen ist.

5.3 5.3.1

Der Beschwerdeführer war einziger und sonst auch allein einzelzeichnungs berechtigter Geschäftsführer der Y.____ GmbH. Bei dieser Gesellschaft handelte es sich um ein relativ kleines Unternehmen mit einfacher Verwal tungsstruktur (vgl. Urk. 9/36, 9/100). Bei solch leicht überschaubaren Ver hält nissen muss von einem Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränk ter Haftung verlangt werden, dass er den Überblick über alle wesentlichen Be lange des Unternehmens hat. Der Beschwerdeführer selber führte denn auch aus, dass er über die Beitragsausstände bestens informiert gewesen sei (Urk. 1 S. 5, Urk. 9/145/4). Vor diesem Hintergrund hätte er deshalb selbst unver züg lich die zweckdienlichen Handlungen, welche die Beitragszahlungen sicher ge stellt hätten, veranlassen müssen. Der Umstand, dass die operative Füh rung des Unternehmens nach seinen Angaben allein in den Händen von Z.____ lag, mag ihn nicht zu entlasten. Denn wäre ihm die Wahr nehmung der gesetzlichen Pflichten nicht möglich gewesen, - wofür indessen keine Anhaltspunkte bestehen, nachdem er über die finanzielle Situation im Bilde war - hätte er nach ständiger Praxis und Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG als Gesellschafter umgehend demissionieren müssen (vgl. etwa Bundesge richts urteile 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 5.3 und 9C_461/2009 vom 31. Dezember 2010 E. 5.2). 5.3.2

Ein Betrieb darf praxis- und rechtsprechungsgemäss zudem nur so viel Lohn auszahlen, als auch die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge noch gedeckt sind (siehe etwa Bundesgerichtsurteile 9C_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.2.2 mit Hinweis, H 90/00 vom 20. Juni 2001 E. 4d mit Hinweis auf SVR 1995 AHV Nr. 70), was bei der Konkursitin gerade nicht der Fall war. Wenn die Liquiditätssituation die Begleichung der vollen Bruttolöhne zuzüg lich des Beitragsanteils des Arbeitgeberbeitrages nicht zulässt, sind die Lohn zahlungen auf ein Mass zu reduzieren, welches die Entrichtung der darauf entfallenden Sozialversiche rungsbeiträge erlauben (Bundesgerichtsurteil H 69/05 vom 15. März 2006 E. 5.3.3 mit Hinweis). Die verantwortlichen Organ e haben gerade in wirtschaftlich schwierigen Verhältnissen darauf zu achten, dass die darauf von Gesetzes wegen ge schuldeten Beiträge entrichtet werden können (Bundesgerichtsurteile 9C_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.2. 2, 9C_38/2015 vom 15. Mai 2015 E. 3.3, 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 5.1 und H 63/05 vom 25. Mai 2007 E. 6.4, je mit Hinweisen). Dem ist der Beschwerdeführer aber nicht nachgekommen; er nahm damit einen Scha dens eintritt in Kauf.

Soweit der Beschwerdeführer den Vorwurf, es seien im Jahr 2012 zu wenig Akontozahlungen geleistet worden, nicht geltend lassen will und mithin eine Pflichtwidrigkeit bestreitet (Urk. 1 S. 3), ist Folgendes festzuhalten: Nach 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 festgesetzt. Nach Art. 35 Abs. 2 AHVV haben die Arbeitgeber der Ausgleichskasse wesentliche Änderungen der Lohnsumme während des laufenden Jahres zu melden. Gemäss Rz. 2048 der Wegleitung über den Bezug der Beiträge (WBB) in der AHV, IV und EO gilt eine Abweichung der jährlichen Lohnsumme um mindestens 10 Prozent von der ursprünglichen voraussichtlichen Lohnsumme als wesentlich im Sinne von Art. 35 Abs. 2 AHVV. Der Fehlbetrag von Fr. 38'103.80 ist nun aber gerade darauf zurückzuführen, dass die definitiven Beiträge im Jahr 2012 erheblich höher ausfielen als die geleisteten Akontobeiträge. Grund dafür war, dass wesentliche Änderungen in der Lohnsumme der Ausgleichskasse nicht gemeldet worden waren. Mit Schreiben vom 13. Juni 2012 hatte die Y.____ GmbH nämlich das Gesuch gestellt, die AHV-Lohnsumme sei als Folge von Mitarbeiterentlassung nach unten zu korrigieren und noch auf Fr. 150'000.-- festzusetzen (Urk. 9/58). Aus der korrigierten, endgültigen Lohndekларation ergab sich aber, dass die Lohnsumme sich sogar auf Fr. 369'160.90 belief (Urk. 9/146). Wären die Lohnbezüge korrekt gemeldet worden, wäre der Beschwerdegegnerin kein Schaden entstanden. Der Beschwerdeführer verkennt die rechtliche Situation, wenn er sich unter Hinweis darauf, die Akontobeiträge seien stets bezahlt worden, seiner Verantwortung entziehen will (vgl. auch Bundesgerichtsurteil H 154/06 vom 5. April 2007 E. 6.1.2). 5.3.3

Auch der Tilgungsplan vom 27. März 2012, mit welchem die Beschwerdegegnerin der Y.____ GmbH Ratenzahlungen ermöglichte, vermögen den Beschwerdeführer nicht zu entlasten (Urk. 1 S. 3, Urk. 9/42). Bei der Beurteilung der Frage, ob die verantwortlichen Arbeitgeberorgane ihren Sorgfaltpflichten im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragszahlungspflicht nachgekommen sind, ist ein mit der Ausgleichskasse vereinbarter Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan mitzuberücksichtigen, soweit dem Beitragspflichtigen damit ein Abweichen von den ordentlichen Zahlungsterminen zugestanden wird (BGE 124 V 253).

Der genannte Tilgungsplan bezog sich einzig auf die definitiven Beiträge für das Jahr 2011 (Urk. 9/39, 9/42). Indessen wurde auch er letztlich nicht eingehalten (Urk. 9/42 S. 2, Urk. 9/79). Die letzte Zahlung erging am 23. November 2012 (Urk. 9/42 S. 2, Urk. 9/157). Durch die ausbleibenden Zahlungen fiel der Aufschub ohne Weiteres dahin (Art. 34b Abs. 3 AHVV). Überdies ändert ein Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan bei mehrmonatigen bis mehrjährigen Beitragsausständen an der Widerrechtlichkeit der nicht ordnungsgemässen Bezahlung der Beiträge nichts. Die Verschuldensfrage ist auch hier primär nach den Umständen zu beurteilen, die zum Zahlungsrückstand geführt haben (BGE 124 V 253 E. 3b; Bundesgerichtsurteil H 372/00 vom 31. Juli 2001 mit Hinweisen). Das dem Beschwerdeführer vorwerfbare Verhalten besteht denn auch gerade darin, dass es überhaupt zu den Beitragsausständen gekommen ist, indem die Y.____ GmbH unter seiner (Mit-)Verantwortung über Jahre Löhne ausbezahlte, ohne dass die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge entrichtet wurden. Daran ändert nichts, dass er selber auf Lohn verzichtete respektive private Mittel in die Gesellschaft einschoss, da er diese nicht zur Deckung der Ausstände verwendete (vgl. Urk. 1 S. 5).

E. 6.1

Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 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 allgem. als begünstigt erscheint (BGE 119 V 401 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 334 E. 3c).

Eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens eines solidarisch Haftpflichtigen zieht das Bundesgericht bloss als eher theoretische Möglichkeit in Betracht, die, wenn überhaupt, nur bei einer ausgesprochen exzeptionellen Sachlage von praktischer Bedeutung sein kann; so etwa, wenn das Verschulden des in Anspruch genommenen Haftpflichtigen als so leicht erscheint und in einem derartigen Missverhältnis zum Verschulden des Dritten steht, dass es offensichtlich ungerecht wäre, wenn jener den ganzen Schaden tragen müsste (Bundesgerichtsurteil

9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Die Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs fällt insbesondere in Betracht, wenn ein Verwaltungsrat durch strafrechtlich relevante Machenschaften eines anderen Organs der Gesellschaft über die Ausstände gegenüber der Ausgleichskasse hinter Licht geführt und dadurch an der Wahrnehmung seiner Pflichten gehindert wurde (Bundesgerichtsurteile 9C_135/2011 vom 11. April 2011 E. 4.3.2 mit weiteren Hinweisen).

E. 6.2

Gemäss Ausführungen des Beschwerdeführers waren er und Z. ___ im Innenverhältnis gleichwertige Geschäftspartner und verfügten über dieselben Rechte und Pflichten. Die Besorgung der Büroarbeiten, inkl. Buchhaltung und Vertragswesen, sei seine Aufgabe gewesen. Für die Ausführung der Arbeiten, inkl. Organisieren und Auswählen der Mitarbeiter, Wahrnehmung der Termine mit Bauherren und Architekten, sei Z. ___ zuständig gewesen (Urk. 9/139/3). Letzterer sei als faktisches Organ zu behandeln (Urk. 1 S. 6). Dass die Beschwerdegegnerin zu einem Schaden gekommen sei, sei auf das strafbare Verhalten von Z. ___ zurückzuführen (Urk. 1 S. 6). Dies bezüglich ist dem Strafantrag des Beschwerdeführers vom 3. Juni 2013 zu entnehmen, dass er Z. ___ Sachentziehung, Diebstahl, ungetreue Geschäftsführung und Veruntreuung vorwirft (Urk. 9/139/1). Z. ___ habe (zusammen mit O. ___) anfangs Dezember 2012 das Büro und das Lager der Y. ___ GmbH ausgeräumt und die Sachen entwendet respektive gestohlen. Zudem habe er eine Konkurrenzfirma gegründet und für diese unter anderem auf Rechnung der Y. ___ GmbH Materialien bestellt. Im Weiteren habe Z. ___ Gelder veruntreut (Urk. 9/139/6-8).

E. 6.3

Ob diese Vorwürfe zutreffen, braucht vorliegend nicht geklärt zu werden. Denn der Beschwerdeführer wirft Z. ___ nicht vor, ihn über die Bei tragsausstände getäuscht zu haben. Vielmehr war er, wie er selber ausführt, über die finanzielle Situation stets im Bilde (Urk. 9/145/4). Im Übrigen be treffen die Vorwürfe primär den Zeitraum ab Dezember 2012. Die Beitrags aus stände fallen aber in die Zeit davor. Das (allfällige) Fehlverhalten von Z. ___ unterbricht den adäquaten Kausalzusammenhang somit nicht. Soweit der

Beschwerdeführer fordert, die Beschwerdegegnerin habe nicht ihn, sondern Z.____ in die Pflicht zu nehmen (Urk. 1 S. 6), ist er darauf hin zuweisen, dass eine allfällige Schadenersatzpflicht von Z.____ nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist. Selbst wenn die Voraussetzungen hierfür gegeben wären, entbände dies den Beschwerdeführer nicht von seiner Schadenersatzpflicht, sieht das Gesetz (bei mehreren Schadenersatzpflichtigen) doch eine Solidarhaftung vor. Es war demzufolge zudem der Beschwerdegegnerin überlassen, welcher der Solidarhafter sie ins Recht lassen wollte.

E. 6.4

Das vorwerfbare Verhalten führte zum Schaden der Beschwerdegegnerin. Wäre die Konkursitin unter der Verantwortung des Beschwerdeführers ihren Abrechnungs- und Zahlungsverpflichtungen rechtzeitig und vollständig nachgekommen und wären nur so weit Löhne ausbezahlt worden, als die darauf geschuldeten Abgaben bei Fälligkeit hätten beglichen werden können, wäre der Schaden nicht eingetreten.

E. 7

Diese Erwägungen führen zur Abweisung der Beschwerde. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Martin Schnyder -
Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Bundesamt für
Sozialversicherungen 4.

Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff., insbesondere Art. 85, 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich
Der Vorsitzende Der Gerichtsschreiber GräubSonderegger

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