

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2013.00041 vom 12. Juni 2015**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2015-06-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2013.00041](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2013.00041)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2013.00041 du 12 juin 2015

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2013.00041 del 12 giugno 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

2. September 2012, 20. Februar und 19. Juni 2013 die verse Verlustscheine über Forderungen von insgesamt

Fr. 17'266.65 (Urk.

9/57, Urk. 9/87, Urk.

9/89, Urk. 9/93,

Urk. 9/129,

Urk.

9/131). Mit Verfügungen vom 30. Juli 2013

forderte sie von X.\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_

– unter Hinweis auf eine durch Verlustscheine verbrieft Forderung von total Fr. 17'266.65 und noch ausstehende Lohnbeiträge von Fr. 12'046.65 (inkl. Mahngebühren, Verzugszinsen, Erhebungsgebühren und Kosten sowie Betriebskosten) – in solidarischer Haftung Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge im Umfang von Fr. 29'313.30 (Urk. 9/50-51). Die Y.\_\_\_\_ betreffende Verfügung erwuchs unanfechtbar in Rechtskraft.

X.\_\_\_\_ erhob gegen die ihn betreffende Verfügung am 7. August 2013 Einsprache (Urk. 9/48), welche die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 13.

September 2013 abwies (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 grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse 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 dazu entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherung (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. 2**

Dagegen erhob X.\_\_\_\_ am 15. Oktober 2013 Beschwerde und beantragte, der angefochtene Einspracheentscheid vom 13. September 2013 sei aufzuheben und er sei aus der Solidarhaftung zu entlassen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht ersuchte er um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt Theodor G. Seitz, St. Gallen ( Urk. 1 S. 2) und reichte sein am 21. November 2013 unterzeichnetes Formular zum Nachweis der prozessualen Bedürftigkeit ein (Urk.

11). Mit Beschwerdeantwort vom 19. November 2013 beantragte die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde ( Urk. 7, unter Beilage ihrer Akten [ Urk. 8, Urk. 9/1-187]). Sie reichte mit Eingabe vom 26. November 2013 ( Urk. 13) die Beitragsübersicht und den Konto-Auszug vom selben Tag ein ( Urk. 14/1-2).

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2013 wurde Y.\_\_\_\_ zum Prozessbeigeladen ( Urk. 15). Der Beigeladene liess sich innert angesetzter Frist nicht vernehmen, worüber die Verfahrensbeteiligten am 30. Januar 2014 in Kenntnis gesetzt wurden ( Urk. 17).

Auf entsprechende Aufforderung hin reichte die Beschwerdegegnerin dem Gericht am 12. März 2015 Unterlagen zur teilweisen Tilgung der Schadenersatzforderung durch Y.\_\_\_\_ ein ( Urk. 18, Urk. 19/1-2, Urk. 20/1-10).

Mit Verfügung vom 19. März 2015 wurde dem Beschwerdeführer Frist zur Einreichung von aktuellen Belegen zur Substantiierung seines Gesuchs um unentgeltliche Rechtsvertretung angesetzt ( Urk. 22). Mit Eingabe vom 29. Mai 2015 reichte der Beschwerdeführer das ausgefüllte Formular zur Abklärung der prozessualen Bedürftigkeit ( Urk. 26) sowie den Auszug aus dem Betreibungsregister vom 28. Mai 2015 ( Urk. 27) ein.

### **E. 2.1.1**

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. 2.1.2**

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 Beitreibung 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 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). 2.2

### 2.2.1

Durch die definitiven Pfändungsverlustscheine vom 12. September 2012 sowie 20. Februar und 19. Juni 2013 ist eine Forderungssumme von total Fr. 17'266.65 verbrieft (Urk. 9/57, Urk. 9/87, Urk.

9/89,

Urk. 9/93,

Urk. 9/129,

Urk.

9/131). 2.2.2

Die Beschwerdegegnerin machte mit Schadenersatzverfügungen vom 30. Juli 2013 zusätzlich zur genannten Forderung über Fr.

17'266.65 als Schaden noch ausstehende Lohnbeiträge von Fr. 12'046.65 (inkl. Mahngebühren, Verzugszinsen, Erhebungsgebühren und Kosten sowie Betriebskosten) geltend (Urk. 9/51).

Mit Urteil H

34/01 vom 17. August 2001 hat das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht entschieden, im damals zu beurteilenden Fall sei der Schaden lediglich im Betrag zweier definitiver Pfändungsverlustscheine entstanden. Was den darüber hinausgehenden Betrag anbelange, stehe im Zeitpunkt des Erlasses der Schadenersatzverfügung noch gar nicht fest, dass dieser nicht mehr eingefordert werden könne. In der Folge hat das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht mit Urteil H 162/03 vom 2. Juli

2004 zur Frage, ob ein Schaden für sämtliche im Zeitpunkt der Ausstellung eines Verlustscheines ausstehenden Beitragsforderungen anzunehmen sei, ausgeführt, es sei entscheidend, ob aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles davon auszugehen sei, dass bei Ausstellung eines Verlustscheines über eine Teilforderung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen sei, auch die weiteren ausstehenden Beiträge kö

nten nicht im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG eingebracht werden (Urteil H 162/03 vom 2. Juli 2004 E. 5.2 mit Hinweis; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_910/2009 vom 29. Januar 2010 E.

3.3.2 mit weiteren Hinweisen, vgl. Urteile des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich AK.2006.00008 vom 27. April 2007 E. 2.2.2-2.2.3 und AK.2013.00029 vom 22. Dezember 2014 E. 2.2.2 je mit weiteren Hinweisen).

Gemäss Beitragsübersicht und Konto-Auszug vom 26. November 2013 (Urk.

14/1-2)

musste die Z.\_\_\_\_ GmbH bereits für die erste Beitragsrechnung – diejenige für das 2. Quartal 2011 (Pos. 2011 0001 des Konto-Auszugs vom 26. November 2013) – gemahnt und betrieben werden. Diese Beitragsrechnung sowie die Mahngebühr, Betriebskosten und Verzugszinsen wurden schliesslich am 30. Dezember 2011 bezahlt

(Urk. 14/1-2). Die Gesellschaft musste auch für sämtliche der folgenden Beitragsrechnungen gemahnt und betrieben werden (Urk. 14/1-2). Davon hat sie nur gerade die Beitragsrechnungen (jeweils inkl. Mahngebühren, Betriebskosten und

Verzugszinsen) für die Monate Januar und Februar 2012 (Pos. 2012 0001 des Konto-Auszugs vom 26.

November 2013) sowie März 2012 (Pos. 2012 0002 dieses Konto-Auszugs) durch Zahlung der Forderung beim Betriebsamt begeben (Urk. 9/115-116, vgl. Urk. 14/1-2). Die übrigen Beitragsrechnungen, einschliesslich der Inkassokosten sowie Verzugszinsen, blieben unbezahlt. Für ihre

Beitragsforderungen für das 3. und 4. Quartal 2011 sowie April, Mai, Juni und August 2012

(zuzüglich Nebenkosten sowie Verzugszinsen)

erhielt

die Beschwerdegegnerin Verlustscheine (E.

2.2.1).

Nach dem Gesagten ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin nach Erhalt der Verlustscheine davon ausgegangen ist, dass auch die übrigen

Ausstände

der Z.\_\_\_\_ GmbH

un gedeckt bleiben würden, zumal

ihr mitgeteilt wurde, dass die Gesellschaft ihre

Geschäftstätigkeit per Januar 2013 eingestellt

habe und über keine Vermögenswerte verfüge beziehungsweise seit Januar 2013 keine Umsätze mehr erwirtschaftete (Urk. 9/33/3, Urk. 9/34/3, Urk.

9/57/3,

Urk. 9/76). Für die Beitragsforderungen September und Dezember 2012 (jeweils inklusive Nebenkosten und Verzugszinsen)

wurden der Beschwerde gegnerin zwischenzeitlich am 2

## E. 2.2

3

Da der Beschwerdeführer nach seinem Rücktritt als Geschäftsführer der Z.\_\_\_\_ GmbH per 3. Juni 2013 nicht mehr über das Vermögen der Gesellschaft verfügen konnte

(vgl. E. 4.4 nachstehend), haftet er grundsätzlich nicht für die nach diesem Zeitpunkt in Rechnung gestellten Beitragsrechnungen, Mahngebühren, Verzugszinsen, Betriebskosten und übrigen Kosten, womit sich die Schadenersatzforderung entsprechend reduziert.

Die Schadenersatzforderung umfasst mithin die durch die definitiven Pfändungsverlustscheine verbrieftete Forderung von Fr. 17'266.65 (E. 2.2.1), wo von die erst am 20. Juni 2013 angefallenen beziehungsweise in Rechnung gestellten Betriebskosten von Fr. 150.50 und Verzugszinsen von Fr.

60.25 (S. 2 der Beitragsübersicht vom 26. November 2013 [Urk. 14/1], Pos. 2012 0008 des Konto-Auszugs vom 26. November 2013 [Urk. 14/2]) abzuziehen sind, was zu einer Forderung von Fr.

17'055.90 führt. Hinzu kommen die unbezahlt gebliebene Mahngebühr für die Jahresabrechnung 2011 von Fr. 40.-- (Pos. 2012 0004 des Konto-Auszugs), die unbezahlt gebliebenen Lohnbeiträge Juli 2012 (inkl. Nebenkosten) von Fr. 1'798.25 (Pos. 2012 0007 des Konto-Auszugs), September 2012 (inkl. Nebenkosten) von Fr. 1'478.30 (Lohnbeiträge von Fr. 1'538.15 zuzüglich Mahnkosten [Fr. 20.--], Betriebskosten [Fr. 73.--] und

Veranlagungskosten [Fr. 50.--], abzüglich der am 4.

September 2013 in Rechnung gestellten Betriebskosten [Fr.

134.50] und Verzugszinsen [Fr. 68.35]; Pos. 2012 0009 des Konto-Auszugs), Oktober 2012 von

Fr. 1'572.15

(Fr.

1'538.15 zuzüglich Mahnkosten [Fr. 20.--] und

Betriebskosten [Fr. 73.--], abzüglich der am 14. Juni bzw. am 22.

August 2013 in Rechnung gestellten Kosten [Fr. 50.--] und Betriebskosten [Fr. 9.--]; Pos. 2012 0010 des Konto-Auszugs), November 2012 (inkl. Nebenkosten) von Fr.

1'599.15 (Lohnbeiträge 1'538.15 zuzüglich Mahnkosten [Fr. 20.--] und

Betriebskosten [total Fr. 91.--], abzüglich der am 27. Juni 2013 in Rechnung gestellten Kosten [Fr. 50.--]; Pos. 2012 0011 des Konto-Auszugs), Dezember 2012 (inkl. Nebenkosten) von Fr. 1'392.50 (Lohnbeiträge Fr. 1'538.15 zuzüglich Mahnkosten [Fr. 20.--] und Betriebskosten [Fr. 73.--], abzüglich der am 14.

August bzw.

4. September 2013 in Rechnung gestellten Betreuungskosten [total Fr. 189.50] und Verzugszinsen [ Fr. 49.15]) sowie die unbezahlt gebliebene Ausgleichsrechnung 2012 (inkl. Nebenkosten) von

Fr. 3'710.65

( Fr. 3'853.65 ab züglich der am 16. August bzw. 4. September 2013 in Rechnung gestellten Mahnkosten [ Fr. 20.--], Betreuungskosten [ Fr. 73.- -] und Kosten [ Fr. 50.--] ). Damit resultiert eine Schadenersatzforderung von total

Fr. 28' 646 .90 (Fr.

17'055.90 + Fr.

11' 591 .-- ) . Die Schadenersatzforderung ist aufgrund der Akten

(vgl. insbes. die Betragsübersicht und den Konto-Auszug vom 26. November 2013 [ Urk. 14/1-2] ) ausgewiesen . In masslicher Hinsicht wurde der Schaden vom Beschwerdeführer nicht bestritten.

#### **E. 2.2.4**

Der Beigeladene hat einen Teil des Schadens durch Zahlungen im Umfang von Fr. 11'835.05 beglichen (vgl. Beitragsübersicht und Konto-Auszug vom 12. März 2015 [Urk. 19/1-2]). Davon ist Vermerk zu nehmen. 3.

#### **E. 3**

Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

##### **E. 3.1**

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).

##### **E. 3.2**

Den Kassenakten (Urk.

#### **E. 6**

. August 2013 überdies

Verlustschein e

ausgestellt (Urk. 9/ 33- 34 ).

Der Handelsregistereintrag der Z.\_\_\_\_ GmbH ist schliesslich am 13.

Oktober 2014 von Amtes wegen gelöscht worden, weil die Gesellschaft keine Geschäftstätigkeit mehr auf w i e s und keine verwertbaren Aktiven mehr hat te und kein Interesse an der Auf rechterhaltung der Eintragung innert angesetzter Frist geltend gemacht w o r d e n war

(Internet-Handelsregisterauszug).

### **E. 6.1.1**

Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege und Verbeiständung wird in ers ter Linie durch das kantonale (Prozess-)Recht geregelt (vgl. Art. 61 lit . f ATSG). Unabhängig davon besteht ein solcher Anspruch unmittelbar aufgrund von Art. 29 Abs. 3 der Bundesverfassung (BV) (BGE 127 I 202 E. 3a). Gemäss § 16 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht ( GSVGer ) wird einer Partei auf Gesuch hin in kostenpflichtigen Verfahren die Bezahlung der Ver fahrenskosten erlassen, wenn ihr die dazu nötigen Mittel fehlen und der Prozess nicht als offensichtlich aussichtslos erscheint; laut § 16 Abs. 2 GSVGer wird ihr überdies eine unentgeltliche Rechtsvertretung bestellt, wenn sie nicht in der Lage ist, ihre Rechte im Verfahren selbst zu wahren. Nach Art. 29 Abs. 3 BV hat jede Person, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, Anspruch auf un entgeltliche Rechtspflege, wenn ihr Rechtsbegehren nicht als aussichtslos er scheint; soweit es zur Wahrung ihrer Rechte notwendig ist, hat sie ausserdem Anspruch auf unentgeltlichen Rechtsbeistand. Als bedürftig gilt, wer nicht in der Lage ist, für die Prozess- und Anwaltskosten aufzukommen, ohne dass er Mittel beanspruchen müsste, die zur Deckung des Grundbedarfs für ihn und seine Familie notwen dig sind (BGE 127 I 202 E. 3b).

Der Nachweis der Bedürftig keit hat die gesuchstellende Person zu erbringen. Dazu hat sie ihre Einkommens- und Vermögensverhältnisse umfassend darzu stellen und soweit möglich zu belegen (SVR 1998 UV Nr. 11 S. 31 f. E. 4c; Randacher , in: Gesetz über das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, 2. Aufl., 2009, N 5 zu § 16 GSVGer ). 6. 1. 2

Mit Verfügung vom 1 9. März 2015

( Urk. 22) wurde dem Beschwerdeführer ein zweites Mal (vgl. Urk. 5) Frist angesetzt , um sein Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege zu substantiieren. Als einzigen Beleg reichte er den Auszug aus dem Betreibungsregister vom 2 8. Mai 2015 ein ( Urk. 27). Diesem Auszug sind eine Vielzahl von laufenden Betreibun gen sowie offene Verlustscheine aus Pfän dungen zu entnehmen.

Gemäss den Angaben des Beschwerdeführers im

„ Form u lar zur Abklärung der prozessualen Bedürftig keit“ verfügt er weder über Ver mögen noch Einkommen ( Urk. 26 S. 2-3) . Als Auslagen für se ine Lebens hal tungs kosten bena nnte er einzig Fr. 450.-- für Kranken- und Unfa llversiche rungen ( Urk. 26 S. 5).

Irgendwelche Belege fehlen . Die Angaben der Gemein de behörde zur Staats- und Gemeindesteuer sind vom Beschwerdeführer nicht ein geholt worden .

Da der Beschwerdeführer ge mäss eige nen Angaben keine wirt schaftliche Hilfe bezieht ( Urk. 26 S. 1) , ist unklar , wie er bei den behaup te ten Verhältnissen seinen Lebensunterhalt bestreitet , und es müssen nicht dekla rierte Einkünfte vermutet werden.

Nach dem Gesagten erweist sich das Gesuch des Beschwerdeführers als ungenügend substantiiert. Bei dieser Sachlage ist – wie mit Verfügung vom 19. März 2015 (Urk. 22) angedroht – davon auszugehen, dass keine prozessuale Befähigung besteht. Soweit sich das Gesuch nicht ohnehin als gegenstandslos erweist – das vorliegende Beschwerdeverfahren ist kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG) –, ist es abzuweisen.

## **E. 6.2**

Bei dem nur geringfügigen Obsiegen des Beschwerdeführers, zu dem seine Vorbringen ausserdem nichts beitragen, rechtfertigt sich die Zusprechung einer Prozessentschädigung nicht. Das Gericht beschliesst:

Das Gesuch des Beschwerdeführers um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt Theodor G. Seitz, St. Gallen, vom 15. Oktober 2013 wird abgewiesen, und erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung wird der angefochtene Einspracheentscheid vom

## **E. 9**

(1-187) ist zu entnehmen, dass die Z.\_\_\_\_ GmbH für jede einzelne

Beitragszahlung gemahnt und betrieben werden musste. Die Gesellschaft wurde am 17. Februar 2011 ins Handelsregister eingetragen. Von den bis Ende des Jahres 2012 zu entrichtenden Beiträgen sind nur gerade diejenigen für das 2. Quartal 2011, die Monate Januar, Februar und März 2012 bezahlt worden. Die übrigen Lohnbeiträge und die Ausgleichsbeiträge 2012 wie auch die Mahngebühren, Verzugszinsen, Erhebungsgebühren, Kosten und Betriebskosten blieben unbezahlt (Urk. 14/1-2; vgl. E. 2.2.1-2.2.2

vorstehend). Für das Jahr 2011 reichte die Z.\_\_\_\_ GmbH innert Frist keine Jahresabrechnung ein, wofür sie gemahnt werden musste (Urk. 9/159, Urk.

9/152). Die erhobene Mahngebühr von Fr. 40.-- blieb unbezahlt (Urk. 14/2 S. 3). Die Lohnabrechnungen 2011 und 2012 gingen bei der Beschwerdegegnerin erst am 6. März 2013 ein (Urk. 9/80-81, Aktenverzeichnis zu Urk. 9/1-187).

Damit ist die Z.\_\_\_\_ GmbH ihren Pflichten als Arbeitgeberin nicht nachgekommen und hat öffentlichrechtliche Vorschriften missachtet.

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

### **4.1.1**

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 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). 4.1.2

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. Da gegen 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.) 4.1.3

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). 4.1.4

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. Für die vor der Publikation fälligen Beitragsforderungen haftet das Organ, wenn es durch eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlung beziehungsweise Unterlassung bewirkt hat, dass die Beiträge im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht bezahlt werden konnten. 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. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall (BGE 126 V 61 E. 4a, 123 V 172 E. 3a). 4.2

Der Beschwerdeführer war vom 14. Januar bis 29. Mai 2013 als Geschäftsführer der Z.\_\_\_\_ GmbH im Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen (Internet-Handelsregisterauszug). Er selbst bringt vor, er sei noch bis 3. Juni 2013 als Geschäftsführer der Z.\_\_\_\_ GmbH tätig gewesen (Urk.

1

S.

3).

Darauf ist abzustellen. Vom 14. Januar bis 3. Juni 2013 war der Beschwerdeführer mit hin formelles Organ der Z.\_\_\_\_ GmbH. In dieser Zeit war

er einziger Geschäftsführer dieser Gesellschaft (vgl. Internet-Handelsregisterauszug), womit ihm auch das Beitragswesen oblag (vgl. etwa das Schreiben an die Beschwerdegegnerin vom 5.

März 2013 [Urk.

9/76]). 4.3

Der Beschwerdeführer bringt vor, dass in der Zeit seiner Geschäftsführertätigkeit weder Angestellte beschäftigt noch Löhne ausbezahlt worden seien. Von der Beschwerdegegnerin seien Beiträge eingefordert worden, welche noch in die Verantwortung des Beigeladenen als vorgängigen Geschäftsführer fallen würden (Urk. 1 S.

3). Dem ist entgegenzuhalten, dass ein Organ mit der Mandatsübernahme in die Verantwortung sowohl für die laufenden als auch die verfallenen, vom Unternehmen in früheren Jahren schuldig gebliebenen Sozialversicherungsabgaben eintritt und es grundsätzlich seine Pflicht ist, nicht nur für die Bezahlung der laufenden Beiträge, sondern und gerade für die Begleichung verfallener Abgaben besorgt zu sein (ZAK 1992 S. 254 E. 7b). Ferner macht der Beschwerdeführer geltend, er habe mit dem Beigeladenen am 19. Dezember 2012 einen Mandatsvertrag betreffend Geschäftsleitungsübernahme abgeschlossen. In diesem Vertrag hätten die Parteien unter Ziffer IV („Haftung des Auftraggebers“) festgehalten, dass der Beigeladene als Auftraggeber alle Sozialversicherungsbeiträge bis einschliesslich 31. Dezember 2012 bezahlt habe. Er (der Beschwerdeführer) habe bei der Mandatsübernahme darauf vertrauen dürfen, dass die Gesellschaft gegenüber der Beschwerdegegnerin keine Schulden habe. Er habe die im rechtlichen Verkehr erforderliche Sorgfalt walten lassen. Durch die ausdrückliche Vereinbarung der Haftungsregelung könne ihm keine grobe Fahrlässigkeit vorgeworfen werden (Urk. 1 S. 4).

Solche privatrechtlich relevanten Zusicherungen vermögen den Beschwerdeführer nicht aus seiner Verantwortung, welche er als formelles Organ innehatte, zu entbinden. Als Geschäftsführer war er – unabhängig interner Haftungsvereinbarungen mit seinem Vorgänger – verpflichtet, sich über die Verpflichtungen der Gesellschaft ein Bild zu verschaffen und dafür zu sorgen, dass die öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberpflichten erfüllt werden. Ausserdem wurde gemäss Wortlaut des Mandatsvertrages vom 19. Dezember 2012 seitens des Beigeladenen nicht etwa garantiert, dass die Sozialversicherungsbeiträge bereits bei „in Kraft treten“ des Mandatsvertrages per 19.

Dezember 2012 beglichen sind, sondern dass

die Sozialversicherungsbeiträge, „die während der operativen Tätigkeit der Gesellschaft bis 31.12.2012 aufgelaufen sind, bezahlt sind oder bezahlt werden“ (Urk. 3/4 S.

3). Damit wäre der Beschwerdeführer als Geschäftsführer der Gesellschaft gehalten gewesen, anhand der Bücher der

Z.\_\_\_\_ GmbH zu prüfen, ob die Sozialversicherungsbeiträge beglichen worden sind. Nötigenfalls hätte er die notwendigen Massnahmen zu deren Bezahlung einleiten müssen. Es sind jedoch keine solche

Massnahmen des Beschwerdeführers aktenkundig. Der Beschwerdeführer liess der Beschwerdegegnerin am 5. März und 10. Mai 2013 lediglich mitteilen, dass die Gesellschaft – im Jahr 2013 – keine Arbeitnehmer beschäftigt (Urk. 9/76, Urk. 9/67). Die am 6. März 2013 eingegangenen Jahresabrechnungen 2011 und 2012 wurden nicht vom Beschwerdeführer, sondern

vom – nicht mehr als formelles Organ eingetragenen – Beigeladenen unterzeichnet (Urk. 9/80-81), der auch als Kontaktperson bezeichnet wurde. Der Beschwerdeführer muss sich mithin auch vorbehalten lassen, dass er über die Löhne des Jahres 2012 nicht mit der Beschwerdegegnerin abgerechnet hat (vgl. Art. 36 Abs.

2 AHVV).

Da der Beschwerdeführer und der Beigeladene der Beschwerdegegnerin für den Schaden solidarisch haften (Art. 52 Abs. 2 Satz 2 AHVG), ist es – entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers (Urk. 1 S. 4) – nicht entscheidend, ob der Beigeladene

dieser gegenüber den Schaden anerkannt hat. Aufgrund der solidarisches Haftung der Arbeitgeberorgane kann sie den Haftpflichtigen auswählen (vgl. Urteil des Bundesgerichts H 427/99 vom 22. März 2001 E.

1 mit weiteren Hinweisen).

4.4

Nach dem Rücktritt des Beschwerdeführers als Geschäftsführer

per 3. Juni 2013 wurde gemäss Handelsregistereintrag kein neuer Geschäftsführer bestellt.

In den Akten finden sich allerdings keine Hinweise dafür, dass der Beschwerdeführer nach seinem Rücktritt noch als faktischer Geschäftsführer tätig gewesen wäre. Beim Vollzug der Betreibungen für die Lohnbeiträge August, September und Dezember

2012 (inkl. Nebenkosten) konnte das Betreibungsamt B.\_\_\_\_

am Sitz der Z.\_\_\_\_ GmbH in C.\_\_\_\_ keine verantwortliche Person mehr erreichen. Beim Pfändungsvollzug gab schliesslich am 13. Juni und 21. August 2013 ein Bevollmächtigter der Z.\_\_\_\_ GmbH und nicht der Beschwerdeführer Auskunft (Urk. 9/33/3, Urk. 9/34/3, Urk.

9/57/3).

Von der Beschwerdegegnerin wird nicht dargetan, dass der Beschwerdeführer die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft grobfahrlässig verursacht hätte. Ebenso wenig finden sich in den Akten Anhaltspunkte dafür, dass der Sonderfall einer grobfahrlässig verursachten Zahlungsunfähigkeit, welche die Bezahlung der Forderungen innert den jeweiligen Zahlungsfristen zum vorn herein verunmöglicht hätte (BGE 112 V 1 E. I.3d, ZAK 1985 S. 581 f.), gegeben war. Der Beschwerdeführer haftet mithin nur bis zu seinem anerkannten Rücktritt per 3. Juni 2013.

Der Schaden ist vom Beschwerdeführer somit zumindest grobfahrlässig verursacht worden. Es sind weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschlussgründe gegeben. 5. 5.1

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). 5.2

Das vorwerfbare Verhalten führte zum Schaden der Beschwerdegegnerin. Wäre die Z.\_\_\_\_ GmbH unter der Mitverantwortung des Beschwerdeführers ihren Melde- und Zahlungsverpflichtungen rechtzeitig und vollständig nachgekommen, wäre der Schaden nicht eingetreten.

Demnach ist die Beschwerde im Sinne der Erwägungen teilweise gutzuheissen. 6.

### **E. 13**

.

September 2013

in dem Sinne abgeändert, als der Beschwerdeführer in solidarischer Haftung mit dem Beigeladenen Schadenersatz im Betrag von Fr. 28'646.90 zu leisten hat.

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

Es wird davon Vormerken genommen, dass der Beigeladene einen Teil des Schadens im Betrag von Fr. 11'835.05 (vor Abzug der Inkassokosten) beglichen hat. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Dem Beschwerdeführer wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Theodor G. Seitz - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Y.\_\_\_\_ - Bundesamt für Sozialversicherungen 5.

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).

Soweit keine Beschwerde nach Art. 82 ff. BGG zulässig ist, kann gegen diesen Entscheid innert der gleichen Frist von 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Gerügt werden kann nach Art. 116 BGG die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten.

Werden sowohl die Beschwerde als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtschrift einzureichen ( Art. 119 Abs. 1 BGG).

Die Fristen stehen während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten 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 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  
HurstHübscher

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