

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2021.00022

## vom 7. September 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-09-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AK.2021.00022](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2021.00022)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2021.00022 du 7 septembre 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2021.00022 del 7 settembre 2022

### Erwägungen

#### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 19 71, und Y.\_\_\_\_, geboren 197

#### E. 3

(Urk. 11/22/5), waren seit der Gründung Gesellschafter der Z.\_\_\_\_ GmbH. Die Gesellschaft wurde am 8. Januar 2009

in das Handelsregister des Kantons Zürich eingetragen. Gemäss Handelsregister war

X.\_\_\_\_ Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift. Y.\_\_\_\_ wurde zunächst als Gesellschafterin mit Kollektivunterschrift zu zwei en danach mit Einzelunter schrift eingetragen. Am 24. Juni 2014 (Tagesregister datum) wurde ihr Eintrag zu Gesell schafterin ohne Zeich nungsberechtigung geändert

(Urk. 11/1, Internet-Auszug Handelsregister des Kantons Zürich). Die Z.\_\_\_\_ GmbH war der Sozialver sicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichkasse, als beitrags pflichtige Arbeitgeberin angeschlos sen (vgl. Urk. 11/ 1-468). Mit Urteil vom 2

#### E. 3.1

Nach altArt . 52 Abs. 3 AHVG in der bis 31. Dezember 2019 gültig gewesenen und vorliegend

anwendbaren (vgl.

BGE 148 V 162 E. 3.2.1, 146 V 364 E. 7.1, 144 V 210 E. 4.3.1, je mit Hin weisen )

Fassung verjährt der Schadenersatzanspruch zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Die Arbeitgeberin kann auf die Einrede der Verjährung verzichten. Sieht das Strafrecht eine längere Frist vor, so gilt diese.

#### E. 3.2

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, 121 III 382 E. 3bb, 388 E. 3a, je mit Hinweisen). Dies trifft dann zu, wenn die Beiträge im Sinne von Art. 16 Abs. 1 AHVG verwirkt sind (vgl. beispielsweise BGE 112 V 156, 98 V 26) oder wenn ihre Entrichtung wegen Zahlungsunfähigkeit der beitragspflichtigen Arbeitgeberin nicht mehr möglich ist (vgl. beispielsweise BGE 121 V 234, 240; BGE 141 V 487 E. 2.2). Im ersten Fall gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge verwirkt sind (BGE 123 V 12 E. 5b, 168 E. 2a, 112 V 156 E. 2, 108 V 189 E. 2d,

je mit Hinweisen). Im zweiten Fall gilt der Schadenseintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können, in der Regel mit der Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins oder der Konkursöffnung über die Arbeitgeberin (BGE 136 V 268 E. 2.6 mit Hinweisen, BGE 123 V 12 E. 5b, 168 E. 2a, 113 V 256 E. 3a, 112 V 156 E. 2).

### **E. 3.3**

Die Ausgleichskasse hat in der Regel von dem Zeitpunkt an Kenntnis des Schadens, in welchem sie unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können (BGE 134 V 353 E. 1.2, 131 V 425 E. 3.1, 128 V 15 E. 2a, je mit weiteren Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 9C\_166/2017 vom 8. August 2017 E. 4.1). Die Frist zur Geltendmachung des Schadens wird in Gang gesetzt, wenn die Ausgleichskasse die für den Erlass einer Schadenersatzverfügung notwendige Kenntnis über Existenz, Beschaffenheit und wesentliche Merkmale des Schadens sowie die Person des Ersatzpflichtigen hat (BGE 128 V 10 E. 5a mit Hinweisen). In diesem Sinne zumutbare Kenntnis eines Teilschadens genügt (BGE 121 V 240 E. 3c/ bb ; Urteil des Bundesgerichts 9C\_131/2008 vom 28. Mai 2009 E. 3.3.1). Nicht erforderlich ist, dass die Höhe des Schadens ziffernmässig bereits genau festgelegt werden kann. Es reicht aus, wenn die Ausgleichskasse die voraus sichtliche Höhe des aufgrund der unbezahlt gebliebenen Beiträge zu erwartenden Verlusts abzuschätzen vermag (vgl. BGE 116 II 158 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 9C\_325/2010 vom 10. Dezember 2010 E. 2.1.1 und 9C\_166/2017 vom 8. August 2017 E. 4.1, je mit weiteren Hinweisen). 3. 4

Für die Frage nach dem Zeitpunkt der Schadenskenntnis, welche die Frist zur Geltendmachung der Schadenersatzforderung auslöst, ist - im Falle der regelmässig massgeblichen und im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) zu veröffentlichenden Auflage des Kollokationsplanes und des Inventars - auf die tatsächliche Einsichtnahme auf dem Konkursamt abzustellen oder - sofern auf diese Vorkehr verzichtet wird - auf das Ende der Auflagefrist (BGE 121 V 234).

Die fristauslösende Schadenskenntnis kann ausnahmsweise schon vor dem jeweiligen Regelzeitpunkt gegeben sein. Rechtsprechungsgemäss wird diesbezüglich ein strenger Massstab angelegt und nicht nur eine Vermutung, sondern die gesicherte Kenntnis des entstandenen Schadens verlangt (Urteile 9C\_166/2017 vom 8. August 2017 E. 4.2.1, in: SVR 2017 AHV Nr. 21 S. 71; 9C\_599/2017 vom 26. Juni 2018 E. 4.5.2; BGE 118 V 193 E. 3b; 116 V 72 E. 3c; Reichmuth, a.a.O., Rz. 823 mit weiteren Hinweisen). Eine Vorverlegung auf die Zeit vor Auflegung des Kollokationsplanes rechtfertigt sich etwa, wenn eine Ausgleichskasse anlässlich der Gläubigerversammlung vernimmt, dass ihre Forderung auf jeden Fall ungedeckt bleiben wird (BGE 118 V 193 E. 3b) . 4.

## **E. 4**

. März 201

### **E. 4.1**

). Dem kann nicht gefolgt werden. Bei den vom Konkursamt verwendeten Begriffen «voraussichtlich» und «ohne Gewähr» handelt sich um sogenannte Floskeln,

die einzig darauf hinweisen sollen, dass beim Konkursvollzug plötzlich neue Vermögenswerte auftauchen könnten. Dies ist in jedem Konkursverfahren rein theoretisch möglich (Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich AK.2013.00044 vom 30. Juni 2014 E. 2.3.2) . Beim Konkurs der Z.\_\_\_\_ GmbH

ist dieser Fall sogar eingetreten, ohne dass dies aber Konsequenzen für die vorliegend zu beurteilende n Fragen zur Schadens k enntnis und der dadurch ausgelösten Verjährungsfrist hätte (vgl. dazu E.

4. 2. 3 nachstehend).

#### **E. 4.2.1**

Zu diesen Vorbringen der Parteien ist zunächst festzuhalten, dass gemäss REICHMUTH vor der Auflage des Kollokationsplanes und des Inventars für die Ausgleichskasse in der Regel kein Anlass zur Einleitung eines Schadenersatzverfahrens besteht. Eine Ausnahme soll laut diesem Autor für diejenigen Fälle gelten, in denen die Ausgleichskasse vor dem sogenannten Regelzeitpunkt tatsächlich eine ausreichende Schadenskenntnis erhält. Dies sei zum Beispiel der Fall, wenn die Konkursverwaltung bereits vor der Auflage des Kollokationsplanes informiere, dass die Gläubiger der 2. und 3. Klasse vollständig zu Verlust kommen würden (Marco Reichmuth , Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG , Diss . Freiburg 2008, S. 202

Rz .

837 f. mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Zu ergänzen ist, dass die Beitragsforderungen gemäss AHVG, IVG und EOG zur 2. Klasse gehören (Art. 219 Abs.

4 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs, SchKG).

Der Beschwerdeführer und die Beigeladene halten dafür, dass die Beschwerdegegnerin vom Konkursamt Wallisellen bereits mit Schreiben vom 29. September 2016 (Urk.

11/403) entsprechend orientiert worden sei. Mit diesem Schreiben teilte das Konkursamt Wallisellen einleitend mit, dass das Bezirksgericht Bülach mit Urteil vom 7. Mai 2015 das summarische Verfahren angeordnet habe (Urk. 11/403/1) .

Dies deutete bereits für sich allein darauf hin, dass die Aktiven der Konkursmasse von geringem Wert sind, nämlich voraussichtlich nicht einmal die Kosten des ordentlichen Verfahrens gedeckt sind (vgl. Art. 231 Abs. 1 Ziff. 1 SchKG; Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich AK.2013.00044 vom 30.

Juni 2014 E.

2.3.2) .

Da nach führte das Konkursamt aus, dass die Gläubigerinnen und Gläubiger, anstelle einer Gläubigerversammlung, welche im summarischen Verfahren in der Regel nicht stattfinden würde (vgl. Art. 231 Abs. 3

Ziff. 1 SchKG), mit ihrem Schreiben vom 29. September 2016 orientiert würden (Urk. 11/403/1).

Daraus konnte die Beschwerdeführerin die Angaben zu einer allfälligen Konkursdividende somit unmittelbar diesem Schreiben entnehmen. Dabei konnte ihr

die Mitteilung des Konkursamtes, dass die Gläubiger in der 2. und 3. Klasse voraussichtlich vollständig zu Verlust kommen werden (Urk. 11/403/2), nicht entgangen sein. Das Konkursamt machte diese Angaben ohne Gewähr (Urk.

11/403/2).

Letzteres wurde von der Beschwerdegegnerin ebenso hervorgehoben, wie die Aussage des Konkursamtes, der Verlust werde voraussichtlich ein treten (E.

4.1). Sie ist der Ansicht, sie habe gestützt darauf noch nicht ausreichend Kenntnis vom Schaden nehmen können (E.

#### **E. 4.2.2**

Nach dem voran Ausgeführten wurde der Beschwerdegegnerin mit dem Schreiben des Konkursamtes vom 29. September 2016 (Urk. 11/403) somit unmissverständlich mitgeteilt, dass sie mit ihrer Forderung voraussichtlich vollständig zu Verlust kommen werde. Mit dem genannten Schreiben wurden die Gläubigerinnen und Gläubiger ebenfalls aufgefordert, über die Anträge der Konkursverwaltung zu Inventarpositionen und zu Passivprozessen in der Form von Zirkularbeschlüssen zu entscheiden (Urk. 11/403/2-4). Gemäss dem damit verbundenen Hinweis des Konkursamtes bedeutete Stillschweigen Zustimmung zu den Anträgen (Urk. 11/403/5). Die Beschwerdegegnerin bringt vor, für die Gläubigerinnen und Gläubiger habe noch eine Einsprache möglichkeit

bestanden (E.

4.1).

Bei den Anträgen betreffend Inventarpositionen ging es um bestrittene beziehungsweise schwer einbringliche Guthaben, Verantwortlichkeitsansprüche und Ansprüche aus einer Debitorenzession respektive einem Factoring-Vertrag. Das Konkursamt beantragte, die Konkursmasse solle auf die Geltendmachung dieser Forderungen verzichten. In seiner schlüssigen Begründung zeigte es für jeden dieser Ansprüche auf, dass sich die Durchsetzung wegen der nicht respektive kaum vorhandenen Beweismittel sowie der aufwendigen und kostspieligen Verfahren nicht lohnen würde (Urk. 11/403/2-4). Bei den Passivprozessen ging es um drei arbeitsrechtliche Forderungen. Diesbezüglich beantragte das Konkursamt im Wesentlichen, dass die Konkursmasse auf die gegen den Gemeinschuldner gerichteten Prozessverfahren nicht eintrete. Es führte weiter aus, dass die entsprechenden Forderungen der Kläger noch nicht beim Konkursamt geltend gemacht worden seien. Sofern die Forderungen bis zum Abschluss des Verfahrens geltend gemacht werden sollten, werde beantragt, die entsprechenden Forderungen des Klägers zur Kollokation anzuerkennen (Urk.

11/403/2). Und schliesslich behielt sich das Konkursamt vor, von den Gläubigerinnen und Gläubigern für die notwendig werdenden Rechtshandlungen Geld zu verlangen, sollten diese - entgegen ihren Anträgen - beschliessen, die Konkursmasse solle die erwähnten Ansprüche weiter geltend machen (Urk.

11/403/5). Diesen Ausführungen des Konkursamtes ist nichts zu entnehmen, was die Gläubigerin und Gläubiger vernünftigerweise dazu bewegt haben könnte, gegen Anträgen des Konkursamtes Einsprache zu erheben oder die Abtretung der Ansprüche nach Art. 260 SchKG zu verlangen. Zudem hätte

- und dies ist entscheidend - gemäss den begründeten Ausführungen des Konkursamtes

wegen der kaum vorhandenen Durchsetzungsmöglichkeiten über wiegend wahrscheinlich auch dann keine höhere Dividende für die Beschwerde gegnerin resultiert, wenn die genannten Ansprüche von der Konkursmasse oder einer Gläubigerin oder einen Gläubiger weiter geltend gemacht worden wäre n . Das Vorbringen der Beschwerdegegnerin, wonach noch gegen die Anträge des Konkursamtes im Schreiben vom 29. September 2016 hätte Einsprache erhoben werden können, greift somit zu kurz.

### **E. 4.2.3**

Demnach liess bereits das Schreiben des Konkursamtes vom 29.

September 2016 in jeglicher Hinsicht auf einen vollständigen Forderungsverlust der Beschwerde gegnerin schliessen. Alsdann konnte die Beschwerdegegnerin im zweiten Zirkularschreiben des Konkursamtes vom 30.

Juni 2017 nachlesen, dass der Kollokationsplan am 30.

September 2016 aufgelegt und - da keine Kollokationsklagen eingereicht worden seien - rechtskräftig wurde (Urk.

11/406/1). Mit demselben Schreiben wurde den Gläubigerinnen und Gläubigern mitgeteilt, dass noch Vermögen zum Vorschein gekommen sei. Diesbezüglich beantragte das Konkursamt, das Vergleichsangebot einer Schuldnerin der Konkursitin - bestehend in der Bezahlung von Fr.

1'500.--

für die Rückzahlung ihres Verlustscheines -

anzunehmen (Urk. 11/406/ 2 ). Mit diesem Vergleich sollte eine Forderung der Konkursitin ,

welche sich auf total Fr. 5'178.85 inklusive Zins und Kosten belief, beglichen werden (Urk. 11/406/1). Angesichts der im Schreiben vom 29. September 2016 aufgeführten Zahlen (pfandgesicherte Forderungen: Fr. 9'480.30, Forderungen der

### **E. 5**

). Gegen die ihn betreffende Schadenersatzverfügung erhob X.\_\_\_\_ am 8. November 2018 Einsprache (Urk. 11/ 447 ). Weil der Einsprecher geltend machte, die Beitragsforderungen für die Jahre 2014 und 2015 seien nicht nachvollziehbar, stellte die Ausgleichskasse seiner Rechtsvertretung mit Schreiben vom 21.

November 2018 den Bericht über die Arbeitgeberkontrolle vom 19. Mai 2015 und weitere für die Beitragsfestsetzung massgebende Unterlagen zur Stellungnahme zu (Urk. 11/449 ). Der Einsprecher liess sich mit Eingabe vom 21.

Dezember 2018 vernehmen ( Urk. 11/ 454 ).

Die Ausgleichskasse wies die Einsprache mit Einspracheentscheid vom 5. November 2021 ab (Urk. 2 ) . 2.

2.1

Dagegen erhob X.\_\_\_\_ mit Eingabe vom 6. Dezember 2021 ( Urk. 1 ) Beschwerde. Er beantragte, dass der Einspracheentscheid vom 5. November 2021 (ersatzlos) aufzuheben sei. Eventualiter sei der Einspracheentscheid aufzuheben und die Sache zu weiteren

Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzu weisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte er die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege und Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters in der Person von Rechtsanwalt Gabriel Hüni, Baden (Urk. 1 S. 2).

Der Beschwerdeführer reichte mit dieser Eingabe unter anderem das ausgefüllte Formular zur Abklärung der prozessualen Bedürftigkeit (Urk. 5) und Belege zur Substantiierung seines Gesuchs um Bewilligung der unentgeltlichen Rechtspflege (Urk. 6/9-15) ein. 2.2

Die Beschwerdegegnerin führte in ihrer Beschwerdeantwort vom 25. März 2022 insbesondere aus, dass sich der Schaden auf Fr. 73'014.05 reduziere (Urk. 10 S. 3). Deswegen beantragte sie teilweise Gutheissung der Beschwerde (Urk. 10 S. 4, unter Beilage der Kassenakten, Urk. 11/1-468). 2.3

Mit Verfügung vom

1. April 2022 wurde dem Beschwerdeführer in Bewilligung des Gesuchs vom 6. Dezember 2021 Rechtsanwalt Gabriel Hüni als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt. Mit derselben Verfügung wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und dem Beschwerdeführer Frist zur Replik angesetzt (Urk. 12). 2.4

Der Beschwerdeführer reichte mit Eingabe vom 6. Mai 2022 (Urk. 13) eine Replik ein. 2.5

Die Beschwerdegegnerin erklärte in ihrer Eingabe vom 1. Juni 2022, dass sie auf das Einreichen einer Duplik verzichte (Urk. 17). 2.6

Mit Verfügung vom 3. Juni 2022 wurde Y. \_\_\_ zum Prozess bei geladen (Urk. 19). 2.7

Die Beigeladene beantragte mit ihrer Stellungnahme vom 28. Juli 2022, dass die Beschwerde des Beschwerdeführers vom 6. Dezember 2021 gutzuheissen sei. Ferner beantragte sie, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr für die anwaltlichen Aufwendungen eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Urk. 26). Den übrigen Verfahrensbeteiligten wurde eine Kopie dieser Eingabe zugestellt (Urk. 27). 3.

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.1.1

Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften 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 solidarisch (Art. 52 Abs. 2 AHVG). 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, IVG), Erwerbsersatz- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz, EOG) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG) sowie auf jene an die Familienausgleichskassen (FAK) gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (Art. 25 lit. c FamZG). 2.

## 2.1

Die subsidiäre Haftung eines Organes nach Art. 52

Abs. 2 AHVG besteht grundsätzlich dann, wenn bei der Ausgleichskasse durch eine adäquat kausale, auf ein qualifiziert schuldhaftes Verhalten des Organs zurückzuführende Verletzung von Arbeitgeberpflichten gemäss dem AHVG und der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) ein

Schaden - bestehend aus ihr entgangenen Sozialversicherungsbeiträgen und Nebenkosten - eingetreten ist. Die zuständige Ausgleichskasse macht den Schadenersatz durch Erlass einer Verfügung geltend ( Art. 52 Abs. 4 AHVG), wobei sie die Verjährungsfristen gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG zu beachten hat. 2.2

Die eingangs wiedergegeben Haftungsvoraussetzungen müssen somit nur dann geprüft werden, von die von Beschwerdegegnerin gegenüber dem Beschwerdeführer nunmehr geltend gemachte Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 73'014.05 (Urk. 10 S. 3) bei Erlass der Verfügung

vom 2. Oktober 2018 (Urk.

11/431/1-3) noch nicht verjährt war. Es rechtfertigt sich daher, zunächst die Frage der Verjährung zu prüfen. 3.

**E. 10**

S. 4).

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