

# **BGer 9C\_330/2010 vom 18. Januar 2011**

Bundesgericht, 2011-01-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_330\\_2010](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_330_2010)

FR: TF 9C\_330/2010 du 18 janvier 2011

IT: TF 9C\_330/2010 del 18 gennaio 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen ( Art. 52 AHVG ). Nach ständiger Rechtsprechung gilt diese Haftung entgegen dem Wortlaut des Gesetzes nicht nur für die Arbeitgeber, sondern auch für die Organe von Arbeitgebern ( BGE 129 V 11 , 126 V 237, 123 V 12 E. 5b S. 15, je mit Hinweisen).

### **E. 1.2**

Die Arbeitgeber sind verpflichtet, von dem von ihnen ausgerichteten Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen, mit der Ausgleichskasse abzurechnen sowie die erforderlichen Angaben zu machen, und die Beiträge zusammen mit dem Arbeitgeberbeitrag periodisch der Ausgleichskasse zu entrichten ( Art. 14 Abs. 1 und Art. 51 AHVG , Art. 34 und 36 AHVV ). Die Missachtung dieser Pflichten verletzt Vorschriften der Versicherung im Sinne von Art. 52 AHVG .

### **E. 2**

Die Beschwerdeführer waren unbestritten in der hier zu beurteilenden Zeit Mitglieder des Verwaltungsrates und damit Organe der konkursiten Firma X. \_\_\_\_\_ AG. Eine Verletzung von Abrechnungs- oder Meldepflichten wird ihnen nicht vorgeworfen. Unbestritten ist aber, dass die veranlagten Beiträge für die Jahre 2005 bis 2007 bloss teilweise bezahlt wurden und die Ausgleichskasse durch die Verletzung der Beitragszahlungspflicht im Konkurs der Gesellschaft im geltend gemachten Ausmass zu Schaden kam. Umstritten ist, ob diese Verletzung schuldhaft erfolgte.

### **E. 3.1**

Die Haftung nach Art. 52 AHVG ist keine Kausalhaftung, sondern setzt nach dem klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes ein zumindest grobfahrlässiges Verhalten voraus ( BGE 136 V 268 E. 3 S. 274).

### **E. 3.2**

Der Begriff der Grobfahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG ist gleich zu verstehen wie im übrigen Haftpflicht- und Versicherungsrecht (Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG , 2008, S. 171 f.; Ulrich Meyer, Die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zur Arbeitgeberhaftung, in: *Temi scelti di diritto delle assicurazioni sociali*, 2006, S. 25 ff., 32; Marlies Knus, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, 1989, S. 51 f.; Ueli Kieser, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in: *Soziale Sicherheit/SBVR Bd. XIV*, 2007, S. 1297 Rz. 277). Grobfahrlässig handelt, wer eine elementare Vorsichtsmassnahme missachtet bzw. das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen

Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen ( BGE 119 II 443 E. 2a S. 448, 118 V 305 E. 2a S. 306, 112 V 156 E. 4 S. 159, 108 V 199 E. 3a S. 202 f.).

### **E. 3.3**

Ein Verhalten kann, auch wenn es objektiv rechts- bzw. vorschriftswidrig ist, nur als schuldhaft qualifiziert werden, wenn die Möglichkeit zu einem rechtmässigen Alternativverhalten überhaupt bestanden hätte. Hat jemand nur die Möglichkeit, zwischen zwei rechtswidrigen Verhaltensweisen zu entscheiden, kann ihm nicht als Verschulden vorgeworfen werden, wenn er die eine davon wählt. Das gilt auch für die Verletzung der Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG : Sie kann nur schuldhaft sein, wenn ein pflichtgemäss handelndes Organ den Schaden hätte verhindern können (Rolf Watter, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Beitragszahlungen an die AHV im Sinne von Art. 52 AHVG , AJP 1994 S. 512; Kieser, a.a.O.; Urteil H 23/06 vom 23. Februar 2007 E. 6.2.1). Die blossе Nichtbezahlung von AHV-Beiträgen mangels Liquidität darf daher nicht einem qualifizierten Verschulden gleichgesetzt werden, weil dies auf eine gesetzwidrige Kausalhaftung hinauslaufen würde ( BGE 121 V 243 E. 5 S. 244; Urteil H 84/06 vom 21. November 2006 E. 5.1).

### **E. 3.4**

Folgerichtig kann nach der Rechtsprechung die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen entschuldbar sein, wenn bei ungenügender Liquidität eine Arbeitgeberin zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere solche der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt, sofern sie auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, sie werde die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzahlen können ( BGE 108 V 183 E. 2 S. 188, bestätigt in BGE 121 V 243 ; 132 III 523 E. 4.6; ZAK 1992 S. 248 E. 4b). Eine relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes schliesst zwar ein grobes Verschulden nicht zwingend aus, kann aber für sich allein - in Abwesenheit anderer Umstände - nicht als grobfahrlässig gewertet werden ( BGE 121 V 243 E. 4b S. 244). Eine kurze Dauer bzw. "nützliche Frist" in diesem Sinne ist z.B. überschritten, wenn die Beitragszahlungspflicht über ein Jahr lang verletzt wird (Urteil 9C\_111/2007 vom 17. September 2007 E. 3.1), zumal wenn dabei kein gezieltes, auch in zeitlicher Hinsicht konkretes Sanierungskonzept vorliegt (H 34/02 vom 4. März 2004 E. 5.2) oder wenn eine Sanierung erst nach einem jahrelang defizitären Geschäftsgang erwartet werden kann (Urteil H 295/02 vom 2. Dezember 2003 E. 5.2.1). Nicht entschuldbar ist die Beitragsrückbehaltung, wenn eine Sanierung überhaupt nicht ernsthaft erwartet werden kann (Urteil H 28/84 vom 21. August 1985 E. 3).

### **E. 4.1**

Nach den Feststellungen der Vorinstanz verzeichnete die Firma X. \_\_\_\_\_ AG seit dem Jahre 2002 Verluste. Sie kam ihrer Beitragszahlungspflicht im Jahr 2004 nur schleppend, schliesslich aber doch vollständig nach, so dass sich die ausstehenden Beiträge erst auf die Jahre 2005-2007 beziehen. Die Firma bemühte sich, die Liquiditätsschwierigkeiten zu beheben und reduzierte zu diesem Zweck die Lohnsumme zwischen 2002 und 2006 um fast 60 % (von rund 4,6 auf rund 1,9 Mio. Franken); im Jahre 2004 leitete sie überdies den Verkauf der Geschäftsliegenschaft in die Wege und beschloss im selben Jahr eine operative Neuausrichtung. Die Vorinstanz stellte verbindlich ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) fest, die ins Auge gefassten Sanierungsbemühungen könnten nicht als von vornherein aussichtslos

bezeichnet werden. Sie erwog jedoch, nachdem sich der Verkauf der Liegenschaft über Jahre hingezogen habe, sei klar gewesen, dass eine Befriedigung der Forderungen der Ausgleichskasse nicht innert nützlicher Frist möglich sein würde, so dass die Firma X. \_\_\_\_\_ AG ein Verschulden im Umfang von grober Fahrlässigkeit treffe. Zum persönlichen Verhalten der Beschwerdeführer erwog sie, das Überleben der Firma X. \_\_\_\_\_ AG sei praktisch nur vom Verkauf der Liegenschaft abhängig gewesen. Da sich der Verkauf während der Jahre 2004 und 2005 nicht habe verwirklichen lassen, sei eine Beitragsrückbehaltung im Jahre 2006 nicht mehr gerechtfertigt gewesen.

#### **E. 4.2**

Aus dieser vorinstanzlichen Erwägung folgt, dass die Beitragsrückbehaltung ab 2006 schuldhaft erfolgte, e contrario aber auch, dass die Rückbehaltung im Jahre 2005 noch gerechtfertigt war. Wie die Beschwerdeführer mit Recht vorbringen, hätte mithin die Beschwerde in Bezug auf die Beiträge für das Jahr 2005 gutgeheissen werden müssen. Die Vorinstanz legt nicht dar, weshalb sie trotz anerkanntermassen nicht aussichtslosen Sanierungsbemühungen die Beschwerde vollumfänglich abweist. Das Bundesgericht kann im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen ( Art. 106 Abs. 1 BGG ) aber frei prüfen, ob der angefochtene Entscheid im Ergebnis trotzdem zutreffend ist.

#### **E. 4.3**

Die Vorinstanz stellte nicht fest, der Geschäftsleitung seien mit Bezug auf das Jahr 2005 schwerwiegende Versäumnisse vorzuwerfen, welche die Zahlungsfähigkeit der Firma negativ beeinflusst hätten; entsprechende Hinweise fehlen auch in den Akten. Die teilweise bereits im Jahr 2003 eingeleiteten Sanierungsbemühungen (markante Reduktion der AHV-pflichtigen Lohnsumme [von Fr. 4,6 Mio auf Fr. 2,1 Mio in den Jahren 2003 bis 2005] durch Senkung des Personalbestandes; konkrete Bemühungen ab Frühjahr 2004, die Hauptaktivum bildende Geschäftsliegenschaft zu verkaufen; Umsetzung der im Herbst 2004 beschlossenen operativen Neuausrichtung; E. 4.1 hievor) wurden selbst von der Vorinstanz nicht als zum Vornherein zum Scheitern verurteilt erachtet (E. 7.2 des angefochtenen Entscheides; vgl. ZAK 1986 S. 222 und Urteil H 167/00 vom 14. April 2003). Auch wenn das längerfristige Überleben der Firma (mit Blick darauf, dass die Aktiven der Firma X. \_\_\_\_\_ AG per Ende 2005 rund Fr. 13,2 Mio betragen, das Fremdkapital Fr. 15 Mio, wovon die kurzfristigen Verbindlichkeiten fast Fr. 8 Mio ausmachten) massgeblich vom raschen Verkauf der erwähnten Liegenschaft abhing, kann das Zurückbehalten der paritätischen Beiträge im Jahre 2005 insbesondere unter Berücksichtigung der damals erst vor Kurzem initiierten, breit gefächerten und nicht aussichtslosen Sanierungsbemühungen als nicht unerheblicher Faktor für die kurzfristigen Überlebenschancen der Firma bezeichnet werden (anders etwa als im Urteil H 34/02 vom 4. März 2004, wo nur vereinzelte, insgesamt nicht erfolgsversprechende Sanierungsbemühungen zu verzeichnen waren [E. 5.3] oder im Urteil H 204/93, wo die betreffende Firma noch im Jahr des Konkurses den Personalbestand erhöht hatte [weshalb das Eidgenössische Versicherungsgericht das Argument der Vorabbefriedigung der Arbeitnehmerforderungen nicht gelten liess; E. 4c]). In Anbetracht der konkreten Umstände erscheint es plausibel, dass das Zurückbehalten der paritätischen Beiträge in Höhe von fast Fr. 160'000.- es der Firma ermöglicht hat, bis zum angestrebten Verkauf der Geschäftsliegenschaft andere dringende Forderungen in vergleichbarer Höhe zu überbrücken. Der Verwaltungsrat leitete Massnahmen in die Wege, die aus Sicht der damaligen Verhältnisse zur begründeten Erwartung führten, dass der Betrieb über die

Runden gebracht werden kann, was unter den gegebenen Bedingungen als genügend angesehen werden kann (Urteil H 298/99 vom 14. Juni 2000), zumal selbst bei vorsichtiger Betrachtung in der Liegenschaft erhebliche stille Reserven stecken (so betrug der Verkehrswert der Liegenschaft nach fachkundig erstellten Bewertungen rund Fr. 16 Mio, bei einem Buchwert nach Aufwertung in der Jahresrechnung 2004 von Fr. 8'642'600.-). Bei somit realistischerweise anzunehmenden stillen Reserven von rund 7 Mio. Franken wären selbst dann die Forderungen der Gläubiger noch gedeckt gewesen, wenn der Wert der übrigen Aktiven bei einer Bilanz zu Veräusserungswerten stark reduziert worden wäre. Es kann daher nicht als pflichtwidrig bezeichnet werden, dass der Verwaltungsrat trotz der weiterhin bestehenden Liquiditätsprobleme die Unternehmung weiterführte und die unbestritten ungenügende Liquidität prioritär zur Bezahlung der dringendsten Forderungen verwendet wurde, während die Bezahlung der AHV-Beiträge nur teilweise (zu rund 43 %) erfolgte.

## **E. 5**

Anders sah die Situation hingegen Ende 2005 aus:

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführer haben selber in ihrer vorinstanzlichen Beschwerde darauf hingewiesen, im Geschäftsjahr 2005 habe sich gezeigt, dass die Neuausrichtung nicht die Erwartungen erfüllte. Der Jahresabschluss 2005 wies erneut einen Verlust (rund 1,7 Mio. Franken) und eine durch den Gläubiger-Rangrücktritt nicht mehr gedeckte Überschuldung von über 1,9 Mio. Franken aus. Dies hätte zur Benachrichtigung des Richters führen müssen ( Art. 725 Abs. 2 OR ). Der Revisionsbericht für das Jahr 2005 führte dazu aus: "Da der Verwaltungsrat aufgrund der laufenden Verkaufsverhandlungen davon ausgeht, dass die Liegenschaft kurzfristig zu einem Preis verkauft werden kann, der die Überschuldung beseitigt, hat er von der Benachrichtigung des Richters abgesehen. Kommt ein solcher Verkauf der Liegenschaft innert kurzer Frist nicht zustande, ist im Sinne von Art. 725 Abs. 2 OR der Richter zu benachrichtigen." Zwar wurde dieser Bericht erst am 26. Juni 2006 erstellt, aber die finanzielle Situation musste dem Verwaltungsrat bereits Ende 2005 bekannt sein (Urteil 5C.29/2000 vom 19. September 2000 E. 4b/cc).

### **E. 5.2**

Die Beschwerdeführer weisen an sich mit Recht darauf hin, dass der Verkauf einer Liegenschaft nicht in wenigen Monaten realisiert werden kann und dass die Rechtsprechung auch schon Verkaufsbemühungen von mehreren Jahren als nicht grobfahrlässig beurteilt hat ( BGE 108 V 183 E. 2 S. 187 f.), übersehen dabei jedoch einen ausschlaggebenden Umstand: In jenem Fall war die Firma bis zum Zeitpunkt der Konkurseröffnung nicht überschuldet gewesen. Demgegenüber war die Firma X. \_\_\_\_\_ AG bereits Ende 2004 nur dank einem Rangrücktritt nicht überschuldet und Ende 2005 trotz dieses Rangrücktritts überschuldet, so dass in diesem Zeitpunkt bereits der Gang zum Richter erforderlich gewesen wäre, zumal im Geschäftsjahr 2005 der Misserfolg der - anerkennenswerten und vorher nicht aussichtslosen - Sanierungsbemühungen bekannt war. In dieser Situation wäre höchstens noch ein Zuwarten von wenigen Wochen entschuldbar gewesen ( BGE 132 III 564 E. 5.1 S. 573; Urteile 6B\_492/2009 vom 18. Januar 2010 E. 2.2, 4C\_117/1999 vom 16. November 1999 E. 1b/aa). Der erst im Frühjahr 2006 ins Auge gefasste und im Sommer/Herbst 2006 konkretisierte Plan eines Zusammenschlusses mit der Firma Y. \_\_\_\_\_ AG kam zu spät. Zudem war die Verwirklichung dieses Plans von einem

Verkauf der Liegenschaft und der damit verbundenen Realisierung stiller Reserven abhängig. Nachdem die Verkaufsbemühungen bereits seit Frühjahr 2004 erfolglos geblieben waren, durfte auf einen kurzfristigen Erfolg nicht abgestellt werden. Zudem ergab die Jahresrechnung 2006 sogar zu Fortführungswerten eine Überschuldung von mehr als 4,5 Mio. Franken, nachdem erneut ein Jahresverlust von rund 2,6 Mio. Franken erzielt worden war. Zu Veräusserungswerten betrug die Überschuldung gar über 7,7 Mio. Franken. Selbst bei einem Verkauf der Liegenschaft wäre daher die Bezahlung der Gläubiger nicht mehr sichergestellt gewesen. In der Tat musste denn die Liegenschaft zum Preis von 11,7 Mio. Franken verkauft werden, was bloss rund 3 Mio. über dem Buchwert lag und zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichte.

### **E. 5.3**

Insgesamt ergibt sich, dass die Fortführung der Unternehmung im Jahre 2005 aufgrund der getroffenen Sanierungsmassnahmen vertretbar und die nicht vollständige Bezahlung der entsprechenden AHV-Beiträge mangels Liquidität nicht grobfahrlässig war. Demgegenüber hätte zu Beginn des Jahres 2006 bereits der Konkurs angemeldet werden müssen, so dass weitere Gläubigerausstände vermieden worden wären. Das übermässig lange Zuwarten trotz höchst ungewisser Sanierungsaussichten war grobfahrlässig. Die Beschwerdeführer haften daher für die ausstehenden Beiträge (nur) für die Jahre 2006 und 2007. Die entsprechenden Beträge ergeben sich aus den Akten und sind unbestritten.

### **E. 6**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend haben die Beschwerdeführer und die Ausgleichskasse die Gerichtskosten je zur Hälfte zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die teilweise obsiegenden Beschwerdeführer haben Anspruch auf eine Parteientschädigung, welche auf Fr. 1400.- festgesetzt wird.

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