

# **BGer 9C\_395/2024 vom 15. Oktober 2024**

Bundesgericht, 2024-10-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_395\\_2024](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_395_2024)

FR: TF 9C\_395/2024 du 15 octobre 2024

IT: TF 9C\_395/2024 del 15 ottobre 2024

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz auf Rüge hin oder von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 105 Abs. 2 und Art. 97 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie den Beschwerdeführer, der vom 20. August 2015 bis zum 6. April 2016 Verwaltungsrat der B.\_\_\_\_\_ AG war, zur Bezahlung von Schadenersatz für in der Zeit von August 2015 bis Februar 2016 entgangene Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 79'899.- verpflichtete.

### **E. 3**

Die Grundlagen der Arbeitgeberhaftung ( Art. 52 AHVG ; Art. 14 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV ) und die dazu ergangene Rechtsprechung werden im angefochtenen Urteil zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

### **E. 4**

Nach Auseinandersetzung mit den Unterlagen, insbesondere mit dem Bericht über die Arbeitgeberkontrolle vom 13. April 2018 und dem Schlussbericht der FINMA vom 2. Juni 2016, gelangte die Vorinstanz zur Überzeugung, dass die Auszahlungen der B.\_\_\_\_\_ AG zugunsten von C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ in den Jahren 2015 und 2016 massgebenden Lohn darstellten. Allerdings sei der geltend gemachte Schadensbetrag insoweit nach unten zu korrigieren, als C.\_\_\_\_\_ und E.\_\_\_\_\_ zu Unrecht ein Gewinnanteil für den Ankauf von Adressmaterial angerechnet worden sei und die als übrige Kosten geforderten Fr. 1'312.50 nicht nachvollzogen werden könnten; damit ergebe sich neu ein Schadensbetrag von Fr. 79'899.- (dessen Zusammensetzung im angefochtenen Urteil im Einzelnen dargelegt wird). Was die Frage der Verjährung anbelange, sei vom Regelzeitpunkt, d.h. hier von der Auflage des Kollokationsplanes, auszugehen. Die Kasse habe mithin am 27. November 2018 Kenntnis vom Schaden erlangt, weshalb die Frist mit dem Erlass der Schadenersatzverfügung am 28. April 2020 gewahrt sei. Der Beschwerdeführer als verantwortliches Organ habe den Schaden durch seine Passivität grobfahrlässig und schuldhaft verursacht; daran ändere auch ein allfälliges strafbares Verhalten von F.\_\_\_\_\_ nichts. Da die Haftungsvoraussetzungen erfüllt seien, habe der

Beschwerdeführer Schadenersatz in der Höhe von Fr. 79'899.- zu leisten.

### **E. 5.1**

Wie bereits im vorinstanzlichen Verfahren stellt sich der Beschwerdeführer vorab auf den Standpunkt, C.\_\_\_\_\_, D.\_\_\_\_\_, und E.\_\_\_\_\_ seien zu Unrecht als Arbeitnehmer der B.\_\_\_\_\_ AG erfasst worden. Würde korrekterweise von einer entsprechend reduzierten Lohnsumme ausgegangen, beläufte sich der Schadensbetrag lediglich auf Fr. 21'755.80.

#### **E. 5.1.1**

Betreffend C.\_\_\_\_\_ steht indessen aufgrund der vorinstanzlichen Erwägungen verbindlich fest, dass er als Verkaufsleiter der B.\_\_\_\_\_ AG dem CEO F.\_\_\_\_\_ unterstand, womit ein Unterordnungsverhältnis vorlag, und dass er ein monatliches Fixum sowie eine Provision bezog, welche Elemente nach der zutreffenden Auffassung der Vorinstanz für unselbstständige Erwerbstätigkeit sprechen. Was der Beschwerdeführer dagegen einwendet, ist unbehelflich. Dass C.\_\_\_\_\_ gemäss den beschwerdeführerischen Vorbringen vom CEO keine Weisungen erhielt, wie er die Verkaufstätigkeit ausüben, wen er kontaktieren und was er am Telefon sagen sollte, ist dem Umstand geschuldet, dass ein Verkaufsleiter naturgemäss über gewisse Spielräume in der Gestaltung seiner Arbeit verfügt, ohne dass daraus auf eine (für selbstständige Erwerbstätigkeit charakteristische) arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit geschlossen werden könnte. Nicht beigespflichtet werden kann dem Beschwerdeführer auch, soweit er ein erhebliches unternehmerisches Risiko darin erblickt, dass (nach seiner Darstellung) C.\_\_\_\_\_ nur ordentlich (d.h. mit mehr als dem bescheidenen Fixsalär) entschädigt worden sei, wenn er Käufer aufgetrieben habe. Es handelt sich dabei um eine in Arbeitsverhältnissen in Positionen, wie sie C.\_\_\_\_\_ innehatte, oft anzutreffende spezielle Form der Entlohnung, bei welcher zum Grundlohn eine Erfolgskomponente hinzutritt. Anders als ein Selbstständigerwerbender trug C.\_\_\_\_\_ damit nicht etwa das (unternehmerische) Risiko, dass von ihm eingesetztes Kapital verloren geht. Auf ein Unternehmerrisiko hindeutende Umstände (wie das Tätigen erheblicher Investitionen, die Verlusttragung, das Tragen von Inkasso- und Delkredererisiko, Unkostentragung etc.) sind weder dargetan noch sonst wie ersichtlich.

#### **E. 5.1.2**

Wie aufgrund des angefochtenen Urteils verbindlich feststeht, war D.\_\_\_\_\_ sodann die "rechte Hand" des Verkaufsleiters C.\_\_\_\_\_, womit ebenfalls ein Unterordnungsverhältnis bestand, und bezog auch er ein monatliches Fixum sowie eine Provision, weshalb die Vorinstanz zu Recht auch ihn als Unselbstständigerwerbenden betrachtete. Nicht beigespflichtet werden kann dem Beschwerdeführer, soweit er dem kantonalen Gericht vorwirft, es habe übersehen, dass D.\_\_\_\_\_ nicht bei der B.\_\_\_\_\_ AG, sondern bei der G.\_\_\_\_\_ angestellt gewesen sei, welche ihn der B.\_\_\_\_\_ AG wie einen Temporärarbeitnehmer für eine variable Provision zur Verfügung gestellt habe. Der Vorinstanz ist nicht entgangen, dass D.\_\_\_\_\_ nach den im Schlussbericht der FINMA vom 2. Juni 2016 festgehaltenen Aussagen des CEO F.\_\_\_\_\_ mit der B.\_\_\_\_\_ AG entweder direkt oder über seine Gesellschaft G.\_\_\_\_\_ abrechnete. Dabei ging sie zutreffend davon aus, dass dieser Umstand am zwischen ihm und der B.\_\_\_\_\_ AG bestehenden Arbeitsverhältnis nichts zu ändern vermag.

#### **E. 5.1.3**

Zu E. \_\_\_\_\_ stellte die Vorinstanz schliesslich verbindlich fest, dass er als Vermittler von Investoren tätig war und dafür eine Provision im Umfang von 10 bis 15 % der vermittelten Summe erhielt, wobei er jeweils direkt oder über die H. \_\_\_\_\_ GmbH abrechnete. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, E. \_\_\_\_\_ sei lediglich bei der H. \_\_\_\_\_ GmbH angestellt gewesen, widerspricht dies den im Schlussbericht der FINMA vom 2. Juni 2016 wiedergegebenen Aussagen von CEO F. \_\_\_\_\_, auf welche sich die Vorinstanz zu Recht stützte. Die unbelegten beschwerdeführerischen Behauptungen vermögen die gegenteiligen vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen nicht als offensichtlich unrichtig oder sonst wie bundesrechtswidrig erscheinen zu lassen.

### **E. 5.2**

Die beschwerdeführerischen Einwände gegen die Höhe der Schadenersatzforderung erweisen sich damit als unbegründet.

### **E. 6.1**

Streitig ist weiter, ob die Schadenersatzforderung im Zeitpunkt des Erlasses der Verfügung am 28. April 2020 bereits verjährt war, wobei hier die relative dreijährige Frist ( Art. 52 Abs. 3 AHVG [in Kraft seit 1. Januar 2020] in Verbindung mit Art. 60 Abs. 1 OR ) zur Diskussion steht (vgl. SVR 2023 AHV Nr. 7 S. 20, 9C\_429/2022 E. 5.1).

### **E. 6.2**

Die Vorinstanz verneinte den Eintritt der Verjährung mit der Begründung, es seien keine Umstände gegeben, die eine ausnahmsweise Verlegung des Zeitpunktes der Schadenskenntnis vor den massgebenden Regelzeitpunkt, d.h. hier die Auflage des Kollokationsplanes (vgl. dazu SVR 2022 AHV Nr. 12 S. 30, 9C\_260/2021 E. 4.1-4.1.2.1; 2017 AHV Nr. 21 S. 71, 9C\_166/2017 E. 4.2-4.2.1; BGE 126 V 443 E. 3), rechtfertigen würden. Die Kasse habe erst durch die Mitteilung der Konkursliquidatorin am 27. November 2018 Kenntnis vom Schaden erlangt und deshalb mit dem Erlass der Verfügung am 28. April 2020 die dreijährige Frist gewahrt.

### **E. 6.3**

Nach der Rechtsprechung kann die fristauslösende Schadenskenntnis ausnahmsweise schon vor dem jeweiligen Regelzeitpunkt gegeben sein, wobei diesbezüglich ein strenger Massstab angelegt und nicht nur eine Vermutung, sondern die gesicherte Kenntnis des entstandenen Schadens verlangt wird (SVR 2022 AHV Nr. 12 S. 30, 9C\_260/2021 E. 4.1.2.1; 2017 AHV Nr. 21 S. 71, 9C\_166/2017 E. 4.2.1; BGE 118 V 193 E. 3b; 116 V 72 E. 3c). Eine Vorverlegung auf die Zeit vor Auflegung des Kollokationsplanes rechtfertigt sich etwa, wenn die Nachlassstundung verweigert oder widerrufen wird ( BGE 128 V 15 E. 3c) oder wenn eine Ausgleichskasse anlässlich der Gläubigerversammlung vernimmt, dass ihre Forderung auf jeden Fall ungedeckt bleiben wird ( BGE 118 V 193 E. 3b). Dabei vermögen jedoch grundsätzlich nur amtliche Verlautbarungen, d.h. Äusserungen der Konkursverwaltung oder des Sachwalters, nicht jedoch Angaben Dritter über den zu erwartenden Verlust die relative Verjährungsfrist bereits vor Auflegung des Kollokationsplanes in Gang zu setzen (SVR 2011 AHV Nr. 13 S. 42, 9C\_325/2010 E. 2.1.2 in fine; Urteil 9C\_407/2011 vom 26. Juli 2011 E. 2.2 in fine).

### **E. 6.4**

Der Beschwerdeführer geht von einem Beginn des Fristenlaufs Ende Januar 2017 aus, weil der Kasse bereits damals (jedenfalls aber spätestens zwei Monate nach der

"vor-Ort-Kontrolle") alle wesentlichen Elemente bekannt gewesen seien, so der Konkurs, die hohe Überschuldung der B.\_\_\_\_\_ AG und die Aussichtslosigkeit, die geschuldeten Beiträge bzw. den grössten Teil davon noch einfordern zu können. Dabei leitet er die Schadenskenntnis ab aus den Informationen, welche die Kasse im Rahmen der im Januar 2017 durchgeführten Arbeitgeberkontrolle erhältlich machen konnte, und den sich aus dem Schlussbericht der FINMA vom 2. Juni 2016 ergebenden Angaben zu Aktiven und Passiven der B.\_\_\_\_\_ AG. Allerdings vermochte sich die Ausgleichskasse anlässlich der Arbeitgeberrevision erst ein Bild über die ausstehenden Beiträge zu verschaffen, ohne dass sie hätte erkennen können, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich diese dereinst als uneinbringlich erweisen würden. Ebenso wenig äusserte sich zu dieser Frage der Schlussbericht der FINMA vom 2. Juni 2016, denn dieser hatte nicht die konkursrechtliche Kollokation von Forderungen zum Gegenstand (abgesehen davon fand er nach den verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen erst mit der Einsprache vom 29. Mai 2020 Eingang in die beschwerdegegnerischen Akten). Bei dieser Sachlage war für die Kasse Ende Januar 2017 nicht absehbar, ob und in welchem Umfang ihre Forderungen gegenüber der B.\_\_\_\_\_ AG im Konkursverfahren ungedeckt bleiben würden. Mit anderen Worten hatte sie damals noch keine gesicherte Kenntnis vom entstandenen Schaden, was aber gemäss der in E. 6.3 dargelegten Rechtsprechung vorausgesetzt wäre, um diesen vor der Auflage des Kollokationsplanes liegenden Zeitpunkt als fristauslösend zu betrachten.

#### **E. 6.5**

Nach dem Gesagten erkannte die Vorinstanz bundesrechtskonform, dass die Schadenersatzforderung nicht verjährt ist.

#### **E. 7**

Zu prüfen bleibt schliesslich, was in der Beschwerde im Abschnitt mit der Überschrift "3. Zur Frage der absoluten Solidarität" (Rz. 91-124) vorgebracht wird.

#### **E. 7.1**

Die Ausführungen in diesem Abschnitt entsprechen (mit Ausnahme einer Kurzfassung des angefochtenen Urteils [Rz. 91], der auf dessen Aufhebung lautenden Schlussfolgerung [Rz. 124], der geringfügig abweichenden Gliederung, einer weggelassenen Passage und kurzer Hinweise auf das vorinstanzliche Urteil [Rz. 94, 99 und 101]) praktisch wortwörtlich den in der kantonalen Beschwerdeschrift unter dem Titel "4. Verschulden" (Rz. 69-99) enthaltenen Vorbringen; eine Auseinandersetzung mit den diesbezüglichen vorinstanzlichen Erwägungen findet nicht statt. Da die Eingabe insoweit den Begründungsanforderungen des Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG nicht genügt, erübrigt es sich, auf diese letztinstanzlich lediglich wiederholten Ausführungen näher einzugehen (vgl. dazu BGE 145 V 161 E. 5.2 mit weiteren Hinweisen). Soweit der Beschwerdeführer vereinzelt Bezug auf das angefochtene Urteil nimmt, erweisen sich seine Vorbringen allesamt als unbegründet. So wirft er der Vorinstanz in Rz. 94 zu Unrecht vor, nicht berücksichtigt zu haben, dass er die Geschäftsführung an den Mitverwaltungsrat F.\_\_\_\_\_ delegiert habe, denn die Vorinstanz nahm dazu in E. 6.2 ihres Urteils ausführlich Stellung. Weiter beschränkt er sich in Rz. 99 darauf, die Wiedergabe der Rechtsprechung im angefochtenen Urteil zu kritisieren mit den Worten "So erneut der Vorentscheid.", was keine sachliche Auseinandersetzung darstellt. In Rz. 101 rügt er schliesslich, die Vorinstanz habe zur Ungerechtigkeit, die aus seinem "Herauspicken" als Haftendem resultiere, nicht Stellung genommen. Dabei übersieht er, dass ihm im angefochtenen Urteil unter Hinweis auf BGE 109 V 86 E. 10 und

108 V 189 E. 3 korrekt entgegengehalten wurde, es entspreche dem Wesen der Solidarhaftung, dass sich das ins Recht gefasste Organ nicht auf eine rechtsungleiche Behandlung berufen könne.

#### **E. 7.2**

Das angefochtene Urteil erweist sich mithin auch in diesem Punkt als bundesrechtskonform.

#### **E. 8**

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz kein Bundesrecht verletzte, indem sie den Beschwerdeführer zur Leistung von Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 79'899.- verpflichtete.

#### **E. 9**

Der Beschwerdeführer stellte formell keinen Antrag auf aufschiebende Wirkung, führte in der Beschwerdebegründung aber aus, dass es sich nicht rechtfertige, seiner Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sollte darin ein entsprechendes Gesuch zu erblicken sein, wäre es mit diesem Urteil gegenstandslos geworden.

#### **E. 10**

Die Gerichtskosten werden dem unterliegenden Beschwerdeführer auferlegt ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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