

BGer 9C_538/2019 vom 19. Juni 2020

Bundesgericht, 2020-06-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_538_2019

FR: TF 9C_538/2019 du 19 juin 2020

IT: TF 9C_538/2019 del 19 giugno 2020

Erwägungen

E. 1.1

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

E. 1.2

Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen vor Bundesgericht nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Dies ist in der Beschwerde näher darzulegen (BGE 134 V 223 E. 2.2.1 S. 226; 133 III 393 E. 3 S. 395). Art. 99 Abs. 1 BGG verbietet es aber nicht, vor Bundesgericht eine neue rechtliche Argumentation vorzubringen, vorausgesetzt, dass dieser die Sachverhaltsfeststellungen im angefochtenen Urteil zugrundegelegt werden oder sie sich auf bereits aktenkundige Tatsachen abstützen lässt (BGE 136 V 362 E. 4.1 S. 366 f.).

E. 2

Zu prüfen ist, ob das kantonale Gericht Bundesrecht verletzt hat, indem es eine Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers über Fr. 1'034'035.15 gestützt auf Art. 52 AHVG bejahte.

E. 2.1

Die Vorinstanz erwog, die Höhe der Schadenersatzforderung sei aufgrund der Akten der Ausgleichskasse, insbesondere der Beitragsübersicht und des Kontoauszugs vom 23. November 2017, substantiiert dargelegt. Eine doppelte Abrechnung der Beiträge durch die B._____ AG und Franchisenehmer könne ausgeschlossen werden und die der Schadenersatzforderung zugrunde liegenden Lohnabrechnungen der B._____ AG enthielten auch keine fingierten Lohnauszahlungen an fiktive Arbeitnehmer.

Der angefochtene Entscheid stellte weiter verschiedene Pflichtverletzungen der B._____ AG fest. Diese habe zwar in den Jahren 2009 bis August 2011 Löhne von Fr. 15'367'723.60 ausbezahlt, sei jedoch Sozialversicherungsbeiträge schuldig geblieben. Zudem seien die Lohndeklarationen 2009, 2010 und 2011 verspätet erfolgt und die B._____ AG habe auch wesentliche Änderungen der Lohnsummen 2010 und 2011 verspätet gemeldet.

An den Verletzungen der Meldepflicht treffe den Beschwerdeführer ein Verschulden, habe er die massive Lohnsummenerhöhung nicht gekannt und für deren fristgerechte und vollständige Abrechnung nicht gesorgt, womit er seinen Kontrollpflichten zu wenig nachgekommen sei. Weiter habe sich der Beschwerdeführer angesichts der Überschuldung und Illiquidität der Gesellschaft sowie der ihm bekannten hohen Beitragsausstände nicht über deren korrekte Erfüllung informiert und die nötigen Massnahmen zu ihrer Begleichung getroffen. Es sei, abgesehen von kurzfristigen Ausständen, grob fahrlässig, Löhne zu bezahlen, wenn die darauf geschuldeten AHV-Beiträge nicht gedeckt seien. Dies ziehe eine volle Schadenersatzpflicht nach sich, sofern die übrigen Haftungsvoraussetzungen erfüllt seien.

Ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten des Beschwerdeführers und dem der Ausgleichskasse entstandenen Schaden sei zu bejahen, denn wäre die B. _____ AG unter der Mitverantwortung des Beschwerdeführers ihren Arbeitgeberpflichten nachgekommen und wären Löhne nur soweit ausbezahlt worden, als die darauf geschuldeten Abgaben bei Fälligkeit hätten beglichen werden können, wäre der Schaden nicht eingetreten.

E. 2.2

Der Beschwerdeführer bringt dagegen vor, bei seinem Eintritt als Verwaltungsrat sei die B. _____ AG bereits mit Fr. 1'200'000.- überschuldet gewesen und der Schaden der Beschwerdegegnerin habe sich schon auf Fr. 747'813.25 belaufen. Dies habe die Vorinstanz nicht festgestellt. Für den bereits eingetretenen Schaden habe das kantonale Gericht in Verletzung von Art. 52 AHVG die adäquate Kausalität bejaht, bestehe bei Überschuldung und Illiquidität einer Gesellschaft doch keine Haftung eines neuen Verwaltungsrates. Ferner seien die vorinstanzlichen Feststellungen zum Gesamtschaden offensichtlich falsch, da dieser betreffend die Jahre 2009 bis 2011 auf zu hohen und gar nicht geschuldeten Lohnbeiträgen beruhe. Zudem liege auch für den übrigen Schaden kein adäquater Kausalzusammenhang und schuldhaftes Verhalten des Beschwerdeführers vor, wäre ein Schaden doch gar nicht eingetreten, wenn ein anderer Verwaltungsrat der B. _____ AG (C. _____) der Gesellschaft keine Gelder durch Veruntreuung entzogen hätte.

E. 3

Die einzelnen Haftungsvoraussetzungen nach Art. 52 Abs. 1 (und Abs. 2 erster Satz) AHVG (Organschaft, Schaden, Widerrechtlichkeit [Missachtung von Vorschriften betreffend die Pflicht zur Abrechnung und Bezahlung der Beiträge], Verschulden und adäquater Kausalzusammenhang zwischen vorwerfbarem Verhalten und eingetretenem Schaden) wurden im angefochtenen Entscheid grundsätzlich richtig wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

Zu ergänzen ist, dass ein neues Verwaltungsratsmitglied die Pflicht hat, für die Bezahlung der vor und während seiner Verwaltungsrats Tätigkeit angefallenen Beitragsschulden besorgt zu sein. Entsprechend haftet er grundsätzlich für die laufenden wie auch die bereits vor Aufnahme seines Mandats fälligen Sozialversicherungsabgaben (BGE 126 V 61 E. 4a S. 61 f.; 119 V 401 E. 4c S. 407 f.; Urteil 9C_841/2010 vom 22. September 2011 E. 4.3). Ein neuer Verwaltungsrat haftet aber nicht für den der Ausgleichskasse vor seinem Eintritt zugefügten Schaden, weil dieser bereits eingetreten war, ohne dass der neue Verwaltungsrat daran noch etwas ändern konnte (BGE 119 V 401).

E. 4

Der Beschwerdeführer macht zunächst geltend, die Vorinstanz habe korrekt festgestellt, dass die B._____ AG überschuldet und illiquide gewesen sei, indessen habe sie darauf verzichtet, die Höhe des eingetretenen Schadens im Zeitpunkt der Aufnahme seiner Organtätigkeit festzusetzen. Die B._____ AG sei dannzumal bereits überschuldet resp. "im Ergebnis zahlungsunfähig" gewesen; der Richter hätte angesichts der finanziellen Lage der B._____ AG schon Ende 2008 angerufen und der Konkurs eröffnet werden müssen. Er hafte deshalb nicht für Lohnbeiträge, die vor seinem Tätigkeitsbeginn aufgelaufen seien.

E. 4.1

Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung sind zu unterscheiden (BGE 130 V 196 E. 6.3 S. 211; vgl. auch BGE 137 V 446 E. 6.3.3.3 S. 457).

Zahlungsunfähigkeit besteht, wenn ein Schuldner dauerhaft seinen finanziellen Verpflichtungen nicht nachkommen kann. In einem solchen Fall kann ein Gläubiger nicht mehr auf Zahlung hoffen (BGE 137 II 353 E. 5.2.1 S. 357 mit Hinweisen). Zahlungsunfähigkeit liegt vorab dann vor, wenn Verlustscheine bestehen, der Konkurs eröffnet ist oder ein Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung abgeschlossen wurde. Sie wird ferner anerkannt, wenn andere schlüssige Merkmale nachgewiesen werden, die das dauernde Unvermögen einer Person belegen, ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen, so z.B. wenn die Person auf unbestimmte Zeit nicht über ausreichende Mittel verfügt, um ihre fälligen Verpflichtungen zu erfüllen. Andererseits ist bei einem kurzfristigen finanziellen Engpass noch keine Zahlungsunfähigkeit gegeben; es muss sich um einen dauerhaften Zustand handeln (Urteil 2C_709/2008 vom 2. April 2009 E. 4.2; vgl. auch BGE 137 V 446 E. 6.3.3.3 S. 457).

Eine Überschuldung besteht demgegenüber, wenn die Forderungen der Gesellschaftsgläubiger weder zu Fortführungs- noch zu Veräusserungswerten gedeckt sind (Art. 725 Abs. 2 Satz 2 Teilsatz 1 OR; BGE 137 V 446 E. 6.3.3.3 S. 457).

E. 4.2

Gemäss BGE 119 V 401 E. 4c S. 407 f. ist ein Schaden vorbestehend, wenn die Gesellschaft bereits vor Eintritt des neuen Mitglieds in den Verwaltungsrat zahlungsunfähig ("insolvent") war. Nach diesem Urteil E. 4b S. 406 f. ist die Überschuldung ein Indiz für die Zahlungsunfähigkeit (vgl. auch Urteile des Eidg. Versicherungsgerichts H 213/03 vom 9. Februar 2004 E. 5.1, H 69/02 vom 7. Januar 2004 E. 3.3, H 436/99 vom 30. März 2001 E. 3a). Das Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 3/02 vom 4. Juli 2002 E. 2b hält zwar fest, nach der Rechtsprechung treffe das neu in den Verwaltungsrat einer AG eintretende Mitglied keine Ersatzpflicht, wenn in diesem Zeitpunkt der Schaden zufolge "Überschuldung" des Unternehmens bereits entstanden ist. Ob und inwieweit es sich dabei lediglich um eine unpräzise Wiedergabe des in BGE 119 V 401 Gesagten handelt, zumal nähere Erörterungen fehlen und ausschliesslich auf den besagten Bundesgerichtsentscheid verwiesen wird (so übrigens auch BGE 132 III 523 E. 4.6 S. 530), kann jedoch offen bleiben (vgl. dazu nachfolgende E. 4.3 und 4.4). Anzumerken ist jedenfalls, dass BGE 119 V 401 resp. die darin stipulierte Voraussetzung der Zahlungsunfähigkeit - mit Blick auf die Frage eines vorbestehenden Schadens - in der jüngeren Rechtsprechung des höchsten Gerichts weiterhin Anwendung findet (z.B. Urteil 9C_841/2010 vom 22. September 2011 E. 4.3).

E. 4.3.1

Die Vorinstanz hielt einerseits fest, die B._____ AG sei zahlungsunfähig gewesen, andererseits führt sie aus, die Gesellschaft sei in den Jahren 2009 bis 2011 (August 2011) in der Lage gewesen, Lohnzahlungen von insgesamt Fr. 15'367'723.60 auszurichten. Diese Lohnzahlungen bis in das Jahr 2011 (und weiterer Vergütungen, wie etwa die Rückzahlung eines Darlehen von Fr. 100'000.- an einen anderen Verwaltungsrat Ende des Jahres 2009) belegen, dass die B._____ AG nach dem Eintritt des Beschwerdeführers als Verwaltungsrat (27. November 2008) den Betrieb noch über mehrere Jahre fortsetzen konnte. Die vorinstanzliche Feststellung zur Zahlungsunfähigkeit bezieht sich somit offensichtlich nicht auf die Situation der B._____ AG, als der Beschwerdeführer sein Mandat am 27. November 2008 aufgenommen hat, und diesem kann nicht gefolgt werden, die B._____ AG sei bereits Ende des Jahres 2008 "im Ergebnis zahlungsunfähig" gewesen. Dies gilt umso mehr, als auch in den bei den Akten liegenden Jahresrechnungen per 31. Dezember 2008 und 31. Dezember 2009 "nur" von Liquiditätsproblemen und einer angespannten Liquidationssituation die Rede ist; ebenso in der Zwischenbilanz per 30. Juni 2010. Per 30. Juni 2011 wird wohl davon gesprochen, dass die B._____ AG unbedingt zu neuen liquiden Mitteln kommen muss. (Komplette) Illiquidität wurde aber auch dannzumal nicht attestiert. Tatsache ist demgegenüber, dass die Konkursöffnung vom 20. April 2012 infolge Insolvenz gemäss Art. 190 SchKG erteilt wurde.

E. 4.3.2

Gleichermassen verhält es sich hinsichtlich der von der Vorinstanz festgestellten Überschuldung: Sie bezieht sich nicht auf den vom Beschwerdeführer behaupteten Zeitpunkt. Betreffend das Geschäftsjahr 2008 bezeichnete die Revisionsstelle die B._____ AG wohl als überschuldet. Diese Aussage basiert aber auf einer Bewertung der Bilanz zu Fortführungswerten. Dass die Forderungen der Gläubiger im 2008 auch zu Veräusserungswerten nicht gedeckt waren, ist nicht nachgewiesen. Der Beschwerdeführer hielt in seiner vorinstanzlichen Stellungnahme vom 12. Dezember 2013 selber fest, der entsprechende Revisionsbericht habe aufgezeigt, dass die Forderungen der Gläubiger zu Veräusserungswerten gedeckt seien.

E. 4.4

Zusammengefasst steht fest, dass im Zeitpunkt der Amtsübernahme des Beschwerdeführers (vgl. Sachverhalt lit. A) - mangels gegebener Zahlungsunfähigkeit der B._____ AG - kein Schaden vorbestand. Ebensowenig hat der Beschwerdeführer seine Tätigkeit als Verwaltungsrat bei einer bereits überschuldeten Gesellschaft aufgenommen, mithin sich die Frage nach einer diesbezüglichen Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs auch aus diesem Grund nicht stellt.

E. 5

Der Beschwerdeführer beanstandet weiter die Höhe der Schadenersatzforderung. Er bringt unter Hinweis auf den strafrechtlichen Entscheid des Bezirksgerichts D._____ vom 3. Januar 2018 gegen C._____ (Geschäftsführer und Verwaltungsrat der B._____ AG) vor, die Ausgleichskasse habe die Beiträge auf einer zu hohen Lohnsumme erhoben, weil dieser Veruntreuungen mit fiktiven Lohnzahlungen getarnt habe. Es bestehe damit der Verdacht, dass der Ausgleichskasse zu hohe Lohnsummen gemeldet worden seien. Die Vorinstanz hätte deshalb die Akten des Strafverfahrens beziehen müssen.

E. 5.1

Wie der Beschwerdeführer vor Vorinstanz selbst ausführte, sind die Buchhaltung der B._____ AG nur noch in rudimentärer Form vorhanden und die Belege unauffindbar. Aus diesem Umstand muss geschlossen werden, dass aus dem Beizug der Strafakten keine weiteren Erkenntnisse über die von der B._____ AG gemeldeten Löhne erlangt werden können. Die Vorinstanz hat daher zu Recht auf den Beizug der Strafakten verzichtet (Urteil 8C_831/2019 vom 13. Februar 2020 E. 3.2.1 mit Hinweisen).

E. 5.2

Das kantonale Gericht stellte fest, die der Schadenersatzforderung zugrundeliegenden Lohnabrechnungen der B._____ AG enthielten keine fingierten Lohnzahlungen an fiktive Arbeitnehmer. Dies stimmt mit der Auskunft des im Strafverfahren gegen C._____ zuständigen Staatsanwalts vom 26. September 2016 überein, wonach jener ausgesagt habe, die fiktiven Löhne seien bei der Ausgleichskasse nicht deklariert worden. Dieses Aussageverhalten von C._____ ist glaubwürdig. Denn als solidarisch haftender Schuldner gegenüber der Ausgleichskasse (vgl. Verfügung vom 20. Dezember 2011, Einspracheentscheid vom 29. Januar 2013, Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich AK.2013.00010 vom 26. Januar 2016) hat er ebenfalls ein Interesse, die deklarierte Lohnsumme der B._____ AG und damit seine eigene Schadenersatzverpflichtung zu reduzieren. Am 31. März 2017 legte der Staatsanwalt zudem dar, dass sich die "Lohnzahlungen" an C._____ keinen realen Mitarbeitern der B._____ AG oder Franchiseunternehmen zuordnen liessen. Nachdem gemäss der Beschwerdegegnerin die Erhebung von Beiträgen basierend auf fiktiven Arbeitnehmern systembedingt nicht möglich ist, bestehen aufgrund der Akten keine Anhaltspunkte, welche den Verdacht des Beschwerdeführers stützt, die Ausgleichskasse habe auf veruntreuten, als Lohnzahlungen getarnten Geldern Sozialversicherungsbeiträge erhoben. Die vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen hierzu sind nicht willkürlich. Es gibt daher keinen Grund, die Sozialversicherungsbeiträge neu festzusetzen bzw. auf die formell rechtskräftigen Beitragsverfügungen zurückzukommen.

E. 6

Der Beschwerdeführer meint schliesslich, der Schaden wäre nicht eingetreten, wenn C._____ keine Gelder veruntreut hätte.

E. 6.1

Rechtsprechungsgemäss fällt eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens eines solidarisch Haftpflichtigen 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 (BGE 141 V 51 E. 8.3 S. 68; SVR 2016 AHV Nr. 15 S. 42, 9C_66/2016 E. 5.4 mit Hinweis).

E. 6.2

Eine solche Konstellation liegt hier nicht vor. Anders als in dem in der Beschwerde angerufenen Urteil 9C_152/2009 vom 18. November 2009 wusste der Beschwerdeführer gemäss den verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz (vgl. E. 1.1; Urteil 8C_31/2007 vom 25. September 2007 E. 3.2, nicht publ. in: BGE 133 V 640) um die Liquidationsprobleme und die Beitragsausstände der Gesellschaft. Mit anderen Worten

bestand Handlungsbedarf. Trotzdem wurde der Beschwerdeführer, wie auch das kantonale Gericht festhielt, nicht zielgerichtet tätig. Die sich in finanziellen Problemen befindende Gesellschaft sollte zwar durch einen Verkauf eines Geschäftsteils saniert werden. Ein entsprechender Kaufvertrag wurde dann auch abgeschlossen und die Käuferin übernahm per 16. März 2011 einen Geschäftsteil der B._____ AG zu Fr. 980'000.-. Der Verkauf erfolgte aber bargeldlos resp. der Kaufpreis blieb als Forderung "stehen", wobei die Revisionsstelle feststellte, dass fraglich sei, ob die Käuferin in der Lage sein werde, den Kaufpreis innert vernünftiger Frist zu bezahlen (Bericht der Revisionsstelle vom 10. August 2011). Auch wenn bei der gerichtlichen Beurteilung der Sanierungsmassnahmen Zurückhaltung geboten ist (Urteil 4A_306/2009 vom 8. Februar 2010 E. 7.2.4), liess dieser Verkauf eine dauerhafte finanzielle Gesundung und Wiederherstellung der Ertragskraft der B._____ AG nicht als wahrscheinlich erwarten. Die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen wegen ungenügender Liquidität kann nur entschuldbar sein, wenn auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage angenommen werden darf, die geschuldeten Beiträge könnten innert nützlicher Frist nachbezahlt werden (SVR 2011 AHV Nr. 14 S. 49, 9C_330/2010 E. 3.3). Ebenso wenig hat der Beschwerdeführer dafür gesorgt, dass bei den fortgesetzten Lohnzahlungen die darauf ex lege geschuldeten paritätischen Beiträge abgeliefert und nicht für andere Zwecke verwendet werden (vgl. E. 4.3.1 vorne). Die Sichtung von Unterlagen, Reportings und Stichproben bei den Lohnabrechnungen genügen in einer Situation wie der vorliegenden nicht (SVR 2016 AHV Nr. 15 S. 42, 9C_66/2016 E. 5.4). Unter den gegebenen Umständen kann - auch wenn C._____ Gelder in nicht unerheblicher Höhe veruntreut haben soll - nicht davon gesprochen werden, dass das Fehlverhalten des Beschwerdeführers eindeutig in den Hintergrund tritt. Der Hypothese des Beschwerdeführers, der Schaden wäre ohnehin eingetreten und ihn treffe daran kein Verschulden, kann nicht gefolgt werden.

E. 7

Die Beschwerde ist unbegründet und abzuweisen.

E. 8

Mit dieser Entscheidung in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos (SVR 2011 BVG Nr. 4 S. 13, 9C_262/2010 E. 6).

E. 9

Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

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