

# **BGer 9C 647/2009 vom 15. April 2010**

Bundesgericht, 2010-04-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_647\\_2009](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_647_2009)

FR: TF 9C 647/2009 du 15 avril 2010

IT: TF 9C 647/2009 del 15 aprile 2010

## **Regeste**

Alters- und Hinterlassenenversicherung (Haftung des Arbeitgebers, Verwirkung, Verschulden, Schaden) | Alters- und Hinterlassenenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Der vorinstanzliche Entscheid verpflichtet die Beschwerdeführer zur Bezahlung von Schadenersatz nach Art. 52 AHVG (seit 1. Januar 2003: Art. 52 Abs. 1 AHVG) in der Höhe von Fr. 314'811.90 in solidarischer Haftbarkeit.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführer bringen vor Bundesgericht erstmals vor, seit der Ablehnung der 11. AHV-Revision in der Volksabstimmung vom 16. Mai 2004 bestehe keine gesetzliche Grundlage für eine subsidiäre Haftung der Organe von Arbeitgebern. Dieser Einwand ist schon deshalb nicht stichhaltig, weil sich die streitige Schadenersatzpflicht in zeitlicher Hinsicht maximal bis zur Konkurseröffnung vom 6. August 2003 erstrecken kann. In diesem Zeitpunkt hatte sich aber der für die Rechtsanwendung massgebende, zu Rechtsfolgen führende Sachverhalt längst verwirklicht (BGE 130 V 445 E. 1.2.1 S. 447 mit Hinweisen; Urteil 9C\_833/2009 vom 4. Februar 2010 E. 3.1). Abgesehen davon bedeutete der negative Volksentscheid einzig, dass die vorgesehenen Änderungen und Neuerungen nicht Gesetz wurden. Mit Bezug auf die Organhaftung im Rahmen der AHV sollte jedoch gerade nichts geändert werden. Vielmehr sah die - vom Parlament bereits verabschiedete - Vorlage vor, die geltende Rechtsprechung zur Organhaftung im Gesetz zu verankern (vgl. BGE 129 V 11 E. 3.3 S. 13).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführer machen wie schon im vorinstanzlichen Verfahren geltend, der Schadenersatzanspruch sei verjährt. Der Verwaltungsrat und die für die Buchhaltung zuständige Person hätte die Ausgleichskasse direkt laufend über den finanziellen Zustand der Gesellschaft orientiert. Diese habe somit im Zeitpunkt der Konkurseröffnung gewusst, dass ihre Forderung ungedeckt bleibe. Sie habe daher spätestens bei Erlass der Nachzahlungsverfügung vom 13. November 2003 gestützt auf die Arbeitgeberkontrolle vom 4. November 2003 Kenntnis vom Schaden gehabt.

#### **E. 3.1**

Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls fünf Jahre nach Eintritt des Schadens (Art. 52 Abs. 3 Satz 1 AHVG). Nach der Rechtsprechung besteht im Falle eines Konkurses in der Regel erst mit der Auflage von Kollokationsplan und Inventar ausreichende

Schadenskenntnis (Urteil 9C\_704/2007 vom 17. März 2008 E. 5.1, nicht publiziert in BGE 134 I 179, aber in SVR 2008 FL Nr. 1 S. 1; BGE 129 V 193 E. 2.3 S. 195). Ausnahmsweise kann u.a. die im Konkurs von Gesetzes wegen durchzuführende Arbeitgeberkontrolle (vgl. Art. 162 Abs. 1 AHVV in der bis 31. Dezember 2007 gültig gewesenen Fassung in Verbindung mit Art. 68 Abs. 4 AHVG) eine Schadenskenntnis begründen und die relative einjährige Verjährungsfrist nach Art. 52 Abs. 3 AHVG in Gang setzen. Ausschlaggebend ist, dass nach den konkreten Umständen vom Verwertungsverfahren offensichtlich keine (weitere) Befriedigung erwartet werden kann (vgl. BGE 126 V 443 E. 4c S. 449; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 211/04 vom 17. März 2005 E. 4.2.2 mit Hinweisen).

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat eine Schadenskenntnis vor Auflage des Kollokationsplans verneint. Das Liquidationsergebnis habe bei Anordnung des summarischen Verfahrens noch keineswegs definitiv festgestanden. Es habe für einen Teil der Aktiven (Waren, Geräte, Einrichtungen) ein Kaufangebot zum Preis von Fr. 200'000.- vorgelegen. Ein anderer Teil der vorhandenen Aktiven sollte gemäss Darstellung in der Beschwerde freihändig veräussert werden. Die Beschwerdeführer legen nicht dar, inwiefern diese Feststellungen offensichtlich unrichtig sein sollen. Der daraus gezogene Schluss, die Ausgleichskasse habe im Zeitpunkt der Publikation des summarischen Konkurses am .... 2003 noch nicht hinreichende Kenntnis vom Schaden gehabt, verletzt kein Bundesrecht. Im Übrigen vermochte auch die angebliche Äusserung eines verantwortlichen Organs der konkursiten Firma gegenüber der Ausgleichskasse, dass allfällige offene Beitragsforderungen keine Aussicht auf Befriedigung hätten, keine vorzeitige Schadenskenntnis zu begründen (vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 328/03 vom 21. September 2004).

### **E. 4**

Der Ausgleichskasse ist als Folge der Missachtung der Vorschriften betreffend die Pflicht zur Abrechnung und Bezahlung der paritätischen Beiträge ( Art. 14 Abs. 1 AHVG und Art. 34 ff. AHVV ) durch die konkursite Firma ein Schaden entstanden. Das ist unbestritten. Dieses Verhalten ist den verantwortlichen Organen grundsätzlich als qualifiziertes Verschulden zuzurechnen ( BGE 121 V 243 E. 4b S. 244), was die volle Schadenersatzpflicht nach sich zieht (Urteil 9C\_152/2009 vom 18. November 2009 E. 5.2), sofern der Schaden in einem adäquaten Kausalzusammenhang damit steht und keine Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe gegeben sind ( BGE 119 V 401 E. 4a S. 406; 108 V 199 E. 1 S. 201). Ob die Beschwerdeführer als verantwortliche Organe ihres in Konkurs gefallenen Arbeitgebers ihren Sorgfaltspflichten in Bezug auf die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge hinreichend nachgekommen sind, ist in Würdigung der gesamten Umstände zu beurteilen (Urteile des Eidg. Versicherungsgerichts und H 211/04 vom 17. März 2005 E. 6.1 und H 263/02 vom 6. Februar 2003 E. 4.3).

### **E. 4.1**

Die Vorinstanz hat die Akten sowie die Vorbringen in den Rechtsschriften der Parteien einer einlässlichen Würdigung unterzogen. Aufgrund des Beweisergebnisses hat sie ein grobfahrlässiges, für den Eintritt des Schadens adäquat kausales Verhalten der ins Recht gefassten ehemaligen Verwaltungsräte der konkursiten Firma bejaht und das Vorliegen von Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründen insbesondere im Sinne der Nichtbezahlung von Beiträgen zur Rettung eines Unternehmens, welches sich in einer schwierigen finanziellen Lage befindet ( BGE 108 V 184 E. 2 S. 187 ff.; ZAK 1992 S. 246, H 97/90, E. 4b), verneint.

## **E. 4.2**

Was in der Beschwerde dagegen vorgebracht wird, stellt weitgehend eine lediglich andere Gewichtung der Umstände dar, ohne dass dargelegt wird, inwiefern die Vorinstanz Beweiswürdigungsregeln verletzt, die Beweise willkürlich gewürdigt oder die Subsumtion des festgestellten Sachverhalts unter die einschlägigen Rechtsnormen nicht korrekt vorgenommen hat, insbesondere dabei von einem unrichtigen Verständnis der Rechtsbegriffe ausgegangen ist (Urteil 8C\_9/2009 vom 10. November 2009 E. 1). Die Beschwerdeführer haben nicht nur während einer kurzen Dauer oder eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses die Beiträge nicht bezahlt, was allenfalls zur Verneinung einer Grobfahrlässigkeit führen könnte ( BGE 124 V 253 , 121 V 243), sondern während mehreren Jahren beträchtliche Beitragsausstände akkumulieren lassen.

### **E. 4.2.1**

Insbesondere bestreiten die Beschwerdeführer nicht, dass es möglich gewesen wäre, das überwiegend für die Rückführung von Beitragsausständen bestimmte Darlehen von Fr. 365'000.-, welches die Hausbank entgegen anders lautender Vereinbarung zur Senkung der Kreditlimite von Fr. 2,5 Mio. auf Fr. 2,3 Mio. verwendet habe, direkt der Ausgleichskasse überweisen zu lassen, wie die Vorinstanz festgestellt hat. In Anbetracht der Tatsache, dass sich die Firma durch Globalzession aller Forderungen und Ansprüche in totale Abhängigkeit von der Bank begeben musste, wäre eine schriftliche Vereinbarung zwingend erforderlich gewesen. Eine solche wurde offenbar nicht abgeschlossen. Mit Bezug auf die dringend notwendige Neuausrichtung der Geschäftstätigkeit in den Telefoniebereich und der hiezu benötigten finanziellen Mittel sodann musste den Verantwortlichen der Firma bekannt und bewusst sein, dass die kreditgebende Bank mit ihrem finanziellen Engagement in erster Linie ihre eigenen Interessen verfolgte (vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 294/93 vom 7. Juli 1994 E. 4b/aa). Ihre Einschätzung brauchte auch nicht mit derjenigen der Kreditnehmerin übereinzustimmen, was einen zusätzlichen Unsicherheitsfaktor darstellte. Nicht zur Diskussion steht, ob allenfalls die Hausbank als faktisches Organ (vgl. zu diesem Begriff BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528; 114 V 213 ; Urteil 9C\_535/2008 vom 3. Dezember 2008 E. 2) zu gelten hat, was etwa dann der Fall wäre, wenn sie im Rahmen eigentlicher Unternehmensverwaltung den verantwortlichen (formellen) Organen vorbehaltene Entscheidungen im Einzelfall traf (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 131/93 vom 17. Februar 1994 E. 2b). Schliesslich vermöchte die Beurteilung der Überlebensfähigkeit der Firma durch eine spezialisierte Treuhandfirma die Beschwerdeführer nur zu entlasten, wenn in diesen sogenannten Audits der Bezahlung der hohen Beitragsausstände innert nützlicher Frist prioritäre Bedeutung beigemessen worden wäre, was jedoch nicht geltend gemacht wird. Ebenfalls hat die Vorinstanz zu Recht das Einschliessen privater Mittel für sich allein nicht als schuldausschliessend betrachtet (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 30/06 vom 19. Juli 2006 E. 5.3.2). Dies gilt auch, soweit die Gelder gezielt für die Begleichung ausstehender Beiträge verwendet werden. Dadurch wird im Schadensfalle das Haftungssubstrat verringert, was ein Verschulden in Bezug auf die verbleibenden Ausstände aber nicht ausschliesst.

### **E. 4.2.2**

Mit Bezug auf die Haftbarkeit von Beschwerdeführer 3 im Besonderen trifft zwar zu, dass im Rahmen von Art. 52 AHVG keine Pflicht der Organe eines Arbeitgebers besteht, sich bei der Ausgleichskasse nach allfälligen Beitragsausständen zu erkundigen (Urteile 9C\_152/2009 vom 18. November 2009 E. 6.4 und 9C\_817/2008 vom 15. Januar 2009 E.

3.4 mit Hinweisen). Andererseits ändert dies nichts an der Pflicht zu überwachen und zu kontrollieren, dass die Sozialversicherungsbeiträge rechtzeitig und vollständig bezahlt werden. Dieser Obliegenheit war der Beschwerdeführer 3 bei seinem Eintritt in den Verwaltungsrat am 18. Mai 2001 denn auch nachgekommen, indem er sich über sämtliche Aktivitäten der Gesellschaft habe informieren lassen und dabei festgestellt habe, dass gegenüber der Ausgleichskasse noch offene Beitragsforderungen bestanden. Soweit in diesem Zusammenhang wiederum vorgebracht wird, die Überprüfung der Ausstände sei verunmöglicht gewesen, weil die Ausgleichskasse zwei Buchhaltungen für dieselbe Gesellschaft geführt habe, wird appellatorische Kritik am vorinstanzlichen Entscheid geübt. Die Vorinstanz hat Bezug nehmend auf die Ausführungen der Ausgleichskasse in der Replik festgestellt, die Beitragsforderung sei regelmässig der aktuell richtigen juristischen Person zugestellt und die Buchhaltung korrekt auf die jeweilige juristische Person bezogen geführt worden. Abgesehen davon wird in der Beschwerde richtig darauf hingewiesen, dass die Umwandlung der X. \_\_\_\_\_ GmbH in die X. \_\_\_\_\_ AG im .... 2000 lediglich eine Änderung der Rechtsform darstellte und die Rechtsverhältnisse davon nicht berührt wurden ( Art. 53 FusG ). Beitragsausstände der GmbH im Zeitpunkt der Umwandlung wurden somit ohne weiteres zu solchen der AG. Bestanden damals diesbezüglich Unklarheiten, hätten die verantwortlichen Organe bei der Ausgleichskasse nachfragen müssen. Wenn die AG die Forderungen der Beschwerdegegnerin nicht bilanziert hat, so haben das die Beschwerdeführer selber zu vertreten. Dass der die Ausstände der X. \_\_\_\_\_ GmbH für 2001 betreffende Kontoauszug der X. \_\_\_\_\_ AG erst 2002 zugestellt worden war, stellt somit keinen Grund für eine Herabsetzung der Schadenersatzforderung analog Art. 44 Abs. 1 OR dar. Im Weiteren trifft nicht zu, dass die Firma bereits bei Eintritt von Beschwerdeführer 3 in den Verwaltungsrat im Mai 2001 nicht mehr in der Lage war, die aufgelaufenen Beitragsschulden zu bezahlen, weshalb dessen Verhalten nicht kausal für den Schaden sein könne, wie geltend gemacht wird. Es bestanden zwar grosse finanzielle Schwierigkeiten, jedoch konnte im Oktober 2002 ein Darlehen in der Höhe von Fr. 365'000.- erhältlich gemacht werden, welches überwiegend zur Begleichung der Beitragsausstände bestimmt war. Dass diese Summe schliesslich anders verwendet wurde, vermag auch ihn nicht zu entlasten (vorne E. 4.2.1). Sodann erstreckt sich die Haftung von Beschwerdeführer 3 auch auf die bei seinem Eintritt in den Verwaltungsrat bereits bestehenden Beitragsschulden für das ganze Jahr 2001 ( BGE 119 V 401 E. 4c S. 407; ZAK 1992 S. 246, H 97/90 E. 5). Inwiefern dies dem Grundsatz der differenzierten Solidarität (individuelle Beurteilung des Verschuldens; BGE 108 V 199 E. 3a S. 202; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 273/03 vom 4. Oktober 2004 E. 3.2.2) widerspricht und dadurch die Ausgleichskasse den Schaden für jeden Verwaltungsrat willkürlich festlegen kann, wie in der Beschwerde gerügt wird, ist nicht ersichtlich. Mit Bezug auf die Schadenersatzpflicht im Grundsatz ist die Beschwerde somit unbegründet.

## **E. 5**

Die Beschwerdeführer bestreiten die Höhe des Schadens.

### **E. 5.1**

Die Kosten der Arbeitgeberkontrolle vom 3. November 2003 von Fr. 348.- stellten nicht Schaden im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG dar. Dieser Einwand ist begründet. Gemäss Art. 170 Abs. 2 AHVV gelten die Kosten für die Kassenrevisionen und Arbeitgeberkontrollen als Verwaltungskosten der Ausgleichskassen. Dies gilt auch im Falle eines Konkurses, ohne dass es darauf ankäme, ob offene Beitragforderungen bestehen,

welche allenfalls zu einer Schadenersatzforderung führen (Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG , 2008, N. 412). Die in Art. 170 Abs. 3 AHVV geregelten Tatbestände, welche die ausnahmsweise Auferlegung eines Teils der Kosten der Arbeitgeberkontrolle auf den Arbeitgeber rechtfertigten könnten (vgl. Urteile des Eidg. Versicherungsgerichts H 331/01 vom 5. September 2002 E. 3 und H 300/00 vom 4. September 2001 E. 5b), sind nach Lage der Akten nicht gegeben.

## **E. 5.2**

Die Berechnung des Schadens für 2003 sei unrichtig. Im beitragspflichtigen Einkommen von Fr. 496'150.90 gemäss "AHV-Lohnabrechnung 01.01-06.08.2003" seien Insolvenzenschädigungen in der Höhe von Fr. 139'319.60 (recte: Fr. 139'310.60; die Differenz rührt daher, dass in der Beschwerde beim Arbeitnehmer A.\_\_\_\_\_ Fr. 15'921.- statt Fr. 15'912 gemäss Aufstellung der Ausgleichskasse vom 29. August 2003 über die von der Arbeitslosenversicherung ausgerichteten Leistungen) enthalten. Diese Summe sei ausser Acht zu lassen. Der massgebende Lohn insgesamt reduziere sich somit auf Fr. 356'831.30 (recte: Fr. 356'840.30), was zu tieferen Beiträgen führe.

### **E. 5.2.1**

Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin handelt es sich bei diesen Vorbringen nicht um ein unzulässiges Novum ( Art. 99 Abs. 1 BGG ), da sie sich auf die vorhandenen Akten stützen und nur die rechtliche Würdigung betreffen, was auch vor Bundesgericht zulässig ist.

### **E. 5.2.2**

Von der Insolvenzenschädigung müssen die gesetzlichen Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden. Die Kasse hat die vorgeschriebenen Beiträge mit den zuständigen Organen abzurechnen und den Arbeitnehmern die von ihnen geschuldeten Beitragsanteile abzuziehen ( Art. 52 Abs. 2 AVIG ). Mit der Ausrichtung der Entschädigung gehen die Lohnansprüche des Versicherten im Ausmasse der bezahlten Entschädigung und der von der Kasse entrichteten Sozialversicherungsbeiträge samt dem gesetzlichen Konkursprivileg auf die Kasse über ( Art. 154 Abs. 1 Satz 1 AVIG ; Reichmuth, a.a.O., N. 435). Die Insolvenzenschädigung wird gemäss Art. 51 AVIG für Lohnforderungen ausbezahlt, die dem Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Konkurses über seinen Arbeitgeber zustehen. Betrifft die Entschädigung Löhne, die vom Arbeitgeber gegenüber der Ausgleichskasse bereits bescheinigt und damit in der Schadenersatzforderung berücksichtigt wurden, sind die von der Arbeitslosenkasse überwiesenen Beiträge davon in Abzug zu bringen. Die Ausgleichskasse hat dafür besorgt zu sein, dass die Beiträge für die gleichen Löhne nicht doppelt erhoben werden (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 394/01 vom 19. November 2003 E. 5.2).

### **E. 5.2.3**

Die Ausgleichskasse ging bei der vorinstanzlich bestätigten Berechnung des Schadens von beitragspflichtigen Einkommen von Fr. 496'150.- für 2003 aus, umfassend die Löhne bis Konkurseröffnung. Gemäss Akten wurden im Zusammenhang mit dem Konkurs der Firma im Zeitraum April bis August 2003 zugunsten von 13 Personen Insolvenzenschädigung in der Höhe von Fr. 197'889.90 ausgerichtet. Darauf waren paritätische Beiträge von Fr. 25'534.10 geschuldet, welche Summe die Arbeitslosenkasse des Kantons Luzern am 1. Oktober 2003 der Ausgleichskasse überwies. Von diesen 13 Personen fallen drei ausser Betracht, nämlich N.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_, welche in der "AHV-Lohnabrechnung

01.01-06.08.2003" nicht aufgeführt sind, sowie O.\_\_\_\_\_, bei welchem der bis 30. April 2003 bezogene Lohn angegeben ist. Bei den übrigen Personen werden sowohl der von der Firma bezahlte "AHV-Lohn", als auch der von der Arbeitslosenkasse ausgerichtete "ALV-Lohn" aufgeführt. Die auf die hier interessierenden Personen entfallende Insolvenzschiädigung belief sich auf insgesamt Fr. 139'310.60. Der für die Berechnung des Schadens massgebende Lohn für 2003 beträgt somit lediglich Fr. 356'840.-. Die auf Fr. 139'310.60 entfallenden Beiträge einschliesslich Verwaltungskosten sind daher von der Schadenersatzsumme von Fr. 314'811.90 resp. Fr. 314'463.90 (vorne E. 1 und 5.1) in Abzug zu bringen. Nicht abzuziehen sind die Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse. Es ergibt sich ein Betrag von Fr. 17'492.45 (Fr. 14'070.30 [AHV/ IV/EO-Beitrag] + Fr. 281.40 [Verwaltungskosten] + Fr. 3'140.75 [ALV-Beitrag]).

#### **E. 5.2.4**

Im Übrigen werden letztinstanzlich keine substantiierten Rügen gegen die vorinstanzliche Schadensberechnung vorgebracht. Diese ist damit, soweit Tatfrage, für das Bundesgericht verbindlich festgestellt ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). In rechtlicher Hinsicht ist es entgegen der Darstellung in der Beschwerde korrekt, dass die Beschwerdegegnerin auch die von der X.\_\_\_\_\_ GmbH resultierenden Ausstände erfasste, welche in die X.\_\_\_\_\_ AG umgewandelt wurde ( Art. 53 FusG ; s. vorne E. 4.2.2). Die Schadenshöhe beträgt somit Fr. 296'971.45 (Fr. 314'811.90 - [Fr. 348.- + Fr. 17'492.45]).

#### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben die Parteien die Gerichtskosten nach Massgabe ihres Unterliegens zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ). Die Beschwerdeführer haben im Umfang ihres Obsiegens Anspruch auf eine Parteientschiädigung ( Art. 68 Abs. 2 BGG ).

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