

# **BGer 9C\_778/2007 vom 11. April 2008**

Bundesgericht, 2008-04-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_778\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_778_2007)

FR: TF 9C\_778/2007 du 11 avril 2008

IT: TF 9C\_778/2007 del 11 aprile 2008

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ( Art. 82 ff. BGG ) kann wegen Rechtsverletzung gemäss Art. 95 und Art. 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ) und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1 BGG ). Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur so weit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt ( Art. 99 Abs. 1 BGG ). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ).

### **E. 2**

Im angefochtenen Entscheid werden die Bestimmung über die Arbeitgeberhaftung ( Art. 52 AHVG ) sowie die dazu ergangene Rechtsprechung, insbesondere betreffend die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers ( BGE 129 V 11 E. 3), die erforderliche Widerrechtlichkeit ( BGE 118 V 193 E. 2a S. 195 mit Hinweisen), die Voraussetzung des Verschuldens und den dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab ( BGE 108 V 199 E. 3a S. 202; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes H 211/04 vom 17. März 2005 E. 2 mit Hinweisen) zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

### **E. 3.1**

Das kantonale Gericht hat eine Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers als ehemaligem Verwaltungsrat der Konkurs gegangenen Firma E.\_\_\_\_\_ AG bejaht. In masslicher Hinsicht hat es den von der Ausgleichskasse auf Fr. 130'145.20 bezifferten Forderungsbetrag insoweit reduziert, als es eine Haftung für die nach der Niederlegung des Verwaltungsratsmandates am 3. März 2004 fällig gewordenen Akontobeiträge verneinte.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer bestreitet die Schadenersatzpflicht auch für den Restbetrag. Er bringt vor, die Meldung einer höheren Lohnsumme nach Art. 35 Abs. 2 AHVV sei an keine spezielle Form gebunden. Die Beschwerdeführerin (recte: Beschwerdegegnerin) hätte deshalb die Jahresabrechnung 2002 als Anpassungsmeldung betrachten und entgegennehmen müssen. Bezüglich des Betrages von Fr. 357'690.35 (Differenz zwischen der beitragspflichtigen Lohnsumme 2002 und der den Akontozahlungen für 2003 zu Grunde liegenden Lohnsumme) fehle es daher an einer Missachtung der gesetzlichen Vorschriften. Weiter seien gestützt auf Art. 35 Abs. 2 AHVV von der verbleibenden Summe nochmals 10 % abzuziehen, so dass sich die Schadenshöhe auf lediglich noch Fr. 39'455.28 belaufe. Was den Restbetrag betreffe, könne die Unterlassung weiterer

Meldungen während des Jahres 2003 nicht als absichtliche oder grobfahrlässige Verletzung von Vorschriften angesehen werden, da eine Meldung nach Art. 35 Abs. 2 AHVV nur einmal im Jahr erfolgen müsse. Im Sinne eines Eventualstandpunktes sei zu beachten, dass seine Bemühungen zum Ausgleich des Saldos entgegen den vorinstanzlichen Erwägungen relevant seien, da andernfalls eine Kausalhaftung bestünde, was anerkanntermassen nicht zutrefte. Schliesslich könne ihm nicht als Grobfahrlässigkeit angelastet werden, dass er in der Person von Frau W.\_\_\_\_\_ einer Betrügerin zum Opfer gefallen sei; er habe sich in guten Treuen darauf verlassen dürfen, dass die Käuferin ihren Verpflichtungen nachkommen werde.

#### **E. 4.1**

Gemäss den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz unterliess es der Beschwerdeführer, der Ausgleichskasse eine Änderung der Pauschallohnsomme zu melden, obwohl der Anzeige der Akontobeiträge vom 15. Januar 2003 ein entsprechendes Formular beilag. Weiter steht fest, dass die der Berechnung der Akontobeiträge für das Jahr 2003 zu Grunde liegende Lohnsumme 56 % unter den tatsächlich ausbezahlten Löhnen lag. Wenn die Ausgleichskasse davon absah, die Akonto-Zahlungen für das Jahr 2003 nach Eingang der Jahresabrechnung 2002, welche eine AHV-pflichtige Lohnsumme von Fr. 1'609'290.35 auswies, nach oben anzupassen, liegt darin jedenfalls keine grobe Pflichtverletzung, die eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht wegen Mitverschuldens der Beschwerdegegnerin rechtfertigte (AHI 2002 S. 52 E. 3b [H 200/01] mit Hinweisen). Die gegenteilige Auffassung verträge sich nicht mit Art. 35 Abs. 2 AHVV, wonach die Arbeitgeber wesentliche Änderungen der Lohnsumme während des laufenden Jahres zu melden haben. Dass diese Vorschrift der E.\_\_\_\_\_ AG bekannt war, steht ausser Frage, zumal sie bereits für die Beiträge 2002 eine Ausgleichszahlung zu leisten hatte. Die Verwaltung durfte somit davon ausgehen, dass die aktuellen Lohnzahlungen keine Anpassung der Akonto-Beiträge erforderten. Dies gilt umso mehr, als - wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt - im Baugewerbe die Lohnsumme notorisch starken saisonalen und konjunkturellen Schwankungen unterliegt, weshalb selbst die im Jahre 2002 ausbezahlte höhere Lohnsumme nicht ohne Weiteres darauf schliessen liess, von einer solchen sei auch im Jahre 2003 auszugehen. Der Ausgleichskasse kann somit kein Mitverschulden angelastet werden, welches eine Herabsetzung der Schadenminderungspflicht in masslicher Hinsicht rechtfertigte.

#### **E. 4.2**

Die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers vermögen keine Bundesrechtsverletzung darzutun. Soweit er die Ansicht vertritt, die Schadenssumme sei um 10 % zu reduzieren, da bei Änderungen in diesem Rahmen selbst nach Ansicht der Beschwerdegegnerin keine Mitteilung erforderlich ist, zielen seine Ausführungen an der Sache vorbei. Dass eine Änderung erst dann im Sinne von Art. 35 Abs. 2 AHVV als wesentlich gilt, wenn sie um mindestens 10 % von der jährlichen Lohnsumme abweicht (und Fr. 20'000.- überschreitet; vgl. Wegleitung über den Bezug der Beiträge [WBB] in der AHV, IV und EO, Rz. 2046), hat seinen Sinn einzig darin, zu grosse Abweichungen der Akontobeiträge von den geschuldeten Beiträgen zu verhindern (vgl. WBB, Rz. 2049). Sie stellt jedenfalls keinen Freibetrag dar, in dessen Rahmen bei schuldhafter Verletzung der Meldepflicht von Art. 35 Abs. 2 AHVV keine Arbeitgeberhaftung besteht.

#### **E. 4.3**

Dass die Beitragsrechnungen noch bis anfangs 2004 bezahlt wurden, exkulpiert den Beschwerdeführer nicht. Entscheidend ist einzig, dass die monatlichen Akontorechnungen (und damit die Zahlungen) um 56 % zu tief festgesetzt waren und damit nicht den tatsächlichen, aktuellen Lohnsummen entsprachen. Ebenso wenig hilft es dem Beschwerdeführer, dass er sich seit Sommer 2003 intensiv um eine Rettung der E.\_\_\_\_\_ AG bemüht und nach dem Verkauf der Firma auf die Zahlungen der Käuferin vertraut hat (welche sich im Nachhinein als Betrügerin entpuppte). Haftungsbe gründend ist nicht sein Verhalten zu diesem Zeitpunkt, sondern die Unterlassung der bereits früher erforderlichen Meldung nach Art. 35 Abs. 2 AHVV , welche kausal zum Schaden ist: Nach den zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid hätte die Ausgleichskasse die Akontozahlungen bereits während des Jahres 2003 angepasst, wenn sie von der höheren Lohnsumme gewusst hätte. Da die nachmalige Konkursitin immerhin bis anfangs 2004 Zahlungen leistete und der neuen Eigentümerin anfangs 2004 sogar noch Beträge von EUR 25'000.- (Zahlung vom 5. Februar 2004) und Fr. 65'000.- (Zahlung vom 3. März 2004) überwies, kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass in diesem Fall zumindest der grösste Teil der Beiträge rechtzeitig bezahlt worden wäre. Dementsprechend haftet der Beschwerdeführer für die ausstehenden, das Jahr 2003 betreffenden (bundesrechtlichen) Beiträge.

#### **E. 5**

Dem Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege kann entsprochen werden, da die entsprechenden Voraussetzungen ( Art. 64 Abs. 1 und 2 BGG ) erfüllt sind. Es wird ausdrücklich auf Art. 64 Abs. 4 BGG hingewiesen, wonach die Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten hat, wenn sie später dazu in der Lage ist.

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