

GR_GERICHTE S 2011 154 vom 28. Februar 2012

GR Gerichte, 2012-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_S 2011 154](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_S_2011_154)

FR: GR_GERICHTE S 2011 154 du 28 février 2012

IT: GR_GERICHTE S 2011 154 del 28 febbraio 2012

Regeste

Schadenersatz nach AHVG | Beschwerde

Erwägungen

E. 7

September 2011 das Beschwerdeverfahren betreffend kantonrechtlich begründeten Schadenersatz für nicht bezahlte Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse vom Prozess ab (neues Verfahren AK.2011.00035), trat auf die Beschwerde im Übrigen mangels örtlicher Zuständigkeit betreffend Schadenersatz für die bundesrechtlichen Sozialversicherungsbeiträge nicht ein und überwies die Akten dem Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden (Entscheid AK.2011.00015). 3. a) In der Folge erhielten die Parteien von der Instruktionsrichterin des Verwaltungsgerichts Graubünden die Gelegenheit, ihre Rechtsschriften in einem zweiten Schriftenwechsel zu ergänzen. b) Mit Replik vom 16. Dezember 2011 hielt der Beschwerdeführer an seinen Anträgen vollumfänglich fest: • Die Vorinstanz habe den ihr obliegenden Beweis für den Schadenseintritt bzw. den Beweis für das Vorliegen eines adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem beanstandeten Verhalten und dem Schadenseintritt nicht erbracht. Die Vorinstanz habe im Gegenteil nicht darlegen können, dass sie ihrerseits alles Zumutbare unternommen

haben, um den behaupteten Schaden abzuwenden. Die ... AG sei zu keinem Zeitpunkt überschuldet gewesen. Das Problem habe einzig in einer hohen offenen Forderung bestanden, welche an die schlecht geführte CF-Factoring abgetreten und bis heute nicht eingebracht worden sei. Angesichts dieser Sachlage hätte die Vorinstanz bei der CF-Factoring vorstellig werden müssen, da die erwähnte Forderung nicht nur das bedeutendste Aktivum der ... AG dargestellt habe, sondern damit auch alle noch offenstehenden Forderungen abgedeckt gewesen wären. • Zumal das Konkursverfahren wieder aufgenommen und die Forderung verwertet werden könnte, sei die Vorinstanz mit dem Beweis des Schadenseintritts gescheitert. Bemerkenswert sei im Weiteren, dass sich die Vorinstanz mit keinem Wort zur ... AG oder zur CF-Factoring geäußert habe; wohl um der Problematik des nicht nachgewiesenen Schadens auszuweichen. Falls die Vorinstanz dennoch wider Erwarten den Schaden beweisen könne, so fehle es immer noch am Beweis, dass der Schaden gerade durch sein Verhalten verursacht worden sei und nicht durch das Handeln der ... AG und der CF-Factoring. Insofern gehe die Argumentation der Vorinstanz an der Sache vorbei, wenn sie vorbringe, dass einfache und übersichtliche Verhältnisse gegeben seien, ohne die Globalzession an die CF-Factoring und die mangelhafte Durchsetzung der Rechtsansprüche der CF-Factoring zu berücksichtigen. • Die Fehleinschätzung der tatsächlichen Finanzlage der ... AG sei nicht als solche erkennbar gewesen. Denn die ... AG und ihre Organe hätten davon ausgehen dürfen, dass die CF-Factoring die vertraglich vereinbarten Verpflichtungen einhalten werde, zumal die

Glarner Kantonalbank für deren Seriosität faktisch eingestanden habe. c) Die Ausgleichskasse verzichtete mit Verweis auf ihre Vernehmlassung auf eine Duplik. Auf die weiteren Ausführungen in den Rechtsschriften und auf den angefochtenen Entscheid wird, soweit erforderlich, in den nachstehenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1. a) Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens ist der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich vom 3. Juni 2011. Streitig und zu prüfen ist, ob die Vorinstanz den Beschwerdeführer gestützt auf Art. 52 AHVG zu Recht zur Leistung von Fr.

172'940.25 an Schadenersatz für nicht entrichtete Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet hat. b) Die vorliegende Streitsache wurde dem Verwaltungsgericht Graubünden mit rechtskräftigem Beschluss des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 7. September 2011 zuständigkeitshalber überwiesen, nachdem die ... AG ihren Sitz am 24. Juli 2008 nach ... (GR) verlegt und somit im Zeitpunkt der Konkurseröffnung am 12. August 2008 ihren Sitz im Kanton Graubünden gehabt hatte. Gemäss Art. 52 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) ist in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) für die Beschwerde gegen Schadenersatzverfügungen bzw. Einspracheentscheide das Versicherungsgericht des Kantons zuständig, in welchem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat. Da die ... AG als Arbeitgeberin und konkursite Gesellschaft ihren Sitz nach erfolgter Sitzverlegung in ... (GR) gehabt hat, ist das Verwaltungsgericht Graubünden örtlich zuständig. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Graubünden ergibt sich aus Art. 57 ATSG i.V.m. Art. 49 Abs. 2 lit. a des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG). Auf die Beschwerde ist somit, soweit sie sich gegen die bundesrechtlich begründete Schadenersatzforderung (AHV/IV/EO/ALV) richtet, einzutreten. c) Soweit sich die Beschwerde gegen die kantonrechtlich begründete Schadenersatzforderung, mithin also gegen die Schadenersatzverfügung infolge nicht entrichteter Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse (FAK) richtet, erfolgte keine Überweisung an das Verwaltungsgericht Graubünden. Das betreffende Beschwerdeverfahren wird unter der Prozess- Nummer AK.2011.00035 vor dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich durchgeführt. 2. a) Der Beschwerdeführer rügt vorab eine Verletzung seines verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV), indem er geltend macht, die Vorinstanz habe ihm

den Beweis für seine Sachverhaltsdarstellung verunmöglicht, da sie ihn nicht vorgeladen und zur Parteiaussage zugelassen habe. Diese Rüge ist - wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird - unbegründet. b) Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Er dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass einer Verfügung dar, welche in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere auch das Recht der Betroffenen, sich vor der Eröffnung einer solchen Verfügung zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, eine Verfügung oder einen Entscheid zu beeinflussen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_479/2010 vom 17. Februar 2011 E. 4.2.3; BGE 135 II 293 E. 5.1, BGE 132 V 370 f. E. 3.1 mit

Hinweisen). Die Missachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör führt ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 135 I 190 E. 2.2, mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4D_111/2010 vom 19. Januar 2011 E. 3.1; vgl. zum Ganzen Urteil des Verwaltungsgerichts Graubünden R 11 83 vom 13. März 2012 E. 2). Nach der Rechtsprechung kann indessen eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die den Sachverhalt und die Rechtslage frei überprüfen kann. Von einer Rückweisung der Sache ist selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs schliesslich abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu

vereinbaren wären (Urteil des Bundesgerichts 4D_111/2010 vom 19. Januar 2011 E. 3.1; BGE 133 I 204 f. E. 2.2). c) In der hier zu beurteilenden Konstellation hat die Vorinstanz am 3. Juni 2011 über die Einsprache entschieden, nachdem der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer am 15. März 2010 eine schriftliche und rechtsgenügende Eingabe eingereicht hatte. Der Beschwerdeführer hatte somit die Gelegenheit, sich schriftlich zur Sache zu äussern und seine Sicht der Dinge darzulegen. Nachdem sich der wesentliche vom Beschwerdeführer behauptete Sachverhalt und die rechtliche Würdigung der schriftlichen Eingabe hinreichend entnehmen lassen, bestand keine Veranlassung für eine mündliche Anhörung des Beschwerdeführers im Einspracheverfahren. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs ist darin jedenfalls nicht zu erblicken. Selbst wenn man annehmen wollte, der dem Beschwerdeführer zustehende Anspruch auf rechtliches Gehör sei von der Vorinstanz verletzt worden, wäre von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen. Da sich der Beschwerdeführer zur Sache hat äussern und Beweismittel hat einreichen können, läge keine schwerwiegende Verletzung von Art. 29 Abs. 2 BV vor, weshalb eine Verletzung durch den doppelten Schriftenwechsel vor dem Verwaltungsgericht, das sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann, praxisgemäss geheilt wäre. d) Nichts anderes ergibt sich, wenn man auf den Grundsatz der antizipierten Beweiswürdigung abstellen wollte. Danach ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten, wenn ein bestimmter Sachverhalt als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten ist, und wenn anzunehmen ist, dass weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern könnten. Denn weder aus Art. 29 Abs. 2 BV noch aus Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) ergibt sich ein unbeschränktes Recht auf Zulassung zum Beweis (BGE 122 II 469 E. 4a; vgl. im Weiteren Urteile des Verwaltungsgerichts Graubünden S 10 107 E. 6, S 10 166 E. 3b, S 11 29 E. 3b). Hier hat der anwaltlich vertretene Beschwerdeführer im Einspracheverfahren vor der Vorinstanz seine Sicht der Sach- und Rechtslage schriftlich dargestellt und hierfür den Beweis durch Parteiauskunft

offeriert. Durch eine solche mündliche Anhörung - und damit eine Gewährung der beantragten Parteiauskunft als Beweismittel - wären keine zielführenden weiteren Erkenntnisse für den Entscheid in der Sache zu erwarten gewesen wären. Es liegt in der Natur der Sache, dass der Beschwerdeführer als Partei durch mündliche Aussagen oder Bekräftigungen keinen verlässlichen Beweis für die bereits schriftlich geäusserten Behauptungen hätte beibringen können. Aus diesem Grund hätte auch eine mündliche

Anhörung die aus den Akten hervorgehende Rechtslage nicht erschüttern können. Damit durfte die Vorinstanz ohne weiteres auf eine mündliche Anhörung verzichten. 3. a) Nach Art. 52 Abs. 1 AHVG hat ein Arbeitgeber den Schaden zu ersetzen, den er durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der AHV-Gesetzgebung der Versicherung verursacht. Eine Haftung des Beschwerdeführers nach der genannten Bestimmung verlangt somit das Vorliegen der folgenden Voraussetzungen: Arbeitgeber- bzw. Organeigenschaft, Schaden, Widerrechtlichkeit, Verschulden, adäquater Kausalzusammenhang und Fristwahrung. Diese Voraussetzungen sind nachfolgend unter Berücksichtigung der Aktenlage zu prüfen. b) Die Praxis hat den Begriff des Arbeitgebers, wie ihn Art. 52 AHVG verwendet, unter Hinweis auf die ständige bundesgerichtliche Rechtsprechung auch auf die für eine juristische Person handelnden formellen und materiellen Organe ausgedehnt (BGE 129 V 11 ff. E. 3; Urteil des Bundesgerichts 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 1.1, mit Hinweisen): • Die Haftung der Personen mit Organfunktion ist eine subsidiäre. Wie das frühere eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt ausgeführt hat, bedeutet die Subsidiarität der Haftung der Organe, dass sich die Ausgleichskasse zuerst an die juristische Person als Arbeitgeberin halten muss und erst dann, wenn sich ihre Schadenersatzforderung derselben gegenüber als uneinbringlich erweist, eine Organperson belangen kann (BGE 113 V 257 E. 3c; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 343/00 vom 24. September 2001 E. 5c). Mit der letzten Änderung des AHVG auf den 1. Januar 2012 wurde diese Rechtsprechung ins geltende Recht überführt. Art. 52 Abs. 2 AHVG bestimmt nunmehr: „Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch.“

• Vorliegend ist die von der Ausgleichskasse gegenüber dem Beschwerdeführer geltend gemachte Schadenersatzforderung bei der ... AG infolge Konkurses uneinbringbar. Daher verpflichtete sie mit Verfügung vom 19. Februar 2010 subsidiär den Beschwerdeführer, welcher gemäss Handelsregistereintrag zunächst Geschäftsführer und anschliessend Mitglied des Verwaltungsrats der konkursiten AG gewesen war, zur Leistung von Schadenersatz nach Art. 52 AHVG. Der Begriff des Organs im Sinne von Art. 52 AHVG ist derselbe wie in Art. 754 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR), wenn die Arbeitgeberin eine Aktiengesellschaft ist. Haftbar sind die rechtsgültig gewählten, formellen Organe, die zur Oberaufsicht der Geschäftsleitung verpflichtet und berechtigt sind. Bei Aktiengesellschaften ist dies der Verwaltungsrat (Art. 716a Ziff. 1 OR; R. Groner, Art. 52 AHVG - Praxis und Zweck der Arbeitgeberhaftung, in: SZW 2006 S. 83). Infolge seiner Eigenschaft als Mitglied des Verwaltungsrats der ... AG und der Eintragung im Handelsregister gilt der Beschwerdeführer als formelles Organ im Sinne der vorstehenden Erwägungen und ist in dieser Eigenschaft der Ausgleichskasse subsidiär nach der konkursiten Gesellschaft für den entstandenen Schaden haftbar, sofern die übrigen Tatbestandsmerkmale von Art. 52 AHVG erfüllt sind (vgl. Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Freiburg 2008, § 4 Rz. 203 ff.). Der Beschwerdeführer hat denn auch zu Recht nicht bestritten, in der massgeblichen Zeit Mitglied des Verwaltungsrats der ... AG gewesen zu sein. c) Ein Schaden gilt als eingetreten, sobald anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr eingenommen werden können: • Dabei kann der Schaden durch Eintritt der Beitragsverwirkung (Art. 16 AHVG) oder durch Zahlungsunfähigkeit des

Arbeitgebers entstehen. Bei der Zahlungsunfähigkeit gilt der Schaden als eingetreten, sobald die Beiträge nicht mehr im ordentlichen Verfahren erhoben werden können, also wenn der Konkurs eröffnet oder ein definitiver Verlustschein ausgestellt wurde (BGE 134 V 264 E. 3.2, 129 V 195 E. 2.2, 123 V 16 E. 5b). Neben den nicht abgelieferten paritätischen Sozialversicherungsbeiträgen gehören auch Verwaltungskostenbeiträge, Mahn-, Veranlagungs- und Betreibungsgebühren, Verzugszinsen auf rückständigen Beiträgen sowie Beiträge an Familienausgleichskassen zum Schaden (vgl. Reichmuth, a.a.O., § 6 Rz. 329 ff., Rz. 368 ff. und Rz. 391 ff.). • Hier hat die Ausgleichskasse mit Verfügung vom 19. Februar 2010 einen Schaden in der Höhe von Fr. 172'940.25 an ausstehenden Beiträgen für

den Zeitraum 2007-2008 geltend gemacht. Dieser Betrag ergibt sich aus in den Akten liegenden Dokumenten (Beitragsübersicht vom 12. August 2011 [act. 107], Konto-Auszug vom 12. August 2011 [act. 108]). Da die Schadenhöhe und die Berechnung als solche während dem ganzen Verfahren unbestritten geblieben sind und keine fehlerhafte Berechnung der Beiträge erkennbar ist, ist mit der Vorinstanz von einem grundsätzlichen Schaden in der genannten Höhe auszugehen. Nachdem die Beschwerde gegen die kantonaltrechtlich begründete Schadenersatzforderung unter der Prozess-Nummer AK.2011.00035 vor dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich verhandelt wird, müsste grundsätzlich zwischen den ausstehenden kantonal- und bundesrechtlichen Beiträgen unterschieden werden: • Gemäss Beitragsübersicht vom 12. August 2011 [act. 107] entfiel in den Jahren 2007 und 2008 von zunächst Fr. 196'601.35 an ausstehenden Beiträgen der Betrag von Fr. 18'967.10 (Fr. 12'335.20 und Fr. 6'631.90) auf kantonale FAK-Lohnbeiträge. Hinzu kamen Mahngebühren von Fr. 260.00, Verzugs- und Vergütungszinsen von Fr. 2'632.10, Erhebungsgebühren und -kosten von Fr. 50.00 sowie Betreibungskosten von Fr. 1'277.00. • In der Folge wurden die ausstehenden FAK-Beiträge - soweit ersichtlich - komplett beglichen. Doch stimmen die aufgeführten Zahlungen der FAK- Zulagen von Fr. 13'285.00 und Fr. 6'760.00 nicht mit den ursprünglich offenstehenden Beträgen überein. Aus den im Recht liegenden Dokumenten ist daher nicht zweifelsfrei ersichtlich, ob und gegebenenfalls in welcher Höhe noch ausstehende FAK-Beiträge geschuldet sind. Eine Differenzierung zwischen kantonal- und bundesrechtlichen Beiträgen ist deswegen nicht ohne weiteres möglich. Eine strikte Differenzierung in kantonale und bundesrechtliche Beiträge erübrigt sich aber in der hier zu beurteilenden Konstellation, da die Beschwerde, wie noch aufzuzeigen sein wird, ohnehin abzuweisen ist. d) Eine Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG setzt im Weiteren ein widerrechtliches Verhalten voraus: • Mit Blick auf die konkret zu beurteilende Streitfrage ist auf Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) hinzuweisen, welche vorschreiben, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Der Arbeitgeber hat der Ausgleichskasse periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihm an

seine Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden Beiträge ermittelt und verfügt werden können. • Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlich-rechtliche Aufgabe. Als Ergänzung zu diesen Pflichten führte der Gesetzgeber mit Art. 52 AHVG die Haftung des Arbeitgebers ein. Die Nichterfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Aufgabe bedeutet eine

Missachtung der Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG und zieht die volle Schadendeckung nach sich (BGE 118 V 195 E. 2a, 111 V 172 E. 2; ZAK 1985 S. 619 E. 3a). Hier geht aus den Akten klar hervor, dass die ... AG ihrer Beitragspflicht von Anfang an nicht im Sinne der gesetzlichen Grundlagen nachgekommen ist, zumal zahlreiche Mahnungen und Betreibungen ausgewiesen sind. Dies bestreitet auch der Beschwerdeführer nicht, so dass der ... AG bzw. dem Beschwerdeführer als deren Verwaltungsrat ohne weiteres ein widerrechtliches Verhalten vorzuwerfen ist. e) Nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung handelt es sich bei der Haftung gemäss Art. 52 AHVG nicht um eine Kausalhaftung, sondern um eine Verschuldenshaftung, wobei die Schadenersatzpflicht ein qualifiziertes Verschulden voraussetzt (BGE 136 V 274 E. 3). Aus diesem Grund ist eine Nichtabrechnung oder eine Nichtbezahlung von Beiträgen per se auch nicht haftungsbegründend. Zusätzlich zur Widerrechtlichkeit bedarf es eines Verschuldens in Form von Absicht oder grober Fahrlässigkeit: • Der Begriff der Grobfahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG ist gleich zu verstehen wie im übrigen Haftpflicht- und Versicherungsrecht. 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 (Urteile des Bundesgerichts 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.2, 9C_117/2011 vom 29. März 2011 E. 4). Nicht jedes einer Gesellschaft anzulastende Verschulden muss jedoch auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Vielmehr ist abzuwägen, ob und inwieweit eine Handlung der Gesellschaft einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der betreffenden Gesellschaft zuzurechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden (BGE 108 V 202 E. 3a; ZAK 1985 S. 620 E. 3b). Waren mehrere Verwaltungsräte im Amt, so ist für jeden von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrates, so handeln weitere Verwaltungsräte schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen

gebotene Aufsicht nicht ausüben (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 273/03 vom 4. Oktober 2004 E. 3.2.2, mit Hinweisen). • 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. Die blosser Nichtbezahlung von AHV-Beiträgen mangels Liquidität darf daher nicht einem qualifizierten Verschulden gleichgesetzt werden, weil dies auf eine gesetzwidrige Kausalhaftung hinauslaufen würde (Urteil des Bundesgerichts 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.3, mit Hinweisen). • 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. 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. Eine kurze Dauer bzw. "nützliche Frist" in diesem Sinne ist z.B. überschritten, wenn die Beitragszahlungspflicht über ein Jahr lang verletzt wird, zumal wenn dabei kein gezieltes, auch in zeitlicher Hinsicht konkretes Sanierungskonzept vorliegt, oder wenn eine Sanierung erst nach einem jahrelang defizitären Geschäftsgang erwartet werden kann. Nicht entschuldbar ist die Beitragsrückbehaltung, wenn eine Sanierung überhaupt nicht ernsthaft erwartet werden kann (Urteile des Bundesgerichts 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.4, 9C_117/2011 vom 29. März 2011 E. 4). Der Beschwerdeführer macht hauptsächlich geltend, das Problem der ... AG sei einzig ihre zu hohe Forderung im Betrag von Fr. 850'000.-- gegenüber der ... AG gewesen, welche sie im Rahmen einer Globalzession an die schlecht geführte CF-Factoring, die von der Glarner Kantonalbank beherrscht gewesen sei, habe abtreten müssen. Es liege rechtlich gesehen eine eigentliche Bankabhängigkeit der ... AG vor, welche es ihr gar nicht ermöglicht habe, auf ihre eigenen Guthaben Zugriff zu nehmen (vgl. Reichmuth, a.a.O., § 8 Rz. 654 ff). Diesen Behauptungen ist nicht zu folgen:

- Das Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und seiner Hausbank kann die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge namentlich dann tangieren, wenn es dem Arbeitgeber aufgrund eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Bank - z.B. bei einer Kreditvereinbarung gegen Sicherungszession - nur erschwert möglich ist, für die Beitragszahlung zu sorgen (Reichmuth, a.a.O., § 8 Rz. 654 f.). Als Entschuldigungsgrund kommt dabei aber nur ein Abhängigkeitsverhältnis in Frage, welches der Arbeitgeber aus schützenswerten unternehmerischen oder betriebswirtschaftlichen Überlegungen, der Not der Stunde gehorchend, eingehen musste. Eine Kreditvereinbarung mit einer Bank gegen Sicherheitsleistung durch Globalzession hingegen vermag für sich allein keinen genügenden Entlastungsgrund darzutun. Weil die Organe auch bei einer solchen Vereinbarung grundsätzlich verantwortlich bleiben, ist jeweils näher zu prüfen, welche Schritte die Organe unternommen haben, um die ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge sicherzustellen. Eine Entlastung der verantwortlichen Organe fällt höchstens dann in Betracht, wenn sie nachzuweisen vermögen, dass sie alles ihnen Mögliche und Zumutbare für die Begleichung der Beiträge unternommen haben (Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 47/01 vom 11. März 2002 E. 4b/aa, H 343/00 vom 24. September 2001 E. 4b, H 377/00 vom 5. September 2001, H 177/99 vom 19. Januar 2000 E. 2b).
- Zunächst ist fraglich, ob hier überhaupt von einer Globalzession und einer Bankabhängigkeit gesprochen werden kann. Der Beschwerdeführer hat für seine Behauptungen weder Beweise ins Recht gelegt noch detaillierte Angaben dazu gemacht, wann eine Globalzession erfolgt sein soll. Der Beschwerdeführer hat sich lediglich darauf beschränkt, wiederholt auf die angeblich erfolgte Zession an die CF-Factoring, welche von der Glarner Kantonalbank beherrscht worden sei, hinzuweisen. Daher bleibt fraglich, inwieweit zwischen der angeblichen Globalzession und der Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge überhaupt ein Zusammenhang besteht. Im Weiteren liegen auch keine Nachweise für eine angebliche Forderung gegenüber der ... AG im Recht. Insgesamt deuten die beschwerdeführerischen Ausführungen nicht auf den Bestand einer Kreditvereinbarung gegen Sicherungszession, sondern allenfalls auf ein Inkassoverhältnis zwischen der ... AG und der CF-Factoring hin; auch wenn sich den Akten hierfür ebenfalls keine Nachweise entnehmen lassen. Im Rahmen der ihm obliegenden Mitwirkungspflicht wäre es Sache des ins Recht gefassten Beschwerdeführers gewesen, etwaige Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe zu behaupten und zu belegen (Urteil des

Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 59/04 vom 14. Dezember 2004 E. 3.4, mit Hinweisen; Reichmuth, a.a.O., § 8 Rz. 741 ff.). Dass der Beschwerdeführer dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, gereicht ihm hier zum Nachteil, indem zu seinen Lasten davon auszugehen ist, dass eine Bankabhängigkeit der ... AG nicht ausgewiesen ist. • Aber selbst wenn man dennoch zu Gunsten des Beschwerdeführers davon ausgehen wollte, es habe eine Bankabhängigkeit der ... AG bestanden (Kreditvereinbarung gegen Sicherungszession), so fehlte es

am praxisgemäss erforderlichen Nachweis, dass der Beschwerdeführer alles ihm Mögliche und Zumutbare unternommen hat, um die Sozialversicherungsbeiträge zu bezahlen. Sanierungsbemühungen sind weder aus den Akten ersichtlich noch werden sie vom Beschwerdeführer selbst geltend gemacht. Es existieren keine Anhaltspunkte, dass sich der Beschwerdeführer selbst - rechtzeitig und ausreichend - um den Geschäftsgang und eine ordnungsgemässe Beitragsbegleichung bemüht hat. Damit kann sich der Beschwerdeführer nicht gestützt auf die behauptete Bankabhängigkeit exkulpieren. Vergegenwärtigt man sich zudem noch, dass die ... AG gemäss Akten ihrer Pflicht zur Ablieferung der Sozialversicherungsbeiträge von Anfang an – nahezu ausnahmslos - nicht nachgekommen ist und seit ihrer Gründung stets ausstehende Beiträge bestanden haben (vgl. die verschiedenen Mahnungen und Beteiligungen seit dem Jahr 2007), so wird ersichtlich, dass die behauptete Bankabhängigkeit gar nicht die kausale Ursache für die Nichtbezahlung der Beiträge sein kann. Der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat der ... AG ist seiner Pflicht zur Ablieferung der Sozialversicherungsbeiträge und damit seinen unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten als Verwaltungsrat (Art. 717 Abs. 1, Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 3 OR) schon seit jeher - gänzlich unabhängig von der behaupteten Globalzession an die CF-Factoring - nicht einmal ansatzweise nachgekommen. Eine schützenswerte unternehmerische oder betriebswirtschaftliche Überlegung, die - der Not der Stunde gehorchend - das Eingehen eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Bank entschuldigen würde, konnte somit gar nicht vorliegen. Unter diesen Umständen ist eine Exkulpation infolge Bankabhängigkeit ausgeschlossen. Zudem beruft sich der Beschwerdeführer auf die sog. „Business Defence“. Die ... AG sei ohne eigenes Verschulden in die schwierige finanzielle Lage geraten und habe zur Absicherung ihres Überlebens zunächst die Löhne und die Lieferantenrechnungen begleichen müssen. Damit macht der Beschwerdeführer einen Liquiditätsengpass im Sinne des vorstehend zitierten Urteils des Bundesgerichts 9C_330/2010 geltend (vgl. dazu auch Reichmuth, a.a.O., § 8 Rz 668 ff.). Auch dieser Argumentation ist indessen nicht zu folgen: • Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung kann die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen entschuldbar sein, wenn eine Arbeitgeberin - bei ungenügender Liquidität - 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, d.h. höchstens innerhalb eines Jahres nachzahlen können und ein gezieltes, auch in zeitlicher Hinsicht konkretes Sanierungskonzept vorliegt. Nicht entschuldbar ist die Beitragsrückbehaltung hingegen, wenn eine Sanierung überhaupt nicht ernsthaft erwartet werden kann (Urteile des Bundesgerichts 9C_117/2011 vom 29. März 2011 E. 4, 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.4; ebenso Reichmuth, a.a.O., § 8 Rz. 671 ff.).

• Zunächst lassen sich den Akten keinerlei Anhaltspunkte entnehmen, dass die ... AG bzw. der Beschwerdeführer aufgrund einer seriösen Beurteilung der Lage hat annehmen dürfen,

die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzahlen zu können. Es lassen sich keine Hinweise finden, dass sich der Beschwerdeführer in der von ihm mehrfach erwähnten Beziehung der ... AG zur ... AG und zur CF-Factoring mit den ausstehenden Guthaben befasst hätte. Ebenfalls hat der Beschwerdeführer selbst nicht aufgezeigt, aufgrund welcher eigener Bemühungen (z.B. Verhandlungen, zumal ein Vertrauensverhältnis bestanden haben soll) damit zu rechnen war, dass die von der ... AG geltend gemachten angeblichen Mängel in der Bauausführung innert nützlicher Frist hätten bereinigt werden können. Nur in diesem Fall hätte vernünftigerweise auch mit einer Bezahlung der offenstehenden Forderung gerechnet werden dürfen, welche wiederum eine Bezahlung der ausstehenden Beiträge innert nützlicher Frist erlaubt hätte. • Der Beschwerdeführer hält vielmehr selbst fest, dass die Zahlungen der ... AG an die Hausbank über Monate hinausgeschoben worden seien und die ... AG immer wieder neue Einwände betreffend Baumängel vorgebracht habe. Inwiefern man unter diesen Umständen damit hat rechnen dürfen, dass die Mängelproblematik innert vernünftiger Frist hätte bereinigt werden können, ist nicht ersichtlich. Entsprechend konnte der Beschwerdeführer realistischerweise nicht damit rechnen, dass die Forderung bezahlt würde, weshalb auch eine Bezahlung der ausstehenden Beiträge innert nützlicher Frist - auf der Basis der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage - ausgeschlossen war. Aufgrund der bestehenden Liquiditätsprobleme hätte die ... AG bzw. hätte der Beschwerdeführer als Mitglied des Verwaltungsrats nur so viel an Löhnen auszahlen dürfen, wie auch die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge aufgebracht werden konnten. Hier hat der Beschwerdeführer gemäss Arbeitgeberkontrolle indessen trotz ausgewiesener und bekannter Beitragsausstände noch Löhne bis zum 30. Juni 2008 ausbezahlt. • Im Weiteren liegt auch keine kurze Dauer der Beitragsausstände vor, welche unter Umständen ebenfalls gegen ein qualifiziertes Verschulden sprechen kann. Denn auf diesen Exkulpationsgrund kann sich nur berufen, wer seinen sozialversicherungsrechtlichen Pflichten während Jahr und Tag nachgekommen ist, dann in Schwierigkeiten gerät, in Konkurs gerät und in den letzten zwei bis drei Monaten vor der Konkurseröffnung keine Beiträge nicht mehr bezahlt (vgl. Urteile des Bundesgerichts 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.4, 9C_135/2011 vom 11. April 2011 E. 4.5.2; Reichmuth, a.a.O., § 8 Rz. 690 ff., mit Hinweisen). Das ist hier nicht der Fall, da die ... AG von Anfang an keine korrekte Überweisung der geschuldeten Beiträge veranlasst (vgl. die in den Akten liegenden zahlreichen Mahnungen und Betreibungen) und die Beiträge über einen längeren Zeitraum (seit dem Jahr 2007) nicht bezahlt hat.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass sich der Beschwerdeführer weder infolge einer angeblichen Bankabhängigkeit der ... AG, noch gestützt auf die „Business Defence“-Doktrin von der Haftung nach Art. 52 AHVG exkulpiert. Als Verwaltungsrat der ... AG hat es der Beschwerdeführer ohne sachliche Rechtfertigung unterlassen, für eine gesetzeskonforme Überweisung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen. Denn gerade bei einfachen und leicht überschaubaren Verhältnissen – wie sie hier bei der ... AG gegeben sind – muss vom Verwaltungsrat der Aktiengesellschaft verlangt werden, dass er den Überblick über alle wesentlichen Belange seines Unternehmens hat und auch den ihn und seine Firma treffenden Verpflichtungen nachkommt (Art. 717 Abs. 1, Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 3 OR). Der Beschwerdeführer hat entsprechend in gesetzwidriger Weise ein unsicheres Unternehmen zulasten der Sozialversicherungen gegründet, betrieben und trotz erheblicher Finanzierungsprobleme weitergeführt. Unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls ist dem Beschwerdeführer somit zumindest ein Verschulden in Form der

Grobfahrlässigkeit vorzuwerfen. Eine Absicht braucht dem Beschwerdeführer nicht unterstellt zu werden, obwohl eine absichtliche Verletzung der Gesetzesvorschriften gemäss AHVG und AHVV nach Lage der Akten und angesichts der Tatsache, dass sich der Beschwerdeführer seit der Gründung der Gesellschaft im November 2006 nie um eine korrekte Ablieferung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge gekümmert hat, ebenfalls zu vertreten gewesen wäre. f) Sodann ist festzuhalten, dass es nicht Aufgabe und Pflicht einer Ausgleichskasse ist, im Falle einer Konkurseinstellung mangels Aktiven die erforderlichen Konkurskosten vorzuschliessen. Vielmehr wäre es Sache des Beschwerdeführers gewesen, die notwendigen Kosten für ein summarisches Konkursverfahren vorzuschliessen, um sich oder einem anderen Gläubiger diese Forderung zwecks gerichtlicher Geltendmachung abzutreten; wenn dieser denn tatsächlich vom Bestand und der Einbringlichkeit der behaupteten Forderung gegenüber der ... AG in der Höhe von Fr. 850'000.-- ausgegangen ist. Denn nur der mit Sachkenntnissen ausgestattete Beschwerdeführer, welcher die behaupteten Verträge mit der ... AG und der CF-Factoring kannte

und auch über den Stand der Arbeiten sowie die geltend gemachten Baumängel orientiert war, konnte im Zeitpunkt des Konkurses der CF- Factoring bzw. der ... AG - zumindest ansatzweise - abschätzen, wie die Chancen auf eine Rückzession der Forderung und eine gerichtliche Geltendmachung gegenüber der ... AG ausgesehen hätten. Der Ausgleichskasse hingegen, welche an den besagten Verträgen nicht beteiligt war, war eine entsprechende Risikoanalyse unmöglich. Im Übrigen ist es auch nicht Sache der Ausgleichskasse, sich an Dritte zu wenden, oder den Beweis zu erbringen, alles zur Schadenminderung unternommen zu haben (Reichmuth, a.a.O., § 8 Rz. 741 ff.). g) Im Weiteren ist auch ein Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften, grobfahrlässigen Verletzung von Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV und dem Schadenseintritt gegeben (Reichmuth, a.a.O., § 9 Rz. 768 ff.). Wäre der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat der ... AG seinen gesetzlichen Pflichten nachgekommen und hätte er sichergestellt, dass auch die abgezogenen Lohnbeiträge regelmässig an die Ausgleichskasse überwiesen würden, dann wäre der Ausgleichskasse im Konkurs der ... AG kein Schaden entstanden. h) Schliesslich hat die Ausgleichskasse die Schadenersatzverfügung auch rechtzeitig geltend gemacht. Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens (Art. 52 Abs. 3 AHVG; Reichmuth, a.a.O., § 10 Rz. 799 ff.). Der Konkursrichter des Bezirksgerichts Uster verfügte die Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven am 8. September 2008, woraufhin die Ausgleichskasse die Schadenersatzverfügung noch innerhalb der zweijährigen Frist am 19. Februar 2010 und damit rechtzeitig erliess. 4. Zusammenfassend ergibt sich, dass sich der Beschwerdeführer als Verwaltungsrat der ... AG grobfahrlässig beziehungsweise unzureichend um die korrekte Überweisung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge bemüht hat, wodurch der Ausgleichskasse im Konkurs der ... AG ein Schaden

in der Höhe von insgesamt Fr. 172'940.25 entstanden ist. Damit ist eine Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers nach Art. 52 AHVG für den Zeitraum 2007-2008 zu bejahen. Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Gestützt auf Art. 61 Abs. 1 lit. a ATSG ist das Verfahren für die Parteien - von hier nicht zutreffenden Ausnahmen abgesehen - kostenlos. Eine aussergerichtliche Entschädigung an die Vorinstanz ist nicht geschuldet (Art. 61 lit. g ATSG e contrario). Demnach erkennt das Gericht: 1. Die

Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Kosten erhoben.

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