

# NW\_GERICHTE 27890 vom 19. April 2021

NW Gerichte, 2021-04-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw\\_gerichte\\_27890](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_27890)

FR: NW\_GERICHTE 27890 du 19 avril 2021

IT: NW\_GERICHTE 27890 del 19 aprile 2021

## Regeste

AHV-Schadenersatz (SV 20 26)

## Erwägungen

### E. 1

Angefochten sind die Einspracheentscheide der Ausgleichskasse Nidwalden E 09/20 52 und E 10/20 52 vom 27. Juli 2020, mit welchen die Einsprachen gegen die Schadenersatzverfügungen für entgangene Lohnbeiträge in Sachen C.\_\_ AG in Liq. vom 15. Januar 2020 abgewiesen wurden. Für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist die Sozialversicherungs- abteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden zuständig, die in Dreierbesetzung entscheidet (Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 52 Abs. 5 AHVG und Art. 1 Abs. 3 SRG [NG 264.1] i.V.m. Art. 39 Abs. 1 und Art. 33 Ziff. 2 GerG [NG 261.1]). Die Beschwerdeführer haben als Adressaten der angefochtenen Entscheide ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt sind (Art. 59 ATSG). Nachdem auch Form und Frist (Art. 60 und 61 lit. b ATSG) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten und in der Sache zu entscheiden.

### E. 2

Die Beschwerdeführer beantragen verfahrensmässig die Zusammenführung der Beschwerde- verfahren gegen die Einspracheentscheide E 09/20 52 und E 10/20 52 vom 27. Juli 2020. Ver- fahren, welche auf demselben Sachverhalt beruhen und bei denen sich dieselben Rechtsfra- gen stellen, sind zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 142 II 293 E. 1.2, 131 V 59 E. 1 und 127 V 29 E. 1). Die vorliegenden Beschwerdeverfahren beruhen auf demselben Sachverhalt. Gegenstand beider Beschwerden bildet die Schadenersatzforderung der Ausgleichskasse aufgrund nicht bezahlter Sozialversicherungsbeiträge im Zeitpunkt des Konkurses der C.\_\_ AG, in welcher die Beschwerdeführer zeitweise als Verwaltungsräte amtierten. Die angefochtenen Einspracheentscheide E 09/20 52 und E 10/20 52 vom 27. Juli 2020 sind beinahe wortgleich, beruhen auf denselben Rechtsgrundlagen und es stellen sich dieselben Rechtsfragen. Der Rechtsvertreter beider Beschwerdeführer reichte zudem eine Beschwerdeschrift im Namen beider Parteien ein. Die beiden Beschwerdeverfahren sind daher zu vereinigen und werden im vorliegenden Entscheid gemeinsam erledigt.

5■25

### E. 3

Materiell streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführer gemäss Art. 52 AHVG für den bei der Ausgleichskasse entstandenen Schaden aufgrund entgangener Lohnbeiträge in Sachen C.\_\_ AG in Liq. haftbar gemacht werden können.

#### **E. 4.1**

Nach Art. 52 AHVG, der sinngemäss auch im Bereich der Invalidenversicherung (Art. 66 IVG), der Erwerbersatzordnung (Art. 21 Abs. 2 EOG, SR 834.1), der Arbeitslosenversicherung (Art.

#### **E. 4.2**

Die Ausgleichskasse hat in den hier angefochtenen Einspracheentscheiden vom 27. Juli 2020 die für die Beurteilung der Streitsache massgeblichen Grundsätze sowie die Rechtsprechung bezüglich der Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG (Organschaft, Schaden, Widerrechtlichkeit, Verschulden sowie adäquater Kausalzusammenhang zwischen der schuldhaften Verletzung von Vorschriften und dem Eintritt des Schadens, vgl. etwa Urteil des Bundesgerichts 9C\_538/2017 vom 13. März 2018 E. 3) zutreffend und detailliert dargelegt. Darauf wird verwiesen (Art. 56 Abs. 3 VRG).

#### **E. 4.3**

Die Ausgleichskasse hat sodann sämtliche Voraussetzungen der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG als erfüllt erachtet. In den hier angefochtenen Einspracheentscheiden bezifferte sie den Gesamtschaden für unbezahlt gebliebene Lohnbeiträge für die Jahre 2017, 2018 und 2019 samt Verwaltungskosten und Verzugszinsen auf Fr. 27'383.95 (vgl. dortige E. 3.2). Den Beschwerdeführern gegenüber machte sie einen reduzierten Schadensbetrag von Fr. 20'241.40 geltend. Bei dieser Minderung finde sowohl der Umstand des vorzeitigen Austritts aus dem Verwaltungsrat per 6. April 2018 Berücksichtigung als auch die rechtspre- chungsgemässe Haftungsübernahme eines Organs für die vor seiner Mandatsübernahme be- reits entstandenen Beitragsschulden. In diesem Sinne ermittelte die Ausgleichskasse für die Zeit bis 31. Dezember 2017 einen Forderungsbetrag von Fr. 17'929.05. Von der für das Jahr 2018 errechneten Schadenssumme von total Fr. 9'249.– wurde schliesslich – infolge vorzeiti- ger Mandatsniederlegung – noch ein Teilbetrag von Fr. 2'312.35 für die Dauer bis Ende März 2018 hinzugerechnet, was den geltend gemachten Forderungsbetrag in Höhe von total Fr. 20'241.40 ergab (Fr. 17'929.05 + Fr. 2'312.35 [vgl. dortige E. 3]). Des Weiteren hat die Aus- gleichskasse auch die Widerrechtlichkeit bejaht und erwogen, dass die C.\_\_\_ AG ihrer Abrech- nungs- und Beitragszahlungspflicht nach Art. 14 Abs. 1 AHVG und Art. 34 ff. AHVV (SR

7■25

831.101) nicht nachgekommen sei. Dies bedeute eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG und ziehe grundsätzlich die volle Schadensdeckung nach sich (vgl. dortige E. 4). Ebenso sei der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem bei der Ausgleichskasse entstandenen Schaden und dem pflichtwidrigen Verhalten der C.\_\_\_ AG bzw. ihrer Organe ge- geben (vgl. dortige E. 5). Schliesslich treffe sowohl die C.\_\_\_ AG als auch ihre Organe ein Verschulden. Die Gesellschaft habe ihre Beitrags- und Abrechnungspflichten verletzt, indem die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge praktisch während der gesamten Dauer der Ge- schäftstätigkeit der Firma abgemahnt und in Betreuung gesetzt werden mussten, weshalb grundsätzlich von ihrem Verschulden auszugehen sei. Zwecks Entlastung der Gesellschaft hätten die Einsprecher keinerlei Entlastungs- oder Rechtfertigungsgründe im Sinne von be- sonderen Umständen vorbringen können. Ebenso hätten auch die Einsprecher als ordentliche Verwaltungsräte – mithin als formelle Organe der C.\_\_\_ AG – schuldhaft gehandelt. Insbeson- dere könne ihnen eine

schuldhafte Verletzung ihrer Pflichten als Verwaltungsräte zur Aufsicht und Kontrolle der Geschäftsführungsorgane vorgeworfen werden. Ein Unterlassen der ihnen obliegenden Pflichten und die blosser Gleichgültigkeit würden keine Entlastungsgründe darstellen. Trotz der ihnen bekannten angespannten finanziellen Situation hätten sie die ihnen obliegende Kontrollfunktion als Verwaltungsräte über einen längeren Zeitraum hinaus vernachlässigt und sich stattdessen blind auf das pflichtgemässe Verhalten der geschäftsführenden Personen verlassen. Angesichts der Schwere der von ihnen begangenen Pflichtverletzung – auch wenn nur durch Unterlassung begangen – sei die Annahme eines haftungsausschliessenden Drittverschuldens infolge des Schweregrads des Verschuldens und mangels offensichtlichen Missverhältnisses zum Verschulden von Herrn D., Delegierter des Verwaltungsrates, ausgeschlossen. Folglich könne eine Exkulpation oder Rechtfertigung auch unter dem Titel des Drittverschuldens nicht hergeleitet werden (vgl. dortige E. 6). Auf diese zutreffenden Erwägungen kann ebenfalls verwiesen werden, zumal die Beschwerdeführer – wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen werden – keine stichhaltigen Argumente dagegen vorbringen können (Art. 56 Abs. 3 VRG).

5. 5.1 Die Beschwerdeführer monieren zunächst die Schadenssumme bzw. dass in der Periode, in der sie im Verwaltungsrat waren, sämtliche Forderungen für Sozialversicherungsbeiträge beglichen worden seien. Die Schadenssumme sei grundlegend falsch berechnet worden. Aus

8■25

den Unterlagen gehe hervor, dass es in der Zeit vor ihrem Verwaltungsratsmandat keine offenen Forderungen gegeben habe, für die sie haftbar seien. Das Konto sei per 31. Dezember 2017 ausgeglichen gewesen. Es habe keine Notwendigkeit bestanden, bei der Verwaltung der Gesellschaft zu intervenieren, um Ausstände von Sozialversicherungsbeiträgen anzumahnen. Ein gleichartiger Schluss sei für das erste Quartal 2018 zu ziehen. Die Beschwerdeführer seien mit Rücktrittsschreiben vom 7. März 2018 aus dem Verwaltungsrat ausgetreten. Alle nach dem 19. April 2018 entstandenen Forderungen seien sicherlich unbeachtlich. Darauf sei die Ausgleichskasse zu behaften. Die Beitragszahlungen der C. AG für das Jahr 2017 im Umfang von Fr. 16'651.30 und für das Jahr 2018 im Umfang von Fr. 4'309.55 seien bereits beglichen worden. Im Zeitpunkt ihres Ausscheidens hätten ihnen gegenüber keinerlei Forderungen mehr bestanden. Erst nach ihrem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat habe die Gesellschaft nicht mehr nennenswerte Einzahlungen geleistet. Die Ausgleichskasse habe sodann mit Valuta 16. Oktober 2019 für das Jahr 2017 der C. AG gleichlautende Beträge in Rechnung gestellt. Die nochmalige Verrechnung dieser Beträge sei von der Ausgleichskasse nie erklärt worden. Auch für das Jahr 2018 sei doppelt verrechnet worden. Solche späteren, rein rechnerischen und buchhalterischen Kalkulationen könnten auf die effektiven Abrechnungsperioden und die entsprechenden Beitragszahlungen keine Berücksichtigung finden. Zudem seien die Umbuchungen völlig intransparent und für einen Aussenstehenden nicht nachvollziehbar. Die Beschwerdeführer hätten sich nicht substantiiert gegen die unsubstantiierte Inkassoverfügung verteidigen können. Das Vorgehen der Ausgleichskasse stelle einen impliziten Fall der Verweigerung des rechtlichen Gehörs dar. In den Einspracheentscheiden sei schliesslich nicht erläutert worden, weshalb es statthaft sei, mit Valuta 11. Oktober 2019 Positionen für das Jahr 2017 rückwirkend geltend zu machen, also in einem Zeitpunkt, als die theoretische Einwir-

kungsmöglichkeit der Einsprecher ohnehin längst vorbei gewesen sei. Für alle weiteren Quar- tale sei eine Haftung von vornherein völlig ausgeschlossen und auch für die Mahnungen, Be- treibungen und Bussen könnten die Beschwerdeführer in keiner Weise verantwortlich gemacht werden, weil die Ausgleichskasse den Austritt der Beschwerdeführer ab 19. April 2018 in aller Form anerkenne und zugestanden habe. Für offene Beiträge, die nach ihrem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat entstanden seien, würden sie keine Verantwortung mehr tragen. Dem Kontoauszug der Ausgleichskasse sei schliesslich zu entnehmen, dass per Valuta des Aus- scheidens der Beschwerdeführer alle Forderungen der Ausgleichskasse beglichen waren und sogar ein rechnerisches Guthaben der Gesellschaft vorhanden gewesen sei.

9■25

5.2 Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist wie bereits erwähnt das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der Ausgleichskasse ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag, namentlich infolge der Zahlungsunfähigkeit eines Arbeitgebers, entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht bzw. dem Saldo des Beitragskontos, mithin der Differenz zwischen den Forderungen gegenüber dem Arbeitgeber und den diesem anzurechnenden Gutschriften (THOMAS NUSSBAUMER, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.; MARCO REICHMUTH, a.a.O., Rz. 366 und 416; UELI KIESER, Rechtsprechung des Bundesge- richts zur AHV, 3. Aufl., Zürich 2012, Art. 52 Rz. 19-26; FELIX FREY, in: Felix Frey/Hans-Jakob Mosimann/Susanne Bolliger, Kommentar AHVG/IVG, Zürich 2018, Art. 52 Rz. 9). Verwal- tungs- und Betreuungskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 382 E. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 189 E. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehören auch die Arbeit- geberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5).

5.3 Die Schadenersatzforderung gegenüber den Beschwerdeführern setzt sich gemäss dem Kon- toauszug vom 3. Dezember 2019 (BG-Bel. 7) aus unbezahlt gebliebenen Beiträgen für die Beitragsperioden 10. Juli 2017 bis Ende März 2018 sowie Mahn- und Betreibungsgebühren und Verwaltungskosten zusammen. Bei den Akten liegen entsprechende Rechnungen, Mah- nungen, Betreibungen und Zahlungsbefehle, gegen die nicht Rechtsvorschlag erhoben wurde (vgl. bspw. AK-act. 95, 22, 45, 51, 54, 55, 58, 63-66). Aufgrund von Nachdeklarationen kam es für die vorgenannte Beitragsperiode zu nachträglichen Korrekturen und Umbuchungen (vgl. BG-Bel. 7, S. 3). Aus all diesen Unterlagen ergibt sich der gegenüber den Beschwerdeführern geltend gemachte reduzierte Schadensbetrag von Fr. 20'241.40.

5.4 Die Beschwerdeführer waren vom 10. Juli 2017 bis 19. April 2018 als zeichnungsberechtigte Mitglieder des Verwaltungsrates der C. \_\_ AG im Handelsregister eingetragen (BG-Bel. 3). Als Organe der Gesellschaft war es ihre Pflicht, nicht nur für die Bezahlung der laufenden Beiträge, sondern auch für die Begleichung verfallener, seit Jahren geschuldeter Abgaben besorgt zu sein. Hinsichtlich beider Arten von Verbindlichkeiten ist die Untätigkeit des Organs regelmässig

10■25

kausal, sodass hinsichtlich Schadenersatzpflicht keine unterschiedliche Behandlung angezeigt ist. Am Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen Untätigkeit des Verwaltungs- ratsmitglieds und Nichtleistung von Beitragszahlungen, die bei Eintritt in den Verwaltungsrat bereits ausstehend waren, mangelt es indes ausnahmsweise, wenn die Gesellschaft bereits vor dem Antritt des neuen Verwaltungsrates zahlungsunfähig war (EVG H 235/04 vom 18. April 2005 E. 5.2 mit Verweis auf BGE 119 V 401, AHI 1996 S. 292 E. 4 und THOMAS NUSS- BAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 1996 S. 1081; MARCO REICHMUTH, a.a.O., Rz. 256 und 275 je mit Hinweisen; ZAK 1992 S. 249). Die Verantwortlich- keit eines Verwaltungsrates dauert sodann in der Regel bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat, und nicht bis zum Zeitpunkt der Löschung seiner Funktion im Handelsregister (BGE 126 V 61 E. 4a; 123 V 173 E. 3a; 112 V 4 E. 3c; 109 V 93 E. 13; vgl. auch THOMAS NUSSBAUMER, a.a.O., S. 1081). Denn die Beitragsschuld und Abrechnungs- pflicht entstehen gleichzeitig mit der Lohnzahlung ex lege (Art. 14 und 51 AHVG). Wer somit im Zeitpunkt der Lohnzahlung die Befugnis hat, Zahlungen an die Ausgleichskasse zu veran- lassen, haftet für die entsprechenden Ausstände. Die Haftung des bereits ausgetretenen Or- gans besteht daher auch, wenn die Beitragsschulden zwar während der Organstellung entste- hen, die Beiträge jedoch von der Ausgleichskasse mangels früherer Kenntnis erst nach deren Ende geltend gemacht werden können; dass die entsprechende Verfügung erst nach dem Ausscheiden erlassen wurde und das ehemalige Organ keine Möglichkeit hatte, auf die ge- richtliche Anfechtung Einfluss zu nehmen, ist nicht von Belang (MARCO REICHMUTH, a.a.O., Rz. 268). Die Ausgleichskasse wendet mithin zu Recht ein, dass es für die Bemessung der vorliegenden Schadenersatzforderung irrelevant sei, ob die jeweiligen Beitragsrechnungen während der Dauer ihrer Organstellung oder erst nach der Mandatsniederlegung gestellt wor- den seien; zumal einzig und alleine die Verfügungsgewalt im Zeitpunkt der Lohnzahlung ent- scheidend ist. Nachträgliche Verrechnungen und Umbuchungen im vorliegenden Fall, die Lohnzahlungen des Zeitraums betreffen, in welchem die Beschwerdeführer eine formelle Or- ganstellung innehatten, vermögen an der Beitragshaftung nichts zu ändern.

5.5 Dementsprechend hat die Ausgleichskasse ihren Berechnungen richtigerweise nicht das Aus- trittsdatum per 19. April 2018 zu Grunde gelegt, sondern das faktische Austrittsdatum per 6. April 2018, basierend auf den offiziellen Handelsregistermeldungen und die den Anmeldungen beigelegten sofortigen Rücktrittserklärungen der beiden Beschwerdeführer aus dem Verwal- tungsrat (vgl. AK-act. 25 und BG-Bel. 4 und 5) sowie dem Tagesregisterauszug Nr. 573 der

11■25

C. \_\_ AG (BG-Bel. 6). Eine vorzeitige Auflösung der Mandate per 7. März 2018 («Rücktrittser- klärung»; BF-Bel. 22 und 23) ist hingegen in Anbetracht dieser Beweislage und des hierfür geltenden erhöhten Beweismasses nicht ausreichend glaubhaft gemacht. Es kann auf die je- weilige Ziffer B.2 der angefochtenen Einspracheentscheide vom 27. Juli 2020 verwiesen wer- den (AK-act. 110 und 111; Art. 56 Abs. 3 VRG; vgl. dazu auch BGer 9C\_424/2016 vom 26. Januar 2017 E. 4.1 und 9C\_109/2010 vom 28. April 2010 E. 3.3). Die Beschwerdeführer brin- gen keine neuen Tatsachen vor, die an dieser Beurteilung etwas zu ändern vermöchten. Das Rücktrittsschreiben genügt nicht als klarer Ausweis für ein faktisch früheres Austreten. Einer- seits sind die Schreiben widersprüchlich formuliert, weil die Beschwerdeführer zurücktreten und sich gleichzeitig zur Wiederwahl zur Verfügung

stellen, und andererseits räumen die Beschwerdeführer selbst ein, dass die Rücktrittserklärungen «nicht allzu bestimmt daherkommt» (vgl. Beschwerdeschrift Ziff. 20 S. 9). Ferner fehlt auch der Nachweis, dass die Rücktrittserklärungen überhaupt versendet wurden bzw. den Adressaten erreicht haben. Zudem scheinen die Beschwerdeführer selbst nicht klar zu wissen, bis zu welchem Datum ihre Haftung bestanden haben soll, so schwanken sie zwischen dem 7. März 2018, dem 6. April 2018 und dem 19. April 2018. Letztlich spielt es für die Haftung auch gar keine Rolle, ob als Austrittszeitpunkt der Beschwerdeführer auf den 6. oder den 19. April 2018 abgestellt wird. Die für eine Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge sind innert zehn Tagen nach deren Ablauf zu bezahlen, d.h. erst zu Beginn der nachfolgenden Zahlungsperiode (Art. 34 Abs. 3 AHVV), weshalb die Haftung für die Beiträge jener Zahlungsperiode entfällt, in welcher die Dispositionsbefugnis endet (MARCO REICHMUTH, a.a.O., Rz. 270; BGE 109 V 93 E. 13). Vorliegend erfolgte die Begleichung der Akontobeiträge durch die C. AG in quartalsweisen Zahlungsetappen. Dem entsprechend wurde ihr mit Akontorechnung vom 7. März 2018 das erste Quartal 2018 mit Zahlungsperiode von Januar 2018 bis und mit März in Rechnung gestellt. Die Verwaltungsratsmandate und damit die Dispositionsbefugnis endeten hingegen effektiv mit Datum vom 6. April 2018 und damit erst in der darauffolgenden Zahlungsperiode April bis Juni 2018. In Anwendung der hiervor dargelegten Rechtsprechung entfällt somit eine Haftung der Beschwerdeführer für allfällige Beitragsausstände im April 2018, da ihre Dispositionsbefugnis in dieser Zahlungsperiode endete. Mit der Ausgleichskasse ist daher einzig zu gehen, dass die Verantwortlichkeit der Beschwerdeführer für das erste Beitragsquartal von Januar bis und mit März 2018 uneingeschränkt gegeben ist. Dementsprechend machte die Ausgleichskasse den Beschwerdeführern gegenüber zu Recht eine (reduzierte) Schadenersatzforderung für die Zeit bis und mit März 2018 geltend.

12■25

5.6 Die Ausgleichskasse hat die Schadenersatzforderung ferner soweit zu substantiieren, dass sie überprüft werden kann. Der Forderungsbetrag ist zeitlich und masslich zu spezifizieren, also gestützt auf eine Beitragsübersicht zu behaupten, wie er sich zusammensetzt. Dabei genügt ein blosser Verweis auf die Beitragsübersicht, wenn der Gesamtbetrag ohne weiteres daraus ersichtlich ist. Trifft dies beispielsweise wegen widersprüchlicher Saldi, unterschiedlich datierter Buchungen, schwankender Beiträge, Stornierungen oder Verrechnungen (z.B. mit Guthaben auf einem Überschusskonto) nicht zu, hat die Ausgleichskasse durch erläuternde Bezugnahme auf die Beitragsübersicht und andere von ihr eingereichten Akten darzutun, wie und gestützt worauf sie den Schadenersatzbetrag ermittelt hat. Es ist grundsätzlich nicht Sache des kantonalen Versicherungsgerichts selbst in EDV-Ausdrucken und Abrechnungen nach denjenigen Positionen zu forschen, welche für die Beitragshöhe von Belang sind, und zu eruieren, wie der Forderungsbetrag doch ermittelt werden könnte. Wie detailliert die in der Beitragsübersicht enthaltenen Positionen zu belegen sind, hängt im Übrigen wesentlich davon ab, ob und inwieweit die ins Recht gefasste Person die Schadenersatzforderung substantiiert, d.h. masslich mit konkreten, nicht ohne weiteres widerlegbaren Einwendungen bestreitet, oder sich aufgrund der Akten greifbare Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten ergeben (Urteile des Bundesgerichts 9C\_325/2010 vom 10. Dezember 2010 und 9C\_314/2008 vom 25. August 2008 E. 3.2; H 295/01 vom 20. August 2002 E. 4.3 und H 301/00 vom 13. Februar 2002 E. 2c).

5.7 5.7.1 Vorliegend mögen die Zusammenstellung des Forderungsbetrags und die Umbuchungen auf den ersten Blick schwer fassbar erscheinen. Sie lassen sich aber anhand der Beitragsübersicht und der Erläuterungen der Ausgleichskasse sowie sämtlicher Forderungsbelege (Rechnungen, Mahnungen, Betreibungen etc.) lückenlos nachvollziehen (vgl. vorinstanzliche Akten und insbesondere AK-act. 110 und 111 je Ziff. B 3.2 sowie BG-Bel. 7 und Vernehmlassung Ad. D 22-27, S. 7 ff.). Eine Zerlegung der Buchungsvorgänge zeigt zweifellos, dass keine Doppelbuchungen erfolgt sind und per Austritt der Beschwerdeführer aus dem Verwaltungsrat bzw. per Ende März 2018 noch Beiträge offen waren. Ausgehend von der Haftungsdauer bis Ende März 2018 macht die Ausgleichskasse den Beschwerdeführern gegenüber einen (vom Gesamtschaden 2017 und 2018) reduzierten Schadensbetrag in der Höhe von Fr. 20'241.40 geltend. Dabei addierte sie – unter Berücksichtigung der Mandatsniederlegung nach dem ersten Quartal 2018 und der rechtssprechungsgemässen Haftungsübernahme eines Organs für

13■25

die vor seiner Mandatsübernahme bereits entstandenen Beitragsschulden – zum Forderungsbetrag für die Beitragsperiode 2017 von Fr. 17'929.05 einen Teilbetrag für die Haftungsdauer vom 1. Januar 2018 bis Ende März 2018 von Fr. 2'312.35 (1/4 von Fr. 9'249.–; vgl. Kontoauszug vom 3. Dezember 2019, BG-Bel. 7):

2017 Total Belastungen

Fr. 34'580.35 Total Gutschriften

Fr. 16'651.30 Total Ausstand

Fr. 17'929.05 (vgl. AK-act. 77)

2018 Total Belastungen

Fr. 17'606.90 Total Gutschriften

Fr. 8'357.50 Total Ausstand

Fr. 9'249.40 ¼ davon für das 1. Quartal = Fr. 2'312.35

Fr. 17'929.05

Fr. 2'312.35 Schadensbetrag

Fr. 20'241.40

5.7.2 Aus den Akten ergeben sich keine greifbaren Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieses Schadensbetrags. Die Beschwerdeführer bestreiten die Zusammensetzung der geltend gemachten Forderung pauschal ohne sich substantiiert mit dem Inhalt und den Zahlen der einzelnen Belege auseinanderzusetzen. Die Ausgleichskasse hält zu Recht entgegen, dass die Beschwerdeführer den Kontoauszug vom 3. Dezember 2019 falsch interpretieren würden. Die Beschwerdeführer stellen nämlich bei ihren Berechnungen fälschlicherweise auf das im Kontoauszug ersichtliche Valutadatum ab, welches jedoch für den zeitlichen Haftungsumfang keinerlei Bedeutung hat. Das Valutadatum gibt nur den Zeitpunkt wieder, an welchem bei Gutschriften die Zahlung bei der Ausgleichskasse eingegangen war respektive das Ende der Abrechnungsperiode bei Belastungen. Massgebend ist stattdessen die Beitragsperiode, das heisst derjenige Zeitraum, in dem die massgeblichen Lohnzahlungen erfolgt sind. Da die Beschwerdeführer zudem nur

Buchungen mit Valutadatum vor dem April 2018 einbezogen haben, ist faktisch ein Grossteil der im Kontoauszug aufgeführten Buchungen zu Unrecht unberücksichtigt geblieben, woraus sich die entsprechende Differenz erklärt. Auf dem Kontoauszug vom 3. Dezember 2019 wurden die einzelnen Buchungen farblich den Beitragsjahren 2017, 2018 und 2019 zugeordnet. Dadurch lassen sich die jeweiligen Verbuchungen schliesslich gut nachvollziehen (BG-Bel. 7).

14■25

5.7.3 Der für das Jahr 2017 geschuldete Ausstand liest sich auch aus der Nachtragsrechnung vom 16. Oktober 2019 (AK-act. 77), welche im Zeitpunkt der Akteneinsicht der Beschwerdeführer bereits Teil der Akten war (vgl. AK-act. 100 S. 2 Nr. 12). Insgesamt forderte die Ausgleichskasse einen Betrag von Fr. 34'580.35 ein, wovon Fr. 16'651.30 bereits als bezahlt in Abzug gebracht wurden (vgl. auch BG-Bel. 7, Valuta 29.12.2017). Als Basisbetrag für die Beitragsberechnung stützte sich die Ausgleichskasse auf die Lohnauskünfte der C. \_\_ AG bzw. ihres Vertreters vom 17. und 19. Dezember 2017 (AK-act. 75 S. 2 und 3). Aus diesen Aktenstücken geht detailliert hervor, welche einzelnen Lohnauszahlungen für die Berechnung der Beiträge 2017 verwendet wurden. Es liegen mithin insoweit erwiesenermassen keine Doppelbuchungen vor.

5.7.4 Hinsichtlich der Beitragsperiode 2018 lässt sich feststellen, dass am 22. Mai 2018 und am 4. Juni 2018 Gutschriften für die Beitragsperiode Januar bis und mit März 2018 im Umfang von Fr. 4'309.55 und Fr. 30.85 erfolgt sind (BG-Bel. 7). Diese Gutschriften decken den Rechnungsbetrag, die Mahngebühr und den Verzugszins gemäss Rechnung vom 7. März 2018, die Mahnung vom 30. April 2018 und Verzugszinsverfügung vom 25. Mai 2018 (vgl. AK-act. 12-15). Die Beiträge 2018 wurden für jedes Quartal akonto und zwar basierend auf einem Basisbetrag von jeweils Fr. 30'000.– in Rechnung gestellt (vgl. AK-act. 12, 17, 20 und 27; BG-Bel. 7). Gesamthaft ergab dies für das Beitragsjahr 2018 mithin ein Basisbetrag von Fr. 120'000.–. Für die Schlussabrechnung 2018 ging die Ausgleichskasse jedoch ausschliesslich von der nachträglich durch den Beschwerdeführer 2 gemeldeten Lohnsumme von Fr. 93'500.– aus (AK-act. 74, 76; vgl. auch Duplik S. 2), was zu einer Beitragsheraufsetzung sowie zu nachträglichen Korrekturen und Umbuchungen führte (vgl. BG-Bel. 7, S. 3). Sodann gehen die Beschwerdeführer in ihrer Annahme fehl, dass der Kontoauszug vom 3. Dezember 2019 mehrheitlich Beitragsausstände für die Zeit von April 2018 bis zur Konkurseröffnung im September 2019, demzufolge nach ihrem Austritt aus dem Verwaltungsrat, umfasst. Wie die Ausgleichskasse korrekt ausführt, beläuft sich der Forderungsbetrag für das Jahr 2019 im Vergleich zu den Beitragsausständen für das Jahr 2017 in der Höhe von Fr. 17'606.90 und das Jahr 2018 von Fr. 9'249.40 gerade mal auf Fr. 205.50 (Belastungen von Fr. 21'259'70 ./.. Gutschriften von Fr. 21'054.20). Die geltend gemachten Schadenersatzforderungen umfassen daher nur Beitragsschulden, welche im Zeitpunkt des Endes der Dispositionsbefugnis bereits Bestand hatten.

15■25

5.7.5 Das Quantitativ der streitgegenständlichen Forderung in Höhe von Fr. 20'241.40 ist nach dem Gesagten durch die Akten hinlänglich ausgewiesen und mangels offenkundiger Anhaltspunkte für Berechnungsfehler zu bestätigen. Die Beträge lassen sich anhand sämtlicher Akten umfassend nachvollziehen. Es liegt daher keine Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 BV) vor und die Schadenersatzforderung muss in masslicher

Hinsicht nicht weiter geprüft werden. Im Übrigen hätte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer bei Unklarheiten auch jederzeit mit der Ausgleichskasse Kontakt aufnehmen und genauere Auskunft verlangen können. Die jeweiligen Lohnsummen werden von den Beschwerdeführern schliesslich nicht in Zweifel gezogen und auch aus den Akten ergibt sich diesbezüglich keine offensichtliche Unrichtigkeit.

## **E. 6**

AVIG, SR 837.0) und der Familienzulagen (Art. 25 lit. c FamZG [SR 836.2]) Anwendung findet, hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Der Schaden, der auf dem Weg von Art. 52 AHVG geltend gemacht wird, besteht darin, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können, sei es, dass die Beitragsforderung verwirkt ist oder sei es, weil der Arbeitgeber zahlungsunfähig (Konkurseröffnung oder Ausstellung eines definitiven Verlustscheines) geworden ist (BGE 134 V 257 E. 3.2 mit Hinweisen). Damit eine Schadenersatzpflicht entstehen kann, müssen alle Haftungsvoraussetzungen gegeben sein, d.h. es muss ein Schaden eingetreten sein, der auf ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten zurückzuführen ist (FELIX FREI, Orell Füssli Kommentar – AHVG/IVG, Rz. 2 zu Art. 52 AHVG). Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe und die mit der Geschäftsführung befassten Personen in Anspruch genommen werden, da nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis die Organe des Arbeitgebers haften, wenn der Arbeitgeber als juristische Person die AHV-Beiträge nicht bezahlt (BGE 132 III 523 E. 4.5, 129 V 11, 118 V 195 E. 2a, 114 V 213 E. 3, 114 V 79 E. 3, 113 V 256 E. 3c, 111 V 173 E. 2; BGer 9C\_906/2017 vom 21. Juni 2018 E. 2, 9C\_27/2017 vom 8. August 2017 E. 2; MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Zürich 2008, Rz. 177 ff.; AHIPraxis 1993 S. 114; vgl. auch Art. 52 Abs. 2 AHVG). Als handelnde Organe gelten die natürlichen Personen, welche die juristische Person gegen aussen vertreten (formelle Organe), sowie Personen, welche Organen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflussen (faktische Organe; BGE 114 V 78; ZAK 1989 S. 162). Bei der Aktiengesellschaft kommen als formelle Organe etwa der Verwaltungsrat bzw. ein einzelnes Mitglied davon in Frage (BGE 112 V 2). Die Subsidiarität der Haftung der Organe bedeutet, dass sich die Ausgleichskasse zuerst

### **6■25**

an den Arbeitgeber zu halten hat, bevor dessen Organe belangt werden dürfen. Im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers können die Organe auch dann direkt belangt werden, wenn die juristische Person weiterbesteht (BGE 123 V 12 E. 5b, 113 V 256 E. 3c; AJP 1996 S. 1075). Haben mehrere Personen den Beitragsfall bzw. Schaden zu verantworten, so haftet jede Person solidarisch für den ganzen Schaden (Art. 52 Abs. 2 Satz 2 AHVG). Die Ausgleichskasse kann gegen alle, lediglich einige oder nur gegen einen Einzelnen vorgehen (BGE 119 V 86 E. 5a).

## **E. 6.1**

Weiter tragen die Beschwerdeführer vor, dass ihnen als geschäftsunerfahrene und gutgläubige Personen keinerlei Fehlverhalten vorgeworfen werden könne. Vielmehr sei einzig und alleine der Delegierte des Verwaltungsrates, D.\_\_\_\_, für die offenen Beitragsforderungen zur

Verantwortung zu ziehen. Als einziges geschäftsführendes Mitglied des Verwaltungsrates habe dieser, entgegen seiner mündlichen Zusicherungen, die Zahlungen nicht vorgenommen. In diesem Sinne könne ihnen keine Haftung auferlegt werden, da sie keinerlei Ahnung von den geschäftlichen Fehlentwicklungen gehabt hätten und auf das korrekte Verhalten der involvierten Dritten hätten vertrauen dürfen. Aus der Sicht der Gründerzeit sei die Gesellschaft von D. \_\_ als grosser, verschachtelter Konzern aufgestellt worden. Dadurch hätten die «Investoren» aber auch die eigenen Mitarbeiter getäuscht werden sollen. Dass nach dem Konkurs nichts mehr davon übrigbleiben sollte, sei damals nicht erkennbar gewesen. D. \_\_ als Delegierter des Verwaltungsrates habe die Zügel sowohl nach aussen als auch nach innen völlig alleine in der Hand gehalten und mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln den Anschein der Wohlanständigkeit verbreitet. Als sie am 5. Juli 2017 als Verwaltungsräte eingetragen worden seien, seien sie vollauf mit den technischen Aufgaben der ...-Programmierung absorbiert gewesen. Dies sei eine gewaltige Herausforderung organisatorischer und IT-mässiger Natur gewesen. Gegen Ende Jahr hätten sie dem Verwaltungsratsdelegierten mündlich erklärt, dass sie anlässlich der ordentlichen Generalversammlung für das Jahr 2018 eine vollständige Offenlegung aller Bücher der Gesellschaft verlangen würden. Dies sei denn auch der Hintergrund

16■25

der Formulierung in der Rücktrittserklärung, wonach sie sich nur bei Offenlegung aller relevanten Zahlen für einen weiteren Verbleib in der Gesellschaft zur Verfügung stellen würden. D. \_\_ habe sich schliesslich mündlich geweigert, irgendwelcher Bücher offenzulegen und eine Generalversammlung oder eine Verwaltungsratssitzung durchzuführen. Damit sei klar, dass die Beschwerdeführer keinerlei Einfluss auf den Gang der Geschäfte hätten nehmen können. Um ihre Rechte in einem Prozess durchzusetzen, hätten ihnen schlicht die Mittel gefehlt. Zudem hätten sie aus dem Umstand, dass ihre Löhne nun nicht mehr regelmässig und vollständig gezahlt worden seien, schliessen müssen, dass es der Gesellschaft wohl deutlich schlechter ging als es ihnen von D. \_\_ vorgespiegelt wurde. Im Zeitraum, in dem die Beitragspflichten verletzt und die daraus resultierenden Rückstände entstanden seien, hätten sie also über keinerlei Einsichts- und Einflussmöglichkeiten innerhalb der C. \_\_ AG verfügt, was auch zu ihrem sofortigen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat per 7. März 2018 geführt habe. Schliesslich zeige der Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 2. November 2020 auf, dass von der Ausgleichskasse bewiesen werden müsse, wem faktische oder materielle Organschaft im massgeblichen Zeitraum zugekommen sei. Zu Schadenersatz könne nur verpflichtet werden, wer tatsächlich in der Lage gewesen sei, eine Zahlung für eine Gesellschaft zu tätigen. Die Organstellung der Einzelnen könne nicht alleine vom HR-Eintrag abhängig gemacht werden. Vielmehr sei darauf abzustellen, welche Personen sich tatsächlich mit der Geschäftsführung befasst hätten. Die Personen, welche haftbar gemacht werden, müssten insbesondere tatsächlich die Möglichkeit gehabt haben, die Zahlung an die Ausgleichskasse zu veranlassen und zu disponieren. Die Ausgleichskasse habe diesen Nachweis im vorliegenden Fall nicht erbracht. Ohne tatsächliche Zahlungsberechtigung (Bankvollmacht), ohne eine Einsicht in die entsprechenden Geschäftsbücher und ohne dass je eine Verwaltungsratssitzung stattgefunden habe, sei festzustellen, dass die Beschwerdeführer nicht mit der Geschäftsführung befasst waren und damit nicht zu den verantwortlichen Organen gehören könnten.

**E. 6.2**

Zu prüfen ist somit, ob und inwieweit der entstandene Schaden auf ein qualifiziert schuldhaftes Verhalten (absichtlich oder grobfahrlässig) der C. \_\_ AG respektive der Beschwerdeführer zu- rückzuführen ist und ob allenfalls Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe vorliegen, wobei die Berufung auf solche nur in einem engen Rahmen möglich ist. Bei feststehender Wider- rechtlichkeit gilt die Vermutung eines absichtlichen oder grobfahrlässigen Verhaltens des Ar- beitgebers respektive seiner Organe. Dies bedeutet eine gesteigerte Mitwirkungspflicht der ins Recht gefassten Person bei der Abklärung bzw. Feststellung des für die Beurteilung des Ver- schuldens rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c ATSG). Es obliegt

17■25

grundsätzlich dem Arbeitgeber oder seinen Organen, Gründe, welche ein Verschulden im Sinne von Absicht oder Grobfahrlässigkeit ausschliessen, zu behaupten, diesbezügliche Beweise zu liefern oder zu beantragen. Werden solche entlastende Umstände nicht geltend gemacht oder nicht hinreichend substantiiert, sind solche nicht ohne weiteres ersichtlich oder führen die Abklärungen zu keinem schlüssigen Ergebnis, hat die ins Recht gefasste Person die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Diese Regelung gilt auch in Bezug auf allfällige Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe (BGE 108 V 183 1b; Urteile des Bundesgerichts 9C\_325/2010 vom 10. Dezember 2010 E. 4.1; H 68/06 E. 5.3 und H 61/01 E. 3a vom 16. Mai 2002; SVR 2011 AHV Nr. 13 S. 44 E. 4.1).

### **E. 6.3**

Zunächst liegen keine Gründe vor, die das fehlerhafte Verhalten der C. \_\_ AG im Zusammen- hang mit der Beitragsabrechnung und -ablieferung als gerechtfertigt erscheinen liessen bezie- hungsweise ein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen würden. Die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge mussten praktisch während der ge- samten Dauer der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft abgemahnt und in Betreuung gesetzt werden (vgl. bspw. AK-act. 95, 22, 45, 51, 54, 55, 58, 63-66). Aufgrund der erhobenen Rechts- vorschläge ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft die jeweilige Korrespondenz auch erhalten hat und ihr mithin die Beitragsausstände bekannt waren. Zudem kommunizierte sie intern wesentlich höhere Löhne, als sie der Ausgleichskasse gegenüber angab (AK-act. 8, 28). Des Weiteren wies die C. \_\_ AG für die Monate Januar bis Oktober 2017 keine Lohnauszah- lungen aus, obwohl sie zu dieser Zeit bereits nachweislich Löhne ausbezahlte (AK-act. 8, 25 und 28). Ihre Zahlungsunfähigkeit bestand schliesslich nicht nur für eine kurze Dauer, sondern die Zahlungsausfälle zogen sich über 18 Monate bis zum Konkurs hin. Schliesslich verweigerte sie auch die Arbeitgeberkontrolle durch die ... (AK-act. 67). Auch diese Schreiben hat die Ge- sellschaft erhalten (AK-act. 67). Die C. \_\_ AG ist somit absichtlich oder zumindest grobfahrläs- sig ihren Pflichten als Arbeitgeberin nach Art. 14 AHVG und Art. 34 AHVV nicht nachgekom- men. Sie konnte aufgrund der Dauer ihrer Liquiditätsschwierigkeiten nicht annehmen, die ge- schuldeten Beträge innert nützlicher Frist nachzahlen zu können. Aufgrund ihrer Weigerungs- haltung kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sie eine Begleichung der offenen Beträge überhaupt beabsichtigt hat. Das Verschulden der C. \_\_ AG als Arbeitgeberin ist somit gegeben. Besondere Umstände (vgl. BGE 108 V 187 E. 2), welche die Verletzung der Abrech- nungs- und Beitragszahlungspflicht nach Art. 14 Abs. 1 AHVG und Art. 34 ff. AHVV als ge- rechtfertigt erscheinen liessen, ergeben sich weder aus den Akten noch konnten solche von den Beschwerdeführern vorgetragen werden. Das Bundesgericht hat wiederholt erklärt, dass

die Nichterfüllung dieser öffentlich-rechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG bedeutet und die volle Schadendeckung nach sich zieht (BGE 118 V 193 E. 2a S. 195, 111 V 172 E. 2 S. 173, 108 V 183 E. 1a S. 186). Gerade in finanziell schwierigen Zeiten sei besonders auf die regelmässige Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge zu achten, was eine ständige Überwachung der Abrechnungen und Zahlungen bedinge. Eine Arbeitgeberin dürfe bei finanziellen Schwierigkeiten grundsätzlich nur so viel Lohn ausbezahlen, als die darauf unmittelbar entstehenden Beitragsforderungen gedeckt seien (Urteil des Bundesgerichts 9C\_111/2007 vom 17. September 2007 E. 3.1 mit Hinweisen). Nach dem Gesagten steht fest, dass die Schadenersatzforderung ihre Ursache in einer Missachtung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften zur Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht hat. Da die Missachtung dieser Pflichten als schuldhaftes Verhalten zu qualifizieren ist, haftet die C.\_\_\_ AG grundsätzlich für den entstandenen Schaden.

#### **E. 6.4**

Wie bereits eingangs erwähnt, können subsidiär zur Gesellschaft auch die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden. Über die C.\_\_\_ AG wurde am 5. September 2019 der Konkurs eröffnet (AK-act. 60). Es ist daher im vorliegenden Fall auch das Verschulden und die Haftbarkeit der Beschwerdeführer zu prüfen. Als Verwaltungsratsmitglieder der C.\_\_\_ AG kommt ihnen von Gesetzes wegen formelle Organschaft zu (Art. 707 ff. OR i.V.m. Art. 698 Abs. 2 Ziff. 3 OR). In dieser Stellung haben sie – gesetzlich abschliessend und zwingend geregelte – Organpflichten zu erfüllen und sind gestützt auf Art. 754 OR i.V.m. Art. 52 Abs. 2 AHVG (subsidiär) für den Schaden verantwortlich, den sie durch absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer Pflichten (der Sozialversicherung) verursachen. Anders als im aufgelegten Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 2. November 2020, in welchem der Beschwerdeführer nicht als Verwaltungsrat, sondern ohne Funktion mit Einzelunterschriftsberechtigung im Handelsregister eingetragen war, muss die Ausgleichskasse vorliegend also keine faktische Organschaft nachweisen.

#### **E. 6.5**

Die unübertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats einer Aktiengesellschaft sind in Art. 716a OR geregelt. Dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft obliegt insbesondere die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR). Zur Erfüllung dieser Aufgabe haben sich die Mitglieder des Verwaltungsrats periodisch über

den Geschäftsgang zu informieren, die ihnen unterbreiteten Berichte kritisch zu lesen, nötigenfalls ergänzende Auskünfte zu verlangen und bei Irrtümern oder Unregelmässigkeiten einzuschreiten. Diese Kontroll- und Aufsichtspflichten sind nicht delegierbar, gelten somit grundsätzlich auch für nicht geschäftsführende Verwaltungsräte. Dabei geht es nicht darum, die hier interessierende ordnungsgemässe Abrechnung und Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge ständig oder sogar in jedem einzelnen Fall zu überprüfen, es sei denn, es bestehen Hinweise auf diesbezügliche Mängel. Das Mass der gebotenen Sorgfalt hängt immer von den Umständen, wozu auch die Grösse der Firma und die Anzahl Verwaltungsräte gehören, ab. Bei einem einzigen Verwaltungsrat gilt beispielsweise ein

strenger Massstab (Urteil des Bundesgerichts 9C\_325/2010 vom 10. Dezember 2010 E. 5.1 mit Hinweis auf H 112/03 vom 2. November 2004 E. 3.5.2 und H 38/06 vom 26. Oktober 2006 E. 6.2). Nach diesen Grundsätzen beurteilt sich die Frage eines Verschuldens im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG (Urteil des Bundesgerichts 9C\_145/2010 vom 15. Juni 2010 E. 5.3 mit Hinweisen; SVR 2010 AHV Nr. 4 S. 11, 9C\_152/2009 E. 6.1). An die Sorgfaltspflicht einer Aktiengesellschaft sind hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Ähnlich ist zu differenzieren, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers zu ermitteln (BGE 108 V 202; ZAK 1985 S. 51 E. 2a, S. 620 E. 3b).

#### **E. 6.6.1**

Eine sorgfältige Abwägung im vorliegenden Fall ergibt schliesslich, dass das Handeln der C. AG den Beschwerdeführern aufgrund ihrer formellen Organstellung in der Gesellschaft zuzurechnen ist. Wie aus den Unterlagen hervorgeht, war den Beschwerdeführern die angespannte Finanzlage bzw. die Liquiditätsprobleme des Unternehmens sehr wohl bekannt. Angesichts dessen sowie ihrer Organstellung hätten sie sich umgehend näher mit dem Geschäftsgang befassen, die finanziellen Abläufe im Betrieb kritisch verfolgen und nachprüfen müssen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_66/2016 vom 10. August 2016 E. 5.4 mit Hinweisen; SVR 2016 AHV Nr. 15 S. 42). Dazu gehört namentlich die Pflicht, sich über die bestehenden Verbindlichkeiten und deren korrekte Erfüllung zu informieren und nötigenfalls Massnahmen für deren ordnungsgemässe Zahlung zu treffen. Mit anderen Worten wären die Beschwerdeführer gehalten gewesen, dafür besorgt zu sein, dass bei den fortgesetzten Lohnzahlungen die darauf ex lege geschuldeten paritätischen Beiträge abgeliefert und nicht für andere Zwecke verwendet werden (Urteil des Bundesgerichts 9C\_66/2016 vom 10. August 2016 E. 5.4 mit Hinweisen; MARCO REICHMUTH, a.a.O., Rz. 628 und Rz. 738; THOMAS NUSSBAUMER, Die Haftung des

20■25

Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1079). Zur Erfüllung dieser Pflicht hätten sie Einsicht in die entsprechenden Unterlagen nehmen müssen und Informationen wie beispielsweise Bankauszüge und Belastungsanzeigen oder einen Kontokorrentauszug von der Ausgleichskasse beschaffen können. Indem sie nicht aktiv in das Geschehen der Gesellschaft eingegriffen haben, verletzen sie ihre Sorgfaltspflicht und zwar grobfahrlässig.

#### **E. 6.6.2**

Der Einwand der Beschwerdeführer, dass einzig D. als geschäftsführendes Mitglied des Verwaltungsrates zur Verantwortung zu ziehen sei und sie selbst keinerlei Einfluss auf den Gang der Geschäfte gehabt hätten, wirkt nicht entlastend. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats (Art. 754 Abs. 2 OR), so handeln weitere Verwaltungsräte im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene, sich auch auf das Beitragswesen erstreckende Aufsicht nicht ausüben, wobei sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle bei einem wie vorliegend aus nur wenigen Personen zusammengesetzten Verwaltungsrat nach einem strengen Massstab beurteilen. Als grobfahrlässig gilt gerade auch die Passivität faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossener Verwaltungsräte, welche sich umso nachhaltiger um Einblick in die Geschäftsbücher zu bemühen haben. Ein Verwaltungsrat kann sich, wenn

es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäften geht, mit denen er sich ihrer Bedeutung wegen befassen musste, nicht mit dem Einwand exkulpiert, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt. Ergibt sich aus den Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen, nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen (BGE 112 V 1; Urteile des Bundesgerichts 9C\_289/2011 vom 8. Juli 2011 E. 4.2 mit Hinweisen, 9C\_66/2016 vom 10. August 2016 E. 5.4). Die Beschwerdeführer hätten ihre Kontrollpflicht im Beitragswesen wahrnehmen und dafür sorgen müssen, dass mit den Löhnen auch die Beiträge bezahlt werden. Indem sie dieser Pflicht nicht nachgekommen sind, haben sie ausseracht gelassen, «was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen».

### **E. 6.6.3**

Dass die Beschwerdeführer die notwendigen Dokumente angeblich nicht erhältlich machen konnten und von D. \_\_\_ hingehalten und getäuscht worden sind, kann nicht entscheidend sein. Ihre Aufgabe haben sie mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in

#### **21■25**

guten Treuen zu wahren. Sie durften sich nicht auf blosser Zusicherungen des geschäftsführenden Mitgliedes verlassen. Daran vermag weder die Erwähnung von D. \_\_\_ in einem Artikel der ... etwas zu ändern noch ein Beirat, dem ausschliesslich beratende Tätigkeit zukommt. Nach eigener Aussage hatten die Beschwerdeführer seit Antritt ihres Mandats bis zu ihrem Austritt, also rund neun Monate lang, keinerlei Zugang zu Geschäftsinformationen der C. \_\_\_ AG und es fand auch keine Generalversammlung oder Verwaltungsratssitzung statt. Erste Anhaltspunkte für mögliche Liquiditätsprobleme der Gesellschaft waren den Beschwerdeführern zudem bereits im Verlauf des Jahres 2017 bekannt geworden. Die Beschwerdeführer können jedoch nicht belegen, dass sie ihre Auskunfts- und Einsichtsrechte (Art. 715, 715a OR) sowie ihre unübertragbaren Aufgaben (716, 716a OR), namentlich die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, tatsächlich wahrgenommen haben. Zu ihrer Entlastung führen die Beschwerdeführer zwar Einsichts- und Auskunftsbestrebungen an, ohne diese jedoch substantiiert, zum Beispiel mittels Korrespondenz (Brief, E-Mail, SMS etc.), zu belegen. Die Beschwerdeführer haben sich auch nicht bei der Ausgleichskasse oder den Banken über die gegenwärtige finanzielle Situation der Gesellschaft erkundigt oder eine Meldung an den von den Beschwerdeführern erwähnten Beirat gemacht. Den vorliegenden Unterlagen kann einzig eine Mail-Korrespondenz von Ende Oktober 2018 und Dezember 2018, also über ein halbes Jahr nach Mandatsniederlegung, zwischen den Beschwerdeführern und der Ausgleichskasse entnommen werden, worin der Ausgleichskasse ausschliesslich die Nichtbezahlung der auf ihren Lohn anfallenden Sozialversicherungsbeiträge gemeldet wurde (AK-act. 24-26). Schliesslich vermögen auch die aufgelegten Rücktrittserklärungen nicht die notwendige Ausübung der Sorgfaltspflicht zu belegen. Im Gegenteil stellen sich die Beschwerdeführer im Rücktrittsschreiben vom 7. März 2018 sogar zur Wiederwahl zur Verfügung, sofern Interesse bestehe (BF-Bel. 22 und 23). Auf eine unverzügliche Demission haben sie hingegen verzichtet, obschon bereits nach kurzer Zeit Misstrauen aufgekommen ist und sie angeblich keinerlei Zugang zu den Dokumenten bekommen haben. Unter diesen Umständen durften sich die Beschwerdeführer nicht auf blosser Zusicherungen des

geschäftsführenden Mitgliedes verlassen.

#### **E. 6.6.4**

Die Beschwerdeführer tragen weiter vor, sie seien vollends mit den technischen Aufgaben der ...-Programmierung absorbiert gewesen. Mit diesem Argument können sie sich ebenfalls nicht exkulpieren, zumal, wie erwähnt, die Beschwerdeführer bereits nach kurzer Zeit misstrauisch wurden. Bei der Annahme eines Verwaltungsratsmandats ist genügend Wissen und Zeit mitzubringen, um die gesetzlichen Aufgaben und Pflichten (Art. 716 ff. OR), nötigenfalls durch

22■25

Beizug von Sachverständigen, mit der notwendigen Sorgfalt erfüllen zu können. Die Beschwerdeführer sind auch mit dem Argument, dass sie keine Mittel gehabt hätten, ihre Rechte in einem Prozess durchzusetzen, nicht zu hören. Bei Mittellosigkeit kann bekanntlich unentgeltliche Rechtspflege beantragt werden. Die formelle Organstellung und damit die strenge Haftung nach Art. 52 AHVG bleibt schliesslich auch bestehen, wenn die Einsitznahme in den Verwaltungsrat aus einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung heraus erfolgt ist. Insofern wirkt auch ein allfälliges Subordinationsverhältnis nicht entlastend.

#### **E. 6.6.5**

Weiter vermag auch das Argument, es handle sich um einen grossen, verschachtelten Konzern nicht zu entlasten. Den Akten und den Ausführungen der Beschwerdeführer ist zu entnehmen, dass der Verwaltungsrat der C. AG ab dem 5. Juli 2017 aus vier Gründungsmitgliedern bestand (E., A., B. und D.). Der internen Kommunikation sind zusätzlich drei Angestellte zu entnehmen (AK-act. 28 S. 43, 48-56). Des Weiteren geht aus dem von den Beschwerdeführern aufgelegten Zeitungsartikel vom ... hervor, dass sich die C. AG im Aufbau befand, der operative Hauptsitz der Firma in Z. und das Management in den Büroräumen in Y. tätig war (BF-Bel. 17). Demzufolge war die C. AG offensichtlich kein grosser, verschachtelter Konzern, sondern ein Unternehmen mit einfacher Verwaltungsstruktur. Die Verhältnisse, namentlich auch hinsichtlich der beitragsrechtlichen Situation, waren einfach und leicht überschaubar. Die Firmengeschichte und Hintergründe der daran beteiligten Personen sind hier nicht massgeblich. Von einem Verwaltungsrat darf verlangt werden, dass er den Überblick über alle wesentlichen Belange des Unternehmens hat und es dürfen praxisgemäss auch erhöhte Anforderungen an Kenntnis und Erledigung von Abrechnungs- und Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse gestellt werden.

#### **E. 6.6.6**

Unerheblich ist schliesslich der Einwand der Gutgläubigkeit und der Geschäftsunerfahrenheit. Als Verwaltungsratsmitglieder können sie sich nicht darauf berufen. So hat das Bundesgericht beispielsweise auch bei den folgenden Rechtfertigungsgründen ein Haftungsausschluss abgelehnt: das haftungspflichtige Mitglied der Verwaltung sei juristischer Laie (BGE 112 V 1), es habe unzureichende Geschäftsführungskennntnisse gehabt (BGE 109 V 86 E. 6), das Verwaltungsmandat sei nur ein Ehrenamt gewesen (Urteil des Bundesgerichts 9C\_152/2009 vom 18. November 2009 E. 5.3 und 6.3). Die Beschwerdeführer hätten wie bereits erwähnt jederzeit eine professionelle Beratung beiziehen können.

23■25

### **E. 6.7**

Vor diesem Hintergrund ist eine Pflichtverletzung der Beschwerdeführer ausgewiesen. Sie sind als Verwaltungsräte der C. \_\_ AG in Bezug auf die Gewährleistung der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten untätig geblieben und ihrer Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, grobfahrlässig nicht nachgekommen. Es liegen keine besonderen Umstände vor, welche die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften nicht schuldhaft erscheinen liessen. Es liegen keine Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe vor. Daher ist ein qualifiziertes Verschulden der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall zu bejahen.

### **E. 7**

Dieses vorzuwerfende widerrechtliche Verhalten der Beschwerdeführer ist schliesslich ohne weiteres als adäquat kausal für den Schaden zu betrachten. Es ist anzunehmen, dass ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden hätte verhindern können. Selbst ein allfälliges straf- rechtlich relevantes Fehlverhalten des Delegierten liessen die Versäumnisse der Beschwer- deführer schliesslich nicht derart in den Hintergrund treten, dass diese nicht mehr als adäquate Schadensursache im Sinne der Rechtsprechung zu sehen wären (vgl. Urteile des Bundesge- richts 9C\_599/2017 vom 26. Juni 2018 E. 4.3.1.1, 9C\_27/2017 vom 8. August 2017 E. 4.6 und 9C\_135/2011 vom 11. April 2011 E. 4.3, je mit Hinweisen).

### **E. 8**

Nach dem Gesagten sind die Beschwerdeführer für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden nach Art. 52 AHVG in der ihnen gegenüber geltend gemachten Höhe solidarisch ersatzpflichtig. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

### **E. 9.1**

Das Verfahren vor Versicherungsgericht ist bei Streitigkeiten betreffend Leistungen nach AHVG kostenlos (Art. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG und Art. 18 Abs. 1 PKoG [Prozess- kostengesetz; NG 261.2]).

24■25

### **E. 9.2**

Stellt die ganz oder teilweise obsiegende Partei einen entsprechenden Antrag oder ist dies gesetzlich vorgesehen, ist ihr eine angemessene Entschädigung zulasten der unterliegenden Partei zuzuerkennen. Den am Verfahren beteiligten Versicherungsträgern wird in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen (Art. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG und Art. 14 SRG). Ausgangsgemäss sind im vorliegenden Fall keine Parteientschädigungen zuzuspre- chen.

25■25

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Es wird keine Parteientschädigung gesprochen.

4. [Zustellung].

Stans, 19. April 2021 VERWALTUNGSGERICHT NIDWALDEN  
Sozialversicherungsabteilung Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. HSG Helene Reichmuth Versand:

Rechtsmittelbelehrung Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Art. 82 ff. i.V.m. Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG; SR 173.110]). Die Beschwerde hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gelten die Art. 44 ff. BGG.

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