

MASTERARBEIT

Universität Luzern

Verantwortlichkeit für nicht abgeführte
Sozialversicherungsabgaben
Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG

Vorgelegt bei:

Prof. Dr. iur. Marc Hürzeler

Fakultät:

Rechtswissenschaftliche Fakultät

Verfasserin:

Stéphanie Hirsiger

Abgabetermin: 12. Dezember 2019

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	X
Materialienverzeichnis	XIII
Abbildungsverzeichnis	XIII
1. Einleitung	1
2. Gesetzesentwicklung im Rahmen von Art. 52 AHVG	2
3. Einführung und Überblick	3
4. Schadenersatzgläubigerin	4
5. Schadenersatzpflichtige Personen	5
5.1 Haftung des Arbeitgebers	5
5.2 Subsidiäre Organhaftung	7
5.2.1 Organbegriff	8
5.2.1.1 Formelle Organe	8
5.2.1.2 Materielle Organe	9
5.2.1.3 Faktische Organe	10
5.2.2 Haftungsrelevante Zeitspanne	12
5.2.3 Schadenersatzpflichtige Personen der Aktiengesellschaft	14
5.2.3.1 Geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied	14
5.2.3.2 Nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied	15
5.2.4 Schadenersatzpflichtige Personen bei übrigen juristischen Personen	17
5.2.4.1 GmbH	17
5.2.4.2 Verein	17
5.2.4.3 Stiftung	18

5.2.5	Schadenersatzpflicht bei der Einzelfirma	19
5.2.6	Solidarische Haftung und Regress	19
5.2.7	Versicherbarkeit der Organtätigkeit	20
5.2.8	Exkurs Haftung der Erben	21
6.	Haftungsvoraussetzungen	22
6.1	Schaden	22
6.1.1	Allgemeine Grundsätze	22
6.1.2	Zusammensetzung des Schadens	23
6.1.3	Verrechnung	24
6.2	Kausalzusammenhang	25
6.3	Widerrechtlichkeit	26
6.4	Verschulden	28
6.4.1	Urteilsfähigkeit	29
6.4.2	Absicht und grobe Fahrlässigkeit	29
6.4.3	Sorgfaltsmass	31
6.4.4	Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe	31
6.4.4.1	Business Defence	32
6.4.4.2	Bankabhängigkeit	33
6.4.4.3	Zahlungsaufschub und Tilgungsplan	34
6.4.4.4	Verhalten einer Drittperson	35
6.4.5	Mitverschulden der Ausgleichskasse	35
7.	Verjährung	36
7.1	Zweijahresfrist seit Kenntnis des Schadens	37
7.1.1	Betreibung auf Pfändung	38
7.1.2	Ordentliches und summarisches Konkursverfahren	38
7.1.3	Nachlassverfahren	39
7.1.4	Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven	40
7.2	Fünfhjahresfrist seit Eintritt des Schadens	40
7.3	Längere strafrechtliche Verjährungsfrist	40
7.4	Vollstreckungsverjährung	41

8. Verfahrensrechtliche Bestimmungen	42
8.1 Verwaltungsverfahren	42
8.2 Beschwerde an das kantonale Versicherungsgericht	43
8.3 Beschwerde an das Bundesgericht	43
8.4 Zulässigkeit eines Vergleichs	44
9. Würdigung	46
9.1 Risikostrategie für KMU's und ihre Organe	49
10. Fazit	50
Wahrheitserklärung	51

- FANKHAUSER ROLAND Kommentar zu Art. 16 ZGB, in: Geiser Thomas/
Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivil-
gesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 6. Auflage, Basel 2018.
- FORSTER PETER AHV-Beitragsrecht, Materiell- und verfahrensrechtliche
Grundlagen; Abgrenzung zwischen selbständig und unselb-
ständig erwerbstätigen Personen, Diss. Freiburg, Zürich/
Basel/Genf 2007.
- FORSTER PETER Rechtsprechung des Bundesgerichts zur AHV, SZS 2018
161 ff.
- FORSTER PETER Schadenersatz (AHV), in: Steiger-Sackmann Sabine/
Mosimann Hans-Jakob (Hrsg.), Handbuch für die Anwalts-
praxis, Band XI, Recht der Sozialen Sicherheit, Sozialversi-
cherungen, Opferhilfe, Sozialhilfe, Beraten und Prozessie-
ren, Basel 2014.
- FORSTMOSER PETER Was bringt die Aktienrechtsreform im Verantwortlichkeits-
recht?, in: Isler Peter R./Sethe Rolf (Hrsg.), Verantwortlich-
keit im Unternehmensrecht VIII, Zürich/Basel/Genf 2016.
- FORSTMOSER PETER/
MEIER-HAYOZ ARTHUR/
NOBEL PETER Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- FREY FELIX Kommentar zu Art. 52 AHVG, in: Frey Felix/ Mosimann
Hans- Jakob/ Bollinger Susanne (Hrsg.), Kommentar zum
AHVG / IVG, Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlas-
senenversicherung, die Invalidenversicherung und den all-
gemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) mit
weiteren Erlassen, Zürich 2018.

- GRONER ROGER Art. 52 AHVG – Praxis und Zweck der Arbeitgeberhaftung, SZW 2006 81 ff.
- HÄCKI KURT Sozialversicherungen in der Schweiz, BVG, IV, KVG, ALV, UVG, AHV, 5. Auflage, Zürich/Chur 2014.
- HALLER MAX Organhaftung und Versicherung, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Diss. Zürich, Zürich/St.Gallen 2008.
- HÄRING DANIEL/
HOCHSTRASSER CHRISTIAN Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG: Faktische Organstellung und Grenzen der Haftung, Besprechung der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts 9C_535/2008 vom 3. Dezember 2008 und 9C_859/2007 vom 16. Dezember 2008, GesKR 2009 246 ff.
- HAUSHEER HEINZ/
AEBI-MÜLLER REGINA E. Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Auflage, Bern 2016.
- HÜRBIN SIMON Die Haftung des Vereinsvorstands für nichtabgelieferte AHV-Beiträge, unter Berücksichtigung der seit dem 1. Januar 2012 in Kraft getretenen gesetzlichen Änderung von Art. 52 AHVG, Jusletter 13. August 2012.
- KIESER UELI Art. 52 AHVG – Ein Blick auf neue und neueste Entwicklungen, in: Schaffhauser René/ Kieser Ueli (Hrsg.), AHV-Beitragsrecht, Praxis – Entwicklungen, Perspektiven, St. Gallen 2011, S. 128 ff.
- KIESER UELI ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Bern/St. Gallen/Zürich 2015.

- KIESER UELI Der Verwaltungsrat im Sozialversicherungsrecht, SZW 2006 181 ff.
- KIESER UELI Entwicklungen in der Gesetzgebung zum Sozialversicherungsrecht – Zahlen zu den Leistungen und Beiträgen per 2012, in: Kieser Ueli/Lendfers Miriam (Hrsg.), Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht, JaSo 2012, Zürich/St.Gallen 2012, S. 9.
- KIESER UELI Leistungen der Sozialversicherung, Begriffe, Voraussetzungen, Checklisten, 3. Auflage, Zürich 2019.
- KIESER UELI Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, in: Murer Erwin/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Alters- und Hinterlassenenversicherung, 3. Auflage, Zürich/Basel/ Genf 2012.
- KIESER UELI Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Auflage, Zürich/St.Gallen 2017.
- KNUS MARLIES Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, Diss. Zürich, Winterthur 1989.
- LANZ FELIX WALTER Adverse Selection und Moral Hazard in der Privat- und Sozialversicherung, Diss. Luzern, Zürich/Basel/Genf 2014.
- LENDFERS MIRIAM Der Vergleich im Sozialversicherungsrecht, Knifflige Aspekte der gültigen Einigung, JaSo 2013 201 ff.
- LOCHER THOMAS/
GÄCHTER THOMAS Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Auflage, Bern 2014.

- MOSIMANN HANS-JAKOB Haftungsrecht der Sozialversicherung: von grossen Fischen und von kleinen, in: Böhme Anna/Gähwiler Fabian/Theus Simoni Fabiana/Zuberbühler Ivo (Hrsg.), Ohne jegliche Haftung, Beiträge zum schweizerischen Haftpflicht- und Schuldrecht, Festschrift für Willi Fischer, Zürich 2016.
- MÜLLER ROLAND Der Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, Zürich/Basel/Genf 2005.
- MÜLLER ROLAND/
LIPP LORENZ/
PLÜSS ADRIAN Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2014.
- NUSSBAUMER THOMAS Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG, ZAK 1991 383 ff.
- NUSSBAUMER THOMAS Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, AJP 1996 1071 ff.
- OESCH MAX P. Haftung für AHV-Beiträge – und die Praxis, SZW 2003 229 ff.
- REICHMUTH MARCO Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Freiburg, Zürich/Basel/Genf 2008.
- REY HEINZ/
WILDHABER ISABELLE Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. Auflage, Zürich 2018.
- RIEMER HANS MICHAEL Aktuelle Fragen aus dem Vereinsrecht, Zürich/Basel/Genf 2005.

- RIEMER HANS MICHAEL/
RIEMER-KAFKA GABRIELA/
BLOCH-RIEMER RUTH
- Die Entschädigung des Stiftungsrats im Privat-, Sozialversicherungs- und Steuerrecht / I. – II., in: Emmenegger Susan/Hrubesch-Millauer Stephanie/Krauskopf Frédéric/Wolf Stephan (Hrsg.), *Brücken bauen*, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018.
- SCARTAZZINI GUSTAVO/
HÜRZELER MARC
- Bundessozialversicherungsrecht, 4. Auflage, Basel 2012.
- STEIGER-SACKMANN SABINE/
PETER MARTIN OLIVER
- Kommentar zu Art. 52 AHVG, in: Fischer Willi/Luterbacher Thierry (Hrsg.), *Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen*, Zürich/St. Gallen 2016.
- STUDER CHRISTOPH D.
- Versicherungen, in: Fischer Willi/Drenckhan Helke/Gwellesiani Michael/Theus Simoni Fabiana (Hrsg.), *Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis*, Basel 2014.
- VETTER MEINRAD
- Der verantwortlichsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen, Zürich/St.Gallen 2007.
- WATTER ROLF
- Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Beitragszahlungen an die AHV im Sinne von Art. 52 AHVG, AJP 1994 510 ff.
- WIEDERKEHR RENÉ/
RICHLI PAUL
- Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung, Band I, Bern 2012.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AHI-Praxis	Rechtsprechung und Verwaltungspraxis in der AHV, IV etc.
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946, SR 831.10
AHVV	Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) vom 31. Oktober 1947, SR 831.101
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
ALV	Arbeitslosenversicherung
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemein Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000, SR 830.1
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) vom 25. Juni 1982, SR 837.0
BBl	Bundesblatt
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BGG	Bundesgerichtsgesetz
BK	Berner Kommentar
BSK	Basler Kommentar
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999, SR 101
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982, SR 831.40
bzw.	beziehungsweise
CHF	Schweizer Franken
COO	Chief Operating Officer
D&O-Versicherung	Directors and officers liability insurance
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (EOG) vom 25. September 1952, SR 834.1
etc.	et cetera
EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FLG	Bundesgesetz über die Familienzulagen in der Landwirtschaft (FLG) vom 20. Juni 1952, SR 836.1
GesKR	Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung (IVG) vom 19. Juni 1959, SR 831.20

JaSo	Jahrbuch zum Sozialversicherungsrecht (Zürich/St.Gallen)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994, SR 832.10
lit.	litera
LPGA	Loi sur la partie générale des assurances sociales du 6 octobre 2000, SR 830.1
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
N	Note
Nr.	Nummer
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (OR) vom 30. März 1911, SR 220
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) vom 11. April 1889, SR 281.1
SHAB	Schweizerisches Handelsamtsblatt
SR	Systematische Rechtssammlung
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB) vom 21. Dezember 1937, SR 311.0
StuPO	Studienprozessordnung
SVR	Sozialversicherungsrecht Rechtsprechung
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherungen und berufliche Vorsorge (Bern)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)

WBB	Wegleitung (des BSV) über den Bezug der Beiträge in der AHV/IV/EO
ZAK	Zeitschrift für die Ausgleichskassen der AHV und ihren Zweigstellen, die IV-Kommissionen und IV-Regionalstellen, die Durchführungsstellen der Ergänzungsleistungen zur AHV und IV, der Erwerbsersatzordnung für Dienstleistende in Armee und Zivilschutz sowie der Familienzulagen
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (ZGB) vom 10. Dezember 1907, SR 210

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Änderung des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, BBl 1983 935.

Parlamentarische Initiative Sozialversicherungsrecht, Bericht der Kommission des Nationalrates für soziale Sicherheit und Gesundheit vom 26. März 1999, BBl 1999 9131.

Botschaft über die 11. Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung und die mittelfristige Finanzierung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 02. Februar 2000, BBl 2000 2006.

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), (Verbesserung der Durchführung) vom 03. Dezember 2010, BBl 2011 560.

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Risikostrategie für KMU's und ihre Organe

1. Einleitung

Arbeitgeber und ihre Organe sehen sich in der heutigen Zeit mit einer Vielfalt an Herausforderungen konfrontiert. Eine sehr grosse, aber oft unterschätzte Gefahrenquelle bildet die Haftung aufgrund von nicht abgeführten Sozialversicherungsabgaben nach Art. 52 AHVG. Die immense Anzahl an Art. 52 AHVG-Klagen über die letzten Jahre ist hierfür der beste Beweis. Die Haftungsrisiken im Bereich des Sozialversicherungs- und Steuerrechts sind oftmals für die in Aktiengesellschaften tätigen Organe grösser als jene aus der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit.¹ Der Anstieg von Art. 52-AHVG Klagen lässt sich höchstwahrscheinlich auf die Finanzkrise in den Jahren 2008 und 2009 zurückführen, da sich die hieraus resultierenden Auswirkungen erst mit einer Verzögerung von mehreren Jahren zeigen.² Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat in den letzten Jahren und auch heute noch zu Genüge bewiesen, dass im Rahmen von Art. 52 AHVG ein rauer Wind weht und die Ausgleichskassen mit voller Härte gegen schuldig gebliebene Sozialversicherungsbeiträge vorgehen. Art. 52 AVHG schwingt somit als omnipräsentes Damoklesschwert über den Köpfen unvorsichtiger Arbeitgeber und ihrer Organe.

In einem ersten Schritt wird auf die Gesetzesentwicklung von Art. 52 AHVG eingegangen, gefolgt von einer Einführung und einem Kurzüberblick in die Thematik. Darauf folgend wird die Ausgleichskasse als Gläubigerin thematisiert. Im Kapitel „Schadenersatzpflichtige Personen“ wird die Haftung des Arbeitgebers sowie anschliessend die subsidiäre Organhaftung näher betrachtet. Es folgen Abhandlungen zum Organbegriff, der haftungsrelevanten Zeitspanne sowie zu den verschuldensrechtlichen Konstellationen bei den verschiedenen Rechtsformen. Im Rahmen dieses Oberkapitels folgen ebenfalls Erläuterungen über die solidarische Haftung und den Regress, die Versicherbarkeit der Organtätigkeit sowie ein Exkurs über die Haftung der Erben. Im Kapitel „Haftungsvoraussetzungen“ werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Haftung erläutert. Gegen Ende der Arbeit werden die verschiedenen Arten von Verjährungen und die verfahrensrechtlichen Aspekte thematisiert.

Im Kapitel „Würdigung“ werden ausgewählte kontrovers diskutierte Themen der Arbeit aufgegriffen und einer kritischen Würdigung unterzogen, begleitet von möglichen Präventionsansätzen zur Haftungsvermeidung.

¹ FORSTMOSER, S. 229.

² AKERET, S. 57.

2. Gesetzesentwicklung im Rahmen von Art. 52 AHVG

Das Eidgenössische Versicherungsgericht entschied im Jahr 1970 zum ersten Mal, dass für die Haftung nach Art. 52 AHVG nebst dem Arbeitgeber auch subsidiär dessen Organe in Betracht fallen. Dies hat dazu geführt, dass die Arbeitgeberhaftung faktisch zu einer Arbeitgeberorganhaftung wurde.³ Die Art und Weise, wie das Eidgenössische Versicherungsgericht die Bestimmung anwendete, erinnernd an eine Kausalhaftung, hat dazu geführt, dass ein grosses und nur schwer abschätzbares Risiko entstanden ist, was wiederum in der Lehre zu viel Kritik geführt hat.⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL nennen es „eine weltfremde Überdehnung des Anwendungsbereichs dieser Norm“, womit das Eidgenössische Versicherungsgericht für die Mitglieder des Verwaltungsrates faktisch eine neue Kausalhaftung geschaffen habe. Weiter kritisieren sie, dass die Organpersonen selber nicht Arbeitgeber seien und somit eine gesetzliche Grundlage für die Organhaftung fehle.⁵ BÜRGI/VON DER CRONE bezeichnen diese Rechtsprechung als „abenteuerliche Interpretation“ der AHV-Normen. Weiter beanstanden sie, dass der Verwaltungsrat hier nicht als Träger hoheitlicher Funktionen agiert.⁶ GRONER führt an, dass anstelle einer formellen Argumentation eine zweckorientierte Auslegung gemacht werden sollte. Mit der Ausdehnung der Haftung soll das Ziel verfolgt werden „zu verhindern, dass die Organe einer Arbeitgebergesellschaft über längere Zeit Beitragsausstände anhäufen lassen, ohne konkrete Sanierungsschritte zu unternehmen.“⁷ BÖCKLI hält fest: „Die Gerichtspraxis lässt sich jedoch vom Gesetzestext nicht beeinflussen.“⁸ Das Gericht konterte auf die erhebliche Kritik aus der Lehre, dass keine das Legalitätsprinzip verletzende Auslegung von Art. 52 AHVG vorliege.⁹ Es stützt seine Argumentation mit dem Verweis auf den Methodenpluralismus¹⁰ und führt weiter aus, dass es ein allgemeiner Grundsatz des Privatrechts sei, dass eine Verantwortlichkeit der Organe bei juristischen Personen besteht.¹¹

Die subsidiäre Organhaftung hat mit der 11. AHV-Revision nun eine gesetzliche Grundlage gefunden. Ab dem 1. Januar 2012 spricht man somit nicht mehr nur von der Haftung des Arbeitgebers, sondern dass nach Art. 52 Abs. 2 AHVG auch die Mitglieder der Verwaltung und

³ BGE 96 V 124, E. 3; REICHMUTH, Rz. 184; Siehe hierzu auch die Stellungnahme des BSV im Bericht der Kommission zur Parlamentarischen Initiative „Konkursprivilegien und Sozialversicherungen“, BBl 1999 9131.

⁴ BÄRTSCHI, S. 86; Die erhebliche Kritik aus der Lehre hat jedoch zu keinem Richtungswechsel in der Judikatur geführt, FORSTMOSER, S. 230.

⁵ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 38, Rz. 11 f.

⁶ BÜRGI/VON DER CRONE, S. 351 f; Siehe Beitrag von OESCH, welcher die Bemerkungen von BÜRGI/VON DER CRONE aufgreift, S. 229.

⁷ GRONER, S. 82.

⁸ BÖCKLI, § 13, Rz. 572.

⁹ EVG H 142/00 vom 22. Februar 2002, E. 5b.

¹⁰ BGE 114 V 219, E. 3a.

¹¹ BGE 96 V 124, E. 3.

alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen subsidiär haften können.¹² Diese Umschreibung wird indes als offen erachtet, vor allem in Bezug auf die mit der „Liquidation befassten Personen“.¹³ Weiterhin sind auch wie bisher die faktischen Organe von der Haftung betroffen.¹⁴

3. Einführung und Überblick

Mit der Haftung nach Art. 52 AHVG wird das Ziel verfolgt, dass Arbeitgeber und ihre Organe ihre AHV-rechtlichen Pflichten erfüllen und für einen durch die Nichteinhaltung dieser Pflichten entstandenen Schaden zu Ersatz verpflichtet werden.¹⁵ Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG hat den primären Zweck der Rechtsverfolgung, es soll mithin der geforderte Schadenersatz zugesprochen werden. Aus diesem Grund hat das Verfahren nach Art. 52 AHVG auch einen vollstreckungsähnlichen Charakter,¹⁶ wiederum der Schadenersatzzahlung im Rahmen von Art. 52 AHVG keinen Strafcharakter zukommt.¹⁷ Das Prinzip des „ne bis in idem“ wird nicht verletzt, wenn die Ausgleichskasse (vorläufig) Abstand von einer Fortsetzung des Schadenersatzverfahrens nimmt und sich zugleich das Recht vorbehält, zu einem späteren Zeitpunkt die Forderung geltend zu machen.¹⁸ Art. 52 AHVG ist eine öffentlich-rechtliche Verschuldenshaftung. Die Haftung bildet eine „rasiermesserscharfe Waffe“ im Kampf um schuldig gebliebene Beiträge.¹⁹

Im Sozialversicherungsrecht übernimmt der Arbeitgeber gesetzlich vorgeschriebene, öffentlich-rechtliche Aufgaben. Damit kommt ihm die Rolle des gesetzlichen Vollzugsorgans zu und er nimmt eine Organstellung im öffentlichen Recht des Bundes wahr.²⁰ Im Verhältnis zum allgemeinen Verantwortlichkeitsrecht des Bundes stellt Art. 52 AHVG eine Spezialbestimmung dar.²¹ Dies hat zur Folge, dass für die Auslegung von Art. 52 AHVG die allgemeinen Rechtsnormen des Verantwortlichkeitsgesetzes ebenfalls heranzuziehen sind. Dies gilt auch dann,

¹² BBl 2011 560; Siehe ebenfalls die Erläuterungen des Bundesrates in der Botschaft zur 11. Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung und die mittelfristige Finanzierung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 2. Februar 2000, BBl 2000 2006 ff.

¹³ KIESER, JaSo 2012, S. 9.

¹⁴ BBl 2011 561.

¹⁵ BGE 126 V 61, E. 4b; Die zu Schaden gekommene Ausgleichskasse, darf davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Vorschriften in Absicht oder zumindest grobfahrlässig verletzt hat, sofern es keine Anhaltspunkte für ein rechtmässiges Handeln des Arbeitgebers gibt, NUSSBAUMER, Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess, S. 384.

¹⁶ BGE 128 V 89

¹⁷ SVR 2010 AHV Nr. 13.

¹⁸ BGE 134 V 357, E. 2.1. – 2.3.2.

¹⁹ GRONER, S. 81.

²⁰ BGE 96 V 124, E. 3.

²¹ BGE 114 V 219, E. 3b.

wenn zu einer bestimmten Rechtsfrage das Haftungsrecht der AHV keine Regelungen beinhaltet.²²

Art. 52 AHVG gestaltet sich als subsidiäre Haftung.²³ Die Subsidiarität der Haftung zeichnet sich dadurch aus, dass sich die Ausgleichskasse zuerst an den Arbeitgeber selber halten muss, bevor sie dessen Organe ins Recht fasst. Dass die Organe erst subsidiär haften, ist ein allgemein privatrechtlicher Grundsatz, welcher auch im Sozialversicherungsrecht anzutreffen ist.²⁴

Im Rahmen der Haftung von Art. 52 AHVG ist entscheidend, dass die Beitragsforderung klar von der Schadenersatzforderung zu unterscheiden ist, da die beiden Forderungsarten nicht identisch hinsichtlich ihrer Grundlage und ihres Gegenstandes sind.²⁵ Die Beitragsforderung setzt sich gemäss Art. 4 Abs. 1 AHVG bei einer unselbständigen Erwerbstätigkeit nach den Prozentsätzen des massgebenden Lohnes zusammen.²⁶ Die Beitragsforderung entsteht somit aufgrund der gesetzlichen Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht des Arbeitgebers im Sinne von Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV. Die Schadenersatzforderung wiederum entsteht erst dann, wenn der Schaden aufgrund der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers oder der Verwirkung der Beiträge eingetreten ist.²⁷ Im Zeitpunkt des Schadenseintritts werden somit Beitragsforderungen in Schadenersatzforderungen umgewandelt.²⁸ Es ist zulässig – auch in den oberen Instanzen, wenn der von der Ausgleichskasse eingeforderte Schadenersatz als Beitragsforderung durch das Gericht gutgeheissen wird und es die Schadenersatzforderung durch die Anpassung der rechtlichen Begründung in eine Beitragsforderung umdeutet.²⁹ Des Weiteren gibt Art. 52 Abs. 6 AHVG Aufschluss darüber, dass die Verantwortlichkeitsbestimmung von Art. 78 ATSG nicht anwendbar ist.

4. Schadenersatzgläubigerin

Als Schadenersatzgläubigerin tritt grundsätzlich die AHV-Ausgleichskasse auf.³⁰ Betreffend nicht abgeführte Beiträge der Arbeitslosenversicherung kommt auch hier der Ausgleichskasse eine Aktivlegitimation zu. Das Schadenersatzverfahren für nicht bezahlte ALV-Beiträge wird

²² BGE 122 V 185, E. 3b.

²³ BGE 114 V 219, E. 3c.

²⁴ FREY, N 4 zu Art. 52 AHVG.

²⁵ BGE 121 III 382, E. 3c; 126 V 443, E. 4c; REICHMUTH, Rz. 147.

²⁶ REICHMUTH, Rz. 136.

²⁷ BGE 123 V 12, E. 5b; EVG H 162/01 vom 15. September 2005, E. 5.2.2.

²⁸ BGE 123 V 12, E. 5c; REICHMUTH, Rz. 147.

²⁹ BGE 136 V 268, E. 4.5.

³⁰ EVG H 72/06 vom 16. Oktober 2006, E. 6.2.

somit ebenfalls durch die Ausgleichskassen geführt. Die Ausgleichsstelle erhält dann die erhaltenen Beiträge.³¹ Geht es um die Durchsetzung von Beiträgen an die Familienausgleichskasse, muss hier die Familienausgleichskasse als Gläubigerin auftreten.³² Für die Einforderung des Schadens ist jene Ausgleichskasse zuständig, bei welcher der Arbeitgeber zur Zeit des Schadenseintritts angeschlossen war oder hätte müssen angeschlossen sein.³³

5. Schadenersatzpflichtige Personen

5.1 Haftung des Arbeitgebers

Primär Haftpflichtiger gemäss Art. 52 AHVG ist der Arbeitgeber, welcher durch die absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zufügt. Im Sinne einer Erfüllungsschuld ist der Arbeitgeber von Gesetzes wegen dazu verpflichtet, die Beiträge des Arbeitnehmers von dessen Lohn abzuziehen und zusammen mit seinem Anteil der Sozialversicherung zu übermitteln (Art. 14 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 AHVG, Art. 3 Abs. 2 IVG, Art. 27 Abs. 3 EOG, Art. 5 Abs. 1 AVIG).³⁴ Bezogen auf die in Art. 52 AHVG vorgesehenen Vorschriften ist der Arbeitgeber somit zum Bezug, zur Ablieferung und Abrechnung der paritätischen Beiträge an die Ausgleichskasse verpflichtet (Art. 14 Abs. 1 und Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 34. ff AHVV).³⁵ Erleiden die Versicherungsträger der obligatorischen beruflichen Vorsorge oder der obligatorischen Unfallversicherung einen Schaden durch unbezahlt gebliebene Beiträge, müssen sie den Schaden auf dem Zivilrechtsweg einfordern und nicht mittels einseitiger Verfügung, da hierfür die gesetzliche Grundlage fehlt.³⁶ Ist es der Ausgleichskasse nicht mehr möglich, die Beitragsforderung im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV geltend zu machen, wird der Arbeitgeber durch die absichtliche oder grobfahrlässige Verletzung der Vorschriften nach Art. 52 AHVG schadenersatzpflichtig.³⁷

Als Arbeitgeber gilt nach Art. 11 ATSG, wer Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beschäftigt.³⁸ Als Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen gelten gemäss Art. 10 ATSG Personen, welche ihre Arbeit in unselbständiger Stellung leisten und hierfür massgebenden Lohn nach den

³¹ BGE 113 V 186, E. 4b; EVG H 72/06 vom 16. Oktober 2006, E. 6.2.

³² KIESER, AHV-Beitragsrecht, S. 128.

³³ KNUS, S 25.

³⁴ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 11.

³⁵ BGE 118 V 193, E. 2a; Beiträge sind monatlich oder wenn die jährliche Lohnsumme CHF. 200'000 nicht übersteigt, vierteljährlich zu bezahlen, bei Selbständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen sowie Arbeitnehmer von nicht beitragspflichtigen Arbeitgebern, vierteljährlich, Art. 34 AHVV, FORSTER, AHV-Beitragsrecht, S. 163.

³⁶ FORSTER, Recht der sozialen Sicherheit, § 11, Rz. 11.3.

³⁷ REICHMUTH, Rz. 178.

³⁸ KIESER, ATSG-Kommentar, N 1 zu Art. 11 ATSG; DUNAND, N 4 zu Art. 11 LPGa.

jeweiligen Einzelgesetzen erhalten.³⁹ Gemäss AHVG versteht man unter einem Arbeitgeber, wer nach Art. 12 Abs. 1 Arbeitsentgelte, das heisst den massgebenden Lohn nach Art. 5 Abs. 2 AHVG, an obligatorisch versicherte Personen ausrichtet und sie somit tatsächlich beschäftigt und entlohnt.⁴⁰ Unter dem massgeblichen Lohn versteht man sämtliche Bezüge von arbeitnehmenden Personen, welche wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen – unabhängig davon, ob die entsprechenden Leistungen geschuldet waren oder freiwillig erfolgen bzw. ob das Arbeitsverhältnis weiterbesteht oder aufgelöst wurde. Zu den beitragspflichtigen Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit gehört somit grundsätzlich jede Vergütung oder Zuwendung die aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, sofern sie nicht aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Vorgaben von der Beitragspflicht befreit wird.⁴¹

Die in Art. 52 AHVG begründete Arbeitgeberhaftung und damit verbundene Organhaftung macht keine Unterscheidung bei der Rechtsform des Arbeitgebers. Somit ist die Rechtsform des Unternehmens nicht massgebend für die Eigenschaft als Arbeitgeber.⁴² Als Arbeitgeber gelten in der Praxis im AHV-rechtlichen Sinn:

- **Natürliche Personen:** Einzelunternehmer und Personen, welche Hausbedienstete beschäftigten⁴³;
- **Juristische Personen:** Vereine⁴⁴, Stiftungen⁴⁵, GmbH, Aktiengesellschaften⁴⁶, Kommanditaktiengesellschaften, Genossenschaften⁴⁷ und öffentlich-rechtliche Körperschaften und Anstalten⁴⁸;
- **Personengesellschaften:** Kollektivgesellschaften⁴⁹, Kommanditgesellschaften⁵⁰ und einfache Gesellschaften⁵¹;
- **Andere Personengemeinschaften ohne Rechtspersönlichkeit:** Erbgemeinschaften⁵² und weitere Gesamthandgemeinschaften⁵³;

³⁹ BURCH-CHATTI, S. 37.

⁴⁰ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 12, Rz. 158.

⁴¹ BGE 133 V 153, E. 3.1.

⁴² EVG H 210/01 vom 13. November 2001, E. 3a; BURCH-CHATTI, S. 40.

⁴³ BGE 123 V 168; FORSTER, Recht der sozialen Sicherheit, § 11, Rz. 11.9.

⁴⁴ EVG H 200/01 vom 13. November 2001, E. 3.

⁴⁵ Unveröffentlichtes Urteil EVG H 14/00 vom 30. Juli 2001.

⁴⁶ BGE 126 V 237.

⁴⁷ EVG H 235/04 vom 18. April 2005; REICHMUTH, Rz. 8.

⁴⁸ LOCHER/GÄCHTER, § 23, Rz. 3.

⁴⁹ BGE 119 V 389, E. 7.

⁵⁰ WBB Rz. 1010.

⁵¹ WBB Rz. 1011.

⁵² WBB Rz. 1011.

⁵³ REICHMUTH, Rz. 7.

- **Konkursmasse:** Einer Konkursmasse kann eine Arbeitgeberstellung zukommen, wenn sie in das bestehende Vertragsverhältnis zwischen den arbeitnehmenden Personen und dem Schuldner eintritt oder neue Arbeitsverträge abschliesst.⁵⁴
- **Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen.**⁵⁵

Ist der Schaden im Zeitpunkt des Todes eines Arbeitgeberorgans oder einer arbeitgebenden natürlichen Person gegenüber der Ausgleichskasse bereits eingetreten, geht die Schadenersatzpflicht auf die Erben über, sofern sie das Erbe angetreten haben.⁵⁶

Bei der Übertragung der Aktiven und Passiven von einer Gesellschaft auf eine andere Gesellschaft, muss sich die übernehmende neue Arbeitgeberin die vorher entstandenen Verletzungen der AHV-Vorschriften und den damit einhergehenden Schaden haftpflichtrechtlich nicht anrechnen lassen.⁵⁷

5.2 Subsidiäre Organhaftung

Ist der Arbeitgeber eine juristische Person und zahlungsunfähig, haften gemäss Art. 52 Abs. 2 AHVG subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen.⁵⁸ Da sich Art. 52 AHVG auf alle juristischen Personen bezieht und nicht nur auf die Aktiengesellschaft, wird der Wortlaut „Mitglieder der Verwaltung“ und nicht „Mitglieder des Verwaltungsrates“ verwendet.⁵⁹ Eine Haftung fällt somit nicht in Betracht, wenn keine spezielle Funktion bei der Verwaltung, Geschäftsführung oder Liquidation ausgeführt wird.⁶⁰

Wird ein Schaden durch mehrere Arbeitgeber oder Organe verursacht, haften sie gemäss Art. 52 Abs. 2 AHVG solidarisch.⁶¹

Nach der neueren Lehre und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist für die Beantwortung der Frage, ob eine Person Organstellung hat, weder der Handelsregistereintrag noch die Unterschriftsberechtigung massgebend. Bei Personen die keine Verwaltungsräte sind, ist für die Beurteilung der Frage, ob sie eine Organstellung innehaben massgebend, ob sie tatsächlich die

⁵⁴ REICHMUTH, Rz. 10.

⁵⁵ EVG H 37/02 vom 3. September 2003.

⁵⁶ BGE 119 V 165, E. 3c; 129 V 300, E. 3.1; 96 V 72, E. 1.

⁵⁷ BGE 119 V 389, E. 5.

⁵⁸ BGE 123 V 12, E. 5b; STEIGER-SACKMANN/PETER, Haftpflichtkommentar, N 5 zu Art. 52 AHVG.

⁵⁹ REICHMUTH, Rz. 200.

⁶⁰ BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 469.

⁶¹ BGE 119 V 86, E. 5a.

Funktion von Organen erfüllen.⁶² Der Organbegriff von Art. 52 AHVG ist übereinstimmend mit jenem in Art. 754 Abs. 1 OR.⁶³ Daraus folgt eine Schadenersatzpflicht für all jene Personen mit Entscheidungsbefugnissen, welche ihnen von Gesetzes wegen (formelle Organe) oder infolge der tatsächlichen Verhältnisse (faktische Organe) zukommen. Ein Teil der Lehre führt nebst den formellen und den faktischen Organen noch die materiellen Organe auf. Die Mitglieder der Verwaltung sind somit die formellen Organe, die mit der Geschäftsführung befassten Personen bilden die materiellen und faktischen Organe.⁶⁴

Damit die Organe einer juristischen Person belangt werden können, ist indes nicht vorausgesetzt, dass die juristische Person rechtlich aufgehört haben muss zu existieren. Der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG würde ein illusorischer Charakter zukommen, wenn die Belangung der Organe durch die Weiterexistenz eines zahlungsunfähig gewordenen Arbeitgebers verhindert würde.⁶⁵

5.2.1 Organbegriff

5.2.1.1 Formelle Organe

Unter einem formellen Organ versteht man Personen mit Entscheidungs- und Kontrollfunktionen, welche nach den entsprechenden organisatorischen Vorschriften der betreffenden Rechtsform vom höchsten Organ der juristischen Person ernannt wurden. Das formelle Organ erhält seine Kompetenzen und Pflichten unmittelbar aus dem Gesetz.⁶⁶

Zu den formellen Organen zählen Verwaltungsräte einer Aktiengesellschaft⁶⁷, Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶⁸, Stiftungsräte⁶⁹, Mitglieder der Verwaltung einer Genossenschaft⁷⁰, Mitglieder eines Vereinsvorstands⁷¹, Leitungsorgane einer Gesellschaft mit Sitz im Ausland sowie die Revisionsstellen dieser juristischen Personen.⁷² Des Weiteren fallen unter die formellen Organe die Liquidatoren, welche als geschäftsführendes Organ der aufzu-

⁶² BGE 114 V 213, E. 4e.

⁶³ BGE 114 V 213, E. 3.

⁶⁴ REICHMUTH, Rz. 201.

⁶⁵ BGE 113 V 256, E. 3c.

⁶⁶ FORSTER, Recht der sozialen Sicherheit, § 11, Rz. 11.11.

⁶⁷ Urteil BGer 9C_461/2009 vom 31. Dezember 2010, E. 5.2.

⁶⁸ BGE 126 V 237, E. 4.

⁶⁹ Urteil BGer 9C_145/2010 vom 15. Juni 2010, E. 5.2.

⁷⁰ EVG H 235/04 vom 18. April 2005, E. 5.2.

⁷¹ Urteil BGer 9C_859/2007 vom 16. Dezember 2008, E. 2.4.

⁷² BGE 109 V 95, E. 7; EVG H 14/00 vom 30. Juli 2001; STEIGER-SACKMANN/PETER, Haftpflichtkommentar, N 8 zu Art. 52 AHVG.

lösenden Gesellschaft auftreten sowie die richterlich ernannten Sachwalter bei einem Konkursaufschub.⁷³ In der Praxis werden häufig die Rechtsformen der AG und der GmbH gewählt. Dies führt dazu, dass die in einem Schadenersatzverfahren in die Pflicht genommenen Organe meist Verwaltungsräte einer AG oder Geschäftsführer einer GmbH sind.⁷⁴

Gemäss Rechtsprechung sind im Handelsregister mit Einzelzeichnungsberechtigung eingetragene Direktoren ebenfalls formelle Organe einer juristischen Person.⁷⁵ Zu beachten gilt, dass sie nur für Handlungen und Unterlassungen, welche auf ihren Aufgabenbereich zurückzuführen sind, einzustehen haben. Dies kann unter Umständen zu einem Ausschluss der Haftung nach Art. 52 AHVG führen.⁷⁶ Geschäftsführern einer Aktiengesellschaft kommt gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung hingegen keine formelle Organstellung zu.⁷⁷

5.2.1.2 Materielle Organe

Als Beispiel für materielle Organe werden in der Botschaft Direktoren und Geschäftsführer genannt.⁷⁸ Sie sind nicht dem Verwaltungsrat angehörige Dritte, welchen nach Massgabe eines Organisationsreglements und gestützt auf eine statutarische Grundlage Geschäftsführungsaufgaben übertragen werden.⁷⁹ Im Rahmen von Art. 52 AHVG sind solche Organe von der Haftung erfasst, wenn die an sie übertragenen Aufgaben auch die Verantwortung für das Beitragswesen einschliessen.⁸⁰

Für die Beurteilung einer Haftung nach Art. 52 AHVG sind die konkreten Obliegenheiten einer Person in Form von Rechten und Pflichten im Innenverhältnis entscheidend und nicht der Umfang ihrer Handlungsvollmacht im Aussenverhältnis, wie z.B. die eingetragene Zeichnungsberechtigung im Handelsregister. Ansonsten müsste die bevollmächtigte Person für Schäden einstehen, die sie aufgrund fehlender Kompetenzen gar nicht hätte vermeiden können. Dies würde vor allem auf die verhältnismässig häufigen Fälle zutreffen, bei welchen die Handlungsvollmacht gegenüber einer Drittperson dadurch überschritten wird, dass die zwischen Geschäftsherrn und Bevollmächtigten vereinbarten Einschränkungen nicht eingehalten werden.⁸¹

⁷³ BÄRTSCHI, S. 108.

⁷⁴ REICHMUTH, Rz. 211.

⁷⁵ Urteil BGer 9C_279/2007 vom 17. Juni 2008, E. 3.2.1; Wird durch REICHMUTH kritisch beurteilt, da sich hier das höchste Gericht selber widerspricht, REICHMUTH, Rz. 220.

⁷⁶ Urteil BGer 9C_317/2011 vom 30. September 2011, E. 4.1.2.

⁷⁷ Urteil BGer 9C_317/2011 vom 30. September 2011, E. 4.1.2.

⁷⁸ BBl 1983 935.

⁷⁹ BÄRTSCHI, S. 99.

⁸⁰ Urteil BGer 9C_646/2012 vom 27. August 2013, E. 5.2; EVG H 11/00 vom 20. März 2001, E. 5b.

⁸¹ BGE 111 V 172, E. 5a; REICHMUTH, Rz. 216.

5.2.1.3 Faktische Organe

Zu den faktischen Organen werden Personen gezählt, welche tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie die den Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen⁸² und damit die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.⁸³

Im Rahmen von Art. 52 AHVG kommen für den Kreis der faktischen Organe jene Personen in Betracht, welche im Beitragswesen tatsächlich den Organen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und damit Handlungen vornehmen, welche die Willensbildung der Gesellschaft massgeblich beeinflussen.⁸⁴ Vorausgesetzt ist, dass für die betreffende Person die Möglichkeit zur Verursachung bzw. Verhinderung eines Schadens besteht. Sie muss mithin einen tatsächlichen Einfluss auf die Geschäftsgeschehnisse der Gesellschaft gehabt haben.⁸⁵ Das ist dann anzunehmen, wenn das faktische Organ mit einer dauernden Zuständigkeit für gewisse das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide in eigener Verantwortung trifft. Diese spezielle Organhaftung kann aber nicht bereits durch ein Handeln im Einzelfall begründet werden.⁸⁶ Die erwähnten Grundsätze gelten auch für Personen, welche faktisch die Funktion eines Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausüben (Art. 827 OR).⁸⁷ Auch juristische Personen können faktische Organe sein.⁸⁸

Die faktische Organstellung hängt weder vom Handelsregistereintrag noch von der Zeichnungsberechtigung ab. Massgebend ist, ob tatsächlich eine Organfunktion ausgeführt wird.⁸⁹

Eine blosser Hilfsfunktion reicht nicht aus, um eine Haftung zu begründen. Daher genügt die blosser Erledigung von rein administrativen Büroarbeiten nicht, um eine faktische Organstellung annehmen zu können.⁹⁰ Unter solche Büroarbeiten können unter anderem folgende Handlungen gezählt werden: Die Einreichung eines Zahlungsaufschubgesuchs⁹¹, die Unterzeichnung von Lohnbescheinigungen im Sinn von Art. 36 AHVV⁹² oder ganz allgemein die Korrespondenz

⁸² BGE 114 V 78, E. 3.

⁸³ BGE 132 III 523, E. 4.5.

⁸⁴ EVG H 313/00 vom 28. Januar 2002, E. 7a.

⁸⁵ BGE 132 III 523, 4.5.

⁸⁶ BGE 128 III 29, E. 3c.

⁸⁷ BGE 126 V 237, E. 4.

⁸⁸ EVG H 218/99 vom 4. Oktober 2001, E. 3b.

⁸⁹ BGE 114 V 78, E. 3; 114 V 213, E. 4e.

⁹⁰ BGE 114 V 213, E. 5.

⁹¹ EVG H 171/04 vom 9. November 2005, E. 4.2.

⁹² EVG H 95/04 vom 8. März 2005, E. 6.2.

mit der Ausgleichskasse⁹³, die Unterzeichnung der Steuererklärung und Bilanz⁹⁴ sowie auch die Ausführung einzelner Zahlungen reichen nicht aus, um eine faktische Organstellung begründen zu können.⁹⁵

Damit bei einem Prokurist eine faktische Organstellung angenommen werden kann, muss diese Person über ihren eigentlichen Aufgabenbereich hinaus im Lohn- und Abrechnungswesen eine geschäftsführende Funktion übernehmen. Die Haftung eines Prokuristen richtet sich dementsprechend nach seinen Rechten und Pflichten im Innenverhältnis.⁹⁶ Bei Aktionären muss die faktische Organschaft von Fall zu Fall bestimmt werden.⁹⁷ Die Mithilfe bei der Beschlussfassung⁹⁸ oder eine reine Beratungsfunktion lässt nicht ohne weiteres auf eine Organfunktion schliessen, da hier nicht auf die Willensbildung der Gesellschaft in massgeblicher Weise eingewirkt wird.⁹⁹

Als Beispiel für faktische Organe sind zu nennen: Eine Revisionsstelle¹⁰⁰, ein ausgeschiedener Verwaltungsrat¹⁰¹, eine Person, welche mit Sanierungsaufgaben betraut wurde, damit sie geschäftsleitende Aufgaben für eine in Schwierigkeiten geratene Unternehmung übernehmen kann¹⁰², ein nicht geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung¹⁰³, ein angestellter Consultant (COO) bei einer Aktiengesellschaft¹⁰⁴, eine Hausbank, welche im Rahmen der Unternehmensverwaltung im Einzelfall selbständig Entscheidungen trifft, welche den formellen Organen vorbehalten sind¹⁰⁵, oder auch ein Allein- oder Hauptaktionär einer AG, welcher unter Umständen durch „Strohänner“ im Verwaltungsrat tatsächlich in der Führung der Geschäfte mitmischet.¹⁰⁶

Ob einer Person eine faktische Organstellung zukommt, muss mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden, wobei die Ausgleichskasse die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen hat.¹⁰⁷ Dies führt dazu, dass die Ausgleichskasse aufgrund von

⁹³ EVG H 193/00 vom 2. Mai 2001, E. 5a.

⁹⁴ EVG H 221/01 vom 4. April 2002, E. 4b.

⁹⁵ EVG H 378/00 vom 27. Dezember 2001, E. 3a.

⁹⁶ BGE 111 V 172, E 5.

⁹⁷ Organstellung verneint: Urteil BGer 9C_317/2011 vom 30. September 2011, E. 4.2.2; Organstellung bejaht: EVG H 305/00 vom 6. September 2001, E. 3b.

⁹⁸ EVG H 215/02 vom 23. Juni 2003, E. 3.3.2.

⁹⁹ EVG H 95/04 vom 8. März 2005, E. 6.2.

¹⁰⁰ EVG H 218/99 vom 4. Oktober 2001, E. 3b.

¹⁰¹ EVG H 129/04 vom 14. Januar 2005, E. 2.

¹⁰² EVG H 63/05 vom 25. Mai 2007, E. 6.3.2. f.

¹⁰³ BGE 126 V 237, E. 4.

¹⁰⁴ Urteil BGer 9C_535/2008 vom 3. Dezember 2008, E. 5.2.1. f; m.w.H. HÄRING/HOCHSTRASSER.

¹⁰⁵ Urteil BGer 9C_647/2009 vom 15. April 2010, E. 4.2.1.

¹⁰⁶ BGE 114 V 213, E. 5; REICHMUTH, Rz. 234.

¹⁰⁷ BGE 114 V 213, E. 5; EVG H 93/03 vom 31. Oktober 2003, E. 3.2.

Beweisschwierigkeiten der faktischen Organstellung in der Praxis in erster Linie gegen die formellen Organe vorgeht, da diese mit ihrem Handelsregistereintrag schnell zu eruieren sind.¹⁰⁸

5.2.2 Haftungsrelevante Zeitspanne

Grundsätzlich hat die ins Recht gefasste Person nur für jenen Schaden einzustehen, welcher auf die Nichtbezahlung von Beiträgen gründet, als sie eine formelle, materielle oder faktische Organstellung besass und somit die Möglichkeit zur Disposition über ein allenfalls vorhandenes Vermögen hatte und Zahlungen an die Ausgleichskasse in die Wege leiten konnte.¹⁰⁹ Tritt ein Organ im Laufe eines Kalenderjahres von seiner Stellung zurück, kann es bis zu diesem Zeitpunkt für fällig gewordene Pauschalen ins Recht gefasst werden, grundsätzlich aber nicht für höhere oder tiefere Beiträge, welche am Ende der Abrechnungsperiode festgestellt werden. Dies gilt jedoch nicht, wenn dieser Umstand durch ein schuldhaftes Verhalten des Organes verursacht wurde.¹¹⁰

Massgebend für den Beginn der Haftung für den der Ausgleichskasse verursachten Schaden ist der effektive Antritt der Organstellung und nicht erst die Eintragung im Handelsregister. Für den Verwaltungsrat einer AG beginnt die formelle Organstellung somit mit seinem effektiven Eintreten in den Verwaltungsrat,¹¹¹ spätestens jedoch mit seiner Eintragung im Handelsregister.¹¹² Dieselben Grundsätze gelten für materielle Organe.¹¹³ Der Beginn der faktischen Organstellung ist das tatsächliche Einwirken im Rahmen des Beitragswesens.¹¹⁴ Ab dem Moment der Mandatsübernahme trägt ein Organ die Verantwortung sowohl für laufende als auch für die verfallenen, von der Unternehmung in vergangenen Jahren schuldig gebliebenen Beiträge. Regelmässig gilt, dass für beide Arten von Verbindlichkeiten das Untätigsein des Organs als kausal angesehen wird.¹¹⁵ Ein Kausalzusammenhang zwischen der Nichtleistung der Beitragszahlungen und der Untätigkeit des Organs wird hingegen nicht angenommen, wenn bereits vor der Mandatsübernahme durch das Organ eine Zahlungsunfähigkeit beim Unternehmen bestand¹¹⁶, wobei ein Liquiditätsengpass noch nicht als ausreichend angesehen wird.¹¹⁷ Ebenfalls wird keine Kausalität angenommen, wenn nach Eintritt in das Mandat eine Arbeitgeberkontrolle

¹⁰⁸ REICHMUTH, Rz. 231, 296.

¹⁰⁹ BGE 103 V 120, E. 5; REICHMUTH, Rz. 256.

¹¹⁰ Urteil BGer 9C_355/2010 vom 17. August 2010, E. 5.2.2.

¹¹¹ BGE 123 V 172, E. 3b.

¹¹² EVG H 378/00 vom 27. Dezember 2001, E. 3a.

¹¹³ VETTER, S. 153.

¹¹⁴ EVG H 378/00 vom 27. Dezember 2001, E. 3a; REICHMUTH, Rz. 243.

¹¹⁵ EVG H 436/99 vom 30 März 2001, E. 3a; FORSTER, Recht der sozialen Sicherheit, § 11, Rz. 11.15.

¹¹⁶ BGE 119 V 401, E. 4b.

¹¹⁷ EVG H 34/01 vom 17. August 2001, E. 4b.

durchgeführt wird, welche zum Ergebnis führt, dass vor dem Antritt ausbezahlte Löhne nicht mit der Ausgleichskasse abgerechnet wurden. Dies gilt nur so weit, als das betreffende Organ bei Wahrung der gebührenden Sorgfalt von diesem Umstand keine Kenntnis haben konnte und bei Erlangen dieser Kenntnis entweder für die Bezahlung sorgt oder umgehend von seiner Stellung zurücktritt.¹¹⁸

Für das Ende der Organstellung wird auf das Datum des tatsächlichen Austritts abgestellt und nicht etwa auf die Löschung der Funktion im Handelsregister.¹¹⁹ Dies gilt sowohl für die Konstellationen, bei welcher nach Ablauf der gesetzlichen oder statutarischen Mandatsdauer keine Wiederwahl stattgefunden hat, als auch bei der Möglichkeit, dass das Verwaltungsratsmandat aufgrund eines Rücktritts oder einer Abberufung beendet wird. Liegen die Zeitpunkte zwischen dem Ausscheiden aus dem Mandat und der Löschung im Handelsregister auseinander, muss beweismässig erstellt sein, dass eine vollständige Loslösung des ehemaligen Organs von der Unternehmung stattgefunden hat.¹²⁰ Dies ist nur der Fall, wenn das ausgeschiedene Organ nach der Demission keinen Einfluss mehr auf den Geschäftsgang nehmen kann und auch keine Entschädigung für seine Tätigkeit erhalten hat.¹²¹ E contrario bleibt ein formell ausgeschiedenes Organ als faktisches Organ haftbar, wenn es sich weiterhin organschaftlich mit der Geschäftsführung beschäftigt und hierfür eine Vergütung erhält.¹²²

Für fällig gewordene Beiträge nach dem tatsächlichen Austritt besteht grundsätzlich keine Haftung. Es sei denn, die Handlungen des ehemaligen Organs sind kausal für die Beitragsschuld, welche sich erst nach seinem Austritt auswirken.¹²³ Eine Haftung des bereits ausgetretenen Organs besteht auch dann, wenn nach dem Ausscheiden aus der Unternehmung oder nach der Konkurseröffnung nicht abgerechnete Lohnzahlungen ermittelt werden, welche die Zeitspanne zwischen dem Eintritt und dem Ausscheiden betreffen.¹²⁴

Der Schadenersatzpflichtige kann für Beitragsforderungen, welche nach der Konkurseröffnung fällig werden, nicht haftbar gemacht werden, da das Gesellschaftsvermögen in die Konkursmasse fällt und somit der Verfügung des Schadenersatzpflichtigen entzogen wird. Ebenfalls

¹¹⁸ Unveröffentlichtes Urteil EVG H 10/01 vom 16. September 2002, E. 9; REICHMUTH, Rz. 276.

¹¹⁹ BGE 109 V 86, E. 13.

¹²⁰ BGE 126 V 61, E. 4b.

¹²¹ BGE 126 V 61, E. 4a.

¹²² BGE 126 V, 61, E. 4a; BÄRTSCHI, S. 98.

¹²³ BGE 126 V, 61, E 4a; EVG H 327/03 vom 13. September 2004, E. 2.2.

¹²⁴ BGE 126 V 61, E 4a; EVG H 263/02 vom 2. Februar 2003, E. 3.2.

besteht keine Haftung für eine Beitragsforderung, wenn der Konkurs zwischen dem Ende der Zahlungsperiode und dem Ende der zehntägigen Zahlungsfrist eröffnet wurde.¹²⁵

5.2.3 Schadenersatzpflichtige Personen der Aktiengesellschaft

Bei einer Aktiengesellschaft haften alle Personen, welche mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle einer Aktiengesellschaft betraut sind. Sie haften nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Gesellschaftsgläubigern und einzelnen Aktionären für den Schaden, welchen sie durch die absichtliche oder fahrlässige Verletzung ihrer obliegenden Pflichten verursacht haben.¹²⁶

5.2.3.1 Geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied

Ein Verwaltungsrat ist geschäftsführend, wenn keine Delegation im Sinne von Art. 716b Abs. 3 OR erfolgt ist oder wenn die Verantwortung im Beitragswesen mittels Übertragung auf einen Ausschuss erfolgt, dessen Mitglied er ist, oder wenn die Verantwortung im Beitragswesen ihm als Delegierten übertragen wurde.¹²⁷

Geschäftsführende Verwaltungsräte haben das Recht und bei Erforderlichkeit die Pflicht, für Hilfsarbeiten Dritte beizuziehen. Als Dritte in diesem Kontext gelten beispielsweise Steuerexperten und Treuhänder¹²⁸, BuchhalterInnen¹²⁹ oder Angestellte.¹³⁰ Unter die mit der AHV-Abrechnung verbundene „Handarbeit“ fallen unter anderem das Auslösen und Visieren von Zahlungen an die Ausgleichskasse, das Erstellen von Lohnabrechnungen oder das persönliche Führen von Personalblättern.¹³¹ Es gilt zu beachten, dass bei überschaubaren und einfachen Verhältnissen, wie sie bei kleinen Unternehmen vorkommen, an die Sorgfalt höhere Anforderungen zu stellen sind. Bei solch überschaubaren Verhältnissen wählt und instruiert der geschäftsführende Verwaltungsrat die Hilfsperson in der Regel persönlich. Dies führt dazu, dass der geschäftsführende Verwaltungsrat im Gegensatz zum nicht geschäftsführenden Verwaltungsrat schneller Unregelmässigkeiten im Beitragsbereich erkennen muss. Dies aufgrund seiner Über-

¹²⁵ FREY, N 7 zu Art. 52 AHVG.

¹²⁶ BGE 114 V 213, E. 3.

¹²⁷ REICHMUTH, Rz. 610.

¹²⁸ EVG H 358/98 vom 26. Januar 2000, E 3b.

¹²⁹ EVG H 90/00 vom 20. Juni 2001, E. 4d.

¹³⁰ EVG H 30/06 vom 19. Juli 2006, E. 5.3.1.

¹³¹ EVG H 38/06 vom 26. Oktober 2006, E. 7.4.

wachung und Nähe zu den Angestellten. Demnach kann sich ein geschäftsführender Verwaltungsrat grundsätzlich nicht auf den Standpunkt stellen, er habe keine Kenntnis von finanziellen Schwierigkeiten oder von laufenden Betreibungen gehabt.¹³²

5.2.3.2 Nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied

In Art. 716a OR finden sich die unübertragbaren und unentziehbaren Pflichten des Verwaltungsrates. Ein besonderes Augenmerk gilt hier Abs. 1 Ziff. 5, welcher die Pflicht zur Oberaufsicht über die mit der Geschäftsleitung betrauten Personen mit Blick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen statuiert.¹³³ Hierunter zu subsumieren sind unter anderem auch die Regelungen über das Abziehen, Abliefern und Abrechnen der Sozialversicherungsbeiträge. Aufgrund der grossen Bedeutung dieser Bestimmungen hat sich daher auch ein nicht geschäftsführender Verwaltungsrat mit dem Beitragswesen auseinanderzusetzen.¹³⁴ Wurde gemäss Art. 717 Abs. 2 OR die Geschäftsführung an Direktoren oder Delegierte übertragen, haftet die Verwaltung nur noch für die richtige Auswahl, Instruktion und Überwachung der mit der Führung der Geschäfte betrauten Person. Die Überwachung stellt hierbei den Kernbereich dieser delegierbaren Sorgfaltspflicht dar.¹³⁵ Für den nicht geschäftsführenden Verwaltungsrat bedeutet das, dass er sich auf das Überprüfen der Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Gang der Geschäfte begrenzen darf und nicht dazu verpflichtet ist, jedes einzelne Geschäft zu überwachen.¹³⁶ Im Sinne der Sorgfaltspflicht wird vom Verwaltungsrat verlangt, dass er sich kontinuierlich über den Geschäftsgang informiert, Rapporte einfordert und die ihm vorgelegten Berichte einer kritischen Würdigung unterzieht, ergänzende Auskünfte verlangt und bei Unregelmässigkeiten oder Irrtümern einschreitet.¹³⁷ Wenn Mängel bzw. Unregelmässigkeiten in der Geschäftsführung zu Tage kommen, muss eine strenge Kontrolle geführt werden. Der Verwaltungsrat wird durch fehlende Sachkenntnis und Erfahrung in kaufmännischen Angelegenheiten aber nicht von seiner Pflicht entbunden, selber die Geschäftsunterlagen einzusehen.¹³⁸ Durch eine Delegation von Funktionen ist es somit nicht möglich, dass der Verwaltungsrat gleichzeitig seine ganze Verantwortung delegiert.¹³⁹ Der Verwaltungsrat kommt seiner Überwachungspflicht nicht genügend nach, wenn er zwar geeignete Personen mit Sorgfalt auswählt, aber die-

¹³² REICHMUTH, Rz. 612.

¹³³ EVG H 45/00 vom 15. September 2000, 6a.

¹³⁴ EVG H 369/99 vom 9. Juni 2000, E. 3a; EVG H 136/00 vom 29. Dezember 2000, E. 6b.

¹³⁵ BGE 114 V 219, E. 4a.

¹³⁶ BGE 114 V 219, E. 4a; EVG H 136/00 vom 29. Dezember 2000, E. 6b.

¹³⁷ Urteil BGer 9C_145/210 vom 15. Juni 2010, E. 5.3.

¹³⁸ Urteil BGer 9C_289/2011 vom 8. Juli 2011, E. 5.1.

¹³⁹ BGE 112 V 1, E. 2b.

ses Personal anschliessend nicht ausreichend instruiert und überwacht. Vertrauensseligkeit findet hier keinen Platz, wobei sich der Verwaltungsrat nicht per se argwöhnisch verhalten muss.¹⁴⁰

Je nach Grösse des betreffenden Unternehmens sieht die Rechtsprechung unterschiedliche Betrachtungsweisen für den nichtgeschäftsführenden Verwaltungsrat vor. Bei kleinen Unternehmen, welche über einfache und überschaubare Verhältnisse verfügen, gilt für die Beurteilung der Sorgfalt der Organe ein strenger Massstab.¹⁴¹ Bei solch einer Konstellation wird von den Verwaltungsratsmitgliedern verlangt, dass sie sich einen Überblick über alle wesentlichen Belange der Unternehmung verschaffen, selbst dann, wenn mittels Delegation ein Grossteil der Befugnisse an einen Geschäftsführer übertragen wurde.¹⁴² Ein strenger Massstab besteht in diesem Kontext auch für den einzigen Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft. Er besorgt als einzige Person in Organstellung die Verwaltung der Gesellschaft. Von ihm wird erwartet, dass er sich einen Überblick über alle wesentlichen Belange des Unternehmens macht, auch wenn gewisse Befugnisse von aussenstehenden Personen erfüllt werden. Somit ist es ihm nicht möglich, mittels delegieren von Funktionen an Dritte gleichzeitig auch seine Verantwortung als einziger Verwaltungsrat an diese Drittperson zu übertragen.¹⁴³ Andere Massstäbe gelten wiederum für Grossunternehmen. Zu den Aufgaben eines delegierenden Organs einer Grossfirma gehört es nicht, dass es sich näher mit dem Zahlungsverkehr und mit der Ablieferung der gesetzlich geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge auseinandersetzt.¹⁴⁴ Es trägt aber die Verantwortung dafür, dass im Ganzen eine straffe Handhabung des Beitragswesens im Unternehmen geführt wird.¹⁴⁵ Dem Verwaltungsrat kann keine Grobfahrlässigkeit beim Verhalten vorgeworfen werden, wenn er nicht jedes einzelne Geschäft einer Prüfung unterzieht, sondern allgemein nur die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang überprüft und ihm dabei beispielsweise entgeht, dass die Abrechnung der Lohnbeiträge in Einzelfällen nicht stattgefunden hat.¹⁴⁶

¹⁴⁰ EVG H 38/06 vom 26. Oktober 2006, E. 7.3; BÖCKLI, § 13, Rz. 379.

¹⁴¹ EVG H 72/06 vom 16. Oktober 2006, E. 7; Die Grundsätze betreffend Unternehmensgrösse geltend nicht nur für die AG, sondern auch für andere arbeitgebende Unternehmen, REICHMUTH, Rz. 635.

¹⁴² BGE 108 V 199, E. 3b.

¹⁴³ BGE 112 V 1, E. 2b.

¹⁴⁴ REICHMUTH, Rz. 636.

¹⁴⁵ BGE 108 V 199, E. 3a; EVG H 77/99 vom 3. März 2000, E. 4.

¹⁴⁶ BGE 103 V 120, E. 6; ZAK 1985 621, E. 3b.

5.2.4 Schadenersatzpflichtige Personen bei übrigen juristischen Personen

5.2.4.1 GmbH

Die Stellung eines blossen Gesellschafters einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung begründet für sich noch keine Kontroll- und Überwachungspflichten. Dies lässt sich damit begründen, dass für den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter gemäss Art. 819 Abs. 1 OR nur ein Einsichtsrecht vorgesehen ist. Wäre es der Wunsch des Gesetzgebers gewesen, dass der blosser Gesellschafter zur Kontrolle der Geschäftsführung verpflichtet wäre, hätte sich dies in einer gesetzlichen Grundlage niedergeschlagen, was aber nicht der Fall ist. Somit kann ein nicht geschäftsführender Gesellschafter nicht für den Schaden der Ausgleichskasse haftbar gemacht werden, wenn er die Einhaltung der sozialversicherungsrechtlichen Abrechnungs- und Beitragspflichten des Unternehmens nicht überprüft. Daher darf ihm das Fehlverhalten der Unternehmung nicht angerechnet werden.¹⁴⁷ Hingegen kann ein Gesellschafter nach Art. 52 AHVG schadenersatzpflichtig werden, wenn er statutarisch zur Kontrolle oder Überwachung der Geschäftstätigkeit verpflichtet wurde bzw. eine Stellung innehat, welche einem Geschäftsführer entspricht. Zu den Personen welche mit der Geschäftsführung befasst sind, gehören nebst den ausdrücklich ernannten Geschäftsführern (formelle Organe) auch die materiellen oder faktischen Organe, welche faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausüben, indem sie die eigentliche Geschäftsführung besorgen oder dem Geschäftsführer vorbehaltenen Entscheidungen treffen und somit die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmen.¹⁴⁸

5.2.4.2 Verein

Für die Entrichtung der Beiträge haften bei einem Verein die Mitglieder des Vorstandes. Den Mitgliedern des Vereinsvorstandes ist es durch ihre Position als formelle Organe möglich, Handlungen im Namen des Vereins vorzunehmen, die Meinungsbildung des Vereins zu beeinflussen und die Vertretung des Vereins nach aussen zu übernehmen.¹⁴⁹ Der Vereinsvorstand bildet das oberste Exekutivorgan und ist somit zur Erfüllung der ihm durch Gesetz, Statuten und Vereinsbeschlüssen zugewendeten Aufgaben sowohl berechtigt als auch verpflichtet. Zu den genannten Aufgaben zählt vor allem die Geschäftsführung im engeren Sinn wie die Buchführungspflicht, die Anlage des Vereinsvermögens, das Rechnungswesen und weiterer Verwaltungsaufgaben.¹⁵⁰ Es ist möglich, dass gewisse Geschäftsführungsfunktionen an ein unteres Exekutivorgan, wie beispielsweise an die Geschäftsleitung, delegiert werden können, wenn

¹⁴⁷ BGE 126 V 237, E 4, Regeste.

¹⁴⁸ BGE 126 V 237, E 4.

¹⁴⁹ Urteil BGer 9C_152/2009 vom 18. November 2009, E. 5.3.

¹⁵⁰ FREY, N 17 zu Art. 52 AHVG.

hierfür eine statutarische Grundlage besteht.¹⁵¹ Damit die erforderliche Sorgfalt gewahrt bleibt, muss nebst der Auswahl des passenden Mandatsträgers ebenfalls seine Instruktion und Überwachung gewährleistet sein. Diese Überwachungsfunktion kann nicht delegiert werden, was insbesondere auch auf den Vereinspräsidenten zutrifft.¹⁵² Somit bleibt die Kontrolle und Oberleitung bei den Mitgliedern des Vorstandes.¹⁵³

Gemäss Rechtsprechung gibt es keinen Grund zur Annahme, dass ein Verein einer weniger strengen Haftung unterliegen sollte als eine Aktiengesellschaft. Somit ist nicht von Bedeutung, ob ein Verein gewinnorientiert ausgerichtet ist oder nicht. Der Umstand, dass ein ideelles Ziel verfolgt wird, ändert nichts an der Tatsache, dass Sozialversicherungsbeiträge auf ausbezahlte Löhne abgerechnet und bezahlt werden müssen und die Verantwortlichen für das allfällige Nichtabliefern dieser Beiträge ins Recht zu fassen sind.¹⁵⁴ Des Weiteren kann die ehrenamtliche Ausführung eines Vereinsmandates keinen Entlastungsgrund darstellen.¹⁵⁵ Ehrenamtlichkeit steht einzig dafür, dass keine Entschädigung entgegengenommen wird. Der Mandatsträger unterstellt sich mit der Übernahme eines Ehrenamtes den statutarischen Pflichten. Die ehrenamtliche Tätigkeit kann nicht als Grund gesehen werden, die auferlegten Pflichten weniger sorgfältig auszuführen.¹⁵⁶

5.2.4.3 Stiftung

Auch Organe einer Stiftung können der Haftung nach Art. 52 AHVG unterliegen.¹⁵⁷ Die gesetzlich zu erfüllenden Pflichten nach Art. 83 ZGB und die statutarischen Pflichten gemäss Stiftungsurkunde geben Aufschluss darüber, ob der Stiftungsrat eine Verletzung seiner Kontroll- und Aufsichtspflicht begangen hat.¹⁵⁸ Ein Stiftungsrat hat für die nötige Kontrolle zu sorgen und kann demnach bei einer Delegation der Geschäftsführung nicht die gesamte Verantwortung von sich weisen.¹⁵⁹ Analog den Pflichten eines Verwaltungsrates einer AG muss

¹⁵¹ Urteil BGer 9C_152/2009 vom 18. November 2009, E. 6.2.

¹⁵² EVG H 200/01 vom 13. November 2001, E. 3a.

¹⁵³ Urteil BGer 9C_152/2009 vom 18. November 2009, E. 6.2.

¹⁵⁴ EVG H 210/01 vom 13. November 2001, E. 3a; In Anbetracht dessen, dass es heute in der Schweiz mehr als 100'000 Vereine gibt (RIEMER, Vorwort.), welche im Durchschnitt von drei bis fünf Vorstandsmitgliedern geführt werden, ergibt sich in der Summe eine halbe Million Menschen, welche sich mit dieser Haftungsproblematik als Vereinsvorstand konfrontiert sehen müssen, aber sich dessen wohl nicht immer bewusst sind, HÜR-BIN, S. 2.

¹⁵⁵ EVG H 162/03 vom 2. Juli 2004, E. 5.1.

¹⁵⁶ EVG H 210/01 vom 13. November 2001, E. 3a.

¹⁵⁷ In der Praxis bilden Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG die Hauptanwendungsfälle für die sozialversicherungsrechtliche Verantwortlichkeit von Stiftungsräten, RIEMER/RIEMER-KAFKA/BLOCH-RIEMER, S. 808 f.

¹⁵⁸ FREY, N 18 zu Art. 52 AHVG.

¹⁵⁹ Urteil BGer 9C_145/210 vom 15. Juni 2010, E. 5.5.

sich der Stiftungsrat periodisch über den Gang der Geschäfte informieren und bei Unregelmässigkeiten in der Führung der Geschäfte einschreiten. Solche Unregelmässigkeiten bestehen beispielsweise dann, wenn kontinuierlich Löhne durch die Geschäftsführung ausbezahlt werden, aber es zu keiner Ablieferung der jeweiligen Beiträge kommt.¹⁶⁰ Damit ist aber nicht gemeint, dass Stiftungsräte für die Begleichung der einzelnen Rechnungen besorgt sein müssen. Vielmehr wird von ihnen verlangt, dass sie die Bezahlung der gesetzlichen Beiträge und Abgaben im Auge behalten und wenn nötig einschreiten, wenn es sich um eine finanziell heikle Situation handelt. Eine Verletzung ihrer Aufsichtspflicht begehen Stiftungsräte demnach dann, wenn ihrerseits keine Erkundigung nach der Bezahlung der AHV-Beiträge erfolgt und auch keine entsprechenden Massnahmen zur Beitragszahlung oder -sicherung in die Wege geleitet werden.¹⁶¹

5.2.5 Schadenersatzpflicht bei der Einzelfirma

Die Ausgleichskasse hat das Recht, Schadenersatz vom Inhaber einer in Konkurs geratenen Einzelfirma einzufordern – dies trotz des Umstandes, dass bei einer Einzelfirma der Beitragsschuldner und der Schadenersatzpflichtige die gleiche Person sind. Es gilt hierzu zu beachten, dass sich die Beitragsforderung nicht nur wegen ihres Gegenstandes, sondern auch wegen ihrer Rechtsnatur von der Schadenersatzforderung unterscheidet.¹⁶²

5.2.6 Solidarische Haftung und Regress

Sind für den gleichen Schaden mehrere Personen (formelle, materielle oder faktische Organe) verantwortlich, haften sie solidarisch für den ganzen Schaden. Die Ausgleichskasse hat die Wahl, gegen wen sie vorgehen möchte, und muss sich nicht um das Innenverhältnis zwischen den Mitverantwortlichen kümmern, da vorliegend nur die Rechtsbeziehungen zwischen dem Arbeitgeber bzw. seiner zur Verantwortung gezogenen Organe und der Ausgleichskasse betroffen sind.¹⁶³ Somit kann die Ausgleichskasse wählen, ob sie gegen alle Solidarschuldner, gegen manche von ihnen oder nur gegen einen einzigen vorgehen möchte. Den Schadenersatz darf die Ausgleichskasse zwar nur einmal einfordern, trotzdem haftet der Ausgleichskasse für den ganzen Schaden jeder Schuldner solidarisch.¹⁶⁴ Dass die Ausgleichskasse frei entscheiden kann, welchen der Solidarschuldner sie ins Recht fassen möchte, stellt keine rechtsungleiche Behandlung dar, da dies genau das charakteristische Wesen der Solidarhaftung begründet.¹⁶⁵ Es handelt

¹⁶⁰ SVR 2010 AHV Nr. 14, E. 5.5; SVR 1995 AHV Nr. 70, E. 5.

¹⁶¹ Urteil BGer 9C_145/210 vom 15. Juni 2010, E. 5.5.

¹⁶² BGE 123 V 168, E. 3.

¹⁶³ BGE 108 V 189, E. 2e, 3; 109 V 86, E. 7; 119 V 86, E. 5a.

¹⁶⁴ BGE 119 V 86, E. 5a.

¹⁶⁵ BGE 109 V 86, E. 10.

sich um eine absolute Solidarität.¹⁶⁶ Der Grund liegt darin, dass die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG ein qualifiziertes Verschulden, also Vorsatz oder Grobfahrlässigkeit, voraussetzt, womit kein Organ ein weniger schweres Verschulden als ein anderes Organ aufweist.¹⁶⁷

Der Haftpflichtige hat ein rechtliches und faktisches Interesse daran, dass nebst ihm auch weitere Personen der Schadenersatzpflicht unterstellt werden, weil er gegebenenfalls gegen allfällige mithaftende Personen Regress nehmen kann. Daher kann es sich rechtfertigen, dass in Verfahren gegen andere potentielle Schadenersatzpflichtige der in Anspruch genommene beteiligt wird.¹⁶⁸ Eine Regressklage setzt für ihren Erfolg Folgendes voraus: 1) Durch die Ausgleichskasse muss der Kläger für verantwortlich erklärt worden sein. 2) Der Ausgleichskasse muss der Schaden durch den Kläger ersetzt worden sein. 3) Die beklagte Partei muss selber haftbar im Sinne von Art. 52 AHVG sein. 4) Zuletzt muss aufgrund der Regelungen im Innenverhältnis dem Kläger ein Rückgriffsrecht zukommen.¹⁶⁹ Dass sich die Ausgleichskasse dazu entschieden hat, einen Dritten nicht zu belangen, kann verschiedene Gründe haben. Beispielsweise, dass die Ausgleichskasse in einem Gerichtsverfahren verloren hat, eine rechtskräftige Schadenersatzforderung gegenüber diesem Dritten nicht vollstreckt oder seine Einsprache gutgeheissen hat.¹⁷⁰

In der Praxis wird sich die Ausgleichskasse für eine Klage jenen Schuldner aussuchen, welcher am kapitalkräftigsten ist und gegen ihn den Gesamtschaden liquidieren - solange der Haftpflichtige Wohnsitz in der Schweiz hat.¹⁷¹ Das Risiko, von der Ausgleichskasse belangt zu werden, hängt somit vor allem von der Einkommens- und Vermögenssituation ab.¹⁷²

5.2.7 Versicherbarkeit der Organtätigkeit

Verschiedene Privatversicherer bieten sogenannte D&O-Versicherungen an, welche den Organen für das Risiko der Inanspruchnahme durch die Ausgleichskasse und weitere Gläubiger einen Versicherungsschutz bieten.¹⁷³ Die Versicherungen sehen aber typischerweise einen Deckungsausschluss für öffentlich-rechtliche Forderungen oder Grobfahrlässigkeit vor.¹⁷⁴ Dieser Ausschluss in den allgemeinen Versicherungsbedingungen bzw. in der Police bedeutet für die

¹⁶⁶ BBl 2011 561; Im Rahmen von Art. 52 AHVG kann somit Art. 759 Abs. 1 OR (differenzierte Solidarität) nicht herangezogen werden, um eine Herabsetzung der Ersatzpflicht entsprechend der Schwere des Verschuldens des ins Recht gefassten Verantwortlichen zu rechtfertigen, AHI-Praxis 1996 S. 294, E. 6.

¹⁶⁷ EVG H 235/03 vom 2. März 2004, E. 5.

¹⁶⁸ BGE 134 V 306, E. 3.1; Die Regressforderung ist auf dem Zivilrechtsweg geltend zu machen, BBl 2011 561.

¹⁶⁹ BGE 132 III 523, E. 4.2.

¹⁷⁰ REICHMUTH, Rz. 299.

¹⁷¹ MÜLLER/LIPP/PLÜSS, S. 379; REICHMUTH, Rz. 297.

¹⁷² MÜLLER, S. 380.

¹⁷³ REICHMUTH, Rz. 314.

¹⁷⁴ STUDER, § 47, Rz. 47.10; KIESER, Der Verwaltungsrat im Sozialversicherungsrecht, S. 185.

Haftung nach Art. 52 AHVG, dass eine Inanspruchnahme des Versicherungsschutzes nicht gegeben wäre.¹⁷⁵ Auch wenn eine stillschweigende Deckung von Art. 52 AHVG-Ansprüchen gewährt wird, gilt es zu beachten, dass der Ausschluss bei Vorsatz und Wissen in allen Policen zu finden ist. Dies ist von Bedeutung, da oftmals bei einzelnen Organpersonen die Nichtbezahlung von AHV-Beiträgen mit Wissen und Willen erfolgt.¹⁷⁶

Entsprechend dem Claims-made-Prinzip muss eine Anmeldung des Schadens während der Versicherungsdauer erfolgen. Daher muss die einzelne Organperson eigenständig dafür besorgt sein, dass sie allfälligen Deckungseinreden zuvorkommt, indem sie sicherheitshalber noch nicht eingeklagte aber mögliche Ansprüche bereits während der Versicherungsdauer anmeldet.¹⁷⁷

5.2.8 Exkurs Haftung der Erben

Hat der Erblasser eine unerlaubte Handlung begangen, geht die Verantwortung auf die Erben über, sofern sie die Erbschaft angenommen haben.¹⁷⁸ Dieser Grundsatz ist auch auf die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG anzuwenden.¹⁷⁹ Im Rahmen von Art. 52 AHVG besteht kein Grund die bisher geltende Rechtsprechung zur Vererbung der Schadenersatzforderung zu ändern, womit sie unverändert weitergeführt werden kann.¹⁸⁰ Ob die AHV-rechtlich präsumtiv haftende erblassende Person vor dem Erlassen einer Verfügung, welche sie persönlich ins Recht fasst, verstirbt oder der Todeseintritt erst nachher erfolgt, ist nicht von Bedeutung. Die Erben sind Solidarschuldner, womit es der Ausgleichskasse freisteht, die jeweiligen Erben entweder für die ganze Forderung zu belangen oder auch nur für einen Teil.¹⁸¹

¹⁷⁵ KIESER, AHV-Beitragsrecht, S. 137; HALLER, Rz. 706; AVB AXA, S. 11, „<https://www.axa.ch/de/unternehmenskunden/angebote/haftpflicht-sach/haftpflichtversicherung/organhaftpflichtversicherung.html>“, besucht am 29.10.2019; AVB Zürich, S. 3, „<https://www.zurich.ch/de/firmenkunden/vermoegensversicherung/organhaftpflicht>“, besucht am 29.10.2019; AVB Basler Versicherungen, S. 6 „<https://www.baloise.ch/de/unternehmenskunden/haftpflicht-recht-sachwerte/haftpflichtversicherung.html>“, besucht am 29.10.2019.

¹⁷⁶ HALLER, Rz. 709.

¹⁷⁷ STUDER, § 47, Rz. 47.14.

¹⁷⁸ BGE 103 II 330, E. 3.

¹⁷⁹ BGE 119 V 165, E. 3c; 96 V 72, E. 1.

¹⁸⁰ SVR 2010 AHV Nr. 13, E. 3.7.

¹⁸¹ BGE 129 V 300, E. 3.1.

6. Haftungsvoraussetzungen

6.1 Schaden

6.1.1 Allgemeine Grundsätze

Der Ausgleichskasse entsteht ein Schaden im Sinne von Art. 52 AHVG, wenn ihr ein gesetzlich zustehender Sozialversicherungsbeitrag entgeht, weil der Betrag aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr einzuholen ist.¹⁸²

Dies ist dann der Fall, wenn die Verwirkung der Beitragsforderung nach Art. 16 Abs. 1 AHVG eingetreten ist (rechtlicher Grund) oder durch die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers (tatsächlicher Grund).¹⁸³ Eine Verwirkung der Forderung tritt ein, wenn es die Ausgleichskasse unterlässt, die Beiträge innerhalb von fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, für welches sie geschuldet sind, mittels Verfügung einzufordern. Ist diese Frist abgelaufen, steht es der Ausgleichskasse weder zu, die Beiträge geltend zu machen, noch besteht für den Beitragspflichtigen die Möglichkeit, die Beiträge zu entrichten.¹⁸⁴ In der gerichtlichen Praxis zeigt sich, dass eine grosse Anzahl der Schadenersatzprozesse wegen eines Schadenseintritts aufgrund tatsächlicher Gründe geführt wird und nicht aufgrund verwirkter Beiträge.¹⁸⁵ Sprich dann, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig geworden ist und die Beiträge deshalb nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG und Art. 34 ff. AHVV eingefordert werden können.¹⁸⁶ Bei einer juristischen Person tritt der Schaden mit der Konkursöffnung oder mit der Ausstellung eines definitiven Pfändungsverlustscheins ein. Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine natürliche Person, gilt als Zeitpunkt für die Zahlungsunfähigkeit die Abgabe einer Insolvenzerklärung oder die Ausstellung eines definitiven Pfändungsverlustscheins.¹⁸⁷ Wird eine Konkursdividende ausbezahlt, erfolgt damit eine Begleichung der Beitragsschuld. Dies führt dazu, dass von Anfang an kein Schaden im Sinne von Art. 52 AHVG entsteht und somit auch keine Schadenersatzforderung. Die Konkursdividende ist an die Beitragsforderung gegen die AG anzurechnen und nicht an die Schadenersatzforderung gegen die Verwaltungsratsmitglieder.¹⁸⁸

Aufgrund der Rechtsweggarantie muss es für die von einer Schadenersatzforderung betroffene Person möglich sein, das Massliche der Beitragsforderung, für welche sie ins Recht gefasst wird, wenigstens einmal von einer gerichtlichen Instanz beurteilen zu lassen, welche eine freie

¹⁸² FREY, N 8 zu Art. 52 AHVG.

¹⁸³ BGE 141 V 487, E. 2.2.

¹⁸⁴ EVG H 1/06 vom 30. November 2006, E. 2.1.

¹⁸⁵ NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, S. 1073.

¹⁸⁶ BGE 103 V 120; AHI-Praxis 1997 S. 209, E. 5b; REICHMUTH, Rz. 341.

¹⁸⁷ FORSTER, Recht der sozialen Sicherheit, § 11, Rz. 11.5.

¹⁸⁸ Urteil BGer 9C_123/2008 vom 29. Mai 2008, E. 4.

Sachverhaltsüberprüfung vornimmt.¹⁸⁹ Damit die Schadenersatzverfügung überprüft werden kann, wird von der Ausgleichskasse verlangt, dass sie ihre Schadenersatzverfügung substantiiert. Es muss eine zeitliche und eine massliche Spezifizierung des Forderungsbetrags erfolgen. Die Zusammensetzung des Forderungsbetrages muss mittels Beitragsübersicht behauptet werden.¹⁹⁰ Ein blosser Verweis in der Klage auf die Beitragsübersicht ist aufgrund des Verhältnisses zwischen dem Untersuchungsgrundsatz und der Mitwirkungspflicht nur dann genügend, wenn der Gesamtbetrag ohne Probleme aus der Beitragsübersicht zu entnehmen ist. Ist das nicht der Fall, ist es Aufgabe der Ausgleichskasse, durch eine erklärende Bezugnahme auf die Beitragsübersicht und weitere von ihr eingereichte Dokumente zu belegen, wie und gestützt worauf die Ermittlung der Beitragsforderung erfolgt ist.¹⁹¹ Ein detailliertes Belegen des Forderungsbetrages wird von der Ausgleichskasse verlangt, wenn sich anhand der Akten greifbare Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Beitragsübersicht ergeben oder wenn die ins Recht gefasste Person die Forderung masslich mit konkreten, nicht ohne weiteres zu widerlegenden Einwendungen bestreitet. Die Ausgleichskasse muss dann den Forderungsbetrag mittels Einreichung von Nachzahlungs- oder Veranlagungsverfügungen oder Lohnabrechnungen belegen.¹⁹² Aufgrund seiner Mitwirkungspflicht hat der Haftpflichtige den geltend gemachten Schadensbetrag substantiiert zu bestreiten. Dies gilt auch dann, wenn eine Schadenersatzverfügung nicht auf formell rechtskräftigen Verfügungen gründet.¹⁹³

6.1.2 Zusammensetzung des Schadens

Der Schaden setzt sich aus den unbezahlten AHV/IV/EO- und ALV- sowie FLG-Beiträgen (Art. 66 IVG, Art. Art. 21 Abs. 2 EOG, Art. 6 AVIG, Art. 25 Abs. 3 FLG) zusammen.¹⁹⁴ Bisher beurteilte es sich nach dem kantonalen Recht, ob der Schaden aus dem Nichtbezahlen von Beiträgen an die Familienausgleichskasse nach dem Verfahren von Art. 52 AHVG abgehandelt werden konnte.¹⁹⁵ Nun gilt eine neue Rechtslage mit dem am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Familienzulagengesetz. Das Bundesgesetz über die Familienzulagen sieht in Art. 25 lit. c einen Verweis auf Art. 52 AHVG vor, womit Art. 52 AHVG auch auf Beiträge an die Familienausgleichskasse Anwendung findet.¹⁹⁶ Hingegen kann ein Schaden aus schuldig gebliebenen BVG-

¹⁸⁹ BGE 134 V 401, E. 5.4.

¹⁹⁰ Urteil BGer 9C_325/2010 vom 10. Dezember 2010, E, 7.1.1.

¹⁹¹ EVG H 295/01 vom 20. August 2002, E. 4.3.

¹⁹² EVG H 301/00 vom 13. Februar 2002, E. 2c.

¹⁹³ Urteil 9C_684/2012 vom 7. März 2013, E. 7.3.

¹⁹⁴ BGE 134 I 179, E. 6.2; 113 V 186, E. 4b.

¹⁹⁵ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz. 22.

¹⁹⁶ SVR 2010 AHV Nr. 6, E. 5.1.

Beiträgen nicht in die Schadenersatzklage nach Art. 52 AHVG eingeschlossen werden.¹⁹⁷ Sowohl Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberbeiträge gehören zum Schaden im Sinne von Art. 52 AHVG.¹⁹⁸ Das hat zur Folge, dass sowohl für Arbeitnehmer- als auch Arbeitgeberbeiträge eine Schadenersatzpflicht besteht.¹⁹⁹ Aus dieser Konzeption ist zu schliessen, dass somit auch dann eine Schadenersatzpflicht besteht, wenn der Arbeitgeber nur seine eigenen Beiträge nicht abgeführt hat.²⁰⁰ Zu beachten gilt, dass es bei der Haftung nach Art. 52 AHVG nur um die Lohnbeiträge²⁰¹ und nicht um die persönlich geschuldeten Beiträge eines selbständig erwerbenden Arbeitgebers geht.²⁰²

Weitere Bestandteile des Schadens bilden Mahngebühren, Veranlagungs- und Betreuungskosten, Verwaltungskostenbeiträge²⁰³ sowie auch Verzugszinsen auf rückständige Beiträge.²⁰⁴ Auf der Schadenersatzforderung selbst besteht keine allgemeine Verzugszinspflicht, da hierfür eine gesetzliche Grundlage fehlt. Eine ausnahmsweise Gewährung eines Verzugszinses erfolgt, wenn die ins Recht gefasste Person nach Ausstellung des Pfändungsverlustscheins bzw. Konkursöffnung durch trölerische Machenschaften zu einer Verzögerung beiträgt.²⁰⁵ Die Ordnungsbussen im Sinne von Art. 91 AHVG sind nicht Bestandteil des Schadens, womit kein Rückgriff nach Art. 52 AHVG möglich ist.²⁰⁶

6.1.3 Verrechnung

Der Ausgleichskasse steht die Möglichkeit der Verrechnung offen. Miteinander verrechnet werden können eine Forderung, welche auf einer noch nicht rechtskräftigen Schadenersatzverfügung gründet, und eine unbestrittene Forderung des Arbeitgebers auf Rückzahlung zu viel abgelieferter Beiträge.²⁰⁷ Ebenfalls zulässig ist, wenn eine Schadenersatzforderung nach Art. 52 AHVG mit einer Rentenzahlung der Invalidenversicherung verrechnet wird. Jedoch darf das betriebsrechtliche Existenzminimum der betroffenen Personen nach Art. 93 SchKG nicht berührt werden.²⁰⁸

¹⁹⁷ SVR 1997 AHV Nr. 128, E. 5b.

¹⁹⁸ BGE 98 V 26, E. 5.

¹⁹⁹ AHI-Praxis 1994 S 106, E. 7a.

²⁰⁰ NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, S. 1072.

²⁰¹ BGE 113 V 186, E. 4b.

²⁰² KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 207.

²⁰³ BGE 121 III 382, E. 3bb.

²⁰⁴ BGE 119 V 78, E. 5b.

²⁰⁵ BGE 119 V 78, E. 5.

²⁰⁶ Urteil BGer 9C_901/2007 vom 8. Oktober 2008, E. 7; EVG H 194/96 vom 4. November 1996, E. 4c.

²⁰⁷ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz. 28.

²⁰⁸ BGE 107 V 72; 136 V 286, E. 4.1.

6.2 Kausalzusammenhang

Damit eine Haftung nach Art. 52 AHVG begründet werden kann, bedarf es eines natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhanges zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Verletzung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden.²⁰⁹ Die Verletzung der Beitrags- und Abrechnungspflicht muss somit die kausale Folge für den Schaden sein.²¹⁰

Nimmt jemand die Tätigkeit als Geschäftsführer einer bereits insolventen Aktiengesellschaft auf, bei welcher der Schaden im Zeitpunkt des Eintritts bereits besteht und der Geschäftsführer daran nichts zu ändern vermag, entfällt eine Haftung mangels adäquaten Kausalzusammenhanges.²¹¹ Ein neu eintretendes Organ kann somit nicht für frühere Versäumnisse haftbar gemacht werden.²¹²

Für den Nachweis, dass eine Person bei unverändert belassenem Handelsregistereintrag aus der betreffenden Organstellung ausgeschieden ist, wird von der Praxis ein höherer Beweisgrad als die überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt.²¹³ Beweismässig muss klar ausgewiesen sein, dass eine vollständige Loslösung des ehemaligen Organs von der Unternehmung stattgefunden hat.²¹⁴

Dass der Kausalzusammenhang durch Dritt- oder Selbstverschulden unterbrochen wird, ist eher unwahrscheinlich.²¹⁵ Damit dies zutreffen würde, müsste das Fehlverhalten der ins Recht gefassten Organperson gegenüber dem Verschulden des Dritten oder der Ausgleichskasse derart in der Hintergrund rücken, dass das Verhalten des Ersatzpflichtigen nicht mehr als adäquate Schadensursache erscheinen würde.²¹⁶ Solch eine Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhanges ist vor allem dann anzunehmen, wenn durch strafrechtlich relevante Machenschaften eines anderen Organs der Gesellschaft der Verwaltungsrat über Ausstände gegenüber der Ausgleichskasse getäuscht und somit an der Wahrung seiner Pflichten gehindert wurde.²¹⁷ In Betracht fällt eine Haftungsbeschränkung wegen Verschuldens eines solidarisch Mithaftpflichtigen somit nur, wenn das Verschulden der ins Recht gefassten Person als so leicht erscheint

²⁰⁹ BGE 119 V 401, E. 4a; Urteil BGer 9C_27/2017 vom 8. August 2017, E. 4.6.

²¹⁰ FREY, N 20 zu Art. 52 AHVG.

²¹¹ BGE 119 V 405 ff.

²¹² BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 471.

²¹³ Urteil BGer 9C_109/2010 vom 28. April 2010, E. 3.3.

²¹⁴ BGE 126 V 61, E. 4b.

²¹⁵ BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 472.

²¹⁶ Urteil BGer 9C_599/2017 vom 26. Juni 2018, E. 4.3.1.1.

²¹⁷ Urteil BGer 9C_135/2011 vom 11. April 2011, E. 4.3.2.

und in einem derartigen Missverhältnis zum Verschulden des Dritten steht, dass es offensichtlich ungerecht wäre, wenn jener Haftpflichtige den ganzen Schaden zu tragen hätte.²¹⁸

Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers kann herabgesetzt werden, wenn der Verwaltung eine grobe Verletzung ihrer Pflichten vorgeworfen werden kann, und diese Pflichtverletzung wiederum adäquat kausal für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens war. Dies ist der Fall, wenn elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezuges durch die Ausgleichskasse missachtet wurden.²¹⁹

6.3 Widerrechtlichkeit

Ein rechtswidriges Verhalten nach Art. 52 AHVG liegt vor, wenn der Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zugefügt hat.²²⁰ Das rechtswidrige Verhalten kann sowohl in einer Handlung als auch in einem Unterlassen bestehen.²²¹ Bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes entfällt die Widerrechtlichkeit.²²² Allfällige Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe werden praxisgemäss auf der Ebene des Verschuldens geprüft.²²³

Die Prüfung der Widerrechtlichkeit erfolgt zweistufig. Im ersten Schritt muss geprüft werden, ob Bestimmungen der AHV-Gesetzgebung verletzt wurden.²²⁴ Insbesondere jene über die Beitrags- und Abrechnungspflicht gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV sind von zentraler Bedeutung.²²⁵ Ein Beispiel für ein solch pflichtwidriges Verhalten ist es, wenn nicht alle Löhne deklariert und abgerechnet werden²²⁶ oder wenn die Einreichung der Lohnbescheinigungen verspätet erfolgt.²²⁷ In einem zweiten Schritt gilt es zu eruieren, ob der entsprechende Normverstoss dem Arbeitgeber bzw. als Organpflichtverletzung dem jeweiligen Organ zum Vorwurf gemacht werden kann.²²⁸ Dies ist anzunehmen, wenn die Organperson im Wissen um

²¹⁸ EVG H 207/06 vom 19. Juli 2007, E. 4.2.2.

²¹⁹ BGE 122 V 185, E. 3c; FREY, N 20 zu Art. 52 AHVG.

²²⁰ BGE 103 V 120, E. 3.

²²¹ BGE 98 V 26.

²²² REICHMUTH, Rz. 503.

²²³ FORSTER, Recht der sozialen Sicherheit, § 11, Rz. 11.18.

²²⁴ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz. 33.

²²⁵ BGE 118 V 193, E. 2a.

²²⁶ EVG H 184/06 vom 25. April 2007, E. 3.

²²⁷ Urteil BGer 9C_152/2009 vom 18. November 2009, E. 5.2.

²²⁸ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz. 33.

die Beitragsausstände ihre Pflicht verletzt, indem sie keine zweckdienlichen Massnahmen ergreift, um auf die Begleichung der Ausstände hinzuwirken und somit schuldhaft bewirkt, dass ein Schaden aus der Verletzung der Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht entsteht.²²⁹

Rechtsprechungsgemäss kann eine haftungsbegründende Widerrechtlichkeit in seltenen Fällen auch durch den Verstoss gegen andere als die sozialversicherungsrechtlichen Erlasse begründete werden²³⁰:

- **Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 3 BV):** Wenn die vom Arbeitgeber korrekt gemeldete Lohnsumme durch die Ausgleichskasse irrtümlich auf eine zu geringe mutmassliche Jahreslohnsumme hochgerechnet wird, der Arbeitgeber dies zwar merkt aber der Ausgleichskasse nicht meldet, ist das ein Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und somit ein Verstoss gegen die Bundesverfassung.²³¹
- **Konkursdelikte (Art. 163 ff. StGB):** Widerrechtlich handelt ebenfalls, wer die eigene Zahlungsunfähigkeit durch die vorsätzliche oder grobfährlässige Missachtung des Sorgfaltsgebotes verursacht, auch wenn es zu keiner spezifischen und ausdrücklichen Verletzung von AHV-Vorschriften kommt. Ein besonderes Augenmerk gilt in diesem Zusammenhang den Konkursdelikten.²³²
- **Missachtung von Vorschriften der Rechnungsführung (Art. 957 OR, Art. 143 Abs. 2 AHVV):** Ein widerrechtliches Verhalten ist gegeben, wenn die Vorschriften zur Rechnungsführung missachtet werden.²³³ Ganz allgemein ist die Verletzung der Pflicht zur Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher, welche unter anderem Aufschluss über die ergangenen Lohnzahlungen geben müssen, widerrechtlich.²³⁴

Zu unterscheiden gilt, dass für die Begründung der Widerrechtlichkeit die Missachtung von Art. 14 Abs. 1 AHVG genügt. Es wird somit nicht wie im allgemeinen Haftpflichtrecht auf die Verletzung von absoluten Rechten oder einer Schutznorm abgestellt.²³⁵ Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers stellt eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlich-rechtliche Aufgabe dar. Wird diese öffentlich-rechtliche Aufgabe nicht erfüllt, führt dies zu einer Missachtung von Vorschriften i.S.v. Art. 52 AHVG und zieht die volle Schadensdeckung

²²⁹ Urteil BGer 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012, E. 5.5.

²³⁰ ZAK 1985 S. 581, E. 5b; REICHMUTH, Rz. 507.

²³¹ EVG H 204/01 vom 12. Juli 2002, E. 7a.

²³² EVG H 253/02 vom 23. Januar 2003, E. 6.3.

²³³ EVG H 235/04 vom 18. April 2005, E. 4.2.2.

²³⁴ REICHMUTH, Rz. 510.

²³⁵ BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 472.

mit sich.²³⁶ Da es sich daher praktisch immer um die Verletzung der Normen Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV handelt, sind die gerichtlichen Erwägungen zur Widerrechtlichkeit normalerweise eher kurz gehalten.²³⁷

6.4 Verschulden

Nach Art. 52 AHVG besteht eine wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht darin, dass der Arbeitgeber eine absichtliche oder grobfahrlässige Verletzung der Vorschriften begangen und deren Missachtung zu einem Schaden geführt hat. Die Frage nach dem Verschulden bildet demnach eine zentrale Voraussetzung.²³⁸ Das Verschulden wird einerseits in eine subjektive Komponente (Urteilsfähigkeit) und andererseits in eine objektive Komponente (Absicht oder Grobfahrlässigkeit) unterteilt.²³⁹ Für die Haftung nach Art. 52 AHVG wird ein zweistufiges Verschulden vorausgesetzt. Demnach muss sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Organ ein Verschulden zur Last gelegt werden. In einem ersten Schritt gilt es zu prüfen, ob dem Arbeitgeber eine absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften zum Vorwurf gemacht werden kann. Nachfolgend muss in einem zweiten Schritt beurteilt werden, ob das jeweilige Arbeitgeberorgan seinerseits ein haftungsbegründendes Verschulden trifft.²⁴⁰

Im Rahmen des Verschuldens muss ein differenzierter Sorgfaltsmassstab angesetzt werden.²⁴¹ Nicht jede Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Arbeitgebers kann als qualifiziertes Verschulden seiner Organe gewertet werden. Bei der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften wird vielmehr vorausgesetzt, dass der Verstoss gegen die Norm eine gewisse Schwere aufweist.²⁴² Damit ein Verhalten als schuldhaft qualifiziert werden kann, muss ein rechtmässiges Alternativverhalten als Möglichkeit bestanden haben. Hat jemand aber nur die Wahl zwischen zwei rechtswidrigen Verhaltensweisen, kann es ihm hinsichtlich des Verschuldens nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn er eine dieser Verhaltensweisen wählt. Für die Verletzung der Vorschriften nach Art. 52 AHVG bedeutet dies, dass nur dann von einem schuldhaften Verhalten gesprochen werden kann, wenn der Schaden durch ein pflichtgemäss handelndes Organ hätte verhindert werden können.²⁴³ Ob ein schuldhaftes Verhalten eines Organes vorliegt, hängt entscheidend davon ab, welche Kompetenzen es von der

²³⁶ BGE 118 V 193, E. 2a; Urteil BGer 9C_876/2012 vom 22. April 2013, E. 3.

²³⁷ REICHMUTH, Rz. 533.

²³⁸ BGE 108 V 199, E. 1; KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, S. 207.

²³⁹ REICHMUTH, Rz. 540.

²⁴⁰ REICHMUTH, Rz. 535 ff.

²⁴¹ Urteil BGer 9C_152/2009 vom 18. November 2009, E. 4.

²⁴² BGE 121 V 243, E. 4b.

²⁴³ Urteil BGer 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011, E. 3.3; EVG H 23/06 vom 12. Februar 2007, E. 6.2.1; WATTER, S. 512.

juristischen Person übertragen erhalten hat.²⁴⁴ Ganz allgemein betrachtet, handeln der Arbeitgeber bzw. dessen Organe qualifiziert schuldhaft, wenn sie den ihnen obliegenden Pflichten nicht nachkommen oder dabei ein zu passives Verhalten an den Tag legen. Somit wird in allen Phasen der Arbeitgeber- und Organstellung ein aktives Bemühen, die Aufgaben richtig zu erfüllen, erwartet.²⁴⁵

Zur Beurteilung des Verschuldens hat die Rechtsprechung verschiedene Kriterien erarbeitet: Die Unternehmensgrösse, die Organisation und Delegation innerhalb des Arbeitgebers, die nicht vorhandene Aktivität bzw. Passivität des Arbeitgebers und seiner Organe, ein Sonderverhältnis zwischen dem Arbeitgeber und seiner Bank, die Dauer der Beitragsausstände, ein Liquiditätsengpass beim Arbeitgeber oder auch die Gewährung eines Zahlungsaufschubes durch die Ausgleichskasse.²⁴⁶ Für einzelne Themen des Verschuldens bei den unterschiedlichen juristischen Personen sowie der Einzelfirma (Unternehmensgrösse, Organisation und Delegation) wird auf das Kapitel 5.2 verwiesen.

6.4.1 Urteilsfähigkeit

Im relevanten Zeitpunkt muss das Organ oder die natürliche Person des Arbeitgebers urteilsfähig gewesen sein.²⁴⁷ Die Urteilsfähigkeit beschreibt das im Stande sein, vernunftgemäss zu handeln.²⁴⁸ Jemand ist urteilsfähig, wenn er über eine Willensbildungs- und Willensumsetzungsfähigkeit verfügt und demnach fähig ist, seine Handlungen einschätzen zu können (intellektuelles Element) und gemäss diesem Willen zu handeln (Willensmoment).²⁴⁹ Ausserhalb der Vorbehalte nach Art. 16 ZGB wird die Urteilsfähigkeit grundsätzlich vermutet.²⁵⁰

6.4.2 Absicht und grobe Fahrlässigkeit

Von einem absichtlichen Verhalten ist die Rede, wenn jemand mit Wissen und Willen gehandelt hat, wobei bereits Eventualvorsatz ausreicht.²⁵¹ Grobfahrlässig handelt, „wer elementare Vorsichtsmassnahmen missachtet bzw. ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in

²⁴⁴ Urteil BGer 9C_145/2010 vom 15. Juni 2010, E. 5.3.

²⁴⁵ REICHMUTH, Rz. 590 f.

²⁴⁶ REICHMUTH, Rz. 568-576.

²⁴⁷ REICHMUTH, Rz. 541.

²⁴⁸ BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N 11 zu Art. 16 ZGB.

²⁴⁹ FANKHAUSER, BSK, N 3 zu Art. 16 ZGB; BUCHER/AEBI-MÜLLER, BK, N 49 ff. zu Art. 16 ZGB.

²⁵⁰ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, §6, Rz. 06.54.

²⁵¹ BGE 112 V 156, E. 4; ZAK 1953 S. 379, E. 2; REICHMUTH, Rz. 545.

der gleichen Lage und unter den gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen.“²⁵²

Beispiele aus der Rechtsprechung, bei welchen ein grobfahrlässiges Verhalten bejaht wurde:

- Bildet der Arbeitgeber keine Rückstellungen, obwohl er mittels Verfügung der Ausgleichskasse zur Nachzahlung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet wurde, stellt dies eine grobe Verletzung von AHV-Vorschriften dar.²⁵³
- Im vorliegenden Fall hat ein Verwaltungsratspräsident grobfahrlässig gehandelt, weil er es über mehrere Jahre hinweg unterlassen hat, sich darüber zu informieren, ob und wie viele AHV-Beiträge noch abzuliefern waren. Das Gericht stellte klar, dass er sich als Verwaltungsratspräsident bei Geschäften, deren Bedeutung wegen er sich mit ihnen befassen müsse, nicht auf den Standpunkt stellen könne, er habe als Nichtaktionär keinen faktischen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen können und seine Tätigkeit habe sich überwiegend auf die Leitung der Verwaltungsratssitzungen und der Generalversammlung beschränkt.²⁵⁴

Beispiele aus der Rechtsprechung, bei welchen ein grobfahrlässiges Verhalten verneint wurde:

- Im Bereich von Art. 52 AHVG sind die Organe eines Arbeitgebers grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, bei der Ausgleichskasse nach möglichen offenen Beitragsforderungen nachzufragen.²⁵⁵
- Im vorliegenden Fall wurde eine grobe haftungsbegründende Pflichtverletzung verneint, weil die Unternehmung die Ausgleichskasse regelmässig um Zahlungsaufschub gebeten hat und somit nicht einfach nichts getan hat. Die Bitte nach einem Zahlungsaufschub hat die Ausgleichskasse jeweils ohne weiteres gewährt. Zusätzlich hat die Unternehmung vor ihrem Zusammenbruch sehr viel für ihre Rettung getan, womit nicht angeführt werden kann, dass um die Zahlungsaufschübe ohne realistischen Hintergrund gebeten wurde.²⁵⁶
- Das Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens kann unter Umständen dann verneint werden, wenn eine relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes besteht, wobei aber immer eine Würdigung aller konkreten Umstände des Einzelfalls zu erfolgen hat.²⁵⁷

²⁵² Urteil BGer 9C_117 vom 29. März 2011, E. 4; BGE 112 V 156, E. 4.

²⁵³ EVG H 8/07 vom 23. April 2007, E. 7.

²⁵⁴ BGE 109 V 86, E. 6.

²⁵⁵ Urteil BGer 9C_48/2010 vom 9. Juni 2010, E. 4.2.1.

²⁵⁶ AHI-Praxis 1999 S. 27, E. 4c.

²⁵⁷ BGE 121 V 243, E. 4b.

6.4.3 Sorgfaltsmass

Im Rahmen von Art. 52 AHVG wird ein objektiver Verschuldensmassstab angewendet. Dadurch sind sowohl die Annahme der Arbeitgeber- bzw. Organfunktion als auch die persönliche Vorwerfbarkeit bzw. die subjektive Entschuldigbarkeit nicht von Bedeutung.²⁵⁸ Das Mass der geforderten Sorgfalt ist entsprechend der Sorgfaltspflicht abzustufen, welche in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, zu welcher der Betreffende zugehörig ist, normalerweise erwartet werden kann und muss. Bei einer Aktiengesellschaft sind grundsätzlich strengere Anforderungen an die Sorgfaltspflicht zu stellen.²⁵⁹ Die Differenzierung des Sorgfaltsmassstabes hängt von der Organisation und der Rechtsform des Arbeitgebers ab und nicht etwa von der Berufsgattung des ins Recht gefassten Organs oder der Branche der Gesellschaft.²⁶⁰

6.4.4 Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe

Steht die Widerrechtlichkeit fest, wird ein absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten vermutet.²⁶¹ Eine Schadenersatzpflicht kann aber nur dann begründet werden, wenn keine Umstände vorliegen, welche ein absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten ausschliessen bzw. das fehlerhafte Verhalten als gerechtfertigt erscheinen lassen.²⁶² Der Rechtfertigungsgrund muss für jenen Zeitraum vorliegen, in welchem keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt wurden.²⁶³ Es liegt in der Pflicht des Arbeitgebers bzw. seiner Organe, die Rechtfertigungsgründe geltend zu machen und die hierfür nötigen Beweise zu liefern oder zu beantragen, welche ein absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten ausschliessen.²⁶⁴ Aufgrund der Untersuchungsmaxime hat die Ausgleichskasse die Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe des Arbeitgebers zu prüfen.²⁶⁵ Gelingt es nicht, die entlastenden Umstände geltend zu machen oder werden sie nicht hinreichend substantiiert, sind solche nicht ohne weiteres ersichtlich oder kann

²⁵⁸ REICHMUTH, Rz. 548.

²⁵⁹ BGE 108 V 199, E. 3a.

²⁶⁰ EVG H 67/06 vom 11. Juli 2006, E. 5.2; Anders REICHMUTH, welcher den Sorgfaltsmassstab nicht von der Rechtsform abhängig macht, da Art. 52 AHVG gerade nicht nach der Rechtsform des Arbeitgebers unterscheidet, Rz. 549.

²⁶¹ Urteil BGer 9C_599/2017 vom 26. Juni 2018, E. 4.2.1; Entgegen aller höchstrichterlichen Bestreitung, gleicht diese Rechtsprechung einer Kausalhaftung, BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 473.

²⁶² BGE 108 V 183, E. 1b; Diese Gründe werden allerdings eng gefasst, da der Arbeitgeber die Funktion eines Vollzugsorgans wahrnimmt und ihm dadurch eine besondere Pflicht zur ordnungsgemässen Beitragszahlung zukommt, FORSTER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur AHV, S. 182.

²⁶³ ZAK 1986 S. 224, E. 5b.

²⁶⁴ Urteil BGer 9C_369/2012 und 9C_370/2012, E. 7.2.

²⁶⁵ BGE 108 V 183, E. 1b.

aufgrund der Abklärungen zu keinem schlüssigen Ergebnis gefunden werden, hat die ins Recht gefasste Person die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.²⁶⁶

6.4.4.1 Business Defence

Es kann vorkommen, dass durch die verspätete Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitgeber das Überleben des Unternehmens sichern kann, etwa bei einem sich abzeichnenden besonderen Liquiditätsengpass.²⁶⁷ Damit der Rechtfertigungsgrund des Liquiditätsengpasses gegeben ist, wird vorausgesetzt, dass die Sozialversicherungsbeiträge zurückbehalten werden, um für das Überleben des Unternehmens wesentliche Drittforderungen, insbesondere Arbeitnehmer- und Lieferantenforderungen, zu bezahlen.²⁶⁸ Bei den Arbeitnehmerforderungen verlangt die Gerichtspraxis, dass bei der fortgesetzten Lohnzahlung sichergestellt ist, dass die unmittelbar entstehenden Beitragsschulden bezahlt werden. Ohne die Bezahlung der Beiträge würde den Arbeitnehmern gegenüber der Ausgleichskasse eine unrechtmässige Privilegierung zukommen. Die Auszahlung der Löhne an die Mitarbeiter sollte demnach nur noch insoweit erfolgen, als sichergestellt ist, dass die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden können.²⁶⁹ Als weitere Voraussetzung für die Rechtfertigung des Liquiditätsengpasses wird vorausgesetzt, dass aufgrund der objektiven Umstände und anhand einer seriösen Beurteilung der Lage die Annahme getroffen werden kann, dass eine Nachzahlung der geschuldeten Beiträge innert einer nützlichen Frist erfolgt.²⁷⁰ Eine Überschreitung der nützlichen Frist liegt vor, wenn die Verletzung der Beitragszahlungspflicht mehr als ein Jahr dauert²⁷¹ und dabei kein gezieltes und auch in zeitlicher Hinsicht konkretes Sanierungskonzept vorgelegt werden kann²⁷² oder wenn eine Sanierung erst nach einem Jahre andauernden defizitären Geschäftsgang zu erwarten ist.²⁷³ Als nicht entschuldigbar gilt ein Zurückhalten der Beiträge, wenn das Zustandekommen einer Sanierung nicht ernsthaft erwartet werden kann.²⁷⁴ Die blosser Suche nach potentiellen Käufern oder Finanzmitteln und die darauffolgenden Zusagen reichen nicht aus. Vielmehr wird verlangt, dass aufgrund eines konkreten und realistischen Sanierungsplans

²⁶⁶ Urteil BGer 9C_325/2010 vom 10. Dezember 2010, E. 4.1.

²⁶⁷ ZAK 1988 S. 600, E. 5c.

²⁶⁸ Urteil BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017, E. 7.2; EVG H 301/99 vom 18. Juli 2000, E. 7b.

²⁶⁹ Urteil BGer 9C_436/2016 vom 26. Juni 2017, E. 8.4.3; BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 476.

²⁷⁰ Urteil BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017, E. 7.2; BGE 108 V 183, E. 2.

²⁷¹ Urteil BGer 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011, E. 3.4.

²⁷² EVG H 34/02 vom 4. März 2004, E. 5.2.

²⁷³ EVG H 295/02 vom 2. Dezember 2003, E. 5.2.1.

²⁷⁴ Urteil BGer 9C_436/2016 vom 26. Juni 2017, E. 8.2.

eine ernsthafte Geldbeschaffung erfolgen kann und eine berechtigte Aussicht besteht, dass der Geldfluss innert nützlicher Frist erfolgt.²⁷⁵

Eine Berufung auf die Business Defence ist für ein Organ umso schwieriger, je länger die Liquiditätsprobleme andauern und sich die nicht abgeführten Beiträge summieren.²⁷⁶ Bei der Prüfung der Business Defence wird auf die konkrete Situation des Arbeitgebers und zum Teil auf die individuellen Verhältnisse der ins Recht gefassten Organperson Rücksicht genommen, während die Haftungsvoraussetzungen ansonsten eher einer schematischen Beurteilung unterzogen werden.²⁷⁷ Jedoch gilt es zu beachten, dass in der Praxis die Geldmachung der Business Defence als Rechtfertigungsgrund nur in einem engen Rahmen möglich ist.²⁷⁸

6.4.4.2 Bankabhängigkeit

Die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge kann vom Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und seiner Hausbank in verschiedenen Konstellationen tangiert werden.²⁷⁹ Namentlich durch eine verfügte Kreditsperre der Bank,²⁸⁰ eine Kündigung des Bankkredits²⁸¹ oder wenn sich der Arbeitgeber bei einer Kreditvereinbarung gegen eine Sicherheitszession in ein Abhängigkeitsverhältnis zur Bank begibt, welches es ihm erschwert, für die Bezahlung der Beiträge zu sorgen.²⁸² Eine Kreditvereinbarung mit einer Bank gegen eine Sicherheitsleistung durch Globalzession wird für sich allein rechtsprechungsgemäss nicht als ausreichender Entlastungsgrund anerkannt. Grundsätzlich bleiben die Organe bei solchen Vereinbarungen verantwortlich. Daher gilt es jeweils näher zu prüfen, welche Schritte die Organe unternommen haben, um sicherzustellen, dass die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge ordnungsgemäss erfolgt ist.²⁸³ Wenn sich also ein Unternehmen in finanziell herausfordernden Zeiten durch eine Globalzession in eine Abhängigkeit zu seiner Bank begibt, kann ein Schuldvorwurf gegenüber den Organen nur dann verneint werden, wenn es den Organen trotz entsprechender Bemühungen faktisch nicht möglich war, dafür besorgt zu sein, dass die Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden.²⁸⁴ Indes kommt nur ein Abhängigkeitsverhältnis als Rechtfertigungsgrund in Frage, welches aus schützenswerten betriebswirtschaftlichen oder unternehmerischen Überlegungen zu

²⁷⁵ Urteil BGer 9C_436/2016 vom 26. Juni 2017, E. 8.4.1.

²⁷⁶ Urteil BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017, E. 7.3.1.

²⁷⁷ BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 476.

²⁷⁸ EVG H 92/01 vom 25. September 2002, E. 5.3.3; REICHMUTH, Rz. 683 ff. m.w.H.

²⁷⁹ REICHMUTH, Rz. 654.

²⁸⁰ EVG H 235/99 vom 5. Februar 2001, E. 5b.

²⁸¹ EVG H 348/00 vom 4. Juni 2002, E. 5c.

²⁸² EVG H 343/00 vom 24. September 2001, E. 4b; REICHMUTH, Rz. 655.

²⁸³ EVG H 100/01 vom 5. April 2002, E. 5a/aa.

²⁸⁴ NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, S. 1078.

Zeiten der Not eingegangen wurde. In einem solchen Fall kommt eine Entlastung der verantwortlichen Organe nur in Betracht, wenn sie den Nachweis erbringen können, dass sie für die Ablieferung der Sozialversicherungsbeiträge alles ihnen Mögliche und Zumutbare unternommen haben.²⁸⁵ In einem jüngeren durch das Bundesgericht zu beurteilenden Fall machten zwei Verwaltungsräte geltend, dass sämtliche Konten mittels Globalzession auf die Bank übergegangen seien und ihnen demnach die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge nicht möglich war. Das Bundesgericht erachtete es als stossend, wenn man sich als Arbeitgeber bewusst in eine Abhängigkeit zu einer Bank begibt, um sich dann in einer Situation von Zahlungsausständen gegenüber dem Sozialversicherungsträger darauf zu berufen, gerade dadurch nicht in der Lage gewesen zu sein, die Arbeitgeberpflichten zu erfüllen.²⁸⁶

6.4.4.3 Zahlungsaufschub und Tilgungsplan

Art. 34b Abs. 1 AHVV sieht einen Zahlungsaufschub durch die Ausgleichskasse vor, wenn der Beitragspflichtige (Arbeitgeber) glaubhaft machen kann, dass er sich in finanzieller Bedrängnis befindet. Der Beitragspflichtige verpflichtet sich zu regelmässigen Abschlagszahlungen. Die erste Zahlung muss umgehend geleistet werden und es muss eine begründete Aussicht bestehen, dass fristgemäss die weiteren Abschlagszahlungen sowie die laufenden Beiträge abgeführt werden können.²⁸⁷ Die Gewährung eines Zahlungsaufschubs erfolgt aufgrund eines Tilgungsplans, welcher die Verfalltermine und die Höhe der einzelnen Abschlagszahlungen festlegt. Der Tilgungsplan wird den finanziellen und persönlichen Verhältnissen des Beitragsschuldners angepasst. Die Verfalltermine und die Höhe der Abschlagszahlungen sind so festzulegen, dass die Beitragsschuld schnellstmöglich getilgt werden kann.²⁸⁸ Sowohl die Bewilligung als auch die Ablehnung des Zahlungsaufschubgesuchs erfolgt durch Verfügung.²⁸⁹ Wenn der Beitragsschuldner den Tilgungsplan nicht einhält, fällt der Zahlungsaufschub dahin und die ganze Beitragsschuld wird wieder fällig.²⁹⁰

Ein Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan ändert nichts an der Widerrechtlichkeit der nicht ordnungsgemässen Abführung der Beiträge²⁹¹ sowie der Tatsache, dass sich die Verschuldensfrage

²⁸⁵ EVG H 177/99 vom 19. Januar 2000, E. 2b; NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, S. 1078.

²⁸⁶ Urteil BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017, E. 7.3.4.

²⁸⁷ Urteil BGer 9C_548/2017 vom 13. März 2018, E. 7.2.1.

²⁸⁸ WBB Rz. 2196 ff.

²⁸⁹ WBB Rz. 2198.

²⁹⁰ WBB Rz. 2207.

²⁹¹ BGE 108 V 199, E. 2: „Vielmehr kann in solch einem Zahlungsaufschub bloss der Versuch erblickt werden, den – bereits widerrechtlich eingetretenen – Zahlungsrückstand nachträglich wieder in Ordnung zu bringen.“

in erster Linie nach den Umständen beurteilt, welche zu einem Rückstand der Zahlungen geführt haben. Bei der Beurteilung der Frage, ob die verantwortlichen Organe ihre Sorgfaltspflicht im Sinne der Einhaltung der Beitragspflicht erfüllt haben, gilt es jedoch eine Zahlungsvereinbarung mitzubersichtigen, soweit dem Beitragsschuldner dadurch eine Abweichung von den ordentlichen Zahlungsterminen zugestanden wird.²⁹² Vorbehalten bleiben Fälle, in welchen ein Zahlungsaufschub beantragt wurde, obwohl der Arbeitgeber damit rechnen musste, dass die Unternehmung in Konkurs fallen wird und es ihm nicht möglich ist, die Zahlungsvereinbarung einhalten zu können.²⁹³ Das Risiko der Ausgleichskasse hält sich jedoch im Rahmen, da bei Nichtbefolgung des Ratenplanes dieser dahinfällt.²⁹⁴

6.4.4.4 Verhalten einer Drittperson

Der Hinweis auf das schuldhaftes Verhalten eines solidarisch Ersatzpflichtigen stellt in der Regel keinen Rechtfertigungsgrund dar.²⁹⁵ Als inadäquat kann ein schuldhaftes Verhalten eines solidarisch Ersatzpflichtigen nur dann gelten, wenn das Verschulden des Dritten oder des Geschädigten so schwer ist, dass dadurch das eigene Fehlverhalten in den Hintergrund rückt und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung nicht mehr als adäquate Schadensursache gesehen wird.²⁹⁶ Das Verschulden der ins Recht gefassten Person müsste als so leicht erscheinen und in einem derartigen Missverhältnis zum Verschulden des Dritten stehen, dass es offensichtlich nicht gerecht wäre, wenn sie den ganzen Schaden zu tragen hätte.²⁹⁷

6.4.5 Mitverschulden der Ausgleichskasse

Im Rahmen von Art. 52 AHVG ist eine Herabsetzung der Schadenersatzpflicht wegen Mitverschuldens der Ausgleichskasse möglich, wenn sich die Ausgleichskasse wegen einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat. Eine solche grobe Verletzung der Pflichten liegt vor, wenn durch die Ausgleichskasse elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet wurden.²⁹⁸ Die Pflichtverletzung durch die Verwaltung kann somit in sinngemässer Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR zu einer Herabsetzung führen, ohne jedoch die ganze Ersatzpflicht entfallen zu lassen.²⁹⁹ Zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes

²⁹² BGE 124 V 253, E. 3b.

²⁹³ BGE 124 V 253, E. 4b.

²⁹⁴ REICHMUTH, Rz. 652.

²⁹⁵ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz. 57.

²⁹⁶ Urteil BGer 9C_135/2011 vom 11. April 2011, E. 4.3.1.

²⁹⁷ Urteil BGer 9C_27/2017 vom 8. August 2017, E. 4.6.

²⁹⁸ BGE 122 V 185, E. 3c.

²⁹⁹ BGE 122 V 185, E. 3b; REICHMUTH, Rz. 749.

kommt es nur dann, wenn und insoweit das pflichtwidrige Verhalten der Ausgleichskasse adäquat kausal für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens ist.³⁰⁰ Es besteht kein Herabsetzungsgrund, wenn die ins Recht gefasste Person anführt, die Ausgleichskasse habe es unterlassen, frühzeitig auf den besonders hohen Schaden aufmerksam zu machen. Weder Gesetz noch Verordnung sehen eine solche Informationspflicht vor.³⁰¹ Ein pflichtwidriges Verhalten der Ausgleichskasse wurde beispielsweise angenommen, als es die betreffende Ausgleichskasse unmittelbar nach Durchführung einer Arbeitgeberkontrolle unterlassen hatte, eine Nachzahlungsverfügung zu erlassen und diese erst mit grosser Verspätung zustellte, als die Gesellschaft bereits Konkurs war.³⁰² Nichtsdestotrotz lässt das Bundesgericht das Mitverschulden der Ausgleichskasse nur selten als Rechtfertigungs- und Exkulpationsgrund gelten.³⁰³

7. Verjährung

Zur Wahrung der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens sieht das Gesetz eine Verjährung vor, damit die Durchsetzung nicht geltend gemachter Forderungen nach einer gewissen Zeit nicht mehr möglich ist.³⁰⁴ Daher muss die Ausgleichskasse bemüht sein, ihre Schadenersatzforderung innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens geltend zu machen. Der Arbeitgeber bzw. dessen Organe sollten nicht mehr belangt werden können, wenn sich die Ausgleichskasse nicht innerhalb dieser Frist um die Durchsetzung der Forderung kümmert.³⁰⁵ Für die Wahrung der Frist zur Geltendmachung der Schadenersatzforderung ist nicht der Zeitpunkt der ordnungsgemässen Zustellung an den Adressaten massgebend, sondern die rechtzeitige Postaufgabe der Schadenersatzverfügung durch die Ausgleichskasse.³⁰⁶

Art. 52 AHVG sieht zwei Fristen vor. Zum einen die relative Frist von zwei Jahren und zum anderen die absolute Frist von fünf Jahren.³⁰⁷ Bei den Fristen in Art. 52 AHVG handelt es sich nicht mehr wie nach altem Recht um Verwirkungsfristen, sondern um Verjährungsfristen, welche unterbrochen werden können.³⁰⁸ Eine Unterbrechung der Verjährung kann unter anderem durch eine Einrede oder eine Klage vor dem Gericht erfolgen. Die Verjährung beginnt mit der Unterbrechung von neuem zu laufen.³⁰⁹ Sowohl prozessleitenden, sofern sie der Fortsetzung

³⁰⁰ BGE 122 V 185, E. 3c.

³⁰¹ EVG H 200/01 vom 13. November 2001, E. 3b.

³⁰² EVG H 36/02 vom 10. Oktober 2002, E. 8.2.

³⁰³ MOSIMANN, S. 370.

³⁰⁴ BGE 90 II 428, E. 8.

³⁰⁵ REICHMUTH, Rz. 799.

³⁰⁶ BGE 119 V 89, E. 4c.

³⁰⁷ BBI 1999 4763.

³⁰⁸ BGE 131 V 425, E. 3.1.

³⁰⁹ BGE 135 V 74, E. 4.2.1.

des Verfahrens dienen, als auch prozesserledigenden Entscheiden kommt eine verjährungsunterbrechende Wirkung zu. Kein Erfordernis ist, dass Entscheidungen oder Verfügungen in Entscheid- oder Verfügungsform gekleidet sind.³¹⁰ Die Möglichkeit zur Verjährung des Schadenersatzanspruchs besteht auch während des Einspracheverfahrens oder während des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens.³¹¹ Eine die Verjährungsfrist unterbrechende Handlung besteht auch darin, dass die kantonale gerichtliche Instanz die Sache an die AHV-Ausgleichskasse mittels Rückweisungsentscheids zurückweist.³¹² Gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG steht dem Arbeitgeber die Möglichkeit offen, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten. Des Weiteren gilt eine längere Frist, wenn das Strafrecht dies vorsieht (Art. 52 Abs. 3 AHVG).

7.1 Zweijahresfrist seit Kenntnis des Schadens

Art. 52 Abs. 3 AHVG hält fest, dass die Schadenersatzforderung zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, verjährt. Von einer Schadenskenntnis ist in dem Zeitpunkt auszugehen, in welchem die Ausgleichskasse unter Betrachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten es nicht mehr gestatten, die Beiträge einzuverlangen, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können.³¹³

Die Grundlage für die Höhe des Schadens bildet die ausstehende Beitragsforderung. Daher kann die Schadenskenntnis erst angenommen werden, wenn die Ausgleichskasse fähig ist, eine Bezifferung der Höhe der Beitragsforderung vorzunehmen.³¹⁴ Der Ausgleichskasse ist es aber nicht gestattet, mit der Geltendmachung ihrer Schadenersatzforderung bis zu jenem Zeitpunkt zuzuwarten, in welchem sie das Ausmass ihres Verlustes mit absoluter Genauigkeit kennt.³¹⁵ Die zumutbare Kenntnis eines Teilschadens wird bereits als ausreichend anerkannt.³¹⁶ Von der Ausgleichskasse wird verlangt, dass sie von dem Zeitpunkt an, in dem sie alle tatsächlichen Umstände über die Existenz, die wesentlichen Merkmale und die Beschaffenheit des Schadens kennt, Informationen über die Einzelheiten eines möglichen Schadenersatzanspruches einholt.³¹⁷

³¹⁰ Urteil BGer 9C_903/2008 vom 21. Januar 2009, E. 5.4.

³¹¹ BGE 135 V 74, E. 4.2.2.

³¹² Urteil BGer 9C_903/2008 vom 21. Januar 2009, E. 5.2.

³¹³ BGE 129 V 193, E. 2.1.

³¹⁴ BGE 128 V 10, E. 5a.

³¹⁵ BGE 116 V 72, E. 3b.

³¹⁶ BGE 121 V 240, E. 3c.bb.

³¹⁷ BGE 116 V 72, E. 3b.

Die relative Verjährungsfrist beginnt erst zu laufen, wenn der Ausgleichskasse nebst der Höhe des Schadens auch die haftpflichtige Person bekannt ist.³¹⁸ Mit der Vermutung der Ausgleichskasse, die betreffende Person könnte Ersatz schulden, ist die Kenntnis von der ersatzpflichtigen Person noch nicht bejaht. Sie ist erst zu bejahen, wenn die Ausgleichskasse die Tatsachen kennt, welche ihre Ersatzpflicht begründet.³¹⁹

In der höchstrichterlichen Praxis haben sich Regelzeitpunkte entwickelt, in welchen üblicherweise die fristauslösende Schadenskenntnis der Ausgleichskasse angenommen wird.³²⁰

7.1.1 Betreuung auf Pfändung

Kenntnis des Schadens bei der Betreuung auf Pfändung besteht mit der Zustellung des definitiven Pfändungsverlustscheins. Mittels Pfändungsverlustscheins erfolgt eine grundsätzliche und massliche Umschreibung des Schadens. Er manifestiert, dass der Arbeitgeber der Erfüllung seiner Beitragspflicht nicht nachgekommen ist und es ihm dadurch auch nicht möglich ist, der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG nachzukommen. Noch keine Kenntnis des Schadens bildet die Zustellung eines provisorischen Pfändungsverlustscheins. In dieser Situation hat die Ausgleichskasse die Pflicht, das Verwertungsbegehren zu stellen und die Ergebnisse der Verwertung abzuwarten.³²¹

7.1.2 Ordentliches und summarisches Konkursverfahren

Mit der Auflage des Kollokationsplanes und dem Inventar zur Einsicht bzw. mit der Eröffnung der Kollokation der Forderungen besteht ausreichend Kenntnis der Ausgleichskasse über den Schaden.³²² Der Fristenlauf beginnt mit der tatsächlichen Einsichtnahme auf dem Konkursamt oder, wenn darauf verzichtet wird, mit dem letzten Tag der Auflagefrist.³²³ Eine vorsichtig handelnde Ausgleichskasse wird aber bemüht sein, den Erlass ihrer Schadenersatzverfügung nicht auf den letztmöglichen Termin zu legen, ohne vorgängig eine Verjährungsverzichtserklärung des präsumtiven Schadenersatzpflichtigen eingeholt zu haben.³²⁴ Die Grundsätze der Schadenskenntnis beim Konkurs werden nicht nur beim Durchführen des ordentlichen Verfahrens angewendet, sondern auch beim summarischen Verfahren.³²⁵ Allein die Anordnung des summarischen Konkurses begründet noch keine Schadenskenntnis.³²⁶ Der Ausgleichskasse kommt die

³¹⁸ ZAK 1991 S. 128, E. 2b; BGE 128 V 10, E. 5a.

³¹⁹ BGE 82 II 43, E. 1a.

³²⁰ REICHMUTH, Rz. 822.

³²¹ ZAK 1991 S. 128, E. 2a.

³²² BGE 135 V 74, E. 3; 126 V 443, E. 3a.

³²³ BGE 121 V 234, E. 5b.

³²⁴ REICHMUTH, Rz. 842.

³²⁵ REICHMUTH, Rz. 843.

³²⁶ BGE 116 V 72, E. 3c.

Obliegenheit zur Teilnahme an der ersten Gläubigerversammlung zu oder sich an ihr vertreten zu lassen. Dieser Sorgfaltspflicht kann sie aber auch dadurch nachkommen, indem sie ein Protokoll der ersten Gläubigerversammlung bzw. den Bericht des Konkursbeamten anfordert.³²⁷

Abweichungen vom Regelzeitpunkt sind möglich. Dabei geht es um den Zeitpunkt vor und nach der Auflage des Kollokationsplanes. Vor der Auflage von Kollokationsplan und Inventar beginnt die zweijährige relative Frist erst mit einer amtlichen Verlautbarung zu laufen.³²⁸ Eine Vorverschiebung der fristauslösenden Kenntnis ist beispielsweise dann gegeben, wenn die Ausgleichskasse an der ersten Gläubigerversammlung erfährt, dass ihre Forderung mit Sicherheit ungedeckt bleibt.³²⁹ Für eine Schadenskenntnis ist es jedoch nicht ausreichend, wenn aufgrund provisorischer Schätzwerte an der ersten Gläubigerversammlung von „stark gefährdeten“ Dividendenaussichten gesprochen wird.³³⁰ Bei inoffiziellen Mitteilungen gilt es zu beachten, dass grundsätzlich nur offizielle Verlautbarungen, wie die Mitteilung des Konkursamts bei Gläubigerversammlungen oder Mitteilungen des Sachwalters im Nachlassverfahren, den Fristenlauf auslösen können.³³¹

Die fristauslösende Kenntnis kann sich auch erst nach dem Zeitpunkt der Auflage des Kollokationsplanes ergeben, wenn beispielsweise mit dem Auflegen des Kollokationsplanes eine vollständige Deckung der Beitragsforderung zu erwarten ist, sich aber später bei der Verwertung der Konkursaktiven zeigt, dass die Ausgleichskasse zu einem Verlust kommt,³³² oder wenn bei Auflage des Kollokationsplanes völlige Unklarheit über die Aktiven besteht, weil es beispielsweise zuerst noch zu einer Veräußerung von Immobilien kommen muss und die Konkursverwaltung über eine mögliche Dividende keine Angaben machen kann.³³³

7.1.3 Nachlassverfahren

Sowohl im Falle eines Widerrufs der Nachlassstundung, als auch bei einer Ablehnung des Nachlassvertrages erfolgt ein Aufruf an die Gläubiger und eine öffentliche Bekanntmachung des Entscheides. Dadurch wird auf die mögliche Zahlungsunfähigkeit und das damit einhergehende erhebliche Verlustrisiko für die Ausgleichskasse aufmerksam gemacht. In einer solchen

³²⁷ BGE 126 V 450, E. 2b-c.

³²⁸ Urteil BGer 9C_407/2011 vom 26. Juli 2011, E. 4.1; KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz. 112.

³²⁹ BGE 118 V 193, E. 3b.

³³⁰ BGE 116 V 72, E. 3c.

³³¹ Unveröffentlichtes Urteil EVG H 328/93 vom 21. September 2004, E. 4.2; KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz. 113.

³³² NUSSBAUMER, Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess, S. 390.

³³³ ZAK 1992 S. 252, E. 5c.

Situation wird von der Ausgleichskasse erwartet, dass sie von sich aus tätig wird und die entsprechenden Informationen beschafft, damit sie ihr Verlustrisiko einschätzen und die entsprechenden Schritte unternehmen kann, welche sich zur Wahrung ihrer Ansprüche aufdrängen.³³⁴ Die Sorgfaltspflicht der Ausgleichskasse verlangt somit von ihr, den Gang des Konkursverfahrens zu verfolgen.³³⁵

7.1.4 Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven

Wird das Verfahren mangels Aktiven eingestellt, ist die fristauslösende Kenntnis des Schadens mit der Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) gegeben. Von der Ausgleichskasse wird verlangt, dass sie zu diesem Zeitpunkt bereits eine Bezifferung der Höhe der Beitragsforderung vornehmen kann.³³⁶ Dies gilt auch dann, wenn ein Gläubiger nach der Publikation die nötige Kostensicherheit für die Durchführung des Konkursverfahrens leistet.³³⁷

7.2 Fünfjahresfrist seit Eintritt des Schadens

Spätestens fünf Jahre nach Eintritt des Schadens verjährt die Schadenersatzforderung (Art. 52 Abs. 3 AHVG). Auf die Umstände des konkreten Falles muss sowohl bei der Frage des Eintritts des Schadens, als auch bei derjenigen der Kenntnis des Schadens abgestellt werden. Es ist möglich, dass die Zeitpunkte des Eintritts des Schadens und der Kenntnis des Schadens zusammenfallen, womit kein zwingendes Erfordernis besteht, dass der Eintritt des Schadens vor dem Zeitpunkt der Kenntnis des Schadens liegen muss.³³⁸

7.3 Längere strafrechtliche Verjährungsfrist

Art. 52 Abs. 3 AHVG sieht eine längere strafrechtliche Verjährungsfrist vor, wenn die Schadenersatzpflicht aus einer strafbaren Handlung hergeleitet wird.³³⁹ Diese längere strafrechtliche Frist kommt aber nur bei derjenigen Person zur Anwendung, welche die strafbare Handlung begangen hat.³⁴⁰ Als strafbare Handlung kommt hier Art. 87 Abs. 2 AHVG in Betracht, bei welcher es um die Zweckentfremdung von Lohnbeiträgen geht. Die Frist bezieht sich nur auf

³³⁴ BGE 128 V 15, E. 3c.

³³⁵ AHI-Praxis 2002 S. 143, E. 3c.

³³⁶ BGE 126 V 443, E. 3c.

³³⁷ BGE 128V 10, E. 5.

³³⁸ ZAK 1992 S. 254, E. 6b.

³³⁹ REICHMUTH, Rz. 859.

³⁴⁰ BGE 118 V 193, E. 4b.

den vom Arbeitgeber abgezogenen und zweckentfremdeten Arbeitnehmeranteil der Beiträge.³⁴¹ Zwischen dem Schaden und der Straftat muss ein Kausalzusammenhang gegeben sein.³⁴²

Der Fristbeginn bestimmt sich nach Art. 98 StGB. Demnach beginnt der Fristenlauf mit der schädigenden Handlung. Die Zweckentfremdung nach Art. 87 Abs. 2 AHVG stellt in der Regel ein fortgesetztes Delikt dar, weshalb die strafrechtliche Verjährung gemäss Art. 98 lit. c StGB ab jenem Tag zu laufen beginnt, an welchem der Arbeitgeber zum letzten Mal Beiträge vom Lohn seiner Mitarbeiter abgezogen und für einen anderen Zweck verwendet hat.³⁴³ Für die Dauer der Verjährung ist die ordentliche Verjährungsfrist nach Art. 97 Abs. 1 StGB heranzuziehen.³⁴⁴ Die strafrechtliche Verjährungsfrist für die Delikte nach Art. 87 AHVG beträgt somit sieben Jahre (Art. 333 Abs. 1 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 lit. d StGB).³⁴⁵

Liegt ein strafrechtliches Erkenntnis vor, so ist betreffend die Frage der Anwendbarkeit einer längeren Verjährungsfrist der Sozialversicherungsrichter daran gebunden, dies aber unter der Voraussetzung, dass es sich um einen Freispruch oder eine Verurteilung handelt.³⁴⁶ Der Richter sistiert das Schadenersatzverfahren nicht, sondern prüft vorfrageweise, ob sich die Schadenersatzforderung aus einer strafbaren Handlung herleitet, wenn zwar eine Strafuntersuchung im Gang ist, jedoch noch nicht feststeht, ob in absehbarer Zeit ein Strafurteil gefällt wird.³⁴⁷ Ergibt sich die Situation, dass weder ein Strafurteil noch eine Strafuntersuchung eingeleitet wurde, haben die AHV-Behörden selber eine Prüfung über das Vorliegen einer strafbaren Handlung vorzunehmen. Es bestehen erhebliche Zweifel am Vorliegen einer strafbaren Handlung, wenn es die Ausgleichskasse unterlässt, eine Strafanzeige einzureichen.³⁴⁸

7.4 Vollstreckungsverjährung

Nach alter Rechtsprechung war Art. 16 Abs. 2 AHVG sinngemäss für die Vollstreckungsverjährung anwendbar.³⁴⁹ Eine Weiterführung der analogen Anwendung von Art. 16 Abs. 2 AHVG ist nicht möglich. Nun wird für die Vollstreckungsverjährung analog auf Art. 137 Abs. 2 OR abgestellt, welcher eine zehnjährige Frist vorsieht.³⁵⁰

³⁴¹ BGE 113 V 256, E. 4b.

³⁴² SVR 1997 AHV Nr. 108, E. 3c.

³⁴³ BGE 111 V 172, E. 4a; REICHMUTH, Rz. 868.

³⁴⁴ REY/WILDHABER, Rz. 1900.

³⁴⁵ BGE 111 V 172, E. 4a.

³⁴⁶ BGE 118 V 198, E. 4a.

³⁴⁷ ZAK 1991 S. 365 f, E. 3b.

³⁴⁸ BGE 113 V 256, E. 4a.

³⁴⁹ ZAK 1991 S. 129, E. 2c.

³⁵⁰ BGE 131 V 4

8. Verfahrensrechtliche Bestimmungen

8.1 Verwaltungsverfahren

Gemäss Art. 52 Abs. 4 AHVG macht die Ausgleichskasse ihren Schadenersatz durch den Erlass einer Verfügung geltend. Die Verfügung ist schriftlich zu erlassen und zu begründen (Art. 49 Abs. 1 und 3 ATSG). Die Begründung hat über die wesentlichen Überlegungen Aufschluss zu geben, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihr Entscheid stützt.³⁵¹ Die Verfügung richtet sich gegen den Schadenersatzschuldner. Bei der Verwirkung der Beitragsforderung ist der Arbeitgeber Verfügungsadressat, bei Zahlungsunfähigkeit einer juristischen Person ihre Arbeitgeberorgane.³⁵² Die Verfügung ist mit der Postaufgabe erlassen³⁵³ und kann nur bei gravierenden Fällen als nichtig gesehen werden.³⁵⁴ Ein Organ des Arbeitgebers, welches der Ausgleichskasse Sozialversicherungsbeiträge schuldet, muss nicht mit dem Erlassen und dem Zustellen einer Schadenersatzverfügung rechnen - nach Ausschöpfung der betriebsrechtlichen Möglichkeiten. Das ins Recht gefasste Organ, mit welchem noch kein Prozessverhältnis besteht, muss sich demnach keine Zustellungsversuche der Ausgleichskasse entgegenhalten lassen und darf darauf vertrauen, dass ihm gegenüber eine ordnungsgemässe Zustellung der Schadenersatzverfügung erfolgt.³⁵⁵

Gegen die ergangene Verfügung kann innerhalb von 30 Tagen bei der Stelle, welche die Verfügung erlassen hat, kostenlos Einsprache erhoben werden (Art. 52 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 ATSG).³⁵⁶ Das durch die Einsprache eingeleitete Einspracheverfahren ist Gegenstand des streitigen Sozialversicherungsverfahrens.³⁵⁷ Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht hat der Arbeitgeber die Gründe für seine Exkulpation sowie deren Nachweis zu erbringen. Die Ausgleichskasse wird die Gründe aufgrund ihrer Untersuchungspflicht überprüfen.³⁵⁸ Der Arbeitgeber oder seine Organe haben die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen.³⁵⁹

Falls die Einsprache ganz oder teilweise gutgeheissen wird und der Einsprecher von der Haftung ganz oder nur zum Teil befreit wird, lädt die Ausgleichskasse im Einspracheverfahren

³⁵¹ BGE 136 I 184, E. 2.2.1.

³⁵² REICHMUTH, Rz. 970 ff.

³⁵³ EVG H 262/98 vom 9. Februar 2000, E. 2b.

³⁵⁴ Urteil BGer 9C_333/2007 vom 24. Juli 2008, E. 2.1.

³⁵⁵ BGE 119 V 89, E. 4b.bb.

³⁵⁶ SCARTAZZINI/HÜRZELER, § 22, Rz. 29, 33; Dies führt dazu, dass der Sozialversicherungsträger seinen erlassenen Entscheid nochmals überprüft, HÄCKI, S. 341.

³⁵⁷ REICHMUTH, Rz. 994.

³⁵⁸ ZAK 1983 S. 104.

³⁵⁹ Urteil BGer 9C_325/2010 vom 10. Dezember 2010, E. 4.1.

andere von ihr ebenfalls ins Recht gefasste Solidarschuldner als Mitinteressierte bei.³⁶⁰ Die Erhebung der Einsprache führt dazu, dass eine neue zweijährige Verjährungsfrist zu laufen beginnt.³⁶¹

8.2 Beschwerde an das kantonale Versicherungsgericht

Im Sozialversicherungsrecht besteht im Anschluss an das verwaltungsinterne Verfahren die Möglichkeit, dass ein unabhängiges und unparteiisches Gericht die Streitsache überprüft.³⁶² Art. 57 ATSG regelt, dass jeder Kanton ein Versicherungsgericht als einzige Instanz für die Beurteilung von Beschwerden aus dem Gebiet der Sozialversicherungen vorsehen muss.³⁶³ Für das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht sind die rechtlichen Grundlagen von Art. 56 - 61 ATSG heranzuziehen, sofern Art. 52 AHVG hiervon keine Abweichung vorsieht. Solch eine Abweichung ist nur betreffend die örtliche Zuständigkeit gegeben (Art. 52 Abs. 5 AHVG).³⁶⁴ Demnach ist gemäss Art. 52 Abs. 5 AHVG für die Beschwerde dasjenige Versicherungsgericht des Kantons zuständig, in welchem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat. Die Beschwerde ist nach Art. 61 Abs. 1 ATSG innert 30 Tagen seit der Eröffnung des Einspracheent-scheides zu erheben.

Mit Erhebung der Beschwerde, beginnt eine neue zweijährige Verjährungsfrist.³⁶⁵ Wird die Verjährung durch eine Einrede oder Klage unterbrochen, beginnt im Verlauf des Rechtsstreits mit jeder Verfügung oder Entscheidung des Richters bzw. mit jeder gerichtlichen Handlung der Parteien die Verjährung von neuem (Art. 138 Abs. 1 OR).³⁶⁶ Ein Rückweisungsentscheid des kantonalen Versicherungsgerichts führt ebenfalls zu einem Neubeginn der zweijährigen Verjährungsfrist.³⁶⁷

8.3 Beschwerde an das Bundesgericht

Für das Verfahren vor dem Bundesgericht sind sowohl Art. 62 ATSG sowie das Bundesgerichts-gesetz (BGG) zu berücksichtigen.³⁶⁸ Demnach besteht die Möglichkeit, bei einem Mindeststreitwert von CHF 30'000 oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung

³⁶⁰ FREY, N 26 zu Art. 52 AHVG.

³⁶¹ BGE 135 V 74, E. 4.2.2.

³⁶² SCARAZZINI/HÜRZELER, § 22, Rz. 43.

³⁶³ SCARAZZINI/HÜRZELER, § 22, Rz. 44.

³⁶⁴ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz.123.

³⁶⁵ BGE 135 V 74, E. 4.2.2.

³⁶⁶ BGE 135 V 74, E. 4.2.1.

³⁶⁷ Urteil BGer 9C_903/2008 vom 21. Januar 2009, E. 5.2.

³⁶⁸ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rz.136; SCARAZZINI/HÜRZELER, § 22, Rz. 66.

stellt, gegen den Entscheid des kantonalen Versicherungsgerichts eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten zu führen (Art. 62 Abs. 1 ATSG und Art. 85 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 BGG). Die Zuständigkeit liegt bei der II. sozialrechtlichen Abteilung. Eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde kommt bei einer Verletzung verfassungsmässiger Rechte in Betracht (Art. 113 und Art. 116 BGG).³⁶⁹ Bei Beschwerden gegen Endentscheide bestimmt sich der Streitwert „nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben waren.“³⁷⁰ Anderer Meinung ist REICHMUTH, welcher für die Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG keine Streitwertgrenze für anwendbar hält.³⁷¹ In Anbetracht dessen, dass sich das Bundesgericht mit einer Fülle von Fällen zu Art. 52 AHVG konfrontiert sieht, wird es ihm daran liegen, dass eine hohe Streitwertgrenze besteht.³⁷²

8.4 Zulässigkeit eines Vergleichs

Der Vergleich findet im Sozialversicherungsrecht seine gesetzliche Grundlage in Art. 50 ATSG.³⁷³ Auf Verwaltungsstufe steht der Vergleich nicht für alle sozialversicherungsrechtlichen Streitigkeiten zur Verfügung, sondern nur für jene über Leistungen (Art. 50 Abs. 1 ATSG). Der Vergleich muss nach Art. 50 Abs. 2 ATSG in der Form einer anfechtbaren Verfügung eröffnet werden. Im Einsprache und Beschwerdeverfahren gelten die Absätze 1 und 2 sinngemäss (Art. 50 Abs. 3 ATSG).³⁷⁴ Bis zum Inkrafttreten des ATSG im Jahre 2003 lässt sich die Rechtsprechung dahingehend zusammenfassen, dass grundsätzlich im ganzen Bereich des Sozialversicherungsrechts der Abschluss von Vergleichen möglich war.³⁷⁵ Besonders im Bereich der Schadenersatzprozesse nach Art. 52 AHVG hatten die Gerichte häufig Vergleiche zu beurteilen. Solche Vergleiche wurden grundsätzlich durch die Gerichte zugelassen, wurden aber einem Überprüfungsverfahren auf gerichtlicher Ebene unterstellt.³⁷⁶

Seit dem Inkrafttreten des ATSG und dessen Art. 50 Abs. 1 müsste man annehmen, dass Vergleiche im Beitragswesen nicht mehr zulässig sind, da Art. 50 Abs. 1 ATSG nur noch über Vergleiche bei „Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen“ spricht.³⁷⁷ Somit

³⁶⁹ BGE 137 V 51, BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 480; Die Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen seit der Zustellung des kantonalen Entscheides einzureichen, KIESER, Leistungen der Sozialversicherung, S. 122.

³⁷⁰ Urteil BGer 9C_125/2011 vom 7. Juni 2011, E. 1.4.

³⁷¹ REICHMUTH, Rz. 1148.

³⁷² BÄRTSCHI/STOHWASSER, S. 480.

³⁷³ LENDFERS, S. 201.

³⁷⁴ LENDFERS, S. 204 f.

³⁷⁵ KIESER, ATSG-Kommentar, N 8 zu Art. 50 ATSG.

³⁷⁶ KIESER, ATSG-Kommentar, N 7 zu Art. 50 ATSG; AHI-Praxis 1999 S. 189.

³⁷⁷ CADOTSCH, S. 54; Was zutrifft für Vergleiche über Schadenersatzansprüche im Verfügungsverfahren (Art. 50 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 ATSG) aber nicht für das Einsprache- und Beschwerdeverfahren., WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 2980.

kann die frühere Gerichtspraxis, welche den Abschluss von Vergleichen bei Schadenersatzstreitigkeiten nach Art. 52 AHVG zugelassen hatte, nicht weitergeführt werden, da hier keine Streitigkeiten über Leistungen bestehen. KIESER sieht darin eine ungerechtfertigte Einschränkung des Anwendungsbereichs. Er fordert, dass der Anwendungsbereich in der Bestimmung offener gestaltet wird, da der Möglichkeit des Vergleichens bei Schadenersatzprozessen eine langjährige Rechtsprechung zugrunde liegt.³⁷⁸ BAER spricht im Bereich der Vergleichsmöglichkeit bei Schadenersatzforderungen ebenfalls von einer langjährigen, gefestigten und bewährten Rechtsprechung.³⁷⁹

Die Rechtsprechung hat entschieden, dass das Schliessen eines Vergleiches in einem gerichtlichen Beschwerdeverfahren wegen einer Schadenersatzforderung nach Art. 52 AHVG zulässig ist.³⁸⁰ Begründet wird dies damit, dass bei Schadenersatzforderungen nach Art. 52 AHVG zwar am Ausgangspunkt auch Beitragsforderungen stehen, mitunter müssen aber noch eine Widerrechtlichkeit und ein Verschulden des Arbeitgebers bzw. seiner Organe als zusätzliche Anspruchsvoraussetzungen gegeben sein. Bei diesen Anspruchsvoraussetzungen ergibt sich oft ein Sachverhaltsermessen, was eine vergleichsweise Regelung sinnvoll macht.³⁸¹ Weiter gilt es zu beachten, dass bei einem Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG das Gleichheitsgebot nur eingeschränkt zur Anwendung kommt, da die Organe solidarisch haften und dadurch die Ausgleichskasse wählen kann, ob sie gegen mehrere potentielle Haftende vorgehen möchte oder nur gegen einen. Dies führt dazu, dass anders als bei Beitragsstreitigkeiten die Ausgleichskasse in einem Schadenersatzverfahren von vornherein einen Dispositionsbereich hat. Es wäre daher widersprüchlich, wenn der Ausgleichskasse die Wahl zugestanden würde, gegen bestimmte Personen gar nicht vorzugehen, ihr aber wiederum das Eingehen eines Vergleiches verboten würde.³⁸²

Der aufgrund eines abgeschlossenen Vergleichs im gerichtlichen Verfahren erstellte Abschreibungsbeschluss muss zumindest eine summarische Begründung enthalten, welche darüber Aufschluss gibt, dass und in wie weit der Vergleich mit dem Gesetz und dem Sachverhalt übereinstimmt.³⁸³ Die Begründungspflicht soll der zur Beschwerde legitimierten Partei eine sachgerechte Anfechtung des Entscheides ermöglichen.³⁸⁴

³⁷⁸ KIESER, ATSG-Kommentar, N 17 f. zu Art. 50 ATSG.

³⁷⁹ BAER, S. 449.

³⁸⁰ BGE 135 V 65, E. 1.8.

³⁸¹ BGE 135 V 65, E. 1.7.

³⁸² BGE 135 V 65, E. 1.7; BAER, S. 439.

³⁸³ BGE 135 V 65, E. 2.6.

³⁸⁴ BGE 135 V 65, E. 2.4.

9. Würdigung

Die Zahl der eröffneten Konkurse hat in den letzten Jahren kontinuierlich zugenommen (Jahr 2016: **14'860**, 2017: **15'269**, 2018: **15'291**).³⁸⁵ Die stetige Zunahme von Konkursöffnungen und eine Vielzahl von angestellten Mitarbeitern sind der perfekte Nährboden für Art. 52 AHVG-Haftungen. Es wird sich somit zeigen, ob in Zukunft bei der Abnahme von Konkursen auch Art. 52 AHVG-Fälle zurückgehen werden.

Wie sich den aufgeführten Urteilen entnehmen lässt, handelt es sich bei der Arbeitgeberhaftung regelmässig um beträchtliche Schadenersatzforderungen, welche klar über dem Streitwert von CHF. 30'000 liegen.³⁸⁶ Demnach rückt die kritische Haltung von REICHMUTH betreffend die Streitwertgrenze an das Bundesgericht eher in den Hintergrund. Zusätzlich lässt sich in den hohen Schadenersatzforderungen unter anderem ein Grund sehen, weshalb viele D&O-Versicherungen eine Versicherungsdeckung für öffentlich-rechtliche Forderungen ausschliessen. Weitere Gründe können daneben auch sozialpolitische Themen sein sowie der Staat als mächtiger Gegenspieler im Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG. Es erscheint wenig überraschend, dass die Versicherer auf ihren Homepages die Vorteile ihrer jeweiligen Versicherungsprodukte als Rundumpaket anpreisen, handkehrum aber erst in den allgemeinen Geschäftsbedingungen ersichtlich ist, dass bei öffentlich-rechtlichen Forderungen kein bzw. nur ein eingeschränkter Versicherungsschutz besteht.³⁸⁷ Daher scheint es empfehlenswert, vor dem Abschluss einer D&O Versicherung das Kleingedruckte zu lesen bzw. sich umfassend über die Versicherungsbedingungen aufklären lassen, um böse Überraschungen im Haftungsfall zu vermeiden.

Die Vielzahl an Art. 52 AHVG-Urteilen zeigt, dass die Ausgleichskassen mit voller Härte bei ausstehenden Sozialversicherungsbeiträgen vorgehen. Grosskonzerne werden in den meisten Fällen ein vorgegebenes Compliance-Programm haben, um potentiellen Risiken frühzeitig zu begegnen bzw. rechtzeitig haftungsvermeidende Schritte einleiten zu können. Als Beispiel sei

³⁸⁵ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/unternehmensdemografie/konkurse.html>, besucht am 22.11.2019.

³⁸⁶ Urteil BGer 9C_789/2018 vom 1.5.2019 (**CHF 270'319**), Urteil BGer 9C_599/2017 vom 26.6.2018 (**CHF 168'194**), Urteil BGer 9C_906/2017 vom 21.6.2018 (**CHF 259'038**), Urteil BGer 9C_851/2016 vom 1.12.2017 (**CHF 429'772**), Urteil BGer 9C_41/2017 vom 2.5.2017 (**CHF 716'688**), Urteil BGer 9C_247/2016 vom 10.8.2016 (**CHF 418'967**), Urteil BGer 9C_328/2012 vom 11.12.2012 (**CHF 530'257**), Urteil BGer 9C_369/2012 vom 2.11.2012 (**CHF 2'121'111**).

³⁸⁷ <https://www.zurich.ch/de/firmenkunden/vermoegensversicherung/organhaftpflicht>, <https://www.axa.ch/de/unternehmenskunden/angebote/haftpflicht-sach/haftpflichtversicherung/organhaftpflichtversicherung.html>, <https://www.baloise.ch/de/unternehmenskunden/haftpflicht-recht-sachwerte/haftpflichtversicherung.html>, besucht am 5.11.2019.

hier die ABB genannt, welche gemäss ihrer Standards „prevent, detect and resolve“ handelt.³⁸⁸ Grossunternehmen verfügen über genügend Ressourcen, um kostspielige Compliance-Programme zu implementieren. Die viel grössere Art. 52 AHVG-Gefahr besteht für kleine und mittlere Unternehmen. Dies zeigt sich daran, dass Art. 52 AHVG-Klagen gemäss den Versicherern praktisch nur bei KMU's mit weniger als 100 Angestellten auftreten.³⁸⁹ Sie werden wohl in den meisten Fällen nicht über eine Risikostrategie verfügen, welche auch mögliche sozialversicherungsrechtliche Problemstellungen abdeckt.³⁹⁰ Daher ist gerade dieser Unternehmergruppe und ihren Organen die Auseinandersetzung mit Art. 52 AHVG zu empfehlen. Zutreffend REICHMUTH: “Mit einem Schadenersatzverfahren konfrontiert zu werden, ist kein Schicksal, welches mit geeigneten Vorkehrungen nicht abzuwenden wäre.“³⁹¹ Werden sozialversicherungsrechtliche Risiken frühzeitig entdeckt und behoben, erspart das dem Arbeitgeber bzw. dem Organ nicht nur Kosten, sondern auch die psychische Belastung eines womöglich langen Gerichtsverfahrens. Auch Ausgleichskassen sollten über ein internes System verfügen, welches verhindert, dass Forderungen verjähren können bzw. wichtige Schritte nicht frühzeitig in die Wege geleitet werden. An der Einforderung der schuldig gebliebenen Sozialversicherungsbeiträge besteht ein öffentliches Interesse, welchem die Ausgleichskasse mit klar definierten Abläufen nachkommen muss. Sowohl für die Ausgleichskassen als auch für die Arbeitgeber ist eine funktionierende und hierarchieübergreifende Kommunikation entscheidend, damit Beitragsausstände verhindert werden können.

Dass ein Vergleich im Rahmen von Art. 52 AHVG zulässig ist, entspricht einer langen und gefestigten Gerichtspraxis.³⁹² Nichtsdestotrotz ist es zu begrüessen, dass die gesetzliche Regelung von Art. 52 AHVG nicht generell einen Vergleich zulässt. Hier geht es um Beiträge, welche die Allgemeinheit heute und in Zukunft betreffen. Daher kann durch ein Arbeitgeber bzw. dessen Organe bewusst oder unbewusst ein Moral-Hazard-Verhalten geweckt werden, wenn bekannt ist, dass Art. 52 AHVG-Verfahren mittels Vergleichs erledigt werden können.³⁹³

Dass für eine Aktiengesellschaft ein anderer Sorgfaltsmassstab gilt als für die anderen Rechtsformen, ist nicht nachvollziehbar. Der kritischen Haltung von REICHMUTH ist zuzustimmen.³⁹⁴

³⁸⁸ „<https://new.abb.com/about/integrity>“, besucht am 20.10.2019.

³⁸⁹ AKERET, S. 57; Gemäss dem BFS stellen über 99% der Unternehmen in der Schweiz KMU's dar. Im Jahr 2017 waren es 588'623 KMU's mit einer Beschäftigtenzahl von 3'018'405, „<https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/industrie-dienstleistungen/unternehmen-beschaeftigte/wirtschaftsstruktur-unternehmen/kmu.html>“, besucht am 21.11.2019.

³⁹⁰ Für eine mögliche Risikostrategie siehe nächstes Kapitel.

³⁹¹ REICHMUTH, Rz. 740.

³⁹² BAER, S. 449.

³⁹³ Siehe für die Problematik des Moral Hazard ausführlich die Dissertation von LANZ.

³⁹⁴ REICHMUTH, Rz. 549.

Es ist nicht verständlich, weshalb die höchstrichterliche Rechtsprechung bei einer Haftung, welche nicht nach der Rechtsform des Arbeitgebers unterscheidet, gerade beim Mass der Sorgfalt Unterscheidungen zuungunsten einer bestimmten Rechtsform vornimmt.³⁹⁵ Eine mögliche Erklärung könnte aber darin begründet sein, dass in der Praxis häufig die Rechtsform der Aktiengesellschaft gewählt wird³⁹⁶ und somit die mahnende Rechtsprechung zuungunsten dieser Rechtsform einen Grossteil der Unternehmen trifft. Solange das Bundesgericht an seiner widersprüchlichen Rechtsprechung festhält, kann ein Arbeitgeber diesem Problem wohl nur in dem Sinne begegnen, indem er nicht die Aktiengesellschaft als Rechtsform wählt.

Dass im Bereich von Art. 52 AHVG eine absolute Solidarität gilt³⁹⁷, ist nicht zu begrüssen. Es würde sich vielmehr anbieten, dass hier eine differenzierte Solidarität zur Anwendung kommt. Denn es scheint gerade so, dass hier die absolute Solidarität bewusst gewählt wurde, um den Organen im Prozess einen weiteren Stolperstein in den Weg zu legen, in dem es nicht auf ihr persönliches Verschulden ankommt.³⁹⁸ Doch gerade bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen wird es wohl die Regel darstellen, dass die einzelnen Organe unterschiedlich zum eingetretenen Schaden beigetragen haben, und es sich demnach rechtfertigt, dass man diesem Umstand durch die Änderung von der absoluten zur differenzierten Solidarität Rechnung trägt. Kommt es schlussendlich dazu, dass die Ausgleichskasse nur von einem Organ den Schadenersatz verlangt, ist zu hoffen, dass die anderen Organe nicht über allzu schlechte finanzielle Verhältnisse verfügen, ansonsten sich ein Rückgriff für das ins Recht gefasste Organ als eher schwierig erweisen wird.

³⁹⁵ BGE 108 V 199, E. 3a; EVG H 210/01 vom 13. November 2001, E. 3a; BURCH-CHATTI, S. 40.

³⁹⁶ REICHMUTH, Rz. 211.

³⁹⁷ BBI 2011 561.

³⁹⁸ AHI-Praxis 1996 S. 294, E. 6.

9.1 Risikostrategie für KMU's und ihre Organe

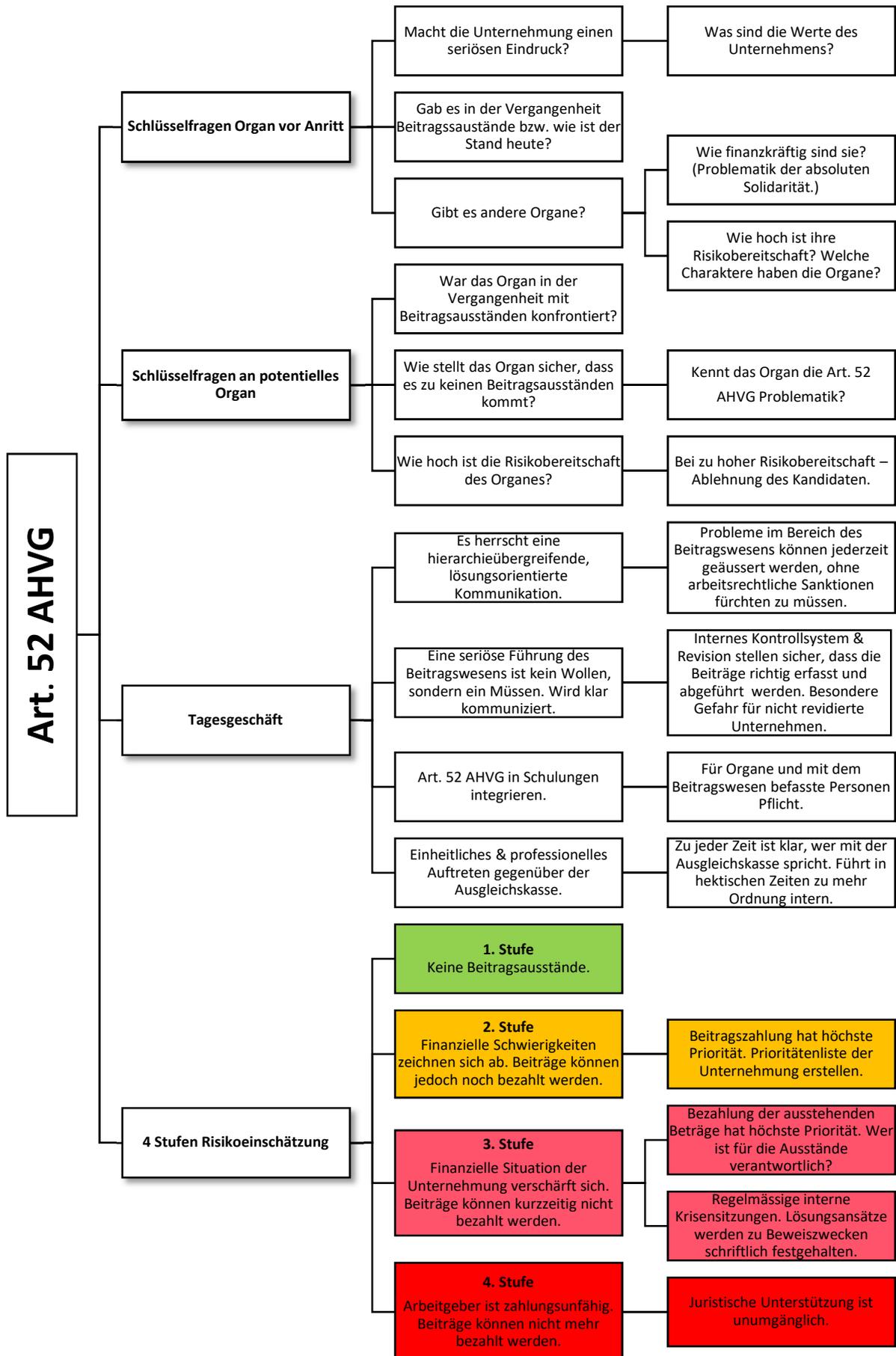


Abbildung 1: Risikostrategie für KMU's und ihre Organe

10. Fazit

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass eine gesetzliche Regelung für die subsidiäre Organhaftung längst überfällig war. Umso bedauerlicher ist es, dass die höchstrichterliche Rechtsprechung, seit der Veröffentlichung des Leitentscheides im Jahre 1970, strikt an ihrer Argumentation und Rechtfertigung zur subsidiären Organhaftung festgehalten und sich nicht auf die aus der Wissenschaft geäusserten Kritik eingelassen hatte. Bei einem solchen erheblichen Gegenwind aus der Lehre, hätte das Bundesgericht die eigene Rechtsprechung einer Neuwürdigung unterziehen müssen.

Mit einem straff geführten Beitragswesen und eine auf das Unternehmen zugeschnittene Risikostrategie kann der Gefahr von Art. 52 AHVG frühzeitig entgegengewirkt werden. Es ist jedoch zu bezweifeln, dass der Grossteil der kleinen bis mittelgrossen Unternehmungen eine fundierte Risikostrategie erarbeiten wird. Das kann daran liegen, dass sie nicht bereit sind, diesen Mehraufwand aufzubringen, oder möglicher Weise nicht in der Lage dazu sind. Es steht ausser Frage, dass eine konkrete Auseinandersetzung mit sich bietenden Risiken zeitintensiv ist. Trotzdem sollte man sich die Zeit dafür nehmen, da eine Risikostrategie die Risiken im Geschäftsalltag minimiert und dadurch unternehmerische Sicherheit für die Zukunft geschaffen wird. Zusätzlich kann eine Risikostrategie in einem Schadenersatzprozess positiv in die Würdigung des Gerichts einfliessen, da dem Gericht aufgezeigt wird, dass man sich mit der Gefahr von Art. 52 AHVG auseinandergesetzt hat und Art. 52 AHVG somit nicht nur ein toter Buchstabe ist.

Das strenge Vorgehen der Ausgleichskasse ist zu begrüessen und notwendig, um Arbeitgeber und ihre Organe zu disziplinieren und dem öffentliche Interesse an der Einforderung der schuldig gebliebenen Beiträge nachzukommen. Es muss aber sichergestellt sein, dass die Ausgleichskasse jederzeit lösungsorientiert arbeitet. Das ist dann gegeben, wenn sie nicht von Anfang an mit voller Härte gegen die Verantwortlichen vorgeht, sondern der Situation entsprechend verhältnismässig agiert und sich auf die Argumente der Gegenseite einlässt.

Es stellt sich die Frage, ob mit dem erhöhten Sorgfaltsmassstab für Aktiengesellschaften, der faktischen Kausalhaftung und der absoluten Solidarität, nicht etwas zu weit über das Ziel hinausgeschossen und dadurch eine übermässige Disziplinierung vorgenommen wird, welche mehr abschreckt als nützt. Diese Problemstellungen sowie der Umstand, dass beim Verschulden unter anderem auch die Unternehmensgrösse zu berücksichtigen ist, wird in der Praxis dazu führen, dass KMU's zunehmend Probleme haben werden, geeignete Organe zu finden, welche bereit sind, diese erhöhten Risiken einzugehen.

Wahrheitserklärung

„Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Masterarbeit selbständig und ohne Verwendung von unerlaubten Hilfsmitteln verfasst und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich willige darin ein, dass meine Arbeit mittels Plagiatserkennungssoftware überprüft werden kann, und nehme zur Kenntnis, dass im Falle eines Plagiats oder der Inanspruchnahme fachlicher Mitarbeit von Drittpersonen der Dekan gemäss § 53 Abs. 2 StuPO 2016 auf die Note 1 erkennen kann. Vorbehalten bleiben Sanktionen der Universität gemäss § 36 des Universitätsstatuts und die Strafverfolgung.“

Ort, Datum

.....

Unterschrift

.....