

Art. 52 AHVG – Praxis und Zweck der Arbeitgeberhaftung

Von Dr. iur. Roger Groner, Rechtsanwalt*

Why holding directors of bankrupt companies liable for unpaid social security taxes? Directors who are sued after the company went bankrupt usually consider themselves innocent victims of a strict liability standard. This seems unfair because, in making business decisions, directors of a company enjoy the protection of the «business judgment rule» (a doctrine absolving managers of liability even though their conduct is negligent). This paper argues that there are valid

reasons for a different standard. The underlying policy of the strict liability standard is deterrence of risky behavior, balanced by the attempt to make successful restructurings still possible, which is best guaranteed by a strict liability standard and some exemptions thereof. Moreover, the question whether the directors took appropriate measures to comply with the social security framework is easily answered. Thus, the costs of judicial error in strict liability cases are low.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Zweck der Organhaftung
- III. Haftungsvoraussetzungen
 - A. Ausstehende Beiträge der Arbeitgeberin
 - B. Organeigenschaft
 - 1. Formelle Organe
 - 2. Faktische Organe
 - C. Schaden
 - 1. Vermögensminderung der Kasse
 - 2. Substantiierung
 - 3. Zeitlicher Rahmen
 - D. Pflichtwidrigkeit
 - 1. Unterbliebene Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge
 - 2. Rechtfertigungsgründe
 - E. Verschulden
 - 1. Differenzierter Sorgfaltsmassstab
 - 2. Besonders gravierende Fälle
 - 3. Exkulpation
 - F. Adäquater Kausalzusammenhang
 - 1. Untätigkeit des Organs
 - 2. Untätigkeit der Ausgleichskasse
- IV. Solidarische Haftung
 - A. Freie Wahl der Ausgleichskasse
 - B. Absolute Solidarität
- V. Beurteilung

I. Einführung

Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen nach Art. 52 Abs. 1 AHVG zu ersetzen. Die Bestimmung

ist eine rasiermesserscharfe Waffe im Kampf um ausstehende AHV-Beiträge.

Die Zahl von AHVG 52-Prozessen ist Legion. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat seit Veröffentlichung seiner Entscheide auf dem Internet per 1. Januar 2006 in diesem Bereich 142 Urteile erlassen. Diese Zahl wird einzig durch Entscheide zum Bezug von Sozialversicherungsleistungen (IV-Renten etc.), zu Eheschutzmassnahmen und zur Ausschaffung von Ausländern übertroffen.

Angesichts der Bedeutung von Art. 52 AHVG drängt sich eine Standortbestimmung auf. Unter welchen Umständen haftet das Organ einer Gesellschaft für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge? Warum besteht im Sozialversicherungsbereich eine strenge Haftung, während auf eine Verantwortlichkeit unter Art. 754 OR nur zurückhaltend erkannt wird?

II. Zweck der Organhaftung

Art. 52 AHVG begründet eine Verschuldenshaftung öffentlichen Rechts¹. Obwohl die Bestimmung nur den «Arbeitgeber» erwähnt, begründet sie nach konstanter Praxis eine Organhaftung – vergleichbar mit derjenigen in Art. 754 OR. Die Organe des Arbeitgebers haften subsidiär, wenn der Arbeitgeber (die juristische Person) die Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt.

Die Praxis begründet die persönliche Haftung der Organe mit einer *systematischen Auslegung*: Die

¹ BGE vom 29. April 2002 (H 209/01, H 212/01, H 214/01), E. 4.b (keine Kausalhaftung); BGE vom 25. Juli 2000 (H 228/98, H 253/98), E. 3.b.

* Erreichbar unter roger.groner@gronerlaw.ch

Pflicht zum Bezug und zur Zahlung der paritätischen Sozialversicherungsbeiträge ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers². Der Arbeitgeber handelt als gesetzliches Vollzugsorgan. Damit untersteht der Arbeitgeber dem Verantwortlichkeitsrecht des Bundes, wobei Art. 52 AHVG eine Spezialbestimmung zum allgemeinen Verantwortlichkeitsgesetz bildet³. Art. 19 Verantwortlichkeitsgesetz sieht die (subsidiäre) persönliche Haftung der für die Organisation handelnden Beamten vor. Art. 52 AHVG bezweckt nicht, die generelle Regel, die (subsidiäre) persönliche Haftung, auszuschliessen⁴.

Einleuchtender als diese formelle Argumentation – Art. 52 AHVG könnte auch als abschliessende Spezialbestimmung verstanden werden – ist eine *zweckorientierte Auslegung*. Die persönliche Haftung von Art. 52 AHVG soll verhindern, dass die Organe einer Arbeitgebergesellschaft über längere Zeit Beitragsausstände anhäufen lassen, ohne konkrete Sanierungsschritte zu unternehmen⁵. Wertvernichtende Geschäftstätigkeit eines angeschlagenen Unternehmens soll nicht auf Kosten der Sozialversicherung verlängert werden: «Art. 52 AHVG [will] gerade solche Unternehmenstätigkeit in repressiver und präventiver Hinsicht schadenersatzrechtlich verhindern»⁶. Die Organe haften deshalb wie Bürgen für die Bonität des Arbeitgebers⁷.

III. Haftungsvoraussetzungen

A. Ausstehende Beiträge der Arbeitgeberin

Die Schadenersatzforderung i.S.v. Art. 52 AHVG ist eine andere Forderung als die Beitragsforderung der Ausgleichskasse gegenüber dem Arbeitgeber (i.S.v. Art. 14 Abs. 1 AHVG)⁸. Die Beitragsforderung beruht auf einer gesetzlichen Beitragspflicht. Die

Schadenersatzforderung entsteht dagegen – zeitlich nachgeordnet – erst mit dem Eintritt des Schadens zufolge Verwirkung der Beiträge (Art. 16 Abs. 1 AHVG) oder Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers. Der unterschiedliche Rechtsgrund hat auch andere Konsequenzen zur Folge. Beispielsweise kann die Ausgleichskasse als Gläubigerin immer noch gegen die Arbeitgeberorgane gestützt auf Art. 303 SchKG vorgehen, auch wenn ein Nachlassvertrag über die Arbeitgebergesellschaft angenommen wird⁹.

Die Haftung nach Art. 52 AHVG setzt voraus, dass die beklagte Person ein Organ einer Arbeitgeberin ist, die Sozialversicherungsbeiträge schuldet¹⁰.

Arbeitgeber ist, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt (Art. 11 ATSG). Diese Definition gilt auch für den Arbeitgeberbegriff in Art. 52 AHVG. Die Beschäftigung von Arbeitnehmern setzt einzig ein Subordinationsverhältnis und eine Entlohnung voraus¹¹. Irrelevant ist, in welcher Form der Arbeitgeber organisiert ist (als AG, GmbH, Verein, Genossenschaft etc.). Damit soll verhindert werden, dass mit der Wahl einer bestimmten Rechtsform die Haftung ausgeschlossen werden kann¹².

Erwirbt eine Gesellschaft Aktiven und Passiven der Arbeitgeberin (beispielsweise im Rahmen einer Fusion), haften die *Organe der übernehmenden Gesellschaft* nicht für die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge, unabhängig davon, ob diese Verbindlichkeiten übertragen werden oder nicht. Die Organe der übernehmenden Gesellschaft müssen sich die vorher verwirklichte Verletzung der Abrechnungs- und Einzahlungspflichten nicht anrechnen lassen¹³. Art. 333 OR, der den Übergang des Arbeitsverhältnisses bei Betriebsübertragung vorsieht, ändert daran nichts¹⁴.

² Art. 28 Ab 1 ATSG (Mitwirkungspflicht des Arbeitgebers); Art. 14 Ab 1 AHVG und Art. 34 AHVV, Art. 66 Ab 1 IVG, Art. 21 Ab 2 EOG, Art. 88 Ab 2 AVIG; BGE 113 V 186.

³ BGE 103 V 122; Verwaltungsgericht Luzern vom 20. April 2001, E. 3.b.aa, LGVE 2001 II N. 35.

⁴ BGE 96 V 124, 125.

⁵ BGE vom 20. August 2002 (H 295/01) E. 5.

⁶ BGE vom 4. März 2004 (H 34/02) E. 5.4.

⁷ BGE vom 15. September 2005 (H 162/01) E. 5.3.3.

⁸ BGE 126 V 449 E. 4.c; BGE 123 V 171 E. 3.a; BGE 121 III 385 E. 3.c.

⁹ BGE vom 15. September 2005 (H 162/01) E. 5.

¹⁰ Solche Leistungspflichten werden in Art. 14 und Art. 51 AHVG, Art. 66 Ab 1 IVG, Art. 21 Ab 2 EOG und Art. 88 Ab 2 AVIG begründet.

¹¹ Keine Pflicht zur Ablieferung von AHV-Beiträgen besteht, wenn diese weniger als CHF 353 pro Jahr ausmachen (Art. 10 Ab 2 AHVG, Art. 10 Ab 1 AHVG).

¹² BGE vom 18. April 2005 (H 235/04); Verwaltungsgericht Luzern vom 20. April 2001 E. 3.b.aa, LGVE 2001 II Nr. 35 271.

¹³ BGE 119 V 389, 398.

¹⁴ Vgl. BGE 119 V 389, 397.

B. Organeigenschaft

1. Formelle Organe

a) Verwaltungsrat

Der Begriff des Organs im Sinne von Art. 52 AHVG ist derselbe wie in Art. 754 Abs. 1 OR, wenn die Arbeitgeberin eine Aktiengesellschaft ist¹⁵. Haftbar sind die rechtsgültig gewählten, formellen Organe, die zur Oberaufsicht der Geschäftsleitung verpflichtet und berechtigt sind¹⁶. Bei Aktiengesellschaften ist dies der Verwaltungsrat (Art. 716a Ziff. 1 OR).

Auch das nicht geschäftsführende Mitglied des Verwaltungsrates ist zur Oberaufsicht verpflichtet¹⁷. Verfügt ein Verwaltungsrat nicht über die Kompetenz zur Ausführung von Zahlungen, ändert dies nichts an seiner Haftung¹⁸. Genauso irrelevant ist, ob ein Organ (nach aussen) zur Einzelunterschrift berechtigt ist oder die Gesellschaft nur beschränkt vertreten kann¹⁹. Auch Ehrenamtlichkeit hat keinen Einfluss auf die Haftung nach Art. 52 AHVG. Der ehrenamtlich tätige Sekretär/Kassier einer Genossenschaft haftet genauso wie der hauptberufliche im Unternehmen tätige Verwaltungsrat²⁰.

Weisungsabhängige Organe («Strohpersonen») dürfen sich nicht auf eine Verwaltungsratsstellung in Verhältnissen einlassen, die ihnen die gesetzlich vorgeschriebene Erfüllung ihres Amtes (Art. 716a OR) verunmöglichen²¹. Deshalb können auch Konzernorgane haftbar sein, die auf Weisung der Konzernleitung handeln²².

b) Stiftungsrat, Vereinsvorstand und Genossenschaftsverwaltung

Stiftungsrat, Vereinsvorstand und Genossenschaftsverwaltung sind die obersten Organe, die die Geschäfte bei Fehlen einer anderslautenden internen Satzung führen oder zumindest die Geschäftsführer

überwachen müssen²³. Sie sind persönlich verpflichtet, die AHV-Beitragszahlung und -abrechnung der Arbeitgeberin zu überprüfen. Damit unterstehen sie der Haftung von Art. 52 AHVG²⁴.

c) Geschäftsführer

Geschäftsführer einer AG (die nicht dem Verwaltungsrat angehören) sind keine formellen Organe und unterstehen der Haftung von Art. 52 AHVG nicht²⁵. Der Verwaltungsrat hat zwingend das letzte Wort über die Geschäftsführung und ist demzufolge auch ausschliesslich haftbar. Dies gilt allerdings nur für Geschäftsführer mit limitierter Zuständigkeit²⁶. Bilden die Geschäftsführer den Willen der Gesellschaft (wie normalerweise ein CEO), sind sie als faktische Organe haftbar (als «Geschäftsleiter»; hinten Ziff. 2).

Dagegen können die Gesellschafter einer GmbH die Geschäftsführung als Ganzes übertragen. Für auf diese Weise eingesetzte Geschäftsführer gelten die Verantwortlichkeitsvorschriften von geschäftsführenden Gesellschaftern (Art. 812 Abs. 2 OR). Damit gehen Verantwortung und Befugnisse der Geschäftsführung bei der GmbH weiter als bei Geschäftsführern der AG. Aus diesem Grund unterstehen GmbH-Geschäftsführer der formellen Organhaftung nach Art. 52 AHVG²⁷.

d) Revisionsstelle

Die Revisionsstelle ist nicht zum Bezug und zur Ablieferung der AHV-Beiträge verpflichtet. Indessen kann sie nach Art. 52 AHVG als formelles Organ haftbar werden, wenn sie ihre *aktienrechtlichen Pflichten* grob verletzt. So entschied das Eidgenössische Versicherungsgericht auf eine Haftung der Revisionsstelle, die während vier Jahren ihre Meldepflicht im Sinne von Art. 729b Abs. 1 OR verletzte, indem sie hinnahm, dass ihr weder die Buchführung zur Prüfung unterbreitet noch je eine eigentliche Jahresrechnung erstellt oder eine Generalversammlung durchgeführt worden wäre²⁸. Die AHV-Haftung der Revisionsstelle ist eine Konsequenz der bundesgerichtlichen Auffassung, wonach die Revisionsstelle

¹⁵ BGE vom 23. Juni 2003 (H 215/02 H 219/02) E. 3.3.2.

¹⁶ BGE 123 V 15 E. 5b mit Hinweisen; BGE vom 4. Mai 2004 (H 228/03).

¹⁷ BGE vom 4. Mai 2004 (H 228/03).

¹⁸ BGE vom 5. Oktober 2000 (H 210/99) E. 3.a.

¹⁹ BGE vom 4. Mai 2004 (H 228/03).

²⁰ BGE vom 18. April 2005 (H 235/04) E. 5.2; AHI 2002 S. 52 E. 3.c.

²¹ BGE vom 20. März 2001 (H 11/00) E. 4.b; BGE vom 21. November 2000 (H 37/00 H 38/00) E. 3.a; BGE 112 V 3.

²² BGE vom 21. November 2000 (H 37/00, H 38/00) E. 3.a; BGE 112 V 3; BGE 122 III 200 E. 3.b.

²³ BGE vom 15. September 2004 (H 34/04) E. 5.3.1; BGE vom 17. Juni 2003 (H 26/03) E. 3.2.

²⁴ Haftung des Vereinsvorstands: BGE vom 13. November 2001 (H 200/01); LGVE 2001 II Nr. 35. Haftung des Stiftungsrates: BGE vom 30. Juli 2001 (H 14/01).

²⁵ BGE 114 V 218.

²⁶ BGE vom 23. Juni 2003 (H 215/02, H 219/02) E. 3.3.

²⁷ BGE vom 14. Mai 2002 (H 252/01).

²⁸ BGE vom 4. Oktober 2001 (H 218/99).

ihre Aufgaben auch im Interesse der Allgemeinheit (namentlich der Gläubiger) erfüllt²⁹.

e) Aktionäre und Gesellschafter

(Allein)aktionäre und Gesellschafter einer GmbH haben keine Kontroll- oder Überwachungspflichten, so dass sie der Haftung von Art. 52 AHVG nicht unterstehen³⁰.

2. Faktische Organe

Neben den formellen Organen sind auch die Personen haftbar, die tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie diesen vorbehaltene Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft bestimmen³¹.

Nach der auch für Art. 52 AHVG massgebenden³² Rechtsprechung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit kommt die faktische Organstellung nur einer Person zu, die in eigener Verantwortung eine dauernde Zuständigkeit für gewisse, das Alltagsgeschäft übersteigende und das Geschäftsergebnis beeinflussende Entscheide wahrnimmt. Ein Handeln im Einzelfall vermag dagegen die spezifische Organhaftung nicht zu begründen³³.

Die Organstellung setzt zwingend eine tatsächliche oder allenfalls auch nur gegen aussen kundgegebene organisatorische Eingliederung in die Willensbildung der Gesellschaft voraus. Das ist in der Regel dann der Fall, wenn nicht eine blossе Führung der Geschäfte, sondern deren *Leitung* auf Grund selbständiger Entschlüsse vorliegt. Dabei ist für sich allein nicht entscheidend, dass eine Person im Handelsregister mit Zeichnungsrecht eingetragen ist³⁴. Massgebend ist, ob sich eine Person nach der internen oder nach aussen kundgegebenen Geschäftsorganisation in einem solchen Sonderverhältnis zur Gesellschaft befindet, dass sie die sich daraus ergebenden Pflichten in eigener Entscheidungsbefugnis zu erfüllen hat. Eine blossе Mithilfe bei der Be-

schlussfassung genügt nicht³⁵. Nach diesen Kriterien sollte auch ein vom Richter eingesetzter Sachwalter während der Nachlassstundung haftbar werden, da ihm regelmässig wesentliche Entscheide (Zahlungen, Unterstützung des Sanierungsplans etc.) vorbehalten sind.

Die klagende Ausgleichskasse trägt die Beweislast für die Organstellung, die indessen nur mit «überwiegender Wahrscheinlichkeit» nachzuweisen ist³⁶. Nachfolgend werden einzelne Kriterien aus der neueren Praxis zu Art. 52 AHVG aufgeführt:

- Die Prokuristin mit Einzelzeichnungsberechtigung, die das Lohn- und Abrechnungswesen leitet (namentlich die Lohnbescheinigungen selbständig ausfüllt und bei der AHV-Kasse einen Antrag um Ratenzahlung stellt), gilt als faktisches Organ³⁷.
- Der Gesellschafter einer GmbH, der der AHV-Ausgleichskasse von ihm unterzeichnete Lohnbescheinigungen schickt, ist ein faktisches Organ³⁸.
- Die Aussage eines Verwaltungsrates, ein anderer ehemaliger Verwaltungsrat sei «intern alleiniger Geschäftsführer» geblieben und habe «mit seinen 17 Angestellten die eigentliche Geschäftsführung besorgt», genügt zur Annahme einer faktischen Organstellung³⁹.
- Die Revisionsstelle haftet nach Art. 52 AHVG als faktisches Organ, wenn sie die Willensbildung der Arbeitgeberin massgeblich beeinflusst⁴⁰. Dies ist der Fall, wenn die Revisionsstelle liquiditätssichernde Massnahmen wie Gehaltsreduktionen oder die Streichung von Pauschalspesen trifft (und nicht etwa bloss vorschlägt)⁴¹.
- Der Alleinaktionär ohne VR-Mandat, der früher wichtige Entscheide traf, gilt nicht mehr als faktisches Organ, wenn er (im Gegensatz zu früheren Jahren) keinen Lohn mehr erhält, während sich die Sozialabgabenausstände häufen⁴².
- Der CEO, der erklärt, seine Geschäftsführertätigkeit ab sofort nur noch eingeschränkt «auf die

³⁵ BGE vom 23. Juni 2003 (H 215/02, H 219/02) E. 3.3.2.

³⁶ BGE vom 31. Oktober 2003 (H 93/03) E. 3.2; BGE 126 V 360 E. 5b mit Hinweisen.

³⁷ BGE vom 28. Januar 2002 (H 313/00, H 326/00) E. 7.b; BGE vom 31. August 2001 (H 442/00) E. 3.a; BGE vom 17. Juli 1995 (H 266/94).

³⁸ BGE vom 8. Oktober 2001 (H 94/01) E. 2.b.

³⁹ BGE vom 23. Juni 2003 (H 215/02, H 219/02) E. 3.3.3.

⁴⁰ BGE vom 4. Oktober 2001 (H 218/99) E. 4.

⁴¹ BGE vom 4. Oktober 2001 (H 218/99) E. 4.

⁴² BGE vom 31. Oktober 2003 (H 93/03) E. 3.

²⁹ BGE vom 19. Dezember 1997 (Plasticos) E. 4.a; BGE 106 II 232 E. 2.c.

³⁰ BGE vom 14. Mai 2002 (H 252/01) E. 3.b; BGE 126 V 238 E. 4.

³¹ BGE vom 31. Oktober 2001 (H 93/03) E. 3.1; BGE 114 V 218 E. 4e, 79 f. E. 3 mit Hinweisen.

³² BGE 114 V 214 E. 3.

³³ BGE 128 III 33 E. 3.c.

³⁴ BGE 114 V 218 E. 4.c.

Personalführung, die Produktion sowie die Bewirtschaftung der Debitoren und Kreditoren bis auf Weiteres» weiterzuführen, ist mit der Limitierung der Aufgaben kein faktisches Organ mehr⁴³.

C. Schaden

1. Vermögensminderung der Kasse

Die klagende Ausgleichskasse hat gestützt auf das AHVG, IVG, EOG und ALVG einen Anspruch auf Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen gegenüber der Arbeitgeberin⁴⁴. Abrechnungspflicht und Beitragsschuld entstehen im Zeitpunkt der Lohnzahlung ex lege. Sie sind nicht von der Zustellung einer Rechnung oder einer Veranlagungsverfügung seitens der Ausgleichskasse abhängig⁴⁵.

Mit Nichtzahlung der geschuldeten AHV/IV/EO/ALV-Beiträge entsteht der Ausgleichskasse ein Schaden. Kein Anspruch der AHV-Ausgleichskasse besteht dagegen, wenn Beiträge an die Familienausgleichskasse geschuldet sind⁴⁶. Diesfalls muss sich die Familienausgleichskasse der AHV-Kasse als Klägerin anschliessen.

Zum Schaden gehören nebst den nicht abgelieferten paritätischen Sozialversicherungsbeiträgen auch die Verwaltungskostenbeiträge, Mahn-, Veranlagungs- und Betreibungsgebühren sowie die Verzugszinsen auf rückständigen Beiträgen.

Zuschüsse seitens der belangten Organe an die Arbeitgeberin haben auf die Schadensberechnung keinen Einfluss. Es ist belanglos, ob die Beitragsausstände ohne allfällige Zuschüsse der Aktionäre und Verwaltungsräte noch grösser ausgefallen wären⁴⁷.

2. Substantiierung

Der im Schadenersatzprozess geltende Untersuchungsgrundsatz (Art. 81 AHVV) wird durch die Mitwirkungspflichten der Parteien eingeschränkt⁴⁸. Die klagende Ausgleichskasse hat den eingeklagten Forderungsbetrag zeitlich und umfangmässig zu spezifizieren⁴⁹. Sie muss gestützt auf eine Beitragsüber-

sicht darlegen, wie sich der eingeklagte Betrag zusammensetzt. Andererseits hat sie den Betrag zu belegen, etwa durch Einreichen von Lohnsummenmeldungen, Rechnungen, Revisorenberichten, Nachzahlungs- oder Veranlagungsverfügungen. Nach bundesgerichtlicher Praxis bestehen höhere Anforderungen an die Substantiierung des Schadens, wenn dessen Umfang von den beklagten Organen mit konkreten, nicht ohne weiteres widerlegbaren Einwendungen bestritten wird oder sich auf Grund der Akten greifbare Anhaltspunkte für Unrichtigkeiten ergeben⁵⁰.

Ein blosser Verweis der klagenden Kasse auf eine Beitragsübersicht genügt nur bei Evidenz, wenn also der Gesamtbetrag ohne weiteres aus der beigelegten Beitragsübersicht ersichtlich ist⁵¹.

Dagegen findet eine Überprüfung der verfügungs- und klageweise geltend gemachten Forderung in umfangmässiger Hinsicht nicht mehr statt, soweit sie auf einer Nachzahlungsverfügung beruht, die unangetroffen geblieben und damit in Rechtskraft erwachsen ist⁵². Durch die Möglichkeit, gegen eine Nachzahlungsverfügung Beschwerde zu führen, ist genügend Gewähr dafür geboten, dass die Organe der zahlungsunfähig gewordenen Arbeitgeberin nicht mit ungerechtfertigten Schadenersatzforderungen belastet werden. Eine Ausnahme besteht bei zweifelloser Unrichtigkeit der durch die Nachzahlungsverfügung festgesetzten Beiträge⁵³. Vorbehalten bleiben auch Situationen, in denen das beklagte Organ keine Möglichkeit hatte, die Verfügung anzufechten (z.B. wenn die Verfügung nach Konkurseröffnung eintritt und die Vertretungsbefugnis der Organe weggefallen ist)⁵⁴.

3. Zeitlicher Rahmen

Das Organ haftet mit seinem Privatvermögen auch für die seit seinem Eintritt in den Verwaltungs-

⁴³ BGE vom 20. März 2001 (H 11/00) E. 5.b.

⁴⁴ Art. 14 und Art. 51 AHVG; Art. 66 Ab 1 IVG, Art. 21 Ab 2 EOG, Art. 88 Ab 2 AVIG.

⁴⁵ BGE vom 16. Mai 2002 (H 297/01) E. 4.b.

⁴⁶ BGE vom 21. Februar 2001 (2P.284/1998) E. 3.b.bb.

⁴⁷ BGE vom 14. April 2003 (H 167/00) E. 3.1.

⁴⁸ BGE 122 V 158 E. 1.a.

⁴⁹ BGE vom 6. Mai 2002 (H 256/01) E. 4.a.

⁵⁰ BGE vom 15. September 2004 (H 34/04) E. 5.2.1; BGE vom 4. Dezember 2003 (H 173/03).

⁵¹ BGE vom 6. Mai 2002 (H 256/01) E. 4.a; BGE vom 13. Februar 2002 (H 301/00).

⁵² BGE vom 23. Januar 2003 (H 253/02) E. 5.1; BGE vom 21. Februar 2001 (2P.284/1998) E. 3.b.bb; BGE vom 23. November 1990 in: ZAK 1991 126.

⁵³ AHI 1993 172 E. 3a; ZAK 1991 126 E. II/1b; SVR 2001 AHV Nr. 15 52 E. 3.b.

⁵⁴ BGE vom 23. Januar 2003 (H 253/02) E. 5.1.

rat fällig gewordenen und die damals bereits fällig gewesenen Beiträge⁵⁵.

Davon ausgenommen sind vor dem Eintritt fällig gewesene Beiträge, wenn die Arbeitgeberin bei Beginn der Organtätigkeit bereits zahlungsunfähig ist⁵⁶. In dieser Situation ist der Schaden bereits eingetreten und allfällige Handlungen oder Unterlassungen des Organs haben keinen Einfluss auf den bereits entstandenen Schaden. Insofern entfällt der Kausalzusammenhang für das Entstehen des Schadens.

Die Anforderungen an den Nachweis der kausalitätsunterbrechenden Illiquidität sind hoch. Es genügt nicht, wenn sich die Arbeitgeberin im Zeitpunkt des Beginns der Organtätigkeit in einem blossen Liquiditätsengpass befindet. Ist die Arbeitgeberin noch in der Lage, die Löhne auszubezahlen und andere Gläubiger zu befriedigen, ist sie nicht zahlungsunfähig⁵⁷. Befindet sich die Gesellschaft dagegen in einem so prekären finanziellen Zustand, dass deren Verwaltungsrat nach Art. 725 Abs. 2 OR unverzüglich den Richter benachrichtigen müsste, haftet der neu in den Verwaltungsrat Tretende nicht für die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge⁵⁸.

Eine Demission des Organs limitiert dessen Haftung, da sich der Schaden nach den fehlenden Beiträgen bemisst, die bis zu dessen Austritt fällig werden⁵⁹. Weiter wird der Schaden zeitlich durch die Konkurseröffnung begrenzt. Denn nach Konkurseröffnung haben die Organe keine Möglichkeit mehr, auf die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge hinzuwirken⁶⁰.

D. Pflichtwidrigkeit

1. Unterbliebene Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge

Voraussetzung einer Haftung nach Art. 52 AHVG ist die «Missachtung von Vorschriften». Gemeint ist damit die Verletzung der Abrechnungs- und Beitrags-

zahlungspflichten gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV⁶¹.

Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht trifft das oberste Exekutivorgan (für die Aktiengesellschaft der Verwaltungsrat gestützt auf Art. 716a OR). Die Pflichten sind laut Eidgenössischem Versicherungsgericht undelegierbar⁶². Präziser formuliert ist die Aufsicht darüber, ob die Beitragszahlungen erledigt sind, undelegierbar. Die «Handarbeit» kann durchaus Mitarbeitern übertragen werden.

Die Organe handeln nicht pflichtwidrig, wenn die Arbeitgeberin Akontozahlungen leistet und die geschuldeten Beiträge die geleisteten Akontozahlungen übertreffen. Es besteht keine Pflicht zur Anpassung der Zahlungen oder zur Bildung von Rückstellungen für die Endabrechnung, es sei denn, die Organe wollten bewusst die Ausgleichskasse schädigen⁶³.

Das Organ trifft die Beweislast, dass es sein Mandat pflichtgemäss erfüllt hat. Es muss darlegen, inwiefern es sich persönlich über das allfällige Bestehen von Beitragsausständen informiert, sich um die Begleichung dieser Ausstände bemüht oder deren Bezahlung überwacht hat⁶⁴.

2. Rechtfertigungsgründe

a) Fehlender Spielraum

Die Rechtspraxis anerkennt zwei Rechtfertigungsgründe, die das Nicht-Erfüllen der Beitrags- und Abrechnungspflicht entschuldigen.

Der erste ist eine so starke Abhängigkeit der Arbeitgeberin von der kreditgebenden Bank, dass dem Verwaltungsrat kein finanzieller Spielraum mehr bleibt. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Mittel für die Ausgleichskasse aufgrund einer Globalzession fehlen. Dabei wird verlangt, dass das belangte Organ aus schützenswerten unternehmerischen oder betriebswirtschaftlichen Überlegungen, der Not der Stunde gehorchend, diese Abhängigkeit eingeht. Weiter muss angesichts der Unübertragbarkeit der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten das Organ auch in

⁵⁵ BGE vom 18. April 2005 (H 235/04) E. 5.2; BGE vom 9. Februar 2004 (H 213/03) E. 5.1; BGE vom 31. August 2001 (H 442/00) E. 3.b; BGE 119 V 407 E. 4.c; ZAK 1992 254 E. 7.b.

⁵⁶ BGE 119 V 401; AHI 1996 292 E. 4.

⁵⁷ BGE vom 9. Februar 2004 (H 213/03) E. 5.1; SVR 1995 AHV Nr. 70 214 E. 5.

⁵⁸ BGE vom 7. Januar 2004 (H 69/02) E. 4.2.

⁵⁹ BGE 126 V 61 E. 4.a; AHI 2002 54.

⁶⁰ BGE vom 14. Juni 2000 (H 298/99) E. 5.

⁶¹ BGE vom 24. Dezember 2003 (H 48/03), E. 4.1; BGE vom 29. April 2002 (H 209/01, H 212/01, H 214/01) E. 4 b; BGE vom 8. Oktober 2001 (H 94/01) E. 2.a.

⁶² BGE vom 11. März 2002 (H 47/01) E. 4.b.aa.

⁶³ BGE vom 29. April 2002 (H 209/01, H 212/01, H 214/01) E. 5.b; AHI 1993 165 Erw. 3c, ZAK 1992 246; nicht publizierte E. 2 des Urteils BGE 124 V 253. Anders BGE vom 16. Mai 2002 (H 297/01) E. 4.b.

⁶⁴ BGE vom 25. September 2002 (H 92/01) E. 5.3.2.

einem solchen Fall das ihm noch Mögliche und Zumutbare für die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge unternehmen⁶⁵.

Bringt sich die Arbeitgeberin dagegen bewusst in Abhängigkeit zur Bank, um sich dann für den Fall von Zahlungsausständen gegenüber der Sozialversicherung darauf zu berufen, zur Wahrnehmung ihrer Arbeitgeberpflichten gar nicht mehr in der Lage gewesen zu sein, entfällt ein Entschuldigungsgrund⁶⁶.

Analoges gilt, wenn der Verwaltungsrat keine Kompetenz mehr hat, Zahlungen selbständig auszuführen (etwa nach Konkursöffnung)⁶⁷. Ist die Leitungsbefugnis der Organe aber noch intakt, etwa während eines Konkursaufschubes oder während eines Nachlassverfahrens, haben sie die Sozialversicherungsbeiträge vollständig zu entrichten, ausser wenn der richterlich eingesetzte Sachwalter eine genteilige Anweisung gibt⁶⁸.

b) Zahlungsvereinbarung

Der zweite Rechtfertigungsgrund besteht darin, dass die Ausgleichskasse eine Zahlungsvereinbarung (Zahlungsaufschub) mit der Arbeitgeberin abschliesst, soweit dem Beitragspflichtigen damit ein Abweichen von den ordentlichen Zahlungsterminen zugestanden wird⁶⁹.

Vorbehalten bleiben Fälle, in denen ein Zahlungsaufschub beantragt wird, obschon der Beitragspflichtige damit rechnen muss, dass die Firma in Konkurs geht⁷⁰.

E. Verschulden

1. Differenzierter Sorgfaltsmassstab

Art. 52 AHVG beschränkt die Haftung auf vorsätzliches oder grobfahrlässiges Missachten der AHVG-Pflichten. Die Beurteilung, welches Verhal-

ten als «grobfahrlässig» gilt, hängt von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die dem Organ von der juristischen Person übertragen wurden⁷¹, sowie von der Grösse und Komplexität des Unternehmens⁷².

Bei *nicht-geschäftsführenden Verwaltungsratsmitgliedern* ist entscheidend, ob sie ihren Kontroll- und Aufsichtspflichten nachkommen⁷³. Nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR obliegt dem Verwaltungsrat die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze. Ein sorgfältig handelndes Verwaltungsratsmitglied nimmt an den Verwaltungsratssitzungen teil, erkundigt sich periodisch über den Geschäftsgang und schreitet bei erkennbaren Zahlungsausständen gegenüber der Ausgleichskasse ein⁷⁴. Die Sorgfaltspflicht setzt voraus, dass der Verwaltungsrat die ihm unterbreiteten Berichte kritisch liest und nötigenfalls ergänzende Auskünfte verlangt. Dabei handelt ein Verwaltungsratspräsident eines Grossunternehmens nicht grobfahrlässig, wenn er nicht jedes einzelne Geschäft, sondern nur die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im Allgemeinen überprüft und daher beispielsweise nicht beachtet, dass in Einzelfällen die Abrechnung der Lohnbeiträge nicht erfolgt ist. Ein strengerer Massstab gilt dagegen in einfachen Verhältnissen⁷⁵. Eine Einsitznahme in den Verwaltungsrat eines Kleinunternehmens familiären Charakters erfordert besondere Aufmerksamkeit, weil nicht-geschäftsführende Organe oftmals über die wahre finanzielle Situation des Unternehmens in Unkenntnis gelassen oder getäuscht werden⁷⁶.

⁶⁵ BGE vom 24. September 2001 (H 343/00); BGE vom 5. Februar 2001 (H 235/99); BGE vom 5. September 2001 (H 377/00); BGE vom 19. Januar 2000 (H 177/99); BGE vom 9. November 2000 (H 195/00); BGE vom 27. Juli 1998 (H 269/96, vgl. RDAT 1999 I Nr. 72 279).

⁶⁶ BGE vom 11. März 2002 (H 47/01) E. 4.b.aa.

⁶⁷ BGE vom 14. Juni 2000 (H 298/99): Verlust der Dispositionsfähigkeit infolge Konkurses.

⁶⁸ BGE vom 11. Juli 1996 (H 104/95); bezüglich Nachlassstundung vgl. AHI 1994 105 E. 5.b.cc.

⁶⁹ BGE vom 16. Mai 2002 (H 297/01) E. 4.c; BGE vom 28. November 2002 (H 135/01) E. 4.2.2; BGE 124 V 254 E. 3.b.

⁷⁰ BGE 124 V 255 f. E. 4.b; AHI 1999 26 ff.

⁷¹ BGE vom 29. April 2002 (H 209/01) E. 4.b, 6.a.

⁷² BGE vom 29. April 2002 (H 209/01) E. 6.a: Betreibt die Arbeitgeberin ein risikoreiches, stark von der Wirtschafts- und Börsenentwicklung und auch vom Vertrauen der Anleger in die Seriosität der Firma abhängiges Geschäft, werden an die Aufsichts- und Kontrollpflicht der nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieder hohe Anforderungen gestellt.

⁷³ Ein Verwaltungsrat kann sich aufgrund seiner Verantwortung für das Beitragswesen nicht mit dem Einwand exkulpieren, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt (BGE vom 23. Januar 2003 [H 253/02] E. 6.2; BGE 109 V 88 E. 6; ZAK 1992 255 E. 7.b; 1989 104 E. 4; BGE 119 V 86 E. 2.c; AHI 1994 102 E. 5.a/aa).

⁷⁴ BGE vom 29. April 2002 (H 209/01) E. 6.a.

⁷⁵ BGE vom 25. September 2002 (H 92/01) E. 5.3.2; BGE vom 15. September 2000 (H 45/00); BGE 114 V 223 E. 4.a; BGE 109 V 88 E. 6; ZAK 1992 255 E. 7b, 1989 104 E. 4.

⁷⁶ BGE vom 5. März 2001 (H 182/99) E. 3.b.

Geschäftsführende Verwaltungsratsmitglieder müssen die Zahlungen an die AHV-Kasse selber vornehmen oder deren Bezahlung kontrollieren, namentlich wenn bekannt ist oder bekannt sein sollte, dass die Abrechnungspflicht mangelhaft erfüllt wird⁷⁷. Bestehen akute Liquiditätsprobleme, müssen die Organe das Beitragswesen verstärkt kontrollieren⁷⁸. Lässt die AHV-Ausgleichskasse der Arbeitgeberin einen Zahlungsbefehl über die ausstehenden Beiträge zukommen, verletzen die Verwaltungsratsmitglieder ihre Sorgfaltspflicht, wenn sie keine Massnahmen treffen, um die Beitragsforderungen der Ausgleichskasse sicherzustellen oder nicht weiter anwachsen zu lassen. Es genügt nicht, wenn die Organe bloss ein funktionsfähiges und richtig erstelltes Rechnungswesen verlangen⁷⁹. Die Sorgfaltspflicht verlangt, dass das Organ den formellen Antrag auf ordnungsgemässe Bezahlung der Beiträge stellt und bei Nicht-Bezahlung zurücktritt⁸⁰.

2. Besonders gravierende Fälle

Keine Entlastung bewirken hohes Alter des beklagten Organs oder fehlende Entlohnung⁸¹. Erschwerend wirkt, wenn die Organe zwar Massnahmen zur Beitragszahlung einleiten, aber nicht durchführen, beispielsweise wenn sie ein Konto zur Tilgung von AHV-Beitragsrückständen einrichten, dann die Mittel aber anders verwenden⁸². Verschärfend wirkt auch, wenn sich die Arbeitgeberorgane hohe Löhne oder Darlehen auszahlen, da dadurch die Liquidität der Gesellschaft vermindert wird⁸³. Als besonders grobfahrlässig wurde der Umstand erachtet, dass der Jahresabschluss erst 16 Monate nach Ende des Geschäftsjahres erstellt wurde; dies hatte zur Folge, dass die Organe zu spät über die finanzielle Lage infor-

miert wurden, womit die Ausstände gegenüber der Ausgleichskasse wuchsen⁸⁴.

3. Exkulpation

a) Business Defense

Die Arbeitgeberin (oder deren Organe) wird nicht schadenersatzpflichtig, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der AHV-rechtlichen Vorschriften als nicht schuldhaft erscheinen lassen⁸⁵. Nach der Praxis besteht eine *«business defense»*, wenn die Arbeitgeberin durch das verspätete Zahlen der Beiträge das Überleben des Unternehmens ermöglichen kann⁸⁶. Mit diesem Exkulpationsgrund soll verhindert werden, dass ein überstürzter Konkurs Unternehmenswert vernichtet, was nicht im Interesse der Gläubiger steht. Dagegen stellen andere Massnahmen der Organe – wie etwa das Einbringen persönlicher Mittel, der Verzicht auf Lohnansprüche oder das persönliche Finanzieren der Ausarbeitung eines Sanierungskonzepts durch eine Treuhandfirma – keinen Entlastungsgrund dar⁸⁷.

Die *business defense* gestattet der Arbeitgeberin, zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere der Arbeitnehmer und Lieferanten) zu befriedigen, wenn sie auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge innert nützlicher Frist nachzuzahlen⁸⁸. Der finanzielle Engpass muss *«vorübergehender Natur»* sein⁸⁹.

Die *business defense* ist von vornherein ausgeschlossen, wenn angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von der vorübergehenden Nichtbezahlung der Forderungen objektiv keine für die Rettung der Firma ausschlaggebende Wirkung erwartet werden kann. Die gesamten Verbindlichkeiten dürfen im Vergleich zu den Beitragsausständen nicht unverhältnismässig

⁷⁷ BGE vom 25. September 2002 (H 92/01) E. 5.3.3; BGE vom 29. April 2002 (H 209/01) E. 6.a; BGE 108 V 202 E. 3.a; ZAK 1985 620 E. 3.b.

⁷⁸ BGE vom 24. Dezember 2003 (H 48/03) E. 4.2.1.

⁷⁹ BGE vom 26. Mai 2000 (H 384/98, H 385/98) E. 4.b.

⁸⁰ BGE vom 6. Juli 2001 (H 314/00); BGE vom 5. Oktober 2000 (H 210/99) E. 3.b: Demission als Verwaltungsrat, weil dem Mitglied die im Organisationsreglement zugesicherte volle Transparenz über den Geschäftsgang nicht gewährt wurde, schliesst die Haftung von Art. 52 AHVG aus, unabhängig davon, ob die Anweisung an den Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführer, die laufenden Beitragsforderungen zu bezahlen, bewiesen werden kann.

⁸¹ BGE vom 28. Oktober 2002 (H 28/01) E. 4.1.

⁸² BGE vom 24. Dezember 2003 (H 48/03) E. 4.2.1.

⁸³ BGE vom 18. Mai 2005 (H 195/04) E. 4.6.

⁸⁴ BGE vom 18. April 2005 (H 235/04) E. 4.2.1.

⁸⁵ BGE 108 V 186 E. 1.b.

⁸⁶ BGE vom 18. Mai 2005 (H 195/04) E. 4.4; BGE vom 25. September 2002 (H 92/01) E. 5.3.3.

⁸⁷ BGE vom 7. Januar 2004 (H 69/02) E. 4.3; BGE vom 17. Mai 2002 (H 11/02); BGE vom 8. Oktober 2001 (H 94/01); BGE vom 26. September 2001 (H 19/01).

⁸⁸ BGE vom 18. Mai 2005 (H 195/04) E. 4.6; BGE vom 26. Mai 2000 (H 384/98, H 385/98) E. 4; BGE 108 V 188; ZAK 1992 248 E. 4.b; 1985 577 E. 3.a.

⁸⁹ BGE vom 2. März 2004 (H 235/03) E. 6.2.

hoch sein⁹⁰. Sind beispielsweise (von Aktiven ungedeckte) Verbindlichkeiten in Millionenhöhe ausstehend, sind die Überlebenschancen des Unternehmens von anderen Faktoren abhängig als dem Zurückhalten der Beiträge in Höhe von CHF 95 000⁹¹.

Das vorübergehende Nichtbezahlen der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge muss sich entweder auf einen realistischen Sanierungsplan oder auf die Aussicht stützen, dass der Verkauf des Unternehmens zur Befriedigung der Sozialversicherungsforderungen führt:

- *Sanierungsplan*: Der Schadenersatzprozess findet in einer Situation statt, in der das Scheitern der Sanierungsbemühungen feststeht. Daraus darf nicht der Schluss gezogen werden, die Annahme der Sanierungsfähigkeit sei ex ante unrealistisch gewesen. Es genügt für die *business defense*, wenn das Organ Massnahmen in die Wege geleitet hat, die aus der Sicht der damals geltenden Verhältnisse zur begründeten Erwartung führten, dass der Betrieb über die Runden gebracht werden kann⁹². Das Organ muss zeigen, dass (etwa aufgrund neuer Produkte oder verbesserter Marktaussichten) in naher Zukunft mit einer sofortigen und nachhaltigen Besserung des Geschäftsganges zu rechnen war⁹³.

Der bloss subjektive Glaube eines Organ in die Sanierungsfähigkeit genügt nicht, auch wenn das Organ dies durch ein Darlehen bekundet⁹⁴. Der Umstand, dass der Nachlassrichter (nach Prüfung des Nachlassbegehrens mit Sanierungsplan) eine Nachlassstundung genehmigt, belegt ebenfalls nicht die objektive Sanierungsfähigkeit, ist aber ein Indiz dafür⁹⁵. Je länger die Liquiditätsprobleme dauern und je mehr sich die Sozialversicherungsbeiträge anhäufen, umso weniger kann ein Organ davon ausgehen, dass es sich um bloss vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten han-

delt, die durch das Nichtbezahlen der Sozialversicherungsbeiträge überbrückt werden können⁹⁶. Ein Beitragsausstand von November 2001 bis August 2003 ist zu lange für die *business defense* bei einem Ausstand von rund CHF 40 000⁹⁷.

- *Unternehmensverkauf*: Verhandelt die Arbeitgeberin über den Verkauf ihrer Aktiven, um die Schulden zu decken, muss der erwartete Verkaufspreis sämtliche Forderungen (inklusive ausstehende Sozialversicherungsbeiträge) decken. Weiter müssen die Interessenten seriös sein und die Verkaufsgespräche müssen professionell geführt werden⁹⁸.

Der Grund der Liquiditätsprobleme der Arbeitgeberin (selbstverschuldet oder aufgrund einer Verschlechterung der Marktbedingungen) spielt keine Rolle⁹⁹.

b) Gleichbehandlung der Gläubiger?

Ist die Arbeitgeberin finanziell angeschlagen oder sogar überschuldet, könnte die Privilegierung der Ausgleichskasse einen Tatbestand der paulianischen Anfechtung i.S.v. Art. 285 ff. SchKG erfüllen. Es ist indessen davon auszugehen, dass Art. 52 AHVG eine Spezialbestimmung ist und dass das Bezahlen der Sozialversicherungsbeiträge nicht paulianisch anfechtbar ist. Dementsprechend kann sich ein Organ auch nicht mit dem Argument exkulpien, es habe die Ausgleichskasse nicht privilegieren wollen.

F. Adäquater Kausalzusammenhang

1. Untätigkeit des Organs

Das Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen Untätigkeit des Arbeitgeberorgans und der Nichtleistung von Beitragszahlungen wird regelmässig als erfüllt betrachtet. Dabei tritt das Organ mit der Mandatsübernahme in die Verantwortung sowohl für die laufenden als auch für die verfallenen, von der Gesellschaft in früheren Jahren schuldig gebliebenen Sozialversicherungsabgaben ein¹⁰⁰. Hinsichtlich beider Arten von Verbindlichkeiten ist die Untätigkeit

⁹⁰ BGE vom 25. März 2002 (H 236/01) E. 3.d.bb; BGE vom 25. September 2002 (H 92/01) E. 5.3.2; BGE vom 28. Oktober 2002 (H 28/01) E. 4.1; BGE vom 23. August 2000 (H 405/99); BGE vom 17. September 1997 (H 138/96).

⁹¹ BGE vom 4. März 2004 (H 34/02) E. 5.3.

⁹² Betrachtung ex ante; BGE vom 14. April 2003 (H 167/00) E. 4.3; BGE vom 14. Juni 2000 (H 298/99) E. 4.

⁹³ BGE vom 14. Juni 2000 (H 298/99) E. 4.

⁹⁴ BGE vom 14. April 2003 (H 167/00) E. 4.3; BGE vom 3. Juni 2002 (H 263/00) E. 3.b.

⁹⁵ BGE 4. März 2004 (H 34/02) E. 5.2; BGE vom 19. November 2003 (H 394/01) E. 6.2.3.

⁹⁶ BGE vom 21. Januar 2004 (H 267/02) E. 5.1.

⁹⁷ BGE vom 18. Mai 2005 (H 195/04) E. 4.4.

⁹⁸ BGE vom 25. September 2002 (H 92/01) E. 5.3.3.

⁹⁹ BGE vom 4. März 2004 (H 34/02) E. 5.2.

¹⁰⁰ BGE vom 30. März 2001 (H 436/99) E. 3.a; BGE 126 V 61 E. 4.a.

des Organs kausal, so dass eine unterschiedliche Behandlung für bereits ausstehende und für zukünftig entstehende AHV-Ausstände nicht gerechtfertigt ist¹⁰¹. Am Kausalzusammenhang für die bereits ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge fehlt es nur, wenn die Gesellschaft bereits vor dem Eintritt des neuen Verwaltungsrates zahlungsunfähig war¹⁰².

2. Untätigkeit der Ausgleichskasse

Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers bzw. seiner Organe wird analog Art. 44 Abs. 1 OR herabgesetzt, wenn und soweit eine grobe Pflichtverletzung der Verwaltung für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal gewesen ist¹⁰³. Im Gegensatz zur Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR wird die Schadenssumme nur aufgrund des Verhaltens des Gläubigers (der Ausgleichskasse) reduziert, nicht aber aufgrund des Verhaltens des Schuldners oder seiner persönlichen Umstände¹⁰⁴.

Die grobe Pflichtverletzung der Ausgleichskasse, die zur Herabsetzung des Schadenersatzanspruchs führt, setzt eine Missachtung elementarer Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs voraus, etwa durch lange Untätigkeit beim Beitragsinkasso¹⁰⁵. Zwischen dem eingetretenen Schaden und dem Zuwarten der Ausgleichskasse muss ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen¹⁰⁶. Eine solche grobe Pflichtverletzung wird namentlich bejaht, wenn die Ausgleichskasse es unterlässt, die ausstehenden Forderungen mit ihren Leistungen gegenüber der Arbeitgeberin zu verrechnen¹⁰⁷. Ein anderer typischer Herabsetzungsgrund liegt vor, wenn die Ausgleichskasse während längerer Zeit keine Inkassoschritte unternimmt und den Vollzug des Zahlungsverkehrs nicht überwacht¹⁰⁸. Eine Herabsetzung ist indessen ausgeschlossen, wenn die Ausgleichskasse die aus-

stehenden Beiträge kurz nach Ablauf der Abrechnungsperiode mittels Zahlungsbefehl in Betreuung setzt¹⁰⁹.

IV. Solidarische Haftung

A. Freie Wahl der Ausgleichskasse

Mehrere Organe der Arbeitgeberin haften solidarisch, falls sie auch tatsächlich für den gleichen Schaden verantwortlich sind¹¹⁰. Es ist denkbar, dass von zwei Verwaltungsräten nur der eine die Haftungsvoraussetzungen für den ganzen Schaden erfüllt, während der andere nur für einen Teil davon haftbar gemacht werden kann, namentlich wenn Organe zeitlich nacheinander ihr Amt ausüben. Solidarische Haftung besteht diesfalls nur für den Teil des Schadens, den beide gemeinsam verursacht haben¹¹¹.

Von der Ausgleichskasse mit Schadenersatzverfügung belangte Organe haben ein Interesse daran, dass möglichst viele Organe von der Ausgleichskasse eingeklagt werden, damit ihre Haftungsanteile reduziert werden. Nach der Praxis besteht jedoch kein Anspruch der eingeklagten Organe (namentlich nicht infolge des Anspruchs auf rechtsgleiche Behandlung), dass die klagende Ausgleichskasse weitere Personen ins Verfahren miteinbezieht¹¹². Es entspreche gerade der Solidarhaftung, auch im Bereich von Art. 52 AHVG, dass es im Belieben des Gläubigers steht, ob und gegen wie viele Solidarschuldner er vorgehen will¹¹³.

B. Absolute Solidarität

Im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gilt das Prinzip der *differenzierten Solidarität*. Sind für einen Schaden mehrere Personen ersatzpflichtig, so ist nach Art. 759 Abs. 1 OR jede von ihnen insoweit mit den anderen solidarisch haftbar, als ihr der Schaden auf Grund ihres eigenen Verschul-

¹⁰¹ ZAK 1992 254 f. E. 7.b.

¹⁰² BGE 119 V 406 f. E. 4.b und c.

¹⁰³ BGE 122 V 185.

¹⁰⁴ BGE vom 17. Juni 2003 (H 26/03) E. 3.3.

¹⁰⁵ BGE vom 2. März 2004 (H 235/03) E. 7; BGE vom 24. Mai 2002 (H 39/01) E. 4.c.aa; BGE vom 13. November 2001 (H 200/01) E. 3.b; BGE 122 V 189 E. 3c; SVR 2000 AHV Nr. 16 50 E. 7.a.

¹⁰⁶ BGE 122 V 189 E. 3.c.

¹⁰⁷ BGE vom 24. Mai 2002 (H 39/01) E. 4.c.aa Nach BGE 115 V 342 E. 2.a. ist die Ausgleichskasse verpflichtet, ihre Forderungen mit fälligen Leistungen zu verrechnen.

¹⁰⁸ BGE vom 24. Mai 2002 (H 39/01) E. 4.c.bb (Untätigkeit während 6 Monaten); BGE 122 V 185.

¹⁰⁹ BGE vom 26. Februar 2003 (H 191/00) E. 4.2.

¹¹⁰ Verwaltungsgericht GR vom 29. Oktober 1986 (156/86); BGE 109 V 89 E. 7.a.

¹¹¹ Verwaltungsgericht GR vom 29. Oktober 1986 (156/86).

¹¹² BGE vom 7. Januar 2004 (H 69/02) E. 4.3; BGE vom 25. September 2002 (H 92/01) E. 4.2; BGE 108 V 195 E. 3; BGE 109 V 93 E. 10; BGE 119 V 87 E. 5a; AHI 1996 293 E. 6.

¹¹³ BGE vom 25. September 2002 (H 92/01) E. 4.2; BGE vom 16. Mai 2002 (H 297/01) E. 6; BGE 119 V 87 E. 5a; BGE 114 V 214; BGE 109 V 89 E. 7.

dens und der Umstände persönlich zurechenbar ist. Dies bedeutet, dass auch im Aussenverhältnis der individuelle Grad des Verschuldens eines Beteiligten zu berücksichtigen ist. Das Gericht muss den Schaden im Verhältnis der Schwere des Verschuldens jedes einzelnen der beklagten Verwaltungsräte der Gesellschaft aufteilen. Die genannte Bestimmung kann für die haftpflichtige Person zu einer Herabsetzung auf den Betrag führen, den sie als Alleinhaftende bezahlen müsste.

Nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts ist Art. 759 OR auf die Haftung von Art. 52 AHVG nicht anwendbar¹¹⁴. Es herrscht eine *absolute Solidarität*. Dies wird damit begründet, dass die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG ein *qualifiziertes Verschulden* (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) voraussetzt, so dass kein Organ ein geringeres Verschulden aufweist als das andere¹¹⁵. Diese Argumentation ist insofern nicht richtig, als ein Organ vorsätzlich und das andere grobfahrlässig, ohne Kenntnis der Beitragsausstände, handeln kann.

V. Beurteilung

Im Rahmen von Verantwortlichkeitsklagen nach Art. 754 OR gilt die Vermutung, dass Organe, die an Geschäftsentscheiden kein persönliches Interesse haben, pflichtgemäss gehandelt haben¹¹⁶. Nach der *Business Judgment Rule* führt nur ein *grob unrichtiger Geschäftsentscheid* zu einer persönlichen Haftung, sofern sich das Organ vollständig und zeitgerecht informiert hat und die formellen Anforderungen an die Entscheidung erfüllt sind (d.h. der Entscheidung wurde korrekt traktandiert, genügend diskutiert und mit dem erforderlichen Quorum gefällt)¹¹⁷. Mit dieser Regel soll der fehlenden Information und Erfahrung des Richters (und daraus resultierenden Fehlurteilen) Rechnung getragen werden. Mithin sol-

len Organe nicht zu risikoscheuem Geschäftsverhalten verleitet werden.

Diese Unsicherheiten sind auf dem Gebiet von Art. 52 AHVG nicht vorhanden. Die Frage, ob ein Organ seine Sorgfaltspflicht verletzt hat oder nicht, ist schnell beantwortet: Die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge und das Fehlen jeglicher Anträge im Verwaltungsrat auf deren Bezahlung belegen die Pflichtwidrigkeit. Ob das Verhalten effizient (wohlfahrtssteigernd) ist, wird im Rahmen der *business defense* (vorübergehendes Aussetzen der Zahlungen zwecks Existenzsicherung) geprüft. Diese limitierten Fragestellungen beschränken das Risiko richterlicher Fehlurteile und stellen gleichzeitig ein hohes Mass an Rechtssicherheit dar. Gleichzeitig wird verhindert, dass Rechtsformen, die einen Haftungsausschluss vorsehen (AG, GmbH) einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Rechtsformen (Einzelfirma, Kollektivgesellschaft) erhalten. Mithin wird eine Privilegierung bestimmter Rechtsformen ausgeschlossen, was auch ein Ziel des Steuerrechts ist. Die Haftung nach Art. 52 AHVG erfüllt damit ihren Zweck: sie reduziert den Anreiz, unternehmerische Risiken in Krisenzeiten auf Kosten der Sozialversicherung einzugehen, ohne die Organe vom Eingehen sinnvoller Risiken abzuhalten.

Prüfungswert wäre allerdings die Frage, ob vom Prinzip der absoluten Solidarität abgewichen werden soll, da Art. 754 ff. OR die allgemeinen Bestimmungen zur Organhaftung sind, womit Art. 759 OR auch auf Art. 52 AHVG anwendbar wäre. Die Ausgleichskasse hat keine Informationen darüber, wer für den Schaden verantwortlich ist. Dass sie über die Vorbringen der belangten Organe über die Schadensverursachung nach Gutdünken hinwegsehen und frei entscheiden kann, welches Organ schliesslich haften soll, weist ein aleatorisches Element auf. Das Vertrösten auf den (in der Praxis mühsamen) Regressweg ist unbefriedigend.

¹¹⁴ BGE vom 2. März 2004 (H 235/03) E. 5; BGE vom 4. Oktober 2001 (H 218/99) E. 4; AHI 1996 294 E. 6.

¹¹⁵ BGE vom 2. März 2004 (H 235/03) E. 5.

¹¹⁶ BGE vom 13. August 2001 (4C.139/2001) E. 2.a.bb.

¹¹⁷ *Andrea R. Grass*, Business Judgment Rule, Diss. Zürich 1998 (SSHW 186) 147.