

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

9C_684/2012, 9C_688/2012 {T 0/2}

Urteil vom 7. März 2013
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Kernen, Präsident,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Glanzmann,
Gerichtsschreiberin Bollinger Hammerle.

Verfahrensbeteiligte
9C_684/2012
J._____,
Beschwerdeführer 1,

und

9C_688/2012
P._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Oskar Gysler,
Beschwerdeführer 2,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerden gegen Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern, Sozialversicherungs-
rechtliche Abteilung, vom 2. Juli 2012.

Sachverhalt:

A.
J._____ und P._____ waren als Gesellschafter und Geschäftsführer der X._____ GmbH
ins Handelsregister eingetragen. Am ... 2009 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet und
am ... 2010 wieder geschlossen. Mit Verfügungen vom 6. Januar 2011 forderte die Ausgleichskasse
des Kantons Bern, welcher die Konkursitin als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen
gewesen war, von J._____ und P._____ Schadenersatz in Höhe von Fr. 52'702.60 für
entgangene bundes- und kantonale rechtliche Sozialversicherungsbeiträge (einschliesslich
Mahnggebühren, Verzugszinsen und Verwaltungskosten) und hielt daran mit Einspracheentscheiden
vom 14. Dezember 2011 fest.

B.
Die hiegegen erhobenen Beschwerden des J._____ sowie des P._____ hiess das
Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit zwei Entscheiden vom 2. Juli 2012 teilweise gut, indem es
J._____ sowie P._____ zur Zahlung von je Fr. 52'002.60 verurteilte. Im Übrigen wies es die
Beschwerde ab.

C.
Sowohl J._____ als auch P._____ beantragen mit Beschwerden in öffentlich-rechtlichen
Angelegenheiten die Aufhebung der angefochtenen Entscheide sowie die Feststellungen, dass sie am
... 2007 (J._____) bzw. ... (eventualiter ...) ... 2007 (P._____) als Geschäftsführer
demissioniert hätten, dass sie für die nach dem ... 2007 (J._____) bzw. ... (eventualiter ...) ...
2007 (P._____) entstandenen Beitragsforderungen nicht mehr haften, dass für die Jahre 2008 und

2009 keine rechtskräftigen Beitragsverfügungen vorlägen sowie dass die Schadenersatzforderungen für die Jahre 2007, 2008 und 2009 unrichtig seien.

Erwägungen:

1.

Die Zuständigkeit der II. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts zum Entscheid über die streitige Schadenersatzpflicht erstreckt sich auch auf die Forderung für entgangene Sozialversicherungsbeiträge nach kantonalem Recht (Urteil 9C_704/2007 vom 17. März 2008 E. 1, nicht publ. in: BGE 134 I 179, aber in: SVR 2008 FL Nr. 1 S. 1, 9C_720/2008 vom 7. Dezember 2009, E. 1). Diesbezüglich gilt eine qualifizierte Rügepflicht (Urteile 9C_369/2012 vom 2. November 2012 E. 2.3; 9C_727/2008 vom 6. Mai 2009 E. 2), welcher in den Beschwerden nicht nachgekommen wird. Insoweit ist darauf nicht einzutreten.

2.

Da den beiden Beschwerden im Wesentlichen derselbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel sich gegen Entscheide richten, welche die Beschwerdeführenden in gleicher Weise zu Schadenersatz verpflichten, rechtfertigt es sich, die Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen.

3.

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzung gemäss den Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf diese Kognitionsregelung ist aufgrund der Vorbringen in der Beschwerde ans Bundesgericht zu prüfen, ob der angefochtene Gerichtsentscheid in der Anwendung der massgeblichen materiell- und beweisrechtlichen Grundlagen (u.a.) Bundesrecht verletzt (Art. 95 lit. a BGG), einschliesslich einer allfälligen rechtsfehlerhaften Tatsachenfeststellung (Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG).

4.

Die Vorinstanz hat die Bestimmungen über die Arbeitgeberhaftung (Art. 52 AHVG [in der bis 31. Dezember 2011 gültigen Form]; Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) sowie die hiezu ergangene Rechtsprechung, insbesondere über die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers (BGE 129 V 11, 126 V 237, 123 V 12 E. 5b S. 15, je mit Hinweisen), den zu ersetzenden Schaden (BGE 126 V 443 E. 3a S. 444, 123 V 12 E. 5b S. 15, je mit Hinweisen), die erforderliche Widerrechtlichkeit (BGE 118 V 193 E. 2a S. 195 mit Hinweisen), die Voraussetzung des Verschuldens und den dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (BGE 108 V 199 E. 3a S. 202, ZAK 1992 S. 248 E. 4b, je mit Hinweisen) zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.

5.

Nach den verbindlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid (E. 3 hievore), blieben die von der konkursiten Gesellschaft geschuldeten Lohnbeiträge trotz Mahnungen und Beteiligungen der Beschwerdegegnerin unbezahlt. Damit versties die Gesellschaft gegen die Beitragszahlungspflicht und missachtete Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG. Zu prüfen ist, ob die Vorinstanz dieses Verschulden der Arbeitgeberin den Beschwerdeführern zu Recht als grobfahrlässiges Verhalten angerechnet hat.

5.1 Das kantonale Gericht stellte fest, der Beschwerdeführer 1 sei von der Gründung der X. _____ GmbH im Jahre 2001 bis zur Löschung der Gesellschaft im ... 2010 als Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen gewesen, der Beschwerdeführer 2 sei erst ab ... 2006 als Gesellschafter und Geschäftsführer eingetragen gewesen (er hatte aber für die bei Eintritt in die Gesellschaft bestehenden Ausstände). Die geltend gemachten Demissionen per ... 2007 (Beschwerdeführer 1) bzw. ... 2007 (Beschwerdeführer 2) seien nicht rechtsgenügend erstellt. Gesundheitliche Probleme des dritten Geschäftsleitungsmitgliedes L. _____ änderten nichts daran, dass auf die nachträglich verfasste Demissionsbestätigung vom ... 2012 (wie auch auf die Eingabe vom ... 2011) nicht abgestellt werden könne. Zum einen hätten die beiden Beschwerdeführer ein Interesse, ihre Demissionen "über das Kreuz" zu bestätigen. Zum anderen fehle es an echtzeitlichen Dokumenten betreffend die geltend gemachten Rücktritte. Dass der Beschwerdeführer 1 seit ... 2008

bei einer anderen Firma arbeite sowie als Freelancer tätig sei und der Beschwerdeführer 2 im ... 2007 eine selbständige Erwerbstätigkeit aufgenommen habe, schliesse eine gleichzeitige Organstellung bei der X. _____ GmbH nicht aus. Die Forderungen seien nicht verjährt, die Schadenshöhe - mit Ausnahme von zwei Ordnungsbussen - grundsätzlich erstellt, zumal die zufolge nicht eingereichter Lohnbescheinigungen erforderlich gewordenen Ermessensveranlagungen zum vornherein nicht zweifellos unrichtig sein könnten. Bei erfüllten übrigen Haftungsvoraussetzungen (Verschulden, Kausalzusammenhang) sei der Einspracheentscheid mit Ausnahme der erwähnten Ordnungsbussen nicht zu beanstanden.

5.2 Die Beschwerdeführer rügen, das kantonale Gericht habe den Sachverhalt unrichtig und aufgrund willkürlicher Beweiswürdigung festgestellt. Willkürlich sei zunächst die Feststellung der Dauer der Geschäftsführertätigkeit, welche am ... 2007 (Beschwerdeführer 1) bzw. am ... 2007 (Beschwerdeführer 2) geendet habe. Das kantonale Gericht habe nur Umstände gegen den Beweiswert ihrer am ... 2012 nachträglich bestätigten Demission gewürdigt, obwohl zahlreiche Gründe für deren Richtigkeit sprächen. Namentlich sei nicht einzusehen, weshalb sich L. _____ durch die Unterzeichnung jenes Dokumentes hätte erheblich schädigen und strafbar machen wollen. Aktenwidrig sei die Feststellung, es lägen für die Jahre 2007 bis 2009 rechtskräftige Verfügungen vor, nachdem betreffend 2008 und 2009 lediglich Ersatzlohnbescheinigungen ausgestellt worden seien, welche keine Verfügungen darstellten. Aufgrund der eingereichten Kontoauszüge sei ersichtlich, dass sowohl die Veranlagungsverfügung für 2007 als auch die Ersatzlohnverfügungen für 2008 und 2009 offensichtlich unrichtig seien; die korrekte Lohnsummen würden für 2007 Fr. 101'891.53 betragen, für 2008 Fr. 21'234.75; 2009 seien keine Löhne ausbezahlt worden.

6.

6.1 Eine Beweiswürdigung ist nicht bereits willkürlich, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre, sondern erst, wenn der Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, zur tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht oder auf einem offenkundigen Fehler beruht (BGE 127 I 54 E. 2.b S. 56; vgl. auch BGE 135 V 2 E. 1.3 S. 4 f). So verhält es sich hier nicht. Das kantonale Gericht begründete nachvollziehbar, weshalb es die nachträglich dokumentierten Demissionen nicht als rechtsgenügend erwiesen betrachtete. In der Tat ist nicht einzusehen, weshalb eine echtzeitliche oder zumindest zeitnahe Dokumentierung der per ... bzw. ... 2007 behaupteten Rücktritte aus der Geschäftsleitung nicht möglich gewesen sein soll. Dem von den Beschwerdeführern eingereichten Gutachten des Dr. med. A. _____, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 15. Dezember 2009, ist zwar zu entnehmen, dass L. _____ ab dem Jahr 2000 "rund alle neun Monate" wegen depressiver Phasen den Hausarzt aufsuchte. Eine wesentliche gesundheitliche Verschlechterung stellte sich aber gemäss dem Gutachten erst über den Jahreswechsel 2007/2008 ein. Es ist somit nicht nachvollziehbar, weshalb eine Rücktrittserklärung (auch) von L. _____ erst

im ... 2012 hätte unterzeichnet werden können und noch viel weniger, weshalb die Beschwerdeführer nicht zum Zeitpunkt des geltend gemachten Rücktritts ein Demissionsschreiben verfasst oder ihren Austritt aus Geschäftsleitung anderweitig dokumentiert hatten; dass sie sich letztinstanzlich als geschäftsunerfahren bezeichnen lassen, führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Akten legen vielmehr den Schluss nahe, dass sich die Beschwerdeführer - wohl im Zuge betrieblicher Schwierigkeiten, welche gemäss ihren Schilderungen (Einsprache vom 13. Januar 2011) mit der Kündigung der Geschäftsräumlichkeiten durch die damalige, mit der X. _____ GmbH offenbar eng verzahnt gewesene Vermieterfirma ihren Anfang nahmen -, im Verlaufe des Jahres 2007 (nach dem Scheitern weiterer Projekte) neuen beruflichen Vorhaben zuwandten, ohne sich weiter um das Schicksal der Gesellschaft und namentlich um die Begleichung der Ausstände gegenüber der Beschwerdegegnerin zu kümmern, während sie im Handelsregister weiterhin als Gesellschafter und Geschäftsführer eingetragen blieben. Dass gemäss Einträgen auf den Lohnbescheinigung für die Jahre 2008 und 2009 der zuständig gewesene Konkursbeamte angegeben hatte, bei der X. _____ GmbH sei keine Kontaktperson

erreichbar, lässt ebenfalls nicht auf eine Demission der Beschwerdeführer schliessen. Indem es diese damit bewenden liessen, nebst der nachträglich verfassten Erklärung vom ... 2012 zusätzlich auf eine unbelegt gebliebene Information der übrigen Gesellschafter betreffend ihren Rücktritt und nicht ins Recht gelegte Notizen über angeblich im ersten Halbjahr 2007 stattgefundenen Treffen der Geschäftsleitung hinzuweisen, vermochten sie nach den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz ihr tatsächliches Ausscheiden aus der Firma nicht rechtsgenügend nachzuweisen und ebenso wenig dazutun, dass sie keinen Einfluss mehr auf den Geschäftsgang gehabt hätten. Die vorinstanzliche Feststellung, der Rücktritt der beiden Beschwerdeführer per ... bzw. ... 2007 sei nicht rechtsgenügend erstellt, kann weder als offensichtlich unrichtig bezeichnet werden noch ist darin eine unvollständige Sachverhaltsfeststellung oder eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes zu erblicken. Vielmehr

hält sie in allen Teilen vor Bundesrecht stand. Auch ein Rücktritt des Beschwerdeführers 2 per ... 2007 ist in keiner Weise rechtsgenügend erstellt.

6.2 Anderweitige Einwände gegen ihre Verantwortlichkeit machen die Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend. Angesichts der sich Ende 2007 akzentuierenden Gesundheitsprobleme des - nach unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beschwerdegegnerin insolventen - L. _____ sind ihre Pflichtverletzungen auch umso weniger entschuldbar, als die Beschwerdegegnerin nach den aktenmässig ausgewiesenen Mahnungen sowie den Betreibungsbegehren, die Gesellschaft seit 2006 regelmässig auf die Beitragsausstände hingewiesen hatte (vgl. insbesondere Einladung zur Einreichung der Lohnbescheinigung 2007 vom 17. März 2008; gebührenpflichtige Mahnung vom 1. April 2008; Bussenverfügung vom 8. Juli 2008; Einladung zur Einreichung der Lohnbescheinigung 2008 vom 23. Februar 2009; gebührenpflichtige Mahnung vom 25. März 2009).

7.

7.1 Die auf einer vor der Konkurseröffnung eröffneten, rechtskräftigen Nachzahlungs- oder Veranlagungsverfügung beruhende Schadenersatzforderung im Verfahren nach Art. 52 AHVG ist in masslicher Hinsicht nur zu überprüfen, wenn sich aus den Akten Anhaltspunkte für eine - im wiedererwägungs- bzw. revisionsrechtlichen Sinn - zweifellose Unrichtigkeit der verfügungsweise festgesetzten Beiträge ergeben (Urteil H 232/01 vom 26. November 2002 E. 3.6 mit Hinweisen). Nach der Konkurseröffnung mitgeteilte Verfügungen sind überprüfbar (AHI 1993 S. 173 E. 3b).

7.2 Nachdem die X. _____ GmbH die für die Abrechnung des Jahres 2007 erforderlichen Angaben trotz entsprechender Mahnungen der Beschwerdegegnerin nicht gemacht hatte, erliess diese am 26. August 2008 eine Veranlagungsverfügung betreffend die Lohnbeiträge für das Jahr 2007. Gegen die Höhe der verfügten Lohnbeiträge von Fr. 27'905.- (basierend auf einem ermessensweise festgesetzten massgebenden Lohn [gemäss Ersatzlohnbescheinigung vom 22. August 2008] von Fr. 200'000.-) erhob die - nach den letztinstanzlich verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz handlungsfähige - Gesellschaft keine Einwände. Die Beschwerdeführer bestritten im Schadenersatzverfahren zwar die der Verfügung zu Grunde liegende Lohnsumme, vermochten ihre Einwände aber auch innert einer von der Beschwerdegegnerin eingeräumten Nachfrist nicht substantiiert zu begründen. Eine massliche Überprüfung dieser Forderung ist somit im Schadenersatzverfahren nicht mehr möglich.

7.3 Die Beschwerdeführer rügen, es fehle bezüglich der Jahre 2008 und 2009 an rechtskräftigen Verfügungen, weshalb die entsprechende Feststellung der Vorinstanz aktenwidrig und offensichtlich unrichtig sei. Wie es sich damit verhält, ist indes nicht entscheidungswesentlich. Auch wenn eine Schadenersatzverfügung nicht auf formell rechtskräftigen Verfügungen beruht, muss der Schadenersatzpflichtige aufgrund seiner Mitwirkungspflicht den geltend gemachten Schadensbetrag substantiiert bestreiten (Urteile H 295/01 vom 20. August 2002 E. 4.3; H 24/92 vom 29. September 1992 E. 3a mit Hinweis auf ZAK 1991 S. 126 Erw. II/1b). Gemäss Angaben der Beschwerdeführer verfügte die X. _____ GmbH seit 2007 über keine ordnungsgemässe Lohnbuchhaltung mehr, was die Beschwerdeführer als geschäftsführende Gesellschafter zu verantworten haben. Als Beleg für ihre Einwände - namentlich zum Beweis tieferer Lohnsummen als die den beschwerdegegnerischen Ersatzlohnbescheinigungen zu Grunde liegenden, ermessensweise festgesetzten Zahlen - legten sie lediglich Bankauszüge ins Recht. Diese sind nicht geeignet, die in den Jahren 2008 und 2009 von der X. _____ GmbH ausbezahlte Gesamtlohnsumme zu belegen. Damit besteht bereits angesichts der nicht rechtsgenügend substantiierten Einwände gegen die Forderungshöhe kein Anlass zu Weiterungen in masslicher Hinsicht.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Verfahren 9C_684/2012 und 9C_688/2012 werden vereinigt.

2.

Die Beschwerden werden abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 4000.- werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 7. März 2013

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Kernen

Die Gerichtsschreiberin: Bollinger Hammerle