

Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicurances

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 195/04

Urteil vom 18. Mai 2005
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Lustenberger
und Kernen; Gerichtsschreiber Ackermann

Parteien
Dr. B._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Beat Marfurt, Gurtengasse 6,
3011 Bern,

gegen

Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber (AKBA), Schwarztorstrasse 56, 3007 Bern, Beschwerde-
gegnerin, vertreten durch Fürsprecher Jean-Louis Scheurer, Insstrasse 23, 3236 Gampelen,

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, Givisiez

(Entscheid vom 26. August 2004)

Sachverhalt:

A.

Dr. B._____ war einziger und einzelzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der 1987 gegründeten Dr. E._____ AG mit Sitz in R._____. Die Gesellschaft wurde am 27. Mai 2003 in I._____ SA mit Sitz in H._____ umbenannt und Dr. B._____ wurde nicht mehr als Verwaltungsrat, sondern nunmehr mit Einzelprokura im Handelsregister eingetragen. Mit "Orientierungsschreiben betreffend Strafanzeige und Schadenersatzklage gemäss AHVG" vom 15. August 2003 forderte die Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber Dr. B._____ auf, die von der Dr. E._____ AG geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von Fr. 40'977.45 zu bezahlen. Da Dr. B._____ dieser Aufforderung nicht nachgekommen war, verpflichtete ihn die Ausgleichskasse mit Verfügung vom 29. August 2003 zur Bezahlung dieses Betrages, was sie mit Einspracheentscheid vom 6. Oktober 2003 bestätigte.

B.

In teilweiser Gutheissung der dagegen erhobenen Beschwerde verpflichtete das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg mit Entscheid vom 26. August 2004 Dr. B._____ zur Bezahlung von Fr. 5975.20, was dem Betrag eines Pfändungsverlustscheins der Ausgleichskasse gegenüber der Dr. E._____ AG entspricht.

C.

Dr. B._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, den Einspracheentscheid ganz und den vorinstanzlichen Entscheid insoweit aufzuheben, als er zur Bezahlung von Fr. 5975.20 verpflichtet worden sei.

Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, während das Bundesamt

für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als die Schadenersatzforderung kraft Bundesrechts streitig ist. Im vorliegenden Verfahren ist deshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in dem Umfang nicht einzutreten, als sie sich gegen die Schadenersatzforderung für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse richtet (vgl. BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).

2.

2.1 Die strittige Verfügung hat nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen zum Gegenstand. Das Eidgenössische Versicherungsgericht prüft daher nur, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt wurde (Art. 132 OG in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b OG sowie Art. 105 Abs. 2 OG).

2.2 Im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG ist die Möglichkeit, im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht neue tatsächliche Behauptungen aufzustellen oder neue Beweismittel geltend zu machen, weitgehend eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung sind nur jene neuen Beweismittel zulässig, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte erheben müssen und deren Nichterheben eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 99 Erw. 1c, 120 V 485 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Zwar ist der Verwaltungsprozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, wonach Verwaltung und Gericht von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts zu sorgen haben; doch entbindet das die Rechtssuchenden nicht davon, selber die Beanstandungen vorzubringen, die sie anzubringen haben (Rügepflicht), und ihrerseits zur Feststellung des Sachverhalts beizutragen (Mitwirkungspflicht). Unzulässig und mit der weitgehenden Bindung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gemäss Art. 105 Abs. 2 OG unvereinbar ist es darum, neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel erst im letztinstanzlichen Verfahren vorzubringen, obwohl sie schon im kantonalen Beschwerdeverfahren hätten geltend gemacht werden können und - in Beachtung der Mitwirkungspflicht - hätten geltend gemacht werden müssen. Solche (verspätete) Vorbringen sind nicht geeignet, die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als mangelhaft im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG erscheinen zu lassen (BGE 121 II 100 Erw. 1c, AHI 1994 S. 211 Erw. 2b mit Hinweisen).

Der Beschwerdeführer reicht letztinstanzlich neu einen Zwischenabschluss der Dr. E. _____ AG per 30. April 2003 ein. Diese Unterlage hätte bereits im Verwaltungsverfahren oder spätestens im kantonalen Beschwerdeverfahren geltend gemacht werden können und müssen. Die - soeben dargelegten - Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Berücksichtigung des als Beweismittel eingereichten Zwischenabschlusses sind daher nicht erfüllt.

3.

Die Vorinstanz hat die Tatbestandselemente des Schadenersatzanspruchs nach Art. 52 AHVG (Schaden, Widerrechtlichkeit, adäquate Kausalität, qualifiziertes Verschulden) sowie die subsidiäre und solidarische Haftung der verantwortlichen Organe einer juristischen Person (BGE 123 V 15 Erw. 5b, 119 V 87 Erw. 5a, je mit Hinweis) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

4.

4.1 Das kantonale Gericht hat die Voraussetzungen der Haftung gemäss Art. 52 AHVG im Umfang des Pfändungsverlustscheins der Ausgleichskasse gegenüber der Dr. E. _____ AG von Fr. 5975.20 als erfüllt betrachtet und in der Folge die Schadenersatzpflicht bejaht.

4.2 Zu Recht nicht (mehr) bestritten sind die Voraussetzungen des Schadens (im Umfang des Pfändungsverlustscheins; vgl. BGE 113 V 258 Erw. 3c), der Widerrechtlichkeit (Verstoss gegen die gesetzliche Abrechnungs- und Beitragspflicht des Arbeitgebers; Art. 14 Abs. 1 AHVG und Art. 51 AHVG, Art. 34 und 35 AHVV) sowie des adäquaten Kausalzusammenhangs. Ebenso unbestritten ist, dass der Schadenersatzanspruch nicht verjährt ist (Art. 52 Abs. 3 AHVG; Art. 82 Abs. 1 AHVV [in Kraft bis Ende 2002] sowie Urteil F. vom 30. November 2004, H 96/03).

4.3 Die Vorinstanz hat für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlich festgestellt (Art. 105 Abs. 2 OG), dass der Beschwerdeführer seit der Gründung der Gesellschaft bis zur Umfirmierung und Sitzverlegung

alleiniger Verwaltungsrat gewesen ist und über Einzelzeichnungsberechtigung verfügte, dass es sich um eine kleine, leicht überschaubare Gesellschaft gehandelt hat, und dass die AG den Beitragsverpflichtungen seit 2002 nur teilweise nachgekommen ist. Diese Feststellungen treffen nur insoweit nicht zu, als das kantonale Gericht offensichtlich unrichtig festgestellt hat (Art. 105 Abs. 2 OG), dass die erste Mahnung der Ausgleichskasse vom 22. November 2001 datiert, und damit die Beitragsverpflichtungen bereits seit Herbst/Winter 2001 (und nicht erst ab 2002) nicht mehr vollständig erfüllt worden sind.

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird die absichtliche - und damit qualifiziert verschuldete - Verletzung dieser Pflichten nicht bestritten; streitig ist somit einzig das Vorliegen von Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründen. In dieser Hinsicht bringt der Beschwerdeführer vor, die Gesellschaft habe einen massiven Einbruch erlitten, worauf er Sanierungsmassnahmen - so auch den Einschuss privater Mittel - eingeleitet habe, weshalb im Jahr 2001 nur noch ein kleiner Verlust und im Jahr 2002 bereits wieder ein Gewinn erwirtschaftet werden konnte; damit habe er damit rechnen können, die Schulden gegenüber der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist zu befriedigen. Die Sanierung sei schliesslich nur deshalb gescheitert, weil ein einzelner Gläubiger nicht bereit gewesen sei, die notwendige Zeit für die Begleichung der Schulden zu gewähren, was dem Beschwerdeführer jedoch nicht vorgeworfen werden könne.

4.4 Nach der Rechtsprechung ist die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG im konkreten Fall nur begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 186 Erw. 1b). So kann es sein, dass ein Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch Nichtbezahlung der Beiträge versucht, die Existenz des Unternehmens zu bewahren. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG, wenn der Arbeitgeber zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt, gleichzeitig aber auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzuzahlen (BGE 108 V 189; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b, 1985 S. 577 Erw. 3a). Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe sind dann nicht gegeben, 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, was zu verneinen ist, wenn im Vergleich zum sonstigen finanziellen Rahmen oder Engagement der Firma nicht sehr hohe Beitragsausstände bestehen (Urteil U. vom 23. August 2000, H 405/99, mit Hinweisen).

In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird zu Recht vorgebracht, dass keine Überschuldung der AG nach Art. 725 Abs. 2 OR, sondern nur (aber immerhin) eine Unterbilanz gemäss Art. 725 Abs. 2 OR vorgelegen habe; etwas anderes hat die Vorinstanz denn auch nicht festgestellt (vgl. Art. 105 Abs. 2 OG). Es bestand aber die Situation einer sogenannten echten Unterbilanz, indem ab 2000 teilweise (weit) mehr als 50% des Eigenkapitals nicht mehr vorhanden gewesen ist, betrug doch der Verlustvortrag bei einem Aktienkapital von Fr. 314'000.- und nicht vorhandenen Reserven im Jahr 2000 Fr. 282'816.67, im Jahr 2001 Fr. 105'960.96 und im Jahr 2002 Fr. 287'406.86. Damit war die Kapitalbasis der Unternehmung stark angegriffen, auch wenn - nach dem Verlust von Fr. 176'855.71 im Jahr 2000 - 2001 nur noch ein Verlust von Fr. 4590.19 und im Jahr 2002 wieder ein Gewinn von Fr. 17'390.09 erzielt werden konnte. Auf Grund dieser Umstände - insbesondere der nunmehr schmalen Eigenkapitalbasis - und einer seriösen Beurteilung der Lage konnte der Beschwerdeführer nicht annehmen, durch die Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge den Turnaround zu schaffen und die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzuzahlen; dafür spricht auch die lange Zeit, während der Beitragsausstände vorlagen (seit November 2001), sowie die Höhe dieser Ausstände im Gesamtbetrag von insgesamt Fr. 40'977.45 per August 2003, welchen im Zusammenhang mit den restlichen Verbindlichkeiten keine für die Rettung der Gesellschaft ausschlaggebende Wirkung zukommen konnte. In dieser Hinsicht kann sich der Beschwerdeführer somit nicht exkulpieren. Im Übrigen ist der vorliegende Fall nicht mit dem BGE 108 V 183 zugrunde liegenden Sachverhalt vergleichbar, da dort - wie hier zwar auch - keine Überschuldung der Gesellschaft vorgelegen ist, die Befriedigung der Gläubiger aber letztlich daran gescheitert ist, dass eine - offenbar konservativ bilanzierte - Liegenschaft nur zu einem erheblich unter dem Verkehrswert

liegenden Preis versteigert werden konnte und erst dies zu einem Schaden der Zweitklassgläubiger (wozu die Ausgleichskasse gehört) führte (BGE 108 V 188 f.).

4.5 Gemäss den Ausführungen des Beschwerdeführers sei die Sanierung letztlich wegen eines einzelnen Gläubigers gescheitert, der keinen weiteren Zahlungsaufschub gewähren wollte. Entgegen der Auffassung in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde führt dies zu keiner Exkulpation, denn in einer Situation wie der vorliegenden mit relativ grossen Ausständen muss damit gerechnet werden, dass einer der Gläubiger zu einer aussergerichtlichen Schuldensanierung nicht Hand bietet. Damit liegt auch insoweit kein Entschuldigungsgrund vor, so dass letztlich offen bleiben kann, ob diese neue tatsächliche Behauptung im Rahmen der eingeschränkten Kognition (vgl. Erw. 2.2 hievore) überhaupt zu hören ist.

4.6 Schliesslich bringt der Beschwerdeführer vor, er habe beachtliche private Mittel in die AG eingebracht, im Jahr 2000 Fr. 31'752.16, im Jahr 2001 Fr. 989.20 und im Jahr 2002 Fr. 71'530.92; weiter habe er der Gesellschaft 2003 weitere Fr. 71'486.92 zukommen lassen.

Das kantonale Gericht hat in dieser Hinsicht festgestellt, dass der Beschwerdeführer von einem Konto der Säule 3a den Betrag von Fr. 51'271.- in die Gesellschaft eingebracht hat. Es kann offen bleiben, ob die Vorinstanz den Sachverhalt unvollständig abgeklärt hat (Art. 105 Abs. 2 OG), denn die Tatsache, dass der Beschwerdeführer der Gesellschaft eigene Mittel zugewendet hat, ohne rechtlich dazu verpflichtet gewesen zu sein, stellt nach der Rechtsprechung grundsätzlich keinen Entlastungsgrund dar (Urteil S. vom 7. Januar 2004, H 69/02) und schliesst auch im konkreten Fall das in Art. 52 AHVG geforderte qualifizierte Verschulden nicht aus. Denn für die Beurteilung der Verschuldensfrage ist nicht entscheidend, was die verantwortlichen Organe zur Aufrechterhaltung des Betriebes oder zur Vermeidung eines Konkurses allenfalls unternommen haben, sondern ob sie (nach aussen erkennbar) der Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nachgekommen sind (Urteil K. vom 4. März 2004, H 34/02). Dies ist hier klar zu verneinen. Schliesslich durfte der Beschwerdeführer angesichts der schmalen Eigenmittelbasis der Gesellschaft auch nicht davon ausgehen, trotz des Einschusses eigener Mittel durch die vorübergehende (hier aber längere Zeit dauernde) Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge die AG zu retten und die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzubezahlen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass der Beschwerdeführer zwar eigene Mittel in die Gesellschaft eingeschossen hat, dass - nach Lage der Akten - die AG aber andererseits diesem als Verwaltungsrat und Aktionär ein variables Darlehen (2000: Fr. 223'088.59, 2001: Fr. 222'099.39, 2002: Fr. 151'243.13) gewährt hat (was von der Revisionsstelle jeweils als problematisch im Hinblick auf Art. 680 Abs. 2 OR gewertet worden ist). Vor diesem Hintergrund kommt den eingeschossenen Mitteln - die auch als Rückzahlung des Darlehens aufgefasst werden könnten - erst recht eine geringe Bedeutung zu. Eine Exkulpation ist aus diesen Gründen zu verneinen.

4.7 Da die Voraussetzungen der Haftung gemäss Art. 52 AHVG erfüllt sind, ist der vorinstanzliche Entscheid zu bestätigen.

5.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend gehen die Kosten zu Lasten des Beschwerdeführers (Art. 134 OG e contrario; Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, Sozialversicherungsgerichtshof, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 18. Mai 2005

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Die Präsidentin der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: