

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
9C_117/2011

Urteil vom 29. März 2011
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Kern, Bundesrichterin Glanzmann,
Gerichtsschreiberin Bollinger Hammerle.

Verfahrensbeteiligte
1. A. _____,
2. R. _____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Joachim Lerf,
Beschwerdeführer,

gegen

AHV-Ausgleichskasse FER-CIFA, Spitalgasse 15, 1700 Freiburg,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg vom 25. November 2010.

Sachverhalt:

A.
Die X. _____ AG war als beitragspflichtige Arbeitgeberin der AHV-Kasse des Verbandes der Westschweizer Unternehmen, Fribourg (FER-CIFA), angeschlossen. Im Oktober 2007 wurde über die X. _____ AG der Konkurs eröffnet, in welchem die FER-CIFA zu Schaden kam. Mit zwei Verfügungen vom 8. Februar 2008 verlangte die FER-CIFA von A. _____, ehemals Präsident des Verwaltungsrates, und R. _____, ehemals Mitglied des Verwaltungsrates, Schadenersatz für entgangene Beiträge in der Höhe von Fr. 281'694.50. Die hiegegen gemeinsam von A. _____ und R. _____ erhobene Einsprache wies die FER-CIFA mit Entscheid vom 13. März 2008 ab.

B.
A. _____ und R. _____ erhoben dagegen je Beschwerde beim Kantonsgericht Freiburg, welches die Verfahren antragsgemäss vereinigte und die Rechtsmittel mit Entscheid vom 25. November 2010 abwies.

C.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten vom 7. Februar 2011 beantragen A. _____ und R. _____, das angefochtene Urteil und die Einspracheentscheide seien aufzuheben und die Angelegenheit sei zur Kostenregelung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Eventualiter habe eine Rückweisung zur Neuurteilung an das kantonale Gericht zu erfolgen. In prozessualer Hinsicht sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.

Mit Eingabe vom 24. Februar 2011 liess R. _____ um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ersuchen.

Erwägungen:

1.
1.1 Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der

Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen (Art. 52 AHVG). Nach ständiger Rechtsprechung gilt diese Haftung nicht nur für die Arbeitgeber, sondern auch für die Organe von Arbeitgebern (BGE 129 V 11, 126 V 237, 123 V 12 E. 5b S. 15, je mit Hinweisen).

1.2 Die Arbeitgeber sind verpflichtet, von dem von ihnen ausgerichteten Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen, mit der Ausgleichskasse abzurechnen sowie die erforderlichen Angaben zu machen, und die Beiträge zusammen mit dem Arbeitgeberbeitrag periodisch der Ausgleichskasse zu entrichten (Art. 14 Abs. 1 und Art. 51 AHVG, Art. 34 und 36 AHVV). Die Missachtung dieser Pflichten verletzt Vorschriften der Versicherung im Sinne von Art. 52 AHVG.

2.

Die Beschwerdeführer waren unbestritten in der hier zu beurteilenden Zeit Mitglieder des Verwaltungsrates und damit Organe der konkursiten X._____ AG. Eine Verletzung von Abrechnungs- oder Meldepflichten wird ihnen nicht vorgeworfen. Unbestritten ist aber, dass die veranlagten Beiträge für die Jahre 2006 und 2007 bloss teilweise bezahlt wurden und die Ausgleichskasse durch die Verletzung der Beitragszahlungspflicht im Konkurs der Gesellschaft zu Schaden kam. Umstritten ist, ob diese Verletzung schuldhaft erfolgte.

3.

3.1 Das kantonale Gericht erwog, bereits im Jahr 2006 sei angesichts des hohen Verlustes von Fr. 1,5 Mio evident gewesen, dass das Nichtbezahlen von Sozialversicherungsbeiträgen das Überleben des Unternehmens nicht werde sichern können. Eine letzte Möglichkeit zur Sanierung der X._____ AG hätten die Beschwerdeführer in einem Darlehensvertrag mit einer privaten Geldgeberin (Firma I._____ AG) gesehen. Als sich in der Folge die Darlehensgewährung verzögerte, hätten die Beschwerdeführer die Bilanz erst nach einem halben Jahr des Zuwartens, während dem sich der Schaden gegenüber der Beschwerdegegnerin stetig erhöhte, deponiert, was nicht nachvollziehbar sei. In Würdigung des beträchtlichen Ausstandes in Höhe von Fr. 281'694.50 (nach Bezahlung eines Betrages von Fr. 220'787.80 unmittelbar vor der Konkurseröffnung) könnten die Bemühungen der Beschwerdeführer nicht als genügend angesehen werden. Unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, namentlich der Höhe des Schadens und der Dauer des Zahlungsausstandes (Januar 2006 bis Oktober 2007) sei von einem qualifizierten Verschulden auszugehen und die Grobfahrlässigkeit damit zu bejahen. Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe fehlten. Dass R._____ mit Entscheid vom 28. August 2010

des Polizeirichters am Bezirksgericht Y._____ vom Vorwurf des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Unfallversicherung betreffend die Beiträge für das Jahr 2006 freigesprochen worden sei, führe zu keiner anderen Einschätzung, weil die Beschwerdeführer in Anbetracht des (geringen) Aktienkapitals der I._____ AG, des Gesellschaftszwecks und des Umstandes, dass noch 20 weitere Firmen aus der Schweiz mit dieser Firma über eine Kreditgewährung verhandelten, an der Seriosität des Angebotes der Darlehensgeberin hätten zweifeln müssen. Dies gelte umso mehr, als die Vertragsbedingungen relativ günstig gewesen seien. Zwar hätten sich die Beschwerdeführer bemüht, Druck auf die I._____ AG auszuüben, aus deren wenig konkreten Antworten hätte aber schnell ersichtlich werden müssen, dass sie das Darlehen nicht gewähren wollte und einzig eine Verzögerungstaktik an den Tag gelegt habe. Die Zweifel an der Seriosität würden bestätigt durch eine Investorenwarnung der österreichischen Finanzmarktaufsicht vom 9. September 2008 und einer Meldung der Eidgenössischen Bankenkommission vom gleichen Tag. Schliesslich ergebe sich bereits aus der Tatsache, dass die Banken keine Kredite mehr gewährten, dass die Erfolgsaussichten einer Sanierung wohl als gering angesehen wurden.

3.2 Die Beschwerdeführer rügen, die Vorinstanz habe Bundesrecht (Art. 29 BV), Art. 6 EMRK sowie Art. 29 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Freiburg verletzt, indem sie in antizipierter Beweiswürdigung auf die persönliche Einvernahme der Parteien sowie der angetesteten Zeugen verzichtete. Soweit sie auf die entsprechenden Anträge nicht einging, habe sie zudem gegen die Begründungspflicht (Art. 61 lit. a ATSG und Art. 6 EMRK) verstossen. Gleiches gelte auch mit Bezug auf die (ungenügend substantiierte) Schadenshöhe. Eine (weitere) Verletzung des rechtlichen Gehörs liege darin, dass das kantonale Gericht nicht darlegte, weshalb es von den Feststellungen des Strafrichters abwich bzw. ihnen keine Gelegenheit zur Stellungnahme betreffend der im angefochtenen Entscheid enthaltenen Gründe eingeräumt habe, weshalb Anlass bestanden hätte, an der Seriosität der I._____ AG zu zweifeln. Verletzt worden sei auch Art. 52 AHVG, indem das kantonale Gericht ihnen ein Fehlverhalten vorwerfe, obwohl sie nicht grobfahrlässig gehandelt hätten bzw. ein Rechtfertigungsgrund vorliege.

4.

Die Haftung nach Art. 52 AHVG ist keine Kausalhaftung, sondern setzt nach dem klaren Wortlaut und Sinn des Gesetzes ein zumindest grobfahrlässiges Verhalten voraus (BGE 136 V 268 E. 3 S. 274). Der Begriff der Grobfahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG ist gleich zu verstehen wie im übrigen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, so dass grobfahrlässig handelt, wer eine elementare Vorsichtsmassnahme missachtet bzw. das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (Urteil 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.2 mit Hinweisen). Vorausgesetzt ist des Weiteren, dass die Möglichkeit zu einem rechtmässigen Alternativverhalten bestand, was zutrifft, wenn ein pflichtgemäss handelndes Organ den Schaden hätte verhindern können. Entschuldbar sein kann die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen, wenn bei ungenügender Liquidität eine Arbeitgeberin zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere solche der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt, sofern sie auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, sie werde die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist, d.h. höchstens innerhalb eines Jahres (Urteil 9C_111/2007 vom 17. September 2007 E. 3.1) nachzahlen können und ein gezieltes, auch in zeitlicher Hinsicht konkretes Sanierungskonzept vorliegt (Urteil H 34/02 vom 4. März 2004 E. 5.2). Nicht entschuldbar ist die Beitragsrückbehaltung, wenn eine Sanierung überhaupt nicht ernsthaft erwartet werden kann (Urteil 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.4 mit Hinweis auf Urteil H 28/84 vom 21. August 1985 E. 3).

5.

Nach den verbindlichen (Art. 105 Abs. 1 BGG) Feststellungen der Vorinstanz waren die Geschäftsergebnisse der X. _____ AG seit der Gründung der Firma im Jahr 2003 nicht befriedigend gewesen. So zeigte schon die Erfolgsrechnung 2003/2004 einen Verlust von Fr. 170'000.- und die käufliche Übernahme der Firmengebäude von der H. _____ AG im April 2006 verschlechterte die finanzielle Situation zusätzlich: Für das Jahr 2006 betrug der ausgewiesene Verlust rund Fr. 1,5 Mio. Gestützt auf die Zwischenbilanz 2007 konnte bei einem ausgewiesenen Gewinn von Fr. 14'822.- nach Steuern bei immer noch negativen flüssigen Mitteln nicht von einer gelungenen Sanierung gesprochen werden, zumal die Schulden per 30. Oktober 2007 insgesamt Fr. 4 Mio betragen. Unbestritten betrieb die Beschwerdeführerin die Firma X. _____ AG von Januar 2006 bis zur Konkursöffnung im Oktober 2007 monatlich für ausstehende Beiträge. Zwar blieben die Beschwerdeführer im Bestreben, ihre Firma zu sanieren, nicht untätig. So setzten sie private Mittel ein und zogen externe Berater bei, welche den Abschluss eines Darlehensvertrag mit der I. _____ AG vom 7. März 2007 in die Wege leiteten. Nachdem die Auszahlung der für den 15. März 2007 vereinbarten ersten

Darlehenstranche ausgeblieben war, bemühten sich die Beschwerdeführer bzw. ihre Berater mehrfach um die Einhaltung des Vertrages und standen auch in regelmässigem Kontakt mit der Beschwerdeführerin. Die I. _____ AG bestätigte zwar wiederholt, sie halte am Vertrag fest. Indes blieben die hiefür angeführten Begründungen sehr unbestimmt (die Verzögerung liege "nicht in unserem Bereich" [Mail vom 20. März 2007] oder sei darin begründet, dass die X. _____ AG bzw. der damalige Geschäftsführer [S. _____] "Teil eines ganzen" wären [Brief der I. _____ AG vom 2. April 2007]). Wenn die Vorinstanz in Würdigung dieser Umstände erwog, die dokumentierten - vagen - Erläuterungen der I. _____ AG hätten bereits im Frühjahr 2007 begründeten Anlass zu Zweifeln an der Einhaltung des Vertrages gegeben und die Beschwerdeführer hätten schon viel früher feststellen müssen, dass es nicht zur Auszahlung des Darlehens kommen würde, hält dies ebenso vor Bundesrecht stand wie die Folgerung, dass die Beschwerdeführer die Bilanz nicht erst nach einem halben Jahr des Zuwartens, während welchem sich der Schaden gegenüber der Beschwerdeführerin stetig erhöhte, hätten deponieren dürfen. Vielmehr hätten sie unverzüglich reagieren und die Bilanz der

X. _____ AG beim Konkursrichter deponieren müssen (vgl. z.B. Urteil H 273/03 vom 4. Oktober 2004 E. 4.2.3). Auch dass die Beschwerdeführer eigene Mittel in die Firma einschossen, schliesst das von Art. 52 AHV geforderte qualifizierte Verschulden nicht aus. Denn für die Beurteilung der Verschuldensfrage ist nicht entscheidend, was die verantwortlichen Organe zur Aufrechterhaltung des Betriebes oder der Vermeidung eines Konkurses allenfalls unternommen haben, sondern ob sie (nach aussen erkennbar) der Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nachgekommen sind (vgl. etwa Urteile H 333/00 vom 18. März 2003 E. 3.3.2, H 101/02 vom 5. September 2002 E. 5.2, H 238/01 vom 4. Juli 2002 E. 6b, H 258/00 vom 10. August 2001 E. 4b). Dies ist vorliegend zu verneinen.

6.

6.1 Soweit das kantonale Gericht in antizipierter Beweiswürdigung auf die beantragten Zeugenbefragungen verzichtete, da hievon keine neuen erheblichen Erkenntnisse zu erwarten seien (E. 4 des vorinstanzlichen Entscheides), liegt darin in Würdigung der aktenkundigen Tatsachen (Weigerung der I. _____ AG zur Einhaltung des Vertrages trotz ernsthafter Bemühungen der Beschwerdeführer bzw. des Geschäftsführers der X. _____ AG; E. 5 hievor) weder eine Bundesrechtswidrigkeit noch eine Verletzung des Art. 29 Abs. 2 der Verfassung des Kantons Freiburg (vom 16. Mai 2004; SR 131.219). Gleiches gilt hinsichtlich der persönlichen Befragung der Beschwerdeführer, zumal für eine Haftung nach Art. 52 AHVG eine Organstellung - welche vorliegend nicht zweifelhaft ist - genügt und die konkrete Aufgabenverteilung innerhalb des Unternehmens nicht entscheidungsrelevant ist (z.B. Urteile H 228/03 vom 4. Mai 2004 und H 210/99 vom 5. Oktober 2000 E. 3a). Namentlich kann sich ein Verwaltungsrat aufgrund seiner Verantwortung für das Beitragswesen nicht mit dem Einwand exkulpieren, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt (Urteil H 253/02 vom 23. Januar 2003 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; AHl 1994 102 E. 5.a/aa).

6.2 Nicht gefolgt werden kann den Beschwerdeführern, soweit sie eine Verletzung der Begründungspflicht hinsichtlich der Schadenshöhe von Fr. 281'694.50 rügen und geltend machen, die tabellarische Zusammenstellung der Beschwerdegegnerin sei nicht nachvollziehbar. Die relevanten Zahlen ergeben sich aus den Akten und wurden von der Beschwerdegegnerin am 7. Februar 2008 detailliert und unter Angabe von (u.a.) Betreibungsnummern, Zeitperioden, Höhe der paritätischen Beiträge, Kosten, Zinsen und eingegangenen Zahlungen aufgelistet. In der Beschwerde wird denn auch weder der Vorwurf fehlender Nachvollziehbarkeit näher begründet noch geltend gemacht, die der Berechnung zu Grunde liegenden Zahlen wären falsch.

6.3 Was die Tatsache betrifft, dass der Polizeirichter am Bezirksgericht Y. _____ R. _____ am 28. August 2008 betreffend die Beiträge für das Jahr 2006 vom Vorwurf des Vergehens gegen das Bundesgesetz über die Unfallversicherung freisprach (mit der Begründung, bei Einhaltung des Darlehensvertrages durch die I. _____ AG, an dessen Seriosität zu zweifeln kein Anlass bestanden habe, wäre er im letztmöglichen Überweisungszeitpunkt in der Lage gewesen, die Beiträge für das Jahr 2006 zu bezahlen), ist nach den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz die strafrechtliche Beurteilung für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich (Urteil 9C_548/2007 vom 2. Juni 2008 E. 5.2 mit Hinweis auf BGE 111 V 172 E. 5a S. 177 mit Hinweisen). Die Vorinstanz legte mit nachvollziehbarer Begründung dar, weshalb die rechtliche Subsumtion des Polizeirichters nicht zu überzeugen vermag, so dass der angefochtene Entscheid auch in diesem Punkt vor Bundesrecht standhält; auf die entsprechenden Erwägungen im angefochtenen Entscheid kann verwiesen werden. Schliesslich bestand keine Veranlassung, den Beschwerdeführern mit Blick auf die im angefochtenen Entscheid enthaltene Argumentation das rechtliche Gehör einzuräumen (BGE 129 II 497 E. 2.2 S. 505).

7.

7.1 Das Verfahren ist kostenpflichtig. R. _____ stellt ein Gesuch um unentgeltliche Prozessführung. Gemäss Art. 64 Abs. 1 BGG befreit das Bundesgericht eine Partei, die nicht über die erforderlichen Mittel verfügt, auf Antrag von der Bezahlung der Gerichtskosten, sofern ihr Rechtsbegehren nicht aussichtslos erscheint. Die gleichen Voraussetzungen gelten auch für die Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistands nach Art. 64 Abs. 2 BGG (Urteil 6B_482/2007 vom 12. August 2008 E. 21.1). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind Begehren als aussichtslos anzusehen, bei denen die Gewinnaussichten beträchtlich geringer sind als die Verlustgefahren und die deshalb kaum als ernsthaft bezeichnet werden können. Massgebend ist, ob eine Partei, die über die nötigen finanziellen Mittel verfügt, sich bei vernünftiger Überlegung zu einem Prozess entschliessen würde. Eine Partei soll einen Prozess, den sie auf eigene Rechnung und Gefahr nicht führen würde, nicht deshalb anstrengen können, weil er sie nichts kostet (BGE 129 I 129 E. 2.3.1 S. 135 f.; 133 III 614 E. 5 S. 616; je mit Hinweisen).

7.2 Nach dem Gesagten (E. 6 hievor) sind die letztinstanzlich erhobenen Rügen betreffend Verfahrensfehler der Vorinstanz, welche den grössten Teil der geltend gemachten Rechtsverletzungen ausmachen, offensichtlich unbegründet. Was die gerügte Verletzung von Art. 52 AHVG betrifft, wurde im angefochtenen Entscheid bereits ausführlich erwogen, weshalb eine solche zu verneinen ist. Insgesamt waren die Erfolgsaussichten der Beschwerde somit beträchtlich geringer als die Verlustgefahren. Der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege (Prozessführung und Verbeiständung) entfällt.

Im Übrigen werden von der Gerichtskasse ohnehin nur die Kosten des Vertreters übernommen, die nach der Gesuchseinreichung entstanden sind. An solchen fehlt es hier.

7.3 Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend haben die Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG).

8.

Mit dem sofortigen Entscheid in der Sache ist die Frage der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegenstandslos (Urteil 9C_262/2010 vom 12. Juli 2010 E. 6 mit Hinweis).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege wird abgewiesen.

3.

Die Gerichtskosten von Fr. 8000.- werden den Beschwerdeführern auferlegt.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Freiburg, Sozialversicherungsgerichtshof, und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 29. März 2011

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin:

Meyer Bollinger Hammerle