
Die Haftung der GmbH als Arbeitgeberin nach Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG

*Rahel Aina Nedi**

Inhaltsübersicht

I.	Einführung	140
II.	Schadenersatzgläubiger	141
	A. Art. 52 AHVG	141
	B. Art. 52 BVG	141
III.	Schadenersatzpflichtige Person	142
	A. Art. 52 AHVG	142
	1. Primäre Haftung des Arbeitgebers	142
	2. Subsidiäre Organhaftung	142
	B. Art. 52 BVG	143
	1. Allgemeines	143
	2. Die GmbH im Besonderen	144
IV.	Haftungsvoraussetzungen	144
	A. Schaden	144
	1. Art. 52 AHVG	144
	2. Art. 52 BVG	146
	B. Widerrechtlichkeit und Vertragsverletzung	146
	1. Art. 52 AHVG	146
	2. Art. 52 BVG	147
	C. Verschulden	147
	1. Art. 52 AHVG	147
	2. Art. 52 BVG	149
	D. Kausalität	150
	1. Art. 52 AHVG	150
	2. Art. 52 BVG	151
	E. Verjährung	151
	1. Art. 52 AHVG	151
	2. Art. 52 BVG	152
V.	Verfahrensrechtliche Aspekte	153
	A. Art. 52 AHVG	153
	B. Art. 52 BVG	154
VI.	Vergleich	154
	A. Vorbemerkungen	154
	B. Art. 52 AHVG	154
	C. Art. 52 BVG	155
VII.	Exkurs: Steuerliche Abzugsfähigkeit von Schadenersatzzahlungen	155

* Für die wertvollen Anregungen und Kritiken danke ich herzlich Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, MLaw Marian Nedi und MLaw Fatoumata Keita, Advokatin.

VIII. Zusammenfassung	156
Literaturverzeichnis	157
Materialienverzeichnis	158

Art. 52 AHVG

¹ Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen.

² Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch.

³ Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden. Der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten. Sieht das Strafrecht eine längere Frist vor, so gilt diese.

⁴ Die zuständige Ausgleichskasse macht den Schadenersatz durch Erlass einer Verfügung geltend.

⁵ In Abweichung von Artikel 58 Absatz 1 ATSG ist für die Beschwerde das Versicherungsgericht des Kantons zuständig, in welchem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat.

⁶ Die Haftung nach Artikel 78 ATSG ist ausgeschlossen.

Art. 52 BVG

¹ Alle mit der Verwaltung oder Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sowie die Experten für berufliche Vorsorge sind für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen.

² Der Anspruch auf Schadenersatz gegen die nach den vorstehenden Bestimmungen verantwortlichen Organe verjährt in fünf Jahren von dem Tage an, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, auf jeden Fall aber in zehn Jahren, vom Tag der schädigenden Handlungen an gerechnet.

³ Wer als Organ einer Vorsorgeeinrichtung schadenersatzpflichtig wird, hat die übrigen regresspflichtigen Organe zu informieren. Die fünfjährige Verjährungsfrist für die Geltendmachung von Regressansprüchen nach diesem Absatz beginnt mit dem Zeitpunkt der Leistung von Schadenersatz.

⁴ Für die Haftung der Revisionsstelle gilt Artikel 755 des Obligationenrechts sinngemäss.

I. Einführung

Die Arbeitgeberhaftung bildet das Korrelat zur öffentlich-rechtlichen Pflicht der Arbeitgeber, als gesetzliche Vollzugsorgane der AHV die paritätischen Sozialversiche-

rungsbeiträge abziehen, abzuliefern sowie abzurechnen. Sie nimmt nach wie vor eine prominente Stellung im Beitragsrecht ein. Die Gesetzesänderung nimmt die seit 1970 in der Rechtsprechung bestehende Praxis betreffend die subsidiäre Organhaftung auf. Die wichtigsten Charakteristika der Haftung konnten bis anhin erst über ein Studium der umfangreichen Rechtsprechung erschlossen werden, im Sinne der Bürgerfreundlichkeit sollte das Gesetz daher transparenter gestaltet werden.¹

Seit dem 1. Januar 2012 ist in Art. 52 Abs. 2 AHVG nun gesetzlich geregelt, was bereits in der Lehre und Rechtsprechung galt: Neben dem Arbeitgeber können auch dessen Organe persönlich für fehlende Sozialversicherungsbeiträge haftbar werden. Ebenfalls räumt Art. 52 BVG der geschädigten Vorsorgeeinrichtung einen direkten Anspruch gegenüber dem im Artikel umschriebenen Personenkreis ein – davon kann u.a. auch ein Arbeitgeber als faktisches Organ der Vorsorgeeinrichtung erfasst werden. Dieser Beitrag vergleicht die haftungsrechtlichen Voraussetzungen nach Art. 52 Abs. 2 AHVG und Art. 52 BVG unter besonderer Berücksichtigung der GmbH als Arbeitgeberin.

II. Schadenersatzgläubiger

A. Art. 52 AHVG

Art. 52 AHVG regelt die Haftung der Arbeitgeber gegenüber den Ausgleichskassen für die ihnen zustehenden Beiträge. Schadenersatzgläubiger ist daher jene Ausgleichskasse, bei welcher der Arbeitgeber zur Zeit des Schadenseintritts angeschlossen war oder hätte sein müssen.² Nur die Ausgleichskasse ist gestützt auf Art. 52 AHVG aktivlegitimiert, den Arbeitnehmern steht hier kein direkter Anspruch zu.

B. Art. 52 BVG

Die Verantwortlichkeitsklage für den der Vorsorgeeinrichtung zugefügten Schaden steht nur der Vorsorgeeinrichtung zu.³ Die versicherten Personen selbst können unter diesem Titel keine Forderungen geltend machen. Der Rechtsweg nach Art. 73 BVG ist somit nicht offen für eine Verantwortlichkeitsklage einer versicherten Person, die sich auf das Recht der beruflichen Vorsorge stützt (Art. 52 BVG).⁴

¹ Bot. AHVG, BBl. 2011, 560 f.

² Ausführlich und nach wie vor gültig KNUS, 25 f.

³ Dazu OFK-VETTER-SCHREIBER, Art. 52 BVG N 2.

⁴ BSV, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 85, 493.

III. Schadenersatzpflichtige Person

A. Art. 52 AHVG

1. Primäre Haftung des Arbeitgebers

Nach Art. 52 AHVG haftet primär der Arbeitgeber für einen der Ausgleichskasse durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften entstandenen Schaden. Als Arbeitgeber gilt jede natürliche oder juristische Person, die obligatorisch versicherten Personen einen Lohn ausrichtet.⁵ Diese Norm gilt sowohl für private als auch öffentlich-rechtliche Arbeitgeber.⁶ Davon erfasst sein dürften auch Arbeitgeber aus einem faktischen Vertragsverhältnis i.S.v. Art. 320 Abs. 2 OR.⁷

2. Subsidiäre Organhaftung

Gemäss dem Wortlaut von Art. 52 Abs. 2 AHVG haften bei juristischen Personen subsidiär die Arbeitgeberorgane. Die Subsidiarität der Haftung der Organe einer juristischen Person bedeutet einerseits, dass sich die Ausgleichskasse zuerst an den Arbeitgeber zu halten hat, und nicht, dass der Arbeitgeber rechtlich zu existieren aufgehört haben muss, bevor seine Organe belangt werden dürfen.⁸ Andererseits gibt diese Bestimmung der Ausgleichskasse das Recht, direkt und unmittelbar gegen die Organe vorzugehen, sobald der Arbeitgeber zahlungsunfähig geworden ist. Vorausgesetzt ist in jedem Fall, dass es sich bei einer bestimmten Person überhaupt um ein Organ im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG handelt.⁹

Haftbar sind einerseits formelle Organe. Dies sind Entscheidungs- und Kontrollorgane, die nach den jeweiligen organisationsrechtlichen Vorschriften der einzelnen Rechtsformen vom obersten Organ der juristischen Person formell ernannt worden sind und deren Kompetenzen sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben. Als formelle Organe einer GmbH kommen die Geschäftsführer (Art. 809 ff. OR), eine allfällige Revisionsstelle (Art. 818 OR) und Liquidatoren (Art. 826 Abs. 2 OR) infrage. In der Praxis werden häufig die Geschäftsführer ins Recht gefasst.¹⁰ Bei der GmbH üben zwar alle Gesellschafter die Geschäftsführung gemeinsam aus; indes kann der blosser Gesellschafter alleine für ausstehende Beiträge noch nicht haftbar werden, da dessen Stellung für sich alleine keine Kontroll- oder Überwachungspflichten begründet.

⁵ Art. 12 i.V.m. Art. 5 Abs. 2 AHVG.

⁶ NORDIN/PORTMANN, 239.

⁷ Zum faktischen Vertragsverhältnis PORTMANN/STÖCKLI, Rz. 98 ff.

⁸ BGE 113 V 256, 256 E. 3c.

⁹ REICHMUTH, Rz. 196 ff.

¹⁰ Anwendungsbeispiele: BGer 9C.906/2013 vom 22. Oktober 2014 und BGE 126 V 237.

Haftung besteht für jene Gesellschafter, die statutarisch zur Kontrolle und Überwachung verpflichtet sind. Wenn daher ein nicht geschäftsführender Gesellschafter die Einhaltung der sozialversicherungsrechtlichen Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten durch die Unternehmung nicht überprüft, kann er für den der Ausgleichskasse wegen der Beitragsausfälle erwachsenen Schaden auch nicht haftbar gemacht werden.¹¹

Die Haftung erstreckt sich anderseits auf Organe, die faktisch die Funktion eines Organes ausüben, indem sie etwa diesem vorbehaltene Entscheide treffen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflussen.¹² Darunter fallen typischerweise Personen, die kraft ihrer Stellung (z.B. Mehrheitsgesellschafter) dem formell eingesetzten Geschäftsführer Weisungen über die Geschäftsführung erteilen.¹³

Die Organhaftung ist zeitlich begrenzt.¹⁴ Sie kommt nur in Frage für den Zeitraum, in denen die fehlbare Person tatsächlich eine formelle oder faktische Organstellung innehatte und über allenfalls vorhandenes Vermögen disponieren und Zahlung an die Ausgleichskasse veranlassen konnte.¹⁵ Bei einem Geschäftsführer einer GmbH ist dies ab dem Zeitpunkt des effektiven Stellenantrittes bis zum effektiven Austritt gegeben, vorbehalten bleibt die Haftung für Handlungen, die erst nach dem Austritt ihre Wirkungen entfalten.¹⁶ So misslang beispielsweise dem Geschäftsführer einer GmbH vor dem Bundesgericht der geltend gemachte Einwand, er sei zum Zeitpunkt, als die Lohnabrechnungen der Ausgleichskasse hätten eingereicht werden müssen, nicht mehr im Amt gewesen, da die Löhne noch auf seine Amtsperiode zurückzuführen waren.¹⁷ Überdies gilt, dass, wenn mehrere Personen den Schaden verursacht haben, diese solidarisch haften (Art. 52 Abs. 2 AHVG).

B. Art. 52 BVG

1. Allgemeines

Nach Art. 52 BVG sind mögliche Schadenersatzpflichtige alle mit der Verwaltung oder Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sowie die Experten für berufliche Vorsorge.

¹¹ REICHMUTH, Rz 203.

¹² NORDIN/PORTMANN, 239; JAKOB/DARDEL/UHL, 9 f.; BOHNET/JÉQUIER, Rz 36.

¹³ BGE 126 V 237, 238 E. 4.; ausführlich dazu auch die Urteilsbesprechungen von HÄRING/HOCHSTRASSER, GesKR 2009, 246 ff.

¹⁴ BGer 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013 E. 3.

¹⁵ Statt vieler BGer 9C_713/2013 vom 30. Mai 2014 E. 4.3.2 ff.

¹⁶ BGE 126 V 61, 61 E. 4a.

¹⁷ BGer 9C_713/2013 vom 30. Mai 2014 E. 4.3.4.

2. Die GmbH im Besonderen

Personalvorsorgestiftungen sind i.d.R. eine vom Arbeitgeberunternehmen getrennte, selbstständig organisierte und verwaltete juristische Person, deren Organpflichten durch den Stiftungsrat selbstständig wahrzunehmen sind.¹⁸ Im Bereich des Obligatoriums enthält Art. 51 Abs. 1 BVG den Grundsatz der paritätischen Verwaltung. Danach haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, in das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung die gleiche Anzahl von Vertretern zu entsenden.¹⁹ Ist die GmbH demnach Arbeitgeberin, so ist sie entsprechend im obersten Stiftungsorgan paritätisch vertreten.

Hingegen muss in ausserobligatorischen Vorsorgeeinrichtungen, namentlich in Wohlfahrtseinrichtungen, keine paritätische Besetzung bestehen. In rein patronalen Vorsorgeeinrichtungen, in die Versicherte keine Beiträge leisten, kann somit das oberste Organ auch eine reine Arbeitgebervertretung aufweisen.²⁰ Es wäre demnach möglich, dass das oberste Organ lediglich aus Vertretern der GmbH besteht.

Nebst den entsandten formellen Organen kann auch die GmbH als Arbeitgeberin selbst als faktisches Organ haftbar werden, wenn sie sich organtypisch in die Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung einmischt.²¹

IV. Haftungsvoraussetzungen

Haftungsvoraussetzungen sind das Vorliegen eines Vermögensschadens, der Widerrechtlichkeit oder der Vertragsverletzung, des Verschuldens und des Kausalzusammenhangs. Ferner sind die Verjährungsfristen des geltend gemachten Schadens zu beachten. Die Haftungsvoraussetzungen nach Art. 52 BVG und Art. 52 AHVG scheinen auf den ersten Blick deckungsgleich, gleichwohl ergeben sich bei genauerer Betrachtung bedeutende Unterschiede, auf welche hier eingegangen sei.

A. Schaden

1. Art. 52 AHVG

Nach Art. 52 AHVG liegt stets ein Schaden vor, wenn eine Forderung der Ausgleichskasse aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr eingetrieben

¹⁸ BÜHLER/HÄRING, 135.

¹⁹ STAUFFER, Rz. 1604.

²⁰ STAUFFER, Rz. 1605.

²¹ Vgl. BÜHLER/HÄRING, 136.

werden kann, sei es durch Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, sei es durch Verwirkung, wobei die Höhe des Schadens dem Umfang der ungedeckten Beitragsforderung entspricht.²²

Der Schaden tritt in *rechtlicher* Hinsicht ein, wenn nach Art. 16 Abs. 1 AHVG die Arbeitnehmer- oder Arbeitgeberbeiträge an die Sozialversicherungen nicht innerhalb der begrenzten Fünfjahresfrist durch Erlass einer Verfügung im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden können.²³

Der Schaden ist in *tatsächlicher* Hinsicht dann gegeben, wenn die ausstehenden Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers von der Ausgleichskasse nicht mehr eingefordert werden können.²⁴ In der Praxis ist dies bei konkursiten Arbeitgebern regelmässig der Fall.²⁵ Die Zahlungsunfähigkeit aus der sozialversicherungsrechtlichen Perspektive kann bei einer GmbH unabhängig von einer Konkursöffnung eintreten: Denn kommen juristische Personen ihren Beitragspflichten nicht nach, kann die Ausgleichskasse nach Art. 43 SchKG nur auf Pfändung und nicht Konkurs betreiben.²⁶ Überweist der Arbeitgeber die geschuldeten Beiträge nicht rechtzeitig, so leitet die Ausgleichskasse das Inkassoverfahren ein. Dabei kann sie grundsätzlich nur auf Pfändung betreiben. Ist der Arbeitgeber zahlungsunfähig, kommt die Ausgleichskasse in der Betreibung ganz oder teilweise zu Verlust, was im definitiven Pfändungsverlustschein dokumentiert wird (Art. 115 Abs. 1 und 149 SchKG). Mit der Ausstellung des definitiven Verlustscheins tritt der Schaden ein und es wird die absolute Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 AHVG ausgelöst.²⁷

Unter den Schaden fallen Beiträge der AHV, IV, EO, ALV und der Familienzulagenordnung. Ein Schaden, der aus der Nichtbezahlung von Beiträgen an Vorsorgeeinrichtungen entstanden ist, kann hingegen nicht auf dem in Art. 52 AHVG vorgesehenen Verfahren gedeckt werden.²⁸ Ebenso werden Folgekosten wie Verwaltungskostenbeiträge, Mahngebühren, Veranlagungs- und Betreibungskosten als Teil des Schadens i.S.v. Art. 52 AHVG anerkannt.²⁹ Eine Verzugszinspflicht auf der Schadenssumme selbst ist gesetzlich nicht geregelt. Sie bildet jedoch Bestandteil des Schadens für rückständige Beiträge.³⁰ Hingegen ist umstritten, ob Ordnungsbussen vom Schadensbegriff umfasst werden.³¹

²² GALEAZZI WANGELER, CGSS 2011, 122; GÄCHTER, 358.

²³ Vgl. Art. 16 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 39 Abs. 1 AHVV.

²⁴ GALEAZZI WANGELER, CGSS 2011, 122.

²⁵ Vgl. statt vieler BGer 9C_442/2014 vom 24. November 2014 sowie 9C_906/2013 vom 22. Oktober 2014.

²⁶ REICHMUTH, Rz. 352.

²⁷ REICHMUTH, Rz. 352.

²⁸ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Art. 52 AHVG N 20 ff.

²⁹ BGE 121 III 384.

³⁰ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Art. 52 AHVG N 26.

³¹ Verneinend EVG H 194/96 vom 4. November 1996; bejahend BGE 121 III 382, 384 E. 3b.bb.

2. Art. 52 BVG

Als Schaden gilt jede Verminderung des Stiftungsvermögens.³² Der Schaden kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte. Eine blossse Vermögensgefährdung ist ebenfalls ein Schaden, wenn das Vermögen in einem Masse gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist.³³ Beispiel eines Schadens stellt etwa die Situation dar, wenn der Vorsorgeeinrichtung eine Vermögensverminderung wegen eines nicht mehr einbringlichen Darlehens entsteht.³⁴

B. Widerrechtlichkeit und Vertragsverletzung

1. Art. 52 AHVG

Art. 52 Abs. 1 AHVG verlangt ferner, dass der Schaden durch ein widerrechtliches Verhalten verursacht wurde.³⁵ Demnach hat der Arbeitgeber, bzw. dessen Organe, den Schaden der Ausgleichskasse nur zu ersetzen, wenn er ihn durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften verursacht hat. Darunter fallen die den Arbeitgeber betreffenden Verhaltensbestimmungen des AHVG, insbesondere die Pflicht des Arbeitgebers, bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen an die Ausgleichskassen weiterzuleiten. Ebenso hat der Arbeitgeber diesbezüglich der Ausgleichskasse regelmässig Abrechnungsunterlagen zuzustellen. Sofern ein Organ zur Verantwortung gezogen wird, muss für die Begründung eines widerrechtlichen Verhaltens überdies eine Verletzung einer Organpflicht vorliegen.³⁶

Als Verletzung von Vorschriften im weiten Sinne ist nicht nur die der AHV-Gesetzgebung zu verstehen. Widerrechtlich handelt beispielsweise, wer seine eigene Zahlungsunfähigkeit durch vorsätzliche oder grobfahrlässige Missachtung des Sorgfaltsgebotes verursacht. Auch Weisungen (z.B. des BSV an die Arbeitgeber) können vom Begriff der «Vorschriften» i.S.v. Art. 52 Abs. 1 AHVG erfasst werden.³⁷

³² Vgl. FRETZ, 2009, 240; OFK-VETTER-SCHREIBER, Art. 52 BVG N 6.

³³ OFK-VETTER-SCHREIBER, Art. 52 BVG N 6.

³⁴ BGE 128 V 124, 126 ff.

³⁵ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Art. 52 AHVG N 32 f.

³⁶ FRETZ, HAVE 2009, 241.

³⁷ Dazu eingehend REICHMUTH, Rz. 502 ff.

2. Art. 52 BVG

Gemäss einem Teil der Lehre ist bei Art. 52 BVG ebenfalls auf das Kriterium der Widerrechtlichkeit abzustellen. Diese liegt in erster Linie vor, wenn gesetzliche oder reglementarische Anlagenormen verletzt worden sind. Zu diesen Normen gehört auch eine allgemeine Sorgfaltspflicht. Überdies sind besondere vertragliche Vereinbarungen zwischen der Vorsorgeeinrichtung und den handelnden Personen unter Umständen als haftungsverschärfende Regeln zu beachten.³⁸

Hingegen stellt ein anderer Teil der Lehre auf das Kriterium der Vertragsverletzung ab.³⁹ Nach dieser Auffassung ist die Verletzung von gesetzlichen oder reglementarischen Vorschriften alleine unzureichend, um eine Vertragsverletzung zu bejahen. Es ist zusätzlich zu prüfen, ob eine vertragliche Verpflichtung der betreffenden Person besteht, die Durchsetzung der entsprechenden berufsvorsorglichen Bestimmung sicherzustellen.⁴⁰

Wird auf das Kriterium der Vertragsverletzung abgestellt, so hätte dies unter anderem den Vorteil, dass das Verschulden nicht mehr nachgewiesen werden müsste. Der Exkulpationsbeweis obläge demnach der beklagten Person. Hinsichtlich faktischer Organe fehlt es allerdings in der Regel an einem Vertrag mit dem entsprechenden Pflichtenkatalog, weshalb nach der hier vertretenen Ansicht das Kriterium der Widerrechtlichkeit genügen sollte, um die Durchsetzung von Ansprüchen nach Art. 52 BVG gegenüber faktischen Organen nicht zu vereiteln.

C. Verschulden

1. Art. 52 AHVG

In der Lehre werden vereinzelt Stimmen laut, wonach Art. 52 AHVG faktisch eine Kausalhaftung begründe.⁴¹ Diese Annahme widerspricht dem gesetzlichen Wortlaut, schliesslich setzt Art. 52 AHVG klar ein qualifiziertes schuldhaftes Verhalten durch *absichtliche* oder *grob fahrlässige* Missachtung von Vorschriften voraus. So verdeutlicht ein Entscheid des Bundesgericht das Nichtvorliegen einer Kausalhaftung: Die blosser Nichtbezahlung von AHV-Beiträgen mangels Liquidität dürfe denn auch noch keinem qualifiziertem Verschulden gleichgesetzt werden, weil dies auf eine gesetzwidrige Kausalhaftung hinauslaufen würde. Folgerichtig könne die Nichtbezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen entschuldbar sein, wenn bei ungenügender Liqui-

³⁸ GEISER, SZS 2005.

³⁹ STAUFFER, N 1660 ff.; SHK-KIESER, Art. 52 N BVG 32.

⁴⁰ SHK-KIESER, Art. 52 BVG N 33.

⁴¹ So zum Beispiel HÄUSERMANN, Insolvenz und Wirtschaftsrecht 1998.; STAEHELIN, AJP 2013, 1735, 1738; MÜLLER/LIPP/PLÜSS, 379.

dität eine Arbeitgeberin zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere solche der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedige, sofern sie auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen dürfe, sie werde die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzahlen können.⁴²

Zur Beurteilung des Verschuldens ist eine doppelstufige Prüfung vorzunehmen: Erstens muss der Arbeitgeber eine Vorschrift (AHVG, andere Erlasse, Weisungen) verletzt haben, zweitens muss zusätzlich eine Verletzung seiner Organpflicht vorliegen.⁴³

Es ist abzuwägen, ob und inwieweit eine Handlung der Unternehmung einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Firma zuzurechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden.⁴⁴

Absicht bedeutet ein Handeln mit Wissen und Willen i.S.v. Art. 12 Abs. 2 StGB. Grobfahrlässig handelt, wer jene Pflichten ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen hätte einleuchten müssen.⁴⁵ So hat das Bundesgericht das Unterlassen der Deklaration der Einkommen von Clubarbeiterinnen durch den Geschäftsführer einer GmbH, die im Prostitutionsgewerbe aktiv war, als grobfahrlässig eingestuft: Der Geschäftsführer machte geltend, er sei davon ausgegangen, dass im Kanton Bern «Sexarbeit» praxisgemäss als selbständige Erwerbstätigkeit gelte. Das Bundesgericht konnte dieser Argumentation nicht folgen. Es führte aus, dass der Geschäftsführer mit der Ausgleichskasse hätte Kontakt aufnehmen müssen, um die Ungewissheit über die Abrechnungspflicht zu beseitigen.⁴⁶

Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt hängt von den Umständen ab, die von jener Arbeitgeberkategorie, welcher die betreffende Person angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss.⁴⁷ Hierfür ist eine Analyse des konkreten Falles erforderlich. Als Kriterien der Beurteilung der Verschuldung werden unter anderem die Organisation und Aufgabendelegierung innerhalb des Arbeitgebers, die Passivität des Arbeitgebers und seiner Organe, die Dauer der Beitragsausstände sowie die Unternehmensgrösse berücksichtigt.⁴⁸ Bei Grossunternehmen sind die Anforderungen an

⁴² BGer 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.3.

⁴³ KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Art. 52 AHVG N 33.

⁴⁴ BGE 108 V 199, 203 E. 3.

⁴⁵ Vgl. BGE 112 V 156, 159 E. 4.

⁴⁶ BGer 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013 E. 5.3.

⁴⁷ BGE 112 V 156, 159 E.4.

⁴⁸ Hierzu ausführlich REICHMUTH, Rz. 568 ff.

die Pflichten des delegierenden Organes geringer. Gemäss Rechtsprechung wird nicht verlangt, dass sich das delegierende Organ näher mit dem Zahlungsverkehr und der ordnungsgemässen Leistung von Sozialversicherungsbeiträgen zu befassen hat.⁴⁹ Hingegen gelten strengere Anforderungen an die Überwachungs- und Kontrollpflichten bei Kleinunternehmen.⁵⁰ Es wird vom zuständigen Organ erwartet, über sämtliche Belange der Gesellschaft inklusive des Beitragswesens im Bilde zu sein, selbst wenn die Befugnisse weitgehend delegiert wurden.⁵¹ Bei der GmbH sei in diesem Zusammenhang auf Art. 812 OR verwiesen, wonach mit Aufgaben betraute Dritte grundsätzlich selbständig haften. Hinsichtlich der Delegation dürfte sich daher die Haftung der GmbH und ihrer Organträger auf die Auswahl, Überwachung und Kontrolle beschränken.⁵²

Das AHV-Recht enthält keine Bestimmung hinsichtlich der Zulassung von Herabsetzungsgründen im Rahmen der Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG. Gleichwohl kann unter analoger Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR und Art. 4 Abs. 1 VG bei grobem Verschulden seitens der Ausgleichskasse die Ersatzpflicht ermessensweise herabgesetzt werden, ohne jedoch vollständig wegzufallen.⁵³ Die Ausgleichskasse begeht dann eine grobe Pflichtverletzung, wenn sie elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat.⁵⁴

Unter gewissen Umständen akzeptiert die Rechtsprechung auch Rechtfertigungsgründe. Diese müssen für den Zeitraum gegeben sein, in welchem die entgangenen Forderungen zu entrichten waren. Bejaht wurde dies, wie bereits erwähnt, bei Liquiditätsengpässen.⁵⁵ Hingegen bildeten die Delegation von Kompetenzen oder Ehrenamtlichkeit alleine noch keine zureichenden Exkulpationsgründe.⁵⁶

2. Art. 52 BVG

Zur Haftungsbeurteilung von Art. 52 BVG genügt bereits ein leicht fahrlässiges Handeln.⁵⁷ Für die Beurteilung ist eine Würdigung der Umstände des Einzelfalles nötig, wobei dem Richter bei der Bewertung der Fahrlässigkeit ein Ermessen zusteht.⁵⁸ Die Verantwortlichkeit bemisst sich nach einem objektiven Sorgfaltsmassstab. Ferner ist die im Einzelfall geschuldete Sachkunde zu berücksichtigen, es

⁴⁹ BGE 108 V 199, 203.

⁵⁰ REICHMUTH, Rz 638.

⁵¹ BGE 112 V 1, 2 E. I.2.b.

⁵² BGer 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013 E. 3 sowie 9C_145/2010 vom 15. Juli 2010 E. 5.2.

⁵³ BGE 122 V 185, 187 E. 3b.

⁵⁴ BGE 122 V 185, 189 E. 3c.

⁵⁵ ZAK 1988 600 E. 5c.

⁵⁶ BGer 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013 E. 3 sowie 9C_145/2010 vom 15. Juli 2010 E. 5.2.

⁵⁷ FRETZ, HAVE 2009, 243.

⁵⁸ BGE 128 V 124, 132 E. 4e.

kommen dementsprechend ebenfalls subjektive Kriterien zum Tragen. Art. 52 BVG ist zwingendes Recht; ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ist nicht möglich.⁵⁹ Zur Entlastung können auch nicht Unerfahrenheit, Überforderung, Fernbleiben von wichtigen Sitzungen oder Stimmenthaltung vorgebracht werden.⁶⁰

Gemäss Art. 35 Abs. 3 der Verordnung 2 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge⁶¹ können die Organe der Stiftung ihre Aufgaben delegieren. In diesem Zusammenhang wird ein Verschulden angesichts der Zulässigkeit der Delegation zu prüfen sein, namentlich auf die sorgfältige Auswahl, Instruktion und Überwachung des Delegierten.⁶² Der Stiftungsrat kann hingegen gewisse, in Art. 51a Abs. 2 BVG aufgelistete, wesentliche Aufgaben nicht delegieren. Unter Umständen wird der Stiftungsrat daher auf die Hilfe von Sachverständigen angewiesen sein. Auf verständlich erklärte Angaben eines richtig instruierten, qualifizierten Fachmannes darf sich der Stiftungsrat verlassen, solange keine Indizien vorliegen, dass sie falsch sind.⁶³

Betreffend die Herabsetzungsgründe kommen bei Art. 52 BVG die allgemeinen Regelungen gemäss Art. 43 und 44 OR zur Anwendung.⁶⁴ Das Mitverschulden der Vorsorgeeinrichtung ist demnach bei der Schadensberechnung ähnlich wie bei Art. 52 AHVG zu berücksichtigen.

D. Kausalität

1. Art. 52 AHVG

Hinsichtlich der Kausalität gelten die allgemeinen Grundsätze; relevant ist in der Praxis lediglich der adäquate Kausalzusammenhang,⁶⁵ demnach ist nur diese Ursache haftungsbegründend, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist, den eingetretenen Erfolg zu bewirken.⁶⁶

⁵⁹ SHK-KIESER, Art. 52 BVG N 27 ff.; MONTAVON, 233.

⁶⁰ BÜHLER/HÄRING, 79.

⁶¹ SR 831.441.1.

⁶² OFK-VETTER-SCHREIBER, Art. 52 BVG N 26; Anwendungsbeispiele: BGer 9C_227/2014, 9C_228/2014, 9C_244/2014, 9C_245/2014, 9C_246/2014 und 9C_267/2014 vom 18. Dezember 2014, in welchen u.a. die ehemaligen Stiftungsräte der BVG-Sammelstiftung «First Swiss Pensions Fund» für rund 30 Millionen Franken an Vorsorgegeldern, die im Zusammenhang mit der Delegation von Aufgaben aus der Kasse verschwanden, vom Bundesgericht verantwortlich erklärt wurden.

⁶³ OFK-VETTER-SCHREIBER, Art. 52 BVG N 27.

⁶⁴ BGer 9C_579/2007 vom 18. März 2008 E. 2.

⁶⁵ KNUS, 58; GALEAZZI WANGELER, CGSS 2011, 126.

⁶⁶ KNUS, 58.

Der adäquate Kausalzusammenhang wird ebenfalls bei der Frage des Mitverschuldens seitens der Ausgleichskasse gefordert: Ist eine grobe Pflichtverletzung der Ausgleichskasse wie die Missachtung elementarer Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezuges für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal, kann der Schadenersatz ermessensweise herabgesetzt werden.⁶⁷

Bejaht wurde vom Bundesgericht der Kausalzusammenhang, als eine Gesellschaft einen ihr noch zustehenden Betriebskredit, mit welchem die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge hätten bezahlt werden können, nicht beansprucht hat.⁶⁸ Wenn sich hingegen im Verfahren gegen einen Geschäftsführer einer insolventen Gesellschaft herausstellt, dass der Schaden bereits vor seinem Antritt eingetreten war und der Geschäftsführer nichts daran hätte ändern können, so fehlt der adäquate Kausalzusammenhang.⁶⁹ Gleichermassen kann ein passives Verhalten seitens des Arbeitgebers oder dessen Organe einen adäquaten Kausalzusammenhang begründen; insbesondere kann ein Verwaltungsrat sich nicht darauf berufen, aufgrund der Machtverteilung im Verwaltungsrat hätte sich eine Intervention seinerseits betreffend ausstehender AHV-Beiträge erübrigt.⁷⁰

2. Art. 52 BVG

Zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden muss ein natürlicher Kausalzusammenhang bestehen. Dieser ist gegeben, wenn ohne die betreffende Handlung oder Unterlassung die konkrete Schädigung nicht eingetreten wäre. Zusätzlich bedarf es des adäquaten Kausalzusammenhangs.⁷¹

E. Verjährung

1. Art. 52 AHVG

Bei den Fristen nach Art. 52 AHVG handelt es sich um Verjährungsfristen, welche unterbrochen werden können.⁷² Das Bundesgericht hat diesbezüglich kürzlich allerdings festgehalten, dass die Schadenersatzforderung mit der Beitragsforderung nicht identisch sei und eine eigenständige Forderung darstellt, die auch in Bezug auf die Verjährung ein eigenes Schicksal hat. Die Ausgleichskasse hat demnach, um die

⁶⁷ BGer 9C_228/2008 vom 5. Februar 2008 E. 4.2.3.

⁶⁸ BGer 9C_228/2008 vom 5. Februar 2008 E. 4.4 gemäss welchem das Mitverschulden seitens der Ausgleichskassen zur Herabsetzung des Schadens führt.

⁶⁹ BGE 119 V 401, 406 E. 4a.

⁷⁰ So in BGer 9C_442/2014 vom 24. November 2014 E. 5.3.

⁷¹ BGE 125 V 456, 461 f. E. 5a.

⁷² BGE 135 V 74, 77, E. 4. 2 ff.

Verjährung der Schadenersatzforderung zu unterbrechen, nebst der Beitragsverfügung rechtzeitig eine Schadenersatzverfügung gegen den Arbeitgeber bzw. die haftungspflichtigen Organe zu erlassen.⁷³

Nach Art. 52 Abs. 3 AHVG verjährt die Schadenersatzforderung innerhalb der relativen Zweijahresfrist seit Kenntnis des Schadens.⁷⁴ Die Kenntnis ist regelmässig von dem Zeitpunkt an gegeben, in welchem die Ausgleichskasse unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass die tatsächlichen Gegebenheiten nicht mehr erlauben, die Beiträge einzufordern, wohl aber eine Schadenersatzpflicht begründen können.⁷⁵ Ferner muss der Schuldner bekannt sein.⁷⁶ Die absolute Fünfjahresfrist beginnt ab dem Zeitpunkt des Schadenseintrittes zu laufen, wobei der Schaden als eingetreten gilt, wenn anzunehmen ist, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen (Eintritt der Beitragsverwirkung) oder tatsächlichen Gründen (Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin) nicht mehr eingefordert werden können.⁷⁷

Wird die Schadenersatzforderung durch eine strafrechtliche Handlung verursacht, für die das Strafrecht eine längere Verjährungsfrist vorsieht, so gilt diese Frist (Art. 52 Abs. 4 AHVG).

2. Art. 52 BVG

Art. 52 BVG sieht eine relative Fünfjahresfrist seit Kenntnis des Schadens und eine absolute Frist von zehn Jahren seit Eintritt des Schadens vor. Auch hier handelt es sich um Verjährungsfristen.⁷⁸ Für den Beginn der relativen Frist ist auf den Zeitpunkt abzustellen, an dem die Vorsorgeeinrichtung Kenntnis des Schadens und der Person der Ersatzpflichtigen hat.⁷⁹ Die absolute Zehnjahresfrist beginnt mit dem Tag der «schädigenden Handlungen», wobei auf den Abschluss der letzten schädigenden Handlung abzustellen ist.⁸⁰ Im Gegensatz zu Art. 52 AHVG sieht Art. 52 BVG keine längeren Fristen entsprechend strafrechtlichen Bestimmungen vor. In der Lehre wird eine längere Frist entsprechend den strafrechtlichen Bestimmungen bejaht, das Schweigen in Art. 52 BVG diesbezüglich sei lediglich ein «oubli» des Gesetzgebers ohne weitere Konsequenzen.⁸¹

⁷³ Vgl. BGer 9C_423/2014 vom 10. August 2015 E. 4.1 ff.

⁷⁴ BGer 9C_713/2013 vom 30. Mai 2014 E. 4.4.1; dazu auch HÜRBIN, Jusletter 13. August 2012, Rz. 45.

⁷⁵ BGE 129 V 193, 195 E. 2.1.

⁷⁶ REICHMUTH, Rz. 820.

⁷⁷ BGE 129 V 193, 195 E. 2.1. ff.

⁷⁸ SHK-KIESER, Art. 52 BVG N 43.

⁷⁹ BGE 135 V 163, 165 E. 4.1.

⁸⁰ FRETZ, HAVE 2009, 246.

⁸¹ TRIGO TRINDADE, 159; MONTAVON, 236.

Nach Art 52 Abs. 3 BVG unterliegen schadenersatzpflichtige Organe der Pflicht, die allenfalls übrigen verantwortlichen Organe zu informieren. Ferner wird die Geltendmachung von Regressansprüchen einer fünfjährigen Verjährungsfrist unterstellt. Diese fünfjährige Frist beginnt mit dem Zeitpunkt der Leistung von Schadenersatz an zu laufen.

V. Verfahrensrechtliche Aspekte

A. Art. 52 AHVG

Die Ausgleichskasse macht ihre Schadenersatzforderung mit Verfügung geltend.⁸² Gegen diese Verfügung können die Adressaten Einsprache erheben. Wollen Adressaten der Verfügung gegen die Schadenersatzverfügung ein Rechtsmittel erheben, so kommen für das Verfahren die Bestimmungen von Art. 56 bis Art. 61 ATSG zur Anwendung, sofern keine abweichenden spezialgesetzlichen Bestimmungen vorgesehen sind. Jeder Kanton hat ein Versicherungsgericht als einzige Instanz zur Beurteilung von Beschwerden aus dem Bereich des Bundessozialversicherungsrechts zu bestellen (Art. 57 ATSG).

In Abweichung von Artikel 58 Abs. 1 ATSG ist für die Beschwerde das Versicherungsgericht des Kantons örtlich zuständig, in welchem der Arbeitgeber seinen Sitz hat. Nicht relevant ist hier der Wohnsitz des schadenersatzpflichtigen Organs.⁸³

Die Beschwerde hat – sofern sie nicht entzogen wird – aufschiebende Wirkung, auch wenn dies gesetzlich nicht explizit geregelt wird.⁸⁴ Die gesetzlichen Grundlagen der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht befinden sich in Art. 62 ATSG i.V.m. Art. 201 AHVV und Art. 82 ff. BGG. Die Beschwerde ist an den Mindeststreitwert von CHF 30'000 gebunden, sofern sich nicht eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, die allerdings restriktiv auszulegen ist.⁸⁵ Im Gegensatz zum kantonalen Verfahren hat die Beschwerde vor dem Bundesgericht grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung (vgl. Art. 103 Abs. 1 BGG).

⁸² Anwendungsbeispiel: BGer 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013.

⁸³ BGer H 130/06 vom 13. Februar 2007 E. 4.2.

⁸⁴ REICHMUTH, Rz. 1065.

⁸⁵ Anwendungsbeispiel: BGer 9C_214/2014 vom 30. September 2014.

B. Art. 52 BVG

Im kantonalen Verfahren bestimmt sich die Zuständigkeit nach Art. 73 BVG. Ferner ist das BVG im Gegensatz zum AHVG nicht den Verfahrensregeln des ATSG unterstellt.

In der Lehre ist umstritten, ob ein Gericht nach Art. 73 BVG auch für Klagen zuständig ist, die u.a. mit Art. 41 ff. OR begründet sind. Schliesslich handelt es sich beim Verfahren nach Art. 73 BVG um ein öffentlich-rechtliches Gerichtsverfahren, beherrscht von den Grundsätzen des Untersuchungsprinzips sowie der Kostenlosigkeit.⁸⁶ Nach der hier vertretenen Ansicht wäre die Zulassung von zivilrechtlichen Ansprüchen aus prozessökonomischen Gründen zu begrüssen. Indes könnte wie im Strafverfahren an die zivilrechtlichen Forderungen erhöhte Anforderungen gestellt werden. Die Zivilforderung müsste ausreichend begründet und beziffert sein und könnte bei unverhältnismässigem Aufwand auf den Zivilweg verwiesen werden.

Gegen Entscheide des kantonalen Gerichts kann bei der II. sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheit erhoben werden (Art. 73 BVG i.V.m. Art. 35 lit. e BGerR). Die Beschwerde ist auch hier an die Restriktionen von Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG gebunden, namentlich den Mindeststreitwert von CHF 30'000 oder das Erfordernis der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung.⁸⁷

VI. Vergleich

A. Vorbemerkungen

Nach Art. 50 ATSG können Streitigkeiten über sozialversicherungsrechtliche Leistungen durch Vergleich erledigt werden. Vorliegend soll kurz erläutert werden, ob dieser Grundsatz auch für Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG gilt.

B. Art. 52 AHVG

Gemäss Art. 1 AHVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die im ersten Teil geregelte Alters- und Hinterlassenenversicherung anwendbar, soweit das AHVG keine ausdrückliche Abweichung vorsieht. Die Verantwortlichkeitsbestimmung nach Art. 52 AHVG wird im ersten Teil geregelt, überdies fehlt es im AHVG an einer ex-

⁸⁶ SHK-KIESER, Art. 52 BVG N 52.

⁸⁷ FRETZ, HAVE 2009, 249.

pliziten Regelung zum Vergleich. Aufgrund dieser Ausgangslage scheint die Zulässigkeit eines Vergleichs naheliegend. Die wohl herrschende Lehre sowie die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichts bejahen die Möglichkeit eines Vergleichs, dieser müsse allerdings gerichtlich genehmigt werden.⁸⁸ Gleichwohl wird die Zulässigkeit des Vergleichs in der Lehre vereinzelt verneint.⁸⁹

C. Art. 52 BVG

Wie bei Art. 52 BVG befürwortet die herrschende Lehre die Möglichkeit eines Vergleichs, der gerichtlich genehmigt werden muss.⁹⁰

VII. Exkurs: Steuerliche Abzugsfähigkeit von Schadenersatzzahlungen

Soweit eine erwerbstätige Person wegen einer Haftung oder Verantwortlichkeit Zahlungen zu erbringen hat, stellt sich in steuerrechtlicher Hinsicht die Frage, ob im entsprechenden Umfang ein Abzug vom Erwerbseinkommen erfolgen kann oder nicht.⁹¹

Abzugsfähig sind im Grundsatz die geschäfts- oder berufsmässig begründeten Aufwendungen. Auslagen sind geschäftsmässig begründet, wenn sie mit dem erzielten Erwerb unternehmenswirtschaftlich in einem unmittelbaren und direkten (organischen) Zusammenhang stehen.⁹² Ein Abzug kommt grundsätzlich nur infrage bei Kausalhaftung oder wenn eine leichte Fahrlässigkeit zur Haftung geführt hat.⁹³ Liegt demnach ein grobfahrlässiges oder vorsätzliches Handeln vor, so kann in steuerlicher Hinsicht für eine Verantwortlichkeitszahlung kein Abzug vorgenommen werden.⁹⁴ Demzufolge müssten Abzüge gestützt auf Art. 52 AHVG unzulässig sein, da diese Bestimmung gerade *grobfahrlässiges* bzw. absichtliches Verursachen des Schadens voraussetzt. Dennoch wird in einem kantonalen Entscheid die Grobfahrlässigkeit von Art. 52 AHVG relativiert mit der Begründung, diese könne unter Umständen in steuerrechtlicher Hinsicht als leichtfahrlässig betrachtet werden.⁹⁵ Für eine Haftung nach Art. 52 BVG genügt im Gegensatz bereits das Vorliegen von leichter Fahrlässigkeit.

⁸⁸ GALEAZZI WANGELER, CGSS 2011, 127; FRETZ, HAVE 2009, 248; BGE 135 V 65; EGLI, 151.

⁸⁹ CADOTSCH, SZS 2014, 48.

⁹⁰ FRETZ, HAVE 2009, 249.

⁹¹ SCHAFFHAUSER/KIESER, 135.

⁹² BGE 113 Ib 114, 118 E. 2c.

⁹³ SCHAFFHAUSER/KIESER, 135 f.

⁹⁴ BGE 124 II 29, 30 E. 2 ff..

⁹⁵ SGE 2004 Verwaltungsrekurskommission des Kantons St. Gallen vom 6. April 2004, Nr. 7.

Dementsprechend dürfte – zumindest wenn der Schädiger leichtfahrlässig gehandelt hat – die Abzugsfähigkeit des Schadens zu bejahen sein.

VIII. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die GmbH nach Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG haftbar werden kann. Voraussetzung für die Haftung ist einerseits das Vorliegen eines (vermögensrechtlichen) Schadens, wobei bei Art. 52 BVG bereits eine blosser Gefährdung des Vermögens ausreichend ist. Ferner muss ein widerrechtliches Verhalten bzw. eine Vertragsverletzung vorliegen. Nach der hier vertretenen Ansicht ist auch bei Art. 52 BVG auf das Kriterium der Widerrechtlichkeit abzustellen. Überdies muss ein Verschulden vorliegen – auch wenn in der Lehre vereinzelt von einer Kausalhaftung gesprochen wird. Art. 52 AHVG setzt grobe Fahrlässigkeit voraus, wobei hingegen bei Art. 52 BVG bereits leichte Fahrlässigkeit genügt. Weiter muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem Schaden und dem Verhalten des Schädigers vorliegend. Sodann gilt es, die unterschiedlich langen Verjährungsfristen von Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG zu beachten. Aktivlegitimiert zur Klage ist die geschädigte Versicherung bzw. Vorsorgeeinrichtungen, dem Versicherten hingegen ist eine direkte Klage gestützt auf Art. 52 AHVG oder Art. 52 BVG verwehrt.

Ferner ist Art. 52 AHVG als primäre Arbeitgeberhaftung ausgestaltet. Hingegen fällt der Arbeitgeber in Art. 52 BVG nicht in den Kreis der schadenersatzpflichtigen Personen. Gleichwohl ist eine allfällige Haftung gestützt auf Art. 52 BVG als faktisches Organ der Vorsorgeeinrichtung nicht auszuschliessen.

Trotz den Revisionen von Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG bestehen nach wie vor ungeklärte Fragen. Nicht abschliessend geklärt ist die Möglichkeit eines Vergleichs über den Schaden nach Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG. Angesichts der jüngeren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre sollte ein Vergleich zulässig sein, der gerichtlich zu genehmigen ist. Zudem bleibt offen, ob die Vorsorgeeinrichtung zivilrechtliche Forderungen gegenüber der nach Art. 52 BVG schadenersatzpflichtigen Person im gleichen Verfahren geltend machen kann. Nach der hier vertretenen Ansicht wäre dies aus prozessökonomischen Gründen zu begrüssen, allenfalls mit erhöhten Anforderungen an die Beweis- und Substantiierungslast. Ebenfalls ist in steuerrechtlicher Hinsicht noch unklar, ob eine nach Art. 52 AHVG und Art. 52 BVG verantwortliche Person den Schaden als Aufwand in Abzug bringen kann.

Literaturverzeichnis

- BOHNET FRANÇOIS/JÉQUIER GUILLAUME, L'entreprise et la personne morale en procédure civile/I.-III, in: BOHNET FRANÇOIS/HARI OLIVIER (Hrsg.), La personne morale et l'entreprise en procédure, Basel 2014
- BÜHLER CHRISTOPH B./HÄRING DANIEL, Unternehmensrisiko Pensionskasse, Verantwortlichkeit des Arbeitgeberunternehmens in Bezug auf seine Vorsorgeeinrichtung, Zürich 2013
- CADOTSCH PAUL, Sind Vergleiche über AHV-Beiträge im Beschwerdeverfahren wirklich zulässig?, SZS 2014, 48
- EGLI PHILIPP, Rechtsverwirklichung durch Sozialversicherungsverfahren Sozialversicherungsvollzug zwischen Effizienz und Fairness – Mit einer kritischen Würdigung von BGE 137 V 210, Zürich 2012
- FRETZ MÉLANIE, La responsabilité selon l'art. 52 LAVS: une comparaison, HAVE 2009, 238
- GÄCHTER THOMAS, Sozialversicherungs- und arbeitsrechtliche Folgen von schlechtem Geschäftsgang und Unternehmensübernahme, in: SIMONEK MADELEINE/GÄCHTER THOMAS/MÜLLER KARIN, Unternehmensrecht I, 2. Aufl., Zürich 2013
- GALEAZZI WANGELER DORIS, La responsabilité des organes de sociétés en cas de non-paiement des charges sociales (Art. 52 LAVS), CGSS 2011, 116
- GEISER THOMAS, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der 2. Säule, SZS 2005, 337
- HAERING DANIEL/HOCHSTRASSER CHRISTIAN, Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG: Faktische Organstellung und Grenzen der Haftung, Besprechung der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts 9C_535/2008 vom 3. Dezember 2008 und 9C_859/2007 vom 16. Dezember 2008, GesKR 2009, 246.
- HÄUSERMANN MARKUS, Die neue Tragweite von Art. 52 AHVG unter revidiertem SchKG, Insolvenz und Wirtschaftsrecht 1998, 135
- HÜRBIN SIMON, Die Haftung des Vereinsvorstands für nichtabgelieferte AHV-Beiträge, Jusletter 13. August 2012
- JAKOB DOMINIQUE/DARDEL DANIELA/UHL MATTHIAS, Verein – Stiftung – Trust – Entwicklungen 2012, in: VOGT HANS-UELI (Hrsg.), njus.ch, Bern 2013
- KIESER UELI, Art. 52 BVG, in: SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GEISER THOMAS/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), BVG und FZG, Bundesgesetze über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung sowie über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, Bern 2010 (zit. als SHK-KIESER, Art. 52 BVG N)
- KIESER UELI, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in: MURER ERWIN/STAUFFER HANS-ULRICH (Hrsg.), Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Zürich 2012 (zit. als KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Art. 52 AHVG N)
- KNUS MARLIES, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, Winterthur 1989
- MONTAVON PASCAL, Abrégé de droit civil, Art. 1er à 640 CC/LPart, 3. Aufl., Genf 2013
- MÜLLER ROLAND/LIPP LORENZ/PLÜSS ADRIAN, Der Verwaltungsrat, Ein Handbuch für Theorie und Praxis, Zürich 2014
- NORDIN MICHAEL/PORTMANN REGULA, Verantwortlichkeit im Unternehmenssteuerrecht, in: KUNZ PETER V./JÖRG FLORIAN S./ARTER OLIVER (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014

PORTMANN WOLFGANG/STÖCKLI JEAN-FRITZ, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2013

REICHMUTH MARCO, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Zürich 2008

SCHAFFHAUSER RENÉ/KIESER UELI (Hrsg.), AHV-Beitragsrecht: Praxis – Entwicklungen – Perspektiven: Referate der Tagung vom 31. August 2010 in Luzern, St. Gallen 2011

STAEHELIN DANIEL, Überblick über die Neuerungen im Sanierungsrecht, AJP 2013, 1735

STAUFFER HANS-ULRICH, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Zürich 2012

TRIGO TRINDADE RITA, Fondations de prévoyance et responsabilité: développements récents, in: TRIGO TRINDADE RITA/ANDERSON MARTIN (Hrsg.), Institutions de prévoyance: devoirs et responsabilité, Genf/Zürich/Basel 2006

VETTER-SCHREIBER ISABELLE, BVG/FZG, Kommentar, 3. Aufl., Zürich

Materialienverzeichnis

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG), Verbesserung der Durchführung vom 3. Dezember 2010, BBl. 2011, 543 ff.

Bundesamt für Sozialversicherungen, Mitteilungen über die Berufliche Vorsorge Nr. 85 vom 8. September 2005