



Obergericht Appenzell Ausserrhoden
2. Abteilung

Urteil vom 15. Februar 2022

Mitwirkende	Obergerichtspräsident W. Kobler Oberrichter M. Winiger, P. Louis, M. Müller, R. Kläger Obergerichtsschreiber M. Giger
Verfahren Nr.	O2V 21 20
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführer	A. vertreten durch: RA AA.
Vorinstanz	Ausgleichskasse Appenzell Ausserrhoden , Neue Steig 15, Postfach 1047, 9102 Herisau
Gegenstand	Schadenersatz nach Art. 52 AHVG Beschwerde gegen den Einspracheentscheid der Ausgleichs- kasse Appenzell Ausserrhoden vom 22. April 2021

Rechtsbegehren

a) des Beschwerdeführers:

1. Der angefochtene Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 22. April 2021 sei vollumfänglich aufzuheben und es sei die Verfügung vom 1. Dezember 2020 betreffend Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungs- und Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Betreibungskosten etc. vollumfänglich und ersatzlos aufzuheben.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST in gesetzlicher Höhe).

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

Sachverhalt

- A. Am XX.XX.1993 wurde die B. GmbH mit Sitz in C. im Handelsregister des Kantons Appenzell Ausserrhoden eingetragen. Die Gesellschaft bezweckt X. Mit Entscheid vom XX.XX.XXXX verfügte der Einzelrichter des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden die Auflösung der Gesellschaft durch Konkurs. Das Konkursverfahren wurde mit Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden vom XX.XX.XXXX mangels Aktiven eingestellt. Nachdem kein begründeter Einspruch gegen die Löschung erhoben worden war, wurde die Gesellschaft nach Massgabe von Art. 159 Abs. 5 lit. a HRegV von Amtes wegen am XX.XX.XXXX im Handelsregister des Kantons Appenzell Ausserrhoden gelöscht (act. 2.4).
- B. Mit Verfügung vom 1. Dezember 2020 verpflichtete die Ausgleichskasse Appenzell Ausserrhoden A. zur Leistung von Schadenersatz für entgangene Sozialversicherungs- und Verwaltungskostenbeiträge, Verzugszinsen, Betreibungskosten etc. im Umfang von Fr. 79'139.30 (act. 5.2). Auf erhobene Einsprache hin hielt sie mit Entscheid vom 22. April 2021 an ihrer Schadenersatzforderung vollumfänglich fest (act. 5.4).
- C. Gegen den nämlichen Einspracheentscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde von A. vom 25. Mai 2021 (act. 1). Die Vernehmlassung der Vorinstanz mit dem Antrag auf Beschwerdeabweisung erfolgte am 24. Juni 2020 (*recte* 2021; act. 4). Mit Replik vom 20. Juli 2021 hielt der Beschwerdeführer an seinem Rechtsbegehren fest (act. 7). Die Vorinstanz verzichtete auf ihr Duplikrecht.

Erwägungen

1. 1.1

Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Zuständig zur Beurteilung von Beschwerden in Sozialversicherungssachen ist das Obergericht (Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1] i.V.m. Art. 28 Abs. 1 lit. b des Justizgesetzes vom 13. September 2010 [bGS 145.31]).

1.2

Nach Art. 52 Abs. 1 AHVG, welcher sinngemäss auch im Bereich der Invalidenversicherung (Art. 66 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung, IVG, SR 831.20), der Erwerbsersatzordnung (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 25. September 1952 über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft, EOG, SR 834.1), der Arbeitslosenversicherung (Art. 6 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG, SR 837.0) und der Familienzulagen (Art. 25 lit. c des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über die Familienzulagen, FamZG; SR 836.2) Anwendung findet, hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe in Anspruch genommen werden (BGE 123 V 12 E. 5b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5). Haben mehrere Arbeitgeber oder mehrere Organe einer juristischen Person einen Schaden verursacht, haften sie solidarisch (BGE 114 V 213 E. 3 mit Hinweisen). Bezüglich örtlicher Zuständigkeit sieht Art. 52 Abs. 5 AHVG vor, dass für Beschwerden hinsichtlich der Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG das Versicherungsgericht desjenigen Kantons zuständig ist, in welchem der Arbeitgeber seinen Wohnsitz hat. Unerheblich sind der Wohnsitz des in Anspruch genommenen Organs (Urteil des Bundesgerichts 9C_725/2009 vom 15. März 2010) und die Dauer des Sitzes der Gesellschaft im Kanton (MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, S. 247). Massgebend sind die Verhältnisse im Zeitpunkt des Konkurses bzw. der Auflösung (BGE 110 V 358 E. 4b). Vorliegend hatte die B. GmbH ihren Sitz im Zeitpunkt der gerichtlichen Auflösung in C. Damit ist die örtliche Zuständigkeit des Obergerichts zu bejahen.

1.3

Im Übrigen ergibt die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der weiteren Prozessvoraussetzungen, dass diese sowohl hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung als auch hinsichtlich der Form- und Fristerfordernisse erfüllt sind (Art. 12 und 52 AHVG, Art. 60 Abs. 1 und Art. 61 lit. b ATSG, Art. 28 lit. b Justizgesetz sowie Art. 54, Art. 56 und Art. 59 des Gesetzes vom 9. September 2002 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG, bGS 143.1]). Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.

2. Eine subsidiäre Organhaftung im Sinne von Art. 52 AHVG kann definitionsgemäss nur in Frage kommen, wenn die in Anspruch genommene Person den Organbegriff tatsächlich erfüllt. Vorliegend ergeht aus dem einschlägigen Handelsregistrauszug, dass der Beschwerdeführer bei der B. GmbH als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift eingetragen war (act. 2.4). Er ist als formelles und faktisches Gesellschaftsorgan zu qualifizieren. In dieser Eigenschaft gehört er unstreitig jenem Personenkreis an, bezüglich welchem Art. 52 AHVG eine subsidiäre Haftung für Beitragsausstände der Gesellschaft vorsieht, womit diese Haftungsvoraussetzung erfüllt ist.

3. 3.1

Die Haftung nach Art. 52 AHVG bedingt sodann den Eintritt eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht (THOMAS NUSSBAUMER, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.). Verwaltungs- und Betreuungskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 382 E. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 und BGE 108 V 189 E. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5).

3.2

Die Schadenersatzforderung entsteht mit dem Eintritt des Schadens, welcher seinerseits auf einen rechtlichen Grund, die Verwirkung der Beiträge (Art. 16 Abs. 1 AHVG), oder aber auf einen tatsächlichen Grund, nämlich die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers, zurückgeht. In diesem Zeitpunkt beginnt die absolute fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 52 Abs. 3 erster Satz AHVG zu laufen, das heisst im Falle der Verwirkung der Beitragsforderung mit

deren Eintritt und im Falle der Uneinbringlichkeit, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können, in der Regel mit der Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins oder mit der Konkurseröffnung über den Arbeitgeber (vgl. statt vieler BGE 141 V 487 E. 2.2).

3.3

Vorliegend machte die Vorinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer mit Verfügung vom 1. Dezember 2020 einen Schaden von total Fr. 79'139.-- geltend. Dieser ist gemäss einer von der Vorinstanz vorgelegten Aufstellung in folgende Positionen gegliedert: Differenzrechnung Januar – September 2019, entsprechend einem Saldo von Fr. 51'271.--; Lohnbeiträge Oktober 2019, entsprechend einem Saldo von Fr. 19'533.05; Lohnbeiträge Dezember 2019, entsprechend einem Saldo von Fr. 19'370.95; Lohnbeiträge Januar – Dezember 2019, entsprechend einem Saldo von Fr. 18'694.--. Zuletzt wurde eine Position "Guthaben/Zahlung" lautend auf einen Betrag von Fr. 30'000.-- berücksichtigt, womit sich im Ergebnis die betreffende Summe von Fr. Fr. 79'139.-- errechnete (act. 2.3). Mit Blick darauf, dass das gegen die B. GmbH angestrebte Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt und die Gesellschaft in der Folge aus dem Handelsregister gelöscht wurde (vgl. oben A.), kann in diesem Fall der bezifferte Schaden als ausgewiesen gelten, zumal dieser in masslicher Hinsicht vom Beschwerdeführer nie bestritten wurde.

4. Die Begründung einer Haftung nach Art. 52 AHVG setzt des Weiteren Widerrechtlichkeit, d.h. das Vorliegen einer Pflichtverletzung auf Seiten des Arbeitgebers voraus.

4.1

a) Was die Frage nach einem widerrechtlichen Verhalten des Arbeitgebers betrifft, so schreibt Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101) vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe. Dazu hat das Bundesgericht wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften i.S.v. Art. 52 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 111 V 173 E. 2, 108 V 186 E. 1a und 192 E. 2a; ZAK 1985 S. 619 E. 3a).

b) Nach Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV haben die Arbeitgeber der Ausgleichskasse die Beiträge monatlich oder, bei jährlichen Lohnsummen unter 200'000 Franken, vierteljährlich zu bezahlen. Gemäss Art. 35 Abs. 1 AHVV haben die Arbeitgeber im laufenden Jahr periodisch Akontobeiträge zu entrichten. Diese werden von der Ausgleichskasse auf Grund der voraussichtlichen Lohnsumme des Beitragsjahres festgesetzt. Gemäss Art. 36 Abs. 4 AHVV nimmt die Ausgleichskasse den Ausgleich zwischen den geleisteten Akontobeiträgen und den tatsächlich geschuldeten Beiträgen aufgrund der Abrechnung der Arbeitgeber vor. Ausstehende Beiträge sind innert 30 Tagen ab Rechnungsstellung zu bezahlen. Überschüssige Beiträge werden von der Ausgleichskasse zurückerstattet oder verrechnet. Die Abrechnungsperiode umfasst das Kalenderjahr.

c) Nachdem vorliegend die Beitragsforderung der Ausgleichskasse durch die Arbeitgeberin nicht erfüllt wurde, liegt von deren Seite offensichtlich eine Verletzung der Vorschriften gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV vor. Damit steht aber noch nicht fest, dass das Verhalten der Gesellschaft bzw. des in Anspruch genommenen Organs auch tatsächlich widerrechtlich war. Die Widerrechtlichkeit entfällt bei Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes. Als Rechtfertigungsgrund steht in der Rechtsprechung der Notstand im Vordergrund. Darauf kann sich unter engen Voraussetzungen jener Arbeitgeber berufen, der sich in einer schwierigen finanziellen Lage befindet und zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Schulden als jene gegenüber der AHV tilgt, gleichzeitig aber aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzahlen zu können. Eine kurze Dauer bzw. "nützliche Frist" im beschriebenen Sinne ist z.B. überschritten, wenn die Beitragszahlungspflicht über ein Jahr lang verletzt wird. 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 zu verzeichnen sind (Urteile des Bundesgerichts 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017 E. 7.2 und 9C_330/2010 vom 18. Januar 2011 E. 3.4, je mit Verweisen; REICHMUTH, a.a.O., S. 124 mit Verweisen). Die blossе Suche nach Finanzmitteln oder potenziellen Käufern und allfällige gestützt darauf ergangene Zusagen haben keinen rechtfertigenden Charakter; es müssen greifbare Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass – im Rahmen eines konkreten und realistischen Sanierungsplanes oder professionell geführter Verkaufsgespräche mit seriösen Interessenten – ernsthaft Geld beschafft werden kann und berechtigte Aussicht darauf besteht, dass solches innert

nützlicher Frist auch tatsächlich fliessen wird. Massgebend ist die Betrachtungsweise ex ante (REICHMUTH, a.a.O., S. 159 mit Verweisen).

4.2

Die Vorinstanz argumentierte im angefochtenen Entscheid, die Beitragspflicht sei vorliegend über ein Jahr verletzt worden, die Beitragsrechnungen für 2020 seien ebenfalls noch ausstehend. Es liege kein entschuldbarer Grund für das Verhalten der Arbeitgeberin vor. Zwar habe die Arbeitgeberin Massnahmen getroffen, um das Unternehmen zu sanieren, allerdings seien die eingegangenen Risiken zu hoch gewesen, als dass von einer Zurückhaltung der Sozialversicherungsbeiträge objektiv eine für die Rettung des Unternehmens ausschlaggebende Wirkung hätte erwartet werden können. Der Beschwerdeführer macht demgegenüber geltend, der zeitweilige Rückbehalt von Sozialversicherungsbeträgen sei immer nur im Sinne eines klar kalkulierten Risikos erfolgt, in der Erwartung, dass die Ausstände spätestens bis Mitte des Jahres 2020 vollständig aufgeholt sein würden. Die Aussichten auf eine wirtschaftliche Erholung seien noch bis Ende Februar 2020 sehr intakt gewesen. Aufgrund unvorhersehbarer Umstände sei es jedoch per März/April 2020 zur Überschuldung und Illiquidität des Unternehmens gekommen.

4.3

4.3.1 Vorliegend waren bei der B. GmbH bereits in Bezug auf das Jahr 2018 Zahlungsrückstände aufgetreten, wobei dieses gemäss deren unbestritten gebliebenen Aussagen per Ende Mai 2019 vollständig beglichen worden seien. Was das Beitragsjahr 2019 angeht, betreffen die Ausstände gemäss der von der Vorinstanz erstellten Aufstellung (act. 2.3) offenbar sämtliche Monate. Der B. GmbH war zuletzt im November 2019 ein Zahlungsaufschub gewährt worden. Die damalige Vereinbarung bezog sich offenbar auf Beiträge für die Monate Januar – September im Betrag von Fr. 133'200.30 sowie die Oktober-Rechnung in der Höhe von Fr. 19'170.95. Die Schuldnerin verpflichtete sich zur Abzahlung aller betreffenden Ausstände in 7 Raten, wobei die letzte per Ende Juli 2020 zu leisten war (act. 2.6).

4.3.2

Die Vorinstanz ist der Auffassung, bei der B. GmbH habe Anfang 2019 keine realistische Sanierungsaussicht bestanden aufgrund des damals bestehenden Finanzbedarfs von rund Fr. 400'000.--. Dem kann jedoch nicht gefolgt werden. Der Beschwerdeführer erörtert und belegt detailliert, was für Massnahmen gemäss einem Sanierungskonzept vom 5. Februar 2019 getroffen wurden, um die Überschuldung zu beseitigen. So erfolgten ein Forderungsverzicht durch die D. AG im Betrag von Fr. 83'623.30 (act. 2.10), ein Rangrücktritt durch die E. AG über den Betrag von Fr. 31'409.50 (act. 2.11), sowie ein Rangrücktritt durch den Beschwerdeführer und dessen Ehefrau im Zusammenhang mit Forderungen in der Höhe von

Fr. 200'000.-- (act. 2.8). Des Weiteren gewährte die Raiffeisenbank Heiden der B. GmbH ein Festdarlehen von Fr. 150'000.-- (act. 2.12) sowie einen Kontokorrentkredit in Betrag von Fr. 100'000.-- (act. 2.14), wobei in Bezug auf das Festdarlehen ebenfalls ein Rangrücktritt vereinbart wurde (act. 2.9). Gemäss den plausiblen Darstellungen des Beschwerdeführers standen der Gesellschaft dank dieser Massnahmen ab März 2019 wieder Reserven in Höhe von Fr. 160'000.-- zur Verfügung. Mit Blick auf die betreffenden Massnahmen lässt sich jedenfalls nicht sagen, dass diese nur kurzfristig die bestehenden finanziellen Probleme lösen konnten und eine nachhaltige Sanierung von Anfang an chancenlos war. Gerade etwa die Tatsache, dass die Raiffeisenbank, die ja auf Kreditvergaben spezialisiert ist, bereit war, der B. GmbH sehr hohe Beträge zu verleihen und dabei sogar noch einen Rangrücktritt hinzunehmen, ist ein starkes Indiz, dass die Sanierungsaussicht des Unternehmens zum damaligen Zeitpunkt – bzw. nach einer ex ante-Betrachtung – intakt war. Die erhaltenen Finanzierungshilfen begründeten bei der Gesellschaft aus damaliger Optik die berechtigte Erwartung, ihren Betrieb über die Runden bringen zu können (vgl. dazu Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 167/00 vom 14. April 2003 E. 4.3). Zumal der Beschwerdeführer auch nachvollziehbar darlegte, dass es schlussendlich unvorhergesehene Umstände waren, welche die Liquiditätsplanung, die namentlich die Begleichung der Beitragsausstände bis Mitte des Jahres 2020 vorsah, letztlich zum Scheitern brachten. Allen voran ging das Unternehmen offenbar aufgrund des Beginns der Corona-Pandemie im Frühjahr 2020 der Einkünfte aus mehreren grossen Sanierungsaufträgen verlustig, da diese von den Auftraggebern auf unbestimmte Zeit verschoben wurden. Die Insolvenz der B. GmbH erfolgte dann ja auch just im April 2020, mithin in einem Zeitraum, für welchen die Landesregierung die ausserordentliche Lage ausgerufen und einen einschneidenden Lockdown verhängt hatte. Sodann war der Ausbruch der Pandemie offenbar auch der Grund, weshalb sich ein potentieller Investor letztendlich gegen ein Engagement bei der B. GmbH entschied. Der Investor hatte zunächst anscheinend die Gesellschaft mitsamt einem Grossauftrag der F. mit einer Auftragssumme von Fr. 2,5 Mio. kaufen wollen. Was das genannte Bauprojekt betrifft, war es offenbar ausserdem so, dass mit den von der B. GmbH vorzunehmenden Gipserarbeiten aufgrund einer Verzögerung des Baustarts nicht wie vorgesehen im Januar 2020 begonnen werden konnte, was wiederum mit Einnahmeausfällen bei der Gesellschaft verbunden war. Der Beschwerdeführer hat die Verzögerung des Baustarts konkret belegt, indem er ein entsprechendes Bestätigungsschreiben der G. AG vorlegte (act. 8.27). Die G. AG wird in einem vom Beschwerdeführer ebenfalls beigebrachten Werkvertrag als Bauleiterin bezeichnet. Die betreffende – per 21. Oktober 2019 geschlossene – Vereinbarung ist mit dem Briefkopf der F. versehen und als Werkbestellerin wird auch ausdrücklich diese Hochschule genannt. Im Übrigen wird in dem Vertragsdokument die B. GmbH als Unternehmerin bezeichnet (act. 8.26). Der Beschwerdeführer legt sodann dar, dass sich die Liquiditätsprobleme der Gesellschaft dadurch verschärft hätten,

indem zwei Grosskunden schlecht und unzuverlässig gezahlt hätten. Zum einen habe sich die H. AG in der zweiten Hälfte des Jahres 2019 mit über Fr. 100'000.-- in Verzug befunden. Zum anderen habe mit der I. AG im Jahr 2020 ein zweiter Generalunternehmer systematisch nur mit grossem Verzug bezahlt; überdies habe die I. AG Rechnungen der B. GmbH direkt an die J. AG bezahlt. Diese Schilderungen des Beschwerdeführers erscheinen glaubhaft. Letzterer bringt insbesondere fundiert vor, weshalb es sich aus damaliger Sicht nicht rentiert hätte, gegen die genannten beiden Schuldner rechtlich vorzugehen. Die Angaben wurden von der Vorinstanz auch nicht in Zweifel gezogen.

4.3.3

Im Sinne der vorstehenden Erwägungen gelingt es dem Beschwerdeführer vorliegend nachvollziehbar aufzuzeigen, dass die Gesellschaft in jenem Zeitpunkt, in dem sie sich zur Zurückhaltung der Sozialversicherungsbeiträge entschied, in guten Treuen davon ausging, dass sie in der Lage sein würde, die Ausstände innert nützlicher Frist nachzuzahlen. Der Wille zur späteren Begleichung der Beträge war vermutungsweise insbesondere auch noch dann gegeben, als die Gesellschaft am 1. November 2019 der Ausgleichskasse ihren Abzahlungsvorschlag in 7 Raten unterbreitet hatte, zu welchem die Vorinstanz dann ja auch ihre Zustimmung erklärt hatte. Offensichtlich war selbst die Ausgleichskasse damals im November 2019 trotz der seit Monaten sich anhäufenden Ausstände davon ausgegangen, dass es sich um vorübergehende Liquiditätsprobleme handelte, hätte sie andernfalls doch keinen Zahlungsaufschub bewilligen, sondern die ausstehenden Beträge in Betreuung setzen müssen, was nicht dokumentiert ist (vgl. dazu AHI-Praxis 1999 S. 27). Der Beschwerdeführer hat vielfältige Bemühungen der Gesellschaft nachgewiesen, die dem Zweck dienten, deren Liquidität zu verbessern. In diesem Zusammenhang sei noch auf zwei Stundungs- bzw. Abzahlungsvereinbarungen hingewiesen, welche die B. GmbH mit zwei wichtigen Gläubigern schloss (act. 2.19 f.). Nachdem die Verantwortlichen der B. GmbH sehr viel für die Rettung des Unternehmens getan haben, kann nicht gesagt werden, dass die gegenüber der Ausgleichskasse verlangten Zahlungsaufschübe ohne realistischen Hintergrund verlangt worden sind. Der Gesellschaft kann nicht unterstellt werden, sie habe ihren Betrieb auf Kosten der Ausgleichskasse weiterführen wollen (vgl. dazu AHI-Praxis 1999, S. 27 und BGE 121 V 243 E. 4b und 5). Die Vorinstanz hat letztlich auch nicht schlüssig dargetan, dass die Gesellschaft mit den getroffenen Massnahmen ein zu hohes Risiko eingegangen sei, wie dies der angefochtene Entscheid annimmt, bzw. dass kein gezieltes und nachhaltiges Sanierungskonzept vorgelegen habe. In Bezug auf die Nichtzahlung der Beitragsschulden vermag sich der Beschwerdeführer somit jedenfalls erfolgreich auf den Rechtfertigungsgrund des Notstands zu berufen. Das Zurückhalten der Beträge war nicht widerrechtlich und es fehlt demgemäss an einer entscheidenden Voraussetzung für eine Haftung des Organs nach Art. 52 AHVG. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 22. April 2021 und die ihm

zugrundeliegende Schadenersatzverfügung vom 1. Dezember 2020, welche eine Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers aufgrund seiner Eigenschaft als Gesellschaftsorgan vorsehen, sind entsprechend aufzuheben. Dies führt letztlich zu einer vollumfänglichen Gutheissung der Beschwerde.

5. 5.1

Bei Streitigkeiten über Leistungen ist das Verfahren kostenpflichtig, wenn dies im jeweiligen Einzelgesetz vorgesehen ist; sieht das Einzelgesetz keine Kostenpflicht bei solchen Streitigkeiten vor, so kann das Gericht einer Partei, die sich mutwillig oder leichtsinnig verhält, Gerichtskosten auferlegen (Art. 61 lit. f^{bis} ATSG). Eine Streitigkeit über Leistungen liegt hier nicht vor. Es ist somit grundsätzlich von der Kostenpflicht des Beschwerdeverfahrens auszugehen. Die Kostenverlegung richtet sich nach kantonalem Recht (vgl. Botschaft vom 2. März 2018 zur Änderung des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, BBl 2018 1639, Ziff. 2.1). Massgebend ist mithin das VRPG. Vorliegend ist der Beschwerdeführer als vollständig obsiegend zu betrachten, womit von ihm keine Verfahrenskosten zu tragen sind (vgl. Art. 19 Abs. 3 VRPG). Der Vorinstanz werden unabhängig vom Verfahrensausgang keine Kosten auferlegt (Art. 22 Abs. 1 VRPG).

5.2

Gemäss Art. 61 lit. g ATSG hat die obsiegende beschwerdeführende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Die Entschädigung ist vom Versicherungsgericht festzusetzen, wobei die Bemessung ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache sowie nach der Schwierigkeit des Prozesses erfolgt. Im Übrigen ist die Bemessung der Parteientschädigung dem kantonalen Recht überlassen (Urteil des Bundesgerichts 8C_11/2016 vom 22. Februar 2016 E. 3.1). Im Sozialversicherungsverfahren vor Obergericht ist die Entschädigung pauschal zu bemessen (Art. 13 Abs. 1 lit. c der Verordnung vom 14. März 1995 über den Anwaltstarif [AT; bGS 145.53]). Vorliegend ist grundsätzlich von einem durchschnittlich leichten Fall auszugehen. Unter den gegebenen Umständen ist für die Bemessung des Honorars als Grundlage der Parteientschädigung grundsätzlich von einem Betrag von Fr. 2'500.-- auszugehen, wie er vom Obergericht für vergleichbare Fälle festgesetzt wird. Hinzu kommen die Barauslagen von 4 % und die Mehrwertsteuer von 7.7 %, so dass total ein Betrag von Fr. 2'800.20 resultiert.

Das Obergericht erkennt:

1. Die Beschwerde von A. wird gutgeheissen. Der Einspracheentscheid vom 22. April 2021 wird aufgehoben.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'800.20 zu bezahlen.
4. **Rechtsmittel:**
Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).
5. Zustellung an den Beschwerdeführer über dessen Anwalt, die Vorinstanz und an das Bundesamt für Sozialversicherungen.

Im Namen der 2. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Obergerichtsschreiber:

lic. iur. Walter Kobler

lic. iur. Marc Giger

versandt am: 16. Februar 2022