



Fall-Nr.: AHV 2010/23, KZL 2010/12
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AHV - Alters- und Hinterlassenenversicherung
Publikationsdatum: 23.08.2019
Entscheiddatum: 09.11.2011

Entscheid Versicherungsgericht, 09.11.2011

Art. 52 AHVG und Art. 47 lit. d aKZG: Schadenersatzverfahren. Haftung des Verwaltungsrats einer AG für entgangene bundesrechtliche und kantonale Beiträge bejaht. Keine Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgründe. Rückweisung zur Neufestsetzung der Schadenshöhe (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. November 2011, AHV 2010/23 und KZL 2012/12).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie Löhner,
Versicherungsrichter

Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Marcel Kuhn

Entscheid vom 9. November 2011

in Sachen

A.____,

Beschwerdeführer,
Rekurrent,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Markus Krapf, Löwenstrasse 54, Postfach 2028,
8021 Zürich 1,

gegen



Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse und
Familienausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauer-strasse 54, Postfach, 9016 St.
Gallen,

Beschwerdegegnerin,
Vorinstanz,

betreffend

Schadenersatzforderung (i.S. B. ___ AG)

bundesrechtlicher Streitwert Fr. 212'599.40

kantonalrechtlicher Streitwert Fr. 27'815.50

Sachverhalt:

A.

A.a Gemäss Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons Zürich (www.hra.zh.ch) wurde die B. ___ AG im Februar 2005 gegründet. Ab Juni 2005 war A. ___ als Mitglied des Verwaltungsrats mit Einzelzeichnungsberechtigung im Handelsregister eingetragen. Nach der Sitzverlegung nach C. ___ wurde die Aktiengesellschaft im Jahr 2006 im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen, woraufhin mit der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Ausgleichskasse), abgerechnet wurde. Im Dezember 2008 wurde A. ___ als Mitglied des Verwaltungsrats aus dem Handelsregister gelöscht (act. G 5.1/153). Über die B. ___ AG wurde im Jahr 2009 der Konkurs eröffnet. Dieser wurde mangels Aktiven eingestellt (act. G 5.1/151-153).

A.b Mit Schreiben vom 18. November 2009 teilte die Ausgleichskasse A. ___ mit, dass ihr durch den Konkurs ein Schaden von Fr. 241'336.25 entstanden sei. Da A. ___ der Schadenersatzhaftung unterstehe, werde der entstandene Schaden gemäss Art. 52 AHVG gegen ihn geltend gemacht (act. G 5.1/157). Mit Schreiben vom 2. März 2010 nahm der Rechtsvertreter von A. ___ zu der Schadenersatzforderung der Ausgleichskasse Stellung (act. G 5.1/165 inkl. Beilagen). Mit Verfügung vom 4. Mai



2010 verpflichtete die Ausgleichskasse A.____ zur Bezahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 241'336.25 (Fr. 213'412.30 für entgangene bundesrechtliche Beiträge und Fr. 27'923.95 für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse, je inkl. Verzugszinsen September bis November 2008 von total Fr. 921.35; act. G 5.1/187f.).

A.c Die gegen diese Verfügung erhobene Einsprache vom 14. Mai 2010 (act. G 5.1/189-198) hiess die Ausgleichskasse im Einspracheentscheid vom 26. August 2010 teilweise gut und reduzierte die Schadenersatzforderung um die Verzugszinsen von Fr. 921.35 auf Fr. 240'414.90 (Fr. 212'599.40 für die Ausgleichskasse und Fr. 27'815.50 für die Familienausgleichskasse).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die von Rechtsanwalt Dr. iur. Markus Krapf, Zürich, im Namen von A.____ eingereichte Beschwerde/Rekurs vom 9. September 2010 (ergänzende Begründung vom 11. Oktober 2010) mit den Anträgen, es sei eine öffentliche Verhandlung durchzuführen und der Einspracheentscheid vom 26. August 2010 sei aufzuheben; unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdegegnerin. Die Beschwerdegegnerin habe mehrfach das rechtliche Gehör verletzt, indem sie sich bei der Ermittlung des Schadens auf Unterlagen stütze, welche sie dem Beschwerdeführer nicht zur Stellungnahme vorgelegt und sich im angefochtenen Entscheid nicht mit den Argumenten des Beschwerdeführers auseinandergesetzt habe. Der Schaden bestehe aus der Schlussabrechnung für das Jahr 2007 (Fr. 59'178.65) und den unbezahlt gebliebenen Beiträgen für das Jahr 2008. Die Lohnsumme für das Jahr 2008 betrage Fr. 1'418'286.--. Daraus resultiere zuzüglich der Verzugszinsen und abzüglich der Kinderzulagen sowie Zahlungen von Fr. 40'000.-- ein Schaden von insgesamt (inkl. 2007) Fr. 218'496.20. Die Beschwerdegegnerin habe den Schaden zumindest teilweise selber verschuldet, indem sie die gesetzlichen Bestimmungen zum Beitragsbezug nicht eingehalten und im Konkurs der B.____ AG nichts unternommen habe, um befriedigt zu werden, obschon die Firma über liquide Forderungen verfügt habe. Der entstandene Schaden sei nicht grobfahrlässig verursacht worden. Die Firma habe bis Anfang 2008 immer korrekt und rechtzeitig abgerechnet und die Beiträge entrichtet. Ausserdem habe sie sich stets rechtzeitig um einen Zahlungsaufschub bemüht. Der Beschwerdeführer habe dafür gesorgt, dass die



Zahlungspläne eingehalten würden. Sodann hätten berechtigte Aussichten bestanden, die Firma zum Erfolg zu führen bzw. zu sanieren. In diesem Zusammenhang führt der Beschwerdeführer aus, dass die B.____ AG im Wesentlichen drei Produkte entwickelt habe, wovon die Entwicklung eines Navigationsgerätes für Autos das wichtigste gewesen sei. Daneben habe die Firma ein Programm zur Erfassung von Kilometerleistungen von Fahrzeugen für Versicherungen entwickelt, damit die Prämie in Abhängigkeit der gefahrenen Kilometer berechnet werden könnte, wobei hier die Firma den Datenschutz gewährleistet hätte, was als Wettbewerbsvorteil angesehen worden sei. Als drittes Projekt sei eine Flottenmanagementlösung für LKW angeboten und in Spanien an verschiedene Kunden bereits verkauft worden. Allerdings sei es hier wegen der Finanzkrise zu Umsatzeinbussen gekommen. Für das wichtigste Projekt, das Navigationsgerät, hätten nur noch 20'000 bis 30'000 Stück vorfinanziert werden müssen. Wäre das gelungen, hätten die Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden können. Damit habe die Firma aufgrund der abgeschlossenen Verträge rechnen können (act. G 1 und 3).

B.b Im Schreiben vom 21. Oktober 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin/Vorinstanz (nachfolgend ausschliesslich als Beschwerdegegnerin bezeichnet) die Abweisung der Beschwerde. Allfällige Sanierungsaussichten würden für die Beurteilung der Haftung keine Rolle spielen, da der Beschwerdeführer den Betrieb monatelang auf Kosten der Sozialwerke teilfinanziert, zu tiefe Akontobeiträge erwirkt und die definitiven Zahlen systematisch zurückbehalten habe (act. G 5).

B.c Mit Replik vom 4. November 2010 hält der Beschwerdeführer/Rekurrent (nachfolgend ausschliesslich als Beschwerdeführer bezeichnet) an den gestellten Anträgen fest (act. G 7).

B.d Die Beschwerdegegnerin hat auf die Einreichung einer Duplik verzichtet (act. G 9).

C.

Am 9. November 2011 fand die vom Beschwerdeführer beantragte mündliche Verhandlung vor dem Versicherungsgericht statt. Auf die Vorbringen wird - soweit erforderlich - in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Die



Beschwerdegegnerin hat auf eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung verzichtet.

Erwägungen:

1.

Da das Beschwerdeverfahren AHV 2010/23 und das Rekursverfahren KZL 2010/12 den gleichen Sachverhalt betreffen und gestützt auf dieselben bzw. analogen rechtlichen Erwägungen zu entscheiden sind, sind die Verfahren zu vereinigen (vgl. BGE 123 V 215 E. 1).

2.

2.1 Der Beschwerdeführer beanstandet vorab eine mehrfache Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Beschwerdegegnerin habe die Unterlagen, auf welche sie sich bei der Ermittlung des Schadens stütze, nicht zur Stellungnahme vorgelegt, weshalb das Recht auf Akteneinsicht nicht gewährt worden sei. Sodann habe die Beschwerdegegnerin mehrere Argumente des Beschwerdeführers nicht zur Kenntnis genommen und sich damit im angefochtenen Entscheid auch nicht auseinandergesetzt, weshalb sie der Begründungspflicht nicht nachgekommen sei. Insbesondere habe er dargelegt, dass aufgrund der Sanierungsaussichten kein grobes Verschulden vorgelegen habe. Sodann habe er vorgebracht, dass die Beschwerdegegnerin ein Selbstverschulden an der Entstehung des Schadens treffe, da die B.____ AG für alle Beiträge über einen Zahlungsaufschub verfügt habe und während seiner Amtszeit die Tilgungspläne eingehalten worden seien.

2.2 Die Beschwerdegegnerin stützte sich bei der Ermittlung der Lohnsumme 2008 allein auf die vom Finanzchef der B.____ AG gegenüber der Buchhaltung, D.____AG, gemachten Angaben (act. G 5.1/131). Aktenkundig war der Beschwerdeführer bereits im Zeitpunkt seiner Stellungnahme vom 2. März 2010 im Besitz dieses Aktenstücks (act. G 5.1/165 Beilage 1), weshalb die Beschwerdegegnerin das Recht auf Akteneinsicht nicht verletzt hat.

2.3 Gemäss Art. 42 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) in Verbindung mit Art. 29 Abs. 2 der



Bundesverfassung (BV; SR 101) ist der Versicherungsträger verpflichtet, sich mit den Vorbringen der Partei auseinander zu setzen, um dem Anspruch der Versicherten auf rechtliches Gehör Genüge zu tun. Dies schliesst etwa aus, dass der Versicherungsträger stillschweigend über Einwendungen hinweggeht (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Aufl., Art. 42 Rz 5). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt auch ein Mindestanspruch auf Begründung einer Verfügung. Die Begründung entspricht den Anforderungen von Art. 29 Abs. 2 BV, wenn die Betroffenen dadurch in die Lage versetzt werden, die Tragweite der Entscheidung zu beurteilen und sie in voller Kenntnis der Umstände an eine höhere Instanz weiterzuziehen. Die Behörde ist aber nicht verpflichtet, sich zu allen Vorbringen der Parteien zu äussern. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., N 1706). Der angefochtene Entscheid genügt knapp den Minimalanforderungen an einen hinreichend begründeten Entscheid. Hingegen hat die Beschwerdegegnerin zu den verschiedenen Rügen des Beschwerdeführers, insbesondere zu den detaillierten Ausführungen bezüglich der Sanierungsaussichten der B.____ AG, keine oder nur ungenügend Stellung genommen, so dass der Beschwerdeführer im Beschwerdeverfahren praktisch dieselben Argumente wiederholen musste, da sie von der Beschwerdegegnerin nicht gewürdigt wurden. Indem die Beschwerdegegnerin somit nur ungenügend auf die ausführliche Einsprache eingegangen ist, muss diesbezüglich von einer Gehörsverletzung ausgegangen werden.

2.4 Eine – nicht besonders schwerwiegende – Verletzung des rechtlichen Gehörs kann dann als geheilt gelten, wenn der Betroffene die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie die Rechtslage frei überprüfen kann. Diese Voraussetzung ist im Fall des Versicherungsgerichts zwar erfüllt (vgl. Art. 61 lit. c ATSG). Allerdings ist zu beachten, dass sich Verwaltungsbehörden nicht über den elementaren Grundsatz des rechtlichen Gehörs hinwegsetzen und darauf vertrauen dürfen, dass solche Verfahrensmängel in einem von den durch den Verwaltungsakt Betroffenen allfällig angehobenen Gerichtsverfahren behoben werden (BGE 116 V 187 E. 3c mit Hinweis), zumal die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs häufig nur einen unvollkommenen Ersatz für deren vorgängige Unterlassung bildet.



2.5 Vorliegend ist allerdings anzunehmen, dass die Rückweisung zur korrekten Gehörsgewährung einen das Beschleunigungsgebot verletzenden formalistischen Leerlauf darstellen würde, da die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort ausführte, dass allfällige Sanierungsaussichten für die Beurteilung der Haftung keine Rolle spielen würden (vgl. BGE 116 V 187 E. 3d). Ausserdem beantragte der Beschwerdeführer nicht hauptsächlich eine Rückweisung zur Gehörsgewährung. Aufgrund der detaillierten Ausführungen bezüglich einer materiellen Würdigung der Streitsache ist anzunehmen, dass er insbesondere auch an einem materiellen Urteil interessiert ist. Die Verletzung des rechtlichen Gehörs kann somit vorliegend ausnahmsweise als geheilt gelten. Die Heilung ist allerdings bei den Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen.

3.

3.1 Im vorliegenden Verfahren ist die Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers für nichtgeleistete bundes- und kantonale Beitragsforderungen umstritten und zu prüfen.

3.2 Die Haftung des Arbeitgebers für Schäden der Ausgleichskasse aufgrund absichtlicher oder grobfahrlässiger Missachtung von Vorschriften ist in Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) geregelt. Gemäss Art. 47 lit. d des Kinderzulagengesetzes (aKZG; sGS 371.1, in der bis 31. Dezember 2008 gültigen und vorliegend anwendbaren Fassung) wird Art. 52 AHVG auch für die Beiträge an die Familienausgleichskasse angewendet. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe belangt werden (BGE 123 V 15 E. 5b mit Hinweisen).

3.3 Art. 52 Abs. 1 AHVG sieht eine Verschuldenshaftung nach öffentlichem Recht vor. Damit eine Schadenersatzpflicht entstehen kann, müssen alle Haftungsvoraussetzungen gegeben sein, d.h. es muss ein Schaden eingetreten sein, der auf ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten des verantwortlichen Organs zurückzuführen ist.

4.



4.1

4.1.1 Nach ständiger Rechtsprechung dauert die Verantwortlichkeit eines Verwaltungsratsmitgliedes in der Regel längstens bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat, also bis zum Zeitpunkt, in welchem es keinen massgeblichen Einfluss mehr auf den Geschäftsgang hat (BGE 123 V 173 E. 3a, AHl 1996 S. 293 E. 5). Das hat selbst dann zu gelten, wenn die Löschung des Eintrages im Handelsregister unterlassen oder erst später vorgenommen wird (BGE 126 V 61 E. 4c).

4.1.2 Die Löschung des Beschwerdeführers als Verwaltungsratsmitglied im Handelsregister erfolgte per Dezember 2008. Ein Rücktrittsschreiben des Beschwerdeführers aus dem Verwaltungsrat der B.____ AG datiert vom November 2008. Aufgrund der vorliegenden Akten ist nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführer ab diesem Datum keinen massgeblichen Einfluss mehr auf den Geschäftsgang ausüben konnte. Immerhin hat der Beschwerdeführer noch im Dezember 2008 im Namen der B.____ AG eine Eingabe betreffend Deponierung der Bilanz ans Kreisgericht Rheintal vorgenommen hat und war somit auch nach November 2008 noch im Namen der Unternehmung tätig (act. G 3 Beilage 36). Auf weitere Ausführungen bezüglich des tatsächlichen Austritts des Beschwerdeführers kann allerdings verzichtet werden, da das Austrittsdatum (November oder Dezember 2008) vorliegend keinen Einfluss auf die Schadenshöhe oder das Verschulden des Beschwerdeführers zeitigt. Der Schaden umfasst nach dem angefochtenen Einspracheentscheid nur offene Lohnbeträge bis August 2008. Die akonto Lohnbeiträge für August 2008 wurden am 14. August 2008 in Rechnung gestellt und waren nach der gesetzlichen Ordnung bis 10. September 2008 zur Zahlung fällig (act. G 5.1/201 Posten 2008/0007 des Kontoauszugs der B.____ AG). Damals war der Beschwerdeführer anerkanntermassen noch Verwaltungsrat.

4.2

4.2.1 Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers bzw. des verantwortlichen Organs setzt zunächst den Eintritt eines Schadens bei der Ausgleichskasse voraus. Nach der Rechtsprechung gilt der Schadeneintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren erhoben werden können, mithin bei Konkurseröffnung über eine juristische Person (BGE 123 V 16 E. 5b). Der Schaden kann unbezahlt gebliebene paritätische AHV/IV/EO- und ALV-



Beiträge, Verwaltungskostenbeiträge, Mahngebühren, Veranlagungs- und Betreuungskosten sowie Verzugszinsen für rückständige Beiträge umfassen (Thomas Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, in: Schaffhauser/Kieser [Hrsg.], Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 100).

4.2.2 Grundsätzlich blieb zwischen den Parteien unbestritten, dass der Beschwerdegegnerin durch den Konkurs der B.____ AG ein Schaden entstanden ist. Umstritten ist hingegen die Höhe des erlittenen Schadens. Während die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Einspracheentscheid von einem Schaden von Fr. 240'414.90 (entgangene bundesrechtliche und kantonale Beiträge Januar bis August 2008 inklusive Differenz aus der Jahresabrechnung 2007) ausgeht, beziffert der Beschwerdeführer den Schaden in der Beschwerde auf insgesamt Fr. 218'496.20. Der Beschwerdeführer macht geltend, dass die Kadermitarbeiter, insbesondere der Beschwerdeführer und der Finanzchef, seit Frühjahr 2008 keinen Lohn mehr erhalten hätten, weshalb eine niedrigere Lohnsumme realisiert worden sei. Er legt eine Liste vor, die im Einzelnen verschiedene Differenzen im Umfang von total Fr. 122'045.66 zur Lohnliste der Beschwerdegegnerin aufweist (act. G 3.4). Die Beschwerdegegnerin hat sich dazu nicht geäußert, sondern will offenbar unverändert an der Schadenshöhe festhalten. Nun hat der Beschwerdeführer bereits im Einspracheverfahren geltend gemacht, dass die Beschwerdegegnerin die Höhe des Schadens belegen müsse. Vorliegend hat der Revisor der Beschwerdegegnerin nachweislich lediglich auf die Angaben des Finanzchefs an die Buchhaltungsfirma abgestellt, obwohl der Beschwerdeführer diese bereits im Einspracheverfahren teils bestritten und nun im Beschwerdeverfahren detaillierte Einwände dagegen vorgebracht hat. Bei dieser Aktenlage können die tatsächlich von der B.____ AG im Jahr 2008 realisierten Löhne nicht ohne weitere Abklärung als nachgewiesen erachtet werden, zumal ein Vergleich mit der ausbezahlten Insolvenzenschädigung (act. G 5.1/131 Rückseite) bei einzelnen Arbeitnehmenden Überschneidungen aufweisen. Die Streitsache ist somit insofern an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, dass sie insbesondere unter Beizug der Buchhaltungsunterlagen sowie unter Berücksichtigung der ausgerichteten Insolvenzenschädigung die im Jahr 2008 von der B.____ AG ausbezahlte Lohnsumme ermittelt und den daraus entstandenen Schaden neu festsetzt.

4.2.3 Im Rahmen der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG sind Herabsetzungsgründe zu berücksichtigen. Die Schadenersatzpflicht ist deshalb einer



Herabsetzung wegen Mitverschuldens der Ausgleichskasse zugänglich, sofern sich diese einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat; dies ist namentlich dann der Fall, wenn die Ausgleichskasse elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat. Zudem muss zwischen dem pflichtwidrigen Verhalten und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (BGE 122 V 189 E. 3c, Ueli Kieser, Rechtsprechung zur AHV, 2. Aufl., Art. 52 AHVG Rz 18). Letzteres ist vorliegend nicht anzunehmen. Selbst wenn die Beschwerdegegnerin die Beiträge korrekterweise bereits nach Eingang der Jahresrechnung 2006 im April 2007 (act. G 5.1/20) und nicht erst nach Eingang der Jahresrechnung 2007 im Februar 2008 (act. G 5.1/99) ab April 2008 (vgl. Kontoauszug in act. G 5.1/201) monatlich im Sinn von Art. 34 Abs. 1 lit. a der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) einverlangt hätte, ist nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die B.____ AG ihrer Beitragspflicht in vermehrtem Ausmass nachgekommen wäre, zumal der Beschwerdeführer geltend macht, die Lohnsumme habe sich erst gegen Ende 2007 erhöht und bereits nach der Zahlung für das dritte Quartal 2007 offensichtlich Zahlungsschwierigkeiten aufgetreten sind, wurde doch das vierte Quartal 2007 erst am 28. Februar 2008 bezahlt (vgl. act. G 5.1/201 Posten 2007/0007). Ein Kausalzusammenhang zwischen der Pflichtverletzung und dem entstandenen Schaden ist deshalb nicht nachgewiesen. An einem solchen Kausalzusammenhang würde es auch fehlen, wenn der Beschwerdegegnerin aufgrund der gewährten Stundungen ein Mitverschulden anzulasten wäre. Die erste Stundung für Lohnbeiträge aus dem Jahr 2008 erfolgte am 4. April 2008 über einen Betrag von Fr. 149'063.70 (Schlussrechnung 2007 und Beiträge erstes Quartal 2008; act. G 5.1/103) und somit in einer Zeit, als die B.____ AG bereits massive Liquiditätsprobleme beklagte. Obwohl nur schwer nachvollziehbar ist, weshalb die Beschwerdegegnerin trotz der beträchtlichen Schuld in der Folge weitere Zahlungsaufschübe gewährte (vgl. act. G 5.1/105 und 113), ist aufgrund der finanziellen Situation im massgebenden Zeitpunkt und dem Umstand, dass für das Jahr 2008 ohnehin sämtliche Lohnbeiträge schuldig geblieben sind, ein Kausalzusammenhang zwischen den gewährten Zahlungsaufschüben und einem dadurch entstandenen Schaden zu verneinen. Bezüglich der vom Beschwerdeführer geltend gemachten fehlenden Schadenminderung im Konkurs ist festzustellen, dass der am 14. Januar 2009 eröffnete Konkurs bereits am 19. März 2009 mangels Aktiven eingestellt wurde. Der Beschwerdeführer legt nicht konkret dar und aus den Akten geht auch nicht hervor,



dass und was für angeblich liquide, aussichtsreiche Forderungen vorhanden gewesen wären.

4.3

4.3.1 Weitere Haftungsvoraussetzung ist die Widerrechtlichkeit. Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV schreibt vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Ausgleichskasse setzt hierzu Akontobeiträge aufgrund der voraussichtlichen Lohnsumme fest (Art. 35 Abs. 1 AHVV). Wesentliche Änderungen der Lohnsumme haben die Arbeitgeber der Ausgleichskasse während des laufenden Jahres zu melden (Art. 35 Abs. 2 AHVV). 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 im Sinn von Art. 52 Abs. 1 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 E. 2a).

4.3.2 Aus den Akten ergibt sich, dass die B.____ AG der ihr obliegenden Beitragspflicht nicht vollumfänglich nachgekommen ist. Die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung ist vorliegend somit zweifellos zu bejahen, was der Beschwerdeführer denn auch nicht ernsthaft in Frage stellt. Umstritten ist hingegen die Frage des Verschuldens (nachfolgend E. 4.4).

4.4

4.4.1 Somit gilt es zu prüfen, ob die Vorschriften absichtlich oder grob fahrlässig missachtet wurden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist zwar nicht jede Verletzung der öffentlich-rechtlichen Aufgaben durch Arbeitgebende ohne weiteres einem qualifizierten Verschulden der Organe gleichzusetzen. Vorausgesetzt ist vielmehr ein Normverstoss von einer gewissen Schwere (BGE 121 V 244). Davon wird in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch regelmässig ausgegangen, wenn etwa ein Arbeitgeber über längere Zeit seine Abrechnungs- und/oder Ablieferungspflichten nur schleppend oder nur teilweise erfüllt, ohne dass die verantwortlichen Organe einschreiten und für Abhilfe sorgen. Bei der Frage der Haftung des Verwaltungsrates



definieren sich die organrechtlichen Pflichten über die aktienrechtlichen Bestimmungen des Art. 716a des Obligationenrechts (OR; SR 220). Zu den Aufgaben des Verwaltungsrates gehört prinzipiell auch die Überprüfung der zutreffenden AHV-rechtlichen Beitragserhebung und -bezahlung (Ueli Kieser, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Rz 301).

4.4.2 Aus den vorliegenden Akten ist ersichtlich, dass die B.____ AG die Jahresabrechnungen 2006 und 2007 nicht innert der gesetzlichen Frist (Art. 36 Abs. 2 AHVV) eingereicht hat. Die Jahresabrechnung 2006 wurde erst nach Mahnung am 23. April 2007 (act. G 5.1/16 und 20) und die Jahresabrechnung 2007 am 28. Februar 2008 (Posteingang: 10. März 2008; act. G 5.1/94 und 99 f.) eingereicht. Zudem hat die B.____ AG in den Jahren 2006 und 2007 der Ausgleichskasse die wesentlichen Änderungen der Lohnsumme während des jeweiligen laufenden Jahres nicht gemeldet (vgl. Art. 35 Abs. 2 AHVV). Als wesentliche Änderung gilt eine Abweichung der jährlichen Lohnsumme um mindestens 10 Prozent von der ursprünglichen voraussichtlichen Lohnsumme (vgl. Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO [WBB], gültig ab 1. Januar 2008, Stand 1. Januar 2011, Rz 2048). Am 30. Oktober 2006 teilte sie der Ausgleichskasse mit, die monatliche Bruttolohnsumme 2006 werde Fr. 78'100.-- betragen (act. G 5.1/8). Für die Monate August bis Dezember 2006 entspricht dies einer Gesamtlohnsumme von Fr. 390'500.--. Tatsächlich betrug die AHV-pflichtige Lohnsumme für das Jahr 2006 (August bis Dezember) Fr. 439'308.-- (act. G 5.1/20), was immerhin einer Abweichung von 12.5% entspricht. Zwar wurden die Beiträge für 2006 bezahlt, weshalb der Verstoss für 2006 beim Verschulden nicht als schwerwiegend erachtet werden kann. Hingegen stellt sich für 2007 eine andere Situation dar. Für dieses Jahr bezifferte die B.____ AG die mutmassliche Lohnsumme auf Fr. 1'321'815.-- (act. G 5.1/20). Effektiv machte die Lohnsumme gemäss Jahresabrechnung für das Jahr 2007 einen Betrag von Fr. 1'776'852.25 aus, was einer Differenz von 34.4% entspricht. Der Einwand des Beschwerdeführers, wonach die Lohnerhöhung für das Jahr 2007 erst Ende des Jahres ersichtlich gewesen sei, ist nicht behelflich. Der Jahresabrechnung 2007 ist zu entnehmen, dass neun der insgesamt 13 neu eingestellten Mitarbeiter bereits vor dem 4. Quartal angestellt wurden (act. G 5.1/99 f.), weshalb eine Meldung noch ohne Weiteres hätte erfolgen können und müssen. Die nicht gemeldete Erhöhung der Lohnsumme 2007 erforderte



anerkanntermassen eine Nachbelastung in der Höhe von Fr. 59'178.65 (vgl. Beschwerde S. 6 und 9, act. G 5.1/101 und 201 Posten 2008/0002). Dieser Betrag wurde durch die B.____ AG denn auch nicht beglichen; er bildet Bestandteil des vorliegenden Schadens. Für die Lohnbeiträge des 4. Quartals 2007 bewilligte die Beschwerdegegnerin am 17. Januar 2008 einen Zahlungsaufschub in der Höhe von Fr. 44'936.60 (act. G 5.1/88). Innert Frist erfolgte die Zahlung am 28. Februar 2008 (act. G 5.1/201 Posten 2007/0007). Ab diesem Zeitpunkt kamen die Beitragszahlungen vollständig ins Hintertreffen, wie der Kontoauszug (act. G 5.1/201) und die übrigen Akten belegen. Zwar hat sich die Arbeitgeberin bzw. der Beschwerdeführer als verantwortliches Organ um diverse weitere Zahlungsaufschübe bemüht. So wurde am 3. April 2008 ein Zahlungsaufschub für die Schlussrechnung 2007 und das erste Quartal 2008 über total Fr. 149'063.70 beantragt und von der Beschwerdegegnerin bis Ende Mai 2008 bewilligt (act. G 5.1/102f.). Bereits Mitte Mai 2008 ersuchte der Beschwerdeführer wegen eines momentanen Liquiditätsengpasses um einen weiteren Aufschub (act. G 5.1/104). Dieser wurde ebenfalls bewilligt für Lohnbeiträge 2007 sowie Januar bis Mai 2008 über total Fr. 208'827.30; dieser Betrag sollte in drei Raten bis 31. August 2008 bezahlt werden (act. G 5.1/105). Die Bezahlung der ersten beiden Raten von je Fr. 20'000.-- erfolgten innert Frist; ab 28. Juli 2008 ging keine Zahlung mehr ein (vgl. act. G 5.1/202 S. 3). Auf eine Mahnung vom 11. August 2008 betreffend die Akonto Beiträge für Juni 2008 (act. G 5.1/108) ersuchte der Beschwerdeführer am 2. September 2008 um einen neuerlichen Zahlungsaufschub (act. G 5.1/110). Dieser wurde nochmals bewilligt am 8. September 2008 über alle ausstehenden Lohnbeiträge von inzwischen Fr. 288'454.50. Dieser Ausstand sollte in monatlichen Raten von Fr. 20'000.-- ab 30. September 2008 beglichen werden (act. G 5.1/113), ohne dass noch eine Zahlung erfolgt wäre. Somit steht fest, dass die B.____ AG die Sozialversicherungsbeiträge über einen längeren Zeitraum entweder nur verzögert oder gar nicht bezahlte, weshalb der Exkulpationsgrund der kurzen Dauer des Beitragsausstandes keine Anwendung findet. Die Situation im vorliegenden Fall ist nicht vergleichbar mit dem Sachverhalt, wie er dem vom Beschwerdeführer angerufenen Entscheid des Bundesgerichts vom 18. Januar 2011 (9C_330/2010) zugrunde liegt. In jenem Fall lag überhaupt kein Verstoß gegen Abrechnungs- und Meldepflichten vor. Die Arbeitgeberin führte konkrete Sanierungsmassnahmen durch (Reduktion Personal, Verkaufsbemühungen um Liegenschaft). Solche Verhältnisse sind im vorliegenden Fall nicht gegeben, weshalb die Berufung auf einen unterjährigen



Beitragsstand nicht ausreicht, um ein grobes Verschulden des Beschwerdeführers auszuschliessen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Beschwerdeführer als verantwortliches Organ der B.____ AG seit der Anmeldung bei der Beschwerdegegnerin mehrfach gegen die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht verstossen und damit in Kauf genommen hat, dass der Beschwerdegegnerin im Fall der Uneinbringlichkeit ihrer Forderungen ein Schaden entstand, so dass sein Verhalten als grobfahrlässig im Sinn von Art. 52 AHVG zu qualifizieren ist.

4.4.3 Zu prüfen bleibt, ob haftungsausschliessende Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe vorliegen (vgl. [BGE 108 V 183](#) ff.). Konkret macht der Beschwerdeführer geltend, dass eine berechtigte Hoffnung auf eine Sanierung des Unternehmens bestanden habe, weshalb er sich um Zahlungsaufschübe für die Lohnbeiträge bemüht habe. Konkrete erfolgsversprechende Sanierungsbemühungen und -aussichten sind vorliegend nicht ausgewiesen. Der Beschwerdeführer legt zwar mehrere Verträge ins Recht, welche einerseits die Finanzierung der Produktion des Navigationsgeräts gewährleisten und andererseits Abnahmeverträge für das Produkt garantieren sollten. Diese Verträge belegen allerdings nicht ein konkretes Sanierungskonzept, sondern es wird lediglich ausgeführt, wie viel Umsatz das Produkt in Zukunft hätte generieren können, wenn es wie geplant auf den Markt gelangt wäre. Aus welchen Gründen schlussendlich mehrere Verträge nicht eingehalten wurden, ist vorliegend nicht bekannt und konnte auch vom Beschwerdeführer anlässlich der mündlichen Verhandlung nicht dargelegt werden. Der Umstand, dass die B.____ AG nach dem Ausstieg des Hauptkreditgebers keine neuen Finanzquellen erschliessen konnte, insbesondere auch sämtliche kontaktierten Banken Zurückhaltung gezeigt haben, lässt eher darauf hindeuten, dass – entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers in der Beschwerde und anlässlich der mündlichen Verhandlung – das Produkt noch nicht über die notwendige Marktreife verfügte und noch weitere risikobehaftete Investitionen angestanden wären. Bei einem angeblich bereits vertraglich geregelten Absatzvolumen von 10 Millionen Franken hätten sich normalerweise entsprechende Geldgeber finden lassen. Die vom Beschwerdeführer bezüglich der finanziellen Situation der B.____ AG eingereichten Buchhaltungsauszüge ergeben denn auch keine aus-reichenden Anhaltspunkte für realistische Sanierungschancen. Mit der provisorischen Bilanz per 30. Juni 2008 vermag der Beschwerdeführer nicht darzutun, dass eine nachhaltige Sanierung begründet gewesen



wäre. So deuten zu 100% wertberichtigte Debitoren aus Lieferungen auf eher schwierige Kundenbeziehungen hin. Auch bestanden offenbar Verlustvorträge von rund Fr. 2'300'000.-- bei angeblich freien Reserven von Fr. 2'700'000.--. Schliesslich fällt ein aktivierter Aufwand an Projekten in Höhe von rund Fr. 2'400'000.-- auf. Ob es sich dabei um ein Aktivum handelt, war wohl damals schon fraglich, zumal rund Fr. 650'000.-- bereits wieder wertberichtigt worden sind. Vor allem fehlen revidierte Zahlenwerte (vgl. auch act. G 1.1/Beilage 36). Insgesamt ist davon auszugehen, dass bei dieser Ausgangslage nicht ernsthaft darauf vertraut werden konnte, dass die B.____ AG der Beschwerdegegnerin innert nützlicher Frist die geschuldeten Beiträge hätte erbringen können, da insbesondere noch nicht einmal die Finanzierung einer ersten Produktionsserie gewährleistet war. Sodann kann der Beschwerdeführer nicht darlegen, welche Forderungen an Stelle der ausstehenden Beiträge beglichen wurden, um das Unternehmen vor dem Konkurs zu bewahren (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 6. Mai 2009, 9C_204/2008, E. 3.3), weshalb insgesamt ein haftungsausschliessender Rechtfertigungsgrund zu verneinen ist.

4.5 Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen den schuldhaften Verletzungen von Vorschriften und dem Eintritt des Schadens kann aufgrund der obigen Ausführungen ohne Weiteres bejaht werden.

4.6 Der rechtlich erhebliche Sachverhalt wird, mit Ausnahme der Schadenshöhe (vgl. E. 4.2.2), für genügend geklärt erachtet, weshalb auf weitere Abklärungen verzichtet werden kann (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 122 V 162 E. 1d).

4.7 Zusammenfassend sind sämtliche Voraussetzungen für die Leistung von Schadenersatz erfüllt, wobei die Beschwerdegegnerin bezüglich der Schadenshöhe weitere Abklärungen vorzunehmen hat.

5.

5.1 Im Sinn der Erwägungen ist die Beschwerde betreffend die bundesrechtlichen Beiträge und der Rekurs betreffend die kantonalrechtlichen Beiträge insoweit gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 26. August 2010 aufzuheben, als die Streitsache zur ergänzenden Abklärung und Neufestsetzung des Schadenbetrags an



die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen ist. Im Übrigen sind die Beschwerde und der Rekurs abzuweisen.

5.2 Das Beschwerdeverfahren ist gemäss Art. 61 lit. a ATSG kostenlos. Angesichts der Tatsache, dass das kantonalrechtliche Verfahren, das einen wesentlich tieferen Streitwert aufweist, zusammen mit dem kostenlosen bundesrechtlichen Verfahren erledigt wurde, rechtfertigt es sich, im kantonalrechtlichen Verfahren in Anwendung von Art. 97 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRP; sGS 951.1) auf die Erhebung von Gerichtskosten zu verzichten.

5.3 Da der Beschwerdeführer teilweise obsiegt, hat er einen reduzierten Anspruch auf eine Parteientschädigung. Diese ist vom Gericht ermessensweise festzusetzen, wobei insbesondere der Bedeutung der Streitsache und dem Aufwand Rechnung zu tragen ist. Bei vollständigem Obsiegen wäre eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) angemessen. Wegen des nur teilweisen Obsiegens und unter Berücksichtigung der geheilten Gehörsverletzung erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- als gerechtfertigt. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer somit eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

entschieden:

1. Die Beschwerde und der Rekurs werden insoweit gutgeheissen und der Einspracheentscheid vom 26. August 2010 aufgehoben, als die Streitangelegenheit zur ergänzenden Abklärung und Neufestsetzung der Schadenshöhe im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin und Vorinstanz zurückgewiesen wird. Im Übrigen werden die Beschwerde und der Rekurs abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.