



Fall-Nr.: AHV 2011/12+KZL 2011/2
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AHV - Alters- und Hinterlassenenversicherung
Publikationsdatum: 11.10.2012
Entscheiddatum: 11.10.2012

Entscheid Versicherungsgericht, 11.10.2012

Art. 52 AHVG. Schadenersatzverfahren; Haftung des nicht-geschäftsführenden Mitglieds des Verwaltungsrats für entgangene bundesrechtliche und kantonale Beiträge bejaht. (Entscheid des Versicherungsgericht des Kantons St. Gallen vom 11. Oktober 2012, AHV 2011/12 + KZL 2011/2).Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Miriam Lendfers undMarie Löhner; a.o. Gerichtsschreiberin Karin KastEntscheid vom 11. Oktober 2012in SachenA.___,Beschwerdeführer,Rekurrent,vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Stefan Thalhammer, Schmiedgasse 28, Postfach 546, 9004 St. Gallen,gegenSozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse und Familienausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen,Beschwerdegegnerin,Vorinstanz,betreffendSchadenersatzforderung (i.S. B.___ AG)bundesrechtlicher Streitwert: Fr. 26'803.85kantonale Streitwert: Fr. 3'907.95Sachverhalt:

A.

A.a Die B.___ AG wurde am 2. Juli 2008 ins Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen und hatte ihren Sitz in C.___. Als Verwaltungsratsmitglied wurden D.___ und als Präsident des Verwaltungsrats E.___ eingetragen (act. G3.1/1, 89). Die Aktiengesellschaft war zunächst bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen als kantonale Ausgleichskasse und Familienausgleichskasse (nachfolgend: SVA) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen, bevor sie per 1. Januar 2009 in die Verbandsausgleichskasse übertrat (act. G3.1/6, 7).

A.b Am 23. Januar 2009 reichte die B.___ AG der SVA die Jahresabrechnung für das Jahr 2008 (Juli bis Dezember) ein (act. G 3.1/22, 23). Die darauf angegebene Lohnsumme von Fr. 227'584.-- löste eine Beitragsnachbelastung in der Höhe von total



Fr. 28'374.05 aus (Fr. 24'763.55 bundesrechtliche Beiträge [AK] und Fr. 3'610.50 kantonale rechtliche Beiträge [FAK] inkl. Verwaltungskosten; act. G 3.1/44, 84). Die entsprechende Rechnung der SVA vom 17. Februar 2009 blieb trotz Vollstreckungsmassnahmen unbezahlt. Am 21. Mai 2010 wurde über die B.____ AG der Konkurs eröffnet und am 31. Mai 2010 mangels Aktiven wieder eingestellt (act. G 3.1/68). Das Betreibungsamt C.____ stellte der SVA am 10. August 2010 einen Verlustschein über einen Betrag von Fr. 30'711.80 (Forderungsbetrag inkl. Zinsen und übrige Kosten) aus (act. G3.1/66).

A.c Am 13. April 2011 erliess die SVA eine Verfügung mit der sie D.____ unter solidarischer Haftung mit E.____ wegen Nichterfüllung der Beitrags- und Abrechnungspflicht zur Leistung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 26'803.85 für entgangene bundesrechtliche Beiträge und von Fr. 3'907.95 für entgangene kantonale rechtliche Beiträge (je inkl. Nebenkosten) verpflichtete (act. G3.1/84 f.).

B.

B.a Am 16. Mai 2011 erhob D.____ Einsprache gegen die Schadenersatzverfügung vom 13. April 2011. Er machte geltend, dass er als nicht geschäftsführender Verwaltungsrat nicht für die operative Geschäftsführung zuständig gewesen sei. Er sei nicht verpflichtet gewesen, die Lohndeklarationen vorzunehmen und den Kontakt zur Ausgleichskasse zu führen, sondern habe lediglich eine Überwachungs- und Kontrollpflicht gehabt, dass die delegierten Aufgaben tatsächlich ausgeführt werden. Diese Überwachungs- und Kontrollpflicht habe er erfüllt, da er sich bei der Geschäftsführung über die Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge erkundigt und auf nochmalige Information hin Anordnungen und Massnahmen getroffen habe. Diesbezüglich bestehe keine gesetzliche Vermutung, dass er seine Pflichten verletzt habe. Zudem habe er per 11. Januar 2009 seine Tätigkeit als Verwaltungsrat niedergelegt. Dass er erst Ende 2009 aus dem Handelsregister gelöscht worden sei, deute auf die unglücklichen organisatorischen Verhältnisse innerhalb der Gesellschaft hin. Desweiteren scheitere die Organhaftung am Kausalzusammenhang. Denn der Schaden wäre ohnehin entstanden – unabhängig davon, ob der Einsprecher seine Pflichten erfüllt habe oder nicht. Da die Löhne erst im Oktober 2008 bezahlt worden seien, hätte der Einsprecher frühestens anfangs November 2008 bezüglich Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge der Löhne Oktober 2008 nachfragen können. Da die



Ausführung entsprechender Anordnungen durch den Verwaltungsrat einige Zeit in Anspruch nehmen würde, hätte die Nachkontrolle durch den Verwaltungsrat frühestens Ende Dezember 2008 stattfinden können, einem Zeitpunkt, in dem der Schaden bereits entstanden gewesen sei. Zudem sei einem nicht geschäftsführenden Verwaltungsrat eine zwei- bis dreimonatige Reaktionsfrist zuzubilligen, denn alles andere sei weltfremd und mit den gesetzlichen Haftungsregeln nicht vereinbar. Der vorliegende Fall habe innerhalb von lediglich zwei Monaten (Ende Oktober 2008 bis Ende Dezember 2008) "gespielt", weshalb der Einsprecher in dieser kurzen Zeit ohnehin nichts hätte unternehmen können. Im Übrigen sei auch das Verschulden des Einsprechers zu verneinen. Da der fragliche Zeitraum seiner Überwachungs- und Kontrollpflicht lediglich zwei Monate (Ende Oktober 2008 bis Ende Dezember 2008) betragen habe, scheide ein grobfahrlässiges Verschulden aus, denn Grobfahrlässigkeit könne nur dann vorliegen, wenn ein Verwaltungsrat während mehrerer Monate seine Überwachungs- und Kontrollpflichten "schleifen" lasse. Falls sich wider Erwarten ergeben sollte, dass den Einsprecher eine Organhaftung treffe, wäre die Höhe der Forderung der SVA zu bestimmen. Denn die Schadenersatzforderung der SVA stütze sich nicht auf die effektiv ausbezahlten Löhne, sondern auf die Lohndeklaration vom 23. Januar 2009. Diese Lohndeklaration sei falsch, da der Einsprecher in den Monaten Oktober 2008 bis Dezember 2008 statt einer Lohnsumme von Fr. 27'000.-- lediglich Fr. 15'000.-- ausbezahlt erhalten habe. Die Beweislast für die effektiv ausbezahlte Lohnsumme liege bei der SVA (act. G3.1/86).

B.b Die SVA wies die Einsprache mit Entscheid vom 12. August 2011 ab. Die Beweislast einer tieferen effektiv ausbezahlten Lohnsumme als in der Jahresabrechnung gegenüber der SVA ausgewiesenen liege beim Schadenersatzpflichtigen. Als Beweismittel wäre eine Buchhaltung geeignet. Gemäss Handelsregistereintrag sei der Einsprecher vom 2. Juli 2008 bis 27. Oktober 2009 Mitglied des Verwaltungsrats gewesen. Ein früherer Austritt aus dem Verwaltungsrat sei nicht nachgewiesen, so dass von einer Haftung bis und mit 27. Oktober 2009 auszugehen sei. Auch habe die B.____ AG seit ihrer Gründung keine Sozialversicherungsbeiträge geleistet. Da der Einsprecher über die Einzelzeichnungsberechtigung verfügt habe, hätte er die Überweisungen der Beiträge selber veranlassen können. Durch seine monatelange Untätigkeit habe er den Schaden mindestens grobfahrlässig verursacht. Der Verwaltungsrat könne sich nicht durch eine



allfällige Delegation der Pflichten exkulpiert. Der Einsprecher hafte demnach auch für die Handlungen und Unterlassungen der von ihm beauftragten Personen (act. G3.1/92).

C.

C.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde bzw. der Rekurs vom 29. August 2011 mit dem Antrag, der Einspracheentscheid vom 12. August 2011 sei aufzuheben; unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Vorliegend sei nur der Zeitraum vom 2. Juli 2008 bis 31. Dezember 2008 relevant. Es sei demnach irrelevant, wie lange der Beschwerdeführer im Jahr 2009 noch Mitglied des Verwaltungsrats gewesen sei. Es sei lediglich zu prüfen, ob der Beschwerdeführer im Jahr 2008 seine Pflichten verletzt habe. Die Beweislast einer tieferen effektiv ausbezahlten Lohnsumme als der in der Jahresabrechnung 2008 gegenüber der SVA ausgewiesenen liege nicht beim Beschwerdeführer. Dies gelte auch bezüglich der Überwachungs- und Kontrollpflichten. Im Übrigen lautet die Begründung im Wesentlichen gleich wie diejenige der Einsprache vom 16. Mai 2011 (act. G 1).

C.b Mit Beschwerdeantwort vom 21. September 2011 beantragt die Beschwerdegegnerin Abweisung der Beschwerde bzw. des Rekurses. Der eingereichte Kontoauszug des Beschwerdeführers betreffend Dezember 2008 über zwei Gutschriften der B.____ AG sei nicht geeignet, die Jahresabrechnung für das Jahr 2008 zu widerlegen. Da die Beitragsnachbelastung bei Austritt des Beschwerdeführers aus dem Verwaltungsrat am 27. Oktober 2009 nach wie vor unbezahlt gewesen sei, sei durchaus von einer monatelangen Untätigkeit des Beschwerdeführers auszugehen (act. G 3).

C.c Der Beschwerdeführer führt in der Replik vom 26. Oktober 2011 aus, es sei eine Tatsache, dass die systembedingt erst rückwirkend mögliche Überwachung und Kontrolle nach der ersten Lohnzahlung Ende Oktober 2008 in der kurzen Zeit im Jahr 2008 nicht möglich gewesen sei. Im vorliegenden Verfahren sei betreffend Pflichtverletzung lediglich der Zeitraum Ende Oktober 2008 bis Ende Dezember 2008 relevant. Insbesondere sei irrelevant, ob der Beschwerdeführer im Jahr 2009 monatelang untätig gewesen sei (act. G 5).

C.d Die Beschwerdegegnerin verzichtet auf eine Duplik (act. G 7).



C.e Auf entsprechende Anfrage des Versicherungsgerichts vom 14. März 2012 betreffend Angaben zum Lohnfluss der B.____ AG in Liquidation im Jahr 2008 teilte das Konkursamt am 15. März 2012 mit, dass keine Geschäftsakten archiviert seien. Die Archivierungspflicht für die Geschäftsakten obliege den Organen der Konkursitin (act. G 10).

C.f Auf die gleiche Anfrage des Versicherungsgerichts vom 19. März 2012 hin teilte E.____ mit, dass er über keinerlei Unterlagen betreffend Lohnfluss im Jahr 2008 verfüge. Diese seien alle zur Verfügung seiner Geschäftsnachfolger im Büro zurückgelassen worden (act. 12).

C.g In Beantwortung des Schreibens des Versicherungsgerichts vom 4. April 2012 teilte der nachfolgende Geschäftsführer der B.____ AG in Liquidation, F.____, telefonisch mit, dass er ebenfalls über keine Buchhaltungsunterlagen des in Frage stehenden Zeitraums verfüge (act. G 14).

C.h Mit Schreiben vom 11. Juni 2012 unter Fristansetzung eröffnete das Gericht dem Beschwerdeführer die Gelegenheit, sich zu den eingereichten Stellungnahmen (act. G 10, 12 und 14) zu äussern. Diese Frist liess der Beschwerdeführer unbenutzt verstreichen (act. G 15).

C.i Am 14. August 2012 reichte der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers die vom Gericht eingeforderten Steuerunterlagen und Lohnausweise ein (act. G 17). Die Beschwerdegegnerin nahm dazu keine Stellung.

Erwägungen:

1.

Da das Beschwerdeverfahren AHV 2011/12 und das Rekursverfahren KZL 2011/12 den gleichen Sachverhalt betreffen und gestützt auf die gleichen bzw. analoge rechtliche Erwägungen zu entscheiden sind, sind die Verfahren zu vereinigen (vgl. BGE 123 V 215 E. 1).

2.



In den vorliegenden Verfahren streitig ist die Schadenersatzpflicht des Beschwerdeführers/Rekurrenten (nachfolgend Beschwerdeführer) als ehemaliger Verwaltungsrat der am 21. Mai 2010 aufgelösten B.____ AG für nichtgeleistete bundes- und kantonale rechtliche Beitragsforderungen im Jahr 2008 (inkl. Nebenkosten).

3.

3.1 Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen (Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]). Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe belangt werden (BGE 129 V 11; 123 V 15 E. 5b mit Hinweisen; seit 1. Januar 2012 verankert Art. 52 Abs. 2 AHVG diesen Grundsatz im Gesetz). Der Beschwerdeführer war unbestrittenermassen als im Handelsregister eingetragener Verwaltungsrat verantwortliches Organ der B.____ AG.

3.2 Die Familienzulagen ausserhalb der Landwirtschaft richten sich für den hier streitigen Zeitraum nach kantonalem Recht, nämlich nach dem Kinderzulagengesetz des Kantons St. Gallen (KZG; sGS 371.1, in der bis 31. Dezember 2008 geltenden Fassung). Art. 52 AHVG stellt keine unmittelbare gesetzliche Grundlage für die Erhebung von Schadenersatz für entgangene kantonale rechtliche Beiträge dar (vgl. BGE 124 V 146 E. 1). Gemäss Art. 47 KZG (in der bis 31. Dezember 2008 geltenden Fassung) werden die Bestimmungen der Bundesgesetzgebung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung sachgemäss angewendet, soweit dieses Gesetz keine Regelung enthält. Dies gilt insbesondere für die Arbeitgeberhaftung und Schadenersatzpflicht (lit. d). Der ausdrückliche Verweis des kantonalen Rechts auf die AHV-rechtliche Haftungsbestimmung des Art. 52 AHVG ist hinreichend klar und eindeutig. Das kantonale Recht bietet gestützt auf Art. 47 Abs. 1 lit. d KZG eine genügende gesetzliche Grundlage für die Schadenersatzpflicht für entgangene kantonale Beiträge.

4.

4.1 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. Wie es sich damit verhält, ist im Folgenden zu prüfen.

4.2 Zunächst setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers bzw. des verantwortlichen Organs den Eintritt eines Schadens bei der Ausgleichskasse voraus. Der Schadenseintritt gilt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren erhoben werden können, z.B. bei Erhalt von Pfändungsverlustscheinen oder bei Konkursöffnung über eine juristische Person (BGE 136 V 273 E. 2.6 mit Hinweisen; 123 V 15 E. 5b). Der Schaden kann unbezahlt gebliebene paritätische AHV/IV/EO- und ALV-Beiträge, Verwaltungskostenbeiträge, Mahngebühren, Veranlagungs- und Betreibungskosten sowie Verzugszinsen für rückständige Beiträge umfassen (Thomas Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach dem Art. 52 AHVG, in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 100). Für die Schadensberechnung sind die realisierten Löhne einzubeziehen (Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 102).

4.2.1 Die Beschwerdegegnerin macht gestützt auf den Pfändungsverlustschein (vgl. act. G 3.1/66) Schadenersatz betreffend Juli 2008 bis Dezember 2008 für entgangene bundesrechtliche Beiträge in Höhe von Fr. 26'803.85 und entgangene kantonale Beiträge in Höhe von Fr. 3'907.95 (je inkl. Verzugszinsen, Gebühren und Betreibungskosten, vgl. act. G 3.1/84) geltend, total Fr. 30'711.80. Das Vorliegen eines Schadens ist unbestritten. Bestritten hingegen ist das Quantitativ der aufgeführten Forderung. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht geltend, für die Schadensberechnung dürften lediglich die realisierten Löhne einbezogen werden. Die Forderung der Beschwerdegegnerin stütze sich jedoch nicht auf die effektiv ausbezahlten Löhne, sondern auf falsche Lohndeklarationen der B.____ AG. Gemäss Lohndeklaration in der Jahresabrechnung 2008 habe der Beschwerdeführer Fr. 27'000.-- erhalten. Effektiv ausbezahlt worden seien lediglich Fr. 15'000.--.

4.2.2 Der Prozess im Sozialversicherungsrecht ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht haben von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dabei sind rechtserheblich alle Tatsachen,



von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist. Der Untersuchungsgrundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2; 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Die Mitwirkungspflicht bildet eine gewisse Ergänzung und Einschränkung des Untersuchungsgrundsatzes, darf aber nicht zu dessen Aufhebung führen. Besondere Bedeutung hat die Mitwirkungspflicht dann, wenn der Sachverhalt ohne Mitwirkung der betroffenen Person gar nicht (weiter) abgeklärt werden kann. Zu den Mitwirkungspflichten der Parteien gehören insbesondere die Auskunft- und Duldungspflicht. Die Auskunftspflicht umfasst unter anderem die Pflicht, die sich im Besitz der Partei befindlichen notwendigen schriftlichen Unterlagen vorzulegen (Thomas Locher, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, § 68 N 7 und 11 f.). Wenn es sich jedoch als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen, greift die Beweisregel Platz, dass die Parteien eine Beweislast insofern tragen, als im Fall der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 117 V 264 E. 3b; 115 V 142 E. 8a). Das Versicherungsgericht darf eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn es von ihrem Bestehen überzeugt ist. Es hat seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die Wahrscheinlichkeit ist insoweit überwiegend, wenn der begründeten Überzeugung keine konkreten Einwände entgegenstehen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht (BGE 117 V 360 E. 4a mit Hinweisen). Allgemein gilt, dass diejenige Möglichkeit überwiegend wahrscheinlich ist, welche sich am ehesten zugetragen hat (vgl. BGE 111 V 374 E. 2b).

4.2.3 In der Jahresabrechnung 2008 hat die konkursite Arbeitgeberin für den Beschwerdeführer in der Zeit von Oktober bis Dezember eine beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 27'000.-- deklariert. Dem vom Versicherungsgericht eingeforderten Lohnausweis für die Monate Oktober bis Dezember 2008 (act. G 17) ist zu entnehmen, dass für die genannte Zeitspanne gar ein Bruttolohn von Fr. 29'000.-- (nebst Privatanteil Geschäftswagen von Fr. 600.--) ausgerichtet wurde. Der eingereichte Kontoauszug (act. G 1.1/5) zeigt nur auf, dass der Beschwerdeführer im



Dezember 2008 zwei Lohnzahlungen erhalten hat. Die übrigen Positionen auf dem Kontoauszug wurden verdeckt. Der Umstand, dass am 23. Dezember 2008 explizit lediglich eine Teilzahlung erfolgte, lässt vermuten, dass noch weitere Zahlungen erfolgten. Ausserdem handelt es sich dabei lediglich um Nettobeträge. Der in der Jahresabrechnung 2008 deklarierte Betrag stimmt bis auf Fr. 2'000.-- mit jenem auf dem Lohnausweis überein. Es ist nicht ersichtlich, weshalb die B.____ AG sowohl bei der Jahresabrechnung 2008 als auch beim Erstellen des Lohnausweises von einer falschen Lohnhöhe ausgegangen sein sollte, hatte sie doch auf dem entsprechenden Betrag Beiträge zu bezahlen. Ebenso fragt sich, weshalb sich der Beschwerdeführer nicht gegen den angeblich falschen Lohnausweis zur Wehr gesetzt hatte, zumal dieser auch Grundlage zur Berechnung seiner Einkommenssteuer bildete (und im Übrigen von ihm selbst auch Fr. 29'000.-- deklariert wurden, act. G 17). Aufgrund der genannten Umstände ist nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass vom Beschwerdeführer als Lohn effektiv jedenfalls mindestens Fr. 27'000.-- und nicht bloss Fr. 15'000.-- realisiert wurden. Mithin ist der geltend gemachte Schaden von total Fr. 30'711.80 als ausgewiesen zu erachten.

4.3

4.3.1 Weitere Haftungsvoraussetzung für die vorliegend streitgegenständliche Schadenersatzforderung ist die Widerrechtlichkeit. Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) schreibt vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Bei einer Lohnsumme über Fr. 200'000.-- hat der Arbeitgeber die Beiträge monatlich zu zahlen (Art. 34 Abs. 1 lit. a AHVV). Die Ausgleichskasse setzt hierzu aufgrund der voraussichtlichen Lohnsumme Akontobeiträge 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 Sinne 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 Gesellschaft und deren verantwortliche Verwaltungsratsmitglieder weder der Melde- noch Beitragszahlungspflicht nachgekommen sind, was zum Schaden der Beschwerdegegnerin geführt hat. Die Gesellschaft und der Beschwerdeführer haben somit wesentliche Pflichten missachtet, womit die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung zu bejahen ist. Rechtfertigungsgründe (wie Amtshandlung, Notwehr, Notstand, Selbsthilfe, Einwilligung des Geschädigten [Reichmuth, a.a.O., N 527]) werden weder geltend gemacht, noch ergeben sich solche aus den Akten.

4.4 Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Vorschriften absichtlich oder grobfahrlässig missachtet wurden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sowohl ein Verschulden des Arbeitgebers als auch des verantwortlichen Organs vorliegen muss (Reichmuth, a.a.O., N 534 ff.). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nicht jede Verletzung der öffentlichrechtlichen Aufgaben durch den Arbeitgeber ohne weiteres einem qualifizierten Verschulden seiner Organe gleichzusetzen. Vorausgesetzt ist vielmehr ein Normverstoss von einer gewissen Schwere. Eine Nichtbezahlung der Beiträge genügt noch nicht, um ein qualifiziertes Verschulden anzunehmen. Vielmehr sind die gesamten Umstände zu würdigen. Die Frage der Dauer des Normverstosses ist dabei ein Beurteilungskriterium, das im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist und im Sinn der Rechtsprechung zu den Entlastungsgründen zur Verneinung der Schadenersatzpflicht führen kann (BGE 121 V 244 E. 4b mit Hinweisen). Von einem qualifizierten Verschulden ist aber in der Regel auszugehen, wenn beispielsweise ein Arbeitgeber über längere Zeit seine Abrechnungs- und/oder Ablieferungspflichten nur schleppend oder bloss teilweise erfüllt. Bei der Verschuldensbeurteilung gilt ein objektiver Verschuldensmassstab, weshalb subjektive Entschuldbarkeit oder die Gründe für die Mandatsübernahme unbeachtlich sind (Ueli Kieser, Alters- und Hinterlassenen-versicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007, N 272 mit Hinweisen).

4.4.1 Bei der Frage der Haftung des Verwaltungsrats definieren sich die organrechtlichen Pflichten über die aktienrechtlichen Bestimmungen des Art. 716a des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR; SR 220). Der Verwaltungsrat hat demgemäss eine Reihe von Aufgaben, die nicht übertragbar oder entziehbar sind. Die



sozialversicherungsrechtliche Betrachtungsweise differenziert zwischen dem geschäftsführenden und dem nicht geschäftsführenden Mitglied des Verwaltungsrats. Wer als Verwaltungsrat die Geschäfte nicht selber führt, darf sich nach der Rechtsprechung auf die Überprüfung der Tätigkeit der Geschäftsleitung und des Geschäftsgangs verlassen; zugleich wird aber auch verlangt, dass er sich laufend über den Geschäftsgang informiert, Rapporte verlangt, sie sorgfältig studiert, nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzieht und Irrtümer abzuklären versucht. Um diese Aufgabe erfüllen zu können, steht dem Verwaltungsrat das Recht auf Auskunft und Einsicht zu (Art. 715a OR; Kieser, a.a.O., N 281 f.; Reichmuth, a.a.O., N 615 f.). Zu den nicht übertragbaren Aufgaben des Verwaltungsrats gehört prinzipiell auch die Überprüfung der zutreffenden AHV-rechtlichen Beitragserhebung und -bezahlung (Kieser, a.a.O., N 301). Als grobfahrlässig ist die Verkennung der Abrechnungs- und/oder Ablieferungspflichten eines Verwaltungsrats zu werten; eine Exkulpation ist nicht möglich, wenn ein Verwaltungsrat geltend macht, er habe dem geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglied vertraut (Ueli Kieser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 52 N 15).

4.4.2 Bezüglich der Dauer der Haftung ist festzuhalten, dass dem Organ der Gesellschaft nur so lange ein Verschulden vorgeworfen werden kann, als es die Möglichkeit hat, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Bei einem Verwaltungsrat ist dies längstens bis zu seinem effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall. Für nach diesem Zeitpunkt fällig gewordene Beiträge kann ihm kein Verschulden vorgeworfen werden, es sei denn, der Schaden gehe auf Handlungen zurück, die sich erst nach seinem Ausscheiden ausgewirkt haben (Nussbaumer, a.a.O., S. 107).

4.4.3 Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers bestreitet im Wesentlichen, dass sich der Beschwerdeführer grob schuldhaft verhalten habe. Die einzigen Schuldigen seien Z.____ als Geschäftsführerin und E.____ als geschäftsführender Verwaltungsratspräsident. Sie seien ihren Pflichten in keiner Weise nachgekommen. Der Beschwerdeführer habe als nicht geschäftsführendes Verwaltungsratsmitglied lediglich eine Überwachungs- und Kontrollpflicht gehabt, denen er nicht täglich nachzukommen gehabt habe. Diese Pflichten habe er auch erfüllt. Er müsse dies nicht beweisen, da es keine gesetzliche Vermutung gebe, dass er seine Pflichten verletzt



habe. Die Beweislast diesbezüglich liege bei der Beschwerdegegnerin. Der Beweis sei nicht schon damit erbracht, dass die Gesellschaft die Sozialversicherungsbeiträge nicht bezahlt habe. Es sei zu betonen, dass die Pflichtverletzung eines nicht geschäftsführenden Verwaltungsratsmitglieds nicht in demjenigen Zeitpunkt beginne, in welchem die Zahlungen an die Beschwerdegegnerin unterblieben, sondern erst dann, wenn er nichts unternahme, nachdem seine Kontrollen ergeben hätten, dass die Abrechnung nicht funktioniert habe und nachdem er festgestellt habe, dass seine daraufhin angeordneten Massnahmen nicht umgesetzt worden seien. Im vorliegenden Verfahren sei das Verhalten des Beschwerdeführers im Jahr 2009 irrelevant. Es sei lediglich der zweimonatige Zeitraum von Ende Oktober 2008 bis Dezember 2008 relevant. Es stelle sich einzig die Frage, ob sich der Beschwerdeführer in diesem Zeitraum hätte anders verhalten sollen, können bzw. müssen. Die systembedingt erst rückwirkend mögliche Kontrolle und Überwachung nach der ersten Lohnzahlung Ende Oktober 2008 bis Ende des Jahres 2008 sei gar nicht möglich gewesen.

4.4.4 Wie in E. 4.4.2 ausgeführt, ist es nicht irrelevant, wie lange der Beschwerdeführer Verwaltungsrat war. Auch ist für die Frage, ob den Beschwerdeführer ein Verschulden trifft, nicht nur die Zeitspanne von Oktober 2008 bis Dezember 2008 massgebend, sondern jene bis zu seinem Austritt aus dem Verwaltungsrat. Denn der Schaden entstand erst, als die Beiträge wegen Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nicht mehr im ordentlichen Verfahren erhoben werden konnten (vgl. E. 4.2). Es ist deshalb zunächst festzustellen, zu welchem Zeitpunkt der Beschwerdeführer aus dem Verwaltungsrat austrat. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers macht geltend, dass letzterer seine Tätigkeit als Verwaltungsrat per 11. Januar 2009 niedergelegt habe, insbesondere weil seine Interventionen ohne Einfluss geblieben seien. Dass der Beschwerdeführer erst Ende Oktober 2009 im Handelsregister gelöscht worden sei, spreche für die unglücklichen organisatorischen Verhältnisse innerhalb der Gesellschaft. Diesen Angaben steht der Eintrag im Handelsregister entgegen, und es finden sich keine Aktenstücke, welche die Darstellung des Rechtsvertreters bekräftigen würden. Insbesondere hat der Rechtsvertreter kein Austrittschreiben zu den Akten gegeben. Es stellt sich zudem die Frage, weshalb der Beschwerdeführer nicht bereits früher auf der Löschung im Handelsregister beharrte. All diese Umstände sprechen dafür, dass der Beschwerdeführer mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bis Ende Oktober 2009



tatsächlich Verwaltungsratsmitglied war. Ein früheres Ausscheiden ist zumindest nicht bewiesen. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob den Beschwerdeführer bis zu seinem Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat ein Verschulden trifft.

4.4.5 Für die Behauptung des Beschwerdeführers, er sei seinen Kontroll- und Überwachungspflichten nachgekommen, fehlt ein Hinweis in den Akten. Entgegen seiner Bestreitung ist er dafür beweispflichtig, dass er seine Pflichten als Verwaltungsrat tatsächlich erfüllt hat, da er vom Nachweis dieser Behauptung Rechte ableitet. Es mag nun zutreffen, dass gesellschaftsintern die Pflichtverletzungen in erster Linie der Geschäftsführerin und dem geschäftsführenden Verwaltungspräsidenten zuzurechnen sind. Indem es der Beschwerdeführer als nicht geschäftsführender Verwaltungsrat jedoch unterliess, die Geschäftsführung der Geschäftsführerin und des Verwaltungsratspräsidenten konkret und nachweisbar zu überprüfen, insbesondere auch was die AHV-rechtliche Beitragserhebung und -bezahlung betraf, ist er seinen gesetzlichen Überwachungs- und Kontrollpflichten nicht nachgekommen. Dieses Verhalten ist nach der höchststrichterlichen Rechtsprechung als grobfahrlässig zu qualifizieren. Dies muss umso mehr gelten, wenn berücksichtigt wird, dass der Beschwerdeführer einzelzeichnungsberechtigt war und somit grundsätzlich selber noch im Jahr 2009 für die Überweisung der am 12. Februar 2009 in Rechnung gestellten Sozialversicherungsbeiträge hätte sorgen können (vgl. act. G 3.90).

4.4.6 Der Beschwerdeführer bringt des Weiteren vor, ihm sei die faktische Überprüfungsmöglichkeit anhand der Buchhaltungsunterlagen vorenthalten worden. Der Beschwerdeführer hätte jedoch in dieser Situation als Verwaltungsratsmitglied allenfalls mittels Leistungsklage seine Informationsrechte durchsetzen (Martin Wernli/Marco A. Rizzi, Kommentar zu Art. 715a OR, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Auflage, Basel 2012, N 13) oder mittels einfachem Schreiben an das Handelsregisteramt aus dem Verwaltungsrat zurücktreten können (vgl. auch Reichmuth, a.a.O., N 563, 599).

4.4.7 Das Verhalten des Beschwerdeführers ist somit gesamthaft als grobfahrlässig zu qualifizieren.

4.5 Zu prüfen bleibt noch die adäquate Kausalität zwischen dem eingetretenem Schaden und dem Verhalten des Beschwerdeführers.



4.5.1 Die Schadenersatzpflicht des verantwortlichen Organs nach Art. 52 Abs. 1 AHVG setzt voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist. Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolgs zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 119 V 406 E. 4a mit Hinweisen).

4.5.2 Vorliegend ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen den Unterlassungen des Beschwerdeführers und dem eingetretenen Schaden gegeben. Hätte der Beschwerdeführer dafür gesorgt, dass die Gesellschaft ihren Ablieferungspflichten nachkommt, wäre kein Schaden in der von der Beschwerdegegnerin geltend gemachten Höhe entstanden.

4.6 Nach dem Gesagten sind somit die Voraussetzungen für die Schadenersatzpflicht erfüllt. Entschuldigungs- oder Rechtfertigungsgründe liegen keine vor. Die Beschwerdegegnerin hat demnach den Beschwerdeführer zu Recht verpflichtet, Schadenersatz für bundesrechtliche Beiträge von Fr. 26'803.85 und für entgangene kantonale Beiträge von Fr. 3'907.95 (jeweils inkl. Zinsen und Kosten) zu bezahlen.

4.7 Im Rahmen der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG sind Herabsetzungsgründe zugelassen. 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 der Ausgleichskasse und dem Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen (BGE 122 V 189 E. 3c; Ueli Kieser, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2005, Art. 52 N 18). Vorliegend hat die Ausgleichskasse die unbezahlten Akontorechnungen gestützt auf Art. 15 AHVG i.V.m. Art. 34a AHVV gemahnt und die Betreibung innert Frist angehoben (act. G 3.1/41, 42). Ein Mitverschulden der



Beschwerdegegnerin ist vorliegend nicht ersichtlich. Es besteht damit kein Anlass, die Schadenersatzforderungen herabzusetzen.

5.

5.1 Die Beschwerde betreffend die bundesrechtliche Schadenersatzforderung und der Rekurs betreffend die kantonale Schadenersatzforderung sind abzuweisen.

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

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

entschieden:

1. Die Beschwerde betreffend die bundesrechtliche Schadenersatzforderung und der Rekurs betreffend die kantonale Schadenersatzforderung werden abgewiesen.

2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.