

200 17 1053 AHV
FUE/BRM/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 24. August 2018

Verwaltungsrichter Furrer, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Knapp, Verwaltungsrichter Loosli
Gerichtsschreiber Braune

A. _____
vertreten durch B. _____, Rechtsanwältin C. _____
Beschwerdeführer

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Bern
Abteilung Beiträge und Zulagen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern
Beschwerdegegnerin

in Sachen
D. _____ **AG in Liquidation**

E. _____
Beigeladene

betreffend Einspracheentscheid vom 9. November 2017



Sachverhalt:

A.

Die in ... domizilierte D. _____ AG wurde am 26. Oktober 2012 gegründet und war ab 1. Januar 2013 als beitragspflichtige Arbeitgeberin der Ausgleichskasse des Kantons Bern (nachfolgend AKB bzw. Beschwerdegegnerin) angeschlossen (vgl. Akten der AKB [act. II] 1, 38). A. _____ war seit deren Gründung als Mitglied des Verwaltungsrates der D. _____ AG zunächst mit Kollektivunterschrift zu zweien und ab 25. Juni 2013 mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (act. II 28). Mit Entscheid des zuständigen Einzelgerichts wurde über die Gesellschaft mit Wirkung ab 5. Mai 2015 der Konkurs eröffnet. Das Konkursverfahren wurde am 16. September 2015 mangels Aktiven eingestellt und am 4. Oktober 2017 wurde die Gesellschaft von Amtes wegen im Handelsregister gelöscht (act. II 1). Der AKB wurden am 23. Februar und 19. Mai 2016 diverse Verlustscheine gegen die D. _____ AG ausgestellt (act. II 14-22).

Mit Verfügung vom 21. April 2017 verpflichtete die AKB A. _____ zur Bezahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 86'009.80 für entgangene Sozialversicherungsbeiträge betreffend die Beitragsjahre 2013, 2014 und 2015 (act. II 7); diese Schadenersatzforderung wurde auf Einsprache vom 17. Mai 2017 hin (act. II 6) mit Entscheid vom 9. November 2017 bestätigt (act. II 4).

B.

Hiergegen erhebt A. _____, vertreten durch Rechtsanwältin C. _____, am 5. Dezember 2017 Beschwerde mit den Anträgen, der Einspracheentscheid vom 9. November 2017 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass den Beschwerdeführer keine Schadenersatzpflicht treffe und er der Beschwerdegegnerin keinen Schadenersatz schulde. Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, dass der Beschwerdeführer nicht geschäftsführendes Mitglied des Verwaltungsrates gewesen sei und er seine sich daraus ergebenden Pflichten stets erfüllt habe. Ferner

bestehe vorliegend kein Anlass, im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren von den tatbeständlichen Feststellungen des Staatsanwaltes im strafrechtlichen Verfahren abzuweichen, zumal der Beschwerdeführer nicht geschäftsführender Verwaltungsrat gewesen sei und keinen Einfluss darauf gehabt habe, welche Forderungen zu welchem Zeitpunkt beglichen worden seien. Schliesslich könne das der Arbeitgeberin als widerrechtlich zuzurechnende Unterlassen der Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht nicht ohne weiteres einem Organ der Gesellschaft als qualifiziert schuldhaftes Verhalten angelastet werden; dies im Falle des Beschwerdeführers umso weniger, weil diesen als nicht geschäftsführender Verwaltungsrat keine direkte Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht treffe und er anhand der vorgelegten Zahlen und Berichte keinerlei Anlass gehabt habe, an deren Richtigkeit zu zweifeln und er deshalb auch nicht verpflichtet gewesen sei, weitergehende Auskünfte einzuholen. Die rein formelle Organstellung reiche – entgegen den Ausführungen der Beschwerdegegnerin – jedenfalls nicht aus, um ein Verschulden des Beschwerdeführers zu begründen. Aber selbst wenn der Beschwerdeführer seine Pflichten verletzt und damit grob fahrlässig gehandelt haben sollte, wäre dieses Verhalten im Hinblick auf die Sicherung des Überlebens der Gesellschaft, die sich wegen verschiedenen Fehllieferungen in einem (vorübergehenden) Liquiditätsengpass befunden habe, gerechtfertigt gewesen.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 12. Januar 2018 beantragt die AKB die Abweisung der Beschwerde.

In einem zweiten Schriftenwechsel hielten die Parteien an den bisher vertretenen Standpunkten sowie an den gestellten Anträgen fest.

Mit prozessleitender Verfügung vom 14. März 2018 wurde E. _____, seit Gründung der D. _____ AG Mitglied des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift, zum Verfahren beigelegt; auf die gleichzeitig gebotene Gelegenheit zur Stellungnahme verzichtete die Beigeladene.

Mit Eingabe vom 4. April 2018 hält der Beschwerdeführer fest, dass die ihm im Rahmen der Beiladung zum Verfahren AHV/17/1059 offen gelegten Akten seine Argumentation im vorliegenden Verfahren bestätigten.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 52 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) und Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

Soweit in der Beschwerde beantragt wird, es sei festzustellen, dass den Beschwerdeführer keine Schadensersatzpflicht treffe und er keinen Schadenersatz schulde (Rechtsbegehren Ziff. 2), ist darauf nicht einzutreten. Denn der Erlass eines Feststellungsentscheides ist dann unzulässig, wenn die Möglichkeit besteht, die Rechtsbeziehung direkt durch ein rechtsgestaltendes Urteil zu ordnen (Prinzip der Subsidiarität; BGE 122 V 28 E. 2b S. 30), was hier der Fall ist.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 9. November 2017 (act. II 4). Streitig ist die gegenüber dem Beschwerdeführer geltend gemachte Schadensersatzforderung für entgangene Sozialversicherungsbeiträge in der Höhe von Fr. 86'009.80.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

1.4 Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

2.

2.1 Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen. Die zuständige Ausgleichskasse macht den Schadenersatzanspruch durch Erlass einer Verfügung geltend (Art. 52 Abs. 1 und 4 AHVG). Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen (Art. 52 Abs. 2 Satz 1 AHVG; BGE 129 V 11, 123 V 12 E. 5b S. 15).

Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch (Art. 52 Abs. 2 Satz 2 AHVG). Die solidarische Haftung erlaubt der Ausgleichskasse, gegen alle oder lediglich einige von ihnen, allenfalls nur einen Einzelnen, vorzugehen (BGE 134 V 306 E. 3.1 S. 308, 114 V 213 E. 3 S. 214). Eine Haftungsbeschränkung zugunsten eines Organs wegen mitwirkenden Drittverschuldens eines solidarisch Haftpflichtigen tritt nur in speziellen Ausnahmefällen ein (SVR 2008 AHV Nr. 5 S. 14 E. 4.2.2).

2.2 Der für eine Haftung nach Art. 52 AHVG vorausgesetzte Schaden entsteht dann, wenn der Ausgleichskasse ein ihr gesetzlich geschuldeter Betrag entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht. Dazu gehören die von den Arbeitgebenden geschuldeten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge, die Verwaltungs- und Betriebskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen (BGE 121 III 382 E. 3b bb S. 384; SVR 2007 AHV Nr. 2 S. 6 E. 5, 1999 AHV Nr. 16 S. 45 E. 5). Ordnungsbussen sind hingegen nicht Schadensbestandteil (SVR 2009 AHV Nr. 3 S. 13 E. 7).

2.3 Der Schaden muss durch eine Missachtung von Vorschriften entstanden sein. Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. der Verord-

nung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) schreibt vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug bringt und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmerinnen und 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. Die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe bedeutet eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 AHVG und zieht die volle Schadensdeckung nach sich (BGE 118 V 193 E. 2a S. 195).

Nach Art. 717 Abs. 1 i.V.m. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) gehört die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrates. Diese Aufgaben müssen "mit aller Sorgfalt" erfüllt werden.

2.4 Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist. Absicht bzw. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht (BGE 108 V 183 E. 1b S. 186).

2.4.1 Grobe Fahrlässigkeit liegt praxisgemäss vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (SVR 2011 AHV Nr. 14 S. 49 E. 3.2). Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher der Betreffende angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss. Dabei sind an die

Sorgfaltspflicht einer Aktiengesellschaft hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Ähnlich ist zu differenzieren, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers zu ermitteln (BGE 112 V 156 E. 4 S. 159, 108 V 199 E. 3a S. 202).

2.4.2 Gemäss ständiger Rechtsprechung ist nicht jede Verletzung der öffentlichrechtlichen Aufgaben der Arbeitgeber als Institution der Versicherungsdurchführung ohne weiteres als qualifiziertes Verschulden ihrer Organe im Sinne von Art. 52 AHVG zu werten. Das absichtliche oder grobfahrlässige Missachten von Vorschriften verlangt vielmehr einen Normverstoss von einer gewissen Schwere. Dagegen kann beispielsweise die relativ kurze Dauer des Beitragsausstandes sprechen, wobei aber immer eine Würdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls Platz zu greifen hat. Zudem dürfen die Nichtabrechnung wie auch die Nichtbezahlung der Beiträge als solche nicht einem qualifizierten Verschulden gleichgesetzt werden, weil dies auf eine nach Gesetz und Rechtsprechung unzulässige, da in Art. 52 AHVG gerade nicht vorgesehene Kausalhaftung hinausläufe. Vielmehr sind auch in dieser Hinsicht die gesamten Umstände zu würdigen. Verwaltung und Sozialversicherungsgericht dürfen sich bei festgestellter Verletzung der AHV-Vorschriften daher nicht auf die Prüfung beschränken, ob Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe vorliegen, sondern haben vorgängig festzustellen, ob ein qualifiziertes Verschulden im Sinne von Art. 52 AHVG anzunehmen ist (BGE 136 V 268 E. 3 S. 274, 121 V 243 E. 4b und 5 S. 244; Entscheid des EVG vom 4. Oktober 2004, H 273/03, E. 3.2.1).

2.4.3 Bei feststehender Widerrechtlichkeit gilt jedoch die Vermutung eines absichtlichen oder grobfahrlässigen Verhaltens des Arbeitgebers resp. seiner Organe. Dies bedeutet eine gesteigerte Mitwirkungspflicht der ins Recht gefassten Person bei der Abklärung resp. Feststellung des für die Beurteilung des Verschuldens rechtserheblichen Sachverhalts von Amtes wegen durch die Ausgleichskasse und das kantonale Versicherungsgericht (Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c ATSG). Es obliegt grundsätzlich dem Arbeitgeber oder seinen Organen, Gründe, welche ein Verschulden im Sinne von Absicht oder Grobfahrlässigkeit ausschliessen, zu behaupten, diesbe-

zügliche Beweise zu liefern oder zu beantragen. Werden solche entlastende Umstände nicht geltend gemacht oder nicht hinreichend substantiiert, sind solche nicht ohne weiteres ersichtlich oder führen die Abklärungen zu keinem schlüssigen Ergebnis, hat die ins Recht gefasste Person die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Diese Regelung gilt auch in Bezug auf allfällige Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe (SVR 2011 AHV Nr. 13 S. 44 E. 4.1).

2.5 Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen. So kann es sein, dass es einem Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass die Unternehmung überlebt und er die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 183 E. 1b S. 186 und 189 E. 2b S. 193; AHI 2003 S. 100 E. 3a; SVR 2017 AHV Nr. 13 S. 41 E. 7.2).

2.6 Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 AHVG voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist (BGE 119 V 401 E. 4a S. 406). Daran fehlt es, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können. Indessen vermag die blosser Hypothese, der Schaden wäre auch bei pflichtgemässigem Verhalten eingetreten, die Adäquanz nicht zu beseitigen. Dass ein Schaden ohnehin eingetreten wäre, muss vielmehr mit Gewissheit oder doch mit hoher Wahrscheinlich-

keit nachgewiesen sein. Das schuldhafte Verhalten eines solidarisch Ersatzpflichtigen kann nur dann als inadäquat für den eingetretenen Schaden gelten, wenn das Verschulden des Dritten oder des Geschädigten dermassen schwer wiegt, dass das eigene Fehlverhalten eindeutig in den Hintergrund tritt und damit nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der Lebenserfahrung nicht mehr als adäquate Schadensursache erscheint (SVR 2011 AHV Nr. 16 S. 60 E. 4.3.1).

2.7 Der Schadenersatzanspruch verjährt zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden (Art. 52 Abs. 3 Satz 1 und 2 AHVG).

Kenntnis des Schadens hat die Ausgleichskasse im Zeitpunkt, in welchem sie unter Beachtung der ihr zumutbaren Aufmerksamkeit erkennen muss, dass es die tatsächlichen Umstände nicht mehr erlauben, die geschuldeten Beiträge einzufordern, dass sie aber wohl eine Schadenersatzpflicht zu begründen vermögen (BGE 129 V 193 E. 2.1 S. 195). Entsteht der Schaden durch Konkurs, so fällt dieser Zeitpunkt nicht notwendigerweise mit jenem zusammen, in welchem die Ausgleichskasse die Schlussabrechnung oder einen Verlustschein zugestellt erhält. Die Rechtsprechung geht vielmehr davon aus, dass der Gläubiger, welcher den Ersatz eines durch Konkurs oder durch einen Liquidationsvergleich erlittenen Schadens geltend machen will, diesen normalerweise im Zeitpunkt der Auflegung des Kollokationsplans genügend kennt. Er kann in diesem Zeitpunkt den Wert des Inventars, die Rangfolge seiner Forderung sowie die voraussichtliche Dividende kennen. Die gleichen Grundsätze gelten bei einem Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung (BGE 128 V 15 E. 2a S. 17). Wird der Konkurs weder im ordentlichen noch im summarischen Verfahren durchgeführt, so ist davon auszugehen, dass die Kenntnis des – im Zeitpunkt der Konkursöffnung entstandenen – Schadens in der Regel dann vorliegt, wenn das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt wird. Massgebend ist dabei der Zeitpunkt, in dem die Einstellung im SHAB veröffentlicht wird (BGE 129 V 193 E. 2.3 S. 196).

3.

3.1

3.1.1 Aufgrund der Akten steht fest und ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer von der Gründung an bis zur Konkurseröffnung Mitglied des Verwaltungsrates der D._____ AG war und damit als formelles Organ dieser Gesellschaft fungierte; damit unterliegt er den Haftungsbestimmungen von Art. 52 AHVG (vgl. E. 2.1 hiavor). Sodann wurde das am 5. Mai 2015 eröffnete Konkursverfahren am 16. September 2015 mangels Aktiven eingestellt (act. II 1); die D._____ AG vermochte die Betragsforderungen dementsprechend nicht mehr zu begleichen und kann auch für die geltend gemachte Schadenersatzpflicht nicht mehr in Anspruch genommen werden, weshalb subsidiär grundsätzlich die solidarische Haftung ihrer Organe und damit (auch) diejenige des Beschwerdeführers greift.

3.1.2 Erstellt ist ferner, dass die D._____ AG die Sozialversicherungsbeträge in den Beitragsjahren 2013 bis 2015 nicht im geschuldeten – und zu keinem Zeitpunkt bestrittenen – Umfang geleistet hat und die Beschwerdegegnerin insoweit einen Schaden erlitten hat. Der geltend gemachte Schadenersatz wird vom Beschwerdeführer in masslicher Hinsicht nicht beanstandet, geschweige denn substantiiert bestritten (vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgericht [EVG] vom 31. August 2005, H 80/05, E. 2.3).

Da der Untersuchungsgrundsatz seine Grenze an der Mitwirkungspflicht der Parteien findet und den Akten keinerlei Anhaltspunkte zu entnehmen sind, die Anlass geben würden, auf die Schadenhöhe zurückzukommen (vgl. BGE 110 V 48 E. 4a. S. 53), hat lediglich eine summarische Prüfung aufgrund der Verfügung vom 21. April 2017 sowie der dieser beigelegten Kontoauszüge (act. II 7 Anhang) zu erfolgen. Unstimmigkeiten sind dabei nicht erkennbar – insbesondere sind in den Kontoauszügen keine Ordnungsbussen enthalten, welche der Schadenersatzpflicht nicht unterliegen (E. 2.2 hiavor) –, sodass von einem Schaden in Höhe von Fr. 86'009.80 auszugehen ist. Nicht zu hören ist in diesem Zusammenhang das Vorbringen des Beschwerdeführers, die Beschwerdegegnerin hätte sich die Forderungen gegenüber zwei Kunden abtreten lassen und diese durchsetzen

können (vgl. Beschwerde S. 10 Rz. 36). Praxisgemäss ist die Ausgleichskasse, wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort zutreffend einwendet, nicht verpflichtet, sich im Konkurs des Arbeitgebers Ansprüche nach Art. 260 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1; SchKG) abtreten zu lassen (Entscheid des EVG vom 21. Februar 2001, H 245/99, E. 5; vgl. auch MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Freiburg 2008, N 764).

3.1.3 Nach dem bereits Gesagten steht auch fest, dass die D. _____ AG ihrer Pflicht, Sozialversicherungsleistungen abzurechnen und zu leisten, nicht bzw. nur ungenügend nachgekommen ist. Überdies hat sie es für das Jahr 2013 unterlassen, eine Lohnsummensteigerung zu melden, war doch die effektive Lohnsumme pro 2013 mit Fr. 504'916.55 (act. II 35) um ein vielfaches höher als der in der Anmeldung vom 27. Dezember 2012 (Eingang bei der AKB) angegebene Betrag von Fr. 132'000.-- (act. II 38). Mithin ist die D. _____ AG der ihr gesetzlich auferlegten Aufgabe zur Melde-, Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht nicht (hinreichend) nachgekommen. Dies stellt eine Missachtung der Bestimmungen von Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 und Art. 35 Abs. 2 AHVV und dementsprechend eine Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 52 AHVG (vgl. E. 2.3 hier vor) dar.

3.2 Umstritten und zu prüfen ist nachfolgend, ob die Unterlassung der Beitragszahlungen als qualifiziert schuldhaftes Verhalten der nachmals konkursiten Gesellschaft zu werten ist.

3.2.1 Soweit geltend gemacht wird, es seien – nach Bekanntwerden der Liquiditätsprobleme – an einer Verwaltungsratssitzung vom September 2014 Sanierungsmassnahmen „besprochen“ worden (Beschwerde S. 13 Rz. 45, Replik S. 13 Rz. 43), vermag dies ein schuldhaftes Verhalten nicht auszuschliessen: Dies deshalb, weil – was auch die AKB in ihrer Beschwerdeantwort zutreffend ausführt – die angerufenen Sanierungsmassnahmen nicht aktenkundig sind; Besprechungen allein stellen noch keine solchen Massnahmen dar. Entsprechende Beschlüsse sowie die konkret umgesetzten Massnahmen des Verwaltungsrates müssten indessen dokumentiert sein, um auf dieser Grundlage das Bestehen allfälliger Exkulpa-

tionsgründe prüfen zu können. Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe mit dem Verwaltungsratspräsidenten vereinbart, dass sämtliche Zahlungseingänge einzig für die Begleichung der AHV-Beiträge verwendet werden sollten, vermag er überdies nicht darzutun, dass er die Umsetzung dieses angeblichen Beschlusses auch kontrolliert hätte, wozu er im Rahmen der Oberaufsicht verpflichtet gewesen wäre.

3.2.2 Auch die kumulativen Voraussetzungen für die Annahme des Rechtfertigungsgrundes eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses (Beschwerde S. 21 Rz. 75; vgl. MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Freiburg 2008, N 671 ff.) sind vorliegend nicht gegeben: Wie bereits erwähnt beruht die Nichtzahlung der Sozialversicherungsbeiträge nach der gesamten Aktenlage nicht auf einem bewussten, vom Verwaltungsrat gestützt auf ausreichende Informationen und einem korrekten Verfahren getroffenen unternehmerischen Entscheid (REICHMUTH, a.a.O., N 672) – gemäss dem Beschwerdeführer sei gegenteils beschlossen worden, einzig noch AHV-Beiträge zu begleichen (E. 3.2.1 hiervor); auch im Rahmen der vorliegenden Beschwerde wurden diesbezüglich – wie oben erwähnt – keine substantiierten Angaben gemacht oder Beweismittel aufgelegt, wozu der Beschwerdeführer aufgrund seiner Mitwirkungspflicht gehalten gewesen wäre. Ebenso fehlen konkrete Angaben darüber, welche wesentlichen Drittforderungen für das Überleben der Gesellschaft befriedigt worden sind (REICHMUTH, a.a.O., N 674). Zudem hat der Verwaltungsratspräsident gegenüber dem Staatsanwalt ausgesagt, die übrigen Verwaltungsräte hätten bezüglich der zu bezahlenden Forderungen „keine Entscheidungen getroffen“ (act. II 6 Anhang [Protokoll vom 24. Oktober 2016]). Nicht erfüllt ist sodann die Voraussetzung, dass der Rechtfertigungsgrund für jenen Zeitraum vorliegen muss, in welchem die entgangenen Beiträge zu entrichten gewesen wären (BGE 108 183 bestätigt in BGE 121 V 243; ZAK 1986 S. 222; REICHMUTH, a.a.O., N 673); dies wegen der zunächst quartalsweisen und ab Februar 2014 monatlichen Akonto-Zahlungen (act. II 32, 37) sowie den erheblichen, bis ins Jahr 2013 zurückreichenden Ausständen (act. II 7 S. 2 und Anhang). Insbesondere kann auch mit Blick auf die Ausstände pro 2013, 2014 und 2015 von einem bloss vorübergehenden Liquiditätsengpass im Sinne der Rechtsprechung – dort wird von wenigen Monaten, nicht aber von Jahren, und von einer zuvor

klaglosen Erfüllung der sozialversicherungsrechtlichen Pflichten ausgegangen (vgl. Entscheid des EVG vom 13. Februar 2002, 438/00, E. 4b bb; Entscheid des EVG vom 4. Dezember 2003, H 173/03, E. 4.3.2) – nicht die Rede sein (REICHMUTH, a.a.O., N 675). Vielmehr musste die Beschwerdegegnerin bereits am 29. April 2013 für das erste Quartal 2013 eine gebührenpflichtige Mahnung erlassen (act. II 10 Beilage 4) – gefolgt von 18 weiteren Mahnungen (act. II 10 Beilage 5-22). Damit kann die Dauer des Beitragsausstandes weder als vorübergehend noch das Verhalten der Arbeitgeberin bei der Beitragsentrichtung als (grösstenteils) so tadellos betrachtet werden, dass es ein qualifiziertes Verschulden auszuschliessen vermöchte. Das Zurückhalten von Beiträgen ist nur dann entschuldbar, wenn es dazu dient, einen kurzfristigen Liquiditätsengpass zu überbrücken (ZAK 1992 S. 248 E. 4b mit Hinweisen; Entscheid des EVG vom 16. Mai 2002, H 61/01, E. 3b), während bei längerdauernden Engpässen uneingeschränkt gilt, dass nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar von Gesetzes wegen geschuldeten Beiträge gedeckt sind (REICHMUTH, a.a.O., N 674, 694).

3.2.3 Nach dem Gesagten steht fest, dass die Arbeitgeberin keine Gründe anrufen kann, die eine Verletzung der Melde-, Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht als gerechtfertigt erscheinen liessen oder ein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit auszuschliessen vermöchten; mithin hat sie die einschlägigen Vorschriften mindestens grobfahrlässig missachtet.

3.3 Damit ist der Frage nachzugehen, ob das der konkursiten Arbeitgeberin anzulastende Verschulden auch ein solches ihrer Organe, insbesondere des Beschwerdeführers ist.

3.3.1 Diesbezüglich ist vorab festzuhalten, dass der Beschwerdeführer aus der angerufenen Einstellung des von der Staatsanwaltschaft geführten strafrechtlichen Verfahrens mittels Verfügung vom 22. Dezember 2016 bzw. den dafür massgebenden Gründen (vgl. Beschwerde S. 14 Rz. 48 ff., act. II 6 Anhang) nichts zu seinen Gunsten ableiten kann. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung präjudiziert nämlich – worauf auch die AKB in ihrer Beschwerdeantwort zutreffend hinweist und wie auch der Beschwerdeführer selbst einräumt – die Einstellung einer Strafuntersuchung

die Beurteilung der Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 52 AHVG, insbesondere hinsichtlich der Verschuldensfrage, nicht ohne weiteres (Entscheid des EVG vom 2. August 2007, H 201/06, E. 2.3.5), richtet sich die sozialversicherungsrechtliche Haftung doch nach gänzlich anderen Kriterien als die strafrechtliche Verantwortlichkeit (REICHMUTH, a.a.O., N 721). Im Übrigen hat die Staatsanwaltschaft den Sachverhalt nur summarisch (und damit nur lückenhaft) ermittelt, weshalb die darauf basierende rechtliche Subsumption für die hier zu beurteilenden Fragen nicht zu überzeugen vermag; vor allem fehlen Feststellungen zu der im Jahr 2013 begangenen, letztlich schadenverursachenden Meldepflichtverletzung (vgl. E. 3.1.3 hier- vor und 3.3.2 hiernach) und den sich daraus ergebenden Ausständen, die sich schlechterdings nicht mit den später eingetretenen und vom Staatsanwalt relevierten Ereignissen erklären bzw. rechtfertigen lassen. Unter diesen Umständen kann von der strafrechtlichen Beurteilung abgewichen werden (BGE 111 V 172 E. 5a S. 177; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 14. Juli 2011, 9C_463/2011, E. 6.3).

3.3.2 Zu den betrieblichen Verhältnissen ist im Hinblick auf die subsidiäre Haftung eines (oder mehrerer) Organe der konkursiten D. _____ AG auf Folgendes hinzuweisen:

Bei der D. _____ AG handelte es sich um ein kleineres Unternehmen mit Anfang 2013 weniger als zehn Mitarbeitern (act. II 34, 35) und einfacher Verwaltungsstruktur. Der Verwaltungsrat setzte sich anfänglich aus vier und ab 25. Juni 2013 noch aus drei Mitgliedern zusammen; der Beschwerdeführer war zunächst kollektiv- und ab 25. Juni 2013 einzelzeichnungsbe- rechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates (act. II 28). Bei derartigen Unter- nehmen beurteilen sich die Anforderungen an die Wahrnehmung der Auf- sichts- und Kontrollpflichten nach einem strengen Massstab (REICHMUTH, a.a.O., N 638).

Der Verwaltungsratspräsident nahm nach Angaben des Beschwerdeführers als einziger die Geschäftsführung wahr und war auch für das Beitragswe- sen zuständig (act. II 6). Damit wäre der Beschwerdeführer zwar als nicht geschäftsführender Verwaltungsrat zu qualifizieren, was indessen nichts daran ändert, dass ihm die obligationenrechtlichen Sorgfalts- und Überwa- chungspflichten oblagen; gemäss Art. 717 Abs. 1 OR haben die Mitglieder

des Verwaltungsrates ihre Aufgaben mit aller Sorgfalt zu erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen zu wahren. Zu deren unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben gehört unter anderem die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der gesetzlichen Vorschriften, der Statuten sowie der Reglemente und Weisungen (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR; E. 2.3 hiervor). Ungeachtet der innerhalb des Verwaltungsrates allenfalls bestehenden Kompetenz- und Aufgabenteilung hat sich jedes Mitglied periodisch über den Geschäftsgang und über wichtige Geschäfte auch ausserhalb des ihm zugewiesenen Ressorts informieren zu lassen, hat Rapporte zu verlangen und diese sorgfältig zu studieren, hat nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen, hat zu versuchen, Irrtümer abzuklären und bei Unregelmässigkeiten einzuschreiten. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der an einen Mitverwaltungsrats delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist jedes andere Verwaltungsratsmitglied verpflichtet, auch ausserhalb seines Zuständigkeitsbereichs die erforderlichen Abklärungen zu treffen – oder nötigenfalls durch Sachverständige treffen zu lassen – sowie eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beachtung gesetzlicher Vorschriften auszuüben (Entscheid des EVG vom 24. Juni 2005, H 112/04, E. 3.1; vgl. auch REICHMUTH, a.a.O., N 613 und 615 und THOMAS NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96 S. 1078).

Dieser Pflicht ist der Beschwerdeführer offenkundig nicht nachgekommen, weshalb sein Verhalten als grobfahrlässig zu qualifizieren ist. Dass er nach eigenen Angaben erstmals im September 2014 über die Ausstände von Beitragszahlungen erfahren hat, kann ihm – entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung – nicht als Exkulpationsgrund angerechnet werden, sondern belegt vielmehr eindrücklich, dass er seinen Pflichten als Verwaltungsrat nicht nachgekommen ist. Gerade bei der Gründung und Etablierung einer Gesellschaft – wie dies bei der D. _____ AG, die den Betrieb im Januar 2013 aufgenommen hat, der Fall war – hat auch der nicht geschäftsführende Verwaltungsrat sicherzustellen, dass ein geordnetes Beitragswesen geführt wird und keine Beitragsausstände entstehen (REICHMUTH, a.a.O., N 617). Bei gebotener Aufmerksamkeit hätte dem Beschwerdeführer auffallen müssen, dass von der Ausgleichskasse bereits für

das erste Quartal 2013 sowie für die folgenden zwei Quartale und die Schlussrechnung 2013 gebührenpflichtige Mahnungen erlassen werden mussten; dies hätte ihn – zumal er seit Juni 2013 einzelzeichnungsberechtigt war und ihm damit eine höhere Kompetenz, aber auch eine grössere Verantwortung in der Gesellschaft zukam – zu einer intensiveren Kontrolle des Beitragswesens veranlassen müssen (act. II 10 Beilage 4 ff.). Es kann mithin nicht die Rede davon sein, dass der Beschwerdeführer bis September 2014 nicht von den Ausständen hätte wissen müssen (Beschwerde S. 18 Rz. 65). Die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen erschöpft sich – entgegen der replicando vorgetragenen Ansicht (vgl. Replik S. 9 Rz. 26) – keinesfalls in der Entgegennahme von (wiederholten) Bekräftigungen des geschäftsführenden Verwaltungsratspräsidenten, dass „alles gut laufe“. Tatsächlich hätte der Beschwerdeführer Einsicht in die einschlägigen Belege nehmen und diese kritisch studieren müssen; dabei wäre er rasch auf die zahlreichen Mahnungen seitens der Beschwerdegegnerin und/oder auf die erhebliche Differenz zwischen der in der Anmeldung vom Dezember 2012 angegebenen voraussichtlichen Lohnsumme von Fr. 132'000.-- sowie den dann effektiv ausbezahlten Löhnen bzw. die darauf anfallenden Sozialversicherungsbeiträge gestossen. Dies hätte ihm Anlass zu intensiverer Kontrolle sein müssen.

Unbehelflich ist im Weiteren der Einwand, der Verwaltungsratspräsident habe die verlangten Belege nicht geliefert bzw. sei nicht erreichbar gewesen, weshalb dem Beschwerdeführer die Hände gebunden gewesen seien und er mangels Kontozugriff auch keine Einflussmöglichkeiten gehabt habe (vgl. Beschwerde S. 13 Rz. 46 und 47). Selbst wenn es sich wie von Beschwerdeführer dargelegt verhielte (wobei der Beweiswert der in diesem Zusammenhang eingereichten E-Mails letztlich offen bleiben kann), vermöchte ihn dies nicht vom Vorwurf der Grobfahrlässigkeit zu entlasten: Gemäss Rechtsprechung muss ein Organ, das versucht, seinen Aufgaben und Pflichten rechtsgenügend nachzukommen, sich jedoch nicht durchsetzen kann, umgehend demissionieren, um keine Haftungsfolgen zu gewärtigen (Entscheid des BGer vom 7. April 2014, 9C_933/2013, E. 3.2). Vorliegend ist der Beschwerdeführer im Verwaltungsrat der D._____ AG verblieben, weshalb er für die Schadenersatzforderung (mit-)einzustehen hat. Unter den gegebenen Umständen ist auch nicht erkennbar, inwiefern sein

Verbleib im Verwaltungsrat der D._____ AG im Interesse der Gesellschaft hätte sein können, nachdem er gemäss eigenen Angaben keine Möglichkeiten zur Einflussnahme hatte bzw. der Verwaltungsrat jegliche Hilfe ablehnte. Insofern ist keine Kollision mit den gesellschaftsrechtlichen Pflichten (vgl. Beschwerde S. 19 Rz. 70) zu erkennen.

Was den in der Beschwerde S. 17 Rz. 62 angerufenen BGE 136 V 268 anbelangt, wonach eine zu tiefe Lohmeldung nicht zwingend ein grobfahrlässiges Verhalten darstelle, ist festzuhalten, dass dieser Entscheid für die vorliegende Konstellation nicht einschlägig ist; anders als dies hier zu Diskussion steht, bezog sich der genannte Bundesgerichtsentscheid auf einen Fall, in welchem in guten Treuen in Bezug auf bestimmte Personen über die Abrechnungspflicht unterschiedliche Meinungen vertreten werden können. Aus dem erwähnten Entscheid kann der Beschwerdeführer mithin nichts zu seinen Gunsten ableiten.

3.3.3 Schliesslich setzt eine Haftung nach Art. 52 AHVG voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Verletzung von Vorschriften und dem Eintritt des Schadens ein adäquater Kausalzusammenhang besteht (BGE 119 V 401 E. 4a S. 406 mit Hinweisen). Ein solcher ist nicht anzunehmen, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können. Demgegenüber vermag die blosser Hypothese, der Schaden wäre auch bei pflichtgemässigem Verhalten eingetreten, die Adäquanz nicht auszuschliessen; dass ein Schaden ohnehin eingetreten wäre, muss vielmehr mit Gewissheit oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein.

Vorliegend wird vom Beschwerdeführer weder geltend gemacht, der Schaden wäre auch bei pflichtgemässigem Verhalten seinerseits eingetreten, noch ergeben sich hierfür aus den Akten entsprechende Anhaltspunkte.

3.3.4 Eine Verjährung des Schadensersatzanspruchs gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG ist angesichts der Einstellung des Konkursverfahrens mangels Aktiven am 16. September 2015 und der Geltendmachung des Anspruchs mittels Schadenersatzverfügung vom 21. April 2017 offenkundig nicht eingetreten, hat die AKB doch frühestens mit der Zustellung der Ver-

lustscheine vom 23. Februar 2016 Kenntnis vom Schaden erhalten (vgl. E. 2.2 hiervor).

3.4 Der angefochtene Einspracheentscheid ist aufgrund der obigen Darlegungen nicht zu beanstanden, was zur Abweisung der dagegen erhobenen Beschwerde führt.

Für den entstandenen Schaden haftet der Beschwerdeführer solidarisch zusammen mit der Beigeladenen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24. August 2018, AHV/2017/1059)

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens haben weder der Beschwerdeführer noch die Beigeladene Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.

3. Zu eröffnen (R):

- B._____, Rechtsanwältin C._____ z.H. des Beschwerdefüh-
rers
- Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen
- E._____
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, [1000 Lausanne 14 bzw. Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern], Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden. Der Streitwert im Sinn von Art. 51 ff. BGG beträgt Fr. 86'009.80.