

200 17 1059 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.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

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

in Sachen  
**B.** \_\_\_\_\_ in Liquidation

**C.** \_\_\_\_\_  
**D.** \_\_\_\_\_, Rechtsanwältin **E.** \_\_\_\_\_  
Beigeladener

betreffend Einspracheentscheid vom 9. November 2017



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die in ... domizilierte B. \_\_\_\_\_ 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, 26, 36). A. \_\_\_\_\_ war seit deren Gründung als Mitglied des Verwaltungsrates der B. \_\_\_\_\_ mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen (act. II 36 letzte Seite). 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 B. \_\_\_\_\_ ausgestellt (act. II 12-21).

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 5); diese Schadenersatzforderung wurde auf Einsprache vom 17. Mai 2017 hin (act. II 4) mit Entscheid vom 9. November 2017 bestätigt (act. II 2).

### **B.**

Hiergegen erhebt A. \_\_\_\_\_ am 5. Dezember 2017 Beschwerde mit den sinngemässen Anträgen, der Einspracheentscheid vom 9. November 2017 sei aufzuheben und die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihr für entstandene Unkosten einen Betrag von Fr. 25'000.-- zu bezahlen. Zur Begründung wird im Wesentlichen geltend gemacht, dass wegen Verzögerungen bei einem Projekt Liquiditätsprobleme aufgetreten seien, die durch den Einschuss von privaten Mitteln und der Rückstellung der Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen hätten überbrückt und die Gesellschaft

so gerettet werden sollen; die gegenüber den Auftraggebern ausstehenden Forderungen hätten die Beiträge ohne weiteres gedeckt.

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

Die mit prozessleitender Verfügung vom 15. Januar 2018 angesetzte Frist zur Einreichung einer Replik liess die Beschwerdeführerin unbenutzt verstreichen.

Auf entsprechende Eingabe vom 13. Februar 2018 hin wurde Beat Hebeisen, seit Gründung der B.\_\_\_\_\_ Mitglied des Verwaltungsrates zunächst mit Kollektivunterschrift, später dann mit Einzelunterschrift, hier vertreten durch Rechtsanwältin E.\_\_\_\_\_, zum Verfahren beigelegt (vgl. prozessleitende Verfügung vom 14. März 2018); von der gleichzeitig gebotenen Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme machte der Beigeladene mit Eingabe seiner Rechtsvertreterin vom 5. April 2018 Gebrauch. Diese Stellungnahme wurde den übrigen Parteien zur Anbringung allfälliger Schlussbemerkungen zugestellt; während die AKB solche am 17. April 2018 einreichte, liess sich die Beschwerdeführerin nicht mehr vernehmen. Der Beigeladene stellte dem Gericht am 24. April 2018 Unterlagen betreffend die derzeitige Tätigkeit der Beschwerdeführerin zu.

## **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.

Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie 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 einzutreten.

**1.2** Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 9. November 2017 (act. II 2). Streitig ist die gegenüber der Beschwerdeführerin geltend gemachte Schadenersatzforderung 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 Verordnung 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 Aufga-

ben 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 hinausliefe.

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, diesbezügliche 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 blosses 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 Wahrscheinlichkeit 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 die Beschwerdeführerin von der Gründung an bis zur Konkursöffnung Mitglied des Verwaltungsrates der B.\_\_\_\_\_ war und damit als formelles Organ dieser Gesellschaft fungierte; damit unterliegt sie den Haftungsbestimmungen von Art. 52 AHVG (vgl. E. 2.1 hiervor). Sodann wurde das am 5. Mai 2015 eröffnete Konkursverfahren am 16. September 2015 mangels Aktiven eingestellt (act. II 1); die B.\_\_\_\_\_ 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 der Beschwerdeführerin greift.

**3.1.2** Erstellt ist ferner, dass die B.\_\_\_\_\_ die Sozialversicherungsbeiträge in den Beitragsjahren 2013 bis 2015 nicht im geschuldeten – und zu keinem Zeitpunkt bestrittenen – Umfang geleistet hat und die Beschwerdeführerin insoweit einen Schaden erlitten hat. Der geltend gemachte Scha-

denersatz wird von der Beschwerdeführerin 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 5 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 sinn-gemäss Vorbringen der Beschwerdeführerin, die Beitragsausstände wären mehr als gedeckt gewesen bzw. der Schaden wäre gar nicht entstanden, wenn das Konkursamt die Aktiven der konkursiten AG lege artis verwertet hätte (vgl. Beschwerde S. 4-6). Eine Reduktion der Schadenersatzforderung im vorliegenden Verfahren fiel höchstens dann in Betracht, wenn nicht das Konkursamt – dessen Handlungen gegebenenfalls Gegenstand eines Verfahrens nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs (SR 281.1; SchKG) bilden könnten –, sondern die Ausgleichskasse ein Selbst- oder Mitverschulden am entstandenen Schaden träge. Solches macht die Beschwerdeführerin weder geltend noch sind Anhaltspunkte für ein entsprechendes Verschulden der AKB ersichtlich.

**3.1.3** Nach dem bereits Gesagten steht auch fest, dass die B. \_\_\_\_\_ 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 33) 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 36). Mithin ist die B. \_\_\_\_\_ der ihr gesetzlich auferlegten 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 hiervor) 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** Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Gesellschaft sei infolge verschiedener Verzögerungen in einen Liquiditätsengpass geraten, weshalb zunächst andere Forderungen beglichen worden seien. Dies, um das Werk Demenzzentrum Bern abliefern und den dafür geschuldeten Werklohn erhalten zu können, was die Bezahlung der ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge ermöglicht hätte (vgl. Beschwerde pag. 3 ff.). Im gesamten fraglichen Zeitraum sei ein Sanierungsplan umgesetzt und der Betrieb laufend angepasst bzw. per Ende 2014 ganz heruntergefahren worden, um keine Lohnkosten mehr zu generieren (Beschwerde pag. 4 unten).

**3.2.2** Dem kann nicht gefolgt werden: Zunächst ist – wie auch die AKB in ihrer Beschwerdeantwort zutreffend ausführt (vgl. pag. 16) – festzuhalten, dass der angerufene Sanierungsplan nicht aktenkundig ist; entsprechende Beschlüsse sowie die konkret umgesetzten Massnahmen des Verwaltungsrates müssten indessen dokumentiert sein, um auf dieser Grundlage das Bestehen allfälliger Exkulpationsgründe prüfen zu können, und die Beschwerdeführerin legt auch im vorliegenden Verfahren nicht einmal ansatzweise dar, worin die angeblichen Sanierungsmassnahmen im Einzelnen bestanden hätten. Ferner trifft nicht zu, dass der Betrieb per Ende Dezember 2014 praktisch stillgelegt worden sei, waren doch Anfang 2015 immer noch sechs Personen angestellt und drei davon blieben es sogar bis zur Konkurseröffnung am 5. Mai 2015 (act. II 9).

Die kumulativen Voraussetzungen für die Annahme des Rechtfertigungsgrundes eines vorübergehenden Liquiditätsengpasses (vgl. MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Freiburg 2008, N 671 ff.) sind vorliegend ohnehin nicht gegeben: Wie bereits erwähnt beruht die Nichtzahlung der Sozialversicherungs-

beiträge 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); auch im Rahmen der vorliegenden Beschwerde wurden diesbezüglich – wie bereits erwähnt – keine substantiierten Angaben gemacht oder Beweismittel aufgelegt, wozu die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer 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“ (Beilage zur Stellungnahme des Beigeladenen [act. III] 2 Rz. 111-122). Nicht erfüllt ist sodann die Voraussetzung, dass der Rechtsfertigungsgrund 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 30, 35) sowie den erheblichen, bis ins Jahr 2013 zurückreichenden Ausständen (act. II 5 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 8 Beilage 4) – gefolgt von 18 weiteren Mahnungen (act. II 8 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 länger-

dauernden 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 noch der Frage nachzugehen, ob das der konkursiten Arbeitgeberin anzulastende Verschulden auch ein solches ihrer Organe, insbesondere der Beschwerdeführerin ist.

**3.3.1** Diesbezüglich ist vorab festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin aus der angerufenen Einstellung des von der Staatsanwaltschaft geführten strafrechtlichen Verfahrens mittels Verfügung vom 22. Dezember 2016 bzw. den dafür massgebenden Gründen (vgl. Beschwerde pag. 6; act. II 31) nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung präjudiziert nämlich – worauf auch die AKB in ihrer Beschwerdeantwort zutreffend hinweist (vgl. pag. 16) – 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 hiervor 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 B.\_\_\_\_\_ auf Folgendes hinzuweisen:

Bei der B.\_\_\_\_\_ handelte es sich um ein kleineres Unternehmen mit Anfang 2013 weniger als zehn Mitarbeitern (act. II 33) und einfacher Verwaltungsstruktur. Der Verwaltungsrat setzte sich anfänglich aus vier und ab 25. Juni 2013 noch aus drei Mitgliedern zusammen; die Beschwerdeführerin war einzelzeichnungsberechtigtes Mitglied des Verwaltungsrates (act. II 1). Bei derartigen Unternehmen beurteilen sich die Anforderungen an die Wahrnehmung der Aufsichts- und Kontrollpflichten nach einem strengen Massstab (REICHMUTH, a.a.O., N 638).

Nach Angaben der Beschwerdeführerin sowie des Verwaltungsratspräsidenten war Letzterer für das Beitragswesen zuständig (act. II 4, 7 S. 2). Damit wäre die Beschwerdeführerin zwar als nicht geschäftsführende Verwaltungsrätin zu qualifizieren, was indessen nichts daran ändert, dass ihr die obligationenrechtlichen Sorgfalts- und Überwachungspflichten 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 von 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, diese sorgfältig zu studieren, hat nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen, hat zu versuchen, Irrtümer abzuklären und hat bei Unregelmässigkeiten einzuschreiten. Ergibt sich aus diesen Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der an einen Mitverwaltungsrat 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). Gerade bei der Gründung und Etablierung einer Gesellschaft – wie dies bei der B.\_\_\_\_\_, 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).

Dieser Pflicht ist die Beschwerdeführerin offenkundig nicht nachgekommen. Andernfalls hätte ihr auffallen müssen, dass die AKB bereits für das erste Quartal 2013 (sowie auch für die beiden folgenden Quartale und die Schlussrechnung 2013) eine gebührenpflichtige Mahnung erlassen musste; dies hätte sie zu einer intensiveren Kontrolle des Beitragswesens veranlassen müssen (act. II 8 Beilage 4). Überdies wäre die Beschwerdeführerin auch aufgrund des – nach ihren eigenen Angaben (Beschwerde pag. 3) – im August 2013 eingetretenen Debitorenverlustes von Fr. 80'000.-- und des damit einhergehenden Liquiditätsengpasses verpflichtet gewesen, sich über die hängigen Verbindlichkeiten und deren korrekte Erfüllung ins Bild zu setzen (bzw. ins Bild setzen zu lassen) und nötigenfalls geeignete Massnahmen zur ordnungsgemässen Bezahlung in die Wege zu leiten. Anders ausgedrückt hätte die Beschwerdeführerin dafür besorgt sein müssen, dass die auf den fortgesetzten Lohnzahlungen ex lege geschuldeten paritätischen Beiträge abgeliefert und nicht für anderweitige Zwecke verwendet werden (vgl. Entscheid des BGer vom 10. August 2016, 9C\_66/2016, E. 5.4). Weil die Beschwerdeführerin diesen Pflichten nicht nachgekommen ist, ist ihr Verhalten als grobfahrlässig zu qualifizieren. Auch die von der Beschwerdeführerin nach eigenen Angaben (vgl. Beschwerde S. 3) zusammen mit ihrem Partner aus privaten Mitteln in die Gesellschaft eingeschossenen Fr. 160'000.-- können nicht zu einer Herabsetzung der Schadenersatzpflicht, geschweige denn zu einer Exkulpation führen, ist doch

allein daraus kein Bemühen um eine rechtzeitige Erfüllung der Beitrags- und Ablieferungspflicht ersichtlich (REICHMUTH, a.a.O., N 717).

**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 blossе 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 von der Beschwerdeführerin weder geltend gemacht, der Schaden wäre auch bei pflichtgemässigem Verhalten ihrerseits 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 Verlustscheine 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 die Beschwerdeführerin solidarisch zusammen mit dem Beigeladenen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 24. August 2018, AHV/2017/1053).

**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 die Beschwerdeführerin noch der Beigeladene Anspruch auf eine Partei- bzw. Umtriebsentschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - A. \_\_\_\_\_
  - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen
  - Rechtsanwältin E. \_\_\_\_\_ z.H. des Beigeladenen
  - 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.