

200 19 363 AHV  
JAP/TOZ/SEE

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 6. Januar 2020**

Verwaltungsrichter Jakob, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Furrer, Verwaltungsrichter Scheidegger  
Gerichtsschreiberin Tomic

**A.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

**Ausgleichskasse GastroSocial**  
Buchserstrasse 1, Postfach 2203, 5001 Aarau  
Beschwerdegegnerin

**B.** \_\_\_\_\_  
Beigeladener

in Sachen

**C.** \_\_\_\_\_

betreffend Einspracheentscheid vom 27. März 2019



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die C. \_\_\_\_\_ (Gesellschaft) war ab dem 17. Januar 2017 als beitragspflichtige Arbeitgeberin der Ausgleichskasse GastroSocial (GastroSocial bzw. Beschwerdegegnerin) angeschlossen (vgl. Akten der GastroSocial [act. II] 1, 3 und 16). Mit Wirkung ab dem TT. MM. 2018 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet; am TT. MM. 2018 wurde das Konkursverfahren mangels Aktiven eingestellt. Die Löschung der Gesellschaft im Handelsregister erfolgte am TT. MM. 2018 (act. II 1).

A. \_\_\_\_\_ (Beschwerdeführerin) figurierte ab dem 15. Februar 2017 bis 27. Februar 2018 als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift im Handelsregister (Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] Nr. ... vom TT. MM. 2017 und Nr. ... vom TT. MM. 2018; act. II 1). Mit Verfügung vom 7. Februar 2019 (act. II 17) forderte die GastroSocial von A. \_\_\_\_\_ Schadenersatz in der Höhe von Fr. 41'404.72 für entgangene paritätische Sozialversicherungsbeiträge (inkl. Verwaltungs-, Mahn- und Veranlagungskosten, Betriebskosten und Verzugszinsen) betreffend die Zeit vom 17. Januar bis 31. Dezember 2017. Die dagegen erhobene Einsprache (act. II 21) wies die GastroSocial mit Entscheid vom 27. März 2019 (act. II 23) ab.

### **B.**

Hiergegen erhob A. \_\_\_\_\_ am 5. Mai 2019 (Posteingang: 13. Mai 2019) Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des ergangenen Verwaltungsaktes.

Mit Beschwerdeantwort vom 5. Juni 2019 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde.

Mit prozessleitender Verfügung vom 6. Juni 2019 lud der Instruktionsrichter D. \_\_\_\_\_, ehemaliger Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der Gesellschaft (Beigeladener; act. II 1), zum Verfahren bei und bot ihm Gelegenheit zur Einreichung einer Stellungnahme.

Am 17. Juni 2019 reichte die Beschwerdegegnerin den Einspracheentscheid vom 4. April 2019 betreffend den Beigeladenen ein. Dieser reichte seinerseits am 6. Juli 2019 eine Stellungnahme ein, worin er sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 27. März 2019 und die Gewährung einer unentgeltlichen Verbeiständung beantragte.

Von der mit prozessleitender Verfügung vom 9. Juli 2019 eingeräumten Möglichkeit, Schlussbemerkungen einzureichen, machten die Beschwerdeführerin und der Beigeladene keinen Gebrauch; mit Eingabe vom 11. Juli 2019 verzichtete die Beschwerdegegnerin auf Schlussbemerkungen.

Mit Eingabe vom 20. August 2019 nahm das Amt für Arbeitslosenversicherung des Kantons Bern, Arbeitslosenkasse (AVA), zu den vom Gericht gestellten Fragen Stellung.

Am 21. August 2019 zog der Instruktionsrichter die Akten aus dem parallelen Beschwerdeverfahren ALV/2019/305 (act. IIIA 1 bis 194) bei.

Am 28. August 2019 reichte die Beschwerdegegnerin eine Stellungnahme zu den vom Instruktionsrichter anhand einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage angestellten materiellen Überlegungen (vgl. prozessleitende Verfügung vom 21. August 2019) ein. Die Beschwerdeführerin und der Beigeladene liessen sich erneut nicht vernehmen.

## **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 Staats-

anwaltschaft (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) sowie 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 27. März 2019 (act. II 23). Streitig und zu prüfen ist die gegenüber der Beschwerdeführerin geltend gemachte Schadenersatzforderung für entgangene Sozialversicherungsbeiträge (zzgl. akzessorischer Forderungen) betreffend die Zeit vom 17. Januar bis 31. Dezember 2017 in der Höhe von Fr. 41'404.72.

**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).

Aufgrund von Art. 66 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20), Art. 6 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und

die Insolvenzenschädigung (AVIG; SR 837.0; vgl. BGE 113 V 186) und Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 25. September 1952 über die Erwerbersatzordnung für Dienstleistende und bei Mutterschaft (EOG; SR 834.1) findet die Regelung von Art. 52 AHVG im Beitragsrecht der Invaliden- und Arbeitslosenversicherung sowie bei der Erwerbersatzordnung sinngemäss Anwendung. Das Gleiche gilt im Beitragsrecht der Familienzulagen (Art. 25 lit. c des Bundesgesetzes vom 24. März 2006 über die Familienzulagen [FamZG; SR 836.2]).

**2.2** 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). Wer als Organ einer juristischen Person belangt werden kann, beurteilt sich nicht allein nach formellen Kriterien, sondern danach, ob die betreffende Person Organen vorbehaltene Entscheide getroffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflusst hat (BGE 132 III 523 E. 4.5 S. 528, 114 V 213). 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).

**2.3** Der für eine Haftung nach Art. 52 AHVG vorausgesetzte Schaden entsteht dann, wenn der Ausgleichskasse ein ihr gesetzlich geschuldeter Betrag entgeht (BGE 121 III 382 E. 3b bb S. 384). Dies kann einerseits auf einen rechtlichen Grund, die Verwirkung der Beiträge (Art. 16 Abs. 1 AHVG) oder aber auf einen tatsächlichen Grund, nämlich die Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers zurückgehen. In diesem Zeitpunkt beginnt die absolute fünfjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 52 Abs. 3 erster Satz AHVG zu laufen, das heisst im Falle der Verwirkung der Beitragsforderung mit deren Eintritt und im Falle der Uneinbringlichkeit, sobald die Beiträge wegen der Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren nach Art. 14 ff. AHVG erhoben werden können, in der Regel mit der Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins oder mit der

Konkurseröffnung über den Arbeitgeber (BGE 141 V 487 E. 2.2 S. 488, 136 V 268 E. 2.6 S. 273).

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).

**2.4** 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).

In Art. 812 Abs. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220) ist für geschäftsführende Personen einer GmbH eine dem Aktienrecht (Art. 717 Abs. 1 OR) entsprechende Sorgfaltspflicht im Gesetz verankert. Dazu gehört auch die Kontrolle und Überwachung der Einhaltung der Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht gegenüber der Ausgleichskasse (BGE 126 V 237; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 6. Mai 2009, 9C\_204/2008, E. 3.1).

**2.5** 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).

**2.5.1** Grobe Fahrlässigkeit liegt praxismässig 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).

**2.5.2** 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 Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute BGer] vom 4. Oktober 2004, H 273/03, E. 3.2.1).

**2.5.3** 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).

**2.6** 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 Forde-

rung 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).

**2.7** 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 blossе Hypothese, der Schaden wäre auch bei pflichtgemässem 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).

**2.8** 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).

### **3.**

**3.1** Die Beschwerdeführerin stellt zu Recht nicht in Abrede, dass sie vom 15. Februar 2017 bis 27. Februar 2018 im Handelsregister als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift der Gesellschaft eingetragen war (SHAB Nr. ... vom TT. MM. 2017 und Nr. ... vom TT. MM. 2018; act. II 1). Damit kam ihr formelle Organstellung zu (MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Freiburg 2008, S. 49 f. N. 203 ff.). Wer im Rahmen einer juristischen Person formelle Organstellung einnimmt, hat auch die damit verbundenen gesetzlichen

Pflichten zu erfüllen. Bei formellen Organen muss demnach nicht geprüft werden, ob sie den materiellen Organbegriff erfüllen (REICHMUTH, a.a.O., S. 52 N 213). Damit unterliegt die Beschwerdeführerin subsidiär der Haftungsbestimmung von Art. 52 AHVG (vgl. E. 2.1 f. hiervor).

**3.2** Sodann ist unbestritten, dass die Gesellschaft ihre Sozialversicherungsbeiträge für das Jahr 2017 (vom 17. Januar bis 31. Dezember 2017) nicht (vollständig) erbracht hat (vgl. E. 3.2.1 ff. hiernach). Indem am TT. MM. 2018 über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet wurde (act. II 1) und das Konkursverfahren mangels Aktiven wieder eingestellt werden musste, ist der Beschwerdegegnerin ein Schaden im Sinne von Art. 52 AHVG entstanden (vgl. E. 2.3 hiervor).

**3.2.1** Die Beschwerdegegnerin setzte die Schadenersatzforderung - bestehend aus Sozialversicherungsbeiträgen, Verwaltungskosten, Mahnungen und Veranlagungskosten, Betreuungskosten sowie Verzugszinsen - unter Abzug von bereits geleisteten Zahlungen und Gutschriften in der Verfügung vom 7. Februar 2019 (act. II 17) auf insgesamt Fr. 41'404.72 fest.

**3.2.2** Gestützt auf die mutmassliche Lohnsumme werden durch die Ausgleichskasse provisorische Akontobeiträge festgesetzt (vgl. Art. 35 Abs. 1 AHVV), d.h. Anzahlungen auf Rechnung der erst später genau festzusetzenden Beiträge. Damit jedoch die Höhe der Akontobeiträge in etwa mit den auf den effektiv ausbezahlten Löhnen geschuldeten Beiträgen übereinstimmt, hat der Arbeitgeber wesentliche Änderungen der Lohnsumme während des laufenden Jahres zu melden (vgl. Art. 35 Abs. 2 AHVV). Als wesentlich gilt dabei eine Abweichung um mindestens 10 % und Fr. 20'000.-- von der ursprünglichen voraussichtlichen Lohnsumme (vgl. Rz. 2048 der Wegleitung über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO [WBB], gültig ab dem 5. Dezember 2018). Als Folge werden die Akontobeiträge für die künftigen Zahlungsperioden neu festgesetzt (REICHMUTH, a.a.O., S. 6 f. N 30 f.).

Vorliegend basierten die provisorischen Akontobeiträge auf der in der Anmeldung vom 28. Februar 2017 (act. II 3) für die Zeit ab dem 1. März 2017 deklarierten Lohnsumme von Fr. 200'000.-- (vgl. act. II 4 S. 2 und II 5 bis 14). Nachdem die Gesellschaft die Jahreslohnbescheinigung 2017 vom

4. Januar 2018 (act. II 15) eingereicht hatte, nahm die Beschwerdegegnerin den Ausgleich zwischen den für die Abrechnungsperiode vom 17. Januar bis 31. Dezember 2017 geleisteten Akontobeiträgen und den tatsächlich geschuldeten Beiträgen vor (vgl. Art. 36 Abs. 4 Satz 1 AHVV) und stellte am 7. März 2018 die Differenz von Fr. 12'205.15 zusätzlich in Rechnung (act. II 16). Nach der Rechtsprechung muss die von einer Schadenersatzforderung betroffene Person aufgrund der Rechtsweggarantie die Möglichkeit haben, das Massliche der Beitragsforderungen, für die sie haftbar gemacht wird, zumindest einmal bei einer Gerichtsinstanz bestreiten zu können, die den Sachverhalt frei prüft (BGE 134 V 401 E. 5.4 S. 404). Die definitiven Beiträge wurden hier - soweit ersichtlich - nie rechtskräftig veranlagt, weshalb sie frei geprüft werden können.

**3.2.3** Im Rahmen von Art. 52 AHVG kann eine Schadenersatzforderung nur für realisierte Löhne geltend gemacht werden (REICHMUTH, a.a.O., S. 102 N 428 und S. 104 N 437). Die Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine Insolvenzenschädigung (vgl. heutiges Urteil des angerufenen Gerichts im Verfahren ALV/2019/305 [VGE ALV/2019/305], E. 3.3 f.) und Anhaltspunkte dafür, dass sie im hier relevanten Zeitraum den Lohn nicht (vollständig) bezogen hätte, bestehen keine. Die Beschwerdegegnerin berücksichtigte bei der Jahresabrechnung vom 7. März 2018 (act. II 16) die von der Gesellschaft eingereichte Jahreslohnbescheinigung (act II 15 [= Akten der Beschwerdegegnerin {act. IIA} 2]) und brachte in der Schadenersatzverfügung vom 7. Februar 2019 (act. II 17 S. 2) die Beiträge der Insolvenzenschädigungen pro 2017 für die ehemaligen Mitarbeiter der Gesellschaft E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ (act. IIA 3 S. 3 bis 6), ausmachend Fr. 422.10, richtigerweise in Abzug (vgl. auch Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 28. August 2019, S. 2 Ziff. II). Im Übrigen wird die Höhe der in der Schadenersatzforderung vom 7. Februar 2019 (act. II 17) aufgeführten Beitragsausstände weder von der Beschwerdeführerin noch vom Beigeladene substantiell bestritten. Da für das Gericht aufgrund der Parteivorbringen und der Akten kein Anlass besteht, den Schadensbetrag in masslicher Hinsicht in Zweifel zu ziehen, erübrigen sich diesbezüglich weitere Abklärungen (vgl. BGE 117 V 282 E. 4a S. 283). Es ist von einem entstandenen Schaden in der Höhe von Fr. 41'404.72 auszugehen.

**3.3** Indem die Gesellschaft ihre Sozialversicherungsbeiträge für das Jahr 2017 nicht (vollständig) erbracht hat, hat sie gegen ihre Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m Art. 34 ff. AHVV verstossen (vgl. E. 2.4 hiervor). Dadurch steht die Widerrechtlichkeit im Sinne von Art. 52 AHVG fest, womit die Vermutung eines absichtlichen oder grobfahrlässigen Verhaltens des Arbeitgebers resp. seiner Organe gilt (vgl. E. 2.5.3 hiervor).

**3.4** Diese Vermutung vermag die Beschwerdeführerin nicht umzustossen: Die Beschwerdeführerin war vom 15. Februar 2017 bis 27. Februar 2018 als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen (SHAB Nr. ... vom TT. MM. 2017 und Nr. ... vom TT. MM. 2018; act. II 1) und war - als formelles Organ der Arbeitgeberin - somit für die Kontrolle und Überwachung bezüglich der Einhaltung der Abrechnungs- und Beitragszahlungspflicht gegenüber der Beschwerdegegnerin verantwortlich (vgl. E. 2.4 hiervor). An diese Aufsichts- und Kontrollpflichten sind angesichts der hier gegebenen relativ einfachen und überschaubaren Verhältnissen (bei insgesamt 16 Angestellten; vgl. act. II 15) praxisgemäss hohe Anforderungen zu stellen (BGer 9C\_204/2008, E. 3.1).

**3.4.1** In zeitlicher Hinsicht fällt vorab auf, dass die Beschwerdegegnerin Beitragsausstände ab dem 17. Januar 2017, d.h. vor dem Antritt der Geschäftsführerstelle der Beschwerdeführerin (vgl. Handelsregistereintrag [act. II 1] und Arbeitsvertrag vom 27. Februar 2017 [Akten des AVA {IIIA} 186 Ziff. 1 f.]), geltend macht. Dazu ist festzuhalten, dass nach der Rechtsprechung ein formelles Organ auch für die vor seinem Antritt der Geschäftsführungsfunktion fällig gewordenen Beiträge haftet. Mit der Geschäftsführungsübernahme tritt der Geschäftsführer in die Verantwortung sowohl für die laufenden als auch für die ausstehenden Sozialversicherungsabgaben ein. Es ist seine Pflicht, nicht nur für die Bezahlung der laufenden Beiträge, sondern und gerade für die Begleichung der ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge besorgt zu sein. Hinsichtlich beider Arten von Verbindlichkeiten ist die Untätigkeit des Organs kausal, so dass hinsichtlich Schadenersatzpflicht keine unterschiedliche Behandlung angezeigt ist. Am Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen

Untätigkeit des Organs und Nichtleistung von Beitragszahlungen, die bei Eintritt in die Geschäftsführung bereits ausstehend waren, mangelt es indes ausnahmsweise, wenn die Gesellschaft bereits vor der Geschäftsführungsübernahme zahlungsunfähig war (vgl. Entscheid des EVG vom 18. April 2005, H 235/04, E. 5.2; BGE 119 V 401 E. 4 S. 405 ff.). Vorliegend war die Gesellschaft beim Antritt der Geschäftsführerstelle der Beschwerdeführerin noch nicht zahlungsunfähig, weshalb die Beschwerdeführerin auch für die bei der Geschäftsführungsübernahme fällig gewesenen Beiträge haftet (vgl. Eingabe der Beschwerdegegnerin vom 28. August 2019, S. 2 Ziff. II). Hieran vermag nichts zu ändern, dass sie gemäss Protokoll der Gesellschafterversammlung (act. IIIA 160) am 5. Dezember 2017 von der Funktion als Geschäftsführerin abgewählt wurde, erfolgte doch die entsprechende Mutation im Handelsregister erst per 27. Februar 2018 (SHAB-Nr. ... vom TT. MM. 2018; act. II 1), womit die Beschwerdeführerin ihre formelle Organstellung sowie die damit einhergehenden Pflichten für den hier interessierenden Zeitraum beibehielt.

**3.4.2** Die Beschwerdeführerin bestreitet ein schuldhaftes Verhalten und macht im Wesentlichen geltend, sie habe die Rechtslage nicht gekannt und zudem nur sehr reduzierte Befugnisse innegehabt; der persönliche Anwendungsbereich der einschlägigen Normen sei nicht betroffen (vgl. Beschwerde, S. 2 f. Ziff. 1 und 4 f.).

Von der dispositiven gesetzlichen Ordnung abweichend kann die Geschäftsführung auf einzelne Geschäftsführer beschränkt oder auch Dritten übertragen werden (vgl. Art. 809 OR). Wer in diesem Rahmen eine formelle Organstellung einnimmt, ist zur persönlichen Amtsausübung verpflichtet und kann sich durch eine allfällige interne Aufgabenteilung nicht entlasten. Jeder Geschäftsführer hat sich über den Geschäftsgang auch ausserhalb des ihm zugewiesenen Bereichs zu informieren und bei Unregelmässigkeiten die nötigen Schritte vorzunehmen (vgl. Entscheid des EVG vom 7. Juni 2001, H 337/00, E. 3a; zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben der Geschäftsführung: vgl. Art. 810 OR). Dabei bilden namentlich Unkenntnis oder Unwissenheit keine Entlastungsgründe: wer eine Geschäftsführungsfunktion übernimmt, muss sich vorgängig über die gesetzlichen Rechte und Pflichten einer solchen Aufgabe und deren

Tragweite informieren. Unkenntnis entlastet ein Organ nicht von der von ihm allenfalls unbewusst übernommenen Verantwortung, gilt doch im Bereich von Art. 52 AHVG ein objektivierter Verschuldensmassstab (vgl. THOMAS NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96 S. 1077). So hat das Bundesgericht wiederholt erkannt, dass grobfahrlässig handelt, wer sich bloss als Strohmann zur Verfügung stellt und seine Kontrollrechte nicht ausübt (BGE 112 V 1 E. 2b S. 3; Entscheid des EVG vom 2. Juli 2002, H 201/01, E. 4b). Dementsprechend wäre die Beschwerdeführerin als formell eingesetzte Geschäftsführerin verpflichtet gewesen, den Überblick über alle wesentlichen Belange der Gesellschaft zu haben und sämtliche gesetzlichen Pflichten einzuhalten, worunter auch die Abrechnung und die Abgabe der Sozialversicherungsbeiträge (vgl. Art. 810 Abs. 2 OR und E. 2.4 hiervor) sowie im Hinblick auf die Jahresendabrechnung die Vornahme von Rückstellungen fallen (vgl. Art. 36 Abs. 4 AHVV; REICHMUTH, a.a.O., S. 166 f. N 710). Diesen Vorgaben ist die Beschwerdeführerin offenkundig nicht nachgekommen, wie die zahlreichen Mahnungen, Beteiligungen, Zahlungsbefehle und Verzugszinsabrechnungen belegen (vgl. E. 3.2.1 hiervor; act. II 7 S. 12 f., II 9 S. 11 f., II 10 S. 10 f.). Ihr passives Verhalten resp. das Nichteinleiten der entsprechenden Massnahmen ist als qualifiziertes Verschulden zu werten (vgl. REICHMUTH, a.a.O., S. 166 f. N 710).

Im Übrigen wusste die Beschwerdeführerin um die Abrechnungs- und Beitragszahlungspflichten bzw. die ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge, nahm sie doch in ihrer Funktion als Geschäftsführerin am 14. August 2017 sowie 7. und 10. November 2017 Zahlungsbefehle betreffend ausstehende Beitragsforderungen entgegen (act. II 7 S. 13, II 9 S. 12, II 10 S. 11), erhob mit eigener Unterschrift für die Gesellschaft Rechtsvorschläge (act. II 7 S. 13, II 10 S. 11) und war beim Pfändungsvollzug vom 10. November 2017 im Betrieb anwesend (act. II 6 S. 7 und 10).

**3.4.3** Schliesslich vermag die Beschwerdeführerin aus den Schreiben des Beigeladenen vom 1. März 2019 (act. II 21 S. 2) und 6. Juli 2019 (S. 2; in den Gerichtsakten), worin bestätigt wird, dass die Beschwerdeführerin

kein Interesse an einem Handelsregistereintrag gehabt habe und nicht für finanzielle oder gesetzliche Verpflichtungen der Gesellschaft haften, nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. So ist der Grund für den Handelsregistereintrag ebenso irrelevant wie die geltend gemachte Vereinbarung, die allein das Innenverhältnis zwischen der Beschwerdeführerin und dem Beigeladenen beschlägt. Weiter ist nicht entscheidend, dass die Beschwerdeführerin „keine Finanzentscheidungen des Unternehmens“ getroffen habe (act. II 21 S. 3), wäre sie doch, wie bereits dargelegt (vgl. E. 3.4.2 hiervor), - unbesehen der faktischen Verhältnisse und rein internen Abmachungen - kraft ihrer formellen Organstellung (vgl. OR 809 ff.) verpflichtet gewesen, das Erforderliche vorzukehren (vgl. insb. Art. 812 Abs. 1 OR; BGE 126 V 237; BGer 9C\_204/2008, E. 3.1).

**3.4.4** Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe liegen nach dem Gesagten nicht vor und ein qualifiziertes Verschulden der Beschwerdeführerin ist damit zu bejahen.

**3.5** Der adäquate Kausalzusammenhang zwischen dem schuldhaften Verhalten der Beschwerdeführerin und dem eingetretenen Schaden ist ebenfalls zu bejahen (vgl. E. 2.7 hiervor). Wäre die Gesellschaft unter der Verantwortung der Beschwerdeführerin ihren Melde- und Zahlungspflichten rechtzeitig und vollständig nachgekommen, wäre der Schaden nicht eingetreten.

**3.6** Mit Konkurseröffnung vom TT. MM. 2018 und Konkurseinstellung mangels Aktiven am TT. MM. 2018 (act. II 1) hatte die Beschwerdegegnerin Kenntnis des entstandenen Schadens (vgl. BGE 129 V 193 E. 2.1 S. 195), weshalb die am 7. Februar 2019 verfügte Festsetzung des Schadenersatzanspruchs (act. II 17) sowohl innerhalb der relativen zweijährigen als auch der fünfjährigen absoluten Verjährungsfrist und somit rechtzeitig erfolgte (vgl. E. 2.3 und 2.8 hiervor).

#### **4.**

Nach dem Dargelegten sind sämtliche Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 52 AHVG erfüllt. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 27. März

2019 (act. II 23) ist nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

## 5.

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

**5.2** Mangels Obsiegens haben weder die Beschwerdeführerin noch der Beigeladene Anspruch auf eine Parteienschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG; vgl. MERKLI/AESCHLIMANN/HERZOG, Kommentar zum bernischen VRPG, 1997, Art. 14 N 7; UELI KIESER, Kommentar zum ATSG, 3. Aufl. 2015, Art. 61 N 201). Zudem schliesst Art. 61 lit. g ATSG die Zusprechung einer Prozessentschädigung an den Sozialversicherungsträger im kantonalen Verfahren von vornherein aus (vgl. BGE 128 V 124 E. 5b S. 133).

**5.3** Soweit der Beigeladene um unentgeltliche Verbeiständung ersucht, ist auf das Gesuch mangels eines vom Beigeladenen bezeichneten Anwalts (vgl. auch prozessleitende Verfügung vom 9. Juli 2019) nicht einzutreten.

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Auf das Gesuch des Beigeladenen um unentgeltliche Verbeiständung wird nicht eingetreten.
3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteienschädigung zugesprochen.
4. Zu eröffnen (R):

- A. \_\_\_\_\_
- Ausgleichskasse GastroSocial
- B. \_\_\_\_\_
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Kammerpräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, 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. 41'404.72.