

200 22 5 AHV
KOJ/FRN/STA

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 8. Dezember 2022

Verwaltungsrichter Kölliker, Kammerpräsident
Verwaltungsrichter Furrer, Verwaltungsrichterin Wiedmer
Gerichtsschreiberin Franzen

A. _____
vertreten durch B. _____, lic. iur. Advokat C. _____
Beschwerdeführer

gegen

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

in Sachen

D. _____ AG (gelöscht)

betreffend Einspracheentscheid vom 25. November 2021



Sachverhalt:

A.

Die D. _____ AG war seit Januar 2015 als beitragspflichtige Arbeitgeberin der Ausgleichskasse des Kantons Bern (AKB bzw. Beschwerdegegnerin) angeschlossen (Akten der AKB, Antwortbeilage [AB] 57). Mit Wirkung ab dem 7. März 2017 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet (vgl. AB 13). Das Konkursverfahren wurde mangels Aktiven per 4. September 2018 eingestellt (Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] Nr. ... vom xx. September 2018; AB 1) und die Gesellschaft wurde am 11. Dezember 2018 im Handelsregister gelöscht (SHAB Nr. ... vom xx. Dezember 2018; AB 1).

Mit Verfügung vom 2. Dezember 2019 (AB 5) forderte die AKB von A. _____ (Beschwerdeführer), der in den Jahren 2014-2016 Mitglied des Verwaltungsrates bzw. Verwaltungsratspräsident der D. _____ AG war (AB 1), Schadenersatz in der Höhe von insgesamt Fr. 150'222.-- für entgangene Sozialversicherungsbeiträge betreffend die Jahre 2015 und 2016. Eine hiergegen erhobene Einsprache (AB 4) hiess die AKB mit Entscheid vom 25. November 2021 (AB 2) insoweit gut, als sie die Schadenersatzforderung auf Fr. 132'939.20 reduzierte. Im Übrigen wies sie die Einsprache ab.

B.

Mit Eingabe vom 3. Januar 2022 erhob der Beschwerdeführer, vertreten durch Advokat C. _____, Beschwerde mit den Folgenden Anträgen:

1. Es sei in Gutheissung der vorliegenden Beschwerde der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 25. November 2021 aufzuheben und demgemäss sei die Schadenersatzforderung vom 2. Dezember 2019 in der Gesamthöhe von Fr. 132'939.20 abzuweisen.
2. Eventualiter sei in Gutheissung der vorliegenden Beschwerde der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 25. November 2021 aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.
3. Verfahrensanträge:

- A. Es sei dem Beschwerdeführer Einsicht in die gesamten Akten der Vorinstanz zu gewähren und demgemäss seien diese dem Beschwerdeführer zur Einsichtnahme zuzustellen.
 - B. Es sei nach erfolgter Akteneinsicht in die vollständigen Akten der Vorinstanz dem Beschwerdeführer eine angemessene Nachfrist zu setzen, um die vorliegende Beschwerdebeurteilung zu ergänzen.
 - C. Es seien sämtliche Buchhaltungsunterlagen der D. _____ AG in Liquidation des Konkursverfahrens beim Betreibungsamt ... beizuziehen.
 - D. Es sei dem Beschwerdeführer Einsicht in sämtliche beigezogenen Akten und das Replikrecht auf sämtliche Eingaben im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu gewähren.
 - E. Es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. MWST) zu Lasten des Staates.

Mit prozessleitender Verfügung vom 5. Januar 2022 trat der Instruktionsrichter auf den Antrag, es sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, nicht ein.

Mit Beschwerdeantwort vom 4. März 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Eventualiter sei die Beschwerde teilweise gutzuheissen in dem Sinne, als der Beschwerdeführer lediglich eine Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 86'936.40 (= Fr. 18'819.50 [2015] und Fr. 68'116.90 [2016]) anstelle von Fr. 132'939.20 zu bezahlen habe. Ansonsten sei die Beschwerde jedoch abzuweisen.

Mit prozessleitender Verfügung vom 7. März 2022 erwog der Instruktionsrichter, nach Durchsicht der bisherigen Akten sei der Beizug von Buchhaltungsunterlagen entbehrlich. Er wies den entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers ab.

Mit Replik vom 8. Juli 2022 stellte der Beschwerdeführer folgende Anträge:

1. Es sei in Gutheissung der vorliegenden Beschwerde der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 25. November 2021 aufzuheben und demgemäss sei die Schadenersatzforderung vom 2. Dezember 2019 in der Gesamthöhe von Fr. 132'939.20 abzuweisen.
2. Eventualiter sei in Gutheissung der vorliegenden Beschwerde der Einspracheentscheid der Vorinstanz vom 25. November 2021 aufzuheben und die Sache zur erneuten Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

3. Subeventualiter sei in teilweiser Gutheissung der Beschwerde die Verfügung der Vorinstanz vom 25. November 2021 aufzuheben und die Schadenersatzforderung auf Fr. 86'936.40 festzulegen.
4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (inkl. Spesen und MWST) zu Lasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Duplik vom 5. August 2022 bestätigte die Beschwerdegegnerin ihren Antrag, wonach die Beschwerde abzuweisen beziehungsweise eventualiter die Schadenersatzforderung auf Fr. 86'936.40 zu reduzieren sei.

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) 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 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 25. November 2021 (AB 2). Streitig und zu prüfen ist die gegenüber dem Beschwerdeführer geltend gemachte Schadenersatzpflicht für entgangene Sozialversi-

cherungsbeiträge zuzüglich akzessorischer Forderungen betreffend die Jahre 2015 und 2016 in der Höhe von insgesamt Fr. 132'939.20.

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).

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; SVR 2020 AHV Nr. 8 S. 23 E. 2.2).

Ein neues Verwaltungsratsmitglied hat die Pflicht, für die Bezahlung der vor und während seiner Verwaltungsratsstätigkeit angefallenen Beitragsschulden besorgt zu sein; entsprechend haftet es grundsätzlich für die laufenden wie auch die bereits vor Aufnahme seines Mandats fälligen Sozialversicherungsabgaben. Ein neues Verwaltungsratsmitglied haftet aber nicht für den der Ausgleichskasse vor seinem Eintritt zugefügten Schaden, weil dieser bereits eingetreten war, ohne dass das neue Mitglied daran noch etwas ändern konnte (SVR 2020 AHV Nr. 25 S. 78 E. 3).

2.3 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).

2.4 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 Betreuungskosten, 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).

2.5 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).

2.6 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).

2.6.1 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).

2.6.2 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. Dies setzt unter anderem voraus, dass der Verwaltungsrat die ihm unterbreiteten Berichte kritisch liest, nötigenfalls ergänzende Auskünfte verlangt und bei Irrtümern oder Unregelmässigkeiten einschreitet. Dabei wird es aber einem Verwaltungsratspräsidenten einer Grossfirma nicht als grobfahrlässiges Verschulden angerechnet werden können, wenn er nicht jedes einzelne Geschäft, sondern nur die Tätigkeit der Geschäftsleitung und den Geschäftsgang im allgemeinen überprüft und daher beispielsweise nicht beachtet, dass in Einzelfällen die Abrechnung über Lohnbeiträge nicht erfolgt ist (BGE 108 V 199 E. 3a S. 202; SVR 2010 AHV Nr. 4 S. 14 E. 6.1). Demgegenüber muss bei einfachen Verhältnissen vom einzigen Verwaltungsrat und faktischen Geschäftsführer einer Aktiengesellschaft, der als solcher die Verwaltung der Gesellschaft als einzige Person in Organstellung zu besorgen hat, der Überblick über alle wesentlichen Belange der Firma verlangt werden, und zwar selbst dann, wenn er seine

Befugnisse weitgehend an Dritte delegiert hat (BGE 108 V 199 E. 3b S. 203; SVR 2007 AHV Nr. 9 S. 25 E. 6).

Nach ständiger Rechtsprechung dauert die Verantwortlichkeit eines Verwaltungsrates in der Regel bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat, und nicht bis zum Zeitpunkt der Löschung seiner Funktion im Handelsregister. Das gilt jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen die Betroffenen, nach ihrer Demission, keinen Einfluss mehr auf den Gang der Geschäfte und keine Entschädigung für ihre Verwaltungsratsstellung erhalten haben (BGE 134 V 401 E. 5.1 S. 402, 126 V 61 E. 4a S. 61). Für den Nachweis des Ausscheidens aus dem Verwaltungsrat eines Unternehmens bei unverändert belassenem Handelsregistereintrag wird rechtprechungsgemäss ein höherer Beweisgrad als eine überwiegende Wahrscheinlichkeit verlangt; das Ausscheiden muss "klar ausgewiesen" sein (SVR 2017 AHV Nr. 13 S. 41 E. 6.2).

2.6.3 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 Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht {BGer}] vom 4. Oktober 2004, H 273/03, E. 3.2.1).

2.6.4 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 2019 AHV Nr. 14 S. 40 E. 4.2.2, 2011 AHV Nr. 13 S. 44 E. 4.1).

2.7 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; SVR 2020 AHV Nr. 25 S. 80 E. 6.2, 2017 AHV Nr. 13 S. 41 E. 7.2; AHI 2003 S. 100 E. 3a). Eine kurze Dauer bzw. "nützliche Frist" in diesem Sinne ist z.B.

überschritten, wenn die Beitragszahlungspflicht über ein Jahr lang verletzt wird, zumal wenn dabei kein gezieltes, auch in zeitlicher Hinsicht konkretes Sanierungskonzept vorliegt oder wenn eine Sanierung erst nach einem jahrelang defizitären Geschäftsgang erwartet werden kann (SVR 2017 AHV Nr. 19 S. 64 E. 8.2).

2.8 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 Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein. Das schuldhaftes 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).

2.9 Hinsichtlich der Frage der Verjährung ist darauf hinzuweisen, dass Art. 52 Abs. 3 AHVG im Zuge der Revision des Verjährungsrechts im Obligationenrecht per 1. Januar 2020 angepasst wurde (siehe dazu AS 2018 5343). Mangels diesbezüglich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen sind nach dem allgemeinen intertemporalrechtlichen Grundsatz diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1 S. 370, 144 V 210 E. 4.3.1 S. 213). Nachdem über die D. _____ AG am 7. März 2017 der Konkurs eröffnet (AB 13) und dieser mangels Aktiven per 4. September 2018 eingestellt wurde, realisierte sich der Schaden als Auslöser für den Beginn der Verjährungsfristen vor der Änderung der Verjährungsregelung. Demnach gelangen vorliegend die Verjährungsbestimmungen gemäss aArt. 52 Abs. 3 AHVG in der bis

31. Dezember 2019 gültig gewesenen Fassung zur Anwendung. Danach verjährt der Schadenersatzanspruch zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, spätestens aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Diese Fristen können unterbrochen werden.

3.

3.1 Gemäss den Akten ist erstellt und zwischen den Parteien zu Recht unbestritten, dass der Beschwerdeführer ab dem 31. Januar 2014 Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien, ab dem 21. März 2014 Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift und ab dem 1. Dezember 2014 wiederum Mitglied des Verwaltungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien der D._____ AG war (AB 1), womit ihm formelle Organstellung zukam. Wer im Rahmen einer juristischen Person formelle Organstellung einnimmt, hat auch die damit verbundenen gesetzlichen Pflichten zu erfüllen. Damit unterliegt der Beschwerdeführer der Haftungsbestimmung von Art. 52 AHVG (vgl. E. 2.2 hiavor).

Das Konkursverfahren wurde mangels Aktiven per 4. September 2018 eingestellt und die Gesellschaft wurde am 11. Dezember 2018 im Handelsregister gelöscht (SHAB Nr. ... vom xx. September 2018 und Nr. ... vom xx. Dezember 2018; AB 1). Die D._____ AG vermochte dementsprechend die ausstehenden Forderungen nicht mehr zu begleichen und kann auch für die geltend gemachte Schadenersatzpflicht nicht mehr in Anspruch genommen werden, weshalb subsidiär die solidarische Haftung der Organe und damit (auch) diejenige des Beschwerdeführers greift (vgl. E. 2.3 hiavor).

3.2 Weiter ist erstellt, dass die D._____ AG im vorliegend massgebenden Zeitraum für die Beitragsjahre 2015 und 2016 die – zu keinem Zeitpunkt umfangmässig bestrittenen – paritätischen Sozialversicherungsbeiträge nicht (vollständig) bezahlt hat und die Beschwerdegegnerin insoweit einen Schaden erlitt.

Was den Forderungsbetrag betrifft, kommt ein Verschulden des Beschwerdeführers längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat in Frage (vgl. E. 2.6.2 hiervor). Gestützt auf das im Beschwerdeverfahren eingereichte Protokoll der ausserordentlichen Generalversammlung vom 21. September 2016 (Akten des Beschwerdeführers [BB] 8) wurde der gesamte Verwaltungsrat per sofort aus dem Amt entlassen (Beschwerde S. 8 Ziff. 14). Der Beschwerdeführer ist somit am 21. September 2016 aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden. Dementsprechend ist die streitige Forderung gemäss den Ausführungen in der Beschwerdeantwort, Ziff. 10, auf Fr. 86'936.40 festzusetzen. Dieser Betrag ist gestützt auf die eingereichten Akten, insbesondere die der Schadenersatzverfügung vom 2. Dezember 2019 (AB 5) beigelegten Kontoauszüge, sowie die gemäss jener Verfügung (S. 2), dem angefochtenen Einspracheentscheid (AB 2 S. 3 Ziff. 9) und der Beschwerdeantwort (S. 4 Ziff. 10) von der Haftung ausgenommenen Positionen ohne weiteres nachvollziehbar. Die pauschalen, nicht substantiierten Einwände des Beschwerdeführers vermögen daran nichts zu ändern.

3.3 Die D._____ AG hat die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht (Art. 14 Abs. 1 AHVB i.V.m. Art. 34 ff. AHVV) verletzt. Damit ist das Tatbestandselement der Rechtswidrigkeit (vgl. E. 2.5 hiervor) ohne weiteres zu bejahen. Demnach ist rechtsprechungsgemäss ein schuldhaftes Verhalten zu vermuten (vgl. 2.6.4 hiervor). Dass die Beiträge der D._____ AG über mehrere Jahre teilweise gar nicht bezahlt wurden, ist ebenfalls unbestritten. Dadurch ist der Beschwerdeführer der ihm als Verwaltungsratsmitglied resp. Verwaltungsratspräsident obliegenden Sorgfaltspflicht (Art. 717 Abs. 1 OR) nicht nachgekommen. In dieser Stellung hatte er zu wissen, dass und wie viel AHV-Beiträge zu zahlen waren und dafür zu sorgen, dass mit den Löhnen auch die Beiträge bezahlt werden (BGE 109 V 86 E. 6 S. 89). Die langdauernde ausbleibende resp. unvollständige Bezahlung der Beiträge stellt damit eine schuldhafte, zumindest grobfahrlässige Verletzung der dem Verwaltungsrat obliegenden Sorgfaltspflicht und damit ein qualifiziertes Verschulden im Sinne von Art. 52 AHVG dar.

3.4 In der Folge ist zu prüfen, ob Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe (vgl. E. 2.7 hiervor) bestehen. Der Beschwerdeführer kann sich nicht darauf berufen, dass er zuerst einen vermeintlich kompetenten Buchhalter bzw. später im Jahr 2016 eine externe Buchhalterin zugezogen hat (Beschwerde S. 5 f. Ziff. 11, S. 7 Ziff. 13), denn die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen gehört zu den unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats und damit auch zu denjenigen des Beschwerdeführers. Er war verpflichtet, den Überblick über alle wesentlichen Belange der Gesellschaft zu haben, selbst wenn er seine Befugnisse an Dritte delegierte (vgl. E. 2.6.2 hiervor; vgl. UELI KIESER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AHVG, 4. Aufl. 2020, Art. 52 N. 60). Wenn beschwerdeweise festgehalten wird, der Beschwerdeführer habe sich "die grösste Zeit" nicht auf eine verlässliche Buchhaltung stützen können bzw. die finanzielle Situation der D._____ AG sei für ihn nach seinem Eintritt in den Verwaltungsrat "erst nach einiger Zeit erkennbar" gewesen (Beschwerde S. 6 Ziff. 12), ist daraus e contrario zu schliessen, dass er über die finanzielle Lage des Unternehmens durchaus im Bild war. Anders wären die von ihm erwähnten privaten Zahlungen in die Gesellschaft, mit denen offenbar u.a. Vorauszahlungen an Lieferanten sowie die Barzahlung der Miete getätigt wurden (vgl. Beschwerde S. 6 Ziff. 12, BB 6 f.), wie auch die geplanten Sanierungsmassnahmen denn auch nicht zu erklären. Mit denselben wurden jedoch vorab betriebliche Probleme angegangen. Demgegenüber stand die Bezahlung ausstehender Sozialversicherungsbeiträge namentlich für das Beitragsjahr 2016, für welches seitens der D._____ AG lediglich zwei Einzahlungen erfolgen (act. II 5, Kontoauszug pro 2016 S. 3), nicht im Vordergrund. Die geplanten Sanierungsmassnahmen (Reduktion der Kostenstruktur in den Bereichen Miete, Produktionskosten, Löhne sowie die Verstärkung des ... zur Erhöhung des ... und eine ...; Beschwerde S. 6 Ziff. 12) waren offensichtlich nicht geeignet, das Überleben der D._____ AG und damit die Bezahlung der ausstehenden Beiträge innert nützlicher Frist zu sichern. Damit erübrigt sich der vom Beschwerdeführer beantragte Beizug der Konkursakten und der darin enthaltenen Buchhaltungsunterlagen, welche gemäss eigenen Angaben des Beschwerdeführers ohnehin "massiv unordentlich und unübersichtlich" geführt worden waren (vgl. prozessleitende Verfügung vom 7. März 2022 [in den Gerichtsakten], Beschwerde S. 5 Ziff. 11).

Des Weiteren kann angesichts der langen Dauer der Verletzung der Abrechnungspflicht nicht gesagt werden, dass der Beschwerdeführer mit der Nichtbezahlung der Beiträge eine nur vorübergehend schwierige finanzielle Lage hätte überbrücken wollen (vgl. E. 2.7 hiavor; vgl. KIESER, a.a.O., Art. 52 N. 57). Vielmehr gibt er selber in der Beschwerde zu erkennen, dass die finanziellen Probleme permanent vorhanden waren und mit der Zeit nicht geringer wurden (Beschwerde S. 5 ff. Ziff. 11 ff.). Er durfte nicht damit rechnen, die Forderungen der Sozialversicherung innert nützlicher Frist begleichen zu können (vgl. E. 2.7 hiavor). Soweit der Beschwerdeführer geltend macht, er habe mit der Beschwerdegegnerin Kontakt aufgenommen, um Rückzahlungen zu veranlassen und einen Abzahlungsplan zu erarbeiten (Beschwerde S. 7 Ziff. 13, S. 10 Ziff. 18), kann er daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten. Die Beschwerdegegnerin widerspricht dem Beschwerdeführer dahingehend, dass ihr lediglich ein Gesuch um Ratenzahlung vom 6. Mai 2015 für die Differenzrechnung vom 11. März 2015 vorliege (AB 55). Der von ihr genehmigte Ratenplan (AB 54) sei jedoch nicht eingehalten worden, weshalb eine Betreibung eingeleitet worden sei, bis schliesslich die Rechnung mittels Raten beim Betreibungsamt bezahlt worden sei. Neben den geleisteten Teilzahlungen an das Betreibungsamt seien keine konkreten Abzahlungs-, Teilzahlungs- oder Ratenzahlungspläne eingereicht worden. Es sei zwar von der D. _____ AG versprochen worden, Zahlungen zu tätigen, jedoch seien diese Versprechen nicht eingehalten worden (AB 26, 30, 36, Beschwerdeantwort S. 3 Ziff. 6). Auf diese Ausführungen der Beschwerdegegnerin ist abzustellen, zumal sich aus den Akten nichts Anderes ergibt.

Auch der Hinweis des Beschwerdeführers, er sei zu keiner Zeit alleine Mitglied des Verwaltungsrates gewesen, weshalb es ihm nicht möglich gewesen sei, alleine Entscheidungen zu treffen (Beschwerde S. 11 Ziff. 19), ist unbehelflich. Selbst wenn – wie beschwerdeweise angedeutet, indes nicht einmal ansatzweise belegt wird – der Beschwerdeführer im Verwaltungsrat stets überstimmt worden wäre, würde sich an seiner Haftung nichts ändern. Gemäss Rechtsprechung muss ein Organ, das versucht, seinen Aufgaben und Pflichten rechtsgenüchlich 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). Da er

jedoch im Verwaltungsrat verblieb, hat er für dessen Beschlüsse miteinzustehen. Bei der gesetzlichen Solidarhaftung gemäss Art. 52 Abs. 2 Satz 2 AHVG handelt es sich sodann um eine absolute Solidarität, d.h. die Beschwerdegegnerin kann bei einer Mehrheit von Haftpflichtigen wählen, gegen wen sie vorgehen möchte. Insbesondere hat sie sich nicht um gesellschaftsinterne Beziehungen zu kümmern (KIESER, a.a.O., Art. 52 N. 82). Überdies haftet jedes Organ, gegen welches eine Schadenersatzverfügung erlassen wurde, für den gesamten Schaden, worauf die Beschwerdegegnerin zutreffend verweist (Duplik S. 2 Ziff. 3). Nach dem Dargelegten bestehen keine Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe, auf die sich der Beschwerdeführer berufen könnte.

3.5 Ein pflichtgemässes Verhalten des Beschwerdeführers bei der Abrechnung der Sozialversicherungsbeiträge hätte zur Zahlung der offenen Beiträge geführt und damit den Schaden verhindern können. Ein schwerwiegendes Verschulden eines Dritten, welches das Fehlverhalten des Beschwerdeführers eindeutig in den Hintergrund treten lassen würde, ist nicht ersichtlich. Demnach ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen der Missachtung der Vorschrift und dem eingetretenen Schaden gegeben (vgl. E. 2.8 hiavor). Ein allenfalls zu einer Reduktion der Schadenersatzpflicht führendes Mitverschulden der Verwaltung ist weder ersichtlich noch wird ein solches geltend gemacht.

3.6 Der für die relative zweijährige Verjährungsfrist (vgl. E. 2.9 hiavor) massgebende Zeitpunkt ist die im SHAB Nr. ... vom xx. September 2018 erfolgte Publikation der Einstellung des Konkurses über die D. _____ AG mangels Aktiven am 4. September 2018. Mit Erlass der Schadenersatzverfügung 2. Dezember 2019 (AB 5) hat die Beschwerdegegnerin sowohl die relative zwei- als auch die absolute fünfjährige Verjährungsfrist gewahrt (vgl. KIESER, a.a.O., Art. 52 N. 126, 139). Die Schadenersatzforderung ist damit nicht verjährt, was vom Beschwerdeführer zu Recht nicht bestritten wird.

3.7 Zusammenfassend sind sämtliche Haftungsvoraussetzungen von Art. 52 AHVG erfüllt. Der Sachverhalt ist gestützt auf die vorliegenden Akten hinreichend erstellt, weshalb auf weitere Beweiserhebungen verzichtet werden kann (antizipierte Beweiswürdigung: BGE 144 V 361 E. 6.5 S. 368,

124 V 90 E. 4b S. 94, 122 V 157 E. 1d S. 162; SVR 2019 IV Nr. 50 S. 163 E. 4).

4.

Nach dem Dargelegten ist der angefochtene Einspracheentscheid vom 25. November 2021 (AB 2) in teilweiser Gutheissung der Beschwerde dahingehend abzuändern, als der vom Beschwerdeführer geschuldete Schadenersatz auf Fr. 86'936.40 festzusetzen ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

5.

5.1 Das vorliegende Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 61 Ingress ATSG i.V.m. Art. 102 ff. VRPG und Art. 1 des Dekrets vom 24. März 2010 betreffend die Verfahrenskosten und die Verwaltungsgebühren der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [Verfahrenskostendekret; VKD; BSG 161.12]; vgl. auch BBI 2018 1639). Die Verfahrenskosten bestehen aus einer Pauschalgebühr (Art. 103 Abs. 1 Satz 1 VRPG). Die Behörde setzt die Gebühr gestützt auf die gesetzliche Gebührenordnung nach pflichtgemäßem Ermessen fest (Art. 103 Abs. 2 VRPG). Die Gebühren für die Beurteilung von Streitigkeiten durch das Verwaltungsgericht betragen auf dem Gebiet des Sozialversicherungsrechts Fr. 200.-- bis Fr. 2'500.-- (Art. 4 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 lit. e VKD).

5.2 Trotz teilweiser Gutheissung der Beschwerde ist keine Aufteilung im Kostenpunkt bzw. keine reduzierte Parteientschädigung gerechtfertigt, denn der Beschwerdeführer hat selber zu verantworten, dass er sein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat nicht schon im Verwaltungsverfahren erwähnte, womit die Beschwerdegegnerin diesen Punkt, der eine Reduktion des Forderungsbetrages von Fr. 132'939.20 auf Fr. 86'936.40 zur Folge hatte (vgl. E. 3.2 hiervor), bereits in jenem Verfahrensstadium hätte berücksichtigen können. Die Prozessführung vor dem Verwaltungsgericht war insoweit unnötig, weshalb im Kostenpunkt von einem Unterliegen des Beschwerdeführers auszugehen ist.

5.3 Die Verfahrenskosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 2'500.--, werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

5.4 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Umkehrschluss aus Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG; vgl. auch E. 5.2 hiervor).

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der angefochtene Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Bern dahingehend abgeändert, als der vom Beschwerdeführer geschuldete Schadenersatz auf Fr. 86'936.40 festgesetzt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 2'500.-- werden dem Beschwerdeführer zur Bezahlung auferlegt und dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Zu eröffnen (R):
 - B. _____, lic. iur. Advokat C. _____ z.H. des Beschwerdeführers
 - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen
 - 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. 132'939.20.