



Fall-Nr.: AHV 2006/33, KZL 2007/8
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AHV - Alters- und Hinterlassenenversicherung
Publikationsdatum: 04.03.2020
Entscheiddatum: 24.09.2007

Entscheid Versicherungsgericht, 24.09.2007

Die Verletzung von Art. 35 Abs. 2 AHVV gilt als grobfahrlässig i.S. von Art. 52 AHVG, sofern keine besonderen Umstände vorliegen, die die Verletzung der Meldepflicht rechtfertigen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 24. September 2007, AHV 2006/33 und KZL 2007/8). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts Prozess 9C_778/2007

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterin Marie-Theres Rüegg Haltinner,

Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiberin Iris Scherer

Entscheid vom 24. September 2007

In Sachen

B.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Dr. iur. Michael Nonn M.B.L.-HSG, Pestalozzistrasse 2, 9000 St. Gallen,

gegen

Ausgleichskasse Gewerbe St. Gallen, Lindenstrasse 137, Postfach 245, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend



Schadenersatzforderung (C.____ AG in Liq.)

Streitwert bundesrechtliche Forderung: Fr. 114'896.75

Streitwert kantonalrechtliche Forderung: Fr. 15'248.45

hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- a) Die C.____ AG (Firma) wurde am 30. Juni 1989 ins Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Sie bezweckte die Ausführung von Bauarbeiten aller Art sowie die Übernahme von Vertretungen. Die Firma übernahm den Geschäftsbetrieb der bisherigen Einzelfirma "D.____" in St. Gallen. B.____ gehörte dem Verwaltungsrat seit Eintragung der Firma ins Handelsregister an. Mit Schreiben vom 2. März 2004 legte er schliesslich sein Mandat mit sofortiger Wirkung nieder (act. G 1.18). Im Handelsregister wurde er am 6. April 2004 (aus dem Tagebuch) ausgetragen. Am 20. April 2004 wurde über die Firma der Konkurs eröffnet. Mangels Aktiven wurde das Konkursverfahren am 15. September 2004 eingestellt.

b) Mit Verfügung vom 19. April 2006 machte die Kasse gegenüber B.____ Schadenersatzforderungen in der Höhe von Fr. 130'145.20 für entgangene Beiträge betr. C.____ AG in Liq. geltend. B.____ habe als Verwaltungsrat die Pflicht gehabt dafür zu sorgen, dass die der Gesellschaft als Arbeitgeberin übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben korrekt erfüllt würden. Dies habe er offensichtlich unterlassen, weshalb er als haftendes Organ für den entstandenen Schaden aufzukommen habe (act. G 1.4).

B.- Mit Entscheid vom 17. November 2006 lehnte die Kasse die Einsprache vom 17. Mai 2006 gegen die Verfügung vom 19. April 2006 ab. Die Zahlungen für die Sozialversicherungsbeiträge bis und mit Ende November 2003 seien zwar in der Regel korrekt abgewickelt worden, aber für die Periode ab Dezember 2003 bis zur Konkurseröffnung hätten alle Akontobeiträge gemahnt werden müssen. Grundlage für die Beitragsschuld bildeten die definitiven Lohnlisten per Kalenderjahr, anhand derer die definitive Beitragsschuld ermittelt und dann eine Differenzabrechnung für die



betreffende Periode, unter Berücksichtigung von geleisteten Zahlungen, erstellt würden (vereinfachtes Beitragsbezugsverfahren). Die Höhe der zu erwartenden Lohnsummen erfrage sie bei den angeschlossenen Firmen jeweils anfangs Kalenderjahr und weise diese daraufhin, dass Änderungen der Lohnsummen von plus oder minus 10% umgehend zu melden seien. Damit könne vermieden werden, dass sich per Ende Kalenderjahr grosse Differenzen ergäben. Bei der Firma C.____ AG habe diese Differenz nach Einreichung der Jahresabrechnung 2003 56% betragen. Es seien keine angemessenen und zeitgerechten Massnahmen und Weisungen getroffen worden, um die geschuldeten Sozialbeiträge zu begleichen. Passivität trotz (möglicher) Kenntnis ausstehender Beitragszahlungen sei als grobe Fahrlässigkeit zu werten. B.____ habe deshalb grobfahrlässig gehandelt. Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit des Handelns oder die Schuldlosigkeit des Einsprechers bestünden keine (act. G 1.1).

C.- a) Am 14. Dezember 2006 lässt B.____ Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 17. November 2006 erheben und beantragt dessen Aufhebung, unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdegegnerin mit Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung. Das Verhalten des Beschwerdeführers könne nicht als grobfahrlässig im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert werden. Dieser habe sich sehr wohl um die AHV-rechtlichen Verpflichtungen der Firma gekümmert und auch alles versucht um die Firma zu retten, unter Inkaufnahme des Verlustes seines gesamten in die Firma investierten Vermögens. Dass der Beschwerdeführer beim Aktienverkauf im Januar 2004 einer Betrügerin zum Opfer gefallen sei, könne nicht als Grobfahrlässigkeit ausgelegt werden. Die Käuferin sei über die Situation der Firma informiert gewesen und habe ihm glaubhaft versichert, dass sie sich um die offenen Kreditoren kümmern werde. Der Kauf der Firma habe durchaus Sinn gemacht, da die Käuferin ihm mitgeteilt hätte, sie brauche die Firma einerseits als Know-how-Trägerin für Bauprojekte im arabischen Raum und um innerhalb ihrer Firmengruppe Verlustvorträge mit Gewinnen verrechnen zu können. Er habe sich nach den Zusicherungen und Versprechungen darauf verlassen dürfen, dass die Käuferin ihren Verpflichtungen nachkommen würde, nachdem sie die finanziellen Belange der Firma unter ihre Kontrolle genommen habe. Ausserdem sei gemäss Rechtsprechung im Pauschalverfahren ein Verschulden des Verwaltungsrates nicht gegeben, wenn nur in den letzten zwei bis drei Monaten vor der Konkursöffnung eine Beitragszahlung nicht mehr erfolge. Die Rechtsprechung weise auch nachdrücklich darauf hin, dass eine



bedeutende Differenz zwischen der Summe der geleisteten Akontozahlungen und den für das betreffende Jahr tatsächlich geschuldeten Beiträgen nicht von vornherein zum Vorwurf gegenüber den Organen berechtige. Dabei sei nicht von Belang, ob die Akontozahlungen während des laufenden Jahres an eine steigende Lohnsumme angepasst worden seien oder ob für entsprechende Rückstellungen gesorgt worden sei. Auch sei eine Gesamtbeurteilung des vom Organ an den Tag gelegten Verhaltens vorzunehmen, welches hier nicht zur Annahme einer Grobfahrlässigkeit führen könne. Dass der Beschwerdeführer sich seiner Pflichten durchaus bewusst gewesen sei und diese grundsätzlich pflichtgemäss wahrgenommen habe, soweit dies noch in seiner Macht gestanden habe, zeige sich im Weiteren auch daran, dass er in der zweiten von ihm beherrschten Firma, der K. ___ AG, welche ebenfalls mit grossen Problemen zu kämpfen gehabt habe, sämtliche AHV-rechtlichen Pendenzen ordentlich geregelt habe, bevor er sich aus dieser Firma zurückgezogen habe (act. G 1).

b) Mit Beschwerdeantwort vom 2. Februar 2007 beantragte die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beschwerdeführers, und hielt an ihren Ausführungen im Einspracheentscheid vom 17. November 2006 fest. Die Firma sei seit 1989 bei ihr als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen und rechne die paritätischen AHV/IV/EO/ALV- und FAK- Beiträge monatlich aufgrund einer Pauschale ab. Sie habe am 15. Januar 2003 der Firma eine Anzeige der Akontobeiträge für das Jahr 2003 gesandt, worauf vermerkt sei, dass Lohnsummen von plus oder minus 10% und mehr umgehend zu melden seien. Nach Einreichung der Jahresabrechnung habe diese Differenz etwa 56% betragen. Dazu komme, dass die finanzielle Lage der Gesellschaft so schlecht gewesen sei, dass nicht nur die sich aus der Jahresabrechnung ergebende Differenz, sondern auch andere Beitragsrechnungen nicht hätten bezahlt werden können, weshalb den verantwortlichen Organen ein haftungsbegründendes Verschulden angerechnet werde. Könne die Gesellschaft neben der Schlussrechnung auch andere Beitragsausstände nicht mehr bezahlen, so müsse der Verantwortliche (auch im Lichte des Grundsatzes, dass ein Betrieb nur so viel Lohn ausbezahlen dürfe, dass auch die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge gedeckt sind) den Vorwurf gegen sich gelten lassen, sich nicht um die Höhe der im Laufe des Jahres ausbezahlten Löhne gekümmert und keine Rückstellungen getätigt zu haben. Der Kaufvertrag vom 9. Januar 2004 entlaste den Beschwerdeführer nicht, da er weiterhin als Verwaltungsrat für die Firma tätig gewesen



sei und er zusammen mit der neuen Präsidentin für Schadenersatzforderungen solidarisch hafte (act. G 3).

c) Mit Replik vom 15. März 2007 hält der Beschwerdeführer an seinen Rechtsbegehren und Ausführungen fest. Aufgrund des Geschäftsgangs der Firma sei es unmöglich gewesen, auch noch Rückstellungen zu bilden. Die Firma habe sich in einer akuten Notlage befunden. Um die Liquiditätsprobleme zu lösen und die Arbeitsplätze zu retten, habe er die Firma verkauft. Hätte der Beschwerdeführer anders gehandelt, so wäre der Konkurs der Gesellschaft schon im Jahre 2003 unabwendbar gewesen. Dann wären die Ausstände gegenüber der Beschwerdegegnerin wohl kleiner gewesen. Es könne und dürfe aber nicht sein, dass ein Arbeitgeber besser fahre, wenn er seine Firma "an die Wand fahre", als wenn er mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln versuche diese noch zu retten. Es sei im vorliegenden Fall nicht darum gegangen, dass ein Betrieb auf Kosten der Ausgleichskasse hätte weitergeführt werden sollen, sondern darum, dass ein Betrieb hätte gerettet und möglichst umgehend wieder einer geordneten Finanzierungsbasis (inkl. Bedienung der Sozialversicherer) zugeführt werden sollen. Die von der Beschwerdegegnerin ins Recht gelegten Beitragsrechnungen für die Akontozahlungen vom 02.2004 und 03.2004 hätten von der damaligen Firma nicht mehr bezahlt werden können. Zum Zeitpunkt der ursprünglichen Inrechnungstellung dieser Akontobeiträge (9.02.2004 bzw. 10.03.2004) sei die Führung der Gesellschaft bereits an die neue Eigentümerin übergegangen, welche gemäss Kaufvertrag auch die Pflicht zum Einschuss neuer Liquidität gehabt hätte. Sie habe sich jedoch darauf beschränkt, die der Firma verbleibenden Mittel abzuziehen und zu verschwinden. Trotz seiner formell noch bestehenden Organstellung sei es dem Beschwerdeführer nicht möglich gewesen, weitere Zahlungen für die Gesellschaft auszulösen. Dass er zu diesem Zeitpunkt nicht gewusst habe, dass sie eine Betrügerin sei, könne ihm nicht im Sinne von Art. 52 AHVG zum Vorwurf gemacht werden. Er sei zwar noch bis zum 14. April 2004 als Verwaltungsrat der Firma im Handelsregister eingetragen gewesen, habe die Organstellung jedoch nur noch formell inne gehabt und insbesondere keinerlei tatsächlich Entscheidgewalt mehr. Daher sei analog zur zivilrechtlichen Verantwortlichkeit der Verwaltungsräte vorliegend eine differenzierte Solidarität anzunehmen, so dass ihm nicht das Verhalten der Betrügerin angelastet werden dürfe. Dieses Verhalten müsse vielmehr als kausalitätsunterbrechend qualifiziert werden, insofern als nicht allfällige Fehler des Beschuldigten, sondern das



skrupellose Verhalten der neuen Eigentümerin, mit welchem er nicht habe rechnen können, zum geltend gemachten Schaden geführt habe (act. G 7).

d) Mit Duplik vom 15. Mai 2007 hält die Beschwerdegegnerin an ihren Rechtsbegehren fest. Die Tatsache, dass Änderungen der Lohnsummen von mehr als plus oder minus 10% gemeldet werden müssten, hätte dem Beschwerdeführer umso mehr bewusst sein müssen, als er doch aufgrund der Jahresabrechnung 2002 am 26. März 2003 ebenfalls eine Beitragsnachzahlung von Fr. 49'026.35 (ca. 30% Lohnsummendifferenz) habe leisten müssen. Dennoch habe er die notwendige Erhöhung der Pauschalzahlung nicht gemeldet, was den Schluss zulasse, dass er die Fälligkeit der Beitragsschuld möglichst hinauszuschieben beabsichtigt habe. Ausserdem greife der Exkulpationsgrund der kurzen Dauer nicht, da neben den zwei ausstehenden Beitragspauschalen auch die Schlussrechnung unbezahlt geblieben sei und zudem die Rechnungen für Dezember 2003 und Januar 2004 erst nach erfolgter Mahnung überwiesen worden seien. Schliesslich sei weder vor noch nach dem Verkauf der Gesellschaft von einer Sanierung oder von entsprechenden Massnahmen zu hören gewesen. Zwar hätten die gewünschten Finanzspritzen aus dem Ausland die Firma vorläufig gestärkt, doch um ein längerfristiges Bestehen der Gesellschaft und deren Arbeitsplätze zu ermöglichen, wären entsprechende Sanierungsmassnahmen unumgänglich gewesen (act. G 12).

e) Am 22. Mai 2007 bewilligt die zuständige Abteilungspräsidentin des Versicherungsgerichts dem Beschwerdeführer die unentgeltliche Verbeiständung für das schriftliche Verfahren vor dem Versicherungsgericht (act. G 14).

II.

1.- a) Gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG verjährt der Schadenersatzanspruch zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse vom Schaden Kenntnis erhalten hat, jedenfalls aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens. Die Fristen können unterbrochen werden, und der Arbeitgeber kann auf die Einrede der Verjährung verzichten. Der fristauslösende Zeitpunkt für die zweijährige Frist gemäss Art. 52 Abs. 3 AHVG fällt praxisgemäss in der Regel mit der Ausstellung des definitiven Pfändungsverlustscheins im Falle der Betreuung auf Pfändung (BGE 113 V 258 E. 3c mit Hinweisen) oder - im



Falle der Betreuung auf Konkurs - mit der Auflage des Kollokationsplans (und des Inventars) zusammen. Wird der Konkurs weder im ordentlichen noch im summarischen Verfahren durchgeführt, fällt die zumutbare Kenntnis des Schadens und der Eintritt desselben in der Regel mit der Einstellung des Konkurses mangels Aktiven zusammen, wobei der Publikationszeitpunkt der Konkurseinstellung im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) massgeblich ist (BGE 126 V 443).

b) Im vorliegenden Fall wurde das Konkursverfahren am 15. September 2004 mangels Aktiven eingestellt. Somit war die Forderung zum Zeitpunkt der Geltendmachung am 19. April 2006 noch nicht verjährt.

2.- a) Gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden verursacht, diesen zu ersetzen. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe belangt werden (BGE 123 V 15 E. 5b, 122 V 66 E. 4a, 119 V 405 E. 2, je mit Hinweisen; SVR 2003 AHV Nr. 1 S. 1). Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung und die dazu entwickelte Rechtsprechung finden auch sinngemäss Anwendung auf die Beiträge an die Invalidenversicherung, die Erwerbsersatzordnung und die Arbeitslosenversicherung (vgl. Art. 66 IVG, Art. 21 Abs. 2 EOG sowie Art. 6 AVIG, vgl. zur Zuständigkeit bezüglich ALV-Beiträge Bundesgerichtsentscheid H 72/06 vom 16. Oktober 2006, E. 6). Gemäss Art. 47 lit. d des Kinderzulagengesetzes (KZG; sGS 371.1) wird Art. 52 AHVG sodann auch für die Beiträge an die Familienausgleichskasse sachgemäss angewendet.

b) Der Beschwerdeführer war vom 30. Juni 1989 bis zum 6. April 2004 als Verwaltungsrat der AG und somit als formelles Organ der konkursiten C.____ AG im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen. Als formelles Organ kann er grundsätzlich für die Handlungen und Unterlassungen der konkursiten Gesellschaft belangt werden.

3.- Art. 52 Abs. 1 AHVG sieht eine Verschuldenshaftung nach öffentlichem Recht vor. Damit eine Schadenersatzpflicht entstehen kann, müssen alle Haftungsvoraussetzungen gegeben sein, d.h. es muss ein Schaden eingetreten sein, der auf ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten des verantwortlichen Organs



zurückzuführen ist (Dieterle/Kieser, Der Schadenersatzprozess, in: Der Schweizer Treuhänder, 7-8/95, 657). Wie es sich damit verhält ist im Folgenden zu prüfen.

4.- a) Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers bzw. des verantwortlichen Organs setzt zunächst den Eintritt eines Schadens bei der Ausgleichskasse voraus. Nach der Rechtsprechung gilt der Schadeneintritt als erfolgt, sobald die Beiträge wegen Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers nicht mehr im ordentlichen Verfahren erhoben werden können, mithin bei Konkurseröffnung über eine juristische Person (BGE 123 V 16 E. 5b). Der Schaden kann unbezahlt gebliebene paritätische AHV/IV/EO- und ALV-Beiträge, Verwaltungskostenbeiträge, Mahngebühren, Veranlagungs- und Betreuungskosten sowie Verzugszinsen für rückständige Beiträge umfassen (Thomas Nussbaumer, Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG, in: Schaffhauser/Kieser [Hrsg.], Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, 100). Im kantonalen Bereich umfasst der Schaden unbezahlt gebliebene FAK-Beiträge.

b) Die Beschwerdegegnerin macht Schadenersatz für entgangene Beiträge, Verwaltungskosten, Mahngebühren und Verzugszinsen vom 1.1.2003 – 31.12.2003 in der Höhe von Fr. 105'567.90, wobei es sich im Rahmen von Fr. 15'248.45 um kantonalrechtliche Beiträge (FAK-Beiträge 2003) handelt, und vom 1.1.2004 bis 20.04.2004 in der Höhe von Fr. 24'577.30, total somit Fr. 130'145.20 geltend (act. G 1.1 und G 3.8). Die verlangten Beiträge an die Militärsatzkasse (MEK SBV) von Fr. 851.65 (2003) bzw. Fr. 355.10 (2004) können nicht in die Schadenersatzforderung einbezogen werden, weil eine gesetzliche Haftungsgrundlage fehlt. Im restlichen Umfang, d.h. Fr. 89'467.80 (2003) + Fr. 24'222.20 (2004) = Fr. 113'690.-- bundesrechtlicher Ausstand und Fr. 15'248.45 kantonalrechtlicher Ausstand, ist der Schaden als ausgewiesen zu erachten, zumal die Höhe der Schadenersatzforderung unbestritten geblieben ist.

5.- a) Weitere Haftungsvoraussetzung ist die Widerrechtlichkeit. Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) schreibt vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an



ihre 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. Dazu hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (seit 1. Januar 2007 Bundesgericht) wiederholt erklärt, dass die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG bedeute und die volle Schadensdeckung nach sich ziehe (BGE 118 V 195 E. 2a).

b) Aus den Akten ist ersichtlich, dass die C.____ AG, deren Organ der Beschwerdeführer war, die Sozialversicherungsbeiträge nicht vollständig entrichtet hat, weshalb die Beschwerdegegnerin zu Schaden kam. Angesichts der Missachtung der Beitragszahlungspflicht (Art. 14 Abs. 1 AHVG), bzw. der Verletzung von Sorgfaltspflichten durch den Beschwerdeführer, ist das Vorliegen der Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung ohne Weiteres zu bejahen.

6.- a) Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Vorschriften absichtlich oder grobfahrlässig missachtet wurden. Grobe Fahrlässigkeit im Sinn von Art. 52 AHVG liegt praxismässig vor, wenn ein Arbeitgeber bzw. das verantwortliche Organ das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE vom 16. Mai 2002 H44/01). In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung nicht jede Verletzung der öffentlichrechtlichen Aufgaben der Arbeitgeberin als Institution der Versicherungsdurchführung ohne weiteres als qualifiziertes Verschulden ihrer Organe im Sinn von Art. 52 AHVG zu werten ist. Vorausgesetzt ist vielmehr ein Normverstoss von einer gewissen Schwere. Davon ist in der Regel auszugehen, wenn beispielsweise ein Arbeitgeber über längere Zeit seine Abrechnungs- und/oder Ablieferungspflichten nur schleppend oder bloss teilweise erfüllt, ohne dass das verantwortliche Organ einschreitet. Eine absichtliche Verletzung der Beitragspflicht wird nach der Praxis des Bundesgerichts in diesem Sinn denn auch bereits dann bejaht, wenn die Geschäftsführung einer in Schwierigkeiten geratenen Unternehmung - zu Recht oder zu Unrecht - ihr wichtiger erscheinende Verpflichtungen erfüllt (ZAK 1988 S. 597 E. 5b). Der Beitragsforderung einer Ausgleichskasse ist grundsätzlich dieselbe Zahlungspriorität einzuräumen wie beispielsweise Lohnforderungen (ZAK 1988



S. 599f.). Gegen einen Normverstoss von einer gewissen Schwere kann aber beispielsweise die relativ kurze Dauer des Beitragsausstands sprechen, wobei aber immer eine Würdigung sämtlicher konkreter Umstände des Einzelfalls Platz zu greifen hat (BGE 121 V 243 mit Hinweisen). Gemäss Rechtsprechung ist der Exkulpationsgrund nur auf Fälle anzuwenden, in denen in den letzten zwei, drei Monaten vor dem Konkurs nichts mehr gezahlt wurde, die Zahlungsmoral der Gesellschaft indes vorher immer klaglos war (BGE vom 16. Mai 2002 H44/01). Die Frage der Dauer des Normverstosses ist somit ein Beurteilungskriterium, welches im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigen ist und im Sinn der Rechtsprechung zu den Entlastungsgründen zur Verneinung der Schadenersatzpflicht führen kann (BGE 121 V 243 mit Hinweisen).

b) Die Schadenersatzpflicht des verantwortlichen Organs nach Art. 52 Abs. 1 AHVG setzt ausserdem voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben ist. Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolgs zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolgs also durch das Ereignis allgemein als begünstigt erscheint (BGE 119 V 406 E. 4a mit Hinweisen). Der Kausalzusammenhang wurde beispielsweise verneint in Schadenersatzverfahren gegen frühere Verwaltungsräte, weil der neue Verwaltungsrat Lohnbescheinigungen unvollständig ausgefüllt hatte und in diesem Zeitpunkt die Gesellschaft noch solvent war und die Beiträge hätte bezahlen können. An einem adäquaten Kausalzusammenhang mit der Nichterfüllung der Überwachungs- und Kontrollaufgaben fehlt es ferner, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können (Thomas Nussbaumer, a.a.O., AJP 1996, S. 1082).

c) Des Weiteren ist das Verschulden und die adäquate Kausalität betreffend des Schadens aufgrund der nicht vollständig bezahlten Beiträge im Jahre 2003 zu prüfen.

aa) Aus den Akten geht hervor, dass die Beschwerdegegnerin der konkursiten AG im Jahre 2003 Akonto-Rechnungen gestellt hat, welche alle bezahlt worden sind, die aber



auf einer zu tiefen Lohnsumme basierten, nämlich auf einer gemeldeten Lohnsumme von Fr. 1'251'600.-- (act. G 3.1). Die effektiv zu zahlende Summe belief sich unbestrittenermassen auf gut das Anderthalbfache der Akonto-Rechnungen (vgl. act. G 3.2: effektive Jahreslohnsumme Fr. 1'949'140.70). Während nach der früheren Rechtsprechung aus dem Umstand, dass sich der Schaden aus einer Differenz zwischen den Pauschalzahlungen und der Schlussabrechnung ergab und die Anpassung der Pauschalzahlungen unter dem Jahr unterlassen wurde, kein grobfahrlässiges Verhalten abgeleitet werden konnte (SVR 2003 AHV Nr. 1 S. 3 E. 6a), ist unter der seit 1. Januar 2001 geltenden Rechtslage zu beachten, dass der Arbeitgeber in Art. 35 Abs. 2 AHVV ausdrücklich verpflichtet wird, wesentliche Änderungen der Lohnsumme während des laufenden Jahres zu melden. Dabei ist die Missachtung derartiger Meldepflichten grundsätzlich - wenn nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt - als grobfahrlässiges Verhalten zu qualifizieren (BGE vom 21. April 2006 H157/05 E. 4.1 mit Hinweisen).

bb) Soweit der Beschwerdeführer gestützt auf die Urteile BGE vom 16. Mai 2002 H44/01 sowie vom 10. Juli 2002 H81/02 vorbringt, dass im Pauschalabrechnungsverfahren auch eine bedeutende Differenz zwischen der Summe der geleisteten Akontozahlungen und den für das betreffende Jahr tatsächlich geschuldeten Beiträgen nicht zum Vorwurf berechtige, wobei nicht von Belang sei, ob die Akontozahlungen während des laufenden Jahres an eine steigende Lohnsumme angepasst worden seien oder für entsprechende Rückstellungen gesorgt worden sei, ist zu bemerken, dass sich diese Urteile auf das bis Ende 2000 gültig gewesene Pauschalverfahren nach Art. 34 Abs. 3 AHVV beziehen, als Art. 35 AHVV in der nunmehr geltenden Fassung noch nicht in Kraft gewesen ist, womit die genannten Urteile für den vorliegenden Fall nicht massgebend sein können.

cc) Angesichts der Ausweitung des Lohnvolumens um 56% hätte der Beschwerdeführer die AHV-Problematik erkennen sowie spezielle Anordnungen und entsprechende Kontrollen treffen müssen, um die Sozialversicherungsbeiträge für das Jahr 2003 sicherzustellen. Dem Beschwerdeführer ist insoweit zuzustimmen, als es keinen sachlichen Grund gibt, einen Arbeitgeber, der seine Firma "an die Wand fährt" besser zu stellen, als jenen der versucht, seine Gesellschaft zu retten. Allerdings gibt es auch keinen Grund, letzteren für vergangene Versäumnisse besser zu stellen.



Haftungsbegründend ist die Unterlassung der bereits vor Mitte Juli 2003 angezeigten Meldung nach Art. 35 Abs. 2 AHVV, welche auch adäquat kausal zum Schaden ist: Hätte die Ausgleichskasse von der höheren Lohnsumme gewusst, hätte sie bereits während des Jahres 2003 die Akontorechnungen angepasst, wie auch der Beschwerdeführer einräumt (act. G 1 S. 9). Da die Firma immerhin bis Januar 2004 Akonto-Zahlungen leisten und der neuen Verwaltungsratspräsidentin im Jahre 2004, angeblich zur Begleichung der dringendsten Zahlungen, Beträge von EUR 25'000.-- und Fr. 65'000.-- überweisen konnte, kann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit angenommen werden, dass in diesem Fall auch die Beiträge rechtzeitig hätten bezahlt werden können (vgl. BGE vom 21. April 2006 H 157/05 E. 4.1). Dass der Beschwerdeführer sich aktiv um die Begleichung der Schlussabrechnung 2003 der Kasse bemüht hat und die Präsidentin wiederholt auf die Rechnung aufmerksam gemacht und zu deren Begleichung aufgefordert hat (act. G 1.16), ist vorliegend nicht relevant, da der Rechtfertigungsgrund für jenen Zeitraum vorliegen muss, in welchem die entgangenen Beiträge zu entrichten waren (ZAK 1986, 224 E. 5b), vorliegend also im Jahr 2003. Dass der Beschwerdeführer ab Juli 2003 einen Käufer für die Firma gesucht hat, um das Liquiditätsproblem der Firma zu lösen und zu retten, vermag sein Verhalten nicht zu entschuldigen, da es vorliegend nicht kausal zur unterlassenen Meldung ist, auch wenn man vom Vorliegen von besonderen Umständen ausgehen kann. Der Beschwerdeführer behauptet nicht, er habe im Jahre 2003 die Meldung betreffend Lohnsummenanpassung unterlassen, um die Gesellschaft durch einen Liquiditätsengpass zu lotsen und zu retten. Dem Kaufvertrag kann auch keine Pflicht der Käuferin zum Einschuss von finanziellen Mitteln entnommen werden. Es wird lediglich festgehalten, dass die Gesellschaft diese benötigt und die Käuferin über den Passivenüberschuss informiert ist. Warum der Beschwerdeführer die Meldung unterlassen hat, ist unbekannt, allerdings hatte er eine solche bereits im Jahre 2002 unterlassen, als die Firma eine Beitragsnachzahlung von Fr. 49'026.35, was einer Lohnsummendifferenz von ca. 30% entspricht, leisten musste (act. G 12.1). Ein Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgrund ist daher nicht ersichtlich. Dementsprechend haftet der Beschwerdeführer für die ausstehenden, das Jahr 2003 betreffenden, Beiträge (inkl. Nebenkosten).

7.- a) Schliesslich ist die Haftung des Beschwerdeführers betreffend den Schaden aufgrund der nicht bezahlten Akonto-Beiträge im Jahre 2004 zu prüfen.



b) Aus den Akten geht hervor, dass die Akonto-Rechnung für Januar 2004 noch bezahlt worden ist, diejenigen für Februar, März und April 2004 jedoch nicht mehr. Am 9. Januar 2004 verkaufte der Beschwerdeführer sämtliche Aktien der Firma an W.____, welche über die finanzielle Situation der Gesellschaft informiert war, und verpflichtete sich weiterhin als Verwaltungsrat gemäss separatem Mandatsvertrag tätig zu sein (act. G 1.7). Am 2. März 2004 legte der Beschwerdeführer per 3. März 2004 sein Verwaltungsratsmandat schliesslich nieder (act. G 1.18). Der offen gebliebene Akontobeitrag von Februar 2004 wurde, aufgrund von Art. 34 Abs. 3 AHVV, erst am 10. März 2004, derjenige von März 2004 erst am 10. April 2004 und derjenige von April 2004 erst am 10. Mai 2004 bzw. mit Konkurseröffnung fällig. Im Handelsregister blieb der Beschwerdeführer bis zum 6. April 2004 (Tagebuch) als Verwaltungsrat eingetragen. Massgebend für die Dauer der Haftung eines Verwaltungsratsmitgliedes ist jedoch der Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung des Mandats (BGE 126 V 61). Da der Beschwerdeführer sein Mandat bereits per 3. März 2004 und somit vor Fälligkeit der offen gebliebenen Akontobeiträge des Jahres 2004 niedergelegt hat, bzw. die Akontobeiträge erst fällig wurden, nachdem der Beschwerdeführer sein Mandat niedergelegt hatte, haftet er nicht mehr für die nach diesem Datum fällig gewordenen und offen gebliebenen Akontobeiträge. Folglich ist der Beschwerdeführer für den Schaden aufgrund der ausstehenden Akontobeiträge des Jahres 2004 (Februar bis und mit April 2004) nicht schadenersatzpflichtig.

8.- Aufgrund obiger Erwägungen ist der Haftungsbetrag auf die im Jahr 2003 entgangenen Sozialversicherungsbeiträge zu reduzieren, d.h. der bundesrechtliche Ausstand von insgesamt Fr. 113'690.-- auf Fr. 89'467.80. Der kantonalrechtliche Haftungsbetrag von Fr. 15'248.45 bleibt unverändert, da er gänzlich auf das Jahr 2003 zurückzuführen ist.

9.- Das Verfahren ist gemäss Art. 61 lit. a ATSG kostenlos. Aufgrund des Ausgangs dieses Verfahrens - der Beschwerdeführer obsiegt zu einem geringen Teil - rechtfertigt es sich, die Beschwerdegegnerin zu einer herabgesetzten Parteientschädigung von pauschal Fr. 800.-- zu verpflichten. In diesem Umfang nimmt der Staat Rückgriff auf die Beschwerdegegnerin (Art. 11 Abs. 2 HonO). Das Honorar des unentgeltlichen Rechtsvertreters des Beschwerdeführers gemäss eingereichter Honorarnote vom 25. Mai 2007 (act. G 15.1) erscheint angemessen; es ist aufgrund von Art. 31 Abs. 3 des st.



gallischen Anwaltsgesetzes um 20% zu reduzieren. Der Anspruch des unentgeltlichen Rechtsvertreters gegenüber dem Staat beläuft sich demgemäss auf Fr. 2'880.-- (80% von Fr. 3'600.--) zuzüglich Barauslagen von Fr. 45.60 und Mehrwertsteuer (7,6% auf Fr. 2'925.60), mithin auf Fr. 3'148.--.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird unter Aufhebung des Einspracheentscheids vom 17. November 2006 in dem Sinn teilweise gutgeheissen, dass der Beschwerdeführer verpflichtet wird, der Beschwerdegegnerin für entgangene bundesrechtliche Beiträge samt Nebenkosten Schadenersatz im Betrag von Fr. 89'467.80 und für entgangene kantonale Beiträge Schadenersatz im Betrag von Fr. 15'248.45 zu bezahlen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Staat entschädigt den Vertreter des Beschwerdeführers mit Fr. 3'148.--. Er nimmt im Umfang von Fr. 800.-- Rückgriff auf die Beschwerdegegnerin.