



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub und Dr. iur. Matthias Suter
Gerichtsschreiberin: MLaw Jeannine Suter

U R T E I L vom 19. Juli 2021 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____
Beschwerdeführer
vertreten durch RA lic. iur. B. _____

gegen

Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber, Siewerdstrasse 9, Postfach, 8050 Zürich
Beschwerdegegnerin

weiter verfahrensbeteiligt:

1. **C.** _____
2. **D.** _____,
vertreten durch RA lic. iur. E. _____

betreffend

Alters- und Hinterlassenenversicherung
(Schadenersatz gemäss Art. 52 AHVG)

A. Aus dem Handelsregister des Kantons Zug ergibt sich, dass über die F. _____ AG, die ihren Sitz in G. _____ hatte, erstmals am 14. Oktober 2015 der Konkurs eröffnet wurde. Mit Entscheid des Präsidenten der zweiten Beschwerdeabteilung des Obergerichts des Kantons Zug vom 19. Oktober 2015 wurde der Beschwerde gegen die Konkurseröffnung aufschiebende Wirkung zuerkannt. In der Folge wurde diese gutgeheissen und der Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts vom 14. Oktober 2015 aufgehoben.

Am 29. Februar 2016 wurde über die F. _____ AG erneut der Konkurs eröffnet. Mit Entscheid des Einzelrichters des Kantonsgerichts vom 11. Dezember 2018 wurde das Konkursverfahren als geschlossen erklärt. Die Gläubiger der ersten Klasse erhielten eine Konkursdividende von 52,801661 % (Fr. 678'108.69); die nachfolgenden Gläubigerklassen konnten dementsprechend nicht an der Konkursmasse beteiligt werden (vgl. Bf-act. 8). Die Gesellschaft war seit 1. Januar 2014 der Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber (nachfolgend Ausgleichskasse) angeschlossen (vgl. AK-act. 1 S. 3 Ziff. 3). Mit Verfügung vom 21. Dezember 2018 verpflichtete die Ausgleichskasse A. _____ (in solidarischer Haftung mit C. _____ und D. _____) zur Zahlung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 652'083.65. Begründend führte sie im Wesentlichen an, dass A. _____ subsidiär als Organ der konkursiten Gesellschaft für deren Zahlungsausstände haften (AK-act. 7). Mit Einsprache vom 20. Januar 2019 (AK-act. 6) bzw. Einspracheergänzung vom 8. April 2019 (AK-act. 4) verlangte A. _____ die Aufhebung der Schadenersatzverfügung und beantragte, dass er von jeglicher Schadenersatzpflicht zu entbinden sei.

Am 29. April 2019 verfügte die Ausgleichskasse die Beiladung von C. _____ und D. _____ zum Einspracheverfahren in Sachen A. _____ (AK-act. 3). C. _____ verzichtete in der Folge ausdrücklich (AK-act. 2) – D. _____ stillschweigend – auf eine Stellungnahme. Auch gegenüber D. _____ und C. _____ hatte die Ausgleichskasse Schadenersatzverfügungen erlassen. Die dagegen erhobenen Einsprachen hiess sie am 28. Oktober (AK-act. 9) bzw. am 11. Dezember 2019 (AK-act. 8) gut, da D. _____ den Verwaltungsrat an der ausserordentlichen Generalversammlung (GV) vom 10. September 2014 mit sofortiger Wirkung verlassen habe und C. _____ an der ausserordentlichen GV vom 30. Juni 2015 per sofort aus dem Verwaltungsrat ausgeschieden sei. Mit Einspracheentscheid vom 6. Februar 2020 wies die Ausgleichskasse die Einsprache von A. _____ gegen die Schadenersatzverfügung vom 21. Dezember 2018 ab (AK-act. 1).

B. Dagegen liess A. _____ (nachfolgend Beschwerdeführer) am 11. März 2020 Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und folgende Rechtsbegehren stellen (act. 1):

1. Der angefochtene Einspracheentscheid der Ausgleichskasse vom 6. Februar 2020 sei vollumfänglich aufzuheben.
2. Er sei von jeglicher Schadenersatzverpflichtung als Verwaltungsrat der F. _____ AG zu entbinden.
3. Alles unter Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Ausgleichskasse.

C. Die Ausgleichskasse (nachfolgend auch Beschwerdegegnerin) schloss vernehmlassend auf Abweisung der Beschwerde (act. 3).

D. Die Parteien hielten replizierend (act. 6) und duplizierend (act. 8) an ihren Anträgen fest.

E. Mit Schreiben vom 22. Juni 2020 gab das Verwaltungsgericht C. _____ und D. _____ unter Beilage sämtlicher Rechtsschriften Gelegenheit zur Einreichung einer abschliessenden Stellungnahme (act. 10). C. _____ verzichtete hierauf ausdrücklich (act. 11). D. _____ liess sich innert Frist nicht vernehmen.

Auf die Ausführungen in den jeweiligen Rechtsschriften wird – sofern erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1. Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses des streitigen Entscheids (in casu: 6. Februar 2020) eingetretenen Sachverhalt ab (vgl. auch BGE 121 V 362 E. 1b). Dabei sind in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts in Geltung standen (BGE 130 V 445 E. 1.2.1).

Am 1. Januar 2021 sind die am 21. Juni 2019 verabschiedeten geänderten Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) in Kraft getreten. Für im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung vom 21. Juni 2019 beim erstinstanzlichen Gericht hängige Beschwerden sieht die Übergangsbestimmung von Art. 82a ATSG vor, dass das bisherige Recht gilt. Die hier zu beurteilende Beschwerde wurde am 11. März 2020 der Post übergeben, weshalb die bis 31. Dezember 2020 gültigen Normen des ATSG auf den vorliegenden Fall Anwendung finden und in dieser Fassung zitiert werden.

2. Gegen Schadenersatzverfügungen nach Art. 52 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) kann ein Betroffener gemäss Art. 52 Abs. 1 ATSG Einsprache erheben. Die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid nach Art. 56 Abs. 1 ATSG ist gemäss Art. 52 Abs. 5 AHVG und in Abweichung von Art. 58 Abs. 1 ATSG beim Sozialversicherungsgericht am Wohnsitz des Arbeitgebers, bei einer juristischen Person am Sitz, konkret am letzten Sitz der Gesellschaft, zu erheben, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des in Anspruch genommenen Organs (vgl. auch BGE 109 V 97). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug beurteilt als einzige kantonale Gerichtsinstanz Beschwerden und Klagen aus dem Gebiet der eidgenössischen Sozialversicherung, für welche das Bundesrecht eine kantonale Rechtsmittelinstanz vorsieht (§ 77 und § 82 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRG; BGS 162.1]). Die F. _____ AG hatte ihren Sitz zuletzt in G. _____. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug ist somit für die Beurteilung der Beschwerde örtlich und sachlich zuständig.

Der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse datiert vom 6. Februar 2020 und wurde am 10. Februar 2020 zugestellt (AK-act. 1). Die am 11. März 2020 verfasste und gleichentags

der Post übergebene Beschwerde erweist sich folglich als fristgerecht (30-tägige Beschwerdefrist; Art. 60 Abs. 1 ATSG). Der Beschwerdeführer ist als zur Haftung Verpflichteter durch den angefochtenen Einspracheentscheid eindeutig berührt und kann sich auf ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung berufen, weshalb seine Legitimation als erstellt gilt. Die Beschwerdeschrift entspricht sodann den übrigen formellen Anforderungen, weshalb sie zu prüfen ist.

Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

3. Streitig und zu prüfen ist die subsidiäre Haftung des Beschwerdeführers nach Art. 52 AVHG für geschuldete Sozialversicherungsbeiträge der ehemaligen F. _____ AG, welche der Ausgleichskasse entgangen sind.

4. Nach Art. 52 AHVG hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden verschuldet, diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen. Art. 52 AHVG begründet damit keine Kausalhaftung, sondern eine Verschuldenshaftung des öffentlichen Rechts. Damit eine Schadenersatzpflicht entsteht, müssen alle Haftungsvoraussetzungen vorliegen, das heisst, es muss ein Schaden eingetreten sein, der auf ein widerrechtliches und schuldhaftes Verhalten des verantwortlichen Organs zurückzuführen ist. Ist der Arbeitgeber eine juristische Person, so können subsidiär gegebenenfalls die verantwortlichen Organe und die mit der Geschäftsführung befassten Personen in Anspruch genommen werden (Art. 52 Abs. 2 AHVG; BGE 132 III 523 E. 4.5; 129 V 11; BGer 9C_789/2018 vom 1. Mai 2019 E. 2).

4.1 Unbestrittenermassen ist die vom 21. Dezember 2018 datierende Schadenersatzverfügung der Ausgleichskasse innert der Verjährungsfrist von Art. 52 Abs. 3 AHVG erfolgt, nachdem der Konkurs über die F. _____ AG am 29. Februar 2016 eröffnet und das Konkursverfahren am 11. Dezember 2018 abgeschlossen wurde (vgl. Bf-act. 8).

4.2 Erstellt ist auch, dass der Beschwerdeführer vom 24. Februar 2014 bis 24. Juli 2015 (Datum Tagesregister) als Delegierter (mit Einzelzeichnungsberechtigung) und ab 24. Juli 2015 bis zur Löschung der Gesellschaft als einziges Mitglied des Verwaltungsrates

der F. _____ AG im Handelsregister eingetragen war. Damit kam ihm formelle Organstellung zu. Dies stellt der Beschwerdeführer zu Recht nicht in Abrede.

Die Passivlegitimation des Beschwerdeführers gemäss Art. 52 AHVG ist folglich zu bejahen. Er kann grundsätzlich für den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden aus unbezahlt gebliebenen Sozialversicherungsbeiträgen subsidiär – anstelle der Arbeitgeberin – haftbar gemacht werden (vgl. BGer 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013 E. 3).

5.

5.1 Der Schaden im Sinne von Art. 52 AHVG entsteht, wenn der Ausgleichskasse Beiträge entgehen, die ihr gesetzlich zustehen. Der Schaden besteht darin, dass es der Ausgleichskasse aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen verwehrt ist, die geschuldeten Beiträge zu erheben, sei es, dass die Beitragsforderung verwirkt ist, sei es, weil der Arbeitgeber zahlungsunfähig (Konkurseröffnung oder Ausstellung eines definitiven Verlustscheins) geworden ist (BGE 134 V 257 E. 3.2 mit Hinweisen; BGer 9C_142/2010 vom 12. August 2010 E. 1 [nicht publ. E. von BGE 136 V 268]). Die Höhe des Schadens entspricht dem Betrag, dessen die Ausgleichskasse verlustig geht. Dazu gehören die von den Arbeitgebenden geschuldeten Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge, die Verwaltungskostenbeiträge, die Verzugszinsen (vgl. Art. 41^{bis} der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]), die Verwaltungskosten sowie die Mahngebühren und Betreuungskosten (BGE 136 V 268 E. 2.6; 129 V 193 E. 2.2; 123 V 12 E. 5b; EVG H 116/01 vom 2. Juli 2002 E. 4e). Mit Konkurseröffnung gilt der Schaden rechtsprechungsgemäss als eingetreten. In diesem Zeitpunkt können die Beitragsforderungen nicht mehr im ordentlichen Verfahren geltend gemacht werden (BGE 123 V 12 E. 5c; BGer 9C_750/2012 vom 7. Februar 2013 E. 4.3).

5.2 Die Beschwerdegegnerin hat in ihrem Einspracheentscheid vom 6. Februar 2020 dargelegt, es gehe um unbezahlt gebliebene Beiträge für die Zeit ab Juni 2015 bis zur Konkurseröffnung am 29. Februar 2016 (AK-act. 1 S. 3 Ziff. 3). Dabei hat sie auf den der Verfügung vom 21. Dezember 2018 beigelegten Kontokorrent-Auszug (offene Posten) verwiesen, worin die einzelnen Schadenspositionen im total von Fr. 652'083.65 detailliert aufgelistet werden (AK-act. 7 S. 3 ff.).

Der geltend gemachte Schaden ist insofern nachvollziehbar. Für eine falsche Berechnung finden sich keine offenkundigen Anhaltspunkte, weshalb von einem Schaden in dieser Höhe auszugehen ist. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdeführer in seiner

Beschwerde vom 11. März 2020 weder den Schaden an sich noch dessen Höhe bestreitet (act. 1). Soweit er replizierend vorbringt, die Schadenssumme sei aufgrund der Kautionsversicherung in Höhe von Fr. 150'000.– zu reduzieren (act. 6 S. 4 Ziff. 4), kann ihm mit der Beschwerdegegnerin (vgl. act. 8 S. 2 f.) entgegengehalten werden, dass mit der entsprechenden Police einzig eine Versicherungsdeckung gegenüber dem als Bürgschaftsempfänger aufgeführten kantonalen Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) des Kantons Zug vereinbart wurde (Bf-act. 21). Der Beschwerdeführer kann für das vorliegende Verfahren daraus folglich nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Mit Replik vom 2. Juni 2020 bringt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang sodann vor, dass er der Ansicht sei, dass bei einer Jahreslohnsumme 2016 von Fr. 657'618.– mathematisch für zwei Monate lediglich ein Beitrag von Fr. 133'000.– hätte resultieren müssen (act. 6 S. 5 Ziff. 6 mit Verweis auf Bf-act. 22 [Ausschnitt der Rechnung für die Abrechnungsperiode vom 1. Januar bis 29. Februar 2016, welche eine Lohnsumme von Fr. 657'616.45, einen Jahresbeitrag von Fr. 92'183.– sowie einen bereits fakturierten Betrag von Fr. 173'300.– zeigt]). Die Beschwerdegegnerin führte diesbezüglich aus, beim Beitrag von Fr. 173'300.– gemäss Rechnung vom 15. Februar 2016 sei zu beachten, dass dieser durch die Jahresabrechnung vom 3. August 2016 um Fr. 81'117.– reduziert worden sei. Der verbleibende Betrag von Fr. 92'183.– beruhe vor allem auf den Löhnen Januar 2016. Die Beiträge für Januar 2016 hätten nicht berechnet werden können, da es die Firma versäumt habe, die Lohndeklaration für Januar 2016 einzureichen. Nachdem die F._____ AG die monatliche Lohndeklaration zwei Mal hintereinander nicht eingereicht habe, habe sie die Abrechnung am 15. Februar 2016 auf das System der pauschalen Akontobeiträge umgestellt (act. 8 S. 3). Den Akten lässt sich sodann nichts entnehmen, was gegen diese Darstellung der Beschwerdegegnerin sprechen würde. Demgegenüber ist das Vorbringen des Beschwerdeführers mit dem pauschalen Verweis auf seine Beilage Bf-act. 22 und die rein "mathematische Begründung" der geltend gemachten Beitragsreduktion nicht substantiiert. Mit dem im Sozialversicherungsrecht geltenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (BGE 126 V 353 E. 5b; BGer 9C_541/2011 vom 7. Dezember 2011 E. 5.1; 9C_717/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.3 mit Hinweisen) ist folglich ein Schaden im Umfang von Fr. 652'083.65 erstellt.

Der Konkurs über die F._____ AG wurde am 29. Februar 2016 eröffnet und am 11. Dezember 2018 abgeschlossen (vgl. vorne Sachverhalt lit. A.). Die Ausgleichskasse, welche sich mit ihren Beitragsforderungen gemäss Art. 219 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) in der zweiten Gläubigerklasse

befunden hatte, erhielt dabei keine Konkursdividende (vgl. Bf-act. 8). Die Sozialversicherungsbeiträge können folglich nicht mehr bei der Arbeitgeberin, sondern nur noch bei allfällig solidarisch haftenden Organen eingefordert werden. Damit ist der Ausgleichskasse ein Schaden im Sinne von Art. 52 AHVG entstanden.

6. Um eine Organhaftung zu begründen, muss der Schaden widerrechtlich – durch eine Missachtung von Vorschriften – entstanden sein. Nach Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV hat der Arbeitgeber bei der Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten. Dabei handelt es sich um eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlich-rechtliche Aufgabe des Arbeitgebers (EVG H 173/03 vom 4. Dezember 2003 E. 4.2.1).

Aus den Akten geht eindeutig hervor, dass die ehemalige F. _____ AG bzw. deren Organe der Ausgleichskasse die gesetzlich geschuldeten Lohnbeiträge in den Versicherungsjahren 2015 und 2016 nicht vollständig entrichtet haben (vgl. die gesetzlichen Mahnungen, Betreibungen und Inkassounterlagen in den Akten der Beschwerdeführerin; AK-act. 11, 12 und 13; vgl. auch vorstehende E. 5.2). Dadurch hat die Gesellschaft (bzw. deren Organe) die gesetzliche Beitragszahlungspflicht missachtet, weshalb die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung zu bejahen ist.

7.

7.1 Die Haftung nach Art. 52 AHVG ist keine Kausalhaftung, sondern setzt ein qualifiziertes Verschulden voraus. Folglich wird ein Normverstoss von einer gewissen Schwere verlangt. Weil der Umstand, dass der Ausgleichskasse als Folge der Missachtung von Vorschriften ein Schaden im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG entstanden ist, nicht ohne Weiteres den Schluss auf ein qualifiziertes Verschulden (Absicht oder grobe Fahrlässigkeit) des Arbeitgebers oder seiner Organe erlaubt (BGE 121 V 243 E. 5), ist weiter zu prüfen, ob Entschuldigungsgründe vorliegen, welche das rechtswidrige Vorgehen der F. _____ AG bzw. des Beschwerdeführers rechtfertigen könnten.

Es gilt diesbezüglich ein objektiver Verschuldensmassstab. Es ist danach zu fragen, inwiefern der Beschwerdeführer als verantwortliches Organ seinen Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit der Einhaltung der Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht nachgekommen ist. Steht die Widerrechtlichkeit fest, wird die Tatsache, dass ein Organ die ihm von Gesetzes wegen unübertragbaren Pflichten nicht wahrnimmt, rechtsprechungsgemäss als grobfahrlässiges Verhalten im Sinne einer Missachtung

elementarer Sorgfaltspflichten gewertet, welche die volle Schadensdeckung nach sich zieht (vgl. BGE 112 V 1 E. 2b; 109 V 86 E. 6; BGer 9C_461/2009 vom 31. Dezember 2010 E. 5.3). Formellen Organen einer AG obliegen gestützt auf Art. 716a Abs. 1 OR unübertragbare und unentziehbare Aufgaben wie die Überwachung des Geschäftsgangs im Sinne der Oberaufsicht und die Pflicht zur Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle und der Finanzplanung. Ist jemand formelles Organ, so hat dieser sich auch um die Einhaltung der Gesetze und Weisungen – darunter fallen auch die Bestimmungen von Art. 14 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV – zu kümmern und im Bedarfsfalle einzugreifen (EVG H 39/01 vom 24. Mai 2002 E. 4a und H 64/05 vom 12. September 2005 E. 5.1).

Die Ausgleichskasse, welche feststellt, dass sie einen durch Missachtung von Vorschriften entstandenen Schaden erlitten hat, darf davon ausgehen, dass der Arbeitgeber oder dessen Organ die Vorschriften absichtlich oder mindestens grobfahrlässig verletzt hat, sofern keine Anhaltspunkte für die Rechtmässigkeit des Handelns oder die Schuldlosigkeit des Arbeitgebers bestehen. Es obliegt grundsätzlich dem Arbeitgeber oder seinen Organen, Gründe zu behaupten, diesbezügliche Beweise zu liefern oder zu beantragen, welche eine Widerrechtlichkeit resp. ein Verschulden im Sinne von Absicht oder Grobfahrlässigkeit ausschliessen. 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 (Art. 8 ZGB; BGer 9C_861/2018 vom 12. März 2019 E. 4.2.2 mit weiteren Hinweisen; Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, Rz. 741 ff.). Diese Regelung gilt auch in Bezug auf allfällige Rechtfertigungs- oder Exkulpationsgründe.

7.2 Vorab ist grundsätzlich festzustellen, dass die Gründe, die für die Nichtbezahlung der Beiträge ausschlaggebend waren, für die Klärung des Verschuldens eines verantwortlichen Gesellschaftsorgans nach Art. 52 AHVG unbedeutend sind. Ebenso wenig relevant erscheint die Frage, wieso es schliesslich zum Konkurs der Gesellschaft kam, bzw. ob den Organen der Gesellschaft hierfür ein Vorwurf gemacht werden könnte. Die Frage schliesslich, ob die Illiquidität sich schon länger abgezeichnet hatte oder aber ob sich dies eher kurzfristig ergeben hat, ist höchstens im Zusammenhang mit der Frage des kurzfristigen Beitragsausstands von Belang, ansonsten aber wenig erheblich. Zu betonen ist im Weiteren aber, dass ein Arbeitgeber, der sich in einem Liquiditätsengpass befindet, nach der konstanten Praxis des Bundesgerichts prinzipiell ohnehin nur so viel

massgebenden Lohn zur Auszahlung bringen darf, als die darauf unmittelbar ex lege (im Zeitpunkt der Lohnzahlung) entstandenen Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 E. 5).

7.3 Der Beschwerdeführer bringt im Wesentlichen vor, die Vorinstanz habe nicht berücksichtigt, dass es sich bloss um einen vorübergehenden Liquiditätsengpass gehandelt habe, allein das Nichtzahlen der Debitoren sei das Problem gewesen. Es hätten reelle Chancen bestanden, die ausstehenden AHV-Beiträge innert kurzer Frist nachzuzahlen. Auch seien die Beitragsausstände nur kurzfristig gewesen (15. September 2015 bis 29. Februar 2016). Noch am 30. April 2015 habe die Beschwerdegegnerin bestätigt, dass sämtliche Zahlungsverpflichtungen erfüllt worden seien. Aufgrund der Löschung der Betreuung aus dem Jahr 2014 sei davon auszugehen, dass die Beitragszahlungspflicht im Jahr 2014 nicht missachtet worden sei. Darüber hinaus sei der Gesellschaft ein Zahlungsaufschub bis 14. September 2015 gewährt worden. Dieser Zahlungsaufschub entspreche einer Zahlungsvereinbarung und hebe die Pflichtwidrigkeit auf. Die Mahnungen für frühere Monate würden keine Rolle mehr spielen. Bis Mitte September 2015 sei man den Zahlungspflichten somit vollumfänglich nachgekommen (act. 1 S. 2 f. und 10). Weiter seien die Sanierungsbemühungen im Zeitraum von Juni 2015 bis 29. Februar 2016 unberücksichtigt geblieben (act. 1 S. 6 ff.). Er selbst habe auf sein Honorar verzichtet, Investoren angesprochen und die Inkassobemühungen verstärkt (act. 1 S. 4 und 9). Im Sinne der "Business defense" sei das prioritäre Ziel die Erfüllung der Lohnforderungen und das Überleben des Unternehmens gewesen. Die vorübergehende Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge und die Fortführung des Unternehmens seien unternehmerisch und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und begründet gewesen (act. 1 S. 4 ff.). Im Schreiben vom 28. Januar 2016 sei für Fr. 98'058.55 ein Zahlungsziel per 27. Februar 2016 festgehalten, dieser Betrag sei demnach erst Ende Februar 2016 fällig geworden, damit nach Konkurseröffnung, sodass ihm diesbezüglich kein Verschulden vorgeworfen werden könne (act. 6 S. 1 f.). Ab Deponierung der Bilanz durch die Revisionsstelle und ab der ersten Konkurseröffnung (Oktober 2015) bis zur zweiten Konkurseröffnung (29. Februar 2016) hätten zudem alle Gläubiger gleichbehandelt werden müssen, anderes Verhalten wäre strafbar gewesen (act. 1 S. 9).

7.4

7.4.1 Bei langfristigen Beitragsausständen, mit oder ohne Mahnungen und Betreibungen, kommen Rechtfertigungs- und Exkulpationsgründe in der Regel von vornherein nicht in Betracht, weil das Zurückhalten von Sozialversicherungsbeiträgen nur

dann begründet werden kann, wenn es dazu dient, einen kurzfristigen Liquiditätsengpass zu überwinden. Bei länger dauernden Engpässen gilt uneingeschränkt, dass nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar ex lege entstehenden Beitragsschulden gedeckt sind. Der Exkulpationsgrund der kurzen Dauer des Beitragsausstandes ist nur auf Fälle anwendbar, in denen ein Arbeitgeber während Jahr und Tag klaglos seinen sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nachkommt, dann aber in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und Konkurs geht und dabei in den letzten zwei bis drei Monaten vor der Konkurseröffnung keine Beiträge mehr bezahlt. Im Rahmen der Gesamtwürdigung ist namentlich auch vorausgesetzt, dass objektiv nicht schon seit längerer Zeit mit der Konkurseröffnung gerechnet werden musste und die Sozialversicherungen gegenüber anderen Gläubigern nicht benachteiligt wurden (vgl. EVG H 372/00 vom 31. Juli 2001 mit Hinweis auf BGE 121 V 243 E. 4; Reichmuth, a.a.O., Rz. 690 ff.). Schliesslich kann sich auch ein Arbeitgeber nicht exkulpiert, der nur während kurzer Zeit existiert, da gerade bei der Gründung und Etablierung einer Firma darauf zu achten ist, dass keine Beitragsausstände entstehen (Reichmuth, a.a.O., Rz. 697 mit Hinweis auf EVG H 295/01 vom 20. August 2002 E. 5).

7.4.2 Im vorliegenden Fall kann nicht die Rede davon sein, dass die F. _____ AG ihren sozialversicherungsrechtlichen Pflichten während Jahr und Tag klaglos nachgekommen ist.

In den Akten finden sich gesetzliche Mahnungen für ganz oder teilweise ausstehende Beitragsforderungen betreffend die Beitragsmonate März, April, Mai, Juni, Juli, August, September, Oktober und November 2014 sowie Januar, Februar, März, April, Mai, Juni, Juli, August, September, Oktober und November 2015 (AK-act. 11). Bezüglich der Löschung der Betreibungen aus dem Jahr 2014 kann dem E-Mail der Ausgleichskasse vom 3. Februar 2015 entnommen werden, dass es sich um gerechtfertigte Betreibungen gehandelt habe und diese nur als einmalige Ausnahme gelöscht worden seien. Da es sich bei der F. _____ AG um ein Jungunternehmen handle und die Ausstände beglichen worden seien, wolle die Ausgleichskasse mit ihren Betreibungen kein Hindernis für den weiteren Geschäftsaufbau sein (Bf-act. 3). Dies ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass die Gesellschaft im Jahr 2014 ihren Zahlungsverpflichtungen offensichtlich wiederholt nicht fristgerecht nachgekommen ist und dies im Übrigen auch danach nicht getan hat. Die vom Beschwerdeführer erwähnte Bestätigung vom 30. April 2015 (Bf-act. 2) zeigt einzig, dass die Firma per diesem Datum mit den Zahlungsverpflichtungen bis Dezember 2014 à jour war, also gewisse Ausstände zwischenzeitlich beglichen hatte. Über die

Rechtzeitigkeit dieser Zahlungen bzw. die Dauer der jeweils gemahnten Ausstände vor der Bestätigung sowie über Beitragsausstände ab Dezember 2014 ist damit aber keine Aussage getroffen. An der ausgewiesenen schleppenden Zahlungsweise der Arbeitgeberin vor der Konkurseröffnung am 29. Februar 2016 ändert auch der Umstand nichts, dass die Ausgleichskasse mit E-Mail vom 2. September 2015 für die Nachrechnung März 2015, den Restbetrag aus der Rechnungsstellung Juni 2015 sowie die Rechnung Juli 2015 ausnahmsweise (aufgrund einer neu angekündigten Finanzierung) einer Zahlung (der allesamt bereits fälligen Rechnungen) per 14. September 2015 zustimmte (Bf-act. 7).

Der Exkulpationsgrund der kurzen Dauer der Beitragsausstände kann folglich aufgrund wiederholter Verfehlungen der Arbeitgeberin hinsichtlich ihrer sozialversicherungsrechtlichen Pflichten nicht greifen.

7.5

7.5.1 Ein ins Recht gefasster Arbeitgeber bzw. dessen Organ kann sodann als Rechtfertigungsgrund geltend machen, er habe sich in einer schwierigen finanziellen Lage, namentlich einem besonderen Liquiditätsengpass befunden und durch Nichtbezahlung der Beiträge versucht, die Existenz des Unternehmens zu sichern. Dadurch soll insbesondere verhindert werden, mit einem überstürzten Konkurs Unternehmenswert zu vernichten, was nicht im Interesse der Gläubiger ist (sog. "Business defense"). Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 AHVG, wenn der Arbeitgeber zunächst für das Überleben des Unternehmens wesentliche andere Forderungen (insbesondere der Arbeitnehmer und Lieferanten) befriedigt, gleichzeitig aber auf Grund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage annehmen darf, die geschuldeten Beiträge innert nützlicher Frist nachzuzahlen (BGE 108 V 183 E. 2; EVG H 97/90 vom 30. Januar 1992 E. 4b; H 195/04 vom 18. Mai 2005 E. 4.4 mit Hinweisen). Allerdings gilt hinsichtlich der Arbeitnehmerforderungen, dass den Sozialversicherungsbeiträgen grundsätzlich die gleiche Priorität zukommt, sodass bei fortgesetzten Lohnzahlungen darauf geachtet werden muss, dass die darauf unmittelbar entstehenden Beitragsschulden gedeckt sind (BGer 9C_111/2007 vom 17. September 2007; Reichmuth, a.a.O., Rz. 674). Es muss sich um einen vorübergehenden Liquiditätsengpass handeln, sodass nach objektiven Kriterien und einer seriösen Beurteilung der Lage mit der Möglichkeit der baldigen Beitragszahlung aufgrund einer erfolgreichen Sanierung oder des Unternehmensverkaufs gerechnet werden kann (innert weniger Monaten). Die blosser Suche nach Finanzmitteln oder potenziellen Käufern und allfällige gestützt darauf ergangene Zusagen genügen nicht; es müssen greifbare

Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass – im Rahmen eines konkreten und realistischen Sanierungsplanes oder professionell geführten Verkaufsgespräche mit seriösen Interessenten – ernsthaft Geld beschafft werden kann und berechtigte Aussicht darauf besteht, dass solches innert nützlicher Frist auch tatsächlich fliessen wird. Massgebend ist die Betrachtungsweise ex ante (BGer 9C_41/2017 vom 2. Mai 2017 E. 7.2; EVG H 405/99 vom 23. August 2000 E. 4a mit diversen Hinweisen; Reichmuth, a.a.O., Rz. 675).

7.5.2 Vorliegend erklärt der Beschwerdeführer, seine Liquiditätsprobleme seien hauptsächlich aufgrund überfälliger Debitorenzahlungen eingetreten, die Auftragslage sei ausgezeichnet gewesen. Die Sanierungsbemühungen im Zeitraum von Juni 2015 bis 29. Februar 2016 seien in diesem Zusammenhang unberücksichtigt geblieben. Er selbst habe auf sein Honorar verzichtet, Investoren angesprochen und die Inkassobemühungen verstärkt.

Der ergänzenden Beschwerdebeurteilung vom 19. Oktober 2015 zuhanden des Obergerichts des Kantons Zug lässt sich zwar indirekt entnehmen, dass am 12. Oktober 2015 Rangrücktrittsvereinbarungen abgeschlossen worden seien und die Sanierung der Gesellschaft – gemäss Aussage des Beschwerdeführers in der Rechtsschrift – bereits gelungen sei. Ebenso wird auf ein "Term sheet" (Sanierungsplan) vom 15. September 2015 verwiesen (Bf-act. 16 Ziff. 6). In der E-Mail vom 7. Oktober 2015 an die Revisionsstelle gibt es sodann einen Hinweis auf einen Investor in Zürich, der einen Betrag von Fr. 1 Mio. einbezahlen werde, sobald der Rangrücktritt von C. _____ vorliege (Bf-act. 17). Ein eigentlicher Sanierungsplan bzw. der konkrete Vollzug von Sanierungsmassnahmen bleiben im vorliegenden Beschwerdeverfahren jedoch gänzlich unbelegt. So scheint auch die erwähnte Investitionszahlung von Fr. 1 Mio. nicht erfolgt zu sein – solches wird vom Beschwerdeführer auch nicht behauptet (vgl. etwa act. 1 S. 6 Ziff. 5: "einbezahlt hätte"). Es fehlen denn auch Belege hinsichtlich dieser Investitionsverhandlungen. Greifbare Anhaltspunkte, dass damals erwartet werden durfte, dass eine solche Zahlung innert nützlicher Frist tatsächlich fliessen würde, ergeben sich aus den Akten jedenfalls nicht. Es wäre vorliegend Sache des Beschwerdeführers gewesen, solche potenziell entlastenden Umstände substantiiert vorzubringen (vgl. vorne E. 7.1). Auch ist nicht ersichtlich, dass nach der ersten – letztlich aufgehobenen – Konkurseröffnung konkrete Schritte zur Bezahlung der Sozialversicherungsausstände in die Wege geleitet worden wären bzw. die Beschwerdegegnerin hierfür im Rahmen der angeblichen Sanierungsmassnahmen miteinbezogen worden wäre. Noch vor der ersten Konkurseröffnung hatte die Ausgleichskasse mit E-Mail vom 2. September 2015 zwar

einer Stundung bis 14. September 2015 betreffend der Nachrechnung März 2015 sowie der Beitragsrechnungen Juni und Juli 2015 zugestimmt, nachdem die Ausstände auf inakzeptable Fr. 284'507.70 angewachsen waren, zwischenzeitlich aber gewisse Zahlungen geleistet worden waren (Bf-act. 7; vgl. auch die E-Mail vom 21. Juli 2015; Bf-act. 6). Für die Zeit danach bestand – gestützt auf die vorliegende Aktenlage – keine Zahlungsvereinbarung, kein Zahlungsaufschub im Sinne von Art. 34b AHVV und auch kein Tilgungsplan hinsichtlich offener oder laufender Beitragsforderungen. Die Beitragsausstände wuchsen in der Folge wieder kontinuierlich an, sodass sich der vorliegende Schaden auf Fr. 652'083.65 beläuft. Insofern kann der Beschwerdeführer aus dem von ihm zitierten BGE 124 V 253 nichts zu seinen Gunsten ableiten. Im betreffenden Fall hatte ein Tilgungsplan für fällige sowie ein Zahlungsplan für künftige Beiträge bestanden (vgl. insb. E. 4 des zitierten Bundesgerichtsurteils).

Im Besonderen ist sodann nicht erkennbar, inwieweit die Arbeitgeberin bzw. der Beschwerdeführer seine Inkassobemühungen verstärkt hat, dies bei seit längerem überfälligen Debitorenforderungen mit erheblichem Delkredererisiko (vgl. etwa die Bilanzen per 31. Dezember 2014, 31. Juli und 30. November 2015; Bf-act. 10–12). Der Beschwerdeführer macht denn auch nicht geltend, mit den säumigen Schuldnern verbindliche Zahlungsvereinbarungen getroffen oder Betreibungen eingeleitet zu haben. Das Vorliegen eines gezielten, auch in zeitlicher Hinsicht konkreten Sanierungskonzepts ergibt sich aus den Akten nicht. Wie vorstehend erwähnt, wäre solches vom Beschwerdeführer zu belegen gewesen.

Die Tatsache, dass ein Organ der Gesellschaft dieser ohne rechtliche Verpflichtung eigene Mittel zugewendet oder auf Lohnansprüche verzichtet hat, stellt ferner nach der Rechtsprechung grundsätzlich keinen Entlastungsgrund dar (EVG H 195/04 vom 18. Mai 2005 E. 4.6; H 69/02 vom 7. Januar 2004 E. 4.3 mit Hinweisen) und schliesst auch im konkreten Fall das in Art. 52 AHVG geforderte qualifizierte Verschulden nicht aus. Für die Beurteilung der Verschuldensfrage ist nicht entscheidend, was die verantwortlichen Organe zur Aufrechterhaltung des Betriebes oder zur Vermeidung eines Konkurses allenfalls unternommen haben, sondern ob sie (nach aussen erkennbar) der Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nachgekommen sind (EVG H 195/04 vom 18. Mai 2005 E. 4.6; H 34/02 vom 4. März 2004 E. 5.2). Derartige Bestrebungen sind hier nicht belegt. Insofern kann der Beschwerdeführer auch mit dem geltend gemachten Lohnverzicht seinerseits nichts zu seinen Gunsten ableiten.

Im Übrigen scheint auch der Beschwerdeführer ernsthaft vom Scheitern allfälliger Sanierungschancen spätestens ab Oktober 2015 auszugehen, wenn er geltend macht, er hätte sich ab der ersten Konkurseröffnung (14. Oktober 2015) durch die Bezahlung der AHV-Beiträge einer Gläubigerbevorzugung schuldig gemacht, was das Bewusstsein der Zahlungsunfähigkeit voraussetzt (Art. 167 StGB).

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass bei objektiver Betrachtung der Umstände nicht damit gerechnet werden durfte, die Beiträge hätten innert nützlicher Frist nachbezahlt werden können, sondern dass die Arbeitgeberin bzw. der Beschwerdeführer als verantwortliches Organ den Betrieb überwiegend wahrscheinlich auf Kosten der Sozialversicherung fortführen wollte. Folglich fällt auch der angerufene Rechtfertigungsgrund der schwierigen finanziellen Lage, namentlich eines Liquiditätengpasses sowie reeller Sanierungschancen, ausser Betracht.

7.6 Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, betreffend die offene Beitragszahlung über Fr. 98'058.55 (Rechnung vom 28. Januar 2016) könne ihm kein Verschulden vorgeworfen werden, ist im entgegenzuhalten, dass diese am 27. Februar 2016 fällig wurde – mithin vor Konkurseröffnung am 29. Februar 2016. Bei der in Frage stehenden Rechnung handelt es sich um eine Ausgleichsrechnung gemäss Art. 25 AHVV, welche sich auf die Abrechnungsperiode vom 1. Januar bis 31. Dezember 2015 bezieht (AK-act. 13 S. 143 f.). Die Beitragsschuld entstand folglich zu einem Zeitpunkt, als der Beschwerdeführer als haftende Person eine formelle (sowie faktische) Organstellung innehatte und wurde auch in dieser Zeit zur Zahlung fällig. Damit ist sie von der Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers als ins Recht gefasstes Organ mitumfasst (vgl. BGE 126 V 61 E. 4b; 123 V 172 E. 3a; BGer 9D_1/2013 vom 25. September 2013 E. 3).

Es trifft auch nicht zu, dass der Beschwerdeführer riskiert hätte, sich wegen Gläubigerbevorzugung strafbar zu machen, wenn er die Lohnzahlungen zugunsten der AHV-Beiträge zurückgestellt hätte. Der Grund dafür liegt darin, dass generell der Tatbestand der Gläubigerbevorzugung nicht erfüllt ist, wenn fällige Forderungen mit ordentlichen Zahlungsmitteln bezahlt werden (BGE 117 IV 23; BGer 9C_111/2007 vom 17. September 2007 E. 3.3).

7.7 Nach dem Gesagten vermag der Beschwerdeführer mit seinen Einwendungen nicht durchzudringen. Es sind keine Entschuldigungsgründe ersichtlich, welche seine

Sorgfaltspflichtverletzung als formelles (und faktisches) Organ der Gesellschaft rechtfertigen würden. Damit liegt mindestens Grobfahrlässigkeit und folglich ein schuldhaftes Verhalten im Sinne von Art. 52 AHVG vor.

8. Schliesslich ist auch die Haftungsvoraussetzung des natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhangs zwischen dem widerrechtlichen und schuldhaften Verhalten und dem der Ausgleichskasse entstandenen Schaden zu bejahen. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wäre vorliegend kein (oder ein bedeutend geringer) Schaden entstanden, wenn sich die F. _____ AG bzw. der Beschwerdeführer als deren Organ ordnungsgemäss verhalten hätte und der Pflicht der Beitragszahlung regelmässig und fristgerecht nachgekommen wäre (BGE 119 V 401 E. 4a; EVG H 125/05 vom 17. Januar 2006 E. 4 mit Hinweisen).

Daran ändern auch die Vorbringen des Beschwerdeführers nichts. Das angeblich treuwidrige Verhalten der Revisionsstelle im Rahmen der ersten Konkursöffnung (vgl. act. 1 S. 6 ff.), vermag den Kausalzusammenhang so oder anders nicht zu unterbrechen. Es ist dabei jedenfalls nicht von einem dermassen schwerwiegenden Drittverschulden auszugehen, welches das eigene Fehlverhalten eindeutig in den Hintergrund treten liesse, wie dies etwa bei strafrechtlich relevanten Machenschaften eines Dritten denkbar wäre (Reichmuth, a.a.O., Rz. 793 ff.). Ohnehin wurde der ans Obergericht des Kantons Zug gerichteten Beschwerde gegen die erste Konkursöffnung bereits am 19. Oktober 2015 die aufschiebende Wirkung zuerkannt (vgl. vorne Sachverhalt lit. A).

Auch ein Mit- bzw. Selbstverschulden der Ausgleichskasse bleibt grundsätzlich ohne Einfluss auf die Verpflichtung des Arbeitgebers, für die Beitragsabrechnung und -zahlung besorgt zu sein, weshalb – entgegen den allgemeinen haftpflichtrechtlichen Grundsätzen – selbst ein grobfahrlässiges Verhalten der Ausgleichskasse den Kausalzusammenhang nicht zu unterbrechen vermag. Der Schadenersatz kann ermessensweise – nach Recht und Billigkeit (vgl. Art. 4 ZGB; BGE 128 III 390 E. 4.5) – herabgesetzt werden, wenn eine grobe Pflichtverletzung der Ausgleichskasse, wie die Missachtung elementarer Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs, für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal war (vgl. Art. 44 Abs. 1 OR; BGE 122 V 185 E. 3c; BGer 9C_548/2017 vom 13. März 2018 E. 7). Nach Lage der Akten bestehen für Letzteres jedoch keine Anhaltspunkte. Namentlich bestand kein Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan, welchen es hier allenfalls zu berücksichtigen gälte (vgl. hierzu auch vorstehende E. 7.5.2). In der mit E-Mail vom 2. September 2015 gewährten Stundung

kann noch kein grobfahrlässiges Verhalten der Ausgleichskasse erblickt werden. Immerhin hatte die F. _____ AG vorgängig Teilzahlungen geleistet und stellte der Ausgleichskasse offenbar eine neue Finanzierung in Aussicht. Zudem betraf die Stundung lediglich Beitragsforderungen bis Ende Juli 2015 (vgl. Bf-act. 6 und 7). In der Folge verfolgte die Ausgleichskasse ihr Inkasso konsequent (vgl. AK-act. 11, 12, 13).

9. Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin vom Beschwerdeführer Schadenersatz für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge (mit akzessorischen Kosten) in Höhe von Fr. 652'083.65 verlangt hat. Die gegen den Einspracheentscheid vom 6. Februar 2020 erhobene Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist dementsprechend abzuweisen.

10. Das Verfahren ist für die Parteien kostenlos (Art. 61 lit. a ATSG). Eine Parteientschädigung kommt bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zur Ausrichtung (Art. 61 lit. g ATSG im Umkehrschluss).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Luzern Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
5. Mitteilung an den Rechtsvertreter des Beschwerdeführers (im Doppel), an die Ausgleichskasse Zürcher Arbeitgeber, an den Verfahrensbeteiligten 1 (mit ausführlicher Rechtsmittelbelehrung), an den Rechtsvertreter der Verfahrensbeteiligten 2 (im Doppel) sowie an das Bundesamt für Sozialversicherungen, Bern.

Zug, 19. Juli 2021

Im Namen der
SOZIALVERSICHERUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Die Gerichtsschreiberin

versandt am



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG
