

Haftung für AHV-Beiträge

Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 13. November 2001 i.S.
X gegen Ausgleichskasse Luzern und Verwaltungsgericht des Kantons Luzern
Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 20. April 2001 i.S.
Ausgleichskasse Luzern gegen X

Mit Bemerkungen von

lic. iur. Alexander C. Bürgi und Prof. Dr. Hans Caspar von der Crone, beide Zürich*

Inhaltsübersicht

I. Sachverhalt

II. Erwägungen in den Entscheiden

- A. Gesetzliche Haftungsgrundlagen
- B. Pflichtverletzung und Verschulden
- C. Schadenersatzbemessung
 1. Mitverschulden der Ausgleichskasse
 2. Ehrenamtliche Tätigkeit
 3. Solidarität

III. Bemerkungen

- A. Gesetzliche Haftungsgrundlagen
- B. Pflichtverletzung und Verschulden
- C. Schadenersatzbemessung
 1. Mitverschulden der Ausgleichskasse
 2. Ehrenamtliche Tätigkeit
 3. Solidarität

IV. Fazit

I. Sachverhalt

Der nicht im Handelsregister eingetragene Verein «Sport-Club A», welcher Trainer und Spieler beschäftigte, war der Ausgleichskasse Luzern seit 1983 als abrechnungs- und beitragspflichtiger Arbeitgeber angeschlossen. Nachdem der Verein seit 1994 Sozialversicherungsbeiträge teils verspätet – mitunter erst nach Mahnung, Betreuung und Pfändung –, teils überhaupt nicht abgeliefert hatte, erwirkte die Ausgleichskasse 1998 diverse Pfändungsverlustscheine.

In der Folge forderte sie die Summe der ihr entgangenen Beiträge (zuzüglich Kosten, Verzugszinsen u.dgl.) von diversen Beteiligten als Schadenersatz i.S.v. Artikel 52 AHVG¹ ein. Unter anderem wurde X, der zwischen 1992 und 1997 ehrenamtlich als Präsident der Clubleitung tätig war, mit Verfügung vom 5. März 1999 zur Leistung von CHF 66'676.70 (in solidarischer Haftbarkeit) verpflichtet. Nachdem X dagegen fristgerecht Einspruch erhoben hatte, machte die Ausgleichskasse den verfügbaren Betrag am 22. April 1999 auf dem Klageweg geltend. Die Klage wurde vom Verwaltungsgericht des Kantons Luzern

am 20. April 2001 im vollen Umfang gutgeheissen.² Eine von X gegen den kantonalen Entscheid gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde wies das Eidgenössische Versicherungsgericht (EVG) am 13. November 2001 ab.³

II. Erwägungen in den Entscheiden

A. Gesetzliche Haftungsgrundlagen

Mit Bezug auf die gesetzlichen Grundlagen einer Haftung von Arbeitgeberorganen für ausgebliebene AHV-Beiträge verweist das EVG im Wesentlichen auf die Ausführungen des luzernischen Verwaltungsgerichts.⁴ Dieses orientiert sich seinerseits an der ständigen Rechtsprechung des EVG.⁵

Ausgangspunkt für die Überlegungen des Verwaltungsgerichts bildet Artikel 52 AHVG, der unter der Marginalie «Deckung von Schäden» den folgenden Wortlaut aufweist:

«Verschuldet ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden, so hat er diesen der Ausgleichskasse zu ersetzen.»

Nach der vom Verwaltungsgericht ausführlich zitierten und zu Eigen gemachten herkömmlichen Argumentation des EVG⁶ kommt dem Arbeitgeber⁷ hinsichtlich der ihm auferlegten öffentlich-rechtlichen Pflicht zur Erhebung und Entrichtung der AHV-Beiträge⁸ die Stellung eines gesetzlichen Vollzugsorgans zu. Für die Frage der Haftung wird demgemäss auf das eidgenössische Verantwortlichkeitsrecht verwiesen, so namentlich auf Artikel 19 Absatz 1 Buchstabe b VG⁹, nach dem das schadenverursachende Organ einer mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes betrauten Organisation primär, diese selbst dagegen

² Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 20. April 2001 i.S. Ausgleichskasse Luzern gegen X (publiziert in LGVE 2001 II 270 ff.).

³ Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 13. November 2001 i.S. X gegen Ausgleichskasse Luzern und Verwaltungsgericht des Kantons Luzern (publiziert in Pra 2002, 454 ff., und in AHI-Praxis 2002, 51 ff.).

⁴ Pra 2002, 455 Erw. 2.

⁵ LGVE 2001 II 270 f. Erw. 3b/aa.

⁶ Vgl. LGVE 2001 II 270 f. Erw. 3b/aa.

⁷ Als AHV-rechtlicher Arbeitgeber gilt nach der Definition von Art. 12 Abs. 1 AHVG, «wer obligatorisch versicherten Personen Arbeitsentgelte [...] ausrichtet».

⁸ Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 34 ff. AHVV.

⁹ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten (Verantwortlichkeitsgesetz) vom 14. März 1958 (SR 170.32).

* Alexander C. Bürgi ist wissenschaftlicher Assistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich, Hans Caspar von der Crone Ordinarius für Privat- und Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich. Der vorliegende Beitrag ist im Internet verfügbar auf <http://www.rwi.unizh.ch/vdc>.

¹ Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10).

subsidiär haftet. Davon ausgehend, dass Artikel 52 AHVG innerhalb des Systems des Verantwortlichkeitsgesetzes eine Spezialbestimmung bilde, zitiert das Verwaltungsgericht weiter aus der ständigen Rechtsprechung des EVG:

«Es bestünden keine Anhaltspunkte für die Annahme, dass Art. 52 AHVG diese Verantwortlichkeit der für die Organisation handelnden Personen hätte wegbedingen wollen. Vielmehr handle es sich um die Umkehrung des allgemeinen Grundsatzes, indem nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung primär der Arbeitgeber, also gegebenenfalls die Organisation hafte; daneben müsse aber auch die – wenigstens subsidiäre – Haftung der für die Organisation handelnden Personen angenommen werden.»¹⁰

Zur Unterstützung dieser dogmatischen Konstruktion verweist das Verwaltungsgericht auf Analogieüberlegungen des EVG, welche sich auf die privatrechtlichen Haftungsregeln von Artikel 55 Absatz 3 ZGB und Artikel 754 OR beziehen:

«Mithin würde eine Auslegung des Begriffs Arbeitgeber in Art. 52 AHVG ohne Beachtung der privatrechtlichen Rechtsgrundsätze zur Haftung der Organe einer juristischen Person zum stossenden Ergebnis führen, dass die für die Verletzung von Vorschriften im Sinne dieser Bestimmung Verantwortlichen überhaupt nicht belangt werden könnten, sofern sie als Organ einer juristischen Person gehandelt hätten. Die persönliche Haftung wäre im Falle der Zahlungsunfähigkeit einer Arbeitgeberfirma auf Einzelunternehmer, einfache Gesellschafter, Kollektivgesellschafter und Komplementäre beschränkt. Darin läge eine sachlich nicht zu rechtfertigende Privilegierung der [...] Verantwortlichen jener Arbeitgeberfirmen, die sich als juristische Personen konstituiert hätten. Es fehlten Anhaltspunkte dafür, dass mit Art. 52 AHVG eine solche Ungleichbehandlung beabsichtigt gewesen wäre (...).»¹¹

Ergänzend weist das Verwaltungsgericht darauf hin, dass von der Rechtsprechung des EVG auch Vereinsorgane erfasst würden¹² und dass Artikel 55 Absatz 3 ZGB gerade deshalb statuiert worden sei, um der Rechtsauffassung vorzubeugen, die Haftung der juristischen Person selbst lasse jene ihrer Organe entfallen.¹³ Im Weiteren prüft und bejaht das Verwaltungsgericht die Stellung des Beklagten als Organ des Vereins.¹⁴

¹⁰ LGVE 2001 II 270 Erw. 3b/aa.

¹¹ LGVE 2001 II 271 Erw. 3b/aa.

¹² LGVE 2001 II 271 Erw. 3b/aa. Das EVG selbst verweist in Pra 2002, 457 Erw. 3c, auf zwei seiner früheren Entschiede, in denen es eine Haftung der Organe bei einer GmbH (BGE 126 V 237) und bei einer Stiftung (Urteil F. vom 30. Juli 2001, H 14/01) bejaht hat.

¹³ LGVE 2001 II 272 Erw. 3b/cc.

¹⁴ LGVE 2001 II 271 f. Erw. 3b/bb.

B. Pflichtverletzung und Verschulden

Auf den Einwand von X, die Bestimmung der Prioritäten hinsichtlich der Schuldentilgung habe nicht in seiner Kompetenz gelegen, weshalb er mit der Ernennung eines fachlich ausgewiesenen Finanzchefs seiner Sorgfaltspflicht Genüge getan habe, erwidert das EVG:

«Massgebend ist vielmehr, dass ihm als Vereinspräsident die Gesamtverantwortung für die operative Vereinsführung oblag. Es genüge daher entgegen seiner Auffassung nicht, einen geeigneten Finanzchef auszuwählen. Zwar können einzelne Geschäftsführungsfunktionen delegiert werden. Zur Wahrung der geforderten Sorgfalt gehört jedoch neben der richtigen Auswahl des geeigneten Mandatsträgers auch dessen Instruktion und Überwachung. Der Geschäftsführer kann sich allein durch Delegation der Aufgaben nicht seiner Verantwortung entledigen. Dies gilt für einen Vereinspräsidenten ebenso wie für einen Verwaltungsrat (...), einen geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH (...) oder einen Stiftungsrat (...).»¹⁵

Im Gegensatz zum EVG, das unter Berufung auf das Aktienrecht einen standardisierten Verantwortungsbereich zu postulieren scheint, stellt das luzernische Verwaltungsgericht noch auf die konkrete Zurechenbarkeit des Verschuldens ab:

«Immerhin muss das beim Arbeitgeber festgestellte Verschulden dem einzelnen Organ aufgrund seines Aufgabenkreises und seiner Stellung innerhalb des Unternehmens zugerechnet werden können. In dem Sinne ist die Verschuldensvermutung, wie sie die Rechtsprechung für die Haftung des Arbeitgebers festgesetzt hat (...), zu relativieren.»¹⁶

Mit dem Hinweis darauf, dass das Vereinsrecht den Vorstandsmitgliedern keinerlei Kontroll- und Überwachungspflichten, sondern einzig und allein die Pflicht auferlege, nach den statutarischen Befugnissen «die Angelegenheiten des Vereins zu besorgen» und diesen zu vertreten,¹⁷ wird eine Analogie zum Aktienrecht abgelehnt:

«Dies kann aber nicht bedeuten, dass hier einfach unbesehen auf die diesbezüglich bei den Körperschaften des Obligationenrechts für ihre Leitungsgremien bestehenden gesetzlichen Regelungen zurückzugreifen wäre. Eine solche Analogie fällt nämlich grundsätzlich nur insoweit in Betracht, als das unmittelbar auf den Verein anwendbare Recht lückenhaft ist. Da gerade die Verantwortlichkeit beim Verein durch Art. 55 ZGB normiert und damit nicht eigentlich lückenhaft geregelt ist (...), geht der Beklagte fehl, wenn er vorliegend «aus Billigkeitsgründen» die Verantwortlichkeitsbe-

¹⁵ Pra 2002, 456 Erw. 3a.

¹⁶ LGVE 2001 II 272 Erw. 5.

¹⁷ Art. 69 ZGB.

stimmung des Aktienrechts gemäss Art. 754 OR zur analogen Anwendung bringen will.»¹⁸

Unter Verweisung auf einen früheren Entscheid des EVG¹⁹, der einen nicht geschäftsführenden Gesellschafter einer GmbH betraf, erachtet das Verwaltungsgericht stattdessen das statutarische Pflichtenheft und die effektive Tätigkeit des Vereinspräsidenten als massgebend:

«Es erweist sich als sachgerecht, bei einem Verein nach ähnlichen Gesichtspunkten zu differenzieren. Denn gerade im Vereinsrecht, wo die gesetzlichen Regelungen bezüglich der Aufgaben sowie Pflichten der Vereinsleitung nur äusserst marginal sind, ist es angezeigt, dass das statutarische Pflichtenheft bzw. die effektive Tätigkeit der Vorstandsmitglieder den Rahmen für die allfällige Zurechnung des Verschuldens des Vereines an seine Organe bildet.»²⁰

C. Schadenersatzbemessung

1. Mitverschulden der Ausgleichskasse

Eine Herabsetzung des zu leistenden Schadenersatzes infolge Mitverschuldens der Ausgleichskasse lehnt das EVG mit der folgenden Bemerkung ab:

«Was den weiteren Einwand betrifft, die Beschwerdegegnerin habe ihre Informationspflicht verletzt, da sie als Geschädigte den Schuldner nicht frühzeitig auf einen besonders hohen Schaden aufmerksam gemacht habe, ist nochmals mit der Vorinstanz darauf hinzuweisen, dass weder Gesetz noch Verordnung eine derartige Informationspflicht vorsehen.»²¹

Ergänzend führt das Gericht die Kriterien an, die seiner Ansicht nach zur Begründung eines Mitverschuldens erfüllt sein müssten:

«Ein Mitverschulden der Ausgleichskasse, das zu einer Herabsetzung der Schadenersatzpflicht führen würde, könnte nach der Rechtsprechung (...) nur angenommen werden, wenn Hinweise auf eine grobe Pflichtverletzung durch die Verwaltung vorliegen würden, so bei Missachtung elementarer Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs, etwa durch lange Untätigkeit beim Beitragsinkasso; davon kann indes vorliegend nicht die Rede sein.»²²

2. Ehrenamtliche Tätigkeit

Mit Bezug auf den Einwand von X, seine Ersatzpflicht sei in Anbetracht der ehrenamtlichen Natur seiner Tätigkeit angemessen herabzusetzen, lässt das

EVG die Frage offen, ob die Haftung nach Artikel 52 AHVG Herabsetzungsgründen nach Artikel 43 OR zugänglich sei, und führt weiter aus:

«Ehrenamtlichkeit bedeutet einzig, dass für die zu Gunsten des Vereins erbrachten Leistungen keine Entschädigung beansprucht wird. Mit der Übernahme eines Ehrenamtes unterwirft sich indessen der Mandatsträger den statutarischen Pflichten. Die Ehrenamtlichkeit führt nicht dazu, dass diese Pflichten weniger sorgfältig wahrgenommen werden dürfen.»²³

3. Solidarität

Ohne eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung über die differenzierte Solidarität²⁴ in Erwägung zu ziehen – was nach der Verneinung des Vorliegens von Herabsetzungsgründen auch jeder Relevanz ermangelt hätte –, stellt das luzernische Verwaltungsgericht X in ein absolut solidarisches Haftungsverhältnis mit den anderen Belangten.²⁵

III. Bemerkungen

A. Gesetzliche Haftungsgrundlagen

In ihrer Argumentation gehen beide Gerichte davon aus, dass der Begriff «Arbeitgeber» in Artikel 52 AHVG allein die juristische Person bezeichnet und sich nicht auf deren Organe erstreckt.²⁶ Nach der Definition von Artikel 12 Absatz 1 AHVG gilt nämlich als Arbeitgeber, «wer obligatorisch versicherten Personen Arbeitsentgelte [...] ausrichtet». Im vorliegenden Fall handelt es sich beim Arbeitgeber folglich um den Sport-Club und nicht um dessen Präsidenten.

Die weitere Argumentation, mit der die Gerichtspraxis²⁷ gleichwohl eine subsidiäre Haftung des Prä-

²³ Pra 2002, 457 Erw. 3c.

²⁴ Art. 759 Abs. 1 OR.

²⁵ Vgl. dazu die Darstellung des Sachverhalts in Pra 2002, 454.

²⁶ A.M. Marlies Knus, Die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers in der AHV, Diss. Zürich 1989, 11 ff., die den Begriff gestützt auf eine Auslegung nach allgemeinem Sprachgebrauch auch auf die Organe bezieht. Im Gegensatz zur zivilrechtlichen ist die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Personen, welche für eine juristische Person «gehandelt haben oder hätten handeln sollen», ausdrücklich im Gesetz verankert: Vgl. dazu Art. 89 Abs. 1 AHVG; Jean-Maurice Fréssard, La responsabilité de l'employeur pour le non-paiement de cotisations d'assurances sociales selon l'art. 52 LAVS, SVZ 1987, 2 Fn. 4; Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, AJP 1996, 1072.

²⁷ Diese basiert im Wesentlichen auf dem *leading case* BGE 96 V 124 aus dem Jahr 1970, in dem sich das EVG seiner-

¹⁸ LGVE 2001 II 273 Erw. 5a.

¹⁹ BGE 126 V 237.

²⁰ LGVE 2001 II 274 Erw. 5a.

²¹ Pra 2002, 456 Erw. 3b.

²² Pra 2002, 456 f. Erw. 3b.

sidenten als Organ zu begründen sucht, vermag nicht zu überzeugen.²⁸ In Frage zu stellen ist insbesondere die ergänzende Anwendbarkeit der Regeln des Verantwortlichkeitsgesetzes. Wenn das EVG Artikel 52 AHVG als «Spezialbestimmung» innerhalb des Systems des Verantwortlichkeitsgesetzes bezeichnet,²⁹ so müsste diese Norm den Vorrang vor Artikel 19 VG geniessen – *lex posterior generalis non derogat priori speciali*.³⁰ Selbst im gegenteiligen Fall wäre eine auf Artikel 19 VG gestützte Haftung der Arbeitgeberorgane allerdings abzulehnen: Die herrschende Lehre ist sich nämlich weitgehend darin einig, dass diese Haftungsnorm ausschliesslich hoheitliche Tätigkeiten betrifft, d.h. Konstellationen, in denen eine verwaltungsexterne Organisation als *potentior persona* mit Verfügungsgewalt auftritt. Dies ist beim Arbeitgeber im AHV-Wesen offenkundig nicht der Fall.³¹ Dem ist hinzuzufügen, dass ein Arbeitgeber

auch nicht «mit öffentlichrechtlichen Aufgaben des Bundes betraut» ist, wie dies eine Anwendung von Artikel 19 VG bedingte: Darunter sind sinngemäss nämlich Aufgaben zu verstehen, welche die Bundesverwaltung genauso gut in eigener Regie wahrnehmen könnte. Zu denken ist hier beispielsweise an die Kontrolle der Starkstromanlagen, welche der Bund gestützt auf einen Beschluss des Bundesrats und einen entsprechenden Vertrag dem *Schweizerischen Elektrotechnischen Verein* (SEV) übertragen hat.³² Lohnanteile einbehalten und Arbeitgeberbeiträge ausrichten kann demgegenüber nur der Arbeitgeber selbst; er ist folglich nicht mit einer Bundesaufgabe «betraut», sondern einseitig zu einem schlichten Tätigwerden verpflichtet. Die Situation ist mithin keine andere als bei den meisten Pflichten, welche das öffentliche Recht Privaten auferlegt.

Im Weiteren ist festzuhalten, dass das Fehlen einer Haftung der Arbeitgeberorgane entgegen der Ansicht der Gerichte keineswegs zu einem «stossenden Ergebnis»³³ führt.³⁴ Dass ein Angehöriger der obersten strategischen Führungsebene für die korrekte Weiterleitung von AHV-Beiträgen verantwortlich sein soll – eine Aufgabe, die organisatorisch weit unten im operativen Bereich anzusiedeln ist –, widerspricht im Gegenteil dem Billigkeitsgefühl und allgemeinen privatrechtlichen Haftungsgrundsätzen.³⁵ Ebenso wenig

seits auf zwei Zürcher Dissertationen aus den 50er Jahren berief. In den Gesetzesmaterialien (vgl. etwa BBl 1946 II, 448, 540) und in den ersten Kommentaren zum AHVG ist eine Haftung der Organe demgegenüber noch kein Thema: Vgl. dazu *Peter Binswanger*, Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1950, 214, nach dem die Haftung «die juristische Person als Ganzes» trifft, sowie *Nussbaumer*; Haftung, 1072, m.w.H.

²⁸ Gl.M. mit jeweils ausführlicher, teilweise leicht abweichender Begründung *Karl Achermann*, Der Arbeitgeber in der schweizerischen Sozialversicherung, SZS 1960, 124 ff., und *Nussbaumer*; Haftung, 1073 f., 1075, m.w.H. Wie *Nussbaumer* weist auch *Alfred Maurer*; Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Bd. II, Bern 1981, 67, darauf hin, dass weder die Gesetzesmaterialien noch der Wortlaut von Art. 52 AHVG eine solche Ausdehnung der Haftpflicht als begründet erscheinen lassen. Gl.M. im Weiteren *Rico A. Campionovo*, Die Revisionsstelle als neues Eldorado für AHV-Ausgleichskassen?, ST 2000, 957 ff., und *Peter Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N 1071. Mit *Forstmoser* und *Maurer* sprechen sich im Übrigen zwei herausragende Kenner des Verantwortlichkeits- und Sozialversicherungsrechts gegen eine Ausdehnung der Haftung auf die Arbeitgeberorgane aus.

²⁹ Vgl. LGVE 2001 II 270 Erw. 3b/aa.

³⁰ Vgl. dazu *Detlef Liebs*, Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter, 6. Aufl., Darmstadt 1997, 124. Die spezielle Bestimmung von Art. 52 AHVG, welche aus dem Jahr 1946 stammt, wird durch die generellen Bestimmungen des Verantwortlichkeitsgesetzes von 1958 nicht in ihrer Geltung beeinträchtigt.

³¹ Im Ergebnis gl.M. *Nussbaumer*; Haftung, 1073 f., und *Achermann*, 124 ff. Nach *Achermann* hätte die gegenteilige Auffassung zur Konsequenz, dass der Arbeitgeber zum Beamten i.S.v. Art. 110 Ziff. 4 StGB würde, dessen Anweisungen dem Schutz der Strafdrohung von Art. 292 StGB («Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen») unterstünden. Zusammenfassend zur Rechtsprechung fer-

ner *Thomas Nussbaumer*, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991, 386. Vgl. zum Ganzen auch BGE 117 II 317 Erw. 4c betr. die Revisionsstelle einer Bank.

³² Vgl. dazu BGE 94 I 638 Erw. 3.

³³ Vgl. LGVE 2001 II 271 Erw. 3b/aa.

³⁴ Auch davon, dass die Haftung nach Art. 52 AHVG «toter Buchstabe» bleibe, wenn man sie nicht auch auf die Organe beziehe, kann nicht die Rede sein. Die Bestimmung gelangt nämlich ausser in Fällen der Zahlungsunfähigkeit auch dann zur Anwendung, wenn ein Arbeitgeber die Arbeitnehmerbeiträge zum Abzug bringt, sie der Ausgleichskasse aber bis zum Zeitpunkt der Verwirkung nicht abliefern. Vgl. dazu *Achermann*, 140 f.; *Frésard*, 1; *Nussbaumer*; Haftung, 1073, 1075.

³⁵ Dazu sogleich unter [B.] Mangels Verletzung einer besonderen Schutznorm, welche die Widerrechtlichkeit der vorliegenden reinen Vermögensschädigung begründen könnte, entfällt insbesondere ein Ersatzanspruch aus Art. 41 OR: Die Pflicht zur Beitragsleistung nach Art. 14 Abs. 1 AHVG schützt die Ausgleichskassen allein vor der beitragspflichtigen Gesellschaft, die Sorgfaltspflicht nach Art. 717 Abs. 1 OR bzw. eine analoge statutarische Regelung allein die Gesellschaft vor ihren Organen. Die Strafbestimmungen von Art. 87 Abs. 2 u. 3 AHVG (i.V.m. Art. 89 Abs. 1 AHVG) umfassen nach der Rechtsprechung (BGE 89 IV 167; BGE 117 IV 78) lediglich betrugs- und

kann von einer «sachlich nicht zu rechtfertigenden Privilegierung» der Verantwortlichen in einer juristischen Person gegenüber jenen in einer Personengesellschaft gesprochen werden. Dass Einzelunternehmer, einfache Gesellschafter, Kollektivgesellschafter und Komplementäre für Geschäftsschulden gegebenenfalls mit ihrem Privatvermögen einstehen müssen, Organe einer juristischen Person dagegen nicht, liegt in der Natur der Sache und ist keineswegs unbeabsichtigt. Die Gründung einer juristischen Person dient gerade der Beschränkung des persönlichen Risikos.³⁶ Ganz abgesehen davon vermöchten bloss «fehlende Anhaltspunkte für die Absicht einer solchen Ungleichbehandlung» keinesfalls eine derart gewagte Rechtsauslegung zu rechtfertigen; dafür wäre im Gegenteil die Absicht einer Gleichbehandlung nachzuweisen gewesen. Vermag die Argumentation des EVG mithin in juristischer Hinsicht nicht zu befriedigen, so bildet sie doch ein Lehrstück für die prägende Kraft von Schlagwörtern.

Aus öffentlich-rechtlicher Sicht ist schliesslich auf das Legalitätsprinzip hinzuweisen, das für jede staatliche Verfügung eine genügend bestimmte rechtliche Grundlage voraussetzt.³⁷ Da die vorliegende Schadenersatzverfügung zugleich einen Eingriff in das verfassungsmässige Grundrecht der Eigentumsgarantie³⁸ darstellt, sind an die Bestimmtheit des Rechtssatzes besonders strenge Anforderungen zu stellen.³⁹ Diesen

hohen Anforderungen vermögen die vagen Normen im AHV-Gesetz und im Verantwortlichkeitsgesetz, bzw. ihre abenteuerliche Interpretation durch die Rechtsprechung, allerdings bei weitem nicht zu genügen.

B. Pflichtverletzung und Verschulden

Eine Haftung des Vereinspräsidenten wäre im Weiteren selbst dann fraglich, wenn mit der Gerichtspraxis davon auszugehen wäre, Artikel 52 AHVG bilde in Verbindung mit seinem rechtlichen Umfeld eine tragfähige gesetzliche Haftungsgrundlage.

Die aktienrechtlichen Pflichten des Verwaltungsrats, die das EVG analog anzuwenden scheint, sind *in casu* nämlich nicht verletzt: Insbesondere beschränkt sich die Sorgfaltspflicht des Verwaltungsrats⁴⁰ im Bereich des AHV-Beitragswesens auf eine reine *cura in custodiendo*, der mit der Überwachung der zuständigen Personen Genüge getan ist. Dies ergibt sich einerseits aus dem gesetzlichen Katalog der undelegierbaren Aufgaben⁴¹ und andererseits aus praktischen Überlegungen.⁴² Dass die Gerichtspraxis der Erhebung und Entrichtung der AHV-Beiträge im Ergebnis den Status von undelegierbaren Pflichten des Verwaltungsrats beimit, widerspricht der abschliessenden Natur des Katalogs von Artikel 716a OR und verhindert eine ökonomisch sinnvolle Delegation dieser Aufgaben an geeignete Stellen.⁴³ Dass ein Verwal-

veruntreuungsähnliche Tatbestände – nicht jedoch die blosser Nichterfüllung der Beitragspflicht – und betreffen überdies einzig diejenigen Personen, die für die juristische Person konkret gehandelt haben oder hätten handeln sollen: Vgl. dazu *Ueli Kieser*, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht – Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1996, 288 f., sowie den 8. Teil der «Wegleitung über den Bezug der Beiträge (WBB) in der AHV, IV und EO» des Bundesamts für Sozialversicherung in der Fassung vom 1. Januar 2001 (verfügbar auf <http://www.bsv-vollzug.ch>).

³⁶ Die Argumentation vermag aufzuzeigen, wie wenig verankert selbst in Juristenkreisen das Konzept der juristischen Person ist. Die ökonomisch sinnvolle Überlegung des Gesetzgebers, Haftungsbeschränkungen zu statuieren, um Personen im Interesse der Allgemeinheit zu unternehmerischen Tätigkeiten zu motivieren, die sie angesichts des hohen persönlichen Risikos sonst unterliessen, scheint hierzulande immer noch Kopfzerbrechen zu bereiten.

³⁷ *Ulrich Häfelin/Georg Müller*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Zürich 2002, Rz. 381 ff.; vgl. Art. 5 Abs. 1 BV.

³⁸ Art. 26 BV.

³⁹ *Häfelin/Müller*, Rz. 388; zum Erfordernis der gesetzlichen Grundlage für Einschränkungen von Grundrechten vgl. Art. 36 Abs. 1 BV.

⁴⁰ Art. 717 Abs. 1 OR.

⁴¹ Art. 716a Abs. 1 OR, insbesondere Ziff. 5. Insbesondere ergibt sich aus der aktienrechtlichen Aufsichtspflicht keine Pflicht zu einem *legal audit* im Sinn einer ständigen Gesetzmässigkeitskontrolle: *Peter Böckli*, Schweizer Aktienrecht, 2. Aufl., Zürich 1996, Rz 1569; *Peter Forstmoser/Arthur Meier-Hayoz/Peter Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 30 N 49. Vgl. auch *Roland Müller/Lorenz Lipp/Adrian Plüss*, Der Verwaltungsrat – Ein Handbuch für die Praxis, 2. Aufl., Zürich 1999, 124 f., nach denen sich die Aufsicht auf eine Überwachung wesentlicher Geschäftsführungsentscheide und -massnahmen beschränken muss. Dasselbe gilt im Übrigen für den Bereich der Finanzplanung nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR: *Böckli*, Aktienrecht, Rz 1564.

⁴² In diese Richtung gehend nun offenbar ein neuerer, allerdings unpublizierter Entscheid des EVG: Dazu *Markus W. Stadlin*, Erfolg vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht in Luzern – Die Haftung des Verwaltungsrates gemäss Art. 52 AHVG (verfügbar auf <http://www.thomannfischerlaw.ch/d0202930.pdf>).

⁴³ *Gl.M. Martin Kuhn*, Zur Verantwortlichkeit der mit der Unternehmensleitung betrauten Personen für Sozialabgaben wie z.B. AHV-Beiträge (verfügbar auf <http://www.gkklawyers.com/artikel/verantw.html>), und *Markus Häusermann*, Scharfe Kausalhaftung – Nicht abgelieferte Bei-

tungsrat in grösseren Gesellschaften mitnichten in der Lage ist, die Abläufe im AHV-Beitragswesen auf ihre Korrektheit zu überprüfen, lässt eine Haftung im Lichte des klassischen Grundsatzes *ultra posse nemo tenetur* ohnehin als fragwürdig erscheinen.⁴⁴

Stellt man mit dem luzernischen Verwaltungsgericht auf das statutarische Pflichtenheft und die effektive Tätigkeit ab,⁴⁵ so dürfte man *in casu* zu keinem anderen Ergebnis gelangen: Es ist nämlich kaum vorstellbar, dass die Statuten dem Präsidenten der Clubleitung im Bereich des AHV-Beitragswesens expli-

zite Pflichten auferlegt haben – vielmehr ist hier an eine generelle Aufsichtspflicht nach aktienrechtlichem Vorbild zu denken.

Für beide Ansätze ist zu beachten, dass der objektivierte Sorgfaltsmassstab⁴⁶ in der Rechtsprechung eine gewisse Resubjektivierung erfahren hat. Die geforderte Sorgfalt bemisst sich so unter anderem nach den Erwartungen, die an eine Person in den kaufmännischen Belangen der betreffenden Arbeitgeberkategorie üblicherweise gestellt werden können und müssen.⁴⁷ Ein ideeller Verein mit ehrenamtlich tätigen Organen wäre nun geradezu das Paradebeispiel einer Arbeitgeberkategorie, in deren Rahmen sich eine reduzierte Verantwortlichkeit rechtfertigte.

Anzumerken bleibt sodann, dass Artikel 52 AHVG für eine Haftung zum Mindesten grobfahrlässiges Verhalten voraussetzt. Ein solches liegt nach der Rechtsprechung gemeinhin vor, wenn der Schadensverursacher «unter Verletzung elementarster Sorgfaltspflichten das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen».⁴⁸ Dass die Gerichtspraxis bei der Haftung nach Artikel 52 AHVG auf den Passus «unter Verletzung elementarster Sorgfaltspflichten» verzichtet und den Grobfahrlässigkeitsbegriff damit nicht unerheblich ausdehnt, entbehrt jeder Grundlage und ist auch sachlich nicht zu rechtfertigen.⁴⁹

träge führen meistens zu Verantwortlichkeitsansprüchen, IWIR 1998, 135, 137. Grundlegend zu den Fragen der Delegation *Urs Bertschinger*, Arbeitsteilung und aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich 1999, insbesondere Rz 31: «Die effiziente innerbetriebliche Zusammenarbeit verlangt nach der Delegation von Aufgaben. Dass der Delegierende die Erledigung der durch ihn übertragenen Aufgaben nicht im Detail überblickt, ist die logische Konsequenz der Aufgabenübertragung. Bewirkt die Delegation keine Haftungsbeschränkung, so müsste der Rat an den Delegierenden wohl lauten, von einer Delegation abzusehen und eine Aufgabe selbst zu erledigen.» Nach *Bertschinger*, Rz 31 Fn. 99, verträge sich dies nicht mit dem Bemühen der Aktienrechtsrevision von 1991, die Funktionsfähigkeit der Organe zu verbessern; vgl. dazu auch die Ausführungen des Bundesrats in der Botschaft über die Revision des Aktienrechts vom 23. Februar 1983, 98. Selbst bei einer Delegation an blosser Hilfspersonen beschränkte sich die Haftung im Übrigen auf eine geeignete Auswahl, Instruktion und Überwachung: *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, § 30 N 27 f., § 37 N 39.

⁴⁴ *Kuhn* verweist in dieser Hinsicht auf «z.T. lebensfremde Vorstellungen über die Realitäten in einer Unternehmung», welche bei den Gerichten vorherrschen; *Häusermann*, 137, bezeichnet die Rechtsprechung als «wirklichkeitsfremd». *Peter Forstmoser*, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates, ST 2002, 489, erachtet die Praxis als «besonders stossend». *Andreas Donatsch*, Aspekte der ungetreuen Geschäftsbesorgung gemäss Art. 158 Ziff. 1 StGB in der Aktiengesellschaft, ZStrR 2002, 15 ff., weist überdies auf den Vertrauensgrundsatz hin, nach dem der Delegierende grundsätzlich davon ausgehen darf, dass der Delegationsempfänger sich rechtmässig verhält. Im gleichen Sinn auch *Bertschinger*, Rz 184, m.w.H.: «In der Regel kommt er [sc. der Delegierende] seiner Pflicht, sich über die Tätigkeit des Delegierten zu informieren, dadurch nach, dass er Gegenstand und Zeitpunkt der Informationsleistung durch den Delegierten ex ante festlegt. Von besonderen Umständen abgesehen, darf er dann darauf vertrauen, dass ihm diese Informationen wahrheitsgetreu und vollständig übermittelt werden.» Lesenswert zum Thema die meisterhafte Glosse in SAG 1985, 111.

⁴⁵ In diesem Sinn auch noch das EVG in ZAK 1985, 620 Erw. 3b, das abwägen will, «ob und inwieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb der Firma zuzurechnen ist».

⁴⁶ Dazu statt vieler *Rolf Watter* in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 717 N 5.

⁴⁷ Vgl. dazu etwa *Frésard*, 6; BGE 108 V 203 Erw. 3a.

⁴⁸ Dazu statt vieler *Maurer*, 68; *Heinz Rey*, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl., Zürich 1998, N 857; vgl. auch den IV-rechtlichen Entscheid BGE 103 V 21 Erw. 2.

⁴⁹ Gl.M. *Kuhn*; *Maurer*, 68; *Nussbaumer*, Haftung, 1075 f., 1077, 1080. *Knus*, 52, erachtet es als absurd, gerade im komplizierten und unübersichtlichen AHV-Recht rascher als üblich eine grobe Fahrlässigkeit anzunehmen, und verweist auf die auch im Übrigen nicht einheitliche höchstgerichtliche Terminologie. Die Ausdehnung des Grobfahrlässigkeitsbegriffs wird noch unterstützt durch die pauschalisierende Zusammenfassung der Rechtsprechung im 7. Teil der «Wegleitung über den Bezug der Beiträge (WBB) in der AHV, IV und EO» des Bundesamts für Sozialversicherung in der Fassung vom 1. Januar 2001 (verfügbar auf <http://www.bsv-vollzug.ch>). Nach *Peter Böckli*, Haftung des Verwaltungsrates für Steuern, in: Die Haftung des Verwaltungsrates (SSHW 87), Zürich 1986, 98, ist der Begriff der Grobfahrlässigkeit von den Sozialversicherungsbehörden «geradezu grobfahrlässig ausgedehnt worden». Selbst das EVG bekundete in einem seiner früheren Entscheide deutliche Zurückhaltung: «Der Begriff der

C. Schadenersatzbemessung

1. Mitverschulden der Ausgleichskasse

Im gerichtlichen Verfahren stellte sich X auf den Standpunkt, seine Schadenersatzpflicht sei angemessen herabzusetzen, weil ihn die Ausgleichskasse nicht frühzeitig auf den drohenden Schaden aufmerksam gemacht habe. Wie schon die Vorinstanz weist das EVG dieses Argument mit der Begründung zurück, das Recht sehe eine solche Informationspflicht nicht vor. Das EVG übersieht an dieser Stelle freilich zwei allgemeine haftpflichtrechtliche Grundsätze, die auch im Rahmen einer Haftung nach Artikel 52 AHVG zur Anwendung gelangen müssten: die Schadenminderungspflicht des Geschädigten⁵⁰ und den Grundsatz der Schadenersatzreduktion bei Selbstverschulden.⁵¹ Indem die Ausgleichskasse den potenziellen Ersatzpflichtigen X nicht zu einem Zeitpunkt auf den drohenden Schaden hingewiesen hat, in dem dieser noch abzuwenden gewesen wäre,⁵² hat sie – je nach dogmatischer Konstruktion⁵³ – ihre Obliegenheit zur Minderung des Schadens verletzt bzw. selbst schuldhaft zu dessen Vergrösserung beigetragen. Zwar plädiert das EVG seit 1996⁵⁴ ausdrücklich für eine analoge Anwendung der entsprechenden haftpflichtrechtlichen Grundsätze im Bereich von Artikel 52 AHVG; die dabei verwendete Umschreibung («grobe Pflichtverletzung») entspricht allerdings fälschlicherweise den (strengeren) Kriterien für eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs infolge groben Selbstverschuldens, die stets einen Haftungs-

ausschluss nach sich zieht. Für eine blosser Herabsetzung des Schadenersatzes genügt indes bereits ein leichtes Selbstverschulden des Geschädigten.⁵⁵

2. Ehrenamtliche Tätigkeit

Die Behauptung des EVG, wonach ehrenamtliches Tätigwerden nicht dazu führe, dass Mandatspflichten weniger sorgfältig wahrgenommen werden dürften,⁵⁶ ist als solche zwar korrekt; die Schlussfolgerung, dass sich dadurch auch am Haftungsmassstab nichts ändere, ist allerdings nicht statthaft.⁵⁷ Die schadenersatzrechtlichen Regelungen, die explizit oder implizit eine Haftungsmilderung bei unentgeltlicher Tätigkeit statuieren,⁵⁸ beruhen nämlich allesamt auf der volkswirtschaftlichen Überlegung, dass ehrenamtliche Aktivitäten im Interesse der Allgemeinheit gefördert werden sollen.⁵⁹ Ob der Geschädigte über die unentgeltliche Natur der Tätigkeit im Bild war bzw. hätte sein müssen,⁶⁰ spielt aus dieser Überlegung keine Rolle. Der Gedanke, dass unentgeltliche fremdnützige Tätigkeit für den Fall, dass dabei etwas schief laufen sollte, mit einer mildernden Haftung belohnt wird,⁶¹ wird in der Rechtsprechung und in der Lehre mitunter als «Leitgedanke des Obligationenrechts»⁶² und «genereller Billigkeitsgrundsatz»⁶³ bezeichnet.

Grobfahrlässigkeit darf nicht so streng ausgelegt werden, dass im Ergebnis eine Haftung für mittlere oder leichte Fahrlässigkeit entsteht, welche in Art. 52 AHVG nicht vorgesehen ist (...): ZAK 1985, 52 Erw. 2a i.f. In BGE 121 V 244 Erw. 4b setzte das EVG sodann einen «Normverstoss von einer gewissen Schwere» voraus.

⁵⁰ Es handelt dabei streng genommen um eine Obliegenheit und nicht um eine Pflicht, auf deren Erfüllung der Schädiger einen Anspruch hätte: *Karl Oftinger/Emil W. Stark*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. Aufl., Zürich 1995, § 6 vor N 37 Fn. 54.

⁵¹ Vgl. Art. 44 Abs. 1 (ev. i.V.m. Art. 99 Abs. 3) OR. Für eine sinngemässe Anwendung der allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätze auch *Forstmoser*, Verantwortlichkeit, Rz 1107; *Maurer*, 70; *Nussbaumer*, Haftung, 1081.

⁵² Seit kurzem scheinen die Ausgleichskassen bei Verzögerungen in der Beitragsleistung die einzelnen Verwaltungsräte persönlich anzuschreiben: *Häusermann*, 138. Durch diese einfache Massnahme wäre ein Mitverschulden auszuschliessen.

⁵³ Dazu ausführlich *Oftinger/Stark*, § 6 N 37 ff.

⁵⁴ Änd. d. Rsp. in BGE 122 V 185.

⁵⁵ *Guido Brusa*, Bemerkungen zu BGE 124 V 253, AJP 1999, 337, stellte unlängst eine begrüssenswerte Entwicklung fest, nach welcher die Haftpflicht gemäss Art. 52 AHVG an den allgemeinen Haftpflichtgrundsätzen gemessen werde. Die bisherige Praxis habe die Ausgleichskassen zu grosser Nachlässigkeit beim Prämieninkasso bzw. zu einem «sorglosen Vertrauen» auf die Möglichkeit des nachträglichen Inkassos über Art. 52 AHVG veranlasst.

⁵⁶ Pra 2002, 457 Erw. 3c.

⁵⁷ Gl.M. *Pierre Engel*, Traité des obligations en droit suisse, 2. Aufl., Bern 1997, 714.

⁵⁸ Art. 43 Abs. 1 OR (ausservertragliche Haftung), Art. 99 Abs. 2 OR (vertragliche Haftung), Art. 248 Abs. 1 OR (Haftung des Schenkers).

⁵⁹ Nach *Engel*, 714, wird eine Fahrlässigkeit überdies mit geringerer Missbilligung («réprobation atténuée») bedacht, wenn sie sich im Rahmen einer unentgeltlichen Tätigkeit ereignet.

⁶⁰ Vgl. Art. 3 Abs. 2 ZGB mit Bezug auf den guten Glauben.

⁶¹ Es ist hier sinngemäss auf die Bemerkung in Fn. 36 zu verweisen.

⁶² BGE 127 III 448 Erw. 4b/bb; vgl. auch *Oftinger/Stark*, § 7 N 67 ff., m.w.H.

⁶³ *Roland Brehm* in: Berner Kommentar, Kommentar zu Art. 41–61 OR, 2. Aufl., Bern 1998, Art. 43 N 55a.

3. Solidarität

Bei der Annahme von Herabsetzungsgründen wäre die aktienrechtliche Regelung über die differenzierte Solidarität⁶⁴ u.E. mit der Konsequenz anzuwenden gewesen, dass eine Haftung von X auch gegenüber der Ausgleichskasse nur im Umfang seines Verschuldens bestanden hätte.⁶⁵ Diese Lösung entspräche nicht nur der Nähe des Sachverhalts zu den klassischen Fällen aktienrechtlicher Verantwortlichkeit, sondern läge auch auf der Argumentationslinie des EVG, das ansonsten häufig auf allgemeine Grundsätze verweist.⁶⁶

IV. Fazit

Eine persönliche Haftung von Vorstandsmitgliedern bzw. Verwaltungsräten für nicht bezahlte AHV-Beiträge findet weder im AHV-Gesetz noch im übrigen Recht eine tragfähige gesetzliche Grundlage und entbehrt insbesondere nach der Wiedereinführung des Konkursprivilegs für AHV-Beitragsforderungen⁶⁷ jeder Rechtfertigung.⁶⁸ Umso verfehlt sind die Be-

strebungen, die in der Lehre aufs Schärfste kritisierte⁶⁹ Rechtsprechung des EVG im Zuge der 11. AHV-Revision gesetzlich noch zu verankern.⁷⁰

90er Jahre, insbesondere im Anschluss an die Abschaffung des Konkursprivilegs per 1. Januar 1997, vgl. *Häusermann*, 135; *Nussbaumer*, Haftung, 1073; vgl. ausserdem die Angaben bei *Urs-Christoph Dieterle/Ueli Kieser*, Der Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG, ST 1995, 657. Nach *Achermann*, 125, steht die der herrschenden Gerichts- und Verwaltungspraxis zugrunde liegende Auffassung «in Widerspruch zur gesetzlichen Ordnung». *Böckli* bezeichnet die Praxis als «stossend» und konstatiert, der Begriff der Grobfahrlässigkeit sei von den Sozialversicherungsbehörden «geradezu grobfahrlässig ausgedehnt worden» [*Böckli*, Aktienrecht, Rz 1618a; *derselbe*, Haftung, 98]. *Brusa*, 337, spricht von einer «Verluderung» der Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG als faktischer Kausalhaftung und von einem «Missbrauch» dieser Bestimmung. Nach *Forstmoser* legt die «nicht haltbare» Praxis Massstäbe an, die «im Widerspruch zu den allgemeinen Vorstellungen stehen und weltfremd sind» [*Peter Forstmoser*, Beschränkung des Risikos als Verwaltungsrat – aber wie?, in: Die Haftung des Verwaltungsrates (SSHW 87), Zürich 1986, 33 Fn. 19; *derselbe*, Verantwortlichkeit, N 1084]. *Häusermann*, 137, bezeichnet die Rechtsprechung als «wirklichkeitsfremd». *Hütte* meint, dass derjenige, der sich mit der Praxis der Ausgleichskassen und des EVG beschäftigt, sich kaum des Eindrucks erwehren könne, «als sei der Schweizer VR zur Grobfahrlässigkeit geradezu prädestiniert» [*Klaus Hütte*, Die Risiken des Verwaltungsrates aus der Sicht der Versicherung, in: Die Haftung des Verwaltungsrates (SSHW 87), Zürich 1986, 42]. *Kuhn* verweist diesbezüglich auf «z.T. lebensfremde Vorstellungen über die Realitäten in einer Unternehmung», welche bei den Gerichten vorherrschen. *Maurer*, 67, hält die Ausdehnung der Haftpflicht auf die Organe für «nicht unbedenklich» und für unbegründet. Nach *Nussbaumer*, Haftung, 1080, erweckt die Praxis nicht nur «aus rechtlicher Sicht Bedenken»; sie sei auch «sachlich nicht gerechtfertigt». *Stadlin* fasst die Kritik unter den Stichworten «überharte Praxis» und «unzutreffende Rechtsanwendung» zusammen. *Watter* bezeichnet die Strenge der Gerichtspraxis als «kurzsichtig» und spricht von einer «unverständlich» weiten Auslegung [*Rolf Watter*, Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates für Beitragszahlungen an die AHV im Sinne von Art. 52 AHVG, AJP 1994, 512; *derselbe* in: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, 2. Aufl., Basel 2002, Art. 717 N 11]. *Wiegand* sieht sich einer «kaum noch nachvollziehbaren Ausdehnung der Pflichten des Verwaltungsrats» gegenüber [*Wolfgang Wiegand*, Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in: von Büren/Hausheer/Wiegand (Hrsg.), Grundfragen des neuen Aktienrechts – Symposium aus Anlass der Emeritierung von Rolf Bär, Bern 1993, 8].

⁶⁴ Art. 759 Abs. 1 OR.

⁶⁵ Gl.M. *Nussbaumer*, Haftung, 1082.

⁶⁶ Vgl. dazu die vorne unter [II.] zitierten Erwägungen des EVG. Vgl. ausserdem BGE 109 V 90 mit Bezug auf Art. 759 Abs. 1 OR in der vor dem 1. Juli 1992 geltenden Fassung, die noch eine absolute Solidarität vorsah. Im genannten Entscheid lehnte das EVG ausserdem eine analoge Anwendung von Art. 9 Abs. 2 VG – und damit eine anteilmässige Haftung – mit wenig überzeugender Begründung ab: BGE 109 V 89 ff. Erw. 7. Vgl. dazu *Frésard*, 3 f.

⁶⁷ Art. 219 Abs. 4 Zweite Klasse lit. b SchKG in der Fassung vom 24. März 2000, in Kraft seit 1. Januar 2001.

⁶⁸ Vgl. dazu den Bericht der zuständigen nationalrätlichen Kommission zur Parlamentarischen Initiative «Konkursprivileg und Sozialversicherungen», die zur Wiedereinführung des Konkursprivilegs für AHV-Beitragsforderungen per 1. Januar 2001 führte: «Die wachsenden Verluste führen [...] direkt zu mehr Arbeitgeberhaftungsverfahren. [...] Diese wenig sinnvolle Verlagerung weg von den primären Schuldern verursacht den Durchführungsorganen der Sozialversicherung einen riesigen Mehraufwand [...]» (BBl 1999, 9128). Das Bundesamt für Sozialversicherung wird im selben Bericht mit der folgenden Stellungnahme zitiert: «Die Arbeitgeberhaftung hat aber durch die Abschaffung des Konkursprivilegs eine Bedeutung und einen Umfang angenommen, der schwer mit dem normalen Inkasso der AHV zu vereinbaren ist. Es ist nicht primär Aufgabe der AHV, Verwaltungsräte haftbar zu machen. Es wäre sinnvoller, wenn man die Beiträge auf dem Weg der Privilegierung einziehen könnte.» (BBl 1999, 9131). Zur Zunahme der Schadenersatzverfügungen im Laufe der

⁶⁹ Vgl. dazu die Ausführungen des Bundesrats in der Botschaft über die 11. Revision der Alters- und Hinterlassenenversicherung und die mittelfristige Finanzierung der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 2. Februar 2000 (BBl 2000, 2006 ff.).

Selbst bei der gewagten Annahme, die geltenden gesetzlichen Regelungen vermöchten eine Haftung zu begründen, geht es nicht an, die Mitglieder des strategischen Führungsorgans einer Gesellschaft mit Aufgaben zu konfrontieren, die im Bereich des AHV-Beitragswesens über eine generelle Aufsicht hinausreichen und die sie aus praktischer Sicht gar nicht wahrnehmen können. Hinsichtlich der Grobfahrlässigkeit, auf die Artikel 52 AHVG die Haftung beschränkt, wäre sodann auf die herkömmliche privatrechtliche Definition zurückzugreifen. Nach allgemeinen privatrechtlichen Grundsätzen hätte sich fer-

ner die Herabsetzung des Schadenersatzes wegen Mitverschuldens der Geschädigten sowie wegen unentgeltlicher Tätigkeit des Schädigers zu richten. Die von der Gerichtspraxis *contra legem* entwickelte faktische Kausalhaftung bar jeder Entlastungsmöglichkeit stellt demgegenüber ein unwägbares Risiko dar und lässt die Bereitschaft, sich in einer Gesellschaft als Mitglied der Exekutivorgane zu betätigen, weiter sinken – und den Personalaufwand weiter steigen.⁷¹

Was bleibt, ist deshalb die Erkenntnis: Auch dem Nationalheiligtum AHV sind keine Sündenböcke zu opfern.

⁷¹ Die Praxis führt im Übrigen dazu, dass Verwaltungsräte gut beraten sind, bei den ersten Anzeichen einer Krise zu demissionieren und die Gesellschaft ihrem Schicksal zu überlassen: Vgl. dazu die Ratschläge von *Häusermann*, 136, und *Watter*, Verantwortlichkeit, 512 f., nach dem man dem Verwaltungsrat einer in Schwierigkeiten geratenen Gesellschaft offenbar nur noch raten kann, «sofort den Konkurs herbeizuführen», «Arbeitnehmer so schnell wie nur irgend denkbar zu entlassen» und «sämtliche anderen Gläubiger gegenüber den Ausgleichskassen zu benachteiligen».