

Gesetzgebung und Rechtsprechung wurden aufbereitet von **Dr. Thiemo Sturny** und **lic. iur. Dzevrije Zendeli**, beide Walder Wyss AG (Zürich)



Konzernverantwortung

Nach zähem Ringen haben die beiden Kammern des Bundesparlaments im Juni 2020 dem Vorschlag ihrer Einigungskonferenz zugestimmt und der Volksinitiative «Für verantwortungsvolle Unternehmen – zum Schutz von Mensch und Umwelt» (Konzernverantwortungsinitiative) den vom Ständerat ausgearbeiteten indirekten Gegenvorschlag gegenübergestellt. Bereits im Vorfeld der parlamentarischen Abstimmungen hatten die Initianten erklärt, dass sie bei diesem Ausgang der parlamentarischen Beratungen die Konzernverantwortungsinitiative nicht zurückziehen würden. So kommt es am 29. November 2020 zu einer viel beachteten Abstimmung über ein hochemotionales Thema mit potenziell weitreichenden Auswirkungen für die Arbeit in Verwaltungsräten.

Kernpunkte der Initiative ...

Die Initiative verlangt im Wesentlichen, dass Schweizer Unternehmen international anerkannte Menschenrechte und Umweltstandards weltweit einhalten, diesbezüglich umfangreiche Sorgfaltsprüfungen vornehmen und über ergriffene Massnahmen Bericht erstatten. Im Weiteren sieht die Initiative vor, dass Schweizer Unternehmen nicht nur für eigenes Fehlverhalten haften, sondern auch für das Fehlverhalten von (ausländischen) Tochtergesellschaften oder wirtschaftlich abhängigen Geschäftspartnern, z.B. abhängigen ausländischen Zulieferern. Eine Haftung fällt nur dann weg, wenn das Unternehmen die Einhaltung der Sorgfaltspflichten beweisen kann («Umkehr der Beweislast»). Ausnahmen von diesen Verpflichtungen soll der Gesetzgeber für KMUs vorsehen, die geringe Risiken in den Bereichen Menschenrechte und Umweltschutz aufweisen.

... und des indirekten Gegenvorschlags

Der indirekte Gegenvorschlag des Parlaments orientiert sich an der EU-Richtlinie 2014/95/EU (CSR-Richtlinie) und sieht für Publikumsgesell-

schaften und grosse Finanzinstitute eine Berichterstattungspflicht über nichtfinanzielle Belange vor, d.h. Umwelt, Soziales, Arbeitnehmer, Achtung der Menschenrechte sowie Bekämpfung der Korruption. Im Bereich Konfliktmineralien und Kinderarbeit werden alle Unternehmen (Ausnahmen für Tiefrisikounternehmen und KMUs sind vom Bundesrat zu bestimmen) verpflichtet, neben der Berichterstattung auch Sorgfaltspflichten wahrzunehmen und namentlich Risiken schädlicher Auswirkungen in der Lieferkette zu identifizieren und Massnahmen zu deren Minimierung zu treffen. Keine Änderung sieht der Gegenvorschlag beim aktuellen Haftungsregime vor. Ausländische Tochtergesellschaften und wirtschaftlich abhängige Zulieferer könnten wie bisher selber vor den zuständigen ausländischen Gerichten für Fehlverhalten haftbar gemacht werden, ohne dass aber eine zusätzliche Konzernhaftung des Schweizer Mutterunternehmens vorgesehen wird.

Auswirkungen für die Arbeit im Verwaltungsrat

Da bei einer Ablehnung der Konzernverantwortungsinitiative automatisch der indirekte Gegenvorschlag in Kraft treten wird (vorbehaltlich eines Referendums), werden für den Verwaltungsrat betroffener Unternehmen nach dem Abstimmungswochenende in jedem Fall neue Pflichten entstehen. In Bezug auf die nichtfinanziellen Berichterstattungspflichten und die Pflichten betreffend Konfliktmineralien würde die Schweiz bei beiden Varianten (soweit von der Initiative erfasst) im Wesentlichen dem internationalen Trend folgen, unter dem in verschiedenen Jurisdiktionen in den letzten Jahren ähnliche Pflichten eingeführt wurden. Weitgehend Neuland würde die Schweiz bei Annahme der Initiative mit der Einführung der Konzernhaftung für Tochterunternehmen und wirtschaftlich abhängige ausländische Zulieferer mit Umkehr der Beweislast betreten. Die Auswirkungen auf die Arbeit im Verwaltungsrat betroffener Unternehmen (alle

Unternehmen mit Sitz, Hauptverwaltung oder Hauptniederlassung in der Schweiz mit Ausnahme von noch zu definierenden «Tiefisiko-KMUs») wären ohne Zweifel weitreichend.



Haftung von Organen für Sozialversicherungsbeiträge

Neuere Rechtsprechung

Die Haftung von Verwaltungsräten und anderen Organen für der Ausgleichskasse entgangene Sozialversicherungsbeiträge (AHV/IV/EO/ALV) ist ein bekanntes Thema und aufgrund der gegenwärtigen Entwicklungen um COVID-19 aktueller denn je. Gleich mehrere neuere Entscheide befassen sich mit der Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG. Kann die Arbeitgeberfirma die Beitragsleistungen wegen Zahlungsunfähigkeit nicht erfüllen, in der Regel da die Arbeitgeberfirma in Konkurs geraten ist, können subsidiär die verantwortlichen Organe direkt und unmittelbar belangt werden.

Eine Haftung setzt insbesondere voraus, dass das fragliche Organ auch tatsächlich die Möglichkeit hatte, den eingetretenen Schaden zu verursachen bzw. zu verhindern. Wenn ein Verwaltungsrat nicht aktiv in die Leitung seiner Gesellschaft eingreift, kann er gerade auch dadurch ersatzpflichtig werden.

In diesem Sinne erwog das *Sozialversicherungsgericht Zürich* mit *Entscheidung AK.2018.00022 vom 11. Dezember 2019*, ob und inwieweit eine Handlung der Gesellschaft einem bestimmten Organ angerechnet werden könne, hänge von dessen rechtlicher und faktischer Stellung innerhalb der Firma und demnach von seiner Verantwortung und Kompetenz ab. Nicht jedes einer Firma als solcher anzulastende Verschulden müsse auch ein solches ihrer sämtlichen Organe sein. Insbesondere bei einfachen Verhältnissen wird von den Organen aber verlangt, dass sie den Überblick über

die wesentlichen Belange der Gesellschaft haben und dass sie auf die Beitragszahlung an die Ausgleichskasse Einfluss nehmen können. Im zugrunde liegenden Fall entschied das Gericht, dass der formell eingesetzte Geschäftsführer sowie einzige Gesellschafter für die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge einzustehen habe, nachdem diese bei der GmbH uneinbringlich waren.

In einem anderen Fall, den das *Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt* mit *Entscheidung AH.2019.1 am 14. Oktober 2019* beurteilte, wurde entschieden, dass auch eine zweijährige Untersuchungshaft mit nur eingeschränkten Kommunikationsmöglichkeiten den einzigen Verwaltungsrat einer AG nicht von der Haftung für nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge entbinden könne. Es genüge für eine Haftung, dass das Organ zumindest über Vermögen disponieren und eine Zahlung an die Ausgleichskasse veranlassen könne. Zudem hätte er jederzeit zurücktreten und so seine Haftung beschränken können.

Mit der Übernahme der Organfunktion übernimmt ein Organ grundsätzlich nicht nur die Verantwortung für die laufenden, sondern auch für die vor der Übernahme des Amtes unbezahlt gebliebenen Beiträge. Ausschlaggebend ist, dass das betreffende Organ im massgeblichen Zeitpunkt des Schadenseintritts als Organ tätig gewesen ist.

Das *Kantonsgesicht Luzern* verneinte in seinem *Entscheidung 5V 18 268 vom 8. Oktober 2019* eine Haftung des einzigen Gesellschafters und einzelzeichnungsberechtigten Geschäftsführers einer GmbH. Zwar sei ein Organ grundsätzlich auch für die vor Funktionsübernahme unbezahlt gebliebenen Beiträge verantwortlich, jedoch gelte dieser Grundsatz nicht, wenn der Schaden bereits vorher eingetreten sei. Ein Schaden gelte als eingetreten, sobald anzunehmen sei, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können. Da vorliegend der Verlustschein für unbezahlte Beitragsrechnungen

bereits vor der Funktionsübernahme des Geschäftsführers vorgelegen hatte, fehlte es an der erforderlichen Kausalität für eine Haftung.

Grundsätzlich begründet die Stellung als Gesellschafter einer GmbH, vorbehaltlich einer abweichenden Statutenbestimmung, noch keine Kontroll- und Überwachungspflicht. Anders ist dies, falls faktisch die Funktion eines Geschäftsführers ausgeübt wird. In diesem Sinne bejahte das *Sozialversicherungsgericht Graubünden* mit *Entscheidung S 17 109 vom 19. Juni 2018* Kontroll- und Überwachungspflichten als materielles Organ und damit die Haftung eines Gesellschafters einer GmbH, der mit Einzelzeichnungsbezeichnung ausgestattet war. Es war erstellt, dass der Gesellschafter einen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Unternehmens ausübte. Relevant war auch, dass er seine Privatadresse als Zustelladresse für sämtliche Post der Ausgleichskasse an die GmbH angegeben hatte. Das Gericht liess offen, ob bereits die Eintragung eines Gesellschafters mit Einzelzeichnungsbezeichnung genügt, um als formelles Organ zu gelten.

In einem *Entscheidung 5A_860/2016 vom 9. Oktober 2017* entschied das *Bundesgericht*, dass Verpflichtungen aus unerlaubten Handlungen (wozu auch eine Haftung nach Art. 52 AHVG zählt) des Erblassers auf die Erben, welche die Erbschaft angenommen haben, übergehen. Die Ehefrau eines ehemaligen Organs konnte deshalb erfolgreich für unbezahlte Sozialversicherungsbeiträge betrieben werden.

Liegen besondere Umstände vor, kann die Nichtbezahlung der Beiträge ausnahmsweise erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen und eine Haftung entfallen. Dies kann der Fall sein, wenn es einem Arbeitgeber, der sich in angespannter finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Gemäss einem *Entscheidung AK.2018.00014 des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 17. September 2019* ist das Vorliegen einer solchen Ausnahmesituation an strenge Anforderungen ge-

bunden. Diese verlangen eine seriöse Lagebeurteilung sowie objektive Umstände, die darauf schliessen lassen, dass die ausstehenden Forderungen innert nützlicher Frist beglichen werden können. Weiter führte das Gericht aus, dass bei Liquiditätsengpässen die Lohnzahlungen auf ein Mass zu reduzieren seien, welches die Entrichtung der darauf anfallenden Sozialversicherungsbeiträge erlaube. Im zugrunde liegenden Fall hatte die Arbeitgeberin wiederholt und über mehrere Jahre hinweg immer wieder gegen die ihr obliegende Pflicht zur Zahlung der Sozialversicherungsabgaben verstossen, weshalb das Vorliegen von nur kurzfristigen Liquiditätsproblemen verneint und eine Haftung der Organe bejaht wurde.

Bemerkungen

Die Haftung nach Art. 52 AHVG bleibt streng. Sobald die Sozialversicherungsabgaben nicht bei der Gesellschaft eingeholt werden können, haben die Organe fast keine Möglichkeiten, sich ihrer subsidiären Haftung zu entziehen. In Krisensituationen sollten Verwaltungsräte und andere Organe darum besorgt sein, dass zumindest diese Forderungen beglichen werden, unter Umständen durch Reduktion der Lohnzahlungen auf ein Mass, welches die Entrichtung der darauf anfallenden Sozialversicherungsbeiträge erlaubt. Aufzupassen ist – gerade in Krisenzeiten – auch auf Situationen, wo nicht formell als Organ eingesetzte Personen faktisch Organfunktionen ausüben und so in eine Haftungssituation geraten können. Entlastung kann für finanziell in Bedrängnis geratene Arbeitgeber auch ein mit der Ausgleichskasse vereinbarter Zahlungsaufschub bringen.