



Dokument	<b>GesKR 2009 S. 246</b>
Autor	<b>Daniel Häring, Christian Hochstrasser</b>
Titel	<b>Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG: Faktische Organstellung und Grenzen der Haftung - Besprechung der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts 9C_535/2008 vom 3. Dezember 2008 und 9C_859/2007 vom 16. Dezember 2008</b>
Publikation	<b>GesKR - Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht</b>
Herausgeber	<b>Daniel Daeniker, Dieter Dubs, Rudolf Tschäni, Hans-Ueli Vogt, Rolf Watter, Jean-Baptiste Zufferey</b>
ISSN	<b>1661-7673</b>
Verlag	<b>Dike Verlag AG</b>

## **Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG: Faktische Organstellung und Grenzen der Haftung Besprechung der Urteile des schweizerischen Bundesgerichts 9C\_535/2008 vom 3. Dezember 2008 und 9C\_859/2007 vom 16. Dezember 2008**

Daniel Häring/Christian Hochstrasser\*

---

GesKR 2009 S. 246

### **Kernsätze**

1. Für einen angestellten "Consultant (COO)" besteht das Risiko, aufgrund des Kürzels "COO" (Chief Operating Officer) als faktisches Organ der Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG zu unterliegen, obwohl ein "Consultant" im Regelfall keine Organstellung hat.
2. Die Rechtsform, in der ein Arbeitgeber im Rechtsverkehr auftritt, hat auf dessen Haftung nach Art. 52 AHVG keinen Einfluss. Ebenso ist für die Verantwortlichkeit nicht von Bedeutung, ob die Tätigkeit als Organ gegen Entgelt oder ehrenamtlich ausgeübt wird.
3. Die Voraussetzungen der Organverantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG sind mangels adäquater Kausalität nicht gegeben, wenn der Arbeitgeber (als juristische Person) zum Zeitpunkt des Rücktrittes der Organperson zwar sozialversicherungsrechtliche Ausstände aufweist, finanziell aber noch gesund ist.

---

\* Dr. iur. Daniel Häring, Advokat bei Bockli Bodmer & Partner, Basel, Lehrbeauftragter an der Universität Basel und Vizepräsident Bezirksgericht Liestal, und lic. iur. Christian Hochstrasser, Wissenschaftlicher Mitarbeiter von Prof. Dr. iur. Peter Bockli, Mitarbeiter bei Bockli Bodmer & Partner, Basel.

## I. Sachverhalt

Den beiden Urteilen lagen kurz zusammengefasst folgende Sachverhaltskonstellationen zugrunde:

Urteil 9C\_535/2008: Z. war ab 1. Januar 2003 Angestellter der Firma X. AG in der Funktion eines "Consultant (COO)". Darüber hinaus war er bis zum 2. April 2003 gleichzeitig Mitglied ihres Verwaltungsrates. Am 25. Februar 2004 wurde Z. auf den 31. August 2004 gekündigt und ihm mitgeteilt, dass er die operative Verantwortung als Geschäftsführer per 1. März 2004 abzugeben habe. Durch die Konkursöffnung über die X. AG (Datum nicht erwähnt) kam die Ausgleichskasse des Kantons Thurgau zu einem Verlust. Mit Verfügung vom 9. März 2006 verpflichtete sie Z. zur Zahlung von Schadenersatz für unbezahlt gebliebene Sozialversicherungsbeiträge aus den Jahren 2002 bis 2004.

Urteil 9C\_859/2007: Der Fussballclub X. war als Verein organisiert und fungierte als Arbeitgeber. Die Kantonale Ausgleichskasse des Kantons Waadt stellte bei zwei Kontrollen bei X. in den Jahren 1999 (für den Zeitraum 1994-1997) und 2003 (für den Zeitraum 1998-2002) AHV-Beitragsausstände fest. Nachdem der Verein X. die betreffenden Ausstände nicht beglichen hatte, verfügte die Ausgleichskasse gegenüber den beiden ehemaligen Vorstandsmitgliedern A. (Vereinspräsident von 1995-1999) und B. (Vizepräsident 1995-2001, Präsident 2002/2003) am 14. April 2005 die Bezahlung der ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge. Zum Zeitpunkt des Ausscheidens von A. befand sich der Verein noch in gesunden finanziellen Verhältnissen.

## II. Erwägungen und Entscheide

### 1. Urteil 9C\_535/2008: Faktische Organstellung

Das Bundesgericht bestätigt seine konstante Praxis, wonach die subsidiäre Haftung nach Art. 52 Abs. 1 AHVG eine formelle oder faktische Organstellung beim beitragspflichtigen Arbeitgeber voraussetzt<sup>1</sup>. Im konkreten Fall hatte das Bundesgericht die Frage zu klären, ob die Vorinstanz Z., als "Consultant (COO)" der Firma X. AG, zu Recht als faktisches Organ beurteilt hatte. Dabei war insbesondere strittig, welche Tätigkeiten in der

---

GesKR 2009 S. 246, 247

Führung der beitragspflichtigen Gesellschaft eine faktische Organstellung begründen und somit als Indizien subsidiär die Grundlage für eine Haftung bilden<sup>2</sup>.

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau qualifizierte Z. als faktisches Organ, namentlich aufgrund der Bezeichnung seiner Tätigkeit als "Consultant (COO)" im Einzelarbeitsvertrag. Ein "COO" sei gemäss gängiger Definition ein Manager, der das operative Geschäft leite und betreue, woraus sich schliessen lasse, auch Z. müsse eine Verantwortung für interne finanzielle Belange zugekommen sein. Z. soll ausserdem zwei Kündigungsschreiben an Mitarbeiter mit dem Kürzel "CEO" mitunterzeichnet haben. Und schliesslich sei im Kündigungsschreiben gegenüber Z. ausdrücklich festgehalten worden, dass Z. per 1. März 2004 die operative Verantwortung als Geschäftsführer abgebe. Damit war für das Verwaltungsgericht die zentrale Funktion von Z. in der X. AG hinreichend dargetan<sup>3</sup>.

Das Bundesgericht bestätigte zunächst seine Definition der faktischen Organschaft, die vorliegt, wenn die natürlichen Personen "tatsächlich die Funktion von Organen erfüllen, indem sie diesen vorbehaltenen Entscheide treffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgen und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend

---

1 Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 2.

2 Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, vgl. insb. E. 5.2.

3 Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 3.



mitbestimmen"<sup>4</sup>. Im Weiteren stützte das Bundesgericht die Beurteilung der Vorinstanz im Hinblick auf die Rolle von Z. und wies dessen Beschwerde ab. Es hielt in seinen Erwägungen zwar fest, die Vorinstanz habe mehrere Indizien, die gegen eine faktische Organstellung gesprochen hätten, nicht erwähnt oder nicht in die Beweiswürdigung miteinbezogen. So sei z.B. die Position von Z. primär als "Consultant", nicht als reiner "COO" bezeichnet worden; Z. habe allfällige Drittaufträge aus Gründen der Konkurrenz und wegen potenziellen Interessenkonflikten der Geschäftsleitung melden müssen, und spätestens bei der Übernahme der X. AG durch zwei neue Firmeninhaber seien die Entscheidungen in "allen strategischen und finanziellen Belangen" nicht mehr durch Z. getroffen worden<sup>5</sup>. Trotzdem führe dies zu keinem anderen Beweisergebnis. Insgesamt könne nicht gesagt werden, die Vorinstanz habe in unhaltbarer Weise die Beweise einseitig zugunsten der Ausgleichskasse gewürdigt; der tatsächliche Schluss auf eine faktische Organstellung sei nicht offensichtlich unrichtig gewesen. Entscheidend sei vielmehr, dass Z. in mehreren echtzeitlichen Dokumenten als in verantwortlicher leitender oder geschäftsführender Stellung erschien, weshalb die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung nicht offensichtlich unrichtig gewesen sei<sup>6</sup>.

## 2. Urteil 9C\_859/2007: Grenzen der Verantwortlichkeit

Im Urteil 9C\_859/2007 hielt das Bundesgericht zunächst fest, dass die Rechtsform, der sich ein Arbeitgeber bedient, auf dessen Haftung nach Art. 52 AHVG keinen Einfluss hat<sup>7</sup>. Daneben beschäftigte sich das Bundesgericht insbesondere mit der Frage, ob der Schaden der Versicherung tatsächlich adäquat kausal aus Beitragsrückständen während der Zeitperiode resultierte, für welche die beiden Beschwerdeführer verantwortlich waren.

In Bezug auf A. hielt das Bundesgericht fest, dass dieser in den Jahren 1995-1999 Präsident des Vereins gewesen war und in seiner hierarchisch übergeordneten Rolle auch die Gesamtsituation überblickt hatte<sup>8</sup>. Aus der Tatsache, dass A. als unabhängiger Unternehmer tätig war, leitete das Gericht ab, dieser müsse über die rechtlichen Pflichten im Zusammenhang mit den Sozialversicherungsbeiträgen im Bilde gewesen sein. Dem Argument von A., er sei über die Beitragsausstände während seiner Amtsführung nicht informiert gewesen, da der Verein erst nach seinem Rücktritt darüber offiziell in Kenntnis gesetzt worden sei, hielt das Bundesgericht entgegen, dass die Haftung für den eingetretenen Schaden aus Beitragsrückständen vom tatsächlichen Amtsantritt bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Amt anhalte<sup>9</sup> und somit der Zeitpunkt der Kenntnis der Ausstände grundsätzlich nicht massgeblich sei. Hingegen verneinte das Gericht die adäquate Kausalität zwischen der Sorgfaltspflichtverletzung von A. (unvollständige Deklaration gewisser Lohnzahlungen und Nichtbezahlung der entsprechenden Prämienrückstände) und dem später entstandenen Schaden. Im Zeitpunkt, in dem A. von seiner Funktion im Vereinsvorstand zurücktrat, war der Verein noch liquide und nichts wies auf die spätere prekäre finanzielle Situation des Clubs hin. Aus den Erwägungen des Bundesgerichts kann nur geschlossen werden, die Ausgleichskasse hätte zu jenem Zeitpunkt die Ausstände nach wie vor direkt beim - damals noch

---

<sup>4</sup> Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 2., unter Verweis auf BGE 132 III 523, 528 f.; BGE 114 V 213, 214 ff.

<sup>5</sup> Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 5.2.2.

<sup>6</sup> Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 5., insb. E. 5.2.3. Das Bundesgericht verwarf auch den Vorwurf von Z., durch die einseitige Berücksichtigung lediglich der sich für ihn negativ auswirkenden Indizien habe die Vorinstanz ihm die Folgen einer allfälligen Beweislosigkeit übertragen; von einem unzulässig aufgebürdeten Beweis negativer Tatsachen könne nicht gesprochen werden; darüber hinaus lasse Art. 8 ZGB auch eine "antizipierte" Beweiswürdigung zu (Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 5.1 unter Verweis auf BGE 127 III 519, 522).

<sup>7</sup> Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 2.4.

<sup>8</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 3.1. So zeichnete A. beispielsweise auch noch für geschäftsführende Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Vereinsrechnung vom November 1999 verantwortlich.

<sup>9</sup> Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 3.2 und E. 3.3.

---

GesKR 2009 S. 246, 248

liquiden - Verein als Arbeitgeber einfordern können, womit die Haftung von A. entfalle<sup>10</sup>.

Betreffend B. bestätigte das Bundesgericht hingegen die Haftung. Seine Einwände, er sei primär für die Öffentlichkeitsarbeit und nicht für die Buchführung verantwortlich gewesen und er habe darüber hinaus ehrenamtlich gearbeitet, fanden kein Gehör. B. habe als Vizepräsident in der Phase, in der sich die finanziellen Probleme des Vereins abgezeichnet und verstärkt hätten, seine statutarischen Aufsichts- und Sorgfaltspflichten betreffend die Vereinsfinanzen, insbesondere auch jene im Bereich der Sozialversicherungsabgaben, vernachlässigt. Zudem habe B. die Pflichten in diesem Bereich auch während seiner zeitlich darauffolgenden Präsidentschaft weiterhin vernachlässigt, womit er subsidiär für den entstandenen Schaden hafte. Der Umstand, dass B. ehrenamtlich gearbeitet habe, entbinde ihn nicht von den mit seinen Funktionen verbundenen Pflichten<sup>11</sup>.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Grundregel ist klar: Fügt ein Arbeitgeber der Alters- und Hinterlassenenversicherung durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften einen Schaden zu, so hat er diesen nach Art. 52 Abs. 1 AHVG subsidiär persönlich zu ersetzen. Die beiden Entscheide des Bundesgerichts leuchten einige praxisrelevante Aspekte dieser Haftung etwas näher aus.

#### 1. Rechtsform des Arbeitgebers

Das Bundesgericht hielt fest, dass die Rechtsform, in der ein Arbeitgeber im Rechtsverkehr auftritt, auf dessen Haftung nach Art. 52 AHVG keinen Einfluss hat<sup>12</sup>. Dem ist zuzustimmen. Entscheidend kann einzig die Legaldefinition von Art. 11 ATSG sein, wonach Arbeitgeber ist, wer Arbeitnehmer beschäftigt, und somit der Umstand, dass einer obligatorisch versicherten Person ein Entgelt in Form eines für die AHV-Beitragspflicht massgebenden Lohnes ausgerichtet wird<sup>13</sup>.

#### 2. Faktische Organschaft

Die subsidiäre Haftung natürlicher Personen nach Art. 52 Abs. 1 AHVG setzt u.a. eine formelle oder faktische Organstellung beim Arbeitgeber voraus<sup>14</sup>. Das Bundesgericht nahm im vorliegenden Urteil 9C\_535/2008 eine faktische Organstellung des "Consultant (COO)" Z. an. Dabei beschäftigte es sich aber weniger mit den Kriterien, nach denen eine solche Stellung zu bejahen ist, wie etwa mit der Frage, inwieweit Z. tatsächlich die Funktion eines Organs erfüllte bzw. sich "organtypisch" verhielt, indem er den Organen vorbehaltene Entscheide traf oder die eigentliche Geschäftsführung besorgte und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend mitbestimmte<sup>15</sup>. Das Bundesgericht prüfte vielmehr, ob die Vorinstanz die vorliegenden Beweismittel

---

<sup>10</sup> In diesem Sinne Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 3.4.

<sup>11</sup> Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 4., insb. E. 4.3.

<sup>12</sup> Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 2.4.

<sup>13</sup> Vgl. dazu auch Marco Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, Diss. Zürich 2008, N. 2 ff., m.w.H.

<sup>14</sup> Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 2.; BGE 114 V 78, 79 f.; BGE 114 V 213, 218; Roger Groner, Art. 52 AHVG - Praxis und Zweck der Arbeitgeberhaftung, SZW 2006, 81 ff., 83 f.; Marco Reichmuth (FN 13), N. 201, m.w.H.

<sup>15</sup> Vgl. zu diesen Kriterien Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 2.; BGE 132 III 523, 528 f.; BGE 128 III 92, 95; BGE 128 III 29, 31; BGE 114 V 213, 214 ff.; Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich 2004, § 18 N. 109 ff.; Christoph B. Bühler/Daniel Häring, Décharge im Konzern, SZW 2009, 103 ff., 107. Der Begriff des "organtypischen" Verhaltens wurde geprägt von Peter Forstmoser, Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht, in: Festschrift für Arthur Meier-Hayoz, Bern 1982, 125 ff.

hinreichend in die Entscheidung miteinbezogen hatte. Dabei stützte das Bundesgericht den Entscheid der Vorinstanz, die offensichtlich stark auf die - rein formelle - Bezeichnung der Tätigkeit des Haftenden als "Consultant (COO)" und auf das gemeine Verständnis vor allem der Rolle eines "COO" abstellte<sup>16</sup>.

Weder die Vorinstanz noch das Bundesgericht nahmen dabei aber eine klare Abgrenzung von "Consultant" und "COO" vor, obgleich ein eigentlicher Consultant eben gerade kein Chief Operating Officer bzw. "Manager" und somit grundsätzlich kein faktisches Organ ist. Wie stark der Beschwerdeführer in seiner tatsächlichen Funktion als "Consultant (COO)" in die Geschäftsführung und in die Willensbildung der Gesellschaft einbezogen wurde, geht aus der Urteilsbegründung nicht hervor. Im Gegensatz zu früheren Entscheiden<sup>17</sup> ging das Bundesgericht auch nicht auf die praktischen Tätigkeiten des Beschwerdeführers im Rahmen der finanziellen Verantwortung bei der Gesellschaft oder im Zusammenhang mit der AHV-Beitragspflicht ein. Das Bundesgericht befasste sich in seinen Erwägungen schliesslich auch nicht mit der Frage, wie "massgebend" die Mitbestimmung von Z. bei der Willensbildung der Gesellschaft tatsächlich war oder ob es konkrete Unterlassungen bei der Ausübung der Aufsichtsverantwortung im Bezug auf die AHV-Beitragszahlungen gegeben hatte<sup>18</sup>. Dies ist insofern erstaunlich, als das Eidgenössische Versicherungsgericht die faktische Organschaft bei reinen Beratungstätigkeiten oder bei der reinen Mithilfe bei der Beschlussfassung bisher verneint hatte<sup>19</sup>.

---

GesKR 2009 S. 246, 249

Obwohl die Vorinstanz also mehrere Tatsachen, die gegen eine faktische Organschaft sprachen, nicht in die Beweiswürdigung miteinbezogen hatte, erscheint es nach der Auffassung des Bundesgerichts aufgrund mehrerer "echtzeitlicher Dokumente" als nicht offensichtlich unrichtig, eine faktische Organstellung anzunehmen<sup>20</sup>.

Ob der Entscheid im Ergebnis richtig war, kann hier nicht abschliessend beurteilt werden; ebenso wenig, ob in casu nicht auch ein gegenteiliger vorinstanzlicher Entscheid bestätigt worden wäre. Der ausdrückliche Hinweis des Bundesgerichts auf die Bindung an die vorinstanzlichen Tatsachenfeststellungen bzw. die entsprechende Zurückhaltung des Bundesgerichts spricht in einem gewissen Masse für sich. Auf jeden Fall mutet die Begründung etwas formalistisch an und sie setzt die Tendenz der Rechtsprechung zu einer extensiven Interpretation der Haftung nach Art. 52 AHVG fort<sup>21</sup>. Für die Praxis bedeutet dies, dass bei einer Anstellungsbezeichnung, die formell auf eine leitende Stellung hindeutet, materiell jedoch kein massgebendes Mitbestimmungsrecht vermittelt, höchste Vorsicht angezeigt ist. Daneben ist eine regelmässige Dokumentation dieser Diskrepanz zwischen Bezeichnung und tatsächlicher Mitbestimmungsmöglichkeit empfehlenswert, sodass im Haftungsfall das "Sein" bewiesen und das Risiko vermindert werden kann, dass auf den "Schein" abgestellt wird.

### 3. Dauer der haftungsrelevanten Periode

Bei der formellen Organschaft beginnt die nach Art. 52 AHVG relevante Periode beim effektiven Antritt der entsprechenden Funktion, spätestens aber im Zeitpunkt der Handelsregistereintragung. Beim faktischen Organ spielt hingegen der Beginn der tatsächlichen Einwirkungsmöglichkeit im Bereich der Sozialversicherungsabgaben die

---

<sup>16</sup> Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 3. und E. 5.2.2.

<sup>17</sup> Vgl. etwa BGE 132 III 523, 528 f.; BGE 114 V 78, 79 f.; BGE 114 V 219, 224 f.; Urteil des EVG H 183/04 vom 31.10.2003, E. 3.

<sup>18</sup> Vgl. dazu Marco Reichmuth (FN 13), N. 610 ff.

<sup>19</sup> Urteil des EVG H 20/01 vom 21.6.2001, E. 5.; Urteil des EVG H 95/04 vom 8.3.2005, E. 6.2.

<sup>20</sup> Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 5.5.2 und E. 5.2.3.

<sup>21</sup> Eine Haftung, die mehr und mehr auch bei Unterlassungen im Bereich eigentlich rein leichter Fahrlässigkeit bejaht wird; vgl. insbesondere auch die Kritik bei Peter Böckli (FN 15), § 13 N. 572 ff., der sogar von einer "Garantenhaftung" spricht.

einzig entscheidende Rolle<sup>22</sup>. Was das Ende der Organstellung und somit der Haftung angeht, so genügt das formelle Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat bzw. die formelle Beendigung einer bestimmten Funktion mit entsprechender Handelsregistereintragung für sich allein nicht; massgebend ist vielmehr die tatsächliche Aufgabe der Stellung, welche die effektive Willensbeeinflussung ermöglicht. Diese Schwelle begrenzt die Haftung nach Art. 52 AHVG in zeitlicher Hinsicht<sup>23</sup>.

#### 4. Sorgfaltspflichtverletzung bei finanziell gesunder Gesellschaft

Das Urteil 9C\_859/2007 impliziert, dass die Voraussetzungen der subsidiären Organhaftung nach Art. 52 AHVG mangels adäquater Kausalität nicht gegeben sind, wenn der Arbeitgeber (als juristische Person) im Zeitpunkt des Rücktritts der Organperson zwar sozialversicherungsrechtliche Ausstände aufweist, die Gesellschaft finanziell aber noch gesund ist. Dies ist im Grundsatz zu begrüssen, würde aber einer Meinung der jüngeren Lehre insofern widersprechen, als diese davon ausgeht, eine Pflichtverletzung (Nichtbezahlung der AHV-Beiträge) sei immer geeignet, den im späteren Konkursfall eintretenden Schaden zu verursachen<sup>24</sup>.

Mit einem Grossteil der Lehre wäre es ausserdem zu begrüssen, wenn das Bundesgericht mit diesem Urteil einen Schritt in Richtung der Einführung der allgemeinen schadensrechtlichen Grundsätze des Haftpflichtrechts auch im Bereich der Verantwortlichkeit nach Art. 52 AHVG getan hätte. Im vorliegenden Fall könnte die sehr lasche bzw. zeitlich stark verzögerte Erhebung und Durchsetzung der Beitragsforderungen durch die Ausgleichskasse als Mitverschulden gewertet werden. Entgegen den allgemeinen Haftpflichtgrundsätzen hatte das Bundesgericht bisher in Fällen grobfahrlässigen Mitverschuldens der Ausgleichskassen nicht die Kausalität verneint, sondern je nach Sachverhalt eine bloss Herabsetzung des Schadenersatzes in Betracht gezogen; in Fällen leichter Fahrlässigkeit wurde bis anhin sogar eine Herabsetzung abgelehnt<sup>25</sup>. Die Verneinung der adäquaten Kausalität im vorliegenden Fall hätte im Lichte der haftpflichtrechtlichen Lehre die Annahme eines groben Mitverschuldens seitens der Ausgleichskasse vorausgesetzt; hingegen hätte ein Fall leichten Mitverschuldens zu einer Herabsetzung des Schadenersatzes geführt. Ob das Bundesgericht in casu das Verhalten der Waadtländer Ausgleichskasse tatsächlich unter

---

GesKR 2009 S. 246, 250

Würdigung dieser Grundsätze wertete, bleibt mangels entsprechender Ausführungen letztlich unklar<sup>26</sup>.

#### 5. Ehrenamtliche Tätigkeit

Mit seinem Urteil 9C\_859/2007 setzte das Bundesgericht eine Praxis fort, die bereits vom Eidgenössischen Versicherungsgericht in anderen Fällen geprägt wurde: Für die subsidiäre Haftung nach Art. 52 AHVG ist es nicht von Bedeutung, ob die

---

<sup>22</sup> Soweit ersichtlich unbestritten, vgl. statt vieler Marco Reichmuth (FN 13), N. 242 f., m.w.H.

<sup>23</sup> Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 3.3; sowie zumindest implizit Urteil des BGer 9C\_535/2008 vom 3.12.2008, E. 3. und E. 5.2.2. Vgl. dazu auch BGE 126 V 61, 61; BGE 123 V 172, 173; BGE 112 V 1, 4; Marco Reichmuth (FN 13), N. 244 ff.

<sup>24</sup> So insbesondere Marco Reichmuth (FN 13), N. 774 f.

<sup>25</sup> Vgl. dazu etwa BGE 122 V 185, 186; sowie jüngst Urteil des BGer 9C\_704/2007 vom 17.3.2008. - Vgl. für die Anwendung der schadensrechtlichen Grundsätze des Haftpflichtrechts Bürgi/von der Crone, Haftung für AHV-Beiträge, SZW 2002, 348 ff., 354; Guido Bursa, Bemerkungen zu BGE 124 V 253, AJP 1999, 336 f.; Peter Forstmoser, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987, N. 1107, insbesondere Fn. 2037; Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, AJP 1996, 1071 ff., 1081 f. - Anscheinend a.A. Marco Reichmuth (FN 13), N. 748 ff.

<sup>26</sup> Vgl. Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 3.3.



Organtätigkeit gegen Entgelt oder ehrenamtlich ausgeübt wird<sup>27</sup>. Die gegen diese Praxis vereinzelt in der Lehre erhobene Kritik<sup>28</sup> blieb auch im vorliegenden Entscheid ungehört; entsprechend hatte einer der ehrenamtlichen Präsidenten des Fussballvereins für die ausstehenden AHV-Beiträge persönlich zu haften. Damit bildet die ehrenamtliche Tätigkeit weiterhin keinen Herabsetzungsgrund analog zu Art. 43 OR, da die Ehrenamtlichkeit einerseits nicht dazu führt, dass die gesetzlichen Pflichten weniger sorgfältig wahrgenommen werden dürfen, und sich andererseits das Gefälligkeitsverhältnis nicht auf die Rechtsbeziehung zur geschädigten Versicherung bezieht<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 2.4; Urteile des EVG H 235/04 vom 18.4.2005, E. 5.2; H 221/02 vom 17.7.2003, E. 4.2.2; H 191/00 vom 26.2.2003, E. 3.2.3 und 4.3. Vgl. dazu auch Marco Reichmuth (FN 13), N. 719 f.

<sup>28</sup> Vgl. z.B. Bürgi/von der Crone (FN 25), 354.

<sup>29</sup> Urteil des BGer 9C\_859/2007 vom 16.12.2008, E. 2.4; Urteil des EVG H 200/01 vom 13.11.2001, E. 3.c); ebenso Marco Reichmuth (FN 13), N. 720, m.w.H.; Forstmoser/Spadin, Entwicklungen im Gesellschaftsrecht, SJZ 2005, 499 ff., 501; Hans Michael Riemer, Haftung von Vorständen eines Sportvereins nach Art. 52 AHVG, Anmerkungen zum Entscheid des Eidg. Versicherungsgerichts vom 15. September 2004 (H 34/04 = SVR 2005 AHV Nr. 7), CaS 2004, 261 ff., 268.