

Obergericht Appenzell Ausserrhoden
2. Abteilung

Urteil vom 9. Mai 2017

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichter R. Krapf, B. Dick, S. Plachel, Dr. M. Winiger Obergerichtsschreiber J. Kürsteiner
Verfahren Nr.	O2V 16 25
Sitzungsort	Trogen
Beschwerdeführerin	A ____ vertreten durch: RA B____
Vorinstanz	Sozialversicherungen Appenzell Ausserrhoden, Neue Steig 15, Postfach, 9102 Herisau
Gegenstand	Schadenersatz (Art. 52 AHVG)

Rechtsbegehren

a) der Beschwerdeführerin:

1. Es sei der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 18. August 2016 aufzuheben.
2. Es sei festzustellen, dass der Beschwerdegegnerin gegenüber der Beschwerdeführerin keine Schadenersatzforderung zusteht.
3. Eventualiter sei der Einspracheentscheid vom 18. August 2016 aufzuheben, und es sei die Angelegenheit für weitere Abklärungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Vorinstanz:

Die Beschwerde sei abzuweisen.

Sachverhalt

A. A.1

Mit Verfügung vom 5. April 2013 (Bg. act. 5.1) verpflichtete die Ausgleichskasse Appenzell Ausserrhoden A___ als (ehemalige) Präsidentin des Verwaltungsrats der C___ AG mit Einzelunterschrift (vom 2. April 2009 bis zum 8. April 2011) zu Schadenersatz in Höhe von Fr. 77'486.85, wie (auch) aus der Zusammenstellung der Forderung gleichen Datums (Bg. act. 5.1.1) hervorgeht. Gemäss dieser sei für die erwähnte Forderung als ehemalige Organe ferner D___ vom 1. Januar 2010 bis zur Konkurseröffnung (s. auch die entsprechende Verfügung vom 5. April 2013 [Bg. act. 5.5]) und - für einen Betrag von Fr. 8'046.60 - E___ für die Zeit ab April 2009 bis 10. März 2010 solidarisch schadenersatzpflichtig.

A.2

Dagegen liess A___ mit Schreiben vom 16. und vom 29. April 2013 (Bg. act. 5.2 und 5.4) vorsorglich Einsprache mit dem Antrag auf Aufhebung der Verfügung erheben, da sie nur auf dem Papier über eine Handlungsvollmacht verfügt, tatsächlich aufgrund eines Mandatsvertrages mit D___ aber ausschliesslich nach dessen Weisungen gehandelt habe.

A.3

Mit Entscheid vom 18. August 2016 (Bg. act. 5.7) wies die Ausgleichskasse die Einsprache ab. Nach einer Abschlagszahlung von D___ vom 3. Februar 2016 über Fr. 11'772.05 betrage der Schaden noch Fr. 65'714.80. A___ sei vorzuwerfen, dass sie sich überhaupt auf die Funktion als Strohfrau eingelassen habe. Ausserdem verfüge sie über einen Fachausweis als Buchhalterin und sei in der C___ AG für die Buchhaltung und die Lohnadministration zuständig gewesen. Deshalb habe sie auch Jahresrechnungen zuhanden der Ausgleichskasse unterzeichnet und Korrespondenz mit dieser geführt. Als Organ der Firma wäre es ihre Pflicht gewesen, sich über die pflichtgemässe Abführung der Sozialbeiträge Gewissheit zu verschaffen und andernfalls zu demissionieren, was jederzeit fristlos möglich gewesen wäre. Ihr Fehlverhalten trete gegenüber jenem von D___ nicht so eindeutig in den Hintergrund, dass der Kausalzusammenhang als unterbrochen gelten könnte.

B. B.1

Gegen diesen Entscheid liess A___ mit Schreiben vom 8. September 2016 wiederum durch RA B___ Beschwerde beim Obergericht mit den eingangs wiedergegebenen Anträgen erheben. Wer als Organ belangt werden könne, beurteile sich nicht nach formellen Kriterien, sondern danach, ob die betreffende Person Organen der Firma vorbehaltene Entscheide getroffen und so die eigentliche Geschäftsführung besorgt bzw. die Willensbildung der Firma massgeblich beeinflusst habe.

Selbst wenn man auf den Handelsregister-Eintrag abstellte, wäre der Beschwerdeführerin kein Fehlverhalten vorzuwerfen, da sie mangels entsprechender Weisungsbefugnis gar keine Zahlungen habe auslösen können. Das schuldhafte und kriminelle Verhalten von D___ - bei der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen laufe ein Strafverfahren wegen Betrug, Veruntreuung, ungetreuer Geschäftsbesorgung, Gläubigerschädigung, Misswirtschaft, Unterlassung der Buchführung und Urkundenfälschung - wiege so schwer, dass ein allfälliges Fehlverhalten von ihr eindeutig in den Hintergrund rücke und damit nicht mehr als adäquate Schadensursache gelten könne. Abgesehen davon sei sie bei der Annahme des Mandats gesundheitlich angeschlagen gewesen. Selbst wenn sie dieses aber ausgeschlagen hätte, wäre der Schaden nicht vermieden worden, weshalb ihr Verhalten für diesen nicht kausal sein könne.

Angesichts der langen Dauer des Einspracheverfahrens von mehr als drei Jahren ohne formelle Sistierung sei von einem stillschweigenden Verzicht auf die Schadenersatzforderung auszugehen, zumal die Verjährungsfrist nur zwei Jahre betrage und eine Unterbrechung nicht belegt sei.

B.2

Mit Beschwerdeantwort vom 11. Oktober 2016 hielt die Ausgleichskasse an ihrem Standpunkt fest.

B.3

Mit Replik vom 15. Dezember 2016 untermauerte die Beschwerdeführerin ihre Darstellung mit Auszügen aus dem Einvernahmeprotokoll der Staatsanwaltschaft St. Gallen betreffend D___ vom 11. Oktober 2016, auf welches in den Erwägungen noch einzugehen sein wird. So habe D___ Zahlungen aus einem Baukredit an eine Firma namens P___ über Fr. 176'000.-- (S. 10 f.) und an eine F___ AG über Fr. 382'000.-- veranlasst, obwohl beide keinerlei Aktivität aufgewiesen hätten. Das Kontokorrent bei der C___ AG habe er um Fr. 640'000.-- überzogen und sich gegenüber seiner Lebenspartnerin G___ dazu verpflichtet, ihr aus verschiedenen angeblich gewährten Darlehen den Betrag von Fr. 460'000.-- zurückzuzahlen, was weitgehend zu Lasten der C___ AG geschehen sei (S. 16). Seiner Lebenspartnerin habe er ferner Lohnzahlungen in sechstelligem Rahmen ausgerichtet, obwohl sie nicht für die erwähnte Firma tätig gewesen sei.

D___ habe aber auch bei anderen Gesellschaften delinquieret, was vom zuständigen Kreisgericht in einer dreiwöchigen Hauptverhandlung zu beurteilen sei. Nach Ansicht der Staatsanwaltschaft habe er mit grosser Empathie die von ihm beherrschten Gesellschaften mit Personen besetzt, die er teilweise ohne deren Wissen zur eigenen Bereicherung instrumentalisiert habe, und dies nicht nur mit einer "kleinen Buchhalterin" wie der Beschwerdeführerin, sondern teilweise auch mit illustren Geschäftsleuten. Die Anklage gegen ihn beruhe auf jahrelanger akribischer Kleinstarbeit eines Teams von Wirtschaftsanalysten der Staatsanwaltschaft und lasse erkennen, dass er sich besonders auf dem Gebiet der Buchhaltung und des Zahlungsverkehrs mit der ihm eigenen Raffinesse ausgetobt habe.

B.4

Mit Verfügung vom 21. Dezember 2016 verweigerte der Einzelrichter des Obergerichts die beantragte unentgeltliche Rechtspflege und -verbeiständung zufolge Aussichtslosigkeit des Beschwerdeverfahrens.

B.5

Mit Duplik vom 17. Januar 2017 entgegnete die Ausgleichskasse, mehrere Aussagen im Einvernahmeprotokoll belegten, dass die Beschwerdeführerin für die Buchhaltung und die Lohnadministration zuständig gewesen sei. Sie habe Abschlüsse und Lohnabrechnungen für die C___ AG erstellt und ausserdem Anweisungen betreffend Verbuchung gegeben.

Erwägungen

1. Das Obergericht beurteilt Beschwerden in Sozialversicherungssachen (Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 [ATSG; SR 830.1] i.V.m. Art. 28 Abs. 1 lit. b des Justizgesetzes vom 13. September 2010 [JuG; bGS 145.31]). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 52 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]), und die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der weiteren Prozessvoraussetzungen ergibt, dass diese sowohl hinsichtlich der Beschwerdeberechtigung als auch hinsichtlich der Form- und Fristerfordernisse erfüllt sind. Auf die Beschwerde ist deshalb einzutreten.
2. Da sich die von der Vorinstanz geltend gemachte Schadenersatzforderung auf Beitragsperioden vor dem 31. Dezember 2011 bezieht, sind die am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen neuen Vorschriften im Alters- und Hinterlassenenversicherungsrecht gemäss Änderung vom 17. Juni 2011 (AS 2011 S. 4745 ff.) nach der allgemeinen intertemporalrechtlichen Regel, wonach in zeitlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts galten, auf die vorliegende Schadenersatzverfügung nicht anwendbar, sodass diese nach den bisherigen Normen zu prüfen ist (BGE 130 V 445 E. 1). Keine relevante Bedeutung beizumessen ist in diesem Zusammenhang dem Zeitpunkt des Verfügungserlasses, haftet diesem doch stets eine gewisse Willkür an bzw. hängt er stark von nicht oder nur durch die Verwaltung beeinflussbaren Faktoren ab (BGE 139 V 335 E. 6.2). Materiellrechtlich macht die Prüfung nach bisherigem, vor dem 1. Januar 2012 gültigen Recht gegenüber der heutigen Regelung indessen keinen Unterschied, da die Bestimmung von Art. 52 AHVG betreffend die Arbeitgeberhaftung per 1. Januar 2012 lediglich insofern eine Anpassung erfuhr, als wichtige Charakteristika der Haftung aus der Rechtsprechung neu ausdrücklich in den Gesetzestext aufgenommen wurden, insbesondere in Art. 52 Abs. 2 AHVG, wobei an der Grundkonzeption der Haftung aber nichts geändert wurde (vgl. BBI 2011 S. 560 f.). Die frühere Rechtsprechung zur Arbeitgeberhaftung hat deshalb nach wie vor Gültigkeit.
3. 3.1
Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen (Art. 52 Abs. 1 AHVG). Verantwortlicher Arbeitgeber ist im vorliegenden Fall die C___ AG. Da die Organhaftung subsidiären Charakter hat, muss sich die Ausgleichskasse zuerst an den Arbeitgeber halten und kann erst dann direkt und unmittelbar an die Organe gelangen, wenn der Arbeitgeber zahlungsunfähig geworden ist (Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner

Organe nach Art. 52 AHVG, Zürich/Basel/Genf 2008, Rz. 196). Da das am 5. April 2011 über die C___ AG eröffnete Konkursverfahren am 24. Juni 2013 mangels Aktiven eingestellt wurde, ist deren Zahlungsunfähigkeit offensichtlich. Damit steht es der Vorinstanz frei, auf jene natürlichen Personen zurückzugreifen, die subsidiär für die Arbeitgeberfirma haften, also auch auf die Beschwerdeführerin.

3.2

Eine solche subsidiäre Haftung ist jedoch nur dann gegeben, wenn es sich bei ihr um ein Organ der Unternehmung im Sinne der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG handelt. Diese verläuft grundsätzlich parallel zu jener im Bereich der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit gemäss Art. 754 f. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR; SR 220]), weshalb die diesbezügliche Rechtsprechung auch im Schadenersatzbereich zu beachten ist (Reichmuth, a.a.O., Rz 198 f.). Wer als Organ einer juristischen Person belangt werden kann, beurteilt sich deshalb einerseits nach rein formellen Kriterien (formeller Organbegriff), andererseits bei deren Nichterfüllung zusätzlich auch danach, ob die betreffende Person Organen vorbehaltene Entscheide getroffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflusst hat (materieller bzw. faktischer Organbegriff [vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5; Urteil des Bundesgerichts 9C_646/2012 vom 27. August 2013 E. 5.1]).

3.3

Nach der Rechtsprechung kommen formelle oder gesetzliche Organe einer juristischen Person grundsätzlich immer als Schadenersatzpflichtige in Frage. Vorliegend amtierte die Beschwerdeführerin unbestrittenermassen ab 2. April 2009 als Präsidentin des Verwaltungsrates der C___ AG, und dies bis zur Löschung im Handelsregister am 8. April 2011. Damit kam ihr im Zeitraum, für den Beitragsausstände mittels der vorliegend angefochtenen Schadenersatzforderung geltend gemacht werden, formelle Organstellung zu. Als formelle Präsidentin des Verwaltungsrates unterstand die Beschwerdeführerin ohne weiteres der Haftungsnorm von Art. 52 AHVG (Urteil des Bundesgerichts 9C_651/2012 vom 15. Mai 2013 E. 6.1) und kann - sofern die dazu notwendigen weiteren Voraussetzungen (Schaden, Widerrechtlichkeit, Kausalzusammenhang, Verschulden) erfüllt sind - von der zu Schaden gekommenen Ausgleichskasse in Anspruch genommen werden.

4. 4.1

Der geltend gemachte Schaden besteht darin, dass die geschuldeten Beiträge aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht mehr erhoben werden können, sei es, weil die

Beitragsforderung verwirkt ist (Art. 16 AHVG), oder weil der Arbeitgeber - wie im vorliegenden Fall - zahlungsunfähig geworden ist (vgl. BGE 134 V 257 E. 3.2, 141 V 487 E. 2.2). Der Schaden entspricht grundsätzlich dem der Ausgleichskasse entgangenen Betrag (Kieser, in: Murer/Stauffer [Hrsg.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, AHVG, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, N 13 ff. zu Art. 52). Er unterscheidet sich insoweit von der eigentlichen Beitragsforderung, als zu dieser auch die Verwaltungskostenbeiträge und sämtliche Beiträge, welche die Ausgleichskasse für das Beitragsinkasso aufwenden musste, hinzukommen (vgl. Reichmuth, a.a.O., Rz. 367; BGE 121 III 382 E. 3).

4.2

Die Vorinstanz hat der Schadenersatzverfügung vom 5. April 2013 eine detaillierte Aufstellung über ihre Schadenspositionen beigefügt (act. 5.1.1). Insgesamt resultierte aus der Addition der einzelnen Positionen der von der Vorinstanz gegenüber der Beschwerdeführerin verfügte Schadenersatzbetrag von Fr. 77'486.85, der sich durch eine nachträgliche Zahlung von D___ vom 3. Februar 2016 von Fr. 11'772.05 auf Fr. 65'714.80 reduzierte. Die Höhe dieser Forderung wurde von der Beschwerdeführerin weder im Einsprache- noch wird sie im vorliegenden Beschwerdeverfahren in den einzelnen Positionen oder insgesamt bestritten. Es besteht deshalb kein Anlass, die Schadenersatzforderung einer weiteren Prüfung zu unterziehen, zumal keine offensichtlichen Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, dass einzelne Positionen falsch sein könnten.

5. 5.1

Betreffend die weitere Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit geht es um eine doppelte Prüfung: Zunächst ist abzuklären, ob Vorschriften des AHVG verletzt wurden, und danach, ob dieser Verstoss dem Arbeitgeber bzw. dem Organ entgegenzuhalten ist (Kieser, a.a.O., N 33 zu Art. 52). Nach Art. 14 Abs. 1 AHVG und Art. 34 ff. der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) hat der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten. Ferner hat er der Ausgleichskasse periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihm an die Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Werden wie vorliegend während einem gewissen Zeitraum Beiträge nicht oder nicht vollständig entrichtet, in der gleichen Zeit aber Löhne bezahlt, gilt dies als Verstoss gegen Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 36 AHVV und damit gegen die erwähnte öffentlich-rechtliche Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers bzw. gegen Art. 52 Abs. 1

AHVG (BGE 118 V 193 E. 2a, 132 III 523 E. 4.6; Urteil des Bundesgerichts 9C_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.1).

5.2

Da nicht nur dem Arbeitgeber, sondern auch dem ins Recht gefassten Organ ein widerrechtliches Handeln oder Unterlassen vorwerfbar sein muss (Reichmuth, a.a.O., Rz. 503), ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin Pflichten verletzt hat, die sie in ihrer Funktion als Präsidentin des Verwaltungsrates der C___ AG hätte einhalten müssen. Dem Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft obliegen nach Art. 716a Abs. 1 OR eine Reihe von unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben, so u.a. die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Ziff. 1), die Festlegung der Organisation (Ziff. 2), die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Ziff. 3), die Ernennung und Abberufung der mit der Geschäftsführung und der Vertretung betrauten Personen (Ziff. 4) und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Ziff. 5). Die Statuten können den Verwaltungsrat ermächtigen, die Geschäftsführung ganz oder teilweise an einzelne Mitglieder oder an Dritte zu übertragen (Art. 716b Abs. 1 OR). Nach Art. 717 Abs. 1 OR müssen die Mitglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, sämtliche Aufgaben mit aller Sorgfalt erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren. Grundsätzlich vertritt der Verwaltungsrat die Gesellschaft nach aussen, doch kann die Vertretung einem oder mehreren Mitglieder oder Direktoren übertragen werden (Art. 718 Abs. 1 und 2 OR), wobei die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Personen beim Handelsregister anzumelden und einzutragen sind (Art. 720 OR).

5.3

In Anbetracht dieser Vorschriften wird klar, dass die Beschwerdeführerin als im Handelsregister eingetragene Präsidentin des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift in widerrechtlicher Weise die ihr obliegende Pflichten nicht wahrgenommen hat. Dazu wäre sie auch aufgrund ihrer Ausbildung als Buchhalterin mit Fachausweis und angesichts des Umstands, dass sie anlässlich der Einvernahme durch das Konkursamt H___ gemäss Protokoll vom 12. November 2012 (Bg. act. 5.4.2) einräumte, die Lohnabrechnungen erstellt zu haben, gehalten gewesen. Ihre weiteren Vorbringen in diesem Zusammenhang,

insbesondere der Hinweis auf einen Mandatsvertrag mit D___, sind nachstehend im Zusammenhang mit der Prüfung des Verschuldens zu erörtern.

6. 6.1

Die Schadenersatzpflicht nach Art. 52 AHVG setzt ferner voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden sowohl ein natürlicher als auch ein adäquater Kausalzusammenhang besteht (BGE 119 V 401 E. 4a). Ersterer liegt bei jedem Umstand vor, der nicht weggedacht werden kann, ohne dass gleichzeitig der Schaden entfielen. Zweiterer wird bei jedem Umstand angenommen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen

Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen. Daran fehlt es, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten den Schaden nicht hätte verhindern können, was mit Gewissheit oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein muss (Urteile des Bundesgerichts 9C_135/2011 E. 4.3.1, 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 2.2).

6.2

Vorliegend steht ein Schaden zufolge pflicht- bzw. gesetzeswidriger Nichtleistung der geschuldeten Sozialbeiträge ausser Frage. Wurden Beiträge zurückbehalten, aber gleichzeitig Lohnzahlungen geleistet, ist ein (adäquater) Kausalzusammenhang ohne weiteres zu bejahen, da in einem solchen Fall zwar liquide Mittel der Unternehmung vorhanden sind, diese aber pflichtwidrig nicht für die Begleichung der Beitragsausstände verwendet wurden (vgl. Urteil des Bundesgerichts H 74/05 vom 8. November 2005 E. 4.3). Der für eine Haftung vorausgesetzte Kausalzusammenhang zwischen dem Verhalten der Beschwerde-führerin und dem eingetretenen Schaden ist damit zu bejahen.

6.3

Das Argument der Beschwerdeführerin, der Schaden wäre auch dann nicht vermieden worden, wenn sie sich nicht auf das Mandat als Verwaltungsrätin eingelassen hätte, da D___ mit grosser krimineller Energie gehandelt habe, ist nicht mehr als eine Hypothese, die die Adäquanz des Kausalzusammenhangs nicht in Frage zu stellen vermag.

7. 7.1

Die Haftung nach Art. 52 AHVG ist keine Kausalhaftung. Die Schadenersatzpflicht der Organe setzt vielmehr ein qualifiziertes Verschulden voraus. Eine Nichtabrechnung oder Nichtbezahlung der Beiträge als solche kann nicht bereits einem haftungsbegründenden Verschulden gleichgesetzt werden. Es bedarf vielmehr zusätzlich zur Widerrechtlichkeit

eines Verschuldens in Form von Absicht oder grober Fahrlässigkeit (Urteil des Bundesgerichts 9C_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.2.1). Der Begriff der Grobfahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG ist gleich zu verstehen wie im übrigen Haftpflicht- und Versicherungsrecht, sodass grobfahrlässig handelt, wer eine elementare Vorsichtsmassnahme missachtet bzw. ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Vorausgesetzt wird ferner, dass die Möglichkeit zu einem rechtmässigen Alternativverhalten bestand, was zutrifft, wenn ein pflichtgemäss handelndes Organ den Schaden hätte verhindern können (Urteil des Bundesgerichts 9C_117/2011 vom 29. März 2011 E. 4).

7.2

Das Mitglied des Verwaltungsrats, das die Erfüllung einer Aufgabe befugterweise einem anderen Organ überträgt, haftet für den von diesem verursachten Schaden, sofern es nicht nachweist, dass es bei der Auswahl, Unterrichtung und Überwachung die nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewendet hat (Art. 754 Abs. 2 OR). Jedem Verwaltungsrat, also auch dem nicht mit der kaufmännischen Geschäftsführung und den finanziellen Belangen betrauten Mitglied des Verwaltungsrates steht, wie bereits erwähnt (Ziff. 5.2 hiavor), die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zu, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, auszuüben, zu welchem Zweck der Verwaltungsrat über ein Recht auf Auskunft und Einsicht verfügt (Art. 715a Abs. 1 und 4 OR). Das Verhalten eines Mitglieds des Verwaltungsrats wird in diesem Zusammenhang mit demjenigen verglichen, das billigerweise von einer ordnungsgemäss handelnden Person in einer vergleichbaren Situation erwartet werden darf (Urteile des Bundesgerichts 4C.201/2001 vom 19. Juni 2002 E. 2.1.1, 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.2.1, 9C_289/2011 vom 8. Juli 2011 E. 4.1).

Obliegt die Geschäftsführung einem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrats (Art. 754 Abs. 2 OR), so handeln die übrigen Verwaltungsräte qualifiziert schuldhaft im Sinne von Art. 52 AHVG, wenn sie die nach den Umständen gebotene, sich auch auf das Beitragswesen erstreckende Aufsicht nicht ausüben, wobei sich die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle bei einem wie vorliegend aus nur wenigen Personen zusammengesetzten Verwaltungsrat nach einem strengen Massstab beurteilen (BGE 108 V 199 E. 3). Als grobfahrlässig gilt gerade auch die Passivität faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossener Verwaltungsräte, welche sich umso nachdrücklicher um Einblick in die Geschäfts-bücher zu bemühen hätten. Ein Verwaltungsrat kann sich, wenn es wie beim Beitrags-wesen um die Verantwortung in Geschäften geht, mit denen er

sich ihrer Bedeutung wegen befassen musste bzw. hätte befassen müssen, nicht mit dem Einwand exkulpiert, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt (BGE 109 V 86 E. 6; Urteile des Bundesgerichts H 94/91 vom 4. März 1993 E. 2c, H 217/92 vom 1. Oktober 1993 E. 5a/aa, H 253/02 vom 23. Januar 2003 E. 6.2, H 74/06 vom 24. August 2006 E. 4.3, 9C_289/2011 vom 8. Juli 2011 E. 4.2). Ergibt sich aus Informationen der Verdacht falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen, nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen (BGE 114 V 219 E. 4a; Urteile des Bundesgerichts 4C.358/2005 vom 12. Februar 2007 E. 5.2.1, 9C_117/2011 vom 29. März 2011 E. 5).

7.3

In diesem Zusammenhang berief sich die Beschwerdeführerin in der Einvernahme durch das Konkursamt darauf, dass sie zwar formell als Verwaltungsratspräsidentin der C___ AG fungiert habe, ihr trotz der Funktion als Präsidentin des Verwaltungsrats aufgrund eines Mandatsvertrags mit D___ im Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse aber keine Befugnisse zugekommen seien, da er diesen selber besorgt oder damit Dritte beauftragt habe. Abgesehen davon, dass der offenbar im Mai 2007 aufgesetzte Mandatsvertrag (Bg. act. 5.4.1) nicht unterschrieben ist, ist darin nachzulesen, dass die von D___ Beauftragte zwar nach dessen Weisungen zu handeln habe, nicht aber, wenn diese gegen das Gesetz, die Statuten oder die guten Sitten verstießen und mit den Interessen der Gesellschaft nicht vereinbar seien (Ziff. 2). Der Beschwerdeführerin hätte als ausgebildeter Buchhalterin und gerade in ihrer Funktion als Präsidentin des Verwaltungsrates mit Einzelunterschrift, die überdies - nach eigenen Angaben gegenüber dem Konkursamt H___ - Lohnabrechnungen erstellte, schon früh auffallen müssen, dass in der C___ AG den gesetzlichen Vorschriften betreffend Sozialbeiträge nicht nachgelebt wurde, sodass sie selbst für den Fall des Zustandekommens des behaupteten Mandatsvertrags daran nicht gebunden gewesen wäre, zumal dieser beiderseitig jederzeit und ohne Einhaltung einer bestimmten Frist kündbar war (Ziff. 7).

7.4

Wenn sie in der Beschwerdeschrift zusätzlich geltend macht, dass das schwere Verschulden aufgrund umfangreicher deliktischer Machenschaften von D___ ein allfälliges Fehlverhalten von ihr in den Hintergrund rücke, verkennt sie, dass davon nur dann ausgegangen werden könnte, wenn ihr eigenes Verschulden so leicht wiegen und in einem derartigen Missverhältnis zum Verschulden des ebenfalls haftpflichtigen D___ stehen würde, dass es als offensichtlich ungerecht erschiene, wenn sie den ganzen Schaden alleine tragen müsste (Urteil des Bundesgerichts 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 2.3). Davon ist vorliegend indessen nicht auszugehen. Vielmehr wäre die

Beschwerdeführerin aufgrund von Ausbildung und Funktion gehalten gewesen, sich über die korrekte Abführung der Sozialbeiträge zu informieren, da u.a. die finanzielle Führung der Unternehmung, also auch das Überprüfen von Rechnungswesen und Geschäftsgang nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR, zu den zentralen und unübertragbaren Aufgaben eines Verwaltungsrats, insbesondere aber der Präsidentin des Verwaltungsrats, gehört (Urteil des Bundesgerichts 9C_66/2016 vom 10. August 2016 E. 5.4), andernfalls eine Pflichtverletzung vorliegt. Nach der Rechtsprechung zu Art. 52 AHVG ist es - allenfalls abgesehen von kurzfristigen Ausständen - grobfahrlässig, Löhne zu bezahlen, wenn die darauf geschuldeten AHV-Beiträge nicht gedeckt sind, und solches Verhalten ist den verantwortlichen Organen als qualifiziertes Verschulden zuzurechnen (Urteil des Bundesgerichts 9C_311/2015 vom 9. Juli 2015 E. 4.2.2.). Der Grund dafür liegt in der besonderen Natur der AHV-Beiträge, hinsichtlich welcher der Arbeitgeber die Funktion eines Vollzugsorgans ausübt. Daraus resultiert die besondere Pflicht, für die ordnungsgemässe Bezahlung der Beiträge zu sorgen. Dass die Beschwerdeführerin dies unterliess, kann nicht anders als Grobfahrlässigkeit im Sinne von Art. 52 AHVG verstanden werden, da sie in Vernachlässigung der ihr als Verwaltungsratspräsidentin obliegenden Pflichten ausser Acht liess, was jedem verständigen Menschen, selbst ohne Ausbildung zum Buchhalter, in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich eingeleuchtet wäre bzw. hätte einleuchten müssen. Sollte es ihr aufgrund der deliktischen Machenschaften von D___ nicht möglich gewesen sein, für die ordnungsgemässe Bezahlung der Beiträge zu sorgen, so wäre ihr gleichwohl insofern Grobfahrlässigkeit vorzuwerfen, als sie sich überhaupt auf das Mandat als "Strohfrau" einliess, obwohl sie wissen musste oder hätte wissen müssen, dass sie gar nicht in der Lage sein würde, die einem Organ der Gesellschaft obliegenden Kontrollaufgaben wahrzunehmen (Urteil des Bundesgerichts 9C_722/2015 vom 31. Mai 2016 E. 3.3). Sollte sie dies erst im Verlauf der Ausübung des Mandats gemerkt haben, so wäre die Grobfahrlässigkeit darin zu erblicken, dass sie von der Möglichkeit eines rechtmässigen Alternativverhaltens in Form einer sofortigen Demission als Verwaltungsratspräsidentin keinen Gebrauch gemacht hat (s. auch Peter Forster, in: SZS/RSAS 61/2017 S. 210 [Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 9C_66/2016 vom 10. August 2016]).

7.5

Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang noch darauf hingewiesen, dass ehemalige Mitarbeiter der C___ AG in der Einvernahme durch die Staatsanwaltschaft St. Gallen gemäss Protokoll vom 11. Oktober 2016 die Beschwerdeführerin als (externes) Buchhaltungsbüro bezeichneten, wo zusammen mit zwei Mitarbeiterinnen für die C___ AG die Jahresabschlüsse und für die Mitarbeiter die Lohnabrechnungen erstellt worden seien,

nachdem zuvor in letzterer Unternehmung die entsprechenden Belege gesammelt worden seien (Angaben von Frau J___ [S. 5], Frau K___ [S. 6], Herr L___ [S. 6] und von Frau M___ ([S. 7]). Zwei weitere ehemalige Mitarbeiterinnen bestätigten diese Angaben, fügten aber noch hinzu, dass ihres Wissens die Beschwerdeführerin nicht ins Tages-geschäft der C___ AG eingegriffen habe (Frau N___ [S. 7]) bzw. dass sie dort nichts zu sagen gehabt habe, da D___ alleine bestimmt habe (Frau O___ [S. 7]); letztere Angaben ändern allerdings nichts an den der Beschwerdeführerin als Verwaltungsratspräsidentin obliegenden Pflichten bzw. an ihrem Verschulden.

8. 8.1

Der Schadenersatzanspruch verjährt sowohl nach bisherigem, bis Ende 2011 gültigen, als auch nach dem seither gültigen Recht zwei Jahre, nachdem die zuständige Ausgleichskasse Kenntnis vom Schaden erlangt hat, jedenfalls aber fünf Jahre nach Eintritt des Schadens, wobei diese Fristen unterbrochen werden können (Art. 52 Abs. 3 aAHVG/AHVG). Wird er aus einer strafbaren Handlung hergeleitet, für die das Strafrecht eine längere Verjährung vorschreibt, so gilt diese Frist (Art. 52 Abs. 4 aAHVG bzw. Art. 52 Abs. 3 AHVG).

8.2

Was den von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang erhobenen Vorwurf der (über-)langen Dauer des Einspracheverfahrens, die auf einen stillschweigenden Verzicht auf die Schadenersatzforderung schliessen lasse, anbelangt, so lag es im Ermessen der Ausgleichskasse, sich - im wohlverstandenen Interesse (auch) der Beschwerdeführerin - betreffend Schadenersatz zunächst an D___ zu halten, woraus am 20. Mai 2015 (Bg. act. 5.5.14) nur ein provisorischer Verlustschein und am 27. Januar 2016 (Bg. act. 5.5.16) ein definitiver Verlustschein, am 3. Februar 2016 aber immerhin eine (auch) zugunsten der Beschwerdeführerin wirkende und die Haftungssumme auf Fr. 65'714.80 reduzierende Zahlung von D___ über Fr. 11'772.05 resultierten. Die unbestreitbar lange Dauer des Einspracheverfahrens von rund 3.3 Jahren seit dem Zeitpunkt des Ergehens der Schadenersatzverfügung am 5. April 2013 bis zum Einspracheentscheid am 18. August 2016 ist damit hinreichend erklärt, sodass von einem stillschweigenden Verzicht der Ausgleichskasse auf die Schadenersatzforderung keine Rede sein kann. Daran ändert auch nichts, dass das Einspracheverfahren gegenüber der Beschwerdeführerin nicht formell sistiert wurde, wenngleich dies aus Transparenzgründen wünschbar gewesen wäre.

Dazu kommt, dass nach der subsidiär anwendbaren Bestimmung von Art. 135 Ziff. 1 OR (BGE 135 V 74 E. 4.2.1 f.) die Verjährung u.a. durch Schuldbetreibung bzw. durch alle auf

Geltendmachung der Schadenersatzforderung gerichteten Handlungen unterbrochen wird, wobei die Unterbrechung der Verjährung gegenüber einem Solidar- oder Mitschuldner nach Art. 136 Abs. 1 OR auch gegenüber den übrigen Mitschuldnern, vorliegend also der Beschwerdeführerin, wirkt.

9. Nach dem Gesagten haftet die Beschwerdeführerin der Ausgleichskasse mit Fr. 65'714.80, weshalb die Beschwerde abzuweisen ist.

10. 10.1

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 1 Abs. 1 und Art. 52 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

10.2

Die unterliegende Beschwerdeführerin hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG e contrario). Da das Gesuch um unentgeltliche Rechtsverbeiständung am 21. Dezember 2016 abgewiesen wurde, hat auch RA B___ keinen Anspruch auf eine Entschädigung. Der Ausgleichskasse als staatlicher Einrichtung schliesslich ist unabhängig vom Verfahrensausgang keine Parteientschädigung zuzusprechen (Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich 2015, Art. 61 N 200; BGE 127 V 205 E. 3a).

Demnach erkennt das Obergericht:

1. Die Beschwerde von A___ wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. **Rechtsmittel:**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 82 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG).

5. Zustellung an die Beschwerdeführerin über deren Anwalt, die Vorinstanz und an das Bundesamt für Sozialversicherung.

Im Namen der 2. Abteilung des Obergerichts

Der Obergerichtspräsident:

Der Obergerichtsschreiber:

lic. iur. Ernst Zingg

lic. iur. Joachim Kürsteiner

versandt am: 13.07.17