Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 183/01

Urteil vom 5. Februar 2003
IV. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Ferrari; Gerichtsschreiber Nussbaumer

Parteien
K._____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ivo Zellweger, Cordulaplatz 1, 5402 Baden,

gegen

Ausgleichskasse SPIDA, Bergstrasse 21, 8044 Zürich, Beschwerdegegnerin

Vorinstanz
Versicherungsgericht des Kantons Aargau, Aarau

(Entscheid vom 13. März 2001)

Sachverhalt:
A.
A._____ war Verwaltungsratspräsident mit Einzelunterschrift und seine Ehefrau K._____ Mitglied des Verwaltungsrats mit Kollektivunterschriftsberechtigung der Q._____ AG, welche u.a. eine Bauspenglerei sowie den Handel mit Sanitärartikeln betrieb. Die Gesellschaft entrichtete die Sozialversicherungsbeiträge monatlich im Pauschalverfahren. Nachdem die Beiträge bereits ab 1991 vereinzelt und ab 1993 regelmässig gemahnt und betrieben werden mussten, wurde der Gesellschaft vom Gerichtspräsidium X._____ im Anschluss an eine Überschuldungsanzeige der Revisionsstelle (vom 10. August 1994) am 28. Oktober 1994 bis zum 31. Dezember 1995 der Konkursaufschub bewilligt und M._____ als Sachwalter eingesetzt. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Gesellschaft bereits ausstehende Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von rund Fr. 60'000.-. Am 12. Januar 1996 verlängerte das Gerichtspräsidium X._____ den Konkursaufschub bis Ende März 1996 und schrieb gestützt auf einen Bericht des Sachwalters vom 26. April 1996 die Überschuldungsanzeige am 29. April 1996 als gegenstandslos ab. Am 8. Oktober 1996 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet. Dabei kam die Ausgleichskasse SPIDA mit der eingegebenen Forderung für ausstehende bundessozialversicherungsrechtliche Beiträge in Höhe von Fr. 400'494.95 (nebst Nebenkosten) vollständig zu Verlust. Am 4. September 1997 wurde über A._____ der Privatkonkurs eröffnet, in welchem die Ausgleichskasse eine Schadenersatzforderung in Höhe der verlustig gegangenen Beitragsforderung eingab und eine Konkursdividende von Fr. 248.70 erhielt. Mit Verfügung vom 24. September 1997 verpflichtete sie K._____ zur Leistung von Schadenersatz in Höhe von Fr. 400'494.85.
B.
Die auf Einspruch hin von der Ausgleichskasse SPIDA eingereichte Klage hiess das Versicherungsgericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 13. März 2001 gut und verpflichtete K._____, der Klägerin Fr. 400'246.15 zu bezahlen.

C.
K._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag auf Abweisung der Schadenersatzklage. Ferner beantragt sie die unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung.

Die Ausgleichskasse SPIDA schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Da es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).
2.
2.1 Am 1. Januar 2003 ist das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 in Kraft getreten. Mit ihm sind zahlreiche Bestimmungen im Bereich der AHV geändert worden. Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 127 V 467 Erw. 1), und weil ferner das Sozialversicherungsgericht bei der Beurteilung eines Falles grundsätzlich auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verfügung (hier: 24. September 1997) eingetretenen Sachverhalt abstellt (BGE 121 V 366 Erw. 1b), sind im vorliegenden Fall die bis zum 31. Dezember 2002 geltenden Bestimmungen anwendbar.
2.2 Die rechtlichen Grundlagen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV in der bis Ende 2000 gültig gewesenen Fassung; Art. 82 Abs. 1 AHVV) und die zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5b), zur Haftungsvoraussetzung des zumindest grobfahrlässigen Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2, 619 Erw. 3a und b), des adäquaten Kausalzusammenhangs (BGE 119 V 406 Erw. 4a) sowie der rechtzeitigen Geltendmachung des Schadenersatzes (vgl. auch BGE 128 V 10 und 15) ergangene Rechtsprechung finden sich im angefochtenen Entscheid des kantonalen Gerichts zutreffend wiedergegeben. Darauf wird verwiesen.
3.
3.1 Das kantonale Gericht hat im angefochtenen Entscheid die Rechtzeitigkeit der Schadenersatzverfügung und der nach erfolgtem Einspruch eingereichten Schadenersatzklage, den Eintritt eines Schadens in Höhe von Fr. 400'246.15, die Verletzung der Beitragsabrechnungs- und Zahlungspflicht, den Kausalzusammenhang, die Organstellung sowie das grobfahrlässige Verhalten und damit die Schadenersatzpflicht der Beschwerdeführerin mit sorgfältiger Würdigung der Akten und eingehender Begründung bejaht. Es kann in diesem Zusammenhang auf die einlässlichen Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden, zumal in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nichts vorgebracht wird, was die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Entscheid als mangelhaft im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG erscheinen liesse.
3.2 In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird zunächst der Einwand erhoben, die eingeklagte Schadenersatzforderung sei während des vorinstanzlichen Prozessverfahrens verjährt, da nach Einreichung der Duplik vom 17. April 1998 während über 2 ½ Jahren weder seitens der Vorinstanz noch der Beschwerdegegnerin eine fristunterbrechende prozessuale Handlung erfolgt sei. Mit dieser Argumentation übersieht die Beschwerdeführerin, dass angesichts der Rechtsnatur der Frist des Art. 82 Abs. 1 AHVV als Verwirkungsfrist mit der rechtzeitigen Geltendmachung der Schadenersatzforderung die Verwirkung ein für allemal - auch während des laufenden Schadenersatzprozesses - ausgeschlossen ist; erst mit rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens kommt die Vollstreckungsverwirkung zum Zug, wobei Art. 16 Abs. 2 AHVG sinngemäss anwendbar ist (ZAK 1991 S. 129 Erw. 2c mit Hinweisen; letztmals bestätigt für den Schadenersatzprozess im Urteil G. vom 27. Mai 2002, H 281/01; Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG, in ZAK 1991 S. 434; ders., Das Schadenersatzverfahren nach Art. 52 AHVG in: Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 115).
3.3 Zu Recht bestreitet die Beschwerdeführerin die Organstellung nicht, da sie bis zur Konkurseröffnung am 8. Oktober 1996 Verwaltungsrätin der konkursiten Aktiengesellschaft war. Dabei hat das kantonale Gericht fest-

gestellt, dass die Beschwerdeführerin nicht mit der Geschäftsführung betraut war. Als Verwaltungsrätin sei sie nicht erst seit dem Konkursaufschub, sondern schon seit ihrem Eintritt in den Verwaltungsrat bei der Firmengründung vor Beginn der neunziger Jahre vollkommen untätig geblieben. Nicht nur habe sie sich nicht in die Geschäftsführung ihres Ehemannes eingemischt; auch die Aufsichts- und Kontrollfunktionen habe sie nie in igendeiner Weise wahrgenommen. Ihr Beitrag habe sich auf zu Hause erledigte Akquisitionsarbeit beschränkt. Die Beschwerdeführerin macht nun geltend, mit der Überschuldungsanzeige vom 10. August 1994 und dem am 28. Oktober 1994 gerichtlich bewilligten Konkursaufschub habe sich ihre Stellung als Verwaltungsrätin grundlegend verändert. Wie das kantonale Gericht festgestellt hat und wie sich aus der Konkursaufschubverfügung vom 28. Oktober 1994 ergibt, wurden den Organen der später in Konkurs gefallenen Aktiengesellschaft ihre statutarischen Kompetenzen grundsätzlich belassen und sie hatten die Geschäfte unter der Aufsicht des Sachwalters weiterzuführen. Dem Sachwalter wurde die Überwachung der laufenden und die Anordnung allfälliger neuer Sanierungsmassnahmen übertragen, wobei er insbesondere den geordneten Immobilienverkauf zu prüfen und zu entscheiden hatte, ob die diesbezüglichen Geschäfte angemessen sind und die Stellung der Gläubiger nicht verschlechtert wird. Die Tagesgeschäfte blieben - unter Aufsicht des Sachwalters - in der vollen Verantwortung des zweiköpfigen Verwaltungsrats. Unter diesen Umständen wurden die verantwortlichen Organe der Gesellschaft nicht von der Pflicht enthoben, für die Begleichung der aufgelaufenen und neu entstandenen Beitragsschulden besorgt zu sein. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im
Zusammenhang mit dem Konkursaufschub und für die Nachlassstundung entschieden hat, bezieht sich die Einschränkung der Verfügungsfähigkeit des Schuldners - vorbehältlich gegenteiliger konkreter Weisungen des Sachwalters - nicht auf Beitragsschulden (AHI 1994 S. 105 Erw. 5b/cc; nicht veröffentlichtes Urteil in Sachen H. und K. vom 11. Juli 1996 [H 104/95]). Solch gegenteilige konkrete Weisungen des Sachwalters werden weder von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, noch hat das kantonale Gericht solche festgestellt oder sind solche aus den Akten ersichtlich. Dass die Geschäftsführung während der Dauer des Konkursaufschubs unter der Aufsicht des eingesetzten Sachwalters stand, entband die Beschwerdeführerin daher nicht von der ihr als nicht geschäftsführende Verwaltungsrätin der Firma namentlich auch im AHV-Beitragswesen obliegenden Kontroll- und Überwachungspflicht. Im Hinblick auf die Unübertragbarkeit der AHV-rechtlichen Arbeitgeberpflichten sind die Gesellschaftsorgane auch in einem solchen Fall verpflichtet, das ihnen noch Mögliche und Zumutbare für die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge zu unternehmen (nicht veröffentlichte Urteile in Sachen S. vom 18. Juli 2000 [H 301/99], H. vom 17. März 1998 [H 277/97]und M. vom
17. Februar 1994 [H 131/93]). Solche Bemühungen hat die Beschwerdeführerin zugegebenermassen nicht unternommen (vgl. Parteibefragung vom 13. März 2001).

Zur Kontrolle und Überwachung hätte für die Beschwerdeführerin umso mehr Anlass bestanden, als die Gesellschaft bereits ab 1991 zunehmend für ausstehende Beitragsforderungen betrieben werden musste und im Zeitpunkt des Konkursaufschubes vom 28. Oktober 1994 bereits eine Beitragsschuld in der Höhe von rund Fr. 60'000.- bestand. Der Verwaltungsrat traf auch keine Vorkehren, um wenigstens für die während des Konkursaufschubs zur Auszahlung gelangenden Löhne die Beiträge sicherzustellen. Im Gegenteil liess er es zu, dass sich die Beitragsschuld bis zur Konkurseröffnung am 8. Oktober 1996 auf rund Fr. 400'000.- erhöhte. Dieses Verhalten stellt namentlich eine Verletzung der Pflicht dar, in finanziell schwierigen Zeiten nur so viel Lohn auszuzahlen, als dass die darauf unmittelbar ex lege entstandenen Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 Erw. 5). Namentlich bei Einhalten dieser Pflicht und deren Überwachung durch die Beschwerdeführerin wäre der Schaden nicht entstanden, sodass mit dem kantonalen Gericht auch der in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wiederum bestrittene Kausalzusammenhang zu bejahen ist. Unter Berücksichtigung all dieser Umstände ist mit dem kantonalen Gericht von einem haftungsbegründenden
qualifizierten Verschulden, wie es Art. 52 AHVG für die Schadenersatzverpflichtung verlangt, auszugehen.
3.4 Daran ändern auch die weiteren Einwendungen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nichts. Soweit die Beschwerdeführerin geltend macht, sie sei in geschäftlichen Belangen unerfahren, so übersieht sie, dass im Bereich von Art. 52 AHVG ein objektivierter Verschuldensmassstab gilt, das heisst, subjektive Entschuldbarkeit oder die Gründe für die Annahme des Verwaltungsratsmandates sind unbeachtlich (Urteil M. und F. vom 25. Juli 2000, H 228/98 mit Hinweis auf Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrats nach Art. 52 AHVG, AJP 1996 S. 1077). Nach ständiger Rechtsprechung genügt sodann die Investierung privater Mittel nicht für eine Befreiung von der Schadenersatzpflicht (nicht publizierte Erw. 2c des auszugsweise in Pra 1997 Nr. 48 S. 250 veröffentlichtens Urteils A. vom 18. Dezember 1996, H 290/95 ; Urteile N. vom 26. August 2002 [H

367/01], B. vom 24. Mai 2002 [H 39/01], Z. vom 31. August 2001 [H 87/01]und W. vom 13. Dezember 2000 H 124/00]).
3.5 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin auch noch vor, durch die Nichtbezahlung der AHV-Beiträge während des Konkursaufschubs habe begründete Aussicht bestanden, die Gesellschaft zu retten. Diesem Argument ist zunächst entgegenzuhalten, dass die konkursite Gesellschaft bereits ab 1991 ihre Beitragsabrechnungs- und zahlungspflichten verletzte und zum Zeitpunkt des Konkursaufschubs am 28. Oktober 1994 bereits rund Fr. 60'000.- ausstehende Beitragsschulden hatte. Zwar wurde im Rahmen des Konkursaufschubs ein Sanierungskonzept durchgeführt, welches vermeintlich zum Erfolg führte, weshalb die Konkursanzeige als gegenstandslos abgeschrieben worden war. Für die Beurteilung, ob Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe vorliegen, ist jedoch nicht entscheidend, ob Sanierungsbemühungen stattfanden und ob in der fraglichen Zeit noch mit einer Sanierung des Unternehmens gerechnet werden konnte, sondern ob ernsthafte und objektive Gründe zur Annahme berechtigten, dass - bei vorübergehender Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge - Aussicht auf eine baldige Sanierung des Unternehmens bestand und deshalb damit gerechnet werden durfte, dass die Forderungen der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist beglichen werden könnten. Dies ist
namentlich nach der Rechtsprechung dann nicht der Fall, wenn angesichts der Höhe der bestehenden Verbindlichkeiten und der eingegangenen Risiken von der vorübergehenden Nichtbezahlung der Beiträge objektiv keine für die Rettung der Firma ausschlaggebende Wirkung erwartet werden kann (Urteil S. vom 18. Juli 2000, H 301/99, und nicht veröffentlichtes Urteil H. vom 11. Juli 1996, H 104/95). Wie aus dem Gesuch um Konkursaufschub hervorgeht, waren die damals ausstehenden Beiträge in Höhe von rund Fr. 60'000.- im Vergleich zu den übrigen Passiven (Fr. 10'788'803.- per 31. Dezember 1994) unbedeutend. Während des Konkursaufschubs hat die Gesellschaft zwar Abschlagszahlungen an die Beschwerdegegnerin geleistet und Sanierungsbemühungen unternommen, während Letzteren jedoch eine mehrfache Erhöhung der Beitragsschuld bis zur kurz nach Aufhebung des Aufschubs (Ende April 1996) erfolgten Konkurseröffnung vom 8. Oktober 1996 auf rund Fr. 400'000.- zugelassen. Mit einer solchen Vorgehensweise können sich die verantwortlichen Organe nicht darauf berufen, mit der vorübergehenden Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge hätte die Firma gerettet werden können, zumal das Fremdkapital der Firma weiterhin sehr hoch blieb (Fr. 11'195'667.- per 31.
März 1995; Fr. 9'064'868.- per 31. Dezember 1995; Fr. 10'094'383.- per 31. März 1996).
4. Dem Gesuch um unentgeltliche Prozessführung und Verbeiständung ist zu entsprechen (Art. 152 in Verbindung mit Art. 135 OG), da die Bedürftigkeit aktenkundig ist, die Beschwerde nicht als aussichtslos zu bezeichnen und die Vertretung geboten war (BGE 125 V 202 Erw. 4a und 372 Erw. 5b, je mit Hinweisen). Es wird indessen ausdrücklich auf Art. 152 Abs. 3 OG aufmerksam gemacht, wonach die begünstigte Partei der Gerichtskasse Ersatz zu leisten haben wird, wenn sie später dazu im Stande ist.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 8000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden sie einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.
3.
Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Verbeiständung wird Rechtsanwalt Dr. Ivo Zellweger für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht aus der Gerichtskasse eine Entschädigung von Fr. 3500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) ausgerichtet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 5. Februar 2003
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: