

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2009.00025 vom 30. April 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-04-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2009.00025

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2009.00025 du 30 avril 2011

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2009.00025 del 30 aprile 2011

Erwägungen

E. 3

3.1 Art. 14 Abs. 1 AHVG und die Art. 34 ff. AHVV schreiben vor, dass der Arbeitgeber bei jeder Lohnzahlung die Arbeitnehmerbeiträge in Abzug zu bringen und zusammen mit den Arbeitgeberbeiträgen der Ausgleichskasse zu entrichten hat. Die Arbeitgeber haben den Ausgleichskassen periodisch Abrechnungsunterlagen über die von ihnen an ihre Arbeitnehmer ausbezahlten Löhne zuzustellen, damit die entsprechenden paritätischen Beiträge ermittelt und verfügt werden können. Die Beitragszahlungs- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers ist eine gesetzlich vorgeschriebene öffentlichrechtliche Aufgabe. Die Nichterfüllung dieser öffentlichrechtlichen Aufgabe bedeutet eine Missachtung von Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG und zieht die volle Schadendeckung nach sich (BGE 118 V 195 Erw. 2a; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.6 S. 529).

3.2 Die Gesellschaft hatte die Sozialversicherungsbeiträge monatlich, aufgrund einer Pauschale (Urk. 12/450 [Kontoauszug vom 24. August 2009]) zu entrichten. Die für eine Zahlungsperiode geschuldeten Beiträge sind jeweils innert zehn Tagen nach deren Ablauf zu bezahlen (Art. 34 Abs. 3 AHVV). Die Arbeitgeber haben die Löhne innert 30 Tagen nach Ablauf der Abrechnungsperiode abzurechnen (Art. 36 Abs. 2 AHVV); die Abrechnungsperiode umfasst das Kalenderjahr (Art. 36 Abs. 3 Satz 1 AHVV).

Es ist aktenkundig, dass die Unternehmung ihrer Zahlungspflicht lediglich in den ersten Jahren nach der Gründung ordnungsgemäss nachgekommen ist und die in Rechnung gestellten Beiträge im Grossen und Ganzen pünktlich bezahlt hat (Urk. 12/450 S. 1-7). Ab Mai 1999 sind erste Mahngeldverfahren verzeichnet (Urk. 12/450 S. 7; vgl. auch Urk. 12/64, 12/72, 12/80), und ab September 2003 mussten wiederholt Rechnungen in Betreuung gesetzt werden (Urk. 12/450 S. 23 ff. sowie Urk. 12/449 S. 5-7 [Beitragsübersicht vom 24. August 2009] sowie beispielhaft Urk. 12/87, 12/92, 12/97, 12/102 und 12/155/1-5 sowie Urk. 12/155/7-8), wobei häufig kein Rechtsvorschlag erhoben wurde (Urk. 12/89, 12/93, 12/99, 12/107 und 12/120). Teilweise wurden die ausstehenden Beiträge auf Betreuung hin schliesslich bezahlt (Urk. 12/450 S. 24 [2003 0015], Urk. 12/450 S. 25 [2003 0019] und Urk. 12/450 S. 26 ff.); teilweise musste die Beschwerdegegnerin jedoch - weil Rechtsvorschlag erhoben worden war - Veranlagungsverfügungen erlassen und den Rechtsvorschlag aufheben (Urk. 12/165-171) und nicht zuletzt auch Pfändungen veranlassen (Urk. 12/232 und 12/252/1-15).

Verschiedentlich wurde dem Unternehmen ein Zahlungsaufschub bewilligt, und es wurden Ratenzahlungen vereinbart (Urk. 12/121/1-2, 12/164 und 12/189/1-3); nicht immer wurden diese eingehalten (Urk. 12/125). Hierzu ist festzuhalten,

dass die Bewilligung von Abschlagszahlungen nicht davon entbindet, die laufend geschuldeten Beiträge ungeschmäälert zu bezahlen. Gänzlich unbezahlt blieben die Nachtragsforderung für die Jahre 2000 bis 2003 sowie aufgrund der Schlussabrechnung für das Jahr 2004 geschuldete und paritätische Beiträge seit dem 1. Januar 2005 (Urk. 12/450 S. 31 ff.).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Aber nicht nur die Zahlungspflicht wurde verletzt, vielmehr kam das Unternehmen auch der ihm obliegenden Abrechnungspflicht nur ungenügend nach, wurden doch die Jahresrechnungen nie innert Frist bis zum 31. Januar des Folgejahres, sondern immer - teils sogar mit erheblicher - Verspätung eingereicht (Urk. 12/40, 12/50, 12/103, 12/150, 12/190 und 12/316).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die wiederholte Verletzung der gesetzlichen Abrechnungs- und Beitragspflichten durch die konkursite Gesellschaft ist nach der Aktenlage ausreichend nachgewiesen, weshalb die Haftungsvoraussetzung der Widerrechtlichkeit rechtsprechungsgemäss zu bejahen ist.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Zu prüfen bleibt, inwieweit die genannte Missachtung öffentlich-rechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten der Beschwerdeführenden zurückzuführen ist.

E. 4

4.1 Ä Ä Ä Haftungsvoraussetzung ist die Organstellung der Pflichtigen. Einem Mitglied des Verwaltungsrates kommt formelle Organeigenschaft zu. Darauf stellt das Bundesgericht (vormals Eidgenössisches Versicherungsgericht) in konstanter Rechtsprechung für die Bejahung der subsidiären Haftbarkeit (Passivlegitimation nach Art. 52 AHVG) ab (BGE 123 V 15 Erw. 5b mit Hinweis; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sachen T. vom 21. November 2000, H 37/00, Erw. 3a).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Die Organhaftung aus Art. 52 AHVG besteht nicht für Beitragsforderungen, die nach der Publikation der Löschung der Organstellung der betreffenden Person im Handelsregister fällig werden, weil die betreffende Person im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht mehr Organ ist. Für die vor der Publikation fälligen Beitragsforderungen haftet das Organ, wenn es durch eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Handlung beziehungsweise Unterlassung bewirkt hat, dass die Beiträge im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht bezahlt werden konnten. Ein Verschulden des Organs kann nur so lange in Frage kommen, als es die Möglichkeit hat, durch Handlungen oder Unterlassungen die Geschäftsführung massgeblich zu beeinflussen. Das ist faktisch längstens bis zum effektiven Ausscheiden aus dem Verwaltungsrat der Fall (BGE 126 V 61 Erw. 4a, 123 V 173 Erw. 3a).

4.2 Ä Ä Ä Ä Die Beschwerdeführenden waren seit der Gründung der konkursiten A.____-Gebäudeereinigungen AG am 16. Januar 1996 als Verwaltungsräte im Handelsregister eingetragen. Dabei amtierte der Beschwerdeführer als Präsident des Verwaltungsrats und verfügte über Einzelunterschrift, während die Beschwerdeführerin als Verwaltungsrätin zusammen mit dem weiteren Verwaltungsrat, Z.____, kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigt war (Urk. 12/448). Damit ist ihre (solidarische) Haftbarkeit als formelle Organe bis zu ihrem Rücktritt aus dem Verwaltungsrat am 26. September 2005 - Y.____ - beziehungsweise 18. November 2005 - X.____ - grundsätzlich gegeben, und sie waren verantwortlich für das Abrechnungswesen und die Beitragszahlungen. Dabei ist anzumerken, dass Z.____ seine

Haftbarkeit nicht in Abrede stellt, hat er doch gegen den ihn betreffenden Einspracheentscheid vom 9. Februar 2010 (Urk. 30) keine Beschwerde erhoben.

4.3. Der Beschwerdeführer liess zum zeitlichen Umfang seiner Haftbarkeit vorbringen (Urk. 12/430/1-5 und Urk. 14/1), er habe am 14. Februar 1998 einen schweren Unfall erlitten und sei anschliessend vollständig arbeitsunfähig gewesen. Aufgrund der Folgen des Unfalles beziehe er seit dem 1. Februar 1999 eine ganze Invalidenrente (Urk. 14/3/5), Leistungen der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA; Urk. 14/3/4) sowie der Pensionskasse. Er sei deshalb nicht mehr in der Lage gewesen, in irgendeiner Form für die Aktiengesellschaft zu handeln, Weisungen zu erteilen, sich nach dem Geschäftsgang zu erkundigen oder an Verwaltungsratssitzungen oder Gesellschafterversammlungen teilzunehmen und habe es versehentlich auch unterlassen - da er sich hauptsächlich mit seiner Genesung beschäftigt habe - seinen formellen Rücktritt aus dem Verwaltungsrat zu erklären (Urk. 12/430/2). Nach dem Unfall sei das Unternehmen vom Mitaktionär und Geschäftsführer Z. ___ alleine geführt worden (Urk. 12/430/2). Erst im Zusammenhang mit gÄterrechtlichen Abklärungen im Rahmen des Ehescheidungsverfahrens sei im Jahr 2005 festgestellt worden, dass er immer noch im Handelsregister eingetragen gewesen sei, so dass die sofortige Löschung veranlasst worden sei (Urk. 14/1 S. 3). Dessen ungeachtet sei seine Funktion im Verwaltungsrat des Unternehmens aber aufgrund der nicht erfolgten Wiederwahl längst beendet gewesen, zumal eine stillschweigende Wiederwahl nicht leichthin angenommen werden könne (Urk. 14/1 S. 4).

4.4. Der Beschwerdeführer lässt seine Haftbarkeit nach dem 14. Februar 1998 aus gesundheitlichen Gründen und gegebenenfalls infolge unterbliebener Wiederwahl als Verwaltungsrat bestreiten, weshalb der Frage nachzugehen ist, ob bereits zu jenem Zeitpunkt ein faktischer Rücktritt als Verwaltungsrat vorgelegen hat.

Das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht hat in BGE 126 V 61 seine Rechtsprechung bestätigt, wonach für die Dauer der Haftung des Verwaltungsratsmitglieds der Zeitpunkt der tatsächlichen Beendigung des Mandats massgebend ist (Erw. 4a). Auf diesen Zeitpunkt sei selbst dann abzustellen, wenn die Löschung des Eintrages im Handelsregister unterlassen werde (Erw. 4c). Diese Rechtsprechung sei auch in Fällen anwendbar, in denen das Verwaltungsratsmandat zufolge fehlender Wiederwahl nach Ablauf der gesetzlichen oder statutarischen Amtsdauer beendet werde, wenn besondere Verhältnisse im Einzelfall vermuten lassen, dass eine Wiederwahl nicht stattgefunden hätte. In beweismissiger Hinsicht sei aber zu verlangen, dass die fehlenden Bindungen, also die vollständige Loslösung des früheren Organs von der Firma, klar ausgewiesen seien (Erw. 4b). Im Entscheid vom 6. Februar 2003 (in Sachen F.; H 263/2002) hat sich das Eidgenössische Versicherungsgericht den Ausführungen eines Beschwerdeführers angeschlossen und erkannt, ihm sei eine Ausübung des Amtes als Verwaltungsrat infolge des am 31. März 2000 erlittenen Herzinfarktes mit anschliessender vollständiger Arbeitsunfähigkeit nach diesem Datum faktisch nicht mehr möglich gewesen, weshalb von einer bis zum 31. März 2000 beschränkten Verantwortlichkeit auszugehen sei (Erw. 3.3).

Äbereinstimmend hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht indes festgehalten, von einem faktischen Rücktritt könne nur ausgegangen werden, sofern der Betroffene keine Entschädigung mehr für die Verwaltungsratsstellung mehr erhalten habe und keine von ihm unterzeichnete Geschäftsakten oder

entgegengenommene Betreuungsurkunden aktenkundig seien.

4.5. Aufgrund der Akten steht vorliegend fest, dass der Beschwerdeführer am 14. Februar 1998 bei einem Sprung über eine Schanze mit den Skis einen Unfall erlitten hat und in der Folge vollständig arbeitsunfähig war. Im August 1999 verunfallte er mit dem Auto; er erlitt eine Gehirnerschütterung. Aufgrund der vorgelegten medizinischen Berichte vom 11. Mai 2000 (Urk. 14/3/2) und 17. Juli 2002 (Urk. 14/3/3) ist eine seit dem Unfall vom 14. Februar 1998 bestehende vollständige Arbeitsunfähigkeit als Geschäftsführer ausgewiesen (Urk. 14/3/2 S. 6 und 14/3/3 S. 8). Der Beschwerdeführer bezieht deshalb seit dem 1. Februar 1999 gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 100 % eine ganze Invalidenrente (Urk. 14/3/5 S. 2), welche revisionsweise am 7. Februar 2006 bestätigt worden ist (vgl. Telefonnotiz vom 19. April 2011; Urk. 40).

Nach seiner Darstellung hat er sich infolge seiner Arbeitsunfähigkeit längstens vom Betrieb distanziert. Erst im Zusammenhang mit dem Scheidungsverfahren sei ihm bewusst geworden, dass er nach wie vor als Organ im Handelsregister eingetragen gewesen sei. Wenn der Beschwerdeführer damit darlegen will, er sei ab dem Unfall im Februar 1998 nicht mehr in der Lage gewesen, in irgendeiner Form für die Aktiengesellschaft zu handeln (Urk. 12/430/2), so ist dem zwar zu entgegnen, dass er noch am 6. April 1999 im Zusammenhang mit einer Abrechnung betreffend das Jahr 1998 sowie betreffend Lohnbeiträge für 1999 telefonischen Kontakt mit der Beschwerdegegnerin hatte, was aktenkundig ist (Urk. 14/7). Hernach ist jedoch aus den Akten nichts mehr ersichtlich, was belegen würde, dass er in irgendeiner Weise Geschäftshandlungen vorgenommen hätte. So beruft sich denn auch die Beschwerdegegnerin einzig auf diese Telefonnotiz vom 6. April 1999, wobei anzumerken ist, dass sich das Gespräch noch vor der im Verfahren massgebenden Haftungsperiode (Beiträge ab dem Jahr 2000) zugetragen hat. Sodann ist der Beschwerdeführer seit 1999 nicht mehr als Lohnbezüger in den Lohnbescheinigungen aufgeführt (Urk. 12/11, 12/25, 12/50, 12/54, 12/103, 12/150 und 12/190) und mit Bezug auf ihn wurden anlässlich der Arbeitgeberkontrolle vom 9. Februar 2005 (Urk. 12/140) - im Gegensatz zur Situation bei der Beschwerdeführerin - keine nicht abgerechneten Lohnsummen festgestellt (Urk. 12/141). Damit ist - angesichts seiner weiterhin aktenkundigen vollständigen Arbeitsunfähigkeit (Urk. 40) - ein effektives Ausscheiden des Beschwerdeführers aus der Gesellschaft vor dem Jahr 2000 mit der im Sozialversicherungsrecht geltenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt. Schliesslich ist festzuhalten, dass das Unternehmen ohne sein Zutun bis zur Eröffnung des Konkurses am 6. Juni 2007 fortbestanden hat.

Nach dem Gesagten entfällt eine Haftung des Beschwerdeführers für die von der Beschwerdegegnerin geltend gemachte Schadenersatzforderung betreffend Ausstände ab dem Jahr 2000, und es brauchen die weiteren Voraussetzungen einer Schadenersatzpflicht nicht mehr geprüft zu werden.

E. 5

5.1. Die wesentliche Voraussetzung für die Schadenersatzpflicht besteht nach dem Wortlaut des Art. 52 AHVG darin, dass der Arbeitgeber absichtlich oder grobfahrlässig Vorschriften verletzt hat und dass durch diese Missachtung ein Schaden verursacht worden ist (BGE 108 V 183 E.1a S. 186). Absicht bzw. Vorsatz und

Fahrlässigkeit sind verschiedene Formen des Verschuldens. Art. 52 AHVG statuiert demnach eine Verschuldenshaftung, und zwar handelt es sich um eine Verschuldenshaftung aus öffentlichem Recht. Die Schadenersatzpflicht ist im konkreten Fall nur dann begründet, wenn nicht Umstände gegeben sind, welche das fehlerhafte Verhalten des Arbeitgebers als gerechtfertigt erscheinen lassen oder sein Verschulden im Sinne von Absicht oder grober Fahrlässigkeit ausschliessen. In diesem Sinne ist es denkbar, dass ein Arbeitgeber zwar in vorsätzlicher Missachtung der AHV-Vorschriften der Ausgleichskasse einen Schaden zufügt, aber trotzdem nicht schadenersatzpflichtig wird, wenn besondere Umstände die Nichtbefolgung der einschlägigen Vorschriften als erlaubt oder nicht schuldhaft erscheinen lassen (BGE 108 V 183 Erw. 1b S. 186; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2). So kann es sein, dass es einem Arbeitgeber, der sich in schwieriger finanzieller Lage befindet, durch das Nichtbezahlen der Beiträge gelingt, die Existenz seines Unternehmens zu retten. Ein solches Vorgehen führt allerdings nur dann nicht zu einer Haftung gemäss Art. 52 Abs. 1 AHVG, wenn der Arbeitgeber im Zeitpunkt seiner Entscheidung aufgrund der objektiven Umstände und einer seriösen Beurteilung der Lage damit rechnen durfte, dass er die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist würde befriedigen können (BGE 108 V 183 S. 188; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b; vgl. BGE 132 III 523 S. 530).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Grobe Fahrlässigkeit liegt praxisgemäss vor, wenn ein Arbeitgeber das ausser Acht lässt, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen. Das Mass der zu verlangenden Sorgfalt ist abzustufen entsprechend der Sorgfaltspflicht, die in den kaufmännischen Belangen jener Arbeitgeberkategorie, welcher die betreffende Person angehört, üblicherweise erwartet werden kann und muss. Dabei sind an die Sorgfaltspflicht einer Aktiengesellschaft hinsichtlich der Einhaltung gesetzlicher Vorschriften grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Ähnlich ist zu differenzieren, wenn es darum geht, die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers zu ermitteln (BGE 108 V 199 Erw. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 51 Erw. 2a, 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.6 S. 529).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Nicht jedes einem Unternehmen als solchem anzulastende Verschulden muss auch ein solches seiner sämtlichen Organe sein. Vielmehr hat man abzuwägen, ob und inwieweit eine Handlung der Firma einem bestimmten Organ im Hinblick auf dessen rechtliche und faktische Stellung innerhalb des Unternehmens zuzurechnen ist. Ob ein Organ schuldhaft gehandelt hat, hängt demnach entscheidend von der Verantwortung und den Kompetenzen ab, die ihm von der juristischen Person übertragen wurden (BGE 108 V 199 Erw. 3a S. 202; ZAK 1985 S. 620 Erw. 3b; vgl. BGE 132 III 523 Erw. 4.5 S. 528). Gehören dem Verwaltungsrat mehrere Personen an, so ist für jede von ihnen einzeln zu prüfen, ob sie am Schaden der Ausgleichskasse ein Verschulden trifft. Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Mitglieder schuldhaft, wenn sie die nach den Umständen gebotene Aufsicht nicht ausüben. Setzt sich der Verwaltungsrat aus nur zwei Mitgliedern zusammen, so beurteilen sich - insbesondere, wenn sie lediglich kollektiv unterschriftsberechtigt sind, - die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (in BGE 119 V 86 nicht publizierte Erw. 2c des Urteils vom 4. März 1993 (H 94/91), nicht veröffentlichte Urteile D. vom 7. Dezember 1987 (H 171/87) und K. vom 4. August 1987 (H 25/87)).

5.2. Die Beschwerdeführerin lässt jegliches Verschulden bestreiten und im Wesentlichen vorbringen (Urk. 1, 16 sowie 12/419), das Geschäft sei stets von ihrem Ehemann geführt worden. Sie habe zwar eine Aktie des Unternehmens besessen und sei im Handelsregister eingetragen gewesen, doch sei damit einzig bezweckt worden, die Zeichnungsberechtigung bei Abwesenheit des Ehemannes zu gewährleisten. Der Aktienbesitz und die ihr eingeräumte Zeichnungsberechtigung zu zweien hätten jedoch mit der Geschäftsführungstätigkeit nichts zu tun gehabt. Es sei ihr auch nicht bewusst gewesen, dass sie Verwaltungsrätin gewesen sei; sie habe nie an Sitzungen teilgenommen (solche hätten denn auch gar nicht stattgefunden), keine Einsicht in die Bücher gehabt, niemals Weisungen erteilt und mit dem Rechnungswesen, von welchem sie nichts verstanden habe, nichts zu tun gehabt. Das Verhältnis zwischen ihr und ihrem Ehemann habe sich seit dem Jahr 2000 verschlechtert, bis es zur Scheidung gekommen sei. Sie sei der Auffassung, dass die Buchhaltung durch das damit beauftragte Treuhandbüro bis zu ihrer Kündigung im Jahre 2005 korrekt geführt worden sei. Unter diesen Umständen könne ihr kein Fehlverhalten vorgeworfen werden; es mangle sodann auch am Kausalzusammenhang zwischen einem nicht nachgewiesenen Verhalten und dem behaupteten Schaden.

5.3. Mit ihrer Argumentation verkennt die Beschwerdeführerin jedoch, dass - wie das Eidgenössische Versicherungsgericht wiederholt erkannt hat - grobfahrlässig handelt, wer sich bloss als Strohmann zur Verfügung stellt und seine Kontrollrechte nicht ausübt (Urteile in Sachen K. und R. vom 2. Juli 2002 [H 201/01], in Sachen K. vom 31. Juli 2001 [H 382/00 und H 409/00], in Sachen S. vom 13. Februar 2001 [H 87/00]; BGE 112 V 3 Erw. 2b). Nach der Rechtsprechung des obersten Gerichts kann sich daher auch eine Ehefrau, die sich in den Verwaltungsrat der Firma ihres Mannes wählen lässt, vom Vorwurf der groben Fahrlässigkeit nicht mit der Begründung exkulpieren, sie sei nicht in der Lage gewesen, das Geschehen zu überblicken und habe vollumfänglich ihrem Mann vertraut. Gerade die Verkennung ihrer Pflichten als Verwaltungsratsmitglied stellt eine grobe Sorgfaltspflichtverletzung dar (ZAK 1992 S. 249; vgl. auch Urteil in Sachen C. vom 24. November 1993 [H 199/93]). Im Bereich von Art. 52 AHVG gilt ein objektiver Verschuldensmassstab, das heisst, dass subjektive Entschuldigbarkeit oder die Gründe für die Annahme des Verwaltungsratsmandats unbeachtlich sind (Urteil in Sachen K. vom 5. Februar 2003 [H 183/01] mit Hinweis auf das Urteil in Sachen M. und F. vom 25. Juli 2000 [H 228/98]). Das gilt auch für Mandate, welche aus Gefälligkeit übernommen werden.

5.4. Gemäss Art. 716 Abs. 2 des Obligationenrechts (OR) führt der Verwaltungsrat die Geschäfte der Gesellschaft, soweit er die Geschäftsführung nicht übertragen hat. Art. 716a Abs. 1 OR enthält sodann einen Katalog unübertragbarer und unentziehbarer Aufgaben. So obliegt dem Verwaltungsrat insbesondere die Oberleitung der Gesellschaft und die Erteilung der nötigen Weisungen (Ziffer 1), die Ausgestaltung des Rechnungswesens, der Finanzkontrolle sowie der Finanzplanung (Ziffer 3) und die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, Statuten, Reglemente und Weisungen (Ziffer 5). Der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft hat die mit der Geschäftsführung beauftragten Personen zu überwachen und sich regelmässig über den Geschäftsgang unterrichten zu lassen. Das Gesetz verbietet zwar nicht die Vornahme einer bestimmten Arbeits- und Kompetenzaufteilung, doch die Überwachungs- und

Kontrollpflichten verbleiben auch dann beim (Gesamt)-Verwaltungsrat. Deshalb hat sich jedes Mitglied des Verwaltungsrats periodisch über den Geschäftsgang und die wichtigsten Geschäfte, die nicht zu seinem primären Aufgabenbereich gehören, zu orientieren, Rapporte zu verlangen, diese sorgfältig zu studieren und nötigenfalls ergänzende Auskünfte einzuholen, Irrtümer abzuklären und bei Unregelmässigkeiten einzugreifen (BGE 114 V 223 Erw. 4a).

Das ist die Beschwerdeführerin je Einsicht in die Bücher verlangt hätte, macht sie selber nicht geltend. Verwaltungsratssitzungen wurden nicht durchgeführt (Urk. 1 S. 4), so dass als einzige Gelegenheit die Generalversammlung verblieb, wenn eine solche überhaupt je stattgefunden hat, um den Verlauf des Geschäftsganges zu präsentieren, über allfällige Probleme zu orientieren und zu diskutieren. Bei einfachen Verhältnissen, das heisst wenn nur wenige Verwaltungsräte im Amt sind, muss in der Regel der Überblick über alle wesentlichen Belange der Firma verlangt werden. Darum hat sich die Beschwerdeführerin offensichtlich nicht bemüht. Aktenkundig ist vielmehr eine absolute Passivität der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit den Pflichten des von ihr übernommenen Verwaltungsratsmandats. Dies ist umso gravierender, als sich aus den Akten ergibt, dass die Beschwerdeführerin bis im Jahr 2004 immer als Lohnbezügerin in den Unterlagen des Unternehmens aufgeführt war (Urk. 12/50, 12/54, 12/103 und 12/150) und selber mehrmals Jahresabrechnungen mitunterzeichnet (Urk. 12/1, 12/11, 12/25, 12/50 und 12/150) sowie im September 2003 bei der Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der Überprüfung von Rechnungen interveniert hat (Urk. 12/83/1 und 12/84). Diese administrativen Arbeiten gehörten nach der Darstellung von Z. 3 (Urk. 12/436/2-3) zu den eigentlichen Tätigkeiten der Beschwerdeführerin und ihres Ehemannes und damit nach dessen Ausscheiden aufgrund seiner unfallbedingten vollständigen Arbeitsunfähigkeit zweifellos in den Zuständigkeitsbereich der Beschwerdeführerin.

Wie bereits vorstehend erwähnt (Erw. 3.2), hat die A. -Gebäudereinigung AG wiederholt Zahlungs- und Abrechnungspflichten verletzt. Ungeachtet der ausstehenden Sozialversicherungsbeiträge zahlte die Gesellschaft aber weiterhin Löhne aus, obwohl gemäss der Rechtsprechung der Grundsatz gilt, wonach es in wirtschaftlich schwierigen Zeiten geboten ist, nur so viele Löhne auszus zahlen als auch die darauf geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge bezahlt werden können (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen G. vom 26. Mai 2003, H 229/02, mit Hinweisen auf SVR 2003 AHV Nr. 1, S. 1 und BGE 118 V 195 Erw. 2a). Dies allein genügt, um in der Regel die Pflicht zur vollen Schadensdeckung nach sich zu ziehen, denn die Ausgleichskasse darf davon ausgehen, dass der Arbeitgeber die Vorschriften absichtlich oder grobfahrlässig verletzt hat.

Nach dem Dargelegten wurden seitens der Beschwerdeführerin keine sie von der Haftung entlastende Umstände vorgebracht; vielmehr gereicht ihr die vollständige Passivität bezüglich ihrer Organstellung zum Verschulden.

5.5 Unter den gegebenen Umständen ist das Verhalten der Beschwerdeführerin, namentlich ihre Passivität mit Blick auf ihre Pflichten als Verwaltungsrätin, ohne Weiteres auch als adäquat kausal für den bei der Beschwerdegegnerin eingetretenen Schaden zu betrachten (BGE 119 V 406 Erw. 4a mit Hinweisen, vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 343 Erw. 3c). Wären die geschuldeten Beiträge sichergestellt und nur so wenig Löhne ausgerichtet worden, als die darauf

geschuldeten Abgaben bei Fälligkeit hätten beglichen werden können, wäre der Schaden nicht eingetreten.

5.6 Abschliessend ist festzuhalten, dass auch kein Selbstverschulden der Beschwerdegegnerin vorliegt (BGE 122 V 185), denn es sind keine Umstände ersichtlich, aufgrund derer eine Missachtung elementarer Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs durch die Beschwerdegegnerin erkennbar wäre, welche für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens als adäquat kausal betrachtet werden müsste (BGE 122 V 189 Erw. 3c). So hat die Beschwerdegegnerin immer die Jahresschlussabrechnungen erstellt, die Gesellschaft bezüglich der Ausstände gemahnt, betrieben und auch Pfändungsbegehren gestellt, nachdem Ratenzahlungen nicht fristgerecht eingegangen waren und daher auch weitere Abschlagszahlungen verweigerte (Urk. 12/235 und 12/237).

Demnach ist die Haftbarkeit von X. für den der Ausgleichskasse bis zur Löschung der Beschwerdeführerin im Handelsregister mithin bis zum 18. November 2005 (Urk. 12/448) entstandenen Schaden zu bejahen und die Beschwerdeführerin zur Bezahlung des im Einspracheentscheid vom 9. Juni 2009 (Urk. 2) geltend gemachten Schadens von Fr. 89'145.85 zu verpflichten. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der Vollzug des (rechtskräftigen) Urteils sodann Sache der Ausgleichskasse ist und allfällige Zahlungserleichterungen im Rahmen des Vollzugs des Urteils daher mit der Ausgleichskasse abzusprechen sind.

5.7 Zusammenfassend ist daher die Beschwerde des Beschwerdeführers gutzuheissen und der Einspracheentscheid vom 2. Juli 2009 (Urk. 14/2) aufzuheben. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin ist nach dem Gesagten jedoch abzuweisen.

6. Bei diesem Verfahrensausgang obsiegt der Beschwerdeführer, weshalb er nach Art. 61 lit. g des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) Anspruch auf eine Prozessentschädigung hat, welche ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen ist (§ 34 Abs. 1 und Abs. 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Diese ist nach richterlichem Ermessen auf Fr. 2'600.-- zulasten der Beschwerdegegnerin festzusetzen.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin hat in der Kostennote vom 18. April 2011 einen Aufwand von Fr. 1'600.--, was bei einem gerichtsüblichen Stundenansatz von Fr. 200.-- einem Zeitaufwand von acht Stunden entspricht, und Fr. 62.-- Barauslagen zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer geltend gemacht (Urk. 38 und 39). Der Aufwand ist angemessen und es sind ihm antragsgemäss Fr. 1'795.-- (einschliesslich Barauslagen und Mehrwertsteuer) aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Beschwerde von Y. wird der Einspracheentscheid der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, vom 2. Juli 2009 aufgehoben.

Die Beschwerde von X. wird abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 2'600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Beschwerdeführerin, Rechtsanwalt Dr. René Mähler, Brugg, wird mit Fr. 1'795.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Die Beschwerdeführerin wird auf § 16 Abs. 4 GSVG hingewiesen.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. René Mähler je unter Beilage einer Kopie von Urk. 35 und 40
- Rechtsanwalt Dr. Andreas Burren unter Beilage einer Kopie von Urk. 35 und 40
- Rechtsanwältin Anna Papis unter Beilage einer Kopie von Urk. 40
- Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, je unter Beilage einer Kopie von Urk. 35 und 40
- Bundesamt für Sozialversicherungen

sowie an:

- Gerichtskasse

6. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff., insbesondere Art. 85, in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.