

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2019.00029

vom 20. August 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-08-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AK.2019.00029

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2019.00029 du 20 août 2020

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AK.2019.00029 del 20 agosto 2020

Erwägungen

E. 1

Die Personalvermittlungsfirma Z.____ AG, gegründet im Februar 2013, war der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, als bei tragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen und rechnete mit ihr die paritätischen und FAK-Beiträge ab (vgl. Urk. 7/176/9-20, 7/177/4-5). Mit Urteil vom 4.

November 2015 eröffnete der Konkursrichter des Bezirksgerichts Dietikon über die Gesellschaft den Konkurs (Urk. 23).

Mit Verfügung vom 6. August 2018 forderte die Ausgleichskasse von X.____

in solidarischer Haftung mit

Y.____ Schadenersatz

für entgangene bundes- und kantonrechtliche Sozialversicherungsbeiträge der Z.____ AG in der Höhe von Fr. 347'003.45 (Urk. 7/177/1-3, vgl. auch Urk.

7/176/3-5). Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 21. August 2019 fest (Urk. 2).

E. 1.1

Nach Art. 52 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG)

hat ein Arbeitgeber, der durch absichtliche oder grob fahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu fügen, diesen zu ersetzen. Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch (Art. 52 Abs. 2 AHVG).

E. 1.2

Die Vorschriften über die Arbeitgeberhaftung nach Art. 52 AHVG sowie die dazu entwickelte Rechtsprechung des Bundesgerichts finden mangels eigener Bestimmungen sinngemäss Anwendung auf die Invalidenversicherungs- (Art. 66 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung), Erwerbsersatz- (Art. 21 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft) und Arbeitslosenversicherungsbeiträge (Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung) sowie auf jene an die Familienausgleichskassen (FAK) gemäss dem Bundesgesetz über die Familienzulagen (Art. 25 lit. c). Gleiches gilt für die bis 31. Dezember 2008 nach kantonalem Recht

erhobenen FAK-Beiträge (§ 33 Abs. 2 des Gesetzes über Kinderzulagen für Arbeitnehmer in der bis Ende 2007 gültig gewesenen Fassung bzw. § 33 des ab 1. Januar 2008 bis 30. Juni 2009 gültig gewesenen Kinderzulagengesetzes; nicht publiziertes Urteil des Bundesgerichts 2P.251/1996 vom 30. Juni 1997).

E. 1.15

(Januar bis Oktober und nicht Januar bis Dezember) offen. Da der Beschwerdeführer bis Ende Mai 2015 Verwaltungsrat gewesen sei, hafte er für 5/10 dieses Betrags, wobei dem Beschwerdeführer fälschlicherweise bloss 5/12 in Rechnung gestellt worden seien (Urk. 2 S. 3). Dem kann nicht gefolgt werden. Die definitiven monatlichen Beträge überstiegen die monatlichen Akontobeiträge (vgl. Urk. 2 S. 2). Dem Vorgehen der Ausgleichskasse könnte dann beigespflichtet werden, wenn die Akontobeiträge gleichmässig unbezahlt geblieben wären. Dem ist aber nicht so. Die Akontobeiträge bis und mit Mai 2015 wurden beglichen. Für die Beiträge ab Juni 2015 kann der Beschwerdeführer nicht haftbar gemacht werden. Im Raum steht somit einzig eine Haftbarkeit für die definitiven Beiträge (soweit diese die Akontobeiträge übersteigen) von Januar bis Mai 2015. Aufgrund der vorhandenen Unterlagen lässt sich der entsprechende Schaden aber nicht beziffern. Da der Beschwerdeführer diesen Umstand sowohl in der Einsprache als auch in der Beschwerde moniert hat (Urk.

1 S.

34, Urk.

7/225/28; vgl. auch Urk. 18 S. 7) und es die Ausgleichskasse sowohl im Einspracheentscheid als auch in der Beschwerdeantwort unterliess, die einzelnen Schadenspositionen auseinander zu dividieren, erweist sich die Schadenersatzforderung, soweit sie das Jahr 2015 betrifft, als ungenügend substantiiert.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass von einem relevanten Schaden von Fr. 309'994.65 auszugehen ist. Zwar ist die Schadenersatzforderung, soweit sie das Jahr 2015 betrifft, ungenügend substantiiert, jedoch ist der Einspracheentscheid ansonsten

hinreichend begründet (vgl. dazu BGE 126 V 97). Seine Aufhebung aus formellen Gründen, wie vom Beschwerdeführer beantragt (Urk.

1 S.

31), recht fertigt sich daher in keiner Weise. 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 193 E. 2a; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6).

3.2

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die

Z. ___ AG den ihr als Arbeitgeberin obliegenden Zahlungsverpflichtungen in den Jahren 2014 und 2015 nur unvollständig nachkam. Schliesslich blieben geschuldete Sozialversicherungsbeiträge (inklusive Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 486'309.50 (Urk.

7/176/20) unbezahlt, wovon vorliegend Fr. 309'994.65

relevante sind (vgl. E. 2.2.4). Es bedarf deshalb keiner weiteren Ausführungen, dass die

Z. ___ AG Vorschriften im Sinne von Art. 52 Abs. 1 AHVG verletzt hat, wes halb der von ihr verursachte Schaden grundsätzlich voll zu decken ist.

Zu prüfen bleibt, inwieweit diese Missachtung öffentlichrechtlicher Arbeitgeberpflichten auf grobfahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten des Beschwerdeführers zurückzuführen ist. 4. 4.1

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). Absicht beziehungsweise 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 E. 1b; ZAK 1985 S. 576 E. 2 und S.

619 E. 3a). 4.2 4.2.1

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 E. 3a; ZAK 1985 S. 51 E. 2a, S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.6). 4.2.2

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 zuzu rechnen 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 E. 3a; ZAK 1985 S. 620 E. 3b; vgl. BGE 132 III 523 E. 4.5). 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 unterschreibungsberechtigt sind, die Anforderungen an die gegenseitige Kontrolle nach einem strengen Massstab (in BGE 119 V 86 nicht publizierte E. 2c des Urteils des Bundesgerichts H 94/91 vom 4. März 1993, nicht veröffentlichte Urteile H 171/87 vom 7. Dezember 1987 und H 25/87 vom 4. August 1987). 5.

E. 2

Dagegen erhob X.____ am 23. September 2019 Beschwerde und beantragte, der angefochtenen Entscheidung sei ersatzlos aufzuheben und er sei von jeglicher Schadenshaftung freizustellen, eventualiter sei der geschuldete Betrag angemessen zu reduzieren und auf maximal Fr. 10'000.-- festzusetzen, subeventualiter sei die Sache an die Ausgleichskasse zurückzuweisen (Urk. 1 S. 2). Die Ausgleichskasse schloss in der Beschwerdeantwort vom 30. Oktober 2018 auf Abweisung der Beschwerde (Urk. 6). Mit Verfügung vom 4. November 2019 wurde Y.____ zum Verfahren beigelegt (Urk. 8). Dieser liess sich mit Eingabe vom 10.

Dezember 2019 vernehmen (Urk. 14). Der Beschwerdeführer hielt in der Replik vom 31. Januar 2020 an seinen Anträgen fest (Urk. 18 S. 2). Die Ausgleichskasse verzichtete auf eine Duplik (Urk. 21). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Voraussetzung für eine Haftung nach Art. 52 AHVG ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Dieser besteht darin, dass der AHV ein ihr gesetzlich geschuldeter Beitrag entgeht. Die Höhe des Schadens entspricht dabei dem Betrag, dessen die Kasse verlustig geht (Thomas Nussbaumer, Die Ausgleichskasse als Partei im Schadenersatzprozess nach Artikel 52 AHVG, ZAK 1991 S. 383 ff. und 433 ff.). Verwaltungs- und Betriebskosten, Veranlagungs- und Mahngebühren sowie die Verzugszinsen bilden Bestandteil des Schadens, welcher der Ausgleichskasse zu ersetzen ist (BGE 121 III 382 E. 3bb; vgl. auch BGE 109 V 95 oben, 108 V 189 E. 5). Im Hinblick auf die in Art. 14 Abs. 1 AHVG normierte Beitrags- und Abrechnungspflicht des Arbeitgebers gehören auch die Arbeitgeberbeiträge zum massgeblichen Schaden (BGE 98 V 26 E. 5).

Die Ausgleichskasse hat die Schadenersatzforderung soweit zu substantiieren, dass sie überprüft werden kann. Der Forderungsbetrag ist zeitlich und masslich zu spezifizieren, also gestützt auf eine Beitragsübersicht zu behaupten, wie er sich zusammensetzt. Dabei genügt ein blosser Verweis auf die Beitragsübersicht, wenn der Gesamtbetrag ohne weiteres daraus ersichtlich ist. Trifft dies beispielsweise wegen widersprüchlicher Saldi, unterschiedlich datierter Buchungen, Schwanken der Beiträge, Stornierungen oder Verrechnungen (z.B. mit Guthaben auf einem Überschusskonto) nicht zu, hat die Ausgleichskasse durch erläuternde Bezugnahme auf die Beitragsübersicht und andere von ihr eingereichte Akten darzutun, wie und gestützt worauf sie den Schadenersatzbetrag ermittelt hat. Es ist nicht Sache des kantonalen Versicherungsgerichts oder des Bundesgerichts, selbst in EDV-Ausdrucken und Abrechnungen nach denjenigen Positionen zu forschen, welche für die Beitragshöhe von Belang sind, und zu eruieren, wie der Forderungsbetrag doch ermittelt werden könnte. Wie detailliert die in der Beitragsübersicht enthaltenen Positionen zu belegen sind, hängt im Übrigen wesentlich davon ab, ob und inwieweit die ins Recht gefasste Person die Schadenersatzforderung substantiiert, d.h.

masslich mit konkreten, nicht ohne weiteres wider legbaren Einwendungen bestreitet, oder sich aufgrund der Akten greifbare An haltspunkte für Unrichtigkeiten ergeben (Bundesgerichtsurteil 9C_325/2010 vom 10. Dezember 2010 E. 7.1.1).

E. 2.2.1

Der Beschwerdeführer moniert, die Ausgleichskasse habe den Schaden nicht ge nügend substantiiert. Der Umfang des behaupteten Schadens sei nicht nachvoll ziehbar (Urk. 1 S. 31 ff.).

E. 2.2.2

Der Forderungsbetrag von Fr. 347'003.45 ist dem Kontoauszug vom 2. August 2018 zu entnehmen (Urk. 7/177/4-5), zu dessen Verständnis es des Kontoauszugs und der Beitragsübersicht je

vom 27.

Juli

2018 bedarf (Urk. 7/176/9-10, 7/176/15-20). Das Buchhaltungsprogramm der Ausgleichskasse und damit auch die Kontoauszüge sind nicht leicht verständlich. Vor diesem Hintergrund recht fertigt es sich, zunächst darzulegen, wie die Zahlungsausstände zustande gekom men sind und wie

sich die von der Ausgleichskasse berechnete Summe zu sammensetzt.

E. 2.2.3

Für das Jahr 2013 bestehen keine offenen F orderungen. Nach ihrer Gründung im Februar 2013 bezahlte die Z.____ AG monatliche Akontobeiträge von Fr. 4'164.10 entsprechend einer gemeldeten Lohnsumme von monatlich Fr.

30'000.-- (Urk. 7/1, 7/ 11). Mit Lohndeklaration vom 28. Januar 2014 teilte sie indessen eine effektive Lohnsumme für das Jahr 2013 von Fr. 1'230'351.70 mit (Urk. 7/21). Daher forderte die Ausgleichskasse mit Schlussrechnung 2013 vom 25. Februar 2014 Fr. 127'803.95 nach (Urk. 7/24). Zur Bezahlung dieser Rechnung wurde am 6. März 2014 ein Zahlungsaufschub gewährt (10 Raten jeweils zahlbar per Ende Monat, erstmals per Ende März, letztmals per Ende Dezember 2014; Urk. 7/26). Die entsprechenden Zahlungen leistete die Z.____ AG, wobei die erste Rate gemahnt werden musste (Urk. 7/26, 7/30).

Eine Anpassung der Akontob eiträge für das Jahr 2014 erfolgte trotz der nun ausgewiesenen bedeutend höheren Lohnsumme nicht

(Urk. 7/32-35, 7/37-38). Die Akontobeiträg e beglich die Z.____ AG fristgerecht (Urk. 7/176/9-10). Für das Jahr 2015 nahm die Ausgleichskasse sodann eine Anpassung der Akonto beiträge vor, nachdem die Z.____ AG im Oktober 2014 eine voraus sichtliche Lohnsumme von Fr. 3'000'000.-- gemeldet hatte (Urk. 7/36, 7/42, 7/46 , 7/51, 7/54).

Gestützt auf die Lohndeklaration 2014 vom 26. Januar 2015 , die eine effekti ve Lohnsumme von Fr. 3'934'954.8

E. 2.2.4

Der Beschwerdeführer trat am 28. Mai 2015 aus dem Verwaltungsrat der Z.____ AG zurück (Urk. 3/8 [= Urk. 7/196]). Damit endete seine Organstellung und damit auch die Haftung für später entstehende Beitragsschulden (BGE 126 V 61). Soweit die Ausgleichskasse

gestützt auf den HR-Auszug davon ausgeht, der Rücktritt sei am 8. Juni 2015 erfolgt (Urk. 2 S. 2), übersieht sie, dass es für die Begründung und Beendigung der formellen Organstellung nicht auf den Handelsregistereintrag ankommt. Ausschlaggebend ist vielmehr, wann die Organstellung effektiv begründet respektive beendet worden ist (BGE 128 V 124 V 4b). Der Beschwerdeführer behauptet einen Austritt am 27. Mai 2015. Zwar datiert sein Rücktrittsschreiben von diesem Tag. Indessen kommunizierte er seinen Rücktritt erst einen Tag später (Urk. 3/8,

3/10 [=Urk. 7/198]). Letztlich bleiben diese unter verschiedenen Daten aber ohne Relevanz, da in dieser Zeit keine Rechnungen fällig wurden.

Die Ausgleichskasse fordert vom Beschwerdeführer Fr. 3'47'003.45 (Urk. 2). Dieser Betrag setzt sich zusammen aus ausstehenden Beiträgen von Fr. 309'994.65 für das Jahr 2014 und Fr. 37'008.80 für das Jahr 2015. Ersterer Betrag ergibt sich wie folgt: Fr. 332'212.65 ./. Fr. 20.-- (Mahnggebühr) ./. Fr. 12'192.65 (Ratenzahlung) ./. Fr. 10'000.-- (Ratenzahlung) ./. Fr. 5.35 (Verrechnungsgutschrift, Urk.

7/176/19 unten) und ist soweit nicht zu beanstanden. Zum Betrag von Fr.

37'008.80 führte die Ausgleichskasse aus, tatsächlich seien für das Jahr 2015 Lohnbeiträge von Fr. 88'82

E. 5

auswies, stellte die Ausgleichskasse am 4.

Februar 2015 die Schlussrechnung über Fr. 454'802.55 (Urk. 7/43, 7/45). Für diese Forderung gewährte die Ausgleichskasse am 13. Februar 2015 einen Zahlungsaufschub (Urk. 7/48), irrtümlich zunächst nur mit zwei Raten, nach umgehender Korrektur mit 10 Raten (Urk. 7/48/2, 7/50). Zwei Raten in der Höhe von Fr. 45'482.55 respektive Fr. 45'480.-- beglich die Z.____ AG mit Zahlungen vom 24. Februar 2015 und 21. Mai 2015 (Urk. 7/50/2).

Die

Akontobeiträge Januar bis Mai 2015 blieben teilweise aus (Urk. 7/56). Am 5.

Mai 2005 erfolgte eine Gutschrift von Fr. 86'231.15, da zu hohe Akontobeiträge in Rechnung gestellt worden waren (Urk. 7/76). Die Gutschrift wurde mit bestehenden Ausständen verrechnet. Der Beschwerdeführer geht fälschlicherweise davon aus, dass die Gutschrift ausbezahlt worden sei (Urk. 1 S. 35). Dass eine Verrechnung vorgenommen wurde, ergibt sich aus den Verbuchungspositionen «HABENHER» und «HABÜB» (Urk. 7/176/15-20). Dabei handelt es sich um

elektronische interne Verrechnungen im System der Ausgleichskasse.

Zudem wies die Ausgleichskasse in den Schreiben vom 8. Juni und

E. 5.1

Der Beschwerdeführer brachte zu seiner Entlastung im Wesentlichen vor, er und sein Geschäftspartner, Y.____, hätten sich die Verantwortungsbeurteilung aufgeteilt. Er sei für den Verkauf zuständig gewesen,

Y.____ für die Administration, mitunter die Lohnadministration, sowie die Führung des Personalvermittlungsbüros. Für die Abwicklung seiner Aufgaben habe Y.____

die Unterstützung der A.____ AG in Anspruch genommen. Diese Aufgabenteilung sei der Ausgleichskasse bekannt gewesen. Sie habe ausschliesslich mit Y.____ kommuniziert, obschon dieser gemäss Handelsregisterauszug lediglich kollektivzeichnungsberechtigt gewesen sei (Urk. 1 S. 5 ff. , Urk. 1 S. 13 ff.). Die Z.____ AG habe bereits nach wenigen Monaten hohe Debitorenausstände zu verzeichnen gehabt.

Als Personalvermittlungsbüro habe die Z.____ AG temporäre Mitarbeiter auf Mandats- und Stundenbasis Einsatzbetrieben zur Verfügung gestellt. Bei den Debitorenforderungen habe es sich um Ausstände der Einsatzbetriebe gehandelt.

Die Ausstände hätten zu einem Liquiditätsengpass geführt und dazu, dass die Z.____ AG die AHV-Beiträge nicht mehr habe begleichen können . Um ihr Überleben zu sichern, habe sie sich auf die Bezahlung der Löhne konzentrieren müssen (Urk. 1 S. 8 , Urk. 1 S. 20 u. S. 36) . Anfang 2015 habe er drastische Sanierungsmassnahmen vorgeschlagen, aber habe sich gegen Y.____ nicht durchsetzen können. Er sei deswegen am 27. Mai 2015 aus dem Verwaltungsrat ausgetreten (Urk. 1 S. 9 , Urk. 1 S. 21 ff. u. S. 37). Die Ausgleichskasse treffe ein schweres Mitverschulden, indem sie der Z.____ AG diverse Zahlungsaufschübe und Ratenzahlungen gewährt habe . Auch habe sie die Akontobeiträge viel zu tief festgesetzt und diese auch im Jahr 2014 nicht erhöht, obschon sie um die hohe Lohnsumme gewusst habe

(Urk. 1 S. 10 f. , Urk. 1 S. 24 ff. u. S. 38 f.).

E. 5.2

Vorweg ist festzuhalten, dass im vorliegenden Prozess nicht zu untersuchen ist, ob die Liquidation beziehungsweise der Konkurs der Z.____ AG allen falls hätte vermieden werden können oder ob am vorliegenden Verfahren nicht beteiligten Drittpersonen diesbezüglich irgendein Schuldvorwurf gemacht werden könnte. Vielmehr ist einzig zu entscheiden, ob die Z.____ AG die ihr als Arbeitgeberin obliegenden Pflichten verletzt hat und ob gegebenen falls ein qualifiziertes Verschulden des Beschwerdeführers zu bejahen ist. Unerheblich ist auch, dass der Beschwerdeführer nach seinem Austritt aus der Z.____ AG die B.____ AG gründete und diese ihren Beitragspflichten nachkommt (vgl. Urk. 1 S. 9 f.).

E. 5.3.1

Der Beschwerdeführer war kollektivzeichnungsberechtigter Verwaltungsrat der Z.____ AG, einem kleineren Unternehmen mit einfacher Verwaltungsstruktur (vgl. Urk. 23, 7/139). Der Verwaltungsrat bestand aus ihm und Y.____ . Letzterer war Verwaltungsratspräsident (Urk. 23). Bei derart leicht überschaubaren Verhältnissen muss von jedem Mitglied des Verwaltungsrates einer Aktiengesellschaft verlangt werden, dass es den Überblick über alle wesentlichen Belange des Unternehmens hat.

Bei einfachen und überschaubaren Verhältnissen werden praxisgemäss erhöhte Anforderungen an Kenntnis und Erledigung von Abrechnungs- und Zahlungsverkehr mit der Ausgleichskasse gestellt. 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 beziehungsweise der einzelne Verwaltungsrat 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 219 E. 4a).

E. 5.3.2

Nach Art. 35 Abs. 1 AHVV haben die Arbeitgeber im laufenden Jahr periodisch Akontobeiträge zu entrichten. Diese werden von der Ausgleichskasse auf Grund der voraussichtlichen Lohnsumme festgesetzt. Nach Art. 35 Abs. 2 AHVV haben die Arbeitgeber der Ausgleichskasse wesentliche Änderungen der Lohnsumme während des laufenden Jahres zu melden. Gemäss Rz. 2048 der Wegleitung über den Bezug der Beiträge (WBB) in der AHV, IV und EO gilt eine Abweichung der jährlichen Lohnsumme um mindestens 10 Prozent von der ursprünglichen voraussichtlichen Lohnsumme als wesentlich im Sinne von Art. 35 Abs. 2 AHVV. Der vorliegend relevante Fehlbetrag von Fr. 309'994.65 ist darauf zurückzuführen, dass im Jahr 2014 die definitiven Beiträge erheblich höher ausfielen, als die geleisteten Akontobeiträge. Grund hierfür war, dass wesentliche Änderungen in der Lohnsumme der Ausgleichskasse nicht gemeldet wurden. Es trifft zwar zu, dass die Ausgleichskasse die Akontobeiträge für das Jahr 2014 nicht anpasste, nachdem ihr die Lohnsumme 2013 von Fr. 1'230'351.70 gemeldet worden war. Darauf wird unter E. 5.4 zurückzukommen sein. Doch ist zu beachten, dass sich die Lohnsumme im Jahr 2014 auf Fr. 3'934'954.85 erhöhte (Urk. 7/43/1-2). Selbst wenn die Akontobeiträge 2014 auf das Niveau der Löhne des Jahres 2013 angepasst worden wären, wären sie noch weitaus zu tief ausgefallen. Auf jeden Fall änderte aber das Versäumnis der Ausgleichskasse nichts an der Pflicht der Z.____ AG, die wesentlich höhere Lohnsumme im Jahr 2014 zu melden, was sie

jedoch nicht tat. Zu jener Zeit war der Beschwerdeführer Verwaltungsrat der Z.____ AG und stand damit in der Verantwortung.

Dieser Verantwortung vermag sich der Beschwerdeführer nicht zu entziehen mit dem Hinweis darauf, dass Y.____ für die Finanzen zuständig gewesen sei und ausschliesslich er mit der Ausgleichskasse kommuniziert habe (Urk. 1 S. 5 ff., Urk. 1 S. 13 ff.). Die ihm obliegenden Kontrollpflichten umfassen auch die Finanzen. Der Beschwerdeführer hätte sicherstellen müssen, dass der

Z.____ AG, nachdem diese offensichtlich zu tiefe Akontobeiträge leistete, die notwendigen Mittel für die Begleichung der Schlussrechnung innert nützlicher Frist zur Verfügung gestanden hätte

(Bundesgerichtsurteil 9C_247/2016 vom 10. August 2016 E. 5.1.1; vgl. auch Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 38/06 vom 26. Oktober 2006 E. 6.3 i.f.). Dieser Pflicht kam er klarerweise nicht nach. Nichts zu seinen Gunsten vermag der Beschwerdeführer

sodann daraus abzuleiten, dass Y.____ Ansprechpartner der Ausgleichskasse war, ändert dies doch nichts an seinen eigenen Pflichten. Dass Y.____, wie er selber auch, bloss über eine Kollektivzeichnungs berechtigung verfügte, tut in diesem Zusammenhang nichts zur Sache. Denn das Unterzeichnen der Lohnbescheinigung, das Einreichen eines Gesuchs um Zahlungsaufschub wie überhaupt die allgemeine Korrespondenz mit der Ausgleichskasse sind Tätigkeiten, die an Hilfspersonen, etwa an das Sekretariat delegiert werden können (Reichmuth, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, S. 56 Rz. 226 mit Hinweisen).

E. 5.3.3

Nachdem gemäss konstanter Rechtsprechung grundsätzlich bei finanziellen Schwierigkeiten nur so viel Lohn ausbezahlt werden darf, als die darauf unmittelbar entstehenden Beitragsforderungen gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214 E. 5), wäre die Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge einzig gerechtfertigt oder allenfalls entschuldbar gewesen, wenn damit die Existenz des Unternehmens hätte gerettet werden können oder mindestens im Zeitpunkt der Entscheidung über die Nichtbezahlung - oder besser Rückstellung der Beiträge - auf Grund objektiver Umstände damit gerechnet werden durfte, die Forderung der Ausgleichskasse innert nützlicher Frist befriedigen zu können (BGE 121 V 243, 108 V 188 E. 2; Bundesgerichtsurteile 9C_548/2017 vom 13. März 2017 E.

6.2.1, 9C_660/20

E. 5.3.4

Der Beschwerdeführer vermag seiner Verantwortlichkeit nicht mit dem Argument zu entgehen, dass er sich gegen seinen Geschäftspartner Y.____ nicht habe durchsetzen beziehungsweise die Zahlungen nicht habe veranlassen können. Denn dies mindert die dem Beschwerdeführer als (formelle) Organ obliegenden strengen Sorgfaltspflichten nicht. Die Rechtsprechung verlangt gerade auch von den faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Organen, wovon beim Beschwerdeführer in Bezug auf die Finanzen wohl ausgegangen werden kann, dass sie sich ernsthaft um die Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten bemühen, wozu das Beitragswesen als eines der Geschäfte gehört, mit denen sich ein Organ ihrer Bedeutung wegen befassen muss (Bundesgerichtsurteil 9C_763/2018 vom

E. 5.4.1

Zu prüfen bleibt eine Herabsetzung des Schadenersatzes wegen Mitverschulden der Beschwerdegegnerin.

E. 5.4.2

Liegt ein Selbst- oder Mitverschulden der Ausgleichskasse vor, kann dies in sinn gemässer Anwendung von Art. 44 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) zu einer Herabsetzung der geltend gemachten Forderung führen. Voraussetzung dafür ist, dass sich die Verwaltung einer groben Pflichtverletzung schuldig gemacht hat, was namentlich dann der Fall ist, wenn sie elementare Vorschriften der Beitragsveranlagung und des Beitragsbezugs missachtet hat. Eine Herabsetzung kann nur erfolgen, wenn und soweit das pflichtwidrige Verhalten der Verwaltung für die Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens adäquat kausal gewesen ist.

E. 5.4.3

Der Beschwerdeführer kritisiert, dass der Z. ___ AG diverse Zahlungsaufschübe gewährt wurden (Urk. 1 S. 38). Nach der Rechtsprechung kann

ein Zahlungsaufschub mit Tilgungsplan von Bedeutung sein für die Frage, ob die Ausgleichskasse ihren Sorgfaltspflichten im Zusammenhang mit dem Beitrags bezug nachgekommen ist (BGE 124 V 253 E. 3b i.f. ; Bundesgerichtsurteil 9C_548/2017 vom 13. März 2018 E. 7.1).

Die Ausgleichskasse gewährte drei Zahlungsaufschübe. Der erste Tilgungsplan vom 6. März 2014 führte zur Bezahlung der Schlussrechnung von Fr. 127'803.95 (Urk. 7/26). Ein Schaden ist daraus somit nicht entstanden. Der zweite Zahlungsaufschub erfolgte mit dem Tilgungsplan vom 13. Februar 2015 (Urk. 7/48). Da sich die Z. ___ AG in finanzieller Bedrängnis befand, sich aber zu regelmässigen Abschlagszahlungen verpflichtete und angesichts des ersten Zahlungsaufschubs gute Gründe für die Annahme bestanden, dass die Abschlagszahlungen fristgemäss entrichtet würden (vgl. dazu Wegleitung des BSV über den Bezug der Beiträge in der AHV, IV und EO [WBB], Rz . 2195), ist die Gewährung monatlicher Ratenzahlungen nicht zu beanstanden. Nach ausstehenden Ratenzahlungen erinnerte die Ausgleichskasse die Z. ___ AG an ihre Pflichten (Urk. 7/50, 7/70). Soweit der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang ein Mitverschulden der Ausgleichskasse postuliert, weil sie das Beitragsinkasso zu wenig energisch vorangetrieben habe (Urk. 1 S. 39, Urk. 18 S. 13), ist darauf hinzuweisen, dass bloss zögerliches Verhalten der Ausgleichskasse für die Annahme eines Mitverschuldens nicht genügt. Überhaupt ist das Verhalten der Ausgleichskasse nicht leichthin als grobfahrlässig anzusehen, wenn sie ein mit finanziellen Problemen kämpfendes Unternehmen nicht mit voller Härte anfasst (Reichmuth, a.a.O., Rz . 760 f.).

Ob sodann die Gewährung des dritten Zahlungsaufschubs vom 23. Juli 2015 gerechtfertigt war, erscheint fraglich. Doch erwachsen dem Beschwerdeführer daraus keine Nachteile, da sich seine Haftung auf den Schaden beschränkt, der durch Nichtbezahlung von Beiträgen bis zu seinem Rücktritt vom 28. Mai 2015 entstanden ist.

Indessen weist der Beschwerdeführer zu Recht darauf hin, dass die Ausgleichskasse trotz der am 28. Januar 2014 deklarierten Lohnsumme für das Jahr 2013 von Fr. 1'230'351.70 (Urk. 7/21) keine Anpassung der Akontobeiträge für das Jahr 2014 vornahm, sondern diese unverändert auf der Basis einer viel zu tiefen Pauschallohnsomme von Fr. 360'000.-- (vgl. Urk. 7/36, 7/37) in Rechnung stellte. Dabei wäre sie aber gehalten gewesen, die Akontobeiträge von sich aus anzupassen (vgl. WBB Rz. 2040, 2050). Es ist nicht auszuschliessen, dass der Schaden bei Anpassung der Akontobeiträge und einer damit einhergehenden beförderlicheren Eintreibung der Schulden in geringerer Höhe angefallen wäre. Insofern ist ein Mitverschulden der Ausgleichskasse ausgewiesen. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass der Schaden primär auf die Meldepflichtverletzung der Z. ___ AG zurückzuführen ist. Auch weitete die Z. ___ AG die Lohnsumme im Jahr 2014 auf Fr. 3'934 '954.85 erheblich aus (Urk. 7/43/1-2). Dabei verpasste sie es,

die ex lege daraus entstandenen Sozialversicherungsbeiträge sicherzustellen, und war damit sowohl für das Entstehen als auch für das Ansteigen der Beitragsausstände hauptverantwortlich (vgl. E. 5.3.2). 6 . 6.1

Schliesslich setzt die Schadenersatzpflicht des Arbeitgebers nach Art. 52 Abs. 1 AHVG voraus, dass zwischen der absichtlichen oder grobfahrlässigen Missachtung von Vorschriften und dem eingetretenen Schaden ein adäquater Kausalzusammenhang gegeben

ist (BGE 119 V 401 E. 4a mit Hinweisen auf die Lehre, 103 V 120 E. 4).

Nach der Rechtsprechung hat ein Ereignis dann als adäquate Ursache eines Erfolges zu gelten, wenn es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen, der Eintritt dieses Erfolges also durch das Ereignis allge mein als begünstigt erscheint (BGE 119 V 401 E. 4a mit Hinweisen; vgl. auch BGE 122 V 189 sowie 119 Ib 334 E. 3c). 6.2

Das dem Beschwerdeführer vorwerfbare Verhalten führte zum Schaden der Be schwerdegegnerin. Wäre die Konkursitin unter der (Mit) verantwortung des Be schwerdeführers ihren Melde- und Zahlungspflichten rechtzeitig nachgekommen und wären Löhne nur so weit ausbezahlt worden, als die darauf geschuldeten Abgaben bei Fälligkeit hätten beglichen werden können, wäre der Schaden nicht eingetreten. 6 .3

In Hinblick auf das Mitverschulden der Ausgleichskasse ist der vom Beschwer deführer zu leistende Schadenersatz nur dann und soweit herabzusetzen, als das pflichtwidrige Verhalten der Ausgleichskasse für die Entstehung oder Verschlim merung des Schadens kausal war (BGE 122 V 185 E. 3c). Die Auswirkungen des pflichtwidrigen Verhaltens der Ausgleichskasse auf den Schaden lassen sich im Einzelnen nicht bestimmen. Es ist jedoch mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Schaden im Falle eines pflichtgemässen Handelns der Ausgleichskasse geringer ausgefallen wäre, wenn auch nicht massiv. Daher rechtfertigt sich eine Kürzung der Schadenersatzpflicht im Umfang von 1/5.

Damit ist der (in Solidarhaftung) zu leistende Schadenersatz auf Fr. 247'995. 70 (80 % von Fr. 309'994.65) herabzusetzen. Insofern ist die Beschwerde gutzu heissen. 7 .

Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende beschwerdeführende Person Anspruch auf Ersatz der Partei kosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer). Da die Schadenersatzforderung des Beschwerdeführers um rund einen 1/3 reduziert wird, ist ihm eine reduzierte Prozessentschäd igung zuzusprechen und auf Fr. 2'0 00.-- festzusetzen. Das Gericht erkennt: 1.

In teilweiser Gutheissung der Beschwerde des Beschwer deführers wird der Einsprache en tscheid vom 21. August 2019 insoweit abgeänd ert, als der Beschwerdeführer (als Solidarhafter nebst Y. ___) verpflichtet wird, der Sozialversiche rungs anstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, Schadeners atz im Umfang von Fr.

247'995.70 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessent schädigung von Fr. 2'0 00 .-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt André Brunschweiler - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Rechtsanwalt Dario Zarro - Bundesamt für Sozialversicherungen 5.

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., ins besondere Art. 85, in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bun des

gericht, 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, zuzu stellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweis mittel 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). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der VorsitzendeDer Gerichtsschreiber GräubSonderegger

E. 9

Juni 2015 auf die Ver rechnungen hin (Urk. 7/76 , 7/79-85). Dadurch wurden die geschuldeten Akonto beiträge Mai bis Juni 2015 gedeckt (Urk. 7/176/15-20). Die weiteren Akonto bei träge für das Jahr 2015 blieben teilweise oder ganz unbezahlt (Urk. 7/176/15-20).

Ein Teil der Gutschrift vom 5. Mai 2015 wurde für die Begleichung der offenen definitiven Beiträge für das Jahr 2014 verwendet (Urk. 7/79). Der mit Schluss rechnung 2014 in Rechnung gestellte Betrag von Fr. 454'802.55 reduzierte sich aufgrund der geleisteten zwei Teilzahlungen und der vorgenommenen Verrech nung auf Fr. 332'192.65. Diesen Betrag forderte die Ausgleichskasse mit Rech nung vom 3. Juli 2015 (Urk. 7/91). Am 20. Juli 2015 mahnte sie, womit sich der Betrag um die Mahngebühr von Fr. 20.-- auf Fr. 332'212.65 erhöhte (Urk. 7/96). Für diesen Betrag gewährte die Ausgleichskasse am 23. Juli 2015 einen Zahlungs aufschub (Urk. 7/99). Zwei Raten in der Höhe von Fr. 12'192.65 beziehungsweise Fr. 10'000.-- beglich die Z. ___ AG (Urk. 7/99, 7/176/10).

Gestützt auf die Arbeitgeberkontrolle vom 1. Februar 2016 erstellte die Aus gleichskasse am 26. Juni 2016 eine Schlussrechnung für das Jahr 2015 in der Höhe von Fr. 88'821.-- (Urk. 2 S. 2, Urk. 7/139) .

E. 11

vom 31. Mai 2012 E. 3.2, Urteil des Eidg . Versiche rungs gericht H 394/01 vom 19. November 2003 E. 6.2). Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Die Sozialversicherungsbeiträge wurden deshalb nicht bezahlt, weil über eine lange Zeitdauer die dafür notwendigen Mittel nicht vorhanden oder bereitgestellt worden waren beziehungsweise dafür nicht bereitgestellt wurden. Die Nichtbe zahlung der Sozialversicherungsbeiträge wurde also nicht im Rahmen eines (konkreten) Sanierungskonzeptes zur Rettung des Unternehmens - beispielsweise zur Überbrückung eines kurzfristigen Liquiditätsengpasses - beschlossen. Vorzu werfen ist der Z. ___ AG insbesondere, dass sie die Anzahl Mitar beiter und damit die Lohnsumme stetig erhöhte, womit die bestehenden Bei trags ausstände noch mehr stiegen. Damit wälzte sie einen Teil des Geschäftsrisikos auf die AHV ab, was nicht angeht.

E. 16

Juli 2019 E. 4.1.2). Falls es tatsächlich so war, dass der Beschwerdeführer die ihm obliegenden Aufgaben und Pflichten nicht in rechts genügender Weise zu erfüllen in der Lage gewesen war, hätte er unverzüglich demissionieren müssen (Bundesgerichtsurteil

9C_548/

E. 20

07 vom 2.

Juni 2008 E.

5.1, Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 107/01 vom 23. Juli 2002 E. 4.3). Dies tat er aber nicht. Zum Zeitpunkt seines Rücktritts aus dem Verwaltungsrat am 28. Mai 2015 hatten die Ausstände für die Beiträge des Jahres 2014 sowie zu einem Teil des Jahres 2015 bereits seit längerem bestanden.

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