

[AZA 7]
H 201/01 Gb

II. Kammer

Präsident Schön, Bundesrichterin Widmer und Bundesrichter
Frésard; Gerichtsschreiberin Hofer

Urteil vom 2. Juli 2002

in Sachen

1. K. _____,

2. R. _____,

Beschwerdeführer, beide vertreten durch Fürsprecher Peter Krähenbühl, Bundesgasse 26, 3011 Bern,

gegen

Ausgleichskasse des Schweizerischen Baumeisterverbandes, Sumatrastrasse 15, 8006 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

und

Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

A.- K. _____ war Präsident und R. _____ Mitglied des Verwaltungsrates der Firma X. _____ AG, welche laut Eintragung im Handelsregister den Betrieb einer Bauunternehmung für Hoch- und Tiefbau, Planung, Bauführung und Erstellung von Bauten auf eigene und fremde Rechnung, Bauberatungen aller Art sowie Erwerb, Nutzung, Verwaltung und Veräusserung von Liegenschaften bezweckte. Am 17. August 1999 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet.

Mit Verfügungen vom 30. März 2000 forderte die Ausgleichskasse des Schweizerischen Baumeisterverbandes von K. _____ und R. _____ in solidarischer Haftbarkeit Schadenersatz für entgangene AHV/IV/EO/ALV-Beiträge, einschliesslich Verwaltungskosten, Mahngebühren und Verzugszinsen, im Betrag von Fr. 99'592.-. Hiegegen erhoben die Betroffenen Einspruch.

B.- Am 16. Mai 2000 reichte die Ausgleichskasse beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern zwei Klagen ein mit den Anträgen, K. _____ und R. _____ seien zur Bezahlung von Schadenersatz in der verfügten Höhe zu verpflichten.

Das kantonale Gericht vereinigte die Verfahren und verpflichtete die Beklagten in Gutheissung der Klage, der Ausgleichskasse in solidarischer Haftung Schadenersatz im Betrag von Fr. 99'592.- zu bezahlen.

C.- K. _____ und R. _____ lassen Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei die Sache zur neuen Beurteilung in öffentlicher Verhandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen; eventuell sei die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gutzuheissen.

Die Ausgleichskasse und das Bundesamt für Sozialversicherung verzichteten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird zunächst geltend gemacht, das kantonale Gericht habe das Recht auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK sowie den verfassungsmässigen Anspruch auf Abnahme verlangter Beweismassnahmen verletzt.

Die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung im Sozialversicherungsprozess setzt nach der Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts grundsätzlich einen - im erstinstanzlichen Verfahren zu stellenden - Parteiantrag voraus. Der Antrag auf öffentliche Verhandlung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 EMRK muss klar und unmissverständlich vorliegen. Verlangt eine Partei lediglich eine persönliche Anhörung oder Befragung, ein Parteiverhör, eine Zeugeneinvernahme oder einen Augenschein, liegt bloss ein Beweisantrag vor, aufgrund dessen noch nicht auf den Wunsch auf eine konventionskonforme Verhandlung zu schliessen ist (BGE 122 V 55 Erw. 3a; RKUV 1996 Nr. U 246 S. 163 Erw. 4d, je mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung allein aufgrund wichtiger Interessen der Allgemeinheit nicht zwingend geboten war und es demnach rechtsprechungsgemäss eines entsprechenden Antrags bedurfte. Beim im vorinstanzlichen Verfahren

verschiedentlich gestellten Antrag auf Parteiverhör und Zeugeneinvernahme handelt es sich um einen Beweisantrag, der auf die Befragung zu einem in der Klageantwort umschriebenen Gegenstand abzielte und nicht um einen klaren und unmissverständlichen Antrag auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung. Ein ohne jeden Bezug zum Gebot der Öffentlichkeit gestellter und als solcher bezeichneter Beweisantrag vermochte den von der Rechtsprechung verlangten Anforderungen selbst im Sinne eines konkludenten Antrages nicht zu genügen. Es lässt sich daher auch nicht beanstanden, wenn sich der angefochtene Gerichtsentscheid zur Frage der Durchführung einer öffentlichen Verhandlung mit keinem Wort äussert.

Soweit dem Beweisantrag um persönliche Anhörung und Zeugenbefragung durch das kantonale Gericht nicht entsprochen wurde, kann darin ebenfalls keine Verletzung von Art. 6 Ziff. 1 EMRK oder des rechtlichen Gehörs erblickt werden (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung BGE 124 V 94 Erw. 4b, 122 V 162 Erw. 1d mit Hinweis).

2.- 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).

3.- Die rechtlichen Grundlagen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und die zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5b) sowie zur Haftungsvoraussetzung des zumindest grobfahrlässigen Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b; ZAK 1985 S. 576 Erw. 2, 619 Erw. 3a) ergangene Rechtsprechung finden sich im kantonalen Entscheid zutreffend wiedergegeben. Darauf kann verwiesen werden.

4.- a) Unbestritten ist, dass die Firma X. _____ AG ihrer Beitragszahlungspflicht gemäss Art. 14 Abs. 1 AHVG ab Herbst 1998 nur teilweise nachgekommen und der Ausgleichskasse daraus ein Schaden entstanden ist. Nicht streitig ist im vorliegenden Verfahren der Umfang des eingetretenen Schadens. Auch hat die Ausgleichskasse die Schadenersatzverfügung unbestrittenermassen rechtzeitig erlassen (Art. 82 Abs. 1 AHVV) und innert Frist Klage erhoben (Art. 81 Abs. 3 AHVV). Während K. _____ seine Eigenschaft als subsidiär haftendes Organ der konkursiten Aktiengesellschaft zu Recht nicht in Frage stellt und auch nicht bestreitet, dass ihm als verantwortlichem Organ und Geschäftsführer der Gesellschaft das fehlerhafte Verhalten der Arbeitgeberin als grobfahrlässiges Verhalten anzurechnen ist, macht sein nicht zeichnungsberechtigter und nur mit einer Pflichtaktie am Aktienkapital beteiligter Bruder geltend, er sei firmenintern zur Ergreifung von Massnahmen nicht befugt gewesen und hätte die Gesellschaft rechtlich auch gar nicht verpflichten können.

b) Auch einem nicht mit der kaufmännischen Geschäftsführung und den finanziellen Belangen betrauten Verwaltungsrat kommt, solange er diese formelle Organstellung beibehält, als Mitglied des Verwaltungsrats die unübertragbare und unentziehbare Aufgabe zu, die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen, namentlich im Hinblick auf die Befolgung der Gesetze, auszuüben (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 5 OR), zu welchem Zweck er über ein Recht auf Auskunft und Einsicht verfügt (Art. 715a OR). Obliegt die Geschäftsführung einem Mitglied des Verwaltungsrats, so handeln weitere Verwaltungsräte im Sinne von Art. 52 AHVG qualifiziert schuldhaft, 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. Als grobfahrlässig gilt gerade auch die Passivität faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossener Verwaltungsräte, welche sich umso nachhaltiger um Einblick in die Geschäftsbücher zu bemühen haben. Ein Verwaltungsrat kann sich, wenn es wie beim Beitragswesen um die Verantwortung in Geschäften

geht, mit denen er sich ihrer Bedeutung wegen befassen musste, nicht mit dem Einwand exkulpiert, er habe keinen Einfluss auf die Geschäftsführung gehabt (BGE 109 V 88 Erw. 6; ZAK 1992 S. 255 Erw. 7b, 1989 S. 104 Erw. 4; nicht publ. Erw. 2c des Urteils BGE 119 V 86; nicht publ. Erw. 5a/aa des Urteils AHI 1994 S. 102). Nach der Rechtsprechung begründet die Nichtausübung von verwaltungsrätlichen Kontrollrechten Grobfahrlässigkeit hinsichtlich der Schadensverschuldung selbst und gerade dann, wenn sich jemand einer Firma als blosser Strohhalm für den Verwaltungsrat zur Verfügung stellt (BGE 112 V 3 Erw. 1b). Die fehlende Zeichnungsberechtigung ist für die Frage der Organstellung nicht entscheidend (nicht publ. Erw. 5a/aa des Urteils AHI 1994 S. 102).

c) Gerade im Hinblick auf die Schwierigkeit, die zugesicherten - für die Liquidität der Firma unabdinglichen - Darlehen auch tatsächlich zu erhalten und die ungünstige Geschäftsentwicklung hätte Anlass zu einer sofortigen Zahlung der bereits in Rechnung gestellten Beiträge und zu einer Sicherstellung der geschuldeten, noch nicht in Rechnung gestellten Beiträge bestanden, zumal die Ausgleichskasse bereits vor September 1998 wiederholt für ausstehende Sozialversicherungsbeiträge einen Zahlungsbefehl hatte ausstellen müssen. Indem die Firma dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, und insbesondere die von den ausbezahlten Löhnen in Abzug gebrachten Arbeitnehmerbeiträge nicht abgeliefert hat, hat sie den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden schuldhaft verursacht. Dieses Verschulden ist den Beschwerdeführern als den verantwortlichen Organen der Gesellschaft anzurechnen. Unabhängig davon, ob sie mit der Geschäftsführung beauftragt waren, wäre es angesichts der ihnen bekannten Umstände ihre Pflicht gewesen, sich unter anderem über die ordnungsgemässe Zahlung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zu vergewissern und nötigenfalls entsprechende Massnahmen zu verlangen. Indem sie trotz Kenntnis der ungünstigen Geschäftsentwicklung nicht für die Begleichung der Sozialversicherungsbeiträge gesorgt haben, haben sie den der Ausgleichskasse entstandenen Schaden schuldhaft mitverursacht.

5.- a) Zu prüfen ist, ob Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe gegeben sind. Die Beschwerdeführer machen geltend, sie hätten sichtbare Bemühungen zur Betriebserhaltung unternommen, welche bei planmässiger Erfüllung den Schadenfall verhindert hätten. Bereits beim ersten Auftreten von Liquiditätsengpässen habe der als Geschäftsführer amtierende Verwaltungsratspräsident nach neuen finanziellen Mitteln gesucht. Dabei habe er in W._____ (Darlehensvertrag vom 11. Oktober 1997 über Fr. 2'000'000.-) und T._____ (Protokoll der Sitzung der Firma X._____ AG vom 11. Juni 1999) zwei Geldgeber gefunden, welche ihm ein finanzielles Engagement in Aussicht gestellt hätten. Gemäss verbindlicher Zusicherung sei ein grosser Teil dieses Geldes in Form einer Erbschaft vorhanden gewesen. Dass die Sanierungsbemühungen nicht als unrealistisch abgetan werden könnten, zeige auch die Einschätzung des Konkursrichters, welcher mit der Konkurseröffnung vorerst zugewartet habe. Mit dem potenziellen Geldgeber W._____ sei noch im April 1999 eine Vereinbarung geschlossen worden. Zudem sei das Sekretariat der Firma mit der Ausgleichskasse in Kontakt gestanden.

b) Nach der Rechtsprechung lässt sich die Nichtbezahlung der Beiträge ausnahmsweise rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf eine nicht zum Vornherein aussichtslose Rettung des Betriebes durch Befriedigung lebenswichtiger Forderungen in der begründeten Meinung erfolgt, die geschuldeten Beiträge später ebenfalls bezahlen zu können. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber im Zeitpunkt, in welchem die Zahlung erfolgen sollte, nach den Umständen damit rechnen durfte, dass er die Beitragsschuld innert nützlicher Frist werde tilgen können (BGE 108 V 188; ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b).

c) Für die Beurteilung, ob Exkulpations- oder Rechtfertigungsgründe im Sinne der Rechtsprechung bestehen, ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht entscheidend, ob rechtzeitig Sanierungsbemühungen stattfanden und aus welchen Gründen diese scheiterten, 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 (Urteil W. vom 13. Dezember 2000, H 124/00). Die Zurückbehaltung von Sozialversicherungsbeiträgen ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie dazu dient, einen kurzfristigen Liquiditätsengpass zu überwinden (ZAK 1992 S. 248 Erw. 4b mit Hinweisen). Ob ein solcher Rechtfertigungsgrund gegeben ist, beurteilt sich aus der Sicht der Verhältnisse im Zeitpunkt der Beitragszahlungspflicht (Urteil L. vom 8. August 2001, H 320/00). Den Akten lässt sich nichts entnehmen, was darauf schliessen liesse, die Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge sei aufgrund einer ins Auge gefassten Sanierung aufgeschoben worden. Die Zukunft der Firma hing von ganz anderen Faktoren ab als dem Zurückhalten der Sozialversicherungsbeiträge, nämlich vom unabdingbaren Einschliessen beträchtlicher zusätzlicher Mittel in der Grössenordnung von mehreren Hunderttausend Franken. Ein Sanierungskonzept, welches die Beschwerdeführer zur Annahme berechtigt hätte, es würde ihnen durch die Zurückbehaltung der Sozialversicherungsbeiträge gelingen, das Überleben der Firma zu sichern (BGE 108 V 187 Erw. 2), fehlte. Daran hat sich auch nach der Benachrichtigung des Konkursrichters im Februar 1999 nichts geändert. Tatsächlich war im gesamten Zeitraum, in welchem der Gesellschaft fortlaufend Zahlungspflichten entstanden, offen, ob die für eine Sanierung erforderlichen Zahlungen geleistet würden. Gemäss einer schriftlichen Bestätigung vom 18. Mai 1998 sicherte W._____ zwar das Darlehen zu. Trotz wiederholter Beteuerungen gelangte dieses indessen nicht zur

Auszahlung. Andererseits hatten K. _____ persönlich sowie die Firma X. _____ AG W. _____ ein Darlehen von insgesamt Fr. 349'800.- gewährt, welches dieser trotz Mahnung nicht zurückbezahlt hat (vgl. Schreiben von K. _____ an W. _____ vom 23. Februar 1999 und Vereinbarung vom 21. April 1999). Bereits am 12. Februar 1999 hatte die Revisionsstelle - welche ihrerseits Forderungsausstände gegenüber der Firma X. _____ AG hatte - den Konkursrichter benachrichtigt, weil die Gesellschaft ihren Zahlungsverpflichtungen seit längerer Zeit nicht mehr vertragskonform nachkomme und die Fortführung wegen dauernder Illiquidität nicht mehr gegeben sei. Die vom Verwaltungsrat vorgesehenen Sanierungsmassnahmen (Kapitalbeschaffung) seien bisher nicht realisiert worden. Die Überschuldung liege bei Fr. 300'000.- bis Fr. 500'000.-.

Dem - auf einem Kurzbericht der Revisionsstelle vom 18. Mai 1999 beruhenden - Schreiben des Konkursrichters vom 4. Juni 1999 ist zu entnehmen, dass sich die finanzielle Situation der Aktiengesellschaft seit Ende 1997 infolge fehlender und unbefriedigender Liquidität sehr kritisch zeigte. Von einem Sanierungsbeginn könne bis anhin nicht gesprochen werden.

Die seit längerem andauernde missliche Situation sei durch die Organe selber verursacht worden durch die Gewährung von Darlehen, die trotz häufigen Versprechen nicht hätten zurückgeführt werden können. Wenn die Vorinstanz feststellte, die in Aussicht gestellten Darlehen hätten keinen realen Hintergrund gehabt, ist diese Auffassung zu bestätigen.

Anders als im bereits erwähnten Urteil (BGE 108 V 188), wo die Firma im Zeitpunkt der Konkurseröffnung zulässigerweise davon ausgehen durfte, buchmässig nicht überschuldet zu sein, hatten die Beschwerdeführer angesichts der finanziellen Situation der Firma X. _____ AG und der unsicheren Kreditlage keinen hinreichend begründeten Anlass zur Annahme, dass die Firma durch die Nichtbezahlung der Sozialversicherungsbeiträge gerettet und die Beiträge innert nützlicher Frist hätten nachbezahlt werden können.

Für einen Exkulpations- und Rechtfertigungsgrund braucht es mehr als die Suche nach Finanzmitteln und allfällige, gestützt darauf ergangene Zusagen. Vielmehr müssen konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ernsthaft Geld - auch im Hinblick auf die Bezahlung der Beitragsausstände - beschafft werden soll und berechtigte Aussicht darauf besteht, dass solches innert nützlicher Frist auch tatsächlich fliessen wird. Auch genügt es nicht, mit der Ausgleichskasse informell Kontakt aufzunehmen, ohne konkrete Zahlungsvereinbarungen zu treffen oder gar eine Stundung der Beitragsschulden zu erwirken. Denn für die Beurteilung der Verschuldensfrage ist - wie bereits erwähnt - nicht entscheidend, was die Beschwerdeführer zur Aufrechterhaltung des Betriebes oder der Vermeidung eines Konkurses allenfalls unternommen haben, sondern ob sie (nach aussen erkennbar) der Pflicht, für eine ordnungsgemässe Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge zu sorgen, nachgekommen sind. Solches lässt sich den Akten nicht entnehmen. In diesem Zusammenhang und mit Blick auf die offenkundigen Liquiditätsprobleme ist auch an den rechtsprechungsgemässen Grundsatz zu erinnern, wonach Firmenverantwortliche in von Unsicherheit und angespannter Finanzlage geprägten

Zeiten nicht mehr Löhne zur Auszahlung gelangen lassen dürfen, als dass die darauf gesetzlich geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge gedeckt sind (BGE 118 V 195 Erw. 2a; SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 213). Dem wurde offenkundig nicht genügend Beachtung geschenkt.

6.- Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Entsprechend dem Ausgang des Prozesses gehen die Gerichtskosten zu Lasten der Beschwerdeführer (Art. 156 Abs. 1 OG). Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.

II. Die Gerichtskosten von Fr. 4500.- werden den Beschwerdeführern je zur Hälfte auferlegt und mit den geleisteten Kostenvorschüssen verrechnet; der Differenzbetrag

von je Fr. 2250.- wird den Beschwerdeführern zurückerstattet.

III. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung

zugestellt.

Luzern, 2. Juli 2002

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der II. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: