[AZA 7]
H 390/00 Vr

IV. Kammer

Bundesrichter Borella, Rüedi und Bundesrichterin Leuzinger;
Gerichtsschreiber Flückiger

Urteil vom 13. Juni 2001

in Sachen

1. A._____,
2. B._____,
3. C._____,
4. D._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Dr. Rolf Messerli, Spitalgasse 27, 3011 Bern,

gegen
Ausgleichskasse des Kantons Freiburg, Impasse de la Colline 1, 1762 Givisiez, Beschwerdegegnerin,

und
Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg, Givisiez

A.- D._____ (seit der Gründung im Januar 1989, seit
25. Februar 1993 als Präsident), A._____ (seit 19. Juni 1992), C._____ und B._____ (beide seit 25. Februar 1993) waren Mitglieder des Verwaltungsrates der X._____ AG, über welche am 9. Januar 1995 der Konkurs eröffnet wurde. Nachdem der Konkurs am 23. Januar 1996 mangels Aktiven eingestellt worden war, verpflichtete die Ausgleichskasse die genannten Personen mit Verfügungen vom 22. März respektive 4. April 1996 unter solidarischer Haftbarkeit zur Leistung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 38'412. 40 für entgangene paritätische Sozialversicherungsbeiträge.

B.- Die auf Einspruch aller Betroffenen hin von der Ausgleichskasse eingereichte Klage hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg nach Durchführung eines doppelten Schriftenwechsels teilweise gut und verpflichtete die Beklagten in solidarischer Haftbarkeit zur Bezahlung von Schadenersatz im Betrage von Fr. 24'853. 80 (Entscheid vom 29. September 2000).

C.- Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde lassen A._____, B._____, C._____ und D._____ das Rechtsbegehren stellen, es sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Schadenersatzklage abzuweisen, soweit sie den anerkannten Betrag von Fr. 14'893. 85 übersteige.
Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
Das Bundesamt für Sozialversicherung lässt sich nicht vernehmen.

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.- Die Beschwerdeführer machen zunächst geltend, ihr Anspruch auf rechtliches Gehör sei verletzt worden, indem die Nachzahlungsverfügungen vom 12. Mai 1995 ihnen nie eröffnet und auch nicht begründet worden

seien.

a) Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 126 I 16 Erw. 2a/aa, 124 V 181 Erw. 1a, 375 Erw. 3b, je mit Hinweisen).

b) Weil die Nachzahlungsverfügungen nach der Konkurseröffnung ergingen, wurden sie richtigerweise dem Konkursamt und nicht den Organen der konkursiten AG eröffnet (BGE 116 V 289). Die Höhe der Beiträge war deshalb im vorinstanzlichen Verfahren frei überprüfbar (AHI 1993 S. 173 f.) und die Beschwerdeführer konnten sich in diesem Zusammenhang dazu äussern. Im angefochtenen Entscheid wurde die Beitragshöhe unter Berücksichtigung der Nachtragsverfügungen in einer den entsprechenden Anforderungen genügenden Weise begründet. Eine Verletzung des Anspruchs der Beschwerdeführer auf rechtliches Gehör ist nicht gegeben.

3.- Das kantonale Gericht hat unter Hinweis auf Gesetz (Art. 52 AHVG) und Rechtsprechung (vgl. statt vieler BGE 123 V 15 Erw. 5a) die Voraussetzungen zutreffend dargelegt, unter welchen Organe juristischer Personen den der Ausgleichskasse wegen Missachtung der Vorschriften über die Beitragsabrechnung und -zahlung (Art. 14 Abs. 1 AHVG; Art. 34 ff. AHVV) qualifiziert schuldhaft verursachten Schaden zu ersetzen haben. Darauf kann verwiesen werden.

4.- a) Die Ausgleichskasse hatte ursprünglich einen Betrag von Fr. 38'412. 40 verfügt und eingeklagt. Darin enthalten waren, wie sich aus den Berechnungen in den Schadenersatzverfügungen ergibt, zunächst die Ausstände aus den Rechnungen 1994/0005 (Fr. 21.-), 1994/0006 (Fr. 2832. 85) und 1995/0001 (Fr. 2223. 45), total Fr. 5077. 30. Hinzu kamen auf Grund der Nachzahlungsverfügung vom 12. Mai 1995 für das Jahr 1993 die Beiträge auf den Löhnen von A._____ (Fr. 19'292. 30), D._____ (Fr. 22'453. 30) und E._____ (Fr. 46'529. 70), total Fr. 88'275. 30, in der Höhe von Fr. 12'925. 70. Aus der Nachtragsverfügung vom 12. Mai 1995 für das Beitragsjahr 1994 ergab sich, entsprechend den Beiträgen auf den Löhnen von A._____ (Fr. 57'950.-), D._____ (Fr. 46'509.-), F._____ (Fr. 7802. 80, abzüglich eine Minuskorrektur von Fr. 1800.-) und E._____ (Fr. 61'070. 30), total Fr. 171'532. 10, ein Betrag von Fr. 25'116. 60. Unberücksichtigt blieben die in den beiden Nachtragsverfügungen enthaltenen Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse (FAK) von Fr. 3928. 10 und Fr. 2021. 50, total Fr. 5949. 60, welche offenbar mit einer Zahlung der Arbeitslosenkasse von Fr. 6003. 30 (Beiträge auf der Insolvenzentschädigung für D._____
und E._____ für die Monate August bis November 1994) verrechnet wurden, was zu der in der Schadensberechnung enthaltenen "Gutschrift" in der Höhe der Differenz von Fr. 53.70 führte.
Schliesslich umfasste der Schaden gemäss dieser Berechnung noch Verzugszinsen von Fr. 1296. 10 gemäss Verzugszinsverfügung vom 12. Mai 1995. Gesamthaft resultierte der Betrag von Fr. 38'412. 40 (Fr. 5077. 30 + Fr. 12'925. 70 + Fr. 25'116. 60 - Fr. 5949. 60 - Fr. 53.70 + Fr. 1296. 10).
b) Die Vorinstanz bejahte die Haftbarkeit der Beklagten im Umfang von Fr. 24'853. 80. Dieser Betrag umfasst zunächst Fr. 5077. 30 gemäss den Akontorechnungen. Aus der Nachzahlungsverfügung für das Jahr 1993 anerkannte das kantonale Gericht die Lohnforderung E._____ von Fr. 46'529. 70, ergebend bundesrechtliche Sozialversicherungsbeiträge (einschliesslich Verwaltungskosten) von Fr. 5747. 60, zuzüglich Verzugszinsen von Fr. 344. 85. Unter dem Titel "zusätzlich ausbezahlte Löhne" berücksichtigte die Vorinstanz zudem die in der Nachzahlungsverfügung für 1993 enthaltenen Zahlungen an A._____ von Fr. 19'292. 30 und an D._____ von Fr. 22'453. 30, total Fr. 41'745. 60, sodass nach Abzug der den Lohn von F._____ für das Jahr 1994 betreffenden Minuskorrektur von Fr. 1800.- eine zusätzliche Lohnsumme von Fr. 39'945. 60 und daraus abgeleitet Sozialversicherungsbeiträge von Fr. 4934. 25 zuzüglich Fr. 296.- Verzugszinsen resultierten. Aus der Nachzahlungsverfügung für das Jahr 1994 wurden die Löhne der Arbeitnehmer F._____ und E._____ von total Fr. 68'873. 10 berücksichtigt, ergebend Beiträge von Fr. 8507. 50. Dagegen betrachtete die Vorinstanz die Guthaben von A._____ und D._____ für das Jahr 1994 als blosse
Anwartschaften und nicht als beitragspflichtige Einkommen. Bei der Berechnung des Schadens blieben die

Beiträge an die Familienausgleichskasse jeweils unberücksichtigt.
Insgesamt resultierte - nach Abzug der "Gutschrift" von Fr. 53.70, welche die Vorinstanz aus den Schadenersatzverfügungen übernahm - der Betrag von Fr. 24'853. 80.

c) Die Beschwerdeführer beanstanden den Einbezug der zusätzlichen, die Verwaltungsräte A._____ und D._____ betreffenden Lohnsumme von Fr. 41'745. 60 gemäss der Nachzahlungsverfügung für das Jahr 1993. Zudem verlangen sie sinngemäss, die Lohnforderungen von E._____ für die Zeit bis Ende Juni 1994 seien nicht in die Schadensberechnung einzubeziehen. Schliesslich machen sie geltend, die Beitragszahlung der Arbeitslosenkasse im Zusammenhang mit der Insolvenzentschädigung für E._____ für die Monate August bis November 1994 sei von der Schadenssumme in Abzug zu bringen.

5.- a) Die Beschwerdeführer machen zunächst geltend, der Betrag von insgesamt Fr. 41'745. 60 gemäss der Nachzahlungsverfügung für das Jahr 1993 sei nie ausbezahlt, sondern den Betroffenen lediglich gutgeschrieben worden und unterliege deshalb als blosse Anwartschaft nicht der Beitragspflicht, wie die Vorinstanz in Bezug auf die ebenfalls nicht ausbezahlten Bezüge des Jahres 1994 zutreffend erkannt habe.

b) Gemäss den Feststellungen des kantonalen Gerichts wurden im Jahr 1993 Beträge von Fr. 19'292. 30 und Fr. 22'453. 30, total Fr. 41'745. 60, an A._____ bzw.
D._____ ausbezahlt, welche der Ausgleichskasse nicht gemeldet wurden. Die Vorinstanz erwog, die Beklagten hätten nicht vorgebracht, dass diese anlässlich einer Arbeitgeberkontrolle vom 3. Mai 1995 festgestellte und in der Nachzahlungsverfügung für das Jahr 1993 enthaltene Differenz zu den effektiv ausbezahlten Löhnen nicht korrekt sei. Diese Aussage ist jedoch aktenwidrig, hatten die Beklagten doch, wie die Vorinstanz selbst festhält, in der Duplik vom 10. Oktober 1996 erklärt, die im Rahmen der Arbeitgeberkontrolle "entdeckten" nicht gemeldeten Lohnzahlungen seien nie ausgeführt worden. Unter diesen Umständen wäre die Vorinstanz auf Grund des im Bereich der AHV-Gesetzgebung geltenden Untersuchungsgrundsatzes (Art. 85 Abs. 2 lit. c AHVG) gehalten gewesen, entsprechende Abklärungen zu tätigen.
Der rechtserhebliche Sachverhalt wurde insoweit unter Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes festgestellt. Die Sache ist deshalb zur Klärung der Frage, ob die fraglichen Lohnsummen ausbezahlt wurden, an das kantonale Gericht zurückzuweisen.

Falls sich erweisen sollte, dass die Beträge nicht ausbezahlt, aber den Bezügern gutgeschrieben wurden, wäre anhand der im angefochtenen Entscheid zutreffend dargelegten Grundsätze zusätzlich zu prüfen, ob es sich um beitragspflichtige Einkommen oder blosse Anwartschaften handelt.

6.- a) Die Beschwerdeführer beanstanden sodann den Einbezug eines Teils des Lohnes von E._____ in die Schadensberechnung, dies mit der Begründung, die X._____ AG sei ursprünglich der Auffassung gewesen, E._____ sei nicht als Arbeitnehmer, sondern im freien Auftragsverhältnis für sie tätig. Sie habe ihre Beitragspflicht für diese Bezüge frühestens seit dem Erlass der Verfügung der Ausgleichskasse des Kantons Bern vom 1. Juli 1994, mit welcher festgestellt wurde, dass es sich um eine unselbstständige Tätigkeit handle, gekannt. Zu diesem Zeitpunkt sei sie aber bereits völlig illiquid und nicht mehr in der Lage gewesen, rückwirkend geschuldete Beiträge zu bezahlen. Für die Zeit bis 1. Juli 1994 sei das für eine Haftung aus Art. 52 AHVG erforderliche Verschulden daher nicht gegeben.

b) Wenn bestimmte Zahlungen erst im Nachhinein der Beitragspflicht unterstellt werden, besteht keine Haftung nach Art. 52 AHVG, sofern über die beitragsrechtliche Natur des betreffenden Entgelts in guten Treuen verschiedene Auffassungen vertretbar sind. Denn wo dies zutrifft und sich über die Frage, ob ein Entgelt als beitragspflichtiger Lohn zu werten ist, mit guten Gründen streiten lässt, scheidet der Vorwurf vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Schadensverursachung notwendigerweise aus (nicht veröffentlichtes Urteil V. vom 25. November 1992, H 44/92). Nachdem sich den Akten entnehmen lässt, dass die zuständige Ausgleichskasse erst am 1. Juli 1994 das Beitragsstatut von E._____ als Unselbstständigerwerbender festsetzte, hätte die Vorinstanz abklären müssen, ob die Arbeitgeberin vorher in guten Treuen von der beitragsrechtlichen Selbstständigkeit ausgehen konnte und, bejahendenfalls, ob sie bis zur Konkurseröffnung die rückständigen Beiträge für diesen Arbeitnehmer hätte bezahlen können. Die Vorinstanz hat den Sachverhalt insoweit unvollständig festgestellt,

sodass die Sache an sie zurückzuweisen ist. In Bezug auf die Löhne ab 1. Juli 1994 ist das Verschulden dagegen zu bejahen, weshalb eine Haftung besteht, soweit (unter
Berücksichtigung der Insolvenzentschädigung, welche offenbar für die Zeit ab August 1994 ausbezahlt wurde) ein Schaden entstanden ist.

7.- a) Schliesslich beanstanden die Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe übersehen, dass die Beschwerdegegnerin auf den Entgelten von D._____ und E._____ für die Monate August bis November 1994 die Sozialabgaben (Fr. 6003. 30) auf den ausbezahlten Insolvenzentschädigungen erhalten habe. Da die E._____ betreffende Lohnforderung für diesen Zeitraum in die Schadensberechnung einbezogen worden sei, müsse der darauf entfallende Teil der Sozialversicherungsbeiträge aus der Insolvenzentschädigung (Fr. 3001. 65) schadenmindernd berücksichtigt werden.

b) Die Vorinstanz stellte fest, dass auf Grund der Insolvenzentschädigung für D._____ und E._____ eine Beitragssumme von Fr. 6003. 30 an die Ausgleichskasse überwiesen wurde. Sie ging davon aus, die Ausgleichskasse habe dieser Zahlung bei ihrer Schadenersatzverfügung bereits Rechnung getragen. Dies trifft, wie dargelegt (vgl. Erw. 4a hievor), insofern zu, als die in der Schadensberechnung der Ausgleichskasse enthaltene "Gutschrift" von Fr. 53.70 der Differenz zwischen der Zahlung von Fr. 6003. 30 und den in den Nachzahlungsverfügungen enthaltenen Beiträgen an die Familienausgleichskasse von Fr. 5949. 60 entspricht. Die Ausgleichskasse hat die Zahlung der Arbeitslosenkasse somit zunächst mit den Beiträgen an die Familienausgleichskasse verrechnet und lediglich den Überschuss in die Schadensberechnung einbezogen. Die Vorinstanz hat den rechtserheblichen Sachverhalt insofern unvollständig festgestellt, als sie den Umstand der Vorabverrechnung nicht berücksichtigt hat, weshalb sie weder deren grundsätzliche Zulässigkeit noch allfällige Auswirkungen der auf Grund ihres eigenen Entscheids veränderten Schadensberechnung prüfen konnte.
Auch insoweit ist die Sache daher an das kantonale Gericht zurückzuweisen, damit es diese Fragen beurteile.

8.- Da es nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen geht, ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Ausgang des Prozesses entsprechend sind die Gerichtskosten von Fr. 1000.- der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG). Die Beschwerdeführer haben Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 159 in Verbindung mit Art. 135 OG).
Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne
gutgeheissen, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts
des Kantons Freiburg vom 29. September 2000
aufgehoben und die Sache an die Vorinstanz zurückgewiesen
wird, damit sie im Sinne der Erwägungen verfahre
und über die Klage neu entscheide.

II.Die Gerichtskosten von Fr. 1000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
III. Die geleisteten Kostenvorschüsse von je Fr. 1000.-

werden den Beschwerdeführern zurückerstattet.

IV.Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich

Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

V.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht
des Kantons Freiburg und dem Bundesamt für
Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 13. Juni 2001

Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der IV. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: