Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 92/03

Urteil vom 23. Dezember 2003
III. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und Lustenberger; Gerichtsschreiber Hadorn

Parteien
G._____, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Hans-Heinrich Weber, Frutigenstrasse 2, 3601 Thun,

gegen

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

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 10. Februar 2003)

Sachverhalt:
A.
Im Konkurs der ihr angeschlossenen Firma W._____ AG, Hoch-und Tiefbauunternehmung, kam die Ausgleichskasse Schweizerischer Baumeisterverband mit paritätischen Beiträgen zu Verlust. Am 28. September 2001 forderte die Ausgleichskasse von G._____, laut Handelsregisterauszug kollektiv zu zweien zeichnungsberechtigter Verwaltungsrat, Schadenersatz für ausgefallene Sozialversicherungsbeiträge (mitsamt Nebenkosten) in der Höhe von Fr. 62'347.20.
B.
Nachdem G._____ hiegegen Einspruch eingelegt hatte, erhob die Ausgleichskasse gegen ihn Schadenersatzklage an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit dem Rechtsbegehren auf Verurteilung zur Zahlung von Schadenersatz im verfügten Umfange.

In der Klageantwort schloss G._____ auf Abweisung der Klage, weil er seit vielen Jahren tatsächlich nicht mehr als Verwaltungsrat geamtet habe und der anders lautende Handelsregistereintrag versehentlich unberichtigt geblieben sei. Nachdem die Ausgleichskasse auf eine Replik verzichtet hatte, schloss das Verwaltungsgericht das Instruktionsverfahren ab und ging zur Beurteilung über. Mit Entscheid vom 10. Februar 2003 hiess es die Schadenersatzklage im Betrag von Fr. 62'347.20 gegen Abtretung einer allfälligen Konkursdividende gut.
C.
G._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, es sei der kantonale Gerichtsentscheid aufzuheben.

Ausgleichskasse und Bundesamt für Sozialversicherung verzichten auf Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Da es sich bei der angefochtenen Verfügung nicht um die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen handelt, hat das Eidgenössische Versicherungsgericht nur zu prüfen, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzt hat, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden ist (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).
2.
Der Streit dreht sich einzig um die Frage, ob der Beschwerdeführer die nach der zu Art. 52 AHVG ergangenen Rechtsprechung erforderliche Stellung eines subsidiär haftbaren Organes (BGE 113 V 256) innehatte, als der Beschwerdegegnerin jene Beiträge zustanden, welche sie in dem am 10. November 2000 eröffneten Konkurs, reduziert um den Betrag einer nachträglich eingegangenen Insolvenzentschädigung und unter Ausserachtlassung der erst nach dem Datum der Konkurseröffnung fällig gewordenen Beiträge aus der Nachtragsabrechnung vom 17. Oktober 2000 und der Schlussabrechnung vom 30. Oktober 2000 eingab.
2.1 Dazu hat das Eidgenössische Versicherungsgericht in dem vom kantonalen Gericht als "H 113/99, abrufbar unter www.bger.ch" bezeichneten Urteil C. vom 19. Mai 2000 (BGE 126 V 61) erwogen: die haftungsbegründende Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG dauert in der Regel bis zum Moment seines tatsächlichen Austritts aus dem Verwaltungsrat an, und nicht bis zum Zeitpunkt der Löschung seiner Funktion im Handelsregister. Das gilt jedenfalls in denjenigen Fällen, in denen die Betroffenen, nach ihrer Demission, keinen Einfluss mehr auf den Gang der Geschäfte und keine Entschädigung für ihre Verwaltungsratsstellung erhalten haben. Mit anderen Worten kann ein Verwaltungsrat nur für Schaden haftbar erklärt werden, der auf die Nichtbezahlung von Beiträgen zurückzuführen ist, welche im Zeitpunkt seines effektiven Austrittes entstanden und fällig waren. Vorbehalten bleibt der Fall, in dem der Schaden durch Handlungen verursacht worden ist, deren Wirkungen sich jedoch erst nach seinem Rücktritt als Verwaltungsrat entfaltet haben (BGE 126 V 61 Erw. 4a mit Hinweisen). Mit Blick auf die öffentlich-rechtliche Natur und die Funktion der Haftung nach Art. 52 AHVG rechtfertigt es sich, diese Rechtsprechung auch auf diejenigen
Konstellationen anzuwenden, in denen das Verwaltungsratsmandat nicht wegen Rücktritts oder Abberufung beendet wird, sondern zufolge fehlender Wiederwahl nach Ablauf der gesetzlichen oder statutarischen Amtsdauer, wenn besondere Verhältnisse im Einzelfall vermuten lassen, dass eine Wiederwahl nicht stattgefunden hätte. Denn diesen beiden Sachverhalten ist gemeinsam, dass die Funktion des Verwaltungsrates in der Firma tatsächlich nicht mehr ausgeübt wird. Dass die Verhältnisse bei stillschweigendem Auslaufen und Nichterneuerung des Verwaltungsratsmandates nach Ablauf der Amtsdauer nicht so klar zutage treten wie bei den sich in entsprechenden Erklärungen, Protokollen usw. niederschlagenden Akten des Rücktritts und der Abberufung, stellt keinen Grund für eine materiellrechtlich ungleiche Behandlung dar. Vielmehr ist in der ersten Fallgruppe in beweismässiger Hinsicht zu verlangen, dass die fehlenden Bindungen, also die vollständige Loslösung des früheren Organs von der Firma, klar ausgewiesen sind (BGE 126 V 62 Erw. 4b). Dabei hat der ausgeschiedene Verwaltungsrat für die Folgen seiner Unterlassung, die Löschung der Verwaltungsratsstellung beim Handelsregisterführer anzumelden, nicht einzustehen (BGE 126 V 62 Erw. 4c).
2.2 Das kantonale Gericht hat im Lichte dieser Grundsätze den Sachverhalt wie folgt erhoben und gewürdigt:
"Der Beklagte unterzeichnete im Jahre 1975 als Gründungsmitglied der W._____ AG die Statuten und übernahm mit weiteren Mitgliedern der Familie Y._____ die Hoch- und Tiefbauunternehmung von Z._____. Im Jahre 1988 wurde eine Änderung des Handelsregistereintrags erwirkt, wobei der Beklagte weiterhin als Verwaltungsrat eingetragen blieb. Auch wenn seit 1988 keine Generalversammlungen mehr abgehalten wurden - wie dies in der Klageantwort geltend gemacht wird - wird in derselben Rechtsschrift nichts angeführt, wonach der Beklagte Grund gehabt hätte, aus dem Verwaltungsrat auszuscheiden (vgl. H 113/99). Auch wenn der Beklagte geltend macht, kein Entgelt für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat erhalten zu haben, liegen die Vorteile der Beibehaltung des Handelsregistereintrages für den Beklagten auf der Hand. Er kann weiterhin in der Familienaktiengesellschaft seinen Einfluss ausüben, es besteht die Möglichkeit, dass er aufgrund seiner Ausbildung als Architekt Aufträge der Familien-AG erhält, und als Inhaber einer oder mehrerer Aktien der besagten AG hat er nicht zuletzt vermögensrechtliche Vorteile. Weiter wird vom Beklagten in keiner Weise geltend gemacht, dass die anderen Familienmitglieder, die Einsitz im Verwaltungsrat haben,

aus irgend einem Grund ein Interesse an seiner Nichtwiederwahl gehabt hätten. Dass er nicht wiedergewählt wurde, wird in der Klageantwort lediglich behauptet, in keiner Weise jedoch belegt. Demnach liegen eben keine besonderen Verhältnisse vor, die vermuten lassen, dass eine Wiederwahl nicht stattgefunden hätte. Eine Abwahl kann durch den Beklagten nicht belegt werden und eine faktische Beendigung des Mandates durch Ablauf der Amtsdauer und damit eine vollständige Loslösung aus der Familien- AG ist nicht ausgewiesen und kann daher nicht angenommen werden. Der Beklagte ist somit für den fraglichen Zeitraum weiterhin als Mitglied des Verwaltungsrates der W._____ AG zu betrachten."
Wie in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zutreffend eingewendet wird, hat das kantonale Gericht mit diesem Vorgehen den rechtserheblichen Sachverhalt unvollständig festgestellt. Zum einen handelt es sich bei den vorinstanzlichen Erwägungen nicht um konkrete Tatsachenfeststellungen (welche - unter dem Vorbehalt ihrer offensichtlichen Unrichtigkeit - für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlich wären; Erw. 1), sondern grösstenteils um ungesicherte Annahmen und Mutmassungen. Anderseits kann dem Beschwerdeführer nicht das Fehlen schriftlicher Unterlagen - er wurde zur Einreichung sachbezüglicher Dokumente von der Ausgleichskasse im Einspruchsverfahren ohne Erfolg aufgefordert - als Beweisverbot entgegengehalten werden. Sowohl im Einspruchs- wie im kantonalen Beschwerdeverfahren hat der Beschwerdeführer konkrete Beweisanträge auf Einvernahme von Zeugen gestellt, welche, seiner Behauptung zufolge, in der Lage sein sollen, seine Inaktivität und die unter mehreren Malen statutenwidrig unterbliebene Wiederwahl in den Verwaltungsrat zu bestätigen. Da der Untersuchungsgrundsatz auch im Rahmen der Kognition nach Art. 105 Abs. 2 OG (Erw. 1) gilt (BGE 97 V 136 unten f. Erw. 1), ist der vorinstanzliche Entscheid ohne Weiterungen
aufzuheben und die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens an das kantonale Gericht zurückzuweisen.
3.
Bei diesem Verfahrensausgang hat der Beschwerdeführer Anrecht auf Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG), dies zu Lasten der Beschwerdegegnerin, welche zwar den kantonalen Entscheid nicht zu vertreten hat, jedoch das Prozessrisiko trägt. Aus dem gleichen Grund hat die Ausgleichskasse die Kosten des letztinstanzlichen Verfahrens zu tragen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der vorinstanzliche Entscheid vom 10. Februar 2003 aufgehoben und die Sache an das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zurückgewiesen wird, damit es, nach Aktenergänzung im Sinne der Erwägungen, über die Klage vom 19. November 2001 neu entscheide.
2.
Die Gerichtskosten in Höhe von Fr. 4000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
3.
Der Kostenvorschuss von Fr. 4000.- wird dem Beschwerdeführer zurückerstattet.
4.
Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 23. Dezember 2003
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der III. Kammer: Der Gerichtsschreiber: