[AZA 7]
H 310/97 Gi

III. Kammer

Bundesrichter Schön, Spira und Bundesrichterin Widmer;
Gerichtsschreiber Hadorn

Urteil vom 28. März 2001

in Sachen

S._____ Beschwerdeführerin, vertreten durch ihren Sohn
A._____,

gegen

Ausgleichskasse Luzern, Würzenbachstrasse 8, Luzern,
Beschwerdegegnerin,
und

Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Luzern

A.- S._____ sen. und seine Ehefrau waren seit 1992 Mitglieder des Verwaltungsrates der Firma G._____ AG; Verwaltungsratspräsident war ihr Sohn S._____ jun. . Senior und Junior waren zu zweien kollektivzeichnungsberechtigt; S._____ hatte keine Unterschrift.
Am 14. März 1994 wurde der Firma eine Nachlassstundung für vier Monate bewilligt, die später um zwei Monate verlängert wurde. Zufolge Verzichts fiel die Nachlassstundung am 20. Oktober 1994 dahin. Gleichentags wurde über die Firma der Konkurs eröffnet. Am 19. Dezember 1994 meldete die Ausgleichskasse beim Konkursamt eine Forderung von Fr. 123'344. 15 an. Nachdem die Kasse vom mit der Konkursverwaltung beauftragen Sachwalterbüro am 10. Mai 1995 erfahren hatte, dass die Gläubiger der 2. Klasse aller Voraussicht nach teilweise zu Verlust kommen würden, erliess sie am 22. Juni 1995 gegenüber S._____ sen. und S._____ je eine Verfügung, mit der sie für einen Schaden in der Höhe von Fr. 109'232. 15 (AHV/IV/EO/ALV- und FAK-Beiträge, einschliesslich Verwaltungs- und Betreibungskosten, Mahngebühren und Verzugszinsen) als subsidiär und solidarisch haftend erklärt wurden. S._____ sen. und S._____ liessen hiegegen Einsprache erheben.

B.- Am 14. September 1995 reichte die Ausgleichskasse gegen S._____ sen. und S._____ Klagen ein und verlangte von ihnen in solidarischer Haftbarkeit Schadenersatz in Höhe von Fr. 109'232. 15.
Nach zweimaligem Schriftenwechsel, Beizug der Unterlagen der Konkursverwaltung über die finanziellen Einlagen der Beklagten (wozu sich die Parteien äussern konnten) sowie nach Rückzug des in den Klageantworten gestellten Antrags auf öffentliche Verhandlung und Verfahrensvereinigung hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern die Klage mit Entscheid vom 13. Oktober 1997 teilweise gut und verpflichtete S._____ sen. und S._____, der Ausgleichskasse in solidarischer Haftbarkeit den Betrag von Fr. 105'159. 90 zu bezahlen, wobei es die in der Klage aufgeführten Beitragsnachzahlungen für 1989 und 1990 als nicht weiter belegt betrachtete. Angesichts des geringfügigen Obsiegens wurde keine Parteientschädigung zugesprochen.

C.- S._____ sen. und S._____ lassen durch ihren Sohn S._____ jun. Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben und beantragen, dass der vorinstanzliche Entscheid vollumfänglich aufzuheben sei und sie von jeglicher Schadenersatzpflicht zu befreien seien; eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung unter Beizug sämtlicher Geschäftsakten, die bei der Konkursverwaltung liegen, an die Vorinstanz zurückzuweisen; ferner sei eine öffentliche und mündliche Verhandlung durchzuführen; dies unter Kosten- und Entschädigungspflicht zu Lasten der Kasse.

D.- Am 2. Oktober 1998 ist S._____ sen. verstorben. Mit Verfügung vom 20. Januar 1999 wurde S._____ jun. aufgefordert, die mit "Rechtsanwalt a.D" unterzeichnete Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu verbessern, widrigenfalls darauf nicht eingetreten werden könne. Dieser Aufforderung ist S._____ jun. am 2. Februar 1999 nachgekommen. In der Folge legte er eine Erbenbescheinigung der Teilungsbehörde R._____ vom 2. März 1999 auf, woraus hervorgeht, dass die Erbschaft von allen Erben ausser S._____, der Tochter K._____ und dem Sohn S._____ jun. ausgeschlagen wurde; ferner wurde in der Bescheinigung die Ausschlagungsfrist im Hinblick auf hängige Gerichtsverfahren bis auf weiteres erstreckt. Am 17. März 1999 teilte S._____ jun. mit, dass er wie auch seine Schwester K._____ nicht in das Verfahren eintreten.

E.- Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung hat sich nicht vernehmen lassen.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) S._____ hat aus eigenem Recht Verwaltungsgerichtsbeschwerde erhoben, nachdem sie von der Vorinstanz im Umfang von rund Fr. 105'000. - als haftbar erklärt worden ist. Der Tod ihres Ehemannes hat insofern auf das sie betreffende Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht prozessual keinen Einfluss.
b) Bezüglich der Verwaltungsgerichtsbeschwerde des verstorbenen S._____ sen. ist Folgendes festzuhalten:
Wo das OG für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht keine besonderen Bestimmungen enthält, finden die Vorschriften des BZP Anwendung (Art. 135 in Verbindung mit Art. 40 OG). Dies trifft in Bezug auf den Tod einer Partei während hängigem Verfahren zu. Nach Art. 6 Abs. 2 BZP ruht in einem solchen Fall das Verfahren von Gesetzes wegen. Seine Fortsetzung ist zu verfügen, sobald die Erbschaft nicht mehr ausgeschlagen werden kann oder die amtliche Liquidation angeordnet ist (Art. 6 Abs. 3 erster Satz BZP).
Stirbt eine Partei im Laufe eines Prozesses, so treten die Erben (Art. 560 ff. ZGB) ohne weiteres in den Prozess ein. Der Erwerb der Erbschaft ist aber bis zur Erklärung der Annahme oder bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist resolutivbedingt (Tuor/Schnyder, Das Schweiz. Zivilgesetzbuch, 10. Aufl. , S. 481). Erst nach ausdrücklicher Annahme der Erbschaft oder nach unbenütztem Ablauf der Ausschlagungsfrist wird die Erbenstellung definitiv.
Von den in der Erbenbescheinigung erwähnten Erben haben alle mit Ausnahme von S._____, ihrer Tochter K._____ und ihres Sohnes S._____ jun. die Erbschaft ausgeschlagen (Erbenbescheinigung der Teilungsbehörde R._____ vom 2. März 1999). Das selbe ergibt sich auch aus der Eingabe vom 17. März 1999. Gleichzeitig wird in dieser Eingabe erklärt, dass sowohl K._____ als auch S._____ jun. nicht in den vorliegenden Prozess eintreten. Daraus folgt, dass jedenfalls S._____ in das ihren verstorbenen Mann betreffende Verfahren eintritt. Darauf ist abzustellen, woran nichts ändert, dass die Ausschlagungsfrist von der Teilungsbehörde im Hinblick auf hängige Gerichtsverfahren bis auf weiteres erstreckt worden ist.
Denn es gilt in diesem Zusammenhang noch zu berücksichtigen, dass ungeachtet der an sich noch immer möglichen Ausschlagung die vorliegende Verwaltungsgerichtsbeschwerde materiell auf jeden Fall beurteilt werden muss, weil sie nicht nur vom Verstorbenen, sondern auch von seiner für den eingeklagten und zugesprochenen Schadenersatz solidarisch haftenden Ehefrau eingereicht worden ist.

2.- Wie sich der Aufstellung im vorinstanzlichen Entscheid entnehmen lässt, umfasst die Schadenersatzforderung auch Beiträge an die Familienausgleichskasse.
Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als die Schadenersatzforderung kraft Bundesrechts streitig ist. Im vorliegenden Verfahren ist deshalb auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in dem Umfang nicht einzutreten, als sie sich gegen die Schadenersatzforderung für entgangene Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse richtet (vgl. BGE 119 V 80 Erw. 1b, 118 V 69 Erw. 1b mit Hinweis).

3.- a) 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).

b) Im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG ist die Möglichkeit, im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht neue tatsächliche Behauptungen aufzustellen oder neue Beweismittel geltend zu machen, weitgehend eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung sind nur jene neuen Beweismittel zulässig, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte erheben müssen und deren Nichterheben eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 99 Erw. 1c, 120 V 485 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Diese für neue Beweismittel massgebende Rechtsprechung gilt umso mehr, wenn vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht nicht einmal solche Beweismittel geltend gemacht, sondern lediglich neue Behauptungen aufgestellt werden, welche die betreffende Partei ohne weiteres schon im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorbringen können.

4.- Soweit die Beschwerdeführerin beantragt, es sei eine öffentliche und mündliche Parteiverhandlung anzuordnen, ist diesem Begehren nicht stattzugeben. Bereits vor dem kantonalen Gericht hatte die Beschwerdeführerin den selben Antrag gestellt, diesen jedoch mit Schreiben vom 21. April 1997 vorbehaltlos zurückgezogen. Wie das Eidgenössische Versicherungsgericht im nicht veröffentlichten Urteil N. vom 26. September 1997 (I 214/97) mit einlässlicher Begründung erkannt hat, kann im letztinstanzlichen Verfahren wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben im prozessualen Handeln nicht auf einen solchen Verzicht zurückgekommen werden, jedenfalls dann nicht, wenn - wie vorliegend - gegenüber dem kantonalen Verfahren keine geänderte Prozesslage vorliegt. Dies gilt umso mehr, als im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht enge Kognition herrscht (Erw. 3a hievor), neue Vorbringen somit grundsätzlich unzulässig sind (Erw. 3b hievor), und nicht gerügt wird, der Sachverhalt sei offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt worden (BGE 120 V 8 Erw. 3c, 119 V 380 Erw. 4b/cc, 117 Ib 129 unten, ; vgl. BGE 119 Ia 227 f. Erw. 5a; ferner BGE 119 Ia 318 f. Erw. 2b).

5.- Die im vorliegenden Fall massgebenden 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 hier in erster Linie interessierenden 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.

6.- Die Vorinstanz hat erwogen, die Eltern S._____ hätten die einzelnen Monatsbeiträge mit Nichtwissen bestritten, aber die behaupteten Unrichtigkeiten nicht belegt, dies entgegen der prozessualen Mitwirkungspflicht der Parteien. Nicht ausgewiesen habe die Kasse lediglich die Beiträge, welche den Nachzahlungsverfügungen vom 9. Juli 1993 für 1989 und 1990 zu Grunde lägen. Dies vermindere den Schadenersatz auf Fr. 105'159. 90. Die Eltern S._____ hätten schon 1991 und 1992 Geld in die Firma eingeschossen, also um die Probleme gewusst; sie hätten wissen müssen, dass ihre Einlagen für Löhne verwendet worden seien, weshalb ihnen hätte klar sein sollen, dass darauf auch entsprechende Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten waren. Spätestens im Frühjahr 1993 hätten die Eltern S._____ Kenntnis davon erhalten können, dass die Sozialversicherungsbeiträge nicht mehr bezahlt worden seien. Die Firma hätte die Beiträge sicherstellen müssen und nur so viele Löhne auszahlen dürfen, als die darauf entfallenden Beiträge gedeckt gewesen wären. Die am 14. März 1994 für vier Monate gewährte und am 12. Juli 1994 um nochmals zwei Monate verlängerte Nachlassstundung ändere an ihrer Verantwortlichkeit nichts, weil alle Rechnungen aus der Zeit
davor stammten. Hätte der Verwaltungsrat damals die richtigen Konsequenzen gezogen, wäre der Schaden zumindest verringert worden. Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe lägen keine vor.

7.- Hiegegen wird in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingewendet, S._____ sen. habe als ehemaliger Polier keine Kenntnis in Geschäftsführung gehabt, sondern voll auf den Sohn vertraut, der damals ein Anwaltsbüro geführt habe. Auch S._____ habe keinerlei Kenntnis in Unternehmensführung gehabt, was die Ausgleichskasse zugestanden habe; auch sie habe voll auf den Sohn vertraut. Sodann hätten die Eheleute S._____ von den AHV-Ausständen nichts gewusst. Wäre die Lage so schlimm gewesen, dass im Konkurs selbst die in der 2. Klasse privilegierten Gläubiger (darunter die AHV) nicht mehr gedeckt gewesen wären, hätte

die zuständige Behörde keine Nachlassstundung bewilligt. Falls der Liquidationserlös nicht ausgereicht haben sollte, die Forderung der Ausgleichskasse zu begleichen, sei die Sachwalterin bzw. spätere Konkursverwalterin zu belangen.

8.- Nach dem in Erw. 1 Gesagten steht im vorliegenden Verfahren nur noch S._____ am Recht, und zwar zunächst aus eigenem Recht, war sie doch im vorinstanzlichen Verfahren Beklagte (Erw. 1b). Hinzu kommt, dass sie auch als Erbin ihres verstorbenen Mannes am Verfahren teilnimmt, hat sie einerseits die Erbschaft nicht ausgeschlagen und hat - anders als die Tochter - nicht erklärt, sie wolle nicht in das Verfahren eintreten.
Zu prüfen ist damit einerseits die Verantwortlichkeit von S._____ als Organ der AG, anderseits diejenige ihres verstorbenen Mannes, für dessen Verantwortlichkeit sie als Erbin einzustehen hat.

9.- a) Die Vorinstanz hat in für das Eidgenössische Versicherungsgericht verbindlicher Weise (Erw. 3a hievor) festgestellt, dass die Eheleute S._____ bereits 1991 und 1992 beachtliche Summen in die Firma gesteckt und verschiedentlich Löhne aus dem eigenen Vermögen bezahlt haben. In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird nichts vorgebracht, was diese Feststellungen als bundesrechtswidrig erscheinen liesse. Demnach hätten sich die Eheleute S._____ in der Tat bewusst sein müssen, dass die Firma in finanziellen Schwierigkeiten steckte. Soweit sie Löhne privat bezahlten, musste ihnen entgegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde klar sein, dass die dazu gehörenden Sozialversicherungsbeiträge ebenfalls zu begleichen waren. Wie die Eheleute S._____ in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde selber einräumen, hatten sie trotzdem einfach ihrem Sohn vertraut, ohne sich selber eingehend mit den Firmenbüchern zu befassen. Auf Grund ihrer Stellung als formelle Verwaltungsräte hatten sie jedoch ungeachtet der familienrechtlichen Bande die mit ihren Mandaten verbundenen gesetzlichen Pflichten wahrzunehmen. Dazu gehört vorab die unübertragbare und unentziehbare Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen (Art. 716 Abs. 1
Ziff. 5 OR; vgl. auch Art. 717 Abs. 1 OR). Gerade die Verkennung solcher Pflichten ist grobfahrlässig im Sinne von Art. 52 AHVG (ZAK 1992 S. 254 Erw. 7b). Die Eheleute S._____ weisen keinerlei Vorkehren nach, mit welchen sie ihre Obliegenheiten wahrgenommen hätten. Eine solche Passivität ist grobfahrlässig (ZAK 1989 S. 104). Die Rechtsprechung verlangt gerade auch von faktisch von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Verwaltungsräten und von Personen, die sich bloss als Strohmänner zur Verfügung stellen, dass sie sich ernsthaft um die Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten bemühen (jüngst bestätigt im nicht veröffentlichten Urteil T. vom 21. November 2000, H 37/00). Dem sind die Eheleute S._____ nicht nachgekommen. Dass S._____ nicht unterschriftsberechtigt war, ändert an ihrer formellen Organstellung und den damit verbundenen Pflichten nichts.

b) Nach der Rechtsprechung darf ein Betrieb nur so viel Lohn auszahlen, dass die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge gedeckt sind (SVR 1995 AHV Nr. 70 S. 214). Auch dem haben die Eheleute S._____ nicht nachgelebt. Das Einschiessen von Geld aus der eigenen Tasche genügt als Exkulpationsgrund nicht (nicht veröffentlichte Urteile L. vom 1. Oktober 1998, H 235/97, und G. vom 16. April 1998, H 193/96).

c) Die richterlich bewilligte Nachlassstundung hat für sich allein keinen Einfluss auf die Pflicht zur rechtzeitigen Bezahlung der Sozialversicherungsbeiträge. Für das Verschulden massgebend sind nach wie vor die Umstände, welche zu den Beitragsrückständen geführt haben (BGE 124 V 255 Erw. 3b).

d) Dass die Eheleute S._____ die Jahresabrechnung für 1993 nie gesehen haben wollten, ist eine neue Tatsachenbehauptung, die im vorliegenden Verfahrensstadium wegen des Novenverbots (Erw. 3b hievor) nicht mehr vorgebracht werden kann. Im Übrigen ist nicht erkennbar, inwiefern dieses Argument entlastend sein sollte. Die Eheleute S._____ wären vielmehr verpflichtet gewesen, sich um den Erhalt einer Kopie dieser Jahresabrechnung zu bemühen. Solches ist nicht dargetan. Gleiches gilt für die langen Ausführungen zur Vorgeschichte der in Konkurs gefallenen Firma: Soweit die entsprechenden Darlegungen nicht unzulässige Noven darstellen, sind sie nicht geeignet, zu belegen, dass sich die Eheleute S._____ ausreichend um ihre Pflichten als Verwaltungsratsmitglieder gekümmert haben. Rechtsprechungsgemäss haften Verwaltungsräte auch für Ausstände, die beim Antritt des Mandates schon vorhanden waren (BGE 123 V 172 Erw. 3b; ZAK 1992 S. 254 f. Erw. 7b). Im Übrigen werden keine andern konkreten und energischen Massnahmen geltend gemacht, mit welchen versucht worden wäre, die ausstehenden Beiträge innert nützlicher Zeit zu begleichen. Fehlen somit

stichhaltige Exkulpations- und Rechtfertigungsgründe, hat die Vorinstanz die Haftung der Eheleute S._____ wegen grobfahrlässigem Verhalten im Sinne von Art. 52 AHVG zu Recht bejaht.

10.- Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Die unterliegende S._____ hat daher die Gerichtskosten zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG). Die von ihr beantragte unentgeltliche Prozessführung kann gewährt werden, da die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind (BGE 125 V 202 Erw. 4a und 372 Erw. 5b). S._____ wird jedoch darauf hingewiesen, dass sie dem Gericht Ersatz zu leisten haben wird, falls sie dereinst hiezu im Stande sein sollte (Art. 152 Abs. 3 OG). Trotz Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gebührt dem Vertreter von S._____ keine Parteientschädigung, da er nicht mehr das Recht hat, als Anwalt vor Gericht aufzutreten.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I.Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

II.Die Gerichtskosten von Fr. 4000. - werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege werden sie einstweilen auf die Gerichtskasse genommen.

III. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

IV.Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Luzern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 28. März 2001

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

Der Gerichtsschreiber: