[AZA 7]
H 257/00

II. Kammer

Präsident Lustenberger, Bundesrichter Meyer und Ferrari;
Gerichtsschreiberin Hofer

Urteil vom 18. Dezember 2001

in Sachen

1. S._____, vertreten durch K._____,
2. K._____,
Beschwerdeführer,
gegen
Ausgleichskasse des Kantons Zug, Baarerstrasse 11, 6300 Zug, Beschwerdegegnerin,

und
Verwaltungsgericht des Kantons Zug, Zug

A.- S._____ war Präsident des Verwaltungsrates und K._____ Mitglied des Verwaltungsrates der Firma I._____ AG, welche sich laut Eintrag im Handelsregister mit der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Verpackungen befasste. Am 28. September 1995 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet, welcher am 12. Januar 1999 als geschlossen erklärt wurde. Am 26. Juni 1997 erfolgte die Auflage des Kollokationsplanes. Mit Verfügungen vom 22. Juni 1998 verpflichtete die Ausgleichskasse des Kantons Zug S._____ und K._____ zur Bezahlung von Schadenersatz im Betrag von Fr. 8'765. 20. Die Belangten erhoben hiegegen Einspruch.

B.- Die Ausgleichskasse reichte am 7. September 1998 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug Klage ein mit dem Antrag, S._____ und K._____ seien zu Schadenersatz für nicht bezahlte Sozialversicherungsbeiträge (sowie Verwaltungskosten, Mahngebühren und Revisionskosten) in der verfügten Höhe zu verpflichten.
Das kantonale Gericht hiess die Klage insoweit teilweise gut, als es die Beklagten solidarisch verpflichtete, der Ausgleichskasse Schadenersatz im Betrag von Fr. 7'357. 10 zu bezahlen (Entscheid vom 29. Mai 2000).

C.- S._____ und K._____ führen Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des angefochtenen Entscheids sei die Schadenersatzklage abzuweisen.
Zudem ersuchen sie um Sistierung des Verfahrens, bis das Verwaltungsgericht des Kantons Zug über das gleichentags eingereichte Wiedererwägungs- und Revisionsgesuch entschieden hat.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug und die Ausgleichskasse beantragen ebenfalls eine Sistierung des Verfahrens.

D.- Am 16. August 2000 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht das Verfahren bis zum Vorliegen des Wiedererwägungs- und Revisionsentscheids des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug sistiert.

E.- Parallel zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde haben S._____ und K._____ beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug ein Wiedererwägungs- und Revisionsgesuch eingereicht.
Mit Entscheid vom 27. März 2001 trat das Gericht auf das Wiedererwägungsgesuch nicht ein (Dispositiv Ziff. 1) und wies das Revisionsgesuch ab (Dispositiv Ziff. 2).

F.- Mit Eingabe vom 18. Mai 2001 erheben S._____ und K._____ auch gegen diesen Entscheid Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Begehren, es sei der Entscheid vom 29. Mai 2000 aufzuheben und die Klage der Ausgleichskasse abzuweisen.

Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Bundesamt für Sozialversicherung verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- a) Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als Sozialversicherungsbeiträge kraft Bundesrechts streitig sind. Im vorliegenden Verfahren ist daher nicht zu prüfen, wie es sich bezüglich der Beitragsschuld gegenüber der Ausgleichskasse für kantonale Familienzulagen verhält (BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).

b) 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.- Zu beurteilen ist zunächst die gegen den Entscheid vom 27. März 2001 gerichtete Verwaltungsgerichtsbeschwerde.
a) Nach ständiger Rechtsprechung prüft das Eidgenössische Versicherungsgericht von Amtes wegen die formellen Gültigkeitserfordernisse des Verfahrens, insbesondere auch die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht auf eine Beschwerde oder Klage eingetreten ist. Hat die Vorinstanz übersehen, dass es an einer Prozessvoraussetzung fehlte, und hat sie materiell entschieden, ist dies im Rechtsmittelverfahren von Amtes wegen zu berücksichtigen mit der Folge, dass der angefochtene Entscheid aufzuheben ist, verbunden mit der Feststellung, dass auf das Rechtsmittel mangels Prozessvoraussetzung nicht eingetreten werden kann (BGE 125 V 405 Erw. 4a mit Hinweisen). Dieser für die ordentlichen Rechtsmittel geltende Grundsatz hat analog auch auf ausserordentliche Rechtsmittel Anwendung zu finden.

b) Art. 85 Abs. 2 AHVG stellt die Regelung des Rekursverfahrens grundsätzlich - unter Vorbehalt gewisser vereinheitlichender Richtlinien - den Kantonen anheim. Lit. h dieser Bestimmung enthält die bundesrechtliche Vorschrift, dass gegenüber kantonalen Entscheiden die Revision wegen Entdeckung neuer Tatsachen oder Beweismittel oder wegen Einwirkung durch Verbrechen oder Vergehen auf das Urteil gewährleistet sein muss. Ob eine Revisionsmöglichkeit gegenüber kantonalen Entscheiden besteht, beurteilt sich somit dem Grundsatz nach gemäss Bundesrecht. Ebenso beschlägt es Bundesrecht, insoweit dieses zwei Revisionsgründe ausdrücklich erwähnt (nicht veröffentlichte Erw. 3a von BGE 111 V 51).

c) Einem allgemeinen prozessualen Grundsatz folgend, kann sich ein Revisionsbegehren gemäss Art. 85 Abs. 2 lit. h AHVG als ausserordentliches Rechtsmittel nur gegen rechtskräftige kantonale Entscheide richten (EVGE 1963 S. 85 Erw. 1, S. 212 Erw. 2, 1961 S. 291 Erw. 2; ZAK 1962 S. 484; nicht veröffentlichte Erwägung 3b von BGE 111 V 51). Demnach ist ein Revisionsgesuch nicht zulässig, solange das ordentliche Rechtsmittel der Verwaltungsgerichtsbeschwerde möglich ist. Dies ergibt sich auch aus dem Umkehrschluss von Art. 129 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 102 lit. d OG, wonach die Verwaltungsgerichtsbeschwerde unzulässig ist, wenn eine andere vorgängige Beschwerde oder Einsprache möglich ist. Darunter sind nur die ordentlichen Rechtsmittel zu verstehen. Liegt ein grundsätzlich mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbarer kantonaler Entscheid vor, sind die kantonalen ausserordentlichen Rechtsmittel subsidiär (BGE 98 V 119).

d) Das Wiedererwägungs- und Revisionsgesuch richtet sich gegen den noch nicht rechtskräftigen Entscheid vom 29. Mai 2000. Auf das Wiedererwägungsgesuch hätte die Vorinstanz bereits aus diesem Grunde nicht einzutreten brauchen.
Das Revisionsgesuch wies sie im Wesentlichen mit der Begründung ab, der Umstand, dass wichtige Aktenstücke der Firma I._____ AG ab Konkurseröffnung bis zum 13. April 1999 beim Konkursamt lagen und daher bei der Abfassung der Rechtsschriften nicht zur Verfügung standen, stelle keinen Revisionsgrund dar.

Richtigerweise hätte die Vorinstanz auch auf das Revisionsgesuch nicht eintreten dürfen, was im vorliegenden Verfahren von Amtes wegen zu korrigieren ist.

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. Mai 2001 ist demnach abzuweisen, soweit sie sich formell gegen den Entscheid vom 27. März 2001, richtet und es ist auf sie nicht einzutreten, soweit damit die Abweisung der Schadenersatzklage beantragt wird.

3.- Zu beurteilen ist sodann die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den vorinstanzlichen Entscheid vom 29. Mai 2000.
Die mit "Verwaltungsgerichtsbeschwerde" überschriebene Eingabe vom 10. Juli 2000 enthält zwar einen Antrag, in der Begründung setzt sie sich jedoch nur rudimentär mit dem vorinstanzlichen Entscheid auseinander und verweist im Übrigen auf die dem Eidgenössischen Versicherungsgericht als Beilage zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereichte, mit "Wiedererwägung/Revision" überschriebene Eingabe an das kantonale Verwaltungsgericht. Das Wiedererwägungs- und Revisionsgesuch gleichen Datums enthält einen Antrag und eine Begründung und stellt dem Inhalt nach eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde dar. Nachdem die Beschwerdeführer innerhalb der Rechtsmittelfrist den Willen zum Ausdruck gebracht haben, den kantonalen Entscheid vom 29. Mai 2000 an das Eidgenössische Versicherungsgericht weiterzuziehen, und die beiden Eingaben zusammen den Anforderungen des Art. 108 Abs. 2 OG zu genügen vermögen, ist auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 10. Juli 2000 einzutreten.

4.- Die Vorinstanz hat die in materiellrechtlicher Hinsicht massgebenden Normen (Art. 52 AHVG, Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und die Rechtspre- chung zur subsidiären Haftbarkeit der Organe (BGE 114 V 220 mit Hinweisen), zur Haftungsvoraussetzung des qualifizier- ten Verschuldens (BGE 108 V 186 Erw. 1b, 193 Erw. 2b) sowie bezüglich dem dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (BGE 108 V 202 Erw. 3a; vgl. auch Thomas Nussbaumer, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1081) zutreffend wiedergege- ben. Darauf wird verwiesen.

5.- Gegenstand der Schadenersatzforderung bilden Beiträge für das Jahr 1994 von Fr. 404. 20, für das Jahr 1995 (bis zur Konkurseröffnung) von Fr. 7'977.- und Revisionskosten von Fr. 384.-, was insgesamt Fr. 8'765. 20 (einschliesslich Mahngebühren und Verwaltungskosten) ausmacht.
Davon brachte die Vorinstanz in Berücksichtigung der von der Arbeitslosenkasse ausgerichteten Insolvenzentschädigung Fr. 1'408. 10 in Abzug.

a) In der Verwaltungsgerichtsbeschwerde machen die Beschwerdeführer geltend, die Vorinstanz habe in Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes den Sachverhalt unvollständig abgeklärt. Konkret hatten sie im Klageverfahren geltend gemacht, Z._____, um dessen Lohnansprüche es bei der Schadenersatzforderung im Wesentlichen geht, sei seit Oktober 1994 wegen der Illiquidität der Gesellschaft kein Lohn mehr ausbezahlt worden; es sei lediglich auf den
30. Juni 1995 eine Lohngutschrift von Fr. 50'754. 80 auf das Kontokorrentkonto verbucht worden.

b) Das kantonale Gericht hat im angefochtenen Entscheid zu diesem Einwand keine näheren Abklärungen getroffen aus der Erwägung heraus, praxisgemäss seien Gutschriften auf einem Kontokorrentkonto den Lohnzahlungen gleichzusetzen und würden als Ausrichtung von Lohn betrachtet.
Sodann seien Sozialversicherungsbeiträge auf Lohnguthaben für 10 Monate streitig, während die Arbeitslosenkasse nur für drei Monate Insolvenzentschädigungen ausgerichtet habe.
Das Verschulden der beiden ehemaligen Organe der konkursiten Firma begründet die Vorinstanz damit, dass diese um die Lohngutschrift gewusst hätten und bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt auch um deren Beitragspflicht hätten wissen oder sich diesbezüglich zumindest hätten erkundigen müssen.

c) Dieser Auffassung kann nicht vorbehaltlos beigepflichtet werden. Für die Entstehung der Beitragsschuld und die Beantwortung der Frage, wann Beiträge vom massgebenden Einkommen zu entrichten sind, kommt es auf den Zeitpunkt an, in welchem das Erwerbseinkommen realisiert worden ist (BGE 111 V 166 Erw. 4a mit Hinweisen; ZAK 1989 S. 308 Erw. 3a, 1985 S. 43; vgl. auch BGE 115 V 163 Erw. 4b). Wird der Lohn

ausnahmsweise nicht ausbezahlt, sondern lediglich in den Büchern des Arbeitgebers gutgeschrieben, darf die Ausgleichskasse vermutungsweise davon ausgehen, dass das Einkommen im Zeitpunkt der Lohngutschrift realisiert ist (EVGE 1957 S. 36 Erw. 2 und 125 Erw. 3). Dem Arbeitgeber und den betroffenen Arbeitnehmern steht jedoch der Gegenbeweis offen, dass eine blosse Anwartschaft auf Vergütung und Lohn vorliegt (EVGE 1957 S. 36 und 125 Erw. 2; Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV,
2. Aufl. , S. 112 Rz 4.9). Eine blosse Anwartschaft auf Lohn ist beispielsweise dann gegeben, wenn die finanziellen Verhältnisse des Arbeitgebers zur Zeit der Gutschrift sehr schlecht sind und deshalb die künftige Auszahlung des betreffenden Lohnes in zeitlicher wie masslicher Hinsicht von einer Besserung des Geschäftsganges abhängig ist (ZAK 1976 S. 86 mit Hinweisen).
Nach der Rechtsprechung gilt die Umwandlung eines Lohnguthabens in ein Darlehen im Zeitpunkt der Verbuchung ahv-rechtlich als realisiert (EVGE 1960 S. 44). Eine blosse Anwartschaft hat das Eidgenössische Versicherungsgericht dagegen angenommen bei der Verbuchung in der Rubrik Lohnaufwand-Kreditoren einer im Aufbau begriffenen Gesellschaft, die in den fraglichen Jahren jeweils einen Reinverlust auswies und daher nicht in der Lage war, die streitigen Löhne auszurichten (veröffentlichtes Urteil S. vom 29. Juli 1992, H 155/90).

d) Zum Vornherein nichts über die Beitragsschuld der restlichen sieben Monate auszusagen vermag der Umstand, dass die Arbeitslosenkasse gemäss Zahlungsabrechnung vom 22. Februar 1996 nur für die Monate März bis Mai 1995 Insolvenzentschädigung ausgerichtet hat. Gemäss Art. 52 Abs. 1 AVIG in der bis Ende Dezember 1995 gültig gewesenen Fassung deckte die Insolvenzentschädigung nämlich nur die letzten drei Monate des Arbeitsverhältnisses ab.
Gemäss den vorinstanzlichen Akten ersuchte Z._____ die Arbeitgeberfirma mit Schreiben vom 15. Mai 1995 um eine Bankgarantie oder Bürgschaft für nicht ausbezahlte Löhne von insgesamt Fr. 50'754. 80 bis 23. Mai 1995, ansonsten er am 1. Juni 1995 die Arbeit niederlegen werde. Im gegenseitigen Einverständnis wurde das Arbeitsverhältnis sodann im Sinne von Art. 337a OR per 31. Mai 1995 aufgelöst. Nach den Feststellungen des Revisors der Ausgleichskasse anlässlich der Schlusskontrolle vom Dezember 1995 waren gemäss Buchhaltung im Jahre 1995 keine Löhne mehr ausbezahlt worden; per 30. Juni 1995 sei eine Lohngutschrift für Z._____ auf das Kontokorrent von netto Fr. 50'754. 80 für die Zeit vom 1. Oktober 1995 (recte: 1994) bis 30. Juni 1995 verbucht worden. Laut Verfügung Nr. 1 zum Kollokationsplan Nr. 1 der Konkursverwaltung wurde eine Lohnforderung von Fr. 31'287.- (Forderungseingabe von Fr. 55'261. 50 abzüglich Arbeitslosenentschädigung von Fr. 3427. 20 und Insolvenzentschädigung von Fr. 20'547. 30) in der 1. Klasse zugelassen.

Bei einem allfälligen Treffnis waren die Sozialversicherungsbeiträge in Abzug zu bringen. Gemäss Lohnbescheinigung für das Jahr 1994 war Z._____ nach dem Ausscheiden einer weiteren Angestellten ab April jenes Jahres der einzige Arbeitnehmer des Betriebes.

e) Gutschriften auf dem Kontokorrentkonto des Arbeitnehmers sind differenziert zu betrachten und können nicht unbesehen einer Lohnrealisierung gleichgesetzt werden. Zu prüfen ist vielmehr, ob die Lohnforderungen durch Verrechnung mit Schulden gegenüber der Firma "realisiert" wurden.
Wie dem vom 20. November 1995 datierten Kontoblatt "Z._____" zu entnehmen ist, wurde der Saldo per 1. Oktober 1994 von Fr. 18'424. 70 am 31. Januar 1995 mit Fr. 17'834. 70 "Kauf Lederwaren" und Fr. 17.- "Vtg. Strassenverkehrsamt Zug" verrechnet. Am 30. Juni 1995 wurde sodann eine Umbuchung aus dem Salärkonto auf das Konto des Z._____ von Fr. 50'754. 80 vorgenommen. Die Firma war bereits seit September 1994 praktisch ausschliesslich auf Zahlungen der am 1. Juli 1995 in Konkurs geratenen Firma N._____ GmbH in Deutschland sowie auf die kreditgebenden Banken angewiesen. Die finanziellen Schwierigkeiten der deutschen Gesellschaft zogen die Illiquidität der Firma I._____ AG und schliesslich deren Konkurs nach sich.
Bei dieser Sachlage ist davon auszugehen, dass die Gesellschaft tatsächlich nicht in der Lage war, Z._____ die streitigen Löhne auszurichten oder mit Gegenforderungen zu verrechnen. Waren die Lohnansprüche somit nicht realisiert, kam die Beitragsschuld nicht zur Entstehung und können die Beschwerdeführer dafür nicht im Sinne von Art. 52 AHVG schadenersatzpflichtig erklärt werden. Bei diesen Gegebenheiten können ihnen auch nicht die Kosten der Arbeitgeberschlusskontrolle überbunden werden (vgl.
Art. 170 Abs. 3 AHVV). Die Vorinstanz hat eine Schadenersatzpflicht der Beschwerdeführer somit letztlich zu Unrecht bejaht.

6.- Bei diesem Verfahrensausgang hat die unterliegende Beschwerdegegnerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 134 OG e contrario; Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG) und den Beschwerdeführern eine Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 135 OG) zu bezahlen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 18. Mai 2001
wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

II. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 27. März 2001 wird aufgehoben, soweit er das Revisionsgesuch betrifft.

III. In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist, werden der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zug vom 29. Mai

2000, soweit bundesrechtlich begründeten Schadenersatz
betreffend, aufgehoben, und es wird die Klage
der Ausgleichskasse des Kantons Zug vom 7. September
1998 in diesem Umfang abgewiesen.

IV. Die Gerichtskosten von Fr. 900.- werden der Ausgleichskasse des Kantons Zug auferlegt.

V. Der geleistete Kostenvorschuss von je Fr. 900.- wird
en Beschwerdeführern zurückerstattet.

VI. Die Ausgleichskasse des Kantons Zug hat den Beschwerdeführern für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung von

Fr. 2500.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zu entrichten.

VII. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug wird über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses

zu befinden haben.
VIII. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht
des Kantons Zug und dem Bundesamt für Sozialversicherung
zugestellt.
Luzern, 18. Dezember 2001
Im Namen des
Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer:

Die Gerichtsschreiberin: