AHV - Aktualitäten aus Praxis und Rechtsprechung

EXPERTsuisse
Sektion Bern
25. Januar 2017

Orlando Rabaglio
lic. iur., RA, dipl. Steuerexperte
rabaglio schär ag www.rs-tax.ch
Seefeldstrasse 45
Postfach 1260
8032 Zürich

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Inhaltsübersicht

- Selbständig / unselbständig?
- Lohn / Vermögensertrag
  - «geldwerte Leistungen»
  - Dividende statt Lohn
  - Personengesellschaften > per definitionem «SE-Generatoren»
- Arbeitgeberhaftung
- Nichterwerbstätige - Pauschalierte …. und die Folgen
- Selbständigerwerbende – Beitragsbemessungsfragen
- Selbständigewerbende – BVG-Einkauf
- Grenzüberschreitende Erwerbsverhältnisse - Übersicht

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Selbständig / unselbständig

Die AHV-Praxis zwischen Willkür, Zufall und Prämienhunger

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Selbständig / unselbständig

Sachverhalt

- Wer ist gerade mein Arbeitgeber?
- Unternehmensberaterin mit eigener AG arbeitet für den Kunden (Auftraggeber) wie eine Arbeitnehmerin, der Auftragsbeschrieb liest sich wie ein Pflichtenheft zum Arbeitsvertrag, Zivilrecht spielt keine Rolle, die AHV beurteilt die Sachverhalte nach der wirtschaftlichen Erscheinungsweise, das Unterordnungsverhältnis überwiegt, denn die Beraterin darf nur das machen, was der Stiftungsrat als Auftraggeber zulässt!
- BGer 9C_459/2011 (Nr. 1 in der Dokumentation)

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Selbständig / unselbständig

Sachverhalt

- Mehr als ein gewöhnlicher Arbeitnehmer – darum selbständig
- Dienstleister, eigenes Büro, eigenes Personal, ist Geschäftsführer eines Vereins.
- Unternehmerrisiko – eigene Büros, Personal (unbedeutend!)
- Abhängigkeitsverhältnis: eindeutig gegeben, überwiegt
  - Aber ….
- Leistung ist qualifiziert, mehr als die eines «gewöhnlichen» Arbeitnehmers, darum doch selbständig!
- BGer 9C_930/2012 (Nr. 2 in der Dokumentation)

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Selbständig / unselbständig

Sachverhalt

- Einziger Auftrag für bisherigen Arbeitgeber
- Ingenieur macht sich selbständig
- Arbeitet an einem einzigen Auftrag für bisherigen Arbeitgeber
- Keine vertraglichen Detailregelungen
- Keine weiteren Aufträge, Geringe Infrastruktur
- Gleichwohl: Selbständig, weil man gerade beim Start in die Selbständigkeit nicht ohne weiteres mehrere Aufträge fordern darf
- BGer 9C_1029/2012 (Nr. 3 in der Dokumentation)

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Qualifikationsfragen SE / USE

Verschärfung der Praxis durch Ausgleichskassen

Auftraggeber muss – bevor er mit einem Drittunternehmer kontrahiert – dessen Ausgleichskasse befragen

- Keine eigene Bewertung des Auftritts, der vorhandenen Infrastruktur, der erkennbaren Unternehmerrisiken

Unternehmerrisiko spielt keine Rolle – entscheidend ist Abhängigkeitsverhältnis

- Umsatzmiete = Abhängigkeitsverhältnis!
- Verschärfung für Coiffeure (Stuhlmiete), Sexsalons und Praxisgemeinschaften
- Viele Rechtsmittel am Laufen

Taxi: Wer einer Zentrale zur blossen Vermittlung von Fahrten angeschlossen ist, ist per definitionem Arbeitnehmer der Zentrale

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen
- steuerliche Qualifikation nicht relevant
- geldwerte Leistungen zu Lohn umqualifiziert
- Dividende statt Lohn
- Personengesellschaft

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Sachverhalt

- Beherrschender Gesellschafter einer GmbH (97.5%)
- Fährt für private Zwecke VW Touareg
- Gesellschaft trägt Leasing-Raten und Unterhaltskosten (17'000.--)
- Steuerverwaltung rechnet geldwerte Leistung auf.
- AHV fühlt sich nicht an Qualifikation im Steuerrecht gebunden
- BGer 9C_8/2016 (Nr. 4 in der Dokumentation)

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Auszüge aus Urteil des Bundesgerichts

- *Der Umstand, dass die Steuerbehörden die Übernahme des Leasingaufwandes und der Unterhaltskosten für den Personenwagen VW Touareg als Vermögensertrag eingestuft haben, von dem keine Beiträge geschuldet sind, ist entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht entscheidend. Denn es ist Sache der Ausgleichskassen, zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag zu qualifizieren ist.*
- *Wird die Vergütung des Leasingaufwandes und der Unterhaltskosten für den vom Geschäftsführer und Eigentümer der Beschwerdegegnerin mit einem Anteil von 97,5 % der Stammanteile privat benutzten Personenwagen VW Touareg betrachtet, wird klar, dass die entsprechenden Zahlungen in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Es ist von einer typischen geldwerten Naturalleistung auszugehen, die im Arbeitsverhältnis und nicht im Gesellschaftsverhältnis begründet ist, zumal sich in den Akten keine gegenteiligen Anhaltspunkte finden, wie die Ausgleichskasse zu Recht geltend macht.*

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Sachverhalt

- Einzelunternehmer (EDV-Spezialist) in der Form einer GmbH
- Marktlohn vor und nach dem dreijährigen Experiment: CHF 110'000 – CHF 130'000
- Bezieht als Arbeitnehmer seiner GmbH Lohn in der Höhe von CHF 100'000.—
- Ausgleichskasse rechnet die Dividende von CHF 50'000 auf, soweit sie 10% des Vermögenssteuerwertes der Beteiligung überschreitet
- BGer 9C_327/2015 (Nr. 5 in der Dokumentation)

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Bemerkenswerte Aeusserungen des Bundesgerichts:

- Ja, es muss ein unverhältnismässig niedriger Lohn und kumulativ eine überhöhte Dividende vorliegen
- Der angemessene Lohn lässt sich ermitteln durch Ueberlegungen des Drittvergleichs. Man stützt sich auf Feststellungen zum Lohngefüge im Betrieb, am Markt.
- Was der Versicherte vor und nach seinem Ausflug in die GmbH-Welt am Markt verdient hat, trägt nichts zur Sache bei.
- Die Ausgleichskasse darf aber die Statistik «Salarium» befragen, die Parameter frei wählen und muss dann lediglich das Ergebnis noch aufgrund eigener Erfahrungen verifizieren!

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Sachverhalt

- Kommanditgesellschaft als Gesellschaft zur Sicherung des Fortbestands der den Vertragspartnern gehörenden (Familien)-Unternehmen in der Schweiz mit dem Ziel, "den Familiencharakter dieser Unternehmensgruppe solange und soweit wie möglich zu erhalten" sowie zur Sicherstellung einer einheitlichen Geschäftspolitik bei der Leitung der (Familien)-Unternehmen.
- Die einzigen Aktiva der Kommanditgesellschaft sind die Familien-AG's (Immobiliengesellschaften mit Substanz und Personal)

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Sachverhalt

- Kommanditgesellschaft erhält Dividenden - an die Gesellschafter zuzurechnen
- Bundesgericht qualifiziert diese Vermögenserträge als Erwerbseinkommen
- BGer 9C_688/2011 (Nr. 6 in der Dokumentation)

Begründung

Art. 20 Abs. 3 AHVV

"Die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie von auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit haben die Beiträge von ihrem Anteil am Einkommen der Personengesamtheiten zu entrichten"

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Ideen des Bundesgerichts

«Auszugehen ist davon, dass nach dem gesetzmässigen (BGE 136 V 258) Art. 20 Abs 3 AHVV das Einkommen, das Gesellschaftern einer auf Gewinn ausgerichteten Personengesamtheit zufliesst, als Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit gilt. Entscheidend ist allein, ob es sich um eine auf einen Erwerbszweck gerichtete Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit handelt. Dies hat das kantonale Gericht in bundesrechtskonformer Würdigung der Akten, namentlich auch des Familien- und Konsortialvertrags vom 13. Juni 1995 und auch des Gesellschaftsvertrages vom 15. Dezember 2004, aufgrund der konkreten Umstände ohne Verletzung von Bundesrecht bejahen dürfen."

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Ideen des Bundesgerichts

"Zunächst ist nicht von Belang, wie im Einzelfall die Einfluss-möglichkeiten der Gesellschafter sind, ob die Gesellschafts-struktur personen- oder mehr kapitalbezogen und die Firma international tätig ist (BGE 9C_504/2010 vom 1. September 2010 mit weiteren Hinweisen). Wer sich als Teilhaber einer Kommanditgesellschaft anschliesst, nimmt nicht in erster Linie eine private Vermögensanlage vor (BGE 105 V 4; 136 V 258 E. 4.6 S. 266). Zwar beschränkt sich die A._____ & Co. auf den ersten Blick auf das Halten der Beteiligungen und die Vereinnahmung der Dividenden und nimmt insoweit nicht sichtbar nach aussen am Wirtschaftsleben teil. Gleichwohl hat das kantonale Gericht zu Recht in Würdigung der Akten und des Handelsregistereintrags geschlossen, dass die Vermutung, die A._____ & Co. sei ein auf Erwerb ausgerichtetes Unternehmen, nicht widerlegt worden ist."

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Kontrastprogramm (KGK)

Urteil des Bundesgerichts vom 23. März 2015 / 9C_765/2014
BGE 141 V 234 (Nr. 7 in der Dokumentation)

- Erträge aus kollektiven Kapitalanlagen sind nicht AHV-pflichtig, weil es sich nicht um operative Gesellschaften handle, die eine unternehmerische Tätigkeit ausübten.
- Wenn auch mit jeder Investition in eine kollektive Kapitalanlage eine Gewinnerwartung verbunden sei, unterscheidet sich die Einzahlung in einen Anlagefords demnach klar von der Investition in eine primär auf Erwerb ausgerichtete Personengesellschaft.

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

17

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Kontrastprogramm (Konsortium, einfache Gesellschaft)

BGer 9C_1057/2010 (Nr. 8 in der Dokumentation)

- Banker hält zusammen mit drei Personen eine Beteiligung an einem Baukonsortium – erzielt Erträge.
- Ausgleichskasse und BSV behaupten, Zusammenschuss zu einem Konsortium zwecks Vermögensverwaltung qualifiziere für Erwerbszweck
- Verwaltungsgericht sieht in blosser gemeinsamer Vermögensverwaltung keinen Erwerbszweck
- BGer schützt diese Betrachtungsweise

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

18

Vermögensertrag oder Erwerbseinkommen?

Konsequenzen

Jedes in einer Gesellschaftsform - einfache Gesellschaft, Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft - erzielte Erwerbseinkommen ist vermutungsweise (oder gar Fiktion?) Einkommen aus SE-Tätigkeit

Auch die Nicht-kaufmännische Kollektivgesellschaft begründet die Fiktion (nicht nur die Vermutung), sie sei auf Erwerbszweck gerichtet (Anders noch in BGE 121 V 80)

Die Erträge aus einer KGK (Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen) werden als AHV-freier Vermögensertrag (gewissermassen aus passiver privater Vermögensanlage) qualifiziert, während die Einkommen aus einer mit privater Vermögensverwaltung betrauten Kommanditgesellschaft des Schweizerischen Rechts AHV-pflichtiges Einkommen darstellen.

Die Einkünfte aus ausländischen Personengesellschaften sind praxisgemäss Erwerbseinkommen.

Arbeitgeberhaftung

Sachverhalt

A war 2007 bis 2009 Mitglied des Verwaltungsrates

Ab 2010 Vizepräsident des Verwaltungsrates

Unternehmen hat grosse Beitragsausstände – Verlustscheine

Ausgleichskasse fordert von A Schadenersatz (CHF 296'195.35)

Verteidigung

Rechnungswesen war Sache des VRP

A wurde durch VR-Präsident getäuscht, hinters Licht geführt

Hat gefälschte Aufstellungen erhalten

Konnte sich gegen autoritären VRP nicht durchsetzen

Ist als Arbeitnehmer in einem Subordinationsverhältnis

Arbeitgeberhaftung

Lösungshinweise

Art. 52 AHVG - Haftung

Fügt ein Arbeitgeber durch absichtliche oder grobfahrlässige Missachtung von Vorschriften der Versicherung einen Schaden zu, so hat er diesen zu ersetzen.

Handelt es sich beim Arbeitgeber um eine juristische Person, so haften subsidiär die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen. Sind mehrere Personen für den gleichen Schaden verantwortlich, so haften sie für den ganzen Schaden solidarisch.

Arbeitgeberhaftung

Bundesgericht – BGer 9C_66/2016 vom 10.8.2016 **Nr. 9**

Grobes Verschulden, denn

Keine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens

Hatte Kenntnis von der Liquiditätslage

Hätte sich kümmern müssen

Hätte auch schon bei einfachem Blick auf die allen Aktionären zugängliche Erfolgsrechnung das Missverhältnis zwischen Lohnsumme und Beiträgen erkennen müssen

Objektiver Verschuldensmassstab: Subordinationsverhältnis hilft nicht

Vgl. auch: Haftung des Strohmannes: BGer 9C_722/2015

Nichterwerbstätige

Sachverhalt

X ist deutscher Staatsangehöriger, verheiratet, erfolgreicher Künstler

Vor 7 Jahren Zuzug in die Schweiz (Gstaad) und Besteuerung nach dem Aufwand (sog. Pauschalierter)

Bemessungsgrundlage: 7 x Eigenmietwert von CHF 120'000.— zuzüglich Vermögenssteuer für Liegenschaft, 4,5 Mio.

X ist als Intendant und Chefdirigent an einer grossen deutschen Bühne engagiert und verdient jährlich CHF 200'000.--.

Die AHV-Ausgleichskasse erfasst X und seine Frau als Nichterwerbstätige und fordert je den Maximalbeitrag von CHF 23'900.--

Nichterwerbstätige

Lösungen

Nichterwerbstätige bezahlen Ihre Beiträge nach Massgabe ihres Reinvermögens und des kapitalisierten Renteneinkommens.

Bei Pauschalierten ist der Aufwand dem Renteneinkommen gleichzusetzen (Art. 29 Abs. 5 AHVV).

Aufwand: 840'000 * 20 = 16'800'000

X ist in D erwerbstätig → Unterstellung nach der EU-Koordinationsverordnung in D → keine AHV-Pflicht in der Schweiz!

X macht zusätzliche Gastspiele in Frankreich und in den Niederlanden, wo er insgesamt CHF130'000.– verdient.

→ Unterstellung in der Schweiz und Abrechnung über die Auslandseinkommen: (Art. 13 Abs. 1 lit. b iv).

Nichterwerbstätige

Zu beachten:

X ist in D erwerbstätig → Unterstellung nach der EU-Koordinationsverordnung in D → keine AHV-Pflicht in der Schweiz!

Und die Ehefrau:

- Die Ehefrau hat Wohnsitz in der Schweiz
- Ehegatte zahlt keine Beiträge an die CH-AHV
- Ehefrau bezahlt auf der Basis des halben ehelichen Reinvermögens und des **halben Erwerbseinkommens** des Mannes ihre Beiträge:
  - Einkommen kapitalisiert: 100'000 x 20 = 2 Mio
  - Halbes Vermögen = 2.25 Mio.
  - Beitrag auf Basis 4.25 Mio = CHF 11'172.50.—
- BGer 9C_593/2013 = SVR AHV 2014 Nr. 5 **Nr. 10**

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Nichterwerbstätige

Zu beachten:

X ist in D und in F erwerbstätig → Unterstellung nach der EU-Koordinationsverordnung in CH →

- Und die Ehefrau?
- Die Ehefrau hat Wohnsitz in der Schweiz
- Ehegatte zahlt aus Erwerbstätigkeit Beiträge an die CH-AHV
- Ehefrau bleibt beitragsfrei (Art. 3 Abs. 3 lit. a)

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Selbständigerwerbender / BVG-Einkauf

Sachverhalt

A ist als SE der Ausgleichskasse angeschlossen.

Macht grossen Einkauf ins BVG (CHF 1.6 Mio. und will Hälfte davon beim SE-Einkommen (für AHV-Zwecke in Abzug bringen)

Bemessungsgrundlage für ord. Beiträge: CHF 230'000.—

AHV-Ausgleichskasse lässt Einkaufsbeiträge nur im Umfang von CHF 115'000.– zu.

Pflichtiger stützt sich auf Urteil des Bundesgerichts vom 11. Oktober 2007, 9C_136/2007, wonach die Hälfte der Einkaufsbeiträge vom Selbständigerwerbenden vom AHV-pflichtigen Einkommen in Abzug gebracht werden können.

Selbständigerwerbender / BVG-Einkauf

Lösungshinweis BGer 9C_515/2015 **Nr. 11**

Einkäufe des Selbständigerwerbenden sind möglich (Voraussetzung: Reglement lässt das zu)

Angestrebt wird eine «Gleichbehandlung mit dem Unselbständigen» (dieser kann Einkäufe AHV-rechtlich nie geltend machen)

Deshalb lässt man einen Einkauf in der Höhe der Hälfte des massgebenden Jahreseinkommens noch zu!

Verschlimmbesserung einer alten falschen Praxis!

Kein Vertrauensschutz in bestehende Praxis!

Selbständigerwerbende
Bemessung des Einkommens

Der Klassiker – Das Aergernis

Selbständigerwerbender im Nebenerwerb wird erstmals von Ausgleichskasse erfasst

Steueramt meldet Einkommen CHF 1 Mio.

AK macht Beitragsverfügung:

CHF 1'000'000 = 90.35%

CHF 1'106'806 = 100%

Pers. Beitrag = CHF 106'806.—

Bundesgericht: BGE 139 V 577 / BGE 141 V 433 **Nr. 12 / Nr. 13**

Internationales Sozialversicherungsrecht - Übersicht

Jeder Staat hat eigenes Sozialversicherungsrecht

Beim grenzüberschreitenden Zusammentreffen verschiedener Jurisdiktionen ist Koordination nötig

Dichtes Netz von Sozialversicherungsabkommen

- www.bsv.admin.ch/vollzug --> Internationales --> Abkommen
- Zahlreiche aussereuropäische Staaten
- Personenfreizügigkeitsabkommen CH - EU / Anhang II

Einheitliche Prinzipien

- Erwerbsortsprinzip
- Entsendung (bis 2 Jahre)
- Regelung des Leistungsanspruches

Europäisches System

Keine Einheitlichkeit der diversen Systeme
Versuch zur Koordinierung
Koordinations-Prinzipien

- AHV / IV / EO / EL / ALV / UV / KV / BVG / FZ
- Nichterwerbstätige Familienangehörige und Rentner einbezogen
- Gleichbehandlung
- Leistungsexport

- Unterstellung immer in einem einzigen Staat

Rechtsquellen

Auf der Grundlage des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der **EU** gelten in den Beziehungen zu den EU-Mitgliedstaaten die Bestimmungen der

- VO (EG) Nr. 883/2004 (Grundverordnung) und der
- VO (EG) Nr. 987/2009 (Durchführungsverordnung)

Integration ins Landesrecht durch Verweis (AHVG 153a)

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Fundstellen

Wegleitung über die Versicherungspflicht (AHV/IV/EO) WVP
Wegleitung über die Kassenzugehörigkeit der beitrags-pflichtigen WKB
Kreisschreiben über das Verfahren der Rentenfestsetzung KSBIL
Merkblätter als interessante "erste Anlaufstelle"

Verlautbarungen im Internet
www.bsv.admin.ch/vollzug >International

Die Unterstellung - „Faustregeln“ (1)

Eine Tätigkeit: ➡ Unterstellung im Staat der Erwerbstätigkeit
Art 11 Abs. 3 lit. a VO EU 883/2004

2 / mehrere unselbständige Tätigkeiten ➡ Unterstellung im Wohnsitzstaat, (wenn dort auch eine wesentliche Tätigkeit ausgeübt wird) Art. 13 Abs. 1 lit. a VO EU 883/2004

2 / mehrere selbständige Tätigkeiten ➡ Unterstellung im Wohnsitzstaat, (wenn dort wesentliche Tätigkeit ausgeübt wird),
Art. 13 Abs. 2 lit. a VO EU 883/2004
➡ ansonsten im Staat der Haupttätigkeit
Art. 13 Abs. 2 lit. b VO EU 883/2004

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Die Unterstellung - „Faustregeln“ (2)

2 / mehrere ungleiche Tätigkeiten

selbständig / unselbständig
unselbständig / selbständig

➡

Unterstellung im Staat der unselbständigen Tätigkeit (Wohnsitz ist irrelevant)

Art. 13 Abs. 3 VO EU 883/2004

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Wesentlichkeit einer Tätigkeit

Orientierungskriterien

bei unselbständiger Tätigkeit: Arbeitszeit und/oder Arbeitsentgelt

bei selbständiger Tätigkeit: Umsatz, Arbeitsentgelt, Anzahl erbrachte Dienstleistungen und/oder Einkommen

Im Rahmen einer Gesamtbewertung bei den genannten Kriterien gilt eine Tätigkeit als wesentlich, sofern ein Anteil von mindestens 25% im entsprechenden Mitgliedstaat ausgeübt werden.

Art. 14 Abs. 8 VO (EU) 987/2009

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Fragen?

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

rabaglio|schär
Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen

Sozialversicherungs-News
Beilagen

Neuerungen

1	Wer ist gerade mein Arbeitgeber? 9C_459/2011	1
2.	Geschäftsführer eines Vereins. 9C_930/2012	7
3.	Auftrag für vormaligen Arbeitgeber. 9C_1029/2012	13
4.	Aufrechnung einer geldwerten Leistung als Lohn. 9C_8/2016	20
5.	Dividende statt Lohn? Wie wird der branchenübliche Lohn ermittelt? 9C_327/2015	25
6.	Dividende an Kommanditgesellschaft - Bundesgericht 9C_688/2011	30
7.	Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen, 9C_765/2014	37
8.	Liegenschaftenkonsortium, 9C_1057/2010	46
9.	Haftung des Verwaltungsrats 9C_66/2016	50
10	Nichterwerbstätiger Ehegatte eines im Ausland versicherten Ehemannes 9C_593/2013	56
11	Einkaufsbeiträge BVG von Selbständigerwerbendem Beschränkung des Abzuges für die AHV auf die Hälfte des massgebenden Jahreseinkommens 9C_515/2015	61
12	Keine Beitragsaufrechnung, wenn kein Abzug gemacht wurde BGE 139 V 537	66
13	Zins auf investiertem Eigenkapital abziehen vor Beitragsaufrechnung BGE 141 V 433	76

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
9C_459/2011

Urteil vom 26. Januar 2012
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichterinnen Pfiffner Rauber, Glanzmann,
Gerichtsschreiber Fessler.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössische Ausgleichskasse,
Holzikofenweg 36, 3003 Bern,
Beschwerdegegnerin,

Eidgenössische Technische Hochschule Zürich (ETHZ), ETH-Zentrum, 8092 Zurich,
vertreten durch Fürsprecher Jörg R. Bühlmann,

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung (Beitragspflicht),

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 21. April 2011.

Sachverhalt:

A.
Die im August 2003 in der Rechtsform einer Stiftung gegründete ETH Zürich Foundation bezweckt u.a. die Forschung und Lehre an der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETHZ). Bis Ende April 2005 waren die für die Stiftung tätigen Mitarbeiter über die ETHZ bei der Eidgenössischen Ausgleichskasse (EAK) versichert. Ab 26. Januar 2004 war X._____ beratend für die ETH Zürich Foundation tätig, wobei sie auch operative Aufgaben erfüllte, ab Juli im zeitlichen Umfang von 80 % eines Vollzeitpensums. Gemäss Tagebucheintrag im Schweizerischen Handelsregister vom 9. November 2004 war neu X._____ Delegierte des Stiftungsrates mit Kollektivunterschrift zu zweien. Mit Verfügungen vom 25. Juli 2008 forderte die EAK von der ETHZ paritätische AHV/IV/EO/ALV-Beiträge in der Höhe von ..... auf den im Zeitraum von Januar 2004 bis April 2005 ausbezahlten Honoraren als Entgelt für die Tätigkeit von X._____ sowie Verzugszinsen von ..... nach, was sie mit Einspracheentscheid vom 3. Juni 2009 bestätigte.

B.
Die Beschwerden von X._____ und der ETHZ wies das Sozialversicherungsgericht des

Kantons Zürich nach zweifachem Schriftenwechsel mit Entscheid vom 21. April 2011 ab.

C.
X._____ führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, Gerichtsentscheid und Einspracheentscheid seien aufzuheben; eventualiter sei die Sache zur hinreichenden Abklärung des Sachverhaltes und zu erneutem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die EAK beantragt die Abweisung der Beschwerde, desgleichen das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV). Das kantonale Gericht und die ETHZ haben auf eine Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.
Streitgegenstand bildet die Frage, ob die Honorarzahlungen der ETH Zürich Foundation als Entschädigung für die Tätigkeit der Beschwerdeführerin im Zeitraum von Januar 2004 bis April 2005 massgebenden Lohn darstellen und die ETHZ diesbezüglich als abrechnungs- und beitragszahlungspflichtiger Arbeitgeber gilt.

2.
2.1
2.1.1 Die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten werden in Prozenten des Einkommens aus unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit festgesetzt (Art. 4 Abs. 1 AHVG). Vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, im folgenden massgebender Lohn genannt, wird ein Beitrag von 4,2 Prozent erhoben (Art. 5 Abs. 1 AHVG). Der Arbeitgeberbeitrag beträgt 4,2 Prozent der Summe der an beitragspflichtige Personen bezahlten massgebenden Löhne (Art. 13 AHVG). Die Beiträge vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit sind bei jeder Lohnzahlung in Abzug zu bringen und vom Arbeitgeber zusammen mit dem Arbeitgeberbeitrag periodisch zu entrichten (Art. 14 Abs. 1 AHVG; Prinzip der Beitragserhebung an der Quelle: BGE 133 V 498 E. 3.1.1 S. 500 mit Hinweisen).

Als Arbeitgeber gilt, wer obligatorisch versicherten Personen Arbeitsentgelte gemäss Artikel 5 Absatz 2 ausrichtet (Art. 12 Abs. 1 AHVG).
2.1.2 Als massgebender Lohn gilt jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 AHVG). Dazu gehören begrifflich sämtliche Bezüge der Arbeitnehmerin und des Arbeitnehmers, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder gelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Als beitragspflichtiges Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit gilt somit nicht nur unmittelbares Entgelt für geleistete Arbeit, sondern grundsätzlich jede Entschädigung oder Zuwendung, die sonstwie aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen ist (BGE 133 V 556 E. 4 S. 558 mit Hinweis). Es ist von einer objektbezogenen Definition des massgebenden Lohnes auszugehen in dem Sinne, dass es grundsätzlich nicht darauf ankommt, wer das Entgelt bezahlt, sondern ob die geldwerte Leistung im Arbeitsverhältnis wirtschaftlich hinreichend begründet ist (BGE 9C_12/2011 vom 8. August 2011 E. 2.2.1; Paul Cadotsch, Wird der AHV-massgebende Lohn durch die Auszahl- und Zahladresse beeinflusst?, SZS 2009 S. 5 ff.).

2.2 Ob im Einzelfall unselbständige Erwerbstätigkeit (und nicht selbständige im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG; vgl. dazu BGE 134 V 250 E. 3.1 und 3.2 S. 252 f.) vorliegt und das dafür bezahlte Entgelt massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG darstellt, beurteilt sich nicht auf Grund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien.

Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt (BGE 123 V 161 E. 1 S. 162 mit Hinweisen; SVR 2011 AHV Nr. 11 S. 33, 9C_946/2009 E. 2.1).

3.
3.1 Nach den insoweit unbestrittenen Feststellungen der Vorinstanz war die Beschwerdeführerin ab 26. Januar 2004 während eines Tages in der Woche für die ETH Zürich Foundation tätig. Die Tätigkeit war zu Beginn beratender Natur, wobei sie bereits damals in ihrer Funktion als Ambassador der Geschäftsführung operative Aufgaben übernahm. Es waren eine fixe Entschädigung, eine relative Anwesenheitspflicht und für den Fall der Beendigung der Zusammenarbeit eine Kündigungsfrist von einem Monat vereinbart. Ab 1. Juli 2004 betrug der zeitliche Umfang der Tätigkeit 80 % eines Vollzeitpensums. Neu war die Beschwerdeführerin Delegierte des Stiftungsrates (vorbehältlich der Wahl als Stiftungsrat, welche im November 2004 erfolgte) und Geschäftsführerin der Geschäftsstelle der Stiftung. Entsprechend den im Mandatsvertrag mit der M._____ AG vom 23. November 2004 festgehaltenen Aufgaben war die Beschwerdeführerin umfassend mit der strategischen und operativen Leitung der Stiftung betraut. Sie war direkt dem Stiftungsratspräsidenten unterstellt und mit diesem zusammen zeichnungsberechtigt. Es bestand eine Kündigungsfrist von drei Monaten und es war ein Konkurrenzverbot vereinbart.

3.2 Aus diesen für das Bundesgericht verbindlichen Sachverhaltsfeststellungen (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG) hat die Vorinstanz gefolgert, die Tätigkeit der Beschwerdeführerin sei weit über eine reine Beratertätigkeit hinausgegangen. Es habe sich um eine umfassende Tätigkeit für die Stiftung gehandelt mit einer klaren Einbindung in deren Arbeitsorganisation und Weisungsgebundenheit gegenüber dem Stiftungsratspräsidenten. In Ziff. 10 des Mandatsvertrages werde die Beschwerdeführerin denn auch als Arbeitnehmerin bezeichnet. Die tatsächlichen Gegebenheiten sprächen somit überwiegend für eine unselbständige Erwerbstätigkeit für die Stiftung. Daran ändere nichts, dass das Vertragsverhältnis als Auftrag bezeichnet worden sei und formell die M._____ AG als Vertragspartei aufgetreten sei.

4.
Die Beschwerdeführerin bringt vor, es habe ein Auftragsverhältnis zwischen zwei juristischen Personen bestanden. Der Auftrag sei durch eine bestimmte Person innerhalb der Beauftragten, nämlich sie, erfüllt worden. Für ihre Anstellung bei der Auftragnehmerin seien eine korrekte AHV-Beitragsmeldung erstattet und entsprechende Beiträge vollumfänglich bezahlt worden. Wenn die Vorinstanz unter diesen Umständen auf unselbständige Erwerbstätigkeit für die Auftraggeberin erkenne, gehe sie "gewissermassen" von Rechtsmissbrauch aus. Die Voraussetzungen, welche die Annahme einer Rechtsumgehung rechtfertigten, seien indessen offensichtlich nicht gegeben. Die im konkreten Fall gewählte juristische Konstruktion sei völlig üblich und werde in der Schweiz tausendfach verwendet. Der rechtserhebliche Sachverhalt sei insoweit jedenfalls nicht hinreichend abgeklärt.

5.
In rechtlicher Hinsicht ist nach Auffassung der Vorinstanz im vorliegenden Fall BGE 110 V 72 massgebend. Demgegenüber erachtet die Beschwerdeführerin BGE 133 V 498 als sinngemäss anwendbar.
5.1
5.1.1 In BGE 110 V 72 ging es um einen Versicherten, dessen Tätigkeit für eine (ausländische) Firma in der Beratung bei der Errichtung zweier Farbfabriken und bei der Ausbildung des für den Betrieb dieser Produktionsstätten vorgesehenen Personals bestand. Das damalige Eidg. Versicherungsgericht hielt u.a. fest, es sei eine bekannte Erscheinung der neueren Zeit, dass

sich sowohl Einzelpersonen als auch Organisationen, die auf ein bestimmtes technisches oder kaufmännisches Fachgebiet spezialisiert seien, einer Firma (exklusiv oder neben andern) auf bestimmte oder unbestimmte Zeit in einem selbständigen Auftragsverhältnis in Beraterfunktion zur Verfügung stellten. Ein typisches solches selbständiges Beratungsverhältnis liege im konkreten Fall vor, worauf insbesondere die rigorosen gegenseitigen Möglichkeiten der Vertragsauflösung gemäss Art. 11 des "Contrat pour une mission de conseiller" hinwiesen. Anderseits sei der Versicherte nicht in die Administration der Auftraggeberin eingegliedert und keinem speziellen Weisungsrecht unterstellt gewesen. Eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit lasse sich nicht feststellen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit habe sich darin erschöpft, dass der Versicherte während der Dauer des Vertragsverhältnisses ausschliesslich für dieselbe Firma habe tätig sein müssen, was für sich allein jedoch nicht entscheidend sei (E. 3b).
5.1.2 BGE 133 V 498 lag folgender Sachverhalt zugrunde: S. war einziger Verwaltungsrat und Alleinaktionär der Büro Dr. S. AG. Diese hatte mit der P. AG einen Dienstleistungsvertrag abgeschlossen. Im Rahmen dieser Vereinbarung übernahm S. besondere Aufgaben im Geschäftsbereich der P. AG sowie die Leitung des Verwaltungsrates und weitere damit im Zusammenhang stehende Aufgaben. Für diese Tätigkeit bezahlte die P. AG der Büro Dr. S. AG ein Honorar. Das Bundesgericht entschied, dass das Verwaltungsratshonorar nur dann und soweit massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG und Art.7 lit. h AHVV darstellt, wenn es an den Mandatsträger persönlich bezahlt wird. Übt hingegen der Verwaltungsrat seine Tätigkeit als Arbeitnehmer eines Dritten aus und wird die Entschädigung für die Verwaltungsratstätigkeit diesem Dritten ausbezahlt, so ist sie nicht massgebender Lohn des Verwaltungsrats, sondern allenfalls Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit dieses Dritten (wenn es sich um eine natürliche Person handelt). Der Lohn, den der Verwaltungsrat für seine Tätigkeit als Arbeitnehmer des Dritten erhält, ist seinerseits Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit (E. 5.2).

Aus BGE 110 V 72 einerseits lässt sich - im Umkehrschluss - insofern nicht direkt etwas für den hier zu beurteilenden Fall ableiten, als Vertragspartei der ETH Zürich Foundation nicht die Beschwerdeführerin war, sondern die M._____ AG (bis 9. Februar 2004: S._____ AG), an welche auch das Honorar bezahlt wurde. Anderseits ist der vorliegende Fall mit dem in BGE 133 V 498 beurteilten Sachverhalt insofern vergleichbar, als die Beschwerdeführerin einziges Mitglied des Verwaltungsrates der M._____ AG und - allerdings erst seit November 2004 - auch Stiftungsrat der ETH Zürich Foundation war, welche den Mandatsvertrag betreffend ihren persönlichen Einsatz für letztere abgeschlossen hatten.

5.2 Es kann offenbleiben, inwiefern den erwähnten Urteilen (BGE 110 V 72 und BGE 133 V 498) vorliegend präjudizielle Bedeutung zukommt. Nach verbindlicher Feststellung der Vorinstanz war die Beschwerdeführerin ab 26. Januar 2004 während eines Tages in der Woche, ab 1. Juli 2004 in einem 80 %-Pensum für die ETH Zürich Foundation tätig. Von Beginn weg lag das Schwergewicht ihrer Tätigkeit im operativen und nicht im strategischen Bereich. Daran änderte auch die Wahl in den Stiftungsrat der Foundation nichts. Es bestand eine klare Einbindung in die Arbeitsorganisation der Stiftung und eine Weisungsgebundenheit (vorne E. 3.2). Demgegenüber hatte die M._____ AG keine Befugnisse, was die Ausübung der Tätigkeit der Beschwerdeführerin im Rahmen des Mandatsvertrages betraf und angesichts des Vollpensums bei der ETH Zürich Foundation auch keine selbständige Bedeutung. Unter diesen Umständen kann die rechtliche Selbständigkeit der M._____ AG, an die das Honorar für ihre Tätigkeit für die Stiftung bezahlt wurde, keine Beachtung finden, wie die Vorinstanz im Ergebnis richtig erkannt hat. Die Ausgleichskasse hat somit zu Recht auf den betreffenden Zahlungen der ETH Zürich Foundation im Zeitraum von Januar 2004 bis April 2005 paritätische Beiträge erhoben hat. Die Beschwerde ist unbegründet.

6.
Wiewohl nicht zum Streitgegenstand zählend, rechtfertigen sich noch folgende Bemerkungen.

6.1 Die Beschwerdeführerin ersuchte die Ausgleichskasse des Kantons Schwyz um Rückerstattung der Beiträge auf dem von der M._____ AG ausbezahlten Lohn für ihre Tätigkeit für die ETH Zürich Foundation im Zeitraum Januar 2004 bis April 2005, was diese bis auf den Betrag von Fr. 1.20 zufolge Verjährung jedoch ablehnte. Nach Auffassung des BSV führt dies nicht zu einer doppelten Beitragspflicht. Vielmehr habe es die Versicherte unterlassen, gestützt auf Art.16 Abs. 3 AHVG rechtzeitig das Notwendige zur Rückforderung vorzukehren. Diese Betrachtungsweise ist grundsätzlich richtig. Es stellt sich indessen die Frage, ob die betreffenden Beiträge an die von der ETHZ nachzuzahlenden Beiträge auf den Honorarzahlungen der Stiftung anzurechnen sind. Allerdings betrifft diese Frage nicht die hier allein streitige Beitragsfestsetzung, sondern die Beitragsvollstreckung in Form teilweiser Tilgung der Beitragsschuld durch Berücksichtigung anderweitiger auf dem gleichen Substrat geleisteter Beiträge.

6.2 Gemäss dem im Bundessozialversicherungsrecht sinngemäss anwendbaren Art. 120 Abs. 3 OR (BGE 132 V 127 E. 6.1.1 S. 135; 128 V 50 E. 4a S. 53) kann eine verjährte Forderung zur Verrechnung gebracht werden, wenn sie zur Zeit, wo sie mit der andern Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (Urteil 9C_79/2011 vom 24. August 2011 E. 3.1). Einer (direkten) Anwendung dieser Bestimmung steht schon entgegen, dass die ETHZ als abrechnungs- und beitragszahlungspflichtiger Arbeitgeber und die M._____ AG verschiedene juristische Personen sind. Es besteht somit keine Identität zwischen Schuldner und Verrechnungsgläubiger.
6.3
6.3.1 Nach der Rechtsprechung wird mit der fristgerechten formgültigen Eröffnung der Beitragsverfügung die Verwirkung nach Art. 16 Abs. 1 AHVG ein für allemal bis zur Höhe des (nach-)geforderten Betrages ausgeschlossen. Die Verfügung behält ungeachtet ihres späteren rechtlichen Schicksals ihre verwirkungsausschliessende Kraft, ob sie nun in Rechtskraft erwächst oder vom Richter oder wiedererwägungsweise von der Verwaltung nachträglich aufgehoben und durch eine andere ersetzt wird (Urteile des Eidg. Versicherungsgerichts H 115/04 vom 29. Dezember 2004 E. 7.3.1, H 158/02 vom 30. Oktober 2002 E. 3.2 und H 60/01 vom 19. November 2001 E. 4).
6.3.2 Entrichtete eine versicherte Person persönliche Beiträge und zeigt sich später, dass es sich bei der fraglichen Tätigkeit um eine unselbständige Erwerbstätigkeit handelte, sind - allenfalls unter den Voraussetzungen der Wiedererwägung oder prozessualen Revision (Art. 53 Abs. 1 und 2 ATSG; SVR 2010 AHV Nr. 12 S. 42, 9C_1094/ 2009 E. 2.4 mit Hinweisen) - auf den betreffenden Einkommen nachträglich paritätische Beiträge zu erheben. Dabei sind die bereits als Selbständigerwerbender bezahlten Beiträge im Umfang der Arbeitnehmerbeiträge der nachgeforderten paritätischen Beiträge anzurechnen (EVGE 1959 S. 25 E. 5 S. 32 ff.; vgl. auch Rz. 3025 und 3035 der Wegleitung über den Bezug der Beiträge [WBB] in der AHV, IV und EO, in der ab 1. Januar 2008 geltenden Fassung). In gleicher Weise haben im Zusammenhang mit einer bestimmten Tätigkeit entrichtete paritätische Beiträge ein für allemal als bezahlt zu gelten und sind daher bei einem nachträglichen Wechsel der Person des beitragspflichtigen Arbeitgebers in der Beitragsvollstreckung anzurechnen.

7.
Die im Grundsatz unterliegende Beschwerdeführerin hat die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETHZ), dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Ausgleichskasse Schwyz und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 26. Januar 2012

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Meyer

Der Gerichtsschreiber: Fessler

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

[8frIR2ALAGK1]
{T 0/2}

9C_930/2012

Urteil vom 6. Juni 2013

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Meyer, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Borella, Bundesrichterin Glanzmann,
Gerichtsschreiber Fessler.

Verfahrensbeteiligte
Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen,
Chutzenstrasse 10, 3007 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

T._____,
vertreten durch Fürsprecher Daniel Wyssmann,
Beschwerdegegner,

Verein H._____.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung
(Beitragspflicht; Abgrenzung selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern,
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, vom 11. Oktober 2012.

Sachverhalt:

A.
T._____ meldete sich im Juni 2011 unter der Einzelfirma X._____ bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern als Selbständigerwerbender an. Gemäss den eingereichten Unterlagen beabsichtigte er, u.a. als Geschäftsführer für den Verein H._____ tätig zu sein. Die Ausgleichskasse qualifizierte diese Tätigkeit als unselbständige Erwerbstätigkeit, womit T._____ nicht einverstanden war. Am 20. Dezember 2011 erliess sie eine entsprechende Verfügung, welche sie mit Einspracheentscheid vom 20. März 2012 bestätigte.

B.
In Gutheissung der Beschwerde des T._____ hob das Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, mit Entscheid vom 11. Oktober 2012 den Einspracheentscheid vom 20. März 2012 auf.

C.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt die Ausgleichskasse, der Entscheid vom 11. Oktober 2012 sei aufzuheben.

T._____ schliesst auf Abweisung der Beschwerde, desgleichen der beigeladene Verein H._____. Das kantonale Verwaltungsgericht und das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichten auf eine Stellungnahme.

D.
Mit einer weiteren Eingabe hat T._____ Unterlagen eingereicht, u.a. die Verfügung der Ausgleichskasse vom 7. Februar 2013 betreffend die definitive Festsetzung der Beiträge als Selbständigerwerbender im Hauptberuf für 2011. Die Ausgleichskasse hat sich dazu geäussert unter Hinweis darauf, dass sie die Beitragsverfügung am 16. April 2013 wiedererwägungsweise aufgehoben habe. T._____ hat hiezu Bemerkungen gemacht.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Vorinstanz ist zu Recht auf die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 20. März 2012 eingetreten, womit die Ausgleichskasse in Bestätigung ihrer Verfügung vom 20. Dezember 2011 die Tätigkeit des Beschwerdegegners als Geschäftsführer des Vereins H._____ als unselbständige Erwerbstätigkeit einstufte und insoweit das Gesuch um Anschluss als Selbständigerwerbender ablehnte (BGE 132 V 257).

1.2. Nach Einreichung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hat die Ausgleichskasse die Beiträge als Selbständigerwerbender im Hauptberuf für 2011 definitiv festgesetzt. Die betreffende Verfügung vom 13. Februar 2013 ist unbeachtlich, soweit davon auch die vom Verein H._____ in den Monaten September bis Dezember 2011 an den Beschwerdegegner ausgerichteten Entgelte erfasst werden, zumal sie mit (weiterer) Verfügung vom 16. April 2013 wiedererwägungsweise aufgehoben wurde. Der Rechtsstreit besteht weiter [vgl. SVR 2005 EL Nr. 3 S. 9, P 7/02 E 3.2 in fine, Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 337/98 vom 17. November 1998 E. 3 in fine].

2.
Gemäss den Statuten vom 2. Dezember 2010/27. Mai 2011 ist die H._____ ein Verein nach den Artikeln 60 ff. ZGB (Art. 1). Der Verein hat u.a. zum Zweck die Förderung der Lebensqualität aller Einwohnerinnen und Einwohner der Region sowie die Verbesserung der Wirtschaftsleistung im Zusammenarbeitsraum (Art. 3 Abs. 2). Dem Verein gehören fünf Kantone sowie zahlreiche Städte, Gemeinden und Regionalorganisationen an. Im Vorstand sind u.a. Regierungsräte, Stadt- und Gemeindepräsidenten vertreten (Art. 7 f. und 12).

3.
Im angefochtenen Entscheid wird die Rechtsprechung zur Abgrenzung unselbständiger von selbständiger Erwerbstätigkeit richtig wiedergegeben. Darauf wird verwiesen (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 AHVG; (BGE 122 V 169 E. 3a-c S. 171 ff.; Urteil 9C_1029/2012 vom 27. März 2013 E. 2.3).

4.
Nach den nicht offensichtlich unrichtigen, für das Bundesgericht verbindlichen, im Übrigen unwidersprochen gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG) ist der Beschwerdegegner in der Funktion eines Geschäftsführers für die H._____ tätig. Er verfügt über eigene Geschäftsräumlichkeiten, für die er Miete zahlen muss, und er beschäftigt eigenes Personal, welches er anstellt, entlöhnt und das unter seiner Verantwortung gewisse administrative Arbeiten für den Verein erledigt. Für seine Stellvertretung hat er selber besorgt zu sein. Für die Entschädigung für die Geschäftsführung ist ein Kostendach vereinbart, jedoch kein Mindestentgelt.

Die H._____ selber verfügt über keinerlei Infrastruktur. Nach Auffassung der Vorinstanz stellen diese Umstände gewichtige Indizien für selbständige Erwerbstätigkeit dar, namentlich unter dem Gesichtspunkt des Unternehmerrisikos. Daran änderten weder die nicht als erheblich zu bezeichnenden Investitionskosten noch das fehlende Inkasso- und Delkredererisiko etwas. Ebenso bestehe aus den nämlichen Gründen keine Einbindung in die (nicht existierende) Arbeitsorganisation der H._____; der Beschwerdeführer sei denn auch nicht auf deren (nicht bestehende) Infrastruktur angewiesen. Eine Weisungsgebundenheit liege zweifellos vor; dieses Element trete jedoch in Anbetracht der eigenen Infrastruktur und des eigenen Personals in den Hintergrund.

5.
Die Ausgleichskasse bringt vor, die Rechtsprechung messe bei Tätigkeiten im Bereich der Dienstleistungen der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit gegenüber dem Investitionsrisiko erhöhtes Gewicht bei. Die Geschäftsführung von Stiftungen und Vereinen im Besonderen werde als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert, sofern nicht das Merkmal des projektbezogenen Einsatzes überwiege. Geschäftsführer hätten die durch die zuständigen Gremien gefällten Entscheide umzusetzen. Diese ausführende Funktion erfolge immer weisungsgebunden. Da die Weisungsgebundenheit zu einer arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit führe, überwögen vorliegend die Merkmale einer unselbständigen Erwerbstätigkeit deutlich.

6.

6.1. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin stellen nicht bloss unzulässige appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid dar, wie der Beschwerdegegner einwendet. Insbesondere kann nicht gesagt werden, sie gewichte die für oder gegen selbständige bzw. unselbständige Erwerbstätigkeit sprechenden Indizien lediglich anders als die Vorinstanz, ohne sich mit deren Erwägungen auseinanderzusetzen. Vielmehr beanstandet sie, das kantonale Gericht habe im konkreten Fall den für die Beurteilung der Streitfrage (Beitragsstatut in Bezug auf die Tätigkeit als Geschäftsführer der H._____) massgebenden Kriterien (Unternehmerrisiko, arbeitsorganisatorische Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit) nicht das richtige Gewicht beigemessen und insofern deren Bedeutung verkannt. Dabei handelt es sich um eine grundsätzlich frei überprüfbare Rechtsfrage (Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG) und nicht um eine Ermessensfrage, wie der Beschwerdegegner vorbringt. Davon miterfasst ist die Frage, ob ein im Zusammenhang mit der streitigen Tätigkeit stehender Umstand für die Beurteilung der Statusfrage von Relevanz ist, sowie dessen Wertung als Indiz für oder gegen unselbständige bzw. selbständige Erwerbstätigkeit.

6.2. Nach der Rechtsprechung ist das Unternehmerrisiko nicht allein entscheidend dafür, ob von unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit auszugehen ist. Von Bedeutung ist grundsätzlich die Gesamtheit der Umstände des konkreten Falles, insbesondere Art und Umfang der wirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit vom Auftrag- oder Arbeitgeber. Dieser Gesichtspunkt kann insbesondere dort, wo die in Frage stehende Tätigkeit keine erheblichen Investitionen etwa in die Infrastruktur oder personellen Mittel erfordert, zugunsten unselbständiger Erwerbstätigkeit sprechen (SVR 2011 AHV Nr. 11 S. 33, 9C_946/2009 E. 5.1). Bei Tätigkeiten im Bereich der Dienstleistungen, die ihrer Natur nach nicht notwendigerweise bedeutende Investitionen erfordern, kommt der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit gegenüber dem Investitionsrisiko erhöhtes Gewicht zu, wie die Ausgleichskasse richtig vorbringt (unter Hinweis auf das Urteil 9C_141/2008 vom 5. August 2008 E. 2.2; vgl. auch die hier erwähnten Präjudizien sowie SVR 2012 AHV Nr. 10 S. 37, 9C_799/2011 E. 5.5 und 5.6).

6.3. In dem in der Beschwerde ebenfalls erwähnten Urteil 9C_459/2011 vom 26. Januar 2011 stufte das Bundesgericht die Geschäftsführung für eine Stiftung aufgrund der klaren Einbindung der betreffenden Person in die Arbeitsorganisation und der Weisungsgebundenheit gegenüber dem Stiftungsratspräsidenten als unselbständige Erwerbstätigkeit ein. Diese hatte u.a. die Geschäftsstelle der Stiftung geleitet. Das Pensum betrug insgesamt 80 % (vgl. E. 3.1 und 5.2). Im Unterschied zum damals beurteilten Sachverhalt kann hier insofern nicht von einer Einbindung in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen gesprochen werden, als diese über keine eigene Geschäftsstelle verfügt. Vielmehr hat sie den operativen Bereich gewissermassen ausgelagert, indem eine Person ausserhalb des Vereins die Geschäftsführung in eigenen Geschäftsräumlichkeiten wahrnimmt. Darin allein kann keine Umgehung der paritätischen Beitragspflicht erblickt werden. Der Beschwerdegegner legt die Gründe für dieses Vorgehen dar, u.a. seien die Zusammenarbeit der beteiligten Kantone noch im Aufbau begriffen und Rückschläge nicht auszuschliessen, was möglichst schlanke, flexible Strukturen und massvolle Anfangsinvestitionen erfordere, weshalb die Vereinsform gewählt und die Geschäftsführung im Mandatsverhältnis vergeben worden sei. Die Beigeladene weist auf den politischen Charakter des Vereins und die Vielzahl der Beteiligten hin, weshalb die Erfolgsaussichten nicht garantiert seien. Die knappen Ressourcen sollten nicht in einen administrativen "Overhead" und den Aufbau einer Infrastruktur investiert werden, sondern in Projekte mit unmittelbarem Nutzen für die Mitglieder.

Ob das Fehlen einer eigenen Geschäftsstelle mit arbeitsorganisatorischer Unabhängigkeit des Geschäftsführers im beitragsrechtlichen Sinne gleichgesetzt werden kann, ist fraglich. Die Geschäftsführung ist und bleibt Teil der Organisation des Vereins. So müssen etwa die Beschlüsse der nach den Statuten zuständigen Organe umgesetzt werden, damit der Vereinszweck überhaupt erreicht werden kann. Im Organigramm des Vereins ist die Geschäftsstelle denn auch in direkter Linie unter der Mitgliederversammlung, dem Vorstand sowie dem Geschäftsausschuss und dem Co-Präsidium aufgeführt.

6.4. Der Beschwerdegegner bringt insoweit richtig vor, dass auch im Rahmen eines Auftragsverhältnisses dem Beauftragten verbindliche Weisungen etwa in Bezug auf die Art, den Zeitpunkt und den Ort der Auftragserfüllung erteilt werden, ohne dass bereits deshalb beitragsrechtlich von unselbständiger Erwerbstätigkeit auszugehen wäre (vgl. Art. 397 Abs. 1 OR). Ein solcher Schluss setzte zusätzlich voraus, dass die Weisungsgebundenheit inhaltlich und im Ausmass den Auftragnehmer in vergleichbare Nähe zu einem Arbeitnehmer rückt. Die Vorinstanz hat diesbezüglich keine Feststellungen getroffen. Auch die Beschwerdeführerin äussert sich nicht dazu. Der Beschwerdegegner bringt vor, es bestehe keine vollständige starre Weisungsgebundenheit. Die Mitglieder des Vorstandes und des Geschäftsausschusses (Co-Präsidium) seien mit ihren Amtsgeschäften naturgemäss zeitlich stark belastet. Dem Geschäftsführer würden deshalb weitgehende Kompetenzen eingeräumt, welche Themen bearbeitet würden. So sei es an ihm, den politischen Handlungsbedarf zu erkennen, Impulse zu geben, interessante Themen vorzuschlagen und auch Strategien und Konzepte auszuarbeiten Danach habe er die Projekte zu koordinieren und zu planen. Bei der Art der Zielerreichung sei er frei. Diese Schilderungen präzisieren die Umschreibung des Auftrages in Ziff. 1 Abs. 1 und eines Teils der vom Beschwerdegegner zu erbringenden Leistungen gemäss Ziff. 2 Abs. 1 des Vertrags vom 25. August 2011. Die Geschäftsführung umfasst indessen noch andere ebenfalls bedeutsame Aufgaben (neben der Leitung der Geschäftsstelle) : Organisation und Unterstützung der Mitgliederversammlung, inkl. Protokollführung; Betreuung, Beratung und Unterstützung des Vorstands, des Geschäftsausschusses und des Co-Präsidiums in inhaltlichen Fragen und in Fragen der Kommunikation (Führungsunterstützung), bei Bedarf inkl. Protokollführung und Vorbereitung von Kommunikationsmassnahmen; Betreuung und Unterstützung

weiterer Gremien des Vereins, insbesondere des Unterstützungskomitees, des Beirats und von Arbeitsgruppen, bei Bedarf inkl. Protokollführung; Begleitung und Steuerung der Arbeit von Arbeitsgruppen nach den Vorgaben des Vorstands, des Geschäftsausschusses und des Co-Präsidiums; Korrespondenzen für den Vorstand, den Geschäftsausschuss, das Co-Präsidium und Arbeitsgruppen; Erteilen von Auskünften an Vereinsmitglieder und an Dritte (Ziff. 2 Abs. 1).

Der Beschwerdegegner ist zwar kein Organ des Vereins im formellen Sinn. Ebenfalls hat er nicht an der Formulierung des Vereinszweck mitgewirkt und er hat die Interessen gegenüber dem Bund und weiteren Dritten nach den Vorgaben des Vorstands, des Geschäftsausschusses und des Co-Präsidiums zu wahren (Ziff. 1 Abs. 2 des Vertrags vom 25. August 2011). Indessen kommt ihm eine Schlüsselfunktion innerhalb der gesamten Organisation zu, indem er aufgrund seiner Sachkompetenz zahlreiche weit über das rein operative Geschäft hinaus gehende, für das Erreichen des Vereinszwecks wichtige Aufgaben wahrnimmt, und zwar im Rahmen der gesamten Vereinstätigkeit. Er ist mithin in massgeblicher Weise an der Willensbildung des Vereins beteiligt und nicht nur, indem er Informationen zusammenträgt, wie die Beschwerdeführerin vorbringt. Insofern kann der Beschwerdegegner unter dem Gesichtspunkt der Weisungsgebundenheit nicht mit einem "normalen" Arbeitnehmer verglichen werden. Wird weiter berücksichtigt, dass er nicht eine Geschäftsstelle des Vereins, sondern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung eine solche für den Verein führt, verbietet sich die Annahme, er übe als Geschäftsführer des Vereins H._____ - beitragsrechtlich - eine unselbständige Erwerbstätigkeit aus.

Der vorinstanzliche Statusentscheid ist somit zu bestätigen. Die Beschwerde ist unbegründet.

7.
Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Diese ist nach dem Normalansatz (Fr. 2'500.-) zu bemessen. Es sind keine aussergewöhnlichen Umstände ersichtlich noch werden solche geltend gemacht, die ein Abweichen davon rechtfertigten. Solche Gründe ergeben sich auch nicht aus der eingereichten Honorarnote vom 13. Februar 2013.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verein H._____, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 6. Juni 2013

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Meyer

Der Gerichtsschreiber: Fessler

Qualifikation Selbständig - unselbständig
Für Versicherte, die nach dem Schritt in die Selbständigkeit weiterhin in bedeutendem Umfang für den alten Arbeitgeber tätig sind, werden an die Anerkennung als Selbständigerwerbende erhöhte Anforderungen gestellt. Bei wegen der Tätigkeitsart fehlenden erheblichen Investitionen und eher geringem Unternehmerrisiko ist der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit entscheidendes Gewicht zuzumessen. In casu grosse Freiheit, deshalb geringe Abhängigkeit.

Vorinstanz hat so geurteilt, deshalb Beschwerde des BSV abgewiesen.

Bundesgericht
27. März 2013 9C_1029/2012

9C_1029/2012

Urteil vom 27. März 2013
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Kernen, Präsident,
Bundesrichterinnen Pfiffner Rauber, Glanzmann,
Gerichtsschreiberin Bollinger Hammerle.

Verfahrensbeteiligte
Bundesamt für Sozialversicherungen, Effingerstrasse 20, 3003 Bern 3,
Beschwerdeführer,

gegen

D._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Serge Flury,
Beschwerdegegner,

Ausgleichskasse Basel-Landschaft, Hauptstrasse 109, 4102 Binningen,
H._____ AG,
P._____ AG,

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 23. August 2012.

Sachverhalt:

A.
D._____ war bis Ende Juli 2011 bei der Firma P._____ AG angestellt. Bereits am ..... liess er die Einzelunternehmung F._____ mit Sitz in X._____ ins Handelsregister des Kantons Basel-Landschaft eintragen. Mit Schreiben vom 7. Juli 2011 forderte die Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft, Ausgleichskasse, D._____ zur Einreichung verschiedener Unterlagen und zum Ausfüllen von Fragebögen zwecks Abklärung der Beitragspflicht auf. D._____ reichte

(unter anderem) zunächst einen als Werkvertrag bezeichneten Vertrag ein zwischen ihm und der P._____ AG vom 6. Juli 2011 betreffend "die Entwicklung einer Steuerung für einen Coater" (d.h. für eine Maschine, welche Substrate beschichtet). Mitte November 2011 liess er der Ausgleichskasse zusätzliche Informationen und Dokumente zukommen. Mit E-Mail vom 9. Dezember 2011 informierte D._____ die Ausgleichskasse über einen weiteren Vertragsabschluss mit der Firma H._____ AG, vom 8. Dezember 2011. Am 12. Dezember 2011 erliess die Ausgleichskasse eine Verfügung, wonach D._____ bezüglich der beiden abgeschlossenen Verträge als unselbständig Erwerbstätiger gelte. Eine hiegegen erhobene Einsprache des D._____ wies sie am 23. Dezember 2011 ab.

B.
Nunmehr rechtskundig vertreten, liess D._____ hiegegen Beschwerde erheben, welche das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, mit Entscheid vom 23. August 2012 guthiess, den Einspracheentscheid vom 23. Dezember 2011 sowie die Verfügung vom 12. Dezember 2011 aufhob und feststellte, die Tätigkeiten für die Firmen P._____ AG und H._____ AG seien als selbständige zu qualifizieren.

C.
Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) beantragt mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten die Aufhebung des angefochtenen Entscheides.
D._____ schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Die Firma P._____ AG nimmt als Mitbeteiligte am 9. Januar 2013 Stellung; Ausgleichskasse, Vorinstanz und die H._____ AG verzichten auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zu Grunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

2.
2.1 Streitig ist, ob die vom Beschwerdeführer erbrachten Arbeitsleistungen als selbständige oder unselbständige Tätigkeiten zu qualifizieren sind. Diese beitragsrechtliche Qualifikation ist eine frei überprüfbare Rechtsfrage. Die Sachverhaltselemente, die der Schlussfolgerung zu Grunde liegen, beschlagen dagegen ebenso Tatfragen wie die konkrete und die antizipierte Beweiswürdigung (SVR 2012 AHV Nr. 6 S. 21 [Urteil 9C_246/2011 vom 22. November 2011 E. 2 mit Hinweisen]).

2.2 Ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich nicht auf Grund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien, sondern nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu

sein. Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zu Tage treten, muss sich der Entscheid nach den zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 123 V 161 E. 1 S. 163; 122 V 169 E. 3a S. 171; 281 E. 2a S. 283; 119 V 161 E. 2 S. 162). In Grenzfällen, in denen sowohl Merkmale unselbständiger als auch solche selbständiger Erwerbstätigkeit vorliegen, ohne dass das Pendel eindeutig in die eine oder die andere Richtung ausschlagen würde, ist rechtsprechungsgemäss namentlich auch Koordinationsgesichtspunkten Rechnung zu tragen (vgl. BGE 123 V 161 E. 4a S. 167; Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 55/01 vom 27. Mai 2003 E. 4.2 und H 300/98 vom 4. Juli 2000 E. 8d/aa). Dies gilt vorab bei Erwerbstätigen, die gleichzeitig mehrere erwerbliche Tätigkeiten für verschiedene oder denselben Arbeit- oder Auftraggeber ausüben. Es soll nach Möglichkeit vermieden werden, dass verschiedene Erwerbstätigkeiten für denselben Arbeit- oder Auftraggeber oder dieselbe Tätigkeit für verschiedene Arbeit- oder Auftraggeber unterschiedlich, teils als selbständige, teils als unselbständige Erwerbstätigkeit, qualifiziert werden (BGE 119 V 161 E. 3b S. 164; Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 12/04 vom 17. Februar 2005 E. 3 und H 300/98 vom 4. Juli 2000 E. 8d/aa; zum Ganzen: SVR 2011 AHV Nr. 17 S. 62, 9C_132/2011 E. 3.2). Für Versicherte, die nach dem Schritt in die Selbständigkeit weiterhin in bedeutendem Umfang für den alten Arbeitgeber arbeiten, sind an die Anerkennung als Selbständigerwerbende erhöhte Anforderungen zu stellen (Urteile H 83/04 vom 23. Juni 2005 E. 3.2 und H 30/01 vom 17. Mai 2002 E. 5a).

3.
3.1 Die Vorinstanz erwog, als "Hilfskriterien" seien zu berücksichtigen, dass der (letztinstanzliche) Beschwerdeführer seine Firma ins Handelsregister habe eintragen lassen, eine Berufshaftpflicht- und eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, eigene Visitenkarten verwendet und eigenständige Offerten ausgestellt habe sowie für mehrere Auftraggeber tätig gewesen sei (bzw. Aufträge mehrerer Firmen in Aussicht gehabt habe). Weil es sich bei der P._____ AG um die vormalige Arbeitgeberfirma handle, müssten zwar die für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechenden Elemente klar überwiegen. Auch fehle es an grösseren Investitionen, was jedoch in der Natur der Tätigkeiten im Dienstleistungssektor liege. Ausschlaggebend sei das Mass der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit. Im Vertrag mit der P._____ AG sei weder die Benutzung eines Arbeitsplatzes in den Räumlichkeiten jener Firma noch eine inhaltliche Weisungsgebundenheit vorgesehen gewesen, sondern lediglich die Verpflichtung, Stundenrapporte von den Kunden visieren zu lassen und monatliche Fortschritts- und Qualitätskontrollen durch diese zuzulassen. Das für solche Verhältnisse übliche Mass an Anordnungen werde damit nicht überstiegen. Wann und wo die erforderlichen Arbeitsschritte vorzunehmen waren, sei ihm nicht vorgeschrieben gewesen. Von einer arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit oder einer organisatorischen Einbindung in die Betriebsstruktur der P._____ AG könne daher nicht gesprochen werden. Dass die Honoraransprüche gegenüber der P._____ AG und nicht gegenüber den Endkunden geltend zu machen waren und das Werk für einen Drittkunden zu erstellen war, spreche nicht gegen die Selbständigkeit. Im Übrigen sei der Versicherte unter Wahrung der Geheimhaltung frei gewesen, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein. Die vereinbarte Kündigungsfrist von einem Monat bei besonderen Voraussetzungen sei zwar aussergewöhnlich. Indes habe er gegenüber der P._____ AG ein Inkassorisiko getragen und es sei bei klassischen selbständigen Dienstleistungen durchaus üblich, dass Auslagen nicht

selbst getragen würden. Auch der Offerte zu Handen der Firma H._____ AG sei kein Hinweis auf eine organisatorische Eingliederung des Beschwerdegegners zu entnehmen. Weder die Vereinbarung von Zahlungszielen noch die Pflicht, Stundenrapporte visieren zu lassen stehe einer selbständigen Erwerbstätigkeit entgegen, zudem sei der vereinbarte Stundenansatz nach Darstellung des Beschwerdegegners das Ergebnis von Vertragshandlungen gewesen.

3.2 Das Beschwerde führende Bundesamt rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht den für Subunternehmer geltenden erhöhten Anforderungen zur Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit nicht Rechnung getragen. Für die beitragsrechtliche Qualifikation der fraglichen Tätigkeit(en) hätten doppelt strenge Anforderungen zu gelten, nachdem der Beschwerdegegner einerseits vorwiegend für seinen bisherigen Arbeitgeber tätig gewesen und diese Tätigkeit anderseits als Unterakkordant/Subunternehmer erbracht habe. Der zwischen den Parteien abgeschlossene "Werkvertrag" weiche in vielen Punkten von den typischen Eigenschaften ab, namentlich hinsichtlich des Unternehmerrisikos, der Kündigungsmodalitäten und der Haftung. Dass der Arbeitseinsatz aufgrund einer Stundenabrechnung fortlaufend monatlich entlöhnt und Spesen zusätzlich vergütet worden seien, sowie das Inkassorisiko gegenüber der P._____ AG dem typischen Inkassorisiko eines Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber betreffend die Lohnzahlung entspreche, lasse klar auf eine Abhängigkeit schliessen. Daran ändere nichts, dass nach der Startphase ein zweiter Auftrag hinzugekommen sei. Die für einen Werkvertrag vollkommen unübliche Kündigungsregelung bestätige, dass nicht die Ablieferung eines Werks, sondern der fortlaufende Arbeitseinsatz im Vordergrund gestanden habe. Auch wenn dem Werkvertrag keine ausdrückliche Weisungsgebundenheit entnommen werden könne, hätten doch die Endkunden Arbeitszeiten und Ergebnis monatlich zuhanden der P._____ AG visieren und so die Arbeit quantitativ und qualitativ kontrollieren müssen. Ausserdem erforderten sehr qualifizierte und spezialisierte Tätigkeiten auch im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ein grösseres Mass an Freiheit und Selbständigkeit. Der Handelsregistereintrag als Einzelfirma und die Verwendung eigener Visitenkarten vermöchten nichts daran zu ändern, dass eine Betriebsorganisation vollständig fehlte, der Beschwerdegegner die bestehende Struktur der P._____ AG für Kundenakquirierung, Rechnungsstellung, Inkasso, Werbung etc. genutzt habe und gegenüber den Endkunden nicht in eigenem Namen aufgetreten sei. Damit fehle es nicht nur an einem Unternehmerrisiko sondern es habe auch eine wirtschaftliche Abhängigkeit gegenüber der ehemaligen Arbeitgeberfirma und eine Einbindung in die Betriebsstruktur bestanden. Hinsichtlich der Tätigkeit für die H._____ AG schienen die Verhältnisse grundsätzlich ähnlich, weshalb sinngemäss das Gesagte auch hiefür gelte.

3.3 Der Beschwerdegegner lässt insbesondere vorbringen, er sei im Zeitpunkt des Verfügungserlasses durch die Ausgleichskasse erst ganz am Anfang seiner selbständigen Erwerbstätigkeit gewesen, auch habe die Kasse einen später abgeschlossenen Vertrag als selbständige Erwerbstätigkeit anerkannt. Es gehe im Übrigen nicht an, seine Tätigkeit gestützt auf einen einzigen (Werk-) Vertrag zu qualifizieren, während er sich aktenkundig (erfolgreich) um weitere Aufträge bemüht habe. Der gewählte Abrechnungsmodus spreche keineswegs gegen eine selbständige Tätigkeit sondern sei im Gegenteil in vergleichbaren Fällen (z.B. bei einem selbständigen Heizungsmonteur) üblich. Das Inkassorisiko wie auch die Situation bei Auflösung des Vertragsverhältnisses sei nicht mit demjenigen eines Arbeitnehmers vergleichbar, welchem Konkursprivilegien zustünden, der über die Arbeitslosenversicherung zusätzlichen Schutz (Insolvenzentschädigung) geniesse und dessen Vertrag unter Einhaltung der Kündigungsfristen auflösbar sei (während der in Frage stehende "Werkvertrag" grundsätzlich nicht kündbar gewesen sei). Dass er sich namentlich in Haftungsfragen besser gestellt habe als ein Arbeitnehmer zeige, dass er der P._____ AG als gleichwertiger Partner gegenüber gestanden sei.

4.
4.1 Ob einer Tätigkeit, die von ihrer Art her nur geringe Investitionen erfordert, allein wegen des geringen Unternehmerrisikos der selbständige Charakter abgesprochen werden kann, ist zumindest fraglich. Für die Abgrenzung von selbständiger von unselbständiger Tätigkeit kommt es nicht nur auf das Unternehmerrisiko an, sondern grundsätzlich auf die Gesamtheit der konkreten Umstände. Erfordert eine Tätigkeit beispielsweise keine kostspielige Infrastruktur oder keine erheblichen personellen Mittel - wie dies auf Dienstleistungen vielfach zutrifft -, sind insbesondere Art und Umfang der wirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit vom Auftrag- oder Arbeitgeber entscheidend (Urteil 9C_946/2009 vom 30. September 2010 E. 5.1 mit Hinweisen, in: SVR 2011 AHV Nr. 11 S. 33 ff.). Dabei lässt sich eine arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit weder der zivilrechtlichen Vertragsqualifikation durch die Parteien (hier als "Werkvertrag") zwingend entnehmen, noch dem Umstand, dass eine Person mit einem konkreten Projekt ohne (besondere) Mitwirkungsobliegenheiten der Vertragspartnerin betraut wurde und die Arbeiten in weitgehend freier Zeiteinteilung und teilweise in eigenen Räumlichkeiten ausgeführt werden dürfen (Urteil 9C_132/2011 vom 26. April 2011 E. 4.2, in: SVR 2011 AHV Nr. 17 S. 62 ff.).

4.2 Unbestritten sah der zwischen der P._____ AG und dem Beschwerdegegner am 6. Juli 2011 abgeschlossene Vertrag keine (ausdrückliche) Weisungsgebundenheit vor. Er beliess dem Beschwerdegegner hinsichtlich der (arbeitsorganisatorischen) Vorgehensweise (Ziff. 5 Vertrag; ein Arbeitsplan war nicht einzuhalten, ein detaillierter Stellenbeschrieb existierte nicht) und der zeitlichen Arbeitsgestaltung (Ziff. 6 Vertrag) grosse Freiheit. Eine Inanspruchnahme der Räumlichkeiten der P._____ AG war nicht vorgesehen (vgl. Ziff. 11 Vertrag). Sodann war der Beschwerdegegner für mehrere Auftraggeber tätig oder er hatte mindestens entsprechende, aktenmässig ausgewiesene Absichten (vertraglich war es ihm ausdrücklich erlaubt, unter Einhaltung der Geheimhaltungspflichten mit weiteren Auftraggebern Geschäfte abzuschliessen; Ziff. 12 Vertrag). Die Behauptung des Beschwerde führenden Bundesamtes, der Beschwerdegegner habe für Kundenakquirierung oder Werbung "etc." die Infrastruktur seiner ehemaligen Arbeitgeberfirma in Anspruch genommen, wird nicht näher belegt und findet in den Akten keine Stütze. Im Gegenteil lässt die vom Beschwerdegegner eingereichte Visitenkarte mit dem Schriftzug der Firma "F._____" darauf schliessen, dass er gegenüber potenziellen Kunden, namentlich auch im Rahmen der nicht bestrittenen Akquisitionstätigkeiten, in eigenem Namen auftrat. Die Vergütung nach Zeitaufwand (unter Voraussetzung eines monatlich vom Endkunden zu prüfenden, den Anforderungen der P._____ AG entsprechenden Erfolgs und der vom Endkunden visierten/bestätigten "verbrauchten Arbeitszeit"), die separate Spesenabrechnung und das Erfordernis der Arbeitszeitrapporte kommen nach den zutreffenden Vorbringen in der Beschwerde typischerweise bei unselbständigen Erwerbstätigkeiten vor. Gleichwohl kann allein daraus nicht zwingend auf eine Abhängigkeit des Beschwerdegegners geschlossen werden, umso weniger als solche Modalitäten beispielsweise bei selbständig erwerbenden Anwälten, Ärzten oder anderen (Dienst-) Leistungserbringern ebenfalls durchaus üblich sind (vgl. Urteil 9C_1094/2009 vom 31. Mai 2010 E. 3.7, in: SVR 2010 AHV Nr. 12 S. 42). Dass nicht der angestrebte Erfolg (das "Werk"), sondern der hiefür notwendige Zeitaufwand zu entschädigen und bei "schwerwiegenden Gründen" eine für Werkverträge unübliche Kündigungsfrist von einem Monat vorgesehen war (Ziff. 10 Vertrag; Art. 375 ff. OR), ist zwar für die zivilrechtlichen Qualifikation eines Werkvertrages relevant, es handelt sich dabei aber nicht um Merkmale, welche einer selbständigen Erwerbstätigkeit zwingend entgegen stünden. Im Übrigen stellte die ehemalige Arbeitgeberfirma dem Beschwerdegegner keine anderweitigen Dienstleistungen zur Verfügung, welche es diesem beispielsweise ermöglicht hätten, die Tätigkeit mit einem von vornherein klar kalkulierba-

ren, einfach zu begrenzenden Risiko auszuüben oder auch wieder einzustellen, was für eine unselbständige Erwerbtätigkeit sprechen würde (vgl. Urteil 9C_246/2011 vom 22. November 2011 E. 6.2, in: SVR 2012 AHV Nr. 6 S. 21 ff.). Schliesslich hatte er bei Krankheit, Militärdienst oder ähnlichen Gründen keinen Entschädigungsanspruch, wie dies in einem Arbeitsvertrag üblich ist (z.B. Urteil 9C_946/2009 vom 30. September 2010 E. 5.2.2, in: SVR 2011 AHV Nr. 11 S. 33).

4.3 Die Tätigkeit des Beschwerdegegners im Rahmen des in Frage stehenden "Werkvertrages" vom 6. Juli 2011 weist nach dem Gesagten zwar verschiedene Elemente auf, wie sie (auch) bei einer unselbständigen Tätigkeit vorkommen. Bei - wegen der Tätigkeitsart - fehlenden erheblichen Investitionen und eher geringem Unternehmerrisiko ist indes der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit entscheidendes Gewicht beizumessen (E. 4.1 hievor). Mit Blick auf die dargelegten grossen Freiheiten des Beschwerdegegners in der sachlichen und zeitlichen Arbeitsorganisation, die ausgewiesenen Bemühungen um weitere Aufträge (wobei nichts darauf hindeutet, dass der Beschwerdegegner gegenüber potenziellen Vertragspartnern nicht in eigenem Namen aufgetreten wäre) und fehlenden weiteren Dienstleistungen der P._____ AG (vgl. E. 4.2 hievor) überwiegen eindeutig Gesichtspunkte, welche für eine selbständige Erwerbstätigkeit sprechen. Dies gilt umso mehr, als der Beschwerdegegner im Verfügungszeitpunkt erst ganz am Anfang seiner Selbständigkeit stand, weshalb selbst einer - vorübergehenden - erheblichen wirtschaftlichen Abhängigkeit von der ehemaligen Arbeitgeberfirma keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden dürfte, zumal es ihm in der Folge nachgewiesenermassen gelang, auch mit anderen Firmen Verträge abzuschliessen. Ob sich der von der Ausgleichskasse unlängst (E-Mail vom 8. Januar 2013) als selbständige Erwerbstätigkeit anerkannte Vertrag mit einer weiteren Firma mit dem hier in Frage stehenden vergleichen lässt - was grundsätzlich unter koordinationsrechtlichen Gesichtspunkten (E. 2.2 hievor) relevant sein könnte - spielt in diesem Verfahren keine Rolle.

4.4 Was den Vertrag mit der Firma H._____ AG betrifft, bei welcher der Beschwerdegegner eine Vereinfachung von Projektqualifizierungsdokumenten hätte durchführen sollen (Offerte vom 2. November 2011, akzeptiert von der H._____ AG am 8. Dezember 2011), handelt es sich nicht um eine Tätigkeit für eine ehemalige Arbeitgeberin, so dass insoweit keine besonderen Anforderungen an eine berufliche Selbständigkeit zu stellen sind. Nicht nur enthält die Beschwerde keine substantiierten Vorbringen, weshalb dieser Vertrag grundlegend anders zu beurteilen wäre als der "Werkvertrag" vom 6. Juli 2011, sondern es lassen sich auch den Akten - namentlich der einschlägigen Offerte vom 2. November 2011 - keine Hinweise entnehmen, weshalb diese Tätigkeit als unselbständige zu qualifizieren (gewesen) wäre. Der rudimentären Offerte ist lediglich zu entnehmen, dass der Beschwerdegegner die Arbeiten wiederum nach aufgewendeten Stunden in Rechnung stellen würde (mit "Zahlungsziel" 30 Tage nach Rechnungserhalt) und die Dienstleistungen bei der Auftraggeberin, "wenn gewünscht bei F._____ in X._____" auszuführen gewesen wären. Abgesehen davon, dass die praktische Relevanz der beitragsrechtlichen Erfassung dieser Tätigkeit mit Blick auf die nach den letztinstanzlich verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz abgebrochene Zusammenarbeit mit dem Beschwerdegegner nicht ausgewiesen ist, wäre die (beabsichtigte) Tätigkeit für die Firma H._____ AG ebenfalls als selbständige zu qualifizieren.

4.5 Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

5.
Dem unterliegenden Bundesamt sind keine Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG; bspw. Urteile 2C_840/2011 vom 30. April 2012 E. 4 und 9C_1057/2008 vom 4. Mai 2009 E. 5).

Der obsiegende Beschwerdegegner hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Das Bundesamt für Sozialversicherungen hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'400.- zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Ausgleichskasse Basel-Landschaft, der H._____ AG, der P._____ AG und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 27. März 2013

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Kernen

Die Gerichtsschreiberin: Bollinger Hammerle

Urteil vom 1. September 2016

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Glanzmann, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Pfiffner, Moser-Szeless,
Gerichtsschreiber R. Widmer.

Verfahrensbeteiligte
Ausgleichskasse des Kantons Thurgau, Rechts- und Einsprachedienst,
Beschwerdeführerin,

gegen

A._____ GmbH,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid des
Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau
vom 18. November 2015.

Sachverhalt:

A.
B._____ ist Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der A._____ GmbH, die betreute Wohngemeinschaften betreibt. Vom Stammkapital in der Höhe von Fr. 40'000.- befinden sich Fr. 39'000.- im Besitz von B._____. Für das Jahr 2009 erfasste die Ausgleichskasse des Kantons Thurgau bei der A._____ GmbH eine beitragspflichtige Lohnsumme von Fr. 1'280'740.55. Bei einer Arbeitgeberkontrolle vom 28. August 2014 stellte die Ausgleichskasse fest, für 2009 sei eine Lohnsumme in Form von Leasingaufwand und Unterhaltskosten für einen von B._____ genutzten Personenwagen VW Touareg im Betrag von Fr. 17'040.- nicht abgerechnet worden. Am 15. September 2014 erliess die Ausgleichskasse eine Nachzahlungsverfügung für diese Summe in der Höhe von Fr. 2'045.35 für AHV/IV/EO-Beiträge, Beiträge an die Familienausgleichskasse und Verwaltungskosten. Zudem verfügte sie Verzugszinsen von Fr. 481.50. Auf Einsprache hin hielt die Ausgleichskasse an beiden Verfügungen fest (Entscheid vom 3. Juli 2015).

B.
In Gutheissung der von der A._____ GmbH eingereichten Beschwerde hob das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau den Einspracheentscheid vom 3. Juli 2015 mit Entscheid vom 18. November 2015 auf.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt die Ausgleichskasse, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben. Die A._____ GmbH schliesst sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde.

Erwägungen:

1.
Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG), die Feststellung des Sachverhalts nur, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

2.
Die Vorinstanz hat die Bestimmung über den der AHV-Beitragspflicht unterliegenden massgebenden Lohn (Art. 5 Abs. 2 AHVG) sowie die Rechtsprechung zur Abgrenzung zwischen beitragspflichtigem Erwerbseinkommen und beitragsfreiem Vermögensertrag (**BGE 134 V 297** E. 2.1 S. 299; SVR 2015 AHV Nr. 7 S. 25, 9C_837/2014) sowie zur Parallelität zwischen sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Qualifikation (Urteile 9C_837/2014 vom 8. April 2015 E. 1.5 und 9C_302/2011 vom 22. Juni 2011 E. 3.1) zutreffend wiedergegeben. Darauf sowie auf die Erwägungen zu den verdeckten Gewinnausschüttungen wird verwiesen.

3.

3.1. Das Verwaltungsgericht stellte fest, der Leasingaufwand und die Unterhaltskosten für den von B._____ als Zweitwagen privat genutzten VW Touareg in der Höhe von Fr. 11'940.- und Fr. 5'100.- seien gemäss Bundessteuerveranlagung 2009 vom 14. Dezember 2010 zum steuerbaren Gewinn der A._____ GmbH gerechnet worden. Diese Positionen seien damit als verdeckte Gewinnausschüttung qualifiziert worden. Ebenso seien B._____ in der Veranlagung für die Staats- und Gemeindesteuern 2009 des Gemeindesteueramtes C._____ vom 2. März 2011 der Leasingaufwand und die Unterhaltskosten für den VW Touareg angerechnet worden. In steuerrechtlicher Hinsicht seien der Leasingaufwand und die Unterhaltskosten somit als geldwerte Leistungen aus dem Beteiligungsverhältnis zwischen B._____ und der A._____ GmbH qualifiziert und besteuert worden. Sodann prüfte die Vorinstanz in Anlehnung an **BGE 134 V 297** E. 2.3 S. 301, ob zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bzw. eingesetztem Vermögen und Dividende ein offensichtliches Missverhältnis bestehe. Sie gelangte zum Schluss, der B._____ ausgerichtete Lohn sei mit Blick auf die Arbeitsleistung nicht als unangemessen hoch zu bezeichnen. Die Ausgleichskasse habe die Leasing- und Unterhaltskosten zu Unrecht als massgebenden Lohn qualifiziert. Die Voraussetzungen für ein Abweichen von der von den Steuerbehörden vorgenommenen Qualifikation sei nicht gegeben.

3.2. Die Ausgleichskasse wendet zunächst ein, gemäss Art. 7 lit. f AHVV seien regelmässige Naturalbezüge zum massgebenden Lohn zu zählen, sofern sie nicht Spesenersatz darstellen. Die Überlassung eines Geschäftswagens für Privatzwecke gehöre nach der Verwaltungspraxis zum anders gearteten Naturaleinkommen nach Art. 13 AHVV. Der Wert der privaten Nut-

zung zähle zum massgebenden Lohn. Ob Zuwendungen aus dem Reingewinn einer juristischen Person an Arbeitnehmer, die gleichzeitig an der Gesellschaft beteiligt sind, zum massgebenden Lohn gehören, hänge davon ab, ob das Arbeitsverhältnis den ausschlaggebenden Grund für deren Ausrichtung bildet. Stellen hingegen die Beteiligungsrechte den Grund für die Auszahlung dar, gehörten geldwerte Leistungen einer juristischen Person an ihre Arbeitnehmer, die gleichzeitig an der Gesellschaft beteiligt sind, nicht zum massgebenden Lohn. Trotz gegenteiliger steuerrechtlicher Betrachtungsweise sei AHV-rechtlich davon auszugehen, dass es sich beim Überlassen des Geschäftswagens für private Zwecke um eine regelmässige geldwerte Naturalleistung handelt, die im Arbeits- und nicht im Gesellschaftsverhältnis ihren hinreichenden Grund hat. Ein gegenteiliges Gesellschaftsdokument liege nicht im Recht. Es entspreche der allgemeinen Lebenserfahrung, dass Arbeitnehmer, die mit dem Geschäftsfahrzeug Dienste für den Arbeitgeber verrichten, regelmässig in den Genuss der freien privaten Nutzung des Geschäftswagens kämen. Durch das Überlassen des Fahrzeugs werde eine arbeitsrechtliche Leistung honoriert. Das Verwaltungsgericht habe den Sachverhalt offensichtlich unrichtig festgestellt, indem es die Prüfung unterliess, ob vorliegend Beteiligungsrechte Grund für die Auszahlung waren und die Benützung des Geschäftswagens vorschnell als Dividende und damit beitragsfreien Vermögensertrag qualifizierte.

4.

4.1. In tatsächlicher Hinsicht sind keine rechtserheblichen Fragen ungeklärt. Ob die Zuwendungen seitens der A._____ GmbH in Form von Leasingaufwand und Unterhaltskosten im Jahr 2009 in der Höhe von Fr. 17'040.- an ihren Gesellschafter und Geschäftsführer B._____ als beitragsfreier Kapitalertrag oder als beitragspflichtiger Lohn zu qualifizieren sind, ist entgegen der Ansicht der Ausgleichskasse eine Rechtsfrage, die letztinstanzlich frei zu prüfen ist (E. 1 hievor).

4.2. Wie die Beschwerdeführerin richtig bemerkt, zählen zu dem für die Berechnung der Beiträge massgebenden Lohn insbesondere regelmässige Naturalbezüge (Art. 7 lit. f AHVV). Art. 13 AHVV bestimmt, dass der Wert anders gearteten Naturaleinkommens von Fall zu Fall den Umständen entsprechend von der Ausgleichskasse zu schätzen ist. Zu diesen Naturalbezügen gehört auch das Überlassen eines Personenwagens durch den Arbeitgeber (ZAK 1989 S. 383, H 269/87). Rz. 2062 der Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) über den massgebenden Lohn, WML, Stand 1. Januar 2016, hält sodann fest, dass das Zurverfügungstellen eines Geschäftswagens für private Zwecke zum anders gearteten Naturaleinkommen nach Art. 13 AHVV gehört. Der Umstand, dass die Steuerbehörden die Übernahme des Leasingaufwandes und der Unterhaltskosten für den Personenwagen VW Touareg als Vermögensertrag eingestuft haben, von dem keine Beiträge geschuldet sind, ist entgegen den Ausführungen der Vorinstanz nicht entscheidend. Denn es ist Sache der Ausgleichskassen, zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag zu qualifizieren ist. Soweit es vertretbar ist, halten sie sich an die bundessteuerrechtliche Betrachtungsweise, was wiederum impliziert, dass Abweichungen von der steuerrechtlichen Sichtweise möglich sind (vgl. **BGE 134 V 297** E. 2.3 S. 301; SVR 2007 AHV Nr. 1 S. 1 E. 3.2). Richtig ist, dass Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn gehören. Wie es sich diesbezüglich verhält, ist nach Wesen und Funktion einer Zuwendung zu beurteilen. Deren rechtliche oder wirtschaftliche Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten. Unter Umständen können auch Zuwendungen aus dem Reingewinn einer Aktiengesellschaft massgebender Lohn sein, was nach Art. 7 lit. h AHVV insbesondere für Tantiemen gilt. Es handelt sich dabei um Vergütungen, die im Arbeits-

verhältnis ihren hinreichenden Grund haben. Zuwendungen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt sind, gehören nicht zum massgebenden Lohn (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 49/02 vom 19. November 2002 mit Hinweisen).

4.3. Wird die Vergütung des Leasingaufwandes und der Unterhaltskosten für den vom Geschäftsführer und Eigentümer der Beschwerdegegnerin mit einem Anteil von 97,5 % der Stammanteile privat benutzten Personenwagen VW Touareg betrachtet, wird klar, dass die entsprechenden Zahlungen in einem Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen. Es ist von einer typischen geldwerten Naturalleistung auszugehen, die im Arbeitsverhältnis und nicht im Gesellschaftsverhältnis begründet ist, zumal sich in den Akten keine gegenteiligen Anhaltspunkte finden, wie die Ausgleichskasse zu Recht geltend macht. Eine Würdigung der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz führt zum Schluss, dass im vorliegenden Fall - wie in zahllosen Fällen von Geschäftsführern und anderen Mitarbeitern ohne massgebliches Eigentum am Aktien- oder Stammkapital der Arbeitgeberin, die in den Genuss der freien privaten Nutzung des Geschäftswagens kommen - die Benützung des Personenwagens der Arbeitgeberin Teil des Entgelts für die von B._____ im Rahmen des Arbeitsverhältnisses erbrachte Leistung bildet. Weshalb gerade hier - anders als nach der allgemeinen Lebenserfahrung - der Leasingaufwand und die Unterhaltskosten für den von B._____ privat genutzten VW Touareg statt eines Lohnanteils eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellen sollten, vermag das kantonale Gericht nicht einleuchtend zu begründen. Die Betrachtungsweise der Bundessteuerbehörde, welche die Aufwendungen der Beschwerdegegnerin für den Personenwagen zu deren steuerbaren Gewinn gezählt hat, erscheint nicht in einem Masse überzeugend, dass sich die Ausgleichskasse mit Blick auf Einheit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung daran zu halten hätte (vgl. SVR 2007 AHV Nr. 1 S. 1 E. 3.2, H 93/06).
Weitere stichhaltige Argumente für die Auffassung, bei den in Frage stehenden Zahlungen für den vom Geschäftsführer privat genutzten VW Touareg handle es sich um Kapitalertrag, finden sich im angefochtenen Gerichtsentscheid nicht. Der Hinweis auf **BGE 134 V 297** E. 2.3 geht an der Sache vorbei, da die in jenem Urteil behandelte Rechtsfrage nach dem Vorliegen eines offensichtlichen Missverhältnisses zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bzw. eingesetztem Vermögen und Dividende sich hier nicht stellt.

5.
Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG). Die Ausgleichskasse hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 18. November 2015 wird aufgehoben und der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Thurgau vom 3. Juli 2015 bestätigt.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 600.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 1. September 2016

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Glanzmann

Der Gerichtsschreiber: Widmer

141 V 634 = 9C_327/2015 vom 3. Dezember 2015

Regeste

Art. 4, 5 Abs. 1 und 2 und **Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG**; **Art. 7 lit. h und Art. 23 AHVV**; Dividendenauszahlungen als massgeblicher Lohn.

Bei der Abgrenzung zwischen Lohn und Dividende ist rechtsprechungsgemäss von der Aufteilung, welche die Gesellschaft gewählt hat, nur dann abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht (E. 2). In casu Bejahung der Umqualifikation einer Dividende in massgebenden Lohn, da kumulativ ein unangemessen tiefer Lohn mit einer im Vergleich zum eingesetzten Kapital unangemessen hohen Dividende einherging (E. 3).

Sachverhalt ab Seite 635

BGE 141 V 634 S. 635

A.

A.a Die in X. domizilierte A. GmbH ist seit dem 4. Juni 2008 im Handelsregister des Kantons Obwalden eingetragen und der Ausgleichskasse Obwalden als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Ihr einziger Arbeitnehmer B. fungiert als Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschriftsberechtigung. Die Gesellschaft bezweckt die Beratung und Erbringung von Dienstleistungen im Informatik-, Organisations-, Management- und Betriebsbereich mit Schwergewicht in der Finanzdienstleistungsbranche. In den Jahren 2009 bis 2012 wurden B. Jahreslöhne von Fr. 106'800.- (2009), Fr. 110'000.- (2010 und 2011) sowie Fr. 20'880.- (2012, 20 %-Pensum) ausgerichtet. Im gleichen Zeitraum schüttete die Gesellschaft Bruttodividenden von je Fr. 100'000.- bzw. - 2012 - von Fr. 60'000.- aus.

A.b Am 25. September 2013 führte die Revisionsstelle der Ausgleichskasse bei der A. GmbH für die Periode vom 4. Juni 2008 bis 31. Dezember 2012 eine Arbeitgeberkontrolle durch. Sie gelangte gestützt darauf zum Schluss, dass sich das branchenübliche Gehalt von B. auf Fr. 180'000.- belaufen würde und rechnete - nach Abzug einer Kapitalrendite von 10 % des Steuerwerts - den Restbetrag der Dividenden als Lohn auf (2009: Fr. 70'600.-; 2010: Fr. 57'200.-; 2011: Fr. 59'400.-; 2012: Fr. 15'120.-). Auf dieser Basis erliess sie am 22. November 2013 Nachzahlungsverfügungen, mit welchen von der Gesellschaft AHV/IV/EO-Beiträge in der Höhe von Fr. 8'999.30 (2009), Fr. 7'300.10 (2010), Fr. 8'101.10 (2011) und Fr. 2'194.65 (2012), inklusive Verwaltungskosten, nachgefordert wurden. Daran hielt die Ausgleichskasse auf Einsprache hin fest (Einspracheentscheid vom 24. Juni 2014).

B. Die dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Obwalden mit Entscheid vom 24. März 2015 ab.

C. Die A. GmbH und B. lassen Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Rechtsbegehren, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids, des Einspracheentscheids der Ausgleichskasse vom 24. Juni 2014 sowie der Nachzahlungsverfügungen vom 22. November 2013 sei auf die Nacherhebung von Lohnbeiträgen auf den Dividenden zu verzichten. Eventualiter sei die Streitsache an die Ausgleichskasse zurückzuweisen, damit sie die nachgeforderten Beiträge anhand eines branchenüblichen Lohnes von Fr. 120'000.- ermittle.

BGE 141 V 634 S. 636

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Gemäss **Art. 4 und 5 AHVG** werden Sozialversicherungsbeiträge nur vom Erwerbseinkommen erhoben, nicht aber vom Vermögensertrag (**BGE 122 V 178** E. 3b S. 179 f.). Dividenden stellen beitragsfreien Vermögensertrag dar (vgl. ferner Rz. 2011 der Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO, gültig ab 1. Januar 2008 [Stand 1. Januar 2012; nachfolgend: WML]). Weil auf Dividenden keine Sozialversicherungsabgaben geschuldet sind, mag es beitragspflichtigen Unternehmeraktionären als vorteilhaft erscheinen, hohe Dividenden und ein tiefes Salär auszuweisen (Urteile 9C_837/2014 vom 8. April 2015 E. 1.1, in: SVR 2015 AHV Nr. 7 S. 25, und 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012 E. 2.1, in: SVR 2013 AHV Nr. 4 S. 15).

2.2 Nach der Rechtsprechung gehören Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn. Ob dies zutrifft, ist nach dem Wesen und der Funktion einer Zuwendung zu beurteilen. Deren rechtliche oder wirtschaftliche Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten. Unter Umständen können auch Zuwendungen aus dem Reingewinn einer Aktiengesellschaft beitragsrechtlich massgebender Lohn sein; dies gilt laut **Art. 7 lit. h AHVV** (SR 831.101) namentlich für Tantiemen. Es handelt sich dabei um Vergütungen, die im Arbeitsverhältnis ihren Grund haben. Zuwendungen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt werden, gehören nicht zum massgebenden Lohn, sondern sind Gewinnausschüttungen, welche eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbringen würde (**BGE 134 V 297** E. 2.1 S. 299 f. mit Hinweisen u.a. auf **BGE 103 V 1** E. 2b S. 4; Urteile 9C_837/2014 vom 8. April 2015 E. 1.2, in: SVR 2015 AHV Nr. 7 S. 25, und 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012 E. 2.2, in: SVR 2013 AHV Nr. 4 S. 15; siehe auch PAUL CADOTSCH, Unternehmenssteuerreform II: Dividenden und AHV-Beiträge, Steuerrevue StR 1/2009, S. 47 ff.).

2.2.1 Dabei muss im Lichte der gesetzlichen Grundentscheidung, wonach nur Erwerbseinkommen, nicht aber Vermögensertrag beitragspflichtig ist, bei der Beurteilung von Leistungen, welche eine Aktiengesellschaft an Personen ausrichtet, die zugleich Arbeitnehmer und Aktionäre sind, einerseits eine angemessene Entschädigung

BGE 141 V 634 S. 637

für die geleistete Arbeit und anderseits ein angemessener Vermögensertrag zugrunde gelegt werden. Die Gesellschaft hat hier einen erheblichen Ermessensspielraum. Den Steuerbehörden steht nicht zu, die Angemessenheit des Lohnes bzw. der Dividende frei zu überprüfen. Von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung ist nur dann abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht (vgl. Rz. 2011.2 WML). Wie im AHV-Recht (E. 2.2 hievor), aber mit umgekehrten Vorzeichen, ist dabei auf einen Drittvergleich abzustellen: Es ist zu prüfen, ob unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren die gleiche Leistung auch einem aussenstehenden Dritten erbracht worden wäre (dazu im Detail und mit zahlreichen Hinweisen: **BGE 134 V 297** E. 2.2 S. 300 f.; ferner Urteile 9C_837/2014 vom 8. April 2015 E. 1.3, in: SVR 2015 AHV Nr. 7 S. 25, und 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012 E. 2.3, in: SVR 2013 AHV Nr. 4 S. 15).

2.2.2 Hinsichtlich der Frage, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht, hat sich eine Praxis entwickelt, die laut **BGE 134 V 297** in modifizierter Form bundesrechtskonform ist (sog. "Nidwaldner Praxis"). Demnach werden deklariertes AHV-Einkommen und branchenübliches Gehalt einerseits und Dividendenzahlung und Aktienwert anderseits zueinander in Beziehung gesetzt, um zu bestimmen, ob ein Teil der ausgeschütteten Dividende als beitragsrechtlich massgebendes Einkommen aufzurechnen ist. Vom Bundesgericht ist die genannte Praxis lediglich insofern korrigiert worden, als die Angemessenheit des (beitragsfreien) Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert (Nominalwert), sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien (Eigenkapital inkl. offene und stille Reserven) zu beurteilen ist (**BGE 134 V 297** E. 2.8 S. 304; Urteile 9C_837/2014 vom 8. April 2015 E. 1.4, in: SVR 2015 AHV Nr. 7 S. 25, und 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012 E. 2.4, in: SVR 2013 AHV Nr. 4 S. 15; vgl. zudem Rz. 2011.3 WML).

2.3 Zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung von Inhabern gesellschaftlicher Beteiligungsrechte (durch eine volle Versteuerung von Dividenden einmal als Gewinn von den Unternehmen und ein zweites Mal bei der Ausschüttung als Einkommen von den Anteilseignern) wurde zunächst im Steuerrecht einiger Kantone (so auch der Kantone Ob- und Nidwalden) die Dividendenbesteuerung reduziert. Im Kanton Obwalden trat im Jahr 2001 die privilegierte

BGE 141 V 634 S. 638

Dividendenbesteuerung in Kraft: Demnach sind Dividenden aus Aktien nur im Umfang von 50 % steuerbar, wenn die steuerpflichtige Person eine Beteiligungsquote von mindestens 10 % hält (Art. 22 Abs. 2 des Steuergesetzes des Kantons Obwalden vom 30. Oktober 1994 [GDB 641.4]). Mit dem auf den 1. Januar 2009 in Kraft getretenenBundesgesetz vom 23. März 2007 über die Verbesserung der steuerlichen Rahmenbedingungen für unternehmerische Tätigkeiten und Investitionen (Unternehmenssteuerreformgesetz II; AS 2008 2893) ist die privilegierte Dividendenbesteuerung auch bei der direkten Bundessteuer eingeführt worden (**Art. 20 Abs. 1bis DBG** [SR 642.11];Urteil 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012 E. 2.5, in: SVR 2013 AHV Nr. 4 S. 15).

2.4 Da die im Bundesrecht getroffene Regelung der privilegierten Dividendenbesteuerung vom Gehalt her mit der in den Kantonen Ob- und Nidwalden (hier: Art. 40 Abs. 3 des Steuergesetzes des Kantons Nidwalden vom 22. März 2000 [NG 521.1]) bereits früher eingeführten Regelung übereinstimmt, ist die vorne (E. 2.2-2.2.2) erörterte Rechtsprechung **BGE 134 V 297** nach dem Inkrafttreten des Unternehmenssteuerreformgesetzes II weiterhin anwendbar (Urteil 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012 E. 2.6, in: SVR 2013 AHV Nr. 4 S. 15).

2.5 Praxisgemäss ist es Sache der Ausgleichskassen, selbstständig zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag qualifiziert werden muss. Der in **Art. 23 AHVV** enthaltenen Ordnung entspricht es, dass sich die Ausgleichskassen in der Regel jedoch an die bundessteuerrechtliche Betrachtungsweise halten. Soweit es vertretbar ist, soll eine verschiedene Betrachtungsweise der Steuerbehörde und der AHV-Verwaltung vermieden werden, dies um der Einheit und Widerspruchslosigkeit der gesamten Rechtsordnung willen (**BGE 103 V 1** E. 2c S. 4 f.; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 131/86 vom 3. August 1988 E. 2c, in: ZAK 1989 S. 147). Die Parallelität zwischen sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Qualifikation ist nicht leichthin preiszugeben (Urteile 9C_837/2014 vom 8. April 2015 E. 1.5, in: SVR 2015 AHV Nr. 7 S. 25, und 9C_669/2011 vom 25. Oktober 2012 E. 2.7, in: SVR 2013 AHV Nr. 4 S. 15, je mit Hinweis).

3.

3.1 Das Verwaltungsgericht erwog, es sei zum einen mit der Beschwerdegegnerin von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen der Arbeitsleistung des Beschwerdeführers 2 und dem ihm im

betreffenden Zeitraum ausbezahlten Entgelt auszugehen. Der branchenübliche Verdienst ergebe sich in erster Linie anhand des vom Bundesamt für Statistik erarbeiteten individuellen Lohnrechners "Salarium". Hierbei sei zu beachten, dass der Beschwerdeführer 2 eine Ausbildung zum Betriebsökonomen FH und eine langjährige berufliche Erfahrung aufweise (18 Jahre Finanzindustrie, zehn Jahre Informationstechnologie, zehn Jahre Projektmanagement, drei Jahre Sales & Marketing). Vor diesem Hintergrund wie auch angesichts des vom Beschwerdeführer 2 auf seiner Website publizierten Kompetenzprofils seien die von der Beschwerdegegnerin dem Lohnrechner zugrunde gelegten Faktoren "Dienstleistungen der Informationstechnologie", "Ziel- und Strategiedefinition von Unternehmen", "höchst anspruchsvolle und schwierigste Tätigkeiten", "oberes und mittleres Kader", "Region Zentralschweiz", "kleines Unternehmen mit 20 Beschäftigten", "13 Monatslöhne und Sonderzahlungen" sowie "Arbeitszeit 42 Stunden" nicht zu beanstanden. Auf Grund der zusätzlichen Ausbildungen des Beschwerdeführers 2 (Prozessmanager CAS, ITIL V3 etc.) rechtfertige es sich ferner, das daraus resultierende mittlere Jahressalär von Fr. 173'563.- auf Fr. 180'000.- zu erhöhen, zumal sich die diesbezüglichen Höchstwerte gemäss "Salarium" auf Fr. 208'442.- beliefen und die Revisionsstellen zur Ermittlung der branchenüblichen Ansätze regelmässig auch Erfahrungs- und Vergleichswerte heranzögen. Die Einkommensverhältnisse des Beschwerdeführers 2 als Arbeitnehmer vor und nach seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 1 erwiesen sich mangels qualitativ gleichwertigen Tätigkeitsfelds demgegenüber als nicht aussagekräftig.

3.2 Den Darlegungen der Vorinstanz ist grundsätzlich beizupflichten. Was die Beschwerdeführenden dagegen vorbringen, vermag keine Bundesrechtswidrigkeit der entsprechenden Feststellungen darzutun. Die Einwendungen erschöpfen sich im Wesentlichen denn auch in einer Wiederholung der bereits im kantonalen Beschwerdeverfahren erhobenen und entkräfteten Rügen.

3.2.1 So hat sich das kantonale Gericht bereits einlässlich mit der letztinstanzlich erneut vorgebrachten Rüge befasst, der von der Beschwerdegegnerin anhand von statistischen Durchschnittswerten ermittelte

Jahreslohn von Fr. 180'000.- sei unangemessen hoch, da er in keiner Weise den konkret geleisteten Arbeiten gemäss Auftragsbeschreibung Rechnung trage. Vielmehr beruhe er auf einer nicht zutreffenden, schematischen Parametereinstellung (Tätigkeit "Ziel- und Strategiedefinition von Unternehmen" anstelle von

BGE 141 V 634 S. 640

"Analysieren, Programmieren, Operating"; Anforderungsniveau "höchst anspruchsvolle und schwierigste Arbeiten" anstelle von "selbstständige und qualifizierte Arbeiten"). Wie namentlich dem Auftragsblatt zum Dienstleistungsvertrag zwischen der C. AG und der Beschwerdeführerin 1 vom 3. Juni 2008 entnommen werden kann, zielte das vom 2. Juni 2008 bis 31. März 2009 dauernde Projekt darauf ab, die Bankensoftware D. bei vier Banken der C. AG einzuführen. Das Stellenprofil beinhaltete dabei insbesondere das Einbringen der Best Practice für alle Aspekte einer Einführung von D. (fachliche und methodische Projektmanagement-Unterstützung, bankfachliche Umsetzung, IT-technische Umsetzung, Aufbau des Betriebs etc.). Allein daraus geht hervor, dass die dem Beschwerdeführer 2 übertragenen Aufgaben weit über ein blosses "Analysieren, Programmieren, Operating" hinausgingen und damit, wie im angefochtenen Entscheid detailliert ausgeführt, vollumfänglich dessen Kompetenzprofil (gemäss Aus- und Weiterbildung sowie beruflichem Erfahrungshintergrund) entsprachen. Der in der Folge von Juli 2009 bis Juli 2011 für die E. SA absolvierte Einsatz umfasste sodann ebenfalls "the migration of the entire Banking Group E. on the new ICT platform D. based" und stellte demnach eine vergleichbar qualifizierte Arbeit dar. Dass der Beschwerdeführer 2 "höchst anspruchsvolle und schwierigste Tätigkeiten" ausführte, lässt sich überdies aus der Höhe des mit der C. AG vereinbarten Stundenansatzes von Fr. 250.- bei einer Normalarbeitszeit von 8,5 Stunden/Tag folgern, woraus ein jährliches Einkommen von deutlich über Fr. 110'000.- bis Fr. 130'000.- resultiert, was in der Beschwerde als marktüblich bezeichnet wird. Ebenso wenig kann der Vorinstanz schliesslich ein willkürliches Verhalten vorgeworfen werden, indem sie den vor und nach der Tätigkeit des Beschwerdeführers 2 für die Beschwerdeführerin 1 im Rahmen anderweitiger Anstellungsverhältnisse erzielten Verdiensten im vorliegenden Kontext keine entscheidwesentliche Bedeutung beigemessen hat. Während der Beschwerdeführer 2 sich in seiner Funktion als Geschäftsführer der Beschwerdeführerin 1 der umfassenden Implementierung einer gesamthaften Bankensoftware-Lösung für mehrere Bankinstitute gewidmet hat, ist er seit 2. Mai 2012 als Angestellter der Unternehmung F. AG vornehmlich für einen gemäss Arbeitsvertrag (vom 26. April 2012) allgemein(er) gehaltenen Aufgabenbereich "Business- & IT-Consulting" zuständig.

3.2.2 Entgegen der Betrachtungsweise der Beschwerdeführenden haben Vorinstanz und Beschwerdegegnerin somit nicht unbesehen auf

BGE 141 V 634 S. 641

einen statistisch festgesetzten, schematischen Wert abgestellt. Vielmehr wurde der Ansatz zwar auf der Basis des Lohnrechners "Salarium" ermittelt. Diesem zugrunde lagen indessen auf das Profil des Beschwerdeführers 2 zugeschnittene Eckdaten. Zusätzlich plausibilisierte die Verwaltung das sich daraus ergebende Resultat durch Vergleich mit marktkonformen Erfahrungswerten. Die Annahme eines branchenüblichen, der Arbeitsleistung des Beschwerdeführers 2 in Wahrheit entsprechenden Jahresgehalts von Fr. 180'000.- ist folglich nicht zu beanstanden. Daran ändert im Übrigen der Fehler von Vorinstanz und Beschwerdegegnerin bei der Berechnung des entsprechenden Jahreslohnes nichts. Da im monatlichen Bruttolohnansatz gemäss "Salarium" der Anteil 13. Monatslohn bereits mitenthalten ist ("Der monatliche Bruttolohn setzt sich zusammen aus [...]^{1} /$_{12}$ des 13. Monatslohns"), muss er nicht mit 13 sondern mit 12 multipliziert werden. Beläuft sich der relevante monatliche Bruttolohn, Median, somit auf Fr. 13'351.-, beträgt das durchschnittliche jährliche Salär Fr. 160'212.- (und nicht Fr. 173'563.-). Aus dem monatlichen Höchstwert von Fr. 16'034.- resultiert alsdann ein Jahreslohn von Fr. 192'408.- (und nicht Fr. 208'442.-). Den AHV-rechtlich massgeblichen Referenzverdienst mit Fr. 180'000.- beinahe Fr. 20'000.-(und nicht nur knapp Fr. 7'000.-) über dem Mittelwert zu veranschlagen, erscheint vor diesem Hintergrund an der oberen Grenze des noch Vertretbaren. Aus den genannten Gründen ist der betreffende lohnmässige Ansatz jedoch selbst unter den neuen Vorzeichen nicht als klar überhöht einzustufen. Anzumerken bleibt, dass die Beschwerdegegnerin die Aufrechnung der Dividende ohnehin nur für den 10 % übersteigenden Teil des steuerlichen Unternehmenswerts des Eigenkapitals und nicht bis zum branchenüblichen Lohn vorgenommen hat (Lohn nach Aufrechnung: 2009: Fr. 177'400.-; 2010: Fr. 167'200.-; 2011: Fr. 169'400.-; 2012: Fr. 36'000.-).

Das kantonale Gericht hat den Sachverhalt demnach auch diesbezüglich jedenfalls nicht offensichtlich unrichtig oder sonst wie rechtsfehlerhaft festgestellt, weshalb darauf abgestellt werden kann. Es ist daher von einem offenkundigen Missverhältnis zwischen der Arbeitsleistung des Beschwerdeführers 2 und dem ihm im betreffenden Zeitraum effektiv ausbezahlten Entgelt auszugehen.

3.3 Die vorinstanzlich bestätigte Einschätzung der Beschwerdegegnerin, wonach die Dividendenzahlungen im Lichte der einschlägigen Rechtsprechungsgrundsätze zu hoch ausgefallen seien, wird auch vor dem Bundesgericht nicht kritisiert. Diese machen unstreitig 34 % (2009), 23,4 % (2010), 24,6 % (2011) und 35 % (2012) des

steuerlichen Unternehmenswertes aus und liegen damit deutlich über der Grenze von 10 % des Eigenkapitalertrags, ab welcher vermutungsweise überhöhte Dividendenzahlungen anzunehmen sind (vgl. Rz. 2011.7 der WML).

Die Aufrechnung der Dividendenzahlungen des Beschwerdeführers 2 für die Jahre 2009 bis 2012 als AHV-pflichtiger Lohn ist somit rechtens und der verwaltungsgerichtliche Entscheid im Ergebnis zu schützen.

Bundesgericht vom 15. November 2012
9C_688/2011

Bei einer Kommanditgesellschaft wird Erwerbszweck vermutet.

Urteil vom 15. November 2012
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Borella, Kernen,
Bundesrichterinnen Pfiffner Rauber, Glanzmann,
Gerichtsschreiber Nussbaumer.

Verfahrensbeteiligte
X._____,
vertreten durch Dr. Thomas Graf und Fürsprecherin Daniela Schmucki,
Beschwerdeführerin,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Freiburg,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Freiburg, Sozialversicherungsgerichtshof, vom 21. Juli 2011.

Sachverhalt:

A.
Die im AHV-Rentenalter stehende X._____ ist Kommanditärin der im Handelsregister eingetragenen Kommanditgesellschaft A._____ & Co. mit Sitz in H._____. Gestützt auf Steuermeldungen der kantonalen Steuerverwaltung, wonach X._____ als Gesellschafterin im Jahr 2004 ein Einkommen von Fr. 1'736'955.- und im Jahr 2005 ein solches von Fr. 1'762'145.- erzielt habe, setzte die Ausgleichskasse des Kantons Freiburg mit Verfügungen vom 20. August und 10. September 2009 die Beiträge für das Jahr 2004 auf Fr. 30'487.80 und für 2005 auf Fr. 63'041.40 fest. Am 26. August 2009 verfügte sie des weiteren Verzugszinse in der Höhe von Fr. 7'096.90 für die Beiträge des Jahres 2004. Auf Einsprache hin hielt die Ausgleichskasse mit Einspracheentscheiden vom 18. November 2009 an den Beitragsverfügungen fest, mit der Begründung, dass die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften die Beiträge von ihrem Anteil am Einkommen der Personengesamtheit zu entrichten hätten.

B.
Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Kantonsgericht Freiburg, Sozialversicherungsgerichtshof, mit Entscheid vom 21. Juli 2011 ab.

C.
X._____ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen mit dem Antrag, in Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheides sei festzustellen, dass die aus der Kommanditgesellschaft resultierenden Gewinnanteile nicht als Erwerbseinkommen zu qualifizieren seien, sondern als Vermögensertrag, der nicht der AHV-Beitragspflicht unterliege. Eventuell sei die Sache an die Ausgleichskasse, subeventuell an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Erwägungen:

1.
1.1 Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 134 V 250 E. 1.2 S. 252 mit Hinweisen; 133 III 545 E. 2.2 S. 550; 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Rüge- und Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

1.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 97 Abs. 1 BGG ist die Sachverhaltsfeststellung, wenn sie willkürlich ist (BGE 134 IV 36 E. 1.4.1 S. 39). Die entsprechende Rüge prüft das Bundesgericht nur insoweit, als sie in der Beschwerde explizit vorgebracht und substanziiert begründet worden ist.

2.
2.1 Gemäss Art. 4 Abs. 1 AHVG werden die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten in Prozenten des Einkommens aus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit festgesetzt. Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ist jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt (Art. 9 Abs. 1 AHVG). Den Begriff des Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit konkretisiert Art. 17 AHVV (in der hier anwendbaren Fassung gemäss Änderung vom 1. März 2000, in Kraft seit 1. Januar 2001, i.V.m. Abs. 1 SchlBest. der Änderung) wie folgt:
"Als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Artikel 9 Absatz 1 AHVG gelten alle in selbständiger Stellung erzielten Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf, sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit, einschliesslich der Kapital- und Überführungsgewinne nach Artikel 18 Absatz 2 DBG [SR 642.11] und der Gewinne aus der Veräusserung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken nach Artikel 18 Absatz 4 DBG, mit Ausnahme der Einkünfte aus zu Geschäftsvermögen erklärten Beteiligungen nach Artikel 18 Absatz 2 DBG."

2.2 Nicht unter den Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 17 AHVV fällt die blosse Verwaltung des eigenen Vermögens; der daraus resultierende

reine Kapitalertrag unterliegt daher nicht der Beitragspflicht. Gleiches gilt in Bezug auf Gewinne aus privatem Vermögen, welche in Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit erzielt worden sind. Anderseits stellen Kapitalgewinne aus der Veräusserung oder Verwertung von Gegenständen des Privatvermögens, wie Wertschriften oder Liegenschaften, auch bei nicht buchführungspflichtigen (Einzel-)Betrieben, Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit dar, wenn und soweit sie auf gewerbsmässigem Handel beruhen (BGE 134 V 250 E. 3.1 S. 253; 125 V 383 E. 2a S. 385 mit Hinweisen; Urteil 9C_551/2008 vom 16. Januar 2009, E. 2.1).

2.3 Art. 20 Abs. 3 AHVV in der ab 1. Januar 1996 in Kraft stehenden Fassung lautet:
"Die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie von anderen auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit haben die Beiträge von ihrem Anteil am Einkommen der Personengesamtheit zu entrichten."
Nach der geltenden Regelung und der gestützt darauf ergangenen Rechtsprechung sind sämtliche Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften für ihre Anteile am Einkommen der Personengesamtheit der Beitragspflicht aus selbstständiger Erwerbstätigkeit unterstellt (BGE 121 V 80 E. 2a S. 82; 114 V 72 E. 4 S. 75 ff.; 105 V 4 E. 2 S. 7; ZAK 1986 S. 459, 1985 S. 523, 316, 1981 S. 519 E. 2b, 1980 S. 222). Die Gesetzmässigkeit von Art. 20 Abs. 3 AHVV hat das Bundesgericht in BGE 136 V 258 wiederum mit einlässlicher Begründung bestätigt.

3.
Streitig ist, ob es sich bei den Erträgen aus der Kommanditgesellschaft um Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit handelt.
3.1
3.1.1 Das kantonale Gericht stellte in tatsächlicher Hinsicht fest, dass die Beschwerdeführerin Kommanditärin der A._____ & Co. ist und seit deren Gründung mit einem Kapitalanteil respektive einer Kommanditeinlage von Fr. 1'988'000.- - mithin im Umfang von rund 25 % - an dieser beteiligt ist. Es handle sich um eine Kommanditgesellschaft. Die Beschwerdeführerin habe als Teilhaberin dieser Gesellschaft in den Jahren 2004 und 2005 jeweils Einkünfte im Umfang von Fr. 1'739'955.- und Fr. 1'762'145.- erzielt, somit jährliche Einkünfte in rund der Höhe ihrer ursprünglichen Einlage aus Erbgang.
3.1.2 Das kantonale Gericht ging davon aus, dass gemäss ständiger und jüngst explizit bestätigter höchstrichterlicher Praxis (vgl. E. 2.3 hievor) sämtliche Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften für ihre Anteile am Einkommen der Personengesamtheit generell und konstant der Beitragspflicht aus selbstständiger Erwerbstätigkeit unterstellt seien. Grund dafür sei, dass der Gesellschafter - anders als ein blosser Kapitalgeber - direkt am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft teilnehme und derjenige, welcher sich als Teilhaber einer Kommanditgesellschaft anschliesse, nicht in erster Linie eine private Kapitalanlage vornehme. Dabei bestehe die Vermutung, dass Kommanditgesellschaften gemäss Art. 594 OR auf Gewinn ausgerichtete Personengesamtheiten seien und in der Regel erwerbliche Ziele verfolgten. Wenn die Beschwerdeführerin geltend mache, diese Vermutung sei vorliegend durch den Wortlaut des im Handelsregister eingetragenen Gesellschaftszwecks der A._____ & Co. sowie aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten widerlegt, könne ihr nicht gefolgt werden. Es sei unerheblich, ob sie als Mitglied einer Personengesellschaft für die Einkommenserzielung eine persönliche Arbeitsleistung erbringe oder nicht. Nicht von Relevanz sei mithin, wie die A._____ & Co als Personengesamtheit, zu der die Beschwerdeführerin gehöre, die Vermögensverwaltung organisiert und durchführen lasse. Dass die eigentliche Vermögensanlage und -verwaltung vorliegend nach dem Willen der Kommanditäre auf der Stufe der von der A._____ & Co. als Alleinaktionärin gehaltenen Vermögensgesellschaften erfolge, vermöge die gesetzliche Vermutung, dass es sich bei der A._____ & Co. als im Handelsregister

eingetragener Kommanditgesellschaft um eine auf Gewinn ausgerichtete Personengesamtheit handle, nicht zu erschüttern.
3.1.3 Handle es sich bei der Umschreibung des Gesellschaftszwecks ("l'administration de la fortune privée des associés") um eine offene Formulierung, so sei mithin bereits aufgrund des Kontextes, in dem diese Zweckdefinition stehe, von der Vermutung auszugehen, dass mit der Vermögensverwaltung ein erwerblicher Zweck verfolgt werde. Ob Privatvermögen verwaltet werde oder nicht, hänge gemäss dargestellter Rechtslage davon ab, ob dieses Vermögen für Geschäftszwecke erworben worden sei oder dem Geschäft tatsächlich diene. Dass es sich vorliegend nicht um eine bloss passive Vermögensverwaltung handeln könne, sondern um eine auf Erwerb gerichtete Personengesamtheit, zeigten nicht zuletzt die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten und mithin die Art und Weise, wie die Gesellschafter die gemeinsame Verwaltung insbesondere ihrer Vermögensanteile durchführen liessen. Die A._____ & Co. lasse die eigentliche Verwaltung ihres Vermögens respektive "sämtliche unternehmerische Aktivitäten", welche auch gemäss der Ansicht der Beschwerdeführerin "über eine private Kapitalanlage hinausgehen", wie sie selber ausführe, "auf der Stufe der von der A._____ & Co gehaltenen Vermögensverwaltungsgesellschaften" - auch "Stufe der Investitionen" genannt - vornehmen. Bei diesen Gesellschaften handle es sich um die C._____ AG, bei der die A._____ & Co. Alleinaktionärin sei, und die vollständig von der C._____ AG gehaltene C._____ Immobilien AG. Diese beiden Aktiengesellschaften stellten die beiden wertmässig wichtigsten Aktiven der A._____ & Co. dar, wobei 13 Mitarbeiter mit der Verwaltung dieser Hauptaktiven der Kommanditgesellschaft, bestehend aus Aktien und Wertpapieren in der C._____ AG sowie aus Liegenschaften in der C._____ Immobilien AG beschäftigt seien. Wesentlich sei festzuhalten, dass gemäss dem Gesellschaftsvertrag vom 15. Dezember 2004 der A._____ & Co. der Zweck dieser Gesellschaft - so sei der Handelsregistereintrag zu verstehen - "in der Leitung und Verwaltung von Handels- und Industrieunternehmen" bestehe, wobei die Kommanditgesellschaft alle mit der Erfüllung dieses Zwecks zusammenhängenden Finanzgeschäfte tätigen, im In- und Ausland Zweigniederlassungen errichten und sich an verwandten Unternehmen im In- und Ausland beteiligen und auch Liegenschaften erwerben könne. Der Familien- und Konsortialvertrag vom 13. Juni 1995, abgeschlossen zwischen den Gesellschaftern der A._____ & Co., bezwecke die Sicherung des Fortbestands der den Vertragspartnern gehörenden (Familien) Unternehmen in der Schweiz mit dem Ziel, "den Familiencharakter dieser Unternehmensgruppe solange und soweit wie möglich zu erhalten" sowie der Sicherstellung einer einheitlichen Geschäftspolitik bei der Leitung der (Familien) Unternehmen.
3.1.4 Der vorliegend für die streitige Periode 2004/05 relevante Ertrag der A._____ & Co. als Alleinaktionärin der C._____ AG, welcher unter den Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft aufgeteilt wird, besteht nach unbestrittener Feststellung des kantonalen Gerichts hauptsächlich aus den Dividenden der C._____ AG, welche auch die C._____ Immobilien AG kontrolliert. Die Vorinstanz kam zum Schluss, bei einem in der Kommanditgesellschaft investierten Kapital von Fr. 8'000'000.- (Kapitaleinlage) handle es sich offensichtlich um hohe Renditen. Auch dies spreche gegen eine blosse private Kapital- respektive Vermögensanlage (vgl. BGE 136 V 258 E. 3.2, 122 II 446 E. 3c). Die Renditen seien vielmehr Ergebnis einer professionellen, gewerbsmässigen Vermögensverwaltung (13 Mitarbeiter wurden dafür 2004 und 2005 auf "Stufe der Investitionen" beschäftigt), welche eine rein passive Verwaltung des Privatvermögens klar übersteigen respektive ausschliessen. Indem die Beschwerdeführerin als Kommanditärin der A._____ & Co. Anteil am so erzielten Gesellschaftsgewinn habe, welcher auf "Stufe der Investitionen" und unter Einsatz von "unternehmerischen Aktivitäten", die auch nach Ansicht der Beschwerdeführerin unbestritten - über eine rein private Kapitalanlage hinausgehen", generiert werde, mithin in Ausübung einer Erwerbstätigkeit, stelle dieses Einkommen - unabhängig von einer persönlichen Arbeitsleistung - Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit und nicht beitragsfreier Kapitalertrag dar

(Hinweis auf BGE 125 II 113 E. 3c mit Hinweisen). Der durch sichtbare Teilnahme am Markt erwirtschaftete und von der Kommanditgesellschaft abgeschöpfte Gewinn sei aufgrund des Dargestellten Ergebnis einer systematisch organisierten Aktivität im Rahmen eines wohl durchdachten Gesellschafts- und Vertragswerks und mithin klar auf einen Erwerbszweck ausgerichtet. Dass die A._____ & Co. mit dieser professionell organisierten und durchgeführten Verwaltungsaktivität, welche bis Ende 2005 innerhalb der bisherigen C._____ AG und C._____ Immobilien AG erfolgte, effektiv einen Erwerbszweck verfolge, zeige sich nicht zuletzt darin, dass diese Aktivität seit anfangs 2006 insbesondere auch in der Erscheinungsform eines professionellen Anlageunternehmens weitergeführt werde, nämlich in der neu gegründeten C._____ AG.

3.2 Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, die A._____ & Co. halte seit Jahren nahezu dieselben Aktiven, welche primär aus der 100%-Beteiligung an der C._____ AG einschliesslich deren Beteiligungen bestünden. Das Halten der C._____ AG und der wenigen übrigen Aktiven verlange keine aktive Tätigkeit; die A._____ & Co. übe keine aktive Tätigkeit aus. Sie nehme auch nicht nach aussen hin sichtbar am Wirtschaftsverkehr teil. Die Aktivität der Gesellschaft beschränke sich auf das Halten der Beteiligungen sowie das Vereinnahmen der Dividenden. Damit sei auch gesagt, dass die A._____ & Co. nicht am Markt auftrete und damit auch nicht sichtbar am Wirtschaftsverkehr teilnehme. Sie sei weder im Internet präsent noch verfüge sie über einen Eintrag im Telefonbuch oder einen anderen nach aussen sichtbaren Auftritt. Die A._____ & Co. erziele entgegen den Feststellungen der Vorinstanz keine hohe Rendite, sondern bloss eine marktübliche Rendite von etwas mehr als 3 %. Lege man die von der Vorinstanz genannten Zahlen (Dividenden [Fr. 4'550'000.-] sowie formelles Gesellschaftskapital [Fr. 8'000'000.-]) zugrunde, resultiere eine Rendite von 57 %. Diese Berechnung sei aber offensichtlich unrichtig. Mit Blick auf BGE 134 V 297 sei das gesamte, aktuell investierte Eigenkapital massgebend und nicht das formelle Gesellschaftskapital. Gemäss den Feststellungen der Vorinstanz habe die Steuerverwaltung das von der Beschwerdeführerin investierte Eigenkapital mit Fr. 56'280'182.- (per Ende 2004) und mit Fr. 54'894'298.- (Ende 2005) beziffert. Damit resultiere bei Gewinnanteilen von Fr. 1'736'955.- (2004) und Fr. 1'762'145.- (2005) eine Eigenkapitalrendite von 3.09 % und 3.21 %, mithin eine marktübliche Rendite. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz werde schliesslich die A._____ & Co. für Steuerzwecke als nichtkaufmännische Kommanditgesellschaft und die anteiligen Erträge daraus bei den Gesellschaftern als private Kapitalerträge behandelt. Die Beschwerdeführerin verfüge nach steuerrechtlichen Gesichtspunkten gemäss der rechtskräftigen Veranlagung für die direkte Bundessteuer über kein Geschäftsvermögen und erziele folgerichtig auch kein Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit. Die vorinstanzliche Annahme der AHV-Beitragspflicht sei rechtswidrig. Das kantonale Gericht rechne der A._____ & Co. unzulässigerweise die Tätigkeiten der durch sie gehaltenen Beteiligung an der C._____ AG zu und verletze dadurch Art. 9 AHVG und Art. 20 Abs. 3 AHVV. Aus der Zweckumschreibung im Handelsregister und im Gesellschaftsvertrag und dem Zweck gemäss den tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten (Halten von Beteiligungen und Vereinnahmung von Dividenden) werde nachgewiesen, dass die Kommanditgesellschaft einem nicht erwerblichen Zweck diene (Hinweis auf BGE 121 V 80 E. 2b). Das kantonale Gericht rechne auch in unzulässiger Weise die Tätigkeit der Beteiligung C._____ AG der A._____ & Co selbst zu.

4.
Das kantonale Gericht hat zu Recht die Erträge der Beschwerdeführerin aus der Kommanditgesellschaft als selbstständiges Erwerbseinkommen qualifiziert. Die Erwägungen der Vorinstanz verletzen weder Bundesrecht, noch sind die tatsächlichen Feststellungen - soweit sie für die beitragsrecht-

liche Qualifikation relevant sind - offensichtlich unrichtig im Sinne von Art. 105 Abs. 2 BGG. Auszugehen ist davon, dass nach dem gesetzmässigen (BGE 136 V 258) Art. 20 Abs 3 AHVV das Einkommen, das Gesellschaftern einer auf Gewinn ausgerichteten Personengesamtheit zufliesst, als Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit gilt. Entscheidend ist allein, ob es sich um eine auf einen Erwerbszweck gerichtete Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit handelt. Dies hat das kantonale Gericht in bundesrechtskonformer Würdigung der Akten, namentlich auch des Familien- und Konsortialvertrags vom 13. Juni 1995 und auch des Gesellschaftsvertrages vom 15. Dezember 2004, aufgrund der konkreten Umstände ohne Verletzung von Bundesrecht bejahen dürfen. Zunächst ist nicht von Belang, wie im Einzelfall die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter sind, ob die Gesellschaftsstruktur personen- oder mehr kapitalbezogen und die Firma international tätig ist (BGE 9C_504/2010 vom 1. September 2010 mit weiteren Hinweisen). Wer sich als Teilhaber einer Kommanditgesellschaft anschliesst, nimmt nicht in erster Linie eine private Vermögensanlage vor (BGE 105 V 4; 136 V 258 E. 4.6 S. 266). Zwar beschränkt sich - dies hat die Vorinstanz nicht verkannt - die A._____ & Co. auf den ersten Blick auf das Halten der Beteiligungen und die Vereinnahmung der Dividenden und nimmt insoweit nicht sichtbar nach aussen am Wirtschaftsleben teil. Gleichwohl hat das kantonale Gericht zu Recht in Würdigung der Akten und des Handelsregistereintrags geschlossen, dass die Vermutung, die A._____ & Co. sei ein auf Erwerb ausgerichtetes Unternehmen, nicht widerlegt worden ist, woran auch der berechtigte Hinweis auf BGE 134 V 297 zur Berechnung der Rendite nichts ändert. Nach dem Familien- und Konsortialvertrag vom 13. Juni 1995 besteht denn auch der Zweck des Vertrages u.a. in der "Sicherung des Fortbestandes der den Vertragspartnern gehörenden Unternehmen in der Schweiz" und in der "Sicherstellung einer einheitlichen Geschäftspolitik der Familienstämme bei der Leitung der Unternehmen". Der Einwand, die Tätigkeit der Gesellschaft beschränke sich auf die Funktion als Aktienpool im Rahmen der Familienverträge und demzufolge auf das passive Halten und Verwalten von Privatvermögen der Kommanditäre, ist daher unbehelflich. Entscheidend ist, dass der mit dem Vertrag vom 13. Juni 1995 verfolgte Zweck in Form einer Kommanditgesellschaft erfolgt und die Gesellschaft Alleinaktionärin oder Aktionärin von Gesellschaften ist, die auf einen Erwerbszweck gerichtet sind und am Wirtschaftsleben teilhaben. Damit kann sich die Kommanditgesellschaft, die grundsätzlich auf einen Erwerbszweck gerichtet ist, ihrerseits nicht der Vermutung entziehen, sie habe einen Erwerbszweck. Wird in einem solchen Fall unter mehreren möglichen Gesellschaftsformen diejenige der Kommanditgesellschaft gewählt, so hat dies sozialversicherungsrechtlich die selbstständige Erwerbstätigkeit als Konsequenz (vgl. Art. 20 Abs. 3 AHVV). Eine rechtsungleiche Behandlung im Verhältnis zum Aktionär und zur Aktiengesellschaft ist darin nicht zu erblicken, da das AHVG diese beiden Gesellschaftsformen unterschiedlich behandelt (vgl. Art. 20 Abs. 3 AHVV und BGE 134 V 297). Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin kann ihre Beteiligung an der Kommanditgesellschaft daher nicht als reine Kapitalanlage betrachtet werden. Aus dem Umstand, dass bis 2004 keine Beiträge erhoben worden sind, kann nicht ein Wechsel des Beitragsstatuts erblickt werden (vgl. dazu BGE 121 V 1), da weder geltend gemacht noch aus den Akten eine aus früheren Jahren stammende Verwaltungsverfügung ersichtlich ist. Schliesslich ist auch die steuerrechtliche Betrachtungsweise für die beitragsrechtliche Qualifikation nicht entscheidend (BGE 121 V 80 E. 2c S. 83; vgl. Art. 23 Abs. 1 und 4 AHVV). Die beiden Einspracheentscheide und der kantonale Entscheid sind bundesrechtskonform.

5.
Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

9C_765/2014

Gewerbsmässiger Wertschriftenhandel durch planmässige Investition in strukturierte Risikoanlagen (Keine KAG-Gesellschaft aber ein diesem Typus nachgebildetes Vehikel, Limited Partnership)

Urteil vom 23. März 2015

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Glanzmann, Präsidentin,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Pfiffner, Bundesrichter Parrino, Bundesrichterin Moser-Szeless,
Gerichtsschreiberin Bollinger Hammerle.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Harald Maag,
Beschwerdeführer,

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Zürich, Röntgenstrasse 17, 8005 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. August 2014.

Sachverhalt:

A.
A._____ wohnte bis September 2005 in der Schweiz und war seit 2002 bei der Ausgleichskasse des Kantons Zürich als Selbstständigerwerbender erfasst. Am 11. Juli 2008 meldete das Steueramt des Kantons Zürich der Ausgleichskasse Einkommen von Fr. 4'058'958.- für das Jahr 2003, von Fr. 5'284'051.- für das Jahr 2004 und von Fr. 3'923'623.- für das Jahr 2005. Mit (Nachtrags-) Verfügungen vom 22. Juni 2012 setzte die Ausgleichskasse die Beiträge des A._____ für Selbstständigerwerbende sowie dessen Beiträge für Arbeitnehmende ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit für diese drei Jahre fest. Die hiegegen erhobenen Einsprachen hiess die Ausgleichskasse teilweise gut und ermittelte die folgenden Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit (Einspracheentscheid vom 19. Juni 2013) :

für 2003: Fr. 748'000.--
für 2004: Fr. 756'000.--
für 2005: Fr. 1'600'000.--.

B.
Die gegen den Einspracheentscheid erhobene Beschwerde des A._____ wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 28. August 2014 ab.

C.
A._____ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten führen und beantragen, das kantonale Urteil sei aufzuheben, und es sei das beitragspflichtige Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit für die Jahre 2003, 2004 und 2005 jeweils mit Null festzusetzen; eventualiter sei die Sache zu neuer Entscheidung im Sinne der bundesgerichtlichen Erwägungen an das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich zurückzuweisen.
Vorinstanz und Ausgleichskasse verzichten auf eine Vernehmlassung, ebenso das Bundesamt für Sozialversicherungen.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 und 96 BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann sie mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (BGE 134 V 250 E. 1.2 S. 252 mit Hinweisen; 133 III 545 E. 2.2 S. 550; 130 III 136 E. 1.4 S. 140). Immerhin prüft das Bundesgericht, unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungspflicht der Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG), grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind (BGE 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).
Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

2.
Im Streit liegt, ob die Einkünfte des Beschwerdeführers, welche er in den Jahren 2003 bis 2005 gemäss seinen eigenen Angaben als Gewinnanteile aus Beteiligungen an verschiedenen ausländischen Personengesellschaften (Limited Partnerships, im Folgenden: LP) erhalten hat, AHV-rechtlich als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 20 Abs. 3 AHVV (SR 831.101) zu qualifizieren sind. Nicht strittig ist die Höhe der Einkünfte und die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts.
Ob es sich bei den fraglichen Einnahmen um beitragspflichtiges Erwerbseinkommen oder um beitragsfreien Kapitalertrag handelt, ist eine Rechtsfrage, die das Bundesgericht mit voller Kognition prüft (Art. 95 BGG), wobei die dieser Frage zugrunde liegenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz als Tatfragen nur einer eingeschränkten Überprüfung zugänglich sind (Art. 97 Abs. 1 und 105 Abs. 2 BGG; E. 1 hievor).

3.

3.1. Das kantonale Gericht erwog unter Bezugnahme auf sein früheres rechtskräftiges Urteil vom 7. Dezember 2010 (betreffend die Beitragspflicht des Beschwerdeführers für das Jahr 2002; Prozess-Nr. AB.2009.00043), auch in den Jahren 2003 bis 2005 stütze sich die Beitragspflicht für die Einkünfte aus Beteiligungen an LPs auf Art. 20 Abs. 3 AHVV. Die Abgabepflicht auf Einkommen aus auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit bestehe grundsätzlich unabhängig von einer eigenen Arbeitsleistung. Eine Beteiligung durch Kapitalinvestition genüge und entspreche einer gesetzlich fingierten Ausübung einer Erwerbstätigkeit. Die Kapitalinvestition sei - gleichsam im Sinne einer fiktiv-logischen Handlung - als die massgebliche Ausübung der Erwerbstätigkeit zu fassen. Nicht einleuchtend sei die unbelegt gebliebene Ähnlichkeit zwischen einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KGK) - gemäss dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG; SR 951.31) - und einer LP, zumal der Beschwerdeführer weder behauptet noch belegt habe, dass die Gesellschaften, an denen er beteiligt (gewesen) sei, die qualifizierten Anforderungen des Art. 98 Abs. 2 KAG erfüllt hätten.

3.2. Der Beschwerdeführer macht im Wesentlichen geltend, das kantonale Gericht habe Art. 20 Abs. 3 AHVV verletzt und sich nicht mit seinen Argumenten auseinandergesetzt, wonach es sich bei den LPs nicht um klassische, auf einen Erwerbszweck gerichtete Personengesamtheiten handle, sondern um ein der KGK vergleichbares Investitionsvehikel für Risikokapital. Bei seinen Investitionen in LPs handle es sich ausschliesslich um private Vermögensverwaltung, nicht um Erwerbseinkommen. Die Erhebung von AHV-Beiträgen auf diesen Einkünften verletze den fundamentalen Grundsatz des AHVG, wonach Beiträge nur auf Erwerbseinkommen, nicht aber auf Vermögensertrag geschuldet seien. Auch die einschlägige Rechtsprechung beziehe sich ausschliesslich auf operativ tätige Personengesellschaften wie etwa die GmbH und Co. KG nach deutschem Recht und könne nicht unbesehen auf sämtliche Personengesellschaften übertragen werden. Gerade im Bereich der nicht operativen, einzig zu Investitionszwecken errichteten LPs seien die Unterschiede zur deutschen GmbH und Co. KG frappant. Bei den (angelsächsisch geprägten) LPs handle es sich um typische Anlagevehikel für Private Equity Fonds, die im Rahmen des KAG nunmehr in Form der KGK auch in der schweizerischen Gesetzgebung ihren Niederschlag gefunden hätten und diesen ähnlicher seien als der herkömmlichen Kommanditgesellschaft nach Art. 594 ff. OR.

4.

4.1. Die Versicherten sind beitragspflichtig, solange sie eine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 3 Abs. 1 AHVG). Gemäss Art. 4 Abs. 1 AHVG werden die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten in Prozenten des Einkommens aus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit festgesetzt. Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ist jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt (Art. 9 Abs. 1 AHVG). Darunter fallen "alle in selbstständiger Stellung erzielten Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf, sowie aus jeder anderen selbstständigen Erwerbstätigkeit, einschliesslich der Kapital- und Überführungsgewinne nach Artikel 18 Absatz 2 DBG (SR 642.11) und der Gewinne aus der Veräusserung von land- und forstwirtschaftlichen Grundstücken nach Artikel 18 Absatz 4 DBG, mit Ausnahme der Einkünfte aus zu Geschäftsvermögen erklärten Beteiligungen nach Artikel 18 Absatz 2 DBG" (Art. 17 AHVV).

4.2. Nicht unter den Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 17 AHVV fällt die blosse Verwaltung des eigenen Vermögens. Der daraus resultierende

reine Kapitalertrag unterliegt folglich nicht der Beitragspflicht. Gleiches gilt für Gewinne aus privatem Vermögen, welche in Ausnützung einer zufällig sich bietenden Gelegenheit erzielt worden sind. Dagegen sind Kapitalgewinne aus der Veräusserung oder Verwertung von Gegenständen des Privatvermögens, wie Wertschriften oder Liegenschaften, auch bei nicht buchführungspflichtigen (Einzel-) Betrieben, Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, wenn und soweit sie auf gewerbsmässigem Handel beruhen (BGE 134 V 250 E. 3.1 S. 253; 125 V 383 E. 2a S. 385 mit Hinweisen; Urteil 9C_551/2008 vom 16. Januar 2009 E. 2.1).

4.3.

4.3.1. Während gemäss Art. 20 Abs. 3 AHVV in der bis Ende 1975 gültig gewesenen Fassung lediglich Einkünfte der unbeschränkt haftenden Teilhaber von Kommanditgesellschaften AHV-beitragspflichtig waren und Einkünfte der Kommanditäre grundsätzlich als Kapitalerträge betrachtet wurden (BGE 100 V 140 E. 1 S. 142), besteht seit 1. Januar 1976 eine generelle Beitragspflicht der Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften. Mit der am 1. Januar 1996 in Kraft getretenen, bis heute gültigen Fassung von Art. 20 Abs. 3 AHVV dehnte der Verordnungsgeber die Beitragspflicht auf Teilhaber an "anderen auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit" aus und bestimmte, die Beiträge seien vom Anteil am Einkommen der Personengesamtheit zu entrichten. Grundgedanke dieser Beitragspflicht war und ist, dass Kommanditäre - anders als blosse Kapitalgeber - direkt, ähnlich den Komplementären, am Gesellschaftsgewinn teilnehmen (BGE 136 V 258 E. 4.4 S. 266). Die Gesetzmässigkeit dieser Bestimmung hat das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung bejaht (BGE 136 V 258 E. 4.8, S. 267, 121 V 80 E. 2a S. 81 f.; 114 V 72 [E. 3 publiziert in ZAK 1988 S. 455]; 105 V 4; ZAK 1986 S. 460 E. 4a [H 68/85 vom 25. April 1986], 1985 S. 316 [H 147/84 vom 15. März 1985], 1981 S. 519 [H 60/80 vom 27. November 1980, E. 2a], 1980 S. 223 [H 72/79 vom 8. November 1979 E. 1]; Urteil 9C_455/2008 vom 5. November 2008 E. 5). Für eine abweichende Beurteilung besteht weiterhin kein Anlass.

4.3.2. Wie die Vorinstanz insoweit zutreffend erwog, gelten die Gesellschaftern einer auf einen Erwerbszweck ausgerichteten Personengesamtheit zufliessenden Gewinnanteile gestützt auf Art. 20 Abs. 3 AHVV - unabhängig von einer persönlichen Arbeitsleistung - als Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit. Vorbehalten bleiben Fälle von Rechtsmissbrauch (etwa wenn der AHV im Rahmen der Beteiligung an einer Kommanditgesellschaft die Funktion eines reinen Finanzanlageobjekts zugedacht wird; BGE 131 V 97). Als auf einen Erwerbszweck gerichtete Gesellschaft gilt nicht nur die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft, sondern auch die deutsche GmbH & Co. KG (vgl. § 161 Abs. 1 des deutschen Handelsgesetzbuches [HGB]; BGE 136 V 258 E. 5 S. 267 f.). Die gesetzliche Vermutung für das Vorliegen eines Gewerbebetriebes - und damit die Qualifikation als selbstständige Erwerbstätigkeit - findet indes nicht automatisch auf alle anderen Personengesellschaften Anwendung (vgl. genanntes Urteil 9C_455/2008 E. 5 betreffend eine einfache Gesellschaft und Urteil 9C_1057/2010 vom 24. März 2011 E. 3.3 betreffend Beteiligung an einem Baukonsortium).

5.

5.1. Limited Partnerships sind, wie der Beschwerdeführer zutreffend darlegt, ein vor allem im angelsächsischen Raum entstandenes typisches Anlagevehikel für Private Equity Investitionen. LPs - wie auch die seit 1. Januar 2007 zur Verfügung stehende schweizerische Adaptation in Form der KGK - sind definitionsgemäss keine operativen Gesellschaften, die eine unternehmerische Tätigkeit ausüben, sondern ausschliesslich kollektive Anlagevehikel, welche die Erzielung von Erträgen oder

Kapitalgewinnen bezwecken (vgl. Art. 2 KAG; Botschaft des Bundesrates vom 23. September 2005 zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen [Kollektivanlagengesetz], BBl 2005 6395 ff., 6423; Bloch/von der Crone, Operative Gesellschaft oder kollektive Kapitalanlage?, SZS 2011 S. 214, 219). Wie die Kommanditgesellschaft des kontinentaleuropäischen Rechts umfasst die LP zwei Arten von Gesellschaftern: Auf der einen Seite den General Partner (Komplementär), welcher mit seinem ganzen Vermögen unbeschränkt haftet und zur Führung der Gesellschaft befugt ist. Andererseits Limited Partners (Kommanditäre), die nur mit ihrer Einlage haften, aber an der Geschäftsführung nicht teilnehmen dürfen. Das Innenverhältnis der Gesellschafter wird üblicherweise in einem schriftlichen Limited Partnership Agreement geregelt. Ein als LP ausgestalteter Private Equity Fund kann darin die Grundzüge seiner Anlagepolitik frei definieren. Die Limited Partners (Investoren) verpflichten sich zur Einlage einer bestimmten Kapitalsumme (Committed Capital), welche während einer definierten Frist (Commitment Period) nach Bedarf durch den General Partner (Fund Manager) abgerufen (Take Down) und in ausgewählte Portfoliogesellschaften investiert wird. Typischerweise wird die LP nach einer festgelegten Maximaldauer von rund 10 Jahren aufgelöst und das vorhandene Kapital an die Investoren verteilt (Christian Böhler, Anlagevehikel für Private Equity; Einführung der Limited Partnership im schweizerischen Recht, Der Schweizer Treuhänder 2006, S. 506 ff.). Im Private Equity Geschäft übernimmt somit - zusammengefasst - ein Investor die kurz- bis mittelfristige Risikokapitalfinanzierung eines nicht börsenkotierten Unternehmens (vgl. auch 4C.214/2003 vom 21. November 2003 E. 3.2 mit Literaturhinweisen).

5.2.

5.2.1. Auch wenn die in den Jahren 2003 bis 2005 erzielten Erträge aus Beteiligungen an ausländischen Personengesamtheiten stammen und das KAG erst seit 1. Januar 2007 in Kraft steht, ist zu prüfen, ob sich der Entstehungsgeschichte des Gesetzes Hinweise entnehmen lassen, die der Klärung der hier strittigen sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflicht dienen. Denn der Gesetzgeber schuf mit der KGK ein in Bezug auf Anlegerkreis, Anlagen und zeitliche Dauer der angelsächsischen LP vergleichbares Instrument (vgl. Thomas Jutzi, Der Einfluss des EU-Rechts auf das schweizerische Recht der kollektiven Kapitalanlagen, AJP 1/2015 S. 14), weshalb es naheliegt, auch die sozialversicherungsrechtliche Behandlung zumindest insoweit analog zu handhaben, wie die ausländischen Vehikel und die schweizerische KGK vergleichbar ausgestaltet sind. Die vom Eidgenössischen Finanzdepartement eingesetzte Expertenkommission zur Totalrevision des Bundesgesetzes über die Anlagefonds vom 18. März 1994 schlug in ihrem Erläuterungsbericht samt Gesetzesentwurf vom November 2003 (abrufbar unter www.svig.org) in der Tat eine Ergänzung von Art. 20 Abs. 3 AHVV vor, wonach die Anleger von Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen für ihren Anteil von einer AHV-Beitragspflicht befreit sein sollen.

5.2.2. In der bundesrätlichen Botschaft finden sich insbesondere Ausführungen zu Steuerfragen. Betreffend die AHV-Beitragspflicht führte der Bundesrat Folgendes aus (Botschaft, a.a.O., 6429 f.) :

"Auf der Stufe der Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen bedeutet das namentlich, dass die Gesellschaft als solche steuerfrei ist, auf den ausgeschütteten Vermögenserträgen, nicht aber auf den erzielten Kapitalgewinnen, die Verrechnungssteuer erhoben wird und die von der Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne nicht AHV-pflichtig sind. Auf der Stufe der Anlegerinnen und Anleger unterliegen die ausgeschütteten Vermögenserträge der Einkommens- bzw. der Gewinnsteuer, während Kapitalgewinne (im Privatvermögen) steuerfrei sind. (...).

Wer als in der Schweiz steuerpflichtige Privatperson heute Anteile an vertraglichen Anlagefonds kauft oder verkauft, wird nach der Praxis der Steuerbehörden und gemäss zweier obiter dicta des Bundesgerichts [ASA 66 S. 381] aufgrund dieses Umstandes alleine nicht Gefahr laufen, als (Quasi) -Wertschriftenhändler qualifiziert zu werden und in der Folge sämtliche Einkünfte aus selbstständiger (Neben-) Erwerbstätigkeit versteuern zu müssen. Zu begründen ist dieser Umstand u.a. damit, dass die Fondsleitung das Fondsvermögen selbstständig und in eigenem Namen verwaltet und die Anlegerinnen und Anleger ihr gegenüber keinerlei Weisungsrechte haben. Die Handlungen der Fondsleitung können den Anlegerinnen und Anlegern deshalb steuerlich nicht zugerechnet werden. Da bei den neuen kollektiven Kapitalanlagen gesetzlich sichergestellt ist, dass die rechtliche und faktische Distanz zwischen den Anlegerinnen und Anlegern und der Verwalterin oder dem Verwalter der kollektiven Kapitalanlage gegeben ist, sind jene auch bei den neuen Formen in Übereinstimmung mit der heutigen Praxis nicht als gewerbsmässige Wertschriftenhändler zu qualifizieren."

5.2.3. Der parlamentarischen Debatte zum Kollektivanlagengesetz (Geschäft Nr. 05.072; AB 2006 N 49 ff., 59 ff., 76 ff., 838 ff., 859 ff., und 992 ff.; AB 2006 S 340 ff., 449 ff. und 536 ff.) ist kein Hinweis auf die Beitragsbefreiung der Anleger-Kommanditäre zu entnehmen (vgl. hiezu auch Urs Behnisch/Andrea Opel, Steuerfragen bei Umstrukturierungen; Gedanken zur Attraktivitätssteigerung der Kommanditgesellschaft nach OR und KAG, in: Dogmatik und Praxis im Steuerrecht, Festschrift für Markus Reich, 2014, S. 247). Die bereits in der bundesrätlichen Botschaft nicht (mehr) erwähnte, von der Expertenkommission vorgeschlagene Ergänzung des Artikels 20 Abs. 3 AHVV (vorangehende E. 5.2.1) blieb unberücksichtigt.

5.3.

5.3.1. In der Literatur wird gestützt auf die in E. 5.2.2 hievor zitierte kurze Passage in der Botschaft - meist ohne weitere Begründung - die Auffassung vertreten, Einlagen in LPs und gleichermassen in Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen seien "nicht AHV-pflichtig" (z.B. Stefan Oesterhelt, in: Basler Kommentar zum Kollektivanlagengesetz, 2009, N. 202 vor Art. 1 KAG; Du Pasquier/Oberson, La société en commandite de placements collectifs, Aspects juridiques et fiscaux, SZW 2007 S. 207 f., 217; Beilstein/ Scagnet, Unter dem Joch der Schweizerischen Sozialversicherung, Vollumfängliche AHV-Beitragspflicht für die neue KGK und die deutsche GmbH & Co. KG, Der Schweizer Treuhänder 2008 S. 750 ff., 753 f.; Alexander Vogel, KAG - Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen, 2008, S. XIX; Hess/Scherrer, Die Besteuerung der kollektiven Kapitalanlagen gemäss Kollektivanlagengesetz und deren Anleger, ASA 77 [2008] S. 361 ff., 412). Eingehender befasst sich Stephanie Purtschert Hess mit den Auswirkungen von Art. 20 Abs. 3 AHVV auf die neugeschaffenen Investitionsvehikel (Die EU-Verordnungen 883/04 und 987/09 und daraus resultierende Problemfelder, SZS 2013 S. 375 ff.). Nach Meinung dieser Autorin fallen Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit wie Trusts, Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen oder einfache Gesellschaften allesamt mangels eines Erwerbszwecks nicht in den Anwendungsbereich von Art. 20 Abs. 3 AHVV. Die Verwaltung von Vermögenswerten stelle für die Teilhaber nur dann eine Erwerbstätigkeit dar, wenn sie als gewerbsmässiger Wertschriftenhandel und damit als selbstständige Erwerbstätigkeit qualifiziert werden müsste. Dies sei gemäss Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung (ESTV) Nr. 25 vom 5. März 2009 Ziff. 3.3.1 (abrufbar unter www.estv.admin.ch) nicht der Fall, was auch im Sozialversicherungsrecht übernommen werden könne (a.a.O., S. 378).

5.3.2. Bei genauer Betrachtung ist der bundesrätlichen Botschaft zum KAG - entgegen zahlreicher Hinweise in der Literatur (vorangehende E. 5.3.1) - nichts Eindeutiges zur AHV-Beitragspflicht des einzelnen Anlegers zu entnehmen. Es steht zwar fest, dass mit der Zulassung neuer Anlagevehikel im schweizerischen Recht eine Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit und Attraktivität des hiesigen Vermögensverwaltungsplatzes bezweckt wurde (Botschaft, a.a.O., 6422). Dazu sollte namentlich die Steuerfreiheit der Gesellschaften als solcher beitragen, auf deren Gewinne auch keine AHV-Beiträge erhoben werden (Botschaft, a.a.O., 6429 Ziff. 1.3.11). Die grundsätzliche (zu Einzelheiten vgl. Behnisch/Opel, a.a.O., S. 248 f.) Steuerpflicht auf ausgeschütteten Vermögenserträgen auf Stufe der Anlegerinnen und Anleger (Art. 20 Abs. 1 lit. e DBG) spräche hingegen unter dem Aspekt der weitgehenden Parallelität zwischen Steuer- und AHV-Recht (vgl. BGE 140 V 241 E. 4.2 S. 245) für eine entsprechende AHV-Beitragspflicht.

5.4. Es kann davon ausgegangen werden, dass der Verordnungsgeber bei der letzten Anpassung von Art. 20 Abs. 3 AHVV (in der seit 1. Januar 1996 geltenden Fassung) die damals noch wenig verbreiteten Investitionsvehikel im Private Equity Bereich nicht im Fokus hatte, zumal solche Anlageformen erst per 1. Januar 2007 gesetzlich geregelt wurden und die LP in Form der KGK eine Adaptation im schweizerischen Recht fand. Nachdem im Gesetzgebungsverfahren eine Anpassung des AHV-Beitragsrechts nicht thematisiert wurde, obwohl mit dem Vorschlag der Expertenkommission eine einschlägige Vorlage bestanden hätte, und somit Hinweise auf einen klaren gesetzgeberischen Willen fehlen, wie im Zuge des KAG die AHV-Beitragspflicht der Teilhaber von Personengesamtheiten, die ausschliesslich der kollektiven Kapitalanlage dienen, gehandhabt werden sollte, besteht (vorerst) kein Grund, von der ständigen Praxis abzuweichen, wonach für eine Beitragspflicht gestützt auf - den unverändert belassenen - Art. 20 Abs. 3 AHVV der erwerbliche Charakter einer Personengesellschaft entscheidend ist (E. 4.3.1 hievor). Vielmehr ist daran festzuhalten, dass unter dem Titel von Art. 20 Abs. 3 AHVV Erträge aus kollektiven Kapitalanlagen grundsätzlich (vgl. aber E. 6.3.3 hienach) nicht AHV-beitragspflichtig sind. Dies trifft namentlich zu auf die KGK, der eine unternehmerische Tätigkeit von Gesetzes wegen (Art. 2 Abs. 2 lit. d KAG) verwehrt ist. Gleiches muss gelten für ausländische LPs, soweit sie (in den wesentlichen Zügen; vgl. Art. 98 KAG) der KGK entsprechen. Wenn auch mit jeder Investition in eine kollektive Kapitalanlage eine Gewinnerwartung verbunden ist, unterscheidet sich die Einzahlung in einen Anlagefonds demnach klar von der Investition in eine primär auf Erwerb ausgerichtete Gesellschaft. Es ist nicht Aufgabe des Bundesgerichts, die AHV-rechtliche Beitragspflicht weiter zu fassen als der Gesetz- und Verordnungsgeber.

6.

6.1. Die Vorinstanz stellte fest, es bestünden keine Anhaltspunkte, wonach die LPs, an denen der Beschwerdeführer beteiligt (gewesen) sei, die qualifizierten Anforderungen von Art. 98 Abs. 2 KAG erfüllten. Wie es sich damit verhält, kann indes aus nachfolgend dargelegten Gründen offenbleiben.

6.2. Ob das kantonale Gericht zu Recht eine Beitragspflicht des Beschwerdeführers bejahte, ist letztinstanzlich unter allen Rechtstiteln zu prüfen (Rechtsanwendung von Amtes wegen; Art. 106 Abs. 1 BGG). Dabei stellt sich insbesondere die Frage, ob mit Blick auf die Art und Weise, wie der Beschwerdeführer mit seinen Vermögenswerten umging, d.h. wie er sie nutzte, mit ihnen disponierte etc., auf eine Erwerbsabsicht im Sinne des Gesetzes (Art. 4 Abs. 1 AHVG) zu schliessen ist.

In gefestigter Rechtsprechung berücksichtigt das Bundesgericht bei der entsprechenden Prüfung die folgenden Beurteilungskriterien (Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 185/03 vom 24. März 2004 E. 7) :

- systematisches oder planmässiges Vorgehen, insbesondere das Bemühen, die Entwicklung des Marktes zur Gewinnerzielung auszunutzen;
- Häufigkeit der Transaktionen;
- eine kurze Besitzdauer;
- ein enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit;
- der Einsatz spezieller Fachkenntnisse;
- erhebliche Fremdmittel zur Finanzierung der Geschäfte;
- Wiederanlage des erzielten Gewinns in gleichartigen Vermögensgegenständen.

Nicht erforderlich für die Annahme einer (selbstständigen) Erwerbstätigkeit ist dagegen die nach aussen sichtbare Teilnahme am Wirtschaftsverkehr.

6.3.

6.3.1. Gemäss den in den Akten liegenden Steuermeldungen, den Steuererklärungen, den vom Beschwerdeführer im Zusammenhang mit seiner Erfassung als Selbstständigerwerbender gemachten Angaben und seiner eigenen Darstellung in den Rechtsschriften, übte er bis zur Übersiedelung nach Asien per 1. Oktober 2005 immer auch eine unselbstständige Erwerbstätigkeit aus. Für das Jahr 2003 anerkannte er seine Beitragspflicht als Arbeitnehmer ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber bei der Firma B._____, ab 2004 war er ausschliesslich in Grossbritannien tätig. Die Tätigkeiten erfolgten weiterhin unter dem Dach des Investment-Unternehmens B._____.

6.3.2. Wie aus der Bezeichnung der Vermögenswerte mit Steuerwert per 31. Dezember 2004 und 31. Dezember 2005 hervorgeht, investierte der Beschwerdeführer zu einem wesentlichen Teil in LPs, welche von der Firma B._____ gehalten wurden. Bei einer solchen organischen Beziehung zwischen (unselbstständiger) Erwerbstätigkeit einerseits und Vermögensanlage anderseits nimmt das Bundesgericht in ständiger Rechtsprechung (namentlich betreffend Wertschriften- und Liegenschaftenhändler; z.B. Urteile des Eidg. Versicherungsgerichts H 72/01 vom 2. Mai 2002 E. 4.2; H 251/93 vom 6. Juni 1994 E. 3b mit Hinweisen) auch für die Investitionstätigkeit einen erwerblichen Charakter an (statt vieler: Urteil 9C_33/2013 vom 12. November 2013 E. 4 mit Hinweisen). Für eine abweichende Betrachtungsweise besteht im konkreten Fall kein Anlass.

6.3.3. Zunächst vermag am inneren Zusammenhang von erwerblicher und Anlagetätigkeit nichts zu ändern, dass die unselbstständige Erwerbstätigkeit nur zeitweilig in der Schweiz ausgeübt wurde. Sodann darf ein enger Konnex ohne weiteres auch bezüglich der in den Steuerwertverzeichnissen aufgeführten LPs angenommen werden, die wirtschaftlich oder rechtlich nicht mit dem damaligen Arbeitgeber zusammenhingen. Ein relevanter kausaler Zusammenhang zwischen der unselbstständigen Erwerbs- und der Investitionstätigkeit ist vielmehr bereits deshalb offensichtlich, weil der Beschwerdeführer notorisch haupt- wie nebenberuflich gewerbsmässig als Investor tätig war (vgl. auch genantes Urteil 9C_33/2013 E. 4). Es kann keine Rede davon sein, er habe lediglich zufällig sich bietende Gelegenheiten ausgenützt, um Gewinn auf privatem Vermögen zu erzielen (was er im Übrigen zu Recht auch nicht geltend macht). Die von ihm getätigten Investitionen in den Jahren 2003 bis 2005 sprengten den Rahmen dessen deutlich, was für die Anlage eines grossen privaten

Vermögens üblich und verbreitet ist. Selbst wenn die Wertschriftentransaktionen der einzelnen kollektiven Kapitalanlagen den Anlegern nicht als gewerbsmässiger Wertschriftenhandel zugeordnet werden können, weil die Fondsleitung oder die Organe selbstständig handeln, den Anlegern ihnen gegenüber kein Weisungsrecht zukommt (Kreisschreiben Nr. 25 der ESTV, a.a.O.) und demzufolge Investitionen in kollektive Kapitalanlagen ohne Erwerbszweck, soweit sie in üblichem Mass erfolgen, nicht ohne weiteres eine AHV-Beitragspflicht auslösen (E. 5.4 hievor), vermöchte der Beschwerdeführer daraus nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Er tätigte als gewerbsmässiger Investor unter Einsatz erheblicher Mittel eine Vielzahl kollektiver Risikokapitalanlagen, die überdies zumindest teilweise einen engen Bezug zur Arbeitgeberfirma aufwiesen. Der erwerbliche Charakter der Investitionen ist offensichtlich. Damit besteht eine integrale AHV-Beitragspflicht des Beschwerdeführers, was zur Abweisung der Beschwerde führt.

7.
Entsprechend dem Verfahrensausgang werden die Gerichtskosten dem Beschwerdeführer auferlegt (Art. 66 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 8'000.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 23. März 2015
Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Glanzmann

Die Gerichtsschreiberin: Bollinger Hammerle

Konsortium - nicht zwingend selbständige Tätigkeit

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
9C_1057/2010

Urteil vom 24. März 2011
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Kernen, Bundesrichterin Glanzmann,
Gerichtsschreiber Scartazzini.

Verfahrensbeteiligte
Bundesamt für Sozialversicherungen, Effingerstrasse 20, 3003 Bern,
Beschwerdeführer,

gegen

H._____,
Beschwerdegegner,

Ausgleichskasse des Kantons Aargau, Kyburgerstrasse 15, 5000 Aarau.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau
vom 26. Oktober 2010.

Sachverhalt:

A.
Der 1948 geborene H._____, beruflich im Anlagewesen bei einer Bank tätig, verwaltet das Stockwerkeigentum X._____ und ist zusammen mit drei weiteren Personen am Baukonsortium Y._____ beteiligt. Aufgrund von Steuermeldungen wurde er der SVA Aargau, Ausgleichskasse (hiernach: Ausgleichskasse) zwangsweise angeschlossen. Am 3. Dezember 2008 erliess diese vier Beitragsverfügungen für die Beitragsperioden 2003, 2004, 2005 und 2006, worin sie die Beiträge von H._____ auf Einkommen aus selbstständiger (Neben-)Erwerbstätigkeit von Fr. 12'560.- (2003), Fr. 9'516.- (2004), Fr. 10'342.- (2005) und Fr. 3'834.- (2006) festsetzte. Dies bestätigte sie mit Einspracheentscheid vom 2. Juni 2009.

B.

Die von H._____ dagegen erhobene Beschwerde hiess das Versicherungsgericht des Kantons Aargau mit Entscheid vom 26. Oktober 2010 gut, indem es den Einspracheentscheid der Ausgleichskasse aufhob.

C.
Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt die Aufhebung des angefochtenen Entscheides.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) kann wegen Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. BGE 132 V 393).

2.
Streitig ist die Zuteilung der Liegenschaft des Baukonsortiums Y._____ resp. die entsprechende Beteiligung zum Privat- oder Geschäftsvermögen des Beschwerdegegners. Zu prüfen ist dabei, inwieweit der fragliche Vermögenswert einer selbstständigen Erwerbstätigkeit dient (vgl. BGE 134 V 250 E. 4.2 S. 254). Hiebei handelt es sich um eine Rechtsfrage, welche das Bundesgericht nach Art. 95 BGG mit uneingeschränkter Kognition prüft (vgl. BGE 134 V 250 E. 2 S. 252; Urteil 9C_455/2008 vom 5. November 2008 E. 2).
Im angefochtenen Entscheid hat die Vorinstanz dargelegt, welche Einkünfte als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und nach Art. 17 AHVV gelten. Nicht unter den Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit fällt die blosse Verwaltung des eigenen Vermögens, weshalb der daraus resultierende reine Kapitalertrag nicht der Beitragspflicht unterliegt. Das kantonale Gericht hat auch die zur Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und selbstständiger Erwerbstätigkeit entwickelte Rechtsprechung dargelegt (BGE 134 V 252 E. 3.1 S. 252 f.; Urteil 9C_455/2008 vom 5. November 2008, E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 125 V 383 E. 2a S. 385). Darauf wird verwiesen.

3.
3.1 Der zwangsweise Anschluss des Beschwerdegegners an die Ausgleichskasse des Kantons Aargau basiert auf Steuermeldungen des kantonalen Steueramtes. Dass die Beteiligung am Baukonsortium Y._____ nach steuerlicher Betrachtungsweise kein Geschäftsvermögen des Beschwerdegegners darstelle, wie die Vorinstanz festhält, lässt sich auf Grund der von ihr herangezogenen Steuerveranlagungen 2003 bis 2006 nicht sagen. Die "0" unter dem Titel "Total Geschäftsaktiven" bezieht sich auf die - nicht streitige - Verwaltungstätigkeit betreffend das Stockwerkeigentum X._____. Die Beteiligung am Baukonsortium Y._____ ist unter dem Titel "Anteile an Personengesellschaften" ausgewiesen. Ihre Qualifikation als Privat- oder Geschäftsvermögen ist daraus nicht ersichtlich. Richtigerweise hat die Vorinstanz denn auch nicht (allein) darauf abgestellt. Vielmehr ist sie (letztlich) auf Grund einer einlässlichen Würdigung der Umstände von den Steuermeldungen abgewichen.

3.2 Das kantonale Gericht hat erwogen, nicht jedes aus einfacher Gesellschaft erzielte Einkommen sei automatisch Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit. Vorausgesetzt sei vielmehr, dass die einfache Gesellschaft eine Erwerbstätigkeit ausübe. Beschränke sie sich jedoch auf die gemeinsame Verwaltung privater Vermögen, seien die Gewinne aus der Veräusserung von Liegenschaften nicht beitragspflichtiges Einkommen. Es gebe auch keine Vermutung, wonach eine einfache Gesellschaft einen Erwerbszweck verfolge. Im vorliegenden Fall gehe aus den Akten hervor, dass die vier Gesellschafter das Baukonsortium Y._____ bilden und jeder Gesellschafter daran mit Einlagen von je Fr. 200'000.- beteiligt sei. Der Ertrag dieses Baukonsortiums werde fast ausschliesslich aus den Mieteinnahmen generiert. Die Beteiligung von H._____ am Baukonsortium und die Erwirtschaftung eines Mietzinsüberschusses zusammen mit den anderen Gesellschaftern stelle keine selbstständige (Neben-)Erwerbstätigkeit dar, da er damit lediglich das eigene Vermögen verwalte. Auch die nach der Praxis des Bundesgerichts in Betracht zu nehmenden Indizien würden nahe legen, dass er in den fraglichen Jahren keine selbstständige (Neben-)Erwerbstätigkeit ausgeübt habe. Er sei ausschliesslich als Gesellschafter des Baukonsortiums aufgetreten, wobei kein systematisches oder planmässiges Vorgehen erkennbar sei. Es handle sich dabei um eine einmalige Beteiligung am Baukonsortium, welche der privaten Vermögensanlage diene. Von einer Teilnahme am Wirtschaftsverkehr mit Gewinnabsicht könne nicht gesprochen werden, zumal H._____ sein Haupteinkommen im Rahmen einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit erziele und der Gewinnanteil eines Gesellschafters des Baukonsortiums relativ bescheiden sei. Seine Tätigkeit sei somit eine blosse Kapitalanlage in Immobilien und habe daher keinen betrieblichen Charakter.
Demgegenüber macht das BSV geltend, H._____ habe sich mit drei anderen Personen in einem Baukonsortium zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen, wobei der Zweck der Gesellschaft unter anderem in der Verwaltung verschiedener Liegenschaften bestehe. Damit verfolge sie einen Erwerbszweck. Umso mehr sei dies vor dem Hintergrund zu betrachten, dass das Baukonsortium Y._____ vier Gesellschafter aufweise, weshalb davon auszugehen sei, dass es sich bei den Liegenschaften um solche handle, die zwecks Erzielung von Einnahmen respektive Mieterträgen in eine einfache Gesellschaft eingebracht wurden. Dafür spreche auch die Höhe der in den Jahren 2003-2006 generierten Mietzinseinnahmen. Es handle sich daher eindeutig um eine Tätigkeit, die in ihrer Gesamtheit auf Erwerb ausgerichtet sei. Folglich sei der aus dem Baukonsortium erzielte Ertrag als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren.

3.3 Damit vermag das BSV die Begründung der Vorinstanz nicht als bundesrechtswidrig in Frage zu stellen. Aus der blossen Beteiligung an einem Konsortium lässt sich noch nichts Entscheidendes hinsichtlich Erwerbstätigkeit oder Vermögensverwaltung bzw. über Geschäfts- oder Privatvermögen ableiten. Es kommt auf die konkreten Gegebenheiten an. Hier ist der Zusammenschluss zu einem Baukonsortium vor allem mit dem Anlagevolumen (ein Haus mit sieben Stockwerkeinheiten) zu erklären (vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 72/01 vom 2. Mai 2002 E. 4a). Der Beschwerdegegner ist auch nicht im Liegenschaftshandel, sondern als Bankangestellter bzw. Bankverwalter tätig, also dem Anlagewesen nahe. Nach den Feststellungen des kantonalen Gerichts, welche das Beschwerde führende Amt nicht als offensichtlich unrichtig anzugreifen vermag und die folglich für das Bundesgericht verbindlich bleiben (E. 1), ist keine Tätigkeit (Art. 4 Abs. 1 AHVG) des Beschwerdegegners ausgewiesen, welche über die Konsortialbeteiligung hinausgeht. Ohne diese würden die (um die Gewinnungskosten zu bereinigenden) Mietzinseinnahmen als beitragsfreier Vermögensertrag aus Grundeigentum erscheinen. Bei dieser Sachlage gelangte die Vorinstanz ohne Verletzung von Bundesrecht zum Schluss, auf den von H._____ erzielten Erträgen seien keine Beiträge auf Einkommen aus selbstständiger (Neben-)Erwerbstätigkeit zu erheben.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, der Ausgleichskasse des Kantons Aargau und dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 24. März 2011
Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Meyer Scartazzini

9C_66_2016
Bundesgericht, 10. August 2016

Schadenersatzpflicht, Verwaltungsrat

9C_66/2016

Urteil vom 10. August 2016

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Meyer, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichterinnen Pfiffner, Moser-Szeless,
Gerichtsschreiber Furrer.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Stephan Fischer,
Beschwerdeführer,

gegen

Spida AHV-Ausgleichskasse,
Bergstrasse 21, 8044 Zürich,
Beschwerdegegnerin,

A.B._____,
B.B._____,
C.B._____,

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung (Haftung der Arbeitgeberin),

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 30. November 2015.

Sachverhalt:

A.
A._____ war von 19. Oktober 2005 bis 7. Februar 2007 Mitglied des Verwaltungsrats und danach bis 12. Oktober 2012 Vizepräsident des Verwaltungsrats der B._____ AG. Das Unternehmen war der Spida AHV-Ausgleichskasse (fortan: Ausgleichskasse) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Nachdem die Ausgleichskasse diverse Verlustscheine gegen die B._____ AG erwirkt hatte, verpflichtete sie A._____, A.B._____, B.B._____ sowie C.B._____, für entgangene Sozialversicherungsbeiträge der Jahre 2009-2011 Schadenersatz im Betrag von Fr. 296'195.35 zu leisten (Verfügungen vom 16.

September 2013). Auf Einsprache hin reduzierte die Ausgleichskasse die Schadenersatzforderung mit Entscheid vom 26. Februar 2014 auf Fr. 293'566.15.

B.
Eine hiegegen erhobene Beschwerde des A._____ wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich - nach Beiladung der anderen drei ins Recht Gefassten - mit Entscheid vom 30. November 2015 ab, soweit der Prozess nicht als gegenstandslos geworden abzuschreiben sei. Es verpflichtete A._____, der Ausgleichskasse in solidarischer Haftung mit den drei Beigeladenen Schadenersatz im Betrag von Fr. 73'683.70 zu leisten.

C.
A._____ führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, eventualiter subsidiäre Verfassungsbeschwerde, mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid, der Einspracheentscheid vom 26. Februar 2014 sowie die Verfügung vom 16. September 2013 seien vollumfänglich aufzuheben, eventualiter sei die Sache an die Vorinstanz zur Neubeurteilung zurückzuweisen. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragt er, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen.
Während die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde schliesst, lassen sich die Beigeladenen sowie das Bundesamt für Sozialversicherungen nicht vernehmen.

Erwägungen:

1.

1.1. Angefochten ist ein das Verfahren abschliessender Entscheid (Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG) in einer Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG), wobei die Streitwertgrenze von Fr. 30'000.- (Art. 85 Abs. 1 lit. a BGG; **BGE 137 V 51**) erreicht ist. Da die Voraussetzungen nach Art. 82 ff. BGG für die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erfüllt sind, ist auf die mit der Eingabe ebenfalls erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde nicht einzutreten (Art. 113 BGG).

1.2. Soweit die Aufhebung (auch) der Verfügung vom 16. September 2013 verlangt wird, ist darauf nicht einzugehen. Der Einspracheentscheid, nicht die Verfügung, bildete Anfechtungsgegenstand des erstinstanzlichen Beschwerdeverfahrens und trat damit an die Stelle der Verfügung. Diese, soweit angefochten, hat seit Erlass des Einspracheentscheides jede rechtliche Bedeutung verloren (**BGE 132 V 368** E. 6.1 i.f. S. 274 f.; **131 V 407** E. 2.1.2.1 S. 412; Urteil 9C_386/2013 vom 20. September 2013 E. 4).

2.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann u.a. die Verletzung von Bundesrecht gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG), die Feststellung des Sachverhalts nur, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

3.

Im angefochtenen Entscheid werden die Grundlagen der Arbeitgeberhaftung (Art. 52 AHVG; Art. 14 Abs. 1 AHVG in Verbindung mit Art. 34 ff. AHVV) und die hiezu ergangene Rechtsprechung, insbesondere betreffend die subsidiäre Haftung der Organe eines Arbeitgebers (**BGE 129 V 11**; **126 V 237**; **123 V 12** E. 5b S. 15; je mit Hinweisen), den Eintritt des Schadens mit der Ausstellung eines Pfändungsverlustscheins (**BGE 136 V 268** E. 2.6 S. 273), die Höhe des Schadens (**BGE 108 V 189** E. 2c S. 194), die erforderliche Widerrechtlichkeit (**BGE 118 V 193** E. 2a S. 195 mit Hinweisen), die Voraussetzung des qualifizierten Verschuldens und den dabei zu berücksichtigenden - differenzierten - Sorgfaltsmassstab (**BGE 108 V 199** E. 3a S. 202 und seitherige Rechtsprechung; vgl. auch THOMAS NUSSBAUMER, Die Haftung des Verwaltungsrates nach Art. 52 AHVG, in: AJP 9/96, S. 1077) zutreffend dargelegt. Darauf wird verwiesen.

4.
Nach den nicht offensichtlich unrichtigen und damit verbindlichen (E. 2 hievor) und im Übrigen unbestritten gebliebenen Feststellungen des kantonalen Gerichts ist die B._____ AG der ihr obliegenden Beitragsabrechnungs- und -ablieferungspflicht während Jahren in widerrechtlicher sowie schliesslich schadensverursachender Weise nur unzureichend nachgekommen. Der Beschwerdeführer war im gesamten hier massgebenden Zeitraum Vizepräsident des Verwaltungsrats und damit formelles Organ dieser Gesellschaft. Weiter steht fest, dass die zweijährige Verjährungsfrist nach Art. 52 Abs. 3 AHVG mit Erlass der Schadenersatzverfügungen gewahrt worden ist und sich der im Einspracheentscheid vom 26. Februar 2014 auf Fr. 293'566.15 bezifferte Schaden infolge zwischenzeitlich geleisteter Zahlungen auf Fr. 73'683.70 reduziert hat.

5.
Letztinstanzlich umstritten ist einzig das Verschulden des Beschwerdeführers. Ob die Vorinstanz Bundesrecht verletzte, indem sie von einem qualifiziert schuldhaften Verhalten des Beschwerdeführers ausging, ist als Rechtsfrage frei zu prüfen (Urteile 9C_276/2013 vom 28. Juni 2013 E. 3.1, 9C_347/2013 vom 3. Juli 2013 E. 3).

5.1. Die Vorinstanz ging von einem groben Verschulden des Beschwerdeführers aus mit der Begründung, dieser sei als formelles Organ verpflichtet gewesen, jederzeit die wirtschaftliche Lage der B._____ AG zu kennen. Aufgrund der Akten sei erstellt, dass ihm die Liquiditätsprobleme der Gesellschaft bekannt gewesen seien. Angesichts dieser Liquiditätsprobleme wäre der Beschwerdeführer auch als nicht geschäftsführender Verwaltungsrat verpflichtet gewesen, sich laufend einen Überblick über die hängigen Verbindlichkeiten und deren Bedeutung zu verschaffen, auch wenn die Geschäftsführung und insbesondere das Beitragswesen Sache des Verwaltungsratspräsidenten gewesen sei sollten. Dass Letzterer die relevanten Dokumente von sich aus nicht vorgelegt haben soll, sei nicht entscheidend, hätte sich der Beschwerdeführer doch selbst Kenntnis über den erheblichen Ausstand zu bezahlender Sozialversicherungsbeiträge verschaffen und die notwendigen Massnahmen ergreifen müssen. Ohne eigene Überprüfung und ohne erfolgte Dokumentation hätte er sich - zumal die Liquiditätslage der Gesellschaft äusserst angespannt gewesen sei - nicht auf die Aussagen und Zusicherungen des Verwaltungsratspräsidenten verlassen dürfen, wonach die Ausstände angegangen würden. Daran ändere nichts, dass die Gesellschaft die Beitragsschulden gemäss Kreditorenliste 2008 den Verbindlichkeiten mit der höchsten Priorität zugeordnet habe. Schliesslich vermöge sich der Beschwerdeführer nicht dadurch zu entlasten, dass der Verwaltungsratspräsident die alleinige Verantwortung auf sich genommen habe.

5.2. Der Beschwerdeführer wendet ein, die Vorinstanz habe sich nicht mit seinen Darlegungen betreffend das Verhalten des Verwaltungsratspräsidenten auseinandergesetzt und dadurch das rechtliche Gehör verletzt. Der Verwaltungsratspräsident habe entweder versucht, die Ausstände zu verheimlichen und den Verwaltungsrat mit falschen Bilanzen zu täuschen oder sei schlicht nicht in der Lage gewesen, die Ausstände und Schulden richtig zu bilanzieren. Unter diesen Umständen könne dem Beschwerdeführer nicht Grobfahrlässigkeit vorgeworfen werden. Auch habe er keine Veranlassung gehabt, von ausstehenden Beiträgen gegenüber der Beschwerdegegnerin auszugehen. Sämtliche Unterlagen hätten ausgewiesen, dass keine Häufung von grösseren, unbezahlten Sozialversicherungsbeiträgen vorgelegen hätten, und die geringen Ausstände seien immer in der Kategorie "sehr, sehr dringende Zahlungen" gelistet gewesen. Diese Ausstände seien denn auch nicht grösser geworden, sondern seien jährlich etwa gleich gross geblieben. Deshalb habe er von der Bezahlung derselben ausgehen dürfen. Die entsprechenden Unterlagen hätten keinen Anlass gegeben, an deren Richtigkeit zu zweifeln. Hinzu komme, dass er Arbeitnehmer der Unternehmung gewesen und gegenüber dem äusserst autoritären Verwaltungsratspräsidenten in einem Subordinationsverhältnis gestanden habe. Es sei realitätsfremd davon auszugehen, dass er in dieser Situation Bilanzen und Erfolgsrechnungen hätte hinterfragen sollen.

5.3. Der Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV gebietet, dass die Behörde die Vorbringen der betroffenen Person auch tatsächlich hört, prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Daraus folgt die Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen (**BGE 139 V 496** E. 5.1 S. 503). Dabei ist es nicht erforderlich, dass sie sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Vielmehr kann sie sich auf die für den Entscheid wesentlichen Punkte beschränken. Die Begründung muss so abgefasst sein, dass sich die betroffene Person über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und ihn in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen kann (**BGE 138 IV 81** E. 2.2 S. 84; **136 I 229** E. 5.2 S. 236 mit Hinweisen). Inwiefern der angefochtene Entscheid ungenügend begründet sein sollte, ist nicht ersichtlich. Es ergibt sich daraus mit genügender Klarheit, weshalb die Vorinstanz das Verhalten des Verwaltungsratspräsidenten nicht als Rechtfertigungsgrund qualifizierte. Der Beschwerdeführer vermochte das kantonale Urteil denn auch durchaus sachgerecht anzufechten. Mithin besteht kein Grund für eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz.

5.4. Soweit der Beschwerdeführer ein grobfahrlässiges Verhalten unter Hinweis darauf in Abrede stellt, dass der Verwaltungsratspräsident sich schuldhaft verhalten habe, indem er in Täuschungsabsicht oder aus Unvermögen die Ausstände und Schulden nicht richtig bilanziert habe, kann ihm nicht gefolgt werden. Eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens eines solidarisch Haftpflichtigen zieht das Bundesgericht bloss als eher theoretische Möglichkeit in Betracht, die, wenn überhaupt, nur bei einer ausgesprochen exzeptionellen Sachlage von praktischer Bedeutung sein kann; so etwa, wenn das Verschulden des in Anspruch genommenen Haftpflichtigen als so leicht erscheint und in einem derartigen Missverhältnis zum Verschulden des Dritten steht, dass es offensichtlich ungerecht wäre, wenn jener den ganzen Schaden tragen müsste (Urteil 9C_328/2012 vom 11. Dezember 2012 E. 2.3 mit Hinweis).
Von einer solchen Konstellation kann hier nicht gesprochen werden. Soweit der Beschwerdeführer vorbringt, er habe aufgrund der vom Verwaltungsratspräsidenten präsentierten Unterlagen keinen Handlungsbedarf erkennen können, ist dem entgegenzuhalten, dass ihm nach den verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz die Liquiditätsprobleme des Unternehmens sehr wohl bekannt waren. Angesichts der angespannten finanziellen Lage der Gesellschaft hätte

sich der Beschwerdeführer - im Rahmen der ihm nach Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR obliegenden, unübertragbaren Aufgaben - näher mit dem Geschäftsgang befassen, die finanziellen Abläufe im Betrieb kritisch verfolgen und nachprüfen müssen (Urteil H 251/03 vom 21. Oktober 2004 E. 6.2 mit Hinweisen). Dazu gehörte namentlich die Pflicht, sich über die bestehenden Verbindlichkeiten und deren korrekte Erfüllung zu informieren und nötigenfalls Massnahmen für deren ordnungsgemässe Zahlung zu treffen. Mit anderen Worten wäre der Beschwerdeführer gehalten gewesen, dafür besorgt zu sein, dass bei den fortgesetzten Lohnzahlungen die darauf ex lege geschuldeten paritätischen Beiträge abgeliefert und nicht für andere Zwecke verwendet werden (Urteile H 173/03 vom 4. Dezember 2003 E. 4.3.2 mit Hinweisen; MARCO REICHMUTH, Die Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe nach Art. 52 AHVG, 2008, S. 145 Rz. 628, S. 176 Rz. 738; THOMAS NUSSBAUMER, a.a.O., S. 1079). Zur Erfüllung dieser Pflicht hätte der Beschwerdeführer Einsicht in die entsprechenden Unterlagen - und nicht nur in Bilanzen und Erfolgsrechnungen - nehmen müssen. Weil die Einhaltung der gebotenen Sorgfalt Kenntnis der die Lohnabrechnungs- und Beitragspflicht betreffenden Belege voraussetzte, kann entgegen dem Beschwerdeführer schlechterdings nicht entscheidend sein, dass die vom Verwaltungsratspräsidenten vorgelegten Dokumente nicht den tatsächlichen Umfang der Ausstände gegenüber der Beschwerdegegnerin zeigten.
Im Übrigen - und selbst unter Ausblendung der schwierigen finanziellen Situation der AG - hätte schon das sorgfältige Studium der vom Verwaltungsratspräsidenten vorgelegten Unterlagen, wozu auch nicht geschäftsführende Gesellschafter verpflichtet sind (cura in custodiendo; **BGE 114 V 219** E. 4a S. 223 f.; Urteil H 34/04 vom 15. September 2004 E. 5.4.1, in: SVR 2005 AHV Nr. 7 S. 23; vgl. auch MARCO REICHMUTH, a.a.O., S. 143 Rz. 616), Unstimmigkeiten zu Tage gefördert. Insbesondere ist augenfällig, dass der in den Erfolgsrechnungen jeweils aufgeführte Sozialversicherungsaufwand "5411 Spida: AHV/ALV/Krankenk HT" mit Blick auf die ausgewiesenen Lohnaufwände ("Total Lohnaufwand Direkt"; z.B. 2006: Fr. 697'546.65; 2008: Fr. 945'018.02) und die Höhe der Sozialversicherungsbeiträge (2004-2010: AHV/IV/EO/ALV von total 12.1 % [nota bene noch ohne Familienzulagen und Verwaltungskosten]; Publikation "Entwicklung der Beitragssätze"; abrufbar unter <www.bsv.admin.ch/dokumentation>) ausserordentlich tief ausfiel (2006: Fr. 32'606.65; 2008: Fr. 42'227.10). Bereits diese Unstimmigkeit hätte den Beschwerdeführer verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen (nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen) und eine genaue und strenge Kontrolle hinsichtlich der Beobachtung gesetzlicher Vorschriften auszuüben (**BGE 114 V 219** E. 4a S. 224). Bereits aus diesem Grund geht der Einwand fehl, die entsprechenden Unterlagen hätten keinen Anlass gegeben, an deren Richtigkeit zu zweifeln.

5.5. Schliesslich ist der Umstand nicht entlastend, dass sich der Beschwerdeführer als Angestellter des Unternehmens gleichzeitig in einem Subordinationsverhältnis befand. Denn im Bereich von Art. 52 AHVG gilt ein objektivierter Verschuldensmassstab. Subjektive Entschuldbarkeit oder die Gründe für die Annahme des Verwaltungsratsmandats sind unbeachtlich (Urteil H 200/01 vom 13. November 2001 E. 3a, in: AHI 2002 S. 51; vgl. auch MARCO REICHMUTH, a.a.O., S. 129 Rz. 548 f.). Daher bleibt die formelle Organstellung und damit die strenge Haftung nach Art. 52 AHVG auch dann bestehen, wenn die Einsitznahme in den Verwaltungsrat aus einer arbeitsvertraglichen Verpflichtung heraus erfolgt (Urteil H 37/00 vom 21. November 2000 E. 3a/b). Sofern sich der Beschwerdeführer aufgrund des - seiner Schilderung nach - "äusserst autoritären" Verwaltungsratspräsidenten bzw. der Furcht vor arbeitsrechtlichen Sanktionen nicht in der Lage sah, die gesetzlichen Kontrollrechte und Aufsichtspflichten auszuüben, deren Wahrnehmung in der Beschwerde als "unrealistisch" bezeichnet wird, rührt der Schuldvorwurf gerade aus dem Umstand, sich auf eine Verwaltungsratsstellung in Verhältnis-

sen eingelassen (bzw. nicht umgehend demissioniert) zu haben, welche die gesetzlich vorgeschriebene Erfüllung dieses Amtes (Art. 716a OR) verunmöglichen (erwähntes Urteil H 37/00 E. 3b bb; **BGE 112 V 1** E. 2b S. 3).

6.
Nach dem Gesagten hält der angefochtene Entscheid vor Bundesrecht stand. Die Beschwerde ist abzuweisen. Aufgrund der Bindung des Bundesgerichts an die Rechtsbegehren der Parteien (Art. 107 Abs. 1 BGG), die eine Abänderung zu Lasten des Beschwerdeführers (reformatio in peius) ausschliesst, braucht nicht geprüft zu werden, ob die in Dispositiv-Ziff. 1 statuierte solidarische Haftung mit den Beigeladenen im auf Fr. 73'683.70 festgesetzten Betrag bundesrechtskonform ist.

7.
Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um aufschiebende Wirkung gegenstandslos (Urteil 9C_262/2010 vom 12. Juli 2010 E. 6, in: SVR 2011 BVG Nr. 4 S. 13).

8.
Der unterliegende Beschwerdeführer trägt die Verfahrenskosten (Art. 66 Abs. 1 Satz 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 1'500.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, A.B._____, B.B._____, C.B._____, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Tribunal fédéral, II^e Cour de droit social
Arrêt du 3 avril 2014 dans la cause X. contre Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS. Instance précédente: Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour des assurances sociales (recours 9C_593/2013)

(Publication prévue dans le Recueil officiel)

Unterstellung unter die schweizerische AHV; internationalrechtlicher Sachverhalt; Ehepaar.

Art. 1a Abs. 1 lit. a, Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG. Klärung der Frage, ob der nichterwerbstätige Ehegatte (schweizerische und englische Staatsangehörigkeit), dessen Ehepartner (schweizerische Staatsangehörigkeit) in Frankreich erwerbstätig ist und wohnt, der schweizerischen AHV obligatorisch unterstellt ist, wenn bezogen auf den ersten Ehegatten ein schweizerischer Wohnsitz besteht. Unter den konkreten Umständen besteht eine obligatorische Unterstellung unter die schweizerische AHV. Die vom anderen erwerbstätigen Ehegatten in Frankreich bezahlten Sozialversicherungsbeiträge führen nicht dazu, dass nach Art. 3 Abs. 3 lit. a AHVG der in der Schweiz wohnhafte nichterwerbstätige Ehegatte von den AHV-Beiträgen befreit ist (E. 9).

Assujettissement à l'AVS suisse; état de fait relevant du droit international; couple.

Art. 1a al. 1 lit a, art. 3 al. 3 lit. a LAVS. Réponse à la question de savoir si le conjoint (ressortissant suisse et britannique) sans activité lucrative dont le partenaire (ressortissant suisse) exerce une activité lucrative en France et y est domicilié est obligatoirement soumis à l'AVS suisse s'il est domicilié en Suisse. Les circonstances concrètes justifient un assujettissement à l'AVS suisse. Les cotisations que paie l'autre conjoint aux assurances sociales en France n'ont pas pour conséquence de libérer le conjoint sans activité lucrative domicilié en Suisse de l'obligation de cotiser à l'AVS au sens de l'art. 3 al. 3 lit. a LAVS (consid. 9).

Assoggettamento all'AVS svizzera; fattispecie di diritto internazionale; coniugi.

Art. 1a cpv. 1 lett. a, art. 3 cpv. 3 lett. a LAVS. Chiarimento della questione di sapere se il marito non esercitante attività lucrativa (cittadinanza svizzera e inglese), il cui coniuge (cittadinanza svizzera) lavora e vive in Francia, é obbligatoriamente assoggettato all'AVS svizzera, quando per il primo coniuge sussiste un domicilio in Svizzera. Alla luce delle circostanze concrete, esiste un assoggettamento obbligatorio all'AVS svizzera. Il fatto che l'altro coniuge esercitante attività lucrativa in Francia paghi i contributi sociali, non implica che il coniuge senza attività lucrativa domiciliato in Svizzera sia esentato dai contributi AVS in base all'art. 3 cpv. 3 lett. a LAVS (consid. 9).

Etat de fait:

Née en 1962, X., ressortissante suisse et britannique, est mariée à A., ressortissant suisse. Elle réside depuis le 18 août 2011 avec ses deux enfants à O. et n'exerce aucune activité lucrative. A., quant à lui, est domicilié et travaille en France, pour le compte d'un employeur français.

Le 22 août 2011, l'agence communale d'assurances sociales de O. a interpellé X. pour s'assurer de la régularité de son affiliation à une caisse de compensation AVS/AI. Par courrier du 12 octobre 2011, A. a répondu que son épouse était considérée comme dépendante au sens de la législation française et qu'elle avait droit, compte tenu des cotisations versées par son époux au régime de sécurité sociale français, aux prestations «Vieillesse et Survivants». Par courriers des 10 novembre 2011 et 14 février 2012, la Caisse cantonale vaudoise de compensation AVS/AI (ci-après: la caisse), à laquelle le dossier a été transmis, a confirmé le bien-fondé de l'assujettissement de X. à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse après avoir au préalable requis l'avis de l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), secteur des affaires internationales (courrier du 30 janvier 2012).

Par deux décisions provisoires du 23 avril 2012, la caisse a fixé sur la base de la fortune du couple et du revenu annuel de A. le montant des cotisations personnelles de l'intéressée dues pour les années 2011 et 2012, respectivement pour la période du 1er septembre 2011 au 31 décembre 2011 et du 1er janvier 2012 au 31 décembre 2012. Le même jour, elle a réclamé le montant de 3 492 fr. 70 au titre des cotisations arriérées pour la période du 1er septembre 2011 au 31 mars 2012 (y compris les frais administratifs) et le paiement des intérêts moratoires pour un montant de 32 fr. 05. L'opposition formée par l'assurée à l'encontre de ces décisions a été rejetée par décision du 23 mai 2012.

X. a recouru contre la décision du 23 mai 2012 auprès du Tribunal cantonal du canton de Vaud, Cour des assurances sociales, en produisant un avis de droit du 21 août 2012 de B., professeur à l'Université de Y. Par jugement du 24 juin 2013, le Tribunal cantonal du canton de Vaud a rejeté le recours de l'assurée.

X. interjette un recours en matière de droit public ainsi qu'un recours constitutionnel subsidiaire contre ce jugement. Elle conclut, principalement, à la réforme de l'arrêt cantonal en ce sens qu'elle n'est pas assujettie à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité obligatoire; subsidiairement elle requiert de ne pas être assujettie à compter du 1er avril 2012. Plus subsidiairement encore, elle conclut au renvoi du dossier à la juridiction cantonale pour nouvelle décision «au sens des considérants»; le tout sous suite de frais et dépens.

Le 7 novembre 2013, X. a requis la tenue de débats. Le 27 novembre suivant, elle a demandé la suspension de la cause.

Invités à se prononcer, la caisse et l'OFAS ont conclu au rejet du recours. L'assurée a présenté des observations complémentaires le 28 février 2014.

Considérants en droit:

1. Le recours en matière de droit public remplit les conditions de recevabilité posées par les art. 82 à 85 LTF. Partant, en raison de son caractère subsidiaire, le recours constitutionnel n'est pas recevable (art. 113 LTF).

2.

2.1. La recourante requiert la suspension de la procédure fédérale. Elle a fait savoir que parallèlement à son recours, elle avait saisi le Comité mixte, responsable de la bonne application des accords bilatéraux entre la Suisse et l'Union européenne. Sa requête avait été transmise à la Direction générale Emploi au sein de l'Union européenne, laquelle de-

vait se prononcer dans le courant du mois de décembre 2013. Il convenait dès lors de suspendre la procédure devant la Cour de céans jusqu'à droit connu sur l'échange de vues entre le Comité mixte, ladite Direction et les autorités suisses, voire jusqu'à la décision que les autorités suisses pourraient éventuellement prendre à la suite de cet échange.

2.2. Selon l'art. 6 al. 1 PCF (applicable par renvoi de l'art. 71 LTF), le juge peut ordonner la suspension du procès pour des raisons d'opportunité, notamment lorsque le jugement d'un autre litige peut influencer l'issue du procès (FLORENCE AUBRY GIRARDIN, Commentaire de la LTF, 2009, n° 9 *ad* art. 71 LTF). En l'occurrence, on ne se trouve pas dans la situation exceptionnelle où une suspension de procédure peut être exigée. Il n'existe, en effet, aucune certitude que les autorités suisses rendront une décision et qui plus est qu'elle sera favorable à la recourante. Dès lors, dans la mesure où la cause est en état d'être jugée, il n'apparaît pas opportun de suspendre l'examen du recours.

3. La recourante a également déposé une requête tendant à la tenue de débats. La procédure de recours devant le Tribunal fédéral est en principe écrite et la partie recourante doit présenter ses arguments dans le mémoire de recours. La tenue de débats devant le Tribunal fédéral revêt un caractère exceptionnel et les parties n'ont en principe aucun droit à ce qu'il y soit procédé (art. 57 ss LTF; arrêt 2C_844/2009 du 22 novembre 2010 consid. 3.2.3; JEAN-MAURICE FRÉSARD, Commentaire de la LTF, Berne 2009, n. 9 *ad* art. 57 LTF). Il n'y a notamment pas lieu d'organiser des débats lorsque le recours ne soulève, comme en l'espèce, aucune question de fait ou de droit qui ne puisse être jugée de manière appropriée sur la base des pièces du dossier. La recourante a eu l'occasion d'exposer par écrit ses arguments dans son acte de recours. Aussi n'y a-t-il pas lieu de donner suite à sa demande.

4. Saisi d'un recours en matière de droit public (art. 82 ss LTF), le Tribunal fédéral exerce un pouvoir d'examen limité. Il applique le droit d'office (art. 106 al. 1 LTF), y compris les traités internationaux conclus par la Suisse (*cf.* art. 95 let. b LTF; ATF 135 II 243 consid. 2 p. 248), et statue sur la base des faits retenus par l'autorité précédente (art. 105 al. 1 LTF). Il peut néanmoins rectifier ou compléter d'office l'état de fait du jugement entrepris si des lacunes ou des erreurs manifestes lui apparaissent aussitôt (art. 105 al. 2 LTF).

5.

5.1. Le litige porte sur l'assujettissement obligatoire de la recourante à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse relatif aux années 2011 et 2012. Présentant un caractère transfrontalier, dans la mesure où le mari de la recourante travaille et réside en France, il doit être tranché non seulement au regard des normes du droit suisse en matière d'AVS, mais également à la lumière des dispositions de l'Accord du 21 juin 1999 entre la Confédération suisse, d'une part, et la Communauté européenne et ses Etats membres, d'autre part, sur la libre circulation des personnes (ALCP; RS 0.142.112.681) et des règlements auxquels il renvoie.

5.2. Jusqu'au 31 mars 2012, les parties contractantes appliquaient entre elles le Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (ci-après: règlement n° 1408/71). Une décision n° 1/2012 du Comité mixte du 31 mars 2012 (RO 2012 2345) a actualisé le contenu de l'annexe II à l'ALCP avec effet au 1er avril 2012 en prévoyant, en particulier, que les Parties appliqueraient désormais entre elles le Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, modifié par le Règlement (CE) n° 988/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 (ci-après: règlement n° 883/2004). Le règlement n° 883/2004 (RS 0.831.109.268.1) – qui a donc remplacé le règlement n° 1408/71 – n'ouvre toutefois aucun droit pour la période antérieure à la date de son application (ATF 138 V 392 consid. 4.1.3 p. 396). Compte tenu des périodes en cause (années 2011 et 2012), le litige doit être tranché sous l'angle des deux règlements précités. Le jugement entrepris expose de manière complète les normes de droit suisse et communautaire applicables au présent cas, si bien qu'on peut y renvoyer.

5.3. Les parties ne contestent pas que la recourante entre dans le champ d'application personnel des règlements de coordination précités. On rappellera néanmoins qu'en ce qui concerne en particulier l'application du règlement n° 1408/71, dès lors qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, ni des allégations de la recourante, que celle-ci aurait par le passé exercé une activité lucrative en France, en Suisse ou dans un autre Etat membre de l'Union européenne, elle ne peut se prévaloir de la qualité de travailleur au sens de l'art. 2 par. 1 du règlement n° 1408/71 contrairement à ce qu'elle soutient (*cf.* ATF 134 V 236 consid. 5.2.3 p. 244 et les références). En tant que conjointe d'un ressortissant suisse exerçant une activité salariée en France, elle doit être considérée comme un membre de la famille d'un travailleur soumis à la législation d'un Etat membre de l'Union européenne et entre en tant que tel dans le champ d'application personnel du règlement n° 1408/71.

5.4. Ressortissante suisse et britannique, résidant en Suisse, dont le mari de nationalité suisse travaille et réside en France, la recourante entre également dans le champ d'application personnel du règlement n° 883/2004 (*cf.* art. 2 par. 1 du règlement n° 883/2004).

6.

6.1. Le Titre II du règlement n° 1408/71 (art. 13 à 17bis) contient des règles qui permettent de déterminer la législation applicable pour toute la généralité des cas. L'art. 13 par. 1 énonce le principe de l'unicité de la législation applicable en fonction des règles contenues aux art. 13 par. 2 à 17bis, dans le sens de l'applicabilité de la législation d'un seul Etat membre.

6.2. En principe, le travailleur salarié est soumis à la législation de son Etat d'occupation salariée, même s'il réside sur le territoire d'un autre Etat membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre Etat membre. L'art. 13 par. 2 let. a du règlement n° 1408/71 consacre ainsi le principe de l'assujettissement à la législation du pays de l'emploi *(lex loci laboris)*. Selon l'art. 13 par. 2 let. f du règlement n° 1408/71, la personne à laquelle la législation d'un Etat membre cesse d'être applicable, sans que la législation d'un autre Etat membre lui devienne applicable en conformité avec l'une des règles

énoncées aux alinéas précédents ou avec l'une des exceptions ou règles particulières visées aux art. 14 à 17, est soumise à la législation de l'Etat membre sur le territoire duquel elle réside, conformément aux dispositions de cette seule législation.

6.3. Comme l'ont dûment exposé les premiers juges, les règles de conflit contenues au Titre II (art. 11 à 16) du règlement n° 883/2004 diffèrent peu de celles du règlement n° 1408/71. L'art. 11 par. 3 let. a du règlement n° 883/2004 fixe également comme principe général le rattachement à la loi du pays de l'emploi. Ce principe connaît toutefois diverses exceptions, notamment celle de l'art. 11 par. 3 let. e qui stipule que les personnes autres que celles visées aux let. a) à d) dudit paragraphe sont soumises à la législation de l'Etat membre de résidence, sans préjudice d'autres dispositions du présent règlement qui leur garantissent des prestations en vertu de la législation d'un ou de plusieurs autres Etats membres.

7.

7.1. Appréciant la situation au regard des deux règlements communautaires de coordination, la juridiction cantonale a retenu que le principe de l'assujettissement au pays du lieu de travail *(lex loci laboris)* ne s'appliquait pas à la recourante. Celle-ci étant sans activité lucrative, il convenait d'appliquer, conformément aux art. 13 par. 2 let. f du règlement n° 1408/71 (pour la période du 1er janvier 2011 au 31 mars 2012) et 11 par. 3 let. e du règlement n° 883/2004 (à partir du 1er avril 2012), la législation de l'Etat membre de résidence, soit le droit suisse compte tenu du domicile de l'assurée à O. Le fait que l'époux de la recourante travaillait et résidait en France n'y changeait rien.

7.2. La recourante conteste ce point de vue. Selon elle, les membres de la famille devraient être rattachés à la législation du pays d'emploi du travailleur. Le renvoi que les art. 13 al. 2 let. a du règlement n° 1408/71 et 11 par. 3 let. a du règlement n° 883/2004 font au droit français ne concernerait donc pas uniquement le travailleur, mais engloberait également les membres de la famille, ceux-ci n'étant pas des «électrons libres».

8.

8.1. Au regard des arguments invoqués par la recourante, il n'y a pas lieu de s'écarter de l'interprétation et de l'application que la juridiction cantonale a faite du droit communautaire et qui l'a conduite à reconnaître le bien-fondé de l'assujettissement de l'intéressée à l'assurance-vieillesse et survivants suisse (*cf.* art. 1a al. 1 let. a LAVS). Contrairement à ce que soutient la recourante, les règlements n° 1408/71 et n° 883/2004 n'imposent pas (même d'un point de vue téléologique) d'appliquer la même législation au travailleur migrant et aux membres de sa famille n'exerçant pas d'activité lucrative et résidant dans un Etat autre que l'Etat compétent. Alors que le travailleur salarié est en principe soumis à l'ordre juridique du pays de l'emploi (art. 13 par. 2 let. a du règlement n° 1408/71 et 11 par. 3 let. a du règlement n° 883/2004), les membres de la famille n'exerçant pas d'activité lucrative se voient, quant à eux, appliquer la législation de leur lieu de résidence (art. 13 par. 2 let. f du règlement n° 1408/71 et 11 par. 3 let. e du règlement n° 883/2004) et ce, tant qu'il ne s'agit pas de bénéficier des droits découlant du statut d'assuré du membre auquel ils sont liés (HEINZ-DIETRICH STEINMEYER, in: Maximilian Fuchs [Hrsg.], Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 6e éd., Baden-Baden 2013, n° 36 *ad* art. 11 du règlement n° 883/2004; voir également dans ce sens, EDGAR IMHOF, Über die Kollisionsnormen der Verordnung Nr. 1408/71 [anwendbares Sozialrecht, zugleich Versicherungsunterstellung], RSAS 2008, p. 337 et sv.).

8.2. La recourante ne peut rien tirer de la couverture d'assurance-maladie dont elle bénéficie en France par le biais de son mari et qui lui a permis d'être exemptée de son obligation de s'assurer à l'assurance-maladie suisse. Le rattachement de la recourante à l'assurance-maladie française en raison de l'activité professionnelle de son mari dans ce pays n'entraîne pas son assujettissement au régime de sécurité sociale français pour tous les autres risques entrant dans le champ d'application matériel des règlements n° 1408/71 et 883/2004 (*cf.* art. 4 par. 1 du règlement n° 1408/71 et 3 par. 1 du règlement n° 883/2004), l'assurée restant soumise à la législation suisse en ce qui concerne les autres risques (*cf.* ATF 135 V 339 consid. 4 p. 342). Ni l'ancien règlement, ni le nouveau règlement, ne prévoient, en effet, une «attraction» des différentes branches de la sécurité sociale allant dans le sens voulu par la recourante.

8.3. Il apparaît, au contraire, que le droit communautaire permet, dans certains cas, de déroger au principe de l'unicité de la législation applicable (*cf. supra* consid. 6.1) et de traiter différemment les branches de la sécurité sociale entrant dans son champ d'application, notamment lorsqu'il s'agit d'éviter les situations de cumuls de législation et de chevauchements inutiles. Aussi, dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral a-t-il rappelé que si le droit communautaire tendait en principe à ce que les intéressés soient soumis au régime de la sécurité sociale d'un seul Etat membre, il pouvait néanmoins arriver des situations où deux législations nationales concurrentes s'appliquaient. Tel était notamment le cas lorsque le titulaire d'une rente due au titre de la législation d'un Etat membre résidait sur le territoire d'un autre Etat membre. Une exemption ne pouvait être accordée qu'à des conditions très précises, soit uniquement lorsque le régime d'assurance dont l'exemption était demandée n'était pas susceptible d'apporter à la personne intéressée un bénéfice correspondant aux contributions versées. Le but recherché par le système de l'exemption était clairement d'éviter une situation inutile de double assurance. Tel était manifestement le cas en matière d'assurance-maladie, lorsque la personne assurée avait déjà droit aux prestations équivalentes de cette assurance en vertu de la législation d'un autre Etat membre. En revanche, s'agissant d'une personne au bénéfice d'une pension ou d'une rente d'un autre Etat membre, le Tribunal fédéral a jugé que celle-ci ne subissait aucun préjudice du fait d'une affiliation obligatoire à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse, dès lors que les cotisations qu'elle aurait versées lui donneraient droit à une rente qui viendrait compléter la rente étrangère (ATF 138 V 197 consid. 5.6.2 p. 205 et les références).

En l'occurrence, la recourante n'a pas démontré qu'elle bénéficiait en France d'une couverture d'assurance vieillesse, décès et invalidité équivalente à celle dont elle pouvait se prévaloir en Suisse et que, partant, son assujettissement à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse conduirait à une situation inutile de double assurance. Au contraire, comme l'ont retenu les premiers juges, son affiliation à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse lui permet de bénéficier de droits spécifiques, que lui confère la lé-

gislation topique, au premier rang desquels figure l'octroi d'une rente de vieillesse, qui viendra s'ajouter, le cas échéant, à une éventuelle rente étrangère. La situation n'est donc pas similaire à ce qui prévaut en matière d'assurance-maladie où la personne assurée a déjà droit à des prestations équivalentes de cette assurance en vertu de la législation d'un autre Etat membre. Contrairement à ce que soutient la recourante, le simple fait que le législateur suisse a prévu un montant maximal pour la rente ordinaire de vieillesse correspondant au double du montant de la rente minimale (*cf.* art. 34 al. 3 LAVS) et que la rente de vieillesse, qui lui sera versée le moment venu, pourrait – si une rente était également servie à son époux par l'assurance-vieillesse suisse – être plafonnée à 150% de ce montant maximal (art. 35 LAVS), ne permet pas de conclure qu'une affiliation au régime d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse ne lui procurera pas un avantage correspondant aux cotisations qu'elle aura versées.

9. La recourante considère que son obligation de cotiser en Suisse alors que son mari paie déjà des cotisations en France conduit à une situation de double imposition du revenu de celui-ci et constitue par conséquent une entrave à la libre circulation garantie par l'ALCP.

9.1. Le droit suisse prévoit que le conjoint sans activité lucrative est réputé avoir payé des cotisations AVS lorsque son conjoint qui exerce une activité lucrative verse des cotisations équivalant au moins au double de la cotisation minimale (*cf.* art. 3 al. 3 let. a LAVS). Au regard de cet article se pose la question de savoir si en vertu du droit communautaire, en particulier du nouvel art. 5 let. b introduit par le règlement n° 883/2004, qui consacre le principe d'assimilation, les cotisations versées par le mari de la recourante en France doivent être assimilées à des cotisations suisses.

9.2. L'art. 5 let. b introduit par le règlement n° 883/2004 a étendu le principe d'assimilation à tout fait ou événement auquel la législation applicable attribue des conséquences juridiques. Il prévoit que si, en vertu de la législation de l'Etat membre compétent, des effets juridiques sont attribués à la survenance de certains faits ou événements, cet Etat membre tient compte des faits ou événements semblables survenus dans tout autre Etat membre comme si ceux-ci étaient survenus sur son propre territoire. Le principe posé par cette disposition n'est toutefois pas illimité. Le considérant 11 du Préambule du règlement n° 883/2004 prévoit que l'assimilation de faits ou d'événements survenus dans un Etat membre ne peut en aucune façon rendre un autre Etat membre compétent ou sa législation applicable. Le considérant 12 dudit préambule stipule, quant à lui, que compte tenu de la proportionnalité, il convient de veiller à ce que le principe d'assimilation des faits ou événements ne donne pas lieu à des résultats objectivement injustifiés ou à un cumul de prestations de même nature pour la même période.

9.3. Contrairement à la thèse soutenue par le professeur B. dans son avis de droit du 21 août 2012 auquel se réfère la recourante (*cf.* également l'article sur cette thématique: BETTINA KAHIL-WOLFF, Le nouveau Règlement 883/04 et le statut AVS des personnes mariées sans activité lucrative, RSAS 56/2012, p. 528 ss), il n'y a pas lieu de s'écarter de l'appréciation des premiers juges, selon laquelle le principe d'assimilation garanti par le nouvel art. 5 let. b du règlement n° 883/2004 ne permet pas d'assimiler les cotisations versées par le mari au régime de sécurité sociale français – pour un montant équivalant apparemment à plus du double de la cotisation minimale en Suisse – au versement de cotisations AVS et de conduire à l'exonération de la recourante de son obligation de cotiser à l'assurance suisse sur la base de l'art. 3 al. 3 let. a LAVS. Comme l'ont considéré à juste titre les juges cantonaux, retenir le contraire reviendrait à faire supporter à la communauté des assurés du régime de sécurité sociale suisse le versement d'une rente de vieillesse à la recourante sans que ni celle-ci, ni son mari, n'aient eu à s'acquitter de cotisations en Suisse, ce qui conduirait à un résultat objectivement injustifié allant à l'encontre du système voulu par le législateur dans le cadre de la LAVS, ainsi que des limitations posées par les Etats membres au principe d'assimilation (*cf.* considérant 12 du Préambule du règlement n° 883/2004). Critiquant le jugement cantonal, la recourante soutient que si elle était dispensée de verser des cotisations au sens de l'art. 3 al. 3 let. a LAVS, elle ne toucherait pas de prestations de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse. Le raisonnement de la recourante ne peut être suivi. Du moment qu'elle doit être affiliée à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse, elle pourra faire valoir un droit à des prestations de cette assurance. Tel serait également le cas s'il fallait admettre que les cotisations versées au régime de sécurité sociale français par son conjoint devaient être assimilées à des cotisations AVS dans le cadre de l'art. 3 al. 3 let. a LAVS, dès lors que la fiction prévue par cette disposition permet au conjoint sans activité lucrative d'acquérir un droit propre et irrévocable aux prestations de l'assurance-vieillesse et survivants sans qu'il ait lui-même cotisé (ATF 136 V 24 consid. 7.3.1 p. 31, 126 V 417 consid. 3 p. 419 et les références).

L'absence de prise en compte des cotisations versées par le conjoint de la recourante à l'assurance française dans le cadre de l'art. 3 al. 3 let. a LAVS se justifie également au regard du considérant 10 du Préambule du règlement n° 883/2004. Selon celui-ci, «le principe d'assimilation de certains faits ou événements survenus sur le territoire d'un autre Etat membre à des faits ou événements semblables survenus sur le territoire de l'Etat membre dont la législation est applicable ne devrait pas interférer avec le principe de totalisation des périodes d'assurance, d'emploi, d'activité non salariée ou de résidence accomplies sous la législation de tout autre Etat membre avec les périodes accomplies sous la législation de l'Etat membre compétent. En conséquence, la prise en compte de périodes accomplies sous la législation de tout autre Etat membre ne devrait relever que de l'application du principe de totalisation des périodes» (*cf.* sur le principe de la totalisation des périodes l'art. 6 du règlement n° 883/2004). En l'occurrence, il s'agit de déterminer si les cotisations versées par le conjoint de l'intéressée à l'assurance étrangère peuvent être assimilées à des cotisations suisses dans le cadre de l'assujettissement obligatoire de la recourante au régime suisse d'assurance-vieillesse, survivants et invalidité; il s'agit donc d'une question d'assujettissement à une assurance sociale et de l'obligation de verser des cotisations dans le cadre de cet assujettissement. On ne se trouve, dès lors, pas dans un cas d'application du principe de totalisation des périodes d'assurance, étant précisé que la législation suisse ne subordonne pas l'accès à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité obligatoire à l'accomplissement de périodes d'assurance. On relèvera, par ailleurs,

que selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, il appartient aux Etats membres de déterminer les conditions du droit ou de l'obligation de s'affilier à un régime de sécurité sociale, à condition qu'il ne soit pas fait à cet égard de discrimination ostensible ou dissimulée entre nationaux et ressortissants des autres Etat membres; ceux-ci sont également tenus de respecter les dispositions de droit communautaire en vigueur (ATF 131 V 209 consid. 5.2 p. 212 et les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes cités). Dans un cas similaire au cas d'espèce, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de juger que l'art. 3 al. 3 let. a LAVS n'était pas constitutif d'une discrimination directe, dès lors qu'il s'appliquait indépendamment de la nationalité des personnes visées par cet article. En outre, il a considéré que s'il fallait admettre que cette disposition pourrait conduire à une discrimination indirecte, celle-ci devrait être considérée comme objectivement justifiée au regard de la notion même d'assurance et de son but (*cf.* arrêt H 114/05 du 9 mai 2007 consid. 4.3.2 et les arrêts cités, in SVR 2008, AHV n° 15, p. 45).

9.4. En ce qui concerne le grief de la recourante selon lequel son assujettissement à l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité suisse représenterait un cumul de charges trop lourdes au sens de l'art. 1a al. 2 let. b LAVS, la caisse intimée et, à sa suite, les premiers juges, ont à bon droit retenu qu'il s'agissait ici de l'obligation de cotiser de l'intéressée et non de celle de son époux. De son côté, comme cela a déjà été relevé (*cf. supra* consid. 8.3), la recourante n'a pas démontré qu'elle était affiliée – que ce soit à titre obligatoire ou facultatif – au régime de sécurité sociale français pour les risques vieillesse, décès et invalidité et qu'elle y cotisait. Il est vrai que le revenu de l'époux de la recourante sert à la fois de base de calcul à l'assurance étrangère et à l'assurance suisse (dans ce cas, à raison de la moitié); les cotisations respectives des deux époux ouvriront, toutefois, chacune le droit à des prestations correspondantes sous forme de rentes, envers l'assurance étrangère concernant le conjoint de la recourante et envers l'assurance suisse pour la recourante (ATF 125 V 230 consid. 3c p. 234). Compte tenu de l'argumentation de la recourante, il n'y a, dès lors, pas lieu d'examiner plus avant le calcul des cotisations litigieuses opéré par la caisse intimée en conformité avec les dispositions topiques, le Tribunal fédéral ayant reconnu à plusieurs reprises la légalité de ce calcul (ATF 125 V 230 consid. 3a p. 233).

9.5. Enfin, si le législateur a prévu d'exempter les ressortissants étrangers qui bénéficient de privilèges et d'immunités conformément aux règles du droit international public (art. 1a al. 2 let. a LAVS) en raison de leur statut particulier, on ne peut appliquer par analogie le sort réservé aux membres de leur famille n'exerçant pas d'activité lucrative (art. 1b let. b RAVS) à la situation de la recourante. Il en va de même en ce qui concerne les fonctionnaires internationaux de nationalité suisse et les membres de leur famille. Partant, l'intimée n'a pas fait preuve d'arbitraire en n'appliquant pas le traitement réservé à cette catégorie d'assurés à la situation de la recourante.

Elaboré par U. Kieser

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

9C_515/2015

Urteil vom 1. März 2016

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Glanzmann, Präsidentin,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Pfiffner, Bundesrichter Parrino, Bundesrichterin Moser-Szeless
Gerichtsschreiber Fessler.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Walter Studer,
Beschwerdeführer,

gegen

Ausgleichskasse Luzern,
Würzenbachstrasse 8, 6006 Luzern,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid
des Kantonsgerichts Luzern
vom 17. Juni 2015.

Sachverhalt:

A.
A._____ ist als Selbständigerwerbender der Ausgleichskasse Luzern angeschlossen. Seit 1. Januar 2004 ist er über das Vorsorgewerk B._____ freiwillig bei der Sammelstiftung Vorsorge der Zentralschweiz für ein Einkommen von Fr. 500'000.- spar- und risikoversichert. 2009 tätigte er Einlagen (ohne Risikobeiträge) von insgesamt Fr. 1'688'000.- (Fr. 108'000.- [ordentliche Beiträge] + Fr. 1'580'000.- [Einkauf von Beitragsjahren]). Gestützt auf die Meldung der zuständigen Steuerbehörde für die direkte Bundessteuer vom 9. September 2013 setzte die Ausgleichskasse mit Verfügung vom 26. September 2013 die persönlichen Beiträge für 2009 fest. Bemessungsgrundlage bildete ein beitragspflichtiges Einkommen von Fr. 230'700.- (Fr. 208'812.- [Fr. 296'589.- - Fr. 87'777.- (ein Neuntel von der Hälfte der Einkaufssumme)] + Fr. 21'919.- [Aufrechnung der steuerlich abgezogenen Sozialversicherungsbeiträge]). Mit Einspracheentscheid vom 9. Mai 2014 korrigierte die Ausgleichskasse die Beitragsfestsetzung für 2009 insofern, als sie neu den Einkauf von Beitragsjahren bis zur Hälfte des von der zuständigen Steuerbehörde für die direkte Bundessteuer gemeldeten

Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit (Fr. 296'589.-), d.h. in der Höhe von Fr. 148'294.-, zum Abzug zuliess.

B.
Die Beschwerde des A._____ wies das Kantonsgericht Luzern, 3. Abteilung, mit Entscheid vom 17. Juni 2015 ab.

C.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt A._____ zur Hauptsache, der Entscheid vom 17. Juni 2015 sei aufzuheben und ihm für die Beitragsperiode vom 1. Januar bis 31. Dezember 2009 der hälftige Einkauf in die berufliche Vorsorge als Abzug zu gewähren und ein AHV-pflichtiges Einkommen von Minus Fr. 432'411.- festzusetzen.
Die Ausgleichskasse Luzern und das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) ersuchen um Abweisung der Beschwerde.
A._____ hat sich im Rahmen des Replikrechts zu den Vernehmlassungen von Ausgleichskasse und BSV geäussert (Eingabe vom 11. Januar 2016).

Erwägungen:

1.
Der Beschwerdeführer hatte 2009 im Rahmen der freiwilligen beruflichen Vorsorge (2. Säule) eine Einlage von Fr. 1'580'000.- zwecks Einkauf von Beitragsjahren gemacht. Gemäss angefochtenem Entscheid kann von dieser Summe die Hälfte des von der zuständigen Steuerbehörde für die direkte Bundessteuer für dieses Jahr gemeldeten Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit (Fr. 296'589.-), somit Fr. 148'294.-, vom Einkommen abgezogen werden (Art. 9 Abs. 1 und Abs. 2 lit. e AHVG). Der Beschwerdeführer reklamiert einen Abzug in der Höhe von Fr. 790'000.- entsprechend der Hälfte der Einkaufssumme.

2.

2.1. Nach Art. 9 AHVG ist jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit ist, Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit (Abs. 1). Vom hierdurch erzielten rohen Einkommen werden u.a. die persönlichen Einlagen in Einrichtungen der beruflichen Vorsorge abgezogen, soweit sie dem üblichen Arbeitgeberanteil entsprechen (Abs. 2 lit. e). Für die Ausscheidung und das Ausmass (auch) dieses Abzugs sind die Vorschriften über die direkte Bundessteuer massgebend (Art. 18 Abs. 1 AHVV). Der insoweit einschlägige Art. 33 Abs. 1 lit. d DBG bestimmt, dass bei der Ermittlung des der direkten Bundessteuer unterliegenden selbständigen Erwerbseinkommens die gemäss Gesetz, Statut oder Reglement geleisteten Einlagen, Prämien und Beiträge an Einrichtungen der beruflichen Vorsorge von den Einkünften abgezogen werden.

2.2. Nach der Rechtsprechung ist bei Selbständigerwerbenden mit oder ohne Arbeitnehmer ein in den Statuten oder im Reglement der Vorsorgeeinrichtung vorgesehener Einkauf von Beitragsjahren im Rahmen der freiwilligen beruflichen Vorsorge (Art. 4 und 44 BVG) in analoger Anwendung von Art. 66 Abs. 1 BVG im Umfang von maximal 50 Prozent der tatsächlich geleisteten Summe grundsätzlich abzugsfähig. Schranken bilden die Begrenzung für den Einkauf auf die Höhe der reglementarischen Leistungen sowie die Beschränkung des versicherbaren Einkommens der Selbständigerwerbenden auf den zehnfachen oberen Grenzbetrag nach Art. 8 Abs. 1 BVG (84 240 Franken) gemäss Art. 79b und 79c BVG, welche auch im weitergehenden Vorsorgebereich gelten (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 24 und 25 BVG), die Grundsätze der Angemessenheit (Art. 1 und 1b BVV 2) sowie Umgehungstatbestände (**BGE 136 V 16** E. 2.2 und E. 5.3 S. 18 ff.).
Laut Rz. 1116 der Wegleitung des BSV über die Beiträge der Selbständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in der AHV, IV und EO (WSN), in der seit 1. Januar 2011 geltenden Fassung, ermitteln die kantonalen Steuerbehörden die nach Art. 79b BVG und dem massgebenden Reglement zulässigen Einkaufssummen und führen diese in der Steuermeldung separat auf. Die Ausgleichskasse zieht die Hälfte der von der Steuerbehörde gemeldeten Einkaufssumme vom Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ab.

3.

3.1. Nach den für das Bundesgericht verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG; ist der Beschwerdeführer selbständigerwerbender Rechtsanwalt und Liegenschaftenhändler. Seit 1. Januar 2004 ist er freiwillig berufsvorsorgeversichert (2. Säule). Das versicherte Einkommen beträgt

Fr. 500'000.-, der jährliche ordentliche Sparbeitrag 20 % davon oder Fr. 100'000.- Diesen Betrag zahlte er auch 2009 ein; zudem machte er eine Einlage von Fr. 1'580'000.- zwecks Einkauf fehlender Beitragsjahre. Diese Summe entsprach rund dem Fünffachen des von der zuständigen Steuerbehörde für die direkte Bundessteuer gemeldeten Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 296'589.- und wurde finanziert durch die Übertragung von zwei Inhaber-Schuldbriefen auf die Vorsorgeeinrichtung zu Eigentum (Vereinbarung vom 16. Dezember 2009). Bereits 2006 und 2007 hatte der Beschwerdeführer Einkaufssummen in der Höhe von Fr. 800'000.- und Fr. 300'000.- geleistet. 2010 tätigte er eine weitere Einlage von Fr. 1'350'000.-. Die Steuerveranlagung für 2009 wies ein Reinvermögen von rund Fr. 40 Mio. aus.
Ausgehend von diesen nicht bestrittenen Tatsachen hat die Vorinstanz erwogen, es sei augenfällig, dass der Beschwerdeführer hohe Einkäufe in die berufliche Vorsorge kurz vor Erreichen des AHV-Alters im Jahre 2012 vorgenommen habe. Die 2009 einbezahlte Summe von Fr. 1'580'000.- sei selbst im Vergleich mit denjenigen von 2006 und 2007 sehr hoch; sie übersteige das Fünffache des in diesem Jahr erzielten Einkommens, was ungewöhnlich und unüblich sei. Die Leistung sei denn auch nicht mit dem Einkommen finanzierbar gewesen. Es bestehe ein krasses Missverhältnis, indem selbst die Hälfte der Einlage (Fr. 790'000.-) das beitragspflichtige Einkommen (Fr. 296'589.-) um ein Mehrfaches übersteige. Ein Abzug, der das erwirtschaftete Einkommen im Beitragsjahr bei weitem übersteige, lasse sich weder sachlich noch im Hinblick auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis von Art. 79b BVG und Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG rechtfertigen, sprenge offensichtlich das Ausmass, was ein Arbeitgeber üblicherweise für Arbeitnehmer für die Leistung von Einkäufen mitzufinanzieren bereit sei. Einlagen von Selbständigerwerbenden in die berufliche Vorsorge, die den "üblichen Arbeitgeberanteil" überstiegen, verletzten den Grundsatz der Gleichbehandlung mit den Unselbständigerwerbenden. Angesichts der hohen Einkäufe, sechzehn Beitragsjahre allein 2009, lasse sich der damit verbundene Gedanke einer Steueroptimierung kaum aus dem Weg räumen, zumal aufgrund der Vermögenssituation die Alterssicherung gewährleistet sei und ein steuerbares Einkommen von Fr. 1.2 Mio. ein erhebliches Interesse begründen könne, die Steuerlast zu reduzieren. Der von der Ausgleichskasse anerkannte Abzug in der Höhe der Hälfte des beitragspflichtigen Einkommens (vor Aufrechnung der steuerlich abgezogenen Sozialversicherungsbeiträge), d.h. Fr. 148'294.-, könne einem üblichen Arbeitgeberanteil gleichgesetzt werden. Schliesslich könne, so die Vorinstanz, durch die Tatsache allein, dass im 2006 und 2007 die Beiträge vollumfänglich zum Abzug zugelassen worden seien, keine rechtlich geschützte Position im Sinne eines Anspruchs darauf entstehen, dass auch in den folgenden Jahren so verfahren würde.

3.2. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung von Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG i.V.m. Art. 66 Abs. 1 BVG sowie des Rechtsgleichheitsgebots nach Art. 8 Abs. 1 BV. Er bringt im Wesentlichen vor, die 2009 getätigte Einlage über Fr. 1'580'000.- sei von der Steuerbehörde zum Abzug zugelassen worden. Es seien keine Gründe ersichtlich, weshalb die steuerrechtliche Beurteilung nicht auch für die AHV massgebend sein sollte. Seine Vorsorge sei nicht unangemessen. Das versicherte Einkommen (Fr. 500'000.-) sei nicht höher als das Durchschnittseinkommen. Ein Einkauf könne höher sein als das in diesem Jahr erzielte Einkommen. Würden sämtliche Einkäufe gleichmässig auf die Beitragsjahre verteilt, stünden sie nicht im Missverhältnis mit den jeweiligen Einkünften. Steueroptimierungen seien zulässig und vom Gesetzgeber gewollt. Steuererleichterungen sollten gerade auch Selbständigerwerbende dazu bewegen, in ihre berufliche Vorsorge freiwillig zu investieren, um so ihre Altersvorsorge zu sichern. Die Berechnung der Einkaufsreserve der Vorsorgeeinrichtung sei gesetzes- und reglementskonform. Sämtliche Einkäufe seien unter der Auflage von Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG erfolgt, welche eingehalten worden sei.

3.3. Beschwerdegegnerin und BSV verweisen in ihren Vernehmlassungen im Wesentlichen auf die vorinstanzlichen Erwägungen, wobei sie den Grundsatz der Gleichbehandlung mit Unselbständigerwerbenden betonen. Die Ausgleichskasse hebt die Ausserordentlichkeit und Erstmaligkeit des vorliegenden Falles hervor, in dem "selbst die Hälfte des Einkaufs das beitragspflichtige Einkommen übersteigt". Das Bundesamt erwähnt Bestrebungen im Rahmen der Reform der Altersvorsorge 2020, den Abzug Selbständigerwerbender auf die laufenden Beiträge an Einrichtungen der 2. Säule zu beschränken (unter Hinweis auf die gleichnamige Botschaft vom 19. November 2014, BBl 2015 96 und 250, sowie AB 2015 S 836 f.).

4.

4.1. Der 2009 getätigte Einkauf in der Höhe von Fr. 1'580'000.- wurde unbestrittenermassen bundessteuerrechtlich voll zum Abzug zugelassen. Die Steuerbehörden verneinten somit insbesondere einen Steuerumgehungstatbestand. Ausser Frage steht sodann, dass sowohl laufende ordentliche Beitragszahlungen als auch der Einkauf fehlender Beitragsjahre von Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG erfasst werden. Beide Formen von Einlagen dienen denn auch demselben Zweck eines möglichst lückenlosen

Vorsorgeschutzes (**BGE 133 V 563** E. 2.4.1 in fine S. 567; **129 V 293** E. 3.2.3 S. 299). Eine allfällige künftige Beschränkung des Abzugs nach Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG auf die laufenden Beiträge, wie in dem vom BSV erwähnten Reformprojekt vorgesehen (E. 3.3 vorne), ist vorliegend ohne Bedeutung (vgl. **BGE 133 V 201** E. 4.4 S. 204 und 125 II 278 E. 3c S. 281 f.).

4.2.

4.2.1. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz kommt sodann dem Zeitpunkt, in welchem die Einkaufssummen geleistet werden, allenfalls wenige Jahre vor Erreichen des AHV-Alters bzw. des vorliegend um fünf Jahre aufgeschobenen Rücktrittsalters, für sich allein genommen keine massgebliche Bedeutung zu, wie sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte des Art. 79b BVG ergibt (vgl. dazu auch Jacques-André Schneider, in: Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, 2010, N. 1 ff. zu Art. 79b BVG) : Der vom 1. Januar 2001 bis 31. Dezember 2005 in Kraft gestandene Art. 79a Abs. 2 BVG gestattete den Einkauf in die reglementarischen Leistungen - von einer hier nicht interessierenden Ausnahme abgesehen - höchstens bis zum oberen Grenzbetrag nach Artikel 8 Absatz 1 (obligatorisch maximal versicherbarer Jahreslohn), multipliziert mit der Anzahl Jahre vom Eintritt in die Vorsorgeeinrichtung bis zum Erreichen des reglementarischen Rücktrittsalters. Damit sollte der Einkauf in dem Sinne eingeschränkt werden, dass es nicht mehr möglich wäre, die berufliche Vorsorge vorab im fortgeschrittenen Alter überwiegend als Instrument einer privilegierten Kapitalanlage zu nutzen (Botschaft vom 28. September 1998 zum Stabilisierungsprogramm 1998, BBl 1999 I 94 zu Art. 79d und 153). Im Zuge der 1. BVG-Revision wurde die zeitliche Begrenzung eines Einkaufs vom Eintritt in die Vorsorgeeinrichtung bis zum Erreichen des reglementarischen Rücktrittsalters aufgehoben. Neu darf die Vorsorgeeinrichtung den Einkauf (höchstens) bis zur Höhe der reglementarischen Leistungen ermöglichen (Art. 79b Abs. 1 BVG).

4.2.2. Lässt es das Vorsorgereglement zu, kann somit ein Selbständigerwerbender gestützt auf das versicherte Einkommen alle Beiträge tätigen, die er vom frühestmöglichen Alter an, in dem er rentenversichert sein konnte, hätte einzahlen können (Schneider, a.a.O., N. 13 zu Art. 79b BVG). Dabei macht das Gesetz keine Vorgaben weder in Bezug auf die Anzahl Einkäufe noch hinsichtlich der Höhe einer einzelnen Einlage. Einzige Schranke ist die Höhe der reglementarischen Leistungen bzw. die maximal zulässige Einkaufssumme (vgl. zu deren Berechnung Art. 60a-d BVV 2; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, S. 761 f. Rz. 2014 f.; Schneider, a.a.O., N. 10 ff. zu Art. 79b BVG; vgl. auch Markus Moser, Vom Regen in die Traufe? Bemerkungen zu den neuen Einkaufsbestimmungen und zur Plafonierung des versicherbaren Lohnes gemäss Art. 79a-c BVG, SZS 2006, S. 81 ff.). Damit wird allen Versicherten ein umfassender lückenloser Vorsorgeschutz im Rahmen der 2. Säule ermöglicht, unabhängig von der durch die Lebensumstände bestimmten Zeit der Versicherungsunterstellung. Dies bedeutet insbesondere, dass eine Einlage zum Einkauf fehlender Beitragsjahre höher sein kann als das in diesem Jahr erzielte Einkommen. Daraus kann indessen nicht gefolgert werden, die Hälfte der Einkaufssumme sei in jedem Fall nach Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG zum Abzug zugelassen.

4.2.3. In zeitlicher Hinsicht ist zu beachten, dass mit der Neuordnung des sechsten Teils erster Titel ("Umfang der Leistungen") im Rahmen der 1. BVG-Revision auf Antrag der ständerätlichen Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (vgl. AB 2002 S 1052 f.; 2003 N 630) ein neuer Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG ins Gesetz eingefügt wurde. Danach dürfen die aus Einkäufen resultierenden Leistungen innerhalb der nächsten drei Jahre nicht in Kapitalform aus der Vorsorge zurückgezogen werden. Wie die II. öffentlich-rechtliche Abteilung des Bundesgerichts im Urteil 2C_658/2009 vom 12. März 2010 E. 3.3, in SVR 2011 BVG Nr. 5 S. 17, erkannte, übernimmt und konkretisiert diese Vorschrift die Rechtsprechung zur Verweigerung der Abzugsberechtigung wegen Steuerumgehung im Sinne einer einheitlichen und verbindlichen, insoweit abschliessenden gesetzlichen Regelung. Danach ist jegliche Kapitalauszahlung in der Dreijahresfrist missbräuchlich und jede während dieser Zeit erfolgte Einzahlung ist vom Einkommensabzug ausgeschlossen, ohne dass zu prüfen wäre, ob die Voraussetzungen einer Steuerumgehung gegeben sind (Urteil 2C_343/2013 vom 13. September 2013; vgl. zur Kritik in Bezug auf den Umfang des ausgeschlossenen Kapitalbezugs Schneider, a.a.O., N. 4 und 41 zu Art. 79b BVG, sowie Moser, a.a.O., S. 96 f.). Diese letztmals im Urteil 2C_1051/2014 vom 30. Juni 2015 bestätigte Rechtsprechung gilt kraft Art. 18 Abs. 1 AHVV sinngemäss in gleicher Weise auch im Rahmen von Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG. Die Dreijahresfrist nach Art. 79b Abs. 3 BVG zwischen Einkauf und Kapitalbezug schliesst somit grundsätzlich die Möglichkeit eines Missbrauchs aus (Schneider, a.a.O., N. 42 zu Art. 79b BVG; in diesem Sinne auch Henk Fenners/ Ariste Baumberger, Missbrauch der 2. Säule als steuerbegünstigtes Kontokorrent? Kritische Würdigung von BGE 2C_658/2009 vom 12. März 2010, in: SteuerRevue 2/2011, S. 131 f.).
Nach den unwidersprochen gebliebenen Vorbringen in der Beschwerde sind in Bezug auf die 2009 getätigte Einlage von Fr. 1'580'000.- die Vorgaben nach Gesetz (Art. 79b und 79c BVG und Art. 60a-d

BVV 2) und Vorsorgereglement erfüllt; insbesondere sei die Dreijahresfrist des Art. 79b Abs. 3 Satz 1 BVG eingehalten worden (E. 3.2 vorne).

4.3. Die vorstehenden Erwägungen zeigen - in erster Linie - die Zulässigkeit des Vorgehens des Beschwerdeführers aus steuerrechtlicher und berufsvorsorgerechtlicher Sicht, insbesondere die Finanzierung der 2009 getätigten Einlage von Fr. 1'580'000.- mit Mitteln, die nicht aus dem laufenden Erwerbseinkommen stammen und dieses übersteigen. Die steuerrechtliche und - daran gekoppelte - berufsvorsorgerechtliche Sichtweise steht jedoch unter dem Vorbehalt der ahv-rechtlichen, welche in Bezug auf den hier interessierenden Abzug gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG die Gleichbehandlung Unselbständig- und Selbständigerwerbender verfolgt (**BGE 136 V 16** E. 2.1 S. 18 und E. 5.2.2.1 S. 20) : So kann auch ein Arbeitnehmer im Rahmen von Art. 79b und 79c BVG erst gegen Ende seiner Aktivzeit fehlende Beitragsjahre einkaufen. Dabei spielt keine Rolle, woher die Mittel kommen, beispielsweise aus einer Erbschaft, und ob die Einkaufssumme den (aktuellen) Lohn übersteigt. Seine Einlagen in die 2. Säule sind jedoch nicht vom beitragspflichtigen Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit (massgebender Lohn; Art. 5 Abs. 2 AHVG) abziehbar; sie verringern das Beitragssubstrat nicht, ändern mithin nichts am Umfang seiner (paritätischen) Beitragspflicht (Art. 5 Abs. 1 und Art. 13 AHVG). Über die vom Gesetzgeber angestrebte Gleichstellung hinaus liefe es somit, wenn der hier fragliche Abzug das gesamte (von der Steuerbehörde gemeldete) Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit "konsumieren" würde, sodass ein Beitragssubstrat überhaupt fehlte. Mit Blick auf die ahv-rechtlich massgebende Erwerbssphäre (diesbezüglich der Anteil der Arbeitnehmereinlage nicht höher als der erzielte Lohn sein kann) ist es daher sachgerecht, den maximal zulässigen Abzug nach Art. 9 Abs. 2 lit. e AHVG entsprechend dem üblichen hälftigen Arbeitgeberanteil masslich auf die Hälfte des Einkommens zu beschränken. Eine Ungleichbehandlung der selbständig Erwerbstätigen ist dadurch nicht gegeben, weder in ahv-, bvg- noch steuerrechtlicher Hinsicht. Anspruch auf ein optimales "Rundumpaket" besteht nicht.
Soweit sich der Beschwerdeführer darauf beruft, die Ausgleichskasse habe mit ihrer Praxisänderung den Vertrauensgrundsatz verletzt, so ist weder ersichtlich noch dargetan, dass und inwieweit die Verwaltung effektiv "über Jahre" Sachverhalte, wie ein solcher vorliegend zur Beurteilung ansteht, anders behandelt hat. Allein aufgrund der Tatsache, dass die Ausgleichskasse in den Jahren 2006 und 2007 die Einlagen vollumfänglich zum Abzug zugelassen hatte, konnte keine rechtlich geschützte Position im Sinne eines Anspruchs darauf entstehen, dass auch in Zukunft so verfahren werde (Urteil 9C_583/2009 vom 14. Januar 2010 E. 4). Masslich wird der vorinstanzliche Entscheid - abgesehen von der hier streitigen Abzugshöhe - nicht angefochten. Er verletzt demnach im Ergebnis (Art. 106 Abs. 1 BGG) kein Bundesrecht.

5.
Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 800.- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Luzern, 3. Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 1. März 2016
Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Glanzmann

Der Gerichtsschreiber: Fessler

II. ALTERS- UND HINTERLASSENENVERSICHERUNG

ASSURANCE–VIEILLESSE ET SURVIVANTS

ASSICURAZIONE PER LA VECCHIAIA E PER I SUPERSTITI

72. **Auszug aus dem Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung** i.S. **Bundesamt für Sozialversicherungen** gegen **G. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten)**
9C_189/2013 vom 13. Dezember 2013

Art. 9 Abs. 3 und 4 AHVG; Art. 23 Abs. 4 und Art. 27 Abs. 1 AHVV; AHV/IV/EO-Beitragsfestsetzung bei selbstständiger Erwerbstätigkeit; Aufrechnung persönlicher AHV/IV/EO-Beiträge aufgrund der am 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Anpassung des AHVG zur Verbesserung der Durchführung der AHV.

Das von der Steuerbehörde der Ausgleichskasse gemeldete Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ist AHV-beitragsrechtlich als Nettoeinkommen zu betrachten und zur Bemessung der AHV/IV/EO-Beiträge von der Kasse auf 100 Prozent aufzurechnen (E. 5.5). Davon ist indes abzuweichen, wenn der Ausgleichskasse durch die Steuermeldung klar,

ausdrücklich und vorbehaltlos bestätigt wird, dass kein Abzug vorgenommen worden ist (E. 6).

Art. 9 al. 3 et 4 LAVS; art. 23 al. 4 et art. 27 al. 1 RAVS; fixation des cotisations AVS/AI/APG en cas d'activité indépendante; prise en compte des cotisations personnelles versées à l'AVS/AI/APG ensuite de la modification de la LAVS entrée en vigueur le 1er janvier 2012 (amélioration de la mise en oeuvre).

Le revenu provenant de l'exercice d'une activité indépendante communiqué par l'autorité fiscale à la caisse de compensation doit être considéré, du point de vue du droit des cotisations, comme du revenu net et être majoré pour être amené à 100 % pour le calcul des cotisations AVS/AI/APG (consid. 5.5). Il y a lieu de s'écarter de ce principe lorsque la communication de l'autorité fiscale atteste de façon claire, expresse et dénuée de réserve qu'il n'a été procédé à aucune déduction de cotisations (consid. 6).

Art. 9 cpv. 3 e 4 LAVS; art. 23 cpv. 4 e art. 27 cpv. 1 OAVS; fissazione dei contributi AVS/AI/IPG in caso di attività indipendente; computo dei contributi personali AVS/AI/IPG in base all'adeguamento della LAVS entrato in vigore il 1° gennaio 2012 per il miglioramento dell'esecuzione dell'AVS.

Il reddito da attività indipendente comunicato dall'autorità fiscale alla cassa di compensazione dev'essere considerato, dal profilo dell'obbligo contributivo all'AVS, come reddito netto e per la determinazione dei contributi AVS/AI/IPG elevato dalla cassa al 100 % (consid. 5.5). V'è però motivo di scostarsi da questa regola se con la comunicazione fiscale alla cassa viene confermato in modo chiaro, esplicito e senza riserve che non è stata effettuata alcuna deduzione (consid. 6).

A.

A.a Die Steuerverwaltung des Kantons Zug meldete der Ausgleichskasse des Kantons Zug (nachfolgend: Ausgleichskasse) am 10. Januar 2012 ein für G. für das Geschäftsjahr 2008 definitiv veranlagtes Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit in Höhe von Fr. 9'934.–. Die im Meldeformular aufgeführte Frage, ob davon die persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge abgezogen worden seien, wurde verneint. Aufgrund dieser Meldung nahm die Ausgleichskasse am 9. Februar 2012 zunächst schriftlich mit G. Kontakt auf und bat um die im Hinblick auf den Anschluss an die Kasse als Selbstständigerwerbender erforderlichen Angaben. Mit Beitragsverfügung vom 24. April 2012 setzte sie für G. den AHV/IV/EO-Beitrag für selbstständige Erwerbstätigkeit (inkl. Verwaltungskosten) für das Jahr 2008 auf Fr. 526.80 fest. Sie rechnete bei der Beitragsbemessung persönliche Beiträge von Fr. 534.– auf.

A.b Auch in der Steuermeldung vom 7. August 2012 für das Geschäftsjahr 2009 wurde die Frage verneint, ob die persönlichen AHV/

IV/EO-Beiträge vom Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit abgezogen worden seien. Mit Beitragsverfügung vom 14. August 2012 rechnete die Ausgleichskasse dem Versicherten persönliche Beiträge in der Höhe von Fr. 8'192.– auf. Sie verpflichtete ihn, für das Beitragsjahr 2009 AHV/IV/EO-Beiträge in der Höhe von Fr. 8'376.60 (inkl. Verwaltungskosten) zu bezahlen. Die von G. hiegegen erhobene Einsprache wies sie mit Entscheid vom 7. November 2012 ab.

B. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zug hiess die von G. dagegen eingereichte Beschwerde mit Entscheid vom 31. Januar 2013 insoweit gut, als es feststellte, die Aufrechnung der persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge durch die Ausgleichskasse sei nicht gerechtfertigt. Es wies die Sache zur Neufestlegung der Beiträge im Sinne der Erwägungen an die Verwaltung zurück. Im Übrigen wies es die Beschwerde ab.

C.

C.a Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) erhebt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt die Aufhebung des kantonalen Entscheides und Bestätigung des Einspracheentscheides. Eventualiter sei der Entscheid des Verwaltungsgerichts aufzuheben und die Sache an die Ausgleichskasse zurückzuweisen, damit sie das Einspracheverfahren sistiere, bis ihr die Steuerbehörde den Entscheid über die eventuelle nachträgliche Berücksichtigung der persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge in der Steuerveranlagung mitgeteilt haben werde.

G. beantragt insoweit die Gutheissung der Beschwerde, als der Einspracheentscheid aufzuheben sei; die Sache sei mit der Massgabe an die Ausgleichskasse zurückzuweisen, dass die in Deutschland entrichteten Sozialbeiträge bei der Berechnung mitzuberücksichtigen sind. Im Weiteren sei die Beschwerde abzuweisen.

Die Vorinstanz beantragt die Abweisung, die Ausgleichskasse die Gutheissung der Beschwerde.

C.b Mit Schreiben vom 2. Oktober 2013 beantwortet die Steuerverwaltung des Kantons Zug nach Rückfrage bei dem für G. zuständigen Bücherexperten die ihr vom Bundesgericht mit Schreiben des Instruktionsrichters vom 24. September 2013 unterbreiteten nachstehenden Fragen wie folgt (*Antworten kursiv*):

1. Trifft die in Ihrer Meldung vom 7. August 2012 gemachte Angabe ("nein") zu, dass vom Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätig-

keit in Höhe von Fr. 82'237.– die persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge nicht abgezogen worden waren?
Ja; zumindest ist aus der Jahresrechnung nichts anderes ersichtlich (kein Aufwandkonto "Sozialversicherungsbeiträge").

2. Bei Bejahung von Frage Ziff. 1: Was ist der Grund für den fehlenden Abzug der Selbstständigenbeiträge im steuerlichen Veranlagungsverfahren?
Ein solcher Abzug wurde weder deklariert noch beantragt.

2.1 Bestand der Grund darin, dass der Steuerpflichtige keine solchen Beiträge deklariert hatte?
Ja, der Steuerpflichtige hatte keine solchen Beiträge deklariert.

2.2 Bestand der Grund darin, dass die Selbstständigenbeiträge vonseiten Ihrer Behörde nicht als abzugsfähig anerkannt worden sind?
Nein.

2.3 Waren eventuell im Zeitpunkt der Meldung vom 7. August 2012 die auch für die Meldung früherer Jahre erforderlichen Verfahrens- oder Formularanpassungen noch nicht umgesetzt?
Nein.

2.4 Andere Gründe?
Keine.

3. Falls das der Ausgleichskasse gemeldete Einkommen tatsächlich im Rahmen der Steuerveranlagung abzugsfähige, aber effektiv nicht abgezogene AHV/IV/EO-Beiträge umfasste: Wie hoch war deren Betrag?
Wird von der AHV aufgrund unserer Meldung berechnet. Unsererseits ist dieser Betrag nicht feststellbar.

4. Hat der Steuerpflichtige gegen die ihm am 22. Mai 2012 eröffnete Steuer-Hauptveranlagung, auf die sich Ihre Meldung vom 7. August 2012 stützte, Einsprache erhoben? Wenn dies der Fall ist, bitten wir Sie um Informationen zum Stand und Ausgang des Verfahrens.
*Nein, er hat dagegen keine Einsprache bzw. keinen Rekurs erhoben. Es handelt sich hier um einen Einspracheentscheid. Dieser ist mittlerweile in Rechtskraft erwachs*en.

5. Haben Sie aus Ihrer Sicht Bemerkungen zu machen?
Nein, keine Bemerkungen.

C.c Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels hält das BSV an den gestellten Rechtsbegehren fest; die Vorinstanz verzichtet auf eine weitere Stellungnahme; G. hält in einer nach Ablauf der gesetzten Frist am 30. Oktober 2013 (Poststempel) durch eine nicht bevollmächtigte Person in seinem Auftrag unterzeichneten Stellungnahme sinngemäss an den gestellten Anträgen (C.a) fest.

D. Das Bundesgericht hat am 13. Dezember 2013 eine publikumsöffentliche Beratung durchgeführt.

Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Aus den Erwägungen:

2.

2.1 Vom Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit werden Beiträge erhoben (Art. 3 f. und 8 f. AHVG; Art. 2 und 3 IVG; Art. 26 und 27 EOG [SR 834.1]). Das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit und das im Betrieb eingesetzte eigene Kapital werden von den kantonalen Steuerbehörden ermittelt und den Ausgleichskassen gemeldet (Art. 9 Abs. 3 AHVG). Die Angaben der kantonalen Steuerbehörden sind für die Ausgleichskassen verbindlich (Art. 23 Abs. 4 AHVV [SR 831.101]). Die Ausgleichskassen verlangen für die ihnen angeschlossenen Selbstständigerwerbenden von den kantonalen Steuerbehörden die für die Berechnung der Beiträge erforderlichen Angaben. Das Bundesamt erlässt Weisungen über die erforderlichen Angaben und das Meldeverfahren (Art. 27 Abs. 1 AHVV).

2.2 Aufgrund der Änderung vom 17. Juni 2011 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; Verbesserung der Durchführung; AS 2011 4745; BBl 2011 543) trat am 1. Januar 2012 Art. 9 Abs. 4 AHVG in Kraft, welcher regelt, dass die steuerrechtlich zulässigen Abzüge der Beiträge von den Ausgleichskassen zum von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen hinzuzurechnen sind. Das gemeldete Einkommen ist dabei nach Massgabe der geltenden Beitragssätze auf 100 Prozent aufzurechnen. Unter dem Titel "Aufrechnung steuerrechtlich zulässiger Abzüge" sieht die diesbezügliche Übergangsbestimmung des AHVG vor, dass Art. 9 Abs. 4 AHVG für alle Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gilt, die nach dem Inkrafttreten dieser Änderung von den Steuerbehörden gemeldet werden.

2.3 Das BSV hat die Ausgleichskassen in Rz. 1095 der Wegleitung über die Beiträge der Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen (WSN) in der AHV, IV und EO (gültig ab 1. Januar 2012 <http://www.bsv.admin.ch/vollzug/documents/view/2921/lang:de/category:22>) angewiesen, die für die Bestimmung des steuerbaren Einkommens in Abzug gebrachten persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge aufzurechnen. Sie haben gemäss Rz. 1169 WSN die von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen als Nettoeinkommen zu be-

trachten. Entsprechend wiederholt Rz. 1170 WSN, dass die Kassen die AHV/IV/EO-Beiträge zum gemeldeten Einkommen hinzuzurechnen haben. Nach Rz. 1170.2 (eingefügt auf den 1. Januar 2013) haben sie die Beiträge selbst dann aufzurechnen, wenn steuerrechtlich keine Abzüge gewährt wurden oder die steuerrechtlichen Abzüge höher oder tiefer waren als die von der Ausgleichskasse zugelassenen.

3. Letztinstanzlich ist nur mehr strittig, ob die Ausgleichskasse bei der Bemessung der für das Jahr 2009 zu entrichtenden AHV/IV/EO-Beiträge des Beschwerdegegners auf dem von der Steuerbehörde gemeldeten Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit persönliche Beiträge aufrechnen durfte.

3.1 Die Vorinstanz erwog, es lasse sich aus der am 7. August 2012 ergangenen Meldung der Steuerbehörde unschwer schliessen, dass es sich bei dem angegebenen Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit nicht um ein Netto-, sondern um ein Bruttoeinkommen handelte. Die Ausgleichskasse habe es trotzdem aufgerechnet, weil die Weisungen des BSV für sie verbindlich und vorbehaltlos anzuwenden seien. Diese seien jedoch für das Gericht nicht verbindlich; es dürfe jedenfalls dann davon abweichen, wenn ihre Anwendung mit dem Gesetz nicht vereinbar sei bzw. zu einem falschen Ergebnis führe. Da sich in casu aus dem Hinweis in der Meldung der Steuerbehörde unmissverständlich ergebe, dass diese vorliegend einen Bruttolohn meldete bzw. melden wollte, vermöchten die neuen Rz. 1169 ff. WSN (E. 2.3) eine Aufrechnung der persönlichen Beiträge ohne weitere Abklärungen nicht zu rechtfertigen. Sie wies die Sache zur Abklärung des Nettoeinkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit und zur Neubestimmung der AHV/IV/EO-Beiträge an die Ausgleichskasse zurück.

3.2 Das BSV hält dagegen, die Beitragsaufrechnungspflicht nach Art. 9 Abs. 4 AHVG sei den Ausgleichskassen gesetzlich auferlegt. Nach der Übergangsbestimmung gelte sie explizit für alle Einkommen, die nach dem 1. Januar 2012 gemeldet würden. Diese Einkommen gälten als Nettoeinkommen, und zwar unbekümmert darum, ob die von den Steuerbehörden tatsächlich berücksichtigten persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge höher oder tiefer waren als die von der Ausgleichskasse bei der Aufrechnung des gemeldeten Einkommens ermittelten. Dies sei auch dann der Fall, wenn steuerseitig überhaupt kein Abzug berücksichtigt worden sei. Nach den Intentionen des Gesetzgebers solle diese Festlegung jegliche Diskussionen um die zu-

treffende Höhe der Beitragsrechnung ausschliessen und die Durchführung erleichtern. Art. 9 Abs. 4 AHVG stelle eine gesetzliche Fiktion auf, die nicht widerlegt werden könne. Jede andere Betrachtungsweise würde dazu führen, dass die Ausgleichskassen die Richtigkeit der Steuermeldungen in jedem Fall anhand der Steuerveranlagungen überprüfen müssten. Gerade dem habe der Gesetzgeber jedoch mit der Regelung in Art. 9 Abs. 4 AHVG vorbeugen wollen. Die Bindungswirkung von Art. 9 Abs. 4 AHVG ergänze die in Art. 23 Abs. 4 AHVV statuierte Verbindlichkeit der Steuermeldungen. Als gesetzliche Fiktion sei sie von den Gerichten zu beachten.

4.

4.1 Wie zur damaligen Rechtslage bereits in BGE 111 V 289 f. festgehalten wurde, besteht der Zweck der Beitragsaufrechnung darin, die unterschiedliche Behandlung der persönlichen Beiträge in Bundessteuer- und AHV-Recht dadurch auszugleichen, dass das von der Steuerbehörde gemeldete Nach-Abzugseinkommen um den steuerlich anerkannten Beitragsabzug erhöht, d.h. eine steuerlich zulässige Operation rückgängig gemacht wird. Aufgerechnet werden durfte von der Ausgleichskasse darum nur, was vorher abgezogen werden konnte (E. 4e). Vermerkte die Steuerbehörde in ihrer Meldung, dass in der Steuererklärung keine Beiträge abgezogen wurden, oder erbrachte der Versicherte den Nachweis dafür, hatte eine Aufrechnung zu unterbleiben (E. 4g).

4.2 Die Beitragsaufrechnung, die früher primär Aufgabe der Ausgleichskassen war, wurde vom Bundesrat mit einer am 1. März 2000 beschlossenen und auf den 1. Januar 2001 in Kraft getretenen Änderung des Art. 27 Abs. 1 AHVV (AS 2000 1441) auf die Steuerbehörden übertragen: Die Ausgleichskassen verlangten für die ihnen angeschlossenen Selbstständigerwerbenden von den kantonalen Steuerbehörden die für die Berechnung der Beiträge erforderlichen Angaben. In Abzug gebrachte Beiträge an die AHV sowie an die EO waren von den Steuerbehörden wieder aufzurechnen (siehe dazu auch Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 185/04 vom 24. August 2005 E. 2.2, 3.2 und 3.3).

4.3 Wie die Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Änderung des AHVG (Verbesserung der Durchführung; BBl 2011 543) ausführt, haben sich nach der Einführungsphase der neuen Kompetenzverteilung rasch Durchführungsschwierigkeiten gezeigt. Die Ausgleichskassen mussten daher in vielen Fällen die Beitragsaufrechnung ge-

stützt auf ihre eigenen Daten vornehmen. Mit der im Rahmen der erwähnten Botschaft vorgelegten Änderung sollte nach den Ausführungen des Bundesrates die bisherige Aufrechnungsregelung zwar materiell unverändert in den neuen Abs. 4 von Art. 9 AHVG überführt werden. Im Interesse der Rechtsgleichheit und Praxistauglichkeit waren jedoch die kantonalen Steuerbehörden von der Beitragsaufrechnung und vom entsprechenden Meldeverkehr zu entlasten. Die Aufrechnung werde den Ausgleichskassen im Bewusstsein übertragen, dass die auf Steuerseite tatsächlich abgezogenen Beiträge nicht zwingend mit den auf AHV-Seite aufgerechneten übereinstimmten. Denn die Ausgleichskassen würden den steuerlichen Abzug nicht kennen und er werde ihnen auch nicht mehr gemeldet. Um Diskussionen bezüglich der nicht übereinstimmenden Beträge auf Steuer- und AHV-Seite im Einzelfall vorzubeugen, sei die neue Lösung auf Gesetzesstufe zu verankern. Die im neuen Art. 9 Abs. 4 AHVG vorgeschlagene prozentuale Beitragsaufrechnung gehe davon aus, dass es sich bei dem von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen um ein Nettoeinkommen handle, die AHV/IV/EO-Beiträge also in Abzug gebracht worden seien (BBl 2011 551 ff.).

5. Nachdem der bis zur Änderung auf den 1. Januar 2001 herrschende Rechtszustand (Aufrechnung durch die Ausgleichskassen; E. 4.1) in der Praxis nicht befriedigte und die vorübergehende Kompetenzumverteilung (Aufrechnung durch die Steuerbehörden; E. 4.2) durch die Anpassung des AHVG vom 17. Juni 2011 wegen Durchführungsschwierigkeiten wieder rückgängig gemacht wurde (E. 4.3), stellt sich die Frage, wie es sich mit der Beitragsaufrechnung durch die Ausgleichskassen unter der neuen Regelung verhält.

5.1 Das Gesetz muss in erster Linie aus sich selbst heraus, das heisst nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode ausgelegt werden. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Ordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie auf die streitige Frage eine klare Antwort geben (BGE 136 III 23 E. 6.6.2.1

S. 37; 136 V 195 E. 7.1 S. 203; 135 V 50 E. 5.1 S. 53; 134 II 308 E. 5.2 S. 311). Verordnungsrecht ist gesetzeskonform auszulegen. Es sind die gesetzgeberischen Anordnungen, Wertungen und der in der Delegationsnorm eröffnete Gestaltungsspielraum mit seinen Grenzen zu berücksichtigen (BGE 137 V 167 E. 3.3 S. 170 f. mit Hinweisen).

5.2 Wie in E. 2.1-2.3 dargelegt, werden nach dem Wortlaut von Art. 9 Abs. 3 AHVG das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit und das im Betrieb eingesetzte eigene Kapital von den kantonalen Steuerbehörden ermittelt und den Ausgleichskassen gemeldet. Gemäss dem auf den 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Art. 9 Abs. 4 AHVG sind von den Ausgleichskassen die steuerrechtlich zulässigen Abzüge der Beiträge nach Art. 8 AHVG sowie nach Art. 3 Abs. 1 IVG und Art. 27 Abs. 2 EOG zum von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen hinzuzurechnen. Das gemeldete Einkommen ist dabei nach Massgabe der geltenden Beitragssätze auf 100 Prozent aufzurechnen.

5.3 Der Wortlaut der gesetzlichen Regelung ist insofern klar, als es sich bei dem von der Steuerbehörde zu meldenden Einkommen um das um die steuerrechtlich zulässigen AHV/IV/EO-Beitragsabzüge gekürzte Nettoeinkommen handeln soll. Es ist durch die Ausgleichskasse auf 100 Prozent aufzurechnen. Hierzu wird – auf Verordnungsstufe (Art. 23 Abs. 4 AHVV) – geregelt, dass die Angaben der Steuerbehörden für die Ausgleichskassen verbindlich sind.

5.4 Sinn und Zweck der Neuregelung ergibt sich aus der bundesrätlichen Botschaft zur Verbesserung der Durchführung des AHVG (oben E. 4.3) mit aller Deutlichkeit. Im Sinne einer administrativen Vereinfachung und einheitlichen Gesetzesanwendung sollen die Steuerbehörden von der Beitragsaufrechnung und vom entsprechenden Meldeverkehr entlastet werden. Diese Gesetz gewordene legislatorische Absicht nimmt bewusst in Kauf, dass die auf Steuerseite abgezogenen Beiträge nicht zwingend mit den auf AHV-Seite aufgerechneten übereinstimmen, da der steuerliche Abzug der Ausgleichskasse nicht gemeldet wird. Der klare Sinn und Zweck der Bundesrechtsanpassung besteht in der Vereinfachung der Arbeitsabläufe auf Seiten der Steuerbehörden und Ausgleichskassen.

5.5 Nach Wortlaut, Sinn und Zweck der neuen Regelung liegt somit die ratio legis der Änderung darin, dass die Ausgleichskasse sich in Abweichung zur alten Praxis (BGE 111 V 289) gerade nicht mehr

darum kümmern muss und soll, ob und was die Steuerbehörde vom gemeldeten Einkommen abgezogen hat. Sie hat davon auszugehen, dass das gemeldete Einkommen beitragsrechtlich ein Nettoeinkommen ist, und hat die AHV/IV/EO-Beiträge auf dieses aufzurechnen. In diesem Sinn trifft die Umschreibung des BSV, Abs. 4 von Art. 9 AHVG stelle eine nicht zu widerlegende gesetzliche Fiktion auf, den Rechtssinn der Neuregelung. Es ist darin nicht eine stossende Beitragserhebung zu erblicken; der Versicherte deklariert im Steuerveranlagungsverfahren die Sozialversicherungsbeiträge und kann steuerrechtlich Einsprache erheben, wenn er feststellt, dass der Abzug nicht ordnungsgemäss vorgenommen wurde. Es gilt auch in diesem Kontext der seit jeher beachtete Grundsatz, dass der Steuerpflichtige seine Rechte bezüglich des Ausmasses der Beitragspflicht im steuerrechtlichen Veranlagungs- und Rechtsmittelverfahren zu wahren hat (BGE 110 V 369 E. 2a S. 370 mit Hinweisen). Sieht er davon ab, bleibt es grundsätzlich bei der Steuermeldung.

6. Davon ist indes abzuweichen, wenn – wie hier – durch die Steuermeldung klar, ausdrücklich und vorbehaltlos bestätigt wird, dass kein Abzug vorgenommen worden ist. In der Steuermeldung für das Geschäftsjahr 2009 ist gegenüber der Ausgleichskasse die Frage, ob die persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge vom Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit abgezogen worden seien, verneint worden (A.b). Wie die Nachfrage des Bundesgerichts bei der kantonalen Steuerverwaltung (C.b) ergeben hat, wurde das der Ausgleichskasse gemeldete Einkommen ohne Abzug von AHV/IV/EO-Beiträgen veranlagt, weil der Beschwerdegegner einen solchen nicht deklariert oder beantragt hatte. Wenn jedoch bei der Steuerveranlagung erklärtermassen keine Abzüge gemacht worden sind und für die Ausgleichskasse unmissverständlich ein Bruttoeinkommen gemeldet wird, hat eine prozentuale Aufrechnung im Sinne von Art. 9 Abs. 4 AHVG nicht zu erfolgen. Denn gemäss Botschaft zur Verbesserung der Durchführung der AHV (E. 4.3 hievor) hatte der Gesetzgeber klarerweise das Bild vor Augen, dass auf der Steuerseite *tatsächlich* Beiträge abgezogen werden. Damit ist der vorinstanzliche Entscheid im Ergebnis richtig, weshalb die Verwaltung die strittigen Beiträge neu festzulegen hat.

Urteilskopf

141 V 433

48. Auszug aus dem Urteil der II. sozialrechtlichen Abteilung i.S. Bundesamt für Sozialversicherungen gegen A. (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten)
9C_13/2015 vom 11. August 2015

Regeste

Art. 8 Abs. 1, Art. 9 Abs. 2 lit. f und Abs. 4 AHVG; **Art. 3 Abs. 1 IVG**; **Art. 27 Abs. 2 EOG**; Zinsabzug auf dem im Betrieb eingesetzten eigenen Kapital und Beitragsaufrechnung.
Die Zinsen von dem im Betrieb investierten Eigenkapital sind bei der Ermittlung des beitragspflichtigen Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit abzuziehen, bevor die steuerlich abzugsberechtigten AHV/IV/EO-Beiträge von der Ausgleichskasse aufgerechnet werden.
Rz. 1172 der Wegleitung über die Beiträge der Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen (WSN) in der AHV, IV und EO, in der seit 1. Januar 2012 geltenden Fassung, ist gesetzwidrig (E. 3-5).

Sachverhalt ab Seite 434

BGE 141 V 433 S. 434

A. Mit Verfügung vom 11. November 2013 setzte die Ausgleichskasse Schwyz (nachfolgend: Ausgleichkasse) die Beiträge von A. als Selbstständigerwerbender für das Jahr 2009 auf Fr. 12'446.40 (einschliesslich Verwaltungskosten) fest (Steuermeldung vom 23. Oktober 2013), wogegen der Beitragspflichtige Einsprache erhob. Mit Verfügung vom 9. Mai 2014 setzte die Ausgleichskasse die von A. für das Jahr 2010 geschuldeten Beiträge als Selbstständigerwerbender auf Fr. 11'869.20 (einschliesslich Verwaltungskosten) fest (Steuermeldung vom 31. März 2014). Auch hiegegen reichte A. Einsprache ein. Die Ausgleichskasse vereinigte die beiden Einsprachen und wies sie mit Entscheid vom 29. Juli 2014 ab.

B. Die von A. eingereichte Beschwerde, mit welcher er eine neue Berechnung der Beiträge für die Jahre 2009 und 2010 beantragt hatte, hiess das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz dahin gut, dass es den angefochtenen Einspracheentscheid aufhob und die Sache an die

BGE 141 V 433 S. 435

Ausgleichskasse zurückwies, damit diese die vom Beitragspflichtigen geschuldeten Beiträge für die Jahre 2009 und 2010 neu festlege und darüber wiederum verfüge (Entscheid vom 20. November 2014).

C. Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten mit dem Rechtsbegehren, der vorinstanzliche Entscheid sei aufzuheben.
A. schliesst sinngemäss auf Abweisung der Beschwerde, während die Ausgleichskasse auf eine Vernehmlassung verzichtet.
Das Bundesgericht weist die Beschwerde ab.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. Gemäss **Art. 8 Abs. 1 AHVG** werden vom Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit Beiträge erhoben. **Art. 9 Abs. 2 AHVG** umschreibt die Abzüge, die vom rohen Einkommen für die Ermittlung des beitragspflichtigen Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit vorgenommen werden. Lit. f bestimmt, dass der Zins des im Betrieb eingesetzten eigenen Kapitals abgezogen wird; der Zinssatz entspricht der jährlichen Durchschnittsrendite der Anleihen der nicht öffentlichen inländischen Schuldner in Schweizer Franken. Nach **Art. 9 Abs. 4 AHVG** in der seit 1. Januar 2012 gültigen, vorliegend anwendbaren Fassung (Übergangsbestimmung zur Änderung vom 17. Juni 2011 des AHVG) sind die steuerrechtlich zulässigen Abzüge der Beiträge nach **Art. 8 AHVG** sowie nach **Art.**

3 Abs. 1 IVG und **Art. 27 Abs. 2 EOG** (SR 834.1) von den Ausgleichskassen zum von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen hinzuzurechnen. Das gemeldete Einkommen ist dabei nach Massgabe der geltenden Beitragssätze auf 100 % aufzurechnen.

Rz. 1172 der Wegleitung des BSV über die Beiträge der Selbstständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen (WSN) in der AHV, IV und EO, gültig ab 1. Januar 2008, in der seit 1. Januar 2012 geltenden Fassung, bestimmt, dass vom Einkommen (gemäss Rz. 1166) und nach Aufrechnung der AHV/IV/EO-Beiträge (gemäss Rz. 1170 f.) der Zins von dem im Betrieb investierten Eigenkapital (gemäss Rz. 1174) abzuziehen ist.

3. Aufgrund des vorinstanzlichen Entscheides und der Beschwerde strittig und zu prüfen ist, auf welche Weise der Zins des im Betrieb investierten Eigenkapitals gemäss **Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG** rechnerisch vom Roheinkommen in Abzug zu bringen ist.

BGE 141 V 433 S. 436

3.1 Die Vorinstanz setzt sich einlässlich mit dieser Frage auseinander. Sie gelangt zum Schluss, Rz. 1172 WSN verletze Bundesrecht: Die dort angewendete Berechnungsweise, wonach der Zins des im Betrieb investierten Eigenkapitals vom gemeldeten Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit erst nach Aufrechnung der AHV/IV/EO-Beiträge abgezogen wird, sei gesetzwidrig. Nach **Art. 9 Abs. 2 AHVG** seien vom rohen Einkommen die Abzüge gemäss **Art. 9 Abs. 2 lit. a-f AHVG** vorzunehmen. Daraus folge, dass die Zinsen des im Betrieb investierten Eigenkapitals *vor* der Beitragsberechnung bei der Ermittlung des beitragspflichtigen Einkommens zu berücksichtigen sind. Mit dem Zinsabzug würden pauschal jene Einkommensbestandteile ausgeschieden, die auf dem Einsatz von Kapital beruhen und nicht der Beitragspflicht unterliegen. Nach der Rechtsprechung bezwecke **Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG** die Gleichbehandlung von Unselbstständigerwerbenden und Selbstständigerwerbenden bei der Beitragserhebung. Dieser Absicht des Gesetzgebers laufe es zuwider, wenn AHV-Beiträge aufgerechnet werden, bevor von dem von der Steuerbehörde gemeldeten rohen Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit die Eigenkapitalzinsen in Abzug gebracht wurden.

3.2 Das BSV bringt vor, das von der Steuerbehörde gemeldete (Neto-)Einkommen sei von den Ausgleichskassen laut **Art. 9 Abs. 4 AHVG** unter Einbezug der Beiträge auf 100 % aufzurechnen. Das gemeldete Einkommen sei als Beitragsaufrechnungsgrundlage heranzuziehen. Vor dem 1. Januar 2012 seien bei der Ermittlung des beitragspflichtigen Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit immer zunächst die persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge wieder aufgerechnet und hernach sei der Eigenkapitalzins abgezogen worden. Mit der auf den 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Gesetzesrevision vom 17. Juni 2011 habe sich daran nichts geändert. Nachdem das von den Steuerbehörden gemeldete Einkommen unvermindert als Bemessungsgrundlage heranzuziehen sei, der Eigenkapitalzinsabzug nur eine pauschale Korrektur darstelle, die Beitragsaufrechnung materiell unverändert bleibe und die aufgerechneten Beiträge nicht mit den steuerseitig abgezogenen übereinstimmen müssten, sei keine Änderung in der Reihenfolge der bei der Ermittlung des beitragspflichtigen Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit durchzuführenden Operationen verbunden.

4. Laut **Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG** wird vom rohen Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit u.a. der Zins des im Betrieb eingesetzten eigenen Kapitals abgezogen (erster Halbsatz). Aus dem für die Auslegung in erster Linie massgebenden Wortlaut dieser

BGE 141 V 433 S. 437

Bestimmung (**BGE 141 II 57** E. 3.2 S. 61 mit Hinweisen) ergibt sich lediglich, dass der Zins des im Betrieb eingesetzten eigenen Kapitals vom rohen Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit abgezogen wird. Damit wird der Zinsabzug auf dem investierten Eigenkapital gleich behandelt wie alle anderen, hier im Einzelnen nicht interessierenden Abzüge gemäss **Art. 9 Abs. 2 lit. a-e AHVG**. **Art. 9 Abs. 4 AHVG** bestimmt, die steuerrechtlich zulässigen Abzüge der Beiträge nach **Art. 8 AHVG** sowie nach **Art. 3 Abs. 1 IVG** und **Art. 27 Abs. 2 EOG** seien von den Ausgleichskassen zum von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen hinzuzurechnen, wobei das gemeldete Einkommen nach Massgabe der geltenden Beitragssätze auf 100 % aufzurechnen ist.

Wiederum gestützt auf den Wortlaut kann **Art. 9 Abs. 4 AHVG** nur so verstanden werden, dass die Beitragsaufrechnung auf dem den Ausgleichskassen von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen vorzunehmen ist, bei dem es sich gemäss Art. 9 Abs. 2 Ingress AHVG um Roheinkommen, d.h. Einkommen ohne Abzüge, aber auch ohne Aufrechnung von Beiträgen, handelt. Somit bildet das rohe Einkommen Ausgangsbasis sowohl für den Eigenkapitalzinsabzug wie auch die Beitragsaufrechnung. Über die zeitliche Abfolge dieser beiden Rechenoperationen ist damit noch nichts ausgesagt. Wird der

Zins auf dem investierten Eigenkapital erst abgezogen, nachdem die AHV-Beiträge auf dem rohen Einkommen aufgerechnet wurden, resultiert insgesamt eine (leicht) höhere Beitragsbelastung, insbesondere bei höherem Eigenkapital; bei der Umrechnung des Nettoeinkommens gemäss Steuermeldung ins Bruttoeinkommen wird der Eigenkapitalzins erst nach der Umrechnung und vom Bruttoeinkommen in Abzug gebracht. Damit wird der Zinsabzug zu einem Teil des beitragspflichtigen Einkommens, wie die Vorinstanz anhand von Berechnungsbeispielen richtig festgehalten hat. Es steht indessen fest, dass auf den Zinsen für das investierte Eigenkapital von Gesetzes wegen keine AHV-Beiträge erhoben werden (**Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG**; vgl. **BGE 139 V 537**). Der vorinstanzlich vertretenen Auffassung ist aus diesem Grund beizupflichten. Das kantonale Gericht hat die Verwaltungspraxis (Rz. 1172 WSN) zu Recht als bundesrechtswidrig erklärt.

5. Die Einwendungen des Bundesamtes vermögen zu keinem anderen Ergebnis zu führen. Es trifft zu, dass die von den Steuerbehörden gemeldeten Einkommen grundsätzlich als Nettoeinkommen gelten, die durch Einbezug der AHV/IV/EO-Beiträge auf 100 % aufgerechnet werden. Im Weiteren wendet das BSV ein, mit dem Abzug des Zinses auf dem investierten Eigenkapital nach **Art. 9 Abs. 2 lit. f AHVG**

BGE 141 V 433 S. 438

solle sodann dem Umstand Rechnung getragen werden, dass das Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ein gemischtes, durch den Einsatz von Arbeit und Kapital erzieltes Einkommen ist, und der Kapitalertrag nicht der AHV-Beitragspflicht unterstellt ist; mittels Eigenkapitalzinsabzugs werde schematisch und pauschal ein Kapitalertragsanteil aus dem Einkommen ausgeschieden. Vor der auf den 1. Januar 2012 in Kraft getretenen Gesetzesrevision seien bei der Ermittlung des beitragspflichtigen Einkommens aus selbstständiger Erwerbstätigkeit immer zunächst die persönlichen AHV/IV/EO-Beiträge wieder aufgerechnet worden; erst danach sei der Eigenkapitalzinsabzug vorgenommen worden.

Diese Argumente gehen an der Sache vorbei und sind daher nicht geeignet, eine Bundesrechtsverletzung durch das kantonale Gericht zu begründen (nicht publ. E. 1). Nicht geprüft zu werden braucht, wie es sich hinsichtlich der Beitragsaufrechnung und des Eigenkapitalzinsabzugs vor Inkrafttreten der revidierten Fassung des **Art. 9 Abs. 4 AHVG** am 1. Januar 2012 verhalten hat, ist doch auf den vorliegenden Fall - wie erwähnt - die neue Fassung dieser Gesetzesbestimmung anwendbar. Dass sich der Unterschied zwischen der früheren und der geltenden Fassung von **Art. 9 Abs. 4 AHVG** auf die Zuständigkeit beschränkt, indem die Beitragsaufrechnung früher den Steuerbehörden oblag, während nunmehr (wiederum; vgl. **BGE 139 V 537** E. 4.2 und 4.3 S. 543 f.; Botschaft vom 3. Dezember 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; Verbesserung der Durchführung], BBl 2011 543 ff., insbesondere S. 552 f. Ziff. 2.1 zu **Art. 9 Abs. 4 AHVG**) die Ausgleichskassen mit dieser Aufgabe betraut sind, wie das BSV geltend macht, mag zutreffen, ist aber im vorliegenden Zusammenhang belanglos.

Mit der vorinstanzlich festgestellten Gesetzwidrigkeit von Rz. 1172 WSN ist keine Änderung der Rechtsprechung verbunden, welche nur unter bestimmten Voraussetzungen (vgl. statt vieler **BGE 138 III 359** E. 6.1 S. 361; **BGE 137 V 282** E. 4.2 S. 291) in Betracht fallen würde. Vielmehr hat sich das Bundesgericht nach Massgabe des heute in Kraft stehenden Rechts bis anhin noch nie vertieft mit der Frage befasst, in welcher Reihenfolge die Beitragsaufrechnung auf dem Roheinkommen und der Zinsabzug vom investierten Eigenkapital vorzunehmen sind. Im Urteil H 239/83 vom 5. Dezember 1985, in: ZAK 1986 S. 170 hat sich das Eidgenössische Versicherungsgericht zwar zur Frage der Reihenfolge von Eigenkapitalzinsabzug und Beitragsaufrechnung geäussert; indessen galten damals andere gesetzliche

BGE 141 V 433 S. 439

Grundlagen. Insbesondere kannte das Gesetz keine dem heutigen **Art. 9 Abs. 4 AHVG** entsprechende Bestimmung, welche in gleicher Weise die Methode der Umrechnung auf 100 % statuiert hätte. Abgesehen davon hat sich das zitierte Urteil mit der nach der Verwaltungspraxis geltenden Methode der Prozentumrechnung befasst, die der seinerzeit geltenden Rechtslage widersprochen hatte. Aus ZAK 1986 S. 170 lässt sich somit für den vorliegenden Fall nichts ableiten. **BGE 111 V 289** (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 203/83 vom 5. Dezember 1985) sodann umschrieb die Aufgaben von Steuerbehörde und Ausgleichskasse im Rahmen der Beitragsfestsetzung und äusserte sich zum Zweck der Beitragsaufrechnung (siehe dazu nunmehr auch **BGE 139 V 537** E. 4.1 S. 543) und zu deren Durchführung. Zur vorliegend interessierenden Frage nach der Reihenfolge von Eigenkapitalzinsabzug und Beitragsaufrechnung nahm das Gericht hingegen auch in jenem Urteil nicht Stellung.