

2. Sozialversicherungsrecht

Art. 1 Abs. 1 lit. b und Art. 5 Abs. 2 AHVG. – Wann übt eine Person mit Wohnsitz im Ausland in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit aus? Faktische Organisation, wenn jemand einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftstätigkeit eines Unternehmens nimmt.

Aus dem Sachverhalt:

A. Mit Verfügung vom 16. Januar 1996 verpflichtete die Ausgleichskasse des Kantons Zug die X. AG, zur Nachzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen in der Höhe von Fr. 13'283.25. Eine Arbeitgeberkontrolle vom 29./30. November 1995 für die Zeit vom 1. Januar 1991 bis 31. Dezember 1994 hatte ergeben, dass die X AG an Herrn P.M. Entgelte ausgerichtet hatte, welche nicht mit den Sozialversicherungen abgerechnet worden waren.

B. Mit Schreiben vom 25. Januar 1996 gelangte die X. AG an die Ausgleichskasse des Kantons Zug, welche das Schreiben als Beschwerde gegen die Verfügung vom 16. Januar 1996 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug weiterleitete. Die Beschwerdeführerin beantragt darin sinngemäss die Aufhebung der Verfügung und führt dazu im wesentlichen aus, bei der Verbuchung der VR-Honorare sowie des Beratungshonorars für P.M. auf das gleiche Konto handle es sich um einen Fehler. Ab 1995 würden VR- und Beratungshonorare selbstverständlich klar getrennt. P.M. nehme an Besprechungen teil und berate die X. AG hauptsächlich in betriebswirtschaftlichen Fragen. Andere, konsultative Gespräche würden telefonisch oder per Fax abgewickelt. P.M. sei über die wichtigsten Firmenentscheide orientiert. Ein Vertrag im eigentlichen Sinne bestehe nicht, da diese Tätigkeit sich organisch entwickelt habe. P.M. sei mit einem Viertel am Aktienkapital beteiligt. Man gehe davon aus, dass die Rechtslage erlaube, die Verfügung der AHV in diesem Falle aufzuheben.

Aus den Erwägungen:

3. a) Nach Art. 6 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Oesterreich über Soziale Sicherheit vom 15. November 1967 (in Kraft seit 1. Januar 1969) richtet sich die Versicherungspflicht nach den Rechtsvorschriften des Vertragsstaates, in dessen Gebiet die Erwerbstätigkeit ausgeübt wird, soweit die Artikel 7 bis 10 nichts anderes bestimmen (Abs. 1). Für die Versicherungspflicht und die Bemessung der Beiträge von Personen, auf die nach Abs. 1 die Rechtsvorschriften beider Vertragsstaaten anzuwenden sind, wird nur das im Gebiet des jeweiligen Vertragsstaates erzielte Einkommen berücksichtigt (Abs. 2). Das Abkommen statuiert demnach mit Bezug auf die Versicherungs- und die damit verbundene Beitragspflicht das Erwerbsortprinzip. Ob eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz im Sinne von Art. 6 des Abkommens ausgeübt wird, beurteilt sich demzufolge aufgrund der Vorschriften des AHV-Rechts.

b) Obligatorisch versichert nach Massgabe des AHVG sind natürliche Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG). Die Annahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz erfolgt aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Soweit das Erwerbsortprinzip massgebend ist, ist für die Annahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz nicht erforderlich, dass die natürliche Person, welcher der wirtschaftliche Ertrag dieser Tätigkeit zufließt, sich in der Schweiz aufhält. Massgebend ist lediglich, wo sich der Mittelpunkt des wirtschaftlichen Geschehens befindet (vgl. BGE 119 V 68 f. E. 3b). Gemäss Kreisschreiben über die Versicherungspflicht (KSV) erzielt in der Schweiz Erwerbseinkommen, wer hier in unselbständiger oder in selbständiger Stellung in Industrie, Handel, Handwerk, Landwirtschaft oder in freien Berufen tätig ist (Rz 2029). Unerheblich ist dabei insbesondere, ob die Erwerbstätigkeit aufgrund vertraglicher Verpflichtung oder freiwillig, im Haupt- oder im Nebenberuf ausgeübt wird. Von Bedeutung ist einzig der Zusammenhang zwischen Einkommen und der dem Einkommen zugrunde liegenden Tätigkeit (KSV, Rz 2030).

c) Nach ständiger Rechtsprechung üben Personen mit Wohnsitz im Ausland, welche die Geschäftsleitung eines Unternehmens mit wirtschaftlichem Zweck und mit Sitz in der Schweiz haben, regelmässig eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz aus. Das gilt unabhängig davon, ob die Leitung in der Schweiz oder massgeblich vom Ausland aus erfolgt (BGE 119 V 69 E. 3b mit Hinweis). Wer seinen Wohnsitz im Ausland hat, aber als Verwaltungsrat, als Direktor oder in einer anderen leitenden Funktion einer juristischen Person mit Sitz in der Schweiz im Handelsregister eingetragen ist und somit einen bestimmenden Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des schweizerischen Unternehmens auszuüben vermag, ist in der Schweiz erwerbstätig und daher für das ihm aus der Gesellschaft zufließende Erwerbseinkommen beitragspflichtig (vgl. auch KSV, Rz 2031 und 2034 je mit weiteren Hinweisen). Die geschäftsleitende Funktion einer Person ergibt sich insbesondere aus ihrer Organstellung und der damit verbundenen Dispositionsbefugnis (vgl. auch KSV, Rz 2033 mit weiteren Hinweisen), je nach den Umständen auch aus dem Umfang der Kapitalbeteiligung.

Die Annahme einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz im Sinne von Art. 1 Abs. 1 lit. b AHVG setzt andererseits nicht voraus, dass die im Ausland wohnende Person in der schweizerischen Gesellschaft formell die Stellung eines leitenden Organs hat und als solches im Handelsregister eingetragen ist. Nach der massgebenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise genügt es, dass von jemandem tatsächlich geschäftsleitende Befugnisse ausgeübt werden und dieser Person damit faktische Organstellung zukommt (BGE 119 V 65 ff., 69 E. 3b mit weiteren Hinweisen).

Faktisches Organ ist allerdings nur, wer an Entscheidungen in einer Weise mitwirkt, die wesentlich über die Vorbereitung und Grundlagenbeschaffung hinausgeht (P. WIDMER, in: Honsell / Vogt / Watter [Hrsg.], Kommentar

zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, N 4 Art. 754 OR). Wer dagegen lediglich mit der Vorbereitung der Entschlussfassung durch die Bereitstellung technischer, kaufmännischer oder juristischer Grundlagen befasst ist, ist nicht Organ, auch wenn solche Vorbereitungen durch Fachleute faktisch die Entscheidungen präjudizieren können (FORSTMOSER / MEIER-HAYOZ / NOBEL, Aktienrecht, Bern 1996, § 19 Rz 12)

d) Ein Versicherter, der Organ einer juristischen Person ist, kann dieser sowohl in unselbständiger wie in selbständiger Stellung gegenüberstehen (Wegleitung über den massgebenden Lohn [WML], Rz 2036). Die Qualifikation der Entschädigung hängt davon ab, ob die Tätigkeit, für welche die Entschädigung ausgerichtet wird, mit der Stellung als Organ verbunden ist, oder ob sie ebensogut losgelöst davon erfolgen kann (WML, Rz 2036; BGE 105 V 113 ff., 115 E. 3 = ZAK 1980, S. 220; ZAK 1983, S. 23)

Die Entgelte, die einem Versicherten (für die Tätigkeit) als Organ einer juristischen Person zukommen, gehören zum massgebenden Lohn (vgl. WML, Rz 2028), d.h. es handelt sich um Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit. Gemäss Art. 7 lit. h AHVV i.V.m. Art. 5 AHVG gelten als massgebender Lohn u.a. Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an Mitglieder der Verwaltung und der geschäftsführenden Organe. Steht ein Organ dagegen in bezug auf bestimmte Tätigkeiten einer juristischen Person als Dritter gegenüber (z.B. als Anwalt: vgl. BGE 105 V 113 ff.), so bildet das daraus fliessende Erwerbseinkommen solches aus selbständiger Erwerbstätigkeit (vgl. WML, Rz 2036).

4. Zunächst ist zu entscheiden, ob P.M. Organstellung zukommt oder nicht. Bejaht man diese Frage, ist weiter zu entscheiden, ob die Einkünfte im Zusammenhang mit der Organstellung stehen. Trifft beides zu, so stellt das Entgelt massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG dar, für welches die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin im Sinne von Art. 12 AHVG beitragspflichtig ist. Beitragspflichtig wäre die Beschwerdeführerin nur dann nicht, wenn P.M. keine Organstellung einnehmen oder das Entgelt nicht im Zusammenhang mit der Organstellung stehen würde, weil er eine reine Beratungstätigkeit im Sinne einer selbständigen Nebenerwerbstätigkeit ausüben würde.

a) Es ist unbestritten, dass P.M. nicht formell als Organ der X. AG bestellt ist. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass P.M. nicht (formell) im Verwaltungsrat sei, im Ausland wohne und auch dort arbeite, sind jedoch nicht geeignet, auszuschliessen, dass P.M. in massgebender Weise an der Willensbildung der X. AG teilnimmt und korporative Aufgaben selbständig ausübt und so die Stellung eines faktischen Organs innehat. Vielmehr spricht es für die Ausübung von Organfunktion, dass – gemäss Ausführungen der Beschwerdeführerin – P.M. mit einem Viertel am Aktienkapital beteiligt ist und jeweils über die wichtigsten Firmenentscheide orientiert

werde. Durch seine Beteiligung an der X. AG ist dieser grundsätzlich in der Lage, massgeblichen Einfluss (mehr als 20% der stimmberechtigten Anteile) auf die Geschicke der Gesellschaft auszuüben (vgl. dazu Art. 665a Abs. 2 und 3 OR). Dass P.M. jeweils über die wichtigsten Firmenentscheide orientiert wird, lässt vermuten, dass ihm bei Entscheidungen der AG von grundlegender unternehmerischer Tragweite ein Mitwirkungsrecht zusteht. P. M. nimmt mehrmals im Jahr an Besprechungen in der Schweiz teil und hält telefonisch oder per Fax Kontakt. Angesichts dieser Umstände muss angenommen werden, dass ihm materiell die Stellung eines Organs der X. AG zukommt, obwohl ihm formell eine entsprechende Position nicht eingeräumt worden ist.

b) Die Tätigkeit von P.M. als Berater der X. AG unterscheidet sich im internen Verhältnis durch nichts von der Tätigkeit eines formell bestellten Verwaltungsrates. Insbesondere muss bezweifelt werden, dass P.M. auch dann an Besprechungen teilnehmen könnte, zu konsultativen Gesprächen kontaktiert und über die wichtigsten Firmenentscheide orientiert würde, wenn er nicht massgeblich an der X. AG beteiligt wäre. Ebenso fraglich erscheint unter diesen Umständen, dass P.M. sich jeglicher Einflussnahme auf die Geschäftstätigkeit enthält und seine Tätigkeit für die X. AG sich auf die blossе Vorbereitung der Entscheide und Grundlagenbeschaffung beschränkt. Das verbietet es aber im vorliegenden Fall, P.M. als völlig unabhängigen Betriebsberater der X. AG zu betrachten. P.M. rechnet denn auch nicht als Selbständigerwerbender, insbesondere für die Ausübung von Bertätigkeit, mit der Sozialversicherungsanstalt Oesterreich ab. Die Bertätigkeit von P.M. ist nicht völlig unabhängig von seiner einflussreichen Stellung als Aktionär denkbar, weshalb die daraus erzielten Einkünfte in untrennbarem Zusammenhang mit seiner materiellen Organstellung stehen. Wirtschaftlich handelt es sich deshalb bei dem an P.M. ausgerichteten Entgelt um VR-Honorare, auch wenn die Beschwerdeführerin von einem Beratungshonorar spricht. Gemäss Art. 7 lit. h AHVV gehören Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an Mitglieder der Verwaltung juristischer Personen zu dem für die Berechnung der Beiträge massgebenden Lohn. Es handelt sich insofern um Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 5 AHVG, wofür die X. AG als Arbeitgeberin im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AHVG beitrags- und abrechnungspflichtig ist.

(Urteil Verwaltungsgericht vom 15. Oktober 1998)

Übergangsbestimmungen zur 10. AHV-Revision – Per 1. Januar 1997 konnten nicht alle möglichen Ansprüche und Renten per sofort neu überprüft und angepasst werden. Anpassungen haben aber bis spätestens zum 1. Januar 2001 zu erfolgen. In diesem Fall Eintritt eines neuen Versicherungsfalls per 1. Januar 1997 verneint.