

Die Koordination der Sozialversicherungen bei grenzüberschreitenden Erwerbsverhältnissen – eine Standortbestimmung nach 10 Jahren praktischer Handhabung

von Orlando Rabaglio, lic.iur., RA, dipl. Steuerexperte
rabaglio schär – Anwälte für Steuern und Sozialversicherungen
Seefeldstrasse 45 8032 Zürich

orlando.rabaglio@rs-tax.ch

Publiziert in:

Jahrbuch zu Treuhand und Revision 2012

Herausgeber: Andrea Mathis & Rolf Nobs

(April 2013)

Inhalt

1	Einleitung	3
2	Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit	4
2.1	Geltungsbereich	5
2.2	Grundsätze der Koordination	6
2.3	Kollisionsnormen	7
2.4	Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung	9
3	Die Praktische Umsetzung in der Schweiz und ihre Probleme	10
3.1	Unterstellung und Beitragserhebung in der Schweiz	10
3.2	Praktische Konsequenzen	13
3.2.1	Grundsachverhalt: Ein Arbeitgeber, zwei Erwerbsstaaten	14
3.2.2	Unselbständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz - Beteiligung an einer Personengesellschaft in Deutschland	15
3.2.3	Reflexwirkungen auf andere Sozialversicherungen	16
3.2.4	Person mit unselbständiger Erwerbstätigkeit in der Schweiz und Beteiligung an einer deutschen GmbH & Co. KG	17
3.3	Wege zur Problemschärfung	19
3.3.1	Völkerrechtskonforme Rechtsanwendung	19
3.3.2	Keine rückwirkenden Statuswechsel	19
3.3.3	Korrektur bei den Bemessungsnormen	20
4	Ausblick	20
	Abkürzungsverzeichnis	22
	Literaturverzeichnis	23

1 Einleitung

Die globalisierte Wirtschaftswelt und die internationale Mobilität verlangen ein angepasstes Sozialversicherungsrecht. Einzelstaatliche Regeln müssen abgestimmt oder zumindest koordiniert werden können. Dazu bedient man sich der Gestaltungsmittel der Kollisionsnormen und der Äquivalenzregeln.¹ Einerseits, in Anknüpfung an den Wohnort oder den Beschäftigungsort, werden die internationale Zuständigkeit und die anwendbaren Sachnormen bestimmt (Kollisionsnormen) und andererseits wird die Anwendbarkeit der Sachnormen des zuständigen Staates auf Rechtsverhältnisse unter ausländischem Recht geregelt (Äquivalenzregeln).²

Am 21. Juni 1999 schloss die schweizerische Eidgenossenschaft mit der europäischen Gemeinschaft (heute europäische Union) das Abkommen über die Freizügigkeit (FZA)³ ab, welches für die grenzüberschreitenden Erwerbsverhältnisse die bestehenden Sozialversicherungsabkommen ablöste. Mit dem FZA übernahm die Schweiz im Anhang II die Vo (EWG) Nrn. 1408/71⁴ und 574/72⁵ und unterwarf sich damit der europäischen Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit. Das schweizerische Sozialversicherungsrecht wurde mit einer neuen Regelungsdynamik konfrontiert, die hierzulande manchen Unternehmer und Berater überfordert.

Mit dem Beschluss Nr. 1/2012 des gemischten Ausschusses, welcher gemäss Art. 18 FZA für die Revision des Anhangs II zuständig ist, traten am 1. April 2012 die Vo (EG) Nrn. 883/2004⁶

¹ Nussbaumer, § 75 Rz 933; *Scartazzini/Hürzeler*, § 9 Rz 1.

² *Nussbaumer*, § 75 Rz 934 f.; *Scartazzini/Hürzeler*, § 9 Rz 2.

³ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.142.112.681, in Kraft getreten am 1. Juni 2002.

⁴ Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern.

⁵ Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern.

⁶ Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. In der Fassung von Anhang II zum Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft

und 987/2009⁷ in Kraft. Dabei werden die „alten“ Verordnungen nicht etwa einfach ersetzt. Einerseits bleiben sie im Rahmen einer Übergangsbestimmung⁸ während einer zehnjährigen Übergangsfrist bestehen, solange sich der zugrundeliegende Sachverhalt nicht ändert, und andererseits bleiben die alten Verordnungen als Koordinationsrecht zu den EFTA-Staaten bestehen, weil die neuen Verordnungen nur von den EU-Staaten angewendet werden.

Dieser Beitrag soll einen Überblick über die bestehenden Regeln verschaffen. Anschliessend sollen die Rechtsgrundlagen und die aktuelle Praxis einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

2 Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit

Die europäische Sozialversicherungskoordination strebt einen möglichst einfachen Zugang zu den einzelnen Sozialversicherungssystemen in den Mitgliedstaaten der EU und der Schweiz an. Die Grundsätze der Gleichbehandlung der Staatsangehörigen, die Zusammenrechnung der in verschiedenen Staaten zurückgelegten Versicherungs- und Beschäftigungszeiten und die länderübergreifende Amtshilfe bilden hierbei das Kernstück der Koordinationsanstrengungen.⁹ Der Kreis der koordinierten Sozialversicherungen ist recht weit. Er umfasst vorab AHV, IV und EL, dann aber auch die Arbeitslosenversicherung, die Unfallversicherung, die Krankenversicherung, die Familienzulagenordnungen und nicht zuletzt die Pensionskassen.

nossenschaft andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.831.109.268.1, in Kraft getreten am 1. April 2012.

⁷ Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der sozialen Sicherheit. In der Fassung von Anhang II zum Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, SR 0.831.109.268.11, in Kraft getreten am 1. April 2012.

⁸ Art. 87 Abs. 8 Vo (EG) Nr. 883/2004

⁹ *Nussbaumer*, § 75 Rz 935.

2.1 Geltungsbereich

Die Vo (EG) Nr. 883/2004 knüpft an die Staatsangehörigkeit sowie den Familienstatus und die abstrakte Unterworfenheit unter das System eines Mitgliedstaates oder der Schweiz an.¹⁰ In jedem Fall muss für die Anwendung der Koordinationsverordnungen ein grenzüberschreitender Sachverhalt vorliegen.¹¹ Um völkerrechtlichen Verpflichtungen nachzukommen, ist der persönliche Geltungsbereich über die Staatsangehörigen der Schweiz und der EU hinaus auf Flüchtlinge und Staatenlose erweitert.¹² Die "alte" Vo (EWG) Nr. 1408/71 sah noch vor, dass die zu koordinierende Person selbständig oder unselbständig in einem Vertragsstaat beschäftigt sein musste.¹³ Drittstaatsangehörige, welche nicht auf der Flucht oder staatenlos sind, sind grundsätzlich von der Koordination ausgeschlossen.¹⁴ Somit fallen bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhalts sämtliche Staatsangehörigen der EU und der Schweiz, sowie Flüchtlinge und Staatenlose aus Drittstaaten, unter die Koordinierungsverordnungen.

Der zeitliche Geltungsbereich der Verordnungen ist differenziert zu betrachten. Zwar war eine rückwirkende Anwendung des mit dem FZA eingeführten Koordinationsrechts auf einen vor dem Inkrafttreten liegenden Zeitraum ausgeschlossen, doch waren die für den Erwerb von Beitragszeiten, im ALV-Bereich bspw. die vor dem Inkrafttreten zurückgelegten ausländischen Zeiten, mit zu berücksichtigen.¹⁵ Dieselben Grundsätze gelten bei der Anwendung der neuen Koordinierungsverordnungen. Es ist jedoch Vorsicht geboten. Gemäss Art. 87 Abs. 8 Vo (EG) Nr. 883/2004 bleiben die bereits koordinierten Rechtsverhältnisse und die bereits gewählte Unterstellung während einer zehnjäh-

¹⁰ Art. 2 Abs. 1 Vo (EG) 883/2004 umschreibt den persönlichen Geltungsbereich wie folgt:

"Diese Verordnung gilt für Staatsangehörige eines Mitgliedstaats, Staatenlose und Flüchtlinge mit Wohnort in einem Mitgliedstaat, für die die Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten gelten oder galten, sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterbliebenen.

¹¹ *Eichenhofer*, § 6 Rz 98 ff.

¹² *Eichenhofer*, § 6 Rz 102.

¹³ Art. 2 Abs. 1 Vo (EWG) Nr. 1408/71.

¹⁴ *Eichenhofer* § 6 Rz 102.

¹⁵ *Nussbaumer*, § 81 Rz 965; *Scartazzini/Hürzeler*, § 9 Rz 16.

rigen Übergangsfrist bestehen, solange sich der zugrundeliegende Sachverhalt nicht ändert.¹⁶

2.2 Grundsätze der Koordination

Das in Art. 4 Vo (EG) Nr. 883/2004 statuierte Gleichbehandlungsgebot untersagt jede auf die Staatsangehörigkeit eines EU-Staats gestützte Diskriminierung.¹⁷ Dieser Grundsatz führte zu verschiedenen Anpassungen im Landesrecht, bspw. von Art. 2 AHVG, wonach die freiwillige Versicherung für Personen im Ausland eben nicht mehr den Auslandschweizern, sondern jenen Personen angeboten wird, die vor dem Ausscheiden aus der obligatorischen Schweizer Versicherung eine fünfjährige obligatorische Unterstellung unter die AHV aufweisen müssen. Im Krankenversicherungsrecht ist nun die Prämienverbilligung auch jenen Personen zu gewähren, die im Ausland wohnhaft, aber in der Schweiz versichert sind¹⁸. Das implizite Diskriminierungsverbot erfasst sowohl die offene oder direkte (formelle) Diskriminierung als auch die versteckte oder indirekte (materielle) Diskriminierung.¹⁹

Im Koordinationsrecht ist auch die Pflicht zum Export von Geldleistungen an Berechtigte mit Wohnort ausserhalb des zuständigen Mitgliedsstaates statuiert, wobei die Verordnungen anfänglich noch gewisse Beschränkungen vorsahen. Mit der neuen Verordnung wird die Pflicht zum Leistungsexport auf sämtliche Ansprüche der sozialen Sicherheit ausgeweitet.²⁰

Art. 11 Abs. 1 Vo (EG) Nr. 883/2004 bestimmt, dass Personen, für die diese Verordnung gilt, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedsstaats unterliegen. Dieser Ausschliesslichkeitsgrundsatz garantiert, dass die koordinierten Personen keiner Doppelbelastung aufgrund von Sozial-

¹⁶ In der Praxis führt diese Bestimmung kaum zu mehr Rechtssicherheit, zumal man nie weiss, welche Intensität eine Veränderung des zugrundeliegenden Sachverhaltes aufweisen muss, um zu einer automatischen Anwendung des neuen Rechts zu führen.

¹⁷ *Eichenhofer*, § 6 Rz 111.

¹⁸ Das sind insbesondere die nichterwerbstätigen und zuhause zurückbleibenden Familienangehörigen von Arbeitskräften, welche aus dem EU-Ausland in die Schweiz zuziehen.

¹⁹ *Scartazzini/Hürzeler*, § 9 Rz 12; *Eichenhofer*, § 6 Rz 114.

²⁰ Art. 7 Vo (EG) Nr. 883/2004. Das Exportgebot wird lediglich für Leistungen bei Arbeitslosigkeit gemäss Art. 64 Vo (EG) Nr. 883/2004 eingeschränkt.

versicherungsabgaben ausgesetzt sind. Er führt aber auch dazu, dass Sozialversicherungsfälle in Rechtsordnungen „umkippen“, welche nach ganz fremden Strukturprinzipien aufgebaut sind. Zu beachten ist allerdings die Reflexwirkung der ausschliesslichen Unterstellung, welche durch Art. 21 Abs. 1 Vo (EG) Nr. 987/2009 ausgelöst wird. Danach hat ein Arbeitgeber mit eingetragenem Sitz oder mit Niederlassung ausserhalb des zuständigen Mitgliedstaats den Pflichten nachzukommen, welche die auf seinen Arbeitnehmer anzuwendenden Rechtsvorschriften vorsehen, namentlich der Pflicht zur Zahlung der nach jenen Rechtsvorschriften vorgeschriebenen Beiträge. Welche unliebsamen Folgen dies haben kann, wird später kritisch gewürdigt.

2.3 Kollisionsnormen

Nach Art. 11 Abs. 1 Vo (EG) Nr. 883/2004 sind die den Binnenmarkt überschreitenden Sozialversicherungsverhältnisse eindeutig dem Recht eines einzigen Mitgliedstaates zuzuordnen. Diese Bestimmung entfaltet in zweierlei Hinsicht international umfassende Wirkung: sachlich, weil sie sich auf sämtliche sozialrechtlichen Problemstellungen erstreckt, und international, weil die in der Vo (EG) Nr. 883/2004 getroffenen Regelungen für sämtliche Mitgliedstaaten unter Verdrängung gegenläufigen nationalen Rechts gelten.²¹ Die Koordinierungsverordnungen erklären ein Sozialversicherungsregime für zuständig, bestimmen aber auch die rechtlichen Grundlagen, nach welchen ein bestimmter Sachverhalt zu qualifizieren ist, wobei diese Rechtsfolgen für sämtliche Vertragspartner verbindlich sind.

Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 setzte die bisherige Rechtsprechung des EuGH um und statuiert in Art. 1 folgende Definitionen:

"Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

- a) 'Beschäftigung' jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt;
- b) 'selbständige Erwerbstätigkeit' jede Tätigkeit oder gleichgestellte Situation, die für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt oder die gleichgestellte Situation vorliegt, als solche gilt;

²¹ Eichenhofer, § 6 Rz 154.

..."

Wenn nun in einem oder mehreren Staaten solche Sachverhalte – Beschäftigungen oder selbständige Erwerbstätigkeit – vorliegen, und Personen gemäss persönlichem Geltungsbereich involviert sind, liegen Koordinationsfälle vor, welche nach den nachfolgenden Kollisionsnormen zu behandeln sind.

Übt eine Person eine einzige Tätigkeit aus, so greift immer das Erwerbsortprinzip, wonach die erwerbstätige Person im Staat der Erwerbstätigkeit unterstellt wird.²² Staatsangehörige der Schweiz oder der EU, die gewöhnlich in zwei oder mehreren Staaten für den gleichen Arbeitgeber resp. für das gleiche Unternehmen eine Erwerbstätigkeit ausüben, unterliegen den Rechtsvorschriften ihres Wohnsitzstaats, sofern sie einen wesentlichen Teil ihrer Erwerbstätigkeit in diesem ausüben.²³ Ein Anzeichen für das Vorliegen eines wesentlichen Teils kann die Arbeitszeit oder das Arbeitsentgelt sein, wenn eines dieser beiden Kriterien mindestens 25 % der Gesamttätigkeit ausmacht.²⁴

Ist eine Person indessen für mehrere Arbeitgeber in verschiedenen Staaten unselbständig tätig, untersteht sie nach den zur Zeit geltenden Bestimmungen immer dem Recht des Wohnsitzes, gleichgültig, ob sie dort wesentlich, geringfügig oder gar nicht tätig ist²⁵.

Wenn eine Person in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung (= unselbständige Tätigkeit) und eine selbständige Tätigkeit ausübt, unterliegt sie den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dem sie die Beschäftigung ausübt, oder, wenn sie eine solche Beschäftigung in zwei oder mehreren Mitgliedstaaten ausübt, den oben genannten Regelungen nach Art. 13 Abs. 1 Vo (EG) Nr. 883/2004.²⁶ Das Beschäftigungslandprinzip galt schon unter der alten Koordinationsverordnung,²⁷ jedoch war bei Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit in der Schweiz und bei einer Beschäftigung in einem Mitgliedstaat der EU

²² Art. 11 Abs. 3 lit. a Vo (EG) Nr. 883/2004.

²³ Art. 13 Abs. 1 lit. a Vo (EG) 883/2004; Rz 2020 WVP.

²⁴ Art. 14 Abs. 8 Vo (EG) 987/2009; Rz 2020.1 WVP; Vgl. *Kahil-Wolff*, S. 284 f.

²⁵ Art. 13 Abs. 1 lit. a zweiter Halbsatz. Die Korrekturverordnung Vo (EG) 465/2010 präzisiert in dem Sinne, dass die Unterstellung im Wohnsitzstaat erfolgt, wenn entweder dort ein wesentlicher Teil der Tätigkeit ausgeübt oder gar keine Tätigkeit ausgeübt wird.

²⁶ Art. 13 Abs. 3 Vo (EG) Nr. 883/2004.

²⁷ Vgl. *Scartazzini/Hürzeler*, § 9 Rz 17.

oder der EFTA die Zuständigkeit nach dem Erwerbort im Sinne einer Ausnahmeregelung aufgeteilt.²⁸

Ähnlich werden selbständige Erwerbstätigkeiten koordiniert: Wenn die Tätigkeit im Wohnsitzstaat wesentlich ist, untersteht die Person im Wohnsitzstaat den Sozialversicherungen; sonst wird in jenem Staat unterstellt, in welchem sich der Mittelpunkt der Tätigkeit befindet²⁹.

Schliesslich ist noch auf die Entsendungsregeln hinzuweisen: Wenn eine Person für eine beschränkte Zeit (in der Regel bis zu zwei Jahren, mit eingeschränkten Verlängerungsmöglichkeiten) in einen andern Staat entsendet wird, kann sie der Versicherung im Herkunftsstaat unterstellt bleiben. Dies ist praktisch die einzige Regel, die problemlos funktioniert.³⁰

2.4 Bedeutung der EuGH-Rechtsprechung

Die einschlägige Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung wird, soweit das FZA auf Begriffe des Gemeinschaftsrechts verweist, berücksichtigt. Über die Rechtsprechung nach dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens wird die Schweiz unterrichtet.³¹ Um das ordnungsgemässe Funktionieren dieses Abkommens sicherzustellen, stellt der Gemischte Ausschuss auf Antrag die Auswirkungen dieser Rechtsprechung fest.³² Die Präambel des FZA betont, dass die Vertragsparteien entschlossen sind, die Personenfreizügigkeit auf der Grundlage der in der europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen.³³ Es sollen alle erforderlichen Massnahmen getroffen werden, damit gleichwertige Rechte und Pflichten Anwendung in den Rechtsakten Anwendung.³⁴ Das Bundesgericht verweist denn auch ohne weitere Präzisierung auf die Rechtsprechung des EuGH.³⁵

²⁸ Art. 14c lit. b Vo (EG) 1408/71).

²⁹ Art. 13 Abs. 2 Vo (EG) Nr 883/2004

³⁰ Art. 12 Vo (EG) Nr. 883/2004

³¹ Siehe Art. 16 Abs. 2 FZA.

³² Art. 16 Abs. 2 letzter Satz FZA.

³³ *Epiney*, S. 8.

³⁴ Vgl. Art. 16 Abs. 1 FZA.

³⁵ Vgl. z.B. BGE 128 I 280, S. 281 f. Erw. 3; BGE 129 II 249, S. 259 f. Erw. 4.2; BGE 129 II 215, S. 222 ff. Erw. 7.2 ff.; BGE 130 II 113, S. 127 ff. Erw. 8; BGE 130 II 176, S. 179 ff. Erw. 3.

Auch die seit Inkrafttreten des FZA ergangene Rechtsprechung ist gemäss den Auslegungsgrundsätzen in den Art. 31 ff. der Wiener Vertragsrechtskonvention³⁶ in der Schweiz zu übernehmen. Würde dies unterbleiben, käme es unweigerlich zu einem Auseinanderdriften der Rechtsentwicklung, was Ziel und Zweck des Freizügigkeitsabkommens gerade zuwiderlaufen würde.³⁷ Insofern handelt es sich beim FZA um einen echten Integrationsvertrag, wobei die nähere rechtliche Analyse der Tragweite der einschlägigen Bestimmungen zum Ergebnis kommt, dass von einer dynamischen Teilnahme der Schweiz an den relevanten Teilen des *acquis communautaire* ausgegangen werden kann.³⁸ Dieses Beispiel zeigt, dass der Mythos, man könne sich durch Bilateralismus der institutionellen Wirkung des EU-Rechts entziehen, nur begrenzte Lebenskraft hat. Dass es eben gerade auch nicht interessant ist, Neuerungen im Koordinationsrecht bis zur Gutheissung durch den gemischten Ausschuss in Nachverhandlungen anstehen zu lassen, hat der Wechsel zur Vo (EG) 883/2004 gezeigt. Im übrigen Europa hat man damit schon längst gelebt und wir Schweizer mussten immer wieder erklären, dass für uns noch die alte Grundlage Gültigkeit hätte. Ähnlich sieht es mit der neuesten Verordnung 465/2012 aus. Auch hier fehlt im Ausland das Wissen und das Verständnis dafür, dass diese Regeln im Verhältnis zur Schweiz noch nicht anwendbar sind.

3 Die Praktische Umsetzung in der Schweiz und ihre Probleme

3.1 Unterstellung und Beitragserhebung in der Schweiz

Nach den vorstehenden Ausführungen ist klar, dass aus Schweizer Sicht in Fällen von grenzüberschreitenden Verhältnissen nicht einfach nach den Schweizer Unterstellungsnormen (Art. 1a AHVG) verfahren werden kann, denn die völkerrechtlichen Koordinations- und Kollisionsregeln gehen dem Landesrecht vor. Dieser Vorbehalt ist in der Rechtsordnung generell zu beachten, für das Sozialversicherungsrecht hat der Gesetzgeber zumindest in einer Bestimmung, welche in jedes

³⁶ Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, SR 0.111, in Kraft getreten am 6. Juni 1990.

³⁷ *Epiney*, S. 25.

³⁸ *Epiney*, S. 31.

Sozialversicherungsgesetz aufgenommen worden ist, dies noch positiv-rechtlich verdeutlicht.³⁹

Um diese Regeln auch für die Praxis verständlich zu machen, hat das Bundesamt für Sozialversicherung entsprechende Konkretisierungen in den Verwaltungsweisungen erlassen⁴⁰. Die Vorschriften der Koordinierungsverordnungen richten sich an die natürlichen Personen mit einer Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates der EU oder der Schweiz. Diese Personen müssen sich neben ihrem rechtlichen Aufenthaltsstatus ebenfalls um ihre sozialversicherungsrechtliche Unterstellung kümmern. Das bedeutet, dass sie die rechtlich geforderten Informationen beibringen und der zuständigen Ausgleichskasse vorlegen müssen. Arbeitnehmer verkehren in der Regel mit der Ausgleichskasse über ihre Arbeitgeber, d.h. die Arbeitgeber müssen gegebenenfalls über die entsprechenden Informationen verfügen, damit die richtige Erfassung überhaupt möglich ist. Selbständigerwerbende melden sich – sofern sie wissen, dass sie als Selbständigerwerbende der Beitragspflicht unterstellt sind – selbst bei der Ausgleichskasse an. Geschieht dies nicht – was gerade bei grenzüberschreitenden Fällen oft der Fall ist –, reagieren die Ausgleichskassen aufgrund von Informationen, welche sie von den Steuerverwaltungen erhalten.⁴¹

Wenn die Ausgleichskasse beim Vorliegen eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes nicht durch die versicherte Person oder deren Arbeitgeber auf die Situation aufmerksam gemacht wird, bleibt unter Umständen ein solcher Sachverhalt während Jahren unentdeckt, bis die Steuerbehörden aufgrund der Angaben in den Steuererklärungen entsprechende Meldungen machen.

Hat die erwerbstätige Person ihren Wohnsitz in der Schweiz, prüft die Ausgleichskasse, ob sie aufgrund der Bestimmungen des Abkommens mit der EU resp. dem EFTA-Abkommen⁴² in der AHV/IV/EO und der

³⁹ z.B. Art. 153a AHVG

⁴⁰ Wegleitung über die Versicherungspflicht (WVP), Weisungen an die Durchführungsorgane (AHV-Mitteilungen), alle zu finden auf www.bsv.admin.ch/vollzug

⁴¹ Typisch sind etwa die Fälle, da ein in der Schweiz wohnhafter und unselbständig Erwerbender Versicherter aufgrund seines Einkommens aus selbständiger Tätigkeit im Ausland, welches in der Schweiz ja auch nur satzbestimmend zur Besteuerung herangezogen wird, von der Ausgleichskasse Verfügungen über mehrere zurückliegende Jahre erhält, weil die Steuerverwaltung solche Auslandseinkommen inzwischen systematisch an die Ausgleichskassen meldet.

⁴² Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), SR 0.632.31, in Kraft getreten am 1. Juni 2002. Gemäss Art. 21 EFTA-

ALV versichert ist. Sind die Voraussetzungen erfüllt, stellt die zuständige Ausgleichskasse eine Bescheinigung aus, dass die geprüfte Person dem schweizerischen Sozialversicherungsregime unterstellt ist (die Bescheinigung A1 für EU-Staatsangehörige resp. das Formular E 101 für EFTA-Staatsangehörige) und übermittelt eine Kopie dieser Bescheinigung dem ausländischen Träger, wenn dieser zur Klarstellung der Unterstellung dieser Informationen bedarf. Die erwerbstätige Person kann beauftragt werden, das von der Ausgleichskasse erstellte Formular der zuständigen Behörde im Ausland auszuhändigen.⁴³ Ändert sich die Situation einer Person, die gewöhnlich in mehreren Staaten arbeitet, muss die Ausgleichskasse die betroffenen zuständigen ausländischen Stellen darüber informieren, dass die Person nicht mehr dem schweizerischen Recht unterstellt ist.⁴⁴ Zeitliche Verzögerungen im Ablauf sind hier gewissermassen systemimmanent und deshalb häufen sich in der Praxis auch die rückwirkend abzuwickelnden und richtigzustellenden Fälle.

Im umgekehrten Fall verlangt die Ausgleichskasse von der zu koordinierenden Person (bzw. über deren Arbeitgeber) die von der zuständigen ausländischen Behörde vorschriftsgemäss ausgefüllte Bescheinigung A1 (EU) resp. das Formular E 101 (EFTA), um dann zu überprüfen, ob eine erwerbstätige Person tatsächlich in einem EU- bzw. EFTA-Staat versichert und damit nicht der AHV/IV/EO/ALV unterstellt ist. Weist die betreffende Person die Dokumente nicht vor, kann sich die Ausgleichskasse bei der ausländischen Behörde erkundigen. Sie verwendet für ihr Ersuchen das Formular E 001. In der Praxis geschieht dies aber selten; eher wird dann einfach in der Schweiz für das Einkommen aus der Schweiz der Beitrag erhoben und der betroffene Arbeitnehmer hat fürs erste eine gespaltene Unterstellung. Der Sachverhalt wird dann erst aufgedeckt, wenn ein Sozialversicherungsträger im Ausland versuchen sollte, CH-Einkommen in die Versicherung einzubeziehen.

Für den Fall, dass die Arbeitnehmenden in der Schweiz unterstellt sind, aber den Lohn von einem Arbeitgeber im Ausland beziehen, treffen sie mit ihren Arbeitgebern am besten eine vertragliche Regelung,

Übereinkommen regeln die EFTA-Staaten die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. In Anhang K Anlage 2 EFTA-Übereinkommen werden in Abschnitt A die anwendbaren Rechtsakte aufgeführt.

⁴³ Rz 2055 WVP.

⁴⁴ Rz 2056 ff. WVP.

wonach sie mit dem Sozialversicherungsträger selbst abrechnen.⁴⁵ Eine solche Regelung beinhaltet allerdings implizit, dass die Arbeitgebenden ihren Anteil an den paritätischen Beiträgen zuvor mit dem Lohn den Arbeitnehmenden ausbezahlen. Gegenüber der Ausgleichskasse ist der Brutto-Lohn zu bescheinigen, damit die Ausgleichskasse die Beiträge festlegen kann.⁴⁶ Die Beitragserhebung erfolgt nach Art. 6 Abs. 1 AHVG⁴⁷ und die Lohnbeiträge betragen für den Arbeitgeber und den Arbeitnehmer je 5.15 % des massgebenden Lohnes.⁴⁸ Dazu kommen die Beiträge an die Familienausgleichskasse, die Beiträge für die obligatorische Unfallversicherung und die Beiträge an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge, meist die Auffangeinrichtung. Wenn sich also Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht rechtzeitig über die Aufteilung der Beitragslast einigen, ist der Konflikt gewissermassen vorprogrammiert.⁴⁹

3.2 Praktische Konsequenzen

Im Folgenden soll anhand von einigen praktischen Beispielen dargestellt werden, welche konkreten Probleme auftauchen, wenn die Sozialversicherungsunterstellung europaweit koordiniert werden soll. Hauptproblem aus Schweizer Sicht stellt die Tatsache dar, dass in der Schweiz zum einen die Erwerbseinkommen in unbeschränkter Höhe der Beitragspflicht unterstellt werden, während in praktisch allen europäischen Staaten Obergrenzen definiert sind. Wird etwa die Beitragsobergrenze in Deutschland bei einem Erwerbseinkommen von € 67'200 für die Rentenversicherung und bei € 45'900 für die Krankenversicherung angesetzt, spielt es für eine in Deutschland zu versichernde Person keine grosse Rolle, wenn ihr Einkommen aus der Schweiz über diesen Limiten liegt. Umgekehrt aber sehr wohl, wenn eine in der Schweiz versicherte Person mit einem ordentlichen Einkommen nun zusätzlich wegen des Ausschliesslichkeitsprinzipes auch noch für (hohe) Einkommen aus deutscher Quelle beitragspflichtig wird.

⁴⁵ Art. 21 Abs. 2 Vo (EG) Nr. 987/2009 und Art. 109 Vo (EWG) Nr. 574/72.

⁴⁶ Rz 2037 ff. WVP.; die Mustervereinbarung ist in den Formularsammlungen auffindbar (www.bsv.admin.ch/vollzug >International > Formulare > A1)

⁴⁷ Ermächtigung durch die Koordinierungsverordnung und Art. 153a AHVG.

⁴⁸ Art. 14 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 6 Abs. 2 AHVG und Art. 3 Abs. 1 IVG und Art. 27 Abs. 2 EOG.

⁴⁹ In der Praxis bedienen sich EU-Arbeitgeber, welche Personal in der Schweiz beschäftigen, ohne hier über eine Betriebsstätte zu verfügen, oft eines Treuhänders, der als eine Art Sozialversicherungs-Stellvertreter die Lohnadministration und den Verkehr mit den Sozialversicherungen für den Arbeitgeber abwickelt.

Ein weiteres Problem der Koordination sind die unterschiedlichen Systeme, die zusammenzufügen sind. In der Schweiz besteht das System der beruflichen Vorsorge in teilweise sehr ausgebautem Ausmass, während in anderen Staaten die der zweiten Säule entsprechenden Vorsorgesystems oft freiwillig oder unternehmensspezifisch organisiert sind. Fällt nun eine versicherte Person aus dem Schweizer System heraus, weil sie durch eine Strukturveränderung im Betrieb des Arbeitgebers in ein ausländisches System hineinkoordiniert wird, entzieht man ihr indirekt den möglicherweise sorgfältig austarierten Vorsorgeschutz durch eine 2. Säule. Deshalb sind Veränderungen im Verlaufe der Karriere bei grenzüberschreitenden Arbeitsverhältnissen meist nicht nur durch entsprechend korrigierte Abrechnungsroutinen nachzuvollziehen; oft verlangen solche Wechsel gesamtheitliche neue Verhandlungen der Kompensationspakete. Wir wollen hier einige dieser Fälle exemplarisch anschauen.

3.2.1 Grundsachverhalt: Ein Arbeitgeber, zwei Erwerbsstaaten

Stellen wir uns vor, ein in der Schweiz wohnhafter Arbeitnehmer arbeite als Grenzgänger in einem Deutschen Betrieb. Er ist demzufolge gemäss Erwerbortsprinzip in Deutschland der Sozialversicherung unterstellt. Nimmt er nun aber gleichzeitig in der Schweiz Einsitz in den Verwaltungsrat eines Unternehmens aus seinem Verwandtenkreis, bedeutet dies, dass er nun auch eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz ausübt und demzufolge in der Schweiz der Sozialversicherung unterstellt sein muss⁵⁰. Das heisst nun, dass er in der Schweiz bei der für seine VR-Honorare zuständigen Ausgleichskasse nun auch als Arbeitnehmer ohne beitragspflichtigen Arbeitgeber für das Einkommen, welches er hauptberuflich in Deutschland erzielt, abrechnen muss. Die Beitragsbelastung wird – weil die Obergrenze fehlt – vermutlich höher sein. Auf der andern Seite fällt er aus dem in Deutschland bestehenden betrieblichen Vorsorgewerk heraus. Als Arbeitnehmer eines in Europa domizilierten Arbeitgebers muss er sich in der Schweiz einer Einrichtung der beruflichen Vorsorge anschliessen, weil jeder in der Schweiz beitragspflichtige Arbeitgeber eine Vorsorgeeinrichtung haben muss. Dies gilt auch für den deutschen Arbeitgeber, der im konkreten Fall theoretisch Beiträge an die Ausgleichskasse in der Schweiz leisten müsste, der dies aber an seinen Arbeitnehmer delegiert.⁵¹ Dieser Arbeitnehmer wird nun also in der Schweiz selbst seine Beiträge auf dem ganzen deutschen Lohn an die AHV/IV/EO/ALV, in die Unfallversicherung, in die

⁵⁰ Art. 13 Abs. 1 Vo (EG) 883/2004

⁵¹ Vgl. dazu Art. 21 Abs. 1 Vo (EG) 987/2009 und die Bemerkungen oben bei FN 46.

Auffangeinrichtung BVG und in die Familienausgleichskasse zu bezahlen haben. Spätestens wenn er diese Problematik erkannt hat, wird er wieder aus dem Verwaltungsrat austreten; ob die Ausgleichskassen das aber als Bereinigung ex nunc, anschauen, ist fraglich. Vermutlich würden die Ausgleichskassen eine Unterstellung für eine Uebergangszeit aufgrund der faktischen Verhältnisse erzwingen.⁵²

3.2.2 Unselbständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz – Beteiligung an einer Personengesellschaft in Deutschland

Ein in der Praxis häufig anzutreffender Sachverhalt resultiert aus der Kombination einer unselbständigen Tätigkeit in der Schweiz – egal, ob die Person hier Wohnsitz hat oder nur beispielsweise einem Verwaltungsrat angehört – und einer selbständigen Tätigkeit in einem EU-Staat. Stellen wir uns den erfolgreichen deutschen Unternehmer vor, der seine Aktivitäten in der Form einer GmbH in Deutschland organisiert hat. Sein jährliches Gesellschaftereinkommen aus Unternehmertätigkeit beläuft sich auf rund € 500'000. Er wohnt in Deutschland und nimmt Einsitz in einen Schweizer Verwaltungsrat. Auf den ersten Blick haben wir kein Koordinationsproblem, würden wir doch aus Schweizer Sicht meinen, es lägen zwei unselbständige Tätigkeiten vor, weshalb das Deutsche Sozialversicherungsrecht anwendbar wäre. Bei näherem Hinschauen stellt man aber fest, dass die Schweiz zuständig ist. Nach den Koordinationsregeln liegt nämlich in Deutschland eine selbständige Tätigkeit vor, denn das deutsche Sozialversicherungsrecht betrachtet den beherrschenden Gesellschafter einer GmbH als Selbständigerwerbenden, um ihn dann mit den übrigen „echten“ Selbständigerwerbenden aus der Pflichtversicherung auszuschliessen. Wir haben also in Deutschland einen Sachverhalt, der nach Art. 1 lit. b Vo (EG) 883/2004 „für die Zwecke der Rechtsvorschriften der sozialen Sicherheit des Mitgliedstaats, in dem die Tätigkeit ausgeübt wird“ als selbständige Erwerbstätigkeit gilt. Damit haben wir in Deutschland eine selbständige Tätigkeit und in der Schweiz eine unselbständige Tätigkeit, mit der Folge, dass diese Person in der Schweiz der obligatorischen Versicherung unterstellt wird und mit dem gesamten (schweizerischen und deutschen) Erwerbseinkommen der Beitragspflicht untersteht. Würde die Schweiz die beitragspflichtigen Erwerbseinkommen mit einer Obergrenze versehen, wäre diese Konsequenz noch einigermaßen erträglich. Da aber die Schweiz

⁵² Nach der möglicherweise im Verlauf des Jahres 2013 für die Schweiz anwendbaren Korrekturverordnung Vo (EG) 465/2012 könnte diese Situation entschärft werden, weil bei zwei Arbeitsverhältnissen nur noch dann im Wohnsitz unterstellt würde, wenn dort eine wesentliche Tätigkeit erfolgen würde.

dies nicht tut, wird in einem solchen Fall nun ein Erwerbseinkommen von € 500'000 der schweizerischen Sozialversicherung zu 9.7% jährlich unterstellt. Damit läuft das Sozialversicherungsrecht dem internationalen Steuerrecht klar zuwider, die AHV wird für den deutschen Unternehmer zu einer zusätzlichen Fiskalbelastung, welche er nota bene nirgends zum Abzug bringen kann. Der Selbständigerwerbende in der Schweiz kann seine persönlichen Beiträge als Gewinnungskosten vom steuerbaren Einkommen in Abzug bringen. Unser deutscher Unternehmer kann in Deutschland diese Beiträge nirgends zum Abzug bringen, da Deutschland für ihn ja auch kein Versicherungsobligatorium vorsieht.

Unangenehm wird diese Regelung insbesondere auch, weil solche Erfassungen in der Regel mit grosser zeitlicher Verzögerung erfolgen. Die AHV fordert dann für einen Zeitraum von 5 Jahren die entsprechenden Beiträge nach – und der Pflichtige kann zwar für die Zukunft durch einen Austritt aus dem Verwaltungsrat die Situation bereinigen; für die Vergangenheit bleibt er aber im System hängen und bezahlt nicht nur für die hohen Nachforderungen, sondern gleich auch noch Verzugszinsen von 5% p.a.⁵³

3.2.3 Reflexwirkungen auf andere Sozialversicherungen

Wenig bedacht wird oft, dass nicht nur die AHV-Unterstellung zu Komplikationen führen kann; die Koordination umfasst bekanntlich alle Sozialversicherungen und insbesondere auch die Krankenversicherung für die nichterwerbstätigen Familienangehörigen. In unserem weiteren Beispiel nimmt ein polnischer Arbeitnehmer in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit auf. Seine Familie bleibt in Polen zurück. Dieser Mann wird nun konsequenterweise dem schweizerischen Sozialversicherungssystem unterstellt. Er muss auch eine Krankenversicherung (Obligatorium) für sich und insbesondere auch für die in Polen zurückgebliebenen nicht-erwerbstätigen Familienmitglieder abschliessen. Diese letzte Konsequenz ist nicht immer bekannt und kann dann gegebenenfalls im Leistungsfall zu Problemen führen, wenn die polnischen Leistungsträger unter Ver-

⁵³ Die Verzugszinsen bei nachträglicher Festsetzung der Beiträge (Art. 41bis Abs. 1 lit. b AHVV) haben im internationalen Kontext den Charakter eines eigentlichen Strafzinses erhalten, einer Strafe nota bene für ein Verhalten, das dem Pflichtigen gar nicht als schuldhaft angelastet werden kann, weil er ja keine Möglichkeit hatte, sich anders zu verhalten. Ob die Erhebung eines so hohen Zinses noch gesetzeskonform ist, wäre gegebenenfalls zu hinterfragen. Das Bundesgericht vertritt bislang die Ansicht, es handle sich nur um einen Vorteilsausgleich, was beim aktuellen Zinsniveau wohl kaum mehr vernünftig begründet werden kann (BGE 134 V 202).

weis auf eine falsche Unterstellung die Leistungen verweigern.⁵⁴ Wenig praktikabel ist dieses System im übrigen auch, wenn bei Aufnahme einer Erwerbstätigkeit durch die Ehefrau in Polen die Versicherung für Frau und Kinder in den Wohnsitzstaat zurückfallen würde – um bei Verlust einer unselbständigen Tätigkeit dann wieder in die Schweiz zu kippen.

3.2.4 Person mit unselbständiger Erwerbstätigkeit in der Schweiz und Beteiligung an einer deutschen GmbH & Co. KG

Ein Ärgernis besonderer Art ist in der Konstellation verborgen, da eine in der Schweiz wohnhafte und hier unselbständig oder selbständig erwerbende Person an einer deutschen GmbH & Co. KG beteiligt ist. Diese Gesellschaftsform, eine Kommanditgesellschaft mit einer GmbH als unbeschränkt haftendem Komplementär, wird in Deutschland sehr häufig mit dem Zweck einer Familienholding-Gesellschaft eingesetzt. Die Gesellschafter sind reine Kapitaleigner, haben keine Mitwirkungsbefugnisse und sind – gerade in den hier auftauchenden Fällen – teilweise sehr weit vom operativen Geschäft dieser Konzerne entfernt.

In der Schweiz haben die Sozialversicherungsbehörden nun erkannt, dass bei solchen Konstellationen unter Berufung auf die europäischen Kollisionsnormen viel Geld zu holen ist, wenn man die deutsche GmbH & Co. KG als Personengesamtheit und die Beteiligungserträge des Gesellschafters als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit in Deutschland qualifizieren kann. Es würde zu weit führen, hier die ganze Leidensgeschichte abzuhandeln. In geraffter Form lässt sich folgendes rapportieren: In einer ersten Phase hat man vor Gericht bloss über die Frage debattiert, ob die Beteiligung eines in der Schweiz wohnhaften und erwerbstätigen Gesellschafters einer deutschen GmbH & Co. KG einer selbständigen Erwerbstätigkeit entspreche. Nachdem das erstinstanzlich mit der Streitsache befasste kantonale Gericht dies verneint hatte, hat das Bundesgericht auf Weiterzug durch das Bundesamt für Sozialversicherung in einer Serie von Einzelfällen diese Frage bejaht.⁵⁵

⁵⁴ Details zu den Besonderheiten der Unterstellung im Krankenversicherungsrecht finden sich auf der Home-Page der „Gemeinsamen Einrichtung KVG“, www.kvg.org.

⁵⁵ Urteil des Bundesgerichts vom 23. Juli 2010, 9C_627/2009 = BGE 136 V 258 und vom gleichen Datum 9C_853/2009.

In einem weiteren Fall, welcher mit Urteil vom 7. September 2012⁵⁶ abgehandelt wurde, ist nicht mehr bloss die Frage, ob die Beteiligung an einer GmbH & Co. KG einer selbständigen Tätigkeit entspreche, thematisiert worden. Die Beschwerdeführerin liess viel mehr vortragen, dass aufgrund der internationalen verwaltungsrechtlichen Kollisionsnormen in Angelegenheiten der sozialen Sicherheit die Tätigkeiten nach dem Recht jenes Staates, in welchem die Tätigkeit ausgeführt wird, zu qualifizieren sei. Ob nun ein Sachverhalt in Deutschland eine selbständige Erwerbstätigkeit darstelle, bestimme sich nach deutschem Sozialversicherungsrecht (Vgl. vorne, Ziff. 2.3, Art. 1 lit. b Vo (EG) 883/2004). Nur wenn nach diesen Regeln in Deutschland eine selbständige Tätigkeit vorliege, könne die Person wegen ihrer Erwerbstätigkeit in der Schweiz dem Schweizer Recht unterstellt werden. Die Sozialversicherungsbehörden und mit ihnen im erwähnten Fall auch das Bundesgericht folgen indessen diesen Überlegungen nicht. Sie gelangen direkt gestützt auf Art. 6 Abs. 1 AHVV⁵⁷ in Verbindung mit Art. 6ter lit. a AHVV⁵⁸ zum Schluss, die Schweiz könne nach eigenem Landesrecht Einkommen in Deutschland, das sie als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit ansehe, der Beitragspflicht unterstellen, wenn die versicherte Person hier in der Schweiz aufgrund eines schweizerischen Sachverhaltes nach Art. 1a AHVG schon unterstellt sei.

Unter methodischem und rechtssystematischem Gesichtspunkt muss diese Art Rechtsprechung klar abgelehnt werden. Es geht nicht an, dass ein oberstes Gericht den Zusammenhang zwischen Völkerrecht und Landesrecht nicht erkennen will und die Zuständigkeitsfrage, die explizit gestellt worden ist und das eigentliche Prozessthema darstellt, einfach umgeht mit dem Hinweis, das Bundesgericht wende „implizit“ Schweizer Recht an. Wird dieser „Lösungsansatz“ des Bundesgerichts zu Ende gedacht, benötigen wir kein Koordinationsrecht mehr, sondern wir wenden Schweizer Recht an, wie wenn es keine völkerrechtlichen Koordinationsnormen gäbe. Natürlich ist die Argumentation in diesem Urteil ein fatales Signal an das europäische Ausland: Seht her, wir wenden

⁵⁶ 9C_561/2011

⁵⁷ Art. 6 Abs. 1 AHVV: „Zum Erwerbseinkommen gehört, soweit nicht in den nachfolgenden Bestimmungen ausdrücklich Ausnahmen vorgesehen sind, das im In- und Ausland erzielte Bar- oder Natureinkommen aus einer Tätigkeit...“

⁵⁸ Art. 6ter lit. a AHVV: „(Von der Beitragserhebung ist das Erwerbseinkommen ausgenommen, das Personen mit Wohnsitz in der Schweiz zufliesst)... als Inhaber oder Teilhaber von Betrieben oder von Betriebsstätten in einem Nichtvertragsstaat“.

die Völkerrechtsverträge nicht an, wenn sie unserer Begehrlichkeit in die Quere kommen!

3.3 Wege zur Problementschärfung

Die vorstehenden Darlegungen zeigen, dass wir in vielen Fällen keine Wahl haben und mit den Unannehmlichkeiten eines wenig praktikablen Unterstellungsrechts leben müssen. Immerhin könnte man auf der Seite der Schweiz die Problematik entschärfen.

3.3.1 Völkerrechtskonforme Rechtsanwendung

Im letzten Fall erkennt man, dass allein eine völkerrechtskonforme Rechtsanwendung die als krass stossend empfundene Unterstellung von Gesellschaftern aus deutschen GmbH & Co. KGs eliminieren würde. Hier ist das Bundesgericht gefordert, in einem nächsten Fall nochmals über die Bücher zu gehen. Hier ist aber auch die Wissenschaft und Lehre gefordert, klar dem Vorrang des Völkerrechts bei der Frage nach dem anwendbaren Landesrecht zum Durchbruch zu verhelfen.

3.3.2 Keine rückwirkenden Statuswechsel

Ein Hauptproblem ist die Rückwirkung eines Statuswechsels über bis zu 5 Jahren. Nicht einmal rechtskräftige Beitragsverfügungen stehen einer nachträglichen Korrektur durch die Verwaltung (sofern die Korrektur zugunsten der Verwaltung ist) entgegen.⁵⁹ Das Bundesamt für Sozialversicherung hat zwar in einer Weisung festgehalten, dass ohne Not keine rückwirkenden Statuswechsel vorgenommen werden sollen, wenn eine Person in der Vergangenheit zwar unterstellt aber eben falsch unterstellt war.⁶⁰ Würden sich die Ausgleichskassen an diese Regel halten, könnten sich die Versicherten aufgrund der Entdeckung der Falschunterstellung noch entsprechend verhalten und beispielsweise die unselbständige Tätigkeit in der Schweiz für die Zukunft aufgeben oder ihre Tätigkeiten im In- und Ausland neu strukturieren. Offen bliebe allerdings die Frage, ob es sich überhaupt um eine Falschunterstellung handelt, wenn eine Person in Deutschland als Selbständigerwerbende nicht der Pflichtversicherung unterstellt ist und jetzt aufgrund eines Koordinationssach-

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 2. September 2009 (9C_33/2009)

⁶⁰ „Ist eine Person fälschlicherweise in einem EU-Staat versichert, wäre nach den geltenden Vorschriften jedoch den schweizerischen Rechtsvorschriften unterstellt, so nimmt die Ausgleichskasse die Person ab diesem Zeitpunkt in die AHV auf und stellt ihr das Formular E 101 aus“, Mitteilungen an die AHV-Ausgleichskassen Nr. 187 vom 11. Mai 2006.

verhalts in der Schweiz zu unterstellen wäre. Wünschbar wäre de lege ferenda eine Norm, die nachträgliche Unterstellungen im grenzüberschreitenden Verhältnis aufgrund von Tätigkeiten im Ausland nur auf Wunsch der versicherten Person im Interesse der Gewährung eines adäquaten Versicherungsschutzes zulassen würde.

3.3.3 Korrektur bei den Bemessungsnormen

Art. 6ter lit. a AHVV ist im Zusammenhang mit der Einführung der Personenfreizügigkeit so umgebaut worden, dass Einkommen aus Nichtvertragsstaaten nicht der Bemessung unterstellt werden können, was im Umkehrschluss heisst, dass Einkommen aus Vertragsstaaten der Bemessung unterstellt werden dürfen (sofern die Zuweisung der Zuständigkeit in die Schweiz erfolgt ist!). Angesichts der Tatsache, dass die meisten europäischen Staaten Beitragserhebungs-Limiten kennen, könnte ein Ausweg darin bestehen, dass man Einkünfte aus dem Ausland, die in der Schweiz zur Taxation kommen, nur bis zu einem bestimmten oberen Grenzbetrag der Abgabepflicht unterstellen würde. Dies würde die Situation etwas erträglicher machen, würde dem Gedanken einer fairen Koordination wesentlich besser entsprechen als die heute praktizierte Anwendung. Diese Regel könnte – wenn der politische Wille vorhanden wäre – im Rahmen einer einfachen Revision der AHV-Verordnung eingeführt werden. Sie wäre angemessen und wohl auch unter dem Aspekt der Vermeidung indirekter Diskriminierung wünschbar. Immerhin sieht ja Art. 6ter lit. a AHVV auch vor, dass das Einkommen aus selbständiger Tätigkeit in Nichtvertragsstaaten nicht der Bemessung unterstellt werden soll. Warum sollen in der Schweiz wohnhafte oder aufgrund einer unselbständigen Erwerbstätigkeit versicherte Personen auf Einkommen aus Vertragsstaaten hohe Beiträge zu bezahlen haben (obwohl man hier eigentlich koordinieren möchte), während sie auf Einkommen aus Nichtvertragsstaaten keine Beiträge zu bezahlen haben (obwohl man hier keine völkerrechtliche Verpflichtung zur Koordination hat)?

4 Ausblick

Die Verordnung (EU) Nr. 465/2012⁶¹ des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2012, zur Änderung der Vo (EG) Nr. 833/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit und der Vo (EG) Nr. 987/2009 zur Festlegung der Mo-

⁶¹ aufzufinden unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:149:0004:0010:DE:PDF>

dalitäten zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004, nahm im Interesse der Rechtsicherheit der betroffenen Akteure und der Ausweitung der 25%-Regelung eine Anpassung der Koordinierungsvorschriften vor. Art. 13 Abs. 1 lit. b Vo (EG) Nr. 883/2004 wurde mit vier Unterkategorien differenziert. Ob dies zu mehr Rechtsicherheit und einer einfacheren Rechtsanwendung führt, wird sich in der Praxisanwendung zeigen. Die Verordnung befindet sich im verwaltungsinternen Umsetzungs- und Abklärungsprozess und wird höchstwahrscheinlich im Verlauf des Jahres 2013 für die Schweiz in Kraft treten. Sie wird viele der vorstehend angeführten Probleme – insbesondere die Komplikationen aufgrund der Unterstellung in einem Staat ohne Beitragslimiten – nicht lösen. Die Situation wird im Gegenteil noch komplexer, weshalb Massnahmen im Landesrecht zur Milderung der Schwachstellen gefragt sind.

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946; SR 831.10
ALV	Arbeitslosenversicherung
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
bspw.	beispielsweise
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
EG	Europäische Gemeinschaft
EL	Ergänzungsleistung
EO	Erwerbsersatzordnung
EOG	Bundesgesetz über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft vom 25. September 1952; SR 834.1
Erw.	Erwägung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f./ff.	folgende/fortfolgende
FZA	Freizügigkeitsabkommen
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959; SR 831.20
lit.	Buchstabe
Nr.	Nummer
resp.	respektive
Rz	Randziffer
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz der Europäischen Union
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Vgl.	Vergleiche
Vo	Verordnung
WVP	Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV

Literaturverzeichnis

- Eichenhofer
Eberhard Sozialrecht der Europäischen Union, 4. Auflage, Berlin 2010.
- Epiney Astrid Zur Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH für Anwendung und Auslegung des Personenfreizügigkeitsabkommens, in: ZBJV 2005, S. 1 ff.
- Kahil-Wolff
Bettina Die neuen EU-Koordinierungsverordnungen 883/2004 und 987/2009: Auswirkungen auf die soziale Sicherheit der Schweiz, in: Thomas Probst/Franz Werro (Hrsg.), Strassenverkehrsrechtstagung 10.-11. Juni 2010, Bern 2010, S. 265 ff.
- Nussbaumer
Thomas Internationales Arbeitslosenversicherungsrecht, in: Ulrich Meyer (Hrsg.), Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel 2007, S. 2463 ff.
- Scartazzini
Gustavo /
Hürzeler
Marc Bundessozialversicherungsrecht, 4. Auflage, Basel 2012.