
Internationaler Sachverhalt – Beschäftigungsland: Ist die Rechtsprechung überzeugend?

ORLANDO RABAGLIO

Inhaltsübersicht

I. Vorbemerkung	187
II. Feststellungen zur Rechtsprechung	187
III. Einige Hinweise zur Begründung	191
IV. Praxis zu internationalen Sachverhalten	192
V. Die Entscheidpraxis des Bundesgerichts in der sog. GmbH & Co KG-Situation	195

I. Vorbemerkung

Die Titelgebung – ich habe sie nicht selbst gewählt – ist ja vielleicht schon etwas tendenziös. Wer so fragt, muss nicht erstaunt sein, wenn ein «nein» die Antwort ist. Meine Antwort ist auch «nein», und zwar nicht nur zum Thema «Beschäftigungsland», sondern generell zur Rechtsprechung des Bundesgerichts. Diese überzeugt auf weite Strecken nicht. Das soll hier etwas ausführlicher begründet werden. Mein Bezug zum Sozialversicherungsrecht liegt in erster Linie im Abgaberecht. Unterstellung und Beitragspflicht sind meine Ausgangspunkte; das Leistungsrecht liegt für einen beratenden Steueranwalt etwas weiter auf der Seite. Ich werde mich also zur Rechtsprechung in den Unterstellungs- und Beitragsfragen, und dort dann auch zu den internationalen Sachverhalten, äussern.

II. Feststellungen zur Rechtsprechung

Die Rechtsprechung zum Sozialversicherungsrecht ist geprägt durch eine Vielzahl von Besonderheiten, auf die hier verwiesen werden muss:

- Das Sozialversicherungsrecht wird von einer eigenen und sehr aktiven Verwaltung gepflegt. Das wäre beim Steuerrecht nicht anders; aber im Sozialversicherungsrecht haben wir auch eine eigene Spur für die Rechtsprechung. Die kantonalen Sozialversicherungsrechte und die sozialrechtliche Abteilung des Bundesgerichtes (ehem. Eidg. Versicherungsgericht) bilden zusammen mit der spezialisierten Verwaltung und dem beaufsichtigenden Bundesamt gewissermassen einen juristischen Minikosmos.
- Da erstaunt es nicht, dass in dieser eigenen Welt auch eine eigene Rechtsprechung entsteht, die zuweilen den (Steuer-)Juristen zusammenzucken und aufschreien lässt. Es gibt zu viele Diskrepanzen zum Steuerrecht und zum allgemeinen Verwaltungsrecht.
- Das Sozialversicherungsrecht ist im Laufe der Zeit stark fiskalisiert worden; immerhin ist die Beitragsbelastung für einen Selbständigerwerbenden mit 9.7 % meist höher als die direkte Bundessteuer. Die Praxis weigert sich aber, diese Nähe zum Steuerrecht anzuerkennen; vielmehr werden zahlreiche Unterschiede bewusst gepflegt mit dem Hinweis, im Sozialversicherungsrecht habe man eine Versicherung vor sich, es gehe um Prämien im Hinblick auf künftige Leistungen. Wie beim Steuerrecht tendiert die Verwaltung dazu, das Substrat auszuweiten, wenn man schon durch den Gesetzgeber die Beitragssätze nicht anheben lassen kann. In diesem sozialversicherungsrechtlichen Mini-Kosmos ist die Versuchung besonders gross, eigene Wege zu suchen, ohne dass man sich auf das Steuerrecht abstimmt. So betonen die Gerichte denn auch immer wieder, dass das Sozialversicherungsrecht sich nicht nach den steuerrechtlichen Grundlagen auszurichten habe, auch wenn das Steuerrecht mindestens bei der Bemessung des Beitragssubstrates für Selbständigerwerbende die tragende Basis der AHV-Beitragsermittlung darstellt.
- Diese Ausgangslage und die weiter unten noch beschriebene Sprunghaftigkeit der Rechtsprechung führten dazu, dass jede Streitfrage, in welcher es um mehr oder weniger grosse Geldbeträge geht, ans Gericht getragen wird. So erhalten wir eine unendlich reichhaltige und vielgestaltige Kasuistik zu oft auch exotischen Einzelfällen. Es ist die Pflicht und die Aufgabe der Gerichte, abschliessend Einzel-Fälle zu entscheiden, mit welchen teilweise schon die mit viel Kompetenz und Erfahrung ausgestattete Verwaltung überfordert zu sein scheint. Dies sei an einigen Beispielen erläutert:

- Im Bereich der Statusentscheide (selbständig oder unselbständig) zeigt sich diese Einzelfallbezogenheit der Urteile sehr schön. So wird eine Unternehmensberaterin, die in der Form einer Aktiengesellschaft am Markt tätig ist, plötzlich zur Arbeitnehmerin ihres Kunden¹, weil der Auftragsbeschrieb sich wie ein Pflichtenheft eines Arbeitnehmers lese. Eine selbständigerwerbende Künstlerin mit dem Auftrag, ein Musikfestival zu programmieren, wird unerwarteterweise zur Arbeitnehmerin einer Kulturstiftung. Die Abhängigkeit vom letzten Entscheid des Stiftungsrates (Arbeitgeber) macht sie zur Arbeitnehmerin². Kurze Zeit später beurteilt das Bundesgericht einen Selbständigerwerbenden, der mit eigener Infrastruktur und eigenem Personal die Geschäftsstelle eines Vereins führt, zwar als überwiegend abhängig; es will aber unter dem Gesichtspunkt der Weisungsgebundenheit diese Person nicht mit einem «normalen» Arbeitnehmer verglichen wissen, weil sie gewissermassen qualitativ höherwertige Aufgaben wahrnimmt und nicht die Geschäftsstelle *des* Vereins, sondern in eigenem Namen eine solche *für* den Verein führe³. Solche Differenzierungen in den Urteilen lassen sich nicht systematisch festmachen; die Leitlinien zur Abgrenzung von selbständiger zu unselbständiger Tätigkeit sind schwammig, durchlässig, im Einzelfall auf die nach Meinung des Gerichts zutreffende Relevanz zurechtgebogen. Man kann auch nicht von Case-Law sprechen, denn den Urteilen kommt keine präjudizierende Bedeutung bei. Hinweise, wonach offen bleiben könne, ob dieser oder jener Fall präjudizierende Wirkung entfalten könnte, sind an der Tagesordnung und grenzen nach Ansicht des Verfassers teilweise an argumentative Rechtsverweigerung⁴.
- Ähnlich einzelfallbezogen und unsystematisch sind Entscheide des Bundesgerichts zum Verhältnis zwischen der AHV und dem BVG, wenn es darum geht, Beiträge an die 2. oder 3. Säule A im Einkommen

¹ BGer vom 26. Januar 2012, 9C_459/2011; vgl. auch Orlando Rabaglio, Wer ist gerade mein Arbeitgeber? in TREX 1/2013, S. 42.

² BGer vom 26. März 2012, 9C_799/2011.

³ BGer vom 6. Juni 2013, 9C_930/2013.

⁴ So ganz typisch im Fall 9C_459/2011, wo der Beschwerdeführer zu Recht versucht hat, die Beurteilung von Verwaltungsräten in Analogie zur Beurteilung der Stiftungsrätin und Unternehmensberaterin zu setzen.

des Selbständigerwerbenden zu berücksichtigen. So soll etwa der Selbständigerwerbende, der sich reglementsconform in der zweiten Säule seines Personals mitversichert, vom AHV-pflichtigen Einkommen nicht den reglementarisch geforderten Beitrag des Arbeitgebers, sondern höchstens die Hälfte abziehen können⁵; dafür gewährt man einem Selbständigerwerbenden den Abzug vom AHV-pflichtigen Einkommen bei einem Einkauf in die zweite Säule zu 50 %⁶; man lässt aber den als Surrogat für die Zweite Säule ausgestalteten Beitrag an die «grosse Säule 3A» wiederum nicht zum Abzug zu⁷. In all diesen Fällen sind es Einzelfallüberlegungen, die ohne Ausrichtung an einer Systematik, ohne Rücksichtnahme auf das Steuerrecht und am Ende wohl auch ohne hinreichende Kenntnis der Materie zum Entscheid geführt haben. Die Rechtsprechung ist nicht kohärent, sie ist nicht vorhersehbar, es gibt keine Planungssicherheit mehr. Nicht nur der Beitragspflichtige, sondern auch die Verwaltung werden durch eine solche unberechenbare Rechtsprechung animiert, «es einmal zu versuchen», so insbesondere bei der Umqualifizierung von Dividenden zu Lohn⁸.

- Diese Unsicherheit und zeitweise auch Sprunghaftigkeit der Rechtsprechung führt dazu, dass in der Tendenz jeder Entscheid weitergezogen werden muss, wenn er nicht zu befriedigen vermag. Man hat immer eine Chance (aber auch das Risiko), dass das Bundesgericht so entscheidet, wie es niemand erwartet. Der zu Rate gezogene Berater kann es sich nicht mehr leisten, einen aus systematischen Gründen aussichtslosen Prozess nicht zu führen, weil einige Monate später gerade ein solcher aussichtsloser Prozess vom Bundesgericht doch positiv beurteilt wird⁹.

⁵ BGE 132 V 209 / Pra 2007 99, Urteil vom 2.5.2006.

⁶ BGer vom 11. Oktober 2007, 9C_136/2007.

⁷ BGE 115 V 337 / Pra 79 180, Urteil vom 22.11.1989.

⁸ BGer vom 8. April 2015, 9C_837/2015.

⁹ Ein typisches Beispiel ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Frage der Verlustverrechnung. Jahrzehntlang hat das Bundesgericht die systematisch grundsätzlich richtige Position vertreten, dass eben Verluste aus selbständiger Tätigkeit nur innerhalb der Bemessungsperiode verrechnet werden können. So hat das Bundesgericht noch in seinem Urteil vom 8. Mai 2006 = SVR 2005 AHV Nr. 16, die Verlustverrechnung nach jahrzehntelanger Praxis verneint, um dann mit Urteil vom 28. Dezember 2006 (H162/2005) mit einer systematisch keineswegs überzeugenden Argumentation fest-

- Der Betrachter der Rechtsprechung kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass oft ergebnisorientiert entschieden wird. Die Rechtsprechung beruht weder auf einer nach juristischer Methodenlehre erfolgten Gesetzesauslegung, noch unter Berücksichtigung der Einheitlichkeit der Rechtsordnung noch unter Beachtung allgemeiner Rechtsprinzipien, wie sie in andern Bereichen des Verwaltungsrechts entwickelt worden sind¹⁰. Die grosse Verliererin in diesem Spiel ist die Rechtssicherheit. Wenn die Rechtssicherheit nichts mehr wert ist, vergeht auch das Vertrauen in den Staat und in die Institutionen. Wer wundert sich, wenn populistische Strömungen gegen die Institutionen und gegen die «Classe politique» Oberhand gewinnen?

III. Einige Hinweise zur Begründung

Wir haben schon festgehalten, dass die Abkapselung in einen Mini-Kosmos den «Blick über den Gartenzaun» erschwert. Dazu kommt eine gegenüber der Verwaltung ungenügende fachliche Sicherheit der Gerichte. Die Sachverhalte sind sehr komplex und zuweilen bekundet schon die Verwaltung mit deren Bewältigung echte Probleme. Wie soll da ein Gericht den Durchblick behalten? Obwohl es sich bei den Sozialversicherungsgerichten um Fachgerichte handeln müsste, sind diese zuwenig breit aufgestellt, um die fachlichen Anforderungen in jedem Themenbereich zu bewältigen. Es ist aber keineswegs nur die Schuld der Gerichte, dass sie mit der Materie oft nicht zurecht kommen. Es fehlt auch weitgehend an einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Thematik. Wo ist die sicht- und spürbare Lehre im Sozialversicherungsrecht, die den Diskurs und die Rechtsfortbildung bestreiten könnte? Im Steuerrecht gibt es eine ganze Reihe von namhaften Persönlichkeiten

zustellen, dass eigentlich der Bundesrat in der Verordnung (!) eine Regelung treffen müsste, wenn er die Verlustverrechnung aus dem Bundessteuerrecht nicht ins AHV-Recht übernehmen möchte.

¹⁰ Typisch etwa der in der Zwischenzeit sogar ins Gesetz umgegossene fehlende Schutz formell rechtskräftiger Verfügungen gegen behördlich angestossene Wiedererwägungen (Art. 53 Abs. 2 ATSG). Die Verwaltung kann formell rechtskräftige Verfügungen in Wiedererwägung ziehen, während man dem Versicherten und Beitragspflichtigen auf sein Wiedererwägungsgesuch die formelle Rechtskraft einer Verfügung entgegenschleudert.

aus Wissenschaft und Lehre, aber auch aus der Beratungspraxis, die die Rechtsentwicklung geprägt und vorangetrieben haben. Aus den vielen Kommentaren und Monographien, aus Zeitschriften-Aufsätzen und Vorträgen hat sich eine Steuerwissenschaft entwickelt, mit der sich das Bundesgericht (nicht immer gerne) auseinandergesetzt hat. Im Sozialversicherungsrecht haben wir hier erhebliche Defizite. Daneben gibt es auch noch institutionelle Gründe, die einer Integration der Sozialversicherungsrechtsprechung hinderlich sind: Die Verselbständigung der sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts in Luzern schafft beispielsweise eine gewisse Distanz zu «Lausanne» und begünstigt Alleingänge.

IV. Praxis zu internationalen Sachverhalten

Im Zuge der Personenfreizügigkeit zwischen der Schweiz und den Staaten der Europäischen Gemeinschaft (alte und neue EU) ist auch das europäische Koordinationsrecht für das Zusammentreffen von mehreren Tätigkeiten in mehreren Staaten für die Schweiz direkt anwendbares Recht geworden¹¹.

Das Koordinationsrecht sieht vor, dass bei Mehrfachstätigkeiten grundsätzlich die sozialversicherungsrechtliche Unterstellung nur in einem Staat erfolgen soll¹² und dass dann, wenn dieser Staat bestimmt ist, die betroffene Person in jenem Staat so behandelt wird, als ob ihre gesamte Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit in dem betreffenden Mitgliedstaat ausgeübt und dort die entsprechenden Einkünfte erzielt würden¹³.

Qualifikationskriterien zur Bestimmung des Unterstellungsstaates sind Beschäftigung (unselbständige Tätigkeit), selbständige Erwerbstätigkeit und der Wohnsitz. Mit diesen Ingredienzen muss im Kollisionsfall ermittelt werden, welche Koordinationsregel angewendet werden soll. Diese Begriffe sind nun aber nicht eindeutig definiert. Man denke nur an unsere wechselvolle Praxis zur Qualifikation eines Selbständigerwerbenden in Abgrenzung zur unselb-

¹¹ Vgl. etwa Art. 153^{bis} AHVG.

¹² Ausschliesslichkeitsgrundsatz, Art. 11 Abs. 1 VO (EG) 883/2004, Grundverordnung, SR 0.831.109.268.1.

¹³ Art. 13 Abs. 5 Grundverordnung.

ständigen Tätigkeit. Das EU-Koordinationsrecht hat die Situation insofern zu klären versucht, als es in den Begriffsbestimmungen von Art. 2 definiert:

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) «selbstständige Erwerbstätigkeit» 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.

Diese Begriffsbestimmung bringt es mit sich, dass das, was z.B. in Deutschland als selbständige Tätigkeit angeschaut wird (z.B. Tätigkeit eines Aufsichtsrates) in der Schweiz nach der Schweizer Praxis als unselbständige Tätigkeit (Verwaltungsrat) angeschaut wird. Hier liegt das erste Problem in der Anwendung der Koordinationsregeln.

Das eigentliche Geburtsgebrechen der EU-Koordination gegenüber der Schweiz ist indessen die Tatsache, dass die Schweiz im Gegensatz zu praktisch allen andern EU-Staaten im Sozialversicherungsrecht keine Beitragsbemessungs-Obergrenze kennt. Ein Erwerbstätiger bezahlt auf seinem Erwerbseinkommen die Beiträge ohne obere Limitierung. Wenn nun ein Sachverhalt einer Mehrfach­tätigkeit in die Schweiz «hineinkoordiniert» wird, bedeutet dies, dass die Schweiz den Sachverhalt so beurteilt, wie wenn er sich hier in der Schweiz zugetragen hätte, und sie erhebt gegebenenfalls in der Schweiz Beiträge auf einem sehr hohen im Ausland erzielten Einkommen.

Die an sich schöne und in vielen Fällen wohl auch zweckmässige Koordinationsregel, dass nur in einem Staat unterstellt werden soll, vermag in den Auswirkungen oft zu irritieren. Wenn man sich einen deutschen Unternehmer als Selbständigerwerbenden (und als selbständig wird im deutschen Sozialversicherungsrecht auch der beherrschende Gesellschafter seiner GmbH angeschaut!) vorstellt, der in der Schweiz Einsitz in einen kleinen Verwaltungsrat nimmt, hat man einen Anwendungsfall von Art. 13 Abs. 3 der

Grundverordnung, wonach beim Zusammentreffen von selbständiger und unselbständiger Tätigkeit das Recht des Staates mit der unselbständigen Tätigkeit – also das Schweizer Recht – zur Anwendung kommt. Dieser deutsche Unternehmer wird nie verstehen, warum er in der Schweiz sein deutsches Einkommen in der Höhe von brutto beispielsweise € 1 Mio. mit 9.7 % verabgeben lassen muss. Er wird noch weniger Verständnis haben, wenn er erfährt, dass die Ausgleichskasse ihn auch noch für die letzten 5 Jahre nacherfassen will und neben den Beiträgen noch marktunübliche 5 % Verzugszins einnehmen will. Wenn er dann das ganze Geschäft auf dem Tisch hat, stellt er fest, dass der deutsche Fiskus ihm keine Abzüge für die Hunderttausende von AHV-Beiträgen gestattet, und dass er in der Schweiz ja gar kein steuerbares Einkommen hat, von welchem er diese Beiträge für Steuerzwecke abziehen könnte. Die staatsvertraglich definierte Konzeption führt im Verhältnis zur Schweiz einerseits zu einer dem Steuerrecht diametral entgegengesetzten Verabgabung, indem nicht das Erwerbortsprinzip, sondern das Beschäftigungslandprinzip (Prinzip nach dem Land mit der unselbständigen Tätigkeit) anwendbar ist. Sie führt aber faktisch auch zu einer Benachteiligung des deutschen Unternehmers, der das in deutschen Marktgegebenheiten und gegenüber deutschen Mitbewerbern erzielte Einkommen bloss aufgrund seiner ungeschickten Zugehörigkeit zu einem kleinen Verwaltungsrat in der Schweiz nun um 9.7 % geschmälert sieht! Das ist formalrechtlich keine Diskriminierung, wird aber von jedem deutschen Unternehmer also solche empfunden.

Nun, aus Schweizer Sicht müssen wir mit diesen Koordinationsregeln leben, sie sind Bestandteil einer völkerrechtlichen Vereinbarung, wobei man sich allenfalls fragen müsste, ob im Prozess der Aushandlung der Personenfreizügigkeit hier nicht Begrenzungen hätten eingebaut werden müssen. Immerhin bleibt festzuhalten, dass im umgekehrten Fall, bei der Koordination in einen europäischen Staat hinein, diese stossenden Nebenfolgen natürlich nicht eintreffen, weil dort ja Bemessungsobergrenzen existieren.

Natürlich könnte man sich auch fragen – der Autor wagt diese Frage an das Bundesgericht allerdings schon gar nicht – ob diese Rechtsfolge überhaupt mit Sinn und Zweck der Koordination zu vereinbaren ist oder ob es sich nicht vielmehr um einen «Betriebsunfall» aus dem Zusammenprallen verschiedener Abgaberechte handle, was gesetzestechnisch als eine unechte Lücke daher

käme, die «contra legem» durch rechtsschöpferische Gestaltung des Richters gefüllt werden müsste¹⁴.

Wir stellen auf jeden Fall fest, dass die Unterstellung unter die Schweizer Beitragspflicht von Sachverhaltselementen abhängt, die interpretationsbedürftig sein können, und dass die Anwendung des Schweizer Rechts in Koordinationsfällen immerhin einen Koordinationsfall, also eine Mehrfachtigkeit im Sinne der Koordinationsregeln voraussetzt. Hier setzt nun die Problematik der Rechtsprechung ein.

V. Die Entscheidungspraxis des Bundesgerichts in der sog. GmbH & Co KG-Situation

Ich lege meinen Ausführungen ein einfaches Beispiel zugrunde.

Ein Mittelschullehrer im Kanton Zürich erbt von seiner deutschstämmigen Mutter eine Beteiligung von 3.25 % an einem deutschen Kies- und Betonwerk, welches in der Form einer GmbH & Co. KG organisiert ist. Wie seine Mutter deklariert er diesen Beteiligungsertrag in der Steuererklärung als Einkommen aus deutscher Personengesellschaft (zur Satzbestimmung); besteuert wird dieser Ertrag hingegen in Deutschland¹⁵.

Die deutsche GmbH & Co. KG ist eine in der Schweiz nicht existierende Gesellschaftsform: Eine Personengesellschaft mit mehreren Kommanditisten (beschränkt haftende Gesellschafter) wird ergänzt durch eine GmbH als unbeschränkt haftendem Komplementär. Solche GmbH & Co. KG's sind in Deutschland seit Jahrzehnten ein beliebtes Gefäss als Familienholding; unter ihrem Dach halten Unternehmerfamilien oft einen ganzen Strauss von einzelnen Gesellschaften¹⁶.

¹⁴ Das Bundesgericht verweigert sich indessen der Füllung «unechter» Lücken, «es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 136 III 96 E. 3.3 S. 99 mit Hinweisen), BGE 141 V 485. Könnte das Eintreiben von AHV-Beiträgen auf durch günstige Koordinationsbestimmungen der Schweiz zugetriebenem Einkommenssubstrat allenfalls rechtsmissbräuchlich sein?

¹⁵ Art. 7 Abs. 7 DBA D i. Vrb. mit Art. 24 Abs. 2 Ziff. 1 DBA D.

¹⁶ Näheres vgl. BAUMBACH/HOPT/MERKT, Handelsgesetzbuch [HGB], 34. Aufl., München 2010, N. 1 zu § 124 HGB, N. 2 und 10 zu § 161 HGB. Im Zusammenhang mit der nachfolgend dargestellten AHV-Problematik wird oft die Frage gestellt, warum der

In Deutschland qualifiziert die Stellung eines Kommanditisten innerhalb einer GmbH & Co. KG für die Zwecke der Sozialversicherung explizit nicht als selbständige Erwerbstätigkeit; das Gebilde wird als Beteiligungsstruktur betrachtet.

AHV-rechtlich stellt sich die Frage, ob eine solche Beteiligung an einer GmbH & Co. KG, welche keine Mitwirkungs- und Entscheidbefugnisse beinhaltet, als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, die dann – beim Zusammentreffen mit einer unselbständigen Tätigkeit in der Schweiz – zu einer Unterstellung im Staat der unselbständigen Tätigkeit, d.h. in der Schweiz, führen wird¹⁷. Die Praxis des Bundesgerichts bejaht dies – mit im Zeitverlauf unterschiedlicher Begründung – in der Tat¹⁸.

Da nach deutschem Sozialversicherungsrecht keine selbständige Tätigkeit vorliegt¹⁹, handelt es sich nicht um einen Koordinationsfall, was vom Bundesgericht auch anerkannt wird.²⁰ Es hat indessen einen eigenen Weg gefunden, um der Schweiz zum interessanten Beitragssubstrat zu verhelfen. Seine Argumentation sei hier im Wortlaut wiedergegeben:

«Werden indessen ... nach deutschem Recht die Einkünfte als Kommanditist überhaupt nicht als Einkommen qualifiziert, so ist dieser Umstand kollisionsrecht-

Kommanditist seine Beteiligung nicht kurzerhand in eine Schweizer GmbH einbringen könnte. Dem stehen in aller Regel gewichtige steuerrechtliche Hindernisse in Deutschland entgegen.

¹⁷ Anwendungsfall von Art. 13 Abs. 3 VO EG 883/2004 bzw. nach altem Recht Art. 14c lit. a VO EG 1408/71

¹⁸ Bundesgericht vom 23. Juli 2010, 9C_853/2009; 9C_504/2010 = SVR 2011 AHV Nr. 8; BGE 139 V 297 = 9C_62/2013 und Bundesgericht vom 6. August 2013, 9C_326/2013.

¹⁹ Art 1 Abs. 2 VO EG 883/2004 definiert klar, was als selbständige Erwerbstätigkeit zu gelten hat.

«Für die Zwecke dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

b) «selbständige Erwerbstätigkeit» 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.»

²⁰ In früheren Entscheiden hat das Bundesgericht diese Frage noch anders beantwortet, so etwa in 9C_627/2009 (Urteil vom 23. Juli 2010), wo man sich nur mit der Frage abgemüht hat, ob ein bloss eine Beteiligung haltender Kommanditist als selbständigerwerbend zu gelten habe (und diese Frage im Hinblick auf das Ergebnis positiv beantwortet hat).

lich von vornherein nicht von Belang, wie das Bundesgericht unlängst entschieden hat (erwähntes Urteil 9C_62/2013 vom 27. Mai 2013 E. 2): Die «Nicht-Erwerbstätigkeit» ist kein Tatbestandselement der Art. 13 bis 17a VO Nr. 1408/71. **Es verbleibt für die Frage der Anknüpfung an die massgebliche Rechtsordnung eine Erwerbstätigkeit in nur einem Staat, mithin eine abhängige Tätigkeit in der Schweiz. Der Beschwerdeführer untersteht auch in diesem Fall der schweizerischen Rechtsordnung. ...**

Für den Fall, dass (nach deutschem Recht) keine Erwerbstätigkeit in Deutschland vorliegt, liegt kein Tatbestandselement der Art. 13 bis 17a VO Nr. 1408/71 vor; die Kollisionsnormen sind nicht einschlägig, und der Beschwerdeführer untersteht auch in diesem Fall der schweizerischen Rechtsordnung.»²¹

Das Bundesgericht erkennt zu Recht, dass kein Kollisionsfall vorliegt und dass eine Unterstellung in der Schweiz erfolgen muss. Soweit kann man dem Bundesgericht beipflichten. Wenn es nun aber zur Bestimmung des Beitragssubstrates schreitet, beschleichen den Juristen doch grössere Zweifel.

Das Bundesgericht greift auf seine Interpretation von Art. 20 Abs. 3 AHVV (Landesrecht) zurück, gemäss welcher jeder Zusammenschluss zu einer Personengesamtheit per se den Tatbestand einer selbständigen Tätigkeit verwirklicht. Dass systematisch Art. 20 Abs. 3 nur eine Bemessungsnorm und nicht eine Unterstellungsnorm darstellt, kümmert das Bundessgericht wenig, wenn es ausführt:

«Unter dem Titel «Beiträge vom Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit» bestimmt Art. 20 Abs. 3 AHVV, dass die Teilhaber von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie von anderen auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit die Beiträge von ihrem Anteil am Einkommen der Personengesamtheit zu entrichten haben. ... Entscheidend für die Anwendbarkeit von Art. 20 Abs. 3 AHVV ist damit einzig, ob es sich um eine auf

²¹ 9C_326/2013, Erw. 3.5.3 f., Hervorhebung durch den Autor.

einen Erwerbszweck gerichtete Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit handelt. Dies trifft auf die deutsche GmbH und Co. KG zu. Es kommt daher nicht darauf an, wie im Einzelfall die Einflussmöglichkeiten in der Gesellschaft sind, und ob die Beteiligung nach deutschem Recht als (selbst- resp. unselbstständige) Erwerbstätigkeit oder als blosser (private) Vermögensverwaltung qualifiziert wird (BGE 136 V 258 E. 4.8 und 5 S. 267).»²²

Diese Argumentation vernachlässigt jegliche Systematik bei der Auslegung dieser Bestimmung. Man hat diese Bestimmung vor Jahren in die Verordnung aufgenommen, um sicherzustellen, dass dort, wo selbständige Tätigkeit in Personengesamtheiten ausgeübt wird, der einzelne Teilhaber für seinen Anteil am Gewinn verabgabt werden kann. Es steht aber in dieser Bestimmung weder, dass der Zusammenschluss zu einer Personengesamtheit per se zu selbständiger Erwerbstätigkeit führe noch dass dies gar zu einer grenzüberschreitenden Koordination führen dürfte.

Warum soll nun die Schweiz bei dieser Ausgangslage die Beiträge auf dem deutschen Einkommen erheben? Das Bundesgericht stützt sich dazu indirekt auf die Verordnungsbestimmung von Art. 6^{ter} lit. a AHVV und schliesst daraus e contrario, dass Einkommen aus Vertragsstaaten in die Bemessung eingehen dürfe (auch wenn die vertraglichen Koordinationsbestimmungen gar nicht einschlägig sind?).

«Die Verordnungsbestimmung weist darauf hin, wie der Beschwerdeführer zutreffend ausführt, dass der Einbezug von Einkommen aus Staatsvertragsstaaten zulässig sein kann, wenn die Versicherungsunterstellung durch die Koordinationsregeln gegeben ist. Im vorliegenden Fall untersteht der Beschwerdeführer der schweizerischen Rechtsordnung (E. 3.5.3), so dass seine in einem Mitgliedsstaat erzielten Einkünfte gestützt auf den Grundsatz der generellen Beitragspflicht gestützt auf Art. 4 und 9 AHVG sowie Art. 6 AHVV der Beitrags-erhebung unterliegen.»²³

²² 9C_326/2013, Erw. 3.6.2.

²³ 9C_326/2013, Erw. 3.6.4.

Auch diese Argumentation ist nicht überzeugend. Der Einbezug von Einkommen aus Vertragsstaaten in die Bemessung wurde mit dem Abschluss des Personenfreizügigkeitsabkommens in die AHV-Verordnung eingeführt, um eine Grundlage zu haben, wenn im Sinne des Gleichstellungsgrundsatzes ein Sachverhalt in der Schweiz so behandelt werden soll, wie wenn er sich in der Schweiz zugetragen hätte²⁴. Dies setzt aber voraus, dass eine Koordination erfolgen muss, dass also ein Koordinationsfall vorliegt. Das Bundesgericht hat – trotz entsprechender Vorbringen in der Beschwerdeschrift – keinen Gedanken an die Bedeutung dieses Artikels verschwendet und ihn zur Grundlage der Verabgabung ausländischer Erwerbseinkommen gegen die Regeln des Völkerrechts gemacht.

Das Bundesgericht stellt selbst fest, dass – weil das Einkommen aus einer Beteiligung an einer GmbH & Co KG nach deutschem Sozialversicherungsrecht kein Erwerbseinkommen sei – die Koordinationsregeln der EU-Verordnung nicht einschlägig seien. Gleichwohl qualifiziert es die deutsche Beteiligung nach Schweizer Praxis als selbständige Tätigkeit in einem Vertragsstaat, um nun dieses Einkommen der Schweizer Beitragspflicht zu unterstellen.

Diese Praxis verstösst nach Ansicht des Verfassers gegen klares Völkerrecht. Es kann ja nicht Sinn und Zweck einer völkerrechtlichen Regelung sein, dass man – wenn nach den einschlägigen Koordinationsbestimmungen keine Tätigkeit in zwei Staaten und damit kein Koordinationsfall vorliegt – den Auslandsteil einfach unilateral als Erwerbseinkommen aus einer Tätigkeit in einem Vertragsstaat umdeutet und dann «in die Schweiz hinein koordiniert».

Es liegt ein eklatanter Verstoss gegen das Prinzip «Völkerrecht bricht Landesrecht» vor. Diese Entscheidpraxis ist einerseits ein klares Signal an die Staatenwelt, dass die Schweiz den Vorrang des Völkerrechts nicht beachten will, wenn die Kassen leer sind. Sie ist andererseits aber auch für die Standortförderung der Schweiz sehr problematisch, da kaum ein mittelständischer ausländischer Unternehmer noch in der Schweiz investieren und Arbeitsplätze schaffen will, wenn er das Risiko eingeht, mit seinem ganzen ausländischen Erwerbseinkommen unter die AHV zu fallen.

Ist die Rechtsprechung überzeugend? Leider ist sie es in diesem Fall und in vielen anderen Fällen des Sozialversicherungsrechts nicht mehr.

²⁴ Art. 13 Abs. 5 VO 883/2004.

