

Orlando Rabaglio

RA, dipl. Steuerexperte
Partner bei rabaglio schär – An-
wälte für Steuern und Sozialversi-
cherungen, Zürich
www.rs-tax.ch

Personengesellschaften im Fadenkreuz der AHV – Gibt es noch harmlose Aktienährbindungsverträge?

Die Frage, was selbständige Erwerbstätigkeit ist bzw. was zur Beitragspflicht führt, beschäftigt nicht nur die Berater, sondern gerade in jüngerer Zeit auch wieder vermehrt die Gerichte. In der Praxis kommt es nicht mehr darauf an, was jemand konkret tut, sondern in welcher Form etwas organisiert ist, um die Erträge als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit der AHV-Beitragspflicht zu unterstellen. Der Autor stellt im folgenden Beitrag dar, was dies für die Beratung bedeutet.

Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit unterliegt der AHV-Beitragspflicht.¹ Die Frage, was selbständige Erwerbstätigkeit sei bzw. was zur Beitragspflicht führe, beschäftigt nicht nur die Berater, sondern gerade in jüngerer Zeit auch wieder vermehrt die Gerichte. Längst hat die Definition der selbständigen Erwerbstätigkeit nicht mehr viel mit «Tätigkeit» zu tun. Viele zusätzliche Erscheinungsformen werden der selbständigen Erwerbstätigkeit zugeordnet. Die Quasihändler (Wertschriftenhändler, Liegenschaftenhändler) gehören ebenso dazu wie die Teilhaber von einfachen Gesellschaften (Konsortien), von Kommandit- und Kollektivgesellschaften und von ausländischen Personengesellschaften. In der Praxis kommt es nicht mehr darauf an, was jemand konkret tut, sondern in welcher Form etwas organisiert ist, um die Erträge als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit der AHV-Beitragspflicht zu unterstellen. Was bedeutet das für die Beratung?

1. Das Wesen der selbständigen Erwerbstätigkeit

Eine Erwerbstätigkeit setzt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts die Ausübung einer auf die Erzielung von Einkommen gerichteten Tätigkeit voraus, durch welche die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöht wird.² Dabei kommt es nicht auf das subjektive Empfinden einer Person an, sondern auf die wirtschaftliche Erscheinungsweise, woraus insbesondere auch die Erwerbsabsicht als wesentliches Merkmal einer Erwerbstätigkeit hergeleitet wird. So ist denn die «reine» Verwaltung des eigenen Vermögens noch keine Erwerbstätigkeit, auch wenn natürlich auch hier ein Vermögensertrag erwirtschaftet oder zumindest erhofft wird. Hingegen kommt es auf die Art und Weise und die Intensität, wie mit diesen Vermögensgegenständen umgegangen wird, an, um dann daraus doch wieder auf planmässige Einkommenserzielung und mithin Erwerbsabsicht schliessen zu können. Bekannt sind die so definierten gewerbmässigen Wertschriften- und Liegenschaftenhändler (Quasihändler), die nach mehr oder weniger schlüssigen Kriterien sortiert worden sind.

Gemäss der Rechtsprechung gibt es keine begriffstypischen Sachverhaltselemente, um die selbständige Erwerbstätigkeit zu definieren. Vielmehr beurteilt die Praxis das Vorliegen einer

selbständigen Erwerbstätigkeit anhand der Umstände des Einzelfalls.³ Kapitalgewinne stellen dann Einkommen aus selbständiger Tätigkeit dar, wenn und soweit sie auf gewerbmässigem Handeln beruhen. Das Bundesgericht beurteilt aufgrund folgender Merkmale, die im Einzelfall durchaus auch unterschiedlich gewichtet werden können, die Erzielung eines Einkommens als selbständige Tätigkeit:⁴

- Systematisches oder planmässiges Vorgehen, insbesondere das Bemühen, die Entwicklung des Markts zur Gewinnerzielung auszunutzen;
- Häufigkeit der Transaktionen;
- kurze Besitzesdauer;
- enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit;
- Einsatz spezieller Fachkenntnisse;
- erhebliche Fremdmittel zur Finanzierung der Geschäfte;
- Wiederanlage des erzielten Gewinns in gleichartige Vermögensgegenstände.

Nicht notwendig ist das erkennbare Auftreten am Markt. Die praktische Unberechenbarkeit dieser beschreibenden Methode liegt darin, dass je nach den Umständen des Einzelfalls die einzelnen Kriterien mehr oder weniger wesent-

lich sind und dass auch die höchstrichterlichen Urteile eine gewisse Beliebigkeit zeigen.⁵ Das Erfordernis der Erwerbsabsicht lässt sich in der Praxis schliesslich sehr schön aus dem Zusammenwirken mit anderen Personen herleiten. Der Kapitalgeber nutzt die beruflichen Fähigkeiten des Fachmanns und setzt sich mit diesem zu einem Konsortium zusammen – und schon ist die im Konsortium erbaute oder erworbene Liegenschaft eben Geschäftsvermögen. Der Investor schnallt sich das Wissen des Anlageprofis an – und schon wird er selbst als Profi mit der Fähigkeit, spezifische Fachkenntnisse einzusetzen, betrachtet. Das Zusammenwirken mehrerer Beteiligter wirkt in diesem Zusammenhang meist verschärfend.

2. Einkommen aus Personengesellschaften

Es war nie bestritten, dass zwei oder mehr Gesellschafter, die sich zum Betrieb eines Handels-, Fabrikations- oder Gewerbetriebs (oder Dienstleistungsbetriebs) zusammenschliessen, als Personengesellschafter je eine selbständige Tätigkeit ausüben. Schwierig wird es nun aber, wenn die Tätigkeit der Teilhaber nicht mehr so offensichtlich zutage tritt, sondern wenn die Organisation und der gezielte Einsatz der Ressourcen (insbesondere Finanzen und Immobilien) zu einem Einkommen führen. Liegt eine selbständige Tätigkeit vor, wenn die Vermögensanlage in der Form einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft betrieben wird oder wenn eine andere Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit Verwendung findet? Diese Fragen geben heute vermehrt zu Diskussionen und Gerichtsentscheidungen Anlass.

Der Gesetzgeber (bzw. der Ordnungsgeber) hat vor einigen Jahren unter der systematischen Überschrift «Beitragspflichtige Personen» in Art. 20 Abs. 3 der AHV-Verordnung definiert: «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». Das Bundesgericht leitet aus dieser Bestimmung in konstanter – m.E. aber nicht ganz zulässiger – Weise her, dass ein Teilhaber einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft oder einer anderen auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheit per definitionem ein Selbständigerwerbender sei.⁶ Unter Hinweis darauf, dass Art. 20 Abs. 3 AHV gesetzmässig sei, wird dann auch dieser erweiternden Interpretation in ständiger Rechtsprechung die Gesetzmässigkeit zugeschrieben.⁷ Das bedeutet, dass alleine die Gesellschafterstellung ausreicht – ohne das

man prüft, in welcher Form der Gesellschafter überhaupt tätig wird –, um die Erträge aus der Gesellschaft als Erwerbseinkommen einzufärben. In ständiger Rechtsprechung – und insbesondere auch in den GmbH & Co. KG-Fällen⁸ – lehnt das Bundesgericht den Einwand, es ermangle den Teilhabern an einer konkreten Arbeitsleistung oder Tätigkeit, kurzerhand ab. Das Bundesgericht schliesst vielmehr knallhart, wer sich einer Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft anschliesse, nehme nicht in erster Linie eine private Vermögensanlage vor.⁹ Das heisst mit anderen Worten: Zur Erzielung eines selbständigen Erwerbseinkommens kommt es nicht mehr nur auf eine Tätigkeit an, sondern es reicht die Erzielung eines Einkommens in einer vom Bundesgericht als einschlägig betrachteten Struktur, welche auf einen Erwerbszweck ausgerichtet ist.¹⁰

3. Verschiedene Gesellschaftsstrukturen

3.1 Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen

In einem jüngst ergangenen und zur Veröffentlichung bestimmten Entscheid musste sich das Bundesgericht mit der Frage auseinandersetzen, ob eine ausländische Limited Partnership dem Gesellschafter in der Schweiz Einkommen aus selbständiger Tätigkeit generiere oder ob es sich um reinen Vermögensertrag handeln sollte.¹¹ Das Bundesgericht hat die Frage zum Anlass genommen, die Erträge aus einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (KAK)¹² als AHV-freie Vermögenserträge zu qualifizieren. Im konkreten Fall konnte die Frage nach der Behandlung der Erträge aus der Limited Partnership offengelassen werden, weil das Bundesgericht erkannte, dass die Art und Intensität der Investitionen in diesem Gefäss der Aktivität eines nach Schweizer Rechtsprechung aktiven gewerbmässigen Wertschriftenhändlers entsprechen würden.

Interessant an diesem Urteil ist indessen das Faktum, dass die Erträge aus einer KAK (einer Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen) als AHV-freier Vermögensertrag (gewissermassen aus passiver privater Vermögensanlage) qualifiziert werden, während die Einkommen aus einer mit privater Vermögensverwaltung betrauten Kommanditgesellschaft des Schweizerischen Rechts oder die Einkommen aus einer deutschen GmbH & Co. KG, an welcher der Investor auch passiv nur mit seiner Kommanditsumme beteiligt sein kann, AHV-pflichtiges Einkommen darstellen sollen. Es spielt also sehr wohl eine Rolle, ob die Vermögensverwaltung in einer KAG-Gesellschaft oder in einer «normalen» Personengesellschaft oder

Personengesamtheit betrieben wird.¹³

3.2 Kollektiv- und Kommanditgesellschaft

Gestützt auf Art. 20 Abs. 3 AHV (vgl. oben, Punkt 2) kommt es bei Personengesamtheiten also auf deren «Erwerbszweck» und nicht etwa auf die konkrete Tätigkeit des Gesellschafters in dieser und für diese Gesellschaft an. Das Bundesgericht hat in der Vergangenheit aus der gesetzlichen Definition der Kollektiv- und Kommanditgesellschaft eine gesetzliche Vermutung abgeleitet, wonach diese Gesellschaften auf einen Erwerbszweck ausgerichtet seien¹⁴ und deshalb in den Geltungsbereich des vorgängig zitierten Art. 20 Abs. 3 AHV fallen. Bei der einfachen Gesellschaft greift das Bundesgericht nicht zu dieser Vermutung,¹⁵ allerdings kann die einfache Gesellschaft für sich selbst schon ein starkes Indiz für planmässige Einkommenserzielung darstellen. Das blosses Zusammenwirken geht oft schon über die «reine» Vermögensverwaltung hinaus und stellt ein gewichtiges Indiz für die Erwerbserzielung dar.

Die Annahme einer Vermutung bedeutet, dass man diese durch Beweis des Gegenteils umstossen kann, d.h. dass man durch den Beweis des Vorliegens einer nichtkaufmännischen, dem blossen Halten von privatem Vermögen dienenden Gesellschaft den Erwerbszweck ausschliessen kann. Das Umstossen dieser Vermutung ist bislang in einem einzigen Fall gelungen;¹⁶ in den deutschen GmbH & Co. KG-Fällen¹⁷ wollte das Gericht von den Einwänden, dass die Gesellschaften keinen Erwerbszweck verfolgten, weil sie lediglich Beteiligungen hielten, nichts wissen.

3.3 Von der Vermutung zur Fiktion

Im neuesten Entscheid zu einer Schweizer Kommanditgesellschaft schreibt das Bundesgericht «Als auf einen Erwerbszweck gerichtete Gesellschaft gilt nicht nur die Kollektiv- und die Kommanditgesellschaft, sondern auch die deutsche GmbH & Co. KG...». Nach Ansicht des Autors handelt es sich hier nicht um eine etwas unpräzise Formulierung,¹⁸ sondern um eine klare Ansage, dass mit der umstossbaren Vermutung gebrochen werden soll. Anders wäre nicht zu verstehen, warum die offensichtlich als nicht kaufmännische im Handelsregister eingetragene Kommanditgesellschaft, welche sich auf das Halten von Beteiligungen und die Vereinnahmung von Dividenden (in casu einer einzigen grossen Immobiliengesellschaft) sowie die Sicherung des Fortbestands der den Vertragspartnern gehörenden Unternehmen in der Schweiz und die Sicherstellung einer einheitlichen Geschäftspolitik der Familienstämme bei der Leitung der Unternehmen ausgerichtet hat, als Gesellschaft mit Erwerbszweck angeschaut worden ist.¹⁹ Das Bundesgericht hat unausge-

sprochen aus der umstossbaren Vermutung eine Fiktion gemacht, die nicht mehr umgestossen werden kann!²⁰

4. Ergebnis für die planende Beratung

Somit halten wir als Ergebnis Folgendes fest:

- Das Bundesgericht nimmt eine Beitragsbemessungsgrundlage (Art. 20 Abs. 3 AHVV) zum Anlass, die Struktur einer Personengesamtheit generell als Ausdruck einer selbständigen Tätigkeit zu behandeln, sofern sie einen «Erwerbszweck» verfolgt.
- Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Teilhaber einer Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit als Selbständigerwerbender zu behandeln, sofern nicht die Ausnahme einer Kommanditgesellschaft für kollektive Anlagen nach KAG greift. Andere Ausnahmen im Bereich der privaten Vermögensverwaltung mittels Personengesellschaften gibt es nicht.
- Insbesondere die Zugehörigkeit zu einer nicht kaufmännischen Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft (Art. 553 und Art. 595 OR) führt zur AHV-Pflicht der in diesem Strukturen erzielten Einkommen. «Nicht kaufmännisch» spricht nicht gegen Erwerbszweck, da im weitesten Sinn ja jede Gesellschaft Erwerbszweck hat (Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks mit gemeinsamen Mitteln).
- Wir müssen des Weiteren davon ausgehen, dass auch die Zugehörigkeit zu einer einfachen Gesellschaft dort, wo diese ähnliche Zwecke verfolgt wie eine nichtkaufmännische Kollektiv- oder Kommanditgesellschaft, als eine Personengesamtheit mit Erwerbszweck betrachtet werden wird, auch wenn sie nur dem Pooling von Vermögensanlagen, einer Spielergemeinschaft oder der Abstimmung der Aktionärsinteressen im Aktionärsbindungsvertrag dient.
- Wir müssen schliesslich in Betracht ziehen, dass jede in der Form einer Personengesamtheit organisierte private Vermögensanlage am Ende des Tags zu AHV-pflichtigem Erwerbseinkommen führt.

Was bedeuten diese Erkenntnisse nun für die praktische Arbeit des Beraters? Wir können noch so sehr gegen die nicht immer überzeugenden Entscheide des Bundesgerichts anschreiben – wir müssen sie hinnehmen.²¹ Wir müssen aber einmal mehr erkennen, dass Personengesellschaften sich immer weniger eignen, um beispielsweise innerfamiliäre Vermögensverwaltungssituationen zu regeln.

- Aktionärsbindungsverträge dürfen nach den im Urteil 9C_688/2011 nie in der Form einer

im Handelsregister eingetragenen nichtkaufmännischen Personengesellschaft verfasst sein.²² Die einfache Gesellschaft hat den Vorteil, dass sie der AHV-Verwaltung verborgen bleibt, was Begehrlichkeiten hindert.

- Vermögensanlagen im Rahmen einer Personengesellschaft im Ausland sind zu vermeiden, weil im innereuropäischen Verhältnis eine selbständige Tätigkeit in einem EU-Staat zusammen mit einer unselbständigen Tätigkeit in der Schweiz immer zu einer Versicherungsunterstellung und Beitragspflicht in der Schweiz für das gesamte Erwerbseinkommen²³ führen.²⁴

Die Gestaltungen von Beziehungen mittels Personengesellschaften erfordert also vom Berater besondere Sorgfalt, wenn er böse Überraschungen vermeiden will. ■

- 1 Art. 8 AHVG i.V.m. Art. 17 ff. AHVV.
- 2 Für viele BGE 139 V 12 E. 4.3, Wegleitung über die Beiträge der Selbständigerwerbenden und Nichterwerbstätigen in der AHV/IV/EO (WSN), Rz. 1067 und 2004.
- 3 Diese Praxis ist – auch im Blick auf die Rechtsprechung zur direkten Bundessteuer – immer wieder (erfolglos) kritisiert worden. Vgl. z.B. Marco Duss, Quasi-Wertschriften- und andere Quasi-Händler, in: Der Schweizer Treuhänder, 4/2010, S. 201 ff.
- 4 Zusammenfassend dargestellt im Urteil des Bundesgerichts 9C_765/2014, Erw. 6.2.
- 5 Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und der Planungssicherheit ist eine solche Rechtsprechung sehr problematisch. Immerhin sind wir in der Schweiz an diese wenig systematische und am Einzelfall orientierte Rechtsprechung gerade im Sozialversicherungsrecht längst gewöhnt: Die Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit macht auch – immer unter Berufung auf die Umstände des Einzelfalls – erhebliche Kapriolen.
- 6 BGer 9C_504/2010.
- 7 BGer 9C_756/2014; BGE 136 V 258 Erw. 4; BGer 9C_326_2013.
- 8 BGer 9C_853/2009; BGer 9C_326/2013.
- 9 BGE 121 V 80 E. 21; BGer 9C_688/2011.
- 10 Dabei ist der Terminus «Erwerbszweck» sehr schwammig. Er verlangt nicht Erwerbstätigkeit, aber wohl eine Gewinnorientierung im Gegensatz zur Gemeinnützigkeit. Im Grunde taugt «Erwerbszweck» für die die Abgrenzung einer Struktur, welche Vermögenserträge liefert gegenüber einer Struktur, welche Erwerbseinkommen liefert, nicht.
- 11 Urteil des Bundesgerichts vom 23. März 2015, 9C_765/2014; vgl. auch die sehr sorgfältige Kommentierung durch Andreas Schneuwly, Keine AHV-Beitragspflicht auf Einkommen aus Kommanditgesellschaften für kollektive Kapitalanlagen, in Steuer Revue 2015, Nr. 7–8, S. 554 ff.
- 12 Nach dem Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG; SR 951.31).
- 13 Vgl. zur Analyse Andreas Schneuwly, a.a.O.
- 14 BGE 121 V 80; BGer 9C_455/2008.
- 15 BGer 9C_455/2008; BGer 9C_1057/2010.
- 16 BGE 121 V 80.
- 17 BGer 9C_504/2010; BGE 136 V 258.
- 18 Etwas wohlwollender Andreas Schneuwly, a.a.O., S. 562.
- 19 BGer 9C_688/2011. Das Erstaunen über dieses Urteil kommt auch im Aufsatz von Andreas Schneuwly, a.a.O., S. 564, zum Ausdruck. Warum soll einer Gesellschaft der Erwerbszweck unterstellt werden, wenn das gleiche Gericht eine KAG-Gesellschaft als nicht «operativ», als keine «unternehmerische Tätigkeit» ausübend und als keinen Erwerbszweck verfolgend qualifiziert? Vgl. BGer 9C_765/2014.
- 20 Das Urteil BGer 9C_688/2011 Erw. 4 liest sich wie ein Paradebeispiel einer verunglückten Argumentation: Alle Gründe, die gegen den Erwerbszweck und für ein

Instrument zur Organisation der privaten Vermögensverwaltung sprechen, werden dargelegt und daraus zum Erstaunen des Lesers der gegenteilige Schluss gezogen.

- 21 Der Autor weiss sehr wohl, dass Recht haben und Recht bekommen zwei Dinge sind. In der Zwischenzeit erinnert er sich an den von seinen deutschen Berufskollegen längst verinnerlichten Wahrspruch: «Vor Gericht und auf Hoher See ist man in Gottes Hand.» Leider fehlt dem Autor zuweilen das in solchen Situationen nötige Gottvertrauen.
- 22 Peter Forstmoser/Marcel Küchler sehen ihrem neuen Werk, Aktionärsbindungsverträge, Zürich 2015, N 172/173 in der Verwendung solcher Gesellschaften noch keine Probleme.
- 23 Art. 13 Abs. 3 VO (EG) 883/2004.
- 24 Vgl. dazu ausführlich Orlando Rabaglio/Barbara Stötzer, Grenzüberschreitende Vermögensverwaltung aus Sicht der Sozialversicherungen, in: Der Schweizer Treuhänder, 5/2015, S. 345.