

# **BGer 9C 65/2018 vom 7. Januar 2019**

Bundesgericht, 2019-01-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_65\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_65_2018)

FR: TF 9C 65/2018 du 7 janvier 2019

IT: TF 9C 65/2018 del 7 gennaio 2019

## **Regeste**

Alters- und Hinterlassenenversicherung | Alters- und Hinterlassenenversicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann eine Rechtsverletzung nach Art. 95 f. BGG gerügt werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Dennoch prüft es - offensichtliche Fehler vorbehalten - nur die in seinem Verfahren gerügten Rechtsmängel (Art. 42 Abs. 1 f. BGG; BGE 135 II 384 E. 2.2.1 S. 389). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Es kann ihre Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Verfahrensausgang entscheidend sein kann ( Art. 97 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 BGG ).

### **E. 2**

Nicht umstritten ist der schweizerische Wohnsitz des Beschwerdeführers und dessen unselbstständige Erwerbstätigkeit in der Schweiz. Streitig ist, ob seine Einkünfte, die er 2011 als Gesellschafter (d.h. Kommanditist) der Fondsgesellschaft erhalten hat und die betragsmässig nicht angefochten werden, als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG (SR.831.10) i.V.m. Art. 20 Abs. 3 AHVV (SR 831.101) einer Beitragspflicht unterliegen. Ob es sich bei der fraglichen Einnahme um beitragspflichtiges Erwerbseinkommen oder um beitragsfreien Kapitalertrag handelt, ist eine Rechtsfrage, wobei die dieser Frage zugrunde liegenden Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz als Tatfragen nur einer eingeschränkten Überprüfung zugänglich sind (E. 1; BGE 141 V 234 E. 2 S. 236).

### **E. 3.1**

Das kantonale Gericht hat einen länderübergreifenden Sachverhalt angenommen und die Anwendbarkeit schweizerischen Rechts auf der Grundlage von Art. 8 und 15 des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedern andererseits über die Freizügigkeit (FZA; SR 0.142.112.681) i.V.m. Art. 3 Abschnitt A Ziff. 3 und 4 Anhang II FZA unter Berücksichtigung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 des Rates vom 14. Juni 1971 zur Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern (AS 2004 121; nachfolgend: Verordnung 1408/71), hergeleitet. Es hat - im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichts (vgl. BGE 139 V 297 E. 2.1-2.4 S. 300 ff.; SVR 2017 AHV Nr. 8 S. 19, 9C\_409/2016 E. 7.1) - erwogen, dass grundsätzlich

zunächst nach deutschem Recht zu entscheiden sei, ob die Stellung als Kommanditist bei der Fondsgesellschaft als (selbst- oder unselbstständige) Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist. Erst dadurch lasse sich die zutreffende Kollisionsnorm und folglich das anwendbare (materielle) Recht ermitteln. Wenn eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliege, sei nach Art. 14c lit. a Verordnung 1408/71 schweizerisches Recht anwendbar. Liege aber - wie der Beschwerdeführer geltend macht (e) - nach deutschem Recht als Kommanditist überhaupt keine Erwerbstätigkeit vor, so verbleibe lediglich eine Erwerbstätigkeit in der Schweiz, und die Kollisionsnormen der Verordnung 1408/71 seien nicht einschlägig; der Beschwerdeführer unterstehe auch in diesem Fall schweizerischem Recht (vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. a und b AHVG). Sodann hat es darauf verwiesen, dass das Gemeinschaftsrecht das materielle einzelstaatliche Recht nicht ersetzt oder modifiziert; es verweist lediglich auf die Rechtsordnung, der eine Person unterworfen ist, und sagt namentlich nichts aus über die Beitragspflicht, die sich erst aus der anwendbaren Rechtsordnung ergibt.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer bestreitet die Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts nicht grundsätzlich. Er macht in diesem Zusammenhang im Wesentlichen geltend, die Koordinierungsfunktion der Verordnung 1408/71 beschränke sich "nicht nur auf die Bestimmung eines Unterstellungsstaates aufgrund von Kollisionsnormen". Aus dem Koordinierungszweck ergebe sich, dass nur Erwerbstätigkeiten, die im betroffenen Mitgliedsstaat als solche gelten, koordiniert werden müssten. Wenn nach deutschem Recht keine Erwerbstätigkeit vorliege, sei dieser "Sachverhalt ausserhalb der Schweiz" durch Art. 14c lit. a Verordnung 1408/71 nicht koordiniert, und der "Ausgriff auf das deutsche Einkommenssubstrat nach blossem Landesrecht" unzulässig. Die von ihm "als fragwürdig betrachtete" Rechtsprechung des Bundesgerichts bedürfe "deshalb einer klärenden Neubeurteilung".

### **E. 3.3**

Dem ist nicht zu folgen. Zum einen ist die Frage nach dem anwendbaren Recht zu unterscheiden von der materiellen - und erst im Licht des anwendbaren Rechts zu beantwortenden - Frage, ob für ein bestimmtes Einkommen Beiträge zu entrichten sind. Zum andern fehlen Anhaltspunkte dafür, dass das Gemeinschaftsrecht resp. Art. 14c lit. a Verordnung 1408/71 materielle Vorgaben enthalten soll (vgl. Titel II vor Art. 13 ff. Verordnung 1408/71: Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften; vgl. auch BGE 138 V 533 E. 3.1 S. 537). Ernsthafte und sachliche Gründe für eine Praxisänderung (vgl. BGE 141 II 297 E. 5.5.1 S. 303; 140 V 538 E. 4.5 S. 541; je mit Hinweisen) sind jedenfalls nicht ersichtlich und werden auch nicht substantiiert geltend gemacht. Somit hat die Vorinstanz die umstrittene Beitragspflicht des Beschwerdeführers zu Recht nach den materiellen Vorgaben der schweizerischen Rechtsordnung beurteilt.

### **E. 4.1.1**

Nicht unter den Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 und Art. 9 Abs. 1 AHVG sowie Art. 17 AHVV fällt die blosse ("private") Verwaltung des eigenen Vermögens; der daraus resultierende reine Kapitalertrag unterliegt daher nicht der Beitragspflicht (Urteil 9C\_803/2011 vom 23. August 2012 E. 3.3.1). Indessen kann die Art und Weise, wie eine Person mit ihren Vermögenswerten umging (d.h. wie sie sie nutzte, mit ihnen disponierte etc.), auf eine Erwerbsabsicht im Sinne des Gesetzes schliessen lassen. Bei der Beurteilung der entsprechenden Frage sind folgende Kriterien zu berücksichtigen:

systematisches oder planmässiges Vorgehen, insbesondere das Bemühen, die Entwicklung des Marktes zur Gewinnerzielung auszunutzen; Häufigkeit der Transaktionen; Besitzdauer; ein enger Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit; der Einsatz spezieller Fachkenntnisse; erhebliche Fremdmittel zur Finanzierung der Geschäfte; Wiederanlage des erzielten Gewinns in gleichartige Vermögensgegenstände. Nicht erforderlich für die Annahme einer (selbstständigen) Erwerbstätigkeit ist dagegen die nach aussen sichtbare Teilnahme am Wirtschaftsverkehr ( BGE 141 V 234 E. 6.2 S. 244 f.).

#### **E. 4.1.2**

Beitragspflichtiges Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 17 AHVV stellen auch die Einkommen von Kollektiv- und Kommanditgesellschaften sowie von anderen auf einen Erwerbszweck gerichteten Personengesamtheiten ohne juristische Persönlichkeit dar. Die Teilhaber haben die Beiträge von ihrem Anteil zu entrichten ( Art. 20 Abs. 3 AHVV sowie Überschrift zu Art. 17 ff. AHVV ). Unter diese Bestimmung fallen auch Beteiligungen an Gesellschaften mit Sitz im Ausland in einem Staat, für welchen die Verordnung 1408/71 gilt. Für die Anwendbarkeit von Art. 20 Abs. 3 AHVV ist allein entscheidend, ob es sich um eine auf einen Erwerbszweck gerichtete Personengesamtheit ohne juristische Persönlichkeit handelt ( BGE 141 V 234 E. 4.3 S. 239 und E. 5.4 S. 243; SVR 2011 AHV Nr. 8 S. 25, 9C\_504/2010 E. 1.1). Auch wenn der Zweck einer Personengesellschaft ohne juristische Persönlichkeit im Wesentlichen im Halten von Beteiligungen an einer anderen Firma (resp. Personengesellschaft ohne juristische Persönlichkeit) besteht, welche eine Geschäftstätigkeit ausübt, stellt dies eine selbstständige Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG und Art. 17 AHVV dar (SVR 2011 AHV Nr. 8 S. 25, 9C\_504/2010 E. 1.3). Demgegenüber sind unter dem Titel von Art. 20 Abs. 3 AHVV Erträge aus ("privaten"; vgl. E. 4.1.1) kollektiven Kapitalanlagen grundsätzlich nicht AHV-beitragspflichtig. Dies trifft namentlich zu auf die Kommanditgesellschaft für kollektive Kapitalanlagen (nachfolgend: KGK), der eine unternehmerische Tätigkeit von Gesetzes wegen (Art. 2 Abs. 2 lit. d des Bundesgesetzes vom 23. Juni 2006 über die kollektiven Kapitalanlagen [Kollektivanlagengesetz, KAG; SR 951.31]) verwehrt ist. Gleiches muss gelten für ausländische kollektive Anlagevehikel wie Limited Partnerships, soweit sie (in den wesentlichen Zügen; vgl. Art. 98 KAG ) der KGK entsprechen. Wenn auch mit jeder Investition in eine kollektive Kapitalanlage eine Gewinnerwartung verbunden ist, unterscheidet sich die Einzahlung in einen Anlagefonds demnach klar von der Investition in eine primär auf Erwerb ausgerichtete Gesellschaft ( BGE 141 V 234 E. 5.4 S. 244).

#### **E. 4.2**

Die Vorinstanz hat gestützt auf den Gesellschaftsvertrag der Fondsgesellschaft erwogen, dass diese - als Kommanditgesellschaft nach deutschem Recht - im Wesentlichen einer Kommanditgesellschaft nach Art. 594 ff. OR entspreche, und die Stellung des Beschwerdeführers als Kommanditist der Fondsgesellschaft mit jener eines Kommanditärs einer schweizerischen Kommanditgesellschaft vergleichbar sei. Aus dem Rechenschaftsbericht 2011 der Fondsgesellschaft ergebe sich, dass sie 2011 zu 91,69 % an der Objektgesellschaft Y.\_\_\_\_\_ KG, die ein Einkaufszentrum betreibe, beteiligt gewesen sei. Sie habe praktisch das ganze Vermögen in eine Gesellschaft investiert, die klar einen Erwerbszweck verfolge. Das kantonale Gericht ist der Auffassung, dass mit der Beteiligung an der operativ tätigen Objektgesellschaft auch der Erwerbszweck der Fondsgesellschaft ausgewiesen und diese daher nicht mit einer KGK gemäss Art. 98 KAG

verglichen werden könne. Weiter hat es festgestellt, der Beschwerdeführer habe nicht dargelegt, inwiefern die Fondsgesellschaft in den wesentlichen Zügen einer KGK entsprechen soll. Anders als in Art. 98 KAG verlangt, amte nicht eine Kapitalgesellschaft, sondern eine natürliche Person als unbeschränkt haftender Komplementär der Fondsgesellschaft. Folglich hat das Gericht den Ertrag aus der Beteiligung an der Fondsgesellschaft als Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit im Sinne von Art. 20 Abs. 3 AHVV qualifiziert.

#### **E. 4.3**

Es ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht, dass die vorinstanzlichen Feststellungen offensichtlich unrichtig sein oder auf einer Rechtsverletzung beruhen sollen. Sie bleiben daher für das Bundesgericht verbindlich (E. 1). Der Beschwerdeführer bringt im hier interessierenden Kontext einzig vor, die Fondsgesellschaft sei mit einer KGK vergleichbar, und die Erträge daraus unterlägen gemäss BGE 141 V 234 nicht der Beitragspflicht. Es sei ja gerade der Sinn einer KGK resp. der Fondsgesellschaft, dass sie durch das Vehikel der kollektiven Kapitalanlage in die operativ tätige Objektgesellschaft investiere. Deswegen werde das finanzielle Engagement noch lange nicht zu einer unternehmerischen Tätigkeit.

#### **E. 4.4**

Dass die Vorinstanz aufgrund der Beteiligung der Fondsgesellschaft an der Objektgesellschaft - ebenfalls eine Kommanditgesellschaft nach deutschem Recht - den Erwerbzweck der Ersteren bejaht hat, steht im Einklang mit den Grundsätzen gemäss SVR 2011 AHV Nr. 8 S. 25, 9C\_504/2010 E. 1.3 (vgl. E. 4.1.2 oben). Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, inwiefern diese Rechtsprechung mit BGE 141 V 234 E. 5.4 S. 244 unvereinbar oder eine Praxisänderung (vgl. E. 3.3 oben) angezeigt sein soll. Er scheint - ohne nähere Begründung - anzunehmen, dass letztlich jede einer schweizerischen Kommanditgesellschaft ähnliche Personengesellschaft als KGK resp. als damit vergleichbare Gesellschaft betrachtet werden müsste, sofern sie sich nur darauf beschränkt, an (mindestens) einem Unternehmen beteiligt zu sein. Mit der gegenteiligen vorinstanzlichen Auffassung, wonach für die Vergleichbarkeit mit einer KGK weitere - hier nicht erfüllte - Anforderungen ( Art. 98 Abs. 2 Satz 1 KAG ; vgl. auch die übrigen Vorgaben von Art. 98 KAG und Botschaft vom 23. September 2005 zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen [Kollektivanlagengesetz], BBl 2005 6422 ff. Ziff. 1.3.7) einhergehen, befasst er sich nicht. Folglich erübrigen sich diesbezügliche Weiterungen (E. 1).

#### **E. 4.5**

Soweit der Beschwerdeführer schliesslich geltend macht, wegen der "fehlenden Unterstellung des Sachverhalts" unter schweizerisches Recht verbiete Art. 6ter lit. a AHVV (bei korrekter Auslegung) die Erhebung von Beiträgen auf dem interessierenden Auslandseinkommen, ergibt sich ebenfalls nichts zu seinen Gunsten: Wie bereits in E. 3 dargelegt, ist die umstrittene Beitragspflicht auf den in Deutschland erzielten Einnahmen nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Zudem stellt Art. 6ter lit. a AHVV lediglich klar, dass im Lichte von FZA und Verordnung 1408/71 beitragsrechtlich zwischen schweizerischen bzw. EU-ausländischen Sachverhalten einerseits und drittstaats-ausländischen Sachverhalten andererseits zu unterscheiden ist (SVR 2011 AHV Nr. 8 S. 25, 9C\_504/2010 E. 3.2; vgl. auch E. 4.1.2 oben). Die Beschwerde ist auch in

diesem Punkt unbegründet.

#### **E. 4.6**

Im Übrigen besteht im Zusammenhang mit der Beteiligung an der Fondsgesellschaft auch ein konkreter Anhaltspunkt für eine nicht bloss "private" Vermögensverwaltung (vgl. E. 4.1.1) des Beschwerdeführers: Er war ab 1. Dezember 2011 im Handelsregister (vgl. zur Gerichtsnotorietät von Handelsregistereinträgen BGE 135 III 88 E. 4.1 S. 89 f.) als Generaldirektor der Z.\_\_\_\_\_ AG eingetragen - einer Gesellschaft, die u.a. den direkten oder indirekten Erwerb, die kontinuierliche Betriebsführung, die Veräusserung von Beteiligungen an in- und ausländischen Unternehmen, insbesondere aus dem Immobiliengewerbe (etc.), bezweckt. Somit scheint die interessierende Beteiligung in engem Zusammenhang mit der beruflichen Tätigkeit des Beschwerdeführers zu stehen. Der Frage, wie es sich mit dessen Erwerbsabsicht in diesem Kontext verhält, ist hier aber nicht weiter nachzugehen.

#### **E. 5**

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

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.