

# **BVGer BVGE 2022 V/2 vom 31. Oktober 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-10-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_BVGE\\_2022\\_V\\_2](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_BVGE_2022_V_2)

FR: TAF BVGE 2022 V/2 du 31 octobre 2021

IT: TAF BVGE 2022 V/2 del 31 ottobre 2021

## **Regeste**

Beiträge

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Grundsatz der Einheitlichkeit des anwendbaren Sozialrechts: Betroffene Personen sollen diesbezüglich nur dem Recht eines Mitgliedstaats unterliegen (E. 5.1).

### **E. 2**

Erfolgt die Erwerbstätigkeit in nur einem Vertragsstaat, sind dessen Rechtsvorschriften anwendbar (E. 5.2). Bei Erwerbstätigkeit in zwei oder mehr Vertragsstaaten gelten Sonderregeln, je nach Qualifikation der Tätigkeit als unselbständig oder selbständig. Diese Qualifikation erfolgt nach dem Recht desjenigen Staates, in welchem die jeweilige Tätigkeit ausgeübt wird (E. 5.3 und 5.5.1).

### **E. 3**

Die Tätigkeit im fraglichen Staat muss " gewöhnlich " verrichtet werden. Keine positive Vorwirkung der erst ab 1. Januar 2015 geltenden Präzisierung für die Erwerbstätigkeit in zwei oder mehr Vertragsstaaten, wonach marginale Tätigkeiten nicht als " gewöhnlich " beurteilt werden. Qualifizierung eines Verwaltungsratsmandats in der Schweiz als unselbständige Tätigkeit (E. 5.4 und 5.5.2-5.6).

### **E. 4**

Voraussetzungen einer Ausnahmereinbarung zur sozialversicherungsrechtlichen Unterstellung (E. 6.1 f.).

### **E. 5**

Strittig und vorliegend zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin für das Beitragsjahr 2013 für ihre gesamten Erwerbseinkünfte in der Schweiz beitragspflichtig war.

### **E. 5.1**

Art. 13 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, geändert durch Verordnung (EG) Nr. 988/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 (SR 0.831.109.268.1, nachfolgend: Verordnung [EG] Nr. 883/2004; [...]), wird in der Literatur als " die kollisionsrechtliche Grundnorm der Verordnung " bezeichnet, welche ein Grundprinzip des zwischenstaatlichen und supranationalen Sozialrechts darstellt, wonach für Personen, die der Verordnung unterliegen, die Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaats gelten (s. Urteile des BGer 9C\_560/2015 vom 15. April 2016 E. 3.2 und 9C\_342/2013 vom 6. August 2013 E. 2.1.2 m.w.H.).

## **E. 5.2**

Für Personen, die nur in einem Vertragsstaat eine Beschäftigung oder selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, gilt der Grundsatz, dass die Rechtsvorschriften dieses Vertragsstaates anwendbar sind (Art. 11 Abs. 3 Bst. a Verordnung [EG] Nr. 883/2004; siehe zur *lex loci laboris* Andreas Schneuwly, Die Koordinierung der Sozialversicherung im Verhältnis Schweiz - EU per 1. Januar 2015, Konsequenzen für Verwaltungsräte, StR 70/2015 S. 201 Fn. 23).

## **E. 5.3**

Bei Personen, die gewöhnlich in zwei oder mehr Vertragsstaaten eine Tätigkeit ausüben, gelten jedoch gewisse Sonderregeln, die in Art. 13 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 aufgenommen sind. Die Unterstellung hängt hier davon ab, ob eine Person gewöhnlich in zwei oder mehr Vertragsstaaten eine Beschäftigung, eine selbständige Erwerbstätigkeit oder eine Beschäftigung und eine selbständige Erwerbstätigkeit ausübt (Schneuwly, a.a.O., S. 201). Ob für die Zwecke der Koordinierung der Sozialversicherungsunterstellung eine Tätigkeit als Beschäftigung oder als selbständige Erwerbstätigkeit gilt, bestimmt sich nach dem Recht desjenigen Staates, in dem diese Tätigkeit ausgeübt wird (Art. 1 Bst. a und b Verordnung [EG] Nr. 883/2004; vgl. auch Urteil des BGer 9C\_326/2013 vom 6. August 2013 E. 3.1 als *obiter dictum* sowie E. 3.4.1; BGE 139 V 297 E. 2.3.1 und 138 V 533 E. 5.2 mit Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung), das heisst vorliegend für das Verwaltungsratsmandat in der F. nach schweizerischem Recht.

## **E. 5.4**

Sodann verlangt Art. 13 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 883/2004, dass diese Erwerbstätigkeiten gewöhnlich verrichtet werden. Dabei werden gemäss Art. 14 Abs. 5b Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.11, nachfolgend: Verordnung [EG] Nr. 987/2009), in seiner ab dem 1. Januar 2015 geltenden Fassung, für die Bestimmung der anzuwendenden Rechtsvorschriften nach Art. 13 der Grundverordnung marginale Tätigkeiten nicht berücksichtigt. Somit werden unbedeutende Tätigkeiten bei der Versicherungsunterstellung nach neuem Recht nicht berücksichtigt (Art. 14 Abs. 5b Verordnung [EG] Nr. 987/2009; vgl. dazu Schneuwly, a.a.O., S. 201). Allerdings schweigt die bis 31. Dezember 2014 geltende (und vorliegend einschlägige) Fassung der Verordnung (EG) Nr. 987/2009 (AS 2012 3051) dazu. Auch Art. 14 Abs. 8 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 in der vorliegend anwendbaren Fassung äussert sich nur zur Wesentlichkeit im Falle der Anwendung von Art. 13 Abs. 1 und 2 Verordnung (EG) Nr. 883/2004.

### **E. 5.5.1**

Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist unbestritten, dass es sich bei der Erwerbstätigkeit in Deutschland um eine selbständige Tätigkeit handelt ([...]). Im verwaltungsinternen Verfahren kam die Qualifizierung der Erwerbstätigkeit in der Schweiz zur Sprache ([...]). Bei Unklarheiten hinsichtlich dieser Qualifikationsfrage kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine Feststellungsverfügung verlangt werden (vgl. BGE 132 V 257 E. 2.4.1). Vorliegend wurde eine solche Verfügung nicht verlangt, die nach deren Erlass hätte angefochten und überprüft werden können. Festzuhalten ist, dass diese (Vor—)Frage nach schweizerischem Recht zu beurteilen ist (s. E. 5.3 hiervor) und nach bundesgerichtlicher

Rechtsprechung ein Mandat als Verwaltungsrätin als unselbständige Tätigkeit gilt (vgl. dazu statt vieler: BGE 133 V 498 E. 3.1.2). Das Bundesgericht weicht im Einzelfall von dieser Praxis ab (BGE 105 V 113 E. 3), ein solcher Einzelfall ist hier jedoch wegen des fehlenden Unternehmensrisikos und Eingebundenseins in das Unternehmen in Form von regelmässigen Verwaltungsratssitzungen in Zürich nicht gegeben. Vorliegend wurde das Mandatsverhältnis als Verwaltungsrätin in der Schweiz für die F. zu Recht als unselbständige Tätigkeit qualifiziert, zumal auch keine Elemente einer selbständigen Tätigkeit wie das Unternehmensrisiko (Tragen der Unkosten und des Verlustrisikos) oder das selbständige Festlegen der Arbeitszeiten in einer frei gewählten Arbeitsorganisation geltend gemacht werden (vgl. zur Abgrenzung: Urteil des BGer 9C\_64/2019 vom 25. April 2019 E. 3.2). Gleichzeitig war die Beschwerdeführerin in Deutschland in ihrem Unternehmen unbestrittenermassen als Selbständigerwerbende tätig. Damit bleibt es vorliegend bei dieser Qualifizierung, wonach die Beschwerdeführerin zum hier streitigen Zeitpunkt in der Schweiz einer abhängigen Beschäftigung nachging sowie in Deutschland selbständigerwerbend war. Folglich übte die Beschwerdeführerin im Sinne von Art. 13 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 in verschiedenen Mitgliedstaaten eine Beschäftigung und eine selbständige Erwerbstätigkeit aus.

#### **E. 5.5.2**

Es bleibt zu prüfen, ob diese (unselbständige) Erwerbstätigkeit als " gewöhnlich " im Sinne von Art. 13 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 883/ 2004 zu beurteilen ist. Art. 14 Abs. 5b Verordnung (EG) Nr. 987/2009, in seiner Fassung ab dem 1. Januar 2015, präzisiert hierzu, dass marginale Tätigkeiten von der Anwendung von Art. 13 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ausgeschlossen werden. Die Vorinstanz stellte sich auf den Standpunkt, dass der einschränkende Art. 14 Abs. 5b Verordnung (EG) Nr. 987/2009 noch keine Geltung habe und überdies die Leitung eines Unternehmens aufgrund ihrer Eigenart keine marginale Tätigkeit sei, wobei sie auf die Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV des BSV (WPV; in ihrer Fassung gültig ab 1. Januar 2013), Rz. 3088, hinwies. Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, sie habe nur eine marginale Tätigkeit für die F. ausgeübt. Die Vorinstanz verkenne den Unterschied zwischen einem Verwaltungsrat, der die Geschäfte selbst führe, und einem Verwaltungsrat, der die Geschäftsführung an Dritte übertrage. Bei der F. sei das Letztgenannte der Fall, weshalb die Kollisionsnorm nicht anwendbar und die Beitragsfestsetzung rechtswidrig sei ([...]). Die Vorinstanz hat zu Recht festgestellt, dass Art. 14 Abs. 5b Verordnung (EG) Nr. 987/2009 in seiner ab 1. Januar 2015 gültigen Fassung im vorliegenden Fall nicht zur Anwendung kommt, da einzig die Beitragserhebung für das Jahr 2013 streitig und zu prüfen ist. In ihrer Fassung gültig ab 1. April 2012 enthält die Bestimmung (wiederum) keine Präzisierung für die hier einschlägige Konstellation nach Art. 13 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 (vgl. E. 5.4 hiervor). Damit erübrigen sich nachfolgend Weiterungen zur Anwendbarkeit dieser Bestimmung in ihrer Fassung ab 1. Januar 2015 und es liegt im Verwaltungsratsmandat für die F. aufgrund der Verantwortlichkeit einer Verwaltungsrätin in der Aktiengesellschaft (s. Art. 754 Abs. 1 OR; s. zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit: Druey/ Druey Just/Glanzmann, Gesellschafts- und Handelsrecht, 12. Aufl. 2021, § 14) aufgrund dessen, dass die Kürze der Tätigkeit und die fehlende aktive Geschäftsführung in der 2013 geltenden Fassung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nicht zu berücksichtigen waren, eine " gewöhnliche " Tätigkeit im Sinne von Art. 13 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vor.

#### **E. 5.5.3**

Die Beschwerdeführerin rügt in diesem Zusammenhang, dass der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gemäss Ziffer 12 der Präambel der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 verletzt worden sei. Eine Vorwegnahme der erst ab 1. Januar 2015 in Kraft stehenden Bestimmung in Art. 14 Abs. 5b Verordnung (EG) Nr. 987/2009 käme jedoch einer unzulässigen Anwendung noch nicht in Kraft stehenden Rechts (sog. positive Vorwirkung; vgl. Urteil des BVGer C-1545/2020 vom 29. Januar 2021 E. 5.4) gleich. Das Verhältnismässigkeitsprinzip stellt auch keine der bisher in der Praxis dazu anerkannten Ausnahmen dar (vgl. Urteil C-1545/2020 E. 5.4.2; Urteil des BVGer C-4592/2019 vom 18. Juni 2021 E. 6.4.2.2). Auch der Umstand, dass die im Jahre 2013 in der Schweiz erzielten Einkünfte wegen Erreichens des Pensionsalters nicht mehr rentenbildend sind, entbindet die Beschwerdeführerin (unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit) nicht von ihrer gesetzlichen Beitragspflicht (vgl. BGE 118 V 129 E. 4b m.H. auf BGE 107 V 195).

### **E. 5.6**

Damit ist Art. 13 Abs. 3 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 einschlägig, der für die sozialversicherungsrechtliche Unterstellung an den Beschäftigungsstaat anknüpft und dessen Recht für anwendbar erklärt. Vorliegend war die Beschwerdeführerin bei der F. als Verwaltungsrätin angestellt und es ist für die Beitragsfestsetzung und —erhebung Schweizer Recht anwendbar.

### **E. 6**

Selbst wenn von der gerichtlichen Überprüfbarkeit einer Ausnahmereinbarung gemäss Art. 16 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 auszugehen wäre, was in der Rechtspraxis verneint wird (vgl. E. 6.2 hiernach), kann dazu Folgendes festgehalten werden:

#### **E. 6.1**

Art. 16 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/04 ([...]) sieht vor, dass zwei oder mehr Mitgliedstaaten, die zuständigen Behörden dieser Mitgliedstaaten oder die von diesen Behörden bezeichneten Einrichtungen im Interesse bestimmter Personen oder Personengruppen im gemeinsamen Einvernehmen Ausnahmen von den Artikeln 11-15 vorsehen können (vgl. Bettina Kahil-Wolff, *Droit social européen, Union européenne et pays associés*, 2017, S. 391 mit Verweis auf Urteile des EuGH).

#### **E. 6.2**

Ob eine Ausnahme im Sinne von Art. 16 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zu gewähren ist, liegt nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung nicht in der Kompetenz einer einzelnen Ausgleichskasse, sondern der beiden Verbindungsstellen in der Schweiz und in Deutschland. Zuständig für die Schweiz ist im konkreten Fall das BSV (vgl. Art. 1 Bst. m Verordnung [EG] Nr. 883/2004) im Einvernehmen mit der DVKA. Zwar hat die Ausgleichskasse unter bestimmten Voraussetzungen offene Vorfragen aus einem anderen Rechtsgebiet zu beantworten; zu denken ist etwa an Fragen aus dem Zivil- respektive Strafrecht, wenn Schadenersatz nach Art. 52 AHVG (SR 831.10) respektive eine Rückforderung nach Art. 25 ATSG (SR 830.1) zur Diskussion steht. Hier geht es indessen um eine innerhalb der Kollisionsvorschriften von Art. 11 ff. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 spezialgesetzlich geregelte Zuständigkeit, wobei dem BSV in der Anwendung von Art. 16 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 ein erheblicher Ermessensspielraum verbleibt, vermittelt doch die Bestimmung mit der " Kann-Formulierung " keinen Anspruch auf Freistellung von den grundsätzlich anwendbaren Rechtsvorschriften (Urteil des BGer 9C\_603/2019 vom 17. Februar 2020 E. 3.5.3.1). Damit liegt der Abschluss von Ausnahmereinbarungen im

Ermessen der zuständigen Stelle und es besteht kein Anspruch auf einen solchen (vgl. Heinz-Dietrich Steinmeyer, Bestimmung des anwendbaren Rechts, in: Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl. 2018, S. 255 f.); der Entscheid kann jedoch angefochten werden (Urteil 9C\_603/2019 E. 3.5.3.1 in fine).

### **E. 6.3**

Vorliegend erliess das BSV zwar keine an die Beschwerdeführerin gerichtete formelle Verfügung, wogegen die Beschwerdeführerin hätte opponieren können. Sie erhielt vom Nichtzustandekommen der Ausnahmevereinbarung am 4. Oktober 2018 ([...]) jedoch spätestens mit Verfügung vom 5. Dezember 2018 Kenntnis und hätte gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung damit innerhalb Jahresfrist eine anfechtbare Verfügung verlangen müssen (Urteile des BGer 9C\_603/2019 E. 3.5.4; 8C\_485/2018 vom 11. Februar 2019 E. 4.2 m.w.H.). Die Beschwerdeführerin hat jedoch nach Kenntnisnahme des BSV-Schreibens vom 4. Oktober 2018 innert Jahresfrist keine solche Verfügung verlangt, weshalb das BSV-Schreiben unterdessen Rechtskraft erlangt und es damit jedenfalls sein Bewenden hat.

### **E. 7**

Was die Rüge der Beschwerdeführerin, wonach sie als ehemalige C. eine Beamtenstellung innehatte, anbelangt, ist Nachfolgendes festzuhalten:

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf zwei Normen (Art. 11 Abs. 3 Bst. b und Art. 13 Abs. 4 Verordnung [EG] Nr. 883/2004), die an die Beamtenstellung anknüpfen und das deutsche Recht für anwendbar erklären. Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. b Verordnung (EG) Nr. 883/2004 unterliegt ein Beamter den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, dem die ihn beschäftigende Verwaltungseinheit angehört. Ferner statuiert Art. 13 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 883/2004, dass eine Person, die in einem Mitgliedstaat als Beamter beschäftigt ist und die eine Beschäftigung und/oder eine selbständige Erwerbstätigkeit in einem oder mehreren anderen Mitgliedstaaten ausübt, den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats unterliegt, dem die sie beschäftigende Verwaltungseinheit angehört. Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Beamtenstellung nur aktive Beamte oder auch Beamte im Ruhestand (Ruhestandsbeamte) erfasst (s. dazu Silvia Bucher, Die sozialrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts zum FZA und zu Anhang K des EFTA-Übereinkommens, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge [SZS] 3/2013 S. 229). Das Bundesgericht hat diese Frage in seinem Urteil 9C\_728/2011 vom 26. April 2012 in einem Fall eines deutschen Ruhestandsbeamten entschieden und hat erwogen, dass sich diese Sonderregel nur auf aktive Beamte im Sinne des deutschen Rechts beziehe (vgl. E. 5.3 hiavor). Auch der klare Wortlaut der Verordnung im Präsens deutet auf eine aktive Tätigkeit hin: " als Beamter beschäftigt " (vgl. auch Urteil 9C\_728/2011 E. 5.3.3). Die Anwendbarkeit der Rechtsordnung des Dienststaates setzt somit eine aktive Beschäftigung voraus (vgl. Urteil 9C\_728/2011 E. 5.3.3).

#### **E. 7.2**

Es kann damit der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, soweit sie vorbringt, dass die deutsche Beamteneigenschaft lebenslänglich bestehe und deshalb Art. 13 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nicht zur Anwendung komme (vgl. Urteil 9C\_728/2011 E. 5.2). Vorliegend ist die Beschwerdeführerin seit dem 30. Juni 2012 nicht mehr im Amt als C. Nach dem Ausscheiden aus dem Amt besteht damit die Beamteneigenschaft im Sinn der

Verordnung (EG) Nr. 883/2004 nicht mehr und es kann folglich nicht an eine Beamtenstellung angeknüpft werden, um das deutsche Recht als anwendbar zu erklären.

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