

# **BVGer C-1392/2007 vom 7. Februar 2011**

Bundesverwaltungsgericht, 2011-02-07, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-1392\\_2007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-1392_2007)

FR: TAF C-1392/2007 du 7 février 2011

IT: TAF C-1392/2007 del 7 febbraio 2011

## **Regeste**

Freiwillige Versicherung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 85bis Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der Schweizerischen Ausgleichskasse. Es liegt keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

### **E. 1.2**

Laut Art. 3 Bst. dbis des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 AHVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die im ersten Teil geregelte Alters- und Hinterlassenenversicherung anwendbar, soweit das AHVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

### **E. 1.3**

Der Beschwerdeführer ist durch die angefochtene Verfügung berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung. Er ist daher zur Beschwerde legitimiert (Art. 59 ATSG; vgl. auch Art. 48 Abs. 1 Bst. b und c VwVG). Mit Vollmacht vom 24. Januar 2007 hat er die Advokatin Karin Pfenninger-Hirschi ermächtigt (Beschwerdebeilage, act. 1.2). Die die Beschwerde unterzeichnende Advokatin ist rechtmässig bevollmächtigt.

### **E. 1.4**

Die vorliegende Beschwerde enthält Rechtsbegehren und deren Begründung sowie die erforderlichen Beweismittel. Somit sind die Formvorschriften gemäss Art. 52 VwVG erfüllt.

### **E. 1.5**

Die Beschwerde ist innerhalb von 30 Tagen nach der Eröffnung des Einspracheentscheids einzureichen (Art. 60 ATSG). Der Beschwerdeführer macht geltend, den Einspracheentscheid vom 14. November 2006 am 23. Januar 2007 erhalten zu haben (act. 1,

S. 3). Gemäss Akten wurde die Verfügung mit normaler Post von der Schweizer Botschaft in London an sein Domizil nach Südafrika geschickt. Da den Akten weder ein Versand- noch ein Zustellungsdatum zu entnehmen ist, den Angaben des Beschwerdeführers betreffend Beschwerdefrist von der Vorinstanz in der Vernehmlassung nicht widersprochen wurde und das genaue Zustellungsdatum nicht mehr einbringbar ist, kann zu Gunsten des Beschwerdeführers davon ausgegangen werden, dass die Frist mit der Zustellung der Beschwerde vom 21. Februar 2007 eingehalten wurde. Somit ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

#### **E. 2.2**

Der Sozialversicherungsprozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (vgl. BGE 125 V 193 E. 2, BGE 122 V 157 E. 1a, je mit weiteren Hinweisen). Die Parteien tragen im Sozialversicherungsverfahren in der Regel insofern eine objektive Beweislast, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableitet (BGE 117 V 261 E. 3b, 115 V 133 E. 8a). Im Sozialversicherungsprozess hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 360 E. 5b, 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen).

#### **E. 2.3**

Der Beschwerdeführer ist Schweizer Bürger und lebt in Südafrika. Dort führt er einen kleinen Hotelbetrieb. Obwohl die Berechnung von AHV-Beiträgen aufgrund südafrikanischer Steuerdaten in Frage steht, ist - da es sich um einen von der nationalen Gesetzgebung autonom erfassten Sachverhalt handelt - ausschliesslich Schweizer Recht anwendbar (vgl. Ueli Kieser, H. Alters- und Hinterlassenenversicherung Rz. 10 in: Ulrich Meyer [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV Soziale Sicherheit, Basel 2007).

#### **E. 2.4**

Weil in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend sind, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben, sind die Bestimmungen des AHVG, der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV, SR 831.101) und der Verordnung vom 26. Mai 1961 über die freiwillige Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (VFV, SR 831.111) sowie des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG, SR 642.11) anwendbar, die bis zum 31. Dezember 2006 Geltung hatten und in der Folge zitiert werden.

#### **E. 3**

In seiner Beschwerde vom 21. Februar 2007 hat der Beschwerdeführer die Einspracheverfügungen vom 14. November 2006 betreffend die Beitragsperioden 2002/2003, 2004/2005 und 2006/2007 (act. SAK/51 - 53) nur soweit angefochten, als sie die Beitragsperiode 2006/2007 betreffen (Rechtsbegehren 1-3 der Beschwerde; vgl. act. SAK/53), und selber darauf hingewiesen, für die Beitragsperioden 2002/2003 sowie 2004/2005 liege kein Rechtsschutzinteresse vor. Bezüglich der Beitragsperiode 2006/2007 verlangt er die Feststellung eines beitragspflichtigen Einkommens von CHF 14'013.50, eventualiter die Rückweisung der Angelegenheit an die Vorinstanz zur neuen Ermittlung des entsprechenden Einkommens.

### **E. 3.1**

Der Beschwerdeführer begründet seine Anträge in der Beschwerde wie folgt:

#### **E. 3.1.1**

Das als Starthilfe in Schweizer Franken gewährte unbefristete verzinsliche Darlehen in der Höhe von CHF 610'523.-- sei auch wieder in Schweizer Franken zurückzuzahlen. Mit der Darlehensgeberin habe er vereinbart, dass die Rückzahlung des Darlehens und der auflaufenden Zinsen erst erfolgen müsse, wenn er dazu in der Lage sei. Dementsprechend habe er in der Regel keine Zinsen gezahlt (ausser im Jahr 2004, vgl. act. 1 S. 10). Die nicht bezahlten Zinsen seien jeweils zum Darlehen geschlagen und in der Bilanz als "accrued interest" (aufgelaufene Zinsen) zusammen mit der Darlehensschuld ausgewiesen worden. Per Ende Geschäftsjahr 2005 habe sich das Darlehen auf CHF 610'523.00 (ZAR 3'067'084.40) belaufen und hätten die aufgelaufenen Zinsen CHF 347'744.54 (ZAR 1'746'964.26) betragen, was eine Gesamtschuld von CHF 958'267.55 (ZAR 4'814'048.66) ergeben habe (Beschwerde S. 4).

#### **E. 3.1.2**

In den ersten Jahren habe er aus dem Betrieb (...) Verluste geschrieben. Er habe erstmals in den Geschäftsjahren 2004 und 2005 einen Reingewinn erzielt (Geschäftsjahr 2004: ZAR 852'817.09; 2005: ZAR 408'718.19; Mittelwert: ZAR 630'767.64). In diesem Reingewinn enthalten sei jedoch eine sogenannte "Exchange Difference" (Kursdifferenz), welche aus der Umrechnung des in Schweizer Franken gewährten Darlehens in südafrikanische Rand resultiert habe. In den Geschäftsjahren 2004 und 2005 sei diese einem Kursgewinn gleichgekommen (2004: ZAR 904'172.74; 2005: ZAR 222'305.57). Die Aufführung des Kursgewinns im "Income Statement" sei erfolgt, da ein solcher Kursgewinn (bzw. ein allfälliger Kursverlust) für die Berechnung der südafrikanischen Steuern berücksichtigt werden müsse. Weil der Umrechnungskurs zwischen Schweizer Franken und südafrikanischen Rand starken Schwankungen unterliege, ergebe sich bezüglich des immer gleich grossen Darlehens (in Schweizer Franken; zuzüglich der jeweils aufgelaufenen Zinsen) in jeder südafrikanischen Bilanz bzw. Erfolgsrechnung ein anderer ZAR-Darlehensbetrag gemäss entsprechendem Stichtag. Er habe jedoch, da er trotz dieses Kursgewinns im Jahr 2004 in Südafrika über kein steuerpflichtiges Einkommen verfügt habe (Verlustrechnung der Vorjahre), dort keine Steuern entrichten müssen (Beschwerde S. 5 f.).

#### **E. 3.1.3**

Der Beschwerdeführer argumentiert weiter, die Festsetzung der Beiträge für die freiwillige AHV/IV bestimme sich - wie die Vorinstanz zu Recht ausführe - nach Schweizer Recht. Deshalb sei ein nach ausländischem Recht ermitteltes Erwerbseinkommen für die

Schweizer Behörden nicht bindend. Die Beitragsfestsetzung sei einzig nach Schweizer Grundsätzen vorzunehmen, weshalb die einzelnen Posten der ausländischen Bilanz bzw. Erfolgsrechnung Posten für Posten in eine schweizerische Bilanz bzw. Erfolgsrechnung zu überführen seien. Damit würden die von der Vorinstanz berücksichtigten Kursgewinne des fraglichen Darlehens entfallen bzw. gar nicht entstehen und dürften - soweit sie das Darlehen in Schweizer Franken beträfen - nicht berücksichtigt werden. Eine solche Kursdifferenz sei nur zu berücksichtigen, wenn sie in der Schweizer Bilanz überhaupt entstanden sei. Die Berücksichtigung eines nicht existierenden bzw. nur in der südafrikanischen Bilanz bzw. Erfolgsrechnung existierenden Kursgewinnes widerspreche Bundesrecht und sei willkürlich (Beschwerde S. 11 f., vgl. auch Replik, act. 5).

#### **E. 3.1.4**

Das für die Beitragsperiode 2006/2007 relevante Einkommen 2004/ 2005 und die darauf gestützte Beitragsberechnung sei wie folgt zu berechnen: Das Nettoeinkommen der südafrikanischen Steuererklärung abzüglich der Kursdifferenz des Darlehens in Schweizer Franken - im für die südafrikanische Steuererklärung umgerechneten Betrag in ZAR - ergebe ein Einkommen von ZAR 186'412.52 ( $408'718.19 - 222'305.67 = 186'412.52$ ) im Jahr 2004 (recte: 2005) und einen Verlust von ZAR 51'355.65 ( $852'817.09 - 904'172.74 = -51'355.65$ ) im Jahr 2005 (recte: 2004, vgl. Beschwerdebeilage 6 S. 6). Daraus ergebe sich ein durchschnittliches Jahreseinkommen von ZAR 67'528.44 ( $[ZAR 186'412.52 - ZAR 51'355.65] / 2 = ZAR 67'528.44$ ) und umgerechnet in Schweizer Franken ein durchschnittliches Jahreseinkommen von CHF 14'013.50 (Kurs: 0.20752; vgl. Verfügung vom 3. Oktober 2006 [ $ZAR 67'528.40 \times 0.20752 = CHF 14'013.50$ ]). Bei einem Beitragssatz von 9.8% des massgebenden Einkommens zuzüglich 3% Verwaltungskostenbeitrag ergebe dies einen jährlichen Beitrag von CHF 1'373.30 zuzüglich Verwaltungskostenbeitrag von CHF 41.20 (Beschwerde S. 13 ff.).

#### **E. 3.2.1**

Die Vorinstanz begründet in ihrem Einspracheentscheid vom 14. November 2006 ihre Abweisung damit, dass die Beiträge der Selbständigerwerbenden aufgrund des massgebenden, in Schweizer Franken umgerechneten reinen Erwerbseinkommens berechnet würden. Bei den in der fraglichen Buchhaltung aufgeführten Kursdifferenzen handle es sich um einen Kapitalgewinn (oder Verlust) gemäss Art. 17 AHVV und Art. 18 Abs. 2 DBG, welcher durch die buchmässige Aufwertung (oder Abwertung) von Geschäftsvermögen entstanden sei. Dieser sei für die Berechnung der Beiträge an die freiwillige AHV/IV zu berücksichtigen (act. SAK/60).

#### **E. 3.2.2**

In ihrer Vernehmlassung vom 3. April 2007 führt die SAK aus, es gehe vorliegend weiterhin um die Grundsatzfrage, ob Kursgewinne für die Berechnung der Beiträge berücksichtigt werden dürften. Der Geschäftsverlauf des Unternehmens habe bis Ende 2005 dazu geführt, dass regelmässig der Minimalbeitrag verfügt worden sei. Im Geschäftsjahr 2005 sei insofern eine Änderung eingetreten, dass ein Kursgewinn aufgrund der Umrechnung eines Darlehens von CHF in ZAR und aufgelaufener Zinsen bilanzmässig zu einer Aufwertung des Geschäftsvermögens geführt habe. Auch wenn diese Sachlage nicht von Dauer gewesen sein sollte, sei sie in der Beitragsperiode 2006/2007 massgebend. Der vorübergehende Kapitalgewinn sei deshalb in die Beitragsberechnung einzubeziehen und die Beschwerde demzufolge abzuweisen. Duplikweise hielt die Vorinstanz an ihrer

Auffassung fest, bei der Kursdifferenz betreffend Umrechnung eines Darlehensbeitrags handle es sich nicht ausschliesslich um ein buchhalterisches Problem. Für die Beitragsfestsetzung sei die Bilanz/Erfolgsrechnung in der südafrikanischen Währung massgebend. Führe die Rückzahlung eines Darlehens zu einem Kursgewinn, sei dies einem Wertzuwachs gleichzustellen (act. 7).

#### **E. 4**

Nachfolgend sind die zur materiellen Beurteilung der Streitsache massgebenden gesetzlichen Grundlagen darzulegen.

##### **E. 4.1**

Gemäss Art. 2 Abs. 1 und 4 AHVG können Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Freihandelsassoziation, die nicht in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Freihandelsassoziation leben, der freiwilligen Versicherung beitreten, falls sie unmittelbar vorher während mindestens fünf aufeinander folgenden Jahren obligatorisch versichert waren. Die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten betragen 8,4 Prozent des massgebenden Einkommens. Die Versicherten müssen aber in jedem Fall den Mindestbeitrag von 648 Franken im Jahr entrichten (Stand: November 2006: Fr. 706.--, vgl. Art. 2 Abs. 2 der V 05 vom 24. September 2004, SR 831.108, in Kraft vom 1. Januar 2005 - 31. Dezember 2006, AS 2004 4363 bzw. AS 2006 4145). Der Bundesrat erlässt ergänzende Vorschriften über die freiwillige Versicherung; er bestimmt insbesondere die Frist und die Modalitäten des Beitritts, des Rücktritts und des Ausschlusses. Ferner regelt er die Festsetzung und Erhebung der Beiträge sowie die Gewährung von Leistungen. Er kann die Bestimmungen betreffend die Dauer der Beitragspflicht, die Berechnung der Beiträge sowie den Beitragsbezug den Besonderheiten der freiwilligen Versicherung anpassen (Art. 2 Abs. 6 AHVG).

##### **E. 4.2**

Gemäss Art. 13b Abs. 1 VFV belaufen sich die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten auf 9.8% des massgebenden Einkommens. Die Versicherten müssen den Mindestbeitrag von Fr. 824.-- entrichten (gültig bis 31. Dezember 2006, vgl. Änderung vom 22. September 2006, AS 2006 4149). Die Beiträge werden in Schweizer Franken für eine zweijährige Periode (Beitragsperiode) festgesetzt, welche am 1. Januar jedes geraden Jahres beginnt. Massgebend ist bei erwerbstätigen Versicherten das durchschnittliche Erwerbseinkommen der beiden der Beitragsperiode vorangehenden Jahre (Art. 14 Abs. 1 und 2 Satz 1 VFV). Das Einkommen wird zu dem Kurs in Schweizer Franken umgerechnet, der zu Beginn der in den Absätzen 1 und 3 umschriebenen Beitragsperioden gilt (Art. 14 Abs. 4 VFV). Soweit die VFV keine abweichende Bestimmung enthält, finden die einschlägigen Bestimmungen der AHVV Anwendung (Art. 25 VFV).

##### **E. 4.3**

Gemäss Art. 23 Abs. 1 AHVV ermitteln die kantonalen Steuerbehörden das für die Bemessung der Beiträge massgebende Erwerbseinkommen auf Grund der rechtskräftigen Veranlagung für die direkte Bundessteuer, das im Betrieb investierte Eigenkapital auf Grund der entsprechenden rechtskräftigen kantonalen Veranlagung unter Berücksichtigung der interkantonalen Repartitionswerte. Können die kantonalen Steuerbehörden keine Meldung erstatten, so haben die Ausgleichskassen das für die Beitragsfestsetzung massgebende Erwerbseinkommen und das im Betrieb investierte Eigenkapital auf Grund

der ihr zur Verfügung stehenden Daten selbst einzuschätzen (Art. 23 Abs. 5 AHVV).

#### **E. 4.3.1**

Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit ist jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt (Art. 9 Abs.1 AHVG). Gemäss Art. 17 AHVV gelten als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG alle in selbständiger Stellung erzielten Einkünfte aus einem Handels-, Industrie-, Gewerbe-, Land- und Forstwirtschaftsbetrieb, aus einem freien Beruf, sowie aus jeder anderen selbständigen Erwerbstätigkeit, einschliesslich der Kapital- und Überführungsgewinne nach Art. 18 Abs. 2 DBG. Gemäss Art. 18 Abs. 2 Satz 1 DBG zählen zu den Einkünften aus selbständiger Erwerbstätigkeit auch alle Kapitalgewinne aus Veräusserung, Verwertung oder buchmässiger Aufwertung von Geschäftsvermögen, wobei als Geschäftsvermögen alle Vermögenswerte gelten, die ganz oder vorwiegend der selbständigen Erwerbstätigkeit dienen.

#### **E. 4.3.2**

Nach der Rechtsprechung gilt als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit dasjenige, welches in frei bestimmter Selbstorganisation durch Einsatz von Arbeit und Kapital erzielt wird, sofern die beitragspflichtige Person nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Gegenleistungen abgegolten werden. Es gelten - nach Art. 17 AHVV - bei der Ermittlung des AHV-rechtlich massgebenden Einkommens Grundsätze, die in Übereinstimmung stehen mit den bundessteuerrechtlichen Grundsätzen. Die AHV erfasst - im Unterschied zum steuerrechtlichen Einkommensbegriff, der auf der Reinvermögenstheorie beruht - aber nur Einkommen, die in einer relevanten kausalen Beziehung zu einer erwerblichen Tätigkeit stehen. Kapital- und Überführungsgewinne, welche im Zusammenhang mit Geschäftsvermögen entstehen, gelten nach Massgabe von Art. 18 Abs. 2 und Abs. 4 DBG als Einkommen aus selbständiger Tätigkeit (U. Kieser, a.a.O. Rz. 112 f. mit Verweis auf BGE 115 V 161 E. 9a). Demnach bestimmt sich das beitragspflichtige (rohe) Einkommen aus dem Gewinn aus der geschäftlichen Tätigkeit inklusive dem Kapitalgewinn des Geschäftskapitals, jeweils zu Beginn der Beitragsperiode (vgl. Art. 14 Abs. 1 und 2 VFV).

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer führt in Südafrika einen kleinen Hotelbetrieb in Eigenregie. Somit ist er Selbständigerwerbender im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG. Da die VFV dazu keine lex specialis enthält, ist die AHVV (insbesondere Art. 17 f. in Verbindung mit Art. 25 VFV) zur Beitragsbemessung anwendbar. Da fallbedingt keine entsprechende rechtskräftige Steuerveranlagung der kantonalen Behörden vorliegt, die das für die Bemessung der Beiträge massgebende Erwerbseinkommen und das im Betrieb investierte Eigenkapital bestimmt, hat die Vorinstanz die Beiträge zu Recht selbst eingeschätzt (Art. 23 Abs. 5 AHVV, E. 4.3). Sie stützte sich dabei auf die eingereichten südafrikanischen Steuererklärungen (act. SAK/53.4 - 53.10).

#### **E. 5.2**

Gemäss Art. 14 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 1 und 3 VFV sind das festgestellte Einkommen und das Geschäftsvermögen in Schweizer Franken umzurechnen. Daraus ist zu schliessen, dass die Verhältnisse im Land, in welchem der Versicherte sein geschäftliches Einkommen erzielt, zu berücksichtigen sind. Dieses Einkommen sowie ein allfälliger

Kapitalgewinn des Geschäftskapitals ist nach Schweizer Recht in Schweizer Franken umzurechnen. Damit besteht kein Raum für den Antrag des Beschwerdeführers, die südafrikanische Bilanz und Erfolgsrechnung sei Posten für Posten in Schweizer Franken umzurechnen.

## **E. 6**

Die angefochtene Beitragsrechnung 2006/2007 stützt sich auf das Einkommen der Geschäftsjahre 2004/2005. Dieses setzt sich vorliegend zusammen aus dem Ergebnis des Hotelbetriebs sowie einem allfälligen Gewinn des Geschäftskapitals. Während die Gewinne des Hotelbetriebs der Jahre 2004 und 2005 unbestritten sind, liegt die Festlegung des Geschäftskapital-Gewinns der Jahre 2004 und 2005 im Streit. Somit ist nachfolgend der Umfang des Geschäftskapitals für die Jahre 2004 und 2005 festzustellen (E. 6.1 ff.) und anschliessend der Frage nachzugehen, ob - wie der Beschwerdeführer im Besonderen rügt - die der Vorinstanz als Aufwertung des Geschäftsvermögens qualifizierten Umrechnungsdifferenzen (exchange difference) für die Beitragsfestsetzung zu berücksichtigen sind (E. 7).

### **E. 6.1**

Die Festsetzung des Geschäftskapitals durch die Vorinstanz beruht vor allem auf dem im Jahr 1995 (Beschwerde S. 4 Rz. 3) in Schweizer Franken gewährten Darlehen sowie den auf das Darlehen geschlagenen aufgelaufenen Zinsen. Um die Zuordnung des fraglichen Darlehens zum Geschäftskapital überprüfen zu können, ist vorab der Darlehensvertrag nach Schweizer Recht zu definieren und von anderen Vertragstypen abzugrenzen (E. 6.2 f.). Anschliessend ist die Rolle des Darlehens (und der aufgelaufenen Zinsen) im vorliegenden Kontext zu klären (E. 6.4 f.).

### **E. 6.2**

Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Übertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an andern vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte (Art. 312 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR, SR 220]). Im kaufmännischen Verkehr ist das Darlehen vermutungsweise verzinslich (Art. 313 Abs. 2 OR). "Kaufmännischer Verkehr" ist gegeben, wenn entweder die Geldgeberin gewerbsmässig Geld ausleiht oder der Borger seinerseits das Darlehen zu kaufmännischen Zwecken verwendet (Heinz Schärer/Benedikt Maurenbrecher, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 3. Aufl., Basel 2003, nachfolgend: BSK OR I, N. 3 zu Art. 313 OR). Das Darlehen ist gemäss dem Schweizer Obligationenrecht grundsätzlich formfrei gültig (BSK OR I, N. 4 zu Art. 312). Indessen trägt der Kläger, der im privaten Verkehr eine Geldsumme aus Darlehen zurückfordert, die Beweislast dafür, dass es sich um einen Darlehensvertrag handelt (vgl. Heinrich Honsell, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 8. Auflage, Bern 2006 § 21 III 7e mit Verweis auf BGE 83 II 209). Die Rückgabepflicht bildet das Abgrenzungskriterium zur Schenkung (Theo Guhl/Alfred Koller, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, § 45 N. 3 S. 461 sowie BSK OR I N. 42 mit Verweis auf Nr. 11 zu Art. 312). Zinslose Darlehen mit Laufzeiten von zehn und mehr Jahren nähern sich von ihrer Funktion her einer Schenkung und werden denn auch unter vergleichbaren Umständen und aus vergleichbaren Motiven vereinbart. Der Darlehensgeber gewährt das Darlehen in solchen Fällen darum, weil hinsichtlich der Verwendung des Geldes eine Interessengemeinschaft besteht, der eine enge soziale - meist verwandtschaftliche - Beziehung zugrunde liegt (BGE 128 III 428 E. 3b).

### **E. 6.3**

Eine besondere Form des Darlehens stellt das partiarische Darlehen dar. Es handelt sich dabei um ein (echtes) synallagmatisches (BGE 94 II 127) Darlehen mit Rückerstattungsverpflichtung des Borgers, aber besonderer Abrede hinsichtlich der Vergütung für den Wertgebrauch. Letztere besteht in einem Teil des Ertrages, den der Borger mit dem vertraglich bestimmten Gebrauch der Darlehenssumme erwirtschaftet. Sie ist somit nur bedingt geschuldet, nämlich unter der meistens nur konkludent vereinbarten Bedingung, dass überhaupt ein Ertrag erwirtschaftet wird. Das partiarische Darlehen ist abzugrenzen von der einfachen, insbesondere der stillen Gesellschaft. Diese unterscheidet sich vom partiarischen Darlehen hauptsächlich durch den Vertragszweck, insbesondere den Willen, gemeinsam einen Zweck zu verfolgen, der beim partiarischen Darlehen fehlt. Dieser Wille ergibt sich aus dem Vertragsinhalt, bei dessen Auslegung auf die Gesamtheit der Umstände sowie die tatsächliche Handhabung während der Vertragsdauer abzustellen ist. Nach herrschender Lehre führt die Beteiligung am Verlust zwingend zur Annahme einer einfachen (meistens stillen) Gesellschaft (BSK OR I, N. 37 und 43 zu Art. 312 OR mit weiteren Hinweisen).

### **E. 6.4**

Der Beschwerdeführer führte in seiner Eingabe vom 11. Juni 2010 aus, das Darlehen sei mündlich vereinbart worden. Gemäss Schweizer Recht sei der formfreie Abschluss eines Darlehensvertrags gültig. Auch die Vereinbarung einer Zinspflicht unterliege gemäss Art. 313 Abs. 1 OR im nichtkaufmännischen Verkehr keiner besonderen Formvorschrift und sei auch stillschweigend, konkludent oder sogar nach Vertragsabschluss möglich. Im kaufmännischen Verkehr wie in casu werde das Bestehen einer Zinspflicht ohnehin gesetzlich vermutet (Art. 313 Abs. 2 OR). Vorliegend gehe das Bestehen des Darlehens und der Bestand und die Höhe der Zinspflicht klar aus den eingereichten Buchhaltungsunterlagen hervor (act. 13).

### **E. 6.5**

Da kein schriftlicher Darlehensvertrag existiert, muss die Rolle des Darlehens und dessen Einfluss auf den vorliegenden Fall anhand der vorhandenen Unterlagen ermittelt werden.

#### **E. 6.5.1**

Den Akten (südafrikanische Steuererklärungen und -veranlagungen und Beschwerdeschrift) ist zu entnehmen, dass das in Frage stehende, ungesicherte Schweizerfranken-Darlehen von einer Privatperson in der Schweiz gewährt wurde. Es wurde eine Verzinsung vereinbart (8% Zins auf CHF 260'000 und ein Liborzins plus 2% auf CHF 350'523). Die Rückzahlung wurde nicht terminiert. Es wurde indessen vereinbart, das Darlehen sei erst zurückzuzahlen, wenn flüssige Mittel vorhanden seien ("no fixed terms of repayment exist for the unsecured loan and are repayable when funds are available"). Die Steuererklärungen zeigen weiter, dass der Beschwerdeführer von der Darleiherin im Jahr 2001 ein zweites ungesichertes, verzinsliches Darlehen in Südafrikanischen Rand von ZAR 278'078.76 erhalten hat ("the unsecured loan bears interest at prime rate", Beschwerdebeilage 13 S. 4). Auch dieses ist gemäss den Akten erst dann zurückzuzahlen, wenn der Borger dazu in der Lage sei ("no fixed terms of repayment exist and is repayable when funds are available"; Beschwerdebeilagen 3 - 6 je S. 5).

#### **E. 6.5.2**

Zusätzlich findet sich in den Steuererklärungen der jeweils zum Schweizerfranken-Darlehen geschlagene aufgelaufene Zins, welcher im Jahr 2003 CHF 319'635.60 bzw. ZAR 1'933'778.56 (Umrechnungskurs: 0.1653; Beschwerdebeilage 4 S. 5); im Jahr 2004 CHF 317'141.35 bzw. ZAR 1'668'164.11 (Umrechnungskurs: 0.1653 [recte: 0.190114], Beschwerdebeilage 5 S. 5) und im Jahr 2005 CHF 347'743.72 bzw. ZAR 1'746'964.26 (Umrechnungskurs: 0.199056; Beschwerdebeilage 6 S. 5) betrug. Das im Jahr 1995 gewährte Schweizerfranken-Darlehen hatte somit zehn Jahre nach dessen Gewährung per Ende Geschäftsjahr 2005 einen Wert zu Lasten des Borgers von CHF 958'266.72 bzw. ZAR 4'814'048.65 (Beschwerdebeilage 6 S. 5). Auch zum von derselben Darleiherin im Jahr 2001 gewährten Darlehen in südafrikanischen Rand wurden bisher nicht bezahlte Zinsen geschlagen. Diese betragen im Jahr 2003 ZAR 134'369.22, im Jahr 2004 ZAR 192'455.62 und im Jahr 2005 ZAR 214'106.85. Beide Darlehen erscheinen in der Steuererklärung als "foreign loan" (Beschwerdebeilagen 3 - 6 je S. 5). Der Beschwerdeführer hat zwar alljährlich Zinsen für die beiden "foreign loans" entrichtet, wobei der bezahlte Betrag bezüglich der beiden Darlehen (CHF-Darlehen bzw. ZAR-Darlehen) nicht aufgeschlüsselt wurde. Im Jahr 2004 konnte er neben der Erstattung der neu anfallenden Zinsen die Summe der in früheren Jahren aufgelaufenen Zinsen beim Schweizerfranken-Darlehen vermindern (vgl. Beschwerdebeilagen 4 - 6, S. 5). Indessen erhöhten sich die auflaufenden Zinsen im Geschäftsjahr 2005 wieder (2003: ZAR 1'933'778.56 = CHF 319'635.60; 2004: ZAR 1'668'164.11 = CHF 317'141.35; 2005: ZAR 1'746'964.26 = CHF 347'743.72).

### **E. 6.5.3**

Die - verhältnismässig hohe - Verzinsung des in Frage stehenden Schweizerfranken-Darlehens spricht dafür, dass es sich hier um ein übliches "kaufmännisches Darlehen" (oben E. 6.2) handelt. Auch der Beschwerdeführer äussert sich diesbezüglich (act. 13). Unter den vorliegenden Umständen ist indessen festzustellen, dass die Darleiherin, die aufgrund des kaufmännischen synallagmatischen Vertrags Zinsen für ihre Investition erhält, seit nunmehr zehn Jahren eine Ausgestaltung des Geschäfts zu akzeptieren scheint, bei welcher die ursprünglich vereinbarte Darlehenssumme bestehen blieb und sich in den ersten Jahren wegen der auflaufenden und im Folgejahr zum Darlehen geschlagenen Zinsen kontinuierlich erhöhte. Im Jahr 2001 hat sie dem Beschwerdeführer ausserdem ein zweites Darlehen gewährt - unter ähnlichen Bedingungen wie das erste. Seit dem Jahr 2003 hat der Borger begonnen, die in den früheren Jahren aufgelaufenen und zum Darlehen geschlagenen Zinsen abzuzahlen. Diese Zinsleistungen waren - gemäss seinen Ausführungen - offenbar abhängig vom Geschäftsverlauf: In den Jahren 2004 und 2005 nahmen die Zinsrückzahlungen an die Schweizer Darleiherin gegenüber den Vorjahren wiederum ab (2003: Nettoeinkommen [...] [vor Berücksichtigung von Zinsen {interest received, interest paid} und Kursdifferenz {exchange difference}]: ZAR 310'440, Zinszahlung an die beiden Darlehen: ZAR 254'216; 2004: Nettoeinkommen [...]: ZAR 279'682, Zinszahlung an die beiden Darlehen: ZAR 214'572; 2005: Nettoeinkommen [...]: ZAR 404'968, Zinszahlung an die beiden Darlehen: ZAR 178'490; vgl. Beschwerdebeilage 5 - 6 je S. 6). Demnach verringerte sich die aufgelaufene Gesamtsumme des CHF-Darlehens (inkl. aufgelaufene Zinsen, in ZAR [umgerechnet nach jeweiligem Wechselkurs]: 2003: 5'627'203, 2004: 4'879'515, 2005: 4'814'049 [begünstigt vom tieferen Wechselkurs]) zwar, betrug jedoch im Jahr 2005 - zehn Jahre nach dessen Gewährung - immer noch das anderthalbfache der ursprünglich gewährten Darlehenssumme. Gleichzeitig erhöhte sich jährlich die Schuld des im Jahr 2001 neu gewährten ZAR-Darlehens gegenüber

derselben Gläubigerin (je in ZAR: 2003: 412'448; 2004: 470'534; 2005: 492'186; vgl. Beschwerdebeilagen 4 - 6 je S. 5). Weiter ist festzustellen, dass die Darlehen der Schweizer Darleiherin und das Schweizerfranken-Darlehen im Besonderen den grössten Teil des ausgewiesenen Fremdkapitals des Beschwerdeführers ausmachen (im Jahr 2005: ZAR 4.8 Mio., bei gesamthaft langfristigen Verbindlichkeiten von ZAR 6.8 Mio. [non-current liabilities, bestehend aus den beiden foreign loans, einer durch Land und Gebäude gesicherten Hypothek {mortgage bond} und einem weiteren privaten Darlehen {other loan}], gegenüber Aktiven von ZAR 2.9 Mio.; Beschwerdebeilage 6 S. 4 und 5). Dies zeigt eine hohe Abhängigkeit des Beschwerdeführers von der Darleiherin, zumal er bei ihr mit einem zweiten Darlehen verschuldet ist.

#### **E. 6.5.4**

Indem die Darleiherin zwar mittlerweile die jährlich auflaufenden Zinsen des CHF-Darlehens sowie je nach Geschäftsgang einen weiteren Teil an die Gesamtsumme der bereits aufgelaufenen Zinsen erstattet erhält, indes die Rückzahlung des (notabene ungesicherten) Darlehens und der vor dem Jahre 2003 aufgelaufenen Zinsen gemäss den Akten bisher nicht erfolgt ist, ist das Synallagma des seit elf Jahren laufenden Vertrags in einem Mass im Ungleichgewicht, dass aus Sicht des Bundesverwaltungsgerichts bei der Qualifikation des Darlehensvertrags nicht mehr von einem "normalen" kaufmännischen Darlehen ausgegangen werden kann. Unter diesen Umständen ist das in Frage stehende Schweizerfranken-Darlehen überwiegend wahrscheinlich (oben E. 2.2) und mangels rechtsgenügender anderslautender Nachweise als eine Form der Beteiligung der Darleiherin an (...) (oben E. 5.2) zu qualifizieren. Der Beschwerdeführer gibt selbst an, es sei vereinbart worden, er müsse das Darlehen erst zurückzahlen und die Zinsen nur soweit leisten, als er dazu in der Lage sei (oben E. 3.1.1). Das Darlehen enthält damit, gestützt auf die lange Vertragsdauer von mehr als zehn Jahren, die inzwischen stark erhöhte Schuld im Vergleich zur ursprünglich gewährten Darlehenssumme, die fehlende Schriftlichkeit des Vertrags - was den kaufmännischen Gepflogenheiten bei einem wie vorliegend nicht unbedeutenden Darlehensbetrag widersprechen dürfte - sowie die fehlende Sicherungselemente, die für einen Vertrag sui generis bzw. ein "Verwandten- oder Freundschaftsdarlehen" sprechen. Somit ergibt sich, dass das in Frage stehende Schweizerfranken-Darlehen unabhängig von dessen Bezeichnung in wirtschaftlicher Sicht dem Geschäftsvermögen zuzuordnen ist. Dasselbe gilt für das von derselben Darleiherin gewährte Darlehen in südafrikanischen Rand.

#### **E. 6.5.5**

Daraus folgt, dass die Darlehen von der Vorinstanz zu Recht als Geschäftskapital qualifiziert wurden. Dieses fällt zwar nicht per se unter die Beitragspflicht, jedoch entsprechen die im Geschäft verbliebenen, in den Geschäftsjahren 2004 und 2005 nicht erstatteten Zinsen einer Aufwertung des Geschäftskapitals und unterliegen als Einkünfte aus selbständiger Erwerbstätigkeit der Beitragspflicht nach Art. 17 AHVV in Verbindung mit Art. 18 Abs. 2 DBG (vgl. oben E. 4.3.1). Soweit die Summe der auflaufenden Zinsen vom Beschwerdeführer in den beiden Geschäftsjahren gesenkt wurde, entspricht dies einer Abwertung des Geschäftskapitals und ist ebenfalls zu berücksichtigen (vgl. unten E. 8).

#### **E. 6.5.6**

Aufgrund der wirtschaftlichen Zuordnung der beiden Darlehen zum Geschäftsvermögen (oben E. 6.5.4) ist der Auffassung des Beschwerdeführers, es handle sich hier um

abzugsfähige Schulden (act. SAK/49.4), nicht zu folgen. Ebenfalls ist - da das beitragspflichtige Einkommen nach Schweizer Recht zu beurteilen und zu berechnen ist - vorliegend nicht relevant, dass die südafrikanischen Steuerbehörden die buchhalterisch hohe Fremdfinanzierung der Firma mit der entsprechenden Verschuldung jeweils akzeptiert haben.

## **E. 7**

Somit bleibt die Frage nach der Berücksichtigung der in der südafrikanischen Jahresrechnung auftretenden Umrechnungsdifferenzen (exchange difference), welche dadurch entstanden sind, dass das in Schweizer Franken gewährte Darlehen (inklusive der auflaufenden Zinsen) für die südafrikanische Erfolgsrechnung und Bilanz in südafrikanische Rand umgerechnet werden muss (vgl. act. 1 S. 5).

### **E. 7.1**

Mit Grundsatzurteil BGE 136 II 88 hat das Bundesgericht in einem steuerrechtlichen Fall einer GmbH mit Sitz im Kanton Genf, welche ihre Bücher in US-Dollar führt (funktionelle Währung), aber gestützt auf Art. 960 Abs. 1 OR Inventar, Betriebsrechnung und Bilanz in der Landeswährung Schweizer Franken (Darstellungswährung) per Anfang und Ende des Geschäftsjahres aufzustellen hat, festgestellt, dass die reinen Umrechnungsdifferenzen für die Darstellung in Landeswährung in keinem Zusammenhang mit der betrieblichen Aktivität der Unternehmung stünden und deshalb nicht zu berücksichtigen seien (anders: Kursgewinne, welche aus Transaktionen entstehen, die in einer anderen als der funktionalen Währung abgewickelt werden und einen Einfluss auf das Geschäftsergebnis haben; vgl. BGE 136 II 88 E. 5.2 ff. sowie Christoph Rechsteiner/Nicolas Scholl, Steuerliche Behandlung von Umrechnungsdifferenzen bei funktionaler Währung, in: Steuer Revue 6/2010 S. 418 ff., 421 f.).

### **E. 7.2**

Diese Rechtsprechung ist auf den vorliegenden Fall anzuwenden, da es sich hier um einen analogen Umrechnungsvorgang handelt. Es ist nicht einzusehen, weshalb dem Beschwerdeführer diese reine Umrechnungsdifferenz, welche aus der Pflicht zur Umrechnung des in Schweizer Franken gewährten Darlehens in die südafrikanische Erfolgsrechnung entstanden ist, und die keinerlei Einfluss auf die betriebliche Aktivität des Hotelbetriebs oder die Leistungsfähigkeit des Unternehmens hat, als Einkommen angerechnet werden sollte. Somit entspricht die reine Umrechnungsdifferenz der Jahresrechnungen (exchange difference; vgl. Beschwerdebeilagen 4 - 6 je S. 6) - entgegen der Auffassung der Vorinstanz - keiner buchmässigen Aufwertung (oder Abwertung) des Geschäftsvermögens (vgl. BGE 136 V 88 a.a.O.) und fällt demnach nicht unter die Regelung von Art. 17 AHVV i.V.m. Art. 18 Abs. 2 DBG, weshalb die Umrechnungsdifferenzen vorliegend nicht für die Beitragsberechnung zu berücksichtigen sind.

### **E. 7.3**

Ergänzend ist entgegen der Argumentation der Vorinstanz in der Duplik (act. 7) anzumerken, dass vorliegend keine Rückzahlung des Darlehens, sondern nur die Zahlung eines Teils der auflaufenden Schuldzinsen erfolgte, weshalb der deklarierte Kursgewinn auch keinen Wertzuwachs - soweit das Darlehen in seinem Wert in funktionaler Währung (CHF) unverändert blieb - ergeben konnte.

## **E. 8**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass vorliegend neben dem Einkommen aus dem Hotelbetrieb auch die Aufwertung des Geschäftskapitals durch jeweils pro Geschäftsjahr neu aufgelaufene, nicht zurückbezahlte Schuldzinsen beitragsrelevant sind. Dies trifft indessen bei den in Frage stehenden Geschäftsjahren 2004 und 2005 nur für das Jahr 2005 zu, während sich für das Jahr 2004 eine Abwertung des Geschäftskapitals (Reduktion der aufgelaufenen Zinsen zum Vorjahr) ergab. Für die Beitragsberechnung nicht zu berücksichtigen sind reine Umrechnungsdifferenzen ohne Einfluss auf die betriebliche Aktivität der Unternehmung, welche sich daraus ergeben, dass das in Schweizer Franken gewährte Darlehen für die Jahresrechnung in südafrikanische Rand umgerechnet werden musste. Unter diesen Umständen erweist sich der angefochtene Einspracheentscheid vom 14. November 2006, soweit er die Festsetzung der AHV/IV-Beiträge für die Jahre 2006 und 2007 betrifft, nicht als rechtmässig und ist deshalb aufzuheben. Die Angelegenheit ist an die Vorinstanz zurückzuweisen, damit diese anhand der oben dargelegten Erwägungen 6 und 7 das Einkommen der Geschäftsjahre 2004 und 2005 neu bestimmt und anschliessend die AHV/IV-Beiträge für die Jahre 2006 und 2007 neu berechnet. Soweit der Beschwerdeführer beantragt, es sei ihm für die Beitragsperiode 2006/2007 ein AHV/IV-Beitrag von maximal CHF 14'013.50 festzustellen, ist die Beschwerde abzuweisen.

## **E. 9.1**

Das Verfahren ist für die Parteien kostenlos (Art. 85bis Abs. 2 AHVG), sodass keine Verfahrenskosten zu erheben sind.

## **E. 9.2**

Der obsiegenden Partei kann nach Massgabe ihres Erfolges von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Da keine Honorarnote eingereicht wurde, ist die Höhe der Entschädigung aufgrund der Akten zu bestimmen (Art. 14 Abs. 2 VGKE). Unter Berücksichtigung dessen, dass der Beschwerdeführer nur teilweise mit seinen Begehren durchgedrungen ist, sowie des aktenkundigen Aufwandes, wird die Parteientschädigung auf Fr. 2'000.-- festgelegt. Diese ist von der Vorinstanz zu leisten.

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