

# **OW\_GERICHTE VVGE 2011/13 Nr. 58 vom 5. Juli 2011**

OW Obergericht, 2011-07-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow\\_gerichte\\_VVGE\\_2011\\_13 Nr. 58](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_2011_13_Nr_58)

FR: OW\_GERICHTE VVGE 2011/13 Nr. 58 du 5 juillet 2011

IT: OW\_GERICHTE VVGE 2011/13 Nr. 58 del 5 luglio 2011

## **Regeste**

VVGE 2011/13 Nr. 58 Art. 4 und Art. 5 AHVG, Art. 675 Abs. 2 OR Unter welchen Voraussetzungen dürfen auf Substanzdividenden Sozialversicherungsbeiträge erhoben werden? Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 5. Juli 2011. Sachverhalt: Die X.

## **Erwägungen**

### **E. 2**

Die Nachzahlungsverfügungen der Jahre 2003, 2004, 2005 und 2006 sowie die Verzugszinsverfügungen der Jahre 2003, 2004, 2005 und 2006 (vgl. Beilagen 2 bis 5) seien aufzuheben, d.h. die nachgeforderte Lohnsumme der Jahre 2003 bis 2006 sei jeweils auf Null festzusetzen und auf die damit zusammenhängenden Verzugszinsen sei zu verzichten.

### **E. 2.1**

Gemäss Art. 4 und 5 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10) sind nur auf dem Erwerbseinkommen AHV-Beiträge geschuldet, nicht aber auf dem Vermögensertrag (BGE 134 V 397, Erw. 2.1 und 122 V 178, Erw. 3b). Dividenden sind grundsätzlich beitragsfreier Vermögensertrag. Richtet eine Aktiengesellschaft Leistungen an Arbeitnehmer aus, die gleichzeitig Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte sind, erhebt sich bei der Festsetzung sowohl bei der direkten Bundessteuer als auch der Sozialversicherungsbeiträge die Frage, ob und inwieweit es sich um ein Arbeitsentgelt (massgebenden Lohn) oder aber um Gewinnausschüttung (Kapitalertrag) handelt. Letztere unterliegt beim Empfänger der direkten Bundessteuer im Sinne von Art. 20 Abs. 1 Bst. c des Bundesgesetzes über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11), da sie ihren Grund in der Aktionärseigenschaft des Empfängers hat. Nach der Rechtsprechung gehören Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn. Ob dies zutrifft, ist nach Wesen und Funktion einer Zuwendung zu beurteilen. Deren rechtliche oder wirtschaftliche Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten. Unter Umständen können auch Zuwendungen aus dem Reingewinn einer Aktiengesellschaft massgebender Lohn sein; dies gilt laut Art. 7 Bst. h der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV; SR 831.101) namentlich für Tantiemen. Es handelt sich dabei um Vergütungen, die im Arbeitsverhältnis ihren Grund haben. Zuwendungen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt werden, gehören nicht zum massgebenden Lohn, sondern sind Gewinnausschüttungen, welche eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbringen würde (BGE 134 V 297, Erw. 2.1, mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts H 304/00 vom 10. März 2003, Erw. 4.2).

## **E. 2.2**

Im zitierten BGE 134 V 297, der - wie vorliegend - einen Sachverhalt betrifft, der sich vor Inkrafttreten der Unternehmenssteuerreform II ereignet hat, stellt das Bundesgericht fest, es sei praxisgemäss Sache der Ausgleichskassen, selbstständig zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag qualifiziert werden müsse. Es entspreche aber der in Art. 23 AHVV enthaltenen Ordnung, dass sich die Ausgleichskassen in der Regel an die durch die Steuerbehörden akzeptierte Aufteilung zwischen Lohn und Dividenden hielten. Wie in der steuerrechtlichen Betrachtung sei sodann AHV-rechtlich von der durch die Gesellschaft vorgenommenen Aufteilung auszugehen und davon nur abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bzw. zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende bestehe (Erw. 2.3). Dabei sei auf einen Drittvergleich abzustellen, d.h. es sei zu prüfen, ob die gleiche Leistung unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren auch einem aussenstehenden Dritten erbracht worden wäre. Die Gesellschaft habe einen erheblichen Ermessensspielraum; den Steuerbehörden (und den AHV-Behörden) stehe es nicht zu, die Angemessenheit des Lohnes bzw. der Dividende frei zu überprüfen (Erw. 2.2). Schliesslich führt das Bundesgericht aus, dass "solche Weisungen" (damals auf der sogenannten Nidwaldner Praxis beruhende Weisungen des BSV) nicht schematisch, sondern nur unter Würdigung des konkreten Einzelfalls angewendet werden könnten (Erw. 2.7). 3. Es ist zunächst zu prüfen, ob von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt auszugehen ist.

## **E. 3**

Eventualiter sei bei der Berechnung der Lohnaufrechnung das Aktienkapital samt offenen Reserven der X. AG (anstelle des Steuerwerts der Beteiligung) für die Höhe des Eigenkapitals bzw. des investierten Vermögens (...) zu verwenden und die von X. aus der Einzelfirma erzielten Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit der Jahre 2003, 2004, 2005 und 2006 seien bei den durch die Ausgleichskasse OW vorgenommenen Lohnaufrechnungen mindernd zu berücksichtigen (Berechnungsblatt für Zuwendungen aus dem Reingewinn juristischer Personen). Basierend auf dem Eventualantrag wären die Lohnaufrechnungen wie folgt festzulegen: (Alle Beträge in CHF) 2003 2004 2005 2006  
Branchenüblicher Lohn gem. Ausgleichskasse OW 120'000 120'000 120'000 120'000 AK  
plus offene Reserven (gerundet) 1'622'000 1'470'000 1'318'000 1'317'000 10 %  
Vermögensertrag, nicht pflichtig 162'200 147'000 131'800 131'700 Ausbezahlte Dividende  
160'000 160'000 160'000 160'000 Max. aufrechenbarer Lohn 0 13'000 28'200 28'300  
Bruttolohnbezüge X. -44'000 -44'000 -104'000 -104'000 Einkommen aus SE -18'329  
-38'727 -3'639 -11'401 Differenz zu CHF 120'000 (gerundet) 58'000 37'000 12'000 5'000  
Aufrechnung Lohn unter Berücksichtigung max. aufrechenbarer Lohn 0 13'000 12'000 5'000

### **E. 3.1**

Vorweg fällt auf, dass die Beschwerdegegnerin für das Jahr 2005 fälschlicherweise von einem an X. ausbezahlten Bruttolohn von Fr. 104'000.-- ausging. Gemäss Lohnbescheinigung 2005 zuhanden der Ausgleichskasse Obwalden vom 29. November 2005 und dem Ergänzungsbericht der Revisionsstelle der Ausgleichskassen vom 24. Oktober 2008 richtete die Beschwerdeführerin - entgegen der Nachzahlungsverfügung vom 29. November 2008 der Beschwerdegegnerin - X. im Jahr 2005 einen Bruttolohn von Fr. 44'000.-- aus. Aufgrund dieser Akten ist für das Jahr 2005 von diesem Betrag auszugehen, womit für X. in den Jahren 2003 - 2005 jeweils ein Bruttolohn von Fr. 44'000.-- und im Jahr

2006 ein Bruttolohn von Fr. 104'000.-- deklariert wurde.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdegegnerin hat für den Geschäftsführer und Verwaltungsratspräsidenten der Beschwerdeführerin, X., bei einer Vollzeitstelle ein jährliches Gehalt von Fr. 120'000.-- als branchenüblich erachtet. Dies ist grundsätzlich unbestritten. Die Annahme dieses Entgelts erscheint denn auch unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände insbesondere bei einem Vollpensum nicht als unüblich hoch.

#### **E. 3.2.1**

Die Beschwerdeführerin macht indes sinngemäss geltend, dass X. nicht vollzeitlich für sie gearbeitet habe. Konkret bringt sie vor, die Beschwerdegegnerin leite aus dem vollen Bezug der Kinderzulagen ein 100 % Pensum ab. Ein Anspruch auf volle Kinderzulagen bestehe auch bei einer Teilzeitarbeit. Selbst wenn dem nicht so wäre, würde dieser Begründung jegliche wirtschaftliche und tatsächliche Betrachtungsweise fehlen. X. habe im Speziellen auch in den Jahren 2003 bis 2006 einen Teil seiner "Arbeitskraft" und seine ihm zur Verfügung stehende Arbeitszeit für die Erzielung der Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit aus der Einzelfirma X. aufgewendet. Er habe somit seine "Arbeitskraft" nicht ausschliesslich ihr zur Verfügung gestellt, weshalb die für die Einzelfirma geleistete Arbeitszeit und das aus dieser erzielte Einkommen der Jahre 2003 - 2006 bei der Berechnung des branchenüblichen Lohns von X. mindernd zu berücksichtigen sei.

#### **E. 3.2.2**

Seit Inkrafttreten des neuen Bundesgesetzes über die Familienzulagen vom 24. März 2006 per 1. Januar 2009 besteht bei Erreichen des geforderten Mindesteinkommens gemäss Art. 13 Abs. 3 FamZG ein Anspruch auf eine volle Kinderzulage bei Ausübung einer Teilzeiterwerbstätigkeit (vgl. Art. 13 Abs. 3 FamZG; SR 836.2; vgl. Ueli Kieser/Marco Reichmuth, Bundesgesetz über die Familienzulagen, Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2010, N. 38 zu Art. 13 FamZG). Gemäss Art. 2 Abs. 2 des kantonalen Gesetzes über Familienzulagen für Arbeitnehmer vom 9. Mai 1954, welches per 1. Januar 2009 aufgehoben wurde (vgl. Art. 24 Bst. a des kantonalen Gesetzes über Familienzulagen vom 29. Mai 2008), hatten nicht voll beschäftigte Arbeitnehmer Anspruch auf einen der Arbeitszeit entsprechenden Teil der Familienzulagen, wenn sie während mindestens fünf Tagen pro Monat bei einem beitragspflichtigen Arbeitgeber arbeiteten. Gegenstand der vorliegenden Sache sind die Jahre 2003 - 2006. Es ist unbestritten, dass X. in diesen Jahren die vollen Kinderzulagen bezogen hat. Mithin hat die Beschwerdegegnerin unter Berücksichtigung des damaligen Gesetzes über Familienzulagen zu Recht aus dem Bezug der vollen Kinderzulagen für die Perioden 2003 - 2006 auf eine Vollbeschäftigung von X. bei der Beschwerdeführerin in diesen Jahren geschlossen, ansonsten dieser nämlich nicht berechtigt gewesen wäre, die vollen Kinderzulagen zu beziehen.

#### **E. 3.2.3**

Es ist zwar aktenkundig, dass X. in den Jahren 2003 bis 2006 auch ein Erwerbseinkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit erzielte (2003: Fr. 18'329.--; 2004: Fr. 38'727.--; 2005: Fr. 3'639.--; 2006: Fr. 11'401.--). Dies vermag nach dem Gesagten aber an der Berücksichtigung des vollen branchenüblichen Gehalts von Fr. 120'000.-- nichts zu ändern, zumal die Beschwerdeführerin auch nicht ausdrücklich geltend macht, dass und gegebenenfalls in welchem zeitlichen Ausmass X. sein Pensum bei ihr aufgrund dieser selbstständigen Erwerbstätigkeit tatsächlich reduziert haben sollte. In diesem

Zusammenhang fällt zudem auf, dass der Bruttolohn von X. in den Jahren 2003 - 2005 unverändert Fr. 44'000.-- betrug. Dies ungeachtet der starken Schwankungen aus dem Einkommen der selbstständigen Erwerbstätigkeit von zwischen Fr. 3'639.-- bis Fr. 38'727.-- in den Jahren 2003 - 2005, welche zugleich auf ein nicht gleich bleibendes Pensum in dieser Tätigkeit hindeuten. Bei einem Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit von Fr. 11'401.-- im Jahr 2006 und somit vermutungsweise einem zeitlich grösseren Aufwand in der selbstständigen Erwerbstätigkeit im Vergleich zu 2005 stieg das Bruttoeinkommen bei der Beschwerdeführerin gar wieder auf Fr. 104'000.-- an. Diese Umstände lassen mithin ohnehin nicht den Schluss zu, dass die selbstständige Erwerbstätigkeit Auswirkungen auf das Pensum von X. bei der Beschwerdeführerin gehabt hätte. Es bleibt anzumerken, dass ein Einkommen von X. aus seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit nicht mindernd bei der Aufrechnung von dessen Lohn bei der Beschwerdeführerin berücksichtigt werden könnte, da dieses Einkommen auch nicht von der Beschwerdeführerin zu erbringen gewesen wäre.

#### **E. 3.2.4**

Ergänzend kann angefügt werden, dass die Beschwerdeführerin zu Recht festhielt, der zeitliche Umfang eines Arbeitspensums sei nur einer unter verschiedenen Faktoren, welche für die Entschädigung eines Arbeitgebers massgebend sind. Zu berücksichtigen sind daneben auch das Tragen von Verantwortung, das Einbringen von Know-How, besondere Erfahrung und Branchenkenntnisse, die Art der Tätigkeit (z.B. operative Geschäftstätigkeit oder "blosses" Verwalten von Beteiligungen bei einer reinen Holdinggesellschaft) usw. Die Entschädigung richtet sich nach dem Wert, die eine Tätigkeit für die Arbeitgeberin hat (Urteil des Bundesgerichts H 108/03 vom 22. Dezember 2003, Erw. 6.2.1; vgl. WML 2011.5). Falls möglich ist zudem ein Vergleich mit den Löhnen von Arbeitnehmenden ohne gesellschaftliche Beteiligung anzustellen (WML 2011.5). Vorliegend war X. während des fraglichen Zeitraumes Verwaltungsratspräsident und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin und hat somit unbestrittenermassen Verantwortung getragen. Sodann kann davon ausgegangen werden, dass X. als ETH-Absolvent und langjähriger Mitarbeiter in der Baubranche über besondere Erfahrung und Branchenkenntnis verfügt. Da die Tätigkeit von X. zweifellos einen hohen Wert für die Beschwerdeführerin darstellen dürfte, wäre der von der Beschwerdegegnerin veranschlagte branchenübliche Lohn von Fr. 120'000.-- nicht grundsätzlich zu beanstanden, selbst falls X. aufgrund der vorgebrachten selbstständigen Tätigkeit nicht vollzeitlich für die Beschwerdeführerin tätig gewesen wäre. Sodann zeigt ein Vergleich mit den Lohnbezügen von Mitarbeitenden in den Jahren 2003 - 2006, welche offenbar keine leitenden Funktionen bei der Beschwerdeführerin ausübten und nicht an dieser gesellschaftlich beteiligt sind, dass insbesondere ein Bruttolohn von Fr. 44'000.-- für die Jahre 2003 - 2005 als auch das Einkommen von Fr. 104'000.-- im Jahr 2006 des Verwaltungsratspräsidenten und Geschäftsführers bei einem Vollpensum unangemessen tief ist. Sodann mussten die Mitarbeiter ohne Beteiligungsrechte keine derart massive Lohnkürzung hinnehmen - wie vordergründig - der Alleinaktionär.

#### **E. 3.6**

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Ausgleichskasse zu Recht von einem branchenüblichen Lohn für die Jahre 2003 - 2006 von Fr. 120'000.-- ausging und unter Berücksichtigung dessen die in den Jahren 2003 - 2006 ausgerichteten Leistungen keine angemessene Entschädigung für die geleistete Arbeit darstellten.

#### **E. 4**

Weiter ist zu prüfen, ob kumulativ von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende auszugehen ist.

#### **E. 4.1**

Gemäss Auskunft der kantonalen Steuerverwaltung Obwalden vom 26. November 2008 belief sich der massgebliche Steuerwert des von X. gehaltenen Aktienpakets an der Beschwerdeführerin in den fraglichen Jahren auf die folgenden Werte: 2003: Fr. 510'000.--; 2004: Fr. 480'000.--; 2005: Fr. 440'000.-- und 2006: Fr. 1'220'000.--. Ausgehend von diesen Werten belief sich der Vermögensertrag bei einer Dividende von Fr. 160'000.-- im Jahre 2003 auf 31.37 % ( $100 : 510'000 \times 160'000$ ), im 2004 auf 33.33 % ( $100 : 480'000 \times 160'000$ ), im 2005 auf 36.3 % ( $100 : 440'000 \times 160'000$ ) und im 2006 auf 13.11 % ( $100 : 1'220'000 \times 160'000$ ). Aufgrund dieser Grundlagen erachtete die Beschwerdegegnerin die Vermögenserträge als überhöht (vgl. WML Rz 2011.7)

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, dass es sich bei den in den Jahren 2003 - 2006 ausgeschütteten Dividenden im Betrag von Fr. 160'000.-- um sogenannte Substanzdividenden handle, das heisse diese Dividenden würden nicht aus dem Reingewinn des jeweiligen (vorangehenden) Geschäftsjahres ausgerichtet, sondern zulasten der bereits vorhandenen Substanz. Diese Substanz habe bereits bei der "erbrechtlichen Übernahme" der Gesellschaft vor vielen Jahren (vor 2003) bestanden. Der Substanzabbau sei in direktem Zusammenhang mit der Nachfolgeplanung des Unternehmens zu sehen und sei damals auch mit der Steuerverwaltung so vorbesprochen worden. Somit handle es sich bei den in den Jahren 2003 - 2006 ausgeschütteten Dividenden nicht um Ausschüttungen, die in einem direkten Zusammenhang mit der Verzinsung des Risikokapitals des jeweiligen Geschäftsjahres stehen würden. Dadurch könnten diese Substanzdividenden auch nicht in Konkurrenz zu den jeweiligen Lohnbezügen der Jahre 2003 - 2006 von X. stehen, denn dieser habe in den gewinnstarken Jahren der Beschwerdeführerin, in welchen die ausschüttungsfähige Substanz geschaffen wurde, immer einen angemessenen Lohn bezogen und mit der AHV abgerechnet. Dieser Umstand widerspiegle sich auch in der Tatsache, dass nach Rz 2011.1 WML "...unter bestimmten Voraussetzungen nur Dividenden und ähnliche Ausschüttungen aus dem Reingewinn einer juristischen Person an Arbeitnehmende mit gesellschaftlichen Beteiligungsrechten teilweise als massgebender Lohn zu betrachten" seien. Die Bestimmungen von Rz 2011.1 WML fänden keine Anwendung, da es sich um Substanzdividenden und nicht um Ausschüttungen aus dem Reingewinn des entsprechenden Jahres handle. Die handelsrechtlich ausgewiesenen Reingewinne der Jahre 2002 bis 2005 würden sich gerundet zwischen Fr. 1'000.-- und Fr. 8'000.-- bewegen. Daraus ergebe sich, dass zwischen 2003 und 2006 keine Ausschüttungen aus dem Reingewinn hätten vorgenommen werden können. Somit würde die Bestimmung von Rz. 2011.1 WML keine Anwendung finden, da es sich nicht um Ausschüttungen aus dem Reingewinn des entsprechenden Jahres - und nur das sei bezüglich Beurteilung der richtigen Lohnhöhe im entsprechenden Jahr zu beachten - handle. Zwischen den Dividendenausschüttungen und den Entgelten für die Arbeitsleistung bestehe kein konkurrenzierender Zusammenhang, weshalb im konkreten Einzelfall auch kein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Entgelt bzw. eingesetztem Vermögen und Dividende bestehen könne. Wenn der Argumentation der Ausgleichskasse Folge geleistet werden müsste, wäre sie verpflichtet gewesen in den Jahren 2003 - 2006 X. einen Lohn auszuzahlen und somit Verluste zu schreiben. Im Weiteren werde der

Steuerwert massgeblich vom Gewinn der zwei vorangegangenen Geschäftsjahre beeinflusst. Falls bei der Beurteilung der Angemessenheit tatsächlich kein Unterschied zu machen sei, ob es sich um eine ordentliche oder eine Substanzdividende handle, dürfe bei der Berechnung des wirtschaftlichen Wertes nicht auf die (tieferen) Gewinne der letzten Geschäftsjahre abgestützt werden. Bei dieser "Steuerwertberechnung" müsste wenigstens ein längerer Betrachtungshorizont unter Einbezug der Gewinne, in welchen die Substanz für die Substanzdividenden geöffnert worden seien, in die Berechnung einbezogen werden. Die Ausgleichskasse klammere bei der Betrachtung der Substanzdividenden 2003 - 2006 die jährlichen Reingewinne der entsprechenden Vorjahre aus und ziehe diese indirekt beim Steuerwert der Gesellschaft mit ein. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, ein Missverhältnis zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende könne auch vorliegen, wenn es sich um eine Substanzdividende handle. Massgebend sei einzig das Verhältnis zwischen dem eingesetzten Vermögen und der ausgeschütteten Dividende unabhängig vom Reingewinn eines bestimmten Geschäftsjahres. Es wäre nicht gerechtfertigt, wenn eine Gesellschaft mit der Ausschüttung einer Substanzdividende respektive der aufgeschobenen Ausschüttung von Vermögenserträgen die teilweise Aufrechnung als massgebenden Lohn umgehen könnte.

#### **E. 4.3.1**

Gemäss Art. 675 Abs. 2 des Schweizerischen Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR; SR 220) dürfen Dividenden nur aus dem Bilanzgewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden. Der Bilanzgewinn ist eine Position des Eigenkapitals und setzt sich aus dem Jahresgewinn sowie der Gesamtheit der auf die neue Rechnung vorgetragenen Gewinne aus früheren Jahren zusammen (Peter Kurer, Basler Kommentar 2008, N. 14 zu Art. 675 Abs. 2 OR). Die Ausschüttung von Substanzdividenden erfolgt zulasten der offenen oder zusätzlich liquidierten stillen Reserven. Mit der Substanzdividende wird nicht bloss der im abgelaufenen Geschäftsjahr erzielte Gewinn, sondern (zusätzlich) früher erzielter, aber nicht ausgeschütteter Gewinn ausgeschüttet. Sie gehört zu den aperiodischen Vermögenserträgen (vgl. Steuerbuch des Kantons St. Gallen, StB 314 Nr. 4). Der Bezug einer Dividende reduziert im Gegensatz zum Lohn den Unternehmensgewinn nicht. Der Bezug einer Dividende anstelle eines Lohnes hat direkte Auswirkungen auf die Sozialabgaben. Entscheidet sich der Gesellschafter zur Auszahlung einer Dividende, reduziert er sein Einkommen und damit auch die Berechnungsbasis für seine Altersvorsorge (AHV und BVG). Benötigt der Anteilsinhaber die Mittel, auf die er im Rahmen seiner Arbeitsleistung verzichtet, nicht unmittelbar zur Bestreitung seines privaten Lebensunterhalts, besteht für ihn die Möglichkeit, auf den sofortigen Bezug einer Dividende zu verzichten und erst zu einem späteren Zeitpunkt in der Form einer Substanzdividende auf diese zu greifen (Thomas Kunz/Ariste Baumberger, steuerlich anerkannte Aktionärsgehälter, Neue Fragestellungen infolge Einführung des Dividendenprivilegs [2. Teil], in: der Schweizer Treuhänder 2007/10, 746 f.). Durch eine vor der Weitergabe der Unternehmung ausgeschüttete Substanzdividende sollen Erwerber in die Lage versetzt werden, gesunde Betriebe weiterzuführen, ohne zusätzlich für die Übernahme betrieblich nicht benötigter Substanz bezahlen zu müssen (vgl. Frank Rutishauser, Spannungsfeld Dividendenprivileg - Aktionärslohn - AHV: Organisationsfreiheit wagen, in: Steuerrevue, Nr. 10/2008, 698).

#### **E. 4.3.2**

Von der durch die Gesellschaft vorgenommenen Aufteilung ist nur abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende besteht (BGE 134 V 207, Erw. 2.3; vgl. WML Rz. 2011.2). Bei der Beurteilung, ob ein offensichtliches Missverhältnis vorliegt, muss ein angemessener Ertrag für das investierte Kapital zugrunde gelegt werden (WML Rz. 2011.3). Die Angemessenheit des (beitragsfreien) Vermögensertrags ist nicht in Relation zum Nennwert, sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien zu beurteilen. Massgebend ist der Steuerwert der Unternehmung (BGE 134 V 297, Erw. 2.8 und 3). Die Angemessenheit der Dividende bemisst sich in Relation zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Beteiligungsrechte (Steuerwert der Papiere). Der Steuerwert wird von den Steuerbehörden ermittelt (WML Rz. 2011.6). Dividenden, die einem Vermögensertrag von 10 Prozent oder mehr entsprechen, sind vermuthungsweise überhöht (WML 2011.7).

#### **E. 4.3.3**

Gemäss Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer der schweizerischen Steuerkonferenz, Kreisschreiben 28 vom 21. August 2006, ergibt sich der Unternehmenswert von Dienstleistungsgesellschaften aus der zweimaligen Gewichtung des Ertragswerts und der einmaligen Gewichtung des Substanzwerts zu Fortführungswerten ( $2 \times \text{Ertragswert} + \text{Substanzwert} : 3$ ). Grundlage für die Bestimmung des Ertragswertes sind in der Regel die Jahresrechnungen  $n$  und  $(n-1)$ . Als Ertragswert ist der kapitalisierte ausgewiesene Reingewinn der massgebenden zwei Jahre heranzuziehen, wobei der Reingewinn des letzten Geschäftsjahres doppelt gewichtet wird. Grundlage für die Bestimmung des Substanzwertes ist die Jahresrechnung  $(n)$ . Aktiven und Passiven sind vollständig zu erfassen. Die dargestellte Bewertungsmethode stimmt sodann im Wesentlichen überein mit derjenigen gemäss der schweizerischen Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer (Ausgabe 1995) der Konferenz staatlicher Steuerbeamte und der Eidg. Steuerverwaltung (vgl. Carl Helbling, Unternehmensbewertung und Steuern, Düsseldorf 1998, 715 ff.). Mangels anderslautender Dienstanleitungen und Weisungen im Kanton Obwalden werden im Kanton Obwalden Bewertungen von Wertpapieren ohne Kurswert entsprechend den Wegleitungen der schweizerischen Steuerkonferenz vorgenommen.

#### **E. 4.4.1**

Zwischen den Parteien ist es unbestritten, dass die von der Beschwerdeführerin in den Jahren 2003 bis 2006 an X. ausgerichteten Dividenden nicht aus dem Reingewinn der jeweiligen Vorjahre erbracht wurden, sondern dass es sich dabei jeweils um Dividenden aus der Substanz handelte. Dies geht (auch) aus der von der Beschwerdeführerin aufgelegten Einkommensstatistik von 1993 bis 2006 betreffend X. und Y. hervor. Auf diese Einkommensstatistik kann sodann auch im Nachfolgenden abgestellt werden, da diese soweit nachprüfbar mit den Angaben in den Akten übereinstimmt (anstatt Brutto- werden Nettolöhne angegeben) und deren Richtigkeit nicht bestritten wird. So wird insbesondere auch ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin in den Jahren 2000 - 2005 jeweils einen Gewinn von maximal Fr. 8'000.-- erwirtschaftete und die Substanz hauptsächlich in den Jahren 1993 (Reingewinn Fr. 483'000.--), 1994 (Fr. 589'000.--), 1995 (Fr. 480'000.--) und 1998 (Fr. 272'000.--) geschaffen wurde.

#### **E. 4.4.2**

Soweit ersichtlich hat sich das Bundesgericht zur Behandlung einer Substanzdividende im vorliegenden Kontext noch nicht geäußert. Weder dem Wortlaut des wegweisenden Bundesgerichtsurteils (BGE 134 V 297) noch der WML lässt sich über die zeitliche Herkunft der Dividende etwas Entscheidendes entnehmen. In der WML ist allgemein von "Dividenden und ähnlichen Ausschüttungen aus dem Reingewinn" sowie wie in BGE 134 V 297 vom Verhältnis zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende die Rede. Es bleibt fraglich, ob damit einzig das Verhältnis zwischen dem eingesetzten Vermögen und der ausgeschütteten (Substanz-) Dividende unabhängig vom Reingewinn eines bestimmten (vorangegangenen) Geschäftsjahres massgebend ist. Davon kann wohl nicht ausgegangen werden. Die Beurteilung der Angemessenheit des Ertrags aus dem investierten Kapital erfolgt ausgehend von einer Bemessungsperiode von einem Jahr. Dabei wird berechnet, welcher Ertrag aus dem investierten Kapital in einem Jahr - in der Regel aus dem vorangegangenen Geschäftsjahr - resultiert. Dementsprechend hat die Beschwerdegegnerin z.B. im Jahr 2003 ausgehend von einem Steuerwert der Beteiligung von Fr. 510'000.-- einen jährlichen Vermögensertrag von 10 % und mithin Fr. 51'000.-- als angemessen berücksichtigt. Steht nun aber fest, dass eine ausgeschüttete Dividende aus Erträgen bzw. Reingewinnen aus mehreren Jahren stammt, erscheint es sachfremd, die Angemessenheit gänzlich ungeachtet dieses Umstandes zu beurteilen, da es sich gerade um einen kumulierten Ertrag aus mehreren Jahren handelt. Falls man davon ausgeht, dass diese früher erzielten Gewinne jeweils angemessen und als beitragsfreier Vermögensertrag zu qualifizieren waren, würden für diese im Zeitpunkt der Ausschüttung indirekt Beiträge erhoben. Letztlich muss dabei auch stets beachtet werden, dass die Angemessenheit des Vermögensertrags im Kontext mit derjenigen der Erwerbseinkommens aus einem konkreten Jahr erfolgt. Im konkreten Fall hat die Beschwerdeführerin nun aber gerade in den Jahren, in welchen sie massgeblich die Substanz aufbaute (insbesondere von 1993 - 1999), X. jeweils eine Bruttolohn von mindestens Fr. 120'000.-- und damit in der Höhe des branchenüblichen Lohnes bezahlt. Sodann wäre die Beschwerdeführerin mit den Gewinnen aus den Vorjahren (2002 - 2005) gar nicht in der Lage gewesen, X. ein höheres (branchenübliches) Gehalt zu bezahlen, ohne dass dies zu einem Verlust im entsprechenden Geschäftsjahr geführt hätte (vgl. auch weiter hinten). Es kommt hinzu, dass der zur Ermittlung der Angemessenheit der Dividende herangezogene Steuerwert der Wertpapiere wie ausgeführt zu einem wesentlichen Teil vom Reingewinn der beiden vorangegangenen Jahre abhängt (vgl. 4.3.3). Die Beschwerdeführerin hat nun aber in den der jeweiligen Dividendenauszahlung vorausgegangen zwei Jahren jeweils nur einen geringen Reingewinn erzielt, was sich auch mindernd auf den Steuerwert und entsprechend die Höhe der angemessenen Dividende auswirkte. In den Zeiten, in welchen die Substanz für die Auszahlung der Dividenden geschaffen wurde - aufgrund der Aktenlage insbesondere die Jahre 1993 bis 1995 und 1998 - wäre nun aber vermutungsweise von einem höheren Steuerwert auszugehen gewesen, womit auch eine höhere Dividende als angemessen zu betrachten gewesen wäre. Indem die Beschwerdegegnerin ungeachtet des Vorliegens einer Substanzdividende ihrer Berechnung den Steuerwert der Jahre 2003 - 2006 zugrunde legte, hat sie diesen Umständen zu wenig Rechnung getragen. Diese Ausführungen zeigen, dass es grundsätzlich fragwürdig ist, bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Dividende Ausschüttungen aus der Substanz zu berücksichtigen, und dass sich dies insbesondere im vorliegenden Fall nicht rechtfertigt und mithin nicht von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende auszugehen ist.

#### **E. 4.4.3**

Im konkreten Fall fällt zwar auch auf, dass die Lohnbezüge des Alleinaktionärs just per 1. Januar 2002, nachdem im Kanton Obwalden ein Jahr vorher (per 1. Januar 2001) eine der Unternehmenssteuerreform vergleichbare Regelung eingeführt wurde (vgl. Art. 38 Abs. 3 aStG OW), markant sanken und die Dividendenbezüge erheblich stiegen. Davon, dass die Beschwerdeführerin mit der Ausschüttung einer Substanzdividende die teilweise Aufrechnung als massgebenden Lohn umgehen wollte, kann vorliegend indes nicht ausgegangen werden. Zu beachten ist nämlich auch die von der Beschwerdeführerin vorgebrachte und unwidersprochen gebliebene Behauptung, dass der Substanzabbau in direktem Zusammenhang mit der Nachfolgeplanung des Unternehmens zu sehen sei. Daraus folgt, dass die Motivation für die Auszahlung der Substanzdividende aus gesellschaftlicher und nicht arbeitsrechtlicher Sicht zu werten ist, da offenbar im Zusammenhang mit der Nachfolgeplanung betrieblich nicht benötigte Substanz abgebaut werden sollte. Aus der von der Beschwerdeführerin aufgelegten Aufstellung der Einkommensstatistik betreffend X. und Y. in den Jahren 1993 - 2006 geht zudem hervor, dass das Einkommen von X. bereits seit 1993 starken Schwankungen unterlag. Eine konstante Lohnpolitik in dem Sinne, dass dessen Lohn bis 2002 kontinuierlich gestiegen wäre, lässt sich nicht erkennen. Auffallend ist indes, dass dessen Lohn - wie es die Beschwerdeführerin sinngemäss behauptet - jeweils in Abhängigkeit vom Geschäftsergebnis festgesetzt wurde. Die Beschwerdeführerin war offenbar stets bemüht, keinen Verlust zu erzielen und reduzierte offenbar das Einkommen von X. - wie im Übrigen auch von dessen Ehefrau Y. - jeweils auf ein Mass, welches einen knappen Reingewinn übrig liess. Hinzu kommt wie erwähnt, dass der Lohn von X. (mit Ausnahme von 2006; Bruttolohn Fr. 104'000.--) stets mindestens - die als branchenüblich erachteten - brutto Fr. 120'000.-- betrug, sofern das Geschäftsergebnis dies zuliess. Diese Umstände sprechen somit ebenfalls für eine gesellschaftrechtliche Motivierung der an X. ausgerichteten Dividende. Insgesamt rechtfertigt es sich nach dem Gesagten nicht, von einem offensichtlichen Missverhältnis zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende auszugehen. Dies hat zur Folge, dass die Nachforderungsverfügungen für die Jahre 2003 - 2006 sowie die Verzugszinsverfügungen für die Lohn-Nachforderungen 2003 - 2006 aufzuheben sind.

## **E. 5**

Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen und sowohl der Einspracheentscheid vom 4. September 2009 als auch die Nachzahlungsverfügungen für die Jahre 2003 - 2006 und die Verzugszinsverfügungen betreffend die Lohn-Nachforderung für die Jahre 2003 - 2006 der Ausgleichskasse Obwalden vom 28. November 2008 sind aufzuheben. Die Kosten gehen zulasten des Kantons (Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 Bst. a ATSG und Art. 17 Abs. 3 VGV). Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zu bezahlen, da sie nicht anwaltlich vertreten ist und ihr selbst kein besonders grosser Aufwand entstanden ist (vgl. Art. 61 Bst. g ATSG; Art. 20 Abs. 2 VGV). (Eine gegen dieses Urteil erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit Urteil vom 25. Oktober 2012 ab.) de|fr|it Schlagworte lohn reingewinn angemessenheit einkommen obwalden steuerwert vermögen massgebender lohn bruttolohn geschäftsjahr ahv wert vermögensertrag berechnung missverhältnis Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund OR: Art.675 DBG: Art.20 VGV: Art.17 Art.20 ATSG: Art.61 AHVG: Art.1 Art.4 Art.5 AHVV: - AHVV: Art.7 Art.23 FamZG: Art.13 Leitentscheide BGE 134-V-297 134-V-202 S.207 122-V-178 130-V-163 129-V-425 134-V-392 S.397 VVGE 2011/13 Nr. 58

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