

# SO\_GERICHTE SGSTA.2019.43 vom 25. Januar 2021

SO Obergericht, 2021-01-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so\\_gerichte\\_SGSTA.2019.43](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_SGSTA.2019.43)

FR: SO\_GERICHTE SGSTA.2019.43 du 25 janvier 2021

IT: SO\_GERICHTE SGSTA.2019.43 del 25 gennaio 2021

## Regeste

Einkommen, Kapitaleistung, selbständige Erwerbstätigkeit, StG § 30, 47, DBG Art. 22, 38. In casu Barauszahlungsgrund gegeben für eine Kapitaleistung nach Art 5 FZG infolge selbständiger Erwerbstätigkeit, keine Mindestdauer dieser Tätigkeit erforderlich.

## Erwägungen

### E. 0

-380'440 -380'440 3.3 Per ... 2014 hat sich der Steuerpflichtige bei der Ausgleichskasse des Kantons Solothurn als Einzelfirma angemeldet. Als Geschäftszweck wurden Vorsorgeberatung, Immobilien und Finanzen genannt. Da die Steuerverwaltung bereits im Jahr 2013 ein selbstständiges Erwerbseinkommen gemeldet hatte, wurde der Steuerpflichtige bereits ab ... 2013 bei der AHV als Selbstständigerwerbender eingetragen (Abr.Nr. .../ UID: ...). 3.4 Im Jahr 2014 wurde vom Steuerpflichtigen ein selbstständiges Einkommen von CHF 40'016 erreicht und als Folge von der Steuerverwaltung der AHV gemeldet. Dementsprechend würde die zweite Bedingung B) gemäss E. 2.2 ebenfalls erfüllt. 4.1 Der obligatorischen beruflichen Vorsorge nicht unterstellt sind Selbstständigerwerbende, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit im Haupterwerb ausüben (Art. 1j Abs. 1 lit. c der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, BVV 2, SR 831.441.1). Wer hingegen eine selbstständige Erwerbstätigkeit nur im Nebenerwerb ausübt und im Haupterwerb Arbeitnehmer ist, untersteht für den aus dem Arbeitsverhältnis erzielten Lohn der obligatorischen Versicherung und hat folglich keinen Anspruch auf eine Barauszahlung (Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 137, Rz. 904, unter admin.ch). Ab ... 2014 führte der Steuerpflichtige seine selbstständige Erwerbstätigkeit als Haupterwerb, da kein weiteres unselbstständiges Einkommen mehr vorhanden war. 4.2 Zu beachten ist, dass Personen, die eine eigene Kapitalgesellschaft gründen (insb. GmbH oder AG) und sich bei dieser anstellen lassen, keinen Vorbezug tätigen können. In einem solchen Fall bleibt der Gründer der Gesellschaft aufgrund des Arbeitsvertrags mit der Unternehmung im Sinne des AHV-Rechts angestellt (Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 103, Rz. 621, a.a.O.). Der Steuerpflichtige gründete zwar mit seiner Ehefrau eine eigene Kapitalgesellschaft, war aber im Jahr 2014 nicht angestellt und somit keiner Pensionskasse mehr angeschlossen. 4.3 Die Vorsorge- und Freizügigkeitseinrichtungen haben demnach abzuklären, ob es sich beim auszuübenden Erwerb um eine selbstständige Tätigkeit handelt, die als Haupterwerb angesehen werden kann. Dafür muss die versicherte Person bei der zuständigen AHV-Ausgleichskasse eine Bestätigung beantragen, welche die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit bescheinigt. Die Vorsorgeeinrichtung darf sich nicht ausschliesslich auf die Bestätigung der AHV-Ausgleichskasse abstützen, sondern sollte sich vergewissern, dass die betreffende Person die zur Ausübung ihrer neuen Tätigkeit als

Selbstständigerwerbende notwendigen Schritte unternommen hat. Es liegt hier unbestrittenermassen die Anmeldung der AHV-Kasse ab ... 2013 vor. Ob die Vorsorgeeinrichtung weitere Abklärungen vorgenommen hat, kann nicht beurteilt werden. Da aber schon im Jahr 2013 ein selbstständiger Erwerb vorlag (Steuermeldung 2013 von CHF 6'642), kann der Vorsorgeeinrichtung kein falsches Vorgehen angelastet werden. 4.4 Weiter gilt es die zeitliche Begrenzung einer möglichen Beantragung der Barauszahlung zu beachten. Die Barauszahlung muss innerhalb eines Jahres nach Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit bei der zuständigen Vorsorgeeinrichtung beantragt werden. Ein Begehren auf Barauszahlung zu einem späteren Zeitpunkt ist nicht mehr möglich. Ratio legis von Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG ist die finanzielle Unterstützung beim Aufbau eines Unternehmens. Wer bereits selbstständig erwerbstätig ist, hat die Möglichkeit einer Auszahlung des angesparten Alterskapitals nicht mehr (vgl. Bundesgerichtsentscheid [BGE] 139 V 367 E. 2.2). Für Personen, die in Teilschritten eine selbstständige Erwerbstätigkeit aufnehmen, beginnt die Jahresfrist für die Beantragung der Barauszahlung erst in jenem Zeitpunkt zu laufen, in dem die versicherte Person nicht mehr der obligatorischen Versicherung unterstellt ist (vgl. Mitteilung über die berufliche Vorsorge Nr. 118, Rz. 744, a.a.O.). In den Jahren 2009-2012 erzielte der Rekurrent ein negatives Einkommen aus der selbstständigen Erwerbstätigkeit (siehe Tabelle gem. E. 3.2) und wurde somit nicht als selbstständiges Einkommen anerkannt. Erst im Jahr 2013 wurde erstmals ein positives Ergebnis verbucht. Im Folgenden, strittigen Jahr wurde das höchste Ergebnis erreicht und gleichzeitig die unselbstständige Erwerbstätigkeit per ... 2014 aufgegeben. Die Jahresfrist für die Beantragung der Barauszahlung erfolgte somit nicht zu Unzeiten. 4.5 Obwohl für die privilegierte Besteuerung zwingend die sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen erfüllt sein müssen, ist die Steuerbehörde grundsätzlich befugt, von der Qualifikation der AHV-Ausgleichskasse resp. Vorsorgeeinrichtung abzuweichen und die Rechtmässigkeit der Barauszahlung in eigener Kompetenz zu überprüfen. Das erfolgte in diesem Fall und die Steuerbehörde verneinte entgegen der Sozialversicherungsbehörde die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (in Anlehnung an BGE 2C\_156/2010 vom 07.06.2011). Somit hat die Steuerbehörde eine privilegierte Besteuerung der Kapitaleistung verweigert (Rekurs-/Beschwerdegrund). Gleichzeitig meldete aber die Steuerbehörde der AHV ein selbstständiges Einkommen von CHF 40'018. 4.6 Der Steuerpflichtige kann bei einer Verweigerung den Vorbezug wieder zurückzahlen (was hier nicht der Fall war) oder er muss diesen ggf. mit den übrigen Einkünften der Steuerperiode der ordentlichen Besteuerung unterwerfen lassen (BGE 2C\_156/2010, E. 4.3). Es muss somit geprüft werden, ob die Vorinstanz zu Recht die selbstständige Erwerbstätigkeit nicht anerkannt hat. 4.7 Im steuerrechtlichen Sinne gelten jene natürlichen Personen als selbstständig erwerbend, die auf eigene Rechnung und Risiko, unter Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital, in einer frei gewählten Organisation planmässig und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnehmen und eine Gewinnerzielung beabsichtigen. Die Planmässigkeit des Vorgehens ist zu bejahen, wenn die steuerpflichtige Person nicht nur eine sich ihr zufällig bietende Gelegenheit wahrnimmt, sondern gezielt Einkommen zu vermehren versucht. Ob eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, ist nach den gesamten Umständen des Einzelfalls zu beurteilen. Zudem ist zu beachten, dass diese Merkmale nicht kumulativ erfüllt sein müssen (vgl. BGE 125 II 113 E. 2). In der Praxis spielen oft auch andere Kriterien eine wesentliche Rolle. Dies beispielsweise beim gewerbsmässigen Wertschriften- oder Liegenschaftshandel. Bei Handelstätigkeiten sind oft bereits die Höhe des Transaktionsvolumens sowie der Einsatz erheblicher fremder Mittel

zur Finanzierung der Geschäfte ausreichend, um eine selbstständige Erwerbstätigkeit zu begründen. Das Bundesgericht geht in einem anderen Urteil noch einen Schritt weiter und begründete die Steuerbarkeit einer Handelstätigkeit bereits mit der Grösse des veräusserten Warenbestands (BGE 2A.66/2002 vom 17.09.2002). Beim fraglichen Fall baute eine Person - ohne entsprechende berufliche Erfahrung - über Jahrzehnte einen privaten Weinkeller auf, der später teilweise veräussert wurde. Obwohl es gerade in der Natur eines Sammlers liegt, erhebliche Mengen eines bestimmten Gutes anzuhäufen, argumentierte das Bundesgericht, die Dimension der Sammlung konnte nicht durch den eigenen Konsum, sondern nur durch eine Veräusserung abgebaut werden, was im vorliegenden Fall stark für eine gewerbliche Tätigkeit spricht. Die Vielzahl von Kriterien und Indizien zur Begründung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit führt in der Praxis oft dazu, dass die Selbstständigkeit je nach Situation unterschiedlich ausgelegt wird. Während bei steuerbegründenden Tatsachen von den Steuerbehörden relativ schnell eine selbstständige Erwerbstätigkeit angenommen wird (bspw. bei einer Handelstätigkeit), liegt die Messlatte bei steuermindernden Situationen wie etwa bei der privilegierten Besteuerung eines Vorbezugs wesentlich höher. Der Rekurrent arbeitete in seiner aufgegebenen Anstellung in der gleichen Branche und hatte dementsprechend das nötige Know-how, um diese Tätigkeit in einem selbstständigen Erwerb weiterführen zu können. Der angesprochene Bundesgerichtsentscheid und die Ausbildung des Rekurrenten führen auch hier nicht zur sicheren Klärung des Falls bzw. zu einer eindeutigen Verneinung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit.

4.8 Wie bereits erwähnt, gilt eine Person als selbstständig erwerbend, wenn sie auf eigene Rechnung und Risiko, unter Einsatz von Arbeitsleistung und Kapital, in einer frei gewählten Organisation planmässig nach aussen sichtbar mit der Absicht zur Gewinnerzielung am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt. Je nach Bedeutung kann im konkreten Fall ein einzelnes Kriterium ausreichend sein, um das Pendel Richtung Selbstständigkeit ausschlagen zu lassen. Sollten hingegen mehrere Indizien dafürsprechen, dass keine Selbstständigkeit vorliegt, müsste von einer «Scheinselbstständigkeit» gesprochen werden. Die privilegierte Besteuerung der Austrittsleistung müsste somit, wie von der Vorinstanz verlangt, abgelehnt werden. Wie in E. 4.7 und in jenem Bundesgerichtsurteil umschrieben, kann im vorliegenden Fall kein klares Indiz für eine «Scheinselbstständigkeit» festgestellt werden. Ein eigenes Risiko, der Einsatz von Arbeit und Kapital, die frei gewählte Organisation, die Planmässigkeit der Finanzinvestitionen kann bejaht werden. Allein die Sichtbarkeit gegen aussen kann nicht beurteilt werden. Die «Gewinnstrebigkeit» kann im Jahr 2013 und 2014 ebenfalls bejaht werden. Die Beurteilung der Folgejahre ist eine andere Sache.

4.9 Das Bundesgericht hat sich zur Auslegung des Begriffs «Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und zeitnaher Wiederaufnahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit» insbesondere in einem Urteil geäussert. Aufgrund der spezifischen Umstände kann dieses Urteil jedoch kaum als Leitentscheid dienen. Beim fraglichen Fall nahm der Beschwerdeführer nur einen Monat nach der Aufgabe seiner unselbstständigen Erwerbstätigkeit resp. Gründung seiner Personenunternehmung, ohne während der Dauer der Selbstständigkeit irgendwelche nachweisbaren Aufwände oder Erträge generiert zu haben, eine neue unselbstständige Erwerbstätigkeit auf. In der Folge entschied das Bundesgericht, dass die blosser Aufgabe einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit und die Gründung einer Personengesellschaft nicht ausreichen, um im steuerrechtlichen Sinne die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zu begründen (vgl. BGE 2C\_156/2010). Entsprechend handelt es sich um einen Missbrauchsfall im Sinne einer «Scheinselbstständigkeit», weshalb das Bundesgericht den Barauszahlungsgrund der erhaltenen Kapitaleistung verneinte. Das

Gericht legte jedoch in seinem Entscheid keine Mindestdauer für die selbstständige Erwerbstätigkeit fest. Damit folgt das Urteil dem Wortlaut des Gesetzes, dass nebst dem Fehlen eines Versicherungsobligatoriums lediglich die Aufnahme der selbstständigen Erwerbstätigkeit und nicht etwa eine langfristige Fortsetzung der Tätigkeit voraussetzt. Mit anderen Worten ist die tatsächliche Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit an keine Mindestdauer gebunden, wodurch eine Wiederanstellung für den Barauszahlungsgrund per se nicht schädlich ist, solange eine selbstständige Erwerbstätigkeit effektiv und nachweislich aufgenommen worden ist. Weiter ist zu erwähnen, dass auch eine allfällige Verlustsituation - wie sie in der Aufbauphase einer Unternehmung relativ häufig anzutreffen ist - nicht zur Verneinung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit führen darf, sofern ein erfolgreicher Nachweis einer gewerblichen Tätigkeit gelingt (vgl. BGE 115 V 161 E. 9).

4.10 Demzufolge kann die Aufnahme der Anstellung bei seiner eigenen Firma W. AG im Jahr 2015 (Folgejahr), wie die Vorinstanz das in der Vernehmlassung gemäss E. 4.7 umschrieben hatte, nicht als missbräuchlich angesehen werden.

5. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die zwei Bedingungen, die an eine Barauszahlung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b FZG geknüpft sind, mit der herrschenden Rechtsprechung erfüllt sind. Es kann den Rekurrenten dementsprechend keine «Scheinselbstständigkeit» vorgeworfen werden. Da die Rechtsprechung gemäss E. 4.9 im Moment keine Mindestdauer für die selbstständige Erwerbstätigkeit bzw. eine minimale Zeitspanne für die Aufnahme einer erneuten unselbstständigen Tätigkeit nach einem Jahr festgelegt hat, kann den Rekurrenten kein missbräuchlicher Bezug der Pensionskassengelder angelastet werden. Eine Steuerumgehung ist denn nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Rekurs und Beschwerde sind nach dem Ausgeführten gutzuheissen. Die streitige Kapitalauszahlung ist nicht zusammen mit dem ordentlichen Einkommen der Rekurrenten zu besteuern. Die angefochtene Verfügung ist damit aufzuheben und die Sache zur Neuveranlagung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

6. Bei diesem Verfahrensausgang haben die Rekurrenten keine Kosten zu tragen. Ein Begehren für eine Parteientschädigung wurde nicht gestellt; die Rekurrenten haben sich denn hier auch selber vertreten. \*\*\*\*\*

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