

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2015.00024 vom 31. Mai 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-05-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AB.2015.00024

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2015.00024 du 31 mai 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2015.00024 del 31 maggio 2017

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil des Bezirksgerichts Y.____ vom 31. Januar 2014 wurde Z.____ (geboren 1972) unter anderem des gewerbsmässigen Betrugs zu Lasten der Sozialen Dienste Zürich schuldig gesprochen (Urk. 8/21). Nachdem die Ausgleichskasse davon erfahren hatte, forderte sie mit Nachtragsverfügung vom 10. Februar 2015 von der X.____ GmbH die Nachzahlung von AHV-Beiträgen in der Höhe von Fr. 9'950.50 für das Jahr 2012 aufgrund nicht gemeldeter Lohnbezüge von Fr. 70'000.-- (Urk. 8/50, vgl. auch Urk. 8/36). Daran hielt sie mit Einspracheentscheid vom 21. April 2015 fest (Urk. 2).

E. 2

Dagegen liess die X.____ GmbH hierorts am 26. Mai 2015 Beschwerde erheben mit dem Rechtsbegehren, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben; eventualiter sei die Verfügung dahingehend abzuändern, dass von einer verdeckten Gewinnausschüttung von Fr. 30'915.-- auszugehen sei (Urk. 1 S. 2). Die Ausgleichskasse beantragte in der Beschwerdeantwort vom 29. Juli 2015 Abweisung der Beschwerde (Urk. 7). Die Einzelrichterin zieht in Erwägung: 1.

Da der Streitwert Fr. 20'000.-- nicht übersteigt, fällt die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit (§ 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer).

E. 2.1

Nach Art.

E. 2.2

Erhält eine Ausgleichskasse Kenntnis davon, dass ein Beitragspflichtiger keine oder zu niedrige Beiträge bezahlt hat, so hat sie die Nachzahlung der geschuldeten Beiträge zu verlangen und nötigenfalls durch Verfügung fest zu setzen. Vorbehalten bleibt die Verjährung nach Artikel 16 Absatz 1 AHVG (Art. 39 Abs. 1 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV). 3. 3.1

Erlässt eine Ausgleichskasse im Gebiet der paritätischen Beiträge eine Verfügung, so stellt sie eine Beitragsschuld sowohl des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers fest (Art. 4 und 5 sowie Art. 12 und 13 AHVG). Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind in gleicher Weise betroffen, weshalb die Verfügung im Hinblick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörgrunds ätzlich beiden zu eröffnen ist (vgl. Bundesgerichtsurteil 9C_295/2012 vom 6. August

2012 E.

2.1.1). 3.2

Diesem Erfordernis kam die Ausgleichskasse nach. Die Nachtragsverfügung vom 10. Februar 2015 wie auch der Einspracheentscheid vom 21. April 2015 wurden Rechtsanwalt Eduard M. Barcikowski zugestellt (Urk. 2, 8/40). Dieser fungiert sowohl als Rechtsvertreter der beschwerdeführenden

X.____ GmbH (als Arbeitgeberin [deren einziger Gesellschafter und Geschäftsführer ab 21. Oktober 2014 Z.____ war, Urk. 12]) als auch von Z.____ (als Arbeitnehmer, Urk. 8/26 [Vollmacht]). Damit stellt sich die Frage nach einer Beiladung von Z.____ zum vorliegenden Verfahren nicht (vgl. BGE 113 V 1; Urteil des [vormaligen] Eidg . Versicherungsgerichts H 269/2002 vom 16. Juli 2003 E. 4.2). 4. 4.1

Im Streit liegt, ob es sich bei dem bei

Z.____ vorgefundenen und mit Strafurteil des Bezirksgerichts Y.____ vom 31. Januar 2014 definitiv beschlag nahmen Barbetrag von Fr. 70'000.-- AHV-beitragsrechtlich um massgebenden Lohn handelt. 4.2

Im Einspracheentscheid hielt die Beschwerdegegnerin fest, dass der Betrag von Fr. 70'000.-- Z.____ zu Gute gekommen sei. Folglich sei davon auszugehen, dass es sich dabei um „nicht abgerechneten Lohn“ beziehungsweise um eine „verdeckte Gewinnausschüttung“ gehandelt habe (Urk. 2). 4.3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Betrag von Fr. 70'000.-- entspreche nicht dem, was Z.____ als Lohn ausbezahlt worden wäre. Vielmehr handle es sich dabei um buchhalterisch nicht deklarierten Umsatz. Grundlage für die Verfügung der Ausgleichskasse stelle einzig das Strafurteil gegen Z.____ wegen Sozialhilfebetrugs dar. Der Sachverhalt sei bezüglich der vorliegend zu beurteilenden Frage nicht kongruent, weil die unterlassene Deklaration bereits den Straftatbestand erfüllt habe. Um eine milde Strafe zu erreichen, habe sich Z.____ in der Folge für schuldig erklärt, ohne noch um betragsmässige Details zu streiten. Da es sich vorliegend um nicht deklarierten Umsatz handle, müsse zunächst eruiert werden, welcher Gewinn aus diesem Umsatz resultiert hätte, wenn der Umsatz in der Buchhaltung 2012 ordnungsgemäss verbucht worden wäre; es gehe nicht an, den Umsatz dem Gewinn gleichzustellen. Ein wesentlicher Teil des Umsatzes hätte für Betriebskosten wieder ausgegeben werden müssen. Sodann sei die Gesellschaft noch im Aufbau gewesen, so dass ein verhältnismässig grosser Teil des Umsatzes wieder hätte investiert werden müssen. Auszugehen sei von einem Verhältnis von 40 % zu 60 % zwischen dem sonstigen Aufwand und den Löhnen. Damit resultiere ein maximaler verdeckter Gewinn von Fr. 30'915.--. Davon seien zudem die betriebswirtschaftlich notwendigen Abschreibungen, Rückstellungen, Liquiditätsreserven wie auch Investitionen in Betriebsmittel abzuziehen. Unter Berücksichtigung dieser Abzüge verbleibe kein Nettogewinn, der als verdeckte Gewinnausschüttung mit AHV-Beiträgen belegt werden könnte. Der fragliche Betrag von Fr. 70'000.-- habe sodann Z.____ auch als Liquiditätsreserve gedient, wie sie zum Betrieb eines solchen Unternehmens in der Höhe von Fr. 20'000.-- bis 30'000.-- nötig sei. Im Übrigen stamme der angehäuften Betrag von Fr. 70'000.-- nicht allein aus dem Jahr 2012, sondern aus den Jahren 2011 und 2012. Diesbezüglich sei eine Aufteilung im Verhältnis der Umsätze der beiden Jahre vorzunehmen (Urk. 1).

E. 5

Abs. 2 erster Satz AHVG).

E. 5.1

hievor). Dass die Leistungen ihren Grund im Arbeitsverhältnis hatten, zeigt sich auch darin, dass A. ___ keine Zahlungen erhielt (vgl. E.

E. 5.2.1

Z. ___ gestand den ihm in der Anklageschrift vorgeworfenen Sachverhalt betreffend Sozialhilfebetrug (sowie weitere Delikte) im Untersuchungsverfahren ein. Anlässlich der Hauptverhandlung vom 31. Januar 2014 bestätigte Z. ___ sein abgelegtes Geständnis (Urk. 8/21/14-15). Vom eingeklagten Sachverhalt ging das Bezirksgericht denn auch aus (Urk. 8/21/14 ff.).

Der Verteidiger von Z. ___ bestätigte im Rahmen seines Plädoyers anlässlich der Hauptverhandlung das Geständnis, brachte aber hinsichtlich des Deliktbetrags Einschränkungen an. Zusammengefasst führte er aus, dass die Gestehungskosten von den ausgewiesenen Einkünften abzuziehen seien. Daraus ergebe sich ein Gewinn von Fr. 49'356.-- (Urk. 8/21/14). Auf eine nähere Auseinandersetzung mit diesem Argument verzichtete das Bezirksgericht, indem es darauf verwies, dass in Anwendung des Bruttoprinzips davon abgesehen sei, die Gestehungskosten anzurechnen, da dem Täter dadurch kein Vorteil zukommen soll (Urk. 8/21/15).

E. 5.2.2

hievor). Soweit die Beschwerdegegnerin von einer verdeckten Gewinnausschüttung spricht, ist daher aus AHV-rechtlicher Sicht von massgebendem Lohn auszugehen.

E. 5.3

hievor). Gestützt auf die Akten und das Geständnis von Z. ___ hielt das Bezirksgericht fest, dass die X. ___ GmbH im Jahr 2012 einen Nettoerlös von Fr. 80'813.-- erzielt habe (Urk. 8/46). Im Zusammenhang mit der Beschlagnahme des Betrags von Fr. 70'000.-- sprach es von einem Gewinn (Urk. 8/46);

es ging davon aus, dass die Gestehungskosten bereits in Abzug gebracht worden waren. Die Frage war indessen unter dem Hinweis auf das Bruttoprinzip nicht restlos zu klären.

E. 6.1

Gemäss Art. 4 und 5 AHVG sind nur auf dem Erwerbseinkommen AHV-Beiträge geschuldet, nicht aber auf dem Vermögensertrag (BGE 122 V 178 E. 3b). Gesellschaft Leistungen an Arbeitnehmer aus, die gleichzeitig Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte sind oder Inhabern solcher Rechte nahe stehen, erhebt sich bei der Festsetzung sowohl der direkten Bundessteuer als auch der Sozialversicherungsbeiträge die Frage, ob und inwieweit es sich um Arbeitsentgelt und damit um massgebenden Lohn oder aber um verdeckte Gewinnausschüttung, somit um Kapitalertrag, handelt. Nach der Rechtsprechung gehören Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn. Ob dies im Einzelfall 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.

E. 6.2

Z.____ war erst ab 21. Oktober 2014 (alleiniger) Gesellschafter der X.____ GmbH. Zuvor, vom 3. September 2010 bis 21. Oktober 2014, war A.____ alleiniger Gesellschafter gewesen (Urk. 12). Im Jahr 2012, welches vorliegend interessiert, war Z.____ somit nicht Gesellschafter. Folglich besteht keine Grundlage für die Annahme, dass es sich bei den an ihn ausbezahlten Leistungen um Kapitalerträge handelte. Die Z.____ ausgerichteten Leistungen erfolgten in Form von Lohn, den er sich als faktischer Geschäftsführer der X.____ GmbH selbst ausbezahlte (vgl. E).

E. 6.3.1

Soweit das Bezirksgericht abschliessend tatbeständliche Feststellungen getroffen hat, besteht vorliegend kein Anlass, davon abzuweichen (vgl. E).

E. 6.3.2

Es mag wie die Beschwerdeführerin behauptet sein, dass ein Teil des Betrages von Fr. 70'000.-- wieder investiert worden wäre, wenn es nicht zur Beschlagnahme gekommen wäre. Dieser Umstand führt aber nicht dazu, dass der entsprechende Betrag als Umsatz zu behandeln ist;

investiert worden wäre ein bereits erwirtschafteter Gewinn (wie dies die X.____ GmbH übrigens bereits in der Vergangenheit getan hatte [vgl. E. 4.1 hievore]). Entsprechend verhält es sich hinsichtlich einer Liquiditätsreserve.

Von einem (nicht deklarierten) Umsatz im Umfang von Fr. 70'000.-- könnte nur dann gesprochen werden, wenn bereits angefallene Kosten zu berücksichtigen wären. Nachdem die Beschwerdeführerin keine ordnungsgemässe Buchhaltung führte, sondern vielmehr eine Barwirtschaft betrieb, um ihre wahren Einkünfte und Ausgaben zu verschleiern, lässt sich nicht beweisen, dass im Betrag von Fr. 70'000.-- auch Gesteuerkosten enthalten sind. Die Beschwerdeführerin nennt denn auch keine Beweismittel, welche ihre Behauptung zu belegen vermöchten. Deren Ausführungen, wonach für das Jahr 2012 von einem Verhältnis von 40 % zu 60 % zwischen sonstigem Aufwand und den Löhnen auszugehen sei, sind rein theoretischer Natur

und entbehren einer konkreten Grundlage. Insbesondere sind die von ihr ins Recht gelegten Bilanzen und Erfolgsrechnungen für das Jahr 2011 (vgl. Urk. 1 S. 5, Urk. 3/4-6) in keiner Weise geeignet, die aufgestellte Behauptung zu belegen, da die Geschäftseinnahmen darin nur selektiv Eingang fanden (vgl. E. 5.1 hievore); ihnen kommt deshalb keine Aussagekraft hinsichtlich der wahren wirtschaftlichen Verhältnisse zu. Sind somit tatsächliche Aufwendungen - die einen Abzug vom Betrag von Fr. 70'000.-- rechtfertigen würden - nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt beziehungsweise können einschlägige Beweismittel auch nicht mehr beigebracht werden, wirkt sich die diesbezügliche Beweislosigkeit zu Ungunsten der Beschwerdeführerin aus (vgl. Bundesgerichtsurteil 8C_830/2008 vom 15. Mai 2009 E).

5.3). Im Übrigen weist auch der Umstand, dass die X.____ GmbH Dienstleistungen anbot und praktisch ohne Kapital beziehungsweise finanzielle Mittel auskam (vgl. E. 5.1 hievore), darauf hin, dass es sich bei der Barschaft von Fr. 70'000.--, die in der Wohnung von Z.____ aufbewahrt wurde (Urk. 8/21), um Gewinn handelt;

zu diesem Ergebnis kam auch das Bezirksgericht.

Die Beschwerdeführerin argumentiert im Übrigen auch nicht primär mit bereits angefallen, sondern mit zukünftigen Kosten. Sodann bemerkt die Beschwerdeführerin zwar richtig, dass die Staatsanwaltschaft in der Einvernahme vom 2. November 2012 noch von einem Nettoertrag von Fr. 55'121.65 für das Jahr 2012 ausgegangen war (Urk. 1 S. 4, Urk. 3/3 S. 19). Diese Zahl korrigierte sie jedoch in der Folge. Sie ging indessen bereits zu jenem Zeitpunkt davon aus, dass es sich beim Betrag von Fr. 70'000.-- um Gewinn handle, wobei sie annahm, dieser sei nicht bloss im Jahr 2012, sondern in den Jahren 2011 und 2012 erwirtschaftet worden (Urk. 33 S. 19).

Da Z. ___ als faktischer Inhaber der X. ___ GmbH frei über das Geld verfügen konnte und es für den eigenen Lebensunterhalt verwendete (vgl. E. 5.1 hievore), ist der Gewinn AHV-beitragsrechtlich ohne Weiteres dem massgebenden Lohn gleichzusetzen.

E. 6.3.3

Wie erwähnt wurde die Barschaft von Fr. 70'000.-- bei Z. ___ vorgenommen. Bei der Beschlagnahme wurde dieses Geld ihm zugerechnet. Gemäss Bezirksgerichtsurteil war er Berechtigter über diesen Betrag. Ob die Lohnzahlung von Fr. 70'000.-- einzig im Jahr 2012 oder aber - wie die Beschwerdeführerin geltend macht - teilweise bereits im 2011 stattfand, lässt sich nicht feststellen,

zumal die Beschwerdeführerin einen Barwirtschaftsbetrieb und keine gehörige Buchhaltung vorliegt, welche die wirtschaftliche Realität abbilden würde. Vor dem Hintergrund dessen, dass Z. ___ sein Einkommen laufend für den Lebensunterhalt verwendete (Urk. 8/21/14), ist die Annahme der Beschwerdegegnerin, wonach der genannte Lohn sämtlich im Jahr 2012 ausbezahlt worden sei, nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin bringt denn auch keine Beweise vor, die eine andere Beurteilung nahelegen würden. Abgesehen davon spielt diese Frage „unter dem Strich“ inso weit keine Rolle, als auf dem fraglichen Betrag so oder anders AHV-Beiträge zu entrichten sind.

Der Betrag von Fr. 70'000.-- kam zur Gänze Z. ___ zu Gute. Daran ändert nichts, dass dieses Geld zur Deckung der Ersatzforderungen beschlagnahmt worden ist. Da damit von einer Lohnzahlung in diesem Umfang ausgegangen werden muss, hat die X. ___ GmbH darauf entsprechende AHV-Beiträge zu leisten. Folgte man der gegenteiligen Argumentation der Beschwerdeführerin, würde Z. ___ respektive die X. ___ GmbH, deren (faktischer) Geschäftsführer er war, für das

betrügerische Verhalten belohnt, weil dann geringere beziehungsweise keine AHV-Beiträge zu entrichten wären;

das dem nicht sein kann, liegt auf der Hand.

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Die Einzelrichterin erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Eduard M. Barcikowski -
Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Bundesamt für
Sozialversicherungen 4.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die Einzelrichterin/Der Gerichtsschreiber Annaheim/Sonderegger

E. 7

lit. h AHVV namentlich für Tantiemen. Es handelt sich dabei um Vergütungen, die im Arbeitsverhältnis ihren hinreichenden Grund haben. Zuwendungen, die nicht durch das Arbeitsverhältnis gerechtfertigt werden, gehören nicht zum massgebenden Lohn. Solche Gewinnausschüttungen werden als geldwerte Leistungen bezeichnet, d.h. Leistungen, die eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern, ihr selbst oder ihren Gesellschaftern nahestehenden Personen ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber unbeteiligten Dritten unter den gleichen Umständen nicht erbringen würde (BGE 134 V 297 E. 2.1). Es steht nichts entgegen, dass die AHV-Behörden eine als Gewinnausschüttung deklarierte Leistung als massgebenden Lohn qualifizieren, wenn sie einem Aktionär, der nicht zugleich Arbeitnehmer ist, nicht erbracht worden wäre (BGE 134 V 297 E).

2.3). Entsprechendes hat auch für eine (verdeckte) Gewinnausschüttung an die Gesellschafterin einer GmbH zu gelten (Bundesgerichtsurteil 9C_302/2011 vom 22. Juni 2011 E. 3.3)

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