

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2021.00041 vom 6. August 2022

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-08-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_AB.2021.00041](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AB.2021.00041)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2021.00041 du 6 août 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2021.00041 del 6 agosto 2022

## Erwägungen

### E. 1

Die Y.\_\_\_\_ AG war eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Z.\_\_\_\_, deren Zweck das Erbringen von Dienstleistungen als Effektenhändlerin auf dem Gebiet der Vermögensverwaltung, der Anlageberatung und des Effektenhandels im In- und Ausland war; sie empfahl sich nicht öffentlich zur Annahme fremder Gelder und nahm nicht gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen. Mit Fusionsvertrag vom 28. Mai 2020 wurden ihre Aktiven und Passiven von der X.\_\_\_\_ AG übernommen und sie wurde per 26. Juni 2020 im Handelsregister gelöscht. Ab 3. Dezember 2007 war A.\_\_\_\_, geboren 1973, als Vizedirektor, ab 1. Januar 2008 als Delegierter des Verwaltungsrates, ab 26. September 2014 als Präsident und Delegierter des Verwaltungsrates sowie ab 5. Januar 2017 als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen (Urk. 3/3/2).

Die Y.\_\_\_\_ AG rechnete ihre Sozialversicherungsbeiträge mit der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse ab. Mit Verfügung vom 5. Juni 2019 (Urk. 7/174) forderte die Ausgleichskasse die Nachzahlung von Beiträgen in der Höhe von Fr. 252'883.55 für die Jahre 2014 bis 2017 unter dem Hinweis, dass nicht alle Entgelte ordnungsgemäss deklariert worden seien. Die von der

Y.\_\_\_\_ AG am 8. Juli 2019 (Urk. 7/178) erhobene Einsprache wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 5. Mai 2021 (Urk. 2) ab.

### E. 1.1

Gemäss Art. 1a des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) sind unter anderem die natürlichen Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (lit. b), obligatorisch versichert. Hinsichtlich der Versicherteneigenschaft in der Invalidenversicherung, Erwerbsersatzordnung sowie Arbeitslosenversicherung verweisen die jeweiligen Gesetzesbestimmungen auf die AHV-rechtliche Ordnung (vgl. Art. 2 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG], Art. 26 des Bundesgesetzes über den Erwerbsersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft [EOG] und Art. 6 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG]). Die Beiträge der erwerbstätigen versicherten Personen werden in Prozenten des Einkommens aus unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit festgesetzt (Art. 4 Abs. 1 AHVG). Zum Erwerbseinkommen gehört, soweit die Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV) in Art. 6 ff. nicht ausdrücklich Ausnahmen vorsieht, das im In- und Ausland erzielte Bar- oder Natureinkommen aus einer Tätigkeit einschliesslich der Nebenbezüge (Art. 6 Abs. 1 AHVV). 1.

## **E. 2**

Die Beiträge vom Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit sind bei jeder Lohnzahlung in Abzug zu bringen und vom Arbeitgeber zusammen mit dem Arbeitgeberbeitrag periodisch zu entrichten (Art. 14 Abs. 1 AHVG). Arbeitgeber ist, wer Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer beschäftigt (Art. 11 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG). Als Arbeitgeber gemäss Art. 12 AHVG gilt, wer obligatorisch versicherten Personen Arbeitsentgelte gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG ausrichtet (Abs. 1) und in der Schweiz eine Betriebsstätte hat oder in seinem Haushalt obligatorisch versicherte Personen beschäftigt (Abs. 2). Vorbehalten bleiben zwischenstaatliche Vereinbarungen und völkerrechtliche Übung (Abs. 3). 1 .

### **E. 2.1**

Die Beschwerdegegnerin führte zur Begründung des angefochtenen Einspracheentscheidungs, ihr Revisor habe in den Jahren 2014 bis 2017 Abweichungen zwischen der abgerechneten und der beitragspflichtigen Lohnsumme für A.\_\_\_\_, der damals in Israel gelebt habe, festgestellt. Von der Gesamtschädigung (Bruttolohn) der Jahre 2014 bis 2017 von Fr. 2'383'039.-- seien Fr. 2'010'674.85 nicht abgerechnet worden (Urk. 2 S. 1). A.\_\_\_\_ habe bei der Beschwerdeführerin durchgehend Organstellung gehabt. Gemäss Rz 3082 der Wegleitung über die Versicherungspflicht in der AHV/IV (WVP), Version ab 2014, gelte die Leitung eines Unternehmens mit Sitz in der Schweiz selbst dann als eine in der Schweiz ausgeübte Erwerbstätigkeit, wenn die betreffende Person ihren Wohnsitz im Ausland habe. Daraus ergebe sich während den Kontrollperioden 2014 bis 2017 die Abrechnungspflicht für A.\_\_\_\_, auch wenn er in Israel gewohnt habe (S. 3).

In ihrer Beschwerdeantwort ergänzte die Beschwerdegegnerin, A.\_\_\_\_ sei gemäss Handelsregistereintrag italienischer Staatsangehöriger. Erst jetzt im Beschwerdeverfahren sei geltend gemacht worden, dass er daneben auch die israelische Staatsangehörigkeit besitze (Urk.

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin brachte dagegen vor, ungeachtet der verschiedenen Funktionen, die A.\_\_\_\_ für die Gesellschaften der B.\_\_\_\_ Gruppe wahrgenommen habe, sei er in den Jahren 2014 bis 2017 vor allem in Israel für den Fondsvertrieb zuständig gewesen, habe dort die jeweiligen Verhandlungen mit israelischen Kunden geführt und auch neue Kunden akquiriert. Ausserdem habe er neue Fondsmanager akquiriert. Zusätzlich sei er Teil des Trading Teams in Israel gewesen. In Israel habe er im «Tagesgeschäft» der B.\_\_\_\_ Gruppe gearbeitet (Urk. 1 Rz 10). Die Leitungsfunktionen hätten einen sehr geringfügigen Teil der gesamten Tätigkeit von A.\_\_\_\_ für die B.\_\_\_\_ Gruppe ausgemacht (Rz 12). Die Funktion als Präsident des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin habe sich auf die rein formelle Funktion des Präsidenten in den Verwaltungsratssitzungen beschränkt (Rz 13). Die Leitungsfunktion habe sich im Wesentlichen auf Diskussionen mit dem Verwaltungsrat in den vier Verwaltungsratssitzungen pro Jahr sowie auf allgemeine Leitungsaufgaben beschränkt (Rz 14). Die Tätigkeit bei d e r

B.\_\_\_\_ Group AG (Holdinggesellschaft, Rz 4) habe sich auf das Fällen von gewissen strategischen Entscheidungen vor allem im Zusammenhang mit der Koordination der Geschäfte in der Schweiz und Israel beschränkt (Rz 15). Aus diesen Gründen habe A.\_\_\_\_ seine Aufgaben als Verwaltungsrat, Verwaltungsratsdelegierter beziehungsweise Geschäftsführer auf ca. eineinhalb bis zweieinhalb Tage pro Monat beschränken können.

Die restliche Zeit sei er im Fondsvertrieb und im Trading in Israel tätig gewesen sowie für zwei bis drei Tage pro Monat als Relationship Manager (Kundenberater) für die Beschwerdeführerin in der Schweiz ( Rz 16). Die Leitungsfunktionen habe er nur in der Schweiz ausüben können, da sich alle Schlüsselpersonen in der Schweiz befunden beziehungsweise die Kontrollen in der Schweiz hätten durchgeführt werden müssen ( Rz 17).

Die Beschwerdeführerin machte weiter geltend, eine Verwaltungsweisung, wie sie die WVP darstelle, könne die Regelung eines Staatsvertrages nicht abändern oder unterlaufen. Um eine Regelung zu schaffen, wie es die Beschwerdegegnerin möchte (leitende Tätigkeit gelte in jedem Fall als in der Schweiz ausgeübt, selbst wenn die betreffende Person nicht auf Schweizer Boden arbeite), bedürfte es einer ausdrücklichen Regelung im entsprechenden Staatsvertrag. Das Abkommen Schweiz-Israel sehe keine solche Regelung vor ( Rz 29). Da das Abkommen das Erwerbortsprinzip vorsehe, komme die gesplittete Unterstellung auf dem von der Schweizer Gesellschaft ausgerichteten Salär zu Anwendung ( Rz 33).

Der Grund, weshalb A.\_\_\_\_ nur mit einer Schweizer Gruppengesellschaft einen Vertrag geschlossen habe, sei, dass er im Jahr 2006 in der Schweiz wohnhaft gewesen sei. Dieser Vertrag sei seither beibehalten worden, auch nach seiner Rückkehr nach Israel im Jahr 2013 ( Rz 41). Dass vorliegend keine Intercompany-Verrechnungen stattfänden und beim Wegzug die arbeitsvertragsrechtliche Situation nicht neu gestaltet worden sei, könne nicht dazu führen, dass das Erwerbortsprinzip nicht mehr zu Anwendung komme ( Rz 44). 3.

### **E. 3**

Abs. 1 , wo es nichts anderes bestimmt, für die Staatsangehörigen der Vertragsstaaten sowie für ihre Familienangehörigen und Hinterlassenen, soweit diese ihre Rechte von einem Staatsangehörigen ableiten. Laut Art.

#### **E. 3.1**

Auf den vorliegenden internationalen Sachverhalt findet das Sozialversicherungsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Staat Israel über Soziale Sicherheit Anwendung, da A.\_\_\_\_ israelischer Staatsangehöriger mit Wohnsitz in Israel ist ( Urk. 3/5). Dass die Beschwerdeführerin dies bislang verschwiegen hatte und erst im vorliegenden Beschwerdeverfahren geltend machte, kommt zwar einer Verletzung der Mitwirkungspflicht gleich und verursachte einen grösseren Aufwand, ändert aber an der materiellen Rechtslage nichts. Die italienische Staatsangehörigkeit von A.\_\_\_\_ ist ohne Belang, da Art. 13 der Verordnung ( EG) Nr. 883/2004

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zur Zuständigkeit bei der Ausübung von Tätigkeiten in mehreren Staaten nur Bezug auf Mitgliedstaaten nimmt und Israel kein Mitgliedstaat ist.

#### **E. 3.2.1**

Die Beschwerdegegnerin zitierte Rz 3082 der in der massgebenden Periode anwendbaren WVP zutreffend. Nach Satz 1 dieser Bestimmung gilt die Leitung eines Unternehmens mit Sitz in der Schweiz selbst dann als eine in der Schweiz ausgeübte Erwerbstätigkeit, wenn die betreffende Person ihren Wohnsitz im Ausland hat.

#### **E. 3.2.2**

Verwaltungsweisungen, wie etwa Wegleitungen oder Kreisschreiben, richten sich an die Durchführungsstellen und sind für das Sozialversicherungsgericht nicht verbindlich. Dieses soll sie bei seiner Entscheidung aber berücksichtigen, sofern sie eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Das Gericht weicht also nicht ohne triftigen Grund von Verwaltungsweisungen ab, wenn diese eine überzeugende Konkretisierung der rechtlichen Vorgaben darstellen. Insofern wird dem Bestreben der Verwaltung, durch interne Weisungen eine rechtsgleiche Gesetzesanwendung zu gewährleisten, Rechnung getragen (BGE 146 V 224 E. 4.4.2, 141 V 365 E. 2.4 mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Auch wenn die in Frage stehende Verwaltungsweisung grundsätzlich durchaus als dem Einzelfall angepasste Auslegung qualifiziert werden kann, widerspricht sie dem vorliegend anwendbaren Staatsvertrag. Die Verwaltung kann selbst redend keine Gesetze abändern oder explizit getroffene staatsvertragliche Regeln ausser Kraft setzen. Fehlt ein Staatsvertrag, könnte diese Regelung durchaus Anwendung finden. Vorliegend aber steht der eindeutige Wortlaut des Staatsvertrags entgegen. Entsprechend wurde die WVP denn auch per 1. Januar 2021 in dem Sinne angepasst, dass diese Regelung nurmehr bei internationalen Sachverhalten mit Nichtvertragsstaaten gilt (Rz 308 4). Anzuführen bleibt, dass sich die Weisung auf die Rechtsprechung stützte (BGE 119 V 65), diese aber den damals anwendbaren Staatsvertrag mit Deutschland zum Gegenstand hatte, welcher anders formuliert war.

Das Festlegen der Versicherungspflicht nach der Gesetzgebung des Vertragsstaates, in dessen Gebiet die fragliche Person wohnt oder eine Erwerbstätigkeit ausübt (E. 1.3), macht eine vollumfängliche Versicherungsunterstellung in der Schweiz unmöglich. A.\_\_\_\_ wohnt als israelischer Staatsangehöriger in Israel und übt - nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen der Beschwerdeführerin (E. 2.2) - einen Grossteil seiner Arbeitstätigkeit in Israel aus. Damit ist grundsätzlich der Staat Israel für die sozialversicherungsrechtlichen Belange zuständig und die Beitragsentrichtung hat in Israel zu erfolgen für den Teil der in Israel ausgeführten Tätigkeiten. Für die Tätigkeiten in der Schweiz - namentlich die Führungsaufgaben - ist eine entsprechende Versicherungsunterstellung in der Schweiz rechtens, wird doch diese Tätigkeit in der Schweiz ausgeübt und ist nach dem staatsvertraglich festgelegten Erwerbortsprinzip hierfür die Schweiz zuständig.

### **E. 3.4**

Die von der Beschwerdeführerin vorgenommene Aufteilung der Entgelte für A.\_\_\_\_ nach dem Erwerbort Schweiz/Israel wurde von der Beschwerdegegnerin nicht angezweifelt und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass diese unzutreffend wären. So ist insbesondere nachvollziehbar, dass A.\_\_\_\_ für die in Israel vermittelten Geschäfte und akquirierten Kunden einen höheren Lohn erhalten hat als für die Verwaltungstätigkeiten in der Schweiz.

### **E. 3.5**

Der Beschwerdegegnerin ist insoweit zuzustimmen, als eine separate Anstellung bei einer israelischen Gesellschaft der B.\_\_\_\_-Gruppe für die in Israel getätigten Arbeiten sozialversicherungsrechtlich einfacher zu handhaben und auch transparenter wäre. Eine entsprechende Pflicht ist aber nicht ersichtlich und es stand der Beschwerdeführerin frei, A.\_\_\_\_ auch nach seinem Wegzug nach Israel einzig bei der Gesellschaft in der Schweiz zu beschäftigen, auch wenn er neu in Israel wohnte und hauptsächlich dort arbeitete. Dass

sodann nicht erstellt ist, dass die Beschwerdeführerin für A.\_\_\_\_ in den fraglichen Jahren 2014 bis 2017 Sozialversicherungsbeiträge in Israel entrichtet hat, ist vorliegend nicht von Bedeutung. Geschädigt wäre bei solch einem Sachverhalt die israelische Sozialversicherung, welche ihre Rechte in Israel nach der dortigen Rechtslage zu wahren hat. Inwie weit ein Behördenaustausch stattfindet, ist nicht im vorliegenden Verfahren zu klären. Ein Missbrauchsrisiko ist bei falschen, unvollständigen oder ausbleibenden Informationen gegenüber der israelischen Sozialversicherung durchaus vorhanden. Vorliegend ist aber einzig die Beitragspflicht der Beschwerdeführerin für A.\_\_\_\_ Gegenstand des Prozesses.

### **E. 3.6**

Nach dem Gesagten hat die Beschwerdeführerin für A.\_\_\_\_ in der Schweiz keine weiteren Beiträge an die Beschwerdegegnerin zu entrichten. Der angefochtene Einspracheentscheid ist deshalb in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. 4.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die obsiegende Beschwerdeführerin Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden vom Gericht festgesetzt und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (§ 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht). Vorliegend erscheint eine gekürzte Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) als angemessen. Angesichts der Verletzung der Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin im Einspracheverfahren

hat sich das Verfahren auf Fragen ausgedehnt, welche nicht oder nicht in diesem Umfang zu klären gewesen wären. Hierfür ist die Beschwerdeführerin nicht auch noch zu entschädigen. Das Gericht erkennt: 1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der Einspracheentscheid der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, vom 5. Mai 2021 aufgehoben. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin in eine Prozessentschädigung von Fr. 1'200.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwältin Beatrice Leistner - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Bundesamt für Sozialversicherungen 5.

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 Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Gräub-Fonti

## **E. 5**

richtet sich die Versicherungspflicht der in Artikel 3 genannten Personen, soweit die Artikel 6 und 7 nichts anderes bestimmen, nach der Gesetzgebung des Vertragsstaates, in dessen Gebiet diese Personen wohnen oder eine Erwerbstätigkeit ausüben. 2.

## **E. 6**

S. 3 unten). Er habe nur einen Arbeitgeber gehabt. Angesichts dieser Tatsache könnten das Salär und die Bonuszahlungen nicht aufgeteilt werden in einen Anteil «Schweiz» und einen Anteil «Ausland». Letztlich habe er seinen Lohn als unselbständiger Arbeitnehmer und Organ der Beschwerdeführerin erhalten. Es sei sodann nicht ersichtlich, weshalb keine Intercompany-Verrechnungen der einzelnen Firmen der Gruppe betreffend die in einem einzigen Land zu verabgebenden Sozialversicherungsbeiträge erfolgt seien. Als A. \_\_\_ im Jahre 2013 von der Schweiz nach Israel gezogen sei, wäre eine klare Trennung zwischen der Tätigkeit in der Schweiz für die Beschwerdeführerin und der Tätigkeit in Israel für die anderen Gesellschaften der B. \_\_\_ Gruppe möglich gewesen. Wenn dies der Wunsch gewesen wäre, hätte A. \_\_\_ - nach seiner Wohnsitzverlegung nach Israel - nicht nur über die Beschwerdeführerin angestellt werden können, sondern auch separat bei den Gesellschaften der B. \_\_\_ Gruppe in Israel. Diese formelle Aufteilung habe nicht stattgefunden. Schliesslich sei weder behauptet noch belegt worden, dass vom Einkommen von A. \_\_\_ ein Teil mit der israelischen Sozialversicherung abgerechnet worden sei und die Abgaben abgezogen und bezahlt worden seien (S. 4).

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