

200 18 760 AHV  
SCJ/IMD/ARJ

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 28. März 2019**

Verwaltungsrichter Scheidegger, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Loosli, Verwaltungsrichterin Fuhrer  
Gerichtsschreiber Imhasly

**A. \_\_\_\_\_ GmbH**  
vertreten durch B. \_\_\_\_\_ AG  
Beschwerdeführerin

gegen

**Ausgleichskasse Medisuisse**  
Oberer Graben 37, Postfach, 9001 St. Gallen  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 18. September 2018



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die A. \_\_\_\_\_ GmbH (Beschwerdeführerin) ist als beitragspflichtige Arbeitgeberin der Ausgleichskasse Medisuisse (AK Medisuisse bzw. Beschwerdegegnerin) angeschlossen. Nach einer am 4. Dezember 2015 durchgeführten Arbeitgeberkontrolle (Akten der AK Medisuisse, Antwortbeilage [AB] 1) betreffend die Jahre 2009 bis 2012 erliess die AK Medisuisse am 18. Dezember 2015 (AB 2) eine vorsorgliche Nachzahlungsverfügung über eine Lohnsumme von Fr. 200'000.--. Mit Nachtragsverfügung vom 15. September 2016 forderte sie für die Jahre 2009 und 2010 AHV-/IV-/EO- und ALV-Lohnbeiträge, Beiträge an die Familienausgleichskasse sowie für die schulische Ausbildung der medizinischen Praxisassistentinnen (MPA, vgl. [www.medisuisse.ch](http://www.medisuisse.ch), Rubrik Beiträge/Arbeitgebende/Beitragspflicht Kantone), Verwaltungskosten und Verzugszinsen von total Fr. 32'542.35 (AB 3). Betreffend das Jahr 2010 qualifizierte sie an Dr. med. C. \_\_\_\_\_ (Gesellschafter und Vorsitzender der Geschäftsführung [Akten der Beschwerdeführerin, Beschwerdebeilage {BB} 3] ausgerichtete Barbezüge in der Höhe von Fr. 188'831.-- (netto) bzw. Fr. 198'874.-- (brutto) als massgebenden Lohn (AB 1, 3). Gleichentags verfügte die AK Medisuisse auch über nachzuzahlende Beiträge für die Jahre 2011 und 2012 (nicht in den Akten; vgl. AB 6 einleitend). Die gegen die beiden Verfügungen erhobenen Einsprachen (AB 4 bzw. nicht in den Akten) hiess die AK Medisuisse mit Einspracheentscheid vom 18. September 2018 (AB 6) insofern teilweise gut, als sie die Nachtragsverfügung betreffend die Jahre 2009 und 2010 bestätigte und diejenige betreffend die Jahre 2011 und 2012 zu Gunsten der A. \_\_\_\_\_ GmbH abänderte.

### **B.**

Gegen den Einspracheentscheid vom 18. September 2018 (AB 6) erhob die A. \_\_\_\_\_ GmbH, vertreten durch die B. \_\_\_\_\_ AG, mit Eingabe vom 17. Oktober 2018 Beschwerde mit den Anträgen, der angefochtene

Entscheid sei aufzuheben und von der Aufrechnung von Fr. 188'831.-- (netto) bzw. Fr. 198'874.-- (brutto) als massgebender Lohn sei abzusehen.

Mit Beschwerdeantwort vom 19. November 2018 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde.

Mit Replik vom 13. Dezember 2018 bzw. Duplik vom 30. Januar 2019 hielten die Parteien an den bisherigen Anträgen fest.

### **Erwägungen:**

#### **1.**

**1.1** Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 84 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**1.2** Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 18. September 2018 (AB 6). Streitig und zu prüfen ist einzig, ob der von der Beschwerdeführerin im Jahr 2010 an Dr. med. C. \_\_\_\_\_ ausbezahlte Be-

trag in der Höhe von Fr. 188'831.-- (netto) bzw. Fr. 198'874.-- (brutto) als massgebender Lohn zu qualifizieren ist und davon die entsprechenden paritätischen Beiträge (vgl. AB 3 S. 2) zu erheben sind. Soweit sich der Einspracheentscheid bezüglich der Beiträge betreffend die Jahre 2011 und 2012 äussert, ist er mangels Anfechtung in Rechtskraft erwachsen (BGE 125 V 413 E. 1b S. 414 f.). Bereits im Einspracheverfahren nicht angefochten und damit in Teilrechtskraft erwachsen ist die Verfügung vom 15. September 2016 (AB 3) soweit die Beitragsforderung für das Jahr 2009 betreffend (BGE 122 V 351 E. 4b S. 356; RKUV 1995 U 233 S. 210 E. 1).

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

**1.4** Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

## **2.**

**2.1** Die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten werden in Prozenten des Einkommens aus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit festgesetzt (Art. 4 Abs. 1 AHVG). Zum Erwerbseinkommen gehört – vorbehaltlich der Ausnahmen gemäss Abs. 2 – das im In- und Ausland erzielte Bar- oder Naturaleinkommen aus einer Tätigkeit einschliesslich der Nebenbezüge (Art. 6 Abs. 1 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]).

**2.2** Nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 AHVG werden vom Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit, dem massgebenden Lohn, Beiträge erhoben.

**2.2.1** Als massgebender Lohn gilt jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Der massgebende Lohn umfasst auch Teuerungs- und andere Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnliche Bezüge, ferner Trinkgelder, soweit diese einen we-

sentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen (Art. 5 Abs. 2 AHVG).

**2.2.2** Zum massgebenden Lohn gehören begrifflich sämtliche Bezüge des Arbeitnehmers und der Arbeitnehmerin, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder aufgelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Als beitragspflichtiges Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit gilt somit nicht nur unmittelbares Entgelt für geleistete Arbeit, sondern grundsätzlich jede Entschädigung oder Zuwendung, die aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen ist (BGE 139 V 50 E. 2.1 S. 52; Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 30. Juni 2017, 8C\_829/2016, E. 4.2.2). Dabei ist unbeachtlich, ob der Lohn vom Arbeitgeber oder von einem Dritten ausbezahlt wird (ARV 2003 S. 116 E. 4.1).

**2.3** Nach der Rechtsprechung gehören Vergütungen, die als reiner Kapitalertrag zu betrachten sind, nicht zum massgebenden Lohn. Ob dies zutrifft, ist nach dem Wesen und der 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 beitragsrechtlich massgebender Lohn sein; dies gilt laut Art. 7 lit. h AHVV 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 141 V 634 E. 2.2 S. 636).

**2.4** Die Ausgleichskassen haben ohne Bindung an die Steuermeldung aufgrund des AHV-Rechts zu ermitteln, ob eine versicherte Person überhaupt erwerbstätig ist oder nicht und ob ein von der Steuerbehörde gemeldetes Einkommen als beitragspflichtiges Erwerbseinkommen oder beitragsfreier Kapitalertrag zu qualifizieren ist. Der in Art. 23 AHVV enthaltenen

Ordnung entspricht es jedoch, dass sich die Ausgleichskassen in der Regel an die bundessteuerrechtliche Betrachtungsweise halten. Soweit es vertretbar ist, soll eine verschiedene Betrachtungsweise der Steuerbehörde und der AHV-Verwaltung vermieden werden, dies um der Einheit und Widerspruchslosigkeit der gesamten Rechtsordnung willen. Die Ausgleichskassen sollen eigene nähere Abklärungen vornehmen, wenn sich ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit der Steuermeldung ergeben (BGE 141 V 634 E. 2.5 S. 638, 134 V 250 E. 3.3 S. 253, 121 V 80 E. 2c S. 83).

### 3.

**3.1** Die A. \_\_\_\_\_ GmbH bezweckt laut Handelsregistereintrag (BB 3) sowie Statuten (BB 4) die Erbringung von Dienstleistungen im medizinischen Bereich sowie Handel mit Medikamenten; ausserdem kann sie u.a. Liegenschaften erwerben und verwalten und alle weiteren kommerziellen und finanziellen Transaktionen durchführen, die der Verwirklichung ihres Zweckes förderlich sein könnten (BB 3). Aus den Akten ergibt sich, dass sie in ... eine Arztpraxis betreibt und Dr. med. C. \_\_\_\_\_ bei ihr als Arzt angestellt ist (vgl. bspw. BB 7 [Veranlagung Kanton 2010 S. 4 betr. Liegenschaft ... {Praxisadresse}]; Forderung von MPA-Beiträgen [AB 3]; Beschwerde S. 3 Ziff. 1 und S. 7). Ihren Gewinn erzielt die Beschwerdeführerin aus dem Betrieb dieser Arztpraxis; erwirtschaftet wird dieser durch die ärztliche Tätigkeit von Dr. med. C. \_\_\_\_\_. Hierfür erhielt er im Jahr 2010 einen Lohn in der Höhe von Fr. 240'000.-- (Beschwerde S. 5 Ziff. 3.3).

Daneben verfolgt die Beschwerdeführerin laut eigenen Aussagen ein Projekt im ... mit dem Ziel des Baus und Betriebs eines Medizinentrums/Krankenhauses (AB 1 S. 2; 4). Gemäss Kontoauszug "Projekt Krankenhausbau" (AB 4) hat sie hierfür im Jahr 2010 insgesamt Fr. 281'673.26 aufgewendet. Neben zahlreichen Buchungen für Hotelübernachtungen und Flüge sind diverse Barbezüge im Gesamtbetrag von Fr. 188'831.-- zu Gunsten von Dr. C. \_\_\_\_\_ aufgelistet. Die Beschwerdegegnerin qualifizierte diese Zahlungen als massgebenden Lohn; dies mit der Begründung, dabei handle es sich um Vergütungen, die ihren Grund im Arbeitsverhältnis hätten, mithin um Tantiemen, die gemäss Art 7 lit. h AHVV vollständig der

Beitragspflicht unterlägen (AB 6 S. 2 Ziff. 1.4). Die Beschwerdeführerin brachte dagegen im Wesentlichen vor, die Zahlungen stellten beitragsfreien Kapitalertrag dar, welcher von der Steuerbehörde als geldwerte Leistung bei Dr. med. C.\_\_\_\_\_ veranlagt worden sei (vgl. AB 5 [Kantons- und Gemeindesteuern 2010]). Unter Hinweis auf die höchstrichterliche Rechtsprechung (BGE 134 V 297 E. 2.3 S. 302) machte sie geltend, es gäbe für die Beschwerdegegnerin keinen Grund von der bundessteuerrechtlichen Betrachtung abzuweichen, wonach es sich bei den ausgerichteten Zahlungen um Kapitalertrag handle.

**3.2** Aus dem vorgenannten Kontoauszug geht hervor, dass im Jahr 2010 neben den Zahlungen an Dr. med. C.\_\_\_\_\_ eine Zahlung in der Höhe von Fr. 49'178.56 mit dem Vermerk "Krankenhausbau C.\_\_\_\_\_" an Dr. D.\_\_\_\_\_ und eine weitere Zahlung in der Höhe von Fr. 4'281.90 an einen Sohn von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ gingen (Kontoauszug S. 2). Unter Berücksichtigung der zahlreichen Buchungen für Hotelübernachtungen und Flüge und deren zeitlichen Konnexes mit den Barbezügen ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (vgl. BGE 138 V 218 E. 6 S. 221, 144 V 427 E. 3.2 S. 429) davon auszugehen, dass neben den genannten Personen auch Dr. med. C.\_\_\_\_\_ im ... im Rahmen des Krankenhausprojektes der Beschwerdeführerin tätig war. Hinsichtlich der in Frage stehenden Aufwendungen stand damit nicht die Stellung als Gesellschafter von Dr. med. C.\_\_\_\_\_, sondern seine Eigenschaft als Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin im Vordergrund. Es ist nämlich nicht einzusehen, weshalb eine GmbH einem Gesellschafter, der nicht zugleich Arbeitnehmer ist, private Spesen (vgl. dazu AB 6 S.1 Ziff. 1.2) vergüten sollte. Damit ist davon auszugehen, dass das Arbeitsverhältnis den ausschlaggebenden Grund der Vergütungen bildete, zumal der (damaligen [vgl. BB 3]) weiteren Gesellschafterin im Jahr 2010 keine entsprechende Entschädigung ausgerichtet worden war (vgl. dazu E. 2.3 hiervoor). Der gegenteilige Nachweis, dass es sich bei diesen Vergütungen nicht um Lohnzahlungen, sondern – wie noch im Einspracheverfahren vorgebracht (AB 4 S. 2) – um Investitionskosten handelte, ist von der Beschwerdeführerin nicht erbracht worden (vgl. auch Duplik vom 30. Januar 2019). Insofern fällt das Beweisergebnis zu ihren Ungunsten aus. So vermag der schon im Einspracheverfahren vorgelegte Beleg die darin aufgeführten verschiedenen Ausgaben ("Expenses receipt

A. \_\_\_\_\_ – 2010" [AB 4]) nicht rechtsgenügend nachzuweisen. Darauf wurde die Beschwerdeführerin im Einspracheentscheid ausdrücklich hingewiesen (AB 6 S. 1 Ziff. 1.3). Trotzdem reichte sie im vorliegenden Verfahren keine ergänzenden Belege ein (etwa Miet- und Arbeitsverträge, Quittungen, Flugtickets etc.). Es ist nicht Sache des angerufenen Gerichts, die Beschwerdeführerin erneut darauf hinzuweisen, den Beweis für ihre Behauptung durch geeignete zusätzliche Belege zu erbringen. Die von der steuerrechtlichen Sichtweise abweichende Betrachtungsweise der Beschwerdegegnerin war somit gerechtfertigt (BGE 134 V 297 E. 2.3 S. 302). Es liegt hier eine vergleichbare Konstellation vor, wie sie das Bundesgericht im Entscheid vom 27. Dezember 2017, 9C\_403/2017, zu beurteilen hatte. Dabei wurde die Ausrichtung von geschäftsmässig nicht begründeten Aufwendungen an den Alleinaktionär einer Aktiengesellschaft als verdeckte Lohnzahlung qualifiziert (E. 5.2); dass an diesem Urteil in der Literatur Kritik geäussert worden ist (SteuerRevue Nr. 6/2018 S. 452 ff.), ändert am Ergebnis nichts.

**3.3** Nach dem Dargelegten hat die Beschwerdegegnerin den von der Beschwerdeführerin im Jahr 2010 an Dr. med. C. \_\_\_\_\_ ausbezahlten Betrag in der Höhe von Fr. 188'831.-- (netto) bzw. Fr. 198'874.-- (brutto) zu Recht als massgebenden Lohn qualifiziert und basierend darauf die entsprechenden paritätischen Beiträge erhoben. Die fünfjährige Verwirkungsfrist zur Geltendmachung der Beiträge (Art. 24 Abs. 1 ATSG i.V.m. Art. 16 Abs. 1 AHVG) ist mit dem Erlass der vorsorglichen Nachzahlungsverfügung vom 18. Dezember 2015 (AB 2) für das Beitragsjahr 2010 über eine Lohnsumme von Fr. 200'000.-- gewahrt. Damit ist die gegen den Einspracheentscheid vom 18. September 2018 (AB 6) erhobene Beschwerde abzuweisen.

#### **4.**

**4.1** Verfahrenskosten werden in Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG keine erhoben.

**4.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - B. \_\_\_\_\_ AG z.H. der Beschwerdeführerin
  - Ausgleichskasse Medisuisse
  - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Kammerpräsident:

Der Gerichtsschreiber:

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.