

200 18 951 AHV
FUE/SCC/SMA/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 9. April 2019

Verwaltungsrichter Furrer
Gerichtsschreiberin Schertenleib Gamero

A. _____ AG
vertreten durch B. _____ AG
Beschwerdeführerin

gegen

Ausgleichskasse des Kantons Bern
Abteilung Beiträge und Zulagen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 28. November 2018



Sachverhalt:

A.

Die in ... domizilierte A. _____ C. _____ (A. _____ bzw. Beschwerdeführerin) ist seit dem 12. Oktober 1988 im Handelsregister eingetragen und der Ausgleichskasse des Kantons Bern (AKB bzw. Beschwerdegegnerin) als beitragspflichtige Arbeitgeberin angeschlossen. Sämtliche 200 Namenaktien zu Fr. 500.-- werden von C. _____, einziges Mitglied des Verwaltungsrats und gleichzeitig Geschäftsführer der A. _____, gehalten (vgl. Auszug aus dem Handelsregister, in den Verfahrensakten; act. II 13). In den Jahren 2015 und 2016 deklarierte die A. _____ für C. _____ einen Lohn von je Fr. 100'000.-- und richtete ihm zusätzlich Dividenden von je Fr. 500'000.-- aus (act. II 11, 13).

Am 16. Januar 2018 führte die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (Suva) eine Arbeitgeberkontrolle betreffend die Jahre 2013 bis 2016 durch und leitete den Revisionsbericht der AKB weiter (act. II 12). Gestützt darauf gelangte die AKB, AHV-Zweigstelle ..., zum Schluss, dass sich das branchenübliche Gehalt von C. _____ auf Fr. 155'610.-- beliefe und rechnete von den entrichteten Dividenden je Fr. 55'610.-- als beitragspflichtigen Lohn auf. Auf dieser Basis forderte sie mit Nachzahlungsverfügung vom 26. Juli 2018 paritätische AHV/IV/EO- sowie FAK- und ALV-Beiträge von Fr. 7'952.25 (2015) und Fr. 7'938.10 (2016) nach (act. II 5, vgl. auch act. II 10). Eine dagegen erhobene Einsprache wies die AKB mit Entscheid vom 28. November 2018 ab (act. II 1, 4).

B.

Mit Eingabe vom 14. Dezember 2018 erhob die A. _____ hiergegen Beschwerde und beantragt, der Einspracheentscheid vom 28. November 2018 sei aufzuheben, da die Aufrechnung der Dividenden in den Jahren 2015 und 2016 als massgebenden Lohn zu Unrecht erfolgt sei.

Die Beschwerdegegnerin schliesst mit Beschwerdeantwort vom 27. Februar 2019 – unter Verweis auf eine Stellungnahme der AHV-Zweigstelle ... vom 22. Februar 2019 (in den Gerichtsakten) – auf Abweisung der Beschwerde.

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 der AKB vom 28. November 2018 (act II 1). Streitig und zu prüfen ist die Rechtmässigkeit der Nachforderung der Beiträge von Fr. 7'952.25 (2015) und Fr. 7938.10 (2016) zuzüglich Zinsen (Nachzahlungsverfügung vom 26. Juli 2018 [act. II 5]) und damit die Frage, ob ein Teil der an C._____ ausgerichteten Di-

videnden der Jahre 2015 und 2016 als beitragspflichtiges Einkommen zu qualifizieren ist.

1.3 Der Streitwert liegt unter Fr. 20'000.-- (act. II 5), weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 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 Gemäss Art. 4 und 5 AHVG werden Sozialversicherungsbeiträge nur vom Erwerbseinkommen erhoben, nicht aber vom Vermögensertrag (BGE 122 V 178 E. 3b S. 179 f.). Dividenden stellen beitragsfreien Vermögensertrag dar. Weil auf Dividenden keine Sozialversicherungsabgaben geschuldet sind, mag es beitragspflichtigen Unternehmeraktionären als vorteilhaft erscheinen, hohe Dividenden und ein tiefes Salär auszuweisen (BGE 141 V 634 E. 2.1 S. 636).

2.2 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 der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (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 141 V 634 E. 2.2 S. 636).

2.3 Bei der Beurteilung von Leistungen, welche eine Aktiengesellschaft an Personen ausrichtet, die zugleich Arbeitnehmer und Aktionäre sind, muss einerseits eine angemessene Entschädigung für die geleistete Arbeit, andererseits ein angemessener Vermögensertrag zugrunde gelegt werden. Von der durch die Gesellschaft gewählten Aufteilung ist nur dann abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn bzw. zwischen eingesetztem Vermögen und Dividende besteht. Um zu bestimmen, ob ein Teil der ausgeschütteten Dividende als beitragsrechtlich massgebendes Einkommen aufzurechnen ist, werden deklariertes AHV-Einkommen und branchenübliches Gehalt einerseits und Dividendenzahlung und Aktienwert andererseits zueinander in Beziehung gesetzt. Dabei ist die Angemessenheit der Dividende bzw. des (beitragsfreien) Vermögensertrags nicht in Relation zum Nennwert, sondern zum effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien zu beurteilen (BGE 141 V 634 E. 2.2.1 S. 636 und E. 2.2.2 S. 637; SVR 2013 AHV Nr. 4 S. 16 E. 2.3 und 2.4). Liegen die Dividendenzahlungen deutlich über der Grenze von 10 % des Eigenkapitalertrags, ist vermutungsweise eine überhöhte Dividendenzahlung anzunehmen (BGE 141 V 634 E. 3.3 S. 642).

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin hat zutreffend erkannt (act. II 5), dass die in den Jahren 2015 und 2016 ausgerichteten Dividenden von jeweils Fr. 500'000.-- bei einem Bruttosteuerwert der A. _____ von Fr. 2'780'000.-- (2015) bzw. Fr. 3'590'000.-- (2016) 17.99 % bzw. 13.93 % des steuerrechtlichen Unternehmenswertes der Beschwerdeführerin entsprachen und damit über der zu beachtenden Grenze des Eigenkapitalertrages von 10 % lagen. Somit sind diese Dividenden gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (vgl. E. 2.3 hiavor) vermutungsweise überhöht (vgl. auch Rz. 2011.6 und 2011.7 der Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [WML] des Bundesamts für Sozialversicherungen [BSV], gültig ab 1. Januar 2018). Dies wird von der Beschwerdeführerin zu Recht nicht bestritten. Auch bringt die Beschwerdeführerin nichts vor, was die Vermutung von überhöhten Dividenden in den Jahren 2015 und 2016 umzustossen vermöchte.

Weiter ermittelte die Verwaltung den branchenüblichen Lohn von C._____ anhand des vom Bundesamt für Statistik erarbeiteten individuellen Lohnrechners "Salarium" (vgl. dazu Rz. 2011.5 WML), wobei sie auf das Profil des C._____ zugeschnittene Eckdaten zugrunde legte. Dies ergab einen monatlichen Bruttolohn von Fr. 11'970.-- (Jahr 2014, Schweizer, Zentralwert [Median]; act. II 10 Anhang). Diese Parameter werden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten und sind grundsätzlich auch von Amtes wegen nicht zu beanstanden. Die Verwaltung hat jedoch übersehen, dass im monatlichen Bruttolohnansatz gemäss "Salarium" der Anteil 13. Monatslohn bereits mitenthalten ist ("Der monatliche Bruttolohn setzt sich zusammen aus [...] 1/12 des 13. Monatslohns"; act. II 10 Anhang) und folglich nicht mit 13, sondern mit 12 multipliziert werden muss (BGE 141 V 634 E. 3.2.2 S. 641). Beläuft sich der relevante monatliche Bruttolohn somit auf Fr. 11'970.--, beträgt das durchschnittliche jährliche Salär Fr. 143'640.-- (und nicht Fr. 155'610.--). Dies ändert aber nichts daran, dass der ausgerichtete AHV-pflichtige Lohn für die Jahre 2015 und 2016 von je Fr. 100'000.-- offenkundig unter dem branchenüblichen Lohn von Fr. 143'640.-- liegt.

Als Zwischenfazit ist festzustellen, dass in den massgeblichen Jahren einerseits überhöhte Dividendenzahlungen vorliegen und andererseits unangemessen tiefe Löhne ausgerichtet wurden, womit grundsätzlich eine Aufrechnung von Dividenden als massgebender Lohn bis zur Höhe des branchenüblichen Lohns vorzunehmen ist (vgl. Rz. 2011.4 WML). Entsprechend dem hiavor Dargelegten ist von den ausgerichteten Dividenden in den Jahre 2015 und 2016 jeweils ein Betrag von je Fr. 43'640.-- (statt von Fr. 55'610.--) als beitragspflichtiges Einkommen aufzurechnen.

3.2 Die Beschwerdeführerin führt gegen die Aufrechnung ins Feld, als Unternehmen sei man bestrebt, die Fortführung der Gesellschaft sicherzustellen und mögliche Krisen abzufangen. Hierzu müssten entsprechende Reserven gebildet werden. C._____ habe – wie der Zusammenstellung von Löhnen und Dividenden für die Zeit von 2002 bis 2016 entnommen werden könne (act. II 4 Anhang) – über Jahre einen gleich bleibenden, branchenüblichen Lohn von Fr. 100'000.-- bezogen, um die Sicherheit der A._____ zu gewährleisten. Seit 2007 beziehe er eine Dividende, die mit

Blick auf eine allfällige Nachfolgeregelung in den vergangenen Jahren erhöht worden sei, wobei Substanz ausgeschüttet worden sei. Eine Umgehung der Sozialversicherungen sei nie die Absicht gewesen. Unter Verweis auf den Entscheid des BGer vom 25. Oktober 2012, 9C_669/2011, macht die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend, eine Umqualifizierung eines Teils der Dividenden rechtfertige sich somit nicht (Beschwerde S. 1 f.).

Dem kann nicht gefolgt werden. Wie die AHV-Zweigstelle ... in der Stellungnahme zur Beschwerde (in den Gerichtsakten, S. 2) zutreffend darlegte, hat die A. _____ C. _____ gemäss Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug, act. II 11) – nota bene in Abweichung zur einspracheweise aufgelegten Aufstellung – in den Jahren 2003 bis 2006 stetig ansteigende Löhne ausgerichtet (2003: Fr. 110'762.--; 2004: Fr. 153'043.--; 2005: Fr. 180'000.--; 2006: Fr. 220'000.--), ohne indes gleichzeitig Dividenden auszuschütten. Demgegenüber wurden von 2007 bis 2016 konstante Löhne von (lediglich) Fr. 100'000.-- ausbezahlt, bei stetig ansteigenden Dividenden (2007: Fr. 50'000.--; 2008: Fr. 100'000.--; 2009: Fr. 100'000.--; 2010: Fr. 150'000.--; 2011: Fr. 150'000.--; 2012: Fr. 250'000.--; 2013: Fr. 250'000.--; 2014: Fr. 500'000.-- [act. II 4 Anhang]; 2015: Fr. 500'000.--; 2016: Fr. 500'000.-- [act. II 13 Anhang]). Mithin ist mit der Beschwerdegegnerin davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin – entgegen ihrer beschwerdeweise gemachten Aussage, "der Lohn sei nie zu Gunsten von Dividenden nach unten angepasst" (Beschwerde S. 1) worden – von 2007 bis 2016 in zunehmendem Umfang massgebenden Lohn durch Dividenden ersetzt hat, ohne jedoch mindestens einen branchenüblichen Lohn zu entrichten. Damit unterscheidet sich der hier zu beurteilende Fall vom Sachverhalt, der dem referenzierten Entscheid des BGer 9C_669/2011 zugrunde lag. Dort hatte sich der Alleinaktionär in den Jahren, in denen die Gesellschaft die Reserven angelegt hatte, einen branchenüblichen Lohn auszahlen lassen und diesen mit der Ausgleichskasse abgerechnet. Auf die Situation des Beschwerdeführers bezogen heisst dies, dass in den Jahren, in denen die "theoretisch beziehbare Dividende" angewachsen ist, C. _____ ein klar höherer und damit zumindest angemessener Lohn – als der effektiv ausgerichtete – hätte ausbezahlt werden können. In dem die Beschwerdeführerin geltend macht, es sei "solides Eigenkapital angehäuft" worden, "um allfällige Wirtschaftsschwankungen auszugleichen"

(Beschwerde S. 1), räumt sie selber implizit ein, dem Geschäftsführer kein angemessenes Entgelt für seine geleistete Arbeit ausgerichtet zu haben (auch in den Jahren 1988 bis 1999 sowie 2001 beliefen sich die Lohnzahlungen an den Geschäftsführer stets unter Fr. 100'000.--; act. II 11). Der in den zu beurteilenden Jahren 2015 und 2016 übermässige (vgl. E. 2.3 und 3.1 hiervor) Abbau von betrieblich offenbar nicht benötigtem Substrat ist daher mit der Beschwerdegegnerin als teilweise lohnrelevant zu werten. Folglich sind die Voraussetzungen für einen Verzicht auf die Aufrechnung von Dividenden aufgrund einer Ausschüttung von Substanz bzw. Reserven nicht erfüllt.

3.3 Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde insoweit teilweise gutzuheissen und der Einspracheentscheid abzuändern, als für die Beitragsjahre 2015 und 2016 Dividenden in der Höhe von (lediglich) je Fr. 43'640.-- als massgebender Lohn aufzurechnen sind. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Die Sache ist an die Verwaltung zurückzuweisen, damit sie die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge neu berechne und entsprechend verfüge.

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

4.2 Nach der Rechtsprechung hat die beschwerdeführende Partei bei teilweisem Obsiegen mindestens Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung (BGE 110 V 54 E. 3a S. 57; SVR 2003 EL Nr. 5 S. 14 E. 4.1). Es rechtfertigt sich, von einem Obsiegen im Umfang von einem Viertel auszugehen, womit die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin einen Viertel der Parteikosten zu ersetzen hat.

Mit Kostennote vom 5. März 2019 macht D._____, B._____ AG, eine Parteientschädigung von Fr. 720.-- (4 Stunden à Fr. 180.--) geltend. Die Parteientschädigung ist somit auf Fr. 180.-- (1/4 von Fr. 720.--) festzusetzen.

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird insoweit teilweise gutgeheissen und der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse des Kantons Bern vom 28. November 2018 abgeändert, als für die Beitragsjahre 2015 und 2016 Dividenden in der Höhe von je Fr. 43'640.-- als massgebender Lohn aufzurechnen sind. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen. Die Sache wird an die Verwaltung zurückgewiesen, damit sie die darauf entfallenden Sozialversicherungsbeiträge berechne und entsprechend verfüge.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 180.-- zu bezahlen.
4. Zu eröffnen (R):
 - B. _____ AG z.H. der Beschwerdeführerin
 - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen
 - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

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.