



Abteilung III
C-1945/2011

Urteil vom 23. Mai 2013

Besetzung

Richter Vito Valenti (Vorsitz),
Richter Daniel Stufetti,
Richter Stefan Mesmer,
Gerichtsschreiberin Madeleine Keel.

Parteien

A. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

Schweizerische Ausgleichskasse SAK,
Avenue Edmond-Vaucher 18, Postfach 3100, 1211 Genf 2,
Vorinstanz.

Gegenstand

AHV (freiwillige Versicherung), Einspracheentscheid vom
2. März 2011.

Sachverhalt:**A.**

Der am (...) 1951 geborene, verheiratete schweizerische Staatsangehörige A._____ lebt seit (...) 1997 in Kanada. Dort betreibt er zusammen mit seiner Ehefrau einen Landwirtschaftsbetrieb. Per (...) 1998 wurde A._____ in die freiwillige Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (nachfolgend: freiwillige Versicherung) aufgenommen (Akten der Vorinstanz, [*im Folgenden: act.*] 1).

B.

Mit Beitragsverfügung vom 8. November 2010 (act. 21) legte die Schweizerische Ausgleichskasse (nachfolgend: SAK) die Beiträge von A._____ an die freiwillige Versicherung für das Jahr 2009 auf Fr. (...)- (Beiträge in der Höhe von Fr. (...) zuzüglich eines Verwaltungskostenbeitrags von Fr. [...]) fest. Sie legte der Berechnung ein beitragspflichtiges Einkommen von Fr. (...)- zugrunde. Das anrechenbare Einkommen ermittelte sie unter Berücksichtigung eines Nettoeinkommens von CAD (...) abzüglich CAD (...) (2,5% des Eigenkapitals). Die beiden Beträge wurden zum Kurs von 0.95958 in Schweizer Franken umgerechnet. Zusätzlich wurden "andere Einkommen" von Fr. (...)- angerechnet.

C.

Gegen diese Beitragsverfügung erhob A._____ mit Schreiben vom 30. November 2010 (act. 22) Einsprache bei der SAK. Er machte geltend, er sei nicht einverstanden, dass er und seine Ehefrau je CHF (...)- bezahlen müssten. Ihre Bank habe sie gezwungen, eine Corporation zu gründen, sonst hätten sie keine grösseren Investitionen mehr tätigen können. Diese Beiträge von CAD (...)- pro Person (Capital Gain) seien nie ausbezahlt worden. Das wirkliche steuerbare Einkommen liege pro Person bei CAD (...) gemäss der kanadischen Steuerveranlagung.

D.

Mit Einspracheentscheid vom 2. März 2011 (act. 25) wies die SAK die Einsprache ab. Zur Begründung führte sie aus, als Erwerbseinkommen gelte das gesamte, aus einer beruflichen Tätigkeit erzielte Einkommen (Bruttoeinkommen), gleichgültig, ob es hauptberuflich oder nebenberuflich, durch dauernde oder bloss gelegentliche Tätigkeit erzielt wurde. Vom Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit könnten nachgewiesene Abzüge gemäss Art. 9 Abs. 2 lit. a-e AHVG vorgenommen werden. Mangels Vorliegens der verlangten Buchhaltungsunterlagen (statement of income and retained earnings) sei als jährliches Einkommen das Bruttoein-

kommen von CAD (...)- berücksichtigt worden. Einspracheweise seien keine Belege vorgelegt worden, die eine Änderung der Entscheidungsgrundlagen ermöglicht hätten. Die Berechnung des in Kanada steuerbaren Einkommens stimme nicht mit der für die Beitragsveranlagung vorzunehmenden Berechnung überein, weshalb nicht ohne weiteres vom Betrag von CAD (...) ausgegangen werden könne; die Berechnung sei daher korrekt erfolgt und die Einsprache sei abzuweisen.

E.

Gegen den Einspracheentscheid vom 2. März 2011 (act. 25) erhob A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 26. März 2011 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (Akten im Beschwerdeverfahren, [*im Folgenden: B-act.*] 1). Er machte geltend, er sei nicht einverstanden, dass er und seine Ehefrau je Fr. (...) bezahlen müssten. Ihre Bank habe sie gezwungen, eine "Corporation (Inc.)" zu gründen, sonst hätten sie keine Gelegenheit, die Hypothek von CAD (...) abzahlen. Nach dem Kanadischen Steuer Act (Canadian Income Tax Act) habe eine Corporation Steuervorteile zur Tilgung von Schulden. Das sei der Grund gewesen, weshalb sie die Farm in eine Corporation umgewandelt hätten, sie hätten sich so vor der Zahlungsunfähigkeit gerettet. Das Einkommen von CAD (...) sei nicht aus einer beruflichen Tätigkeit, sondern nur durch eine Reorganisation erzielt worden, wobei ein künstliches Einkommen von je CAD (...) und ein Abzug von je CAD (...) erzielt worden seien. Diese Reorganisation sei eine Verteidigungsmassnahme gewesen, um die finanzielle Situation der Farm zu verbessern. Das wirklich erzielte Einkommen betrage je CAD (...). Schliesslich führte der Beschwerdeführer aus, sei es unmöglich, dass die Farm innerhalb eines Jahres sieben Mal grösser geworden und soviel mehr Verdienst erzielt haben solle. Der Beschwerde wurden die Bilanz der Farm per 31. Dezember 2009, das Statement of Income per 31. Dezember 2009 sowie die Einschätzung der Canada Revenue Agency 2009 beigelegt.

F.

Mit Vernehmlassung vom 26. Mai 2011 (B-act. 3) beantragte die SAK die Abweisung der Beschwerde. Vom Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit könnten nachgewiesene Abzüge gemäss Art. 9 Abs. 2 Bst. a-e AHVG vorgenommen werden. Die Beiträge an die Sozialversicherung seien laut Art. 9 Abs. 2 Bst. a-e AHVG nicht abzugsfähig, entsprechend seien die Abzüge "Deductions CPP/QPP" (Canada Pension Plan/Quebec Pension Plan) von CAD (...) nicht zu berücksichtigen. In der kanadischen Steuererklärung "Taxpayer and Spouse Summary-

Federal-2009" werde der Betrag von CAD (...)- (inklusive der durch die Umwandlung der Rechtsform entstandene Kapitalgewinn von CAD [...]-) als Bruttoeinkommen bezeichnet. Der Kapitalgewinn sei – mit anderen Worten – als Einkommen aufgeführt. Es bestehe demnach keine Veranlassung, den Effekt der Umwandlung der Rechtsform als Vermögen zu veranlagen. Der geltend gemachte Kapitalgewinnabzug von CAD (...)- (capital gains deductions) sei in Art. 9 Abs. 2 Bst. a-e AHVG nicht vorgesehen. Dieser Steuerabzug könne zur Berechnung des freiwilligen AHV/IV-Beitrages nicht berücksichtigt werden.

G.

Der Beschwerdeführer liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

H.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Beweismittel ist – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) in Verbindung mit Art. 33 lit. d VGG und Art. 85^{bis} Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden von Personen im Ausland gegen Verfügungen der Schweizerischen Ausgleichskasse. Es liegt keine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG vor. Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.2 Aufgrund von Art. 3 lit. d^{bis} des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021) findet das VwVG keine Anwendung in Sozialversicherungsrechtssachen, soweit das Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) anwendbar ist. Gemäss Art. 1 Abs. 1 AHVG sind die Bestimmungen des ATSG auf die im ersten Teil geregelte Alters- und Hinterlassenenversicherung anwendbar, soweit das AHVG nicht ausdrücklich eine Abweichung vom ATSG vorsieht.

1.3 Der Beschwerdeführer ist durch den angefochtenen Einspracheentscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung, sodass er im Sinne von Art. 59 ATSG beschwerdelegitimiert ist.

1.4 Da die Beschwerde im Übrigen frist- und formgerecht (Art. 60 Abs. 1 ATSG und Art. 52 Abs. 1 VwVG) eingereicht wurde, ist darauf einzutreten.

2.

Vorab ist zu prüfen, welche Rechtsnormen im vorliegenden Verfahren zur Anwendung gelangen.

2.1 In materieller Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung hatten (BGE 130 V 329). Mangels anderslautender einschlägiger Bestimmungen im Abkommen über die Soziale Sicherheit zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Kanada (SR 0.831.109.232.1), und weil es sich beim Beschwerdeführer um einen schweizerischen Staatsangehörigen handelt, finden für das vorliegende Verfahren das per 1. Januar 2003 in Kraft getretene ATSG sowie das AHVG, die Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101) und die Verordnung vom 26. Mai 1961 über die freiwillige Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (VFV, SR 831.111) Anwendung.

2.2 Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens kann die Verletzung von Bundesrecht unter Einschluss des Missbrauchs oder der Überschreitung des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des Sachverhalts sowie die Unangemessenheit des Entscheids gerügt werden (Art. 49 VwVG).

3.

Vorliegend ist strittig und vom Bundesverwaltungsgericht zu prüfen, ob die SAK die Beiträge des Beschwerdeführers für die Beitragsperiode 2009 korrekt festgelegt hat.

3.1 Zunächst sind die im vorliegenden Fall anwendbaren Normen und Rechtsgrundsätze aufzuführen.

3.1.1 Art. 2 Abs. 1 AHVG bestimmt, dass Schweizer Bürger und Staatsangehörige der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Freihandelsassoziation, die nicht in einem Mitgliedstaat der

Europäischen Gemeinschaft oder der Europäischen Freihandelsassoziation leben, der freiwilligen Versicherung beitreten können, falls sie unmittelbar vorher während mindestens fünf aufeinander folgenden Jahren obligatorisch versichert waren.

3.1.2 Der Bundesrat erlässt ergänzende Vorschriften über die freiwillige Versicherung; er bestimmt insbesondere die Frist und die Modalitäten des Beitritts, des Rücktritts und des Ausschlusses. Ferner regelt er die Festsetzung und Erhebung der Beiträge sowie die Gewährung von Leistungen. Er kann die Bestimmungen betreffend die Dauer der Beitragspflicht, die Berechnung der Beiträge sowie den Beitragsbezug den Besonderheiten der freiwilligen Versicherung anpassen (Art. 2 Abs. 6 AHVG).

3.1.3 Die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten belaufen sich auf 9,8 Prozent des massgebenden Einkommens. Die Versicherten müssen mindestens den Mindestbeitrag von Fr. 904.- im Jahr entrichten (Art. 13b Abs. 1 VFV).

3.1.4 Zum Erwerbseinkommen gehört, soweit nicht in den nachfolgenden Bestimmungen der AHVV ausdrücklich Ausnahmen vorgesehen sind, das im In- und Ausland erzielte Bar- und Naturaleinkommen aus einer Tätigkeit einschliesslich Nebenbezüge (Art. 6 Abs. 1 AHVV).

3.1.5 Dabei wird zwischen Erwerbseinkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit und solchem aus unselbständiger Erwerbstätigkeit unterschieden, wobei diese Abgrenzung teilweise nicht einfach vorzunehmen ist (vgl. dazu UELI KIESER zu Art. 5 AHVG, Rz. 6 ff., in: ERWIN MURER/HANS-ULRICH STAUFFER [Hrsg.], Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2012).

Die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe in Art. 10 bis 12 ATSG nach der bisherigen Rechtsprechung. Danach ist nicht primär die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien ausschlaggebend. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein (BGE 123 V 161 E. 1). Der Begriff des Arbeitnehmers ist somit nicht mit demjenigen des Arbeitsvertragsrechts in Art. 319 ff. OR gleichzusetzen, sondern soll in einem weiteren sozialversicherungsrechtlichen Sinn als Unselbständiger verstanden

werden (vgl. BGE 115 Ib 37 E. 4d). Bei der Beurteilung, ob jemand selbständig oder unselbständig erwerbstätig ist, muss die beitragsrechtliche Stellung aufgrund der gesamten Umstände des Einzelfalles beurteilt werden. Weil vielfach Elemente beider Erwerbsarten auftreten, muss sich der Entscheid danach richten, welche dieser Elemente im konkreten Fall überwiegen (BGE 123 V 161 E. 1; 122 V 171 E. 3a; 119 V 161 E. 2; 115 V 1 E. 3a).

Einkommen aus selbständiger Tätigkeit ist jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt (Art. 9 Abs. 1 AHVG; vgl. auch Art. 17 AHVV). Das Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit wird ermittelt, indem vom hierdurch erzielten rohen Einkommen die in Art. 9 Abs. 2 Bst. a-e AHVG aufgezählten Abzüge vorgenommen werden. Für die Ausscheidung und das Ausmass der nach Art. 9 Abs. 2 lit. a bis e AHVG zulässigen Abzüge sind die Vorschriften über die direkte Bundessteuer massgebend (Art. 18 Abs. 1 AHVV).

Bei der unselbständigen Tätigkeit indessen wird vom Einkommen (Lohn) ein Beitrag erhoben. Dabei gilt als Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit (Art. 5 Abs. 2 AHVG).

3.2

3.2.1 Der Beschwerdeführer machte geltend, das Einkommen von CAD (...)- sei nicht aus einer beruflichen Tätigkeit, sondern nur durch eine Reorganisation der Farm in eine Corporation erzielt worden. Das wirklich erzielte Einkommen betrage CAD (...).

3.2.2 Die SAK führte dagegen unter Bezugnahme auf Rz. 4010 der Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherung zur freiwilligen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung für Auslandschweizer aus, der Betrag von CAD (...)- (inklusive der durch die Umwandlung der Rechtsform entstandene Kapitalgewinn von CAD [...]-) werde in der kanadischen Steuererklärung "Taxpayer and Spouse Summary-Federal-2009" als Bruttoeinkommen bezeichnet. Der Kapitalgewinn sei – mit anderen Worten – als Einkommen aufgeführt. Es bestünden demnach keine Anhaltspunkte dafür, den Effekt der Umwandlung der Rechtsform als Vermögen zu veranlagern. Der geltend gemachte Kapitalgewinnabzug von CAD (...)- (capital gains deductions) sei in Art. 9 Abs. 2 Bst. a-e AHVG

nicht vorgesehen. Dieser Steuerabzug könne zur Berechnung des freiwilligen AHV/IV-Beitrages nicht berücksichtigt werden.

3.3 Unbestritten und aus den Akten ersichtlich ist, dass der Beschwerdeführer zusammen mit seiner Ehefrau einen Landwirtschaftsbetrieb (eine Farm) führt.

3.4

3.4.1 Hingegen stellt sich die Frage, ob der Beschwerdeführer in Bezug auf seine Tätigkeit wie bis 2008 als Selbständigerwerbender zu qualifizieren ist, oder ob die Umwandlung der Farm in eine "Corporation" nach kanadischem Recht im Jahr 2009 allenfalls eine neue Qualifikation des Beschwerdeführers als unselbständig Erwerbender in der freiwilligen Versicherung nach sich ziehen könnte bzw. müsste. Zu dieser Frage hat sich die Vorinstanz weder in der Verfügung, noch im Einspracheentscheid und auch nicht in der Beschwerdeantwort geäußert und hat den Beschwerdeführer weiterhin als selbständig erwerbstätig eingeschätzt.

3.4.2 Ganz im Gegensatz zum Zeitpunkt des Erlasses der ursprünglichen Verfügung vom 8. November 2010 (act. 21), als der Vorinstanz mangels Einreichung der relevanten Unterlagen noch keinerlei Hinweise für eine Änderung in den Verhältnissen vorlagen, hätte sie bei Erlass des Einspracheentscheides vom 2. März 2011 (act. 25), nachdem seitens des Beschwerdeführers in der Einsprache vom 30. November 2010 (act. 22) geltend gemacht worden war, dass er eine "Corporation" nach kanadischem Recht gegründet habe, eine vertiefte Prüfung bezüglich dem AHV-rechtlichen Status des Beschwerdeführers vornehmen müssen. Indem die Vorinstanz dies unterliess und stattdessen nur ausführte, mangels Belegen sei keine Änderung der Entscheidungsgrundlagen möglich, hat sie die ihr obliegende Abklärung des Sachverhalts unvollständig wahrgenommen und damit Bundesrecht verletzt.

3.4.3 Da die Qualifikation einer kanadischen "Corporation" nach schweizerischem Recht und ihre Auswirkungen auf die AHV-rechtliche Stellung des Beschwerdeführers nicht genügend abgeklärt wurden und sich auch aus den Akten keine gesicherten Schlüsse diesbezüglich ziehen lassen, kann eine abschliessende materielle Beurteilung durch das Bundesverwaltungsgericht nicht vorgenommen werden, weshalb die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen ist.

3.4.4 Aus diesen Gründen ist die Beschwerde vom 26. März 2011 insoweit gutzuheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. März 2011 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen ist (Art. 61 Abs. 1 VwVG).

3.4.5 Bei der Neuurteilung wird die Vorinstanz die Rechtsprechung des Bundesgerichtes zu berücksichtigen haben, welches bis anhin bei Personen, die als Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft tätig sind, in aller Regel von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit ausgeht und deren Entschädigung als massgebenden Lohn qualifiziert (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 2A.461/2006 vom 2. März 2007 E. 4.3 mit Hinweisen). Auch hat das Bundesgericht Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung bisher stets als Unselbständigerwerbende bezeichnet und die ihnen aus ihrer Tätigkeit als Angestellte der Gesellschaft zugeflossenen Entgelte als Lohn betrachtet (vgl. BGE V 234 ff., nicht publizierte E. 5b des Urteils C51/94 vom 4. September 1997 m.H.; BGE 120 Ib 199 E. 4a; Urteil des Bundesgerichtes H 77/74 vom 19. Mai 2005 E. 3 und 4; sowie UELI KIESER, a.a.O.).

4.

Zu befinden bleibt über eine allfällige Parteientschädigung.

4.1 Das Verfahren ist für die Parteien kostenlos (Art. 85^{bis} Abs. 2 AHVG).

4.2 Die Beschwerdeinstanz kann grundsätzlich der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Als Bundesbehörde hat die SAK jedoch keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

4.3 Auch der nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführer hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da ihm keine unverhältnismässig hohen Kosten entstanden sind (Vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 3 und 4 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde vom 26. März 2011 wird insoweit gutgeheissen, als der angefochtene Einspracheentscheid vom 2. März 2011 aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurückgewiesen wird.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben, und es wird keine Parteient-schädigung zugesprochen.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Einschreiben mit Rückschein)
- die Vorinstanz (Ref-Nr.; Gerichtsurkunde)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Vito Valenti

Madeleine Keel

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: