



**Fall-Nr.:** AHV 2015/5  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** AHV - Alters- und Hinterlassenenversicherung  
**Publikationsdatum:** 09.11.2016  
**Entscheiddatum:** 09.11.2016

### **Entscheid Versicherungsgericht, 09.11.2016**

**Art. 5 Abs. 2 AHVG. Art. 7 lit. h AHVV. Verwaltungsratsentschädigung. Wird ein Dritter (vorliegend eine Kollektivgesellschaft [Anwaltskanzlei]) mit der Führung eines Verwaltungsratsmandats beauftragt, stellt die Entschädigung nur dann keinen massgebenden Lohn dar, wenn der Verwaltungsrat Arbeitnehmer des Dritten ist und dessen Interessen im Verwaltungsrat vertritt. Dies ist vorliegend nicht der Fall, da der Verwaltungsrat Gesellschafter der Kollektivgesellschaft ist und auch nicht die Interessen der Anwaltskanzlei im Verwaltungsrat vertritt (Entscheid des Versicherungsgerichts des KantonsSt. Gallen vom 9. November 2016, AHV 2015/5).Entscheid vom 9. November 2016**

Besetzung

Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungs-richterinnen Karin Huber-Studerus und Marie Löhner; Gerichtsschreiber Jürg Schutzbach

Geschäftsnr.

AHV 2015/5

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Beschwerdeführerin,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Cyrill Littmann, Freiestrasse 204, Postfach 1670, 8032 Zürich,



## St.Galler Gerichte

gegen

**Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen**, Ausgleichskasse, Brauerstrasse  
54, Postfach, 9016 St. Gallen,

**Beschwerdegegnerin,**

Gegenstand

**Nachbelastung von paritätischen Beiträgen 2010 - 2013**

**(Verwaltungsratshonorare)**

**Sachverhalt**

A.

A.a Die A.\_\_\_\_ AG ist seit 1. Juli 2009 als beitragspflichtige Arbeitgeberin der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (SVA St. Gallen) angeschlossen. Am 7. Oktober 2014 führte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA Zürich) eine Arbeitgeberkontrolle durch und stellte im Revisionsergebnis zu Händen der SVA St. Gallen fest, dass die an den Verwaltungsrat B.\_\_\_\_ ausbezahlte Verwaltungsratsentschädigung von Fr. 24'000.-- (in den Jahren 2010 - 2013 je Fr. 6'000.--) aufzurechnen sei (act. G 3.1/10 ff.). Mit Nachzahlungsverfügungen vom 31. Oktober 2014 betreffend die Jahre 2010 bis 2013 veranlagte die Sozialversicherungsanstalt St. Gallen jeweils eine Lohnsumme von Fr. 6'000.-- und stellte entsprechend Rechnung über Fr. 846.10 (2010), Fr. 868.80 (2011 und 2012) sowie Fr. 856.05 (2013; jeweils inkl. Verwaltungskosten [act. G 3.1/14]). Am 4. November 2014 erliess sie zudem vier Verzugszinsverfügungen (act. G 3.1/15).

A.b Mit Einsprache vom 26. November 2014 machte die Vertreterin der A.\_\_\_\_ AG geltend, von der Aufrechnung der an B.\_\_\_\_ bezahlten Verwaltungsratshonorare sei abzusehen. Diese seien als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Dabei bezog sie sich auf eine Vereinbarung zwischen der A.\_\_\_\_ AG und der Anwaltskanzlei C.\_\_\_\_, wonach die C.\_\_\_\_ der AG eine bestimmte natürliche Person



zur Verfügung stelle, um die Funktion des Verwaltungsrats auszuüben. Sowohl aus dem Entscheid des Bundesgerichts vom 28. August 2007 (H 203/06 [= BGE 133 V 498]) als auch aus WML Ziff. 2039 bis 2042 ergebe sich, dass nur die persönlich an einen Verwaltungsrat ausbezahlte Entschädigung massgebenden Lohn darstelle (act. G 3.1/16). Mit Entscheid vom 12. Februar 2015 wies die SVA St. Gallen die Einsprache ab. Für die beitragsrechtliche Qualifikation einer Tätigkeit sei unerheblich, ob eine versicherte Person bereits bei einer Ausgleichskasse als Selbstständigerwerbende abrechne. Vorliegend sei unbestritten, dass B.\_\_\_\_ die fragliche Entschädigung von Fr. 6'000.-- im Jahr für seine Tätigkeit als Verwaltungsrat bei der Einsprecherin erhalte. Es handle sich somit um Entgelte eines Verwaltungsrats, die nach Art. 7 lit. h AHVV als massgebender Lohn im Sinn von Art. 5 Abs. 1 AHVG gelten. Der Hinweis auf H 203/06 helfe nicht weiter. Daraus sei einzig abzuleiten, dass eine Gesellschaft für das Honorar eines Verwaltungsrats dann keine Beiträge bezahlen müsse, wenn dieser eine solche Tätigkeit als Vertreter und Arbeitnehmer eines Dritten ausübe. Dies sei vorliegend nicht der Fall (act. G 3.1/19).

B.

B.a Gegen diesen Entscheid richtet sich die vorliegende Beschwerde vom 16. März 2015 mit dem Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids sowie der diesem zu Grunde liegenden Nachzahlungsverfügungen. Eventualiter sei der Einspracheentscheid aufzuheben und zur Neubeurteilung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. B.\_\_\_\_ sei als selbstständiger Rechtsanwalt und Partner im Anwaltsunternehmen C.\_\_\_\_ tätig. C.\_\_\_\_ sei eine Kollektivgesellschaft im Sinn von Art. 552 ff. OR. B.\_\_\_\_ rechne seine Einkünfte aus seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ab. Dazu gehöre auch die Erbringung von Beratungsdienstleistungen gegenüber Mandanten, zuweilen auch in der Funktion eines Mitglieds des Verwaltungsrats von juristischen Personen beziehungsweise Mandanten. Gemäss Bundesgericht stelle das Verwaltungsrats honorar nur dann und soweit massgebenden Lohn dar, wenn es an den Verwaltungsrat persönlich ausbezahlt werde. Vorliegend seien die fraglichen Verwaltungsrats honorare in Übereinstimmung mit der Mandatsvereinbarung zwischen C.\_\_\_\_ und der Beschwerdeführerin an C.\_\_\_\_ als verantwortliche Partei der Mandatsvereinbarung und Dienstleisterin ausbezahlt und somit nicht an B.\_\_\_\_ persönlich überwiesen worden. Das interne Rechtsverhältnis



zwischen dem Honorarempfänger (C.\_\_\_\_) und dem bestellten Verwaltungsrat (Arbeitsverhältnis oder Gesellschaftsverhältnis wie vorliegend) könne keinen Einfluss auf die Qualifikation des Entgelts an die Honorarempfängerin als nicht massgebenden Lohn haben. Die alleinige Tatsache, dass B.\_\_\_\_ Partner und nicht Angestellter der C.\_\_\_\_ sei, könne nicht dazu führen, dass der Sinngehalt der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nachteilig im Sinn eines Umkehrschlusses zulasten der Beschwerdeführerin ausgelegt werde (act. G 1).

B.b Mit Schreiben vom 24. April 2015 beantragt die Beschwerdegegnerin unter Verweis auf die Ausführungen im Einspracheentscheid Abweisung der Beschwerde (act. G 3). Die Beschwerdeführerin verzichtet nach Akteneinsicht auf eine weitere Stellungnahme (act. G 7).

B.c Mit Schreiben vom 19. Mai 2015 gibt die Verfahrensleitung B.\_\_\_\_ Gelegenheit, eine förmliche Beiladung zum Verfahren zu beantragen, worauf dieser verzichtet (act. G 8).

### Erwägungen

1.

1.1 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 wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen (Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG [SR 831.10])). Zu dem für die Berechnung der Beiträge massgebenden Lohn gehören namentlich Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an die Mitglieder der Verwaltung und der geschäftsführenden Organe (Art. 7 lit. h der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV [SR 831.101])).

1.2 In der ab Januar 2009 und bis heute gültigen Fassung von Ziff. 2039 WML handelt es sich bei Entschädigungen für Verwaltungsratsstätigkeit nicht um massgebenden Lohn, wenn folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sind: Das Entgelt muss direkt an



die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber des Verwaltungsrats ausgerichtet werden, die Verwaltungsrätin oder der Verwaltungsrat muss den Arbeitgeber im Verwaltungsrat vertreten und das Entgelt muss an den Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin in der Schweiz bezahlt werden. In der bis Ende 2004 gültig gewesenen Fassung (damals Ziff. 2033) wurde ebenfalls bestimmt, dass die auszahlende Gesellschaft nicht über das Entgelt abzurechnen hat, wenn dieses direkt an den Arbeitgeber des Verwaltungsrats oder der Verwaltungsrätin vergütet wurde und dieser bzw. diese den Arbeitgeber im Verwaltungsrat der auszahlenden Gesellschaft vertritt. Diese Bestimmung wurde vom Bundesgericht für rechtmässig befunden (BGE 133 V 498 E. 5.2).

2.

2.1 Der Sachverhalt ist nicht umstritten. Es sei insbesondere auf die Vereinbarung zwischen der Beschwerdeführerin und C.\_\_\_\_ vom 21. Januar 2009 hingewiesen, wonach letztere der Aktiengesellschaft gegen ein jährliches Entgelt von Fr. 6'000.--, zuzüglich Mehrwertsteuer, eine natürliche Person zur Verfügung stellt, welche die Funktion eines Mitglieds des Verwaltungsrats der Aktiengesellschaft wahrnimmt (act. G 1.5). Umstritten ist dagegen, ob die von der Beschwerdeführerin an die C.\_\_\_\_ bezahlte Entschädigung als massgebender Lohn im Sinn von Art. 7 lit. h AHVV zu qualifizieren ist. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, gemäss Bundesgericht (BGE 133 V 498 E. 5.2) stelle das Verwaltungsrats honorar nur dann und soweit massgebenden Lohn dar, wenn es an den Verwaltungsrat persönlich ausbezahlt werde. Übe der Verwaltungsrat seine Tätigkeit hingegen als Arbeitnehmer eines Dritten aus und werde die Entschädigung für die Verwaltungsrats-tätigkeit diesem Dritten ausbezahlt, so sei sie nicht massgebender Lohn des Verwaltungsrats, sondern allenfalls Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit dieses Dritten. Vorliegend seien die fraglichen Verwaltungsrats honorare in Übereinstimmung mit der Mandatsvereinbarung zwischen der C.\_\_\_\_ und der Beschwerdeführerin an die C.\_\_\_\_ als verantwortliche Partei und Dienstleisterin ausbezahlt und nicht an B.\_\_\_\_ persönlich überwiesen worden. Dies spreche gegen die Einstufung als massgebenden Lohn. Das interne Rechtsverhältnis zwischen der Honorarempfängerin (vorliegend C.\_\_\_\_) und dem bestellten Verwaltungsrat (Arbeitsverhältnis oder Gesellschaftsverhältnis wie vorliegend) könne sodann keinen Einfluss auf die Qualifikation des Entgelts an die Honorarempfängerin als nicht massgebenden Lohn haben.



2.2 Dieser Auffassung ist nicht zu folgen. Zwar führt das Bundesgericht im Entscheid BGE 133 V 498 E. 5.1 aus, dass eine Aktiengesellschaft (auch) für die Verwaltungsrats­tätigkeit grundsätzlich eigene Arbeitnehmende anstellen, einen selbstständig erwerbenden Dritten oder aber eine juristische Person beauftragen könne, welche allenfalls eigene, von ihr entlohnte Mitarbeitende einsetze. Im zweiten Fall liege Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit, im letzten Fall gar kein beitragspflichtiges Einkommen vor. Dies gelte auch im Rahmen des Art. 7 lit. h AHV. Diese Formulierung ist insofern missverständlich, als auch im zweiten Fall (Beauftragung eines selbstständig erwerbenden Dritten) für die Befreiung von der Beitragspflicht ein Arbeitsverhältnis (im AHV-rechtlichen Sinn) erforderlich ist und der Arbeitnehmer den Arbeitgeber im Verwaltungsrat der AG vertreten muss. Dies ergibt sich aus den weiteren Ausführungen des Bundesgerichts, wonach nicht von massgebendem Lohn, sondern allenfalls von Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit (bei einer natürlichen Person [oder aber bei einer Personengesellschaft]) auszugehen sei, wenn der Verwaltungsrat seine Tätigkeit als Arbeitnehmer des Dritten ausübe und die Entschädigung diesem Dritten ausbezahlt werde (E. 5.2). Letztlich soll - unter bestimmten Voraussetzungen - nur verhindert werden, dass das gleiche Verwaltungsrats­honorar von zwei verschiedenen Arbeitgebenden (einerseits AG und andererseits Dritter als Arbeitgeber des Verwaltungsrats) als beitragspflichtiges Einkommen (massgebender Lohn) zu verabgeben ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich aus dem zitierten Bundesgerichtsentscheid jedoch nicht, dass die ausnahmsweise Befreiung von der Beitragspflicht auch ohne Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses (wie vorliegend eines Gesellschaftsverhältnisses) greifen soll bzw. dass eine beitragsbefreiende Ausnahme auch dann vorliegen soll, wenn der selbstständig erwerbende Dritte oder mit ihm in einem Gesellschaftsverhältnis verbundene Personen das Verwaltungsratsmandat persönlich ausüben. Nachdem das Bundesgericht die fragliche WML-Bestimmung (Rz 2039 bzw. die Vorgängerbestimmung Rz 2033) für gesetzmässig erklärt hat (E. 5.2), bleibt es dabei, dass es sich nur dann nicht um massgebenden Lohn im Sinn von Art. 7 lit. h AHV handelt, wenn kumulativ das Entgelt direkt an die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber des Verwaltungsrats ausgerichtet wird und dieser die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber im Verwaltungsrat vertritt. Nachdem der Verwaltungsrat Arbeitnehmer des Dritten sein muss (und damit ohnehin an Stelle



dieses Dritten handelt und gegenüber diesem innerhalb gewisser Schranken weisungsgebunden ist [vgl. BGE 133 V 498 E. 5.1]), kann letztere Bestimmung nur bedeuten, dass er die Interessen des Dritten im Verwaltungsrat vertreten muss (der Begriff der Vertretung also nicht bloss dahingehend verstanden wird, dass der Verwaltungsrat an Stelle des Dritten handelt, ansonsten dieses Kriterium keine eigenständige Bedeutung mehr hätte). Das trifft beispielsweise zu, wenn der Dritte (der seit der WML-Fassung von 2009 keine juristische Person mehr zu sein braucht) am Kapital der AG beteiligt ist. Das Bundesgericht geht denn auch davon aus, dass die Ausnahmeregelung namentlich auf Konzernverhältnisse Anwendung findet (E. 5.1). Eine Ausnahme von der Erfassung des Verwaltungsrats Honorars als massgebender Lohn fällt somit im Rahmen einer gewillkürten Bestellung des Verwaltungsrates durch einen Dritten ohne eigene Interessenvertretung ausser Betracht.

2.3 Nachdem vorliegend weder ein Arbeitsverhältnis zwischen dem Verwaltungsrat B.\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_ besteht und jener auch nicht die Interessen der C.\_\_\_\_ im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin vertritt, sind die Voraussetzungen gemäss Rz 2039 WML zur ausnahmsweisen Nichterfassung als massgebender Lohn nicht erfüllt. Mangels Arbeitsverhältnisses zwischen B.\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_ besteht denn auch nicht die Gefahr einer doppelten Verabgabung der fraglichen Verwaltungsratsentschädigungen als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit. Schliesslich steht B.\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin nicht im Sinn von Rz 2042 WML als selbstständiger Anwalt bzw. als Dritter gegenüber. Vielmehr ist die von ihm bei der Beschwerdeführerin ausgeübte Tätigkeit gerade mit der Stellung als Organ verbunden bzw. besteht diese sogar ausschliesslich in der Organstellung und kann somit nicht losgelöst davon ausgeübt werden, sodass auch unter diesem Aspekt nicht von einer selbstständigen Erwerbstätigkeit auszugehen ist. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 12. Februar 2015 erweist sich damit als rechtens.

3.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

### Entscheid



im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.