

## **Familienzulagen Allocations familiales**

KGVS S1 07 178

*KVGE X. c CIVAF vom 20. Mai 2008*

### **Beitragsrechtliche Qualifikation des Einkommens**

- Das Einkommen eines Geschäftsführers einer Schwimmbadanlage stellt massgebenden Lohn dar.
- Beitragserhebung auf lediglich gutgeschriebene Entgelte.

### **Qualification juridique du revenu pour le calcul des cotisations.**

- Le revenu d'un gérant de piscine constitue son salaire déterminant.
- Prélèvement de cotisations uniquement sur un salaire comptabilisé.

### **Sachverhalt**

A. Auf Geheiss des Kantonalen Familienzulageamtes veranlasste die CIVAF bei der Y. SA eine Lohnkontrolle. Aufgrund der von der Aktiengesellschaft zur Verfügung gestellten Unterlagen verfügte die CIVAF am 22. Mai 2007 eine Nachzahlung von Fr. 301.65. Diese Nachforderung beruhte auf den von der Y. SA an W. in der Buchhaltung gutgeschriebenen Entgelte. W. war der Geschäftsführer der Schwimmbadanlage der Y. SA, wobei ihm ein jährliches Fixum von Fr. 38'000.-- sowie 25% der Billeiteinnahmen vertraglich zustanden.

B. W. reichte am 20. Juni 2007 gegen die Verfügung der CIVAF vom 22. Mai 2007 Beschwerde beim Kantonalen Versicherungsgericht ein und beantragte sinngemäss die Aufhebung der Beitragsnachforderung. Er machte geltend, die jährliche Entschädigungssumme decke fast vollständig die Aufwendungen ab, eine vollständige Auszahlung der vereinbarten Lohnsumme sei nie erfolgt und hinsichtlich der ausstehenden Forderung sei ein Verzicht zustande gekommen. Im Übrigen bestritt er sein Angestelltenstatut. In ihrer Beschwerdeantwort vom 10. September 2007 führte die CIVAF aus, die ausbezahlte Entschädigung sei der Lohn einer unselbstständigen Tätigkeit, welcher im Prinzip vollumfänglich beitragspflichtig sei. Statt ausbezahlt, könne ein Entgelt auch bloss gutgeschrieben werden. Diesfalls gelte das Entgelt als durch die Gutschrift realisiert. Hinsichtlich des Verzichts könne eine Korrektur erst nach Erhalt des

buchhalterischen Beweises akzeptiert werden. Im Übrigen sei der verfügte Betrag von Fr. 301.65 von der Y. SA bezahlt worden. Replizierend qualifizierte der Beschwerdeführer seine Erwerbstätigkeit als selbstständig und legte dar, der verzichtete Betrag verbleibe in der Buchhaltung, bis die Aktiengesellschaft gelöscht werde. In ihrer abschliessenden Stellungnahme hielt die CIVAF an ihrer Verfügung fest.

### **Erwägungen**

(...)

2. Streitig und zu prüfen ist, ob das Honorar des Geschäftsführers des Schwimmbades der Y. SA mit Sitz in Z. FZ-rechtlicher Sicht zum massgebenden Lohn, d.h. zum Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit, gehört und ob bejahendenfalls die von der CIVAF vorgenommene Beitragserhebung auf lediglich gutgeschriebenen Entgelten korrekt ist, nachdem der Beschwerdeführer darauf verzichtet hat.

3. a) Art. 1 Abs. 2 des Ausführungsreglements zum Gesetz über die Familienzulagen an die Arbeitnehmer und über den kantonalen Familienfonds vom 8. November 1949 (FZAR; SR 836.200) statuiert die sinngemässe Anwendung des AHVG sowie dessen Ausführungsbestimmungen (Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947, AHVV, SR 831.101). Das Beitragsverfahren richtet sich nach AHVG und AHVV, sofern FZAG und FZAR keine Sonderbestimmungen enthalten. Die Begriffe Arbeitgeber und Arbeitnehmer decken sich mit jenen des AHV-Rechts (Art. 12 des Gesetz über die Familienzulagen an die Arbeitnehmer und über den kantonalen Familienfonds vom 8. November 1949, FZAG, SR 836.2 und Art. 1 und 4 FZAR). Daraus folgt, dass Beitragsstatut und beitragspflichtiger Lohn in der kantonalen Familienzulagenordnung und im AHVG grundsätzlich übereinstimmen (ZWR 1986 S. 118, 1983 S. 250; vgl. auch Art. 13 des Reglements der CIVAF).

b) Als unselbstständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt (BGE 119 V 161 E. 2, 115 V 1 E. 3a; AHI 1996 241 E. 3a und 1995 140 E. 3). Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal (BGE 119 V 161 E. 3b; AHI 1993 S. 217 E. 3b, ZAK 1988 S. 378 f.

). Weil vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zutage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 119 V 161, 115 V 1 E. 3a; Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl., Bern 1996, N. 4.28, S. 119, Meyer, Die Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit in der AHV, in: SZS 1984, S. 121 ff.). Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten.

Gemäss konstanter Praxis des Kantonalen Versicherungsgerichts bilden Entschädigungen an Verwalter (zum Beispiel Stockwerkeigentümer) in aller Regel massgebenden Lohn aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG (vgl. hierzu KVG StWEG A. c CIVAF vom 28. April 2008).

c) Von jedem, wie immer bezeichneten Entgelt, muss der Arbeitgeber der Ausgleichskasse bzw. der Familienzulagekasse die gesetzlich vorgeschriebenen paritätischen Sozialversicherungsbeiträge entrichten. Nach Art. 4 Abs. 1 AHVG werden die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten in Prozenten des Einkommens aus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit festgelegt. Der Begriff der Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 4 Abs. 1 AHVG setzt die Ausübung einer auf die Erzielung von Einkommen gerichteten bestimmten persönlichen Tätigkeit voraus, mit welcher die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erhöht werden soll (ZAK 1991 S. 312). Als massgebender Lohn gilt grundsätzlich jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 AHVG). Dazu gehören begrifflich sämtliche Bezüge der Arbeitnehmerin und des Arbeitnehmers, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder gelöst 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 sonst wie aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen ist (BGE 133 V 153 E. 3.1, 131 V 444 E. 1.1, 128 V 176 E. 3c, 126 V 221 E. 4a, 124 V 100 E. 2).

Erfasst werden grundsätzlich alle Einkünfte, die im Zusammenhang mit einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen und ohne dieses

nicht geflossen wären. Umgekehrt unterliegen grundsätzlich nur Einkünfte, die tatsächlich geflossen sind, der Beitragspflicht (AHI 2001 S. 221 f. E. 4a mit Hinweisen). Die Beitragspflicht einer versicherten unselbstständig erwerbstätigen Person entsteht mit der Leistung der Arbeit. Beiträge sind indessen erst bei Realisierung des Lohn- oder Entschädigungsanspruchs geschuldet (BGE 131 V S. 447, BGE 111 V 166 f. E. 4a und b mit Hinweisen). Die Kasse muss demnach grundsätzlich die paritätischen Beiträge jeweils dann erheben, wenn der versicherte Arbeitnehmer den Lohnanspruch realisiert. Dies geschieht normalerweise dann, wenn der Arbeitnehmer das Entgelt für eine vor kürzerer oder längere Zeit geleistete Arbeit erhält (vgl. BGE 115 V 161 E. 4b), ausnahmsweise wenn ihm der Arbeitgeber ein solches Entgelt lediglich gutschreibt (Randziffer 1009 der Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [WML]). Hingegen entsteht die Beitragspflicht nicht, sofern und solange ein allfälliger Lohn für bereits geleistete Arbeit vom künftigen Geschäftserfolg des Arbeitgebers abhängig gemacht wird und demnach der Arbeitnehmer bloss eine zeitlich und dem Betrage nach unbestimmte Anwartschaft auf künftige Lohnnachzahlungen hat (ZAK 1976 S. 85).

d) Nach dem Gesagten gilt es zwischen der Frage des Beitragbezuges, d.h. die Frage, in welchem Zeitpunkt die Beiträge vom massgebenden Einkommen zu entrichten sind, und der vorangehenden Frage der Beitragspflicht als solcher zu unterscheiden. Nach der Rechtsprechung beruht die Beitragspflicht direkt auf dem Gesetz und entsteht, sobald die sie nach dem Gesetz begründenden Tatsachen - Versicherteneigenschaft und Erwerbstätigkeit oder Nichterwerbstätigkeit - eingetreten sind. Ob ein Versicherter dabei dem Beitragsstatut eines Erwerbstätigen oder Nichterwerbstätigen untersteht, hängt davon ab, ob er im Zeitraum, auf den sich die Beitragserfassung bezieht, eine Erwerbstätigkeit mit gewissen Beiträgen auf dem Arbeitserwerb (Art. 10 Abs. 1 Satz 2 AHVG) und von bestimmtem Umfang (Art. 10 Abs. 1 Satz 3 AHVG in Verbindung mit Art. 28bis AHVV) ausübte oder nicht. Massgebend für die Beitragspflicht Erwerbstätiger sind somit die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Ausübung der Erwerbstätigkeit. Zwischen dem Realisierungsprinzip und der Beitragspflicht ist deshalb keine notwendige Verknüpfung gegeben (BGE 111 V 166 E. 4a mit Hinweisen und BGE 110 V 227 E. 3a). Ein Beitragspflichtiger kann demzufolge schon vor dem Eingang der ersten Einkünfte den Status eines Selbstständigerwerbenden bzw. Unselbstständigerwerbenden haben und entsprechend beitragspflichtig werden.

4. a) Hinsichtlich der Qualifikation der vorliegend vom Beschwerdeführer erzielten Entschädigungen hat die CIVAF in richtiger Weise erkannt, dass es sich um AHV- bzw. FZ-pflichtiges Honorar handelt. W. ist als Verwalter des Schwimmbades tätig. Ihm obliegt gemäss Arbeitsvertrag die Führung der Anlage, wobei ihm hinsichtlich der Öffnungszeiten, des Unterhalts und der Abrechnung Weisungen erteilt wurden. Er hat die Beschlüsse der Betreiberin zu beachten und auszuführen. Mithin steht er der Y. SA, gegenüber welcher er rechenschaftspflichtig ist, in einem Subordinationsverhältnis. Das Vorliegen eines solchen ist ebenso wie das Weisungsrecht der Betreiberin ein typisches Merkmal für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit des Verwalters. In der Regel ist jeder Verwalter / Geschäftsführer in der Arbeitsorganisation weitgehend frei. So ist auch bei W. davon auszugehen, dass er sich seine Arbeit als Geschäftsführer eigenständig einteilt. Die Übernahme der Verwaltung beinhaltet aber kein Unternehmerrisiko. Er trägt kein spezifisches Verlustrisiko, was im Vertrag zwischen ihm und der Betreiberin explizit festgehalten wurde. Für die ihm übertragenen Aufgaben erhält er ein regelmässiges, fixes Gehalt. Das einzige Risiko des Verwalters besteht mithin darin, dass ihm die Verwaltung entzogen werden könnte, womit die Entschädigung für die Zukunft entfallen würde. In diesem Punkt unterscheidet er sich aber nicht vom Arbeitnehmer, der gestützt auf einen auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Arbeitsvertrag im Sinne von Art. 319 Abs. 1 OR für einen einzigen Arbeitgeber tätig ist; denn für diesen besteht gleichermassen die Gefahr einer Kündigung (vgl. Art. 335 OR) und damit des Wegfalles seines Lohnes (vgl. AHl 1996 242 E. 3c; BGE 119 V 161 E. 3b). Das fehlende Unternehmerrisiko des Verwalters ist ein weiteres Merkmal für eine unselbstständige Tätigkeit (vgl. Rz 1014 WML). Sodann handelt er im Rahmen seiner Tätigkeit nicht in seinem eigenen Namen. Das Gericht gelangt somit zum Schluss, dass W. die Verwaltung der Schwimmbadanlage in unselbstständiger Stellung ausübt.

b) Entsprechend sind auf den ausbezahlten Entgelten Beiträge zu entrichten. Die CIVAF hat ihre Auffassung, ebenfalls auf die nur gutgeschriebenen Entgelte, sei im Zeitpunkt der Gutschrift der Beitrag zu erheben, aus der Randziffer 1009 der WML abgeleitet. Danach gilt ausnahmsweise das Entgelt durch die Gutschrift als realisiert, wobei die Beiträge in diesem Zeitpunkt zu entrichten sind. Ergänzend wird sodann festgehalten, dass ein gutgeschriebenes Entgelt jedenfalls dann als realisiert gilt, wenn es einer Forderung entspricht, die einen wirtschaftlichen Wert darstellt und über welche die Arbeitnehmenden ver-

fügen können. Demgegenüber gelten gutgeschriebene Entgelte, die eine blossе Anwartschaft auf Lohn bilden, nicht als realisiert (Rz 1010 WML). Gemäss Ziffer 1011 WML darf schliesslich, sofern eine versicherte Person ausnahmsweise für eine in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit kein Entgelt erhält, nicht ein Entgelt in der Höhe, wie es unter den gegebenen Umständen üblich ist, angenommen werden (kein fiktiver Lohn).

In casu ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer für in den Jahren 2003-2005 geleistete Arbeit aus Liquiditätsgründen der Betreiberin kein vollständiges Entgelt erhalten hat und ihm der Betrag von Fr. 27'717.-- lediglich gutgeschrieben wurde. Damit wurde sinngemäss eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer über eine Lohnstundung geschlossen, was als zulässig gilt, soweit sie zur Erhaltung des Arbeitsplatzes bei vorübergehender Illiquidität des Arbeitgebers getroffen wurde (Stahelin, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag, 3. Aufl., N. 22 zu Art. 323b). Demnach wäre - gestützt auf die Ausnahmeregelung - im Zeitpunkt der Gutschrift der FZ-Beitrag zu erheben.

Der Beschwerdeführer bringt nun aber vor, auf die Forderung verzichtet zu haben. Ein Lohnverzicht ist nicht leichthin anzunehmen. Gemäss Rechtsprechung lässt ein "Stehenlassen" von Lohnforderungen nicht ohne weiteres den Schluss auf einen Lohnverzicht zu (BGE 131 V 444 E. 3.3). Anders verhält es sich bei einem klaren Verzicht der versicherten Person auf der Beitragspflicht unterliegende Forderungen aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis (BGE 131 V 444 E. 3.1.2, 126 V 374; ARV 1999 N. 8 S. 34 E. 3b). Zu denken ist hier vorab an einen ganzen oder teilweisen, allenfalls durch konkludentes Verhalten erfolgten Forderungsverzicht des Arbeitnehmers durch gegenseitige Übereinkunft mit dem Arbeitgeber (Art. 115 OR). Dies trifft im vorliegenden Fall zu. Der sowohl vom Arbeitgeber, nämlich von C., als auch vom Arbeitnehmer bzw. dem Beschwerdeführer, unterzeichnete Verzicht bezieht sich auf die der Beitragspflicht unterliegende, strittige Forderung von Fr. 27'717.--. Der Verzicht wurde seitens des Beschwerdeführers mehrfach schriftlich dokumentiert und ist im Grundsatz von der CIVAF nicht bestritten worden. Mithin ist ein ursprünglich bestandener lohnmässiger Entschädigungsanspruch untergegangen und kann nicht mehr klageweise geltend gemacht werden. Das Beharren der CIVAF auf den buchhalterischen Beweis widerspricht unter diesen Voraussetzungen den gesetzlichen Vorgaben und ist unzulässig. Die Beitragsforderung von Fr. 301.65 erweist sich somit nicht als rechtens.