

Beklagte 3 zumindest in grobfahrlässiger Weise unterlassen, wenn er dartut, er habe seit September 1992 hinsichtlich der A und B AG nichts mehr unternommen und lediglich im September 1993 dem Austritt der Beklagten 1 und der neuen Unterschriftenregelung zugestimmt. Die Klägerin sieht daher zu Recht gerade in dieser völligen Untätigkeit des Beklagten 3 ein relevantes Verschulden, zumal die Haftung insbesondere auch durch pflichtwidriges Unterlassen begründet wird (vgl. BGE 112 V 152). Durch sein passives Verhalten hat der Beklagte 3 seine Pflichten als einer von zwei Verwaltungsräten grobfahrlässig verletzt, was die Pflicht zur vollen Schadensdeckung für die ganze Zeit seiner Verwaltungsratsstätigkeit nach sich zieht. Dass der Beklagte 3 von seinen Pflichten nichts gewusst haben will, ändert auch gegebenenfalls nichts. Wer sich ohne entsprechende Kenntnisse als Verwaltungsrat zur Verfügung stellte, trifft ein Übernahmeverschulden, weshalb sich auch der Strohmann einer Haftung nicht entziehen kann (vgl. *Nussbaumer, a.a.O., S. 1077, Fn. 85*).

VGer 21.10.1998

2178

AHV-Beitragsrecht. Abgrenzung zwischen beitragspflichtigem Lohn und Dividendenzahlungen an den Geschäftsführer.

Als massgebender Lohn gilt gemäss Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Zum massgebenden Lohn gehören begrifflich sämtliche Bezüge des Arbeitnehmers, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen (BGE 107 V 199; ZAK 1982, S. 217).

1. Streitig ist, ob und inwieweit die Abgrenzung zwischen Lohn und Dividenden, wie sie bei der Festsetzung der direkten Bundessteuer vorgenommen wurde, für die Ausgleichskasse verbindlich ist. Gemäss Art. 23 Abs. 1 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101) stützen sich die Ausgleichskassen in

der Regel auf die Veranlagung für die direkte Bundessteuer. Nach der Rechtsprechung ist es Sache der Ausgleichskassen, selbständig zu beurteilen, ob ein Einkommensbestandteil als massgebender Lohn oder als Kapitalertrag zu qualifizieren ist. Allerdings sollen sie sich dabei in der Regel an die bundessteuerliche Betrachtungsweise halten (BGE 103 V 4ff, ZAK 1977, S. 377). Die Tatsache, dass die Steuerverwaltung den Lohn als "massgebend" akzeptiert hat, bindet die Ausgleichskasse nicht. Es ist also zu prüfen, ob Gründe für ein Abweichen von der steuerrechtlichen Betrachtungsweise vorliegen.

Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat den Grundsatz aufgestellt, dass Zuwendungen aus dem Reingewinn einer juristischen Person dann zum Lohn nach Art. 5 AHVG gehören, wenn das Arbeitsverhältnis den ausschlaggebenden Grund der Vergütung bildet (ZAK 1989, S. 148; Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV, EO, Nr. 2010). Das heisst, dass der ausbezahlte Lohn und die ausgeschütteten Dividenden in Relation zur Arbeitsleistung zu setzen sind.

Betreffend Aufrechnung von Dividenden als Arbeitsentgelt hat sich im Kanton Nidwalden eine Gerichtspraxis herangebildet, nach welcher bei tiefen Lohnzahlungen und Dividendenzahlungen von über 15% des Aktienkapitals eine Aufrechnung bis zum branchenüblichen Lohn vorgenommen wird. Dieser Kanton hat - wie auch der Kanton Appenzell Ausserrhoden - ein sogenanntes "Dividendenprivileg". Im Kanton Appenzell A.Rh sind Dividenden von einheimischen Gesellschaften für natürliche Personen steuerfrei (Art. 26 Abs. 2 des Gesetzes über die direkten Steuern, bGS 621.11). Dadurch wird ein Anreiz geschaffen, steuer- und AHV-beitragspflichtfreie Dividenden anstelle von steuerbarem und AHV-massgebenden Lohn auszuzahlen. Da im Kanton Nidwalden ebenfalls das "Dividendenprivileg" gilt, erscheint es sinnvoll, dessen Gerichtspraxis für den vorliegenden Fall heranzuziehen.

2. Die Dividendenzahlungen von Fr. 150'000.-- oder 150% des Aktienkapitals 1995 und Fr. 300'000.-- oder 150% des (erhöhten) Aktienkapitals übersteigen die im Kanton Nidwalden vorausgesetzten Dividendenzahlungen von mindestens 15% des Aktienkapitals bei weitem.

Hohe Dividendenausschüttungen werden jedoch nur dann zum massgebenden Lohn hinzugerechnet, wenn daneben ein unüblich tiefer Lohn ausbezahlt wird. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass es sich beim Lohn von A. um einen branchenüblichen Lohn handle, der auch einem Dritten ausbezahlt würde. Die Ausgleichskasse hingegen betrachtet diesen Lohn in Anbetracht der guten Geschäftsergebnisse als zu tief, ohne allerdings darzulegen, wie ein branchenüblicher Lohn zu ermitteln wäre.

A. hatte in den Jahren 1993 bis 1996 Jahreseinkommen von Fr. 108'000.--, Fr. 135'000.--, Fr. 112'500.-- und Fr. 120'000.--. Es besteht keine Möglichkeit, diesen Lohn mit anderen Löhnen in derselben Firma zu vergleichen (anders als in AR GVP 1996, 2156). Mangels anderer Vergleichsmöglichkeiten kann die Angemessenheit des Lohnes anhand der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik überprüft werden. Für Männer in der Klasse 1 (Verrichtung höchst anspruchsvoller und schwierigster Arbeiten) im Kanton Appenzell Ausserrhoden wird ein mittleres Monatseinkommen von Fr. 10'864.-- +/- Fr. 742.-- angegeben (Lohnstrukturerhebung 1994, S. 105). Zieht man weiter in Betracht, dass es sich bei der Z. AG um eine junge Handelsfirma mit wenigen Angestellten handelt, so ist ein Monatslohn des Geschäftsführers von Fr. 10'000.-- durchaus branchenüblich. Wenn die Ausgleichskasse die streitige Aufrechnung mit der Praxis im Kanton Nidwalden begründet, so lässt sie ausser acht, dass in jenem Fall ein unüblich tiefer Lohn ausbezahlt wurde. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall nicht gegeben.

Die Beschwerde wird demnach gutgeheissen und die zwei Nachzahlungsverfügungen der Ausgleichskasse werden aufgehoben.

VGer 18.3.1998