

## Wohlfahrtsfonds und AHV-Beitragsrecht

# Die Wendungen der Rechtsprechung

Sind Ermessensleistungen und Beiträge patronaler Wohlfahrtsfonds AHV-pflichtig oder nicht? Nach einer vermeintlichen Klärung durch das Bundesgericht hat dieses nun in seiner neuesten Rechtsprechung den Ball wieder aufgenommen und ihn mit einem akrobatischen Fallrückzieher an den Gesetz- beziehungsweise Verordnungsgeber zurückgespielt.

Die Bedeutung der «patronalen Wohlfahrtsfonds» ist unbestritten. Sie sind Ausdruck des sozialen Engagements von Arbeitgebern, denen die Fürsorge zugunsten ihres Personals ein Anliegen war und ist. In der Praxis werden von solchen Wohlfahrtsstiftungen häufig etwa bei Restrukturierungs- und Stellenabbaumassnahmen Beiträge zum Auskauf von Rentenkürzungen bei vorzeitigen Pensionierungen, für Überbrückungsrenten oder Härtefallleistungen finanziert. Sie erfüllen damit eine wichtige betriebliche und sozialpolitische Aufgabe.

Gleichzeitig aber geraten eben diese Einrichtungen immer stärker unter Druck. Nicht nur sehen sie sich einer zunehmenden Regulierung durch nicht sachgerechte Vorschriften des BVG ausgesetzt. Sie sind zudem seit einigen Jahren konfrontiert mit einer restriktiven AHV-beitragsrechtlichen Anwendungspraxis, die – ausgehend vom weit gefassten AHV-rechtlichen Lohnbegriff – argumentiert, Wohlfahrtseinrichtungen seien lediglich dem Arbeitgeber «nahestehende Fonds», womit deren (nicht reglementarisch geregelte) Vorsorgebeiträge und Ermessensleistungen wie solche des Arbeitgebers zu behandeln und folglich prinzipiell beitragspflichtig seien.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Franziska Bur Bürgin/Markus Moser, Wohlfahrtsfonds im Würgegriff des AHV-Beitragsrechts, SPV 08/2008, 83 ff. (vgl. auch AWP Nr. 21 vom 21. November 2007, 6 f.); Hansjörg Schenker, Gibt die Politik dem alten «Patron» eine Zukunft?, AWP Nr. 15 vom 1. September 2011, 6 ff.

### Vermeintliche Klärung

Vor weniger als drei Jahren hatte das Bundesgericht im Urteil 9C\_435/2008 vom 21. Oktober 2008 mit bemerkenswert deutlichen Worten klargestellt, dass es keine rechtliche Grundlage dafür gebe, Leistungen einer Vorsorgeeinrichtung, seien diese nun reglementarisch stipuliert oder nicht, als beitragspflichtigen Lohn aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren.

Von entscheidender Bedeutung sei vielmehr, dass sowohl der Begriff des massgebenden Lohns gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG<sup>2</sup> als auch Art. 7 lit. q AHV unmissverständlich an das Arbeitsverhältnis anknüpfen. Die letztere Bestimmung spreche gar ausdrücklich von Leistungen des Arbeitgebers. Somit liessen weder der Gesetzeswortlaut noch der Verordnungstext Raum für die Annahme, beitragspflichtige Entgelte aus unselbständi-

<sup>2</sup> BGE 133 V 558 Erw. 4; 131 V 446 Erw. 1.1

### Autoren

**Markus Moser**  
Dr. iur.,  
Geschäftsführer  
der Pensions-  
kassen Novartis,  
Basel



**Hans-Ulrich Stauffer**  
Dr. iur., Advokat,  
Geschäftsführer  
Stiftung Abendrot,  
Basel

ger Erwerbstätigkeit lägen auch vor, wenn sie nicht von der Arbeitgeberfirma, sondern von einer Drittpartei, namentlich einer vom Arbeitgeber (rechtlich) klar zu unterscheidenden Vorsorgeeinrichtung, zum Beispiel in Gestalt eines patronalen Wohlfahrtsfonds, erbracht werden.

Andererseits sei die Tatsache, dass Art. 6 Abs. 2 lit. h AHV reglementarische Leistungen von Vorsorgeeinrichtungen, die der Begünstigte bei Eintritt des Vorsorgefalls persönlich beanspruchen kann (wozu namentlich Renten aus der obligatorischen und der weitergehenden beruflichen Vorsorge zu zählen sind), vom Begriff des Erwerbseinkommens ausnehme, eine Selbstverständlichkeit. Das bedeute nicht, dass nun umgekehrt alle Leistungen einer Vorsorgeeinrichtung, eines Wohlfahrtsfonds oder einer anderen vorsorgeähnli-

### In Kürze

- > In der Frage, ob Ermessensleistungen und Beiträge patronaler Wohlfahrtsfonds AHV-pflichtig sind, hat das Bundesgericht eine Kehrtwende gemacht
- > Leistungen, die nicht vom Arbeitgeber selber, sondern von seiner Fürsorgeeinrichtung erbracht werden, gehören laut Rechtsprechung ebenfalls zum massgebenden Lohn und unterliegen der AHV-Beitragspflicht

chen Einrichtung, die nicht direkt unter Art. 6 Abs. 2 lit. h AHV subsumiert werden können, auch ohne entsprechende gesetzliche Grundlage als massgebender Lohn der Beitragspflicht unterlägen, wie das BSV annehme. Eine rechtsgenügli-

Grundlage für die Erfassung derartiger Zahlungen als massgebenden Lohn könne nicht mittels eines Umkehrschlusses geschaffen werden, sondern es bedürfe hierzu einer positivrechtlichen gesetzlichen Regelung.

Dieser Entscheid war in der Literatur nahezu einhellig begrüsst<sup>3</sup> und als Votum für die Aufrechterhaltung patronaler Wohlfahrtsfonds und für Ermessensleistungen in der beruflichen Vorsorge schlechthin gewertet worden.

### Die Kehrtwende des Bundesgerichts

Die Freude über die vermeintliche Klärung war verfrüht. Am 8. August 2011 vollzog das Bundesgericht im Urteil 9C\_12/2011 eine spektakuläre Kehrtwende. Zwar wird auch seitens des Bundesgerichts eingeräumt, dass die in der Lehre vorgetragene Argumente «durchaus ernst zu nehmen» seien. Zu beachten sei aber, dass eine Ausdehnung der Ausnahmen vom massgebenden Lohn (nach Art. 6 Abs. 2 lit. h AHV) auf freiwillige Leistungen patronaler Wohlfahrtsfonds eine Preisgabe des Erfordernisses der «Reglementarität» bedingen würde, was wiederum eine Privilegierung gegenüber funktionell gleichartigen direkten Leistungen des Arbeitgebers darstellen würde. Arbeitgeber, denen kein Wohlfahrtsfonds zur Verfügung stehe, um beispielsweise eine Überbrückungsrente zu gewährleisten, würden benachteiligt, ohne dass ein hinreichender Grund für eine solche Ungleichbehandlung ersichtlich wäre. Dabei falle insbesondere ins Gewicht, dass der Verordnungsgeber ausserhalb des Bereichs der auf dem Versicherungsprinzip beruhenden Sozialleistungen gestützt auf

Art. 5 Abs. 4 AHVG nur zurückhaltend Ausnahmen vorgesehen habe. Freiwillige Zuwendungen des Arbeitgebers, die – wie im vorliegend beurteilten Fall – Vorsorgelücken füllen oder Versicherungsleistungen ergänzen sollen, seien entweder nur in beschränktem Umfang oder nur unter qualifizierten Voraussetzungen von AHV-Beiträgen befreit. Auch wenn diese Bestimmungen eine gewisse Ermessensausübung zulassen, blieben die Hürden für eine Ausnahme von der Beitragspflicht hoch angesetzt.<sup>4</sup>

Dass der Verordnungsgeber nicht zwischen Arbeitgebern und von diesem selbstständigen Stiftungen, sondern vielmehr zwischen reglementarisch vorbestimmten Sozialleistungen und freiwilligen, auf Ermessen beruhenden Zuwendungen (des Arbeitgebers oder von patronalen Wohlfahrtsfonds) unterscheidet und Letztere nur sehr eingeschränkt von der Beitragspflicht befreit, sei somit nicht willkürlich. Ebenso wenig verstosse die Regelung gegen das Gebot der rechtsgleichen Behandlung vergleichbarer Konstellationen.

Die auf den wirtschaftlichen Zusammenhang abstellende Konzeption des Art. 5 Abs. 2 AHVG lege eine objektbezogene Definition des massgebenden Lohns nahe. Seit jeher komme es für die Bestimmung des Beitragssubstrats nicht darauf an, wer das Entgelt bezahle, sondern allein darauf, ob die Ausrichtung der geldwerten Leistung im Arbeitsverhältnis wirtschaftlich hinreichend begründet sei. Es gebe keinen Grund, diese «seit jeher gültige» Rechtsprechung zu ändern, «wonach Leistungen, die nicht vom Arbeitgeber selber, sondern von seiner Fürsorgeeinrichtung erbracht werden, grundsätzlich ebenfalls zum massgebenden Lohn gehören».

### Aufgabe der Rechtsetzung

Die Bedeutung der patronalen Wohlfahrtsfonds für die soziale Sicherheit im AHV-beitragsrechtlichen Umfeld zu würdigen, sei letztlich ein politischer Vorgang. Für die Zweckmässigkeit der Anordnung trage der Bundesrat die Verantwortung. Es sei nicht Aufgabe des Bundesgerichts, sich zu deren wirtschaftlicher oder politi-

scher Sachgerechtigkeit zu äussern. Eine diese spezifischen Interessenlagen berücksichtigende Bereinigung der Beitragsordnung könne daher nur Sache des Verordnungsgebers sein. Möglich wäre auch, dass der Gesetzgeber die Delegation in Art. 5 Abs. 4 AHVG mit entsprechenden materiellen Vorgaben verbinde.

### Fazit

Praxisverschärfungen und Restriktionen, die mit behördlichem Übereifer im Zeichen der Missbrauchsbekämpfung geschaffen werden, treffen häufig am Ziel vorbei. Die «Kollateralschäden» solchen Eifers sind oft ebenso ungewollt wie beträchtlich, indem bewährte und wichtige Rechtsinstitute und -grundsätze infrage gestellt werden. Es kann nicht sein, dass Arbeitgeber, die in weiser Voraussicht (und mit dem Segen des Fiskus) in guten Zeiten zugunsten ihres Personals vorgesorgt haben, AHV-beitragsrechtliche Nachforderungen zu gewärtigen haben, wenn sie diese separaten Reserven in schwierigen Zeiten im Interesse der Arbeitnehmenden verwenden wollen. Das Argument einer AHV-rechtlichen Ungleichbehandlung mit Arbeitgebern, die nicht entsprechend vorgesorgt haben, ist weder überzeugend noch relevant.

Bleibt zu hoffen, dass der Gesetzbeziehungsweise Verordnungsgeber sich aufgerufen fühlt, den zurückgespielten Ball aufzunehmen und die definitive Klärung dieser Fragen an die Hand zu nehmen und die im Rahmen der 11. AHV-Revision begonnene Debatte<sup>5</sup> konstruktiv und unvoreingenommen weiterzuführen. Mit der in der Sommersession von Nationalrat Fulvio Pelli eingereichten parlamentarischen Initiative scheint ein Anfang gemacht zu sein.

Anders als im Falle der Altersrentenkoordination, für die das Bundesgericht den Ball ebenfalls dem Gesetz- oder Verordnungsgeber zugespült hatte und wo innert kürzester Zeit eine Verwaltungsänderung erfolgte, wird es bei der AHV-Beitragsbefreiung kaum so einfach gehen: Zu unterschiedlich sind in dieser Frage die Interessenlagen der Beteiligten. Die Ausgleichskassen werden sich ihren soeben errungenen Etappensieg nicht so leicht wieder aus der Hand nehmen lassen. ■

<sup>3</sup> Vgl. Franziska Bur Bürgin/Markus Moser, Aus dem «Würgegriff» des AHV-Beitragsrechts entlassen?, SPV 12/2008, 79 f.; Jacques-André Schneider, Attributions volontaires de prévoyance de l'employeur: fiscalité et cotisations AVS/AI, SZS 2009, 446; Herbert Wohlmann, Juristisch, ethisch und historisch richtig entschieden, SPV 08/2009, 85 f.; Hermann Walsler, Ein vorsorgerechtlicher Spezialfall: der patronale Wohlfahrtsfonds, in: Soziale Sicherheit – Soziale Unsicherheit, Riemer-Kafka/Rumo Jungo [Hrsg.], 2010, S. 968 und 975 f.; Christina Ruggli-Wüest, Wohlfahrtsfonds heute: Ein Auslaufmodell, oder...?, in: BVG-Tagung 2009, Schaffhauer/Stauffer [Hrsg.], 174 ff. und 184 f. – anderer Meinung: Franziska Grob/Margot Hirt, Wohlfahrtsfonds aus Sicht der AHV, SPV 03/2009, 80.

<sup>4</sup> Zu Art. 8bis und 8ter AHV: Vgl. BSV, Erläuterungen zu den Änderungen der AHV auf den 1. Januar 2008, S. 2 ff.; zu Art. 8ter AHV: Franziska Bur Bürgin/Markus Moser [FN 1], 83 ff.

<sup>5</sup> Amtl. Bull. 2008 N 375; 2009, S. 461 f.