



## Optimierung von Lohn und Dividende des Unternehmers

### Sozialversicherungs-, steuer- und zivilrechtliche sowie ökonomische Aspekte

LUKAS MÜLLER\*

*Auf den Erwerbseinkommen werden im Normalfall Sozialversicherungsbeiträge erhoben, auf Kapitalerträgen grundsätzlich nicht. Wenn der Beteiligungsrechtsinhaber in seiner Kapitalgesellschaft mitarbeitet, muss er gewisse Rahmenbedingungen beachten, damit ihm nicht nachträglich der massgebende Lohn im Hinblick auf die Sozialversicherungsbeitragspflicht aufgerechnet wird. Solche Aufrechnungen sind zu erwarten, sobald ein branchenunüblich tiefer Lohn sowie eine überhöhte Dividende an den Inhaber der Beteiligungsrechte bezahlt werden und dadurch ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Lohn und Dividendenrendite entsteht. Dieser Beitrag diskutiert Probleme, die sich mit der aktuellen Praxis ergeben, und formuliert Vorschläge, wie der Lohn und die Dividende des Unternehmers, der zugleich Arbeitnehmer und Inhaber einer Kapitalgesellschaft ist, geplant werden können.*

*En règle générale, les cotisations aux assurances sociales sont prélevées sur les revenus de l'activité lucrative, mais en principe pas sur les revenus de capitaux. Lorsque le titulaire de participations travaille pour sa société de capitaux, il doit respecter certaines conditions-cadre afin d'éviter que le salaire déterminant ne soit repris ultérieurement en vue de l'obligation de payer les cotisations des assurances sociales. Il faut s'attendre à de telles reprises dès lors que le titulaire des droits de participation perçoit un salaire inhabituellement bas pour la branche ainsi qu'un dividende excessif et qu'il en résulte une disproportion évidente entre le salaire et le rendement du dividende. La présente contribution aborde les problèmes en lien avec la pratique actuelle et formule des propositions pour planifier le salaire et le dividende de l'entrepreneur qui est en même temps employé et détenteur d'une société de capitaux.*

#### Inhaltsübersicht

- I. Überblick
- II. Wirtschaftliche Doppelbelastung als Anreiz für die Lohn- und Dividendenpolitik
- III. Festsetzung des Lohns und der Dividende aus zivilrechtlicher Sicht
- IV. Lohneinkommen und Kapitalerträge des Unternehmers
  - A. Unterscheidung von Erwerbseinkommen und Kapitalertrag
  - B. Der Unternehmer setzt seinen Lohn «zu hoch» an
  - C. Offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn sowie der Dividendenrendite
    1. Ermittlung des branchenüblichen Lohns
    2. Weniger als 10% Dividendenrendite gelten als «Safe Harbor»
    3. Substanzdividenden und der Rechtsgrund der Zahlung
- V. Bewertung der Beteiligungsrechte und prozessuale Aspekte
  - A. Bereitstellung der notwendigen Finanzdaten und Bereinigung derselben
  - B. Unternehmensbewertungen
  - C. Verfahrensmaximen und Beweiswert von Unternehmensbewertungen
- VI. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit

#### I. Überblick

Steve Jobs (Apple), Larry Page und Sergey Brin (Alphabet; ehemals Google) sowie Mark Zuckerberg (Facebook) und noch einige andere illustre Unternehmer wurden mit

einem symbolischen Gehalt von bloss einem US-Dollar pro Jahr zu Milliardären; zu ihren Vermögen kamen sie dabei vor allem dank der Wertsteigerung ihrer Unternehmen.<sup>1</sup> Wer eine Unternehmung gründet und zugleich für sie arbeitet, sollte seine Lohn- und Dividendenzahlungen optimieren. Diese Geldflüsse sind nicht nur mit Rücksicht auf die betrieblichen Rahmenbedingungen, sondern auch im Hinblick auf die zu erwartenden Steuern und Sozialversicherungsabgaben zu planen. Falls keine Planung erfolgt, könnte dies zu einer unerwünschten Belastung durch Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge führen. In jedem Fall ist zu beachten, dass der Lohn- und der Dividendenhöhe gewisse Schranken gesetzt sind, deren Einhaltung durch die zuständige Ausgleichskasse im Rahmen der Arbeitgeberkontrolle und durch die Steuerbehörden überprüft werden.<sup>2</sup>

In einer Welt ohne Steuern und Sozialversicherungsabgaben hat der Unternehmer, der sowohl Arbeitnehmer als auch Gesellschafter seiner Kapitalgesellschaft ist, mehrere Optionen, wie er sein Einkommen und seine Kapitalerträge maximieren kann. Er kann sich beispielsweise einen möglichst hohen Lohn auszahlen oder üppige Dividenden ausschütten. Wenn es keine Steuern und Sozialversicherungen gäbe, dann würde die Art der Auszah-

\* LUKAS MÜLLER, Prof. Dr. oec. HSG, lic. iur., LL.M., MA UZH, Assistenzprofessor für Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt Gesellschaftsrecht, Institut für Finanzwissenschaft, Finanzrecht und Law and Economics (IFF-HSG) an der Universität St. Gallen.

<sup>1</sup> Vgl. Wikipedia, Internet: [https://en.wikipedia.org/wiki/One-dollar\\_salary](https://en.wikipedia.org/wiki/One-dollar_salary) (Abruf 7.9.2017).

<sup>2</sup> Vgl. TONI BUSSMANN/RAFAEL LÖTSCHER, Das magische Dreieck der Bezugsstrategie, TREX 2013, 79.

lung (d.h. Lohn oder Dividende) keine Rolle spielen. Eine Alternative besteht darin, die erzielten betrieblichen Einnahmen in die Unternehmung zu reinvestieren, solange sich dies für den Unternehmer vernünftigerweise lohnt. Der Unternehmer kann dann am Ende seiner Berufslaufbahn die Unternehmung verkaufen.

Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich hauptsächlich mit der Konstellation, in welcher der Unternehmer sowohl Arbeitnehmer als auch Gesellschafter in derselben Unternehmung ist. Es wird weiter vorausgesetzt, dass der rational handelnde Unternehmer sein Einkommen sowie seine Kapitalerträge maximieren und zugleich Steuern und Sozialversicherungsbeiträge optimieren will.<sup>3</sup>

## II. Wirtschaftliche Doppelbelastung als Anreiz für die Lohn- und Dividendenpolitik

Noch vor wenigen Jahren war der Bezug von Dividenden in kleinen und mittleren Kapitalgesellschaften wenig verbreitet. Der Grund dafür lag in der wirtschaftlichen Doppelbelastung der ausgeschütteten Gewinne.<sup>4</sup> Die Doppelbelastung besteht zunächst darin, dass diese Gewinne von der Gesellschaft versteuert werden und die Anteilhaber zusätzlich die Gewinnausschüttungen als Einkommen und die Gesellschaftsanteile als Vermögen versteuern müssen.<sup>5</sup> Zur Steueroptimierung liessen sich die Anteilhaber unter Geltung des früheren Regimes einen möglichst hohen Lohn ausbezahlen. Dieses Vorgehen reduziert *ceteris paribus* den Gewinn und hat zur Folge, dass die Belastung durch die Gewinnsteuer geringer wird. Da bei einer Hochlohnpolitik in kleinen Verhältnissen spürbar weniger Gewinn vorhanden ist, können auch weniger Dividenden ausgeschüttet werden. Der Gesellschafter versteuert dadurch hauptsächlich den Lohn als Einkom-

men und *ceteris paribus* mildert sich die wirtschaftliche Doppelbelastung der ausgeschütteten Gewinne. Diese Lohn- und Dividendenpolitik funktioniert nicht, wenn der ausbezahlte Lohn nach Ansicht der zuständigen Behörde unangemessen hoch ist beziehungsweise dieser Lohn eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellt.<sup>6</sup> Das hat zur Folge, dass diese Aufwände steuerlich nicht anerkannt werden, wodurch bei gleichbleibendem Ertrag der steuerbare Gewinn grösser wird.

Obwohl in einigen Kantonen bereits vor längerer Zeit privilegierte Dividendenbesteuerungen eingeführt wurden,<sup>7</sup> hat erst die Unternehmenssteuerreform II die wirtschaftliche Doppelbelastung der Gewinne auf Bundesebene erheblich gemildert.<sup>8</sup> Sofern die Beteiligungsquote der steuerpflichtigen Person mindestens 10% des Grund- oder Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft ausmacht, wird die steuerliche Doppelbelastung reduziert.<sup>9</sup> Aus Sicht der AHV ist es nicht zu beanstanden, wenn sich ein Unternehmer (auf Kosten der Dividende) möglichst hohe Löhne zahlt, da für die Berechnung der Beiträge das gesamte Lohneinkommen massgebend ist.<sup>10</sup>

Seit der Einführung der Teilbesteuerung der Dividenden stellt sich für im Unternehmen tätige Anteilhaber unter anderem die Frage, ob es von Vorteil ist, einen tieferen Lohn zu beziehen und die Dividende entsprechend zu erhöhen, und ob durch ein solches Vorgehen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge auf den Lohn- und Dividendenzahlungen eingespart werden können.<sup>11</sup> Hinzu kommt, dass der Bezug von mehr Dividende und weniger Lohn mit Blick auf die Vorsorge nicht in jedem Fall vorteilhaft ist, da niedrigere Beiträge später zu geringeren Leistungsansprüchen führen können und das Potenzial für einen freiwilligen Einkauf in die Pensionskasse abnimmt.<sup>12</sup>

Da mit der Einführung der Unternehmenssteuerreform II ein Verlagerungseffekt im Verhalten der Anteilhaber erwartet wurde, hat das Bundesamt für Sozialversiche-

<sup>3</sup> Vgl. die Anschauungsbeispiele in BGE 141 V 634, 134 V 297 und 122 V 178; PETER BRÜLISAUER/MARCO MÜHLEMANN, in: Martin Zweifel/Michael Beusch (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Steuerrecht, Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer (DBG), Art. 58 DBG N 307; ORLANDO RABAGLIO, Dividende statt Lohn: Ist die AHV-Verwaltungspraxis noch rechtmässig?, TREX 2015, 102 ff.

<sup>4</sup> Vgl. PAUL CADOTSCH, Unternehmenssteuerreform II: Dividenden und AHV-Beiträge, Steuerrevue 2009, 47 f.

<sup>5</sup> Vgl. ERNST HÖHN/ROBERT WALDBURGER, Steuerrecht, Band I, 9. A., Bern 2001, § 3 N 112; CARSTEN HOHMANN/LUKAS MÜLLER, Eigen- und Fremdkapital im Steuer- und Gesellschaftsrecht der Schweiz, in: Wolfgang Schön (Hrsg.), Eigenkapital und Fremdkapital, Steuerrecht, Gesellschaftsrecht, Rechtsvergleich, Rechtspolitik, Berlin/Heidelberg 2013, 632 f.

<sup>6</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer (DBG; SR 642.11); ERNST BLUMENSTEIN/PETER LOCHER, System des schweizerischen Steuerrechts, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2016, 332 f.; RAOUL STOCKER/ROMANA GIESEN, Repetitorium Steuerrecht, 3. A., Zürich 2017, 83 f. und 93.

<sup>7</sup> Vgl. z.B. Art. 22 Abs. 2 des Steuergesetzes des Kantons Obwalden vom 30. Oktober 1994 (GDB 641.4); BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 6), 230 f.

<sup>8</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 1<sup>bis</sup> DBG; BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 6), 230 f.

<sup>9</sup> Vgl. Art. 20 Abs. 1<sup>bis</sup> DBG; BGE 141 V 634 E. 2.3.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 4 f. AHVG; BGE 134 V 297 E. 2.1.

<sup>11</sup> Vgl. CADOTSCH (FN 4), 47 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Art. 7 Abs. 2 BVG, Art. 79c i.V.m. Art. 8 Abs. 1 BVG; CADOTSCH (FN 4), 47.

rungen (BSV) in Zusammenarbeit mit den AHV-Ausgleichskassen Weisungen erlassen, um diese Lohn- und Dividendenpolitik aus Sicht der Sozialversicherungen zufriedenstellend zu regeln.<sup>13</sup> Diese Weisungen wurden seither in der Praxis mehrfach vom Eidgenössischen Versicherungsgericht (EVG; bzw. seit 2007 von der sozialrechtlichen Abteilung des Bundesgerichts) mit verschiedenen Modifikationen geschützt.<sup>14</sup> Die Praxis hat verschiedene Kriterien entwickelt, unter deren Geltung zu prüfen ist, wann eine ausbezahlte Dividende für den im Betrieb mitarbeitenden Aktionär als für die AHV-Beitragspflicht massgebender Lohn zu qualifizieren ist.<sup>15</sup> Diese Kriterien werden im Folgenden im Hinblick auf die Gestaltung der Lohn- und Dividendenpolitik besprochen.

### III. Festsetzung des Lohns und der Dividende aus zivilrechtlicher Sicht

Der Unternehmer muss für die Lohn- und Dividendenpolitik, auch wenn er alle Beteiligungsrechte an der Kapitalgesellschaft hält, sowohl für die Festsetzung des Lohnes als auch für die Ausschüttung der Dividende stets die zivilrechtlichen Formalitäten einhalten. Dabei gilt es, die Kapitalgesellschaft und den Unternehmer rechtlich streng auseinanderzuhalten, selbst wenn beide wirtschaftlich identisch sind. Falls dies nicht beachtet wird, können für den Unternehmer persönliche Haftungsrisiken entstehen.<sup>16</sup>

Wenn der Unternehmer mit sich und seiner Unternehmung einen Vertrag zur Erbringung einer Arbeitsleistung abschliesst, handelt es sich aus zivilrechtlicher Perspektive eher nicht um einen Arbeitsvertrag. Das ergibt sich daraus, dass es normalerweise an einem für den Arbeitsvertrag typischen Unterordnungsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft mangelt; das Bundesgericht beurteilte ein solches Vertragsverhältnis als auftragsähnlich.<sup>17</sup> Wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats

zusätzlich operativ in der Gesellschaft tätig ist und gegenüber dem Gesamtverwaltungsrat als Arbeitnehmer Rechenschaft ablegen muss, kann dadurch das für den Arbeitsvertrag erforderliche Unterordnungsverhältnis entstehen.<sup>18</sup> Das Sozialversicherungsrecht betrachtet hingegen diesen Sachverhalt weitgehend unabhängig von der zivilrechtlichen Perspektive und nimmt eine eigenständige Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Verwaltungsratsmitglied und AG vor.<sup>19</sup>

Ein Arbeitsvertrag (und ebenso ein auftrags- oder arbeitsvertragsähnliches Verhältnis), lässt sich im Normalfall formlos vereinbaren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt.<sup>20</sup> Für Unternehmer empfiehlt es sich jedoch, den Vertrag betreffend die Arbeitsleistung zwischen seiner Kapitalgesellschaft und sich selbst in Schriftform festzuhalten. Dabei geht es darum, dass der Allein- oder Mehrheitsaktionär, der in der Regel auch im Verwaltungsrat sitzt, die rechtliche Form des Vertrages, der die Grundlage seiner Erwerbstätigkeit in seiner Unternehmung bildet, nachvollziehbar dokumentiert. Damit können alle Vertragsparteien problemlos beim Vollzug der Steuer- und Sozialversicherungsgesetze mitwirken.<sup>21</sup> Für die jeweiligen Lohnzahlungen stellen die Lohnabrechnungen Belege für die ordnungsgemäss zu führende Buchhaltung dar.<sup>22</sup> Die Geschäftsbücher und die Belege sind während zehn Jahren aufzubewahren.<sup>23</sup>

Wenn mehrere Unternehmer gemeinsam Beteiligungsrechte an der Gesellschaft halten und sie im Zusammenhang mit ihrer Arbeitsleistung in der Unternehmung zusätzliche Abreden treffen wollen, etwa nachvertragliche Konkurrenzverbote oder Regelungen für das Schicksal von neu durch den Arbeitnehmer geschaffenen Immate-

<sup>13</sup> Vgl. CADOTSCH (FN 4), 47 ff.; vgl. insb. Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), Ziff. 2011.1, 1/09 ff.

<sup>14</sup> Vgl. z.B. BGE 141 V 634 E. 2.2; 134 V 297 E. 2.4 und 2.8.

<sup>15</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.2; 134 V 297 E. 2.4; BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 2.4; EVG, Entscheid der II. Kammer, 14.3.1997, in: Pra 1997, Nr. 96, E. 6.

<sup>16</sup> Vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 2 N 43 ff.; PETER JUNG/PETER V. KUNZ/HARALD BÄRTSCHI, Gesellschaftsrecht, Zürich 2016, § 2 N 16 ff.; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, Bern 2014, § 15 N 147 ff.

<sup>17</sup> Vgl. BGE 125 III 78 E. 4; MADELEINE SIMONEK/THOMAS GÄCHTER/KARIN MÜLLER, Unternehmensrecht I, Zürich/Basel/Genf

2013, 3. Kap. N 60; VON DER CRONE (FN 16), § 1 N 4 ff.; KATJA ROTH PELLANDA, Vertragsverhältnisse mit Verwaltungsräten, GesKR 2012, 74 ff.

<sup>18</sup> Vgl. ROTH PELLANDA (FN 17), 74 ff.

<sup>19</sup> Vgl. z.B. Art. 7 lit. h der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV; SR 831.101); SIMONEK/GÄCHTER/MÜLLER (FN 17), 3. Kap. N 61; vgl. WML, Ziff. 1016 ff., Ziff. 1028.

<sup>20</sup> Vgl. THOMAS GEISER/ROLAND MÜLLER, Arbeitsrecht in der Schweiz, 3. A., Bern 2015, § 2 N 269 ff.; FRANK VISCHER/ROLAND M. MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. A., Basel 2014, § 9 N 31 ff.

<sup>21</sup> Vgl. Art. 28 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1); Art. 126 DBG.

<sup>22</sup> Vgl. Art. 957a OR; Art. 958f OR; SIKANDER VON BHICKNAPAHARI, in: Dieter Pfaff/Stephan Glanz/Thomas Stenz/Florian Zihler (Hrsg.), Rechnungslegung nach Obligationenrecht – veb.ch Praxiskommentar, Zürich 2014 (zit. AUTOR, veb.ch Praxiskommentar), Art. 957a OR N 32.

<sup>23</sup> Vgl. Art. 958f OR.

zialgüterrechten, so ist dies schriftlich zu vereinbaren.<sup>24</sup> Zudem müssen die Informationspflichten von Art. 330b OR eingehalten werden. Der Arbeitgeber muss demnach den Arbeitnehmer, wenn das Vertragsverhältnis auf mindestens einen Monat oder auf unbestimmte Zeit vereinbart wurde, spätestens einen Monat nach Arbeitsbeginn schriftlich über den Vertragsinhalt informieren. Analoges gilt bei Vertragsänderungen.<sup>25</sup>

Aus gesellschaftsrechtlicher Sicht sind, wenn ein Mitglied des Verwaltungsrats oder der Geschäftsführung einen Vertrag zwischen der Kapitalgesellschaft und sich selbst abschliesst, folgende besonderen Aspekte zu beachten: Diese Verträge, die via Selbstkontrahierung verabredet werden, sind nur in zwei Fällen gültig: Der erste Fall besteht darin, dass ein gleich- oder ein übergeordnetes Organ der Kapitalgesellschaft den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt hat oder das Geschäft nachträglich genehmigt.<sup>26</sup> Im zweiten Fall muss nach der Natur des Geschäfts die Benachteiligungsgefahr ausgeschlossen sein, etwa wenn Leistung und Gegenleistung nach objektiven Kriterien bemessen dem Marktwert entsprechen. Bei einem Mandats- oder Arbeitsvertrag kann indes die objektive Bewertung schwierig sein. Des Weiteren ist bei Kapitalgesellschaften Art. 718b OR zu beachten.<sup>27</sup> Demnach muss in den Fällen des Selbstkontrahierens der Vertrag schriftlich abgefasst werden, es sei denn, dass es sich um Verträge des laufenden Geschäfts handelt, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von CHF 1'000 nicht übersteigt. Dieser Ausnahmefall dürfte beim Lohn des Unternehmers kaum je eintreffen und entsprechend sind solche Verträge schriftlich abzufassen. Unter Berücksichtigung der Besonderheit des Unternehmers, der in seinem KMU arbeitet, ergibt sich somit aus dem Gesellschaftsrecht die Vorgabe, Verträge generell schriftlich zu vereinbaren. Die Verletzung der Schriftform hat grundsätzlich die Nichtigkeit des Vertrages zur Folge.<sup>28</sup> Aus arbeitsvertraglicher Sicht ist auf Art. 320 Abs. 3 OR hinzuweisen: Demnach wird der nichtige Vertrag beim gutgläubigen Arbeitnehmer *ex nunc* aufgehoben.<sup>29</sup> Im Übrigen besteht im Gesellschaftsrecht

die Pflicht, Leistungen der Gesellschaft an die Aktionäre, an die Mitglieder des Verwaltungsrates oder die ihnen nahestehenden Personen zurückzuerstatten, soweit diese Leistungen in einem offensichtlichen Missverhältnis zur Gegenleistung und zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft stehen.<sup>30</sup>

Die Dividendenausschüttung muss bei der Einperson-AG oder -GmbH unter Beachtung der gesetzlichen und statutarischen Vorgaben erfolgen.<sup>31</sup> Falls die Formalitäten missachtet sowie die Vermögenssphären der Kapitalgesellschaft und des Unternehmers miteinander vermischt werden, entstehen Haftungsrisiken; Gläubiger müssen sich in diesen Fällen unter Umständen nicht die beschränkte Haftung der Kapitalgesellschaft entgegenhalten lassen. Stattdessen können sie etwa gestützt auf den Durchgriff auf das Vermögen des Gesellschafters zugreifen.<sup>32</sup>

Dividenden können gemäss Art. 675 Abs. 2 OR nicht nur aus dem Reingewinn des aktuellen Jahres, sondern auch aus den «hierfür gebildeten Reserven»<sup>33</sup> ausgeschüttet werden; in der Praxis wird diese Form der Ausschüttung als Substanzdividende bezeichnet.<sup>34</sup>

#### IV. Lohneinkommen und Kapitalerträge des Unternehmers

Ein Unternehmer, der in seiner eigenen Kapitalgesellschaft arbeitet, gilt – obschon er im alltäglichen Sprachgebrauch «selbstständig» ist – nach sozialversicherungsrechtlicher Terminologie grundsätzlich als unselbstständig erwerbend.<sup>35</sup> Der Unternehmer hat auf dem massgebenden Lohn aus seiner unselbstständigen Erwerbstätigkeit unter anderem die Beiträge für die erste Säule zu bezahlen. Das heisst, anhand des für die AHV massgebenden Lohns werden die Sozialversicherungsab-

<sup>24</sup> Vgl. Art. 332 Abs. 2 OR; Art. 340 Abs. 1 OR; VISCHER/MÜLLER (FN 20), § 21 N 14 ff., § 20 N 14; ROTH PELLANDA (FN 17), 78 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Art. 330b OR.

<sup>26</sup> Vgl. JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 16), § 8 N 310.

<sup>27</sup> Für die GmbH ist Art. 718b OR gestützt auf Art. 814 Abs. 4 OR anwendbar.

<sup>28</sup> Vgl. BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, Art. 718b N 10 ff., in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Rolf Watter (Hrsg.), Obligationenrecht II, Basler Kommentar, 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Verfasser).

<sup>29</sup> Vgl. VISCHER/MÜLLER (FN 20), § 9 N 51 ff.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 678 OR; für die GmbH vgl. Art. 800 OR. Zu den übersetzten Entschädigungen von Mitgliedern des Verwaltungsrates siehe BGE 140 III 602 ff.; BSK OR II-VOGT (FN 28), Art. 678 N 15; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 16), § 8 N 118 ff.

<sup>31</sup> Vgl. Art. 660 f., Art. 671 ff., Art. 675 ff. OR; LUKAS HANDSCHIN, Rechnungslegung im Gesellschaftsrecht, 2. A., Basel 2016, N 905 ff.; JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 16), § 8 N 226 ff.

<sup>32</sup> Vgl. JUNG/KUNZ/BÄRTSCHI (FN 16), § 8 N 11.

<sup>33</sup> Art. 675 Abs. 2 OR.

<sup>34</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 4.1.

<sup>35</sup> Vgl. SIMONEK/GÄCHTER/MÜLLER (FN 17), 3. Kap. N 59 ff.; THOMAS LOCHER/THOMAS GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. A., Bern 2014, § 22 N 14 ff.; UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. A., Zürich/St. Gallen 2017, 4. Kap. N 41 ff. und N 79 ff.; BGer, 9C\_459/2011, 26.1.2012, E. 2.1.2; BGE 105 V 113 E. 3.

gaben (insbesondere AHV, IV, EO und ALV) ermittelt.<sup>36</sup> Die Ausführungen in den folgenden Abschnitten konzentrieren sich auf das für die AHV massgebende Einkommen, da sich die Beiträge der anderen Sozialversicherungszweige aus diesem ableiten.<sup>37</sup>

### A. Unterscheidung von Erwerbseinkommen und Kapitalertrag

Nach Art. 1a AHVG sind die in der Schweiz erwerbstätigen natürlichen Personen oder diejenigen mit Wohnsitz in der Schweiz versichert.<sup>38</sup> Das Erwerbseinkommen aus selbstständiger oder aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit bildet dabei die Bemessungsgrundlage für die AHV-Beiträge, wobei jeweils ein gewisser Prozentsatz des Lohns als AHV-Beitrag geschuldet ist.<sup>39</sup> Als massgebender Lohn gilt «jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit»<sup>40</sup>, soweit es sich um Lohn und nicht um Unkostenersatz handelt oder soweit das Erwerbseinkommen nicht ausdrücklich von der Beitragspflicht ausgenommen ist.<sup>41</sup> Für Kapitalerträge sind hingegen normalerweise keine AHV-Beiträge geschuldet.<sup>42</sup> Erträge aus dem Kapital resultieren insbesondere aus Dividendenzahlungen oder aus der Zuteilung von Gratisaktien.<sup>43</sup>

Wenn der Unternehmer, dem die Kapitalgesellschaft gehört, gleichzeitig Arbeitnehmer in derselben Gesellschaft ist, ergibt sich sowohl bei der Berechnung der Steuern als auch der Sozialversicherungsbeiträge die Schwierigkeit, dass die Grenzen zwischen Erwerbseinkommen und Vermögensertrag in Fällen der «Abgaben-Optimierung» verwischen können. Die Abgrenzung des massgebenden Lohns von nicht beitragspflichtigen Kapitalerträgen kann dann im Einzelfall schwierig sein.<sup>44</sup> Hier ist zu prüfen, ob und inwieweit es sich bei den Auszahlungen an den Unternehmer, die in Form von Kapitalerträgen geleistet werden, tatsächlich um Entgelt für die geleistete Arbeit

statt einer Gewinnausschüttung handelt.<sup>45</sup> Die Gewinnausschüttung unterliegt beim Empfänger nach Art. 20 Abs. 1 lit. c DBG der direkten Bundessteuer, da sie ihren Grund in der Aktionärserschaft des Empfängers hat.<sup>46</sup> Vergütungen, die reine Kapitalerträge darstellen, gehören grundsätzlich nicht zum für die AHV massgebenden Lohn.<sup>47</sup> Um die Rechtsnatur einer Zuwendung festzustellen, erfolgt die Beurteilung anhand des Wesens und der Funktion einer Zuwendung; deren Bezeichnung ist nicht entscheidend und höchstens als Indiz zu werten.<sup>48</sup> Das Bundesgericht wendet dabei mithilfe von Prozentregeln, die sich auf bestimmte Unternehmenskennzahlen und auf statistische Lohnvergleiche abstützen, eine wirtschaftliche Betrachtungsweise an.<sup>49</sup> Dies kann zur Folge haben, dass unter gewissen Bedingungen sogar Zuwendungen in Form von Dividenden zum AHV-beitragspflichtigen Lohn zählen, sofern diese Zahlungen ihren Grund im Arbeitsverhältnis haben.<sup>50</sup> Im Regelfall werden Zuwendungen, die ihren Grund nicht im Arbeitsverhältnis haben, nicht als für die AHV massgebender Lohn qualifiziert; stattdessen sind dies Gewinnausschüttungen, die eine Gesellschaft ihren Gesellschaftern ohne entsprechende Gegenleistung zuwendet, aber gegenüber unbeteiligten Dritten unter denselben Bedingungen nicht erbringen würde.<sup>51</sup> Zahlungen aus dem Reingewinn sind massgebender Lohn, wenn es sich um Tantiemen handelt, die an den Verwaltungsrat gezahlt werden.<sup>52</sup>

Die zuständigen Behörden (und im Streitfall die Gerichte) haben zu beurteilen, ob eine Zahlung als Lohn oder als Kapitalertrag zu qualifizieren ist.<sup>53</sup> Dabei stützen sie sich auf die in Art. 23 AHVV enthaltene Ordnung ab.<sup>54</sup> Zudem soll ein Widerspruch von der steuer- zur sozialversicherungsrechtlichen Betrachtungsweise vermieden werden.<sup>55</sup>

### B. Der Unternehmer setzt seinen Lohn «zu hoch» an

Bevor die privilegierte Dividendenbesteuerung eingeführt wurde, haben Unternehmer ihre Löhne möglichst

<sup>36</sup> Vgl. SIMONEK/GÄCHTER/MÜLLER (FN 17), 3. Kap. N 22 ff.

<sup>37</sup> Vgl. z.B. Art. 1b IVG, Art. 26 f. EOG, Art. 2 AVIG; KIESER (FN 35), 5. Kap. N 26; SIMONEK/GÄCHTER/MÜLLER (FN 17), 3. Kap. N 26 ff.

<sup>38</sup> Vgl. Art. 1a Abs. 1 lit. b AHVG; GABRIELA RIEMER-KAFKA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 5. A., Bern 2016, N 3.09 ff.

<sup>39</sup> Vgl. Art. 4 ff. AHVG.

<sup>40</sup> Art. 5 Abs. 2 AHVG.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 4 und Art. 5 AHVG; WML Ziff. 1001 f.; RIEMER-KAFKA (FN 38), N 4.28 ff.

<sup>42</sup> Vgl. BGE 134 V 297; 122 V 178 E. 3b.

<sup>43</sup> Vgl. BGE 141 V 634; 134 V 297; 122 V 178 E. 3b.

<sup>44</sup> Vgl. KIESER (FN 35), 5. Kap. N 33 f.

<sup>45</sup> Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1.

<sup>46</sup> Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1.

<sup>47</sup> Vgl. Art. 4 f. AHVG; BGE 141 V 634 E. 2.1. und 2.2.; KIESER (FN 35), 5. Kap. N 33 f.

<sup>48</sup> Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1.

<sup>49</sup> Vgl. z.B. BGE 141 V 634; 134 V 297 E. 2.1.

<sup>50</sup> Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.1.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 103 V 1 E. 2b; 134 V 297 E. 2.1.

<sup>52</sup> Vgl. Art. 7 lit. h AHVV.

<sup>53</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.5.

<sup>54</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.5.

<sup>55</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.5; 103 V 1 E. 2c.

hoch und ihre Dividende möglichst tief angesetzt oder gar auf letztere verzichtet.<sup>56</sup> Hohe Lohnbezüge können für im Unternehmen tätige Anteilsinhaber attraktiv sein, wenn dies zu einer Erhöhung der Pensionskassensparbeiträge führt und zugleich das Potenzial für einen Einkauf in die Pensionskasse steigert oder wenn die späteren Leistungsansprüche zunehmen; wobei der Einkauf in die Pensionskasse wiederum für die versicherte Person steuerlich attraktiv sein kann.<sup>57</sup> Auch aus Sicht der Unternehmen kann die Ausbezahlung möglichst hoher Löhne anstelle von Dividenden vorteilhaft sein, da dadurch der für die Gewinnsteuer massgebliche Reingewinn sinkt. Die vorteilhafte Gestaltung der Lohn- und Dividendenpolitik zielt auch darauf ab, die wirtschaftliche Doppelbelastung zu reduzieren.

Die Steuerbehörde will mit dem Steuerrecht unerwünschte Resultate der Lohn- und Dividendenpolitik korrigieren.<sup>58</sup> Bei der Bewertung der Angemessenheit des Lohns prüft die Steuerbehörde insbesondere, ob das bezogene Salär geschäftsmässig begründet ist.<sup>59</sup> Wenn der Gesellschafter seinen Lohn für die in der Unternehmung geleistete Arbeit unangemessen hoch ansetzt, könnte allenfalls eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen.<sup>60</sup> Das Bundesgericht bezeichnet verdeckte Gewinnausschüttungen als Leistungen eines Unternehmens an einen Anteilsinhaber oder an einen diesem nahestehenden Dritten, denen keine oder keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht und von denen anzunehmen ist, dass sie einem an der Gesellschaft nicht beteiligten Dritten nicht oder nur in wesentlich geringerem Umfang erbracht worden wären.<sup>61</sup> Dabei steht jeweils die Frage der Angemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung im Zentrum. Eine verdeckte Gewinnausschüttung darf nur dann angenommen werden, wenn Leistung und Gegenleistung in einem offensichtlichen Missverhältnis zueinander stehen.<sup>62</sup> Was im konkreten Fall als offensichtliches Missverhältnis zu qualifizieren ist, muss jeweils unter Würdigung der konkreten Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.<sup>63</sup>

Falls der Fiskus zum Schluss kommt, dass der bezogene Lohn unangemessen hoch angesetzt wurde und zugleich die Voraussetzungen der verdeckten Gewinnausschüttung erfüllt sind, verändert sich der steuerbare Gewinn: Die geschäftsmässig nicht begründbaren Lohnaufwände werden für die Ermittlung der Gewinnsteuern rückgängig gemacht. Das heisst, die steuerlich anrechenbaren Aufwände werden somit reduziert und der steuerbare Gewinn wird entsprechend grösser.<sup>64</sup>

### C. Offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn sowie der Dividendenrendite

Die Auszahlung in Form von Dividenden an den Unternehmer kann unter Umständen günstiger als die Lohnauszahlung sein, wenn der Unternehmer von der privilegierten Dividendenbesteuerung profitieren kann. Dieser Fall tritt ein, wenn die Dividenden unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung (inkl. der privilegierten Dividendenbesteuerung) für den Gesellschafter günstiger ist als die Auszahlung in Form von Lohn und die darauf erhobenen Steuern und Sozialversicherungsbeiträge. Da auf Dividenden grundsätzlich keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind, lohnt es sich allenfalls für den Unternehmer, Dividenden statt Lohn zu beziehen.<sup>65</sup> Je niedriger der Lohn festgesetzt wird, desto geringer werden die Lohnaufwände der Kapitalgesellschaft, wodurch sich bei gleichbleibenden Erträgen der Gewinn vergrössert. Das ermöglicht es, mehr Dividenden auszubezahlen. Wenn sich der Unternehmer aber das Geld in Form von Dividenden statt Lohn ausschüttet, könnte in gewissen Fällen aus Sicht der öffentlichen Hand den Sozialversicherungen wichtige Beitragszahlungen ungerechtfertigterweise entgehen. Entsprechend sollen nach Ansicht des Bundesgerichts Sachverhalte, die der Umgehung der Sozialversicherungsabgaben dienen, ebenfalls von der AHV-Beitragspflicht erfasst werden.<sup>66</sup>

Laut Bundesgericht ist aus der Perspektive der Sozialversicherungen bei der Abgrenzung zwischen Lohn und Dividende grundsätzlich von der Aufteilung auszugehen, welche die Gesellschaft gewählt hat.<sup>67</sup> Hiervon ist nur dann abzuweichen, wenn ein offensichtliches Missverhältnis sowohl zwischen der Arbeitsleistung und dem Lohn als auch zwischen dem eingesetzten Vermögen und

<sup>56</sup> Vgl. CADOTSCH (FN 4), 47.

<sup>57</sup> Vgl. CADOTSCH (FN 4), 48.

<sup>58</sup> Vgl. BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 6), 332 ff.; HÖHN/WALDBURGER (FN 5), § 18 N 103 ff.

<sup>59</sup> Vgl. Art. 58 Abs. 1 lit. b DBG; HÖHN/WALDBURGER (FN 5), § 18 N 25.

<sup>60</sup> Vgl. BGE 134 V 297 E. 2.2; BLUMENSTEIN/LOCHER (FN 6), 333 f.; HÖHN/WALDBURGER (FN 5), § 18 N 108.

<sup>61</sup> Vgl. BGE 138 II 57 E. 2.2.

<sup>62</sup> Vgl. BGE 140 II 88 E. 4.1; 138 II 545 E. 3.2.

<sup>63</sup> Vgl. BGE 138 II 57 E. 2.2 und 3.1.

<sup>64</sup> Vgl. HÖHN/WALDBURGER (FN 5), § 18 N 27.

<sup>65</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.1.

<sup>66</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.1.

<sup>67</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.1.

der ausbezahlten Dividende besteht.<sup>68</sup> Dabei ist stets der Rechtsgrund der Zahlung zu beachten, das heisst, ob sie aufgrund des Arbeits- oder des Gesellschaftsvertrags geleistet wird. Wenn ein offensichtliches Missverhältnis von Lohn und Dividende vorliegt und dieses nicht gesellschafts-, sondern arbeitsvertraglich motiviert ist, besteht die Gefahr einer sozialversicherungsrechtlichen Umqualifizierung der Dividende in Lohn.<sup>69</sup> Dabei ist Folgendes zu beachten: Wenn der ausbezahlte Lohn branchenüblich ist, besteht keine Gefahr, dass der Lohn von der AHV-Behörde aufgerechnet wird, selbst wenn eine verhältnismässig grosse Dividende ausbezahlt wird.<sup>70</sup> Diese Kriterien klingen zwar einfach, ihre Umsetzung in der Praxis ist aber komplex. Einerseits ist nicht leicht zu beurteilen, was als branchenüblicher Lohn gilt und andererseits ist auch die Berechnung der Dividendenrendite mit Fallstricken verbunden.

Bei der Ermittlung des massgebenden Einkommens verwenden Ausgleichskassen regelmässig die aktuelle Fassung der «Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO» (WML), die auf der Webseite des BSV zu finden ist.<sup>71</sup>

## 1. Ermittlung des branchenüblichen Lohns

Wenn sich ein Unternehmer einen symbolischen Franken als Lohn gibt und sich das restliche Geld beispielsweise über die Dividende auszahlen lässt, kann der umgekehrte Fall zur verdeckten Gewinnausschüttung eintreten.<sup>72</sup> Die meisten Fälle sind jedoch weniger offensichtlich als diejenigen der *One-dollar-salary*-Personen. Laut Bundesgericht ist zu prüfen, «ob unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren die gleiche Leistung auch einem aussenstehenden Dritten erbracht worden wäre».<sup>73</sup> Dabei ist unter anderem abzuklären, ob der ausbezahlte Lohn für ähnliche Tätigkeiten in derselben Periode am gleichen Ort und in der betrachteten Branche bezüglich Arbeitspensum gezahlt wird und ob die Bedeutung der Tätigkeit in einem branchenüblichen Verhältnis zur Entschädigung steht.<sup>74</sup> Die Ermittlung der Branche kann zu Abgrenzungsproblemen führen, sofern beispielsweise ein

Mitarbeiter eine branchenübergreifende Tätigkeit ausübt oder wenn sich der Arbeitsinhalt im Verlauf der Zeit verändert. Die örtliche Abgrenzung kann schwierig sein, sofern ortsübergreifende Tätigkeiten erbracht werden oder wenn unklar ist, wie gross das örtliche Einzugsgebiet für eine Stelle ist (etwa, weil eine Arbeitsleistung via Internet ubiquitär erbracht wird; z.B. Online-Handel oder das Programmieren von Apps bzw. der Verkauf ebendieser via Google Play oder iTunes Store). Des Weiteren sind die übernommene Verantwortung, die Fachkompetenz sowie die Art der Tätigkeit zu beachten.<sup>75</sup> Ausserdem können Mitarbeiter, die im gleichen Unternehmen eine vergleichbare Tätigkeit ausüben, jedoch nicht zugleich Gesellschafter sind, als Vergleichsbasis dienen.<sup>76</sup> Die Behörde oder das Gericht sollte sich bei der Ermittlung des branchenüblichen Gehalts idealerweise etwa zur Ausbildung, zu den Anzahl Dienstjahren, zur Lohnentwicklung, zur Qualifizierung, zur Berufserfahrung, zum konkreten Arbeitsfeld, zu den erbrachten Leistungen, zu allfälligen Risiken und zur Aufgabenstellung äussern.<sup>77</sup>

Wenn ein in der Unternehmung mitarbeitender Gesellschafter den gleichen Lohn hat wie ein gewöhnlicher Angestellter ohne Beteiligungsrechte, dann ist der Drittvergleich einfacher. Dies setzt aber voraus, dass beide Angestellten über ähnliche Kompetenzen, Fachkenntnisse, Tätigkeits- und Verantwortungsbereiche verfügen. Das Gleiche ist der Fall, wenn der Lohnvergleich mit einem ähnlichen Angestellten von einer möglichst ähnlichen Konkurrenzunternehmung verglichen wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass möglichst ähnliche Tätigkeiten, Kompetenzen, Zeiträume sowie Verantwortungsbereiche miteinander verglichen werden, um die Branchenüblichkeit der Löhne mit einem Drittvergleich feststellen zu können. Ausgleichskassen können nach Ansicht des Bundesgerichts den vom Bundesamt für Statistik erarbeiteten individuellen Lohnrechner «Salarium» als Hilfsmittel beziehen, um das branchenübliche Gehalt zu schätzen.<sup>78</sup> Beim «Salarium» handelt es sich um ein Modell, mit dem auf statistischer Grundlage der angemessene Lohn entsprechend der Region, der Branche, der Berufsgruppe und anhand von soziodemografischen Daten geschätzt wird.<sup>79</sup>

<sup>68</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.2; KIESER (FN 35), 5. Kap. N 33 f.

<sup>69</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 2; BGE 141 V 634 E. 2.2; 134 V 297 E. 2.1; ADRIAN NUSSBAUM/RAFAEL LÖTSCHER, Verhältnis von Lohn zu Dividende aus AHV-rechtlicher Sicht, ST 2013, 162 ff., 165.

<sup>70</sup> Vgl. CADOTSCH (FN 4), 50.

<sup>71</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.1.

<sup>72</sup> Vgl. oben IV.B.; BGE 134 V 297 E. 2.1.

<sup>73</sup> BGE 141 V 634 E. 2.2.1.

<sup>74</sup> Vgl. WML Ziff. 2011.5, 1/17; CADOTSCH (FN 4), 51.

<sup>75</sup> Vgl. WML Ziff. 2011.5, 1/17; CADOTSCH (FN 4), 51.

<sup>76</sup> Vgl. WML Ziff. 2011.5, 1/17; CADOTSCH (FN 4), 51.

<sup>77</sup> Vgl. WML Ziff. 2011.5, 1/17; CHRISTIAN MADUZ, Regressionsanalyse: Kontrollinstrument zur Überprüfung der Lohngleichheit, Besprechung von BGE 130 III 145, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 22. Dezember 2003 (4C.383/2002), ARV 2014, 181; BGer, 4A.261/2011, 24.8.2011, E. 3.2.

<sup>78</sup> Vgl. z.B. BGE 141 V 634 E. 3.1; WML Ziff. 2011.5, 1/17.

<sup>79</sup> Vgl. Bundesamt für Statistik, Salarium, Internet: <https://www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html#/start> (Abruf 7.9.2017).

Dabei ist zu betonen, dass «Salarium» ein Modell ist; es beschreibt nicht die Realität, sondern *schätzt* den Lohn unter Verwendung der im statistischen Modell definierten Annahmen und erhobenen Daten. Das Bundesgericht hielt fest, dass neben diesem schematischen Wert, der sich aus dem «Salarium» ermitteln lässt, die besonderen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen und dass zusätzlich Plausibilisierungsüberlegungen vorzunehmen sind.<sup>80</sup> Damit verleitet das Bundesgericht jedoch dazu, die «Salarium»-Modellumgebung zu verlassen, sobald die Ergebnisse des «Salarium»-Modells manuell verändert werden. Dieses Vorgehen kann zu statistisch willkürlichen Argumentationen und Ergebnissen führen.

Sofern auf der «Salarium»-Webseite bestimmte Kriterien eingegeben werden, schätzt der Lohnrechner für eine Stelle gesondert nach Geschlecht und Nationalität respektive Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung eine Lohnbandbreite. Würde beispielsweise ein 40-jähriger Inhaber einer Zürcher Anwalts-AG mittels «Salarium» die Daten eingeben, die laut dem verwendeten Schätz-Modell am ehesten auf ihn zutreffen, könnte dies wie folgt aussehen: Region: «Zürich (ZH)», Branche: «69 Rechts- und Steuerberatung, Wirtschaftsprüfung», Berufsgruppe: «26 Juristen/innen, Sozialwissenschaftler/innen und Kulturberufe», Stellung im Betrieb: «Stufe 1+2: Oberes und mittleres Kader», Wochenstunden: «42 Stunden», Ausbildung: «Universitäre Hochschule (UNI, ETH)», Alter: «40 Jahre», Dienstjahre: «15 Jahre»; Unternehmensgrösse: «Weniger als 20 Beschäftigte»; 12/13 Monatslohn: «13 Monatslohn»<sup>81</sup>; Sonderzahlungen: «Nein»; Monats-/Stundenlohn: «Monatslohn». Mit den voranstehenden Angaben zeigt «Salarium» folgende Ergebnisse:

	25% verdienen weniger als	Zentralwert (Median)	25% verdienen mehr als
<b>Frauen</b>	CHF 10'721	CHF 12'158	CHF 13'707
<b>Männer</b>	CHF 12'097	CHF 13'719	CHF 15'466

Beispieldaten aus dem «Salarium»-Lohnrechner

Sofern sich ein Anwalt zwölf Monatslöhne à je CHF 12'097 ausbezahlt, erhält er gemäss «Salarium» mehr Lohn als 25% der Anwälte respektive weniger als 75% der Anwälte. Wie aber bereits das hier dargestellte Beispiel zeigt, gibt das «Salarium» keine Punktschätzung und auch keinen Schwellenwert an, ab welchem CHF-Betrag der Lohn eines bestimmten Angestellten bran-

chenüblich ist. Es ist beispielsweise unsinnig, pauschal den Medianwert oder den Wert aus der linken Spalte der Tabelle (d.h. unterste 25% bzw. erstes Quartil) als Grenze der Branchenunüblichkeit bzw. Branchenüblichkeit zu deklarieren, da der Median nicht definiert, was «üblich» sein soll. «Salarium» zeigt den Medianlohn und indirekt auch die Streuung der Löhne gestützt auf die Schweizerische Lohnstrukturerhebung, die alle zwei Jahre vom Bundesamt für Statistik erhoben wird. Das Bundesgericht geht bei der Beurteilung der Branchenüblichkeit scheinbar nicht vom ersten Quartil aus, sondern erst von demjenigen Lohn, der mindestens den Median erreicht.<sup>82</sup> Als branchenüblich gilt somit das, was mindestens die Hälfte der Leute verdient, und nicht, was von mindestens drei Vierteln der Personen verdient wird. Im Vergleich zum Medianlohneempfänger verdient die eine Hälfte der restlichen Personen mehr und die andere Hälfte des Rests weniger als den Medianlohn. Mit dem Median wird aber nichts darüber ausgesagt, wie hoch der Durchschnittslohn ist oder was die Mehrzahl der Personen in einer Branche verdient.

Die «Salarium»-Schätzwerte dürfen nach Ansicht des Bundesgerichts als Anhaltspunkt verwendet werden, wobei gestützt darauf zusätzliche Auf- oder Abschläge auf dem Lohn vorzunehmen sind, um den Verhältnissen des Einzelfalles Rechnung zu tragen. Ausserdem muss das Ergebnis plausibel sein. Ein Anwalt, der sich beispielsweise für weniger zahlungskräftige Klienten einsetzt und *pro bono* Mandate übernimmt, sollte sich dementsprechend weniger Lohn auszahlen dürfen; hierfür müsste ein Abschlag gerechtfertigt sein. Sofern sich aber ein Anwalt einen tiefen Lohn ausbezahlt, gleichzeitig eine äusserst grosszügige Dividende leistet und daraus zwischen dem Lohn und der Dividende ein offensichtliches Missverhältnis entsteht, wird dies zur Folge haben, dass ein Teil der Kapitalerträge als für die AHV massgebender Lohn qualifiziert wird. Entsprechend erfolgt eine Aufrechnung des Lohns bis zum branchenüblichen Lohn.<sup>83</sup> Dabei muss man sich auch vor Augen halten, dass zum Beispiel ein männlicher Unternehmer, der sich pro Jahr CHF 100'000 Lohn à 12 Monatslöhne (inkl. 13. Monatslohn anteilig auf die zwölf Monate verteilt) ausbezahlt, pro Monat brutto CHF 8'333,33 Lohn erhält. Wenn man diesen Wert mit den CHF 12'097 vergleicht und in Relation setzt, dann erhält der Unternehmer 31,111%<sup>84</sup> weniger Lohn als 75%

<sup>80</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.1 und 3.2.2.

<sup>81</sup> Der 13. Monatslohn wird beim «Salarium» anteilig zu den zwölf Monatslöhnen dazugerechnet. Vgl. die Erläuterung auf der «Salarium»-Webseite sowie in BGE 141 V 634 E. 3.2.2.

<sup>82</sup> In BGE 141 V 634 E. 3.2.2 wurde die Beurteilung, dass ein Lohn, der bereits unterhalb des Medians lag, als branchenunüblich zu qualifizieren sei, nicht als offensichtlich unrichtig angesehen.

<sup>83</sup> Vgl. BGE 134 V 297 E. 3.2.

<sup>84</sup>  $1 - (8'333,33/12'097) * 100 = 31,111\%$ .

der Anwälte gemäss «Salarium». Für Frauen beträgt die Differenz im gleichen Fall 22,271 %<sup>85</sup>. Müsste man diese beiden Löhne folglich bereits als branchenunüblich tief ansehen? Bei dieser «Salarium»-Lohnberechnung bleibt indes unberücksichtigt, dass in diesem Beispiel Anwälte mit ihrer Anwalts-AG untersucht werden, die ein Betriebsrisiko tragen; es kann lediglich angegeben werden, ob eine Person eine höhere, mittlere, untere oder keine Kaderfunktion hat. Entsprechend passt das «Salarium»-Modell für Unternehmer nur mit Vorbehalten. Vernünftiger handelnde Unternehmer sollten sich nicht alle Einnahmen auf einmal als Lohn ausbezahlen, sondern Rücklagen für die Zukunft bilden. Entsprechend kann das Tragen des unternehmerischen Risikos als zusätzlicher Abschlag in Relation zum eingegangenen Risiko gerechtfertigt sein. Dies ist sinnvoll, da der Anwalt mit seiner Kapitalgesellschaft beispielsweise die Miete für sein Büro und die Löhne von Angestellten finanzieren muss. Selbst ein Jahreslohn von CHF 100'000 kann damit bei den hier im Beispiel verwendeten Ausgangsdaten unter Berücksichtigung sinnvoller Abschläge für die zu tragenden Betriebsrisiken bei einer kleinen Anwalts-AG als branchenüblich gelten, selbst wenn die gleiche Person im Angestelltenverhältnis bei einer ähnlichen Kanzlei beispielsweise als Mann pro Jahr ca. CHF 164'628 (bzw. als Frau ca. CHF 145'896) verdienen würde. Ein Jahreslohn in der Grössenordnung von CHF 100'000 (oder deutlich weniger) müsste ebenfalls als branchenüblich gelten, wenn sich die Kanzlei auf eher weniger lukrative Mandate und auf die Anliegen von wenig zahlungskräftigen Klienten spezialisiert. Dabei dürfte in der Praxis insbesondere mitberücksichtigt werden, wie sich der Anwalt auf seiner Webseite selber anpreist.<sup>86</sup> Wenn sich der Anwalt selbst im Hochpreissegment platziert, werden Gerichte vermutlich eher davon ausgehen, dass auch der Lohn höher ist und mindestens im zweiten Quartil liegen müsste (d.h., dass die Arbeit sicher besser bezahlt ist als bei 25 % der Vergleichsgruppe oder nahe beim Median).<sup>87</sup>

Obschon das «Salarium»-Modell eine Lohnbandbreite angibt, darf nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass hier eine Scheingenaugigkeit geschaffen wird, die es in der Realität nicht gibt. Der Einsatz von statistischen Methoden im Rechtsalltag ist bisher noch wenig erforscht und in der Praxis stellt sich das Problem, dass Mitglieder der Be-

hörden und Gerichte meist nicht die Ausbildung und die Erfahrung im Umgang mit statistischen Methoden haben.

Das Bundesgericht hat sich in einem nicht-sozialversicherungsrechtlichen Fall zum Einsatz von Statistiken im Recht geäußert: Demnach kann mittels eines statistischen Modells – von einer notorischen oder gerichtsnotorischen Tatsache<sup>88</sup> abgesehen – nicht in jedem Fall ein Beweis im rechtlichen Sinne erbracht werden. Das Ergebnis aus einem statistischen Modell kann nach Ansicht des Bundesgerichts jedoch als Grundlage für die Rechtsfindung dienen, wenn das Gericht gestützt auf seine Beweismwürdigung anhand von objektiven Gesichtspunkten zur Überzeugung gelangt, dass der rechtserhebliche Sachverhalt gegeben ist.<sup>89</sup> Hierbei ist keine absolute Gewissheit verlangt. Es reicht aus, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsachen keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder diese nur noch als leicht erscheinen.<sup>90</sup> Im Sozialversicherungsrecht gibt es jedoch die Eigenheit, dass bei der Feststellung von materiellen Leistungsansprüchen grundsätzlich der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beachten ist.<sup>91</sup> Die blosse Möglichkeit, dass sich ein bestimmter Sachverhalt verwirklicht haben könnte, genügt dieser Beweisforderung nicht. Stattdessen ist derjenigen Sachverhaltsdarstellung zu folgen, welche die zuständige Behörde unter Beachtung des pflichtgemässen Ermessens von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt.<sup>92</sup>

Ausserdem gilt es sich eines methodischen Problems bewusst zu sein. Statistische Methoden verfolgen einen quantitativen Ansatz und ignorieren dabei die qualitative Vorgehensweise, wie sie in der juristischen Praxis üblich ist.<sup>93</sup> Statistische Methoden eignen sich deshalb nur in ganz speziellen Fällen für die qualitative juristische Bearbeitung eines Einzelfalles.<sup>94</sup> In Fällen nach dem Gleichstellungsgesetz ist der Einsatz von Statistiken inzwischen ein wichtiges – obschon heftig umstrittenes – Instrument

<sup>85</sup>  $1 - (8'333,33/10'721) * 100 = 22,271\%$ .

<sup>86</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.1; MICHAEL LIEBRENZ/UELI KIESER/ROMAN SCHLEIFER, Funktionserfassung 2.0 – Möglichkeiten und Grenzen des Gutachters im digitalen Zeitalter, SZS 2016, 582 ff., 591.

<sup>87</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.1.

<sup>88</sup> Vgl. das Anwendungsbeispiel BGE 128 III E. 4.c/bb (Lohnstrukturerhebung als offenkundige Tatsache).

<sup>89</sup> Vgl. BGER, 2C\_1065/2015, 15.9.2016, E. 5.1 mit Hinweisen zum Beweiswert von Statistiken in Prozessen; BGE 130 III 321 E. 3.2.

<sup>90</sup> Vgl. BGER, 2C\_1065/2015, 15.9.2016, E. 5.1; BGE 130 III 321 E. 3.2.

<sup>91</sup> Vgl. BGE 138 V 218 E. 6; 137 V 410 E. 4.2.1; 126 V 353 E. 5b; LOCHER/GÄCHTER (FN 35), § 70 N 58 f.; KIESER (FN 35), 11. Kap. N 31 ff.

<sup>92</sup> Vgl. BGE 138 V 218 E. 6; 137 V 410 E. 4.2.1; 126 V 353 E. 5b; LOCHER/GÄCHTER (FN 35), § 70 N 58 f.

<sup>93</sup> Vgl. KATHARINA PISTOR, Statistische Rechtsvergleichung: Eine kritische Bestandaufnahme, ZVglRWiss 2010, 348 ff., 349 f.

<sup>94</sup> Vgl. z. B. einen Ausnahmefall: LUKAS MÜLLER, Der Beweis der Kausalität mittels «Event Study»-Gutachten im Kontext des Kapitalmarktrechts, AJP 2015, 251 ff.

für die Feststellung der Tatsachen, wobei es bei der Lohn-diskriminierung primär um die Analyse der Löhne beim gleichen Arbeitgeber statt in einer Branche geht.<sup>95</sup>

Schliesslich ist auf eine Gefahr hinzuweisen. Die «Salarium»-Statistik könnte theoretisch in dem hier aufgeführten Beispiel missbraucht werden, um damit zu zeigen, dass es in Ordnung oder sogar wünschbar sein könnte, einer Frau den Medianlohn von CHF 12'158 zu bezahlen, während ein genau gleich qualifizierter Mann in der gleichen Tätigkeit den Medianlohn in Höhe von CHF 13'719 verdient. Es kann jedoch nicht das Ziel sein, die Lohnungleichheiten naiv mit einer Statistik zu rechtfertigen. Umgekehrt könnte eine Frau aus der Lohn-diskriminierung persönlichen Profit schlagen und in der eigenen Anwalts-AG den eigenen Lohn tiefer ansetzen, als dies bei Männern der Fall sein müsste. Damit zementiert diese Sichtweise aber auch die statistisch tieferen Löhne für Frauen, was wiederum Auswirkungen auf die künftigen Lohnstrukturerhebungen hat, mit denen die bezahlten Löhne in die künftigen «Salarium»-Modelle einfließen. Entsprechend würde damit auch in Zukunft bei Frauen ein tieferer Lohn als bei Männern statistisch als «branchenüblich» dargestellt. Das «Salarium»-Modell liefert eine vergangenheitsbezogene Betrachtung, die nicht normativ, sondern deskriptiv ist. Behörden und Gerichte wenden hingegen eine normative Sichtweise an, da sie aufgrund ihrer Rechtsprechung im jeweils zu beurteilenden Streitfall unter Würdigung aller Umstände einen branchenüblichen Lohn festsetzen müssen. Wenn die Gerichte hierbei geschlechterspezifisch und unkritisch die Werte des «Salarium»-Modells übernehmen, dann legitimieren sie damit indirekt unter Umständen die ungleiche Bezahlung von Männern und Frauen. Denn wenn in Zukunft die Löhne nach den bisherigen Erfahrungswerten festgesetzt werden, dann wäre eine Abweichung von den Vergangheitswerten «unüblich» – das kann in der heutigen Zeit kaum erstrebenswert sein.

Falls nun der branchenübliche Lohn unumstritten ist, könnte theoretisch immer noch das Argument vorgebracht werden, dass der untersuchte Angestellte vor und nach der relevanten Betrachtungsperiode einen deutlich höheren oder tieferen Lohn verdient hat. Sofern man sich bei der Beurteilung auf das statistische Modell abstützt, so ist der Vorher-nachher-Vergleich irrelevant, da der mittels «Salarium» ermittelte branchenübliche Lohn das Ergebnis einer quantitativen Auswertung eines grossen Datensatzes

ist. Der im Modell erwartete Lohn ist eben gerade nicht das Resultat, das sich aus einem fairen Verhandlungsprozess ergibt und immer als Ergebnis eintritt; im konkreten Fall sind Abweichungen vom Erwartungswert möglich. In der Statistik würde dieser Lohn irgendwo in den beobachteten Werten auftauchen, aber nicht zwangsläufig beim Median oder beim arithmetischen Mittel. Es ist im Einzelfall möglich, dass beispielsweise ein Arbeitgeber oder ein Arbeitnehmer schlecht verhandelt hat oder dass sachfremde Faktoren zum vereinbarten Lohn führten. Entsprechend scheint es nach Ansicht des Bundesgerichts zulässig, sich – trotz der erheblichen methodischen Defizite und der meistens nicht vorhandenen Statistikkenntnisse bei Mitgliedern von Behörden und Gerichten – auf das «Salarium»-Modell abzustützen und auf dem ermittelten Ergebnis Zu- und Abschläge vorzunehmen, wobei jeder Schritt und jede Annahme bei der Herleitung des branchenüblichen Lohns jeweils in der Verfügung respektive im Entscheid nachvollziehbar zu begründen ist.

Bei dieser Gelegenheit ist auf den «Disclaimer» der «Salarium»-Webseite hinzuweisen, der unter der Rubrik «Berechnungsgrundlagen» die bereits bekannten Grenzen des Modells offenlegt. Demnach basiert das aktuelle «Salarium»-Modell auf den vollständigen Antworten aus der Lohnstrukturerhebung aus dem Jahr 2014, die sich auf mehr als 750'000 Lohnangaben von Angestellten aus der Privatwirtschaft stützen. Umfragebögen, bei denen in der Erhebung mindestens ein Wert für eine oder für mehrere Variablen fehlen, wurden aus dem Datensatz entfernt.<sup>96</sup> Dabei ist zugleich der Zeitfaktor zu beachten. Die zu prüfenden Löhne sollten aus denselben Jahren stammen wie die jeweiligen Vergleichsdaten aus der jeweiligen, im Zweijahresrhythmus erhobenen Lohnstrukturerhebung. Es wäre beispielsweise statistisch unzulässig, alle Löhne der letzten fünf Jahre mit den aktuellen «Salarium»-Lohnrechnerlöhnen zu vergleichen; es sollte Gleiches mit Gleichem verglichen werden. Des Weiteren berücksichtigt das Modell keine Interaktionen zwischen den erklärenden Variablen (z.B. zwischen Beruf, Dienstalter, Ausbildung und Geschlecht). Dementsprechend können Wechselwirkungen zwischen den verschiedenen erklärenden Variablen nicht ausgeschlossen werden. Das kann zu unzutreffenden beziehungsweise verzerrten Schätzungsergebnissen führen, da damit unter Umständen nicht die richtigen Erklärungsvariablen für das Zustandekommen des gezeigten Lohns im «Salarium»-Modell enthalten sind. Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das «Salarium»-Modell

<sup>95</sup> Vgl. z.B. BGer, 8C\_228/2017, 14.6.2017, E. 2.1 sowie die gesamte E. 4 (zur Publikation vorgesehen); BGE 141 II 411; 124 II 529, 534 ff.; HANSUELI SCHÖCHLI, Kontroverse Lohnanalysen zur Diskriminierung der Frauen, NZZ vom 8.1.2016, 27.

<sup>96</sup> Vgl. Bundesamt für Statistik, Rubrik «Berechnungsgrundlagen», Internet: <https://www.gate.bfs.admin.ch/salarium/public/index.html#start> (Abruf 7.9.2017).

die Löhne nicht danach aufschlüsselt, ob jemand in seiner eigenen Unternehmung mitarbeitet. Mit dem «Salarium»-Modell werden somit sozusagen Äpfel mit Birnen verglichen, und Unternehmer werden fast zwangsläufig andere Löhne als Nicht-Unternehmerangestellte haben. Dementsprechend ist es nachvollziehbar und richtig, dass das «Salarium»-Modell «als dem Einzelfall zu wenig gerecht werdendes Kriterium»<sup>97</sup> beschrieben wird.

## 2. Weniger als 10% Dividendenrendite gelten als «Safe Harbor»

Die Dividendenhöhe ist relevant, sobald der Lohn als branchenunüblich qualifiziert bzw. sobald ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Arbeitsleistung und Lohn besteht.<sup>98</sup> Wenn der Lohn im statistischen Vergleich branchenunüblich klein ist und gleichzeitig die Dividendenrendite grösser als 10% ist, besteht laut Bundesgericht die Vermutung, dass grundsätzlich jener Teil der Dividende, der ab 10% Dividendenrendite ausbezahlt wird, für die AHV als massgebenden Lohn zu behandeln ist.<sup>99</sup> Das Bundesgericht bezeichnet den 10% Dividendenrendite überschüssenden Anteil auch als «überhöhte Dividendenzahlungen»<sup>100</sup>. Für die überhöhten Dividenden sind bis zur Höhe des branchenüblichen Lohns AHV-Beiträge nachzuzahlen. Das hat zur Folge, dass die überhöhten Dividenden aus Sicht der AHV-Behörde als massgebenden Lohn umqualifiziert werden, bis der branchenübliche Lohn erreicht wurde oder bis keine übermässig hohe Dividendenrendite mehr vorliegt.<sup>101</sup> Falls auch nach Anrechnung aller übermässig hohen Dividenden der branchenübliche Lohn noch nicht erreicht wird, erfolgt keine weitere Aufrechnung zum massgebenden Lohn.<sup>102</sup> Der Anteil der Dividende bis zu einer Dividendenrendite in der Höhe von 10% wird hingegen nicht umqualifiziert.

Die Dividendenrendite resultiert aus dem Verhältnis von der Dividende zum Wert der Eigenkapitalanteile. Die Dividendenrendite wird in Prozenten gemessen und ergibt sich aus der folgenden Gleichung:<sup>103</sup>

$$\text{Dividendenrendite} = \frac{\text{Dividende pro Aktie}}{\text{Preis pro Aktie}} \times 100$$

Die Ermittlung der Dividenden pro Aktie bereitet grundsätzlich keine Schwierigkeiten, da sich die Dividenden ohne Probleme aus dem Gewinnverwendungsbeschluss aus dem Protokoll der Generalversammlung ablesen lassen. Hierbei sollten aus der Perspektive der Sozialversicherung nur diejenigen Ausschüttungen an Aktionäre in der Dividendenrendite berücksichtigt werden, soweit sie auch aus der Perspektive des Steuerrechts als zu besteuernde Kapitalerträge gelten; andernfalls würde die sozialversicherungsrechtliche Perspektive von der steuerlichen Qualifikation abweichen.

Die Bestimmung des Werts pro Aktie kann hingegen kompliziert sein. Dabei sind die Begriffe «Wert» und «Preis» voneinander zu unterscheiden. Der «Wert» ergibt sich aus einer betriebswirtschaftlichen Bewertung, die sich unabhängig von einem allfälligen Verhandlungsprozess (etwa im Kontext eines Unternehmenskaufs) ergibt, wobei dieser Wert das Zukunftspotenzial eines Betriebs mitberücksichtigt.<sup>104</sup> Der Bewertungsanlass und der Bewertungszweck haben einen Einfluss auf die zu verwendenden Bewertungsmethoden.<sup>105</sup> Demgegenüber ist der Preis der in Geldeinheiten bezifferte Tauschwert für einen bestimmten Gegenstand.<sup>106</sup>

Die «Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO» (WML) vom Bundesamt für Sozialversicherungen sieht in der aktuellen Fassung vor, dass bei der Prüfung, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem Lohn und der Dividende vorliegt, die Angemessenheit der Dividende grundsätzlich in Relation zum Steuerwert der Wertpapiere zu erfolgen habe, wobei der Steuerwert in der Regel von den Steuerbehörden zu ermitteln sei.<sup>107</sup> Dabei ist auf die rechtskräftige Verfügung von den Steuern abzustellen, sofern diese vorliegt; andernfalls müssen die Ausgleichskassen die Einschätzung selbst vornehmen.<sup>108</sup>

Dividendenrenditen von 10% oder mehr, verstanden als Dividende im Verhältnis zum Steuerwert der Wertpapiere, gelten nach Ansicht des WML als vermutungsweise überhöht.<sup>109</sup> Das Bundesgericht legt allerdings einen anderen Wertmassstab an, als dies in der WML dem Grundsatz

<sup>97</sup> Vgl. RUTH BLOCH-RIEMER, Massgebender Lohn oder sozialabgabefreie Dividende?, EF 2017, 122 ff., 122; ORLANDO RABAGLIO, Wenn die Dividende bei der AHV zu Lohn wird: Klärender Entscheid des Bundesgerichts, TREX 2015, 242.

<sup>98</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.1; 134 V 297 E. 3.2; CADOTSCH (FN 4), 50 f.

<sup>99</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.2.

<sup>100</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.3.

<sup>101</sup> Vgl. BGE 134 V 297 E. 3.2.

<sup>102</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 3.2.2.

<sup>103</sup> Vgl. ASWATH DAMODARAN, Applied Corporate Finance, 4. A., Hoboken (NJ) 2015, 439.

<sup>104</sup> Vgl. PETER BARMETTLER/PASCAL SCHNEIDER, Bewertung von Treuhandunternehmen im Nachfolgeprozess, EF 2015, 765.

<sup>105</sup> Vgl. TOBIAS HÜTTICHE, Dos und Don'ts bei der Bewertung von KMU, EF 2017, 237 ff.

<sup>106</sup> Vgl. BARMETTLER/SCHNEIDER (FN 104), 765.

<sup>107</sup> Vgl. WML Ziff. 2011.6, 1/15.

<sup>108</sup> Vgl. Art. 23 AHVV.

<sup>109</sup> Vgl. WML Ziff. 2011.7, 1/15.

nach vorgesehen ist. Nach Ansicht des Bundesgerichts ist zu vermuten, dass eine überhöhte Dividendenrendite vorliegt, wenn die ausgeschütteten Gewinne 10% des effektiven Werts der Eigenkapitalanteile übersteigen.<sup>110</sup> Diese Vermutung lässt sich umstossen (darauf ist in Abschnitt V noch zurückzukommen). Bei dieser Gelegenheit ist hervorzuheben, dass der Steuerwert von Eigenkapitalanteilen nicht zwangsläufig dem effektiven Wert der Eigenkapitalanteile entsprechen muss. Der Steuerwert für Eigenkapitalanteile ohne Börsenkurswert wird von den Steuerbehörden üblicherweise nach den Vorgaben ermittelt, die im von der SCHWEIZERISCHEN STEUERKONFERENZ (SSK) erlassenen Kreisschreiben Nr. 28 vom 28. August 2008, «Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer» beschrieben sind.<sup>111</sup> Laut dieser Wegleitung wird die Anwendung der *Discounted-Cash-Flow-Methode* (DCF-Methode) in der Steuerrechtspraxis abgelehnt, da diese Methode auf zukünftige Ergebnisse ausgerichtet ist und weitgehend auf subjektiven Einschätzungen basiert, die sich kaum überprüfen lassen. Deshalb sei dieses Bewertungsverfahren für Steuerzwecke unbrauchbar.<sup>112</sup> Stattdessen stützt sich die Steuerbehörde laut dem von der SSK herausgegebenen Kreisschreiben Nr. 28 auf eine Kombination von Ertrags- und Substanzwerten, die auf den letzten zwei oder drei Jahresrechnungen basieren.<sup>113</sup> Jeder Kanton muss jeweils festlegen, ob für die Ertrags- und Substanzwertmethoden die letzten zwei oder die letzten drei Jahresrechnungen massgebend sind.<sup>114</sup> Der aktuellste Kommentar von der SSK zum Kreisschreiben Nr. 28 missachtet dabei, dass sich die von den Steuerbehörden verwendeten Methoden, sobald sie den Ertragswert verwenden, damit ebenfalls eine zukunftsorientierte Perspektive einnehmen. Die Zukunftsorientierung des Steuerwerts ergibt sich aus dem folgenden Zusammenhang: Gemäss den im Kreisschreiben Nr. 28 beschriebenen Methoden wird unter anderem ein Durchschnitt der Gewinne der letzten zwei (oder drei) Perioden verwendet und das Ergebnis hiervon wird mit 100 multipliziert und durch den Kapitalisierungssatz geteilt. Wenn der Kapitalisierungssatz

beispielsweise 5 beträgt, dann wird unterstellt, dass der Durchschnitt der letzten zwei (oder drei) Vorjahresgewinne bis in alle Ewigkeit anfällt und dass der Kapitalkostensatz 5% beträgt. Das heisst, dass der Durchschnitt der letzten zwei (oder drei) Vorjahresgewinne mal 20 multipliziert wird, womit die bis in alle Ewigkeit anfallenden Gewinne im Ertragswert mitenthalten sind.<sup>115</sup>

Demgegenüber wird nach Ansicht des Bundesgerichts in der betriebswirtschaftlich anerkannten Praxis der Unternehmenswert massgeblich unter Berücksichtigung aller zukunftsorientierten Bewertungsfaktoren ermittelt, wobei bisherige Erfahrungswerte mitberücksichtigt werden.<sup>116</sup> Aus Sicht der Betriebswirtschaften ist auch die DCF-Methode von grosser Bedeutung.<sup>117</sup> Das Bundesgericht hat in zivilrechtlichen Fällen ebenfalls die Verwendung von zukunftsorientierten Werten wie etwa dem Ertragswert oder der DCF-Methode als vertretbare Methoden anerkannt.<sup>118</sup>

Sofern die Zukunftsaussichten einer Unternehmung im Vergleich zur aktuellen Lage deutlich besser sind, klaffen der Steuerwert und der effektive wirtschaftliche Wert auseinander, wenn nur letzterer die Zukunftsaussichten adäquat mitberücksichtigt. Das heisst für die Ermittlung der Dividendenrendite, dass sich der Zähler von der vorne dargestellten Dividendenrenditeformel nicht verändert, aber dass dann der Nenner kleiner als der Steuerwert sein müsste. Daraus kann sich ergeben, dass die Dividendenrendite eher zu tief ausgewiesen wird. Entsprechend kann, sofern auf den steuerrechtlichen Unternehmenswert abgestellt wird, eine Dividendenrendite von mehr als 10% resultieren, obwohl eher eine deutlich unter 10% liegende Dividendenrendite gerechtfertigt wäre. Der vorsichtige Unternehmer wird bei der Auszahlung der Dividende berücksichtigen, dass er in Relation zum Steuerwert eine Dividendenrendite von höchstens 10% erzielt. Anhand der Dividendenrenditeformel ist ersichtlich, dass sich eine hohe Dividendenrendite aus zwei Faktoren ergeben kann: die Gesellschaft schüttet hohe Dividenden aus oder in der Zwischenzeit ist der Wert des Beteiligungstitels gesunken.<sup>119</sup>

Die Anwendung der Dividendenrendite-Formel zur Beurteilung der «Angemessenheit» einer Dividende mit einer einfachen 10%-Regel ist problematisch. Diese Re-

<sup>110</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.1 und 2.2.2.

<sup>111</sup> Vgl. Kantonales Steueramt Zürich, Zürcher Steuerbuch, Teil I, Nr. 22/201, Vermögenssteuer, Bewertung von Wertpapieren und Guthaben, Weisung der Finanzdirektion über die Bewertung von Wertpapieren und Guthaben für die Vermögenssteuer, 12. November 2010, B.I.2, welches direkt auf das SSK-Kreisschreiben Nr. 28 verweist.

<sup>112</sup> Vgl. SSK, Wegleitung zur Bewertung von Wertpapieren ohne Kurswert für die Vermögenssteuer, Kreisschreiben Nr. 28 vom 28. August 2008, Kommentar 2016, 3.

<sup>113</sup> Vgl. SSK (FN 112), Ziff. 7 ff.

<sup>114</sup> Vgl. SSK (FN 112), Ziff. 7.

<sup>115</sup> Vgl. RUDOLF VOLKART/ALEXANDER F. WAGNER, Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition, 6. A., Zürich 2014, 311.

<sup>116</sup> Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2.3.

<sup>117</sup> Vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 306 ff. mit Hinweisen.

<sup>118</sup> Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2, 6.2.2., 6.2.5; VOLKART/WAGNER (FN 115), 306 ff.; TOBIAS HÜTTICHE, Zur Praxis der Unternehmensbewertung in der Schweiz, ST 2012, 208 ff.

<sup>119</sup> Vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 514 f.

gel missachtet beispielsweise, dass die Dividendenrendite von der Branche und vom Wachstum einer Unternehmung geprägt ist.<sup>120</sup> Zudem haben das Steuer- und das Sozialversicherungsrecht einen grossen Einfluss auf die Dividendenhöhe.<sup>121</sup> Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass wenn in einem KMU Minderheitsaktionäre vorhanden sind und diese nicht im Betrieb mitarbeiten, diese in der Regel nur aus der Dividende Geld erhalten, es sei denn, die Minderheitsaktionäre veräussern die Aktien ausserbörslich.

In den Wirtschaftswissenschaften gibt es bisher kein allgemeingültiges Modell zur Dividendenpolitik und entsprechend ist es fragwürdig, einen «one size fits all»-Ansatz für die Beurteilung der Angemessenheit einer Dividende anzuwenden. Das gilt insbesondere, da paradoxerweise Unternehmungen, die eine höhere Dividende auszahlen, von Anlegern als wertvoller betrachtet werden, obschon die ausbezahlten Dividenden aus der Unternehmung herausgenommen werden. Eigentlich wäre eher zu erwarten, dass eine Unternehmung dann wertvoll ist, wenn ihr kein Geld entzogen wird, dieses stattdessen im Betrieb verbleibt und dort reinvestiert wird. Nach Meinung einflussreicher Ökonomen ist deshalb die Aussage von FISCHER BLACK aus dem Jahre 1976 immer noch zutreffend: «*The harder we look at the dividend picture, the more it seems like a puzzle, with pieces that just don't fit together.*»<sup>122</sup>

### 3. Substanzdividenden und der Rechtsgrund der Zahlung

Das Bundesgericht vertritt die Ansicht, dass der Rechtsgrund einer Zahlung zu prüfen ist, wobei für die Sozialversicherungsabgaben nur die Zahlungen aus dem Arbeitsverhältnis relevant sind, grundsätzlich aber nicht jene Zahlungen, die ihren Rechtsgrund im Gesellschafterverhältnis haben.<sup>123</sup> Bei der Ausschüttung von Substanzdividenden ist der Grund besonders wichtig, wenn der Rechtsgrund der Zahlung seinen Ursprung im Gesellschaftsvertrag hat und eine weitere Prüfung aus Sicht der Ausgleichskasse entfällt, da die AHV grundsätzlich

nur auf denjenigen Zahlungen zu entrichten ist, die ihren Grund im Arbeitsverhältnis haben.<sup>124</sup>

Substanzdividenden werden aus den von früheren Geschäftsjahren thesaurierten Gewinnen ausgeschüttet.<sup>125</sup> Der in früheren Jahren von der Ausgleichskasse als branchenüblich beurteilte Lohn kann nicht nachträglich als branchenunüblich qualifiziert werden, falls in den Folgejahren eine Substanzdividende ausgezahlt wird, die zu einer überhöhten Dividendenrendite führt.<sup>126</sup> Falls die aus der Substanz der Unternehmung geleisteten Dividendenzahlungen ihren Rechtsgrund aus dem Gesellschafterverhältnis herleiten, wird selbst bei einer übermässig grossen Dividende kein Vergleich zum Einkommen vorgenommen, das in früheren Jahren erzielt wurde.<sup>127</sup> Stattdessen bleibt der Rechtsgrund der Zahlung entscheidend, ob es sich um Lohn oder um Kapitalertrag handelt. Wenn der Rechtsgrund im Arbeitsverhältnis liegt, besteht eine AHV-Beitragspflicht. Falls der Rechtsgrund jedoch im Gesellschaftsvertrag liegt, ist grundsätzlich keine Beitragspflicht für die entsprechenden Zahlungen gegeben. Dividendenzahlungen, die im Hinblick auf die Nachfolgeplanung für die Übergabe eines Betriebs geleistet werden, sind als gesellschaftsrechtlich motiviert zu betrachten.<sup>128</sup> Entsprechend entfällt für diese Zahlungen die AHV-Beitragspflicht.<sup>129</sup>

## V. Bewertung der Beteiligungsrechte und prozessuale Aspekte

Für die Frage, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Arbeitsleistung und dem Lohn oder zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende besteht, untersucht die heutige Praxis das Verhältnis aus dem Vermögensertrag und dem «effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien»<sup>130</sup>. Der Nennwert der Aktien ist hierfür vernachlässigbar, da er praktisch nie den effektiven ökonomischen Wert der Aktien zeigt.<sup>131</sup> Um Unternehmensbewertungen durchzuführen, müssen die notwendigen Daten vorbereitet werden, und es stellt sich des Weiteren

<sup>120</sup> Vgl. DAMODARAN (FN 103), 447.

<sup>121</sup> Vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 691; DAMODARAN (FN 103), 447.

<sup>122</sup> FISCHER BLACK, *The Dividend Puzzle*, *The Journal of Portfolio Management* 1976, 5 ff.; gleicher Meinung VOLKART/WAGNER (FN 115), 697; DAMODARAN (FN 103), 461.

<sup>123</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 2; BGE 141 V 634 E. 2.2; 134 V 297 E. 2.1; NUSSBAUM/LÖTSCHER (FN 69), 165.

<sup>124</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 2.2 und 3.1.3.

<sup>125</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 2, 3.1.2 und 3.1.3.

<sup>126</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 4.3.

<sup>127</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 4.3.

<sup>128</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 3.1.3, 3.3, 4.1 und insb. 4.3.

<sup>129</sup> Vgl. BGer, 9C\_669/2011, 25.10.2012, E. 4.3.

<sup>130</sup> BGE 141 V 634 E. 2.2.2.

<sup>131</sup> Vgl. MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 16), § 16 N 48 ff. Ausführlicher zum Nennwert und dessen Aussagekraft: LUKAS MÜLLER, *Zur Sachübernahme: Funktion, Voraussetzungen, Rechtsfolgen bei Verletzung und Revisionsvorschlag*, AJP 2012, 1414 ff.

die Frage, wie die Ergebnisse in Sozialversicherungsverfahren oder Sozialversicherungsprozesse eingebracht werden sollen.

### A. Bereitstellung der notwendigen Finanzdaten und Bereinigung derselben

Die finanziellen Daten sind für die Beweisführung zentral. Aus der ordnungsgemäss geführten Buchhaltung kann der Geschäftsbericht erstellt werden.<sup>132</sup> Moderne Unternehmensbewertungsmethoden stützen sich allerdings unter anderem auf die prognostizierten Geldflüsse einer Unternehmung ab, die sich nicht aus dem Geschäftsbericht ablesen lassen.<sup>133</sup> Falls die Unternehmung keine Geldflussrechnung erstellt, mangelt es unter Umständen an Erfahrungswerten für die bisherigen Geldflüsse. Damit fehlen bedeutende Informationsquellen für einige in der Praxis häufig verwendete Unternehmensmethoden. Dies macht die Datengewinnung und die Schätzung von künftigen Geldflüssen etwas aufwendiger. Dabei ist zu erwähnen, dass sich die Geldflüsse kaum mittels buchhalterischer Tricks manipulieren lassen, da sich Ein- und Auszahlungen exakt anhand der Zeitangaben auf den Bankbelegen nachvollziehen lassen. Bei der Verbuchung von Aufwendungen und Erträgen (und damit letztlich beim Eigenkapital) bestehen gewisse Manipulationsspielräume. Es kann deshalb nützlich sein, auf freiwilliger Basis eine Geldflussrechnung zu erstellen, falls nicht ohnehin solche gemäss Art. 961 Ziff. 2 i.V.m. Art. 961b OR als Teil der Jahresrechnung oder als Teil eines Abschlusses nach anerkanntem Standard (z.B. Swiss GAAP FER) erstellt wird.<sup>134</sup> Das erleichtert es, moderne Unternehmensbewertungsmethoden, beispielsweise die DCF-Methode, anzuwenden. Anhand der bisherigen Geldflüsse können die zukünftigen Geldflüsse (insb. der sogenannte *Free Cash Flow*, der in der DCF-Methode verwendet wird)<sup>135</sup> eher nachvollziehbar und plausibel prognostiziert werden.

Die nach den Vorgaben des OR erstellte Jahresrechnung muss in der Regel sorgfältig mit einem Due-Diligence-Verfahren überprüft werden, damit sich aus die-

sen Finanzdaten eine Unternehmensbewertung erstellen lässt;<sup>136</sup> in kleinen Unternehmungen dürfte wohl hauptsächlich auf die Werte aus der Jahresrechnung abgestellt werden. In jedem Fall muss aber der Abschluss um stille Reserven bereinigt werden.<sup>137</sup> Damit eine Unternehmung sinnvoll bewertet werden kann, sollte deren Zukunftspotenzial mitberücksichtigt werden, statt nur auf die Substanz abzustellen.<sup>138</sup>

### B. Unternehmensbewertungen

Für die Frage, ob ein offensichtliches Missverhältnis zwischen der Arbeitsleistung und dem Lohn oder zwischen dem eingesetzten Vermögen und der Dividende besteht, untersucht das Bundesgericht das Verhältnis vom Vermögensertrag und «dem effektiven wirtschaftlichen Wert der Aktien»<sup>139</sup>. Unternehmensbewertungen müssen nach allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfolgen, wobei es üblich ist, verschiedene Methoden parallel anzuwenden, um eine Unternehmung zu analysieren. Mit der Anwendung des Methodenpluralismus können die verschiedenen Ergebnisse der einzelnen Unternehmensbewertungsmethoden einem Plausibilitätscheck unterzogen werden.<sup>140</sup>

Traditionellerweise werden für die Bewertung von kleinen Unternehmungen die Substanz- und Ertragswertmethode oder eine Kombination hiervon genannt.<sup>141</sup> Von grosser praktischer Bedeutung sind die DCF-Methode sowie Methoden, die sich auf den Vergleich mit anderen (möglichst ähnlichen) Unternehmungen abstützen.<sup>142</sup> Die beiden letztgenannten Unternehmensbewertungsmethoden scheinen in der Praxis einen wichtigen Einfluss auf die Bewertung einer Unternehmung zu haben.<sup>143</sup> Einige der in der Praxis gebräuchlichen Bewertungsme-

<sup>132</sup> Vgl. Art. 958 Abs. 2 OR; LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PETER BARMETTLER, veb.ch Praxiskommentar (FN 22), Art. 958 OR N 6 ff.

<sup>133</sup> Vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 307 ff.

<sup>134</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. c der Verordnung vom 21. November 2012 über die anerkannten Standards zur Rechnungslegung (VASR; SR 221.432) i.V.m. Art. 962a OR; LUKAS MÜLLER/DAVID P. HENRY/PETER BARMETTLER, veb.ch Praxiskommentar (FN 22), Art. 958 OR N 34 ff.; STEPHAN GLANZ/MARION KIENNTSCH, veb.ch Praxiskommentar (FN 22), Art. 961b OR N 1 ff.

<sup>135</sup> Zur Ermittlung des *Free Cash Flow* vgl. VOLKART/WAGNER (FN 115), 307 f.

<sup>136</sup> Vgl. ROLF LANGENEGGER, Unternehmensbewertung, in: David Dürr/Mauro Lardi (Hrsg.), Unternehmensnachfolge, Interdisziplinäres Handbuch zur Nachfolgeregelung, Zürich/St. Gallen 2014, 136.

<sup>137</sup> Vgl. BGE 141 V 634 E. 2.2.2; LANGENEGGER (FN 136), 136.

<sup>138</sup> Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2.3; HANDSCHIN (FN 31), N 37 ff. und N 88g ff.

<sup>139</sup> BGE 141 V 634 E. 2.2.2.

<sup>140</sup> Vgl. BGER, 4C.363/2000, 3.4.2001, E. 2c; 4A\_97/2016, 11.8.2016, E. 2.1; ROLF SETHE/PHILIPP WEBER, Die Wurzeltheorie als Mittel zur Korrektur, GesKR 2010, 129 ff., 135; DAMODARAN (FN 103), 576 f.; LINUS CATHOMAS/HANS CASPAR VON DER CRONE, Der Irrtum über den Wert des Vertragsgegenstands, insbesondere beim Unternehmenskauf, SZW 2017, 112 ff.

<sup>141</sup> Vgl. BGE 136 III 209 E. 6.2; HANDSCHIN (FN 31), N 88d ff.; VOLKART/WAGNER (FN 115), 311 ff. (Beschreibung von verschiedenen Unternehmensbewertungsmethoden).

<sup>142</sup> Vgl. LANGENEGGER (FN 136), 136.

<sup>143</sup> Vgl. HÜTTICHE (FN 118), 208; DAMODARAN (FN 103), 596 ff.

thoden umfassen Plangrössen, die mit verschiedenen Zukunftsszenarien operieren. Die Auswirkungen von verschiedenen *Best-Case*-, *Normal-Case*- und *Worst-Case*-Szenarien werden in der Unternehmensbewertung mit einer sogenannten Sensitivitätsanalyse berücksichtigt.<sup>144</sup>

Im Übrigen ist auf die nützlichen Hinweise und Erläuterungen zu den hier erwähnten Unternehmensbewertungsmethoden zu verweisen, die auf dem KMU-Portal des Bundes im Internet unter der Rubrik «Praktisches Wissen» aufgeführt sind.<sup>145</sup>

### C. Verfahrensmaximen und Beweiswert von Unternehmensbewertungen

Die rechtsanwendenden Behörden und Gerichte haben im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären und sind nicht an die Anträge der Parteien gebunden.<sup>146</sup> Die Versicherten und die Arbeitgeber haben die Pflicht, beim Vollzug der Sozialversicherungsgesetze unentgeltlich mitzuwirken.<sup>147</sup> Für die Abklärung des Sachverhalts gibt es keine Beweismittelbeschränkung; die Beweise sind ohne Bindung an förmliche Regeln umfassend, pflichtgemäss und objektiv frei zu würdigen.<sup>148</sup> Das Gericht hat die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere These abstellt.<sup>149</sup> Bei der Beweisführung gilt der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, sofern das Gesetz keine ausdrückliche Ausnahme vorsieht.<sup>150</sup> Die überwiegende Wahrscheinlichkeit ist so zu verstehen, dass jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen ist, die von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste zu würdigen ist.<sup>151</sup> Diese Verfahrensmaximen und die Beweisregeln haben einen Einfluss auf die Art und Weise,

wie Unternehmensbewertungen in das Verfahren eingebracht werden müssen.

Falls der Unternehmer bezüglich der Planung der Dividenden und seines Lohns von einer sachverständigen Person eine Unternehmensbewertungsgutachten erstellen lässt, gilt dabei zu beachten, dass es sich bei dieser Art Gutachten um ein Privatgutachten handelt. In Zivilprozessen stellen Privatgutachten bloss Parteibehauptungen dar, denen kein Beweiswert zukommt.<sup>152</sup> Sozialversicherungsverfahren und -streitigkeiten unterscheiden sich allerdings vom Zivilprozess. In den Sozialversicherungsverfahren soll die Behörde oder das Gericht ein Beweismittel, das als Privatgutachten in das Verfahren eingeführt wird, frei würdigen und sich damit auseinandersetzen. Der Umstand, dass eine Partei von einer Fachperson eine Stellungnahme oder ein Privatgutachten einholt und als Partei in ein Verfahren einbringt, rechtfertigt für sich allein noch keine Zweifel am Beweiswert; die Feststellungen in einem Privatgutachten können zur Klärung des Sachverhalts beitragen.<sup>153</sup> Dennoch ist der Beweiswert von Privatgutachten in Sozialversicherungsverfahren geringer, als wenn von der Verwaltungsbehörde ein organisatorisch unabhängiger Sachverständiger die gleiche Analyse durchführt.<sup>154</sup> Substantiierte Privatgutachten eignen sich aber unter Umständen dazu, die Auffassungen und Schlussfolgerungen eines vom Gericht oder von einer Verwaltungsbehörde eingesetzten Gutachters zu erschüttern.<sup>155</sup> Anhand eines Unternehmensbewertungsgutachtens könnte gegebenenfalls gezeigt werden, dass die Dividendenrendite kleiner als 10% ist, womit bei branchenunüblich tiefem Lohn die Dividenden nicht als für die AHV massgebender Lohn zu qualifizieren sind.

## VI. Zusammenfassung der Ergebnisse und Fazit

Ein Unternehmer mit Beteiligungsrechten an seiner Unternehmung, der zugleich in seinem Betrieb mitarbeitet, sollte seine Lohn- und Dividendenzahlungen im Hinblick auf die Belastung durch Steuern und Sozialversicherungsabgaben sorgfältig planen. Dabei gilt es, wie soeben gezeigt wurde, nicht nur eine verdeckte Gewinnausschüttung zu vermeiden, sondern auch aus Sicht der

<sup>144</sup> Vgl. DAMODARAN (FN 103), 209 ff.; HÜTTICHE (FN 118), 208.

<sup>145</sup> Vgl. den Direktlink auf: KMU-Portal, Methoden der Unternehmensbewertung, Internet: <https://www.kmu.admin.ch/kmu/de/home/praktisches-wissen/nachfolge-betriebseinstellung/uebertragung-des-unternehmens/unternehmensbewertung.html> (Abruf 7.9.2017). Die Bewertungsmethoden werden auch in KIM LUDVIGSEN, Wie bewertet man ein Unternehmen? Bewertungsmethodik erklärt für Juristen, AJP 2004, 1285 ff., erläutert.

<sup>146</sup> Vgl. GUSTAVO SCARTAZZINI/MARC HÜRZELER, Bundessozialversicherungsrecht, 4. A., Basel 2012, § 22 N 5 ff.

<sup>147</sup> Vgl. Art. 28 ATSG; KIESER (FN 35), 11. Kap. N 8 ff.; SCARTAZZINI/HÜRZELER (FN 146), § 22 N 6.

<sup>148</sup> Vgl. BGE 132 V 393 E. 2.1; SCARTAZZINI/HÜRZELER (FN 146), § 22 N 7.

<sup>149</sup> Vgl. BGE 132 V 393 E. 2.1.

<sup>150</sup> Vgl. BGE 111 V 374 E. 2b; SCARTAZZINI/HÜRZELER (FN 146), § 22 N 8 f.; KIESER (FN 35), 11. Kap. N 31 ff.

<sup>151</sup> Vgl. BGE 138 V 218 E. 6; 137 V 410 E. 4.2.1; 126 V 353 E. 5b; LOCHER/GÄCHTER (FN 35), § 70 N 58 f.

<sup>152</sup> Vgl. BGE 141 III 433 ff.; gegenteiliger Ansicht sind: ANDREAS BINDER/ROMAN S. GUTZWILLER, Das Privatgutachten – eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013, 172 ff.

<sup>153</sup> Vgl. BGE 141 III 433 E. 2.3; 125 V 351.

<sup>154</sup> Vgl. SCARTAZZINI/HÜRZELER (FN 146), § 22 N 7.

<sup>155</sup> Vgl. BGE 141 III 433 E. 2.3.

Sozialversicherungen zu verhindern, dass einem Unternehmer ein branchenunüblich tiefer Lohn und eine überhöhte Dividendenrendite gezahlt werden, welche zu einem offensichtlichen Missverhältnis von Arbeitsleistung und Lohn sowie Kapitaleinsatz und Dividendenzahlungen führen.<sup>156</sup> Wenn die Ausgleichskasse den ausbezahlten Lohn als branchenunüblich tief qualifiziert, kann die überhöhte Dividende als für die AHV massgebenden Lohn festgelegt werden. Bei der Ermittlung des branchenüblichen Lohns verwenden Ausgleichskassen den Lohnrechner «Salarium» vom Bundesamt für Statistik, obschon die Anwendung dieses Lohnrechners in der Rechtspraxis methodisch fragwürdig ist.<sup>157</sup> Des Weiteren ist die Berechnung der Dividendenrendite mit zahlreichen Ermessensspielräumen verbunden.

Falls der Unternehmer möglichst wenige Sozialversicherungsbeiträge entrichten möchte, sollte er sich den Lohn eher tief, aber gerade noch branchenüblich festsetzen und nur gerade eine Dividende auszahlen, welche die 10%-Dividendenrendite knapp nicht erzielt. In diesem Fall entfällt die Prüfung, ob der Lohn branchenüblich ist. Aus Unternehmersicht gilt es ebenfalls zu beachten, dass je weniger Sozialversicherungsbeiträge einbezahlt werden, desto eher unter Umständen beim Eintritt des Versicherungsfalles auch geringere Leistungsansprüche entstehen.

<sup>156</sup> Vgl. BGE 141 V 634 ff.

<sup>157</sup> Vgl. oben IV.C.1.