

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

9C 774/2018

Urteil vom 10. April 2019

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Pfiffner, Präsidentin,
Bundesrichterin Glanzmann, Bundesrichter Parrino,
Gerichtsschreiber Fessler.

Verfahrensbeteiligte
1. A. _____ AG,
2. B. _____,
beide vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Ueli Kieser,
Beschwerdeführer,

gegen

Ausgleichskasse
für das schweizerische Bankgewerbe,
Ankerstrasse 53, 8004 Zürich,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Beschwerde gegen den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich
vom 24. September 2018 (AB.2016.00057).

Sachverhalt:

A.

A.a. Am 28. September 2005 gründeten B. _____ und sechs weitere Personen, damals Partner bei der C. _____ AG (nachfolgend: Pool-Mitarbeiter), die D. _____ AG. Auf den 1. Dezember 2005 übernahm die Firma die laufenden Geschäfte des früheren Bereichs der C. _____ AG. Am 7. Dezember 2005 wurde die D. _____ AG in X. _____ AG umbenannt. Am 3. Januar 2006 verkauften B. _____ und die übrigen Pool-Mitarbeiter insgesamt 51 % ihrer Aktien an die Y. _____ KG. Am selben Tag erfolgte eine Kapitalerhöhung der X. _____ AG, wobei sämtliche Aktionäre neue Aktien im Verhältnis ihrer Beteiligung zeichneten.

A.b. 2010 veräusserten die Pool-Mitarbeiter ihre (restlichen) Aktien an die Y. _____ KG. Grundlage des Aktienverkaufs bildete Ziff. 4.2 lit. e des von den Parteien am 3. Januar 2006 abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrages. Mit Nachzahlungsverfügung vom 8. Dezember 2015 forderte die Ausgleichskasse für das schweizerische Bankgewerbe von der A. _____ AG, Rechtsnachfolgerin der X. _____ AG, die Bezahlung von Sozialversicherungsbeiträgen auf dem Verkaufserlös (einschliesslich Verwaltungskostenbeitrag und Verzugszinsen) in der Höhe von Fr. 2'777'752.90. Mit Einspracheentscheid vom 8. August 2016 bestätigte die

Ausgleichskasse die Beitragspflicht im Grundsatz, reduzierte jedoch die beitragspflichtige Lohnsumme auf Fr. 4'479'168, was eine Forderung über Fr. 645'925.- (Fr. 501'689.- + Fr. 144'236.- [Verzugszinsen bis 30. September 2016]) ergab.

B.

Dagegen erhoben die A. _____ AG und B. _____ Beschwerde, welche das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich nach zweifachem Schriftenwechsel mit Entscheid vom 24. September 2018 abwies.

C.

Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragen die A. _____ AG und B. _____, Gerichtsentscheid und Einspracheentscheid seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass die mit Nachzahlungsverfügung vom 8. Dezember 2015 festgelegten Beträge nicht geschuldet sind; eventualiter sei die Sache zur hinreichenden Abklärung an das kantonale Sozialversicherungsgericht oder an die Ausgleichskasse zurückzuweisen.

Die Ausgleichskasse für das schweizerische Bankgewerbe ersucht um Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Die Beschwerdeführer beantragen (auch), es sei festzustellen, dass die mit Nachzahlungsverfügung vom 8. Dezember 2015 festgelegten Beträge nicht geschuldet sind. Anfechtungsgegenstand des vorinstanzlichen Verfahrens war indessen (allein) der an die Stelle dieses Verwaltungsaktes getretene Einspracheentscheid vom 8. August 2016 (BGE 133 V 50 E. 4.2.2 S. 55), welcher im Verfahren vor Bundesgericht als mitangefochten gilt (vgl. BGE 134 II 142 E. 1.4 S. 144 mit Hinweis).

2.

Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann unter anderem wegen Verletzung von Bundesrecht erhoben werden (Art. 95 lit. a BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann deren Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig [willkürlich; BGE 142 II 433 E. 4.4 S. 444] ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG; vgl. auch Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG; zur Rüge- und Begründungspflicht der Parteien: Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG sowie Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 138 I 274 E. 1.6 S. 280; 133 II 249 E. 1.4.1 S. 254).

3.

Streitgegenstand bildet die Frage, ob die 2010 erfolgten Zahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. 4'479'168.-, welche die Y. _____ KG an die Pool-Mitarbeiter der X. _____ AG, darunter an den Beschwerdeführer, machte, Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit (massgebender Lohn) im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG darstellen und die Beschwerdeführerin als Rechtsnachfolgerin der zweitgenannten Gesellschaft darauf paritätische Beiträge zu entrichten hat, was die Vorinstanz bejaht hat.

Die Zahlungen von Fr. 4'479'168.- stehen in Zusammenhang mit dem Verkauf von Aktien der X. _____ AG durch deren Pool-Mitarbeiter an die Y. _____ KG. Grundlage bildete Ziff. 4.2 lit. e des von den Veräusserern und der Erwerberin am 3. Januar 2006 abgeschlossenen Aktionärbindungsvertrages.

4.

Im angefochtenen Entscheid wird die Rechtsprechung zum Begriff des massgebenden Lohns nach Art. 5 Abs. 2 AHVG richtig wiedergegeben. Darauf wird verwiesen. Zu ergänzen ist, dass die Ausgleichskassen sowie im Streitfall die kantonalen Versicherungsgerichte und das Bundesgericht eigenständig zu prüfen haben, ob Einkünfte beitragspflichtiges Erwerbseinkommen und gegebenenfalls solches aus selbständiger oder unselbständiger Tätigkeit darstellen oder ob es sich um beitragsfreien Kapitalertrag aus der Verwaltung eigenen Vermögens (BGE 134 V 250 E. 3.1 S. 253) handelt. Es kann insoweit nicht unbesehen auf die steuerrechtliche Qualifikation

abgestellt werden (vgl. Urteil 9C 186/2014 vom 16. April 2014 E. 5.1 mit Hinweisen). Dies gilt grundsätzlich auch in Bezug auf die Person des beitragspflichtigen Arbeitgebers (Art. 12 AHVG) oder die Frage, ob ein Tatbestand nach Art. 6 AHVG ("Arbeitnehmer nicht beitragspflichtiger Arbeitgeber") gegeben ist.

5.

Die Vorinstanz hat erwogen, es bestehe in tatsächlicher Hinsicht kein (relevanter) Unterschied zum Sachverhalt, der dem Urteil 2C 618/2014 vom 3. April 2015 zugrunde gelegen habe. In diesem Entscheid habe das Bundesgericht festgehalten, dass es sich beim Erlös aus dem Verkauf von 51 % der Aktien der X. _____ AG durch die Pool-Mitarbeiter (vgl. Sachverhalt lit. A.a) aus wirtschaftlicher Perspektive um Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit handle. Nicht von Bedeutung sei, dass die Leistung nicht durch die formelle Arbeitgeberin, die X. _____ AG, sondern durch die Mehrheitsaktionärin, die Y. _____ KG, ausgerichtet worden sei. Diese Qualifikation sei zwar für die AHV-Beitragspflicht nicht bindend, da es im Urteil 2C 618/2014 vom 3. April 2015 um einen steuerrechtlichen Streit gegangen sei. Es sei jedoch nicht ersichtlich und werde von den Beschwerdeführern auch nicht plausibel dargelegt, inwiefern zwischen steuerrechtlicher und sozialversicherungsrechtlicher Betrachtungsweise ein Unterschied bestehen sollte.

6.

Nach Auffassung der Beschwerdeführer verletzt der angefochtene Entscheid in verschiedener Hinsicht Bundesrecht. Neben der Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes (Art. 43 Abs. 1 und Art. 61 lit. c ATSG) und Willkür (Art. 9 BV) rügen sie eine unzutreffende Anwendung von Art. 5 Abs. 2 AHVG und von Art. 12 AHVG sowie die Ausserachtlassung von internationalen Aspekten bzw. die Nichtanwendung von Art. 6 AHVG. Zur Begründung bringen sie im Wesentlichen vor, die Steuerpflicht bestehe unabhängig davon, von wem die Zahlung ausgegangen sei. Im Unterschied dazu sei im Sozialversicherungsrecht massgebend, wer eine Zahlung geleistet habe. Die Vorinstanz habe diesbezüglich nichts abgeklärt und keine Würdigung vorgenommen. Sodann gehe es im vorliegenden Fall - anders als im Urteil 9C 824/2008 vom 6. März 2009 - um ein eigenes Interesse der Y. _____ KG, keinesfalls darum, die betreffenden Personen für eine Arbeitstätigkeit zu Gunsten einer schweizerischen Gesellschaft zu entschädigen. Die Y. _____ KG habe einzig einen Kaufpreis entrichtet. Es liege somit eindeutig kein Fall der Zahlung durch eine Drittperson vor, welche mit Blick auf eine Arbeitsleistung erfolgte. Die in Ziff. 4.2 lit. e des Aktionärbindungsvertrages vom 3. Januar 2006 enthaltene Verpflichtung, für weitere zwei Jahre für die X. _____ AG tätig zu sein, sei einzig eine Bedingung. Die Entschädigung selber gelte nicht für die Arbeitsleistung, sondern als Preis für die Aktien. Diese Sichtweise werde durch den Umstand gestützt, dass die Zahlung an einen der Pool-Mitarbeiter erfolgte, obschon dieser die Tätigkeit bei der X. _____ AG gerade nicht weitergeführt habe. Beim Vollzug der Auszahlung sei somit der Weiterbeschäftigung keine Beachtung mehr geschenkt worden, was bedeute, dass der Vertrag diesbezüglich abgeändert worden sei. Die Vorinstanz habe den Umstand der "Auszahlung trotz fehlender Weiterarbeit" als irrelevant erachtet. Das sei nicht nachvollziehbar, habe doch die Verpflichtung zur Weiterarbeit zur Annahme von der AHV-Beitragspflicht unterliegendem massgebenden Lohn bzw. im Fall 2C 618/2014 von steuerpflichtigem Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit geführt.

7.

7.1. Wie das Bundesgericht im Urteil 2C 618/2014 vom 3. April 2015 E. 5.1 festgehalten hat, ist der steuerrechtliche Begriff des Einkommens aus einer Erwerbstätigkeit ("Einkünfte aus privatrechtlichem oder öffentlich-rechtlichem Arbeitsverhältnis"; Art. 17 Abs. 1 DBG) weit zu interpretieren. Danach liegt Einkommen aus Erwerbstätigkeit bereits dann vor, wenn zwischen der Leistung und der damit entgoltenen Tätigkeit ein derartiger wirtschaftlicher Zusammenhang besteht, dass die Leistung die Folge der Tätigkeit ist und im Hinblick darauf ausgerichtet wird. Diese steuerrechtliche Umschreibung stimmt im Wesentlichen überein mit der im AHV-Beitragsrecht geltenden. Danach ist grundsätzlich jede Entschädigung oder Zuwendung, die wirtschaftlich mit dem allenfalls bereits abgelaufenen Arbeitsverhältnis zusammenhängt, ob geschuldet oder nicht, beitragspflichtiges Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift davon ausgenommen ist (BGE 137 V 321 E. 2.1 S. 326). Anders ausgedrückt "sont en principe soumis à cotisations tous les salaires liées à des rapports de travail ou de service qui n'auraient pas été perçus sans ses rapports" (Urteil 9C 824/2008 vom 6. März 2009 E. 5.1).

7.2.

7.2.1. Der hauptsächliche Unterschied in tatsächlicher Hinsicht zum Sachverhalt, welcher dem Urteil 2C 618/2014 vom 3. April 2015 zugrunde lag, besteht darin, dass die Zahlung des Kaufpreises für die (restlichen 49 % der) Aktien der X. _____ AG nicht gestaffelt und sozusagen vorauszahlend mit Blick darauf erfolgte, dass die Pool-Mitarbeiter effektiv zwei weitere Jahre für diese Gesellschaft tätig sind. Ziff. 4.2 lit. e des Aktionärsbindungsvertrages vom 3. Januar 2006 sah weder eine solche Modalität in Bezug auf die Bezahlung des Kaufpreises vor, noch knüpfte sie an die Nichterfüllung der Verpflichtung durch die "Pool-Aktionäre (...), während zwei weiteren Jahren für die Gesellschaft tätig zu sein", als (zweite) Voraussetzung für den Erwerb der Aktien durch die Y. _____ KG irgendwelche Rechtsfolgen. Demgegenüber war im erwähnten steuerrechtlichen Fall bei Übertragung der Aktien am 3. Januar 2006 lediglich ein Teilbetrag des vereinbarten Kaufpreises zu bezahlen; für die Tilgung der restlichen Schuld waren drei weitere Tranchen, zahlbar jeweils am 3. Januar der Kalenderjahre 2007, 2008 und 2009 vereinbart worden. Gemäss den Bedingungen des Kaufvertrages setzte die Auszahlung jeder Tranche voraus, dass die Pool-Mitarbeiter nicht vor dem jeweiligen Auszahlungsdatum ihr Arbeitsverhältnis bei der X. _____ AG, gekündigt hatten oder selbiges nicht aus einem wichtigen Grund durch die Arbeitgeberin aufgelöst worden war. Die Auszahlung der letzten Tranche per 3. Januar 2009 setzte zusätzlich voraus, dass der kumulierte Umsatz der X. _____ AG, während den Geschäftsjahren 2006-2008 einen bestimmten Mindestbetrag erreichte (vgl. Urteil 2C 618/2014 vom 3. April 2015 Sachverhalt lit. A.b).

7.2.2. Die gestaffelte Bezahlung des Kaufpreises, welcher deutlich über dem Substanzwert lag, war nach Auffassung des Bundesgerichts so zu verstehen, dass die Y. _____ KG den durch die mehrjährige effektive Weiterarbeit in der X. _____ AG geschaffenen immateriellen (Mehr-) Wert der Firma (Goodwill; zu diesem Begriff Urteile 2C 499/2011 vom 9. Juli 2012 E. 5.3 und 2P.177/2004 vom 17. Oktober 2005 E. 5.2) abgelten wollte. "Soweit sie den Aktiennennwert übersteigen, erscheinen die aus diesem Vertrag resultierenden Ansprüche (...) daher aus wirtschaftlicher Perspektive als Kombination von Antrittsgeld (erste Tranche) und Treueprämien (zweite bis vierte Tranche) und mithin als Salärbestandteile" (Urteil 2C 618/2014 vom 3. April 2015 E. 5.2). Der auf die Weiterarbeit der Pool-Mitarbeiter zurückzuführende immaterielle Wertzuwachs der X. _____ AG ab 2006 schlug sich grundsätzlich auch in einem höheren Wert der 49 % der Aktien nieder, welche noch in deren Besitz waren. Der bei der Veräusserung dieser Aktien an die Muttergesellschaft bzw. die Mehrheitsaktionärin im Jahre 2010 erzielte Maximalpreis gemäss Ziff. 4.2 lit. e des Aktionärsbindungsvertrages vom 3. Januar 2006 muss somit, wirtschaftlich gesehen, ebenfalls im Zusammenhang mit der Tätigkeit der Pool-Mitarbeiter in der X. _____ AG bis zu diesem Zeitpunkt gesehen werden. Daran ändert nichts, dass die Einhaltung der Verpflichtung, "während zwei weiteren Jahren für die Gesellschaft tätig zu sein", nicht abgesichert wurde, etwa durch entsprechende gestaffelte Bezahlung des Kaufpreises. Ebenso ist nicht von Bedeutung, dass offenbar die Zahlung auch an einen Pool-Mitarbeiter erfolgte, "obschon er die Tätigkeit gerade nicht weiterführte", wie in der Beschwerde vorgebracht wird. Eine Abänderung des Aktionärsbindungsvertrages kann darin nicht erblickt werden. Eine solche bedarf ausdrücklich der Schriftlichkeit, wie die Vorinstanz für das Bundesgericht verbindlich, im Übrigen unwidersprochen festgestellt hat (E. 2). Der Erlös aus dem Aktienverkauf 2010, soweit den Nennwert übersteigend, stellt sich somit als Frucht der (früheren unselbständigen Erwerbs-) Tätigkeit in der X. _____ AG dar und kann daher nicht als beitragsfreier Kapitalertrag (aus der blossen Verwaltung des eigenen Vermögens betrachtet werden (Urteil 9C 186/2014 vom 16. April 2014 E. 5.2)).

7.2.3. Aufgrund der Massgeblichkeit des Arbeitsverhältnisses der Pool-Mitarbeiter mit der X. _____ AG für die grundsätzliche AHV-Beitragspflicht kann Art. 6 AHVG nicht zur Anwendung kommen (EVGE 1960 S. 301 E. 2 S. 304; Urteil 9C 250/2017 vom 30. Oktober 2017 E. 1.3.2, in: SVR 2018 AHV Nr. 4 S. 9). Sodann schliesst der Umstand, dass die Y. _____ KG den Kaufpreis bezahlte, die Beitragspflicht der X. _____ AG bzw. der Beschwerdeführerin als deren Rechtsnachfolgerin nicht aus (BGE 102 V 152 E. 3 S. 155; Urteil 9C 459/2011 vom 26. Januar 2012 E. 2.1.2 mit Hinweis).

7.3. Der angefochtene Entscheid verletzt somit kein Bundesrecht. Die Beschwerde ist unbegründet.

8.

Ausgangsgemäss haben die Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung zu tragen (Art. 66 Abs. 1 und 5 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 11'000.- werden den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, dem Bundesamt für Sozialversicherungen, E._____, F._____, G._____, H._____, I._____ und J._____ schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 10. April 2019

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Pfiffner

Der Gerichtsschreiber: Fessler