

BGer 9C 246/2011 vom 22. November 2011

Bundesgericht, 2011-11-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_246_2011

FR: TF 9C 246/2011 du 22 novembre 2011

IT: TF 9C 246/2011 del 22 novembre 2011

Regeste

Alters- und Hinterlassenenversicherung | Alters- und Hinterlassenenversicherung

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten (Art. 82 ff. BGG) kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Die Feststellung des Sachverhalts kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zu Grunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG).

E. 2

Auf das Feststellungsbegehren der Beschwerdeführerin ist nicht einzutreten. An seiner (separaten) Beurteilung besteht kein schutzwürdiges Interesse, da die Frage, ob für das Jahr 2007 Beiträge nachzuzahlen sind, im Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der beiden Verfügungen vom 19. und 21. Januar 2010 enthalten ist. Im Übrigen ist der Einspracheentscheid vom 26. März 2010 an die Stelle der Verfügungen vom 19. und 21. Januar 2010 getreten (BGE 133 V 50 E. 4.2.2 S. 55; 131 V 407 E. 2.1.2.1 S. 412), so dass nicht diese, sondern Ersterer Aufhebungsgegenstand bildet.

E. 3

Streitig ist, ob die sexuellen Dienstleistungen, welche die Frauen in den beiden Etablissements der Beschwerdeführerin erbringen, als selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit zu qualifizieren sind. Diese beitragsrechtliche Qualifikation ist eine frei überprüfbare Rechtsfrage (so schon Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 32/92 vom 24. August 1993 E. 4). Die Sachverhaltselemente, die der Schlussfolgerung zu Grunde liegen, beschlagen dagegen Tatfragen. Die konkrete wie auch die antizipierte Beweiswürdigung betreffen ebenfalls Tatfragen (SVR 2011 IV Nr. 41 S. 120, 8C_4/2010 E. 1.2; Urteil 8C_504/2011 vom 20. Oktober 2011 E. 1.2).

E. 4.1

Der vorinstanzliche Verzicht auf eine förmliche Zeugeneinvernahme des Treuhänders der Beschwerdeführerin verletzt deren Gehörsanspruch nicht, da das kantonale Gericht seine Aussagen zum Vornherein nicht als hinreichend glaubwürdig angesehen hat. Die

Beschwerdeführerin bringt nichts vor, das diese Würdigung als offensichtlich unrichtig oder bundesrechtswidrig erscheinen lässt (vgl. E. 1). Das Gleiche gilt in Bezug auf die Nichtabnahme der beantragten Zeugenbefragung von H._____ und O._____. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei der vorliegend zu beurteilenden Streitfrage um eine Rechtsfrage (E. 3). Die Beschwerdeführerin sagt nicht, welche Sachverhaltselemente, die das kantonale Gericht konkret festgestellt hat, mittels des Beweisantrags zu berichtigen sind. Ausserdem sprechen die engen Beziehungen, welche die angerufenen Zeuginnen zur Beschwerdeführerin aufweisen, für eine verminderte Glaubwürdigkeit. H._____ war in der hier fraglichen Zeit einzelunterschriftsberechtigte Verwaltungsrätin der Beschwerdeführerin und ist seit November 2010 deren Geschäftsführerin. O._____ arbeitet seit längerer Zeit in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin. Demgegenüber arbeiten die Frauen normalerweise nur sehr kurze Zeit bei ihr, wie sie selber festhält (vgl. auch E. 6.2).

E. 4.2

Indem das kantonale Gericht nicht auf alle Vorbringen der Beschwerdeführerin eingegangen ist, verletzte es nicht automatisch deren rechtliches Gehör. Nach der Rechtsprechung ist nicht erforderlich, dass sich die Vorinstanz mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Sie kann sich auf diejenigen Gesichtspunkte beschränken, die für den Entscheid wesentlich sind (Urteil 5A_37/2011 vom 1. September 2011 E. 2.5.1 m.w.H.). Die Beschwerdeführerin hat auch in dieser Hinsicht substantiiert vorzutragen, inwiefern das kantonale Gericht entscheidrelevante Punkte übersehen haben soll.

E. 5.1

Vom Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit resp. massgebenden Lohn werden paritätische Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge erhoben (Art. 5 Abs. 1 und Art. 13 AHVG). Als massgebender Lohn gilt jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit, mit Einschluss von Teuerungs- und anderen Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnlichen Bezügen, sowie Trinkgeldern, soweit diese einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen (Art. 5 Abs. 2 AHVG). Vom Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit wird demgegenüber ein Beitrag des Selbstständigerwerbenden erhoben (Art. 8 AHVG). Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ist jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt (Art. 9 Abs. 1 AHVG).

E. 5.2

Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht auf Grund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbstständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben

anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zu Tage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 123 V 161 E. 1 S. 163; 122 V 169 E. 3a S. 171; 281 E. 2a S. 283; 119 V 161 E. 2 S. 162). In Grenzfällen, in denen sowohl Merkmale unselbstständiger als auch solche selbstständiger Erwerbstätigkeit vorliegen, ohne dass das Pendel eindeutig in die eine oder die andere Richtung ausschlagen würde, ist rechtsprechungsgemäss namentlich auch Koordinationsgesichtspunkten Rechnung zu tragen (vgl. BGE 123 V 161 E. 4a S. 167; Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 55/01 vom 27. Mai 2003 E. 4.2 und H 300/98 vom 4. Juli 2000 E. 8d/aa). Dies gilt vorab bei Erwerbstätigen, die gleichzeitig mehrere erwerbliche Tätigkeiten für verschiedene oder denselben Arbeit- oder Auftraggeber ausüben. Es soll nach Möglichkeit vermieden werden, dass verschiedene Erwerbstätigkeiten für denselben Arbeit- oder Auftraggeber oder dieselbe Tätigkeit für verschiedene Arbeit- oder Auftraggeber unterschiedlich, teils als selbstständige, teils als unselbstständige Erwerbstätigkeit, qualifiziert werden (BGE 119 V 161 E. 3b S. 164; Urteile des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 12/04 vom 17. Februar 2005 E. 3 und H 300/98 vom 4. Juli 2000 E. 8d/aa; zum Ganzen: SVR 2011 AHV Nr. 17 S. 62, 9C_132/2011 E. 3.2).

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin stellt den Frauen, die in ihren Etablissements arbeiten, ein umfassendes "Package" zur Verfügung. Dieses ist im Rahmen eines Miet- und separaten Dienstleistungsvertrags festgeschrieben. Die Frauen mieten auf der einen Seite ein möbliertes Zimmer und dürfen verschiedene andere Räumlichkeiten des Etablissements (Gästezimmer, Kontakträumlichkeiten, Aufenthaltsräume und sanitäre Einrichtungen) frei mitbenutzen. Dafür bezahlen sie 25 % des erzielten Umsatzes, mindestens jedoch Fr. 70.- pro Tag (einschliesslich Nebenkosten). Auf der anderen Seite bietet die Beschwerdeführerin diverse Dienstleistungen an und stellt eine Infrastruktur bereit: Sie übernimmt die Werbung, stellt Kreditkartenterminals für einen bargeldlosen Zahlungsverkehr sowie Getränke für eine unentgeltliche Bewirtung der Gäste zur Verfügung, gewährleistet die Sicherheit (u.a. mittels Überwachungsanlagen im Eingangsbereich und dem Einsatz von Sicherheitspersonal), ist für den Gästempfang und die Gästebetreuung besorgt, überlässt Videoanlagen und Videofilme, gibt u.a. hygienische Artikel, erotische Produkte und Wellness-Produkte ab und trägt die Gebühren für Radio- und Fernsehempfang. Dafür bezahlen die Frauen 15 % des erzielten Umsatzes, mindestens jedoch Fr. 40.- pro Tag. Der Dienstleistungsvertrag sieht zudem vor, dass die Frauen bei der Wahl der Kunden sowie der anzuwendenden Praktiken frei sind. Sie haben sich aber an die "studioüblichen Dienstleistungen" zu halten, wobei das Recht auf sexuelle Selbstbestimmung vorbehalten bleibt. Im Weiteren hat die Vorinstanz für das Bundesgericht - da nicht offensichtlich unrichtig - verbindlich festgehalten (E. 1), dass die Frauen an die Öffnungszeiten und die Hausordnung, die auch Teil des Mietvertrags bildet, gebunden sind.

E. 6.2

Frauen, die in einem solchen Etablissement sexuelle Dienste gegen Entgelt anbieten, schlagen dort in der Regel keine Wurzeln. Einer der (Hinter-)Gründe ist der zeitlich beschränkte Status, den die Frauen, insbesondere diejenigen aus dem ferne(re)n Ausland, in aufenthalts- und arbeitsrechtlicher Hinsicht innehaben. Auch die strafrechtlich zu

beurteilenden Fälle offenbaren immer wieder die Schnellebigkeit und die hohe Fluktuation in diesem Tätigkeitsbereich. Das von der Beschwerdeführerin angebotene "Package" erleichtert somit den Frauen die Berufsausübung. Sie können ohne grossen eigenen Aufwand, weder in organisatorischer noch finanzieller Hinsicht, relativ unkompliziert und unverbindlich ihre Tätigkeit aufnehmen bzw. einer solchen nachgehen. Sowohl ihre Vorbereitungen (Suche nach einer geeigneten Lokalität, Bekanntmachung etc.) als auch Vorinvestitionen (Einrichtung, Leisten eines Mietdepots etc.) halten sich in einem engen Rahmen. Ebenso können die Frauen relativ kurzfristig und ohne einen grösseren finanziellen Verlust in Kauf nehmen zu müssen, ihre Geschäftstätigkeit wieder einstellen oder an eine neue, eventuell geeignetere Örtlichkeit verlegen. Die fixen Kosten belaufen sich auf maximal Fr. 3410.- pro Monat (31 x Fr. 110.- [Fr. 70.- + Fr. 40.-]), wobei der Mietvertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von 30 Tagen auf das Ende eines jeden Monats aufgelöst werden kann. Bei diesem von vornherein klar kalkulierbaren und einfach zu begrenzenden Risiko kann in Übereinstimmung mit der Vorinstanz nicht von einem spezifischen Unternehmerrisiko die Rede sein. Jedenfalls ist es als gering einzustufen. Wenn auch unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die von den Frauen selber zu tragen sind (vgl. BGE 122 V 169 E. 3c S. 172), erschöpft sich das unternehmerische Risiko im Wesentlichen darin, dass geleistete Arbeit nicht oder nicht vollständig entschädigt wird. Dem Umstand fehlender Investitionen und demjenigen eines minimalen Unternehmerrisikos darf jedoch nicht unabhängig ihrer Ursache und ihres Zusammenhangs entscheidendes Gewicht beigemessen werden. In concreto zeichnet hauptsächlich die Eigenheit des Branchenzweigs resp. das diesbezüglich verbreitete Geschäftsmodell dafür verantwortlich, dass kaum (direkte) Investitionen erforderlich sind und nur mit einer geringen Verlusttragung zu rechnen ist. Demgemäss ist der Fokus auf die Frage nach einem Abhängigkeitsverhältnis zu richten.

E. 6.3

Die Frauen sind an Öffnungszeiten und an die Hausordnung gebunden. Insoweit haben sie sich wohl in ein betriebsorganisatorisches Gefüge einzuordnen. Innerhalb dieser formellen Schranken verfügen sie jedoch über einen selbstbestimmten Handlungsfreiraum. Dafür, dass die Frauen einen Arbeitsplan einzuhalten oder Präsenzzeiten zu befolgen haben, bestehen keine Anhaltspunkte. Auch die Vorinstanz gesteht den Frauen bezüglich Arbeitszeit und der zu erbringenden Dienstleistungen einen grossen Ermessensspielraum zu. Trotzdem vertritt sie die Meinung, es sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass die Frauen gewissen Weisungen der Beschwerdeführerin unterliegen würden. Eine nähere Begründung sowie konkrete Anzeichen - über die allgemein einzuhaltenden betrieblichen Benützungsregeln (Öffnungszeiten, Hausordnung) hinaus - fehlen. Soweit der Inhalt der Hausordnung aus dem Mietvertrag hervorgeht, lassen sich daraus keine Vorschriften entnehmen, welche die Art und Weise der persönlichen Arbeitserbringung - soweit unter strafrechtlichem Blickwinkel überhaupt zulässig (vgl. Art. 195 StGB) - tangieren.

E. 6.4

Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Frauen weder einen Lohnanspruch während Ausfallzeiten wie Krankheit oder Unfall noch einen Anspruch auf bezahlte Ferien hätten, beschlägt das zivilrechtliche Verhältnis, welches AHV-rechtlich nicht ausschlaggebend ist (vgl. E. 5.2). Nicht weiter hilft auch das Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass die Entgeltzahlungen nicht durch sie erfolgen. Die Tatsache der Lohnauszahlung allein

begründet nicht die Stellung des abrechnungs- und beitragspflichtigen Arbeitgebers im Sinne von Art. 12 Abs. 1 AHVG (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts H 448/00 vom 14. September 2001 E. 2a mit Hinweis auf ZAK 1990 S. 130, H 28/89 E. 3b). Es ist von einer objektbezogenen Definition des massgebenden Lohnes auszugehen in dem Sinne, dass es grundsätzlich nicht darauf ankommt, wer das Entgelt bezahlt. Entscheidend ist vielmehr, ob die geldwerte Leistung im Arbeitsverhältnis wirtschaftlich hinreichend begründet ist (BGE 137 V 321 E. 2.2.1 S. 326; PAUL CADOTSCH, Wird der AHV-massgebende Lohn durch die Auszahl- und Zahladresse beeinflusst?, SZS 2009 S. 5 f.). Abgesehen davon finden die aufgeführten Umstände ihre Grundlage darin, dass die Beschwerdeführerin den Abschluss eines Mietvertrags daran knüpft, dass sich die betreffende Mieterin bei der zuständigen Behörde als selbstständigerwerbende Dienstleistungserbringerin angemeldet hat. Die einseitig von einer Vertragspartei oder auch von beiden Parteien übereinstimmend vorgenommene AHV-rechtliche Qualifikation und Deklaration sind für den Sozialversicherungsrichter nicht bindend (AHI 2003 S. 361, H 276/02 E. 8).

E. 6.5

Im Dienstleistungsvertrag wird festgehalten, dass die Dienstleistungserbringerin ihre Steuern "direkt an ihrem Wohnort/Land" abrechnet. Wie sich aus dem angefochtenen Entscheid für das Bundesgericht verbindlich ergibt (E. 1), hat indessen die Beschwerdeführerin von den Einnahmen der Frauen, die über keine fremdenpolizeiliche Niederlassungsbewilligung verfügen, die Quellensteuer abgezogen. Damit dokumentiert sie selber eine Arbeitgeberstellung (vgl. Art. 83 und Art. 91 DBG). Selbst wenn der Auffassung der Beschwerdeführerin zu folgen ist, wonach der Beschäftigungsbegriff im Ausländerrecht nicht mit dem Begriff der unselbstständigen Erwerbstätigkeit im Sinne der AHV-Gesetzgebung übereinstimme, vermag dies nicht darüber hinwegzutäuschen, dass sie eine Obliegenheit übernommen hat, zu der sie weder vertraglich noch seitens der Steuerbehörde verpflichtet war. Es ist weder aktenkundig noch macht die Beschwerdeführerin geltend, die ihrerseits abgerechnete Quellensteuer basiere auf einer steuerrechtlichen Wertung. Die beschwerdeführende Person hat auch im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes die rechtserheblichen Tatsachen zu substantizieren und zu belegen (Urteil 9C_490/2011 vom 22. September 2011 E. 3.3 in fine).

E. 6.6

Es steht fest und ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin über die Vergabe resp. Vermietung der Zimmer bestimmt. Damit kann sie ihr ungeeignet bzw. unpassend erscheinende Interessentinnen ablehnen. Ein Blick in die hauseigene Homepage, welche die Beschwerdeführerin für beide Etablissements gemeinsam betreibt, zeigt zudem, dass die Werbung unter den Namen der beiden Etablissements erfolgt und nicht für die oder im Namen der einzelnen Frauen und deren spezifischen Dienstleistungen. Die Frauen treten nach Aussen nicht direkt in Erscheinung. Zwar finden sich Fotografien auf der Homepage und die Frauen bzw. die von ihnen erbrachten Dienstleistungen können im virtuellen Gästebuch bewertet werden. Eine (weitergehende) individuelle Darstellung seitens der Frauen oder die Möglichkeit, sich mit ihnen direkt in Verbindung zu setzen, besteht nicht. Vielmehr ist der Kunde gehalten, sich an das entsprechende Etablissement zu wenden. Diese Anbindung ist nicht Ausdruck einer selbstständigen Erwerbstätigkeit, sondern kommt einem Unterordnungsverhältnis gleich. Von der in den Vordergrund gestellten Bewerbung des Etablissements hängt auch - zumindest teilweise - der finanzielle Erfolg der einzelnen

Frauen ab. Denn werden die Etablissements in erster Linie als solche vermarktet, ohne dass den Frauen eine Plattform geboten wird, um sich und die Bedingungen ihrer Dienstleistungen differenziert und unmittelbar anzubieten, sind sie primär auf einen guten Ruf des Etablissements angewiesen, um ihren Geschäftsgang sicherstellen zu können.

E. 6.7

Nach dem Gesagten weist die hier zu beurteilende Tätigkeit hinsichtlich des zu prüfenden Abhängigkeitsverhältnisses verschiedene Ausprägungen auf, die eindeutig zu Gunsten einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit zu gewichten sind. In Anbetracht des engen Zusammenhangs zwischen der Funktion der Beschwerdeführerin als Geschäftsführerin und der Tätigkeit der Frauen in den beiden Etablissements ist Erstere als Arbeitgeberin anzusehen. So treten die Frauen im Aussenverhältnis nicht in eigenem Namen auf, wodurch sie sich der Beschwerdeführerin unterordnen und von dieser wirtschaftlich abhängig machen (E. 6.6). Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin die Quellensteuer einzelner Frauen abrechnet, ist explizite Gestaltung dieses Abhängigkeitsverhältnisses (E. 6.5). Die Tatsache, dass weder eine Präsenzpflcht noch materielle Weisungen bestehen (E. 6.3), tritt angesichts des äusseren Erscheinungsbilds und der von der Beschwerdeführerin übernommenen Rolle zurück. Weitere Modalitäten sind nicht ausschlaggebend (E. 6.4). Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 7

Dem Verfahrensausgang entsprechend wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 65 und 66 Abs. 1 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.