

# **BGer 9C\_407/2016 vom 23. November 2016**

Bundesgericht, 2016-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_9C\\_407\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_9C_407_2016)

FR: TF 9C\_407/2016 du 23 novembre 2016

IT: TF 9C\_407/2016 del 23 novembre 2016

## **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 zugrunde, 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**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Tätigkeit des Beschwerdeführers für die Beigeladene in den Jahren 2009 bis 2011 als selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist. Die beitragsrechtliche Qualifikation ist eine frei überprüfbare Rechtsfrage (Art. 95 lit. a i.V.m. Art. 106 Abs. 1 BGG ). Die Sachverhaltselemente hingegen, welche der entsprechenden Schlussfolgerung zu Grunde liegen, beschlagen Tatfragen (Urteil 9C\_618/2015 vom 22. Januar 2016 E. 2 mit Hinweisen).

#### **E. 2.1**

Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht Erwerbstätiger richtet sich unter anderem danach, ob das in einem bestimmten Zeitraum erzielte Erwerbseinkommen als solches aus selbständiger oder aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist (vgl. Art. 5 und 9 AHVG sowie Art. 6 ff. AHVV ). Nach Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit; als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit gilt nach Art. 9 Abs. 1 AHVG jedes Einkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt. Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht aufgrund 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 unselbständig 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 Einzelfalls 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. 162 f.; 122 V 169 E. 3a S. 171; 119 V 161 E. 2 S. 161 f.; Urteile 9C\_946/2009 vom 30. September 2010 E. 2.1 und 9C\_377/2015 vom 22. Oktober 2015 E. 3.1 und 3.2).

## **E. 2.2**

Als Agenten (Reisevertreter, Handelsreisende usw.) sind natürliche Personen zu betrachten, die gegen Entgelt im Namen und auf Rechnung eines andern ausserhalb von dessen Geschäftsräumen mit Dritten Verträge abschliessen oder den Abschluss vermitteln (vgl. Rz. 4020 der Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [WML], gültig ab 1. Januar 2008). Agenten (Handels- oder Reisevertreter) gelten praxismässig nur dann als Selbständigerwerbende, wenn sie über eine eigene Verkaufsorganisation verfügen, d.h. kumulativ eigene Geschäftsräumlichkeiten benutzen, eigenes Personal beschäftigen und die Geschäftskosten im Wesentlichen selber tragen ( BGE 119 V 161 E. 3b S. 163; Urteil 9C\_946/2009 vom 30. September 2010 E. 2.2; UELI KIESER, Alters- und Hinterlassenerversicherung, 3. Aufl. 2012, Art. 5 N 25 f.; Rz. 4024 f. der Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [WML], gültig ab 1. Januar 2008). Diese Umstände lassen auf ein spezifisches Unternehmerrisiko schliessen, weil dabei unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, welche vom Arbeitgeber oder Selbständigerwerbenden selber zu tragen sind ( BGE 122 V 169 E. 3c S. 172; Urteil 9C\_946/2009 vom 30. September 2010 E. 5.1). Demgegenüber ist das unternehmerische Risiko des alleine, ohne eigene Verkaufsorganisation tätigen Agenten entsprechend geringer; es erschöpft sich im Wesentlichen darin, dass geleistete Arbeit nicht oder nicht vollständig entschädigt wird (Urteil 9C\_946/2009 vom 30. September 2010 E. 5.1). Für die Abgrenzung von selbständiger von unselbständiger Tätigkeit kommt es sodann nicht allein auf das Unternehmerrisiko an. Von Bedeutung ist immer die Gesamtheit der Umstände des konkreten Falls, insbesondere Art und Umfang der wirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit vom Auftrag- oder Arbeitgeber (Urteile 9C\_946/2009 vom 30. September 2010 E. 5.1 und 9C\_796/2014 vom 27. April 2015 E. 3.4, HANSPETER KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl. 1996, S. 135 f., N 4.71 f.).

## **E. 3.1**

Die Vorinstanz stellte in tatsächlicher Hinsicht für das Bundesgericht verbindlich ( Art. 105 Abs. 1 BGG ) fest, der Beschwerdeführer übe seine Tätigkeit als sogenannter Reisevertreter für die Beigeladene aus. Zu dieser bestehe auch eine gewisse Weisungsgebundenheit sowie ein gewisses Unterordnungsverhältnis. Im massgebenden Zeitraum von 2009 bis 2011 sei der Beschwerdeführer hauptsächlich für die Beigeladene tätig und dadurch - sowie durch ein zusätzliches Darlehen - von dieser wirtschaftlich abhängig gewesen. Er habe von der Beigeladenen durchgehend fixe, monatliche (lohnähnliche) Entschädigungen erhalten, wodurch er kein ausschlaggebendes wirtschaftliches Risiko für allfällige Umsatzenschwankungen getragen habe. Ein spezifisches Unternehmerrisiko im Sinne eines Inkasso- oder Delkredererisikos habe der Beschwerdeführer nicht getragen. Es sei lediglich keine Provision geschuldet gewesen, wenn die Bezahlung des Kunden zu Handen der Beigeladenen ausgeblieben sei. Deren Verluste habe der Beschwerdeführer indessen nicht tragen müssen. Dadurch bestehe eine ähnliche Situation wie bei einem Arbeitgeber, der

nicht willens oder in der Lage sei, den vereinbarten Lohn zu bezahlen. In Bezug auf getätigten Investitionen stellte die Vorinstanz fest, diese seien allesamt im Jahr 2000 angefallen. Zudem habe der Beschwerdeführer diese nicht belegen können, und es sei mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sie auch für die Ausübung anderer (früherer) Tätigkeiten sowie privat genutzt worden seien. Die vom Beschwerdeführer genannten geringen monatlichen Kosten würden im Ergebnis nicht ins Gewicht fallen. Jedenfalls könne nicht von einer eigenen Betriebsorganisation im Sinne der Rechtsprechung ausgegangen werden. Unter Würdigung der gesamten Umstände kam die Vorinstanz zum Schluss, der Beschwerdeführer sei in Bezug auf die in den Jahren 2009 bis 2011 bei der Beigeladenen ausgeübte Tätigkeit als unselbständig erwerbend einzustufen.

### **E. 3.2**

Der Beschwerdeführer betrachtet sich als selbständig erwerbstätig mit eigener Verkaufsorganisation, weil er Geschäftsräume gemietet, im Jahre 2000 wesentliche Investitionen getätigt und sowohl Personal- wie Fahrzeugkosten vollumfänglich selber getragen habe. Zwischen ihm und der Beigeladenen habe eine gleichgeordnete Partnerschaft ohne Weisungsgebundenheit oder Unterordnungsverhältnis bestanden. In arbeitsorganisatorischer Hinsicht - insbesondere betreffend Arbeitsplanung, Präsenzpflicht und Feriengestaltung - sei er unabhängig gewesen. Die Beigeladene habe auch weder einen Arbeitsplatz noch Arbeitsgeräte oder einen Firmenwagen zur Verfügung gestellt. Des Weiteren habe er insofern ein Delkredererisiko getragen, als für den Fall, dass ein Kunde der Beigeladenen nicht bezahlt habe, auch keine Provision erhalten habe. Schliesslich bestreitet der Beschwerdeführer eine wirtschaftliche Abhängigkeit von der Beigeladenen, weil er als klassischer, wirtschaftlich unabhängiger Unternehmer jederzeit die Möglichkeit gehabt hätte, seinen Tätigkeiten als Inhaber und Geschäftsführer der D. \_\_\_\_\_ GmbH, als Vizepräsident der E. \_\_\_\_\_ AG oder als Vorsitzender der Geschäftsführung der F. \_\_\_\_\_ GmbH nachzugehen.

### **E. 4.1**

Entgegen den Einwänden in der Beschwerde hat das kantonale Gericht keineswegs verkannt, dass Reisevertreter nur dann als selbständig gelten, wenn sie kumulativ eigene Geschäftsräumlichkeiten benutzen, eigenes Personal beschäftigen und die Geschäftskosten im Wesentlichen selber tragen (vgl. E. 2.2 hievor). Im Gegenteil hat die Vorinstanz explizit auf die Rechtsprechung gemäss BGE 119 V 161 - auf die sich auch der Beschwerdeführer beruft - hingewiesen, indessen eine eigene Verkaufsorganisation in diesem Sinne verneint. So mietete der Beschwerdeführer zwar unbestrittenermassen seit August 2004 Geschäftsräume in U. \_\_\_\_\_ (Mietvertrag vom 30. Juli 2007) und nutzte diese - zumindest auch - für seine Tätigkeit für die Beigeladene in den Jahren 2009 bis 2011. Aus den Buchhaltungsunterlagen des Jahres 2009 geht zudem hervor, dass der Beschwerdeführer auch für nicht näher bezeichnete Lohnkosten aufzukommen hatte. Gemäss den unbestritten gebliebenen vorinstanzlichen Feststellungen beliefen sich die unabhängig vom Arbeitserfolg resultierenden Kosten für Miete und Personal indessen auf gerade einmal Fr. 400.- pro Monat (Fr. 300.- für Miete und Fr. 100.- für Personal sowie weitere Kosten). In Bezug auf die vom Beschwerdeführer behaupteten Investitionen stellte die Vorinstanz - gestützt unter anderem auf die Aussagen im Rahmen der nachgeholtten Parteibefragung vom 14. Dezember 2015 - fest, diese seien nicht belegt, in ihrem behaupteten Umfang relativ klein und bereits im Jahr 2000 angefallen. Zudem hätten sie mit hoher Wahrscheinlichkeit auch der Ausübung anderer (früherer) Tätigkeiten sowie der

Privatnutzung gedient. Mit Blick auf die äusserst geringen - sofern überhaupt belegten - Investitionen und Angestelltenlöhne durfte die Vorinstanz ohne Bundesrecht zu verletzen darauf schliessen, der Beschwerdeführer habe über keine eigene Verkaufsorganisation verfügt, welche auf ein spezifisches Unternehmerrisiko hätte schliessen lassen. Ein solches lässt sich entgegen den Rügen des Beschwerdeführers auch nicht damit begründen, dass er gewisse Auslagen, namentlich die Autospesen, selber zu tragen hatte (SVR 2011 AHV Nr. 11 S. 33, Urteil 9C\_946/2009 E. 5.2.1).

Nichts daran zu ändern vermag der Einwand, gemäss dem Urteil (des Eidg. Versicherungsgerichts) H 208/04 vom 15. April 2005 E. 2.2 sei die Höhe der zu tragenden Geschäftskosten für die Frage der Qualifikation des Reisevertreters als Selbständiger nicht entscheidend. So wurden in besagtem Entscheid die Voraussetzung der Anstellung eigenen Personals bei monatlichen Personalkosten im Umfang von Fr. 1'625.- zwar bejaht und darauf hingewiesen, die Rechtsprechung stelle bezüglich der Personalkosten keine Anforderungen in quantitativer Hinsicht. Dies bedeutet indessen nicht, dass jegliche noch so geringen, unabhängig vom Arbeitserfolg anfallenden Personalkosten - in casu gemäss den verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen in etwa Fr. 100.- pro Monat - genügen, um auf ein spezifisches Unternehmerrisiko zu schliessen. Immerhin hat denn das damalige Eidg. Versicherungsgericht in E. 1 des besagten Urteils auch darauf hingewiesen, dass das wirtschaftliche Risiko eines Reisevertreters nur dann als solches eines Selbständigerwerbenden zu werten sei, wenn - was im vorliegenden Fall gerade klar nicht zutrifft -

beträchtliche Investitionen oder Angestelltenlöhne getragen werden müssten.

## **E. 4.2**

Auch wenn dem Umstand Rechnung getragen wird, dass die Tätigkeit des Beschwerdeführers von ihrer Art her nur geringe Investitionen erforderte und es deshalb fraglich erscheint, ob eine selbständige Tätigkeit bereits aufgrund des geringen Unternehmerrisikos zu verneinen ist (vgl. SVR 2011 AHV Nr. 11 S. 33, Urteil 9C\_946/2009 E. 5.1), ändert dies nichts am Ergebnis. Auch unter Berücksichtigung der Gesamtheit der Umstände (vgl. E. 2.2. hievore) überwiegen die für unselbständige Erwerbstätigkeit sprechenden Merkmale klar.

### **E. 4.2.1**

Der Beschwerdeführer vermag die vorinstanzlichen Feststellungen, er habe weder in eigenem Namen noch auf eigene Rechnung gehandelt und kein Inkasso- und Delkredererisiko getragen, nicht zu widerlegen. Mit seinen dagegen gerichteten Einwänden verkennt er insbesondere, dass der mögliche Verlust von Provisionen bei Zahlungsunfähigkeit eines Kunden kein eigentliches Delkredererisiko darstellt (Urteil 9C\_675/2015 vom 16. Mai 2016 E. 4.3 mit Hinweisen). Dass er allfällige Verluste der Beigeladenen nicht zu tragen hatte, ist indessen ebenso unbestritten wie der Umstand, dass er gegen aussen hin als Mitarbeiter und im Namen der Beigeladenen aufgetreten ist, dabei deren Visitenkarten und Korrespondenzpapier verwendet hat und auf deren Homepage als Teammitglied "Verkauf/Technik" aufgeführt wurde. Unselbständigerwerbende treten in der Regel nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung auf (vgl. HANSPETER KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl. 1996, S. 117, N 4.21).

### **E. 4.2.2**

Zwar sehen die vertraglichen Bestimmungen der Vereinbarung zwischen der Beigeladenen und dem Beschwerdeführer vom 3. November 2011 keine (ausdrückliche) Weisungsgebundenheit vor. Die Unabhängigkeit, welche der Beschwerdeführer gemäss dieser Vereinbarung insbesondere in arbeitsorganisatorischer Hinsicht geniesst und auf die er sich beschwerdeweise beruft, geht indessen nicht über das hinaus, was für Reisevertreter, welche in der Regel als unselbständig erwerbstätig gelten, üblich ist. Diese sind im Allgemeinen frei, wie sie ihre Zeit einteilen und ihre Arbeit gestalten wollen (vgl. dazu Urteil [des Eidg. Versicherungsgerichts] H 208/04 vom 15. April 2005 E. 1). Über diese für Reisevertreter typische Unabhängigkeit in arbeitsorganisatorischer Hinsicht hinaus zeigen die vertraglichen Bestimmungen indessen klar auf, dass sich die Vertragsparteien nicht als gleichgeordnete Geschäftspartner gegenüberstanden, was für selbständige Erwerbstätigkeit sprechen würde. Dem Beschwerdeführer wurde von der Beigeladenen ein Verkaufsgebiet fest zugewiesen. Umgekehrt war diese aber ohne Weiteres berechtigt, in dessen Tätigkeitsgebiet aktiv zu werden. Der Beschwerdeführer unterlag auch einem Konkurrenzverbot in Bezug auf die Produkte, die er für die Beigeladene vertrieb. Zudem wurden die Offerten von der Beigeladenen erstellt und der Beschwerdeführer durfte Materialien nur in Absprache mit deren Montageplanung bestellen. Mit Blick auf dieses Ungleichgewicht ist der vorinstanzliche Schluss auf eine gewisse - nicht eine "starke", wie der Beschwerdeführer behauptet - Weisungsgebundenheit und ein gewisses Unterordnungsverhältnis nicht bundesrechtswidrig. Daran ändert nichts, dass die Vereinbarung vom 3. November 2011 keine Vorgaben betreffend Ausmass und Skizzieren sowie für Beratung und Betreuung der Monteure enthält und der Beschwerdeführer alleinig für die Kundenakquisition zuständig war. Eine Unabhängigkeit in diesen Punkten war geradezu unabdingbar, damit der Beschwerdeführer seine eigentliche Aufgabe - als Reisevertreter im Namen und auf Rechnung der Beigeladenen Kunden zu gewinnen und mit diesen Verträge abzuschliessen bzw. einen Abschluss zu vermitteln - überhaupt erfüllen konnte. Sie zeugt indessen nicht von einer über das übliche Mass hinausgehenden Freiheit, welche für eine Selbständigkeit des Beschwerdeführers spräche. Anders als von diesem vorgebracht, ist es auch durchaus üblich, dass ein Arbeitgeber einem Reisevertreter, welcher für diesen definitionsgemäss

ausserhalb von dessen Geschäftsräumen tätig wird (vgl. E. 2.2 hievor), keinen Arbeitsplatz und keine Arbeitsgeräte zur Verfügung stellt.

#### **E. 4.2.3**

Was schliesslich die wirtschaftliche Abhängigkeit anbelangt, hat die Vorinstanz unter anderem erwogen, in den massgeblichen Jahren 2009 bis 2011 sei der Beschwerdeführer hauptsächlich für die Beigeladene tätig gewesen, was ebenfalls für eine unselbständige Tätigkeit spreche. Entgegen der Beschwerde ist massgebend nicht die rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Arbeitgebern anzunehmen, sondern einzig die tatsächliche Ausgangslage ( BGE 122 V 169 E. 3c S. 172). Dazu hat die Vorinstanz festgestellt, im Jahre 2009 habe der Beschwerdeführer neben den Einkünften der Beigeladenen lediglich noch Dividenden der E.\_\_\_\_\_ AG in der Höhe von Fr. 10'500.- deklariert. Inwiefern diese Feststellung offensichtlich unrichtig oder anderweitig bundesrechtswidrig sein sollte, ist weder ersichtlich noch vom Beschwerdeführer substantiiert dargetan, weshalb das Bundesgericht daran gebunden ist. Insbesondere wird in der Beschwerde nicht begründet, weshalb es unzulässig sein sollte, diesbezüglich auf die Steuererklärung und den Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) abzustellen. Der

Beschwerdeführer offeriert - mit Ausnahme eines Schreibens seines Treuhänders vom 24. November 2015, worin dieser ein nicht belegtes weiteres Einkommen in der Höhe von Fr. 12'000.- für eine Baustellenbetreuung behauptet - auch keine Beweise, welche auf anderweitige tatsächliche Einkommensquellen in den Jahren 2009 bis 2011 schliessen liessen.

#### **E. 4.3**

Zusammenfassend bestehen für die Tätigkeit des Beschwerdeführers für die Beigeladene in den Jahren 2009 bis 2011 weit überwiegend Merkmale für unselbständige Erwerbstätigkeit: Er verfügte über keine eigene Verkaufsorganisation und trug somit kein spezifisches Unternehmerrisiko. Er handelte weder in eigenem Namen noch auf eigene Rechnung, stand in einem gewissen Unterordnungsverhältnis zu der Beigeladenen, trug kein Inkasso- und Delkredererisiko und war in wirtschaftlicher Hinsicht von der Beigeladenen weitgehend abhängig. Für eine selbständige Erwerbstätigkeit spricht einzig die Unabhängigkeit in arbeitsorganisatorischer Hinsicht, welche indessen für einen Reisevertreter geradezu typisch ist und in Anbetracht der klar überwiegenden übrigen Merkmale, die für eine unselbständige Erwerbstätigkeit sprechen, ohnehin nicht ins Gewicht fällt.

#### **E. 5**

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat der Beschwerdeführer die Gerichtskosten zu tragen ( Art. 66 Abs. 1 BGG ).

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