

SG_VERSICHERUNGSGERICHT AHV 2010/13 vom 19. Januar 2010

Sg Versicherungsgericht, 2010-01-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_AHV_2010_13

FR: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AHV 2010/13 du 19 janvier 2010

IT: SG_VERSICHERUNGSGERICHT AHV 2010/13 del 19 gennaio 2010

Regeste

Art. 5 Abs. 2 und 9 AHVG: Beitragsrechtliche Qualifikation von in einem Etablissements eingemieteten Prostituierten (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 9. Februar 2011, AHV 2010/13). Bestätigt durch Urteil des Bundesgerichts 9C_246/2011. Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und Marie Löhner; Gerichtsschreiber Marcel Kuhn Entscheid vom 9. Februar 2011 in Sachen M.____, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Nicole Nobs, AMG Rechtsanwälte, Kornhausstrasse 26, Postfach 12, 9001 St. Gallen, gegen Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Lohnbeiträge 2007 und Verzugszinsen (Beitragsstatut) Sachverhalt:

Erwägungen

E. 1.1

Die Rechtsvertreterin der Beschwerdeführerin macht vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da die Beschwerdegegnerin eine beantragte Zeugenbefragung des Treuhänders der Beschwerdeführerin begründungslos übergangen habe. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst u.a. das Recht, Beweisanträge zu stellen, und - als Korrelat - die Pflicht der Behörde zur Beweisabnahme. Bei der Zulassung von Beweismitteln gilt es daher zu beachten, dass die Wahrung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich verlangt, die angebotenen Beweise abzunehmen. Davon darf aber im Sinne einer vorweggenommenen (antizipierten) Beweiswürdigung abgesehen werden, wenn aufgrund bereits abgenommener Beweise der rechtlich erhebliche Sachverhalt für genügend geklärt erachtet wird und ohne Willkür vorweg die Annahme getroffen werden kann, die rechtliche Überzeugung würde durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert (BGE 122 V 162 E. 1d mit Hinweisen; Kölz/Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. Auflage 1998, Rz 111).

E. 1.2

Die Beschwerdegegnerin führt im angefochtenen Einspracheentscheid aus, dass die Beschwerdeführerin nicht beweisen könne, dass ihr Sachbearbeiter eine Beitragspflicht verneint habe, weshalb sie sich zu Unrecht auf den sogenannten Vertrauensschutz berufe. Die Beschwerdegegnerin hat sich somit - wenn auch nur rudimentär - mit dem Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt. Von einer Verletzung der Begründungspflicht kann nicht ausgegangen werden. Die Behörde ist nämlich nicht verpflichtet, sich zu allen Rechtsvorbringen der Parteien zu äussern. Es genügt, wenn ersichtlich ist, von welchen Überlegungen sich die Behörde leiten liess (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix

Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. Zürich 2006, Rz 1706). Diese minimalen Voraussetzungen an die Begründungspflicht einer Verfügung sind vorliegend erfüllt. Zu prüfen ist hingegen, ob die Beschwerdegegnerin verpflichtet gewesen wäre, den beantragten Beweis der Zeugenbefragung abzunehmen.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin machte erstmals in der Einsprache vom 19. Februar 2010 geltend, der Sachbearbeiter der Beschwerdegegnerin habe telefonisch gegenüber ihrem Treuhänder eine Beitragspflicht verneint. Sowohl im Schreiben vom 18. März 2009 (act. G 3.1/5) als auch in den Gesprächen vom 2. Februar 2009 (act. G 3.1/4) und 17. April 2009 (act. G 3.1/6) machten der Treuhänder und die Geschäftsführerin der Beschwerdeführerin diese Tatsache nicht geltend. Dieses Vorgehen der Beschwerdeführerin ist nur schwer nachvollziehbar, weshalb die Aussage den Anschein einer Schutzbehauptung erweckt. Sollte sich der Sachverhalt tatsächlich wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht zugetragen haben, hätten sie bzw. ihr Treuhänder bestimmt bereits anlässlich der Gespräche mit dem Revisor diesen Umstand erwähnt. Eine Zeugenbefragung ist nur dann erforderlich, wenn die Behauptung ein gewisses Mass an Glaubwürdigkeit aufweist und nicht als Schutzbehauptung zu werten ist (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Sozialrechtliche Abteilungen des Bundesgerichts] vom 30. August 2000, C 129/00 E. 4). Selbst wenn die beantragte Zeugenbefragung durchgeführt würde, wären von ihr keine neuen entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten. Die Beschwerdeführerin beantragt die Befragung ihres Treuhänders. Die Beschwerdeführerin hat allerdings schon dargelegt, dass dieser offenbar am 8. Mai 2006 telefonisch bei der Beschwerdegegnerin die Beitragspflicht abgeklärt habe. Sollten weitere Beweise dafür vorliegen, dass der Sachbearbeiter der SVA anlässlich dieses Gesprächs eine Beitragspflicht verneinte, hätte die Beschwerdeführerin diese mit Sicherheit bereits ins Recht gelegt. Von einer Befragung des Treuhänders der Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin somit zu Recht abgesehen.

E. 1.4

Nach dem Gesagten ist auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren dem Antrag der Beschwerdeführerin auf Befragung ihres Treuhänders nicht stattzugeben, da keine neuen entscheidungswesentlichen Tatsachen davon erwarten werden können (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 122 V 162 E. 1d).

E. 2

2.1 Streitig und zu prüfen ist vorliegend, ob die Tätigkeit der in den beiden Bordellen der Beschwerdeführerin arbeitenden Frauen als selbstständige oder unselbstständige Tätigkeit zu qualifizieren ist.

E. 2.2

Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht Erwerbstätiger richtet sich unter anderem danach, ob das in einem bestimmten Zeitraum erzielte Erwerbseinkommen als solches aus selbstständiger oder aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist (Art. 5 und 9 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10] sowie Art. 6 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]). Nach Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit; als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gilt nach Art. 9 Abs. 1 AHVG jedes

Einkommen, das nicht Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt.

E. 2.3

Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbstständige oder unselbstständige 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 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 zutage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 122 V 281 E. 2 a; BGE 119 V 162 E. 2; BGE 110 V 78 E. 4a, je mit Hinweisen).

E. 2.4

Das wirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsverhältnis Unselbst-ständigerwerbender kommt namentlich zum Ausdruck beim Vorhandensein eines Weisungsrechts, eines Unterordnungsverhältnisses, der Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung, eines Konkurrenzverbots und einer Präsenzpflcht. Als Merkmale für das Bestehen eines Unternehmerrisikos gelten erhebliche Investitionen, Verlusttragung, Inkasso- und Delkredererisiko, Unkostentragung, Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, Beschaffung von Aufträgen, Beschäftigung von Personal und eigene Geschäftsräumlichkeiten (vgl. Wegleitung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO, Stand 1. Januar 2011, Rz 1013 ff.).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin hat mit den in ihren Bordellen arbeitenden Prostituierten keinen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Das Rechtsverhältnis ergibt sich hingegen aus einem Miet- und Dienstleistungsvertrag (act. G 3.1/5). Der Mietvertrag besagt im Wesentlichen, dass die Frauen für ihre Tätigkeit ein möbliertes Zimmer mieten und dafür einen Mietzins von 25% des in diesen Räumlichkeiten erzielten Umsatzes, mindestens jedoch Fr. 70.-- pro Tag, zu entrichten haben. Dem Dienstleistungsvertrag ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin für die Frauen diverse Dienstleistungen übernimmt. Die Kosten für diese Dienstleistungen belaufen sich auf 15% des von der Mieterin in den Räumlichkeiten der Beschwerdeführerin erzielten Umsatzes, mindestens jedoch Fr. 40.-- pro Tag.

E. 3.2

Das bei einer selbstständigen Erwerbstätigkeit im Vordergrund stehende Merkmal des Unternehmerrisikos muss vorliegend verneint werden. Als Unternehmerrisiko gilt die Gefahr, die eine Person eingeht, wenn sie als Folge beruflicher Fehleinschätzungen oder beruflichen Fehlverhaltens in der Zukunft mit wirtschaftlichen Substanzverlusten beim Geschäftsvermögen rechnen muss (Peter Forster, AHV-Beitragsrecht, in: Ulrich Meyer/Thomas Gächter [Hrsg.], Schriften zum Sozialversicherungsrecht, Zürich 2007, Rz 65). Von einem solchen Risiko ist bei der vorliegend zu beurteilenden Tätigkeit nicht

auszugehen. Im Weiteren ist beachtlich, dass, abgesehen von den fix anfallenden Kosten aus dem Miet- und Dienstleistungsvertrag, unabhängig vom Arbeitserfolg keine wesentlichen Kosten anfallen. Insbesondere haben die in den Etablissements tätigen Prostituierten keine erheblichen zusätzlichen Investitionen zu tätigen. Dem Dienstleistungsvertrag ist diesbezüglich zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin für die Frauen Werbemassnahmen übernimmt, Kreditkartenterminals für den bargeldlosen Zahlungsverkehr zur Verfügung stellt, die Getränke für eine unentgeltliche Bewirtung der Gäste übernimmt, Sicherheitsleistungen (u.a. Überwachungsanlagen im Eingangsbereich, Einsatz von Sicherheitspersonal) erbringt, Personal für den Gästempfang und die Gästebetreuung organisiert, zur Ausübung der Tätigkeit notwendige Produkte zur Verfügung stellt und die Gebühren für den Radio- und Fernsehempfang übernimmt. Auch wenn die Frauen dafür einen Betrag von 15% des Umsatzes zu entrichten haben, kann nicht von Investitionen gesprochen werden. Hätten sie diese Auslagen vollumfänglich selber zu tragen, wie es bei Selbstständigerwerbenden der Fall wäre, müssten sie mit erheblich höheren Kosten rechnen. Das Risiko der Frauen, aufgrund eines zu geringen Umsatzes die Fixkosten aus dem Miet- und Dienstleistungsvertrag nicht decken zu können, lässt noch nicht auf ein spezifisches Unternehmerrisiko schliessen. Eine solche Verlusttragung, sollte sie sich überhaupt verwirklichen, kann durch eine rasche Beendigung des Mietverhältnisses gering gehalten werden, wodurch es sich ohnehin um ein kleines, hier nicht ins Gewicht fallendes, finanzielles Risiko handeln würde. Ebenso kann das Ausbleiben von Kunden und des damit verbundenen tieferen Umsatzes nicht als wesentliches Risiko gewertet werden. Rechtsprechungsgemäss genügt das alleinige Risiko der Abhängigkeit des Einkommens vom persönlichen Arbeitserfolg nicht für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit (ZAK 1978 S. 507). Die übrigen Merkmale eines Unternehmerrisikos (Tragen des Inkasso- und Delkredererisikos, Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung) sind bei der vorliegend zu beurteilenden Tätigkeit nicht von entscheidender Bedeutung.

E. 3.3

Bei der Frage der wirtschaftlichen bzw. arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit zwischen der Beschwerdeführerin und den in ihren Etablissements arbeitenden Prostituierten überwiegen die Merkmale, welche für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit sprechen. Auch wenn den Frauen bezüglich der Arbeitszeit und der zu erbringenden Dienstleistungen ein grosser Ermessensspielraum zukommt, ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass sie trotzdem gewissen Weisungen der Beschwerdeführerin unterliegen. Insbesondere haben sie sich in einen bestehenden Club eingemietet und sind somit an die Benützungsregeln, (u.a. Öffnungszeiten, Hausordnung), die von der Betreiberin erlassen wurden, gebunden. Im Übrigen gilt es zu beachten, dass einem Weisungsrecht bei der vorliegend zu beurteilenden Tätigkeit mit Blick auf allfällige strafrechtliche Konsequenzen (vgl. Art. 195 Abs. 3 des Schweizerischen Strafgesetzbuchs [StGB, SR 311.0]) ohnehin keine massgebende Bedeutung zukommen kann. Die Beschwerdeführerin bestimmt sodann - auch aus finanziellen Überlegungen - über die Vergabe der zu mietenden Zimmer. Diese Auswahl der Frauen kommt faktisch einer Anstellung in einem Arbeitsverhältnis gleich, wodurch sich auch ein gewisses Unterordnungsverhältnis ergeben und insbesondere eine Abhängigkeit entstehen kann. Die wirtschaftliche Abhängigkeit zeigt sich vorliegend auch darin, dass die Beschwerdeführerin alleine über eine allfällige Schliessung des Clubs entscheidet, wodurch die Frauen ihre Tätigkeit in den Räumlichkeiten nicht mehr ausüben könnten. Aus diesen Überlegungen ergibt sich, dass sich die Frauen trotz gewissen

Freiheiten in einen bestehenden Betrieb eingliedern und sich an gewisse Vorgaben der Beschwerdeführerin halten müssen und von ihr auch abhängig sind. Diese Tatsachen weisen eindeutig auf das Vorliegen einer unselbstständigen Tätigkeit hin. Diese Annahme entspricht zudem der bundesrichterlichen Rechtsprechung im Ausländerrecht. Im Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2009, 6B_412/2009, wurde festgehalten, dass der Geschäftsführer eines Massagesalons als Arbeitgeber gelte und dass ein solches Arbeitsverhältnis ungeachtet einer anderslautenden Parteibezeichnung als unselbstständige Erwerbstätigkeit zu bezeichnen sei, da die Prostituierte vom Betreiber des Clubs "angestellt" werde und sie von ihm abhängig sei. Den Akten ist zudem zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin von den Lohnsummen der Frauen die über keine fremdenpolizeiliche Niederlassungsbewilligung verfügen, unwidersprochen die Quellensteuer abgezogen hat, womit sie sinngemäss selber eine Arbeitgeberstellung zugesteht.

E. 3.4

Zusammenfassend ist die von den Frauen in den Bordellen der Beschwerdeführerin verrichtete Arbeit als unselbstständige Tätigkeit zu qualifizieren, weshalb die Beschwerdeführerin als Arbeitgeberin die Sozialversicherungsbeiträge zu leisten hat. In quantitativer Hinsicht sind die nachgeforderten Beiträge und Verzugszinsen unbestritten geblieben und geben aufgrund der Akten auch zu keinen Beanstandungen Anlass.

E. 4

Schliesslich beruft sich die Beschwerdeführerin zu Unrecht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung im Unrecht. Diesbezüglich ist der Argumentationsweise der Beschwerdegegnerin im Einspracheentscheid beizupflichten. Bei dem Vorbringen der Beschwerdeführerin, dass es der ständigen Praxis der SVA St. Gallen und der Sozialversicherungsanstalten anderer Kantone entspreche, dass bei gleich organisierten Betrieben keine Sozialversicherungsbeiträge erhoben würden, handelt es sich um eine nicht belegte Parteibeauptung. Ohnehin begründet die Tatsache, dass der Beschwerdeführerin angeblich ein anderer, vergleichbarer Fall bekannt ist, noch keinen Anspruch auf eine Gleichbehandlung im Unrecht. Ein solcher würde nur dann bestehen, wenn die Beschwerdegegnerin es ablehnen würde, eine gesetzwidrige Praxis aufzugeben (BGE 126 V 392 E. 6a). Weitere Abklärungen sind daher nicht angezeigt.

E. 5

Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

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