

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT UV 2010/61 vom 2. März 2011**

Sg Versicherungsgericht, 2011-03-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publicationen\\_UV\\_2010\\_61](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publicationen_UV_2010_61)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT UV 2010/61 du 2 mars 2011

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT UV 2010/61 del 2 marzo 2011

## **Regeste**

Art. 1a UVG: Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit. Akkordantinnen und Akkordanten (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 2. März 2011, UV 2010/61).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Vorliegend ist streitig, ob die von B.\_\_\_\_ in den Jahren 2006 bis 2009 für die Beschwerdeführerin ausgeübte Tätigkeit als unselbständige oder selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist. Gemäss Art. 1a Abs. 1 UVG sind die in der Schweiz beschäftigten Arbeitnehmer, einschliesslich der Heimarbeiter, Lehrlinge, Praktikanten, Volontäre sowie der in Lehr- oder Invalidenwerkstätten tätigen Personen obligatorisch nach UVG versichert. Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbständiger Stellung Arbeit leisten und dafür massgebenden Lohn nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen (Art. 10 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). 1.2 Ist eine Tätigkeit als unselbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren, ist der Arbeitgeber gemäss Art. 91 UVG zur Abrechnung der Prämien verpflichtet. Die Prämien werden von den Versicherern in Promillen des versicherten Verdienstes festgesetzt (Art. 92 Abs. 1 UVG). Als versicherter Verdienst gilt gemäss Art. 22 Abs. 2 der Verordnung über die Unfallversicherung (UVV; SR 832.202) mit gewissen Abweichungen der nach der Bundesgesetzgebung über die AHV massgebende Lohn (vgl. Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.20]). 1.3 Die Definition des Begriffs des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin im Sinn des Sozialversicherungsrechts, die Rechtsprechung zur Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt sowie die charakteristischen Merkmale einer selbständigen und einer unselbständigen Erwerbstätigkeit sind im Entscheid UV 2008/142 vom 8. Juli 2009 dargelegt worden; darauf kann verwiesen werden.

### **E. 2**

2.1 Dem Gericht liegt kein schriftlicher Vertrag vor, der Aufschluss über die zivilrechtliche Qualifikation des Verhältnisses zwischen der Beschwerdeführerin und B.\_\_\_\_ geben könnte. 2.2 Bei der zu beurteilenden sozialversicherungsrechtlichen Stellung von B.\_\_\_\_ sind sowohl Kriterien einer selbständigen wie auch einer unselbständigen Erwerbstätigkeit auszumachen. Die Beschwerdeführerin zählt in der Beschwerde (act. G 1) mehrere Argumente auf, die für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit sprechen, insbesondere solche, die in arbeitsorganisatorischer Hinsicht eine gewisse Unabhängigkeit

von B. \_\_\_ bzw. dessen freie Selbstorganisation aufzeigen: Er sei kein Lohnempfänger bei ihr gewesen. Er habe keine Präsenzpflicht, keinen Anspruch auf bezahlte Ferien oder einen Lohnanspruch bei Krankheit oder Unfall und auch keinen Anspruch auf separate Vergütung gehabt. Es habe kein Konkurrenzverbot bestanden und B. \_\_\_ habe eine eigene Unfallversicherung gehabt. Im Rahmen des ersten Beschwerdeverfahrens hatte die Beschwerdeführerin weitere Merkmale angeführt, die für das Vorliegen einer selbständigen Erwerbstätigkeit sprechen würden: Es habe keine Kündigungsfrist und keine Bindung, was die Arbeitseinsätze betreffe, bestanden, d.h. wenn B. \_\_\_ nicht da gewesen sei, habe die Beschwerdeführerin nicht gewusst, ob er allenfalls einer anderen Tätigkeit nachgegangen sei. B. \_\_\_ habe sein eigenes Werkzeug verwendet, dabei aber auch Materialien verarbeitet, die von der Beschwerdeführerin oder der Bauherrschaft gestellt worden seien. Er habe sodann gewisse Vorarbeiten selbständig ausgeführt. Wann diese Tätigkeiten genau hätten ausgeführt werden müssen, sei für die Beschwerdeführerin nicht relevant gewesen und sei auch nicht kontrolliert worden. Die Zeiteinteilung habe B. \_\_\_ obliegen. Entscheidend sei nur die Einhaltung des Fertigstellungstermins gewesen. Die von B. \_\_\_ ausgeführten Arbeiten seien nachträglich von der Beschwerdeführerin begutachtet und erst danach bezahlt worden. Es sei auch vorgekommen, dass B. \_\_\_ seine Arbeit in Eigenregie habe verbessern müssen, womit er ein gewisses Unternehmerrisiko getragen habe. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, ist allerdings davon auszugehen, dass vorliegend die Merkmale einer unselbständigen Erwerbstätigkeit überwiegen.

### **E. 3**

3.1 In den Erfolgsrechnungen der Beschwerdeführerin der Jahre 2006 bis 2009 ist neben der Aufwandposition "Lohnaufwand: Löhne" die Aufwandposition "Arbeitsleistungen Dritter: Fremdarbeiten" aufgeführt (act. G 7.1 - 7.3). Laut Beschwerdeführerin umfasst letztere ihre an B. \_\_\_ erbrachten Geldleistungen. B. \_\_\_ sei bei ihr als selbständiger "Unterakkordant" tätig gewesen, weshalb sämtliche Ansprüche eines Lohnempfängers (z.B. Lohnerhöhung gemäss SMGV) weggefallen seien.

3.1.1 In der Literatur wird bezüglich des Begriffs des freien Mitarbeiters ausgeführt, dass dieser schwer zu fassen sei. Aufgrund der bestehenden Rechtsprechung seien darunter Personen zu verstehen, welche von Unternehmen fallweise zur Lösung besonderer Aufgaben hinzugezogen würden (im Unterschied etwa zu strukturellen Aufgaben eines Unternehmensberaters), ohne ausdrücklich in ein arbeitsvertragliches Verhältnis zu treten. Man könne dabei, weil solche Verhältnisse hauptsächlich im Dienstleistungsbereich zu beobachten seien, geradezu von "Dienstleistungsakkordanten" sprechen. Wie die Akkordanten würden die freien Mitarbeiter nur selten ein spezifisches Unternehmerrisiko tragen und seien - durch die Art ihrer Tätigkeit - ebenso häufig arbeitsorganisatorisch in die Abläufe und die Organisationsstruktur der Unternehmung eingebunden, wenn auch weniger deutlich als die übrigen Angestellten (Hanspeter Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl. 1996, Rz. 4.65). Hinsichtlich der Frage, ob die Tätigkeit eines Akkordanten bzw. eines Unterakkordanten in selbständiger oder in unselbständiger Stellung erfolgt, gelten sodann bestimmte Richtlinien. Abgesehen von vereinzelten Fällen hat das Bundesgericht (bis 31. Dezember 2006 Eidgenössisches Versicherungsgericht, EVG) auf unselbständige Erwerbstätigkeit entschieden (BGE 114 V 65; ZAK 1989 S. 96; siehe auch Ueli Kieser, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, Hrsg. Ulrich Meyer, 2. Aufl. 2007, Rz. 100; Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherung über den massgebenden Lohn [WML] in der AHV/IV/EO, Rz. 4045). Nach dieser Rechtsprechung kann bei einem

Akkordanten von einer selbständigen Erwerbstätigkeit nur dann die Rede sein, wenn er Inhaber eines eigenen Betriebs ist und so als gleichgeordneter Geschäftspartner mit eigenem Unternehmerrisiko für den Akkordvergeber bzw. Auftraggeber arbeitet. Nach den gemeinsam für die Suva und die AHV-Durchführungsorgane geltenden Richtlinien liegt ein eigener Betrieb dann vor, wenn eine Arbeitsstätte mit branchenüblichen Arbeitseinrichtungen und Maschinen besteht oder bedeutende eigene oder gemietete Betriebsmittel, wie Betonmaschinen, Baumaterialaufzüge, Traxe, Bagger, Kompressoren, Pressen, Seilanlagen und Knickschlepper für Holztransporte usw., eingesetzt werden oder das Material vom Akkordanten auf eigene Rechnung beschafft wird oder gleichzeitig mehrere eigene Akkordgruppen auf verschiedenen Arbeitsplätzen im Einsatz sind. Ein weiteres Hauptmerkmal für eine selbständige Erwerbstätigkeit bildet die regelmässige Direktübernahme von Drittaufträgen (Werkeigentümerinnen und Werkeigentümer, Bauherrschaft, Architektinnen und Architekten usw.). Als Hinweise können gelten: Auftragsbewerbung durch Zeitungsinserate; Werkvertrag; Offert- und Rechnungsstellung; Garantieleistung; vertragliche Übernahme von Risiko- und Zufallhaftung (Art. 376 OR). Im Zweifelsfall, d.h. wenn kein Hauptmerkmal eindeutig vorliegt, können folgende Hilfsmerkmale mitbestimmend sein: Eintrag im Handelsregister; Abschluss eines Unfallversicherungsvertrags; Abschluss eines Versicherungsvertrags betreffend Betriebshaftpflicht; Mitgliedschaft bei einem Berufsverband von Gewerbetreibenden; Verwendung von Geschäftspapieren mit aufgedrucktem Firmennamen, Vorhandensein einer Firmentafel und dergleichen sowie Eintrag als Betrieb im Adress-, Telefonbuch und dergleichen (WML, Rz 4042 ff.; Käser, a.a.O. S. 128).

3.1.2 Merkmale für das Bestehen eines Unternehmerrisikos sind vorliegend nicht erkennbar. Das spezifische Unternehmerrisiko bei selbständiger Erwerbstätigkeit besteht darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Erwerbstätige selber zu tragen hat. Im Fragebogen an die Beschwerdegegnerin zur Abklärung der sozialversicherungsrechtlichen Stellung von erwerbstätigen Personen für die Unfallversicherung und für die Alters- und Hinterlassenenversicherung bejahte B. \_\_\_ hinsichtlich der Frage des Bestehens einer Betriebsorganisation zwar, über branchenübliche Einrichtungen (Büro, Werkstätte, andere) zu verfügen (act. G 4.1/25, Ziff. 4), blieb jedoch den Nachweis dafür schuldig (act. G 4.1/25, Beilagen). Bei einem Augenschein an der auf dem für die Rechnungsstellung verwendeten Briefpapier angegebenen Adresse konnte weder ein auf B. \_\_\_ angeschriebener Briefkasten noch eine mit seinem Namen angeschriebene Wohnungsglocke gefunden werden, was ebenfalls gegen das Bestehen von Geschäftsräumlichkeiten spricht. Im Weiteren verneinte B. \_\_\_ das Einsetzen bedeutender eigener oder gemieteter Betriebsmittel (Werkzeuge, Maschinen, Nutzfahrzeuge usw.) an seinen Arbeitsplätzen (act. G 4.1/25, Ziff. 5), das Beschaffen des zu verarbeitenden Materials auf eigene Rechnung (act. G 4.1/25, Ziff. 6) sowie die Beschäftigung von Personal (act. G 4.1/25). Als eigene Betriebsmittel führte er lediglich einen als bescheiden zu bezeichnenden Bestand an Kleinwerkzeugen im Gesamtwert von ca. Fr. 2'000.-- an. Grössere Werkzeuge, wie beispielsweise eine Spritzmaschine sowie eine Iso-Boy (Schneidemaschine im Wert von ca. Fr. 2'000.--) seien von der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt worden (act. G 4.1/20). Schliesslich verfügte B. \_\_\_ nur über einen Personenwagen zu privaten Zwecken, keinen Kombi. Keines der für eine selbständige Erwerbstätigkeit charakteristischen Merkmale wie die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräume sowie die Beschäftigung von eigenem Personal sind mithin bei B. \_\_\_ erfüllt. Er stellte der Beschwerdeführerin praktisch nur seine eigene

Arbeitskraft zur Verfügung. Das wirtschaftliche Risiko beschränkte sich lediglich auf die Abhängigkeit der zugewiesenen Arbeit und damit zusammenhängend auf einen tieferen Lohn. Dieser Umstand vermag allerdings für sich alleine noch kein Unternehmerrisiko zu begründen. Gleiches gilt für das von B. \_\_\_ im Fragebogen angeführte Risiko des Auftragsausfalls, wenn ein Kunde nicht bezahle (act. G 4.1/25, Ziff. 13), zumal auch ein Arbeitnehmer dem Risiko des Arbeitgeberverzugs sowie dessen Insolvenz ausgesetzt ist (vgl. dazu AHI-Praxis 2001, 61). Aus dem Fragebogen geht sodann hervor, dass sich B. \_\_\_ nicht regelmässig um Aufträge, z.B. mit Inseraten, Prospekten, eigener Website usw., bewarb (act. G 4.1/25, Ziff. 2). Schliesslich ist mitbestimmend festzuhalten, dass er nicht im Handelsregister eingetragen ist (act. G 4.1/25, Ziff. 14; vgl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)), keine Mehrwertsteuer abrechnete (act. G 4.1/5, Beilage 2; act. G 4.1/17, 18) und - abgesehen von einer Unfallversicherung (act. G 4.1/23) - über keine Versicherungen im Zusammenhang mit seiner beruflichen Tätigkeit verfügte. Das von B. \_\_\_ für die Rechnungsstellung gegenüber der Beschwerdeführerin teilweise verwendete Briefpapier mit der Abbildung eines am Computer arbeitenden Mannes vermag zwar auf ein Geschäftspapier hinweisen. Dies jedoch nicht auf ein solches in Bezug auf die hier zur Diskussion stehende Maler- und Gipsertätigkeit, sondern vielmehr auf eine in den Akten erwähnte Tätigkeit im Treuhandwesen (act. G 4.1/9, 11, 23).

### 3.1.3 Zusammenfassend gilt es festzuhalten,

dass keines der bei einem Akkordanten für die Annahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit zu erfüllenden, auf das Bestehen eines Unternehmerrisikos hinweisenden Hauptmerkmale, nachgewiesen ist. Das Unternehmerrisiko blieb im wesentlichen bei der Beschwerdeführerin, womit ein Abweichen von der Regel, dass Akkordantinnen und Akkordanten im Allgemeinen Unselbständigerwerbende sind, nicht angezeigt ist. Dasselbe gilt vorliegend für ein Abweichen von der in der Literatur und Rechtsprechung erkennbaren Tendenz, freie Mitarbeiter als Unselbständigerwerbende einzustufen. Der Einwand der Beschwerdeführerin, dass ein Einzelunternehmer selbstredend keine grössere Betriebsorganisation mit mehreren Equipen, nur das nötigste Werkzeug, keinen Fahrzeugpark und keine Büroräume habe, das Material verarbeite, das auf der Baustelle gebraucht werde, und nicht auf mehreren Baustellen gleichzeitig tätig sein könne, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern. Zwar ist die Aussage an sich nicht in Abrede zu stellen, doch lässt sich daraus nicht die Einstufung des Einzelunternehmers als Unselbständigerwerbender ableiten. Vielmehr ist zu argumentieren, dass es in Bezug auf einen Einzelunternehmer tendenziell schwieriger ist, sich als selbständigerwerbend einzurichten. Dies zeigt auch die allgemeine Einstufung der Akkordanten bzw. der freien Mitarbeiter als unselbständigerwerbend. Ausnahmen von dieser Regel gibt es, doch muss hinsichtlich B. \_\_\_ eine solche verneint werden (vgl. dazu auch nachfolgende Erwägung 3.2). Dies auch deshalb, weil es ihm als ungelerntem Gipser noch schwieriger gewesen wäre, sich in diesem Métier als Selbständigerwerbender zu etablieren (act. G 4.1/11, 28). Hat ein Auftragnehmer die klare Absicht, sich als selbständig Erwerbender verschiedenen, allenfalls auch aufeinanderfolgenden Auftraggebern in einem konkreten Tätigkeitsbereich anzubieten, bedingt dies eben eine gewisse eigene Infrastruktur, bei der der Auftragnehmer nicht regelmässig massgebend auf die Infrastruktur am jeweiligen Arbeitsort angewiesen sein darf.

### 3.2 Wie in Erwägung 2.2 ausgeführt, deuten zwar gewisse

arbeitsorganisatorische Kriterien auf eine selbständige Erwerbstätigkeit hin. Eine Würdigung des Gesamtbildes ergibt jedoch, dass neben dem fehlenden spezifischen Unternehmerrisiko (vgl. Erwägung 3.1.2) durchaus auch in arbeitsorganisatorischer Hinsicht Hinweise auf eine Abhängigkeit bestehen. Hinzu kommen weitere Einzelkriterien,

die für eine unselbständige Erwerbstätigkeit sprechen, womit den Kriterien für eine unselbständige Erwerbstätigkeit insgesamt grössere Bedeutung zukommt. So gab B.\_\_\_\_ im Fragebogen an die Beschwerdegegnerin zur Abklärung der sozialversicherungsrechtlichen Stellung von erwerbstätigen Personen für die Unfallversicherung und für die Alters- und Hinterlassenenversicherung an, für die Beschwerdeführerin gemäss deren Weisungen bezüglich Endtermin und Qualität tätig gewesen zu sein (act. G 4.1/25, Ziff. 9). Laut Beschwerde war er sodann zur persönlichen Aufgabenerfüllung verpflichtet. Ein selbständiger Auftragnehmer ist jedoch grundsätzlich im Einsatz von Hilfskräften frei. Für eine unselbständige Erwerbstätigkeit spricht auch, dass B.\_\_\_\_ von der Beschwerdeführerin im Jahr 2007 mit Fr. 43'012.-- und im Jahr 2009 sogar mit Fr. 51'398.-- entschädigt wurde. Auch im Jahr 2008 lagen die Zahlungen der Beschwerdeführerin an B.\_\_\_\_ mit Fr. 28'109.-- im fünfstelligen Bereich (act. G 4.1/2, 17, 18, 27, 28). Aus der Rechnung von B.\_\_\_\_ an die Beschwerdeführerin vom 26. Dezember 2007 für im Dezember 2007 geleisteten Arbeiten (act. G 3.2/5) ergibt sich sodann, dass dieser im Dezember 2007 während insgesamt 16 Tagen für die Beschwerdeführerin tätig war und dafür Fr. 4'139.-- verrechnete. Diese Zahlen machen deutlich, dass B.\_\_\_\_ einen erheblichen Teil seiner Arbeitskraft der Beschwerdeführerin zur Verfügung gestellt hat, zumal in den Belegen des Steueramtes und des Sozialamtes keine Hinweise auf weitere Einkommen enthalten sind (act. G 4.1/23). Es besteht deshalb die Möglichkeit, dass B.\_\_\_\_ bei Verlust der Tätigkeit für die Beschwerdeführerin in eine ähnliche Situation geraten wäre, wie ein Arbeitnehmer, der arbeitslos wird, was für eine unselbständige Erwerbstätigkeit spricht (BGE 122 V 169 E. 3, 119 V 161 E. 3b). Der Umstand, dass die obgenannten Entschädigungen nicht einem üblichen Jahreslohn eines Gipsers oder eines Hilfsarbeiters entsprechen, vermag diese Schlussfolgerung nicht in Frage zu stellen. Das Einkommen von B.\_\_\_\_ bestand im Wesentlichen aus den Entschädigungen der A.\_\_\_\_. Im Übrigen erfolgte die Abrechnung mehrheitlich im Stundenlohn bzw. die Entschädigung entsprach den von ihm geleisteten Arbeitsstunden (vgl. act. G 4.1/28), welche nicht einem Vollzeitpensum gleichkommen müssen. Schliesslich ist in Übereinstimmung mit der Beschwerdegegnerin anzufügen, dass B.\_\_\_\_ aufgrund des über ihn Ende 2008 eröffneten Konkurses nicht mehr als selbständig Erwerbender tätig sein konnte (act. G 4.1/12.1) und ihm dementsprechend von der Ausgleichskasse und IV-Stelle auch seine Erfassung als Selbständigerwerbender für seine Tätigkeit im Bereich Antik- und Flohmarkt (act. G 4.1/11) gelöscht worden war (act. G 4.1/12).

#### **E. 4**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich für B.\_\_\_\_ aufgrund der vorstehenden Erwägungen kein Anspruch auf Erfassung als Selbständigerwerbender für seine Tätigkeit bei der Beschwerdeführerin für die Jahre 2006 bis 2009 ergibt. B.\_\_\_\_ war während dieser Zeit als Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin dem unfallversicherungsrechtlichen Obligatorium gemäss Art. 1a UVG unterstellt. Die Beschwerdegegnerin hat demzufolge die Prämienrechnung von insgesamt Fr. 10'392.80 zu Recht gestellt.

#### **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.