

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2001.00180 vom 23. Januar 2004

ZH Sozialversicherungsgericht, 2004-01-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AB.2001.00180

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2001.00180 du 23 janvier 2004

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2001.00180 del 23 gennaio 2004

Erwägungen

E. 3

3.1. Streitig und zu präzisieren ist die Nachtragsverfügung I vom 28. Februar 2001 betreffend die Nachzahlung paritätischer Beiträge und FAK-Beiträge für die Beitragsperiode der Jahre 1996 bis 2000 in der Höhe von Fr. 189'656.50 (Urk. 2/1). Dabei stellt sich die Frage, ob die von der Beschwerdeführerin im Jahre 1996 bis 2000 an den Beigeladenen 2 ausgerichtete Entgelte massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) darstellen oder als Einkommen im Rahmen der Einzelunternehmung A. aus selbstständiger Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AHVG zu qualifizieren sind.

3.2. Nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 AHVG werden vom Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit, dem massgebenden Lohn, Beiträge erhoben. Als massgebender Lohn gemäss Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Zum massgebenden Lohn gehören begrifflich sämtliche Bezüge der Arbeitnehmer, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder gelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Als beitragspflichtiges Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit gilt somit nicht nur unmittelbares Entgelt für geleistete Arbeit, sondern grundsätzlich jede Entschädigung oder Zuwendung, die sonstwie aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen ist (BGE 126 V 222 Erw. 4a, 124 V 101 Erw. 2, je mit Hinweisen).

3.3. 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 AHVG sowie Art. 6 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV). 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.

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 123 V 162 Erw. 1, 122 V 171 Erw. 3a, 283 Erw. 2a, 119 V 161 Erw. 2 mit Hinweisen).

3.4 Die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit richtet sich vor allem nach den Kriterien der betriebswirtschaftlichen Abhängigkeit und dem spezifischen Unternehmerrisiko (AHI 1998 S. 154 Erw. 4 mit Hinweisen).

E. 3.5

Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal (BGE 119 V 163 Erw. 3b). Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Versicherte selber zu tragen hat (ZAK 1986 S. 333 Erw. 2d und S. 121 Erw. 2b). Für die Annahme selbstständiger Erwerbstätigkeit spricht sodann die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen, ohne indessen von diesen abhängig zu sein (ZAK 1982 S. 215). Massgebend ist dabei nicht die rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Arbeitgebern anzunehmen, sondern die tatsächliche Auftragslage (vgl. ZAK 1982 S. 186 Erw. 2b).

Von unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist auszugehen, wenn die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen, d.h. wenn der Versicherte Dienst auf Zeit zu leisten hat, wirtschaftlich vom "Arbeitgeber" abhängig und während der Arbeitszeit auch in dessen Betrieb eingeordnet ist, praktisch also keine andere Erwerbstätigkeit ausüben kann (Vischer, Der Arbeitsvertrag, SPR VII/1, S. 306). Indizien dafür sind das Vorliegen eines bestimmten Arbeitsplans, die Notwendigkeit, über den Stand der Arbeiten Bericht zu erstatten, sowie das Angewiesensein auf die Infrastruktur am Arbeitsort (ZAK 1982 S. 185). Das wirtschaftliche Risiko des Versicherten erschöpft sich diesfalls in der (alleinigen) Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg (ZAK 1986 S. 121 Erw. 2b und S. 333 Erw. 2d) oder, bei einer regelmässig ausgeübten Tätigkeit, darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eintritt, wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist (BGE 122 V 173 Erw. 3c, 119 V 163 Erw. 3b).

E. 4.1

Der Beigeladene 2 ist Aktionär, war von August 1996 bis Januar 2000 Präsident des Verwaltungsrats und ist seither alleiniger Verwaltungsrat, stets mit Einzelzeichnungsberechtigung für die Beschwerdeführerin (Urk. 42). Er

unterzeichnete alle Verträge und die Korrespondenz der Beschwerdeführerin (unter anderem Lizenzvertrag zwischen der A. ___ und der Beschwerdeführerin, Urk. 3/9; Vollmacht für vorliegendes Verfahren, Urk. 4). Er hat mit der Beschwerdeführerin einen Beratungsauftrag, der darin besteht, das Lokal B. ___ nach dem von ihm entwickelten Konzept zu führen, den neuen Bedürfnissen anzupassen und marktkonform zu halten. Für diesen Auftrag wird seiner Einzelunternehmung A. ___ ein monatliches Honorar ausbezahlt. Zudem haben die Beschwerdeführerin und der Beigeladene 2 einen Lizenzvertrag, welcher die Details über das Konzept und die jährliche Lizenzgebühr regelt, abgeschlossen (Urk. 1 S. 3-4 Ziff. II.5, Urk. 3/9).

4.2 Gemäss Vereinbarung des Beigeladenen 2 und der Beschwerdeführerin stellt das Beratungshonorar und die Lizenzgebühr selbstständiges Erwerbseinkommen dar. Indessen sind die Organe der AHV ebenso wenig wie die Steuerbehörden verpflichtet, die zivilrechtliche Form, in der ein Sachverhalt erscheint, unter allen Umständen als verbindlich anzusehen. Vorliegend ist aufgrund des Lizenzvertrags und der Stellung des Beigeladenen 2 im Betrieb klar, dass die Lizenzgebühren gemäss der Rechtsprechung zum massgebenden Lohn gehören. Dasselbe gilt aber auch für die Beratungshonorare und allfälligen sonstigen Entschädigungen, die der Beigeladene 2 bezogen hat. Wenn solche Entschädigungen für Tätigkeiten ausgerichtet werden, die aus der Organfunktion heraus erfolgen, stellen sie massgebenden Lohn dar (vgl. Käser, a.a.O., S. 142 f. mit Hinweisen). Mit den fraglichen Entschädigungen wurde die Geschäftsführertätigkeit des Beigeladenen 2 für die Beschwerdeführerin abgegolten, also eine Tätigkeit, die sich direkt aus der Organfunktion ableitet. Er tat dies als Einzelunternehmer bzw. als Einzelfirma. Die Entgelte flossen somit ihm persönlich zu. Es verhält sich nicht anders, als wenn zum Beispiel ein Anwalt neben der Funktion als Verwaltungsrat auch noch im Auftragsverhältnis die Geschäftsführung der AG besorgt. Wie der zitierten Stelle von Käser entnommen werden kann, sind in diesem Fall die gesamten Honorare bzw. Entschädigungen als massgebender Lohn zu erfassen. Keine Bindung an die zivilrechtliche Form besteht ferner, wenn eine Beitragsumgehung vorliegt. Eine solche ist anzunehmen wenn

- die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint,

- anzunehmen ist, dass diese Wahl missbräuchlich und nur deshalb getroffen worden ist, um Beiträge einzusparen, welche bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären,

- und das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Beitragsersparnis führen würde, wenn es von den Organen der AHV hingenommen würde.

Sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist zu entscheiden, wie wenn die Umgehungshandlung nicht stattgefunden hätte, und der Beitragspflicht ist die Ordnung zugrunde zu legen, die sachgemäss dem vom Beitragspflichtigen erstrebten wirtschaftlichen Zweck entsprochen hätte (BGE 113 V 94 Erw. 4b).

E. 4.3

Der Beigeladene 2 beherrscht als Aktionär und Verwaltungsrat die Beschwerdeführerin umfassend (Urk. 42). Die wirtschaftlichen Interessen der Beschwerdeführerin und des Beigeladenen 2 decken sich damit. In einer solchen Situation sind die sonst üblichen

Kriterien für die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit (wirtschaftliches Risiko und arbeitsorganisatorische Unterordnung) nur beschränkt tauglich, um eine Qualifikation vorzunehmen. Denn der Beigeladene 2 kann in seiner Eigenschaft als Aktionär und Verwaltungsrat die Arbeitsorganisation vorgeben, so insbesondere auch, ob seine Tätigkeit nun als selbstständige oder unselbstständige qualifiziert wird (vgl. Art. 716a Abs. 1 Ziff. 2 des Obligationenrechts, OR). Ebenso wenig kann aus der Tragung des Unternehmerrisikos etwas abgeleitet werden. Denn dieses fällt ja letztlich stets beim Beigeladenen 2 als Aktionär und Verwaltungsrat an (Art. 716a OR).

Gemäss Lizenzvertrag wird die Lizenzgebühr vom erzielten Umsatz des abgelaufenen Geschäftsjahres ermittelt (Urk. 3/9 S. 2 Ziff. 9). Die Lizenzgebühr 1997 wurde somit 1998 und die Lizenzgebühr 1998 im Jahre 1999 ausgerichtet. Der Vergleich der an den Beigeladenen 2 ausgerichteten Honorare für das Jahr 1998 von gesamthaft Fr. 303'327.-- und für das Jahr 1999 von gesamthaft Fr. 429'747.-- mit seiner Erfolgsrechnung für die Zeit vom 1. Januar bis 31. Dezember 1998 (Urk. 39) lässt darauf schliessen, dass er auch keine nennenswerte weitere Kunden hatte, für die er in eigenem Namen und auf eigene Rechnung tätig wurde. Dies ergibt sich im Übrigen auch aus dem im Lizenzvertrag vereinbarten Konkurrenzverbot (vgl. Urk. 3/9 S. 3 Ziff. 14). Das wirtschaftliche Risiko des Beigeladenen 2 war aber somit dem wirtschaftlichen Risiko von Angestellten, die ihre Stelle verlieren, ähnlich.

Wirtschaftlich haben die Beschwerdeführerin und der Beigeladene 2 zwar identische Interessen, rechtlich betrachtet handelt es sich aber um zwei verschiedene Personen. Dies führt dazu, dass der Beigeladene 2 als Mitarbeiter der Beschwerdeführerin und damit als Unselbstständigerwerbender zu qualifizieren ist. Eine Trennung der Aktivitäten der Beschwerdeführerin und der des Beigeladenen 2 ist nicht möglich, da die Beratung darin besteht, dass der Beigeladene 2 die Geschäfte der Beschwerdeführerin (das Lokal B.____) führt.

Unter beitragsrechtlichen Gesichtspunkten ist die von den Parteien gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, den wirtschaftlichen Verhältnissen nicht angemessen zu qualifizieren, die in missbräuchlicher Weise jedenfalls vorwiegend dazu dient, das vom Beigeladenen 2 als Angestellter der Beschwerdeführerin erzielte Einkommen in selbstständiges Erwerbseinkommen umzuwandeln.

Überdies kann nicht zweifelhaft sein, dass das gewählte Vorgehen zu einer erheblichen Beitragsersparnis führt, da damit ausser der Differenz zwischen dem AHV/IV/EO-Beitragssatz für Selbstständigerwerbende und demjenigen auf dem Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit vor allem auch der ALV-Beitrag vermieden wird.

E. 4.4

Nach dem Gesagten überwiegen vorliegend die Indizien sowohl für die unselbstständige Erwerbstätigkeit als auch für die Beitragsumgehung. Somit sind die von der Beschwerdeführerin in den Jahren 1996 bis 2000 an den Beigeladenen 2 ausgerichtete Entgelte, folglich auch das Beratungshonorar, als massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG zu qualifizieren. Nach Art. 7 lit. h AHVV gelten feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an Mitglieder der Verwaltung und der geschäftsführenden Organe juristischer Personen ohnehin als massgebender Lohn. Die Lizenzgebühren bilden nach der Praxis dann Erwerbseinkommen, wenn über den

Abschluss des Lizenzvertrages hinaus eine persönliche Tätigkeit des Erfinders fortbesteht, die ihn mit der Ausbeutung der Erfindung verbindet. Daher ist nicht der Vertrag, sondern der Charakter der Tätigkeit dafür entscheidend, ob die Lizenzgebühren zum Einkommen aus einer selbstständigen oder einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit gehören (ZAK 1985 S. 614). Als Aktionär und Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin, welche die Lizenz nutzt, ist der Beigeladene 2 imstande, auf die wirtschaftliche Auswertung der von ihm begebenen Lizenz einen massgeblichen Einfluss auszuüben. Die von der Beschwerdeführerin ausgerichteten Lizenzgebühren sind daher ebenfalls als Ausfluss einer beitragsrechtlichen Erwerbstätigkeit zu betrachten.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, der Beigeladene 2 sei von der Beigeladenen 3 als Selbstständigerwerbender erfasst worden.

5.2 Nach einem allgemeinen Grundsatz des Sozialversicherungsrechts kann die Verwaltung eine rechtskräftige Verfügung, welche nicht Gegenstand materieller richterlicher Beurteilung gebildet hat, in Wiedererwägung ziehen, wenn sie zweifellos unrichtig und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist. Die Verwaltung ist überdies im Rahmen der von der Wiedererwägung zu unterscheidenden prozessualen Revision verpflichtet, auf eine formell rechtskräftige Verfügung zurückzukommen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel entdeckt werden, die geeignet sind, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung zu führen (BGE 122 V 21 Erw. 3a = AHI 1996 S. 201, BGE 122 V 173 Erw. 4a = AHI 1996 S. 240, BGE 122 V 271 ff. Erw. 2, 368 Erw. 3, BGE 121 V 4 Erw. 6 = AHI 1995 S. 138, je mit Hinweisen). Aus diesem im Sozialversicherungsrecht geltenden Grundsatz folgt, dass formell rechtskräftige Verfügungen nur aufgehoben werden können, wenn die Voraussetzungen dafür die Wiedererwägung oder die prozessuale Revision erfüllt sind; für den Wechsel des Beitragsstatus braucht es somit in jenen Fällen, wo über die in Frage stehenden Sozialversicherungsbeiträge bereits eine formell rechtskräftige Verfügung vorliegt, einen Rückkommenstitel (Wiedererwägung oder prozessuale Revision). Nur wenn sich die formell rechtskräftige Verfügung, mit welcher bestimmte Entgelte als Einkommen aus selbstständiger oder unselbstständiger Erwerbstätigkeit qualifiziert wurden, als zweifellos unrichtig erweist und ihre Berichtigung von erheblicher Bedeutung ist oder wenn neue Tatsachen oder neue Beweismittel entdeckt werden, die geeignet sind, zu einer anderen rechtlichen Beurteilung zu führen, ist es zulässig, eine rückwirkende Änderung des Beitragsstatuts betreffend die gleichen Entgelte vorzunehmen (BGE 112 V 173 Erw. 4a = AHI 1996 S. 240, BGE 121 V 4 Erw. 6 = AHI 1995 S. 138).

5.3 Mit dem vorliegenden Urteil steht fest, dass die von der Beschwerdeführerin in den Jahren 1996 bis 2000 an den Beigeladenen 2 ausgerichteten Entgelte massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG und nicht Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit darstellen. Damit erweist sich der Status als Selbstständigerwerbender für die von der Beschwerdeführerin im Jahre 1996 bis 2000 ausgerichteten Entgelte als zweifellos unrichtig. Dem steht die formelle Rechtskraft der Beitragsverfügungen vom 27. Februar 1998 (Urk. 34/4) und vom 12. Juni 1998 (Urk. 3/8) nicht entgegen.

5.4. Die Beschwerdeführerin bringt keine Einwände gegen die Berechnung der Beiträge vor. Diese ist denn auch nicht zu beanstanden. Nach dem Gesagten erweist sich die angefochtene Nachtragsverfugung I vom 28. Februar 2001 als rechtens, womit die Beschwerde abzuweisen ist.

E. 6.1

Streitig und zu prägen ist des weiteren die Nachtragsverfugung II vom 28. Februar 2001 betreffend die Nachzahlung paritätischer Beiträge und FAK-Beiträge für die Beitragsperiode der Jahre 1996, 1999 und 2000 in der Höhe von Fr. 4'457.85 (Urk. 2/2).

E. 6.2

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Beschwerdeführerin habe im Jahre 1996 Lohnzahlungen an E. in der Höhe von Fr. 4'200.-- und an F. in der Höhe von Fr. 4'000.-- in der Buchhaltung verbucht, jedoch nicht abgerechnet. Die Zahlungen im Jahre 1999 und 2000 an G., H., I., J., D. sowie K. in der Höhe von Fr. 4'025.-- beziehungsweise Fr. 2'800.-- seien Geschenke gewesen (Rolex und Omega Uhren), was zum massgebenden Lohn gehöre (Urk. 7 S. 3, Urk. 8/4).

E. 6.3

Demgegenüber bestreitet die Beschwerdeführerin nicht, die Lohnzahlungen an E. und F. im Jahre 1996 verbucht, jedoch nicht abgerechnet zu haben. Im übrigen wird die Aufrechnung für Geschenke in Form der ausgehängten Uhren nunmehr ausdrücklich anerkannt (Urk. 11 S. 4).

6.4. Die nicht abgerechneten Lohnzahlungen und die zum massgebenden Lohn gehörenden Naturalgeschenke sind nicht mehr Streitig. Die Lohnsummendifferenz steht sodann im Einklang mit der gesetzlichen Ordnung (vgl. auch Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherung (BSV) über den massgebenden Lohn in der AHV/IV/EO (WML) Rz 2134). Die daraus resultierenden Lohnbeiträge, FAK-Beiträge, Verwaltungskosten und Verzugszinsen sind nicht bestritten und sind ebenfalls nicht zu beanstanden.

E. 6.5

Nach dem Gesagten erweist sich die Nachtragsverfugung II vom 28. Februar 2001 als rechtens, womit die Beschwerde abzuweisen ist.

E. 7

7.1. Des weiteren ist die Rechtmässigkeit der Nachtragsverfugung III vom 28. Februar 2001 betreffend die Nachzahlung paritätischer Beiträge und FAK-Beiträge für die Beitragsperiode der Jahre 1997-1999 in der Höhe von Fr. 21'460.05 zu prägen (Urk. 2/3).

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Nachzahlung betreffe unter anderem Aufrechnungen für die Vermietung von Discjockeys durch die Firma L.. Es sei unwahrscheinlich, dass eine Gebäudeunterhaltungs-firma Discjockeys vermiete (Urk. 7 S. 3, Urk. 8/4 S. 1 Ziff. III).

Hingegen bringt die Beschwerdeführerin vor, mit der L. bestehe kein Arbeitsverhältnis, sondern ein Auftragsverhältnis, welches am 27. Februar 1997 abgeschlossen worden sei (Urk. 1 S. 4 Ziff. 7, Urk. 11 S. 3 Ziff. 2, Urk. 25).

Zu prüfen ist demnach, ob diese an die L. ___ entrichteten Entschädigungen in Wirklichkeit als von der Beschwerdeführerin an die Discjockeys ausbezahlten Lohn zu betrachten sind.

Wie bereits erwähnt sind nach der Rechtsprechung die Organe der AHV ebenso wenig wie die Steuerbehörden verpflichtet, die zivilrechtliche Form, in der ein Sachverhalt erscheint, unter allen Umständen als verbindlich anzusehen (vgl. vorstehend Erw. 4.2). Dies gilt namentlich dann, wenn eine Beitragsumgehung vorliegt (vgl. zu den Voraussetzungen einer Beitragsumgehung vorstehend Erw. 4.3).

7.2. Die Beschwerdeführerin erachtet es als unwahrscheinlich, dass eine Gebäudeunterhaltfirma Discjockeys vermiete. Unter Hinweis auf Musiklehrer, Alleinunterhalter, Winzer oder Fachlehrer stellt sie sich auf den Standpunkt, es liege ein Arbeitsverhältnis vor (Urk. 8/4, Urk. 15 S. 2).

Die Gründung einer Aktiengesellschaft und die Anstellung von Discjockeys ist gesetzlich zulässig und grundsätzlich können nachvollziehbare Gründe für eine solche Rechtsform bestehen. Der Firmenname "L. ___" spricht ebenso wenig gegen die Anstellung von Discjockeys. Massgebend ist vielmehr der Zweck der Unternehmung, was die Beschwerdeführerin jedoch nicht näher abgeklärt hat. Selbst im Umstand, dass die L. ___ vom Beigeladenen D. ___ gegründet wurde (vgl. Urk. 11 S. 3 Ziff. 2), kann man kein missbräuchliches Vorgehen sehen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht hat in BGE 113 V 95 Erw. 4c bei einem EDV-Berater festgehalten, die Ausübung der EDV-Tätigkeit als Angestellter einer vom Berater selbst beherrschten und nach ihm benannten AG entspreche einer allgemein üblichen rechtlichen Ausgestaltung der eigenen Tätigkeit in Form einer Aktiengesellschaft und sei weder als ungewöhnlich, sachwidrig noch als absonderlich zu bezeichnen. Namentlich könne sich auch eine Einzelperson der Aktiengesellschaft bedienen, um ihre Haftung zu beschränken, welche grundsätzlich auch zu Gunsten des Alleineigentümers beziehungsweise Alleinaktionärs gelte.

Wohl hatte die Beschwerdeführerin auf den Entschädigungen an die L. ___ keine Beiträge abzurechnen, statt dessen jedoch wurde die L. ___ beitragspflichtig. Diese hatte im Rahmen ihrer ordnungsgemässen Geschäftstätigkeit für die an die Discjockeys ausgerichteten Entgelte die entsprechenden Beiträge - wenn auch bei einer anderen Ausgleichskasse - abzurechnen. Somit ist festzustellen, dass weder die mit der Zwischenschaltung der L. ___ gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich gewertet noch angenommen werden kann, dass diese Wahl missbräuchlich und nur deshalb getroffen worden sei, um Beiträge zu sparen.

Der von der Beschwerdeführerin vorgebrachte Hinweis auf die Regelung bei Musiklehrern, Alleinunterhaltern, Winzern oder Fachlehrern ändert schliesslich ebenfalls nichts an diesem Ergebnis. Denn dabei ist auch zu prüfen, ob diese Entgelte Einkommen aus selbstständiger Tätigkeit oder aber solches aus unselbstständiger Tätigkeit darstellen. Es ist von Art. 5 Abs. 2 AHVG auszugehen, wonach als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit jedes Entgelt zu erachten ist, das für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit bezogen wird, wogegen als Einkommen aus selbstständigem Erwerb derjenige Arbeitsertrag zu gelten hat, den ein Versicherter unter Einsatz eigener wirtschaftlicher Risiken und ohne zeitlich und organisatorisch massgebenden Direktiven unterworfen zu

sein, nach Art eines selbstständigen Unternehmers in eigenem Namen erzielt.

7.3. Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen für die Annahme einer Beitragsumgehung nicht erfüllt. Daraus folgt, dass vorliegend die rechtliche Selbstständigkeit der Aktiengesellschaft zu respektieren ist. Die Unterstellung der Entschädigungen der Diskjockeys unter die Beitragspflicht ist daher nicht zulässig.

E. 8.1

Des Weiteren ist die Rechtsnatur der Naturalbezüge der Jahre 1997 bis 1999 zu präzisieren.

Im Nachtrag gemäss Kontrolle geht hervor, dass im Jahre 1997 Fr. 1'600.--, 1998 Fr. 6'404.-- und 1999 Fr. 4'048.-- als Naturalbezüge aufgerechnet wurden. Die Beschwerdeführerin macht geltend, bei den Beträgen handle es sich um einen Herrenanzug in der Höhe von Fr. 4'048.-- und zwei weitere für je Fr. 2'400.--. Es seien lediglich die sehr teuren Herrenanzüge aufgerechnet worden. Die übrigen Rechnungen der Hannes B. für Gilets, T-Shirts, Kochblusen und so weiter seien nicht aufgerechnet worden (Urk. 8/3/3, Urk. 8/4, Urk. 8/5/1-2).

Demgegenüber führt die Beschwerdeführerin aus, die eingekauften Arbeitskleider würden eine einheitliche Kleidung zur Erhaltung einer Corporate Identity bezwecken und seien ähnlich einer Uniform zu verstehen. Die erwähnten Anzüge seien auch keine persönlichen Kleidungsstücke, sondern Firmenanzüge, die die Beschwerdeführerin für die gemieteten Securities zur Verfügung stelle (Urk. 11 S. 4 Ziff. 4).

8.2. Unter den Begriff der Berufskleidung sind nur Kleidungsstücke zu verstehen, welche ausschliesslich beruflichen Zwecken dienen oder solche, die eine aussergewöhnliche Abnutzung erfahren. Nicht darunter fällt die Kleidung, welche auch privaten Zwecken dienen kann. Nach ständiger Praxis können beispielsweise Arbeitnehmer keinen Unkostenabzug geltend machen, nur weil sie in ihrer beruflichen Tätigkeit Kleidervorschriften zu beachten haben und dadurch Mehrauslagen erfahren (Verkaufspersonal im Detailhandel oder Arbeitnehmer mit Repräsentationsaufgaben; Kasser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Auflage, Bern 1996, S. 164).

Nach dem Gesagten können nur Zuwendungen an Angestellte für Berufskleider, die auch privaten Zwecken dienen, der paritätischen Beitragspflicht unterliegen. Wie es sich damit verhält, insbesondere ob es sich bei den von der Beschwerdeführerin abgegebenen Kleidern quasi um Uniformen oder um Kleidung, die auch privaten Zwecken dienen kann, handelt, geht aus den Akten nicht hervor. Unklar ist sodann auch, ob es sich um in natura abgegebene Kleidung für bestimmte und welche Angestellte handelt. Ob die den Angestellten abgegebenen Kleider somit voll als Lohnbestandteil zu qualifizieren und deren Wert demzufolge der paritätischen Beitragspflicht zu unterwerfen ist, kann nicht beurteilt werden. Die Sache ist daher an die Beschwerdeführerin zurückzuweisen, damit sie nach erfolgter Abklärung des Sachverhalts, darüber neu verfährt.

8.3. Nach dem Gesagten ist die angefochtene Nachtragsverfügung III vom 28. Februar 2001 aufzuheben und es ist festzustellen, dass auf der im Jahre 1997 ausgerichteten Entschädigung von Fr. 74'989.-- und auf der im Jahre 1998 ausgerichteten Entschädigung von Fr. 60'398.-- (vgl. Urk. 8/3/3) für diverse Diskjockeys keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind. Sodann ist die Sache an die Beschwerdeführerin zurückzuweisen, damit diese die notwendigen Abklärungen

betreffend die Arbeitskleider in die Wege leite und hernach über eine allfällige Nachzahlungspflicht neu befinde.

E. 9

9.1 Schliesslich ist die Rechtmässigkeit der Nachtragsverfügung IV vom 28. Februar 2001 betreffend die Nachzahlung paritätischer Beiträge und FAK-Beiträge für die Beitragsperiode der Jahre 1998-2000 in der Höhe von Fr. 22'312.45 zu prüfen (Urk. 2/4).

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, der Beigeladene 1 sei für seine Tätigkeit im Zeitraum von 1998 bis 2000 bei der Beschwerdeführerin als Unselbstständigerwerbender zu qualifizieren und demzufolge seien die in dieser Zeit ausgerichteten Entgelte massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG (Urk. 7 S. 2, Urk. 8/4 S. 2 Ziff. IV).

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, der Beigeladene 1 habe diese Einnahmen selber bei seiner AHV-Ausgleichskasse abgerechnet. Es liege kein Arbeitsverhältnis vor, weshalb auch keine paritätischen Beiträge geschuldet seien (Urk. 1 S. 5 Ziff. 8; Urk. 11 S. 3 Ziff. 3).

Der Beigeladene 1 bringt zur Hauptsache vor, er sei als Selbstständigerwerbender zu qualifizieren. Dies ergebe sich auch aus dem Umstand, dass er mit der AHV-Ausgleichskasse abgerechnet habe (Urk. 19).

Die Beigeladene 3 fasst zusammenfassend aus, dass lediglich die Ausgleichskasse Glarus 1997/1998 gestützt auf die entsprechende Steuermeldung definitiv verfügt habe. Demgegenüber habe die Beigeladene 3 in den Jahre 1999 und 2000, wie auch in den Jahren 2002 und 2003 lediglich provisorisch und gestützt auf die Angaben des Beigeladenen 1 verfügt. Angesichts dieser Umstände könne zum Beitragsstatut des Beigeladenen 1 keine Stellung genommen werden (Urk. 33 S. 2).

Wie bereits erwähnt gilt nach Art. 5 Abs. 2 AHVG 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 (vgl. vorstehend Erw. 3.2-5; ebenso für die Abgrenzungskriterien unselbstständiger von selbstständiger Erwerbstätigkeit).

E. 9.2

Aktenkundig ist, dass der Beigeladene 1 vom 1. Mai 1997 bis 31. Dezember 1998 der Ausgleichskasse des Kantons Glarus als Selbstständigerwerbender angeschlossen war (Urk. 34/6-7). Im Jahr 1997 erzielte er aus selbstständiger Erwerbstätigkeit ein Einkommen von Fr. 24'000.-- (Urk. 34/7 S. 2). Daneben erzielte er ein Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit in der Höhe von Fr. 50'038.-- (Urk. 34/7 S. 6). Per 1. Januar 1999 meldete sich der Beigeladene 1 als Selbstständigerwerbender bei der Beigeladenen 3 (Urk. 34/9). Aus dem Fragebogen zur Abklärung der AHV-Beitragspflicht für Selbstständigerwerbende und Personengesellschaften geht hervor, dass der Beigeladene 1 als Selbstständigerwerbender vom 1. September 1997 bis April 1999 Beiträge bei der Ausgleichskasse des Kantons Glarus und als Arbeitnehmer vom 1. September 1998 bis April 1999 bei der Garanta Versicherungen Basel bezahlte (Urk. 34/9 S. 2). Sein Erwerbseinkommen für das Jahr 1999 schätzte er auf Fr.

18'000.-- (Urk. 34/9 S. 4). Der Beigeladenen 3 blieb er bis 30. Juni 2000 angeschlossen (Urk. 34/13). Anschliessend war er als Selbstständigwerbender bis Ende Dezember 2001 wieder der Ausgleichskasse des Kantons Glarus angeschlossen (Urk. 34/14 S. 2).

Aufgrund dieser nicht bestrittenen Angaben ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen 1 für die Beschwerdeführerin im hier interessierenden Zeitraum von 1998 bis 2000 als unselbstständige zu qualifizieren ist. Denn die von der Beschwerdeführerin ausbezahlten Entgelte für das Jahr 1998 in der Höhe von Fr. 32'860.--, für das Jahr 1999 in der Höhe von Fr. 96'363.-- und für das Jahr 2000 in der Höhe von Fr. 13'334.-- erscheinen nicht in den der Ausgleichskasse des Kantons Glarus und der Beigeladenen 3 gemachten Angaben über sein selbständiges Erwerbseinkommen. Insbesondere fällt die der Beigeladenen 3 gegenüber gemachte Schätzung eines Erwerbseinkommens für das Jahr 1999 in der Höhe von Fr. 18'000.-- auf, zumal die effektive Entschädigung unbestrittenermassen Fr. 96'363.-- betrug.

Die Tatsache allein, dass jemand als Selbstständigwerbender erfasst ist, bedeutet nicht, dass er für seine gesamte wirtschaftliche Betätigung als solcher zu qualifizieren ist. Es ist vielmehr für jede einzelne Tätigkeit gesondert zu prüfen, ob selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt. Dass der Beigeladene 1 von der Ausgleichskasse des Kantons Glarus sowie von der Beigeladenen 3 als Selbstständigwerbender erfasst ist, ändert an der Qualifikation im vorliegenden Fall nichts.

9.3. Zu berücksichtigen ist sodann der Umstand, dass der Beigeladene 1 im Jahre 1997 durch die L. ___ als Discjockey bei der Beschwerdeführerin tätig war (Urk. 25). Das Verhältnis zwischen der L. ___ mit dem Beigeladenen 1 und mit der Beschwerdeführerin ist als Personalverleih zu qualifizieren. Personalverleih ist der Oberbegriff für ein Dreiecksverhältnis, bei dem es zur Aufspaltung der Arbeitgeberfunktionen kommt: Der Arbeitgeber stellt den Arbeitnehmer mit dessen Einverständnis für bestimmte Zeit einem Dritten (Einsatzbetrieb) zur Arbeitsleistung zur Verfügung. Diesem Dritten steht während der Dauer der Leihe das Recht am Arbeitsergebnis zu. Ferner hat er in dem aus seiner Stellung als konkreter Arbeitgeber (Betriebsinhaber) folgenden Umfang das Weisungsrecht und die Fürsorgepflicht. Andererseits bleibt das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher bestehen. Er hat insbesondere den Anspruch auf Arbeitsleistung und die Pflicht zur Lohnzahlung (Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Auflage, Bern 2002, S. 196).

Es ist unwahrscheinlich, dass sich an Art und Inhalt der Tätigkeit des Beigeladenen 1 als Discjockey im Lokal B. ___ etwas Wesentliches im Vergleich zu früher geändert hat, als er von der L. ___ zur Verfügung gestellt wurde. Dies wurde auch nicht geltend gemacht, und geht auch aus den Akten nicht hervor. Eine Änderung wird einzig in Bezug auf die Lohnzahlungspflicht eingetreten sein.

Bei einer versicherten Person, welche nach dem Schritt in die Selbstständigkeit weiterhin in bedeutendem Umfang für den alten Arbeitgeber tätig ist, sind an die Anerkennung des Status als Selbstständigwerbender in Bezug auf diese Tätigkeit insofern erhöhte Anforderungen zu stellen, als die hierfür sprechenden Merkmale diejenigen unselbstständiger Erwerbstätigkeit klar überwiegen müssen (vgl. ZAK 1989 S. 440 Erw. 2b mit Hinweisen; vgl. auch BGE 121 V 4 Erw. 5b am Ende sowie Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgericht vom 19. März 2002 in Sachen P., H 201/00,

Erw. 3). Dabei kommt dem Gesichtspunkt der arbeitsorganisatorischen (Un-) Abhängigkeit vorrangige Bedeutung gegenüber dem Unternehmensrisiko zu. Das bedeutet: Wenn und soweit sich an Art und Inhalt der Tätigkeit nichts Wesentliches im Vergleich zu früher geändert hat und es sich dabei um Arbeit handelt, die aus Sicht des Betriebes oder der Branche typischerweise durch Arbeitnehmer ausgeführt wird, spricht eine natürliche Vermutung für deren unselbstständigen Charakter.

Nach dem Vorstehenden kommt die Vermutungsregel für unselbstständige Erwerbstätigkeit voll zum Tragen. Mitentscheidende Bedeutung kommt sodann der Tatsache zu, dass der Beigeladene 1 im Jahre 1999 eine nicht unbedeutende Entschädigung von Fr. 96'363.-- erhielt. Ein Verlust dieser Auftragsquelle hätte den Beigeladenen 1 daher in gleicher Weise getroffen wie einen Arbeitnehmer, was ebenfalls für den unselbstständigen Charakter der Tätigkeit spricht. Da zudem aufgrund der Akten keine ernstlich ins Gewicht fallenden Gründe für den selbstständigen Charakter der Tätigkeit für die Beschwerdeführerin sprechen, sind auf den in den Jahren 1998 bis 2000 ausgerichteten Entschädigungen für die Tätigkeit des Beigeladenen 1 als Discjockey paritätische Beiträge zu erheben. Die in masslicher Hinsicht nicht bestrittene Nachtragsverfägung IV vom 28. Februar 2001 ist daher rechtmässig, womit die Beschwerde in diesem Punkt abzuweisen ist.

10. Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht haben die Parteien auf Antrag nach Massgabe ihres Obsiegens Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten. Dieser wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach dem Schwierigkeitsgrad des Prozesses bemessen.

Vorliegend erscheint eine auf 1/4 reduzierte Entschädigung im Betrag von Fr. 400.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerden betreffend die Nachtragsverfägungen I, II, und IV vom 28. Februar 2001 werden abgewiesen.

Die Beschwerde betreffend die Nachtragsverfägung III vom 28. Februar 2001 wird in dem Sinne gutgeheissen, dass festzustellen ist, dass auf der im Jahre 1997 ausgerichteten Entschädigung von Fr. 74'989.-- und auf der im Jahre 1998 ausgerichteten Entschädigung von Fr. 60'398.-- für diverse Discjockeys keine Sozialversicherungsbeiträge geschuldet sind. Sodann wird die Sache an die AHV-Ausgleichskasse GASTROSUISSE zurückerwiesen, damit diese die notwendigen Abklärungen betreffend die Arbeitskleider in die Wege leitet und hernach über eine allfällige Nachzahlungspflicht neu befindet.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 400.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Consilium Steuerberatung, unter Beilage einer Kopie von Urk. 37

- AHV-Ausgleichskasse GASTROSUISSE, unter Beilage einer Kopie von Urk. 38

- D.____, unter Beilage einer Kopie von Urk. 37 und Urk. 38

- Z.____, unter Beilage einer Kopie von Urk. 37 und Urk. 38

Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, unter Beilage einer Kopie von Urk. 37 und Urk. 38

- Bundesamt für Sozialversicherung

5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Eidgenössischen Versicherungsgericht Verwaltungsgerichtsbeschwerde eingereicht werden.

Die Beschwerdeschrift ist dem Eidgenössischen Versicherungsgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, in dreifacher Ausfertigung zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Person oder ihres Vertreters zu enthalten; die Ausfertigung des angefochtenen Entscheides und der dazugehörige Briefumschlag sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die beschwerdeführende Person sie in Händen hat (Art. 132 in Verbindung mit Art. 106 und 108 OG).

Bezüglich Beiträge an die Familienausgleichskasse ist kein ordentliches Rechtsmittel gegeben.

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