

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2015.00095

vom 6. September 2017

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-09-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_AB.2015.00095

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2015.00095 du 6 septembre 2017

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT AB.2015.00095 del 6 settembre 2017

Erwägungen

E. 1

Am 6. November 2014 meldete sich Y.____ bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, als Selbständigerwerbende („Agent/in oder Vertreter/in“) an (Urk. 6/7/1-4). Sie legte ihrer Anmeldung einen zwischen ihr und der X.____ GmbH ausgehandelten, aber von dieser noch nicht unterzeichneten „Vertrag für Nebenbeschäftigung (selbständig)“ bei (Urk. 6/7/5-6).

Mit Schreiben vom 4. Dezember 2014 (Urk. 6/9) qualifizierte die Ausgleichskasse das ihr zur Prüfung unterbreitete Beschäftigungsverhältnis als eine unselbständige Erwerbstätigkeit und lehnte die Anmeldung von Y.____ als Selbständigerwerbende ab. Dies teilte die Ausgleichskasse auch der X.____ GmbH mit (Urk. 6/10). Nach entsprechender Remonstration (vgl. Urk. 6/11) hielt die Ausgleichskasse mit Verfügungen vom 23. Dezember 2014 (Urk. 6/12 und 6/14) an der Ablehnung des Antrags fest.

Die dagegen erhobene Einsprache der X.____ GmbH vom 27. Januar 2015 (Urk. 6/15) wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 13. November 2015 (Urk. 2 = Urk. 6/18) ab.

E. 2

Gegen diesen Einspracheentscheid erhob die X.____ GmbH mit Eingabe vom 15. Dezember 2015 (Urk. 1) Beschwerde mit dem sinn gemässen Antrag, es sei der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben und Y.____ in Bezug auf ihre Tätigkeit für die X.____ GmbH als selbständig erwerbstätig zu qualifizieren. Die Ausgleichskasse schloss in ihrer Beschwerdeantwort vom 14. Januar 2016 (Urk. 5) auf Abweisung der Beschwerde. Mit Verfügung vom 10. Oktober 2016 (Urk. 8; vgl. auch Urk. 9) wurde Y.____

zum Prozess beigeladen und ihr Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben. Sie liess sich jedoch nicht vernehmen.

Auf die Ausführungen der Parteien ist, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, in den Erwägungen einzugehen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Da der Entscheid über die Ablehnung des Gesuchs einer versicherten Person um Anschluss als Selbständigerwerbender und Eintrag im Register nach der mit BGE 132 V 257 begründeten höchstrichterlichen Praxis rechtsgestaltender Natur ist, ist auf die Beschwerde einzutreten, ohne dass geprüft werden müsste, ob ein Feststellungsinteresse im Sinne von Art. 49 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vorliegt. Im Übrigen wäre ein solches schützenswertes Interesse offensichtlich gegeben.

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 (Art. 5 und 9 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [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 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 beziehungsweise 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 161 E. 1, 122 V 169 E. 3a, 283 E. 2a, 119 V 161 E. 2 mit Hinweisen).

E. 2.2

Die beitragsrechtliche Unterscheidung des Selbständigerwerbenden vom Unselbständigerwerbenden beruht auf einer unabhängigen Begriffsbildung, die sich insbesondere mit dem, was üblicherweise unter einem (Un-)Selbständigen verstanden werden mag, nicht zu decken braucht. In diesem Sinne ist bei einem Versicherten, der gleichzeitig mehrere Tätigkeiten ausübt, jedes Erwerbseinkommen dahingehend zu prüfen, ob es aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit stammt, selbst wenn die Arbeiten für eine und dieselbe Firma vorgenommen werden (BGE 122 V 169 E. 3b; AHI-Praxis 1996 S. 241 f., je mit Hinweisen).

E. 2.3.1

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

Von unselbständiger Erwerbstätigkeit ist auszugehen, wenn die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen, das heisst 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 an dere Erwerbstätigkeit ausüben kann. 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 1986 S. 121 E. 2b, S. 333 E. 2d) oder - bei einer regelmässig ausgeübten Tätigkeit - darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation entsteht, wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist. Die Abhängigkeit der eigenen Existenz vom persönlichen Arbeitserfolg ist praxisgemäss nur dann als Risiko eines Selbständigerwerbenden zu werten, wenn beträchtliche Investitionen zu tätigen oder Angestelltenlöhne zu bezahlen sind. Mit einem Arbeits- und Lohnausfall müssen alle jene Personen rechnen, die ihre berufliche Tätigkeit von Fall zu Fall ausüben und nicht in einem fest entlohnten Arbeitsverhältnis stehen (BGE 119 V 163 E. 3b).

E. 2.3.2

Es ist eine bekannte Erscheinung der neueren Zeit, dass sich sowohl Einzelpersonen als auch Organisationen, die auf ein bestimmtes technisches oder kaufmännisches Fachgebiet spezialisiert sind, einem Unternehmen (exklusiv oder neben anderen) auf bestimmte oder unbestimmte Zeit in Beraterfunktion zur Verfügung stellen. Personen, die einmalig oder wiederholt zur Lösung von Sachproblemen hinzugezogen werden, ohne eindeutig in einem Arbeitsverhältnis zum Auftraggeber zu stehen, gelten dafür als selbständigerwerbend. Dabei hat bei der Abgrenzungsfrage, ob selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, das Unterscheidungskriterium des Unternehmerrisikos in den Hintergrund zu treten, weil für die Beratung als Dienstleistung oft weder besondere Investitionen zu tätigen, noch notwendigerweise Angestellte zu beschäftigen sind (BGE 110 V 72 E. 4b; ZAK 1984 S.

558; ZAK 1983 S.

198; ZAK 1971 S.

163; vgl. zum Ganzen auch Ueli Kieser, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 64).

Wer beispielsweise die Besorgung der Buchhaltung in völliger Freiheit und Selbstbestimmung ausübt, das heisst selber die Zeit wählt, seine Arbeit ganz oder grösstenteils zu Hause (oder im eigenen Büro) erledigt, eigene Arbeitsmittel benutzt und keine Weisungen entgegenzunehmen hat, übt eine selbständige Erwerbstätigkeit aus. Bei Sekretariatsarbeiten wird - wie bei der Übersetzertätigkeit oder bei der Buchhaltung - insbesondere die arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit als entscheidend angesehen (Kieser, a.a.O., S. 65 mit Hinweisen).

E. 2.4

Die Verwaltung als verfügende Instanz und – im Beschwerdefall – das Gericht dürfen eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt sind. Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosses Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht folgt vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die

wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 353 E. 5b mit Hinweisen; vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2 und 3.3).

E. 3.1

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beigeladene hinsichtlich ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin beitragsrechtlich als selbständig oder unselbständig erwerbstätig zu qualifizieren ist.

E. 3.2

Die Beschwerdegegnerin führte diesbezüglich im angefochtenen Einspracheentscheid (Urk. 2) im Wesentlichen aus, dass gestützt auf den eingereichten Vertrag die Tätigkeit der Beigeladenen das telefonische Vermitteln von Adressen umfasse. Zu diesem Zweck sei sie dem technischen Dienst der Beschwerdeführerin angeschlossen. Pro vermittelter Adresse sei ein Honorar von Fr. 4.50 vereinbart worden. Das Arbeitsverhältnis sei auf unbestimmte Zeit geschlossen. Vereinbart seien eine Probezeit von zwölf Wochen und eine Kündigungsfrist von vier Wochen innerhalb der Probezeit. Die Arbeitszeiten seien flexibel. Urlaubszeiten seien mindestens sechs Wochen vor Antritt zu melden. Krankheitstage seien unverzüglich (innerhalb von zwei Tagen) zu melden. Für die Abwicklung der Telefonate werde ein Mobiltelefon und nach Ende der Probezeit, eventuell auch früher, ein Festnetzanschluss zur Verfügung gestellt. Die Beigeladene trage so mit keinem spezifischen unternehmerischen Risiko. Sie müsse keine Investitionen tätigen. Ihr wirtschaftliches Risiko erschöpfe sich allein im persönlichen Arbeitserfolg. Die Beigeladene sei in die Arbeitsorganisation der Beschwerdeführerin eingebunden; die Infrastruktur werde ihr zur Verfügung gestellt. Aufgrund der Ferien- und Absenzenplanung müsse sich die Beigeladene den Bedürfnissen der Beschwerdeführerin anpassen und unterordnen. Insgesamt unterscheide sich ihre Stellung nur unwesentlich von derjenigen einer im Dienstvertrag (Heimarbeitsvertrag) engagierten Arbeitnehmerin. Somit sei das von der Beigeladenen erzielte Einkommen als massgebender Lohn im Sinne von Art. 5 AHVG zu qualifizieren.

E. 3.3

Demgegenüber stellte sich die Beschwerdeführerin (Urk. 1) im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die Beigeladene für die Beschaffung von Aufträgen zu ständig sei; das begründe ihren Status als Selbständigerwerbende. Die Beigeladene erhalte kein Honorar, wenn sie keine Aufträge generiere. Die Beigeladene übe ihre Tätigkeit in ihren eigenen Räumlichkeiten aus. Es bestehe weder ein Unterordnungsverhältnis noch ein Weisungsrecht. Es gebe auch keine Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung.

E. 4

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen,

soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Der Gerichtsschreiber GräubStocker

E. 4.1

Die vertragliche Grundlage der Beziehung zwischen der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen bildet nach Lage der Dinge der „Vertrag für Nebenbeschäftigung (selbständig)“ (Urk. 6/7/5-6), welches Dokument von der Beigeladenen zusammen mit ihrer Anmeldung (Urk. 6/7/1-4) der Beschwerdegegnerin einge reicht wurde. Daran ändert nichts, dass dieser Vertrag von der Beschwerdeführerin (noch) nicht unterschrieben wurde. Aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin ist nämlich zu schliessen, dass ansonsten keine weiteren vertraglichen Abmachungen zwischen ihr und der Beigeladenen existieren.

Die obligationenrechtliche Qualifikation dieses Vertrages beziehungsweise die des Vertragsentwurfs kann zwar letztlich offenbleiben; denn sie ist zur Beantwortung der sozialversicherungsrechtlichen Fragestellung, ob von einer selbständigen oder unselbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen ist, nicht von entscheidender Bedeutung. Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin in diesem Vertragsentwurf im Ingress und in § 8 als „Arbeitgeber“ bezeichnet wird und die Beigeladene in § 3 als „Arbeitnehmerin“. Aber auch inhaltlich enthält der aufgelegte Vertragsentwurf Regelungen, die mit einem Auftrag im Sinne von Art. 394 ff. des Obligationenrechts (OR) nicht vereinbar oder zumindest als stark atypisch zu bezeichnen sind. So widerspricht die in § 2 vorgesehene Kündigungsfrist zwingendem Auftragsrecht (vgl. Art. 404 Abs. 1 OR). Auch die Vereinbarung einer „Probezeit“ ist atypisch. Beide Vertragsklauseln (Kündigungsfrist und Probezeit) finden sich vielmehr typischerweise in Arbeitsverträgen. Ferner ergibt die in § 6 geregelte „Urlaubs“-Frage auftragsrechtlich keinen Sinn. Ein Auftragnehmer hat weder Anspruch auf Urlaub noch auf Ferien; auch diese Regelungsgegenstände sind arbeitsvertraglicher Natur. Entsprechendes gilt für die Regelung von krankheitsbedingten Absenzen. Auch die Überlassung eines Mobiltelefons ist im auftragsrechtlichen Kontext atypisch.

Wie aber bereits ausgeführt wurde, kann vorliegend die obligationenrechtliche Qualifikation des „Vertrages für Nebenbeschäftigung (selbständig)“ offengelassen werden. Es ist mithin nicht zu entscheiden, ob ein Auftrag mit gegenwärtiges Recht verstossenden Klauseln vorliegt oder - was nach Lage der Dinge näher liegt - ein Arbeitsvertrag mit entsprechenden rechtsungültigen Vereinbarungen (vgl. etwa die Regelung betreffend Krankheitsfall in § 7 des Vertrages: keine finanzielle Absicherung).

E. 4.2.1

Die Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML) hält in Rz. 1014 die wichtigsten Merkmale für das Bestehen eines Unternehmerrisikos fest, nämlich das Tätigen erheblicher Investitionen, die Verlusttragung, das Tragen des Inkasso- und Delkredererisikos, die Unkostentragung, das Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, die Beschäftigung von Personal, das Vorliegen von eigenen Geschäftsräumlichkeiten sowie das Beschaffen von Aufträgen, wobei aber nicht wie vorliegend die Beschaffung von Aufträgen für den „Auftraggeber“ gemeint ist, sondern die Beschaffung von eigenen Aufträgen.

Aus den Akten ist ersichtlich, dass die Beigeladene kein spezifisches Unternehmerisiko trägt. Sie tätigte keine Investitionen (vgl. Urk. 6/7/3) und hat keine Verluste zu tragen. Sie trägt kein Inkasso- oder Delkredererisiko. Unkosten fallen nicht an; die Telefonkosten trägt

die Beschwerdeführerin (Urk. 6/7 § 10 f.). Die Beigeladene handelt nicht in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, sondern leitet die Aufträge an die Beschwerdeführerin weiter. Die Beigeladene beschäftigt kein Personal. Sie hat keine eigenen Geschäftsräumlichkeiten im engeren Sinn, sondern arbeitet in ihrer Wohnung.

E. 4.2.2

Des Weiteren ist offensichtlich, dass sich die Beigeladene in einem wirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeitsverhältnis zur Beschwerdeführerin befindet (vgl. WML Rz. 1015). Dabei kommt vorliegend insbesondere das Unterordnungsverhältnis klar zum Ausdruck: Die Beigeladene muss ihren „Urlaub“ anmelden, und zwar mindestens sechs Wochen vor Antritt (§ 6 des Vertrags). Sie muss der Beschwerdeführerin etwaige Krankheiten „unverzüglich (innerhalb von 2 Tagen)“ melden (§ 7 des Vertrags). In dieses Bild passen auch die strikten Vorgaben betreffend Gebrauch des Mobiltelefons (§ 10) sowie die Modalitäten betreffend Festnetzanschluss (§ 11).

Demgegenüber ist aus § 7 des Vertrags zu schliessen, dass die Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung nicht im Vordergrund steht. Auch ist kein Konkurrenzverbot vereinbart worden. Eine eigentliche Präsenzpflcht besteht (gestützt auf die vorliegenden Akten) nur insoweit, dass die Beigeladene - wie bereits ausgeführt wurde - ihren „Urlaub“ sehr frühzeitig anmelden muss.

E. 4.2.3

Insgesamt sprechen die vorgenannten Aspekte eindeutig für die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Qualifikation der Beigeladenen als unselbständig erwerbstätige. Dafür spricht nicht nur das praktisch vollständige Fehlen eines spezifischen Unternehmerrisikos, sondern vor allem das im sogenannten „Vertrag für Nebenbeschäftigung (selbständig)“ deutlich zum Ausdruck kommende Subordinationsverhältnis. Dieses Unterordnungsverhältnis kommt nicht nur in den genannten Einzelregelungen zum Ausdruck, sondern insbesondere in der gesamten Diktion und dem Charakter des zu beurteilenden Vertragswerks. Es kann nicht die Rede davon sein, dass die Beigeladene - wie in E. 2.3.2 a.E. beispielhaft wiedergegeben - ihre Tätigkeit der telefonischen Auftragsbeschaffung „in völliger Freiheit und Selbstbestimmung“ ausübt. Im Übrigen handelt es sich bei der fraglichen Tätigkeit offensichtlich auch nicht um eine Spezialisten-tätigkeit im Sinne des oben in E. 2.3.2 (etwa Beratertätigkeit) Ausgeführten. Als weitere Indizien deuten die dargelegten obligationenrechtlichen Aspekte (vgl. dazu oben E. 4.1) ebenfalls in Richtung Arbeitsverhältnis beziehungsweise unselbständige Erwerbstätigkeit.

Aus dem Gesagten folgt, dass die Beschwerdegegnerin die Beigeladene zu Recht als unselbständig erwerbstätig qualifiziert hat. Somit ist die Beschwerde abzuweisen. Das Gericht erkennt: 1.

Die Beschwerde wird abgewiesen. 2.

Das Verfahren ist kostenlos. 3.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - X.____ GmbH - Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse - Y.____ - Bundesamt für Sozialversicherungen

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