

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2010.00264 vom 9. November 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_UV.2010.00264](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_UV.2010.00264)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2010.00264 du 9 novembre 2011

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT UV.2010.00264 del 9 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

1.1 Nach Art. 49 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) ist dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung zu entsprechen, wenn die gesuchstellende Person ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Zur Zulässigkeit von Feststellungsverfügungen über das Beitragsstatut von Versicherten hat das Eidgenössische Versicherungsgericht (heute: Bundesgericht) festgehalten, dass eine Ausgleichskasse bei Ablehnung des Gesuchs einer versicherten Person um Anschluss als Selbständigerwerbender und Eintrag im Register eine einsprachefähige Verfügung und gegebenenfalls einen beschwerdefähigen Einspracheentscheid zu erlassen hat (BGE 132 V 257). Diese sind, soweit bekannt, grundsätzlich auch dem oder den allenfalls abrechnungs- und beitragszahlungspflichtigen Arbeitgebern zu eröffnen (BGE 132 V 264 E. 2.5 mit Hinweisen).

1.2 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 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

erwerbstatigen 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).

1.3 Charakteristische Merkmale einer selbständigen Erwerbstatigkeit 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 die Versicherte selber zu tragen hat (ZAK 1986 S. 333 E. 2d und S. 121 E. 2b). Für die Annahme selbständiger Erwerbstatigkeit 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).

1.4 Von unselbständiger Erwerbstatigkeit ist auszugehen, wenn die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen, d.h. wenn die 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 Erwerbstatigkeit ausüben kann (Manfred Rehbinder, Schweizerisches Arbeitsrecht, 13. Auflage, Bern 1997, S. 33ff.). 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 der Versicherten erschöpft sich diesfalls in der (alleinigen) Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg (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 einer Arbeitnehmerin der Fall ist. Die Abhängigkeit der eigenen Existenz vom persönlichen Arbeitserfolg ist praxisgemäss nur dann als Risiko einer 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 entlohten Arbeitsverhältnis stehen (BGE 119 V 163 E. 3b).

1.4 Nach der Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 2 AHVG üben Akkordanten beziehungsweise Subunternehmer in der Regel eine unselbständige Erwerbstatigkeit aus. Sie können bloss dann als Selbständigerwerbende betrachtet werden, wenn die Merkmale für freie Unternehmertätigkeit klar überwiegen und wenn nach den Umständen anzunehmen ist, dass sie dem Akkordvergeber als gleichgeordnete Geschäftspartner gegenüberstehen (Urteil des Bundesgerichts in Sachen Y. AG vom 30. Juni 2006, H 191/05 und U 499/05, E. 2.2.1 mit Hinweisen).

1.5 Es ist Sache der SUVA, nötigenfalls aufgrund eigener Erhebungen über den Status eines Akkordanten zu befinden, wenn die in Frage stehende Tätigkeit für resp. in einem ihr unterstellten Betrieb nach Art. 66 UVG ausgeübt wird. Der Entscheid des Unfallversicherers oder des UVG-Richters ist für die Ausgleichskasse verbindlich (Urteil des Bundesgerichts in Sachen Y. AG vom 30. Juni 2006, H 191/05 und U 499/05, E. 2.2.2 mit Hinweisen).

## E. 2

2.1 Die Beschwerdegegnerin hat in ihrem Einspracheentscheid vom 31. August 2010 (Urk. 2) erwogen, die Ausgestaltung der Dienstleistungen des Beschwerdeführers gegenüber der C.\_\_\_\_ weise keine Merkmale auf, die auf eine selbständige Tätigkeit hindeuteten. So trete die C.\_\_\_\_ gegenüber der Kundschaft auf und der Beschwerdeführer führe lediglich die von ihr akquirierten Direktaufträge als Arbeitnehmer aus. Allein der Umstand, dass der Beschwerdeführer der C.\_\_\_\_ für die erbrachten Leistungen Rechnung stelle, vermöge nichts an seiner Arbeitnehmereigenschaft zu ändern. Er trage nämlich kein eigentliches Unternehmerrisiko, sondern er stelle lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung. Es möge zwar zutreffen, dass er eigene Werkzeuge einsetze. Damit lasse sich aber eine selbständige Erwerbstätigkeit nicht begründen, denn es sei ihm freigestellt, dafür eine angemessene Vergütung zu verlangen, sofern eine solche nicht bereits in den Lohnbeträgen enthalten sei. Der Erwerb eines Personenfahrzeugs und die Miete einer Garage und eines Lagerraums seien keine ins Gewicht fallende Investitionen, selbst dann nicht, wenn der Personenwagen im Zusammenhang mit der Erfüllung der beruflichen Aufgaben benötigt werde. Der Beschwerdeführer habe zwar ein Darlehen aufgenommen, es sei jedoch nicht zu erkennen, ob dies einem erwerblichen Zweck diene. Auch die Beschäftigung von drei Gehilfen deute auf keine Betriebsorganisation hin, denn auch Unterakkordanten beziehungsweise Akkordgruppen gälten in der Regel als Unselbständigerwerbende. Es sei durchaus möglich, dass der Beschwerdeführer bei der speziellen Tätigkeit in arbeitsorganisatorischer Hinsicht über vermehrte Kompetenzen und gewisse Freiheiten verfüge. Dies ändere jedoch nichts an der Arbeitnehmereigenschaft bei Tätigkeiten für die C.\_\_\_\_, denn die anfallenden Arbeiten seien letztlich nach deren Vorstellungen auszuführen.

2.2 Dagegen wendet der Beschwerdeführer in der Beschwerde vom 13. September 2010 (Urk. 1) ein, es sei nicht ersichtlich, weshalb es sich bei den Aufträgen der C.\_\_\_\_ nicht um Direktaufträge handeln soll. Nur weil diese als Generalunternehmerin auftrete, heisse dies nicht, dass er weisungsgebunden sei. Er habe gegenüber der C.\_\_\_\_ keine Rechenschaftspflicht, sondern er habe eine Offerte gestellt, womit er in seiner Tätigkeit und in der Zeit- und Mittelverwendung sowie dem Einsatz seiner Angestellten frei sei. Damit sei er nicht in eine fremde Arbeitsorganisation eingebunden. Zudem verfüge er über eigene (gemietete) Maschinen sowie Material und Werkzeuge. Es bestehe ausserdem kein Konkurrenzverbot, und er führe die Arbeiten auf eigenen Namen und auf eigene Rechnung aus. Dass nur ein Auftraggeber vorhanden sei, sei damit zu erklären, dass die Aufträge recht umfangreich seien, welche den Beschwerdeführer und seine Mitarbeiter über einen längeren Zeitraum auslasteten. Was die Betriebsorganisation betreffe, habe er einen Lagerraum für die Werkzeuge und das Material gemietet. Er benutze sein eigenes Material und gemietete Betriebsmittel, welche nicht vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt würden. Allerdings sei sein administrativer Aufwand gering (ca. 20 % der Gesamttätigkeit), so dass er kein Nebenbetriebliger sei. Er beschäftige drei Angestellte, für welche er Versicherungen abgeschlossen habe. Damit trage er ein Geschäftsrisiko einerseits, weil er Fr. 25'000.-- investiert habe, und andererseits, weil er die Verantwortung für seine Mitarbeiter trage. Zudem trage er die Haftung für allfällige Schäden.

## E. 3

3.1. Es steht fest, dass der Beschwerdeführer als Inhaber der Einzelfirma "A. \_\_\_" als Akkordant für die C. \_\_\_ tätig ist. Deren Betrieb ist der Beschwerdegegnerin unterstellt, weshalb sie somit zur Abklärung und Festsetzung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beschwerdeführers befugt ist.

3.2. Die Rechtsprechung, wonach Akkordanten in der Regel eine unselbständige Erwerbstätigkeit ausüben (E. 1.4), bedeutet nicht, dass der Untersuchungsgrundsatz gemäss Art. 43 und Art. 61 lit. c ATSG nicht oder nur in abgeschwächter Form gilt. Vielmehr hat grundsätzlich eine eingehende Abklärung der besonderen Gegebenheiten jedes Einzelfalles zu erfolgen (ZAK 1961 S. 167 E. 1). Sodann ist zu beachten, dass grundsätzlich jede von mehreren Tätigkeiten daraufhin zu prüfen ist, ob sie unselbständiger oder selbständiger Natur ist, selbst wenn die Arbeiten für eine und die selbe Firma vorgenommen werden (BGE 122 V 172 E. 3b in fine). Dies relativiert einerseits die Bedeutung erwerblicher Aktivitäten eines Akkordanten für andere Firmen für die Statusfrage, insbesondere wenn diese verglichen mit der in Frage stehenden Tätigkeit weniger ins Gewicht fallen. Andererseits kommt der Ausgestaltung des durch die Tätigkeit bestimmten Rechtsverhältnisses zwischen Akkordvergeber und Akkordant (Weisungsbefugnis respektive -gebundenheit, arbeitsorganisatorische Abhängigkeit oder Unabhängigkeit) erhöhtes Gewicht zu. Wichtig sind unter anderen die Art der Tätigkeit, die (Un-)Regelmässigkeit des Einsatzes, der Umstand, vom Akkordvergeber jeweils kurzfristig zur Arbeitsleistung angefordert zu werden, die allfällige Freiheit des Akkordanten, eine vorgeschlagene Arbeit zu übernehmen oder abzulehnen, und/oder die Verpflichtung, Arbeitsrapporte zu erstellen. Der Beizug von Hilfskräften schliesst unselbständige Erwerbstätigkeit nicht aus. Schliesslich kann auch ein die gegenseitigen Rechte und Pflichten festlegender schriftlicher Vertrag von Bedeutung sein. Bei Tätigkeiten im Bauhaupt- oder -nebergewerbe im Besonderen ist von Bedeutung, wer gegenüber der Bauherrschaft resp. dem Eigentümer der Bauten für schlecht ausgeführte Arbeiten haftet. Es geht hier um die Frage, ob der Akkordant als dem Akkordvergeber gleichgeordneter Geschäftspartner betrachtet werden kann (Zum Ganzen: Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen Y. vom 30. Juni 2006, H191/05, U499/05 E. 4.1 mit Hinweisen).

3.3. Unterlagen, welche die Beurteilung des vertraglichen Verhältnisses zwischen dem Beschwerdeführer und der C. \_\_\_ erlaubten, fehlen. In den Akten ist lediglich eine Auftragsbestätigung der C. \_\_\_ vom 25. Februar 2010 (Urk. 10/4/1) zu finden, die indessen nur über die finanzielle Abgeltung des Auftrags und den Zeitraum der Auftragserledigung Aufschluss gibt. Eine vom Beschwerdeführer an die C. \_\_\_ gestellte Rechnung über einen Pauschalbetrag von Fr. 100'000.-- zuzüglich Mehrwertsteuer (Urk. 10/14/2) lässt vermuten, dass ein Auftrag ausgeführt wurde. Allerdings übersteigt der Rechnungsbetrag die in der Offerte zugesicherten Aufträge bei weitem. Weder der Auftragsbestätigung noch der Rechnung oder anderweitigen Akten kann entnommen werden, in welchem Verhältnis der Beschwerdeführer zur Akkordvergeberin steht. Insbesondere fehlen Hinweise auf die Art der Tätigkeiten, ob nach Mai 2010 weitere Aufträge vergeben worden sind, ob vom Akkordvergeber eine kurzfristige Arbeitsleistung angefordert wird oder ob der Beschwerdeführer die Freiheit hat, eine vorgeschlagene Arbeit zu übernehmen oder abzulehnen. Ebenso wenig kann den vorhandenen Unterlagen entnommen werden, ob der Beschwerdeführer in einem Unterordnungsverhältnis zur C. \_\_\_ steht oder als gleichgeordneter Geschäftspartner

betrachtet werden kann. Allein aus dem Abschluss einer Haftpflichtversicherung (vgl. Urk. 10/14/10) durch den Beschwerdeführer kann nämlich nicht geschlossen werden, dass er gegenüber der Bauherrschaft für schlecht ausgeführte Arbeiten haftet.

3.4.1. Aus dem Umstand, dass dem Beschwerdeführer den Zeitraum von vier Monaten (Februar bis Mai; vgl. Urk. 10/4/1) von der C.\_\_\_\_ Arbeiten im Betrag von Fr. 89'000.-- vergeben worden sind, muss gefolgert werden, dass der Beschwerdeführer zur Erledigung der Arbeiten Drittpersonen beigezogen hat. Der Beizug von sogenannten Unterakkordanten allein lässt indessen nicht auf eine selbständige Erwerbstätigkeit schliessen (vgl. oben E. 3.2). Immerhin aber stellt die Anstellung von Personal, welches auch bezahlt werden muss, wenn keine Aufträge zu erledigen sind, ein gewisses Unternehmerrisiko und damit ein Indiz für selbständige Erwerbstätigkeit dar. Allerdings sind in den Akten keine Arbeitsverträge zu finden, und aus der Tatsache allein, dass der Beschwerdeführer sich mit seiner Einzelfirma der AXA Stiftung Berufliche Vorsorge Winterthur angeschlossen und drei Mitarbeiter vorsorgeversichert hat (vgl. Urk. 10/14/6-8), kann nicht geschlossen werden, dass er auch Löhne zu entrichten hat, wenn keine Aufträge auszuführen sind. Ebenso wenig lassen die Flottenmanagement-Vereinbarung des Beschwerdeführers mit der D.\_\_\_\_ vom 15. Februar 2010 (Urk. 10/14/16) und die Miete eines Archivraums sowie einer Garage (vgl. Urk. 10/14/13-14) oder das Leasing eines Personenwagens, welcher im Übrigen auch für private Zwecke benutzt werden kann (vgl. Urk. 10/14/15), auf grosse Investitionen schliessen. Hinweise, ob der Beschwerdeführer das Material zur Auftrags erledigung zur Verfügung stellen muss, fehlen gänzlich. Zu Recht wendet die Beschwerdegegnerin ein, dass aus den Darlehensverträgen (vgl. Urk. 10/14/3-5) nicht hervorgeht, zu welchem Zweck die Darlehen aufgenommen worden sind.

3.4.2. Auch die mit Replik eingereichten Bestätigungen der E.\_\_\_\_ (Urk. 14/17), wonach der Beschwerdeführer mit der F.\_\_\_\_ zusammengearbeitet haben soll, lässt in Bezug auf die Tätigkeit für die C.\_\_\_\_ den Schluss auf selbständige Erwerbstätigkeit nicht zu, denn der Bestätigung kann einerseits nicht entnommen werden, welche Tätigkeiten in welcher Form vom Beschwerdeführer ausgeübt worden sind, und andererseits ist jede von mehreren Tätigkeiten daraufhin zu prüfen, ob sie unselbständiger oder selbständiger Natur ist (vgl. oben E. 3.2).

3.5. Insgesamt erweist sich die Sache als nicht spruchreif. Insbesondere lassen die Akten nicht den Schluss zu, der Beschwerdeführer sei in Bezug auf die Tätigkeit für die NTS Elektrotechnik AG unselbständigerwerbender. Die Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie ergänzende Abklärungen vornehme und hernach über das Beitragsstatut des Beschwerdeführers neu entscheide.

4. Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer Anspruch auf eine Prozessentschädigung (Art. 61 lit. g ATSG). Die Entschädigung wird unabhängig vom Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen (§ 34 des Gesetzes über die sozialversicherungsgerichtlichen Gebühren, Kosten und Entschädigungen). Vorliegend erscheint eine Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) als angemessen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, dass der Einspracheentscheid vom 31. August 2010 aufgehoben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen wird, damit sie nach ergänzenden Abklärungen im Sinne der Erwägungen über das Beitragstatut des Beschwerdeführers neu entscheide.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Prozessentschädigung von Fr. 1'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- AXA-ARAG Rechtsschutz AG unter Beilage einer Kopie von Urk. 22

- Schweizerische Unfallversicherungsanstalt unter Beilage einer Kopie von Urk. 22

- Bundesamt für Gesundheit

5. 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).

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