Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 55/04

Urteil vom 5. November 2004
II. Kammer

Besetzung
Präsident Borella, Bundesrichter Schön und Frésard; Gerichtsschreiberin Riedi Hunold

Parteien
C._____ AG, Beschwerdeführerin, vertreten durch Rechtsanwalt Christof Wyss, Kronenstrasse 9, 8712 Stäfa,

gegen

Ausgleichskasse GastroSuisse, Heinerich Wirri-Strasse 3, 5000 Aarau, Beschwerdegegnerin,

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 23. Januar 2004)

Sachverhalt:
A.
Die C._____ AG ist der Ausgleichskasse Gastrosuisse (nachfolgend: Ausgleichskasse) als Arbeitgeberin angeschlossen. Gestützt auf die Arbeitgeberkontrolle vom 11. Oktober 2000/23. Februar 2001 setzte die Ausgleichskasse mit Verfügungen vom 28. Februar 2001 nachträglich zu bezahlende paritätische Beiträge sowie Beiträge an die Familienausgleichskasse für die Zeit vom 3. April 1996 bis 31. März 2000 fest (Nachtragsverfügungen I bis IV).
B.
Die hiegegen erhobene Beschwerde wies das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 23. Januar 2004 bezüglich der Nachtragsverfügungen I, II und IV ab; bezüglich der Nachtragsverfügung III hiess es die Beschwerde teilweise gut und wies die Sache an die Ausgleichskasse zurück, damit diese nach erfolgter Abklärung neu verfüge.
C.
Die C._____ AG lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Antrag, der vorinstanzliche Entscheid sei bezüglich der Nachtragsverfügungen I und IV aufzuheben; eventualiter sei die Sache zur ergänzenden Abklärung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherung sowie die Ausgleichskasse des Kantons Zürich, Z._____ und D._____ verzichten auf eine Vernehmlassung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde kann nur so weit eingetreten werden, als Sozialversicherungsbeiträge kraft Bundesrechts streitig sind. Im vorliegenden Verfahren ist daher nicht zu prüfen, wie es sich bezüglich der

Beitragsschuld gegenüber der Ausgleichskasse für kantonale Familienzulagen verhält (BGE 124 V 146 Erw. 1 mit Hinweis).
2.
2.1 Der angefochtene Entscheid hat nicht die Bewilligung oder Verweigerung von Versicherungsleistungen zum Gegenstand. Das Eidgenössische Versicherungsgericht prüft daher nur, ob das vorinstanzliche Gericht Bundesrecht verletzte, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, oder ob der rechtserhebliche Sachverhalt offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt wurde (Art. 132 in Verbindung mit Art. 104 lit. a und b sowie Art. 105 Abs. 2 OG).
2.2 Im Rahmen von Art. 105 Abs. 2 OG ist die Möglichkeit, im Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht neue tatsächliche Behauptungen aufzustellen oder neue Beweismittel geltend zu machen, weitgehend eingeschränkt. Nach der Rechtsprechung sind nur jene neuen Beweismittel zulässig, welche die Vorinstanz von Amtes wegen hätte erheben müssen und deren Nichterheben eine Verletzung wesentlicher Verfahrensvorschriften darstellt (BGE 121 II 99 Erw. 1c, 120 V 485 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Zwar ist der Verwaltungsprozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, wonach Verwaltung und Gericht von sich aus für die richtige und vollständige Abklärung des Sachverhalts zu sorgen haben; doch entbindet das die Rechtsuchenden nicht davon, selber die Beanstandungen vorzubringen, die sie anzubringen haben (Rügepflicht), und ihrerseits zur Feststellung des Sachverhalts beizutragen (Mitwirkungspflicht). Unzulässig und mit der weit gehenden Bindung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts an die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung gemäss Art. 105 Abs. 2 OG unvereinbar ist es darum, neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel erst im letztinstanzlichen Verfahren vorzubringen, obwohl sie schon im kantonalen Beschwerdeverfahren
hätten geltend gemacht werden können und - in Beachtung der Mitwirkungspflicht - hätten geltend gemacht werden müssen. Solche (verspätete) Vorbringen sind nicht geeignet, die tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz als mangelhaft im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG erscheinen zu lassen (BGE 121 II 100 Erw. 1c, AHI 1994 S. 211 Erw. 2b mit Hinweisen).
3.
Die Vorinstanz hat die Bestimmungen und Grundsätze über die zeitliche Anwendung des am 1. Januar 2003 in Kraft getretenen Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; BGE 129 V 4 Erw. 1.2 mit Hinweisen), den massgebenden Lohn (Art. 5 Abs. 2 AHVG; BGE 126 V 222 Erw. 4a, 124 V 101 Erw. 2, je mit Hinweisen) sowie über die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit (Art. 5 und 9 AHVG; BGE 123 V 162 Erw. 1, 113 V 94 Erw. 4b, je mit Hinweisen) zutreffend dargelegt. Dasselbe gilt für die rückwirkende Änderung des Beitragsstatuts unter den Voraussetzungen der Wiedererwägung respektive prozessualen Revision (BGE 127 V 469 Erw. 2c, 122 V 173 Erw. 4, 121 V 4 Erw. 6, je mit Hinweisen). Darauf wird verwiesen.
4.
4.1 Unternehmensberatung entspricht typischerweise selbstständigem Erwerb. Gleichwohl ist es möglich, dass im Einzelfall auf der Ebene des effektiven Beschäftigungsverhältnisses zwischen Berater und Einsatzbetrieb die Merkmale der unselbstständigen Erwerbstätigkeit überwiegen: Ein originär als selbstständig zu qualifizierendes Auftragsverhältnis kann sich nachträglich in eine unselbstständige Beschäftigung wandeln, wenn der Berater nicht (mehr) nur projektbezogen tätig ist, sondern direkt Führungsverantwortung übernimmt oder sonstwie in die Firmenadministration integriert wird. Dies trifft insbesondere zu, sobald dem Berater die Eigenschaft eines geschäftsführenden Organs zukommt; dessen Einkünfte sind massgebender Lohn. Für die Abgrenzung ausschlaggebend ist im Allgemeinen die Einbindung in die betriebliche Hierarchie im Sinne der Übernahme einer Linienfunktion, sofern dies nicht von bloss vorübergehender Natur ist, wie etwa bei Sanierungen (Urteil K. und T. AG vom 30. April 2004, H 7 und 10/03, mit Hinweisen).

Einnahmen aus einem Lizenzvertrag stellen beitragspflichtiges Einkommen dar, sofern sich der Versicherte berufsmässig mit Erfindungen befasst bzw. zwischen einer Erfindung und der üblichen beruflichen Tätigkeit ein enger Zusammenhang besteht (Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl., Bern 1996, Rz. 3.39; vgl. auch SVR 1994 AHV Nr. 10 S. 24 Erw. 4b). Für die Frage, ob diese Lizenzeinnahmen Einkommen aus selbstständigem oder unselbstständigem Erwerb darstellen, ist nicht der Lizenzvertrag, sondern der Charakter der mit der Ausbeutung der Erfindung verbundenen Tätigkeit massgebend (SVR 1994 AHV Nr. 10 S. 24 Erw. 4b/bb). Bei einem in leitender Stellung (z.B. Verwaltungsrat) tätigen Erfinder genügt es für die Qualifizierung als massgebenden Lohn, dass dieser auf Grund der beruflichen Tätigkeit weiterhin

Einfluss auf die Verwertung der Erfindung nehmen kann (Käser, a.a.O., Rz. 4.63).
4.2 Soweit die Beschwerdeführerin mit der Buchhaltung die selbstständige Erwerbstätigkeit von Z._____ zu belegen versucht, kann auf das in Erw. 2.2 Gesagte verwiesen werden, da sie - mit Ausnahme des Jahresrechnung 1998 der Einzelfirma Z._____, Zeco - Noven darstellen und die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nicht im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG als unzutreffend erscheinen lassen. Dabei ist insbesondere auf die auch im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes geltende Mitwirkungspflicht der Beschwerdeführerin (BGE 125 V 195 Erw. 2, 122 V 158 Erw. 1a, je mit Hinweisen; vgl. auch Art. 61 lit. c des seit 1. Januar 2003 in Kraft stehenden ATSG) und die Verfügung der Vorinstanz vom 31. März 2003 an Z._____ zu verweisen, mit welcher dieser aufgefordert wurde, allfällige Beweismittel zu bezeichnen und einzureichen.
4.3 Wie oben in Erw. 4.1 dargelegt, ist die in der Regel als selbstständig zu qualifizierende Tätigkeit als Unternehmensberater in jenen Fällen, in welchen der Berater zusätzlich Führungsverantwortung übernimmt, als unselbstständige Erwerbstätigkeit der Beitragspflicht unterworfen. Ebenso stellen Einnahmen aus einem Lizenzvertrag massgebenden Lohn dar, sofern der Lizenzgeber in seiner Organfunktion die weitere Verwendung der Erfindung beeinflussen kann. Beides trifft auf Z._____ in seiner Eigenschaft als Verwaltungsrat und somit als massgebliches Organ der Beschwerdeführerin zu, ist doch die Oberleitung der Gesellschaft sowie die Oberaufsicht über die mit der Geschäftsführung betrauten Personen eine unübertragbare und unentziehbare Pflicht des Verwaltungsrates (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1 und 5 OR). Daran vermögen auch die übrigen Einwände der Beschwerdeführerin nichts zu ändern. Insbesondere ist nicht verlangt, dass die betroffene Person alleiniges Organ ist. Es ist demnach nicht zu beanstanden, dass Verwaltung und Vorinstanz das von der Beschwerdeführerin an Z._____ ausbezahlte Entgelt (einschliesslich Beraterhonorar und Lizenzeinnahmen) als massgebenden Lohn qualifiziert haben; die Frage einer allfälligen Beitragsumgehung
kann somit offen bleiben.
5.
5.1 Bei der Inanspruchnahme der Dienste einer durch Dritte vermittelten natürlichen Person ist nach den hiefür entscheidenden wirtschaftlichen Verhältnissen diejenige Dienst- oder Arbeitsleistung ausschlaggebend für die Unterscheidung in selbstständige und unselbstständige Erwerbstätigkeit, deren Gegenleistung (d.h. das dem Vermittelten zugeflossene Entgelt) das Beitragsobjekt bildet (Urteil K. und T. AG vom 30. April 2004, H 7 und 10/03). Bei einer versicherten Person, welche nach dem Schritt in die Selbstständigkeit weiterhin in bedeutendem Umfang für den alten Betrieb tätig ist, sind an die Anerkennung des Status als Selbstständigerwerbender in Bezug auf diese Tätigkeit insofern erhöhte Anforderungen zu stellen, als die hiefür sprechenden Merkmale diejenigen der unselbstständigen Erwerbstätigkeit klar überwiegen müssen; dabei kommt dem Gesichtspunkt der arbeitsorganisatorischen (Un-)Abhängigkeit vorrangige Bedeutung gegenüber dem Unternehmerrisiko zu: Wenn und soweit sich an Art und Inhalt der Tätigkeit nichts Wesentliches im Vergleich zu früher geändert hat und es sich dabei um Arbeiten handelt, die aus Sicht des Betriebes oder der Branche typischerweise durch Arbeitnehmer ausgeführt werden, spricht eine natürliche Vermutung
für deren unselbstständigen Charakter (Urteil O. AG und S. vom 20. Januar 2003, H 396/00, sowie Urteil M. und M. AG vom 17. Mai 2002, H 30 und 42/01).
5.2 Es ist unbestritten, dass D._____ anfänglich für die Firma G._____ AG bei der Beschwerdeführerin tätig war. Letztere hat seine Dienste auch nach Ende der Vermittlung durch die Firma G._____ AG weiterhin in Anspruch genommen, ohne dass sich an seinem Einsatz bei der Beschwerdeführerin etwas Wesentliches geändert hätte. Die Vorinstanz ist demnach zu Recht und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung bei der Tätigkeit des D._____ von einer unselbstständigen ausgegangen. Dabei spielt es keine Rolle, ob D._____ sich als Selbstständigerwerbender einer Ausgleichskasse angeschlossen hat, da bei jeder Tätigkeit gesondert geprüft wird, ob sie selbstständige Erwerbstätigkeit ist oder ihr Entgelt massgebenden Lohn darstellt. Vor allem aber scheint die Beschwerdeführerin nach wie vor zu verkennen, dass die zivilrechtliche Bezeichnung eines Vertragsverhältnisses für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht massgebend ist; auch sind Verwaltung und Sozialversicherungsgericht in der Frage selbstständige/unselbstständige Erwerbstätigkeit nicht an die Qualifizierung der Steuerbehörden gebunden (vgl. für die Festsetzung der Beiträge Selbstständigerwerbender Art. 23 Abs. 4 AHVV, welcher sich nur auf die Höhe, nicht aber
die Qualifizierung des Einkommens bezieht; AHI 1997 S. 25 Erw. 2b mit Hinweisen), sondern es wird vielmehr auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse abgestellt. Was schliesslich die Behauptung anbelangt, D._____ habe aus den an ihn ausbezahlten Entschädigungen die von ihm angestellten A._____ und F._____ entlöhnen müssen, so wird dieser Einwand vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht erst-

mals vorgebracht; auf Grund der vorinstanzlichen Akten und den im kantonalen Verfahren gemachten Äusserungen des D._____ kann der Vorinstanz keine offensichtlich fehlerhafte Sachverhaltsfeststellung vorgeworfen werden, sodass es sich beim genannten Einwand ebenfalls um ein unzulässiges Novum im Sinne von Art. 105 Abs. 2 OG handelt (oben Erw. 2.2). Es bleibt daher bei der von Verwaltung und kantonalem Gericht vorgenommenen Unterstellung dieser Entschädigungen unter die paritätische Beitragspflicht.
6.
Da weder die Bewilligung noch die Verweigerung von Versicherungsleistungen streitig ist, ist das Verfahren kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Die unterliegende Beschwerdeführerin hat demnach die Gerichtskosten zu tragen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 7000.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, der Ausgleichskasse des Kantons Zürich, dem Bundesamt für Sozialversicherung, D._____ und Z._____ zugestellt.
Luzern, 5. November 2004
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Der Präsident der II. Kammer: Die Gerichtsschreiberin:
i.V.