Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 208/04

Urteil vom 15. April 2005
III. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Lustenberger; Gerichtsschreiberin Keel Baumann

Parteien
Ausgleichskasse des Kantons Zürich, Röntgenstrasse 17, 8005 Zürich, Beschwerdeführerin,

gegen

S._____, 1952, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, Winterthur

(Entscheid vom 28. September 2004)

Sachverhalt:
A.
S._____ kündigte sein Arbeitsverhältnis mit der Versicherungsgesellschaft X._____ mit Wirkung auf den 30. September 2003, um sich mit einem eigenen Maklerbüro selbstständig zu machen und weiterhin als freier Mitarbeiter und Vermittler unter anderem für die Versicherungsgesellschaft X._____ tätig zu sein. Die Ausgleichskasse des Kantons Zürich, bei welcher er sich am 16. September 2003 als Selbstständigerwerbender registrieren lassen wollte, qualifizierte seine Erwerbstätigkeit als unselbstständig und erliess auf seinen Wunsch hin am 7. November 2003 eine Verfügung mit der Feststellung, dass eine Anerkennung als selbstständigerwerbender Versicherungsmakler nicht möglich sei. Daran hielt sie auf Einsprache von S._____ hin fest (Entscheid vom 29. Dezember 2003).
B.
Die von S._____ hiegegen eingereichte Beschwerde hiess das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Entscheid vom 28. September 2004 gut, hob den Einspracheentscheid auf und stellte fest, dass S._____ in Bezug auf seine Vermittlungstätigkeit selbstständigerwerbend ist.
C.
Die Ausgleichskasse führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem Antrag auf Aufhebung des kantonalen Entscheides und auf Feststellung, dass S._____ in Bezug auf seine Vermittlungs- und Beratungstätigkeit für die Versicherungsgesellschaften X._____, G._____, M._____ und die Krankenkasse A._____ als Unselbstständigerwerbender zu gelten habe.

S._____ beantragt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und die Zusprechung einer Entschädigung für die entstandenen Umtriebe. Das Bundesamt für Sozialversicherung schliesst auf Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.
Im angefochtenen Entscheid wird die Rechtsprechung zur Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit zutreffend dargelegt (Art. 5 und 9 AHVG sowie Art. 6 ff. AHVV; vgl. auch BGE 123 V 162 f. Erw. 1, 122 V 171 ff. Erw. 3). Darauf kann verwiesen werden. Zu ergänzen ist, dass nach diesen Grundsätzen Agenten oder Reisevertreter in der Regel als Arbeitnehmer zu betrachten sind. Bei der beitragsrechtlichen Beurteilung kommt es nicht darauf an, ob ein Handelsreisenden- oder Agenturvertrag im obligationenrechtlichen Sinne vorliegt. Agenten und Reisevertreter sind im Allgemeinen frei, wie sie ihre Zeit einteilen und ihre Arbeit gestalten wollen; sie haben jedoch selten ein wirtschaftliches Risiko wie ein Unternehmer zu tragen. Ihr Risiko erschöpft sich in der Abhängigkeit von ihrem persönlichen Arbeitserfolg und ist nur dann als solches eines Selbstständigerwerbenden zu werten, wenn beträchtliche Investitionen oder Angestelltenlöhne getragen werden müssen. Rechtsprechungsgemäss gelten Agenten und Reisevertreter als selbstständigerwerbend, wenn sie kumulativ eigene Geschäftsräumlichkeiten benützen, eigenes Personal beschäftigen und die Geschäftskosten im Wesentlichen selber tragen (BGE 119 V 163 Erw. 3b mit
weiteren Hinweisen; ZAK 1988 S. 378 Erw. 2b, 1986 S. 121 Erw. 2b und S. 575 Erw. 2b mit Hinweisen, 1980 S. 325 Erw. 2; vgl. auch Rz 4028 Wegleitung über den massgebenden Lohn [WML]).
2.
2.1 Die Vorinstanz hat den Beschwerdegegner in Anwendung der Rechtsprechung (ZAK 1988 S. 292) als selbstständigerwerbend qualifiziert mit der Begründung, sein Einkommen sei abhängig von seinem Arbeitserfolg und er trage insofern ein Unternehmerrisiko, als die Kosten für die von ihm gemäss Arbeitsvertrag vom 7. Oktober 2003 beschäftigte Teilzeitangestellte unabhängig vom Geschäftserfolg anfielen. Dass für den Aufbau seiner Tätigkeit keine beträchtlichen Investitionen erforderlich gewesen seien, sei von untergeordneter Bedeutung, weil die Vermittlung von Versicherungspolicen in jedem Fall keine grossen Investitionen erfordere. Nach der Ausgleichskasse verkennt das kantonale Gericht damit die Rechtsprechung, gemäss welcher nur beim kumulativen Vorliegen der erwähnten drei Kriterien (Erw. 1) eine selbstständige Erwerbstätigkeit angenommen werden kann. Ihrer Auffassung nach ist zudem keine der drei Voraussetzungen erfüllt, weil der Beschwerdegegner sein Büro zu Hause eingerichtet habe und weder erhebliche Geschäftskosten noch erhebliche Personalkosten trage.
2.2 Wie zu zeigen ist, ändert sich an der Richtigkeit des vorinstanzlichen Entscheides (Qualifikation des Beschwerdeführers als Selbstständigerwerbender) nichts, wenn vorliegend - mit der Ausgleichskasse - die drei von der Rechtsprechung für die beitragsrechtliche Qualifikation von Reisevertretern und Agenten erarbeiteten Kriterien angewendet werden (vgl. auch Erw. 2 des Urteils W. und P. GmbH vom 18. Dezember 2003, H 303/02):

In den Akten befindet sich ein Mietvertrag vom 18. Mai 2004 über Büroräume in Y._____ mit Mietbeginn 1. Juni 2004, welchen der Beschwerdegegner mit seiner an die Vorinstanz gerichteten Eingabe vom 8. Juli 2004 eingereicht hat. Obwohl der Abschluss dieses Mietvertrages in die Zeit nach Erlass des Einspracheentscheides (29. Dezember 2003) fällt, welcher praxisgemäss die Grenze richterlicher Überprüfung bildet (BGE 130 V 446 Erw. 1.2 mit Hinweisen), rechtfertigt es sich, ihn bei der Beurteilung vorliegend zu berücksichtigen. Denn er bestätigt, dass die Ausscheidung eines Büroraumes in den eigenen Wohnräumlichkeiten, welche das Kriterium der eigenen Geschäftsräume praxisgemäss nicht erfüllt hätte (ZAK 1986 S. 577, 1980 S. 325; Urteil vom 15. September 2000, H 138/99), nur für die Aufbauphase gedacht war und sich offenbar rund acht Monate nach Aufnahme der Vermittlungstätigkeit die Miete wohnungsfremder Räume aufdrängte. Da dem Beschwerdegegner diese (weniger als ein Jahr dauernde) Anpassungsphase (in welche auch die Suche nach geeigneten Büroräumen fällt) zugestanden werden muss, kann das Kriterium der eigenen Geschäftsräume als erfüllt betrachtet werden.

Gegeben ist sodann auch die Voraussetzung der Anstellung eigenen Personals, kann doch dem sich in den Unterlagen befindenden Arbeitsvertrag vom 7. Oktober 2003 entnommen werden, dass der Beschwerdegegner seit 1. November 2003 eine Teilzeitmitarbeiterin im Umfang von 15 Stunden pro Woche beschäftigt. Die Auffassung der Ausgleichskasse, wonach dieses Kriterium mangels Erheblichkeit der anfallenden Personalkosten (Fr. 1625.- brutto pro Monat) zu verneinen sei, findet in der Rechtsprechung keine Stütze, stellt diese doch hinsichtlich der Personalkosten keine Anforderungen in quantitativer Hinsicht (vgl. Erw. 1 hievor; vgl. auch Rz

4028 WML, wo ebenfalls nur von der Beschäftigung von Personal die Rede ist).

Zu bejahen ist schliesslich auch die dritte Voraussetzung, gemäss welcher die Geschäftskosten im Wesentlichen selber zu tragen sind. Denn wie sich aus den "Zusammenarbeits-Vereinbarungen" ergibt, beteiligen sich die Versicherungen nicht an den Geschäftskosten, dies mit Ausnahme der Versicherungsgesellschaft X._____, welche eine Spesenentschädigung ausrichtet, die jedoch nichts daran ändert, dass der Beschwerdegegner zur Hauptsache allein für die Geschäftskosten aufkommt, was für die Erfüllung dieses Kriteriums rechtsprechungsgemäss ausreicht (vgl. Erw. 1 hievor).
2.3 An der Richtigkeit dieses Ergebnisses vermag auch nichts zu ändern, dass - worauf die Ausgleichskasse hinweist - einzelne Versicherungen sich vertraglich eine gewisse Subordinationsgewalt zugesichert haben, indem sie den Beschwerdegegner beispielsweise verpflichtet haben, Aufträge jederzeit auszuführen, Weisungen entgegenzunehmen, Korrespondenz unverzüglich auszuhändigen, Werbung mit Erwähnung der Versicherung von derselben genehmigen zu lassen oder Schulungen zu besuchen. Denn da die Erteilung derartiger Anordnungen für Vertragsverhältnisse wie die vorliegenden typisch ist, hätte die Unterordnung erst dann Bedeutung, wenn sie - was vorliegend nicht der Fall ist - das für das betreffende Verhältnis übliche Mass übersteigen würde (vgl. auch Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl., Bern 1996, S. 120 Rz 4.31), was beispielsweise zu bejahen wäre, wenn der Versicherte die Kundschaft nicht weisungsunabhängig beraten könnte oder wenn er einer Gesellschaft gegenüber zur Erzielung von Abschlüssen oder zur ausschliesslichen Berücksichtigung verpflichtet wäre (vgl. ZAK 1982 S. 215).
3.
Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerde führenden Ausgleichskasse aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 135 OG).

Dem obsiegenden Beschwerdegegner, welcher nicht anwaltlich oder sonst wie qualifiziert vertreten wird, steht keine Parteientschädigung zu (Art. 159 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 135 OG; BGE 128 V 133 Erw. 5b, 126 V 150 Erw. 4a, je mit Hinweisen). Soweit sinngemäss die Ausrichtung einer Umtriebsentschädigung beantragt wird, ist darauf hinzuweisen, dass eine solche praxisgemäss nur unter besonderen Umständen gewährt wird, und namentlich erfordert, dass für die Interessenwahrung ein hoher Arbeitsaufwand notwendig ist, welcher den Rahmen dessen überschreitet, was die Einzelperson üblicher- und zumutbarerweise auf sich zu nehmen hat (BGE 110 V 82). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben, weshalb keine Entschädigung zugesprochen werden kann.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Ausgleichskasse auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
3.
Es wird weder eine Partei- noch eine Umtriebsentschädigung zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.
Luzern, 15. April 2005
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der III. Kammer: Die Gerichtsschreiberin: