Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 396/00

Urteil vom 20. Januar 2003
IV. Kammer

Besetzung
Präsidentin Leuzinger, Bundesrichter Rüedi und Ferrari; Gerichtsschreiber Fessler

Parteien
Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber (AKBA), Schwarztorstrasse 56, 3007 Bern, Beschwerdeführerin, vertreten durch Fürsprecher Jean-Louis Scheurer, Monbijoustrasse 73, 3000 Bern,

gegen

1. O._____ AG, vertreten durch Fürsprecher Konrad Reber, Praxisgebäude Wyde, Wydenstrasse 11, 4704 Niederbipp,
2. S._____, 1961, Beschwerdegegner

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 6. Oktober 2000)

Sachverhalt:
A.
Der 1961 geborene S._____, von Beruf Elektromechaniker, arbeitete in der Firma O._____ AG. Mit Schreiben vom 9. Dezember 1993 kündigte er das Arbeitsverhältnis auf Ende Monat. Gleichzeitig ersuchte er darum, mit sofortiger Wirkung aus der Geschäftsleitung austreten zu können. S._____ verblieb bis Ende Mai 1994 in der Firma. In der Folge war er arbeitslos gemeldet. In den Monaten Juli bis September 1994 arbeitete S._____ als Temporärangestellter bei der O._____ AG. Das dabei erzielte Einkommen meldete er der Arbeitslosenversicherung als Zwischenverdienst. Im Formular für den Monat September 1994 gab die Firma an, der Arbeitnehmer werde auf unbestimmte Zeit weiter beschäftigt.

Aufgrund einer Arbeitgeberkontrolle vom 2. November 1999 erhielt die Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber der O._____ AG Kenntnis davon, dass die Firma im Zeitraum 1995 bis 1998 an S._____ Entschädigungen ausgerichtet hatte. Die Abklärungen ergaben, dass der Versicherte seit 1. November 1994 mit einem Konstruktionsbüro als Selbstständigerwerbender der Ausgleichskasse des Kantons Solothurn angeschlossen war und mit dieser abrechnete. Da sie die fraglichen Zahlungen als Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit betrachtete, erliess die Verbandsausgleichskasse am 15. März 2000 eine Verfügung, womit sie die O._____ AG zur Nachzahlung von paritätischen und FAK-Beiträgen einschliesslich Zinsen von insgesamt Fr. 74'920.95 auf den 1995 bis 1998 an S._____ bezahlten Entgelten verpflichtete.
B.
In Gutheissung der von der O._____ AG und von S._____ hiegegen eingereichten Beschwerden hob das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 6. Oktober 2000 die Nachzahlungsverfügung vom 15.

März 2000 auf.
C.
Die Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, es sei der kantonale Gerichtsentscheid aufzuheben.

Die O._____ AG lässt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen. S._____ verzichtet auf eine Vernehmlassung, desgleichen das Bundesamt für Sozialversicherung.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:
1.

Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist nur so weit einzutreten, 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 Das kantonale Gericht, welches die zur Beurteilung der Sache massgeb-lichen Rechtsgrundlagen (Kriterien für die Abgrenzung unselbstständiger von selbstständiger Erwerbstätigkeit, Erfordernis eines Rückkommenstitels [Wiedererwägung oder prozessuale Revision]für den nachträglichen Wechsel des Beitragsstatuts) zutreffend dargetan hat, hebt die Nachzahlungsverfügung vom 15. März 2000 zusammengefasst mit folgender Begründung auf: Der Versicherte werde seit 1. November 1994 von der Ausgleichskasse des Kantons Solothurn beitragsrechtlich als Selbstständigerwerbender erfasst. Aus den Steuer- und Buchhaltungsunterlagen ergebe sich, dass er die Einnahmen aus seiner Tätigkeit für die O._____ AG ordnungsgemäss (als selbstständiges Einkommen) verbucht und deklariert habe. Es sei nicht geradezu zweifellos unrichtig gewesen, den Versicherten als Selbstständigerwerbenden zu erfassen. Bei der gegebenen Sach- und Rechtslage erübrige es sich, die Frage der beitragsrechtlichen Qualifikation anhand der diesbezüglichen massgeblichen Kriterien im Einzelnen zu prüfen. Immerhin könne gesagt werden, dass der Versicherte für die Ausübung seiner Tätigkeit gewisse, nicht ganz unerhebliche Investitionen getätigt habe. Auch aufgrund der übrigen
aktenkundigen Gegebenheiten erscheine die beitragsrechtliche Qualifikation als Selbstständigerwerbender nicht zum Vornherein als unrichtig. Ein wiedererwägungsweiser Statuswechsel in Bezug auf die 1995 bis 1998 für die O._____ AG ausgeübte Tätigkeit falle somit ausser Betracht.
2.2 Die Verbandsausgleichskasse bringt zur Hauptsache vor, die Frage der zweifellosen Unrichtigkeit des Beitragsstatuts als Selbstständigerwerbender in Bezug auf die in Frage stehenden Zahlungen der O._____ AG im Zeitraum 1995 bis 1998 müsse umfassend unter allen in Betracht fallenden Gesichtspunkten geprüft werden. Diesem Erfordernis genüge die vorinstanzliche Begründung nicht.
2.2.1 Die Rüge der Ausgleichskasse ist grundsätzlich berechtigt. Die Verwaltung führt in diesem Zusammenhang richtig BGE 121 V 169 als Beispiel für eine umfassende Prüfung der Wiedererwägungsvoraussetzung der zweifellosen Unrichtigkeit im Hinblick auf einen allfälligen nachträglichen Wechsel des Beitragsstatutes an. Davon kann beim angefochtenen Entscheid nicht gesprochen werden. Abgesehen davon hat das kantonale Gericht verkannt, dass über die Rechtsnatur der 1997 und 1998 von der O._____ AG dem Versicherten bezahlten Entgelte im Unterschied zu den 1995 und 1996 ausgerichteten Entschädigungen bisher noch nicht rechtskräftig entschieden worden ist (vgl. Art. 22 Abs. 1 und 2 sowie Art. 25 Abs. 1 und 3 AHVV in der bis 31. Dezember 2000 gültig gewesenen, hier anwendbaren Fassung). Lediglich für diese Jahre stellt sich somit die unter wiedererwägungsrechtlichem Gesichtswinkel zu prüfende Frage der Zulässigkeit eines rückwirkenden Wechsels des Beitragsstatuts (Urteile M.+M. AG vom 17. Mai 2002 [H 30+42/01]und P. vom 19. März 2002 [H 201/00]). Demgegenüber genügt für den Statuswechsel für 1997 und 1998 gemäss Nachzahlungsverfügung vom 15. März 2000, dass in Bezug auf die Tätigkeit für die O._____ AG die Merkmale der
Unselbstständigkeit überwiegen (ZAK 1989 S. 440 Erw. 2b mit Hinweisen; vgl. auch BGE 121 V 4 Erw. 5b am Ende).
2.2.2 Die Ausgleichskasse hat in der vorinstanzlichen Vernehmlassung die Gründe dargelegt, welche ihrer Meinung nach für den unselbstständigen Charakter der Tätigkeit des Versicherten für die O._____ AG im Zeitraum 1995 bis 1998 sprechen. Es ist dies im Wesentlichen die Höhe der geleisteten Zahlungen der Firma von durchschnittlich Fr. 110'000.- im Jahr. Daraus ist nach Auffassung der Verwaltung zu folgern, dass dem

Versicherten ein beträchtliches Einkommen gewissermassen garantiert gewesen sei. Anderseits bedeute ein solches Entgelt bei einer Tätigkeit von elf Monaten im Jahr und einem Honorar von Fr. 50.- in der Stunde rund 200 Stunden Arbeit im Monat. Der Versicherte sei daher im fraglichen Zeitraum praktisch nicht in der Lage gewesen, Tätigkeiten für andere Arbeitgeber auszuführen, mithin in wirtschaftlicher Abhängigkeit zur O._____ AG gestanden. Beitragsrechtlich sei sodann unerheblich, dass er von den Steuerbehörden als Selbstständigerwerbender betrachtet werde. Ebenso sei der Abschluss von Versicherungen (u.a. Betriebshaftpflicht) nicht von Bedeutung. Dies sei lediglich die zwingende Folge davon, dass von Seiten der Firma im Bereich der Sozialversicherungen kein Schutz bestanden habe.
3.
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 Selbstständigerwerbender in Bezug auf diese Tätigkeit insofern erhöhte Anforderungen zu stellen, als die hiefür 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 P. vom 19. März 2002 [H 201/00]). 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 Arbeiten handelt, die aus Sicht des Betriebes oder der Branche typischerweise durch Arbeitnehmer ausgeführt werden, spricht eine natürliche Vermutung für deren unselbstständigen Charakter. Umgekehrt heisst, (auch) für den früheren Arbeitgeber tätig zu sein, für sich allein genommen nicht Unselbstständigkeit (Urteil M.+M. AG vom 17. Mai 2002 [H 30+42/01]).
3.1
3.1.1 Gemäss Arbeitszeugnis der O._____ AG vom 16. Mai 1994 war der Versicherte seit 1. Dezember 1988 als «Leiter Entwicklung» im Betrieb tätig. Sein Aufgabenbereich umfasste u.a. die elektrotechnische Entwicklung der Beleuchtungskörper und -systeme der Firma, die Sicherstellung der Normeinhaltung bei Serienprodukten sowie die technische Beratung von Kunden bei Installationen im In- und Ausland. In Bezug auf seine Tätigkeit in den Jahren 1995 bis 1998 wird in der vorinstanzlichen Beschwerde der O._____ AG ausgeführt, der Betrieb habe als KMU eine Begleitung und Beratung hinsichtlich der elektro-technischen Entwicklung und Ausführung von die bisherige Produktepalette ergänzenden Beleuchtungssystemen benötigt. Hiezu sei sie auf die branchenspezifischen Kenntnisse ihres ehemaligen Arbeitnehmers angewiesen gewesen.

Aufgrund dieser nicht bestrittenen Angaben ist davon auszugehen, dass die Tätigkeit für die Firma im hier interessierenden Zeitraum 1995 bis 1998 im Wesentlichen dieselbe war wie bis Ende Mai 1994.
3.1.2 Im Weitern liegen zwar, rein zeitlich gesehen, zwischen der Beendigung des Arbeitsverhältnisses Ende Mai 1994 und der beitragsrechtlichen Erfassung als Selbstständigerwerbender ab 1. Januar 1995 sieben, bei Abstellen auf den Zeitpunkt der Kündigung (9. Dezember 1993) sogar mehr als zwölf Monate, ein Jahr also. Indessen steht fest, dass der Versicherte bereits im Juli 1994 als Temporärangestellter im Zwischenverdienst wieder für die O._____ AG arbeitete, gemäss vorinstanzlicher Beschwerde der Firma als Trouble-Shooter für einzelne Spezialmontagen im Rahmen unterschiedlich anfallender Einzelaufträge. Dabei betrug die gearbeitete Zeit im August 86 Stunden und im September sogar 165 Stunden, was praktisch einem vollen Arbeitspensum entspricht. Und im Formular «Bescheinigung über Zwischenverdienst» für diesen Monat zuhanden der Arbeitslosenversicherung gab das Unternehmen an, der Arbeitnehmer werde auf unbestimmte Zeit weiter beschäftigt.

Aufgrund dieser Umstände ist von einer praktisch ununterbrochenen Tätigkeit des Versicherten für die O._____ AG auszugehen, was mit Blick auf die Stellung als Arbeitnehmer der Firma bis Ende Mai 1994 für deren unselbstständigen Charakter in den hier interessierenden Jahren 1995 bis 1998 spricht.
3.1.3 Zu beachten ist sodann, dass der Versicherte nicht im Hinblick auf die Aufnahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit der O._____ AG gekündigt hatte. Laut Arbeitszeugnis vom 16. Mai 1994 wollte er eine Stelle als Geschäftsleiter antreten. Aus welchen Gründen es nicht dazu kam, braucht hier nicht zu interessieren. Vor diesem Hintergrund kommt der Tatsache mitentscheidende Bedeutung zu, dass der Versicherte sich (erst) auf den 1. November 1994 der kantonalen Ausgleichskasse als selbstständig erwerbender Anbieter technischer Dienstleistungen anschloss. In diesem Zeitpunkt hatte er bereits wieder mehrere Monate, im September praktisch vollzeitlich, für die alte Firma gearbeitet, welche ihn nach eigenen Angaben als Arbeitnehmer wei-

ter beschäftigen wollte. Diese Umstände sind dahingehend zu würdigen, dass der Versicherte den Schritt in die Selbstständigkeit erst tat, als er seitens der O._____ AG mit einer genügenden Anzahl an Aufträgen rechnen konnte. In den folgenden Jahren 1995 bis 1998 war er denn auch hauptsächlich für die frühere Arbeitgeberin tätig und zwar im bedeutenden Umfang von rund 200 Stunden im Monat (Erw. 2.2.2). Ein Verlust dieser Auftragsquelle hätte den Versicherten daher in gleicher Weise getroffen wie
einen Arbeitnehmer, was ebenfalls für den unselbstständigen Charakter der Tätigkeit für die O._____ AG im Zeitraum 1995 bis 1998 spricht (vgl. BGE 122 V 284 Erw. 2b in fine mit Hinweis).
3.2 Demgegenüber fallen die Gründe für selbstständige Erwerbstätigkeit nicht ins Gewicht. Dass der Versicherte gemäss Darlegung in der vorinstanzlichen Beschwerde der O._____ AG Mitglied der europäischen (elektrotechnischen Normen-)Kommission ist, belegt zwar sein nicht bestrittenes grosses Fachwissen sowie seine Kenntnis von den neuesten Entwicklungen im Bereich Beleuchtungssysteme. Dieser Umstand für sich allein genommen ergibt indessen nichts zugunsten des selbstständigen Charakters der Tätigkeit für diese Firma in den Jahren 1995 bis 1998. Abgesehen davon wird nicht geltend gemacht, der Versicherte sei erst kurz vor oder sogar erst nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses im Dezember 1993 Mitglied der erwähnten Kommission geworden. Im Weitern sind die in das Konstruktionsbüro getätigten Investitionen für die vorliegenden Belange unbedeutend. Gemäss den bei den Akten liegenden Steuerunterlagen betreffen sie lediglich die Anschaffung eines (Geschäfts-) Autos sowie einen 1997 erstellten Badeteich zu Repräsentationszwecken bei Kundenbesuchen. Unerheblich ist sodann, dass der Versicherte seinerzeit Mitglied der Geschäftsleitung der O._____ AG gewesen war. Dieser Umstand ist im Hinblick auf die Frage, inwiefern er sich nach
der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von der alten Firma gelöst hatte, im Lichte der Tatsache zu sehen, dass er seit Dezember 1991 Gesellschafter der Target, Jost, Hoffmann und Co. ist. Bei dieser Firma handelt es sich gemäss Handelsregistereintrag um eine wie die O._____ AG u.a im Bereich Planung, Entwurf und Verkauf von Beleuchtungssystemen tätige Kollektivgesellschaft. Zu den Gesellschaftern zählt ebenfalls W._____, seines Zeichens Verwaltungsratspräsident und gemäss Arbeitszeugnis vom 16. Mai 1994 auch Geschäftsleiter der Optelma AG. Beitragsrechtlich nicht von Bedeutung ist schliesslich die steuerliche Behandlung des Versicherten, zumal sie sich auf seine Aktivitäten insgesamt bezieht.

3.3 Nach dem Vorstehenden kommt die Vermutungsregel für unselbstständige Erwerbstätigkeit (Erw. 3 Ingress) voll zum Tragen. Da zudem aufgrund der Akten keine ernstlich ins Gewicht fallenden Gründe für den selbstständigen Charakter der Tätigkeit für die frühere Arbeitgeberin im Zeitraum 1995 bis 1998 sprechen, muss die Erhebung von persönlichen Beiträgen auf den hiefür 1995 und 1996 bezahlten Entgelten als zweifellos unrichtig bezeichnet werden (Erw. 2.2.1). Die erhebliche Bedeutung der Berichtigung dieser Verabgabung steht zu Recht ausser Frage. Somit sind auf den gesamten 1995 bis 1998 ausgerichteten Entschädigungen für die Tätigkeit des Versicherten für die O._____ AG paritätische Beiträge zu erheben. Die in masslicher Hinsicht nicht bestrittene Nachzahlungsverfügung vom 15. März 2000 ist daher rechtens und demzufolge der angefochtene Entscheid aufzuheben.
4.
Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten je zur Hälfte der O._____ AG und dem Versicherten aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 und 7 OG in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist, wird der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 6. Oktober 2000 aufgehoben.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4000.- werden je zur Hälfte der O._____ AG und dem Versicherten auferlegt.
3.
Der Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 4000.- rückerstattet.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Ausgleichskasse des Kantons Solothurn und dem Bundesamt für Sozialversicherung zugestellt.

Luzern, 20. Januar 2003
Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts
Die Präsidentin der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: