Tribunale federale
Tribunal federal

{T 7}
H 173/06

Urteil vom 21. Mai 2007
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Lustenberger, Seiler,
Gerichtsschreiber Fessler.

Parteien
B._____, 1950, Beschwerdeführer,

gegen

Ausgleichskasse Basel-Landschaft, Hauptstrasse 109, 4102 Binningen, Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft vom 28. Juni 2006.

Sachverhalt:
A.
Der 1950 geborene B._____, lic. phil. Psychologe FSP, leitete während Jahren den Jugendpsychologischen Dienst des Bezirks Y._____. Ab 1. Juli 2005 arbeitete er als Schulpsychologe in X._____. Auf diesen Zeitpunkt eröffnete er eine eigene Praxis. Grundlage seiner Tätigkeit bildete die von der Gemeindeversammlung am 22. Juni 2004 beschlossene Leistungsvereinbarung mit der Einwohnergemeinde betreffend den Schulpsychologischen Dienst X._____. Am 10. August 2005 stellte B._____ der Einwohnergemeinde X._____ Rechnung über die geleisteten Stunden bis Ende Juli in der Höhe von Fr. 17'920.-. Die Ausgleichskasse Basel-Landschaft qualifizierte diese von der Gemeinde entschädigte Summe als massgebenden Lohn und erhob darauf mit Verfügung vom 2. September 2005 für die Zeit vom 1. bis 31. Juli 2005 paritätische Beiträge (einschliesslich Verwaltungskosten) von Fr. 2222.60. Die Verfügung eröffnete sie auch B._____. Mit Einspracheentscheid vom 29. Dezember 2005 bestätigte die Ausgleichskasse die Beitragsforderung sowohl der Einwohnergemeinde X._____ als auch B._____ gegenüber.
B.
Die Beschwerden der Einwohnergemeinde X._____ und des B._____ wies das Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, mit Entscheid vom 28. Juni 2006 ab.
C.
B._____ führt Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit dem hauptsächlichen Rechtsbegehren, der Entscheid vom 28. Juni 2006 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass er in seiner Tätigkeit für die Gemeinde X._____ als Selbständigerwerbender einzuschätzen sei.
Kantonales Gericht, Ausgleichskasse und Bundesamt für Sozialversicherungen verzichten auf eine Vernehmlassung. Die Einwohnergemeinde X._____ als Mitbeteiligte lässt die Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde beantragen.
Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Der angefochtene Entscheid ist am 28. Juni 2006 ergangen. Das Verfahren richtet sich somit nach dem Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG). Das am 1. Januar 2007 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG) ist insoweit nicht anwendbar (Art. 132 Abs. 1 BGG).
2.
Streitig und zu prüfen ist, ob die Entschädigung der Einwohnergemeinde X._____ von Fr. 17'290.- für die vom Beschwerdeführer in Rechnung gestellten Stunden als Schulpsychologe bis Ende Juli 2005 Einkommen aus selbständiger oder unselbständiger Erwerbstätigkeit darstellt.
3.
Im angefochtenen Entscheid werden die Gesetzesbestimmungen sowie die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Abgrenzung unselbständiger von selbständiger Erwerbstätigkeit richtig wiedergegeben (vgl. Art. 5 und Art. 9 AHVG; BGE 122 V 169 und 281; AHI 2001 S. 256 E. 2a [H 5/00]). Darauf wird verwiesen.
4.
Das kantonale Gericht hat erwogen, der Beschwerdeführer trage im Rahmen seiner Tätigkeit für den Schulpsychologischen Dienst (SPD) der Einwohnergemeinde X._____ ein gewisses Unternehmerrisiko (eigene Praxisräumlichkeiten, vier Angestellte). Dieses Risiko werde indessen in mehrfacher Hinsicht auf ein Minimum reduziert. Die Leistungsvereinbarung zwischen der Gemeinde und dem Beschwerdeführer halte einen Umfang für Beratungs- und Abklärungstätigkeit von 1500 bis 1750 Stunden fest. Dabei handle es sich zwar um eine Richtgrösse, mit welcher jedoch erfahrungsgemäss gerechnet werden könne. Das Honorar von Fr. 17'920.- für Juli 2005 hochgerechnet ergebe sinngemäss denn auch einen hypothetischen jährlichen Leistungsumfang von rund 1600 Stunden. Darüber hinaus bestehe für den Eingang des Honorars kein Risiko. Die Bezahlung erfolge direkt durch das Gemeinwesen, welches seinerseits die entsprechenden Leistungen durch Steuergelder finanziere. Schliesslich spiele die selbständige Kundenaquisition insofern eher eine untergeordnete Rolle, als die vom Beschwerdeführer angebotenen Beratungen für die Leistungsempfänger (Schülerinnen und Schüler) kostenlos seien und ein grosser Teil der Fälle durch die Schulen oder Lehrpersonen selbst zugewiesen
werden dürften. Entscheidend für unselbständige Erwerbstätigkeit spreche das Untergeordneten- resp. Abhängigkeitsverhältnis. Der Beschwerdeführer sei in fachlicher und administrativer Hinsicht der Einwohnergemeinde X._____ untergeordnet. Aufgrund der gesetzlichen Regelung des Schulpsychologischen Dienstes sei er in seiner Funktion als Schulpsychologe Teil der Verwaltung und übe eine amtliche Funktion aus. Dabei habe er sich an die entsprechenden Verordnungsbestimmungen zu halten. Es bestehe auch eine Weisungsgebundenheit gegenüber dem Gemeinwesen (Schulrat, Gemeinderat). Sodann sei die Oberaufsicht durch den Kanton (Bildungs-, Kultur- und Sportdirektion) nicht locker. So bestehe beispielsweise die Pflicht zum jährlichen Mitarbeitergespräch mit den Fachvorgesetzen. Für unselbständige Erwerbstätigkeit spreche schliesslich, dass der Beschwerdeführer nicht als externer Fachberater von Fall zu Fall beigezogen werde und er im Rahmen seiner Tätigkeit für den SPD verpflichtet sei, die ihm zugewiesenen Schüler zu behandeln. Insgesamt überwögen die Merkmale unselbständiger jene selbständiger Erwerbstätigkeit. Das zur Diskussion stehende Honorar stelle daher massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG dar.
5.
5.1 Die Sicherstellung und Gewährleistung der schulpsychologischen Versorgung stellt im Kanton Basel-Landschaft eine gesetzliche Aufgabe dar (vgl. die Verordnung vom 23. April 1991 über die Tätigkeit des Schulpsychologischen Dienstes [SGS 645.21]). Gemäss § 13 des Bildungsgesetzes vom 6. Juni 2002 (SGS 640) sind die Einwohnergemeinden Trägerinnen u.a. des Kindergartens und der Primarschule und ihrer jeweiligen Speziellen Förderung. In diesem Bereich sind sie grundsätzlich frei, einen eigenen Schulpsychologischen Dienst zu führen und hiefür eigene von der zuständigen kantonalen Direktion genehmigte Richtlinien aufzustellen.
Die Gemeindeversammlung X._____ hat am 22. Juni 2004 eine Leistungsvereinbarung betreffend den Schulpsychologischen Dienst beschlossen. Die vom Gemeinderat und vom Beschwerdeführer am 16. und 24. Dezember 2004 unterzeichnete Vereinbarung bestimmt Folgendes:
1. Die Partner dieser Vereinbarung

Die Gemeinde und der Leistungserbringer verständigen sich darüber, nachfolgende Leistungsvereinbarung abzuschliessen.

2. Zweck der Leistungsvereinbarung

Die Leistungsvereinbarung regelt die beidseitigen Beziehungen zwischen der Gemeinde und dem Leistungserbringer bezüglich dem gemeindeeigenen Schulpsychologischen Dienst. Sie definiert die Aufgaben und legt die gegenseitigen Rechte und Pflichten fest.

3. Auftrag

3.1 Die Gemeinde übernimmt die schulpsychologischen Aufgaben für die Volksschulen in X._____.

3.2 Mit dem Einverständnis der Bildungs-, Kultur- und Sportdirektion wird der Leistungserbringer mit der selbständigen Führung des Schulpsychologischen Dienstes X._____ beauftragt.

3.3 Die Aufgaben sind in der Regierungsratsverordnung vom 23.4.1991 über die Tätigkeit des Schulpsychologischen Dienstes festgelegt.

3.4 Der Leistungserbringer trägt die alleinige operative Verantwortung und verfügt über die notwendige unternehmerische Freiheit.

4. Umfang

4.1-2 (...)

5. Entschädigung

5.1 Die Entschädigung des Leistungserbringers beträgt CHF 140.– pro geleistete Stunde.
a. (...)
b. Im Ansatz sind die Sozialleistungen (...) enthalten.
c. Ebenfalls enthalten sind die Kosten für die Administration, den Sachaufwand und die Infrastruktur.

5.2-3 (...).

6. Aufsicht

6.1 Die Leitung des Kantonalen Schulpsychologischen Dienstes nimmt die fachliche Oberaufsicht über den Schulpsychologischen Dienst X._____ wahr.

6.2 Die schulstrategische Aufsicht wird vom Orts- und Sekundarschulrat wahrgenommen.

6.3 Der Gemeinderat ist für die Aufsicht über die finanzpolitischen Belange zuständig.

7. Besondere Pflichten

Der Leistungserbringer wird verpflichtet:
a) - c) (...);
d) an den jährlichen Mitarbeitergesprächen mit den Fachvorgesetzten im kantonalen Dienst teilzunehmen;
e) die Weisungen der kantonalen Dienststelle im Interesse notwendiger Standardisierung in fachlichen und fachbezogen-administrativen Angelegenheiten, welche die Gesamtheit des kantonalen Dienstes und dessen schulpsychologische Arbeit im Kanton betreffen, zu befolgen.
f) (...)

8. Bericht

(...)

9. Dauer der Vereinbarung und Kündigungsfrist

(...)

10. In-Kraft-Treten

(...).
5.2
5.2.1 Charakteristisch für eine unselbständige Erwerbstätigkeit ist die Einordnung, das Eingebundensein in die betriebliche Organisation des «Arbeitgebers» oder «Auftraggebers» und die daraus sich ergebende Weisungsgebundenheit des «Arbeitnehmers» (BGE 123 V 161 E. 1 S. 183; BGE 122 V 169 E. 3a S. 171). Dies gilt grundsätzlich auch bei Tätigkeiten für das Gemeinwesen (Greber/Duc/Scartazzini, Commentaire des article 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants [LAVS], S. 191 f. Rz 149 und Hanspeter Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl., S. 134 Rz 4.67, je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Urteil H 28/03 vom 20. Dezember 2004 E. 6.1). Das kantonale Gericht verweist insoweit richtig auf das Urteil H 5/00 vom 13. Juli 2001 (AHI 2001 S. 256), in welchen das damalige Eidgenössische Versicherungsgericht die zu den staatlichen Aufgaben zu zählende Tätigkeit als Dolmetscherin und Übersetzerin für Bezirksgerichte, Bezirksanwaltschaften, die Kantonspolizei und andere kantonale Amtsstellen im Kanton Zürich als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifizierte (vgl. auch Urteile H 270/02 vom 11. Dezember 2003 [von einer Gemeinde entschädigter Lebensmittelkontrolleur]und H 296/92 vom
24. November 1993 [Supervisionstätigkeit eines hauptberuflich selbständigen Psychologen für die Psychiatriekliniken eines Kantons]sowie ZAK 1987 S. 357 [schulzahnärztliche Reihenuntersuchungen durch einen Zahnarzt], BGE 98 V 230 [nebenamtliche Vormundschaftstätigkeit], ZAK 1970 S. 469 [Friedhofsgärtner und Totengräber einer Gemeinde], EVGE 1967 S. 228 [staatlich bestellter Fleischschauer]).
5.2.2
5.2.2.1 In BGE 98 V 230 hat das Eidgenössische Versicherungsgericht jedoch in Präzisierung der Rechtsprechung auch entschieden, dass die Ausübung einer Funktion der öffentlichen Verwaltung nicht an sich schon unselbständige Tätigkeit ist. U.a. hat es später die Tätigkeit von Rechtsanwälten als amtlicher Verteidiger im Kanton Luzern als selbständige Erwerbstätigkeit eingestuft (nicht veröffentlichtes Urteil H 124/96 vom 11. Oktober 1996). Ebenfalls hat es die Tätigkeiten eines von einer Gemeinde beigezogenen Geographen/Ökologen als selbständige Tätigkeit qualifiziert (Urteil H 381/99 vom 26. September 2001), ferner einer freiberuflichen Logopädin (Urteil H 195/05 vom 19. Oktober 2006), schliesslich von Schulzahnärzten, dies stets unter Berücksichtigung der konkreten Rechts- und Sachlage im Einzelfall (Urteil H 122/05 vom 21. März 2006).
5.2.2.2 Im Urteil H 221/99 vom 20. November 2000 hatte das Eidgenössische Versicherungsgericht das Beitragsstatut des Kaminfegermeisters C. in Bezug auf seine Tätigkeit als Feuerungskontrolleur der Gemeinde zu beurteilen. In seinen rechtlichen Erwägungen wies das Gericht zunächst auf das nicht veröffentlichte Urteil H 209/84 in Sachen K. vom 17. Februar 1986 hin. In diesem Entscheid hatte es die Tätigkeit eines Ölfeuerungskontrolleurs als selbständige Erwerbstätigkeit eingestuft. Massgebend hiefür war, dass K. in Ausübung seiner hauptberuflichen Tätigkeit dem Gemeinwesen als gleichwertiger Partner gegenübertrat, das wirtschaftliche Risiko übernahm und die persönliche Arbeitsleistung im Hintergrund stand. Das Eidgenössische Versicherungsgericht entschied auch im Falle von C. gleich. Es erwog, C. stehe dem Gemeinwesen im Zusammenhang mit der Durchführung der Feuerungskontrolle als gleichwertiger Partner gegenüber und führe den ihm erteilten Auftrag in vollständiger arbeitsorganisatorischer Unabhängigkeit von der Gemeinde durch. Zwar werde ihm für jede Kontrolle eine Pauschalentschädigung von Fr. 50.- ausgerichtet. In dieser Beziehung trage C. kein Inkassorisiko. Es bestehe aber insoweit ein wirtschaftliches Risiko, als er die
Durchführung seiner Aufgabe und den Einsatz seiner Mitarbeiter so planen müsse, dass die ihm selber entstehenden Kosten durch diese Pauschalentschädigungen gedeckt seien. Weiter stehe der persönliche Arbeitseinsatz von C. im Hintergrund, da er ohne weiteres berechtigt sei, eigene Angestellte mit dieser Aufgabe zu betrauen (E. 5c).
5.2.2.3 Die von der Gemeindeversammlung X._____ am 22. Juni 2004 beschlossene Leistungsvereinbarung bildet die Grundlage für den Vollzug der öffentlichen Aufgabe der Sicherstellung und Gewährleistung der schulpsychologischen Versorgung im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben durch einen selbständigen Psy-

chologen. Dieser tritt dem Gemeinwesen im Rahmen seiner Tätigkeit als Schulpsychologe Dienst als Partner gegenüber, wie Ziff. 1 der Vereinbarung ausdrücklich festhält. Die schulpsychologische Versorgung als eine Dienstleistung des Gemeinwesens wird gewissermassen ausgelagert. Die in Ziff 3.2 der Leistungsvereinbarung betonte selbständige Führung des gemeindeeigenen SPD umfasst auch das Recht des Leistungserbringers, zur Erfüllung der Aufgabe Mitarbeiter, u.a. andere Psychologen, beizuziehen. Er ist somit nicht in jedem Fall zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet. Der Beschwerdeführer hat denn auch mehrere Angestellte, u.a. drei Psychologen, und er verfügt über eigene Praxisräumlichkeiten ausserhalb der Schule. Es fallen somit laufende Lohn- und Infrastrukturkosten an, deren Bezahlung laut Ziff. 5.1 lit. c der Leistungsvereinbarung Sache des Beschwerdeführers ist. Die Organisation des SPD und dessen Funktionieren liegen somit
in seiner alleinigen Verantwortung. Dabei kommt der Tätigkeit des so verselbständigten Schulpsychologischen Dienstes auch gewerblicher Charakter zu. Daran ändert die Entgeltung der Leistungen durch die Einwohnergemeinde nichts, zumal dessen Inanspruchnahme insbesondere durch die Schülerinnen und Schüler resp. deren Eltern freiwillig ist. Im Weitern bleibt der SPD zwar Teil der kommunalen Verwaltung und die Aufsichts- und Kontrollpflichten sowie Befugnisse der zuständigen Dienststellen und Ämter des Kantons gelten nach wie vor. Indessen ist diese Einbindung in die öffentliche Verwaltung beitragsrechtlich weniger ausgeprägt, als von der Vorinstanz angenommen. So stellt das in Ziff. 7 lit. d der Leistungsvereinbarung erwähnte Mitarbeitergespräch kein Führungs- und Kontrollinstrument, etwa zur Motivation oder Formulierung von Leistungszielen, dar. Vielmehr hat es in erster Linie eine fachbezogen-administrative Bedeutung im Sinne der Weisungen der kantonalen Dienststelle nach Ziff. 7 lit. e. Schliesslich vermögen allgemein die vom Gesetzmässigkeitsprinzip diktierten bildungs- und finanzpolitischen Rahmenbedingungen des Schulpsychologischen Dienstes nichts am selbständigen Charakter der Tätigkeit als Schulpsychologe der
Einwohnergemeinde X._____ zu ändern. Auf der Entschädigung für die vom Beschwerdeführer am 10. August 2005 in Rechnung gestellten Stunden sind somit zu Unrecht paritätische Beiträge erhoben worden.
6.
Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten der Ausgleichskasse aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 135 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, vom 28. Juni 2006 und der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse Basel-Landschaft vom 29. Dezember 2005 aufgehoben.
2.
Die Gerichtskosten von Fr. 600.- werden der Ausgleichskasse Basel-Landschaft auferlegt. Der vom Beschwerdeführer geleistete Kostenvorschuss in dieser Höhe wird ihm zurückerstattet.
3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, dem Bundesamt für Sozialversicherungen und der Einwohnergemeinde X._____ zugestellt.
Luzern, 21. Mai 2007

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: