Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
9C 219/2009

Urteil vom 21. August 2009
II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter U. Meyer, Präsident,
Bundesrichter Borella, Kernen, Seiler,
Bundesrichterin Pfiffner Rauber,
Gerichtsschreiber Fessler.

Parteien
Firma G._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Hardy Landolt,
Beschwerdeführer,

gegen

Ausgleichskasse Schwyz,
Rubiswilstrasse 8, 6438 Ibach,
Beschwerdegegnerin,

B._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. René Hegner.

Gegenstand
Alters- und Hinterlassenenversicherung
(Beitragspflicht, Abgrenzung selbständige und unselbständige Erwerbstätigkeit),

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 29. Januar 2009.

Sachverhalt:

A.
Mit Einspracheentscheid vom 11. Juli 2008 verpflichtete die Ausgleichskasse Schwyz - in Bestätigung ihrer Verfügungen vom 28. Dezember 2004 und 11. Januar 2005 - die Firma G._____ zur Bezahlung von bundes- und kantonalrechtlichen Sozialversicherungsbeiträgen auf den 19.. und 20.. an B._____ ausgerichteten Entgelten für seine Tätigkeit als Autoverkäufer in der Höhe von Fr. 7'343.75 (19..) und Fr. 13'545.45 (20..).

B.
Die Beschwerde der Firma G._____ wies das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz mit Entscheid vom 29. Januar 2009 ab.

C.
Die Firma G._____ lässt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiär Verfassungsbeschwerde führen mit den Rechtsbegehren, der Entscheid vom 29. Januar 2009 sei aufzuheben, eventualiter die Sache im Sinne der Erwägungen an das kantonale Verwaltungsgericht zurückzuweisen. In einer eigenen

Eingabe äussert sich auch der Firmeninhaber selber zur Sache.
Die Ausgleichskasse schliesst auf Abweisung der Beschwerde, desgleichen B._____, soweit darauf einzutreten ist, während das kantonale Gericht keinen Antrag stellt. Das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
1.1 Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist zulässig (Art. 82 lit. a BGG). Mit ihr können auch eine willkürliche Rechtsanwendung oder Sachverhaltsfeststellung oder andere Verfassungsverletzungen gerügt werden (Art. 95 lit. a BGG). Für die gleichzeitig erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde bleibt kein Raum (Art. 113 BGG) und es ist darauf nicht einzutreten.

1.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil - von hier nicht interessierenden Ausnahmen abgesehen - den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat. Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz von Amtes wegen oder auf Rüge hin (Art. 97 Abs. 1 BGG) berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Artikel 95 beruht (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG). Die konkrete Beweiswürdigung ist wie die darauf beruhende Sachverhaltsfeststellung ebenfalls nur unter diesem eingeschränkten Blickwinkel überprüfbar (Urteil 9C 454/2009 vom 3. April 2009 E. 1.2 mit Hinweisen).

Die Beweiswürdigung durch das kantonale Gericht verletzt Bundesrecht, namentlich wenn es den Sinn und die Tragweite eines Beweismittels offensichtlich falsch eingeschätzt, ohne sachlichen Grund ein wichtiges und für den Ausgang des Verfahrens entscheidendes Beweismittel nicht beachtet oder aus den abgenommenen Beweisen unhaltbare Schlüsse gezogen hat (BGE 129 I 8 E. 2.1 S. 9; Urteil 9C 214/2009 vom 11. Mai 2009 E. 3.1 mit Hinweisen).

1.3 Neue Tatsachen und Beweismittel dürfen nur soweit vorgebracht werden, als erst der Entscheid der Vorinstanz dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG). Dies ist dann der Fall, wenn eine bereits bei Erlass des angefochtenen Entscheids bestandene Tatsache erst durch den vorinstanzlichen Entscheid rechtswesentlich wird (Hansjörg Seiler und andere, Bundesgerichtsgesetz [BGG], 2007, N. 3 und 6 zu Art. 99 BGG). Inwiefern diese Voraussetzung gegeben ist und das neue Vorbringen nicht bereits im vorinstanzlichen Verfahren eingebracht werden konnte und musste, ist näher darzulegen (Urteil 4A 223/2007 vom 30. August 2007 E. 3.2. in fine; Urteil 9C 157/2009 vom 3. Juli 2009 E. 1.2).

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 AHVG sowie Art. 6 ff. AHVV). Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht auf Grund 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 und/oder arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zu Tage treten, muss
sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 123 V 161 E. 1 S. 162 f., 122 V 169 E. 3a 171, je mit Hinweisen; SVR 2007 AHV Nr. 12, H 102/06 E. 6.2).

3.
Das kantonale Gericht hat wie schon die Ausgleichskasse die gesamten Umstände dahingehend gewürdigt, die für unselbständige Erwerbstätigkeit sprechenden Merkmale überwögen. Besonders ins Gewicht falle, dass der

Beigeladene hinsichtlich der fraglichen Tätigkeit als Autoverkäufer keinerlei unternehmerische Risiken zu tragen gehabt habe. Weder habe er Kosten bezahlen noch Investitionen tätigen müssen. Im Gegenteil habe er die Infrastruktur der Firma (Ausstellungsraum, Computer, Telefon, Fax etc.) kostenlos nützen können. Zudem sei ihm ungeachtet der Anzahl verkaufter Fahrzeuge monatlich eine Entschädigung von rund Fr. 7'500.- ausbezahlt worden. An der Qualifikation unselbständiger Erwerbstätigkeit vermöchten die Vorbringen in der Beschwerde nichts zu ändern.

4.
Die Beschwerdeführerin rügt eine offensichtlich unrichtige bzw. willkürliche Sachverhaltsfeststellung und Beweiswürdigung durch das kantonale Gericht.

4.1 Das kantonale Gericht hat dargelegt, welche Umstände für den unselbständigen und welche für den selbständigen Charakter der Tätigkeit des Beigeladenen als Autoverkäufer für die Beschwerdeführerin 19.. und 20.. sprechen. Soweit die Beschwerdeführerin ohne nähere Begründung diese Umstände anders gewichtet und daraus andere Schlüsse zieht, vermag sie keine Verletzung von Bundesrecht, insbesondere keine unhaltbare Beweiswürdigung durch die Vorinstanz darzutun. Dasselbe gilt auch in Bezug auf die Ausführungen in der Eingabe des Firmeninhabers.

4.2 In der Beschwerde wird erstmals vorgebracht, der Inhaber der am Recht stehenden Firma sei seit .... 1999 invalid und beziehe eine halbe Invalidenrente. Er sei daher Anfang 1999 gesundheitsbedingt vor die Alternative gestellt worden, entweder das Geschäft zu verkaufen, einen Arbeitnehmer anzustellen oder einen auf eigene Rechnung tätigen Vermittler beizuziehen, wie das im Autogeschäft üblich sei. Der Beigeladene habe sich für die Vermittlungslösung interessiert, nicht zuletzt deshalb, weil er nach dem .... erlittenen Konkurs weiter selbständig erwerbend habe sein wollen. Der Firmeninhaber führt in seiner Eingabe aus, der Beigeladene habe Abbruchautos und Eintauschfahrzeuge verkauft sowie auf Garantierbeiten und Rädern, die den Kunden unentgeltlich überlassen worden seien, Quittungen ausgestellt und den Erlös in den eigenen Sack gesteckt. Die Zulässigkeit der neuen Vorbringen, soweit sie überhaupt von Relevanz sind und nicht nur für selbständige, sondern auch für unselbständige Erwerbstätigkeit sprechen, wird damit begründet, sie seien notwendig, um die Unrichtigkeit der vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellung zu beweisen. Dies genügt indessen nicht um darzutun, inwiefern die neu geltend gemachten Tatsachen erst durch den
vorinstanzlichen Entscheid rechtswesentlich geworden sind (E. 1.3). Die neuen Vorbringen sind somit unzulässig und haben unbeachtet zu bleiben.

4.3 Die Vorinstanz ist nicht von einem unzutreffenden Begriff des spezifischen Unternehmerrisikos ausgegangen. Dieses besteht darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Selbständigerwerbende oder der Arbeitgeber selber zu tragen hat (BGE 122 V 169 E. 3b S. 172; Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 77/04 vom 19. Mai 2005 E. 4.2). Solche Kosten sind dem Beigeladenen nicht entstanden. Entscheidend ist, dass die Vorinstanz verbindlich festgestellt hat, dem Beigeladenen seien unabhängig von der Anzahl verkaufter Autos monatlich stets rund Fr. 7'500.- ausbezahlt worden, was gegen ein Unternehmerrisiko und für unselbständige Erwerbstätigkeit spricht. Wenn die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang vorbringt, jener habe sein Monatseinkommen dirigiert, bleibt sie die Erklärung schuldig, wie und in welchem Sinne.

4.4 Nach unbestrittener Feststellung der Vorinstanz hatte der Beigeladene am .... 1999 eine Einzelfirma gegründet und sich ab .... 1999 als Selbständigerwerbender registrieren lassen. Dabei ging es offenbar ebenfalls um den Verkauf von Autos. Dies allein spricht indessen nicht gegen den unselbständigen Charakter der Tätigkeit für die Beschwerdeführerin. Bei mehreren gleichzeitig ausgeübten Tätigkeiten ist grundsätzlich jede gesondert daraufhin zu prüfen, ob es sich um eine selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit handelt. Selbständigkeit schliesst eine Tätigkeit als Unselbständigerwerbender nicht aus. Selbst Arbeiten für ein und dieselbe Firma können teils selbständiger, teils unselbständiger Natur sein (BGE 122 V 169 E. 3b S. 172; AHI 1995 S. 25, H 29/94 E. 2a). In diesem Sinne kann ein selbständigerwerbender Autoverkäufer - beitragsrechtlich - gleichzeitig in unselbständiger Stellung für eine ebenfalls im Autoverkauf tätige Firma arbeiten. Die Beschwerdeführerin versucht, die Tätigkeit des Beigeladenen für sie als Teil seiner zur selben Zeit selbständig ausgeübten Tätigkeit darzustellen, was ihr indessen nicht gelingt. Unbestrittenermassen arbeitete der Beigeladene in ihrem Namen

und auf ihre Rechnung. Dass dessen
Einzelfirma und die am Recht stehende Firma wirtschaftlich gesehen keine Einheit bildeten, steht ausser Frage.

4.5 Schliesslich ist auf die unbestrittene Tatsache hinzuweisen, dass die SUVA den Beigeladenen mit Bezug auf seine Tätigkeit als Autoverkäufer für die Beschwerdeführerin 19.. und 20.. als Unselbständigerwerbenden eingestuft hat. Der Entscheid des Unfallversicherers ist für die Ausgleichskasse grundsätzlich verbindlich, wie im Einspracheentscheid vom 11. Juli 2008 richtig festgehalten wurde (vgl. Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts H 191/05 vom 30. Juni 2006 E. 2.2). Diese Bindungswirkung besteht zwar für das Gericht nicht, doch soll es in den Entscheid der SUVA nur eingreifen, wenn dieser im Ergebnis fragwürdig ist (BGE 101 V 87 E. 3 S. 90). Von dieser Regel abzuweichen besteht auf Grund des Gesagten kein Anlass.
Der vorinstanzliche Entscheid verletzt Bundesrecht nicht.

5.
Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und dem Beigeladenen eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 2 BGG; BGE 97 V 28 E. 5 in fine S. 32).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten wird abgewiesen.

2.
Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde wird nicht eingetreten.

3.
Die Gerichtskosten von Fr. 1600.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4.
Die Beschwerdeführerin hat den Beigeladenen für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2500.- zu entschädigen.

5.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 21. August 2009

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Meyer Fessler