Eidgenössisches Versicherungsgericht
Tribunale federale delle assicurazioni
Tribunal federal d'assicuranzas

Sozialversicherungsabteilung
des Bundesgerichts

Prozess
{T 7}
H 126/03

Urteil vom 26. Januar 2004
IV. Kammer

Besetzung
Präsident Ferrari, Bundesrichter Meyer und Ursprung; Gerichtsschreiber Fessler

Parteien
S._____, 1959, Beschwerdeführer, vertreten durch Fürsprecher Bruno C. Lenz, Waisenhausplatz 14, 3011 Bern,

gegen

Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber, Schwarztorstrasse 56, 3007 Bern, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Fürsprecher Jean-Louis Scheurer, Insstrasse 23, 3236 Gampelen,

Vorinstanz
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

(Entscheid vom 28. Februar 2003)

Sachverhalt:
A.
S._____ ist Inhaber der Einzelfirma X._____ Immobilien + Versicherungen. In dieser Eigenschaft ist er seit 1994 der Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber als Selbstständigerwerbender angeschlossen. Im Februar/März und August 1996 bezahlte S._____ an K._____ als Entgelt für die Vermittlung von zwei Geschäften Kommissionen von Fr. 1483.25 und Fr. 14'000.-. In jenem Zeitpunkt war K._____ Inhaber der im Bereich Immobilienverwaltung und -vermittlung tätigen Einzelfirma Y._____. Er war der Ausgleichskasse des Kantons Bern als Selbstständigerwerbender angeschlossen. Auf den Zahlungen von S._____ von Fr. 15'483.25 entrichtete er persönliche Beiträge.
Mit Verfügung vom 5. September 2001 erhob die Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber auf den 1996 an K._____ ausbezahlten «Entschädigungen/Lohn» Sozialversicherungsbeiträge. In der eingeforderten Summe von Fr. 2307.15 waren neben einem Verwaltungskostenbeitrag auch Beiträge an die kantonale Familienausgleichskasse enthalten.
B.
Die von S._____ hiegegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit Entscheid vom 28. Februar 2003 ab.
C.
S._____ lässt Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit dem Rechtsbegehren, Gerichtsentscheid und Verwaltungsverfügung seien aufzuheben.
Die Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber beantragt die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. K._____ als Mitbeteiligter am Verfahren lässt auf eine Stellungnahme und einen Antrag zum Rechtsmittel verzichten. Das Bundesamt für Sozialversicherung reicht keine Vernehmlassung ein.

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.
Das am 1. Januar 2003 in Kraft getretene Bundesgesetz vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) ist, wie auch das kantonale Gericht richtig erkannt hat, nicht anwendbar (BGE 129 V 4 Erw. 1.2).
3.
Streitig und zu prüfen ist, ob die im Februar/März und August 1996 an K._____ ausbezahlten Vermittlungskommissionen in der Höhe von insgesamt Fr. 15'483.25 Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit (massgebender Lohn) darstellen. Das kantonale Gericht hat hiezu erwogen, nach Art. 5 Abs. 2 zweiter Satz AHVG und Art. 7 lit. g AHVV umfasse der massgebende Lohn u.a. Provisionen und Kommissionen. Das Eidgenössische Versicherungsgericht habe bisher in konstanter Praxis bei Provisionen auf Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit erkannt. Auch wenn es sich bei den im Februar und August 1996 bezahlten Vermittlungsvergütungen um einmalige Leistungen handle, gälten diese nach dem klaren Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 AHVG als massgebender Lohn. Die ursprüngliche Erfassung der beiden streitigen Provisionen als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit sei zweifellos unrichtig gewesen. Die Korrektur sei mit Blick auf deren Höhe von erheblicher Bedeutung. Darauf könne somit wiedererwägungsweise zurückgekommen werden. Der Argumentation der Vorinstanz kann nicht gefolgt werden. Die fraglichen Zahlungen an K._____ wurden zwar vom Beschwerdeführer als Vermittlungskommissionen bezeichnet (vgl. Schreiben vom 5. März 1999 an die Ausgleichskasse des Kantons Bern). Daraus allein darf indessen nicht geschlossen werden, es handle sich um Provisionen oder Kommissionen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 zweiter Satz AHVG und Art. 7 lit. g AHVV und sie seien daher als massgebender Lohn zu betrachten. Dieser Schluss ist nur zulässig, wenn und soweit Provisionen oder Kommissionen für Tätigkeiten ausgerichtet werden, die in unselbstständiger Stellung verrichtet werden. Solche Entgelte sind auch bei selbstständiger Erwerbstätigkeit üblich wie beispielsweise im Liegenschaftenhandel (nicht veröffentlichtes Urteil B. AG vom 18. Februar 1988 [H 135/87]). Die Qualifikation der Vermittlungskommissionen vom Februar/März und August 1996 setzt somit voraus, dass sie für eine in unselbstständiger Stellung ausgeübte Tätigkeit ausgerichtet wurden.
4.
4.1 Nach der Rechtsprechung zu Art. 5 und 9 AHVG beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbstständige oder unselbstständige 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 unselbstständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt.
Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung eines Erwerbstätigen jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zutage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 123 V 163 Erw. 1; AHI 2001 S. 256 Erw. 2a mit Hinweisen).
Nach der gesetzlichen Konzeption ist jedes Erwerbseinkommen dahin zu prüfen, ob es aus selbstständiger oder unselbstständiger Tätigkeit stammt (BGE 123 V 167 Erw. 4a). Das gilt grundsätzlich selbst dann, wenn die Arbeiten für eine und dieselbe Firma vorgenommen werden (BGE 122 V 172 Erw. 3b in fine).
4.2 Ist über die in Frage stehenden Sozialversicherungsbeiträge bereits formell rechtskräftig verfügt worden, bedarf es für den Wechsel des Beitragsstatuts eines Rückkommenstitels (Wiedererwägung oder prozessuale Revision; BGE 122 V 173 Erw. 4a und b, 121 V 1).
Eine Wiedererwägung setzt u.a. die zweifellose Unrichtigkeit der Verfügung voraus (BGE 126 V 400 Erw. 2b/aa,122 V 173 Erw. 4a). Eine Verfügung über persönliche Beiträge im Besonderen ist als zweifellos unrich-

tig zu bezeichnen, wenn in Bezug auf die in Frage stehende Beschäftigung die Merkmale unselbstständiger diejenigen selbstständiger Erwerbstätigkeit klar überwiegen (vgl. BGE 122 V 177 Erw. 6b sowie AHI 2001 S. 186 f. Erw. 4c).

4.3

4.3.1 Die Verbandsausgleichskasse führte in der vorinstanzlichen Vernehmlassung aus, gemäss Auszug aus der Finanzbuchhaltung von K._____ für die Zeit vom 1. Juni 1995 bis 31. Dezember 1996 stammten sämtliche Honorareinnahmen mit Ausnahme der beiden Provisionen von März und August 1996 in der Höhe von insgesamt Fr. 15'483.25 von der Z._____ AG. Das lege den Schluss nahe, dass K._____ auch hinsichtlich dieser Zahlungen in wirtschaftlicher Abhängigkeit vom Beschwerdeführer gestanden habe und demzufolge eine unselbstständige Vermittlertätigkeit vorliege. Mit Entscheid vom 24. Mai 2000 habe das bernische Verwaltungsgericht rechtskräftig entschieden, die Tätigkeit von K._____ für die Z._____ AG sei als unselbstständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren. Dieses Erkenntnis betreffe zwar, so die Ausgleichskasse in der vorinstanzlichen Eingabe vom 15. Oktober 2002, lediglich die Zeit nach dem 1. Januar 1998. Indessen liessen die Feststellungen des kantonalen Gerichts Rückschlüsse auf das Verhältnis zwischen der Z._____ AG und K._____ für die Jahre 1995 und 1996 zu. Die Vereinbarung vom 12. Dezember 1995 mit dieser Firma, welche K._____ monatlich Fr. 5000.- zusichere, enthalte arbeitsrechtliche Elemente. Sei aber eine gegen die selbstständige Erwerbstätigkeit sprechende wirtschaftliche Abhängigkeit gegenüber der Z._____ AG gegeben, müsse auf Grund der tatsächlichen Gegebenheiten und engen Verbindungen zwischen den drei Beteiligten ebenfalls eine solche Abhängigkeit gegenüber dem Beschwerdeführer bejaht werden.

4.3.2 Gemäss dem erwähnten Entscheid vom 24. Mai 2000 war der Beschwerdeführer im fraglichen Zeitraum 1996 Mehrheitsaktionär der Z._____ AG. K._____ seinerseits war Aktionär und Delegierter. Selbst wenn auf Grund dieser Verhältnisse die im Februar/März und August 1996 vom Beschwerdeführer an K._____ bezahlten Vermittlungskommissionen von Fr. 1483.25 und Fr. 14'000.- der Z._____ AG zugerechnet werden, kann zumindest nicht zweifellos auf massgebenden Lohn geschlossen werden. Wie auch im angefochtenen Entscheid richtig festgehalten wird, ist jedes Erwerbseinkommen gesondert auf seinen beitragsrechtlichen Charakter hin zu überprüfen, «dies sogar dann, wenn die verschiedenen Erwerbstätigkeiten in ein und derselben Firma ausgeübt werden». Eine gesonderte Beurteilung der fraglichen Vermittlungskommissionen drängte sich umso mehr auf, als es sich um einmalige Leistungen handelt. Gemäss den Vorbringen in der Beschwerde ging es um völlig unterschiedliche Geschäfte, im einen Fall um die Vermittlung einer Versicherung, im anderen Fall um die Vermittlung einer Liegenschaft. Es kommt dazu, dass die Beträge von Fr. 1483.25 und Fr. 14'000.- beträchtlich von den vertraglich vereinbarten regelmässigen Honorarzahlungen von monatlich Fr. 5000.- der Z._____ AG an K._____ abweichen. Unter diesen Umständen kann die frühere Erfassung der Fr. 15'483.25 als verabgabtes Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit nicht als zweifellos unrichtig bezeichnet werden. Das führt zur Aufhebung der Nachzahlungsverfügung und des sie bestätigenden angefochtenen Entscheides, soweit sie bundesrechtliche Sozialversicherungsbeiträge betreffen.

5.

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). Die Verwaltung hat überdies dem Beschwerdeführer eine u.a. nach dem Vertretungsaufwand bemessene Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 159 OG sowie Art. 2 Abs. 1 des Tarifs über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht und Art. 160 OG).

K._____ als Mitbeteiligter am Verfahren hat weder eine Stellungnahme abgeben noch einen Antrag zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde stellen lassen. Von der Zusprechung einer Parteientschädigung ist daher abzusehen.

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

1.

In Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde werden der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 28. Februar 2003 und die Verfügung vom 5. September 2001 aufgehoben, soweit sie bundesrechtliche Sozialversicherungsbeiträge betreffen. Im Übrigen wird auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht eingetreten.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 600.- werden der Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber auferlegt.
3.
Dem Beschwerdeführer wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 600.- rückerstattet.
4.
Die Ausgleichskasse Berner Arbeitgeber hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung (einschliesslich Mehrwertsteuer) von Fr. 1000.- zu bezahlen.
5.
Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden.
6.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, der Ausgleichskasse des Kantons Bern, dem Bundesamt für Sozialversicherung und K._____ zugestellt.
Luzern, 26. Januar 2004

Im Namen des Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der IV. Kammer: Der Gerichtsschreiber: