



|                           |                                              |
|---------------------------|----------------------------------------------|
| <b>Fall-Nr.:</b>          | AHV 2010/22                                  |
| <b>Stelle:</b>            | Versicherungsgericht                         |
| <b>Rubrik:</b>            | AHV - Alters- und Hinterlassenenversicherung |
| <b>Publikationsdatum:</b> | 23.08.2019                                   |
| <b>Entscheiddatum:</b>    | 14.02.2011                                   |

### Entscheid Versicherungsgericht, 14.02.2011

**Art. 5 Abs. 2 und 9 AHVG: Sozialversicherungsrechtliche Stellung eines freien Mitarbeiters im Bereich kaufmännischer Dienstleistungen (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. Februar 2011, AHV 2010/22). Vizepräsidentin Marie-Theres Rüegg Haltinner, Versicherungsrichterin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichter Martin Rutishauser; Gerichtsschreiber Marcel Kuhn Entscheid vom 14. Februar 2011 in Sachen S.\_\_\_, Beschwerdeführer, gegen Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen, Brauerstrasse 54, Postfach, 9016 St. Gallen, Beschwerdegegnerin, betreffend Beitragsstatut (sozialversicherungsrechtliche Stellung)**  
**Sachverhalt:**

A.

A.a S.\_\_\_ beantragte am 5. März 2010 bei der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Ausgleichskasse des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Ausgleichskasse), die Erfassung als Selbstständigerwerbender mit der Einzelfirma A.\_\_\_ (Erwerbsaufnahme 1. März 2010). Im entsprechenden Fragebogen "Abklärung der Beitragspflicht für Selbstständigerwerbende" beschrieb er seine selbstständige Tätigkeit mit kaufmännischen Dienstleistungen und Vermittlung von Immobilien (act. G 3.1/1). Mit Schreiben vom 12. April 2010 teilte die Ausgleichskasse mit, dass die eingereichten Unterlagen mehrheitlich gegen eine selbstständigerwerbende Tätigkeit sprechen würden. Für die im Fragebogen angegebenen Tätigkeiten gelte er somit als Unselbstständigerwerbender (act. G 3.1/2). Mit E-Mail vom 20. April 2010 ersuchte S.\_\_\_ um Prüfung eines Muster-Vertrages (act. G 3.1/4). Mit E-Mail vom 26. April 2010 teilte die Ausgleichskasse mit, dass er mit dem eingereichten Mustervertrag als Selbstständigerwerbender gelten würde. Am 27. April 2010 ersuchte sie um Zustellung unterzeichneter Verträge. Am 28. April 2010 reichte S.\_\_\_ der Ausgleichskasse eine



Mandats-Vereinbarung mit der B.\_\_\_\_ und eine Rechnung an die B.\_\_\_\_ ein (act. G 3.1/5). Mit E-Mail vom 10. Mai 2010 erkundigte sich S.\_\_\_\_, wann nun seine Selbstständigkeit bestätigt werde. Den Vertrag mit der B.\_\_\_\_ habe er längst eingereicht. Inzwischen sei er von der C.\_\_\_\_ auf Abruf angestellt worden (act. G 3.1/3). Am 16. Mai 2010 legte S.\_\_\_\_ der Ausgleichskasse eine Offerte an die D.\_\_\_\_ vor (act. G 3.1/6 Beilage). Die Ausgleichskasse führte im Schreiben vom 17. Mai 2010 aus, dass der Vertrag mit der B.\_\_\_\_ mehrheitlich gegen eine selbstständigerwerbende Tätigkeit sprechen würde (act. G 3.1/7). Mit E-Mail vom 21. Mai 2010 verlangte S.\_\_\_\_ eine einsprachefähige Verfügung (act. G 3.1/6).

A.b Mit Verfügung vom 28. Mai 2010 teilte die Ausgleichskasse S.\_\_\_\_ mit, dass er als Unselbstständigerwerbender zu betrachten sei. Die Kriterien des Vertrags mit der B.\_\_\_\_ würden mehrheitlich gegen eine selbstständige Tätigkeit sprechen. Insbesondere trete er bei der Rechnungsstellung an die B.\_\_\_\_ als freier Mitarbeiter der C.\_\_\_\_ auf, welche ihn laut eigenen Angaben inzwischen als Arbeitnehmer beschäftige. Zudem sei die Anzahl seiner Auftraggeber zu gering, um von einem selbstständigen Erwerb ausgehen zu können (act. G 3.1/8).

A.c Gegen diese Verfügung erhob S.\_\_\_\_ am 31. Mai 2010 Einsprache und machte im Wesentlichen geltend, der Vertrag mit der B.\_\_\_\_ sei von der Ausgleichskasse geprüft und es sei ihm bestätigt worden, dass er den Anforderungen genüge. Sodann sei nicht zu belegen, dass die Anzahl der Arbeitgeber zu klein sei, um als Selbstständigerwerbender zu gelten. Ausserdem arbeite er neben der Bürotätigkeit als Kunstmaler (act. G 3.1/9).

A.d Mit Einspracheentscheid vom 3. August 2010 wies die Ausgleichskasse die Einsprache ab. S.\_\_\_\_ erfülle mit seinem Tätigwerden für die C.\_\_\_\_ sowie die E.\_\_\_\_ nicht die Kriterien für eine selbstständige Erwerbstätigkeit. In beiden Verträgen sei eine Kündigungsfrist vorgesehen und S.\_\_\_\_ wäre offenbar jeweils an die Weisungen der Auftraggeber gebunden. Ausserdem unterstehe er der Geheimhaltungspflicht und es gelte ein Konkurrenzverbot. Er sei verpflichtet, die ihm übertragenen Aufgaben höchstpersönlich auszuführen. Ein wirtschaftliches Risiko sei nicht gegeben. Selbst wenn er für mehrere Arbeitgeber tätig wäre, könnte er nicht als Selbstständigerwerbender gelten. Bei der Tätigkeit als Kunstmaler handle es sich um einen unabhängigen Betriebszweig, weshalb diese Tätigkeit separat zu prüfen wäre.



Aufgrund fehlender Unterlagen habe diese Prüfung nicht vorgenommen werden können (act. G 3.1/12).

B.

B.a Gegen diesen Einspracheentscheid richtet sich die von S.\_\_\_\_ eingereichte Beschwerde vom 29. August 2010 (Postaufgabe: 30. August 2010) mit den sinngemässen Anträgen, es sei ihm der Status als Selbstständigerwerbender zuzugestehen und es sei ihm eine Aufwandentschädigung entsprechend den zeitlichen Aufwendungen für diesen Fall sowie Schadenersatz für entgangene Aufträge auszurichten; unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdegegnerin. Auf die Begründung der Beschwerde wird - soweit entscheidwesentlich - in den folgenden Erwägungen eingegangen. Als Beilage zur Beschwerde reichte der Beschwerdeführer Offerten für Versicherungsleistungen ein (act. G 1).

B.b Mit Schreiben vom 15. September 2010 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde und verweist zur Begründung auf die Erwägungen im Einspracheentscheid vom 3. August 2010 (act. G 3).

B.c Der Beschwerdeführer hat auf Akteneinsicht und eine weitere Stellungnahme verzichtet (act. G 5).

B.d Das Gericht hat bei der Beschwerdegegnerin den in den Akten angeführten Mustervertrag einverlangt (act. G 6). Hierzu reichte der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 11. Januar 2011 eine Stellungnahme ein und wiederholte, wegen der nicht anerkannten Stellung als Selbstständigerwerbender Aufträge nicht erhalten zu haben, weshalb er finanzielle Ersatzansprüche stelle (act. G 8).

### **Erwägungen:**

1.

Der Beschwerdeführer hat sich bei der Ausgleichskasse für den Erwerbszweig kaufmännische Dienstleistungen als Selbstständigerwerbender angemeldet. Zu prüfen gilt es somit, ob die Beschwerdegegnerin für diesen Betriebszweig im angefochtenen Einspracheentscheid zu Recht von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit



ausgegangen ist. Nicht zu prüfen ist demnach die sozialversicherungsrechtliche Stellung für die Tätigkeit als Kunstmaler, da diese Arbeit einen eigenen Erwerbszweig darstellt und die Beschwerdegegnerin hierzu mangels Vorliegen einer Anmeldung nicht Stellung genommen hat. Ebenso wenig bildet Gegenstand des vorliegenden Verfahrens der vom Beschwerdeführer in der Beschwerde erhobene Anspruch auf Schadenersatz für entgangene Aufträge infolge der nicht erfolgten Anerkennung der selbstständigen Tätigkeit. Insoweit kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

2.

2.1 Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht Erwerbstätiger richtet sich unter anderem danach, ob das in einem bestimmten Zeitraum erzielte Erwerbseinkommen als solches aus selbstständiger oder aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist (Art. 5 und 9 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10] sowie Art. 6 ff. der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]). Nach Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit; als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit gilt nach Art. 9 Abs. 1 AHVG jedes Einkommen, das nicht Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt.

2.2 Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht aufgrund 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 122 V 281 E. 2 a; BGE 119 V 162 E. 2; BGE 110 V 72 E. 4a je mit Hinweisen).

### 2.3 Das wirtschaftliche bzw. arbeitsorganisatorische Abhängigkeitsverhältnis

Unselbstständigerwerbender kommt namentlich zum Ausdruck beim Vorhandensein eines Weisungsrechts, eines Unterordnungsverhältnisses, der Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung, eines Konkurrenzverbots und einer Präsenzpflcht. Als Merkmale für das Bestehen eines Unternehmerrisikos gelten erhebliche Investitionen, Verlusttragung, Inkasso- und Delkredererisiko, Unkostentragung, Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung, Beschaffung von Aufträgen, Beschäftigung von Personal und eigene Geschäftsräumlichkeiten (vgl. Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherung über den massgebenden Lohn (WML) in der AHV, IV und EO, Stand 1. Januar 2010, Rz 1013 ff.).

## 3.

3.1 Mit dem Fragebogen an die Beschwerdegegnerin zur Abklärung der Beitragspflicht für Selbstständigerwerbende reichte der Beschwerdeführer zusätzlich einen "Freelance-Vertrag" mit der E.\_\_\_\_ sowie eine Vereinbarung mit der C.\_\_\_\_ ein (act. G 3.1/1). Am 28. April 2010 reichte der Beschwerdeführer zudem eine Mandats-Vereinbarung mit der B.\_\_\_\_ ein (act. G 3.1/5). Die sozialversicherungsrechtliche Stellung des Beschwerdeführers gilt es somit anhand der konkreten Vereinbarungen festzulegen. Im Übrigen ergab eine Nachfrage bei den Parteien, dass es sich bei dem in den Akten erwähnten und von der SVA "genehmigten" Mustervertrag um dieselbe Mandats-Vereinbarung handelt, die auch mit der B.\_\_\_\_ abgeschlossen worden war. Der Umstand, dass die Sachbearbeiterin der Beschwerdegegnerin dem Beschwerdeführer am 26. April 2010 per E-Mail mitteilte, er gelte mit diesen Verträgen als Selbstständigerwerbender, in der Verfügung vom 28. Mai 2010 allerdings festgehalten wurde, der Vertrag mit der B.\_\_\_\_ spreche mehrheitlich gegen eine selbstständige Erwerbstätigkeit, mag für den Beschwerdeführer verständlicherweise widersprüchlich und nur schwer nachvollziehbar sein. Allerdings kann vorliegend nicht ausschliesslich auf diese Auskunft der Beschwerdegegnerin abgestellt werden, vielmehr gilt es gesamthaft, unter Berücksichtigung sämtlicher Vereinbarungen, den sozialversicherungsrechtlichen Status des Beschwerdeführers zu ermitteln.



3.2 In seinem Schreiben an potenzielle Kunden führt der Beschwerdeführer aus, dass er zur Überbrückung kurzfristiger personeller Engpässe im kaufmännischen und administrativen Bereich einspringe. Die Buchung seiner Arbeitskraft erfolge als Freelancer auf Stundenbasis oder pauschal für ein bestimmtes Projekt (act. G 3.1/1). Die Arbeitsform als Freelancer/freier Mitarbeiter ergibt sich auch aus den vorliegenden Vertragsverhältnissen. In der Vereinbarung mit der C.\_\_\_\_ wurde festgehalten, dass auf den Rechnungen der Vermerk "Einsatz als freier Mitarbeiter von C.\_\_\_\_" anzubringen sei. Mit der E.\_\_\_\_ wurde explizit ein "Freelance-Vertrag" abgeschlossen und aus der Rechnungsstellung an die B.\_\_\_\_ ergibt sich, dass der Beschwerdeführer als freier Mitarbeiter der C.\_\_\_\_ tätig war. Der sozialversicherungsrechtliche Status des Beschwerdeführers hat sich somit anhand der Arbeitsform eines Freelancers/freien Mitarbeiters im Erwerbszweig kaufmännische Dienstleistungen zu bestimmen.

3.3 In der Literatur wird diesbezüglich ausgeführt, dass der Begriff des freien Mitarbeiters schwer zu fassen sei. Aufgrund der bestehenden Rechtsprechung seien darunter Personen zu verstehen, welche von Unternehmen fallweise zur Lösung besonderer Aufgaben hinzugezogen würden (im Unterschied etwa zu strukturellen Aufgaben eines Unternehmensberaters), ohne ausdrücklich in ein arbeitsvertragliches Verhältnis zu treten. Man könne dabei, weil sich solche Verhältnisse hauptsächlich im Dienstleistungsbereich beobachten lassen würden, geradezu von "Dienstleistungsakkordanten" sprechen. Wie die Akkordanten würden die freien Mitarbeiter nur selten ein spezifisches Unternehmerrisiko tragen und seien - durch die Art ihrer Tätigkeit - ebenso häufig arbeitsorganisatorisch in die Abläufe und die Organisationsstruktur der Unternehmung eingebunden, wenn auch weniger deutlich als die übrigen Angestellten (Hanspeter Käser, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl. 1996, Rz 4.65). Freie EDV-Mitarbeiter würden i.d.R. als unselbstständigerwerbend gelten (Ueli Kieser, Alters- und Hinterlassenenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. XIV Soziale Sicherheit, Hrsg. Ulrich Meyer, 2. Aufl. 2007, Rz 100, mit Hinweis auf AHI-Praxis 1996, S. 123ff.).

3.4 Bei der zu beurteilenden sozialversicherungsrechtlichen Stellung des Beschwerdeführers sind zweifellos sowohl Kriterien einer selbstständigen wie auch einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit auszumachen. Wie die folgenden Ausführungen zeigen werden, überwiegen die Merkmale einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit.



3.5 Die vorliegenden Vereinbarungen belegen ein wirtschaftliches bzw. arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsverhältnis des Beschwerdeführers zu seinen Vertragspartnern, indem er an deren Weisungen gebunden ist. Bei der Vereinbarung mit der C.\_\_\_\_ ergeben sich die Leistungspflichten ausdrücklich aus dem Punkt 3 der Vereinbarung. Auch aus der Definition des Vertragsgebiets (Punkt 4) ist klar ersichtlich, dass sich der Beschwerdeführer an die Vorgaben der C.\_\_\_\_ halten muss und dabei stark in die gesamte Struktur des Unternehmens eingebunden ist. Im "Freelance-Vertrag" mit der E.\_\_\_\_ wurde explizit festgehalten, dass sich der Beschwerdeführer bei der Ausführung seiner Tätigkeiten an die Weisungen der Instruktionperson zu halten habe. Sodann ist er vertragsgemäss verantwortlich für eine weisungsgemässe und sorgfältige Ausführung der ihm übertragenen Aufgaben. Ein weiteres Indiz für eine wirtschaftliche Abhängigkeit stellt die Übertragung sämtlicher Rechte an den Arbeitsergebnissen dar, wie sie in Arbeitsverträgen normalerweise üblich ist. Bei der Vereinbarung mit der B.\_\_\_\_ ergibt sich deren Weisungsbefugnis indirekt aus der auszuführenden Tätigkeit. Indem der Beschwerdeführer für das Zustandekommen von Endkunden-Verträgen sowie für die Kundenbetreuung und Kundenzufriedenheit verantwortlich ist, muss sich zwangsläufig ein Weisungsrecht zugunsten der B.\_\_\_\_ ergeben, da es sich um ihre direkten Kunden handelt. Ebenfalls ergibt sich aus der Tätigkeit, dass sich der Beschwerdeführer in die Organisationsstruktur des Unternehmens einbringen muss und in direktem Kontakt mit deren Kunden steht sowie offenbar auch im Namen des Unternehmens aufzutreten hat. Aus dem Weisungsrecht gegenüber dem Beschwerdeführer ergibt sich notwendigerweise auch ein Unterordnungsverhältnis. Der Beschwerdeführer partizipiert in den Verträgen nicht als gleichwertiger Geschäftspartner, sondern nimmt eindeutig die Stellung vergleichbar mit einem Arbeitnehmer ein. Bei sämtlichen vorliegenden Verträgen stellt der Beschwerdeführer den Geschäftspartnern seine Arbeitskraft mit dem Ziel zur Verfügung, neue Kunden für die Unternehmen zu generieren, respektive sich um die Kundenzufriedenheit zu kümmern. Er stellt sich somit vollkommen in den Dienst der jeweiligen Unternehmen, um deren Interessen zu wahren. Dabei hat er zwangsläufig in deren Namen aufzutreten und nicht im Namen seiner Einzelfirma. Im Weiteren ist davon auszugehen, dass er sich auch an einen vom Vertragspartner bestimmten Arbeitsplan zu halten und Rechenschaft über seine Arbeitsergebnisse abzulegen hat. Aufgrund der auszuführenden Tätigkeiten und den vorliegenden Vereinbarungen ergibt sich somit



notwendigerweise ein wirtschaftliches bzw. arbeitsorganisatorisches Abhängigkeitsverhältnis.

3.6 Merkmale für das Bestehen eines Unternehmerrisikos sind vorliegend nicht erkennbar. Da als freier Mitarbeiter im Dienstleistungsbereich naturgemäss kaum Investitionen notwendig sind, kommt in diesem Fall dem Abhängigkeitsverhältnis grössere Bedeutung zu (vgl. WML, a.a.O., Rz 1018). Die Rechnung an die B.\_\_\_\_ vom 28. April 2010 stellte der Beschwerdeführer als freier Mitarbeiter der C.\_\_\_\_. Zwar wurde untenstehend die Bankverbindung des Beschwerdeführers angeführt, nach den obigen Ausführungen bezüglich der auszuführenden Tätigkeiten ist allerdings davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer grundsätzlich im Namen und auf Rechnung des jeweiligen Vertragspartners aufzutreten hat. Ein Verlustrisiko besteht bei den Dienstleistungen des Beschwerdeführers grundsätzlich nicht. Das wirtschaftliche Risiko beschränkt sich lediglich auf die Abhängigkeit vom Umfang der zugewiesenen Arbeit und der Projekte und damit zusammenhängend auf das Ausbleiben von Lohn. Dieser Umstand vermag allerdings für sich alleine noch kein Unternehmerrisiko zu begründen. Auch das vom Beschwerdeführer geltend gemachte Risiko der Zahlungsunfähigkeit eines Auftraggebers stellt noch kein hinreichendes Unternehmerrisiko dar, zumal auch ein Arbeitnehmer dem Risiko der Insolvenz des Arbeitgebers ausgesetzt ist (vgl. WML, a.a.O., Rz 1018, mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

3.7 Zusammenfassend gilt es festzuhalten, dass die Merkmale einer unselbstständigen Tätigkeit überwiegen und die Beschwerdegegnerin den Beschwerdeführer daher zu Recht als Unselbstständigerwerbenden qualifiziert hat. Ein Abweichen von der in der Literatur und Rechtsprechung erkennbaren Tendenz, freie Mitarbeiter als Unselbstständigerwerbende einzustufen, ist vorliegend nicht angezeigt. Obwohl der Beschwerdeführer gewisse auf eine selbstständige Erwerbstätigkeit hindeutende Vorkehren getroffen hat, ist er in die jeweilige Organisationsstruktur der Unternehmen derart stark eingebunden, dass nicht mehr von einer selbstständigen Tätigkeit ausgegangen werden kann. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ergibt sich aus der Wirtschaftsfreiheit kein direkter Anspruch auf Erfassung als Selbstständigerwerbender.

4.



Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann, abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG). Bei diesem Verfahrensausgang fällt eine Entschädigung des Beschwerdeführers für dessen zeitliche Aufwendungen im vorliegenden Verfahren zum vorneherein ausser Betracht.

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP

**entschieden:**

1. Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten wird, abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.