

200 18 236 AHV
SCI/PRN/SEE

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 13. August 2018

Verwaltungsrichter Schwegler
Gerichtsschreiberin Prunner

A. _____ AG
Beschwerdeführer

gegen

Ausgleichskasse Schweizerischer Baumeisterverband, consimo
Sumatrastrasse 15, Postfach 16, 8042 Zürich
Beschwerdegegnerin

B. _____
Stöckli, 3096 Oberbalm
Beigeladener

betreffend Einspracheentscheid vom 22. Februar 2018



Sachverhalt:

A.

Die A._____ AG (Beschwerdeführerin) bezweckt die ... (vgl. www.zefix.ch). Sie ist als beitragspflichtige Arbeitgeberin der Ausgleichskasse Schweizerischer Baumeisterverband, consimo (Ausgleichskasse SBV bzw. Beschwerdegegnerin), angeschlossen (vgl. Akten der Ausgleichskasse SBV, Antwortbeilage [AB] 1).

Aufgrund einer Arbeitgeberkontrolle verfügte die Ausgleichskasse SBV am 12. Mai 2017 für die Kontrollperiode von Januar 2013 bis Dezember 2015 einen nachzuzahlenden Betrag von Fr. 19'857.55 inklusive Verzugszinsen (vgl. AB 18 f.). Die hiergegen mit E-Mail vom 23. Mai 2017 eingereichte Einsprache (AB 26) wies die Ausgleichskasse mit Entscheid vom 22. Februar 2018 ab. Zur Begründung wurde vorgebracht, dass B._____ (Beigeladener) als Akkordant gelte, welcher hinsichtlich seiner Tätigkeit für die A._____ AG als unselbstständig qualifiziert werde (AB 39 - 41).

B.

Hiergegen erhob die A._____ AG mit Eingabe vom 23. März 2018 beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde und beantragte sinngemäss die Aufhebung des Einspracheentscheides vom 22. Februar 2018. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, B._____ betreibe einen Betrieb für ... und habe sich bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern (AKB) als selbstständig Erwerbender angemeldet. Praktisch alle Kriterien (Betriebsorganisation, Betriebsmittel, Material, Direktübernahme von Aufträgen, Auftragswerbung, Garantieleistungen, Versicherungen, Geschäftspapiere) würden auf eine selbstständige Tätigkeit hinweisen.

Mit prozessleitender Verfügung vom 27. März 2018 wurde B._____ zum Verfahren beigeladen. Am 30. April 2018 erfolgte eine Eingabe des Treuhänders des Beigeladenen.

In der Eingabe vom 7. Mai 2018 beantragte die Ausgleichskasse SBV die Abweisung der Beschwerde.

Mit Eingabe vom 12. Mai 2018 teilte der Treuhänder des Beigeladenen auf Anfrage des Gerichts mit, dass er nicht dessen Vertreter sei. Mit prozessleitender Verfügung vom 16. Mai 2018 wurde der Beigeladene aufgefordert, dem Gericht bis zum 6. Juni 2018 mitzuteilen, ob er die Erklärung seines Treuhänders als eigene Eingabe anerkenne. Innert gleicher Frist wurde die Beschwerdegegnerin aufgefordert, ihre Beschwerdeantwort unter Einbezug der AKB zu ergänzen und ihre Akten zum vorliegenden Fall einzureichen.

Im Schreiben vom 31. Mai 2018 bestätigte der Beigeladene, dass das Schreiben seines Treuhänders als seine eigene Eingabe zu betrachten sei.

Am 6. Juni 2018 reichte die Beschwerdegegnerin eine Ergänzung ihrer Beschwerdeantwort samt Akten ein.

Erwägungen:

1.

1.1

1.1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit

(Art. 84 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]) sowie die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) und Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) sind gegeben.

1.1.2 Es bleibt zu prüfen, ob eine gültige Einsprache vorliegt.

Vorliegend wurde die Einsprache mit E-Mail vom 23. Mai 2017 eingereicht (AB 26). Eine per E-Mail erhobene Einsprache gegen eine Verfügung ist mangels der gemäss Art. 10 Abs. 4 Satz 1 ATSV bei schriftlich erhobenen Einsprachen erforderlichen Unterschrift nicht zulässig und auf eine solche kann nicht eingetreten werden (BGE 142 V 152 E. 4.5). Der Formfehler kann jedoch während einer noch laufenden Rechtsmittelfrist korrigiert werden. Die Behörden haben die Betroffenen hierauf aufmerksam zu machen (BGE 142 V 152 E. 4.6). Im vorliegenden Fall erging die Verfügung der Ausgleichskasse SBV am 12. Mai 2017 (AB 18). Die Einsprache wurde bereits am 23. Mai 2017 per E-Mail erhoben (AB 26). Die Beschwerdeführerin wurde von der Beschwerdegegnerin trotz noch länger laufender ordentlicher Rechtsmittelfrist nicht zur Verbesserung aufgefordert. Damit liegt ein Fehlverhalten der Verwaltung vor, das nicht zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgelegt werden darf (BGE 142 V 152 E. 4.6). Vorliegend wäre eine Verbesserung der Eingabe vom 23. Mai 2017 noch längere Zeit möglich gewesen und es spricht nichts dafür, dass die Beschwerdeführerin die Verbesserung nicht rechtzeitig vorgenommen hätte, wenn sie korrekt darauf aufmerksam gemacht worden wäre. Auf die Beschwerde ist damit einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid der Ausgleichskasse SBV vom 22. Februar 2018 (AB 39 - 41). Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin für die Jahre 2013 - 2015 zu Recht AHV/IV/EO-Beiträge in der Höhe von Fr. 19'857.55 nachgefordert hat (AB 18). Zu prüfen ist dabei insbesondere, ob der Beigeladene für seine Tätigkeit zu Gunsten der Beschwerdeführerin als Selbstständig- oder Unselbstständigerwerbender zu betrachten ist

1.3 Der Streitwert liegt unter Fr. 20'000.-- (vgl. E. 1.2 hiervor), weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 Abs. 1 GSOG).

1.4 Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

2.

2.1 Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht Erwerbstätiger richtet sich u.a. danach, ob das in einem bestimmten Zeitraum erzielte Erwerbseinkommen als solches aus selbstständiger oder aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist (Art. 5 und 9 AHVG sowie Art. 6 ff. der Verordnung vom 31. Oktober 1947 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 einer erwerbstätigen Person jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beur-

teilen. 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 161 E. 1 S. 163; SVR 2017 AHV Nr. 7 S. 15 E. 2.1).

2.3 Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal. Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass die versicherte Person unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten des Betriebs zu tragen hat, wie namentlich Unkosten, Verluste, Inkasso- und Delkredererisiko (BGE 122 V 169 E. 3c S. 172; SVR 2009 AHV Nr. 9 S. 34 E. 4.3; AHI 2003 S. 370 E. 3.3).

2.4 Von unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist auszugehen, wenn die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen, d.h. wenn die versicherte Person Dienst auf Zeit zu leisten hat, wirtschaftlich vom "Arbeitgeber" abhängig ist und während der Arbeitszeit auch in dessen Betrieb eingeordnet ist, praktisch also keine andere Erwerbstätigkeit ausüben kann. Indizien dafür sind das Vorliegen eines bestimmten Arbeitsplans, die Notwendigkeit, über den Stand der Arbeiten Bericht zu erstatten, sowie das Angewiesensein auf die Infrastruktur am Arbeitsort. Das wirtschaftliche Risiko der versicherten Person erschöpft sich diesfalls in der (alleinigen) Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg oder, bei einer regelmässig ausgeübten Tätigkeit, darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eintritt, wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist (BGE 122 V 169 E. 3c S. 172).

2.5 Bei Versicherten, die mehrere Tätigkeiten gleichzeitig ausüben, ist jedes Erwerbseinkommen gesondert auf seinen beitragsrechtlichen Charakter zu überprüfen, dies sogar dann, wenn die verschiedenen Erwerbstätigkeiten in ein und demselben Unternehmen ausgeübt werden (BGE 122 V 169 E. 3b S. 172; SVR 2009 AHV Nr. 9 S. 34 E. 4.4). Die Tatsache, dass eine beitragspflichtige Person bereits einer Ausgleichskasse als selbstständigerwerbende angeschlossen ist, hat daher für die Qualifikation eines Entgelts AHV-rechtlich keine Bedeutung. Ebenso wenig vermag umgekehrt die Tatsache, dass eine beitragspflichtige Person bereits mit einer Aus-

gleichskasse als unselbstständige abrechnet, die beitragsrechtliche Qualifikation des Einkommens aus einer weiteren Tätigkeit zu präjudizieren (BGE 123 V 161 E. 4a S. 167).

2.6 Für den Wechsel des Beitragsstatuts in jenen Fällen, wo über die in Frage stehenden Sozialversicherungsbeiträge bereits eine formell rechtskräftige Verfügung vorliegt, bedarf es eines Rückkommenstitels (Wiedererwägung oder prozessuale Revision; SVR 2010 AHV Nr. 12 S. 43 E. 2.4).

3.

3.1 Aufgrund der Akten ist erstellt und von den Parteien denn auch nicht bestritten, dass B._____ als Selbstständigerwerbender im Bereich Landwirtschaft tätig und in diesem Rahmen als Selbstständigerwerbender im Haupterwerb bei der AKB angemeldet ist (vgl. AB 168 sowie Beschwerdebeilage [BB] 1). Ferner ist unbestritten, dass der Beigeladene in den hier massgebenden Jahren von 2013 bis 2015 diverse Arbeiten für die Beschwerdeführerin (im Bereich Bau) geleistet und dafür Entschädigungen erhalten hat (vgl. AB 54 ff.). Streitig und zu prüfen ist, ob der Beigeladene diese Tätigkeiten für die Beschwerdeführerin in seiner Stellung als Selbstständigerwerbender oder als Unselbstständiger ausgeführt hat.

3.2 Die Tatsache, dass eine beitragspflichtige Person bereits einer Ausgleichskasse als selbstständigerwerbende angeschlossen ist, hat – wie dargelegt (vgl. E. 2.5 hiervor) – für die Qualifikation eines Entgelts (aus einer weiteren Tätigkeit) AHV-rechtlich keine Bedeutung. Vielmehr ist jedes Erwerbseinkommen gesondert auf seinen beitragsrechtlichen Charakter zu überprüfen. Die für die A._____ AG ausgeführten Arbeiten fallen nicht in den Bereich Landwirtschaft, für welchen die AKB die Selbstständigkeit anerkannt hat. Dabei ist – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – auch unerheblich, dass die Steuerverwaltung das entsprechende Einkommen aus der Tätigkeit zu Gunsten der A._____ AG offenbar als Erwerb aus selbstständiger Tätigkeit anerkannt hat. Die Ausgleichskasse hat die beitragsrechtliche Qualifikation des Einkommens ohne Bindung an die Steuermeldung aufgrund des AHV-Rechts zu ermitteln (vgl. BGE 141 V 634 E. 2.5 S. 638, 134 V 250 E. 3.3 S. 253, 121 V 80 E. 2c S. 83).

Nicht von entscheidender Bedeutung für die Klärung der sich hier stellenden Frage ist schliesslich, ob der Beigeladene die Arbeiten zu Gunsten der Beschwerdeführerin in der eigenen Buchhaltung abgerechnet hat oder nicht. Selbst wenn er die Arbeiten vollumfänglich und korrekt verbucht und darauf anschliessend als Selbstständigerwerbender Beiträge abgeführt hätte, änderte dies nichts daran, dass die Ausgleichskasse der Beschwerdeführerin die von B. _____ geleisteten Arbeiten frei prüft und im Falle einer unselbstständigerwerbenden Tätigkeit entsprechend Beiträge bei der Arbeitgeberin erhebt. Handelt es sich um eine unselbstständigerwerbende Tätigkeit des Beigeladenen, so kann er die bereits selbst an seine Ausgleichskasse abgeführten Beiträge zurückverlangen, was von der Beschwerdegegnerin denn auch festgehalten wurde (vgl. E. 2.6 hiervor sowie AB 18 und 41).

3.3 Aus den Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin den Auftrag für die hier massgebenden Arbeiten erteilte. Auf ihrer Homepage bezeichnet die A. _____ AG den Beigeladenen als Unterakkordanten. Dies ändert jedoch nichts daran, dass solange sich der Beigeladene bei seiner Arbeit in einem Unternehmen (wie ein Arbeitnehmer) eingliedert, die entsprechende konkrete Tätigkeit eine unselbstständige Erwerbstätigkeit ist. Dies ist soweit die Arbeit für die Beschwerdeführerin betreffend vorliegend der Fall. Der Beigeladene muss keinerlei Akquisition vornehmen. Er wurde nicht in eigenem Namen tätig und trat damit gegenüber den Auftraggebern als Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin auf. Daran ändert nichts, dass er inzwischen offenbar Werbung für seine ...arbeit schaltet (vgl. BB 2). Mit Blick auf die eingesetzten Betriebsmittel blieb der Einsatz von eigenen Geräten des Beigeladenen die Ausnahme. So ist den Rapportlisten des Beigeladenen zu entnehmen, dass bei einem Einkommensvolumen über die hier massgebenden Jahre von insgesamt rund Fr. 135'000.-- lediglich Fr. 2'592.40 für den Einsatz von Maschinen aufgewendet wurden (vgl. AB 54 ff.). Selbst beim Einsatz Winterdienst, welchen die Beschwerdeführerin offenbar aus einem Vertragsverhältnis mit der Einwohnergemeinde ... ausführt, hat der Beigeladene gemäss den Unterlagen nie eigene Gerätschaften eingesetzt. Soweit seltenerweise (am 22., 25. und 26. Februar 2013, 5. August 2013, 2. September 2013, 7. Oktober 2014 sowie am 18. und 19. Juni 2015 [AB 54, 64, 66, 94, 107]) eigene Maschinen und Geräte

eingesetzt wurden, handelte es sich schliesslich vorab um solche, die für einen ... Betrieb notwendig sind (...). Der eigene ... findet in den Belegen der hier relevanten Jahre nur im Umfang weniger Arbeitsstunden Erwähnung (5. August 2013: 7,5 Stunden; 17. Oktober 2014: 11 Stunden; 11. September 2015: 5,5 Stunden [AB 64, 94, 111]). In diesem Zusammenhang ist denn auch darauf hinzuweisen, dass der Beigeladene nach Zeitaufwand auf Stundenbasis entschädigt wurde und nicht für die erbrachte Arbeit als solche, was ebenfalls ein Indiz für eine unselbständige Erwerbstätigkeit ist (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 27. März 2013, 9C_1029/2012, E. 4.2). In seiner Bautätigkeit hat er sodann stets allein das von der Beschwerdeführerin bezogene und gelieferte Material verbaut. Erhebliche Investitionen erfolgten nicht. Damit bestand insgesamt auch kein wesentliches Unternehmerrisiko (vgl. E. 2.3 hiavor).

3.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Tätigkeiten von B._____ für die A._____ AG in den Jahren 2013 bis 2015 in unselbstständiger Stellung erfolgten und die Beschwerdegegnerin zu Recht eine Beitragsnachzahlung gefordert hat. Die der Nachzahlungsverfügung zu Grunde gelegten Lohnzahlungen wie auch die Berechnung der geschuldeten Beiträge wurden nicht beanstandet und es liegen auch keine Anzeichen für Mängel vor. Dabei bleibt zu erwähnen, dass sich die Beschwerdegegnerin auf die verwendete Zahlen der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt gestützt hat, welche die von B._____ geleisteten Arbeiten für die Beschwerdeführerin ebenfalls als unselbstständige Erwerbstätigkeit eingestuft hat (vgl. AB 8, 24).

Der Einspracheentscheid der Beschwerdegegnerin vom 22. Februar 2018 ist somit nicht zu beanstanden und die dagegen erhobene Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

4.

4.1 Verfahrenskosten sind keine zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____ AG
 - Ausgleichskasse Schweizerischer Baumeisterverband, consimo
 - B. _____
 - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Einzelrichter:

Die Gerichtsschreiberin:

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung der schriftlichen Begründung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 39 ff., 82 ff. und 90 ff. des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (BGG; SR 173.110) geführt werden.