



Fall-Nr.: AHV 2006/18
Stelle: Versicherungsgericht
Rubrik: AHV - Alters- und Hinterlassenenversicherung
Publikationsdatum: 03.03.2020
Entscheiddatum: 14.02.2007

Entscheid Versicherungsgericht, 14.02.2007

Art. 5 Abs. 2 AHVG, Art. 9 Abs. 1 AHVG. Qualifikation der Tätigkeit von Musikern bzw. Musikgruppen, welche in Restaurants auftreten (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 14. Februar 2007, AHV 2006/18).

Präsidentin Lisbeth Mattle Frei, Versicherungsrichterinnen Karin Huber-Studerus und

Marie Löhner; a.o. Gerichtsschreiber Marcel Aebischer

Entscheid vom 14. Februar 2007

In Sachen

K.____,

Beschwerdeführer,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roland Ilg, Rämistrasse 5, Postfach 462, 8024 Zürich,

gegen

Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen, Postfach 368, 9016 St. Gallen,

Beschwerdegegnerin,

betreffend

Nachbelastung von paritätischen Beiträgen 2003 und 2004



hat das Versicherungsgericht in Erwägung gezogen:

I.

A.- Die Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen führte im Betrieb von K.____ (Restaurant X.____) am 11. April/16. September 2005 eine ordentliche Arbeitgeberkontrolle an Ort und Stelle durch (Art. 68 Abs. 2 AHVG). Im Bericht vom 17. September 2005 hielt sie fest, der Beitragspflichtige habe diverse bei ihm beschäftigte Personen für die Jahre 2002 bis 2004 nicht als Arbeitnehmer deklariert. Die nicht abgerechneten Lohnsummen würden sich im Jahr 2002 auf Fr. 4'000.-- (Fasnachtsaushilfen), im 2003 auf Fr. 59'530.-- (diverse Musiker, quellensteuerpflichtig) und im 2004 auf Fr. 119'916.-- (diverse Musiker, quellensteuerpflichtig, sowie G.____ [zuwenig abgerechnet]; act. G 3.1/3) belaufen. Aus diesem Grund erliess die Verwaltung am 4. Oktober 2005 Nachzahlungsverfügungen und forderte vom Beitragspflichtigen für das Jahr 2002 Fr. 616.10, für 2003 Fr. 8'752.75 und für 2004 Fr. 17'031.65 für zuwenig abgerechnete Beiträge (inkl. Verwaltungskosten) nach (act. G 3.1/5-7).

B.- Am 7. November 2005 liess der Versicherte über seinen Rechtsvertreter teilweise Einsprache gegen die Verfügungen der Verwaltung erheben; am 27. Februar 2006 erstattete der Rechtsvertreter eine ergänzende Einsprachebegründung (act. G 3.1/8; G 3.1/17). Mit Entscheid vom 11. Mai 2006 wies die Verwaltung die Einsprache ab. Zur Begründung wurde mit Verweis auf die Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML) ausgeführt, die Entgelte der Musiker, die als Mitglieder einer Kapelle oder allein (z.B. Barpianist) in Gaststätten, Hotels, Dancings oder Cabarets tätig seien, gehörten zum massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG, unbekümmert darum, ob sie diese Tätigkeit im Hauptberuf (Berufsmusiker) oder im Nebenberuf (Amateurberuf) ausübten. Würden die tatsächlichen Unkosten nicht nachgewiesen, so könnten bis zu 20 % des Entgelts als Unkostenersatz betrachtet werden (Rz 4066). Die Musiker, welche im Restaurant des Einsprechers aufgetreten seien, seien deshalb als Unselbstständige einzustufen (act. G 1.1 Ziff. II/3).



C.- a) Gegen diesen Entscheid richtet sich die Beschwerde vom 9. Juni 2006 mit den Anträgen, die angefochtenen Verfügungen, soweit nicht ausdrücklich anerkannt, seien aufzuheben, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers führt aus, der Auffassung der Beschwerdegegnerin, wonach es sich bei den Musikerengagements um abhängige Erwerbsarbeit im Angestelltenverhältnis gehandelt habe, sei nicht beizupflichten. Vielmehr habe es sich dabei um selbstständige Erwerbstätigkeit gehandelt. Da der Beschwerdeführer keine Arbeitgeberqualität habe, seien auch keine AHV-Beiträge abzuliefern. Die zivilrechtliche Bezeichnung, welche die Parteien gewählt hätten, sei nicht entscheidend für die Vertragsqualifikation. Vielmehr ergebe sich aus dem Inhalt, dass es sich bei den Verträgen mit den Musikern wohl um Auftragsverhältnisse gehandelt habe. Dies insbesondere, weil die Entschädigung auch für die durch die Musiker mitgebrachten Instrumente und überhaupt die ganze Ausrüstung geleistet werde (Ziff. 2 lit. f), welche eher der Miete zugerechnet werden müsse und damit ohnehin nicht AHV-pflichtiger Lohn für Erwerbsarbeit sein könne. Weiter hätten sich die Musiker auch selber zu versichern gehabt (Ziff. 2 lit. g). Das unternehmerische Risiko habe denn auch voll bei den engagierten Musikern gelegen. Die Folgen der Nichterfüllung und Vertragsauflösungsgründe würden auf eine unternehmerische Tätigkeit der Musiker hindeuten. In sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht seien sodann ohnehin nicht die zivilrechtlichen Verhältnisse massgebend; die Klassifizierung habe aufgrund der Prüfung des Einzelfalles zu erfolgen. Einnahmen eines Musikers würden in der Regel Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit darstellen. Mangels Weisungsbefugnis gegenüber den Musikern liege keine abhängige Arbeit vor. Dass man sich im Lokal an die Hausordnung halten müsse, sei normal und stelle keine Weisung dar. Für Überstunden etc. seien die Musiker nicht bezahlt worden, die Hochhaltung der musikalischen Fähigkeiten sei die alleinige Pflicht der Beauftragten gewesen (Ziff. 17 lit. a); diese hätten also das unternehmerische Risiko selber getragen. Dies ergebe sich auch aus den Bestimmungen über die Vertragsauflösung (Ziff. 15), wo die Parteien Fälle höherer Gewalt oder vom Engagierten nicht zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeiten der Vertragserfüllung nach einem Schlüssel zur Tragung aufteilen würden. Für ein Arbeitsverhältnis sei dies absolut unüblich (act. G 1).



St.Galler Gerichte

b) Mit Beschwerdeantwort vom 6. Juli 2006 beantragt die Beschwerdegegnerin die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung verweist sie auf die Erwägungen im Einspracheentscheid (act. G 3).

c) Innert erstreckter Frist verzichtet der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers mit Eingabe vom 3. November 2006 auf eine Stellungnahme zu den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Akten und hält an den gestellten Anträgen mitsamt Begründung fest (act. G 11).

d) Die vom Beschwerdeführer einverlangten Engagementverträge der Musiker reicht dessen Rechtsvertreter innert erstreckter Frist am 3. Januar 2007 nach (act. G 16.1/1-6).

II.

1.- a) Erlässt die Ausgleichskasse auf dem Gebiet der paritätischen Beiträge eine Verfügung, so stellt sie eine Beitragsschuld sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers fest (Art. 4, 5, 12 und 13 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG; SR 831.10]). Arbeitnehmer und Arbeitgeber sind in gleicher Weise durch die Verfügung betroffen, weshalb diese im Hinblick auf das Beschwerderecht grundsätzlich beiden zuzustellen ist. Ausnahmen in dem Sinn, dass die Verfügung nur dem Arbeitgeber eröffnet wird, können sich aus Gründen der Praktikabilität rechtfertigen, beispielsweise wenn eine grosse Zahl von Arbeitnehmern betroffen ist, wenn der Wohnsitz des Arbeitnehmers im Ausland liegt oder unbekannt ist oder wenn lediglich eine geringfügige Beitragsschuld zur Diskussion steht. Wurde die Beitragsverfügung nur der Arbeitgeberin eröffnet und führt diese Beschwerde, so muss der erstinstanzliche Gericht ausser in den genannten Ausnahmefällen die Arbeitnehmer beiladen, damit deren Anspruch auf rechtliches Gehör gewahrt bleibt, da sich die Rechtskraft des zu fällenden Entscheids auch auf diese Personen ausdehnt (SVR 1996 AHV Nr. 87 S. 265 f. mit Hinweisen).

b) Vorliegend ist ein solcher Ausnahmefall gegeben, handelte es sich bei den vom Beschwerdeführer in den Jahren 2003 und 2004 engagierten Musiker doch um eine relativ grosse Anzahl, wie insbesondere ein Blick auf die im Recht liegenden Auszüge



aus dem Konto 5000 (Löhne) zeigt (act. G 3.1/1). Ausserdem sind die meisten Musiker bzw. deren AHV-Nummern offenbar nicht eruierbar (vgl. Bericht über die Arbeitgeberkontrolle, act. G 3.1/3 sowie Quellensteuerauszüge, act. G 3.1/1). Auf die Beiladung der Musiker wird deshalb aus Gründen der Praktikabilität verzichtet.

2.- a) Nach dem AHVG sind unter anderem natürliche Personen mit Wohnsitz in der Schweiz und natürliche Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben, versichert (Art. 1a Abs. 1 lit. a und b AHVG). Die Versicherten sind beitragspflichtig, solange sie eine Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 3 Abs. 1 AHVG). Die Beiträge der erwerbstätigen Versicherten werden gemäss Art. 4 Abs. 1 AHVG in Prozenten des Einkommens aus unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit festgesetzt. Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht Erwerbstätiger richtet sich somit unter anderem danach, ob in einem bestimmten Zeitraum erzielt es Erwerbseinkommen als solches aus selbstständiger oder unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist (Art. 5 und Art. 9 AHVG, Art. 6 ff. AHVV). 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 Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt.

b) Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die Nachzahlungsverfügungen der Jahre 2003 und 2004. Es ist streitig, ob es sich bei den Engagements diverser Musiker, welche in den Jahren 2003 und 2004 im Restaurant X.____, aufgetreten sind, um selbstständige oder unselbstständige Erwerbsarbeit gehandelt hat. Nicht streitig ist die Nachzahlungsverfügung 2002 betreffend die Tätigkeit diverser Fasnachtsaushilfen, nachdem der Beschwerdeführer diese Verfügung bereits im Einspracheverfahren anerkannt hat. Unstreitig ist sodann auch die Nachzahlungsverfügung 2004, soweit sie zuwenig abgerechnete Beiträge für G.____ betrifft, da der Beschwerdeführer die Verfügung hinsichtlich dieser Position ebenfalls anerkannt hat (vgl. act. G 3.1/3; G 3.1/8).

c) 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).

d) Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind das Handeln in eigenem Namen und auf eigene Rechnung (u.a. das Tragen der Folgen für Fehlverhalten), die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die frei gewählte Organisation, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal. Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten anfallen, die der Versicherte selber zu tragen hat. Dazu kommen das Verlustrisiko sowie das Inkasso- und Delkredererisiko. Für selbstständige Erwerbstätigkeit spricht sodann das gleichzeitige Tätigwerden für mehrere Kunden im eigenen Namen, ohne jedoch von ihnen abhängig zu sein. Von unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist auszugehen, wenn die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen, d.h. wenn der Versicherte 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 des Versicherten 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 172 E. 3c; BGE 122 V 281 E. 2b; BGE 119 V 163 E. 3b je mit



Hinweisen). Die Frage des Beitragsstatuts beurteilt sich somit nicht aufgrund eines einzelnen Kriteriums. Vielmehr ist auf der Basis des privat- oder öffentlichrechtlichen Anstellungsvertrages, dem Hinweiswert zukommt, sowie unter Würdigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse abzuklären, welche Abgrenzungskriterien überwiegen und damit den Ausschlag geben (BGE 122 V 281 E. 3 mit Hinweisen).

3.- a) Im vorliegenden Fall hat die Beurteilung der Musiker-Tätigkeit als selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit in erster Linie aufgrund der abgeschlossenen Verträge zu erfolgen. Der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers hat insgesamt sechs Verträge ins Recht gelegt, für welche allesamt das standardisierte Vertragsformular des Verbandes Schweizerischer Konzertlokale, Cabarets, Dancings und Diskotheken (ASCO) und des Schweizerischen Musikerverbandes (SMV) verwendet wurde (act. G 16.1/1-6). Es ist davon auszugehen, dass in den Jahren 2003 und 2004 mehr als sechs Musikerengagements stattgefunden haben, der Beschwerdeführer aber bei sämtlichen Engagements das genannte Formular verwendet hat und die Engagements deshalb hinsichtlich des Beitragsstatuts alle gleich zu qualifizieren sind.

b) Wie der Rechtsvertreter des Beschwerdeführers ausführt, bestehen einige Momente, welche für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit der im Restaurant X.____ aufgetretenen Musiker bzw. Musikgruppen sprechen. So hatten die Musiker aufgrund des Vertragswortlautes ihre Instrumente (ausgenommen Flügel und Klavier), Partituren und notwendige Requisiten selbst zu stellen und zu finanzieren sowie allfällige Mietgebühren für das von ihnen zu stellende Material selber zu tragen (Ziff. 2 lit. f und 17 lit. c). Weiter hatten sie die musikalische und instrumentalische Qualität selbstständig beizubehalten und wurden für Proben nicht entschädigt (Ziff. 4 und 17a). Ausserdem hatten sich die Musiker selber gegen Krankheit und Nichtberufsunfälle zu versichern (Ziff. 14 und 17 lit. f). Bei Musikern steht nun aber mangels eines spezifischen Unternehmerrisikos die Prüfung der arbeitsorganisatorischen Freiheit im Vordergrund, wobei namentlich die Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung nicht entscheidend sein darf. Diese liegt in der Natur der Sache. Werden Musiker von einem Veranstalter für eine Reihe von Proben und Aufführungen zu einem festen Ansatz verpflichtet und sind sie nicht am geschäftlichen Erfolg der Veranstaltung beteiligt, so liegt eine derart ausgeprägte arbeitsorganisatorische Unterordnung vor, dass von unselbstständiger Erwerbstätigkeit auszugehen ist (HANSPETER KÄSER, Unterstellung



und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. A., Bern 1996, Rz 4.81 mit Hinweisen; vgl. auch ERWIN MURER/HANS-ULRICH STAUFFER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, 2. A., Zürich 2005, Art. 5 N 66). Die vorliegend abgeschlossenen Verträge sind damit in erster Linie im Hinblick auf die arbeitsorganisatorische Unterordnung der Musiker zu untersuchen.

c) Die überwiegende Mehrzahl der Abgrenzungskriterien spricht vorliegend für die Annahme einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit der Musiker bzw. Musikgruppen: Hinweischarakter kommt zunächst einmal der Tatsache zu, dass die im Recht liegenden Verträge als Arbeitsverträge bezeichnet werden, den Künstlern Ferien zu gewähren sind und bei deren Entgelt von Lohn gesprochen wird (Ziff. 1, 2 lit. e und 11). Ausserdem ist die Arbeitszeit der Musiker fix geregelt (Ziff. 4 und 5), nicht jedoch der genaue Spielplan und die Dauer des Engagements (vgl. Ziff. 4, geregelt ist nur die wöchentliche Höchstarbeitszeit). Aufgrund der Verträge, welche keine einzelnen Auftrittsdaten enthalten, ist jedoch davon auszugehen, dass die Musiker vom Beschwerdeführer für längere Zeit und nicht bloss für einzelne Auftritte gebucht wurden. Ausserdem ist die tägliche Entlohnung fix geregelt ("Tagelohn" gemäss Ziff. 1), ohne dass die Künstler am geschäftlichen Erfolg des Restaurants X.____ beteiligt gewesen wären. Die Musiker waren für ihre Auftritte sodann weitgehend auf die Infrastruktur des Restaurants X.____ angewiesen und wurden vom Beschwerdeführer für die Dauer des Engagements vollumfänglich beansprucht. Von der Unterzeichnung des Vertrages an und während seiner ganzen Dauer sowie für die Zeit von einem Monat nach Beendigung des Engagements durften sie nämlich in keinem anderen Etablissement des Arbeitsortes bzw. innerhalb eines Umkreises von 20 bzw. 50 km auftreten (Ziff. 5). Diese und alle anderen Verpflichtungen des Vertrages waren durch eine Konventionalstrafe gesichert (Ziff. 7). Ein anderes Engagement während des gleichen Zeitraums kam somit nicht in Frage. Alles in allem kann festgehalten werden, dass die in den Jahren 2003 und 2004 aufgetretenen Musiker bzw. Musikgruppen arbeitsorganisatorisch dem Restaurantbetrieb des Beschwerdeführers untergeordnet waren und deren Tätigkeit deshalb nicht selbstständiger, sondern vielmehr unselbstständiger Natur war. Der Beschwerdeführer ist somit für deren Entgelt in diesem Zeitraum als Arbeitgeber beitragspflichtig. Dies gilt umso mehr, als dieser sich mit Abschluss des jeweiligen Vertrages ausdrücklich verpflichtet hat, zusätzlich zum Lohn Sozialleistungen abzuliefern (Ziff. 3 lit. b).



4.- Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen. Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

Demgemäss hat das Versicherungsgericht

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 53 GerG

entschieden:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.