

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

9C_930/2012

Urteil vom 6. Juni 2013

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Meyer, präsidierendes Mitglied,
Bundesrichter Borella, Bundesrichterin Glanzmann,
Gerichtsschreiber Fessler.

Verfahrensbeteiligte
Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen,
Chutzenstrasse 10, 3007 Bern,
Beschwerdeführerin,

gegen

T._____,
vertreten durch Fürsprecher Daniel Wyssmann,
Beschwerdegegner,

Verein H._____.

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

Beschwerde gegen den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern,
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, vom 11. Oktober 2012.

Sachverhalt:

A.
T._____ meldete sich im Juni 2011 unter der Einzelfirma X._____ bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern als Selbständigerwerbender an. Gemäss den eingereichten Unterlagen beabsichtigte er, u.a. als Geschäftsführer für den Verein H._____ tätig zu sein. Die Ausgleichskasse qualifizierte diese Tätigkeit als unselbständige Erwerbstätigkeit, womit T._____ nicht einverstanden war. Am 20. Dezember 2011 erliess sie eine entsprechende Verfügung, welche sie mit Einspracheentscheid vom 20. März 2012 bestätigte.

B.
In Gutheissung der Beschwerde des T._____ hob das Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, mit Entscheid vom 11. Oktober 2012 den Einspracheentscheid vom 20. März 2012 auf.

C.
Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beantragt die Ausgleichskasse, der Entscheid vom 11. Oktober 2012 sei aufzuheben.

T._____ schliesst auf Abweisung der Beschwerde, desgleichen der beigeladene Verein H._____. Das kantonale Verwaltungsgericht und das Bundesamt für Sozialversicherungen verzichten auf eine Stellungnahme.

D.

Mit einer weiteren Eingabe hat T._____ Unterlagen eingereicht, u.a. die Verfügung der Ausgleichskasse vom 7. Februar 2013 betreffend die definitive Festsetzung der Beiträge als Selbständigerwerbender im Hauptberuf für 2011. Die Ausgleichskasse hat sich dazu geäußert unter Hinweis darauf, dass sie die Beitragsverfügung am 16. April 2013 wiedererwägungsweise aufgehoben habe. T._____ hat hiezu Bemerkungen gemacht.

Erwägungen:

1.

1.1. Die Vorinstanz ist zu Recht auf die Beschwerde gegen den Einspracheentscheid vom 20. März 2012 eingetreten, womit die Ausgleichskasse in Bestätigung ihrer Verfügung vom 20. Dezember 2011 die Tätigkeit des Beschwerdegegners als Geschäftsführer des Vereins H._____ als unselbständige Erwerbstätigkeit einstufte und insoweit das Gesuch um Anschluss als Selbständigerwerbender ablehnte (BGE 132 V 257).

1.2. Nach Einreichung der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten hat die Ausgleichskasse die Beiträge als Selbständigerwerbender im Hauptberuf für 2011 definitiv festgesetzt. Die betreffende Verfügung vom 13. Februar 2013 ist unbeachtlich, soweit davon auch die vom Verein H._____ in den Monaten September bis Dezember 2011 an den Beschwerdegegner ausgerichteten Entgelte erfasst werden, zumal sie mit (weiterer) Verfügung vom 16. April 2013 wiedererwägungsweise aufgehoben wurde. Der Rechtsstreit besteht weiter [vgl. SVR 2005 EL Nr. 3 S. 9, P 7/02 E 3.2 in fine, Urteil des Eidg. Versicherungsgerichts I 337/98 vom 17. November 1998 E. 3 in fine].

2.

Gemäss den Statuten vom 2. Dezember 2010/27. Mai 2011 ist die H._____ ein Verein nach den Artikeln 60 ff. ZGB (Art. 1). Der Verein hat u.a. zum Zweck die Förderung der Lebensqualität aller Einwohnerinnen und Einwohner der Region sowie die Verbesserung der Wirtschaftsleistung im Zusammenarbeitsraum (Art. 3 Abs. 2). Dem Verein gehören fünf Kantone sowie zahlreiche Städte, Gemeinden und Regionalorganisationen an. Im Vorstand sind u.a. Regierungsräte, Stadt- und Gemeindepräsidenten vertreten (Art. 7 f. und 12).

3.

Im angefochtenen Entscheid wird die Rechtsprechung zur Abgrenzung unselbständiger von selbständiger Erwerbstätigkeit richtig wiedergegeben. Darauf wird verwiesen (vgl. Art. 5 Abs. 2 und Art. 9 Abs. 1 AHVG; (BGE 122 V 169 E. 3a-c S. 171 ff.; Urteil 9C_1029/2012 vom 27. März 2013 E. 2.3).

4.

Nach den nicht offensichtlich unrichtigen, für das Bundesgericht verbindlichen, im Übrigen unwidersprochen gebliebenen Feststellungen der Vorinstanz (Art. 105 Abs. 1 und 2 BGG) ist der Beschwerdegegner in der Funktion eines Geschäftsführers für die H._____ tätig. Er verfügt über eigene Geschäftsräumlichkeiten, für die er Miete zahlen muss, und er beschäftigt eigenes Personal, welches er anstellt, entlohnt und das unter seiner Verantwortung gewisse administrative Arbeiten für den Verein erledigt. Für seine Stellvertretung hat er selber besorgt zu sein. Für die Entschädigung für die Geschäftsführung ist ein Kostendach vereinbart, jedoch kein Mindestentgelt. Die H._____ selber verfügt über keinerlei Infrastruktur. Nach Auffassung der Vorinstanz stellen diese Umstände gewichtige Indizien für selbständige Erwerbstätigkeit dar, namentlich unter dem Gesichtspunkt des Unternehmerrisikos. Daran änderten weder die nicht als erheblich zu bezeichnenden Investitionskosten noch das fehlende Inkasso- und Delkredererisiko etwas. Ebenso bestehe aus den nämlichen Gründen keine Einbindung in die (nicht existierende) Arbeitsorganisation der H._____; der Beschwerdeführer sei denn auch nicht auf deren (nicht bestehende) Infrastruktur angewiesen. Eine Weisungsgebundenheit liege zweifellos vor; dieses Element trete jedoch in Anbetracht der eigenen Infrastruktur und des eigenen Personals in den Hintergrund.

5.

Die Ausgleichskasse bringt vor, die Rechtsprechung messe bei Tätigkeiten im Bereich der Dienstleistungen der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit gegenüber dem Investitionsrisiko erhöhtes Gewicht bei. Die Geschäftsführung von Stiftungen und Vereinen im Besonderen werde als unselbständige Erwerbstätigkeit qualifiziert, sofern nicht das Merkmal des projektbezogenen Einsatzes überwiege. Geschäftsführer hätten die durch die zuständigen Gremien gefällten Entscheide

umzusetzen. Diese ausführende Funktion erfolge immer weisungsgebunden. Da die Weisungsgebundenheit zu einer arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit führe, überwögen vorliegend die Merkmale einer unselbständigen Erwerbstätigkeit deutlich.

6.

6.1. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin stellen nicht bloss unzulässige appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid dar, wie der Beschwerdegegner einwendet. Insbesondere kann nicht gesagt werden, sie gewichte die für oder gegen selbständige bzw. unselbständige Erwerbstätigkeit sprechenden Indizien lediglich anders als die Vorinstanz, ohne sich mit deren Erwägungen auseinanderzusetzen. Vielmehr beanstandet sie, das kantonale Gericht habe im konkreten Fall den für die Beurteilung der Streitfrage (Beitragsstatut in Bezug auf die Tätigkeit als Geschäftsführer der H._____) massgebenden Kriterien (Unternehmerrisiko, arbeitsorganisatorische Abhängigkeit, Weisungsgebundenheit) nicht das richtige Gewicht beigemessen und insofern deren Bedeutung verkannt. Dabei handelt es sich um eine grundsätzlich frei überprüfbare Rechtsfrage (Art. 95 lit. a und Art. 106 Abs. 1 BGG) und nicht um eine Ermessensfrage, wie der Beschwerdegegner vorbringt. Davon miterfasst ist die Frage, ob ein im Zusammenhang mit der streitigen Tätigkeit stehender Umstand für die Beurteilung der Statusfrage von Relevanz ist, sowie dessen Wertung als Indiz für oder gegen unselbständige bzw. selbständige Erwerbstätigkeit.

6.2. Nach der Rechtsprechung ist das Unternehmerrisiko nicht allein entscheidend dafür, ob von unselbständiger oder selbständiger Erwerbstätigkeit auszugehen ist. Von Bedeutung ist grundsätzlich die Gesamtheit der Umstände des konkreten Falles, insbesondere Art und Umfang der wirtschaftlichen und arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit vom Auftrag- oder Arbeitgeber. Dieser Gesichtspunkt kann insbesondere dort, wo die in Frage stehende Tätigkeit keine erheblichen Investitionen etwa in die Infrastruktur oder personellen Mittel erfordert, zugunsten unselbständiger Erwerbstätigkeit sprechen (SVR 2011 AHV Nr. 11 S. 33, 9C_946/2009 E. 5.1). Bei Tätigkeiten im Bereich der Dienstleistungen, die ihrer Natur nach nicht notwendigerweise bedeutende Investitionen erfordern, kommt der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit gegenüber dem Investitionsrisiko erhöhtes Gewicht zu, wie die Ausgleichskasse richtig vorbringt (unter Hinweis auf das Urteil 9C_141/2008 vom 5. August 2008 E. 2.2; vgl. auch die hier erwähnten Präjudizien sowie SVR 2012 AHV Nr. 10 S. 37, 9C_799/2011 E. 5.5 und 5.6).

6.3. In dem in der Beschwerde ebenfalls erwähnten Urteil 9C_459/2011 vom 26. Januar 2011 stufte das Bundesgericht die Geschäftsführung für eine Stiftung aufgrund der klaren Einbindung der betreffenden Person in die Arbeitsorganisation und der Weisungsgebundenheit gegenüber dem Stiftungsratspräsidenten als unselbständige Erwerbstätigkeit ein. Diese hatte u.a. die Geschäftsstelle der Stiftung geleitet. Das Pensum betrug insgesamt 80 % (vgl. E. 3.1 und 5.2). Im Unterschied zum damals beurteilten Sachverhalt kann hier insofern nicht von einer Einbindung in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen gesprochen werden, als diese über keine eigene Geschäftsstelle verfügt. Vielmehr hat sie den operativen Bereich gewissermassen ausgelagert, indem eine Person ausserhalb des Vereins die Geschäftsführung in eigenen Geschäftsräumlichkeiten wahrnimmt. Darin allein kann keine Umgehung der paritätischen Beitragspflicht erblickt werden. Der Beschwerdegegner legt die Gründe für dieses Vorgehen dar, u.a. seien die Zusammenarbeit der beteiligten Kantone noch im Aufbau begriffen und Rückschläge nicht auszuschliessen, was möglichst schlanke, flexible Strukturen und massvolle Anfangsinvestitionen erfordere, weshalb die Vereinsform gewählt und die Geschäftsführung im Mandatsverhältnis vergeben worden sei. Die Beigeladene weist auf den politischen Charakter des Vereins und die Vielzahl der Beteiligten hin, weshalb die Erfolgsaussichten nicht garantiert seien. Die knappen Ressourcen sollten nicht in einen administrativen "Overhead" und den Aufbau einer Infrastruktur investiert werden, sondern in Projekte mit unmittelbarem Nutzen für die Mitglieder.

Ob das Fehlen einer eigenen Geschäftsstelle mit arbeitsorganisatorischer Unabhängigkeit des Geschäftsführers im beitragsrechtlichen Sinne gleichgesetzt werden kann, ist fraglich. Die Geschäftsführung ist und bleibt Teil der Organisation des Vereins. So müssen etwa die Beschlüsse der nach den Statuten zuständigen Organe umgesetzt werden, damit der Vereinszweck überhaupt erreicht werden kann. Im Organigramm des Vereins ist die Geschäftsstelle denn auch in direkter Linie unter der Mitgliederversammlung, dem Vorstand sowie dem Geschäftsausschuss und dem Co-Präsidium aufgeführt.

6.4. Der Beschwerdegegner bringt insoweit richtig vor, dass auch im Rahmen eines

Auftragsverhältnisses dem Beauftragten verbindliche Weisungen etwa in Bezug auf die Art, den Zeitpunkt und den Ort der Auftragserfüllung erteilt werden, ohne dass bereits deshalb beitragsrechtlich von unselbständiger Erwerbstätigkeit auszugehen wäre (vgl. Art. 397 Abs. 1 OR). Ein solcher Schluss setzte zusätzlich voraus, dass die Weisungsgebundenheit inhaltlich und im Ausmass den Auftragnehmer in vergleichbare Nähe zu einem Arbeitnehmer rückt. Die Vorinstanz hat diesbezüglich keine Feststellungen getroffen. Auch die Beschwerdeführerin äussert sich nicht dazu. Der Beschwerdegegner bringt vor, es bestehe keine vollständige starre Weisungsgebundenheit. Die Mitglieder des Vorstandes und des Geschäftsausschusses (Co-Präsidium) seien mit ihren Amtsgeschäften naturgemäss zeitlich stark belastet. Dem Geschäftsführer würden deshalb weitgehende Kompetenzen eingeräumt, welche Themen bearbeitet würden. So sei es an ihm, den politischen Handlungsbedarf zu erkennen, Impulse zu geben, interessante Themen vorzuschlagen und auch Strategien und Konzepte auszuarbeiten. Danach habe er die Projekte zu koordinieren und zu planen. Bei der Art der Zielerreichung sei er frei.

Diese Schilderungen präzisieren die Umschreibung des Auftrages in Ziff. 1 Abs. 1 und eines Teils der vom Beschwerdegegner zu erbringenden Leistungen gemäss Ziff. 2 Abs. 1 des Vertrags vom 25. August 2011. Die Geschäftsführung umfasst indessen noch andere ebenfalls bedeutsame Aufgaben (neben der Leitung der Geschäftsstelle) : Organisation und Unterstützung der Mitgliederversammlung, inkl. Protokollführung; Betreuung, Beratung und Unterstützung des Vorstands, des Geschäftsausschusses und des Co-Präsidiums in inhaltlichen Fragen und in Fragen der Kommunikation (Führungsunterstützung), bei Bedarf inkl. Protokollführung und Vorbereitung von Kommunikationsmassnahmen; Betreuung und Unterstützung weiterer Gremien des Vereins, insbesondere des Unterstützungskomitees, des Beirats und von Arbeitsgruppen, bei Bedarf inkl. Protokollführung; Begleitung und Steuerung der Arbeit von Arbeitsgruppen nach den Vorgaben des Vorstands, des Geschäftsausschusses und des Co-Präsidiums; Korrespondenzen für den Vorstand, den Geschäftsausschuss, das Co-Präsidium und Arbeitsgruppen; Erteilen von Auskünften an Vereinsmitglieder und an Dritte (Ziff. 2 Abs. 1).

Der Beschwerdegegner ist zwar kein Organ des Vereins im formellen Sinn. Ebenfalls hat er nicht an der Formulierung des Vereinszweck mitgewirkt und er hat die Interessen gegenüber dem Bund und weiteren Dritten nach den Vorgaben des Vorstands, des Geschäftsausschusses und des Co-Präsidiums zu wahren (Ziff. 1 Abs. 2 des Vertrags vom 25. August 2011). Indessen kommt ihm eine Schlüsselfunktion innerhalb der gesamten Organisation zu, indem er aufgrund seiner Sachkompetenz zahlreiche weit über das rein operative Geschäft hinaus gehende, für das Erreichen des Vereinszwecks wichtige Aufgaben wahrnimmt, und zwar im Rahmen der gesamten Vereinstätigkeit. Er ist mithin in massgeblicher Weise an der Willensbildung des Vereins beteiligt und nicht nur, indem er Informationen zusammenträgt, wie die Beschwerdeführerin vorbringt. Insofern kann der Beschwerdegegner unter dem Gesichtspunkt der Weisungsgebundenheit nicht mit einem "normalen" Arbeitnehmer verglichen werden. Wird weiter berücksichtigt, dass er nicht eine Geschäftsstelle des Vereins, sondern in eigenem Namen und auf eigene Rechnung eine solche für den Verein führt, verbietet sich die Annahme, er übe als Geschäftsführer des Vereins H. _____ - beitragsrechtlich - eine unselbständige Erwerbstätigkeit aus.

Der vorinstanzliche Statusentscheid ist somit zu bestätigen. Die Beschwerde ist unbegründet.

7.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beschwerdeführerin die Gerichtskosten zu tragen (Art. 66 Abs. 1 BGG) und dem Beschwerdegegner eine Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 68 Abs. 2 BGG). Diese ist nach dem Normalansatz (Fr. 2'500.-) zu bemessen. Es sind keine aussergewöhnlichen Umstände ersichtlich noch werden solche geltend gemacht, die ein Abweichen davon rechtfertigten. Solche Gründe ergeben sich auch nicht aus der eingereichten Honorarnote vom 13. Februar 2013.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verein H. _____, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 6. Juni 2013

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Das präsidierende Mitglied: Meyer

Der Gerichtsschreiber: Fessler