

[AZA 7]
H 30/01
H 42/01 Vr

III. Kammer

Präsident Borella, Bundesrichter Meyer und Lustenberger;
Gerichtsschreiber Fessler

Urteil vom 17. Mai 2002

in Sachen

1. M._____, 1931, vertreten durch Fürsprecher-Rechtsanwalt
K. Urs Grütter, Moosstrasse 2, 3073 Gümligen,
2. X._____ AG, Beschwerdeführer,
gegen
Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen, Chutzenstrasse 10, 3007 Bern, Beschwer-
degegnerin,

und
Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Bern

A.- Der 1931 geborene M._____ gründete im Sommer 1991 die gemäss Handelsregistereintrag vom 8. Juli 1991 im Bereich Unternehmensberatung und Marketing tätige Einzelfirma Y._____ mit Sitz in P._____. In jenem Zeitpunkt war er Verwaltungsratspräsident der am nämlichen Ort domizilierten Firma X._____ AG, einem auf die Herstellung von und den Handel mit Diamant- und Hartmetallwerkzeugen sowie Schleifmitteln spezialisierten Unternehmen.

Bis Ende Juni 1991 war M._____ auch Geschäftsführer dieser Gesellschaft gewesen und hatte in dieser Eigenschaft AHV-rechtlich als Unselbstständigerwerbender gegolten. Nach Abklärungen erliess die Ausgleichskasse des Kantons Bern am 12. Dezember 1997 "wegen drohender Verjährung" vorsorglich eine Verfügung über persönliche Beiträge für 1992. Diesen Verwaltungsakt hob sie im anschliessenden Beschwerdeverfahren *lite pendente* wieder auf.

Am 16. Dezember 1997 verfügte die Ausgleichskasse auf der Grundlage der Steuererklärung 1993/94 für die Zeit vom 1. Januar 1992 bis 30. Juni 1996 (Monat des Erreichens des Rentenalters) persönliche Beiträge in der Höhe des gesetzlichen Mindestbeitrages von je Fr. 360.- (1992 bis 1995) sowie Fr. 390.- (1. Januar bis 30. Juni 1996) zuzüglich Verwaltungskostenbeitrag. Beiträge in der selben Höhe hatte M._____ bereits im Mai 1997 bezahlt. Nach weiteren Erhebungen, welche eine vorwiegende Tätigkeit für die Firma X._____ AG ergaben, verpflichtete die Ausgleichskasse die Firma mit Verfügung vom 20. November 1998 zur Nachzahlung der "Lohnbeiträge" in der Höhe von Fr. 52'484. 10 (u.a.

AHV/IV/EO-Beiträge, FAK-Beiträge sowie Verzugszinsen) auf den 1993 und 1994 an M._____ ausgerichteten Entgelten.

Bemessungsgrundlage bildete dessen Steuererklärung 1995/96.

B.- Die von M._____ sowie der Firma X._____ AG gemeinsam hiegegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht des Kantons Bern nach zweifachem Schriftenwechsel mit Entscheid vom 13. Dezember 2000 ab.

C.- Sowohl M._____, vertreten durch Fürsprecher-Rechtsanwalt K. Urs Grütter, als auch die Firma X._____ AG führen Verwaltungsgerichtsbeschwerde und beantragen sinngemäss die Aufhebung von Gerichtsentscheid und Nachzahlungsverfügung.
Während die Ausgleichskasse sich eines bestimmten Antrages zu den Verwaltungsgerichtsbeschwerden ent-

hält, verzichtet das Bundesamt für Sozialversicherung auf eine Vernehmlassung.

M._____ und auch die Firma X._____ AG haben sich als Mitinteressierte im jeweils anderen Verfahren im Sinne der Gutheissung der Rechtsmittel geäußert.

Das Eidg. Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.- Da den beiden Verwaltungsgerichtsbeschwerden der selbe Sachverhalt zu Grunde liegt, sich die gleichen Rechtsfragen stellen und die Rechtsmittel den nämlichen vorinstanzlichen Entscheid betreffen, rechtfertigt es sich, die beiden Verfahren zu vereinigen und in einem einzigen Urteil zu erledigen (BGE 123 V 215 Erw. 1, 120 V 466 Erw. 1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 127 V 33 Erw. 1, 157 Erw. 1, 126 V 285 Erw. 1; Poudret, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. 1, S. 343 unten f.).

2.- Auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerden 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).

3.- Der angefochtene Entscheid bestätigt die Erfassung der von der Firma X._____ AG in den Jahren 1993 und 1994 an M._____ ausgerichteten Entgelte gemäss seinen Angaben in der Steuererklärung 1995/96 als massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG. Soweit die Vorinstanz die Qualifikationsfrage in Bezug auf die unter der Einzelfirma Y._____ ausgeübte (Berater-)Tätigkeit als grundsätzlich der freien richterlichen Prüfung unterliegend betrachtet hat, ist dies von Bundesrechts wegen nicht zu beanstanden.

Es trifft zwar zu, wie in den Verwaltungsgerichtsbeschwerden insoweit richtig vorgebracht wird, dass die Ausgleichskasse am 16. Dezember 1997 persönliche Beiträge u.a. für 1993 und 1994 gegenüber M._____ verfügt hatte, was unangefochten blieb. Grundlage für diese gestützt auf alt Art. 24 AHVV ergangene Beitrags-erhebung bildete indessen die Steuererklärung 1993/94, somit die selbst deklarierten Einkommensverhältnisse 1991/92. Über die Rechtsnatur der 1993/94 von der Firma bezahlten Entgelte ist daher am 16. Dezember 1997 nicht rechtskräftig entschieden worden, sodass die unter wiedererwägungs- oder prozessual revisionsrechtlichem Gesichtswinkel zu prüfende Frage der Zulässigkeit eines rückwirkenden Wechsels des Beitragsstatutes (Unselbstständig- statt Selbstständigerwerbender) sich nicht stellt (BGE 122 V 173 Erw. 4a und b; Urteile P. vom 19. März 2002 [H 201/00] und L. vom 6. April 2001 [H 214/99]; 121 V 1; vgl. auch BGE 124 V 150 zur Rechtsbeständigkeit von Beitragsverfügungen).

4.- Das kantonale Gericht, welches die zur Beurteilung der Sache erforderlichen Rechtsgrundlagen, insbesondere die von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze zur Abgrenzung unselbstständiger von selbstständiger Erwerbstätigkeit, zutreffend dargetan hat, bestätigt die Verfügung vom 20. November 1998 über paritätische Beiträge für 1993/94 zusammengefasst mit folgender Begründung: Die Firma X._____ AG habe bis Mitte 1991 für M._____ als Arbeitnehmer Sozialversicherungsbeiträge bezahlt. Anfang Juli 1991 habe dieser die Einzelfirma Y._____ gegründet.

In diesem Zusammenhang falle auf, dass die Geschäftsadresse die selbe gewesen sei wie diejenige der Aktiengesellschaft.

Des Weiteren habe M._____ auch nach der Gründung der Einzelfirma weiterhin als Präsident des Verwaltungsrates der Firma X._____ AG gewirkt. Was die in die Firma investierten Fr. 400'000.- als Sanierungsmassnahme (Reduktion ausstehender Kredite) anbelange, könne darin sinngemäss insofern nicht ein gewichtiges Indiz für selbstständige Erwerbstätigkeit erblickt werden, als die betreffenden Gelder nicht in die Einzelfirma geflossen seien. Schliesslich seien die übrigen angeführten Umstände, die den selbstständigen Charakter der Tätigkeit für die Firma X._____ AG dartun sollen, insbesondere die behauptete Tatsache der Buchführung der Einzelfirma seit 1. Juli 1991, nicht belegt.

5.- a) Die Vorinstanz misst dem Umstand entscheidende Bedeutung zu, dass M._____ bis zur Gründung der Einzelfirma Y._____ im Juli 1991 beitragsrechtlich als Arbeitnehmer der Firma X._____ AG gegolten hatte. Dem ist in grundsätzlicher Hinsicht beizupflichten. Ist ein Versicherter nach dem Schritt in die Selbst-

ständigkeit weiterhin in bedeutendem Umfang für den alten Arbeitgeber tätig, sind an die Anerkennung des Status als Selbstständigerwerbender in Bezug auf diese Tätigkeit insofern erhöhte Anforderungen zu stellen, als die hierfür sprechenden Merkmale diejenigen unselbstständiger Erwerbstätigkeit klar überwiegen müssen (vgl. ZAK 1989 S. 440 Erw. 2b mit Hinweisen; vgl. auch BGE 121 V 4 Erw. 5b am Ende sowie Urteil P. vom 19. März 2002 [H 201/00]). Dabei spricht unter dem Gesichtspunkt der arbeitsorganisatorischen (Un-)Abhängigkeit, welchem Beurteilungskriterium in solchen Fällen vorrangige Bedeutung gegenüber dem Unternehmensrisiko zukommt, wenn und soweit sich an Art und Inhalt der Tätigkeit nichts Wesentliches geändert hat, und es sich dabei um Arbeiten handelt, die aus Sicht des Betriebes oder der Branche typischerweise durch Arbeitnehmer ausgeführt werden, eine natürliche Vermutung für deren unselbstständigen Charakter.

Umgekehrt bedeutet der Umstand, (auch) für den früheren Arbeitgeber tätig zu sein, für sich allein genommen nicht Unselbstständigkeit.

b) aa) Die Firma X. _____ AG ist ein auf die Herstellung von und den Handel mit Diamant- und Hartmetallwerkzeugen sowie Schleifmittel spezialisiertes Unternehmen.

Über die Tätigkeit von M. _____ in diesem Betrieb bis zur Gründung der Einzelfirma Y. _____ im Juli 1991 ist bekannt, dass er im Bereich der Zerspanungstechnik arbeitete, in welcher Sparte er gesamteuropäisch als anerkannter Experte gilt. Zudem hatte er gemäss "Anmeldung für Selbstständigerwerbende" vom 7. Mai 1996 die Stellung eines Geschäftsführers inne. Mit Gründung der eigenen Firma hat M. _____ nach seinen Angaben die operative Leitung der Firma X. _____ AG abgegeben. Dass er in der Folge auf der operationellen Ebene des Unternehmens nichts mehr zu sagen gehabt hätte, ist indessen nicht anzunehmen. Dagegen spricht vorab, dass er mehrere hunderttausend Franken in diese von ihm gegründete Firma steckte, um sie vor dem Konkurs zu retten. Dass er sich gleichzeitig, gleichsam im Gegenzug, jeglicher Entscheidungsgewalt betreffend den Gang des Betriebes begeben wollte, erscheint unwahrscheinlich.

Gemäss der Firma X. _____ AG war es denn auch lediglich ein Rückzug aus der "direkten operativen Führung" des Unternehmens.

Vor diesem Hintergrund kann der Firma nicht gefolgt werden, wenn sie argumentiert, sie hätte den Bezug von Dienstleistungen von der Y. _____ jederzeit beenden können. Vielmehr stellen das Investitionsvolumen sowie die Tatsache, dass M. _____ auch nach Gründung der Einzelfirma Präsident des Verwaltungsrates der Gesellschaft blieb, gewichtige Indizien dafür dar, dass eine zwar vom persönlichen Arbeitserfolg abhängige, nichtsdestoweniger aber faktische Garantie bestand, bei der Vergabe von Aufträgen vorab berücksichtigt zu werden. Im Übrigen wird weder von der Firma X. _____ AG noch von M. _____ geltend gemacht, seit Bestehen der Einzelfirma sei seine Tätigkeit im Betrieb resp. für das Unternehmen eine grundlegend andere. In diesem Zusammenhang darf als erstellt gelten, dass M. _____ als ausgewiesener Experte auf dem Gebiet der Zerspanungstechnik seit jeher auch und vorwiegend in beratendem Sinne tätig gewesen war, sein Wirkungsfeld somit schon früher auch die Akquisition von Aufträgen für die Firma umfasste. Dass er 1993/94 im Rahmen der Y. _____ auch für andere ausländische Unternehmen arbeitete oder zu arbeiten bereit war, ist ohne Belang.

bb) An dem nach dem Vorstehenden in gleichem Sinne zu beurteilenden Beitragsstatut als Unselbstständigerwerbender in Bezug auf die Tätigkeit für die Firma X. _____ AG im Zeitraum 1993/94 wie vor Gründung der Y. _____ im Juli 1991 vermögen weder die Tatsache der Buchführung noch die (korrekte) Verbuchung der Investitionen in die Aktiengesellschaft als Geschäftsvermögen der Einzelfirma etwas zu ändern. Desgleichen kann es nicht auf die Art der (Fremd-) Finanzierung der Sanierungsmassnahmen ankommen. Zu keiner anderen Betrachtungsweise Anlass gibt sodann die Tatsache, dass M. _____ im fraglichen Zeitraum auch für ausländische Firmen tätig war und vorab im EU-Raum neue Betätigungsfelder suchte, zu welchem Zwecke er in Frankreich ein Domizil einrichtete. Immerhin steht in diesem Zusammenhang fest und ist unbestritten, dass M. _____ im fraglichen Zeitraum hauptsächlich für die Firma X. _____ AG tätig gewesen war, was mit Blick auf das langjährige Arbeitnehmer/Arbeitgeber-Verhältnis einer gesonderten Prüfung des Beitragsstatutes in Bezug auf die weiterhin für die Firma ausgeübte Erwerbstätigkeit rief (vgl. BGE 122 V 172 Erw. 3b in fine).

c) Nach dem Gesagten hat sich M. _____ unter dem Gesichtspunkt der arbeitsorganisatorischen (Un-)Abhängigkeit nicht in einer Weise von der Firma X. _____ AG gelöst, die Anlass für eine andere Qualifikation der Tätigkeit für diese Firma im Zeitraum 1993/94 als vor Gründung der Y. _____ im Juli 1991 gibt. Dass die

damalige Einstufung als Unselbstständigerwerbender (zweifelloso) unrichtig ist, ist aufgrund der Akten sowie der Vorbringen in den Rechtsschriften ohnehin nicht anzunehmen. Damit ist die in erster Linie streitige Statusfrage im Sinne unselbstständiger Erwerbstätigkeit zu beantworten, und insofern ist der angefochtene Entscheid rechtes.

6.- Die Ausgleichskasse hat das beitragspflichtige Einkommen in der Weise ermittelt, dass es vom Umsatz gemäss Steuererklärung 1995/96 einen pauschalen Unkostenanteil von 25 % in Abzug brachte, was einen massgebenden Lohn von Fr. 153'318.- für 1993 und Fr. 153'520.- für 1994 ergibt.

Diese Berechnungsweise wird wie schon in der vorinstanzlichen Replik in dem Sinne beanstandet, dass ein Abzug von lediglich 25 % vom Umsatz den effektiven Unkosten in keiner Weise Rechnung trage. Auch wenn diese Kritik nicht näher begründet wird und daher an sich unbeachtet bleiben könnte, kann die Beitragspflicht in masslicher Hinsicht (noch) aus einem anderen Grund nicht als hinreichend abgeklärt gelten.

Abgesehen davon, dass die Angaben zum massgebenden Lohn nicht von der Firma stammen, sondern der Steuererklärung 1995/96 des Arbeitnehmers entnommen sind, ist aufgrund der Akten, insbesondere der Ausführungen der Ausgleichskasse in den vorinstanzlichen Rechtsschriften, nicht auszuschliessen, dass im Umsatz auch Entschädigungen enthalten sind, welche von anderen Firmen als der X. _____ AG bezahlt wurden. Soweit dies zutrifft, haben sie bei der Bemessung ausser Acht zu bleiben (vgl. Erw. 5b/bb am Ende). Die Verwaltung wird daher, allenfalls nach weiteren Abklärungen, über die paritätischen Beiträge auf den 1993/94 von der Firma bezogenen Entgelten neu zu verfügen haben.

7.- Das Verfahren ist kostenpflichtig (Art. 134 OG e contrario). Dem Prozessausgang entsprechend sind die Gerichtskosten zu 4/5 den Beschwerdeführern und zu 1/5 der Ausgleichskasse aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 3 OG in Verbindung mit Art. 135 OG). Diese hat dem anwaltlich vertretenen M. _____ zudem nach Massgabe ihres Unterliegens eine reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen (Art. 159 Abs. 1 und 3 OG).

Demnach erkennt das Eidg. Versicherungsgericht:

I. Die Verfahren H 30/01 und H 42/01 werden vereinigt.

II. In teilweiser Gutheissung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde, soweit darauf einzutreten ist, werden der Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 13. Dezember 2000 und die Verfügung vom 20. November

1998, soweit nicht das Beitragsstatut betreffend, aufgehoben, und es wird die Sache an die Ausgleichskasse des Kantons Bern zurückgewiesen, damit sie über die paritätischen Beiträge für 1993/94 neu verfüge.

III. Die Gerichtskosten von Fr. 4000.- werden zu vier Fünfteln (Fr. 3200.-) den Beschwerdeführern, unter Anrechnung des geleisteten Kostenvorschusses von Fr. 8000.-

(je Fr. 4000.-), sowie zu einem Fünftel (Fr. 800.-) der Ausgleichskasse des Kantons Bern auferlegt; der Differenzbetrag von Fr. 4800.- wird den Beschwerdeführern zu gleichen Teilen rückerstattet.

IV. Die Ausgleichskasse des Kantons Bern hat dem Beschwerdeführer für das Verfahren vor dem Eidgenössischen Versicherungsgericht eine Parteientschädigung (einschliesslich

Mehrwertsteuer) von Fr. 500.- zu bezahlen.

V. Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern hat über eine Parteientschädigung für das kantonale Verfahren entsprechend dem Ausgang des letztinstanzlichen Prozesses zu befinden.

VI. Dieses Urteil wird den Parteien, dem Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, und dem Bundesamt für Sozialversicherung

zugestellt.

Luzern, 17. Mai 2002

Im Namen des

Eidgenössischen Versicherungsgerichts

Der Präsident der III. Kammer:

Der Gerichtsschreiber: