

NEWSLETTER

JUNI 2018

Autorin: Sonja Stark-Traber



Rechtsprechung zum Sozialversicherungsrecht

AHV-Beitragsstatut – schwierige Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Tätigkeit

Das Bundesgericht hatte über den Fall einer Versicherten zu befinden, welche bei der Ausgleichskasse um Anschluss als «selbständige Psychotherapeutin im Nebenberuf» ersuchte, von der Ausgleichskasse aber als unselbständig Erwerbstätige eingestuft wurde. Der Entscheid zeigt einmal mehr auf, wie heikel die sozialversicherungsrechtliche Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit ist.

In einem Entscheid vom 17. Mai 2018 (9C_308/2017; zur Publikation vorgesehen) hatte das Bundesgericht über die Frage zu entscheiden, ob die von einer Psychotherapeutin an einem Institut ausgeübte nebenberufliche Tätigkeit sozialversicherungsrechtlich als selbständige oder als unselbständige Erwerbstätigkeit zu betrachten ist, was Einfluss auf die Beitragspflicht gegenüber den Sozialversicherungen hat: Im Falle einer unselbständigen Erwerbstätigkeit bezahlen Arbeitnehmer und Arbeitgeber paritätisch Sozialversicherungsbeiträge. Bei selbständiger Erwerbstätigkeit bezahlt hingegen nur der Selbständigerwerbende persönliche Beiträge.

Die Versicherte A. stellte im April 2014 bei der Ausgleichskasse des Kantons Zürich ein Gesuch um Anschluss als selbständige Psychotherapeutin im Nebenberuf (Pensum von rund 30%) und Eintragung ins Register der Beitragspflichtigen. Die Ausgleichskasse lehnte das Gesuch mit der Begründung ab, die Versicherte A. sei als Unselbständigerwerbende zu qualifizieren, für welche das Institut X., an welchem die Versicherte A. ihre Tätigkeit ausübte, paritätische Sozialversicherungsbeiträge zu entrichten habe.

Die vom Institut X. gegen diesen Entscheid erhobene Beschwerde wurde vom Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich gutgeheissen, welches zum

Schluss kam, dass die von der Versicherten A. am Institut ausgeübte Tätigkeit als Psychotherapeutin als selbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren sei. Gegen diesen Entscheid führte die Ausgleichskasse Beschwerde ans Bundesgericht.

Das Bundesgericht hielt vorab fest, dass nicht massgebend sei, dass die Versicherte A. für eine weitere Erwerbstätigkeit als unselbständig erwerbend qualifiziert werde. Die beitragsrechtliche Qualifikation erfolge nicht aufgrund einer Gesamtbeurteilung, sondern jedes einzelne Erwerbseinkommen sei separat zu prüfen. Sodann beurteile sich die Frage, ob eine Erwerbstätigkeit als selbständig oder unselbständig zu betrachten sei, nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien, sondern aufgrund der wirtschaftlichen Gegebenheiten. Im Allgemeinen sei als unselbständig erwerbend zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig sei und kein spezifisches Unternehmerrisiko trage. Die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person sei jedoch stets unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Wo Merkmale sowohl einer selbständigen wie einer unselbständigen Erwerbstätigkeit vorhanden seien, müsse sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen.

Im zu beurteilenden Fall sah die Vereinbarung zwischen der Versicherten A. und dem Institut X. vor, dass die Versicherte ab dem 1. April 2014 als selbständige Psychotherapeutin in den Räumlichkeiten des Instituts X. arbeitete. Für ihre Tätigkeit wurde ihr an zwei Tagen pro Woche je ein Therapieraum zur Verfügung gestellt, wofür die Versicherte A. einen fixen Infrastrukturkostenbeitrag in Höhe von rund einem Drittel des von ihr pro Sitzung vereinnahmten Honorars an das Institut X. leistete. Die psychotherapeutischen Leistungen wurden gemäss Vereinbarung von der Versicherten A. in eigener Verantwortung und auf eigene Rechnung durchgeführt und die notwendigen administrativen Arbeiten von ihr selbst erledigt.

Die Versicherte A. konnte die gesamte Infrastruktur der bestens ausgerüsteten Psychotherapiepraxis des Instituts X. nutzen, wozu neben der Mitbenutzung des Sekretariats, der Bibliothek und der EDV-Ausstattung auch Wartezimmer, Kopierer, sanitäre Anlagen, Getränke und Büromaterial sowie die Möglichkeit der Supervision ihrer therapeutischen Arbeit gehörten. Auf der Homepage des Instituts X. wurde die Versicherte A. als Mitglied des Klinischen Teams geführt, unter Angabe von Ausbildung, beruflichem Werdegang und Spezialisierung sowie mit einer institutseigenen persönlichen E-Mail-Adresse.

Aufgrund dieser Gegebenheiten befand das Bundesgericht, dass die Versicherte A. weder erhebliche Investitionen noch ein grösseres Verlustrisiko zu tragen habe, auch wenn sie den erwähnten Infrastrukturkostenbeitrag auch bei ferien- und krankheitsbedingter Abwesenheit zu bezahlen und das Inkasso- und Delkredere-Risiko von Klienten oder Patienten zu tragen habe. Bei wirtschaftlichem Misserfolg könne sie ihre Tätigkeit aufgrund der dreimonatigen vertraglichen Kündigungsfrist relativ kurzfristig und ohne Einbussen im Sinne von Substanzverlusten wieder aufgeben. Es fehle daher insgesamt an einem spezifischen Unternehmerrisiko der Versicherten A., was gegen eine selbständige Erwerbstätigkeit spreche.

Aber auch bei einem alleinigen Abstellen auf das Kriterium der betriebswirtschaftlichen oder arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit sei von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit auszugehen. Zwar erfolge keine bindende Zuweisung von Klienten durch das Institut, die Versicherte A. könne das Honorar für ihre Leistungen frei festlegen und es bestehe auch kein Konkurrenzverbot, was für die arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit der Versicherten A. vom Institut X. spreche. Auf der anderen Seite sei die Versicherte A. zwar nicht zur

Nutzung der Therapieräume verpflichtet und unterliege auch keiner Präsenzpflicht, aber es fänden doch alle ihre Therapiesitzungen am Institut statt, was wiederum für eine faktische arbeitsorganisatorische Einbindung spreche. Ebenso stelle die Versicherte A. zwar selber Rechnung und die Honorarzahungen gingen direkt auf ihr persönliches Konto, auf dem Briefkopf der Rechnungen finde sich über dem eigenen Namen jedoch auch derjenige des Instituts X. sowie alleine dessen Anschrift. Zusammen mit dem Werbeauftritt auf der Instituts-Homepage könne deshalb gegen aussen nicht von einem Auftreten in eigenem Namen gesprochen werden, was ein Indiz für eine unselbständige Erwerbstätigkeit sei.

Für nicht ausschlaggebend erachtete das Bundesgericht, dass das Institut X. der Versicherten A. keine konkreten Weisungen erteilte, wie sie eine Psychotherapie im Einzelfall durchzuführen habe, da eine ausgeprägte Eigenverantwortlichkeit bei allen sog. freien Berufen typisch sei. Ebenso wenig erachtete es das Bundesgericht für entscheidend, dass die Honorarzahungen an die Versicherte A. nicht vom Institut X. geleistet wurden, sondern direkt durch die Klienten und Patienten.

Hingegen wies die weitgehende betriebswirtschaftliche und wissenschaftliche Eingliederung der Versicherten A. in das Institut X. gemäss Bundesgericht ebenfalls auf eine unselbständige Erwerbstätigkeit hin. So war die Versicherte A. vertraglich verpflichtet, in Absprache und mit Unterstützung der Institutsleitung neue Angebote für Klienten und Patienten zu entwickeln und sich aktiv an der Weiterentwicklung des Instituts zu beteiligen. Darüber hinaus musste sie die Angebote des Instituts X. extern bekannt machen und auch an internen Zusammenkünften und vom Institut X. angebotenen Weiterbildungen, welche unter anderem der Ein- und Erhaltung der qualitativen Anforderungen des Instituts X. dienten, teilnehmen.

Den Qualitätsanforderungen des Instituts X. mass das Bundesgericht auch darüber hinaus massgebliche Bedeutung zu. So war die Versicherte A. zur Sicherstellung der qualitativen Anforderungen des Instituts X. verpflichtet, die von ihr durchgeführten Therapien entsprechend den Vorgaben des Instituts X. auf Video aufzuzeichnen, zu messen und zu dokumentieren und die entsprechenden Unterlagen dem Institut X. zu Forschungszwecken zur Verfügung zu stellen. Diese Verpflichtung sei Ausdruck eines arbeitnehmerähnlichen Subordinationsverhältnisses, da sich die Versicherte A. damit in einer Weise den Kontrollbedürfnis-

sen des Instituts unterwerfe, wie sie sonst bei ärztlich delegierten Psychotherapeuten anzutreffen sei, welche unter direkter Aufsicht und Verantwortlichkeit der delegierenden Arztperson stünden, befand das Bundesgericht.

Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung sprächen die angeführten Kriterien überwiegend zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit, so das Bundesgericht, weshalb es die Beschwerde der Ausgleichskasse entsprechend guthiess und den vorinstanzlichen Entscheid aufhob.

KOMMENTAR

Vor dem Hintergrund einer Arbeitswelt mit zunehmend flexiblen Arbeitsmodellen kommt der Abgrenzung zwischen selbständiger und unselbständiger Erwerbstätigkeit erhöhte Bedeutung zu. So findet beispielsweise der projektbezogene Einsatz von freien Mitarbeitern («Freelancern»), welche auf eigene Rechnung arbeiten und formell selbständig erwerbend sind, zunehmende Verbreitung, da dieses Modell für Arbeitgeber die Möglichkeit bietet, die personellen Kapazitäten flexibel und ohne zu starke vertragliche Bindung zu steuern.

In der Praxis kommt es immer wieder vor, dass vermeintlich selbständige Mitarbeiter aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht als unselbständig erwerbend eingestuft werden. Wie heikel diese Einstufung je nach Fallkonstellation sein kann, zeigt der vorliegende Entscheid des Bundesgerichts sehr deutlich auf. Für Arbeitgeber kann die sozialversicherungsrechtliche Umqualifizierung eines vermeintlich selbständigen freien Mitarbeiters in einen unselbständig erwerbenden Arbeitnehmer gravierende finanzielle Folgen haben, da die nicht bezahlten Sozialversicherungsbeiträge der letzten fünf Jahre nacherhoben werden, und zwar sowohl Arbeitnehmer- wie auch Arbeitgeberbeiträge.

Zur Risikominderung ist Arbeitgebern deshalb zu empfehlen, im Falle von selbständigen Mitarbeitern anhand einer entsprechenden Bescheinigung zu prüfen, ob sich diese auch tatsächlich als selbständig erwerbend bei der Ausgleichskasse gemeldet haben und Sozialversicherungsbeiträge leisten. Im Zweifel sollten Arbeitgeber den konkreten Einzelfall der Ausgleichskasse zur Beurteilung vorlegen oder die Situation von einer Fachperson beurteilen lassen.

Der Inhalt dieses Newsletters stellt keine Rechtsauskunft dar und darf nicht als solche verwendet werden. Für eine persönliche Beratung wenden Sie sich bitte an Ihre Kontaktperson bei Suter Howald Rechtsanwälte oder an eine der folgenden Personen:



Sonja Stark-Traber, LL.M.

Partnerin

sonja.stark@suterhowald.ch



Dr. André Bloch

Partner

andre.bloch@suterhowald.ch



Dr. Mauro Loosli

Partner

mauro.loosli@suterhowald.ch

Suter Howald Rechtsanwälte – Attorneys at Law

Stampfenbachstrasse 52

Postfach

CH-8021 Zürich

Tel. +41 44 630 48 11

Fax +41 44 630 48 15

www.suterhowald.ch