

200 14 914 AHV
SCJ/SCC/KRK

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 23. April 2015

Verwaltungsrichter Scheidegger, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Fuhrer, Verwaltungsrichter Matti
Gerichtsschreiberin Schertenleib Gamero

A. _____
vertreten durch Rechtsanwalt B. _____
Beschwerdeführerin



gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 5. September 2014

Sachverhalt:

A.

Am 29. Oktober 2013 erfolgte bei der A. _____ eine Arbeitgeberkontrolle (Kontrollperiode 2008 bis 2012; Dossier der Ausgleichskasse des Kantons Bern [AKB], Antwortbeilage [AB] 16). Gestützt darauf forderte die AHV-Zweigstelle der Stadt Bern Lohnbeiträge und Verzugszinsen nach (AB 15). Da sich die A. _____ damit nicht einverstanden erklärte, erliess die AHV-Zweigstelle der Stadt Bern am 31. Januar 2014 eine Nachzahlungsverfügung im Zusammenhang mit nicht bescheinigten Lohnbeiträgen für Mitarbeitende der A. _____ (AB 12). Hiergegen erhob die A. _____, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, Einsprache (AB 11). Sie beantragte, die Verfügung vom 31. Januar 2014 sei betreffend die Nachzahlung von AHV-Beiträgen in der Höhe von Fr. 78'282.20 aufzuheben. Sie brachte vor, die ...-Tätigkeit stelle eine selbstständige Erwerbstätigkeit dar, weshalb die ausgerichteten Honorare nicht massgebenden Lohn darstellten, auf welchem AHV-Beiträge geschuldet seien. Sie beanstandete zudem die berücksichtigte Höhe der Lohnsumme eines

Mit Einspracheentscheid vom 5. September 2014 hiess die AHV-Zweigstelle der Stadt Bern die Einsprache teilweise gut (AB 2). In den Erwägungen führte sie aus, bei drei ... (C. _____ [C. _____], D. _____ [D. _____] und E. _____ [E. _____]), welche die persönlichen Beiträge als selbstständig Erwerbende abrechneten, seien die Zahlungen von der Lohnsumme abzuziehen. Für die weiteren ... seien keine Nachweise bezüglich einer selbstständigen Erwerbstätigkeit eingereicht worden, weshalb die diesen ... ausbezahlten Beträge als massgebender Lohn zu qualifizieren und die Einsprache diesbezüglich abzuweisen sei. Zur beanstandeten Höhe der Lohnsumme von F. _____ (F. _____) bemerkte sie, dass ein Verschieb im Rahmen der buchhalterischen Abschlussarbeiten hätte entdeckt und korrigiert werden müssen. Da die Buchhaltung in dieser Form im Rahmen der Revision präsentiert worden sei, sei die verbuchte Lohnsumme verbindlich; diesbezüglich sei die Einsprache abzuweisen.

B.

Am 25. September 2014 erhob die A. _____, vertreten durch Rechtsanwalt B. _____, beim Verwaltungsgericht des Kantons Bern Beschwerde. Sie beantragte, die Verfügung (richtig: Einspracheentscheid) vom 5. September 2014 betreffend die Nachzahlung von AHV-Beiträgen sie aufzuheben und es sei für die Jahre 2010 bis und mit 2012 Nachzahlungsbeiträge auf einer massgebenden Lohnsumme von Fr. 49'495.-- festzusetzen. Eventualiter sei die Angelegenheit zur Neufestsetzung der Nachzahlungsbeiträge der Jahre 2008 bis und mit 2012 an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit Beschwerdeantwort vom 25. November 2014 beantragte die AKB, unter Hinweis auf eine Stellungnahme der AHV-Zweigstelle der Stadt Bern vom 18. November 2014, die Beschwerde betreffend der Nachforderung der Lohnbeiträge für das Jahr 2008 sei wegen Verjährung gutzuheissen; weitergehend (die Nachforderung der Beitragsjahre 2010 bis 2012 betreffend) sei die Beschwerde abzuweisen.

In der Replik vom 30. Januar 2015 und der Duplik vom 4. März 2015 hielten die Parteien, die AKB unter Hinweis auf eine Stellungnahme der AHV-Zweigstelle der Stadt Bern vom 27. Februar 2015, an ihren Anträgen fest. Die Stellungnahme der AHV-Zweigstelle der Stadt Bern vom 27. Februar 2015 wurde der Beschwerdeführerin am 17. März 2015 zugestellt.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft vom

11. Juni 2009 (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 ist gegeben (Art. 58 ATSG). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege vom 23. Mai 1989 [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 5. September 2014, worin – in teilweiser Gutheissung der gegen die Nachzahlungsverfügung vom 31. Januar 2014 erhobenen Einsprache – von der Beschwerdeführerin aufgrund einer Arbeitgeberkontrolle vom 29. Oktober 2013 paritätische Sozialversicherungsbeiträge für die Jahre 2008 bis 2012 aufgrund einer Lohnsumme von total Fr. 302'823.25 nachgefordert wurden.

In der Beschwerdeantwort vom 25. November 2014 stellte die Beschwerdegegnerin den Antrag, es sei auf eine Nachforderung der Lohnbeiträge für das Jahr 2008 ersatzlos zu verzichten, da für dieses Jahr zufolge Verjährung keine Beiträge mehr nachgefordert werden könnten. Werden Beiträge nicht innert fünf Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, für welches sie geschuldet sind, durch Erlass einer Verfügung geltend gemacht, so können sie nicht mehr eingefordert oder entrichtet werden (Art. 16 Abs. 1 Satz 1 AHVG). Die Verfügung der Nachforderung für Beiträge des Jahres 2008 erfolgte am 31. Januar 2014, weshalb die Beiträge nicht mehr eingefordert werden können. Da der Antrag der Sach- und Rechtslage entspricht (vgl. auch Stellungnahme der AHV-Zweigstelle Bern vom 18. November 2014, S. 3), ist die Beschwerde soweit die Nachforderung von Lohnbeiträgen für das Jahr 2008 betreffend gutzuheissen.

Gemäss Einspracheentscheid vom 5. September 2014 liegt für das Jahr 2009 keine Nachforderung mehr vor (AB 2 S. 2). Streitig und zu prüfen ist somit die Rechtmässigkeit der Nachforderung von Lohnbeiträgen (Restforderung von Fr. 45'912.50 gemäss Stellungnahme der AHV-Zweistelle Bern vom 18. November 2014, S. 4) für die Jahre 2010 bis 2012.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 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. 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 Einkommen, das nicht Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt.

2.1.1 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 beurteilen. 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 2012 AHV Nr. 6 S. 22 E. 5.2).

2.1.2 ..., die – beispielsweise als „...“ – regelmässig bei ..., sind grundsätzlich als unselbstständigerwerbend zu qualifizieren. Diejenigen, die aufgrund ..., gelten hingegen als selbstständigerwerbend (Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO [WML], gültig ab 1. Januar 2008, Rz. 4068). Für die Beurteilung, ob eine selbstständige oder eine unselbstständige Tätigkeit vorliegt, ist hauptsächlich auf die Entscheidend ist, ob ... (WML Rz. 4066).

2.2 Nach Art. 5 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 AHVG werden vom Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit, dem massgebenden Lohn, Beiträge erhoben.

Als massgebender Lohn gilt jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Der massgebende Lohn umfasst auch Teuerungs- und andere Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnliche Bezüge, ferner Trinkgelder, soweit diese einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen (Art. 5 Abs. 2 AHVG). Zum massgebenden Lohn gehören begrifflich sämtliche Bezüge des Arbeitnehmers und der Arbeitnehmerin, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder aufgelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Als beitragspflichtiges Einkommen aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit gilt somit nicht nur unmittelbares Entgelt für geleistete Arbeit, sondern grundsätzlich jede Entschädigung oder Zuwendung, die aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen ist (BGE 139 V 50 E. 2.1 S. 52).

2.3

2.3.1 Die Ausgleichskassen haben die Arbeitgeber periodisch auf die Einhaltung ihrer gesetzlichen Pflichten zu kontrollieren (Art. 68 Abs. 2 AHVG; Art. 162 und 163 AHVV). Ergibt die Kontrolle, dass Löhne nicht deklariert worden sind oder von bestimmten Leistungen, die ganz oder teil-

weise als Lohnzahlungen zu betrachten sind, keine Beiträge entrichtet wurden, so hat die Ausgleichskasse die nicht bezahlten Beiträge nachzufordern (Art. 39 AHVV; Entscheid des eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht] vom 7. Februar 2003, H 56/01, E. 4.1).

2.3.2 Erlässt eine Ausgleichskasse im Gebiet der paritätischen Beiträge eine Verfügung, so stellt sie eine Beitragsschuld sowohl des Arbeitgebers wie des Arbeitnehmers fest (Art. 4 und 5 sowie Art. 12 und 13 AHVG). Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind in gleicher Weise betroffen, weshalb die Verfügung im Hinblick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs grundsätzlich beiden zu eröffnen ist. Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nach der Rechtsprechung indessen dort zugelassen, wo der Ausgleichskasse aus praktischen Gründen die Zustellung von Verfügungen an die Arbeitnehmenden nicht zugemutet werden kann. Dies trifft beispielsweise zu, wenn es sich um eine grosse Zahl von Arbeitnehmenden handelt, wenn sich der Wohnsitz der Beschäftigten im Ausland befindet oder wenn es sich lediglich um geringfügige Beiträge handelt (BGE 113 V 1 E. 2 S. 3 mit Hinweisen). Diese Grundsätze gelten nicht nur, wenn das Beitragsstatut oder die Natur einzelner Zahlungen streitig ist, sondern auch bei nachträglichen Lohnerfassungen, wenn umstritten ist, ob bestimmte Vergütungen zum massgebenden Lohn im Sinne von Art. 5 Abs. 2 AHVG gehören (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 6. August 2012, 9C_295/2012, E. 2.1.1).

2.3.3 Ist eine Beitragsverfügung nur dem Arbeitgeber eröffnet worden und hat dieser Beschwerde erhoben, so hat das erstinstanzliche Gericht – ausser in den genannten Ausnahmefällen – entweder den Arbeitnehmenden beizuladen oder die Sache an die Verwaltung zurückzuweisen, damit diese durch Zustellung der Beitragsverfügung an den oder die betroffenen Arbeitnehmenden deren Verfahrensrechte wahrt (Entscheid des BGer vom 6. August 2012, 9C_295/2012, E. 2.1.2).

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin nahm am 29. November 2013 eine Arbeitgeberkontrolle vor und forderte nicht bezahlte Beiträge nach (vgl. AB 16). Gemäss der Nachzahlungsverfügung vom 31. Januar 2014 wurden

Beiträge für die nachträgliche Erfassung von ..., welche in der A. _____ ... sind, nachgefordert, wobei die Beschwerdegegnerin davon ausgeht, dass es sich bei diesen ... um eine unselbstständige Tätigkeit handelte. Strittig sind Beiträge auf Honoraren für die Jahre 2010 und 2011 für G. _____ (AB 12 S. 1; richtig G. _____ [vgl. Beschwerdebeilage {BB} 10a S. 3], eigentlich EL G. _____) sowie für das Jahr 2012 für die ... H. _____, I. _____, J. _____, K. _____, L. _____, F. _____ und G. _____ (AB 12 S. 2). Die Beschwerdeführerin macht geltend, aufgrund der Vielzahl und Häufigkeit der ... in der ganzen Schweiz an diversen Standorten seien die ... keine ... (zum Begriff: vgl. E. 2.1.2 hiervor); es seien deshalb die Voraussetzungen für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit erfüllt und die entsprechenden Nachzahlungen seien aufzuheben. Die Beschwerdegegnerin wiederum geht davon aus, dass die Häufigkeit und Regelmässigkeit der ... bei der Beschwerdeführerin dafür sprächen, dass es sich um ... handle. Die Beschwerdeführerin habe zudem bis jetzt keine Nachweise eingereicht, dass sich die ... als selbstständig Erwerbende bei einer Ausgleichskasse angemeldet hätten.

Es ist erstellt, dass die Nachzahlungsverfügung vom 31. Januar 2014 (AB 12) sowie der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. September 2014 (AB 2) lediglich der Beschwerdeführerin, nicht jedoch den betroffenen Arbeitnehmern eröffnet worden ist. Die Beschwerdegegnerin führte diesbezüglich im angefochtenen Einspracheentscheid vom 5. September 2014 aus, die Verfügung sei nur der Arbeitgeberin eröffnet worden auf Grund der grossen Zahl der Arbeitnehmenden (AB 2 S. 1).

Erlässt eine Ausgleichskasse eine Verfügung bezüglich paritätischer Beiträge, so ist diese im Hinblick auf die Wahrung des rechtlichen Gehörs auch den Arbeitnehmenden zu eröffnen. Dies gilt auch bei nachträglichen Lohnerfassungen, wenn umstritten ist, ob bestimmte Vergütungen zum massgebenden Lohn gehören (vgl. E. 2.3.2 hiervor). Ein Ausnahmefall liegt aus den nachfolgenden Gründen nicht vor: Aufgrund der Höhe der angegebenen Lohnsumme (AB 2 S. 2) bzw. der nachgeforderten Beiträge (Restforderung gemäss Stellungnahme der AHV-Zweigstelle Bern vom 18. November 2014, S. 4) kann nicht von einer Geringfügigkeit der Beiträge gesprochen werden. Eine Ausnahme läge laut Rechtsprechung vor, wo der

Ausgleichskasse aufgrund einer grossen Zahl von Arbeitnehmenden die Zustellung von Verfügungen an die Arbeitnehmenden nicht zugemutet werden kann; dabei lässt die Rechtsprechung offen, welche Menge betroffener Personen im Allgemeinen als grosse Anzahl zu qualifizieren ist. Zu prüfen ist jeweils im Einzelfall, ob der Ausgleichskasse das Erstellen und der Versand der Verfügungen an die Arbeitnehmer aus praktischen Gründen zugemutet werden kann (vgl. EVG H 56/01, E. 5.1). In der Rechtsprechung wurden Ausnahmefälle bei 45 betroffenen Arbeitnehmern (EVG H 56/01, E. 5.1) und bei sechs betroffenen Maklern (BGE 9C_295/2012, E. 2.4) verneint. Vorliegend sind lediglich die obgenannten sieben Arbeitnehmer betroffen. Es ist auch nicht nachgewiesen, dass sich der Wohnsitz der Beschäftigten im Ausland befindet. Die Revisionsstelle stellte anlässlich der Kontrolle fest, dass die Honorare der ... lediglich unter ... verbucht wurden; weiter wurde ausgeführt, der Arbeitgeber habe entgegen der Zusicherung die Namen und Adressen nicht bekannt gegeben (AB 16 [Ergänzungsbericht]). Mit Schreiben vom 19. Juni 2014 ging die Beschwerdegegnerin – aufgrund eines fehlenden Gegenberichts der Beschwerdeführerin – davon aus, dass die obgenannten ... bei keiner Ausgleichskasse als selbstständig Erwerbende angeschlossen seien (AB 5). Weitere Abklärungen betreffend Zustelladressen der betroffenen Arbeitnehmer hat die Beschwerdegegnerin jedoch nicht getroffen. Sie verzichtete auch auf eine Zustellung der Verfügung vom 31. Januar 2014 und des angefochtenen Einspracheentscheids vom 5. September 2014 (AB 2) zuhanden des betroffenen F. _____ (F. _____), dessen Zustelladresse zumindest bekannt ist (AB 20; vgl. auch BB 6).

Unter diesen Umständen ist das rechtliche Gehör der betreffenden Arbeitnehmer verletzt worden. Eine Heilung mittels Beiladung kommt nicht in Betracht, ist es doch nicht Sache des Gerichts, anstelle der Beschwerdegegnerin Abklärungen hinsichtlich der Zustelladresse der ... zu treffen. Der angefochtene Einspracheentscheid vom 5. September 2014 ist – soweit die Jahre 2010 bis 2012 betreffend – aufzuheben und die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese durch Zustellung der Beitragsverfügung an die betroffenen Arbeitnehmer deren Verfahrensrechte wahre. Dabei wird die Arbeitgeberin zur Abklärung der Namen der ... und

deren Zustelladressen auf ihre Mitwirkungspflicht (Art. 28 Abs. 1 ATSG) aufmerksam gemacht.

3.2 Die Beschwerde ist insofern gutzuheissen, als in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids der AHV-Zweigstelle Bern vom 5. September 2014 die Nachforderung von Lohnbeiträgen für das Jahr 2008 ersatzlos aufgehoben wird. Soweit weitergehend ist der angefochtene Einspracheentscheid der AHV-Zweigstelle Bern vom 5. September 2014 ebenfalls aufzuheben und die Sache ist an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit sie im Sinne der Erwägungen verfare und neu verfüge.

4.

4.1 Es sind keine Verfahrenskosten zu erheben (Art. 61 lit. a ATSG).

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die obsiegende Beschwerdeführerin Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 61 lit. g ATSG). Diese ist gestützt auf die – eben noch – angemessene Kostennote von Rechtsanwalt B._____ vom 23. März 2015 (Honorar von Fr. 4'883.20, zuzüglich Auslagen von Fr. 126.-- und Mehrwertsteuer von Fr. 400.75) auf Fr. 5'409.45 (inkl. Auslagen und MWSt.) festzusetzen.

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird insofern gutgeheissen, als in Aufhebung des angefochtenen Einspracheentscheids der AHV-Zweigstelle Bern vom 5. September 2014 die Nachforderung von Lohnbeiträgen für das Jahr 2008 aufgehoben wird. Soweit weitergehend wird der angefochtene Einspracheentscheid der AHV-Zweigstelle Bern vom 5. September 2014 ebenfalls aufgehoben und die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, damit sie im Sinne der Erwägungen verfähre und neu verfüge.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 5'409.45 (inkl. Auslagen und MWSt.), zu ersetzen.
4. Zu eröffnen (R):
 - Rechtsanwalt B. _____ z.H. der Beschwerdeführerin
 - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen
 - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Kammerpräsident:

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.