200 15 363 AHV
SCI/FRN/LAB

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil des Einzelrichters vom 9. November 2015

Verwaltungsrichter Schwegler
Gerichtsschreiberin Franzen

A._____
vertreten durch Rechtsanwältin B._____

Beschwerdeführer

gegen

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

Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 25. März 2015

Sachverhalt:

A.

Der A._____ (nachfolgend: A._____ bzw. Beschwerdeführer) ist als beitragspflichtiger Arbeitgeber der Ausgleichskasse des Kantons Bern (nachfolgend: AKB bzw. Beschwerdegegnerin) angeschlossen.

Gestützt auf den Arbeitgeberkontrollbericht vom 1. Juni 2010 (Akten der AKB, Antwortbeilage [AB] 30) verfügte die AKB am 8. September 2011 die Nachzahlung von AHV/IV/EO-Beiträgen, ALV-Beiträgen, Beiträgen an die Familienausgleichskasse sowie Verwaltungskostenbeiträgen für die Jahre 2005 bis 2008 im Betrag von insgesamt Fr. 9‘074.20 (AB 13, 18, 22 ff.). Am 27. September 2011 erhob der A._____, vertreten durch Fürsprecher C._____, Einsprache (AB 12) und stellte gleichentags ein Erlassgesuch bezüglich des Nachzahlungsbetrags (AB 11). Mit Eingabe vom 11. Februar 2015 liess der A._____, nunmehr vertreten durch Rechtsanwältin B._____, der AKB eine Einspracheergänzung zukommen (AB 4). Mit Entscheid vom 25. März 2015 (AB 2) wies die AKB die Einsprache und das Erlassgesuch ab.

B.

Hiergegen erhob der A._____, weiterhin vertreten durch Rechtsanwältin B._____, mit Eingabe vom 24. April 2015 Beschwerde und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

> Der Einspracheentscheid vom 25. März 2015 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass die von der Beschwerdegegnerin geforderten Nachtragsforderungen für die Zeit vom 1. Januar 2005 – 31. Dezember 2008 nicht geschuldet sind.
>
> Eventualiter
>
> Der Entscheid betreffend Erlassgesuch vom 25. März 2015 sei aufzuheben und es seien dem Beschwerdeführer sämtliche für die Zeit vom 1. Januar 2005 – 31. Dezember 2008 geschuldeten Nachforderungen zu erlassen.
>
> -Unter Kosten- und Entschädigungsfolge-

Mit Beschwerdeantwort vom 27. Mai 2015 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde.

Der Instruktionsrichter informierte die Parteien mit prozessleitender Verfügung vom 29. Mai 2015 darüber, dass gestützt auf eine erste Beurteilung der Akten die Eingabe vom 24. April 2015 betreffend das Erlassgesuch zunächst von der Beschwerdegegnerin als Einsprache zu behandeln wäre. Die Parteien erhielten Gelegenheit sich dazu zu äussern.

Mit Eingabe vom 10. Juni 2015 bestätigte die Beschwerdegegnerin ihre Rechtsbegehren und schloss sinngemäss darauf, das Gericht habe auf die Beschwerde gegen den Erlassentscheid einzutreten.

Mit Replik vom 10. Juli 2015 hielt der Beschwerdeführer an seinem Hauptbegehren fest und beantragte hinsichtlich des Erlassgesuchs die Weiterleitung als Einsprache an die Beschwerdegegnerin.

Mit Duplik vom 24. Juli 2015 hielt die Beschwerdegegnerin an ihrem Antrag auf Abweisung der Beschwerde fest.

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. Der Beschwerdeführer ist im vorinstanzlichen Verfahren mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb er

zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 84 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 [AHVG; SR 831.10]). 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 grundsätzlich einzutreten (vgl. jedoch E. 1.2 hiernach).

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 25. März 2015 (AB 2). Streitig und zu prüfen ist, ob die Beschwerdegegnerin für die Jahre 2005 bis 2008 zu Recht AHV/IV/EO-Beiträge, ALV-Beiträge, Beiträge an die Familienausgleichskasse sowie Verwaltungskostenbeiträge in der Höhe von insgesamt Fr. 9‘074.20 nachgefordert hat.

Nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden kann das Erlassgesuch des Beschwerdeführers vom 27. September 2011 (AB 11). Hinsichtlich des Erlassgesuchs ist der Einspracheentscheid vom 25. März 2015 (AB 2) die erste entsprechende Festlegung der Beschwerdegegnerin, weshalb kein Einspracheentscheid im Sinne von Art. 52 ATSG, sondern erst eine Verfügung nach Art. 49 ATSG vorliegt. Auf die Beschwerde kann soweit das Erlassgesuch betreffend nicht eingetreten werden.

1.3 Der Streitwert liegt unter Fr. 20'000.-- (vgl. E. 1.2 hiervor), weshalb die Beurteilung der Beschwerde in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (Art. 57 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 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 un-

selbstständiger 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).

2.2 Gestützt auf Art. 5 Abs. 4 AHVG kann der Bundesrat Sozialleistungen sowie anlässlich besonderer Ereignisse erfolgende Zuwendungen eines Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer vom Einbezug in den massgebenden Lohn ausnehmen. Art. 8 lit. a der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 31. Oktober 1947 (AHVV; SR 831.101) stellt vom massgebenden Lohn reglementarische Beiträge des Arbeitgebers an Vorsorgeeinrichtungen frei, welche die Voraussetzungen der Steuerbefreiung nach dem Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (DBG; SR 642.11) erfüllen.

2.3 Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) umfasst einerseits den Anspruch auf Schutz berechtigten Vertrauens in Zusicherungen oder sonstiges, bestimmte Erwartungen begründendes Verhalten der Behörden, sofern sich dieses auf eine konkrete, den betreffenden Bürger berührende Angelegenheit bezieht. Andererseits verbietet er sowohl den staatlichen Behörden wie auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen widersprüchlich oder rechtsmissbräuchlich zu verhalten. Rechtsmissbrauch liegt insbesondere dann vor, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Rechtsinstitut nicht schützen will (BGE 130 I 26 E. 8.1 S. 60, 127 II 49 E. 5a S. 56; Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute Bundesgericht] vom 14. Dezember 2004, H 157/04, E. 3.3.1).

Abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, welcher die Bürgerin und den Bürger in ihrem berechtigten Vertrauen auf behördliches Verhalten schützt, können falsche Auskünfte von Verwaltungsbehörden unter bestimmten Voraussetzungen eine vom materiellen Recht abweichende Behandlung der rechtsuchenden Person gebieten. Gemäss Lehre und Recht-

sprechung (BGE 131 V 472 E. 5 S. 480; SVR 2012 ALV Nr. 3 S. 7 E. 5.2) ist dies der Fall,

1. wenn die Behörde in einer konkreten Situation mit Bezug auf bestimmte Personen gehandelt hat;
2. wenn sie für die Erteilung der betreffenden Auskunft zuständig war oder wenn die rechtsuchende Person die Behörde aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte;
3. wenn die Person die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne weiteres erkennen konnte;
4. wenn sie im Vertrauen auf die Richtigkeit der Auskunft Dispositionen getroffen hat, die nicht ohne Nachteil rückgängig gemacht werden können, und
5. wenn die gesetzliche Ordnung seit der Auskunftserteilung keine Änderung erfahren hat.

Der unrichtigen Auskunft gleichgestellt ist die Unterlassung einer behördlichen Auskunft, welche gesetzlich vorgeschrieben oder nach den im Einzelfall gegebenen Umständen geboten war. Die dritte Voraussetzung lautet diesfalls: wenn die Person den Inhalt der unterbliebenen Auskunft nicht kannte oder deren Inhalt so selbstverständlich war, dass sie mit einer anderen Auskunft nicht hätte rechnen müssen (BGE 131 V 472 E. 5 S. 480; SVR 2012 ALV Nr. 3 S. 7 E. 5.2).

3.

3.1 Die Beschwerdegegnerin begründete die Nachzahlungsverfügung vom 8. September 2011 (AB 13, 18, 22 ff.) damit, dass gestützt auf den Arbeitgeberkontrollbericht vom 1. Juni 2010 (AB 30) für die Jahre 2005 bis 2008 in den der Beschwerdegegnerin gemeldeten Lohnsummen keine BVG-Beiträge enthalten gewesen seien. Dies wird vom Beschwerdeführer zwar nicht bestritten, jedoch bringt er vor, die BVG-Beiträge seien seit jeher vollumfänglich vom Arbeitgeber zur Bezahlung übernommen worden und würden damit unter den Ausnahmetatbestand von Art. 8 lit. a AHVV fallen (Beschwerde S. 5 f.).

3.2 Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass Leistungen des Arbeitgebers allein dann nach Art. 8 lit. a AHVV nicht zum massgeblichen Lohn gehören, wenn diese Leistungen verbindlich und der direkten Disposition der Arbeitgeberin entzogen, in einem Reglement vorgesehen sind (BGE 133 V 556 E. 7.4 S. 561, 137 V 321 E. 1.2.3 S. 324). Diese Voraussetzung ist eng auszulegen. Denn die ordentlichen Beiträge an die berufliche Vorsorge müssen unbesehen der hier zu führenden Diskussion der formalen Zuordnung bzw. Aufteilung geleistet werden. Auch dies ist unbestritten. Es ist damit letztlich weitgehend eine Frage der Definition, ob die ordentlichen BVG-Beiträge alle dem Arbeitgeber oder paritätisch dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer zugeordnet werden (vgl. Art. 66 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 [BVG; SR 831.40]). Läge es in der Disposition des Arbeitgebers, die Zuordnung frei zu bestimmen, wäre es diesem ein Leichtes, die Lohnkosten im Umfang der ordentlichen Beiträge an die berufliche Vorsorge umfassend der AHV/IV/EO-Beitragspflicht zu entziehen, indem er erklärt, diese würden allein von ihm getragen. Dies würde zu entsprechenden AHV/IV/EO-Beitragseinsparungen auf der Seite der Arbeitgeber führen, gleichzeitig jedoch zu einem unter Umständen leistungsrelevanten geringeren Beitrag des Arbeitnehmers an diese Vorsorgewerke. Steuerrechtlich hat das Vorgehen für den Arbeitnehmer keine Auswirkungen, da er so oder anders allein den um die BVG-Beiträge bereinigten Nettolohn zu versteuern hat.

3.3 Es ist unbestritten, dass für die Jahre 2005 bis 2008 keine reglementarische Grundlage für die vollständige Übernahme der BVG-Beiträge durch den Beschwerdeführer bestand. Dass im Kassenreglement vom 5. März 2010 unter Art. 8 (AB 13 S. 6) festgehalten wird, dass die Beiträge der Versicherten 0% der gesamten auf sie entfallenden Spar- Risiko- und Kostenbeiträge sowie der gesetzlichen Zinsaufwendungen ausmache, ändert daran nichts. Dieses Kassenreglement ist ab dem 1. Januar 2010 gültig (AB 13 S. 1) und betrifft somit einen Zeitraum nach den vorliegend umstrittenen Beitragsjahren 2005 bis 2008. Der Beschwerdeführer hat bestätigt, dass die Übernahme aller Beiträge durch den Arbeitgeber allein der stillschweigenden Praxis entsprochen habe. Soweit sich der Beschwerdeführer diesbezüglich auf BGE 137 V 321 bezieht (Beschwerde S. 5 f.),

und daraus ableitet, auch eine mündliche Abmachung genüge den Anforderungen von Art. 8 lit. a AHVV, kann ihm nicht gefolgt werden. Dem bundesgerichtlichen Entscheid sind keinerlei Anzeichen zu entnehmen, dass entgegen der konstanten Rechtsprechung das Bundesgericht auch allein mündliche, mithin nicht näher zu belegende Abmachungen genügen liesse. Im Gegenteil hat das Bundesgericht auch in diesem Entscheid auf das Erfordernis einer reglementarischen, mithin schriftlichen Grundlage hingewiesen (BGE 137 V 321 E. 4.1 S. 333). Art. 8 lit. a AHVV ist mangels einer (schriftlichen) reglementarischen Bestimmung, welche die Beitragszahlungen verbindlich und der direkten Disposition des Arbeitgebers entzogen, vollumfänglich diesem überbunden hätte, für die zur Diskussion stehenden Jahre 2005 bis 2008, nicht anwendbar. Nichts daran ändert der Umstand, dass Arbeitnehmer und Arbeitgeber angeblich stillschweigend (arbeitsvertraglich) von der geltend gemachten Regelung ausgegangen sein sollen. Es besteht keine Grundlage, um von der höchstrichterlichen Praxis abzuweichen.

3.4 Der Beschwerdeführer macht geltend, die Nachforderung der Beiträge verletze den Grundsatz von Treu und Glauben. Die Beschwerdegegnerin habe bereits seit mindestens 1998 gewusst, wie der Beschwerdeführer die BVG-Beiträge abrechne, wobei diese Berechnungsart nie bemängelt worden sei. Sämtliche Voraussetzungen des Vertrauensschutzes seien erfüllt (Beschwerde S. 6 ff.).

Es ist erstellt und unbestritten, dass ausdrückliche Zusagen durch das zuständige Organ, d.h. die Beschwerdegegnerin selbst, nie gemacht wurden. Dass die Revisionsstelle solche Zusagen gemacht hätte, wurde vom Beschwerdeführer nicht behauptet, weshalb – unabhängig von der offensichtlichen Unzuständigkeit der Revisionsstelle – auch von daher keine vertrauensbildende Auskunft auszumachen ist.

Dem Einwand des Beschwerdeführers, gestützt auf die früheren ohne Beanstandungen erfolgten Revisionen habe er von der Rechtmässigkeit seines Vorgehens ausgehen dürfen (Beschwerde S. 7, Replik S. 3) und er damit sinngemäss eine Vertrauensbildung durch Unterlassen annimmt, kann ihm nicht gefolgt werden. Die Beschwerdegegnerin bringt diesbezüglich vor, dass sie erstmals aufgrund des Arbeitgeberkontrollberichts vom 1.

Juni 2010 (AB 30) überhaupt erfahren habe, dass der Beschwerdeführer für seine Arbeitnehmer während Jahren zusätzliche beitragspflichtige Einlagen – das heisst über den paritätischen Anteil gemäss Art. 66 BVG hinaus - an Vorsorgeeinrichtungen getätigt habe (AB 2 S. 4). Der Arbeitgeberkontrollbericht für die Jahre 1993 bis 1996 (AB 32) enthält keinen Hinweis darauf, dass der Beschwerdeführer zusätzliche BVG-Beiträge übernommen hätte bzw. dies Diskussionsthema oder besonderer Prüfgegenstand gewesen wäre. Die damals zu wenig abgerechneten Lohnsummen wurden als „Lohndifferenz“ bezeichnet.

Die Arbeitgeberkontrolle für die Jahre 1997 bis 2000 (AB 31) ergab keine Differenzen, weshalb – gemäss Ausführungen der Beschwerdegegnerin – für die Jahre 2001 bis 2005 keine Arbeitgeberkontrolle durchgeführt wurde (Beschwerdeantwort S. 3). Es kann auch nicht gesagt werden, dass die Besonderheit derart offensichtlich gewesen wäre, als dass fehlende frühere Rügen als treuwidriges Verhalten der Beschwerdegegnerin zu betrachten wäre. Abgesehen davon, dass wie dargelegt, die bundesgerichtliche Rechtsprechung derart klar ist, dass vorab der Beschwerdeführer die Mängel hätte erkennen müssen. Nach dem Gesagten ist damit erstellt, dass die Beschwerdegegnerin erstmals Mitte 2010 davon erfahren hat, dass der Beschwerdeführer die BVG-Beiträge gegenüber den weiteren Sozialversicherungen als beitragsbefreit verbucht hat und dementsprechend zu wenig Beiträge verabgabt hatte.

Da von der Beschwerdegegnerin weder eine Auskunft erteilt worden ist noch eine Vertrauensbildung durch Unterlassen vorliegt, kann sich der Beschwerdeführer nicht auf Vertrauensschutz berufen und es erübrigen sich weitere Ausführungen zu den übrigen Voraussetzungen des Vertrauensschutzes.

3.5 Die konkrete Nachberechnung der Lohnsumme und der Beiträge durch die Revisionsstelle bzw. die Beschwerdegegnerin wie auch die Rechtzeitigkeit der Geltendmachung wird vom Beschwerdeführer nicht in Frage gestellt. Es bestehen keine Anzeichen für eine mangelhafte Berechnung.

3.6 Nach dem Ausgeführten ist der Einspracheentscheid vom 25. März 2015 (AB 2) betreffend die Nachzahlung nicht zu beanstanden. Die dagegen erhobene Beschwerde ist unbegründet und damit abzuweisen.

4.

4.1 Verfahrenskosten sind keine zu erheben (Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG).

4.2 Bei diesem Ausgang des Verfahrens besteht kein Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]).

Demnach entscheidet der Einzelrichter:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Die Beschwerde wird soweit das Erlassgesuch betreffend zur Behandlung als Einsprache an die Ausgleichskasse des Kantons Bern überwiesen.

3. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch eine Parteientschädigung zugesprochen.

4. Zu eröffnen (R):
   - Rechtsanwältin B._____ z.H. des Beschwerdeführers
   - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen
   - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Einzelrichter: 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.