

200 17 557 AHV  
LOU/BRM/ARJ

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil des Einzelrichters vom 9. Oktober 2017**

Verwaltungsrichter Loosli  
Gerichtsschreiber Braune

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Notar und Rechtsanwalt **B.** \_\_\_\_\_  
Beschwerdeführerin

gegen

**Ausgleichskasse HOTELA**  
Rechtsdienst, Rue de la Gare 18, Postfach 1251, 1820 Montreux 1  
Beschwerdegegnerin

betreffend Einspracheentscheid vom 10. Mai 2017



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Die A. \_\_\_\_\_, welche gemäss Handelsregistereintrag die Erstellung, den Erwerb und den Betrieb von betreuten Wohnformen sowie von Alters- und Pflegeheimen bezweckt (vgl. [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch)), vermietet in ... Seniorenwohnungen, in welchen sie zusätzlich gewisse Dienstleistungen anbietet. Unter anderem können sich die Bewohner im angeschlossenen (aber auch öffentlich zugänglichen) Restaurant ... zu vergünstigten Preisen verpflegen. Aufgrund eines Hinweises des AHV-Revisors nach im Oktober 2016 erfolgter Revision gelangte die A. \_\_\_\_\_ am 30. November 2016 an die Ausgleichskasse Hotela, bei der sie ihre AHV-Beiträge abrechnet, und erkundigte sich, ob das Abschmecken von Kochgut durch die Köche eine Naturalleistung darstelle, auf der AHV-Beiträge entrichtet werden müssten (Beschwerdebeilage [act. I] 2).

Mit Schreiben vom 26. Januar 2017 teilte die Hotela mit, dass das Abschmecken/Naschen von Kochgut als Verpflegung gelte und somit ein beitragspflichtiger Lohnbestandteil sei (act. I 3). Auf Wunsch der A. \_\_\_\_\_ (act. I 4) erliess die Hotela am 27. Februar 2017 eine Verfügung, in der sie diese Auffassung bestätigte (act. I 5). Die hiergegen von der A. \_\_\_\_\_, vertreten durch Notar und Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, am 24. März 2017 erhobene Einsprache (act. I 6) wies die Hotela mit Entscheid vom 10. Mai 2017 ab (act. I 7).

### **B.**

Mit Beschwerde vom 9. Juni 2017 lässt die A. \_\_\_\_\_, weiterhin vertreten durch Notar und Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_, beantragen, der Einspracheentscheid vom 10. Mai 2017 und damit auch die Verfügung vom 27. Februar 2017 seien aufzuheben und es sei festzustellen, dass das Naschen und Abschmecken im Betrieb der A. \_\_\_\_\_ keinen Lohnbestandteil darstelle und darauf keine AHV-Beiträge geschuldet seien, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Zur Begründung wird im Wesentlichen gel-

tend gemacht, dass das Abschmecken und Naschen ein zwingender Bestandteil der Arbeitstätigkeit eines Kochs und damit nicht Entgelt sei; Abschmecken und Naschen stellten ferner keine Verpflegung im Sinne der AHV-Gesetzgebung dar, sodass darauf keine AHV-Beiträge geschuldet seien.

In ihrer Beschwerdeantwort vom 7. Juli 2017 beantragt die Hotela die Abweisung der Beschwerde.

### **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. 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 einzutreten.

**1.2** Angefochten ist der Einspracheentscheid vom 10. Mai 2017 (act. I 7). Streitig und zu prüfen ist, ob die verfügungsweise Festlegung der Bei-

tragspflicht hinsichtlich des Abschmeckens/Naschens der zubereiteten Speisen durch die Köche des ... seitens der Beschwerdegegnerin rechtmässig erfolgt ist. Soweit die Beschwerdeführerin die Aufhebung der Verfügung vom 27. Februar 2017 (act. I 5) beantragt, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten, da der Einspracheentscheid die Verfügung ersetzt (BGE 131 V 407 E. 2.1.2.1 S. 412).

**1.3** Das dem Seniorenheim mit 36 Wohneinheiten angeschlossene – auch der Öffentlichkeit zugängliche – Restaurant ... dürfte in der Küche mit einer Belegschaft von rund sechs Personen und allenfalls einer/m Lernenden arbeiten (vgl. dazu den Schichtplan vom 6. Juni 2017; act. I 8). Der Streitwert des Verfahrens – AHV-Beiträge auf dem allenfalls als Naturallohn anzurechnenden Betrag für das Mittagessen von maximal Fr. 10.— pro Küchenmitarbeiter und Tag für ein Beitragsjahr – liegt offenkundig unter Fr. 20'000.—, 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** Die Verfügung vom 27. Februar 2017 und der diese bestätigende, hier angefochtene Einspracheentscheid beziehen sich weder auf eine bestimmte beitragspflichtige Lohnsumme noch auf ein bestimmtes Beitragsjahr oder einen bestimmten Kreis von unselbständig Erwerbstätigen. Vielmehr wird gegenüber der Beschwerdeführerin allgemein festgestellt, dass das Abschmecken und Naschen von Kochgut (künftig) als regelmässige Naturalleistung gelte und deshalb als Verpflegung im Sinne eines beitragspflichtigen Lohnbestandteils von Fr. 10.— pro Tag und Mitarbeiter zu qualifizieren sei. Dabei wird unpräzise teilweise von Köchen und teilweise vom weitergehenden Begriff der Küchenangestellten gesprochen, sodass unklar bleibt, welchen Kreis von Angestellten des Restaurants ... dies letztlich betrifft.

Beim vorliegend angefochtenen Rechtsakt handelt es sich um einen Feststellungsentscheid. Zu prüfen ist somit zunächst, ob der Erlass eines Feststellungsentscheides unter den gegebenen Umständen zulässig war oder nicht.

**2.2** Dem Begehren um Erlass einer Feststellungsverfügung ist zu entsprechen, wenn die gesuchstellende Person ein schützenswertes Interesse glaubhaft macht (Art. 49 Abs. 2 ATSG).

Unter dem schützenswerten Interesse gemäss Art. 49 Abs. 2 ATSG ist – analog zu Art. 25 Abs. 2 i.V.m. Art. 5 Abs. 1 lit. b VwVG – rechtsprechungsgemäss ein rechtliches oder tatsächliches und aktuelles Interesse an der sofortigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses zu verstehen, dem keine erheblichen öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, und welches nicht durch eine rechtsgestaltende Verfügung gewahrt werden kann (BGE 130 V 388 E. 2.4 S. 391). Der Begriff des schutzwürdigen Interesses ist dabei in gleicher Weise auszulegen wie bei der Anwendung der Vorschriften über die Beschwerdelegitimation gemäss Art. 89 Abs. 1 lit. c BGG (BGE 114 V 201 E. 2c S. 202).

Der Erlass einer Feststellungsverfügung ist dann unzulässig, wenn die Verwaltung die Möglichkeit hat, die Rechtsbeziehung direkt durch eine rechtsgestaltende Verfügung zu ordnen (Prinzip der Subsidiarität; BGE 122 V 28 E. 2b S. 30).

Nach der Rechtsprechung zu Art. 49 Abs. 2 ATSG gilt das Erfordernis des schützenswerten Interesses auch für den Erlass von Feststellungsverfügungen, welche ein Hoheitsträger nicht auf Ersuchen, sondern von Amtes wegen erlässt (BGE 130 V 388 E. 2.4 S. 392).

Feststellungsverfügungen haben – gleich wie Gestaltungs- und Leistungsverfügungen – stets individuelle und konkrete Rechte und Pflichten, d.h. Rechtsfolgen zum Gegenstand. Auch mit Feststellungsverfügungen können mithin nur Rechtsfragen geklärt, nicht aber Tatsachenfeststellungen getroffen werden. Nicht feststellungsfähig ist namentlich auch eine abstrakte Rechtslage, wie sie sich aus einem Rechtssatz für eine Vielzahl von Personen oder Tatbeständen ergibt (SVR 2010 KV Nr. 7 S. 30 E. 2.1.2). Fer-

ner werden mit behördlichen Zusicherungen, Auskünften, Empfehlungen oder Belehrungen keine Rechtsfolgen verbindlich festgelegt; solche Mitteilungen stellen demnach keine Verfügungen dar und sind folglich nicht anfechtbar (BGE 130 V 388 E. 2.5 S. 392).

**2.3** Die sich vorliegend stellende Rechtsfrage, namentlich, ob das Abschmecken und Naschen von zubereiteten Speisen als beitragspflichtiger Naturallohn zu qualifizieren ist, hätte nach dem Subsidiaritätsprinzip (vgl. E. 2.2. 3. Absatz hiavor) ohne weiteres mit einer rechtsgestaltenden Beitragsverfügung geregelt und gegebenenfalls einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden können und müssen. Ein schützenswertes Interesse am Erlass einer Feststellungsverfügung ist weder auf Seiten der Beschwerdeführerin noch auf Seiten der Beschwerdegegnerin auszumachen. Zwar hat das Bundesgericht (BGer) vor längerer Zeit im Zusammenhang mit der beitragsrechtlichen Qualifikation von Lohnbestandteilen schon Feststellungsverfügungen zugelassen (vgl. ULRICH MEYER-BLASER in Sozialversicherungsrechtstagung 2007 der Uni St. Gallen, S. 35 ff. N. 61). Diese Praxis wurde indessen durch die spätere gefestigte Rechtsprechung (vgl. E. 2.2 hiavor), wonach bei der Feststellungsverfügung immer der Vorbehalt des Erlasses einer gestaltenden Verfügung besteht, nicht bestätigt. Auf die frühere Praxis braucht deshalb auch nicht weiter eingegangen zu werden.

Überdies haben auch Feststellungsverfügungen stets individuell-konkrete Rechte und Pflichten, d.h. Rechtsfolgen zum Gegenstand und können nicht – wie es die Hotela vorliegend getan hat – eine abstrakte Rechtslage, wie sie in einem Rechtssatz für eine Vielzahl von Personen und Tatbeständen geregelt ist, ohne jegliche Differenzierung und Konkretisierung regeln (vgl. BGE 130 V 388 E. 2.5 S. 392).

Nach dem Gesagten handelt es sich beim angefochtenen Einspracheentscheid – wie bereits bei der Verfügung vom 27. Februar 2017 – um einen unzulässigen Feststellungsentscheid, welcher von Amtes wegen aufzuheben ist (BGE 129 V 289 E. 3.3 f. S. 292; AHI 2004 S. 119 E. 3.3). Zur Wahrung ihrer Rechte war die Beschwerdeführerin gehalten, den Einspracheentscheid mittels Beschwerde gerichtlich überprüfen zu lassen. Die Beschwerde ist dementsprechend gutzuheissen.

### **3.**

**3.1** Der Einspracheentscheid erweist sich indessen auch bei materieller Prüfung als nicht rechtmässig.

**3.2** 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).

Erfasst werden grundsätzlich alle Einkünfte, die im Zusammenhang mit einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen und ohne dieses nicht geflossen wären. Umgekehrt unterliegen grundsätzlich nur Einkünfte, die tatsächlich geflossen sind, der Beitragspflicht (BGE 138 V 463 E. 6.1 S. 469).

**3.3** Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, dass das hier zur Diskussion stehende Abschmecken und Naschen einer (im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zur Verfügung gestellten) Verpflegung gleichzusetzen sei; vergleichbar sei dies etwa mit Betreuer/innen in Kinderkrippen, die ihre Mahlzeit während der Arbeitszeit einnehmen würden. Diese Verpflegung sei gemäss der Stellungnahme des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) vom 24. Oktober 2016 (vgl. Akten der Hotela [act. II] A1) gestützt auf Art. 11 AHVV als gesetzliche Vermutung mit einem Betrag von Fr. 10.— pro Essen als beitragspflichtiger Naturallohn anzurechnen; den Beitragspflichtigen stehe es indessen offen, diese Vermutung durch entsprechende Belege zu widerlegen.

Mit dieser Argumentation nimmt die Hotela offenkundig an, dass in Gastrobetrieben beschäftigte Köche und andere Küchenangestellte – ohne dass es hierfür einer entsprechenden arbeitsrechtlichen Regelung bedürfte – mittels des während der Arbeitszeit vorgenommenen Abschmeckens bzw.

Naschens der zubereiteten Speisen grundsätzlich durch den Arbeitgeber verpflegt werden, was vorbehältlich eines Gegenbeweises beitragsrechtlich relevant sei.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden: Offensichtlich ist, dass das Naschen und Abschmecken von zubereiteten Speisen zur eigentlichen Tätigkeit eines Kochs gehört, ohne die er seinen Beruf nicht fachgerecht ausüben kann. Entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin zielt das Verkosten und Naschen nicht darauf ab, sich im Sinne einer (Haupt-)Mahlzeit zu verpflegen. Vielmehr dient dies der Qualitätskontrolle und bildet insofern einen unverzichtbaren Bestandteil der Berufsausübung. Damit ist – analog zu den berufsbedingten Unkosten – ein Kausalzusammenhang sowie eine objektive Notwendigkeit für die Lohnerzielung zur beruflichen Tätigkeit gegeben, die dem unselbständigen Erwerbstätigen nicht als Lohnbestandteil (Naturallohn) anzurechnen ist. Hinsichtlich dieses kausalen und zwingenden Zusammenhangs unterscheidet sich die Tätigkeit eines Kochs von derjenigen von Krippenmitarbeitenden, deren zentrale Aufgabe darin besteht, die Kinder fachgerecht zu betreuen. Dafür ist es nicht zwingend erforderlich, sich während der Betreuungszeit (Arbeitszeit) zu verpflegen. Die Betreuenden könnten sich durchaus auch so organisieren, dass sie ihre Mahlzeiten im Wechsel alleine zu sich nehmen oder die Kinder während deren Essenszeit betreuen, ohne sich selber zu verpflegen. Beim Koch ist dies im oben dargelegten Sinn ausgeschlossen.

Darüber hinaus erscheint es als unverhältnismässig, wenn die im Rahmen des Abschmeckens und Naschens aufgenommenen, in aller Regel bloss kleinen Mengen an Nahrungsmitteln als Mahlzeit gewertet und pauschal mit einem Mittagessen im Wert von Fr. 10.— (gemäss Art. 11 AHVV) gleichgesetzt würden. Dies zumal von Seiten der Ausgleichskasse nicht differenziert wurde, ob überhaupt und wenn ja in welchem Umfang die einzelnen in der Küche beschäftigten Mitarbeiter Speisen abschmecken oder davon naschen.

Zusammenfassend erweist sich die pauschale Anrechnung von täglichen Verpflegungskosten in Höhe von Fr. 10.— als beitragspflichtiges

Naturaleinkommen hinsichtlich der vorliegend fraglichen Handlungen als nicht haltbar.

Die Beschwerde wäre deshalb auch bei materieller Prüfung gutzuheissen und der angefochtene Einspracheentscheid aufzuheben.

#### **4.**

**4.1** In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

**4.2** Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung. Diese wird nach den Grundsätzen von Art. 61 lit. g ATSG festgesetzt. Die Kostennote von Notar und Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ vom 22. August 2017 erscheint mit Blick auf ähnlich gelagerte Fälle hinsichtlich des geltend gemachten Zeitaufwandes von 15 Stunden als zu hoch. Angesichts der sich stellenden, nicht sehr komplexen Rechtsfrage sowie der hierfür zu sichten- den Unterlagen ist ein zeitlicher Aufwand von höchstens 10 Stunden als geboten zu betrachten. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführe- rin somit Parteikosten, gerichtlich festgesetzt auf Fr. 2'500.— (Honorar) zuzüglich Auslagen von Fr. 78.60 und 8% Mehrwertsteuer auf dem sich ergebenden Betrag, insgesamt Fr. 2'784.90, zu ersetzen.

#### **Demnach entscheidet der Einzelrichter:**

1. Soweit darauf einzutreten ist, wird die Beschwerde gutgeheissen und der Einspracheentscheid vom 10. Mai 2017 ersatzlos aufgehoben.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin eine Parteienschädigung in Höhe von Fr. 2'784.90 zu bezahlen.

4. Zu eröffnen (R):

- Notar und Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. der Beschwerdeführerin
- Ausgleichskasse HOTELA
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Einzelrichter:

Der Gerichtsschreiber:

**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.