

200 20 799 AHV
JAP/ISD/SCY/ARJ

Verwaltungsgericht des Kantons Bern
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Urteil vom 28. Januar 2021

Verwaltungsrichter Jakob, Kammerpräsident
Verwaltungsrichterin Fuhrer
Gerichtsschreiber Isliker

A. _____ AG
Beschwerdeführerin

gegen

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

betreffend Einspracheentscheid vom 30. September 2020 (Referenz:
289186)



Sachverhalt:

A.

Die A. _____ AG (A. _____ bzw. Beschwerdeführerin) ist bei der Ausgleichskasse des Kantons Bern (AKB bzw. Beschwerdegegnerin) als Arbeitgeberin angeschlossen. Am 15. Januar 2014 respektive am 19. Oktober 2018 fanden ordentliche Arbeitgeberkontrollen für die Perioden 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2012 bzw. 1. Januar 2014 bis 31. Dezember 2017 statt (Akten der AKB, Antwortbeilage [AB] 6 f.). Im Nachgang zu einem steuerrechtlichen Urteil der Verwaltungsrechtlichen Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 5. März 2019 (100/2016/39) betreffend einen ehemaligen Verwaltungsrat der A. _____ zeigte die AKB der A. _____ mit E-Mail vom 15. Mai 2020 (AB 13) die vorgesehene nochmalige Prüfung der Periode 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2018 an. Hierfür verweigerte die A. _____ die Mitwirkung (vgl. AB 12, 15). Mit Schreiben vom 9. Juni 2020 (AB 10) bzw. mit Verfügung vom 22. Juli 2020 (AB 5) forderte die AKB die A. _____ zur Mitwirkung und zur fristgemässen Vereinbarung eines verbindlichen Revisionstermins mit der Revisionsstelle der Ausgleichskassen, Genossenschaft für Arbeitgeberkontrollen (RSA), auf. Die hiergegen erhobene Einsprache vom 7. September 2020 (AB 4) wies die AKB unter Ansetzung einer neuen Mitwirkungsfrist mit Entscheidung vom 30. September 2020 (AB 2) ab.

B.

Hiergegen erhob die A. _____ mit Eingabe vom 26. Oktober 2020 Beschwerde und beantragte sinngemäss, der Einspracheentscheid sei aufzuheben.

Mit Beschwerdeantwort vom 25. November 2020 schloss die Beschwerdegegnerin auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Erwägungen:

1.

1.1 Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen. Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (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 vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [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 vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.2 Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 30. September 2020 (AB 2). Streitig und zu prüfen ist die Zulässigkeit einer erneuten Arbeitgeberkontrolle durch die von der Beschwerdegegnerin beauftragte externe Revisionsstelle betreffend den Zeitraum vom 1. Januar 2009 bis 31. Dezember 2018.

1.3 Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). Sie beurteilen offensichtlich begründete oder offensichtlich unbegründete Fälle in Zweierbesetzung (Art. 56 Abs. 3 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 Ausgleichskassen haben die ihnen angeschlossenen Arbeitgeber periodisch auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen hin zu kontrollieren. Die Kontrolle hat sich auf diejenigen Unterlagen zu erstrecken, welche zur Vornahme dieser Prüfung erforderlich sind und hat durch eine qualifizierte Revisionsstelle zu erfolgen (Art. 68 Abs. 2 f. AHVG; Art. 162 f. der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV]).

2.2 Der Kassenleiter oder die Kassenleiterin ist verantwortlich für die Anordnung der Kontrollen an Ort und Stelle und für die Festlegung der Kontrollperioden. Er oder sie beachtet dabei insbesondere das Ergebnis der letzten Kontrolle sowie die permanente Risikobeurteilung des jeweiligen Arbeitgebers. Dem Arbeitgeber ist die Kontrolle rechtzeitig anzukündigen (Art. 162 Abs. 3 AHVV). Die Kontrollperioden werden gemäss dem Kreisreiben des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) an die Ausgleichskassen über die Kontrolle der Arbeitgeber (KAA) in Abhängigkeit der betrieblichen Lohnsummen sowie aufgrund der laufenden Risikoüberwachung festgelegt (vgl. Rz. 2001 ff. und 2017 ff. KAA; zur Bedeutung von Verwaltungsweisungen: BGE 145 V 84 E. 6.1.1 S. 87, 144 V 195 E. 4.2 S. 198; SVR 2019 IV Nr. 43 S. 138 E. 3).

Die Ausgleichskassen entscheiden aufgrund der Erkenntnisse aus der laufenden Risikoüberwachung über die Notwendigkeit einer Verkürzung der Kontrollfrist. Diese Massnahme ist insbesondere angezeigt, wenn die Lohnunterlagen bzw. Lohnbescheinigungen nicht erhältlich, mangelhaft ausgefüllt oder nicht plausibel sind, die Zahlungsmoral sich verschlechtert oder andere Umstände bekannt werden, welche auf Mängel in der Abrechnung schliessen lassen (Rz. 2019 KAA).

2.3 Die Arbeitgeber sind gehalten, alles zu tun, um die Kontrolle zu erleichtern. Sie haben den Kontrollstellen Einsicht in ihre Bücher und Belege zu gewähren und alle Aufschlüsse zu erteilen, die zur Erfüllung der Revisions- und Kontrollpflichten erforderlich sind (Art. 51 Abs. 3 AHVG; Art. 209 Abs. 1 AHVV; vgl. Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; heute: Bundesgericht] vom 26. November 2002, H 232/01, E. 3.4 mit

Hinweisen). Der Arbeitgeber ist namentlich verpflichtet, die Weisungen zu befolgen, die Revisoren zu empfangen, Auskunft zu erteilen, bei der Kontrolle mitzuwirken und die notwendigen Unterlagen bereitzustellen (Rz. 1004 KAA).

2.4 Eine allfällige Verfügung, mit der die Ausgleichskasse eine Arbeitgeberkontrolle anordnet, kann vom Arbeitgeber auf dem Rechtsweg angefochten werden. Insbesondere kann sich der Betroffene gegen den mit der Arbeitgeberkontrolle betrauten Revisor, bzw. die Revisionsstelle mit der Begründung wenden, dass der Revisor ihm gegenüber befangen ist (Rz. 1005 KAA; vgl. ZAK 1965 S. 99 E. 2).

3.

3.1 Vorab ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin keine Befangenheit der mit der Arbeitgeberkontrolle beauftragten externen Revisionsstelle (RSA) bzw. des zuständigen Revisors (B._____) geltend macht (vgl. Art. 68 Abs. 3 AHVG; Art. 167 AHVV; E. 2.4 hiervor) und auch keine Gründe nennt, die Zweifel an deren fachlichen Eignung zu wecken vermöchten (vgl. Art. 68 Abs. 2 Satz 2; Art. 166 Abs. 1 AHVV; Rz. 1001 ff. der Weisung des BSV an die Revisionsstellen über die Durchführung der Arbeitgeberkontrollen [WRA]). Derartige Ablehnungsgründe ergeben sich auch nicht aus den Akten und hätte ausserdem unverzüglich geltend gemacht werden müssen (vgl. BGE 143 V 66 E. 4.3 S. 69 f.).

3.2 Gemäss Art. 68 Abs. 1 AHVG sind die der Ausgleichskasse angeschlossenen Arbeitgeber periodisch auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen hin zu kontrollieren (vgl. E. 2.1 hiervor). Damit besteht eine hinreichende gesetzliche Grundlage für die Vornahme einer Arbeitgeberkontrolle. Eine Bestimmung, die eine wiederholte Kontrolle desselben Zeitraumes mit einem angepassten Risikofokus untersagen würde, ergibt sich weder aus dem Gesetz respektive der Verordnung, noch den einschlägigen Verwaltungsweisungen. Seit Oktober 2007 schreibt die AHVV zudem nicht mehr vor, in welchem Abstand die Kontrollen in der Regel zu erfolgen haben (vgl. Art. 162 Abs. 1 der Änderung vom 17. Oktober 2007 [AS 2007 5125]). Beim Vollzug des AHVG kommt dem BSV und den Ausgleichskas-

sen diesbezüglich mithin ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Dieser wird sodann dahingehend konkretisiert, als bei der Festlegung der Kontrollperioden insbesondere das Ergebnis der letzten Kontrolle(n) sowie die permanente Risikobeurteilung des jeweiligen Arbeitgebers zu beachten sind (vgl. E. 2.2 hiervor; Rz. 2019 KAA; Rz. 3001 WRA). Falls beim Arbeitgeber entdeckte Umstände auf erhebliche Mängel in der Abrechnung schliessen lassen, ist spätestens innerhalb der kürzesten Kontrollfrist von fünf Jahren eine Arbeitgeberkontrolle durchzuführen (vgl. Rz. 2020 KAA). Wie nachfolgend aufgezeigt, liegen solche Umstände hier vor (vgl. E. 3.3 hiernach).

3.3 Mit VGE 100/2016/39 (= BVR 2019 S. 344), hielt das Verwaltungsgericht des Kantons Bern zur finanziellen Situation eines ehemaligen Verwaltungsrats der Beschwerdeführerin, der für diese von 2006 bis 2017 als solcher tätig war (hiervon mindestens zwei Jahre gleichzeitig als Präsident des Verwaltungsrats, Geschäftsführer und Alleinaktionär; vgl. a.a.O., E. 4.1), folgendes fest: Die Ergebnisse der Buchprüfung liessen vermuten, dass dieser seine leitende Stellung innerhalb der Beschwerdeführerin über Jahre ausgenützt habe, um sich in grossem Umfang geldwerte Leistungen zukommen zu lassen, die nicht auf dem Lohnausweis aufgeführt seien und damit von den Steuerbehörden nicht ohne weiteres als Einkommen erkannt werden konnten (a.a.O., E. 6.1). Diese Umstände nähren den Verdacht, dass die Abrechnung der Löhne für den hier massgebenden Zeitraum Unstimmigkeiten enthalten könnte, weshalb sich nicht nur eine Verkürzung der Kontrollfrist bzw. das umgehende Durchführen einer Arbeitgeberkontrolle (vgl. E. 3.2 hiervor), sondern – wie von der Beschwerdegegnerin zutreffend dargelegt (vgl. Beschwerdeantwort, S. 1 Ziff. 1) – auch eine neuerliche Überprüfung der bereits kontrollierten Perioden von 2009 bis 2012 (vgl. AB 7) und 2014 bis 2017 (vgl. AB 6) mit einem entsprechend angepassten Risikofokus rechtfertigt. Arbeitgeberkontrollen entfalten zudem keine materielle Rechtskraft (vgl. UELI KIESER, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum AHVG, 4. Aufl. 2020, Art. 68 N. 1), weshalb deren Ergebnisse der Ausgleichskasse ohnehin nicht entgegengehalten werden können. Folglich vermag alleine der Umstand, dass ein Teil der Geschäftsjahre bereits im Rahmen früherer Arbeitgeberkontrollen überprüft wurde, eine neuerliche Prüfung nicht auszuschliessen.

Hieran ändert auch die von der Beschwerdeführerin aufgeworfene Festsetzungsverjährung nichts (vgl. Beschwerde S. 2; Art. 16 Abs. 1 Satz 1 AHVG). Zwar soll grundsätzlich lediglich die unverjährte Beitragsperiode Gegenstand der Arbeitgeberkontrolle bilden (Art. 163 Abs. 2 AHVV; Rz. 3002 WRA), eine zeitliche Ausdehnung ist indes unter anderem dann angezeigt, wenn Sachverhalte offensichtlich nicht korrekt abgerechnet wurden (vgl. Rz. 3003 WRA), wofür vorliegend verschiedene Anhaltspunkte bestehen. Die Verjährung einer Nach- bzw. Schadenersatzforderung die aus einer strafbaren Handlung oder der Arbeitgeberhaftung hergeleitet wird, kann sich denn auch nach den einschlägigen Bestimmungen des Straf- bzw. Obligationenrechts richten (vgl. Art. 16 Abs. 1 Satz 3 und Art. 52 Abs. 3 AHVG) und die Festsetzungsverjährung von fünf Jahren bisweilen (deutlich) übersteigen. Ein allfälliges Vorliegen solcher Konstellationen lässt sich nur im Rahmen einer erneuten Überprüfung der betroffenen Beitragsjahre zuverlässig beurteilen.

3.4 Soweit die Beschwerdeführerin einen nicht zumutbaren Aufwand geltend macht (vgl. Beschwerde S. 3), ist dies nicht ansatzweise begründet oder belegt. Der mit der erneuten Kontrolle verbundene Aufwand für die Beschwerdeführerin stellt mit Blick auf ihre umfassende gesetzliche Mitwirkungspflicht (vgl. E. 2.3 hiervor) kein Hinderungsgrund dar. Sie hat folglich die angeordnete Kontrolle zu ermöglichen und dabei mitzuwirken. Eine rechtzeitige Anzeige der anstehenden Revision (vgl. Art. 162 Abs. 3 Satz 3 AHVV; Rz. 2004 WRA) ist schliesslich wiederholt erfolgt (vgl. AB 5; Akten der Beschwerdeführerin, Beschwerdebeilage 3).

3.5 Zusammenfassend ist das Vorgehen der Beschwerdegegnerin nicht zu beanstanden und die Beschwerde daher als offensichtlich unbegründet abzuweisen. Nachdem die in der Verfügung vom 22. Juli 2020 (AB 5) bzw. im angefochtenen Einspracheentscheid vom 30. September 2020 (AB 2) festgesetzten Termine ungenutzt verstrichen sind, rechtfertigt sich zur Verhinderung weiterer Verzögerungen das Ansetzen neuer Fristen. Die Beschwerdeführerin ist deshalb zu verpflichten, mit der externen Revisionsstelle innert 30 Tagen einen verbindlichen Revisionstermin (Durchführungszeitpunkt innert 60 Tagen) zu vereinbaren. Diesbezüglich ist zudem darauf hinzuweisen, dass einer allfälligen Beschwerde an das Bun-

desgericht grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung zukommt (vgl. Art. 103 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110]).

4.

4.1 In Anwendung von Art. 1 Abs. 1 AHVG i.V.m. aArt. 61 lit. a ATSG in der bis 31. Dezember 2020 gültig gewesenen und hier anwendbaren Fassung (vgl. Art. 83 ATSG) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

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

Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen und die A. _____ AG verpflichtet, mit der externen Revisionsstelle innert 30 Tagen einen verbindlichen Revisionsstermin (Durchführungszeitpunkt innert 60 Tagen) zu vereinbaren.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteienschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
 - A. _____ AG
 - Ausgleichskasse des Kantons Bern, Abteilung Beiträge und Zulagen
 - Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Kammerpräsident:

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.