

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 11. Juli 2019**

Verwaltungsrichter Knapp, Kammerpräsident  
Verwaltungsrichter Furrer, Verwaltungsrichter Kölliker  
Gerichtsschreiberin Tomic

**A.** \_\_\_\_\_

Kläger

gegen

**Pensionskasse B.** \_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. C. \_\_\_\_\_

Beklagte

betreffend Klage vom 20. Juni 2018



## **Sachverhalt:**

### **A.**

Der 1959 geborene A. \_\_\_\_\_ (Kläger) ist als selbständigerwerbender ... in ... tätig und Mitglied im Verband D. \_\_\_\_\_ (Klagebeilagen [KB] 2 und 6). Er stellte am 8. Juni 2018 sowie telefonisch am 11. Juni 2018 ein Gesuch um freiwillige Versicherung bei der Pensionskasse B. \_\_\_\_\_ (Pensionskasse resp. Beklagte) ab dem 1. Juli 2018 (vgl. KB 3). Mit Schreiben vom 12. Juni 2018 (KB 3) beschied ihm die Pensionskasse, dass sie ihn nicht als Neuanschluss aufnehmen könne, da er das 54. Altersjahr bereits erreicht habe. Auch mit Blick auf die Anstellung einer neuen Arbeitnehmerin mit Jahrgang 1988 ab dem 1. Juli 2018 entspreche die Altersstruktur des Unternehmens nicht den Annahmerichtlinien der Pensionskasse. Sie lehnte deshalb die Aufnahme des Klägers samt Personal ab. Am 20. Juni 2018 reichte A. \_\_\_\_\_ eine Eintrittsmeldung betreffend seine Tochter E. \_\_\_\_\_ (Jg. 1988) ein, welche per 1. Juli 2018 eine Anstellung mit einem Jahreseinkommen von Fr. 26'000.-- bei einem Arbeitspensum von 40 % bei ihm antreten werde (KB 2).

### **B.**

Am 20. Juni 2018 erhob A. \_\_\_\_\_ gegen die Pensionskasse Klage. Er stellt folgende Rechtsbegehren:

- Die Beklagte sei zu verurteilen, den Kläger und dessen Tochter E. \_\_\_\_\_ per 1. Juli 2018 in die Pensionskasse aufzunehmen.
- Die Beklagte sei im Sinne einer vorsorglichen Massnahme gemäss Art. 27 ff. des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) zu verurteilen, den Kläger und dessen Tochter E. \_\_\_\_\_ per 1. Juli 2018 bereits provisorisch in die Pensionskasse aufzunehmen.

- Eventualiter sei die Beklagte zum Ersatz des Schadens zu verurteilen, der dem Kläger ab dem 1. Juli 2018 bis zur Überweisungsmöglichkeit des Freizügigkeitsguthabens entsteht.

Mit Klageantwort vom 26. Juli 2018 schliesst die Beklagte, vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. C. \_\_\_\_\_, auf Abweisung der Klage und des Verfahrensantrages auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme (provisorische Aufnahme).

Mit prozessleitender Verfügung vom 12. Dezember 2018 wies der Instruktionsrichter den in der Klage gestellten Antrag auf Erlass einer vorsorglichen Massnahme resp. auf provisorische Aufnahme in die Pensionskasse ab.

Am 28. Dezember 2018 reichte der Kläger eine Stellungnahme ein, welche der Beklagten mit prozessleitender Verfügung vom 3. Januar 2019 zur Kenntnis gebracht wurde.

Am 10. Mai 2019 fand eine nichtöffentliche Urteilsberatung gemäss Art. 56 Abs. 5 bzw. 6 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) i.V.m. Art. 37 Abs. 1 lit. b des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege (VRPG; BSG 155.21) statt.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern ist als einzige kantonale Instanz sachlich und funktionell zuständig zur Beurteilung des mit Klage vom 20. Juni 2018 geltend gemachten Anspruchs (Art. 73 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvor-

sorge [BVG; SR 831.40] i.V.m. Art. 87 lit. c VRPG und Art. 54 Abs. 1 lit. a GSOG). Gerichtsstand ist nach Art. 73 Abs. 3 BVG der schweizerische Sitz oder Wohnsitz des Beklagten oder der Ort des Betriebes, bei dem die versicherte Person angestellt wurde. Dabei kommt es für den Wahlgerichtsstand nicht darauf an, ob die Vorsorgeeinrichtung, der Arbeitgeber oder die versicherte Person klagende Partei ist (SVR 2006 BVG Nr. 17 S. 62 E. 2.3). Der Sitz der Beklagten liegt im Kanton Bern (vgl. Art. 1 Abs. 1 des ab 1. Januar 2017 gültigen Reglements der Beklagten [fortan: Reglement; KB 4 S. 2]), womit das angerufene Gericht zur Behandlung der Klage örtlich zuständig ist. Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt. Namentlich ist die Klage formgerecht eingelangt (Art. 32 VRPG) und die am Verfahren Beteiligten sind partei- sowie prozessfähig. Auf die Klage ist einzutreten.

**1.2** Aufgrund des im Recht der beruflichen Vorsorge auf kantonaler Ebene vorgeschriebenen Klageverfahrens ergibt sich der Streitgegenstand einzig aus den Rechtsbegehren der Klage, und allenfalls, soweit zulässig, der Widerklage. Innerhalb des Streitgegenstandes ist das Berufsvorsorgegericht in Durchbrechung der Dispositionsmaxime an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 84 Abs. 3 VRPG; vgl. auch BGE 135 V 23 E. 3.1 S. 26). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch des Klägers, sich bei der Beklagten als Selbständigerwerbender freiwillig versichern zu lassen bzw. als Arbeitgeber zusammen mit seiner Tochter und Arbeitnehmerin E.\_\_\_\_\_ der Pensionskasse angeschlossen zu werden.

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG).

## **2.**

**2.1** Der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, muss eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). Verfügt der Arbeitgeber nicht bereits über eine Vorsorgeeinrichtung, so wählt er eine solche im Einverständnis mit seinem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung (Art. 11 Abs. 2 BVG).

**2.2** Arbeitnehmer und Selbständigerwerbende, die der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt sind, können sich nach diesem Gesetz freiwillig versichern lassen (Art. 4 Abs. 1 BVG). Nach Art. 4 Abs. 2 BVG gelten die Bestimmungen über die obligatorische Versicherung sinngemäss für die freiwillige Versicherung.

**2.2.1** Gemäss Art. 44 Abs. 1 BVG können sich Selbständigerwerbende bei der Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes oder ihrer Arbeitnehmer versichern lassen. Wer sich nicht bei einer Vorsorgeeinrichtung versichern lassen kann, ist berechtigt, sich bei der Auffangeinrichtung versichern zu lassen (Art. 44 Abs. 2 BVG).

**2.2.2** Für die Risiken Tod und Invalidität darf ein Vorbehalt aus gesundheitlichen Gründen für höchstens drei Jahre gemacht werden (Art. 45 Abs. 1 BVG).

**2.2.3** Die Auffangeinrichtung ist eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 60 Abs. 1 BVG). Sie ist verpflichtet, unter anderem Arbeitgeber auf deren Begehren anzuschliessen und Personen als freiwillige Versicherte aufzunehmen (Art. 60 Abs. 2 lit. b und c BVG).

**2.2.4** Wer sich nach dem BVG freiwillig versichern lassen will, muss dies der Auffangeinrichtung oder einer anderen zuständigen Vorsorgeeinrichtung beantragen (Art. 28 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2; SR 831.441.1]).

## **2.3**

**2.3.1** Grundlage der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Vorsorgeeinrichtung bildet der Anschluss des Arbeitgebers an eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 11 BVG). Der Anschluss des Arbeitgebers erfolgt durch Abschluss eines entsprechenden Vertrags mit der Vorsorgeeinrichtung (sog. Anschlussvertrag). Der Anschlussvertrag ist (ebenso wie bei der freiwilligen beruflichen Vorsorge eines Selbständigerwerbenden) ein Innominatvertrag, d.h. ein Vertrag sui generis, dessen Abschluss nach den Regeln des OR erfolgt und der nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist (HÜRZELER/BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in ULRICH

MEYER [Hrsg.], Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Band XIV, Soziale Sicherheit, 3. Aufl. 2016, S. 2102 N. 107; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, S. 138 N. 405 f.).

**2.3.2** Das Rechtsverhältnis zwischen einer Vorsorgeeinrichtung und dem Vorsorgenehmer im Bereich der freiwilligen beruflichen Vorsorge Selbständigerwerbender wird nicht durch einen Versicherungsvertrag im Sinne des Bundesgesetzes vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1), sondern durch einen sogenannten Vorsorgevertrag begründet, der als Innominatskontrakt (*sui generis*) zu bezeichnen ist. Als solcher untersteht er in erster Linie den allgemeinen Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (OR; SR 220). Das Reglement stellt den vorformulierten Inhalt des Vorsorgevertrages bzw. dessen Allgemeine Bedingungen dar, denen sich der Versicherte ausdrücklich oder durch konkludentes Verhalten unterzieht; gegebenenfalls können individuelle Abmachungen hinzutreten (Entscheid des Bundesgerichts [BGer] vom 10. Februar 2015, 9C\_377/2014, E. 3.3.1).

### **3.**

**3.1** Zunächst ist der Anspruch des Klägers auf Aufnahme als Selbständigerwerbender in die freiwillige Versicherung der Beklagten zu prüfen.

**3.1.1** Die Selbständigerwerbenden, die sich freiwillig nach den BVG-Minimalvorschriften versichern lassen wollen, sind primär an die Vorsorgeeinrichtungen ihrer Berufsbranche und jene ihrer allfälligen Arbeitnehmer verwiesen; die Versicherungsmöglichkeit bei der Auffangeinrichtung besteht nur subsidiär (vgl. E. 2.2.1 und 2.2.3 f. hiavor; KASPAR SANER, Das Vorsorgeverhältnis in der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge, 2012, S. 144 f.).

Der Kläger beschäftigte bis anhin kein Personal, weshalb er sich nach Art. 44 Abs. 1 und 2 BVG allein bei einer Vorsorgeeinrichtung seines Berufs oder bei der Auffangeinrichtung versichern lassen kann (vgl. E. 2.2.1 hiavor; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Kommentar zum BVG und FZG, 3. Aufl. 2013, S. 156 N. 3). Die Beklagte ist eine (wenn auch nicht eine rei-

ne) Verbandsvorsorgeeinrichtung (vgl. Klageantwort, S. 9 Ziff. 9; zum Begriff der Verbandsvorsorgeeinrichtung: VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 156 N. 5). Deren Reglement (KB 4) sieht in Art. 3 Abs. 1 lit. a vor, dass selbständigerwerbende Mitglieder des Gründerverbandes oder stammend aus einer verwandten Berufsgruppe sowie Firmen in die Pensionskasse aufgenommen werden (reglementarische Beitrittsmöglichkeit). Als Mitglied im Verband D.\_\_\_\_\_ erfüllt der Kläger somit unbestrittenermassen die vom Reglement geforderten persönlichen Voraussetzungen, um in die beklagte Vorsorgeeinrichtung aufgenommen zu werden. Strittig und zu prüfen ist nachfolgend, wie das Vorsorgeverhältnis zustande kommt bzw. ob die Beklagte befugt ist, den Kläger abzulehnen.

**3.1.2** Bei einer selbständigerwerbenden Person steht es in ihrem Belieben, ob sie ein Vorsorgeverhältnis eingehen will (vgl. Art. 4 Abs. 1 BVG). Mit anderen Worten herrscht bei diesen Rechtsverhältnissen Abschlussfreiheit auf Seiten der versicherbaren Personen. Umgekehrt besteht für die BVG-Auffangeinrichtung sowie der vom Gesetz als zuständig erklärten Vorsorgeeinrichtung - soweit reglementarisch eine Beitrittsmöglichkeit vorgesehen ist - keine solche Abschlussfreiheit (SANER, a.a.O., S. 144). Denn obwohl Art. 28 BVV 2 von einem „Antrag“ („demande“ bzw. „richiesta“) spricht (vgl. E. 2.2.4 hiavor), was mit der Beklagten (vgl. Klageantwort, S. 7 f.) das Erfordernis eines Akzepts impliziert, handelt es sich beim „Antrag“ gemäss einhelliger herrschender Lehre um ein Gestaltungsrecht. Mit hin wird das Vorsorgeverhältnis zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Selbständigerwerbenden (bzw. die freiwillige Unterstellung) durch eine einseitige Willenserklärung der versicherungswilligen Person in Form einer Beitrittserklärung begründet (GILLES BRUGGER, Die Arbeitsverhinderung bei Teilzeiterwerbstätigen und Mehrfachbeschäftigten, 2017, S. 341 Rz. 1092; JÜRIG BRÜHWILER, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, 1989, S. 278 und 280; MARKUS MOSER, Teilzeitarbeitsbedingte Anwendungsprobleme im Leistungsbereich der beruflichen Vorsorge, in: AJP 2001 S. 1186; SANER, a.a.O., S. 144; JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, in: Handkommentar zum BVG und FZG, SCHNEIDER/GEISER/GÄCHTER [Hrsg.], 2010, S. 676 N. 5 und 7; STAUFFER, a.a.O., S. 231 N. 629 und 632; VETTER-SCHREIBER, a.a.O., S. 407 N. 1). Dies unter der Voraussetzung, dass die antragstellende Person die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Ist dies der Fall, be-

steht von Seiten der Vorsorgeeinrichtung eine Aufnahmepflicht. Zusätzliche Genehmigungsmodalitäten darf eine Vorsorgeeinrichtung folglich keine vorsehen (SANER, a.a.O., S. 145).

Dies geht - entgegen der Darlegung der Beklagten (vgl. Klageantwort, S. 7) - auch aus der Botschaft des Bundesrates vom 19. Dezember 1975 zum BVG (BBl 1976 I 251) hervor, wo es bezüglich des damaligen Art. 42 BVG (heute: Art. 44 BVG) heisst: Der Selbständigerwerbende, der keine der obligatorischen Versicherung unterstellte Arbeitnehmer beschäftigt, kann sich „bei der Vorsorgeeinrichtung versichern lassen, der er von Berufs wegen nahesteht. Besteht jedoch keine solche Vorsorgeeinrichtung, so hat die Auffangeinrichtung ihn (...) aufzunehmen“. Mit anderen Worten sieht die Botschaft die Versicherungsmöglichkeit bei der Auffangeinrichtung einzig für den Fall vor, dass keine Verbandsvorsorgeeinrichtung besteht, wogegen eine Ablehnung von Seiten der Verbandsvorsorgeeinrichtung nicht in Betracht gezogen bzw. erwähnt wird. In diesem Sinne lautet auch der Randtitel des damaligen Art. 42 bzw. heutigen Art. 44 BVG „Recht auf Versicherung“.

Damit nicht im Widerspruch steht, dass der Vorsorgevertrag zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Selbständigerwerbenden in erster Linie den allgemeinen Bestimmungen des OR untersteht (vgl. E. 2.3.2 hiervor). Insbesondere liegt - entgegen der Darlegung der Beklagten (vgl. Klageantwort, S. 6 f. Ziff. 7 f.) - kein Widerspruch zu den allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsätzen von Offerte und Akzept vor. Denn wie der Lehre entnommen werden kann, bildet die in den reglementarischen Bestimmungen vorgesehene Beitrittsmöglichkeit die permanente Offerte der Vorsorgeeinrichtung, währenddessen die Beitrittserklärung des Selbständigerwerbenden das Akzept des von der Vorsorgeeinrichtung offerierten Vertragsabschlusses darstellt (vgl. BRÜHWILER, a.a.O., S. 446 Rz. 12). Für die Vorsorgeeinrichtungen besteht insoweit Vertragsfreiheit, als sie gar keine freiwillige Versicherung anbieten müssen bzw. dies der Auffangeinrichtung überlassen resp. nur für bestimmte Berufsgruppen eine freiwillige Versicherung anbieten können (vgl. MOSER, a.a.O., S. 1181; SANER, a.a.O., S. 145 Fn. 597). Bieten sie jedoch eine freiwillige Versicherung an, sind sie an ihre Offerte gebunden und können sich - wenn die personellen Voraussetzun-

gen erfüllt sind - dem Beitrittsbegehren, wie oben bereits dargelegt, nicht widersetzen.

Auch die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht in Bezug auf Art. 28 BVV 2 von einem Gestaltungsrecht aus und nicht von einem blossen Antrag. Besonders deutlich illustriert BGE 127 V 24 E. 2a S. 27 - betreffend die freiwillige Versicherung eines Arbeitnehmers - das Zustandekommen des Versicherungs- oder Vorsorgevertrags durch einseitige Willenserklärung: „Le contrat de prévoyance est formé (...) par la déclaration de volonté du salarié de s'affilier et sa réception par l'institution de prévoyance, qui est obligée d'accepter la demande si les conditions personnelles sont réunies“. Das heisst, für die Begründung des Vorsorgevertrags genügen eine Willenserklärung der antragstellenden Person, der Empfang dieser durch die Vorsorgeeinrichtung sowie das Erfüllen der personellen Voraussetzungen durch Erstere. Sind diese drei Voraussetzungen erfüllt, *muss* die Vorsorgeeinrichtung die versicherungswillige Person aufnehmen. Es besteht keine Ablehnungsmöglichkeit bzw. keine Abschlussfreiheit. Weil die freiwillige Versicherung bei Arbeitnehmern und Selbständigerwerbenden weitestgehend gleich ausgestaltet ist (vgl. statt vieler: BRÜHWILER, a.a.O., S. 289 Rz. 52), haben die bundesgerichtlichen Erwägungen auch im vorliegenden Fall des selbständigerwerbenden Klägers Gültigkeit.

Dem dargelegten Konzept entsprechend hält Art. 4 Abs. 2 des Reglements der Beklagten (KB 4) denn auch fest:

Für die versicherten Arbeitgeber beginnt der Versicherungsschutz mit dem auf der Anmeldung genannten Termin, frühestens am ersten Tag des Monats, in welchem die Anmeldung bei der Pensionskasse eingegangen ist.

Der Versicherungsschutz beginnt demzufolge mit dem Erhalt der Anmeldung des Selbständigerwerbenden bzw. mit dem Akzept. Davon, dass der Vorsorgevertrag einer Annahme durch die Beklagte bedürfte, wie dies die Beklagte geltend macht, ist in dieser Bestimmung (zu Recht) nicht die Rede.

**3.1.3** Was den Stiftungsratsbeschluss vom 29. August 2016 (Antwortbeilagen [AB] 2 S. 2) angeht, wonach Personen mit Alter über 54 Jahre nicht mehr in die Pensionskasse aufgenommen würden, so ist eine solche Ge-

nehmungsmodalität bzw. eine Altersbeschränkung unzulässig (SANER, a.a.O., S. 145). Zulässig ist einzig ein Gesundheitsvorbehalt gemäss Art. 45 BVG. Diese Bestimmung erlaubt es den Vorsorgeeinrichtungen, Selbständigerwerbende unter gesundheitlich bedingten Vorbehalten von maximal dreijähriger Dauer in die Versicherung aufzunehmen (vgl. E. 2.2.2 hiervor). Die Befugnis wird damit begründet, dass die Versuchung ansonsten gross wäre, „sich wegen der Freiwilligkeit der Versicherung erst dann einer Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen, wenn sich Vorzeichen einer Invalidität oder des Todes zeigen“, wodurch - infolge dauernd negativer Risikoauslese - das finanzielle Gleichgewicht der Einrichtung gefährdet werden könnte (vgl. Botschaft des Bundesrates vom 19. Dezember 1975 zum BVG, BBI 1976 I 252; STAUFFER, a.a.O., S. 232 N. 632). Der Gesetzgeber hat lediglich diesen Gesundheitsvorbehalt vorgesehen und ihn als Korrektiv dafür eingeführt, dass sich der Selbständigerwerbende jederzeit und damit in jedem beliebigen Alter - zumindest solange kein Vorsorgefall eingetreten ist - freiwillig versichern lassen kann. Demzufolge ist die vom Stiftungsrat beschlossene Alterslimite - in Bezug auf die freiwillige Versicherung (vgl. jedoch E. 3.2.3 hernach) - unzulässig und somit unbeachtlich.

**3.1.4** Zusammenfassend erfüllt der Kläger die reglementarischen Voraussetzungen der Beklagten, um sich als Selbständigerwerbender freiwillig nach den BVG-Minimalvorschriften versichern zu lassen (vgl. E. 3.1.1 hiervor). Am 8. Juni 2018 hat der Kläger eine Beitrittserklärung bei der Beklagten eingereicht, welche die Beklagte unbestrittenermassen empfangen hat (vgl. Klageantwort, S. 3 Ziff. 2, und KB 3). Nach dem hiervor Dargelegten (vgl. E. 3.1.1 ff. hiervor) ist die Beklagte verpflichtet, den Kläger in die freiwillige Versicherung aufzunehmen.

Nach Art. 4 Abs. 2 des Reglements (KB 4) beginnt der Versicherungsschutz mit dem auf der Anmeldung genannten Termin, frühestens am ersten Tag des Monats, in welchem die Anmeldung bei der Beklagten eingegangen ist. Vorliegend ist der beantragte Termin für den Versicherungsbeginn der 1. Juli 2018 (vgl. Klage, S. 1, und KB 3). Auf dieses Datum hin ist ein Vorsorgevertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten zustande gekommen bzw. hat sich der selbständig erwerbstätige Kläger im Sinne

von Art. 44 Abs. 1 BVG freiwillig der beruflichen Vorsorge im BVG-Minimalplan unterstellt (vgl. E. 3.1.1 hiervor).

**3.1.5** Was die vom Kläger geltend gemachte Schadenersatzforderung angeht, so ist festzuhalten, dass die freiwillige Versicherung des Klägers mit allen Rechten und Pflichten - entsprechend seinem Rechtsbegehren - rückwirkend per 1. Juli 2018 erfolgt (samt rückwirkender Verzinsung), was auch die Beklagte ausdrücklich festhielt (vgl. Klageantwort, S. 5 Ziff. 3) und worauf sie zu behaften ist. Folglich ist nicht erkennbar, worin ein Schaden begründet sein könnte (vgl. auch prozessleitende Verfügungen vom 26. Juni 2018, Ziff. 4, und 12. Dezember 2018, Ziff. 3). Einen solchen Schaden macht der Kläger mit Stellungnahme vom 28. Dezember 2018 auch nicht mehr geltend, wozu er, falls er dennoch von einem Schaden ausginge, im Rahmen der Substanziierungspflicht jedoch gehalten gewesen wäre (BGE 138 V 86 E. 5.2.3 S. 97; SVR 2018 BVG Nr. 2 S. 5 E. 2.2.2). Dementsprechend ist die Schadenersatzklage abzuweisen.

**3.2** Weiter ist das Gesuch des Klägers vom 8. bzw. 11. Juni 2018 um Anschluss als Arbeitgeber mit einer Arbeitnehmerin per 1. Juli 2018 (vgl. auch Eintrittsmeldung vom 20. Juni 2018; KB 2) zu prüfen.

**3.2.1** Art. 11 Abs. 1 BVG statuiert die Pflicht des Arbeitgebers, einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen zu sein. Das Gesetz macht jedoch keine Vorgaben etwa in dem Sinne, dass sich der Arbeitgeber je nach Grösse oder Betriebsart einer bestimmten Vorsorgeeinrichtung anschliessen müsste. Der Arbeitgeber ist somit grundsätzlich frei in der Wahl der Vorsorgeeinrichtung zur Durchführung der (obligatorischen) beruflichen Vorsorge seiner Arbeitnehmer (BGE 135 I 28 E. 5.2 S. 37).

Der Anschlussvertrag selbst ist ein Innominatvertrag, d.h. ein Vertrag sui generis, dessen Abschluss nach den Regeln des OR erfolgt (vgl. E. 2.3.1 hiervor). So ist die Frage, ob zwischen einem Arbeitgeber und einer Vorsorgeeinrichtung ein Anschlussvertrag gültig zustande gekommen ist, nach den Regeln des Vertragsrechts zu beurteilen (STAUFFER, a.a.O., S. 542 N. 1460).

Ein zentraler Grundsatz des OR ist die allgemeine Vertragsfreiheit. Als Teilgehalt der Vertragsfreiheit gewährleistet die Abschlussfreiheit die Mög-

lichkeit, aufgrund freier Entscheidung einen Vertrag bestimmten Inhalts abzuschliessen oder nicht (vgl. CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT/EUGEN BUCHER, in Basler Kommentar, OR I, 6. Aufl. 2015, Vorbemerkungen zu Art. 1 - 40f OR N. 5 f.). Ein Kontrahierungszwang besteht nur für die Auf-fangeinrichtung, d.h. diese kann einem anschlusswilligen Arbeitgeber den Anschluss nicht verweigern (Art. 60 Abs. 2 lit. b BVG; STAUFFER, a.a.O., S. 542 Fn. 14; THOMAS LÜTHI, Das Rechtsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Personalvorsorgestiftung, Diss. Zürich 1989, S. 108).

**3.2.2** Nach den allgemeinen Vertragsregeln (vgl. Art. 1 ff. OR und STAUFFER, a.a.O., S. 542 N. 1460) kommt ein Anschlussvertrag - entgegen der klägerischen Darlegung (vgl. Stellungnahme vom 28. Dezember 2018, S. 2 Ziff. 2) und anders, als dies bei der freiwilligen Versicherung der Fall ist - somit nicht durch eine einseitige Anschlussklärung, sondern durch übereinstimmende Willensäusserungen der Parteien zustande. Mithin setzt der Vertragsabschluss einen Antrag des anschlusswilligen Arbeitgebers und eine Annahmeerklärung seitens der Vorsorgeeinrichtung voraus (vgl. Art. 1 Abs. 1 OR); das Akzept kann ausdrücklich oder stillschweigend, insbesondere konkludent erfolgen (vgl. Art. 1 Abs. 2 OR; Entscheid des BGer vom 19. Mai 2014, 9C\_834/2013, E. 4.1). Vorliegend hat die Beklagte einen Anschluss des Klägers als Arbeitgeber abgelehnt (KB 3). Damit ist offenkundig kein Anschlussvertrag mit der Beklagten zustande gekommen.

**3.2.3** Ein Anspruch auf Anschluss des Klägers an die Beklagte ergibt sich - entgegen der Auffassung des Klägers (vgl. Stellungnahme des Klägers vom 28. Dezember 2018, S. 1 f.) - auch nicht aus den reglementarischen Bestimmungen der Beklagten. Zunächst ist bei einem Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung der Anschlussvertrag die Grundlage der Rechtsbeziehung (STAUFFER, a.a.O., S. 138 N. 404). Dieser beinhaltet in der Regel unter anderem eine Feststellung des Anschlusses und die Anerkennung der Statuten und Reglemente der Vorsorgeeinrichtung durch die angeschlossene Arbeitgeberfirma (vgl. STAUFFER, a.a.O., S. 542 N. 1461). Das Reglement ist für das Verhältnis zwischen Vorsorgeeinrichtung und Versicherten von Bedeutung. Darin erfolgt die detaillierte Umschreibung der Unterstellung und der Beitragsabwicklung sowie der Leistungen und der Leistungsabwicklung, also jener Belange, die den Kerngehalt der beruflichen

Vorsorge ausmachen (STAUFFER, a.a.O., S. 583 N. 1555). Vorliegend ist kein Anschlussvertrag zwischen dem Kläger als Arbeitgeber und der Beklagten zustande gekommen, weshalb das Reglement - aufgrund des fehlenden Rechtsverhältnisses - insoweit keine Rechtswirkungen entfaltet. Im Übrigen geht der Einwand des Klägers, nur für Nichtverbandsmitglieder sei ein Anschlussvertrag notwendig, während ein solcher für Verbandsmitglieder nicht vorgesehen sei (vgl. Stellungnahme des Klägers vom 28. Dezember 2018, S. 2), fehl. Denn ein Anschlussvertrag ist nicht nur in Art. 5 des ab 1. Januar 2005 gültigen Organisations- und Verwaltungsreglements der Beklagten („Anschluss Dritter“; KB 7) vorgesehen, sondern auch in Art. 2 Abs. 1 des Reglements (KB 4), wonach allfällige verschiedene Versichertenkollektive im Anschlussvertrag definiert werden. Dieser Artikel bezieht sich offenkundig nicht nur auf Dritte, sondern auf sämtliche angeschlossenen Arbeitgeber.

An dieser Stelle ist anzufügen, dass der Stiftungsratsbeschluss vom 29. August 2016 (AB 2 S. 2), wonach bei Neuanschlüssen von mehreren Personen individuell über die Aufnahme entschieden werde, entgegen der klägerischen Darlegung (vgl. Stellungnahme vom 28. Dezember 2018, S. 2) nicht zwingend in ein formelles Reglement aufgenommen werden muss. Dies bereits deshalb nicht, weil der besagte Beschluss keine Abänderung des Vorsorgereglements beinhaltet, sondern lediglich interne Entscheidungsgrundlagen für den Abschluss oder die Verweigerung eines Anschlussvertrags bildet. Ferner ist der Stiftungsrat nach Ziff. 1.4 lit. a des Organisations- und Verwaltungsreglements (KB 7) berechtigt, Richtlinien wie diese hier bezüglich eines Neuanschlusses zu erlassen resp. die Modalitäten der Aufnahme zu definieren. Über diesen gefassten Beschluss ist - reglementskonform (vgl. Ziff. 1.6 des Organisations- und Verwaltungsreglements) - ein schriftliches Protokoll erstellt worden (AB 2), welches in der Folge genehmigt wurde. Der Beschluss erfüllt somit die formellen Voraussetzungen. Bei dem vom Stiftungsrat beschlossenen Kriterium der ungünstigen Altersstruktur handelt es sich im Übrigen um ein sachliches Merkmal, welches mit Blick auf die Verantwortung des Stiftungsrates für die (langfristige) finanzielle Stabilität der Vorsorgeeinrichtung (vgl. Art. 51a Abs. 1 BVG) eine Ungleichbehandlung der anschlusswilligen Arbeitgeber - entgegen der Auffassung des Klägers (vgl. Stellungnahme vom 28. Dezember

2018, S. 2 f. Ziff. 3) - zu rechtfertigen vermag und nicht willkürlich ist. Inwiefern das Vorgehen der Beklagten gegen weitere Grundrechte verstossen sollte, legt der Kläger nicht hinreichend dar und ist auch nicht ersichtlich.

**3.2.4** Auch aus den verbandsinternen Vorschriften vermag der Kläger als Mitglied des Verbandes keinen Aufnahmeanspruch herzuleiten. Nach Ziff. 2 der Statuten des Verbandes D. \_\_\_\_\_ vom 16. Juni 2016 (AB 3) bezweckt der Verband D. \_\_\_\_\_ lediglich die Förderung des ..., die Wahrung der Berufsinteressen, die Weiterbildung seiner Mitglieder und der ... sowie die Ausbildung der Lernenden. Ein Anspruch auf Aufnahme bei der Beklagten wird nicht eingeräumt.

**3.2.5** Zusammenfassend lässt sich vorliegend weder aus Gesetz noch aus Regelungen der Beklagten (Reglement samt Stiftungsratsbeschluss) oder verbandsinternen Vorschriften eine Aufnahmepflicht der Beklagten ableiten. Daran ändert auch die Berufung auf die verfassungsmässigen Grundsätze nichts. Es besteht somit kein Anspruch auf Anschluss des Klägers als Arbeitgeber samt der obligatorisch zu versichernden Arbeitnehmerin E. \_\_\_\_\_ an die Beklagte.

#### **4.**

Nach dem Dargelegten ist in teilweiser Gutheissung der Klage festzustellen, dass der Kläger als Selbständigerwerbender per 1. Juli 2018 bei der Pensionskasse B. \_\_\_\_\_ im BVG-Minimalplan versichert ist. Im Übrigen ist die Klage abzuweisen.

#### **5.**

**5.1** Verfahrenskosten sind in Anwendung von Art. 73 Abs. 2 BVG keine zu erheben.

**5.2** Trotz seines teilweisen Obsiegens hat der Kläger keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da der Aufwand zur Wahrung seiner Interessen vorliegend den Rahmen dessen nicht überschritten hat, was der Ein-

zelle üblicher- und zumutbarerweise nebenbei zur Besorgung seiner persönlichen Angelegenheiten auf sich zu nehmen hat (vgl. BGE 127 V 205 E. 4b S. 207). Die teilweise obsiegende Beklagte hat als Sozialversicherungsträgerin ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (BGE 126 V 143 E. 4b S. 150).

**Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird festgestellt, dass der Kläger als Selbständigerwerbender per 1. Juli 2018 bei der Pensionskasse B.\_\_\_\_\_ im BVG-Minimalplan versichert ist. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Es werden weder Verfahrenskosten erhoben noch wird eine Parteientschädigung zugesprochen.
3. Zu eröffnen (R):
  - A.\_\_\_\_\_ (samt Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 29. August 2016)
  - Rechtsanwältin Dr. iur. C.\_\_\_\_\_ z.H. der Beklagten
  - Bundesamt für Sozialversicherungen

Zur Kenntnis:

- Bernische BVG- und Stiftungsaufsicht (BBSA), Belpstrasse 48, Postfach, 3000 Bern 14

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.