

200 24 13 BV  
FRC/PES/WSI

**Verwaltungsgericht des Kantons Bern**  
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

**Urteil vom 9. Oktober 2024**

Verwaltungsrichterin Frey, Kammerpräsidentin  
Verwaltungsrichterin Mauerhofer, Verwaltungsrichter Kölliker  
Gerichtsschreiber Peter

**A.** \_\_\_\_\_  
vertreten durch Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_  
Klägerin

gegen

**C.** \_\_\_\_\_  
Beklagter

**D.** \_\_\_\_\_  
Beigeladene

betreffend Klage vom 30. Dezember 2023



## Sachverhalt:

### A.

Die 1966 geborene A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Klägerin) ist seit März 2018 für C. \_\_\_\_\_ (nachfolgend Beklagter) als .../... tätig (Akten der Klägerin [act. I] 2 - 7). Bis Ende 2022 erhielt die Klägerin für jeden Einsatz einen separaten Auftrag, wobei sie pro ... bezahlt wurde (act. I 2). Ende Monat erfolgte jeweils eine Gehaltsabrechnung, wobei die Arbeitnehmerbeiträge für AHV, IV, EO und Arbeitslosenversicherung von den Entschädigungen an die Klägerin abgezogen wurden (act. I 4). Zudem wurden ihr nach der Pensionierung ihres Ehemannes ab Juni 2021 Ausbildungszulagen für ihren Sohn gewährt (siehe die Gehaltsabrechnungen ab Juni 2021 in act. I 4). Auch erhielt sie seit 2018 für jedes Jahr einen Lohnausweis (act. I 3).

Im Oktober 2021 (act. I 5) erkundigte sich die Klägerin beim Beklagten, wie sie bezüglich obligatorischer Versicherung nach dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (BVG; SR 831.40) vorgehen müsse, denn seit 2019 übersteige ihr Jahresgehalt die Eintrittsschwelle gemäss BVG. Am 21. Dezember 2021 antwortete der Beklagte, dass sie als ... in einem direkten Auftragsverhältnis stehe. Für jedes ... werde ein individueller rechtsgültiger Vertrag erstellt. Das bedeute, dass sie eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausübe und keine Anstellung bei ihm habe. Diese berufliche Unabhängigkeit zeige sich auch in der Höhe des Honorars, welche das Unternehmerrisiko und die finanzielle Freiheit wiedergebe. Eine Versicherung über ihn für die berufliche Vorsorge (2. Säule) sei nicht möglich (act. I 5).

Seit 1. Januar 2023 ist die Klägerin neu mittels ... Arbeitsvertrag (act. I 6) beim Beklagten angestellt, wobei der Vertrag befristet auf ein Kalenderjahr abgeschlossen und in der Folge wiederum befristet auf ein Kalenderjahr ohne Unterbruch erneuert wurde (act. I 7). Mindestens seit diesem Zeitpunkt (1. Januar 2023) ist die Klägerin aufgrund ihrer Tätigkeit für den Beklagten als .../... unstrittig bei der D. \_\_\_\_\_ (Beigeladene) berufsvorsorgeversichert.

Mit E-Mail vom 20. Februar 2023 (act. I 9 S. 5) wandte sich die Klägerin in Bezug auf ihre Tätigkeit für den Beklagten in den Jahren 2019 bis 2022 an die D.\_\_\_\_\_. Diese nahm Rücksprache mit dem ... des Beklagten, welches mitteilte, ihm sei mit dem Eintrittsdokument vom 2. Mai 2018 von der ... gemeldet worden, dass es eine Anstellung auf Entschädigungsbasis sei und keine Pensionskassenpflicht bestehe. Die Klägerin habe keinen Arbeitsvertrag gehabt, sondern habe für jeden Einsatz einen Auftrag erhalten. Aus diesem Grund sei sie bis 31. Dezember 2022 nicht pensionskassenpflichtig gewesen (vgl. act. I 9 S. 2 und 4).

Mit Schreiben vom 3. April 2022 (recte: 2023; act. I 10) wandte sich Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ namens und im Auftrag der Klägerin an das ... des Beklagten. Es sei nicht korrekt, dass beim Vertragsverhältnis seiner Mandantin mit dem Beklagten bis Ende 2022 eine selbstständige Erwerbstätigkeit vorgelegen habe. Sozialversicherungsrechtlich sei die Erwerbstätigkeit (wie AHV-rechtlich geschehen) jedenfalls als unselbstständig einzustufen. Seit 2019 übersteige das Jahreseinkommen seiner Mandantin beim Beklagten die Eintrittsschwelle ins BVG-Obligatorium. Er ersuche daher darum, seine Mandantin rückwirkend per 1. Januar 2019 bei der D.\_\_\_\_\_ anzumelden und dieser die dafür nötigen Angaben zu machen.

Hierauf führte das ... des Beklagten mit Antwortschreiben vom 6. Juli 2023 (act. I 11) aus, bis zum 31. Dezember 2022 seien ... und ... mittels einzelner Aufträge zur ... an externe – unabhängige – ... und ... vergeben worden. Diesen externen ... und ... sei es jederzeit freigestanden, einen Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Es habe auch kein Anspruch auf die Zuteilung von Aufträgen bestanden. Bei Auftragsannahme hätten die externen ... und ... an den vereinbarten Sitzungsterminen teilnehmen und Vorgaben in Bezug auf die korrekte ... und ... einhalten müssen. Solche Instruktionen des Auftraggebers seien jedoch in einem Auftragsverhältnis üblich. Es seien keine Vorgaben bezüglich Einteilung der Arbeitszeit oder Arbeitsort gemacht worden. Das Kriterium der Eingliederung in den Betrieb des Arbeitgebers (Subordination) sei nicht erfüllt. In Bezug auf das Arbeitsmaterial sei festzuhalten, dass dieses erst seit dem 1. Januar 2021 vom C.\_\_\_\_\_ zur Verfügung gestellt werde. Damals sei (in erster Linie

aus sicherheitstechnischen Gründen) entschieden worden, dass auch die externen ... und ... die IT-Infrastruktur der ... verwenden sollen. Was schliesslich den Einwand anbelange, der C.\_\_\_\_\_ qualifiziere die Erwerbstätigkeit seiner Mandantin sozialversicherungsrechtlich selber als unselbstständigerwerbend, da ihr AHV- und ALV-Beiträge abgezogen worden seien, sei festzuhalten, dass der privatrechtliche und der sozialversicherungsrechtliche Arbeitnehmerbegriff auseinanderklaffen könnten. Die getätigten Sozialversicherungsabzüge hätten demnach keinen Einfluss auf die Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses. Mit dem Honorar seien sämtliche Leistungen, Spesen sowie Infrastruktur abgegolten worden. Dem Ersuchen um eine rückwirkende Versicherung bei der D.\_\_\_\_\_ per 1. Januar 2019 könne nach dem Dargelegten nicht entsprochen werden.

Mit Schreiben vom 24. August 2023 (act. I 12) reklamierte Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_ gegenüber dem ... des Beklagten, im Schreiben vom 6. Juli 2023 werde in keiner Weise auf das Argument eingegangen, dass bei der Unterstellung unter das BVG nicht auf eine arbeitsrechtliche, sondern auf eine sozialversicherungsrechtliche Betrachtungsweise abgestellt werde, die sich ausschliesslich an der AHV-rechtlichen Qualifikation orientiere. Die Erwerbstätigkeit seiner Mandantin sei offensichtlich sozialversicherungsrechtlich und insbesondere AHV-rechtlich als unselbstständigerwerbend qualifiziert worden. Er ersuche daher nochmals, seine Mandantin rückwirkend per 1. Januar 2019 bei der D.\_\_\_\_\_ anzumelden und dieser die nötigen Angaben zu machen.

Hierauf führt das ... des Beklagten mit Schreiben vom 9. November 2023 (act. I 13) aus, das Bundesgericht habe in seiner Rechtsprechung verschiedentlich festgehalten, dass für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft nach BVG die AHV-rechtlichen Kriterien massgebend seien, ohne dass aber das AHV-Beitragsstatut formell verbindlich wäre. Nach der Rechtsprechung sei somit grundsätzlich davon auszugehen, dass der Arbeitnehmerbegriff in der obligatorischen beruflichen Vorsorge im Sinne der AHV-Gesetzgebung zu verstehen sei, dass Ausnahmen in Einzelfällen aber nicht ausgeschlossen seien. Die beitragsrechtliche Stellung einer erwerbstätigen Person sei jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Vorliegend sei auch in sozialversicherungsrechtlicher

Hinsicht zu berücksichtigen, dass kein Unterordnungsverhältnis in persönlicher, organisatorischer und zeitlicher Hinsicht und keine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation bestanden habe. Bedeutende Merkmale sprächen für eine selbstständige Erwerbstätigkeit. Selbst wenn in sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit ausgegangen würde, sei nicht automatisch auch von der Eigenschaft als "Arbeitnehmerin" in der beruflichen Vorsorge auszugehen. Wie bereits dargelegt, seien mit dem Honorar sämtliche Leistungen, Spesen sowie Infrastruktur abgegolten worden. Das Honorar sei im Vergleich zum Gehalt bei einer Anstellung sehr viel höher angesetzt. Dies spreche ebenfalls klar für eine auftragsrechtliche Stellung. Man könne dem Ersuchen, seine Mandantin rückwirkend per 1. Januar 2019 bei der D.\_\_\_\_\_ anzumelden, daher nicht entsprechen.

## **B.**

Mit Eingabe vom 30. Dezember 2023 erfolgte die vorliegend zu beurteilende Klage ans Verwaltungsgericht des Kantons Bern mit dem Rechtsbegehren, der Beklagte sei zu verpflichten, die Klägerin rückwirkend per 1. Januar 2019 bei der zuständigen Pensionskasse (D.\_\_\_\_\_) anzumelden und die ausstehenden Pensionskassenbeiträge nachzuzahlen, sowie mit dem Verfahrensantrag, die D.\_\_\_\_\_ sei dem Verfahren beizuladen – unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Mit prozessleitender Verfügung vom 8. Januar 2024 wurde die D.\_\_\_\_\_ zum Klageverfahren beigeladen.

Mit Klageantwort vom 21. März 2024 schloss der Beklagte auf Abweisung der Klage.

Die Beigeladene liess sich nicht vernehmen.

Am 28. Juni 2024 nahm die Klägerin, weiterhin vertreten durch Rechtsanwalt B.\_\_\_\_\_, hierzu unter Einreichung weiterer Beilagen (act. I 21 - 23) Stellung und ersuchte erneut um Guttheissung der Klage.

Je ein Doppel dieser Stellungnahme samt Beilagen gingen in der Folge an den Beklagten und die Beigeladene.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1** Das Verwaltungsgericht des Kantons Bern, Sozialversicherungsrechtliche Abteilung, ist als einzige kantonale Instanz sachlich und funktionell zuständig zur Beurteilung des mit Klage vom 30. Dezember 2023 gegenüber C. \_\_\_\_\_ geltend gemachten Anspruchs auf Nachzahlung von Beiträgen in die berufliche Vorsorge aufgrund der Tätigkeit der Klägerin für den Beklagten in den Jahren 2019 bis 2022 (Art. 73 Abs. 1 Satz 1 BVG i.V.m. Art. 87 lit. c des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]). Die örtliche Zuständigkeit ist ebenfalls gegeben (Art. 73 Abs. 3 BVG). Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen (Form der Klage, Partei- und Prozessfähigkeit sowie gehörige Bevollmächtigung [act. I 1]) erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten.

**1.2** Streitig und zu prüfen ist, ob die Klägerin in Bezug auf ihre Tätigkeit für den Beklagten in der Zeit von 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2022 dem BVG-Obligatorium unterstand oder nicht, resp. ob der Beklagte in Bezug auf diese Tätigkeit zur Nachzahlung von Pensionskassenbeiträgen verpflichtet ist.

**1.3** Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft [GSOG; BSG 161.1]).

## **2.**

**2.1** Das Gesetz erklärt die Versicherung als obligatorisch für Arbeitnehmer, die das 17. Altersjahr überschritten haben und bei einem Arbeitgeber einen Jahreslohn von mehr als Fr. 22'050.-- beziehen (vgl. Art. 2 Abs. 1 BVG sowie Art. 5 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge [BVV 2; SR 831.441.1] in der Fassung der Änderung vom 12. Oktober 2022, in Kraft seit 1. Januar 2023). Die Grenzbeträge betragen von 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2020 Fr. 21'330.-- und von 1. Januar 2021 bis 31. Dezember 2022 Fr. 21'510.-- (vgl. Art. 5 BVV 2 in der jeweils geltenden Fassung).

Ab 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres unterstehen die genannten Arbeitnehmer der obligatorischen Versicherung für die Risiken Tod und Invalidität, ab 1. Januar nach Vollendung des 24. Altersjahres auch für das Alter (Art. 7 Abs. 1 BVG). Der genannte Lohn entspricht dem massgebenden Lohn nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10). Der Bundesrat kann Abweichungen zulassen (Art. 7 Abs. 2 BVG).

**2.2** Der Bundesrat regelt die Versicherungspflicht für Arbeitnehmer in Berufen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen. Er bestimmt, welche Arbeitnehmer aus besonderen Gründen nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind (Art. 2 Abs. 4 BVG). Von dieser Rechtsetzungskompetenz hat der Bundesrat, soweit vorliegend von Bedeutung, in Art. 1j und 1k BVV 2 Gebrauch gemacht. Gemäss Art. 1j Abs. 1 BVV 2 sind folgende Arbeitnehmer der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt:

- a. Arbeitnehmer, deren Arbeitgeber gegenüber der AHV nicht beitragspflichtig ist;
- b. Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten; vorbehalten ist Art. 1k;
- c. Arbeitnehmer, die nebenberuflich tätig sind und bereits für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind oder im Hauptberuf eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben;

- d. Personen, die im Sinne der IV zu mindestens 70 % invalid sind, sowie Personen, die provisorisch weiterversichert werden nach Artikel 26a BVG;
- e. die folgenden Familienglieder der Betriebsleiterin oder des Betriebsleiters, die in einem landwirtschaftlichen Betrieb mitarbeiten:
  - 1. die Verwandten der Betriebsleiterin oder des Betriebsleiters in auf- und absteigender Linie sowie ihre Ehegatten oder eingetragenen Partnerinnen oder Partner,
  - 2. die Schwiegertöchter oder Schwiegersöhne der Betriebsleiterin oder des Betriebsleiters, die voraussichtlich den Betrieb zur Selbstbewirtschaftung übernehmen werden.

Gemäss Art. 1j Abs. 2 BVV 2 werden Arbeitnehmer, die nicht oder voraussichtlich nicht dauernd in der Schweiz tätig sind und im Ausland genügend versichert sind, von der obligatorischen Versicherung befreit, wenn sie ein entsprechendes Gesuch an die Vorsorgeeinrichtung stellen.

Arbeitnehmer mit befristeten Anstellungen oder Einsätzen sind gemäss Art. 1k BVV 2 der obligatorischen Versicherung unterstellt, wenn:

- a. das Arbeitsverhältnis ohne Unterbruch über die Dauer von drei Monaten hinaus verlängert wird: In diesem Fall ist der Arbeitnehmer von dem Zeitpunkt an versichert, in dem die Verlängerung vereinbart wurde;
- b. mehrere aufeinanderfolgende Anstellungen beim gleichen Arbeitgeber oder Einsätze für das gleiche verleihende Unternehmen insgesamt länger als drei Monate dauern und kein Unterbruch drei Monate übersteigt: In diesem Fall ist der Arbeitnehmer ab Beginn des insgesamt vierten Arbeitsmonats versichert; wird jedoch vor dem ersten Arbeitsantritt vereinbart, dass die Anstellungs- oder Einsatzdauer insgesamt drei Monate übersteigt, so ist der Arbeitnehmer ab Beginn des Arbeitsverhältnisses versichert.

**2.3** Für die Frage der Arbeitnehmereigenschaft nach BVG sind die AHV-rechtlichen Kriterien massgebend, ohne dass aber das AHV-Beitragsstatut formell verbindlich wäre (BGE 115 Ib 37 E. 4c und 4d S. 42).

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. der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101]). 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.

**2.4** 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. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt somit 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 149 V 57 E. 6.2 S. 64).

**2.4.1** Eine selbstständige Erwerbstätigkeit liegt im Regelfall vor, wenn der Beitragspflichtige durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar am wirtschaftlichen Verkehr teilnimmt mit dem Ziel, Dienstleistungen zu erbringen oder Produkte zu schaffen, deren Inanspruchnahme oder Erwerb durch finanzielle oder geldwerte Gegenleistungen abgegolten wird. Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit sind die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten sowie die Beschäftigung von eigenem Personal. Das spezifische Unternehmerrisiko besteht dabei darin, dass die versicherte Person unabhängig vom Arbeitserfolg Kosten des Betriebs zu tragen hat, wie namentlich Unkosten, Verluste, Inkasso- und Delkredererisiko. Für die Annahme selbstständiger Erwerbs-

tätigkeit spricht sodann die gleichzeitige Tätigkeit für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen, ohne indessen von diesen abhängig zu sein. Massgebend ist dabei nicht die rechtliche Möglichkeit, Arbeiten von mehreren Auftraggebern anzunehmen, sondern die tatsächliche Auftragslage (BGE 149 V 57 E. 6.4 S. 65; SVR 2009 AHV Nr. 9 S. 34 E. 4.3; AHI 2003 S. 370 E. 3.3). Bei typischen Dienstleistungstätigkeiten, für deren Ausübung häufig weder besondere Investitionen zu tätigen noch Angestelltenlöhne zu bezahlen sind, tritt das Unternehmerrisiko gegenüber demjenigen der betriebswirtschaftlich-arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit vom Auftrag- oder Arbeitgeber in den Hintergrund. Daher kommt der Frage, ob eine arbeitsorganisatorische Integration in dessen Betrieb besteht, entscheidende Bedeutung zu (BGE 146 V 139 E. 5.1 S. 145 und E. 6.2 S. 147; SVR 2020 AHV Nr. 19 S. 60 E. 2.3).

**2.4.2** Als unselbstständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Die Hauptkriterien zur Bestimmung des Abhängigkeitsverhältnisses im Hinblick auf die Arbeitsorganisation und aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind das Weisungsrecht des Arbeitgebers, das Unterordnungsverhältnis des Arbeitnehmers zu diesem und seine Verpflichtung, die ihm anvertraute Aufgabe persönlich zu erfüllen. Ein weiteres Kriterium bildet die Verpflichtung des Arbeitnehmers, seine Dienste regelmässig für denselben Arbeitgeber zu erbringen. Von unselbstständiger Erwerbstätigkeit ist etwa auch auszugehen, wenn die für den Arbeitsvertrag typischen Merkmale vorliegen, d.h. wenn die versicherte Person Dienst auf Zeit zu leisten hat, wirtschaftlich vom "Arbeitgeber" abhängig ist und während der Arbeitszeit auch in dessen Betrieb eingeordnet ist, praktisch also keine andere Erwerbstätigkeit ausüben kann. Indizien dafür sind das Vorliegen eines bestimmten Arbeitsplans, die Notwendigkeit, über den Stand der Arbeiten Bericht zu erstatten, sowie das Angewiesensein auf die Infrastruktur am Arbeitsort. Das wirtschaftliche Risiko der versicherten Person erschöpft sich diesfalls in der (alleinigen) Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg oder, bei einer regelmässig ausgeübten Tätigkeit, darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eintritt, wie dies

beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist (BGE 149 V 57 E. 6.3 S. 64; SVR 2021 UV Nr. 14 S. 71 E. 3.2).

### **3.**

**3.1** Vorliegend ist erstellt, dass die vom Beklagten der Klägerin ausbezahlten Entschädigungen für ihre Tätigkeit als .../... ab dem Jahr 2019 die betragliche Eintrittsschwelle gemäss Art. 2 Abs. 1 resp. Art. 7 Abs. 1 BVG überschritten haben. Unbestritten ist ferner, dass kein Tatbestand von Art. 1j oder 1k (e contrario) BVV 2 vorlag, gemäss welchem die Klägerin im vorliegend massgebenden Zeitraum der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt gewesen wäre. Streitig und zu prüfen ist allein, ob der Klägerin in den Jahren 2019 bis 2022 bereits Arbeitnehmereigenschaft im Sinne von Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 7 Abs. 1 BVG zukam.

**3.2** Die Klägerin war bis Ende 2022 unstrittig nicht mittels ... Arbeitsvertrag (vgl. ...) beim Beklagten angestellt, sondern sie erhielt von diesem für ihre Tätigkeit als .../... für jeden Einsatz einen separaten "Auftrag", wobei sie pro ... bezahlt wurde (act. I 2). Wie in E. 2.4 hiavor dargelegt, beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses, sondern nach den wirtschaftlichen Gegebenheiten.

Diesbezüglich hält der Beklagte vorab fest, die Entschädigungsbasis der Klägerin sei massgeblich höher angesetzt gewesen, als das Gehalt der unbefristet angestellten ... und ... (vgl. Klageantwort S. 1), ohne dies jedoch konkret zu belegen. Von weiteren Abklärungen in dieser Hinsicht kann jedoch abgesehen werden, da selbst wenn dies zutreffen sollte (was bei einem Vergleich der Entschädigungen gemäss den Lohnausweisen für die Jahre 2019 bis 2022 [act. I 3] mit den arbeitsvertraglich vereinbarten Bruttolöhnen für die Jahre 2023 und 2024 [act. I 6 und 7] fraglich erscheint), sich angesichts der weit überwiegenden Merkmale, die für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit sprechen, am Beweisergebnis nichts ändern würde, wie nachfolgend zu zeigen sein wird.

Die Tatsache, dass die Klägerin keinen Anspruch auf die Zuteilung von Aufträgen hatte und ihr entsprechend keine Entschädigung in bestimmter Höhe garantiert war, lässt nicht bereits auf eine selbstständige Erwerbstätigkeit schliessen. Auch Arbeitnehmer, die sich zu Arbeit auf Abruf verpflichtet haben, befinden sich in derselben Situation. Einzig die Tatsache, dass die Klägerin nicht verpflichtet war, Aufträge anzunehmen (vgl. Klageantwort S. 3), kann als Indiz für eine selbstständige Erwerbstätigkeit gewertet werden, wobei die Klägerin vorliegend – soweit ersichtlich – keine Aufträge abgelehnt hat, die Einsätze teilweise bis zu einem halben Jahr im Voraus vereinbart wurden (vgl. act. I 16) und sie zu diesen Einsätzen dann auch verpflichtet war (vgl. act. I 2). Die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten sprechen klar gegen eine selbstständige und für eine un-selbstständige Erwerbstätigkeit der Klägerin in Bezug auf ihre Tätigkeit als .../... für den Beklagten. Eine selbstständige Erwerbstätigkeit läge im Regelfall vor, wenn die Klägerin ihre Tätigkeit als .../... durch Einsatz von Arbeit und Kapital in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar einem breiten Publikum als kostenpflichtige Dienstleistung angeboten hätte. Dies trifft vorliegend unstrittig nicht zu. Die Klägerin war soweit ersichtlich exklusiv für den Beklagten als .../... tätig und hat diese Tätigkeit nie als Dienstleistung in frei bestimmter Selbstorganisation und nach aussen sichtbar einem breiten Publikum angeboten. Charakteristische Merkmale einer selbstständigen Erwerbstätigkeit wie die Tätigkeit erheblicher Investitionen, die Benützung eigener Geschäftsräumlichkeiten oder die Beschäftigung von eigenem Personal fehlen, wobei diesen Merkmalen angesichts der vorliegend zu beurteilenden Tätigkeit auch keine entscheidende Bedeutung zukommt (vgl. E. 2.4.1 in fine hiervor).

Dass die Klägerin nicht in die Arbeitsorganisation des C.\_\_\_\_\_ eingebunden war, wie vom Beklagten geltend gemacht (Klageantwort S. 2 unten), trifft nicht zu. Die Einsätze der Klägerin wurden teilweise bis zu einem halben Jahr im Voraus vereinbart (vgl. act. I 16). Die Klägerin hatte dabei die Arbeitsleistung persönlich zu erbringen und klare Vorgaben zur Arbeitsausführung einzuhalten samt Verpflichtung zur Ausführung allfälliger nachträglicher Korrekturen auf Verlangen des Beklagten (act. I 2). Dass sie dabei anders als ... und ... mit ... Arbeitsvertrag keine zusätzlichen Vorschriften hinsichtlich Arbeitsort, Homeoffice oder bestimmte Arbeitszeiten

einhalten musste, ändert nichts daran, dass sie in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig war und kein spezifisches Unternehmerrisiko trug. Das wirtschaftliche Risiko der Klägerin erschöpfte sich in der (alleinigen) Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg resp. darin, dass bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eingetreten wäre, wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist (vgl. E. 2.4.2 hiavor). Daran ändert auch nichts, dass die Klägerin bis Ende 2020 die benötigten Materialien und Arbeitsgeräte für die ... selbst mitbringen musste (vgl. Klageantwort S. 3 sowie act. I 2). Auch dies lässt nicht den Schluss zu, es habe sich bei der Tätigkeit der Klägerin für den Beklagten in den Jahren 2019 bis 2022 um eine selbstständige Erwerbstätigkeit gehandelt, ist eine solche Vereinbarung doch auch im Rahmen einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit problemlos möglich (vgl. Art. 327 des Schweizerischen Obligationenrechts [OR; SR 220]).

Klar für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit für den Beklagten im vorliegend zu beurteilenden Zeitraum spricht, dass jeweils Ende Monat eine Gehaltsabrechnung erfolgte, wobei Arbeitnehmerbeiträge für AHV, IV, EO und Arbeitslosenversicherung von den Entschädigungen an die Klägerin abgezogen wurden, dass die Klägerin über eine Personalnummer beim Beklagten verfügte und auf den Abrechnungen als Mitarbeiterin bezeichnet wurde (act. I 4). Auch der Umstand, dass ihr nach der Pensionierung ihres Ehemannes ab Juni 2021 Ausbildungszulagen für ihren Sohn gewährt wurden, spricht klar für ihre Arbeitnehmereigenschaft gegenüber dem Beklagten. Gleiches gilt für die jährlichen Lohnausweise (act. I 3). Auch der Umstand, dass "Aufträge" teils erst nach erfolgter Tätigkeit der Klägerin für den Beklagten erstellt wurden (siehe die ... vom 3. und 4. Dezember 2019 mit später datierender "Auftragserteilung" vom 11. Dezember 2019, die ... vom 10. März 2020 mit später datierender "Auftragserteilung" vom 11. März 2020, die ... vom 9. September 2020 mit später datierender "Auftragserteilung" vom 6. Oktober 2020, die ... vom 9. Dezember 2021 mit später datierender "Auftragserteilung" vom 11. Januar 2022 sowie die ... vom 10. November 2022 mit später datierender "Auftragserteilung" vom 15. November 2022 [act. I 2]) zeigt die starke arbeitsorganisatorische Integration der Klägerin. Diese zeigt sich – zumindest seit 2021 (vgl. Klageantwort S. 3) – auch im direkten Zugang der Klägerin zum ...netzwerk mit ...-

Benutzerkonto, ...-E-Mail-Adresse und für alle ...-Mitarbeitenden freigegebenem persönlichem ...-Outlook-Kalender (act. I 14 f.), aber generell auch im Umstand, dass die Klägerin offenbar im Wesentlichen alle Informationen erhielt wie die anderen Mitarbeitenden (vgl. act. I 14 ff.), und dass sie gleichermassen zur Teilnahme an gemeinsamen Workshops verpflichtet war und für diese Weiterbildungen vom Beklagten entschädigt wurde (vgl. act. I 14 S. 2 und act. I 22).

Auch wenn in Übereinstimmung mit dem Beklagten kein einzelnes Merkmal die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit der Klägerin für den Beklagten in den Jahren 2018 bis 2022 ausschliesst, lässt nach dem Dargelegten eine Gesamtbetrachtung der Umstände (angesichts der weit überwiegenden Merkmale, die für eine unselbständige Erwerbstätigkeit sprechen) keinen anderen Schluss zu, als dass der Klägerin bereits seit 2018 dem Beklagten gegenüber Arbeitnehmereigenschaft zukommt und dass sie damit seit 1. Januar 2019 (mit dem Überschreiten der Eintrittsschwelle) dem BVG-Obligatorium untersteht (vgl. E. 2 hiavor).

#### 4.

Zusammenfassend ist die Klage somit gutzuheissen und der Beklagte ist zu verpflichten, die Klägerin rückwirkend per 1. Januar 2019 bei der Beigeladenen anzumelden und der Beigeladenen auf dem der Klägerin ausgerichteten Lohn Beiträge der beruflichen Vorsorge für die Zeit von 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2022 nachzuzahlen zuzüglich Verzugszins gemäss Art. 66 Abs. 2 BVG. Die Höhe der Verzugszinsen richtet sich in erster Linie nach der im Vorsorgevertrag getroffenen Parteivereinbarung und wo eine solche fehlt, nach den gesetzlichen Verzugsbestimmungen von Art. 102 ff. OR (SVR 1994 BVG Nr. 2 S. 5 E. 3b aa; SZS 1990 S. 161 E. 4b). Ein Arbeitgeber, der seine Pflicht vollumfänglich vernachlässigt resp. keine Meldung macht, soll nicht bessergestellt werden als derjenige, der lediglich der Zahlungspflicht nicht fristgerecht nachkommt.

Die Sache ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Rechnungsstellung an die Beigeladene weiterzuleiten.

## **5.**

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

**5.2** Die anwaltlich vertretene und obsiegende Klägerin hat Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 109 Abs. 1 i.V.m. Art. 104 Abs. 1 VRPG). Die vom Anwalt der Klägerin geltend gemachten Parteikosten im Umfang von total Fr. 5'113.15 (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) bei einem Stundenaufwand von 19.5 Stunden sind übersetzt. Im Hinblick auf andere, vergleichbare Verfahren ist ein Honorar von pauschal (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) Fr. 4'000.-- angemessen. Diesen Betrag hat die Beklagte der Klägerin zu ersetzen.

Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt, weshalb ihr von vornherein kein Anspruch auf eine Parteientschädigung zukommt (vgl. MICHEL DAUM, in: HERZOG/DAUM [Hrsg.], Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, 2. Aufl. 2020, Art. 14 N. 11).

### **Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:**

1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, die Klägerin rückwirkend per 1. Januar 2019 bei der Beigeladenen anzumelden und der Beigeladenen auf dem der Klägerin ausgerichteten Lohn Beiträge der beruflichen Vorsorge für die Zeit ab 1. Januar 2019 bis 31. Dezember 2022 zuzüglich Verzugszins im Sinne der Erwägungen zu bezahlen. Die Sache wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zur Rechnungsstellung an die Beigeladene weitergeleitet.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Beklagte hat der Klägerin die Parteikosten, gerichtlich bestimmt auf Fr. 4'000.-- (inkl. Auslagen und MWST), zu ersetzen.

4. Zu eröffnen (R):

- Rechtsanwalt B. \_\_\_\_\_ z.H. der Klägerin
- C. \_\_\_\_\_
- D. \_\_\_\_\_
- Bundesamt für Sozialversicherungen

Zur Kenntnis:

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

Die Kammerpräsidentin:

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.