

## Kommentar zu aktuellen Rechtsfragen

### Obligatorische Versicherung von VR-Mitgliedern unter dem Aspekt eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes

(Urteil des BGer 9C\_659/2018 vom 9. April 2019)

#### Grundlagen

Art. 2 BVG regelt die obligatorische Versicherung der Arbeitnehmer und der Arbeitslosen. Demnach unterstehen Arbeitnehmer, die das 17. Altersjahr überschritten haben und bei einem Arbeitgeber einen Jahreslohn von mehr als 21'330 Franken beziehen, der obligatorischen Versicherung (Abs. 1). Der massgebende Jahreslohn entspricht grundsätzlich dem AHV-beitragspflichtigen Jahreslohn (Art. 7 Abs. 2 BVG). Die Vorsorgeeinrichtung kann in begrenztem Rahmen in ihrem Vorsorgereglement vom massgebenden Lohn der AHV abweichen, indem sie z.B. Lohnbestandteile weglässt, die nur gelegentlich anfallen, oder auf Durchschnittslöhne abstellt (Art. 3 BVV2).

Auf Verordnungsebene bestimmt der Bundesrat u.a. jene Arbeitnehmer, welche aus besonderen Gründen der obligatorischen Versicherung nach BVG nicht unterstellt sind (Art. 2 Abs. 4 BVG). Ausgeschlossen von der obligatorischen Versicherung sind gemäss Art. 1j Abs. 2 BVV2 insbesondere Arbeitnehmer, die nebenberuflich tätig sind und bereits für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind oder im Hauptberuf eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Diese Personen können sich nach Art. 46 Abs. 2 BVG entweder bei der Stiftung Auffangeinrichtung oder bei der Vorsorgeeinrichtung, bei der sie bereits obligatorisch versichert sind, freiwillig versichern lassen, sofern deren reglementarische Bestimmungen dies nicht ausschliessen. Arbeitnehmer, die nicht oder voraussichtlich nicht dauernd in der Schweiz tätig sind und im Ausland genügend versichert sind, können sich mit der Eingabe eines entsprechenden Gesuches an die Vorsorgeeinrichtung von der obligatorischen Versicherung befreien lassen (Abs. 2).

Art. 11 BVG regelt die Vorsorgepflicht des Arbeitgebers. Beschäftigt ein Arbeitgeber obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer, muss er sich für die Durchführung der beruflichen Vorsorge einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anschliessen (Abs. 1). Er hat die Möglichkeit, sich entweder einer bestehenden Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen oder eine eigene Vorsorgeeinrichtung zu errichten. Alternativ steht der Anschluss an die Stiftung Auffangeinrichtung zur Verfügung. Die Ausgleichskasse der AHV überprüft, ob die von ihr erfassten Arbeitgeber einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind (Abs. 4). Gehört der Arbeitgeber keiner Vorsorgeeinrichtung an, obwohl er der beruflichen Vorsorge obligatorisch unterstellte Arbeitnehmer beschäftigt, fordert die Ausgleichskasse ihn zum Anschluss innert zwei Monaten auf (Abs. 5). Kommt der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht nach, meldet die Ausgleichskasse ihn der Stiftung Auffangeinrichtung zum (meist) rückwirkenden Zwangsanschluss (Abs. 6 i.V.m. Art. 60 BVG).

## Präzisierung

Für die Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft in der beruflichen Vorsorge sind gemäss geltender Rechtsprechung<sup>1</sup> die AHV-rechtlichen Kriterien entscheidend. Der nach den Bestimmungen des BVG massgebende Jahreslohn entspricht – wie bereits erwähnt – mit geringen Abweichungsmöglichkeiten dem AHV-pflichtigen Jahreslohn. Gemäss Art. 7 lit. h AHVV bilden Tantiemen, feste Entschädigungen und Sitzungsgelder an die Mitglieder von Verwaltung und der geschäftsführenden Organe – insbesondere also auch Verwaltungsrats honorare – AHV-beitragspflichtigen Lohn. Gerade in der Funktion als Verwaltungsratsmitglied stellt sich regelmässig die Frage, ob diese Tätigkeit allenfalls einen Nebenerwerb i.S.v. Art. 1j Abs. 2 BVV2 darstellt, welcher unter der Voraussetzung, dass die übrigen Bedingungen für die BVG-Unterstellung erfüllt sind, grundsätzlich von der obligatorischen Versicherung ausgenommen ist. Die Gerichte sind sich einig, dass eine nebenberufliche Tätigkeit eine parallel ausgeübte, hauptberufliche Erwerbstätigkeit voraussetzt. Für die Differenzierung zwischen Haupt- und Nebentätigkeit werden verschiedene Kriterien herangezogen: Der zeitliche Aufwand, die Lohnhöhe, die Art der Tätigkeit, die Stabilität der Beschäftigung und auch die persönliche Wertung des Versicherten. Die Vorsorgeeinrichtung muss im Einzelfall darüber entscheiden, ob die zu versichernde oder die dafür in Frage kommende Tätigkeit als Haupt- oder Nebenerwerb zu klassifizieren ist. Zwei oder drei nebeneinander ausgeübte, gleichwertige Erwerbstätigkeiten gelten als Mehrfachbeschäftigung des Versicherten und unterstehen deshalb der mehrfachen Versicherungspflicht<sup>2</sup>. Für die Prüfung einer Ausnahme von der obligatorischen Versicherung bei Ausübung einer – im Einzelfall – als Nebenerwerb eingeordneten Tätigkeit ist die Beantwortung der Frage entscheidend, welche Kriterien die obligatorische Versicherung im Haupterwerb zu erfüllen hat. Von dieser Prüfung werden auch grenzüberschreitende Sachverhalte erfasst, in denen zu beurteilen ist, ob eine im Ausland ausgeübte haupterwerbliche Tätigkeit mit entsprechender staatlicher Versicherungsdeckung als obligatorischer Versicherungsschutz im Haupterwerb i.S.v. Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV2 zu anerkennen ist. In der Beurteilung eines grenzüberschreitenden Sachverhaltes ist auch zu berücksichtigen, dass Arbeitnehmer i.S.v. Art. 1j Abs. 2 BVV2 von der obligatorischen Versicherung ausgenommen werden können, wenn sie nicht oder voraussichtlich nicht dauernd in der Schweiz tätig sind und im Ausland genügend<sup>3</sup> versichert sind.

---

<sup>1</sup> Urteil des BVer C-6123/2007 vom 3. Dezember 2008 E. 5.3.

<sup>2</sup> BGE 136 V 390.

<sup>3</sup> Diese Bestimmung beabsichtigt die obligatorische Versicherung für gewisse Arbeitnehmer im Dienste ausländischer Firmen zu vermeiden, weil sie im Ausland bereits über einen gut ausgebauten Vorsorgeschutz verfügen. Um den ausländischen Versicherungsschutz als genügend zu bewerten, wird im Einzelfall ein globaler Vergleich der ausländischen Vorsorge mit der schweizerischen Vorsorge der ersten und zweiten Säule vorgenommen. Die ausländische Versicherung muss die Risiken Alter, Tod und Invalidität abdecken und einen vergleichbaren bzw. existenziell genügenden Versorgungsgrad bei Eintritt des versicherten Risikos aufweisen.

Das Bundesgericht<sup>4</sup> hatte jüngst ein Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes<sup>5</sup> hinsichtlich der obligatorischen Versicherungsunterstellung zweier Verwaltungsräte eines AHV-beitragspflichtigen Arbeitgebers zu überprüfen. Die Vorinstanz stellte fest, dass die beiden Verwaltungsräte ihr Mandat als Nebenbeschäftigung zu Anstellungen in den USA und in Brasilien ausübten, wo sie für den Haupterwerb genügend obligatorisch versichert und deshalb gemäss Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV2 der obligatorischen Versicherung in der Schweiz nicht unterstellt seien. Das Bundesverwaltungsgericht argumentierte weiter, dass der Ausdruck „obligatorisch versichert“ auch eine genügende Versicherung im Ausland umfasse. Diese Meinung teilte das Bundesgericht nicht: **Mit der obligatorischen Versicherung sei nicht irgendeine Versicherung der Arbeitnehmer (im In- und Ausland) gemeint, sondern unmissverständlich jene nach dem BVG. Somit seien nebenberuflich tätige Arbeitnehmer der obligatorischen BVG-Versicherung unterstellt, auch wenn sie durch ihre Hauptberufstätigkeit bei einer ausländischen Vorsorgeeinrichtung abgesichert sind.** Das Bundesgericht prüfte schliesslich die Befreiung von der obligatorischen Versicherungspflicht aufgrund von Art. 1j Abs. 2 BVV2. Die Befreiung von der obligatorischen Versicherungspflicht setze jedoch unmissverständlich voraus, dass der Arbeitnehmer vorgängig ein entsprechendes Gesuch an die Vorsorgeeinrichtung stellt. Ein solches Gesuch liege jedoch nicht vor, weshalb die Verwaltungsratsmitglieder gemäss BVG obligatorisch zu versichern seien. Da der betroffene Arbeitgeber im entscheidenden Zeitraum keine weiteren obligatorisch zu versichernden Arbeitnehmer beschäftigte, erfolgte rückwirkend ein Zwangsanschluss an die Stiftung Auffangeinrichtung.

---

<sup>4</sup> Urteil des BGer 9C\_659/2018 vom 9. April 2019.

<sup>5</sup> Urteil des BVer A-5243/2017 vom 16. August 2018.