

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2018.00043**

## **vom 1. Februar 2017**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2017-02-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_BV.2018.00043](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_BV.2018.00043)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2018.00043 du 1 février 2017

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT BV.2018.00043 del 1 febbraio 2017

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

X.\_\_\_\_ ist seit «...» als O.\_\_\_\_ tätig. Sein Beschäftigungsgrad beträgt 29,25 %, womit er einen Jahreslohn von rund Fr. 48'000.-- erzielt ( Urk. 2/13/1/2). Daneben ist er (im Haupterwerb) als selbständigerwerbender Rechtsanwalt tätig ( Urk. 2/1 S. 3 ). Mit Verfügung vom 1. Februar 2017 anerkannte die Direktion der Justiz und des Innern eine Beitragspflicht des Kantons Zürich für Arbeitgeberbeiträge in die freiwillige berufliche Vorsorge von X.\_\_\_\_ ab dem Versicherungsjahr 2017 (Urk. 2/1/1). Dagegen rekurrierte X.\_\_\_\_ am 8. März 2017 und machte in der Hauptsache geltend, dass ihm rückwirkend - zuzüglich Verzugszinsen - vom 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2016 die Arbeitgeberbeiträge (Sparbeiträge) auf seinem Einkommen als O.\_\_\_\_ zu entrichten seien (Urk. 2/1). Mit Beschluss vom 23. August 2017 trat der Regierungsrat auf X.\_\_\_\_ s Rekurs nicht ein und entschied, dass dieser zur Behandlung an das Sozialversicherungsgericht zu überweisen sei (Urk. 2/10). Gegen diesen Nichteintretensentscheid erhob X.\_\_\_\_ Beschwerde an das Verwaltungsgericht, welches mit Urteil vom 17. Januar 2018 die Beschwerde abwies (Urk. 2/12). In den Erwägungen hielt es fest, dass für die Beurteilung der strittigen Sache das Sozialversicherungsgericht zuständig sei (Urk. 2/12 E. 2.2).

#### **E. 2**

Eventualiter für den Fall der Abweisung von Ziff. 1 :

##### **E. 2.1**

Gemäss Art. 44 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge ( BVG ) können sich Selbständigerwerbende bei der Vorsorgeeinrichtung ihres Berufes oder ihrer Arbeitnehmer versichern lassen ( Abs. 1). Wer sich nicht bei einer Vorsorgeeinrichtung versichern lassen kann, ist berechtigt, sich bei der Auffangeinrichtung versichern zu lassen ( Abs. 2).

##### **E. 2.2**

Es seien dem Kläger rückwirkend vom 1. Juli 2009 bis zum 31. Dezember 2016 die BVG-Arbeitgeberbeiträge (Sparbeiträge) des Kantons Zürich auf seinem Salär zuzusprechen, zuzüglich Zins zu 5 % ab Fälligkeit des jeweiligen Betreffnisses, Zinsenlauf eventualiter ab 1. Juni 2015, zahlbar als

Einkaufsbeitrag auf das Alterskonto

seiner freiwilligen Zusatzversicherung für

den Lohn beim Kanton Zürich bei der Profond .

#### **E. 2.2.1**

Art. 46 BVG statuiert, dass der nicht obligatorisch versicherte Arbeitnehmer, der im Dienste mehrerer Arbeitgeber steht und dessen gesamt Jahresslohn 18 990 Franken (in der ab 1. Juni 2009 gültig gewesenen Fassung)

übersteigt, sich entweder bei der Auffangeinrichtung oder bei der Vorsorgeeinrichtung, der einer seiner Arbeitgeber angeschlossen ist, freiwillig versichern lassen kann, sofern deren reglementarische Bestimmungen es vorsehen ( Abs. 1). Ist der Arbeitnehmer bereits bei einer Vorsorgeeinrichtung obligatorisch versichert, kann er sich bei ihr, falls ihre reglementarischen Bestimmungen es nicht ausschliessen, oder bei der Auffangeinrichtung für den Lohn zusätzlich versichern lassen, den er von den anderen Arbeitgebern erhält ( Abs. 2). Dem Arbeitnehmer, der Beiträge direkt an eine Vorsorgeeinrichtung bezahlt , schuldet jeder Arbeitgeber jeweils die Hälfte der Beiträge , die auf den bei ihm bezogenen Lohn entfallen. Die Höhe des Arbeitgeber- Beitrages ergibt sich aus einer Bescheinigung der Vorsorgeeinrichtung ( Abs. 3). Die Vorsorgeeinrichtung übernimmt auf Begehren des Arbeitnehmers das Inkasso gegenüber den Arbeitgebern ( Abs. 4).

#### **E. 2.2.2**

Wer sich nach dem BVG freiwillig versichern lassen will, muss dies gemäss Art. 28 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV2) der Auffangeinrichtung oder einer anderen zuständigen Vorsorgeeinrichtung beantragen. Laut

Art. 29 Abs. 3 BVV2 muss der Versicherte der Vorsorgeeinrichtung seine gesamten Erwerbseinkünfte aus unselbständiger und aus selbständiger Erwerbstätigkeit angeben.

#### **E. 2.2.3**

Art. 30

Abs. 2 BVV2 sieht vor, dass der Versicherte nur dann verlangen kann , dass sich der Arbeitgeber an den Beiträgen beteiligt, wenn er ihn über seinen Beitritt zur freiwilligen Versicherung informiert hat. Der Arbeitgeber ist erst für die Versicherungszeit nach der Mitteilung beitragspflichtig .

#### **E. 2.2.4**

Gemäss Art. 31

Abs. 1 BVV2 werden die Beiträge jedes Arbeitgebers in Prozenten des koordinierten Lohnes berechnet. Der koordinierte Lohn wird auf die Arbeitgeber entsprechend den von ihnen ausgerichteten Löhnen aufgeteilt. Laut Art. 31 Abs. 4 BVV2 übergibt die Vorsorgeeinrichtung dem Versicherten am Ende des Kalenderjahres eine Abrechnung über die geschuldeten Beiträge sowie Bescheinigungen, die für jeden Arbeitgeber einzeln ausgestellt sind. Die Bescheinigungen geben Auskunft über: den vom Arbeitgeber ausgerichteten Lohn, wie er der Vorsorgeeinrichtung mitgeteilt wurde, den diesem Lohn entsprechenden koordinierten Lohn, den Beitragssatz in Prozenten des koordinierten Lohnes und den vom Arbeitgeber geschuldeten Betrag. 3 .

#### **E. 3**

Subeventualiter : Es sei fest zustellen, dass der Kläger ab 1. Juli 2009 bei der

Profond auch für seinen beim Kanton Zürich erzielten Lohn BVG- versichert ist und dass der Kanton Zürich in soweit die auf ihn entfallenden Prämien (zuzüglich Verzugszinsen) zu leisten hat .

### **E. 3.1**

Da der Streitwert

Fr. 20'000.-- nicht übersteigt (vgl. 2/1 S. 7, Urk. 2/13/3/7-7.1) , fällt die Beurteilung der Klage in funktioneller Hinsicht in die einzelrichterliche Zuständigkeit ( § 11 Abs. 1 GSVGer ). 3 . 2 3 . 2 . 1

Zunächst ist die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts zu prüfen. Diese wird von X.\_\_\_\_ mit dem Argument bestritten, dass es sich vorliegend um eine rein dienstrechtliche Auseinandersetzung handle ( Urk.

### **E. 4**

Es sei Rechtsverzögerung festzustellen.

#### **E. 4.1**

In materieller Hinsicht macht der Kläger

geltend, Rechtsgrundlage für seinen Rückwirkungsanspruch sei die Pflicht des Arbeitgebers an der Beteiligung der 2. Säule derjenigen Arbeitnehmer, welche der Vorsorgeeinrichtung des Arbeitgebers nicht angeschlossen werden könnten und dies wünschten ( Urk. 2/1 S. 5, Urk. 2/11 S. 5 ). Sein gesamtes Einkommen habe er bereits seit 2009 freiwillig versichert ( Urk. 2/1 S. 6, Urk. 2/7 S. 2 ) . Am 25. September 2009 habe er den Kanton Zürich darüber informiert, dass er im Gegensatz zu den anderen Mitgliedern bei seiner eigenen Pensionskasse versichert sei und habe damit sinngemäss einen Beteiligungsanspruch geltend gemacht. Damit sei der Arbeitgeber im Sinne von Art. 30 Abs. 2 BVV2 ausreichend über die freiwillige Versicherung orientiert worden ( Urk. 2/1 S. 6,

Urk. 2/7 S. 6 ). Im Weiteren habe die Beklagte ihre Informationspflicht verletzt. Die BVK als Vorsorgeeinrichtung der Arbeitgeberin habe ihm [im 2009] die Aufnahme verweigert . Die Beklagte hätte ihn informieren müssen, wie konkret versicherungstechnisch vorzugehen sei . Dies habe sie unterlassen ( Urk. 2/1 S. 6 , Urk. 2/11 S. 6 f. ). Die Handlungen der BVK seien der Beklagten anzurechnen ( Urk. 2/1 S. 6 ). Zudem habe die Beklagte Rechtsverzögerungen begangen. Dies gelte insbesondere für den Zeitraum vom März 2013 bis April 2015. Im März 2013 sei er mit einem Gesuch um Beteiligung von Arbeitgeber beiträgen an die Beklagte gelangt. Diese habe aber bis April 2015 nicht reagiert ( Urk. 2/7 S. 1 ). Ihr Stillschweigen habe in ihm das Vertrauen erweckt, dass er nichts weiter unternehmen müsse. Über Jahre abzuwarten und ihm dann, wie dies die Beklagte nun tue, entgegenzuhalten, er habe die notwendigen Vorkehren nicht getroffen, sei treuwidrig ( Urk. 2/1 S. 6 f., Urk. 2/11 S. 7).

#### **E. 4.2**

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, das Einkommen als O.\_\_\_\_ sei bis Ende 2016 nicht versichert gewesen. Dies sei erst ab 2017 der Fall . Damit bestehe ihre Beitragspflicht erst ab diesem Zeitpunkt ( Urk. 2/1.1, Urk. 2/9). Voraussetzung für die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Bezahlung der Beiträge gemäss Art. 46 BVG sei das Vorliegen einer Bestätigung der Vorsorgeeinrichtung über die vom Arbeitnehmer bereits

bezahlten Beiträge. Es handle sich somit um einen Anspruch auf Rückvergütung. Sie lehne daher eine Bezahlung der Beiträge an den Kläger ohne entsprechenden Nachweis ab ( Urk. 2/3 S. 2 f., Urk. 2/9 S. 1). Im Weiteren bestehe keine Informationspflicht, welche über die Verpflichtung des Arbeitgebers, ein- oder austretende Mitarbeiter über die gesetzliche Vorsorge- und Versicherungssituation in Kenntnis zu setzen, hinausgehe ( Urk. 2/9 S. 2). Sodann treffe der Vorwurf der Rechtsverzögerung nicht zu. Die Beklagte habe umfangreiche Abklärungen tätigen müssen. In ihrem Schreiben vom 22. April 2015 und 5. Juni 2015 habe sie, die Beklagte, dann auf die nötigen Erfordernisse für eine Beteiligung an den Beiträgen hingewiesen. Soweit der Kläger im Weiteren eine mangelnde Information von Seiten der Beklagten moniere, sei einzuwenden, dass es ihm ein Leichtes gewesen wäre, sich an einen Fachspezialisten seiner Vorsorgeeinrichtung zu wenden. Abgesehen davon sei zu berücksichtigen, dass der Kläger von Beruf Anwalt sei ( Urk. 2/3 S. 3 f., Urk. 2/9 S. 2). 5.

## **E. 5**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Der Kanton Zürich, vertreten durch die Direktion der Justiz und des Innern, hielt in ihrer Eingabe an ihren Anträgen fest beziehungsweise schloss sinngemäss auf Abweisung der Klage ( Urk. 5). Der Einzelrichter zieht in Erwägung: 1.

Strittig ist, ob der Kanton Zürich als Arbeitgeber von X.\_\_\_\_, soweit dieser als O.\_\_\_\_ tätig ist, ihm rückwirkend für die Dauer vom 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2016 Arbeitgeberbeiträge im Rahmen einer freiwilligen beruflichen Vorsorge zu leisten hat. Unbestritten ist, dass ab 1. Januar 2017 eine Beitragspflicht besteht. 2.

### **E. 5.1**

Der Kläger schloss sich am 22. November 2004 als selbständigerwerbender Rechtsanwalt im Rahmen der freiwilligen beruflichen Vorsorge nach BVG der Profond Vorsorgeeinrichtung an (Urt. 2/13/3/4. 2). Per «...» wurde er zum O.\_\_\_\_ gewählt. Diese Funktion übt er seither nebenberuflich in einem Beschäftigungsgrad von 29,25 % aus ( Urk. 2/13/1, vgl. auch Urk. 2/11 /2 S. 3 ). Mit Mitteilung vom 15. Juli 2009 wurde er (für die Tätigkeit als O.\_\_\_\_) in die BVK aufgenommen ( Urk. 2/13/2/6 Beilage 2). Diese Aufnahme widerrief die BVK in der Folge ( Urk. 2/13/2/6 Beilage 3, Urk. 2/13/3/9.1 Beilage 2, vgl. auch Urk. 2/13/3/1). Im Rahmen einer O.\_\_\_\_sitzung vom 25. September 2009 orientierte er den Präsidenten des O.\_\_\_\_s darüber, dass er im Gegensatz zu den anderen Mitglieder n ausschliesslich bei seiner eigenen Pensionskasse versichert sei. Er äusserte die Ansicht, dass der Kanton Zürich die Arbeitgeberbeiträge resultierend aus seiner Anstellung als O.\_\_\_\_ nun seiner freiwilligen Versicherung bei der Profond zu überweisen habe ( Urk. 2/1 S. 6, Urk. 2/13/3/5 ). Diesen Anspruch bekräftigte er, soweit aktenkundig, nochmals am 20. November 2012 mit E-Mail an das kantonale Personalamt ( Urk. 2/13/3/7.4).

### **E. 5.2**

Im Frühling 2013 fand eine telefonische Unterredung zwischen dem Kläger und dem kantonalen Personalamt statt (vgl. Urk. 2/1 S. 4). Darauf bezugnehmend er suchte der Kläger mit E-Mail vom 12. März 2013 den Kanton Zürich um Beteiligung an den Beiträgen für die bei der Profond abgeschlossene Versicherung ( Urk. 2/13/3/4). Mit Schreiben vom 22. April 2015 erklärt er sich die Beklagte bereit, die Hälfte der

Arbeitgeberbeiträge, die auf den bei der Direktion der Justiz und des Innern bezogenen Lohn entfallen würden, zu übernehmen, sobald eine Bescheinigung über die geleisteten Beiträge vorliege. Die Bescheinigung habe laut

Art. 31 BVV2 Auskunft zu geben über den von der Direktion der Justiz und des Innern ausgerichteten Lohn, wie er der Profond mitgeteilt worden sei, den diesem Lohn entsprechenden (anteilmässigen) koordinierten Lohn, den Beitragssatz in Prozenten des koordinierten Lohns und den von der Direktion der Justiz und des Innern geschuldeten Betrag (Urk. 2/13/3/6).

### **E. 5.3**

Daraufhin übermittelte der Kläger am 4. Mai 2015 eine Beitragsberechnung der Profond basierend auf einem Beschäftigungsgrad von 29.25 % und stellte sie im Umfang von Fr. 11'127.95 (entsprechend der Periode vom 1. Juli 2009 bis Ende 2014) in Rechnung (Urk. 2/13/3/7-7.5). Mit Schreiben vom 5. Juni 2015 teilte die Beklagte ihm mit, dass die eingereichte Aufstellung den gesetzlichen Anforderungen nicht genüge. Die Profond habe nach Rücksprache bestätigt, dass der Lohn, den er bei der Direktion der Justiz und des Innern beziehe, bis heute nicht gemeldet worden sei. Lediglich der aus der hauptberuflichen Selbständigkeit erzielte Lohn sei wohl versichert gewesen. Auf dieser Grundlage sei es nicht möglich, allfällige Beiträge für vergangene Jahre zu entrichten. Falls der Kläger sich entschliessen sollte, zukünftig den Lohn als O. \_\_\_ zu versichern, würden die entsprechenden Dokumente geprüft werden (Urk. 2/13/3/8).

### **E. 5.4**

Offenbar auf Wunsch des Klägers bemühte sich die Beklagte im Folgenden, ihn bei der BVK zu versichern. Am 1. Juni 2015 liess sie dem Kläger ein BVK-Formular zukommen. Gleichzeitig äusserte sie Zweifel, ob dies zielführend sei, und schlug stattdessen vor, er solle rückwirkend per 1. Januar 2015 den bei der Direktion der Justiz und des Innern erzielten Lohn bei der Profond versichern lassen (Urk. 2/13/3/9). Der Kläger füllte am 13. Juni 2015 das besagte BVK-Formular mit Erklärungen zum Neben- und Haupterwerb aus und die Beklagte reichte es am 19. Juni 2015 der BVK ein (Urk. 2/13/3/9.1). Diese verweigerte in dessen eine Aufnahme. Der entsprechende Bescheid wurde auch dem Kläger mitgeteilt. Einer Aktennotiz der Beklagten vom 15. Juli 2015 ist zu entnehmen, dass er sich dahingehend geäussert habe, dass die Angelegenheit vorerst erledigt sei (Urk. 2/13/3/9.4).

### **E. 5.5**

Mit E-Mail vom 23. Juni 2016 gelangte der Kläger wieder an die Beklagte. Dabei bezog er sich auf die bisherige Korrespondenz, namentlich auf das Schreiben vom 5. Juni 2015, und erklärte, er verfüge nunmehr über die gewünschte Bescheinigung der Profond. Dazu reichte er einen Vorsorgeausweis per 1. Januar 2016 ein, der betitelt war mit «Zusatzvorsorge neu per 01.01.2016 zur BVG-Kompensation» und in den Grunddaten einen Beschäftigungsgrad von 29.25 % beinhaltete (Urk. 2/13/3/10-10.1). Nachdem die Beklagte nach dessen Prüfung bemängelt hatte, dass darin die Vorgaben gemäss Art. 31 BVV2 nicht eingehalten seien (E-Mail vom 25. Oktober 2016, Urk. 2/13/3/11), reichte der Kläger am 9. November 2016 einen korrigierten Vorsorgeausweis per 1. Januar 2016 ein. Er wies sodann darauf hin, er müsse die Anträge zu Händen der Profond bis 22. November 2016 unterzeichnen, damit die Zusatzvorsorge rückwirkend per 1. Januar 2016 in Kraft treten könne, und bat um entsprechenden Bescheid bis zu diesem Datum (Urk. 2/13/3/12).

Am 5. Dezember 2016 meldete sich die zuständige Personalbeauftragte der Beklagten und erklärte, aufgrund ihrer Ferienabwesenheit sei ihr eine frühere Antwort nicht möglich gewesen (Urk. 2/13/3/13). Nach weiteren Abklärungen bei der Profond selber teilte die Beklagte am 7. Dezember 2016 mit, dass sie gestützt auf vorliegende Bescheinigung bereit sei, die Hälfte der Beiträge gemäss Art. 46 Abs. 3 BVG zu bezahlen. Indessen stellte sie sich auf den Standpunkt, dass eine weiterreichende Rückwirkung nicht möglich sei, da der bei der Direktion der Justiz und des Innern bezogene Lohn erst dieses Jahr gemeldet und versichert worden sei (Urk. 2/13/3/14).

### **E. 5.6**

Da die Profond schliesslich aus technischen Gründen eine Rückwirkung per

### **E. 7**

S. 2). 3. 2. 2

Jeder Kanton bezeichnet ein Gericht, das als letzte kantonale Instanz über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet (Art. 73 Abs. 1 des BVG). Nach § 2 Abs. 2 lit. a des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) ist das Sozialversicherungsgericht als einzige kantonale Gerichtsinstanz zuständig für Klagen nach Art. 73 BVG, soweit es das Bundesrecht vorschreibt oder zulässt. Voraussetzung für den Rechtsweg nach Art. 73 Abs. 1 BVG bildet, dass eine Streitigkeit aus beruflicher Vorsorge im engeren oder weiteren Sinn vorliegt (BGE 141 V 605 E. 3.2.1 mit Hinweisen).

Nach der Rechtsprechung können unter die Streitigkeiten im Sinne dieser Bestimmung auch solche zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer fallen, soweit es dabei um spezifische Fragen der beruflichen Vorsorge geht. Dazu gehört etwa die Klage des Arbeitnehmers gegen seinen Arbeitgeber (oder ehemaligen Arbeitgeber) auf Zahlung von Beiträgen im Rahmen einer freiwilligen Versicherung (Meyer/Uttinger, in: Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010, N. 59 zu Art. 73 BVG mit Hinweis). 3. 2. 3

Die vorliegende Streitigkeit fällt somit in die Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts. Der Kläger ist zwar der (irrigen) Auffassung, es liege eine rein dienstrechtliche Angelegenheit vor, weshalb der Regierungsrat zuständig sei, je doch möchte er die Sache gerichtlich beurteilt wissen. Vor diesem Hintergrund ist sein Klagewille ausgewiesen. Soweit personalrechtliche Aspekte eine Rolle spielen, ist darauf hinzuweisen, dass das in der Hauptsache zuständige Gericht vorbehaltlich anderslautender spezialgesetzlicher Regelung zuständig ist, vorfrageweise auch die für die Beantwortung der Hauptsache erforderlichen Streitfragen aus einem anderen Rechtsgebiet zu beantworten, auch wenn dafür bei isolierter Betrachtung andere Behörden oder Gerichte zuständig wären, soweit diese an sich zuständigen Behörden noch keinen entsprechenden Entscheid gefällt haben (BGE 130 III 297 E. 3.3, 128 II 386 E. 2.2, 128 V 254 E. 3). Das gilt auch für die nach Art. 73 BVG zuständigen Gerichte. 4.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.