



Urteil vom 24. August 2022

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian, Richter Alexander Mistic,
Gerichtsschreiberin Rahel Gresch.

Parteien

Dr. med. A. _____,
vertreten durch
lic. iur. LL.M. André Lerch,
Humbert Heinzen Lerch Rechtsanwälte,
Beschwerdeführer,

gegen

Armeestab (A Stab),
Papiermühlestrasse 20, 3003 Bern,
c/o Armeestab,
Personalrecht Gruppe Verteidigung,
Bolligenstrasse 56, 3003 Bern,
Vorinstanz.

Gegenstand

Bundespersonal; Forderungen aus Arbeitsverhältnis.

Sachverhalt:**A.**

A._____ schloss mit der Logistikbasis der Armee, Bereich Sanität, am 1. Mai 2015 einen Vertrag für Honorarbezüger (Contrat pour les bénéficiaires d'honoraires) für den Zeitraum vom 1. Mai 2015 bis 31. Dezember 2015 betreffend Arzt UCR (Untersuchungskommission Rekrutierung) ab. Am 10. Dezember 2015 verlängerten die Parteien das Vertragsverhältnis vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019.

B.

Gegenstand des als "Auftrag" bezeichneten Vertrags vom 10. Dezember 2015 war das Erbringen von medizinischen Leistungen ausserhalb der Praxis in den Rekrutierungszentren. Danach konnte der Arbeitseinsatz auch kurzfristig und auf Abruf erfolgen. Termin und Ort für die Leistungserbringung bestimmten sich nach dem Bedarf der "Auftraggeberin", d.h. der Logistikbasis der Armee (LBA).

Es wurde zudem ein Honorar von Fr. 201.60 brutto pro Stunde (28 Taxpunkte à je Fr. 7.20) für die im Rekrutierungszentrum aufgewendete Zeit vereinbart. Darin waren sämtliche Spesen und anderweitige Aufwendungen eingeschlossen. Weiter wurde ein Kostendach von Fr. 240'000.– vereinbart, welches mit Nachtrag vom 18. November 2018 um weitere Fr. 150'000.– erhöht wurde. Per 1. Januar 2018 wurde die Angliederung der Sanität von der Logistikbasis der Armee gelöst und dem Armeestab (A Stab) unterstellt.

C.

Mit Schreiben vom 5. Dezember 2018 teilte der Chefmediziner Rekrutierung A._____ mit, er werde für das Jahr 2019 nicht mehr als Mandatsarzt aufgeboden. Der Vertrag werde jedoch momentan nicht gekündigt.

D.

A._____ brachte in der Folge mit Schreiben vom 11. Januar 2019 vor, aufgrund der tatsächlich gelebten Vertragsbeziehung sei von einem Arbeitsverhältnis auszugehen. Insbesondere sei er regelmässig und in einem relativ grossen Umfang für die LBA tätig gewesen und auch die anderen massgeblichen Kriterien zur Abgrenzung zwischen Arbeitsvertrag und Auftrag würden vorliegend klar für eine arbeitsvertragliche Qualifikation sprechen. Folglich hätte er Ferienansprüche und Ansprüche auf Arbeitszuweisung im Umfang des im Jahre 2015 und 2016 begründeten Usus. Angesichts dessen biete er seine Arbeitskraft weiterhin an.

E.

Der A Stab als zuständiger Arbeitgebervertreter teilte A. _____ mit Schreiben vom 21. Mai 2019 mit, es handle sich beim Vertrag für Honorarbezüger vom 10. Dezember 2015 nicht um einen Arbeitsvertrag auf Abruf, sondern klar um ein Auftragsverhältnis. Der Wortlaut des Vertrags sowie die darin enthaltenen Vereinbarungen sprächen eindeutig für ein Auftragsverhältnis. Falls er eine anfechtbare Verfügung wünsche, solle er dies schriftlich mitteilen.

F.

Der A Stab teilte A. _____ mit Schreiben vom 11. Juni 2019 mit, dass das Mandatsverhältnis mit ihm per sofort aufgelöst werde, da das Kostendach fast ausgeschöpft sei.

G.

Mit Verfügung vom 13. August 2019 stellte der A Stab fest, in der Zeit vom 1. Januar 2016 bis zum 11. Juni 2019 habe kein Arbeitsverhältnis bestanden. Gegen diese Verfügung erhob A. _____ Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht.

H.

Mit Urteil vom 16. März 2020 stellte das Bundesverwaltungsgericht sodann fest, dass zwischen den Parteien vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019 ein Arbeitsverhältnis bestanden habe (A-4779/2019, Dispositiv Ziffer 3). Dieses Urteil erwuchs unangefochten in Rechtskraft.

I.

In der Folge forderte A. _____ den A Stab mit Schreiben vom 10. August 2020 auf, ihn rückwirkend als Angestellten mit einer jährlichen Gehaltssumme von Fr. 416'660.– einzustufen sowie die Zahlungen an die Pensionskasse PUBLICA zu korrigieren.

J.

Nachdem zwischen den Vertragsparteien kein Termin für eine Besprechung gefunden werden konnte, legte der A Stab A. _____ per E-Mail vom 10. November 2020 seine Beurteilung der Auswirkungen des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2020 dar.

K.

Mit Schreiben vom 18. Februar 2021 forderte A. _____ für die Zeit vom 1. Dezember 2018 bis 31. Dezember 2019 zusätzlich die Auszahlung eines Bruttolohns von Fr. 139'113.– (zzgl. 5 % Verzugszins seit 1. Januar 2020),

wovon der Betrag von Fr. 72'146.– zufolge Subrogation der Arbeitslosenkasse der UNIA geschuldet sei. Er sei zu dieser Zeit nicht zur Arbeit aufgeboten worden, obwohl er seine Arbeitskraft angeboten habe, weswegen von einem Arbeitgeberverzug auszugehen sei. Weiter habe er für nicht bezogene Ferien brutto Fr. 61'491.50 (zzgl. Verzugszins zu 5 % seit 1. Januar 2020) zugute. Schliesslich komme er in den Genuss der überobligatorischen BVG-Leistungen.

L.

Der A Stab bestritt mit Schreiben vom 18. März 2021 den Arbeitgeberverzug. Als Angestellter des Bundes unterstehe A. _____ der Bundespersonalgesetzgebung. Entsprechend werde der Lohn im Rahmen der Lohnklasse für die Funktion, die er ausgeübt habe, festgelegt, konkret innerhalb der Lohnklasse 26. Bei einem Arbeitspensum von aufgerundet 30 % hätte er in den Jahren 2016 bis und mit 2019 inklusive Ortszuschlag insgesamt brutto Fr. 198'771.12 verdient, den bestrittenen Arbeitgeberverzug miteingerechnet. Tatsächlich erhalten habe er jedoch Fr. 322'800.58. Er habe deshalb in den Jahren 2016 bis 2019 mindestens Fr. 129'831.46 zu viel Bruttolohn bezogen, der zurück zu erstatten sei.

M.

Mit Schreiben vom 13. April 2021 bestritt A. _____ die Ausführungen des A Stab und verlangte eine anfechtbare Verfügung.

N.

Am 1. Juni 2021 verfügte der A Stab, A. _____ habe ihm für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019 ausgehend von einem tatsächlich geleisteten Arbeitspensum von 26.55 % den Betrag von Fr. 169'415.75 zzgl. Zins zu 5 % seit 1. April 2020 zurückzuerstatten (Dispositiv Ziffer 1). Über die Forderungen bezüglich Arbeitgeberbeitrag an die Pensionskasse PUBLICA werde nach Abschluss des vorliegenden Verfahrens entschieden (Dispositiv Ziffer 2).

O.

Gegen diese Verfügung des A Stab (nachfolgend: Vorinstanz) erhebt A. _____ (nachfolgend: Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 5. Juli 2021 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Er beantragt unter Kosten- und Entschädigungsfolge die Aufhebung der Verfügung; zudem sei die Vorinstanz zu verpflichten, ihm Fr. 53'178.55 und Fr. 37'693.80 jeweils zzgl. Verzugszinsen zu 5 % seit 1. Januar 2020 zu bezahlen. Schliesslich sei die

Vorinstanz zu verpflichten, die überobligatorischen BVG-Leistungen rückwirkend für den Zeitraum Juni 2015 bis Dezember 2019 bei der zuständigen Pensionskasse des Bundes (PUBLICA) anzumelden und einzuzahlen.

Zur Begründung führt er im Wesentlichen aus, die Rückforderung des Arbeitgebers sei aus Gründen des Vertrauensschutzes, der Gleichbehandlung und der bereicherungsrechtlichen Regelungen ausgeschlossen. Die Lohnvereinbarung zwischen den Parteien sei verbindlich und nicht zu beanstanden. Insbesondere liege keine Nichtigkeit der Vertragsabrede vor, da es zur Lohnobergrenze keine zwingenden Vorschriften gäbe. Die ursprüngliche Abmachung eines Kostendachs sei unbeachtlich, da dieses in keiner Weise eingehalten oder gelebt worden sei. Nach Berechnung der Vorinstanz habe er durchschnittlich 26.55 % gearbeitet, was einem Jahreslohn von brutto Fr. 115'684.22 entspreche. Der Anspruch des Beschwerdeführers auf Lohnfortzahlung in bisherigem Umfang für die Dauer des Arbeitgeberverzuges von Dezember 2018 bis Dezember 2019 (13 Monate) betrage Fr. 125'324.55. Darin habe die Arbeitslosenkasse im Umfang von Fr. 72'146.– subrogiert, weshalb die Restforderung von brutto Fr. 53'178.55 geschuldet sei. Zudem habe er für den Zeitraum 1. Januar 2016 bis 30. Oktober 2019 (34 Monate) Anspruch auf eine Ferienentschädigung von brutto Fr. 37'693.80. Beide Ansprüche würden von der Vorinstanz anerkannt.

P.

In ihrer Vernehmlassung vom 9. August 2021 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie bestreitet, dass zwischen den Parteien eine Vertragsabrede bezüglich Lohn bestanden habe. Es erschliesse sich ihr nicht, wie der Beschwerdeführer zum Schluss komme, das vereinbarte Honorar könne tel quel als Lohnabrede betrachtet werden. Mit der Feststellung des Bundesverwaltungsgerichts im Urteil vom 16. März 2020 sei ihr die Grundlage entzogen worden, dem Beschwerdeführer einen Lohn von brutto Fr. 201.60 pro Stunde zu bezahlen, was einem Jahreslohn von brutto Fr. 423'360.– entsprechen würde. Ein solcher Jahresbruttolohn sei im Rahmen eines Anstellungsverhältnisses nicht möglich, da der Höchstbetrag in der obersten Lohnklasse 38 "nur" brutto Fr. 381'286.– betrage. Der Beschwerdeführer verlange diesen Lohn, da sich seine Berechnungen auf das vereinbarte Honorar im Auftragsverhältnis beziehen würden, das jedoch nicht als Lohn gelten könne.

Q.

Der Beschwerdeführer hält in seinen Schlussbemerkungen vom 1. November 2021 an seinen Anträgen und seiner Begründung fest.

R.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien und die sich bei den Akten befindlichen Schriftstücke wird, soweit relevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist und eine Vorinstanz im Sinne von Art. 33 VGG entschieden hat.

Bei der verfügenden Vorinstanz handelt es sich um eine solche im Sinne von Art. 33 Bst. d VGG (vgl. Anhang 1 B Ziff. IV 1.4.1. der Regierungs- und Verwaltungsorganisationsverordnung vom 25. November 1998 [RVOV, SR 172.010.1]). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (Art. 32 VGG). Das Bundesverwaltungsgericht ist demnach für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

1.2 Zur Beschwerde ist nach Art. 8 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Der Beschwerdeführer ist als Verfahrensbeteiligter formeller Adressat der angefochtenen Verfügung und durch diese auch materiell beschwert. Er ist deshalb zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde legitimiert.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.

Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet grundsätzlich mit uneingeschränkter Kognition. Es überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ermessensausübung – sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 VwVG).

3.

3.1 Im Folgenden ist die Rechtmässigkeit der Verfügung vom 1. Juni 2021 zu prüfen bzw. die Frage zu beantworten, ob die Verfahrensbeteiligten, gestützt auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts A-4779/2019 vom 16. März 2020, die gegenseitig geltend gemachten Forderungen stellen können.

3.2 In der angefochtenen Verfügung stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, sie habe bis zur Kenntnisnahme des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2020 davon ausgehen dürfen, zwischen ihr und dem Beschwerdeführer habe ein Auftragsverhältnis bestanden. Demzufolge sei sie nicht verpflichtet gewesen, den Beschwerdeführer nach Ausschöpfung des Kostendachs per Ende November 2018 für weitere Einsätze anzubieten. Mit der Qualifikation des Vertragsverhältnisses als Arbeitsverhältnis habe sich die rechtliche Lage jedoch rückwirkend geändert, auch wenn dies für sie im Dezember 2018, als sie dem Beschwerdeführer mitgeteilt habe, sie verzichte auf dessen Leistungen, nicht erkennbar gewesen sei. Retrospektiv betrachtet sei das Arbeitsverhältnis nun als Teilzeitarbeitsverhältnis mit Arbeit auf Abruf zu qualifizieren, mit der Folge, dass sie dem Beschwerdeführer nach Art. 324 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) auch für die Zeit vom 1. Dezember 2018 bis und mit 31. Dezember 2019 den Lohn schulde, und zwar für das Pensum von 26.55 %, welches er bis Ende November 2018 im Durchschnitt geleistet habe. Sie schulde dem Beschwerdeführer somit für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019 bei einem Pensum von 26.55 % folgende Bruttolöhne (inkl. Ortszuschlag und unter Berücksichtigung der Teuerung, einem jährlichen Lohnanstieg von 2 % und einer Reallohnerhöhung in den Jahren 2018 und 2019):

- 2016: Fr. 42'570.58
- 2017: Fr. 43'392.75
- 2018: Fr. 44'667.29
- 2019: Fr. 45'281.82

– Total: Fr. 175'912.44

Für den Zeitraum vom 1. Januar 2016 bis 30. November 2018, in dem der Beschwerdeführer keine Ferien bezogen habe, habe er eine Entschädigung zugute. Diese belaufe sich bei 30 Ferientagen sowie 261 Arbeitstagen pro Jahr auf aufgerundet 11.5 %. Im massgebenden Zeitraum habe er Fr. 126'908.35 brutto verdient. Die Ferienentschädigung entspreche somit Fr. 14'594.46. Insgesamt habe er vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019 somit einen Bruttolohn von Fr. 190'506.90 zugute. Bezogen habe er jedoch in diesem Zeitraum unbestrittenermassen Fr. 359'922.65 brutto. Demzufolge sei er gestützt auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. März 2020 im Betrag von Fr. 169'415.75 brutto ungerechtfertigt bereichert. Diesen Betrag zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. April 2020 habe er gestützt auf Art. 62 OR der Vorinstanz zurückzuerstatten.

3.3 Der Beschwerdeführer entgegnet hierzu, die Vorinstanz könne weder aus arbeits-, verfassungs- noch aus bereicherungsrechtlichen Gründen Rückforderungen stellen. Die angefochtene Verfügung verletze den Grundsatz "pacta sunt servanda". Einerseits hätte der Beschwerdeführer mit dem nun von der Vorinstanz nach den Vorgaben von Art. 15 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG, SR 172.220.1) geltend gemachten Lohn keinen Vertrag abgeschlossen. Andererseits könne die Vorinstanz auch nicht einem wesentlichen Irrtum (Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BPG) unterlegen sein. Denn die Vorinstanz habe den Arbeitsvertrag nicht innert Jahresfrist angefochten (Art. 31 OR i.V.m. Art. 6 Abs. 2 BPG) und selbst wenn eine Vertragsanfechtung erfolgt wäre, hätte diese gemäss Art. 320 Abs. 3 OR nicht die Rückforderung von erhaltenem Lohn zur Folge. Des Weiteren verletze die angefochtene Verfügung den erhöhten arbeitsrechtlichen Vertrauensschutz nach Art. 320 Abs. 3 OR sowie den Vertrauensschutz gemäss Art. 5 Abs. 3 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und das Willkürverbot (Art. 9 BV). Die Rückforderung sei zudem rechtsmissbräuchlich, da die Vorinstanz in bewusster Umgehung der Lohnvorschriften ein Auftragsverhältnis simuliert habe, da sie gewusst habe, dass sie sonst nicht genügend Ärzte für die von ihm ausgeführte Tätigkeit finden würde. Die Rückforderung des über mehrere Jahre hinweg ausbezahlten Lohns stelle widersprüchliches und treuwidriges Verhalten dar. Schliesslich sei die (teilweise) Rückforderung bereicherungsrechtlich (Art. 64 OR) ausgeschlossen, da er im berechtigten Vertrauen auf die Gültigkeit der Lohnvereinbarung Vermögensdispositionen getätigt habe, welche nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten und den Rückforderungsbetrag übersteigen würden. Im Zeitpunkt der Rückforderung sei er zudem nicht mehr bereichert gewesen.

4.

4.1 Nach Art. 6 Abs. 2 BPG gelten für das Arbeitsverhältnis sinngemäss die einschlägigen Bestimmungen des Obligationenrechts, soweit das Bundespersonalgesetz oder andere Bundesgesetze nichts anderes vorsehen (vgl. BBl 1999 S. 1609). Dieser Verweis bezieht sich nicht nur auf die arbeitsrechtlichen Bestimmungen des OR (Art. 319 ff. OR), sondern auf sämtliche Regeln, die sich im Hinblick auf die Besonderheiten des öffentlichen Arbeitsverhältnisses für einen analogen Beizug als ergänzendes öffentliches Recht eignen. Er umfasst auch den Allgemeinen Teil des OR und insbesondere die Normen über die Willensmängel beim Vertragsabschluss (Art. 1-40 OR; vgl. zum Ganzen: BGE 132 II 161 E. 3.1 m.w.H.).

4.2 Geht es um die Anfechtung ganz oder teilweise abgewickelter Dauerschuldverhältnisse, etwa im Bereich von Dienstleistungen, stösst eine Rückabwicklung nach reinen Vindikations- und Bereicherungsgrundsätzen in aller Regel auf erhebliche praktische Schwierigkeiten oder erweist sich gar als unmöglich. Das Gesetz regelt diesen Tatbestand nicht allgemein, hat aber für den Arbeitsvertrag in Art. 320 Abs. 3 OR eine Sonderordnung getroffen, wonach für die gegenseitigen Ansprüche und Verpflichtungen die Gültigkeit des unverbindlichen Vertrags bis zu dessen Aufhebung fingiert wird. Dass das Gesetz diesen Grundsatz nicht ausdrücklich auf andere Dauerschuldverhältnisse ausgedehnt hat, schliesst nicht aus, ihn auf dem Wege teleologischer Auslegung zu verallgemeinern und analog anzuwenden (BGE 129 III 320 E. 7.1.2 m.w.H.). Das Arbeitsverhältnis bzw. das Vertragsverhältnis ist so abzuwickeln, wie wenn ein gültiger Vertrag bestehen würde, bis eine der Parteien sich durch Ausübung eines Gestaltungsrechts auf Ungültigkeit beruft. Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einem faktischen Vertragsverhältnis. Mit anderen Worten werden die Wirkungen der Ungültigkeit nicht zurückdatiert, sondern auf den Moment der Anrufung des Ungültigkeitsgrundes bezogen. Es muss also weder der Lohn zurückerstattet noch für die Vorteile aus der Arbeit für den Arbeitgeber eine Entschädigung berechnet werden (vgl. BGE 129 III 320 E. 7.1.3 ULLIN STREIFF//ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH, Arbeitsvertrag – Praxis-kommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl. 2012, N. 8).

4.3 Vier Voraussetzungen müssen erfüllt sein, damit diese Rechtsfolge eintritt: (vermeintlicher) Abschluss eines Arbeitsvertrages, vollständige Ungültigkeit dieses "Vertrages", fehlende Bösgläubigkeit des Arbeitnehmers und Leistung von Arbeit aufgrund des ungültigen Vertrages (STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, a.a.O., N. 8).

Vorliegend schlossen der Beschwerdeführer und die Vorinstanz einen (vermeintlichen) Auftrag ab. Das Bundesverwaltungsgericht stellte mit Urteil vom 16. März 2020 fest, dass zwischen den Verfahrensbeteiligten kein Auftrag, sondern ein Arbeitsverhältnis für die Zeit vom 1. Januar 2016 bis 31. Dezember 2019 bestanden hat. Der Vertrag über den Auftrag war somit ungültig, weshalb auch die zweite Voraussetzung erfüllt ist. Zudem ist eine Bösgläubigkeit des Beschwerdeführers nicht zu erkennen und er hat auch Arbeit aufgrund des ungültigen Vertrages geleistet, womit auch die zwei letzten Voraussetzungen erfüllt sind. Daraus ist zu folgern, dass bis zum Urteilszeitpunkt vom 16. März 2020 bzw. bis zum Ende des befristeten Vertragsverhältnisses die vom Bundesgericht entwickelte Sonderordnung von Art. 320 Abs. 3 OR in analoger Anwendung zum Zuge kommt und der Vertrag auf diesen Zeitpunkt "ex nunc" als Arbeitsvertrag zum Tragen kommt. Die Verfahrensbeteiligten sind entsprechend bis zum 31. Dezember 2019 so zu stellen, wie wenn sie einen gültigen Vertrag in Form des Auftrags erfüllten. Die Wirkungen der Ungültigkeit werden also nicht auf den 1. Januar 2016 zurückdatiert, sondern kommen erst auf den Urteilszeitpunkt vom 16. März 2020 zur Anwendung. Entsprechend kann die Vorinstanz weder einen zu viel bezahlten Lohn zurückfordern, noch ist der Beschwerdeführer berechtigt, Forderungen bzgl. Lohn und Ferienentschädigungen (Rechtsbegehren Nr. 2 und 3), die er aus einem Arbeitsverhältnis geltend macht, zu stellen.

4.4 Zusammenfassend ergibt sich somit aus dem Gesagten, dass Ziffer 1 der Verfügung vom 1. Juni 2021 aufzuheben ist und die Rechtsbegehren Nrn. 2 und 3 der Beschwerde vom 5. Juli 2021 abzuweisen sind.

5.

5.1 Der Beschwerdeführer verlangt zudem, die Vorinstanz sei zu verpflichten, die überobligatorischen BVG-Leistungen rückwirkend für den Zeitraum Juni 2015 bis Dezember 2019 bei der zuständigen Pensionskasse des Bundes (PUBLICA) anzumelden und einzuzahlen (Rechtsbegehren Nr. 4).

5.2 Die Vorinstanz führt diesbezüglich aus, eine konkrete Berechnung des BVG-Anspruchs könne von der Pensionskasse PUBLICA erst vorgenommen werden, wenn die Frage nach der Lohnhöhe rechtskräftig beantwortet worden sei. Ob der Beschwerdeführer tatsächlich einen Anspruch habe, könne deshalb im Moment nicht beurteilt werden. Dementsprechend hatte sie in Ziffer 2 des Dispositivs der angefochtenen Verfügung verfügt, über die Forderungen des Arbeitnehmers bezüglich Arbeitgeberbeitrag an die

Pensionskasse PUBLICA werde nach Abschluss des Verfahrens entschieden.

5.3 Die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht Erwerbstätiger richtet sich unter anderem danach, ob das in einem bestimmten Zeitraum erzielte Erwerbseinkommen als solches aus selbständiger oder aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist (Art. 5 und 9 AHVG sowie Art. 6 ff. AHVV). Nach Art. 5 Abs. 2 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit; als Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit gilt nach Art. 9 Abs. 1 AHVG jedes Einkommen, das nicht Entgelt für in unselbständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt. Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige 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. Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung eines Erwerbstätigen 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 (zum Ganzen BGE 119 V 161 E. 2).

5.4 Es stellt sich daher unabhängig von der rechtlichen Qualifikation des Arbeitsverhältnisses und des materiellen Ergebnisses des vorliegenden Verfahrens die Frage, ob für die ausgeübte Tätigkeit des Beschwerdeführers Arbeitgeberbeiträge geschuldet sind. Die Vorinstanz hat gemäss Ziffer 2 des Dispositivs nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils hierüber zu entscheiden und den Beschwerdeführer allenfalls bei der PUBLICA als unselbständig Erwerbenden nachzumelden.

6.

Die Beschwerde ist somit teilweise gutzuheissen und Dispositiv Ziffer 1 der

Verfügung vom 1. Juni 2021 aufzuheben. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

7.

7.1 Das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist in personalrechtlichen Angelegenheiten unabhängig vom Ausgang des Verfahrens, ausser bei Mutwilligkeit, kostenlos (Art. 34 Abs. 2 BPG). Es sind daher für das vorliegende Verfahren keine Verfahrenskosten zu erheben.

7.2 Nach Art. 64 Abs. 1 VwVG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Antrag hin eine Entschädigung für die ihr erwachsenen und verhältnismässig hohen Kosten zuzusprechen. Der vorliegend zu zwei Dritteln obsiegende Beschwerdeführer ist anwaltlich vertreten. Da dem Bundesverwaltungsgericht keine Kostennote übermittelt wurde, ist die Parteientschädigung vorliegend aufgrund der Akten auf pauschal Fr. 3'000.– festzusetzen (vgl. Art. 14 Abs. 2 Satz 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Die Parteientschädigung ist der Vorinstanz zur Bezahlung aufzuerlegen (Art. 64 Abs. 2 VwVG).

(Dispositiv nächste Seite)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen und Dispositiv Ziffer 1 der angefochtenen Verfügung vom 1. Juni 2021 aufgehoben. Im Übrigen wird sie abgewiesen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Vorinstanz wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.-- zu bezahlen.

4.

Dieses Urteil geht an den Beschwerdeführer, die Vorinstanz und das Generalsekretariat des Departements für Verteidigung, Bevölkerungsschutz und Sport.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Maurizio Greppi

Rahel Gresch

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnisse können beim Bundesgericht angefochten werden, sofern es um eine vermögensrechtliche Angelegenheit geht, bei welcher der Streitwert mindestens Fr. 15'000.– beträgt oder bei der sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (vgl. Art. 85 Abs. 1 Bst. b und Abs. 2 BGG). Bei einer nicht vermögensrechtlichen Angelegenheit ist die Beschwerde nur zulässig, wenn sie die Gleichstellung der Geschlechter betrifft (vgl. Art. 83 Bst. g BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheids beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand:

Zustellung erfolgt an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Einschreiben)
- das Generalsekretariat VBS (Gerichtsurkunde)