

# **BVGer A-5849/2018 vom 11. April 2019**

Bundesverwaltungsgericht, 2019-04-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5849\\_2018](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5849_2018)

FR: TAF A-5849/2018 du 11 avril 2019

IT: TAF A-5849/2018 del 11 aprile 2019

## **Regeste**

Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Eine solche liegt nicht vor. Die Vorinstanz kann zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a und b und Art. 12 Abs. 2 BVG Verfügungen erlassen (Art. 60 Abs. 2bis BVG). Sie ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 4 BVG. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist somit gegeben.

### **E. 1.2**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2**

Die Vorinstanz hat mit Verfügung vom 13. September 2018 - und somit vor Hängigkeit des vorliegenden Beschwerdeverfahrens - den am 4. Juni 2018 angeordneten Zwangsanschluss aufgehoben und festgehalten, dass die Kosten für diese Wiedererwägungsverfügung in der Höhe von Fr. 450.- zusätzlich zu denjenigen gemäss Verfügung vom 4. Juni 2018 in der Höhe von Fr. 825.- verfügt würden (vgl. vorne Sachverhalt Bst. A.g). Mit Dispositiv-Ziffer II der Verfügung vom 4. Juni 2018 wurde zwar keine Kostenaufgabe verfügt, sondern vielmehr darauf hingewiesen, dass sich die Rechte und Pflichten aus dem Zwangsanschluss aus den im Anhang beschriebenen Anschlussbedingungen, welche zusammen mit dem Kostenreglement integrierende Bestandteile der Verfügung bildeten, ergeben würden. In den Erwägungen wurde jedoch festgehalten, dass der Arbeitgeberin gemäss Kostenreglement die Kosten für diese Verfügung in der Höhe von Fr. 450.- und für die Durchführung des Zwangsanschlusses in der Höhe von Fr. 375.- in Rechnung gestellt würden. Der Beschwerdeführer beantragt nun, die Kostenauflegung von insgesamt Fr. 1'275.- sei aufzuheben (vgl. vorne Sachverhalt Bst. B).

### **E. 3**

Strittig ist demnach die Kostenaufgabe für eine Zwangsanschluss- und Wiedererwägungsverfügung in Situationen, in welchen die beschwerdeführende Person während eines bereits laufenden Zwangsanschlussverfahrens - ohne die Vorinstanz darüber zu informieren - eine Lohnkorrektur bei der zuständigen Ausgleichskasse noch vor Erlass der Zwangsanschlussverfügung anbegehrt hat, die entsprechende Mitteilung der Ausgleichskasse zuhanden der Vorinstanz jedoch erst nach Verfügungserlass erfolgt.

### **E. 3.1**

Mit bundesverwaltungsgerichtlichem Urteil A-6659/2014 vom 31. März 2016 wurde die Kostenpflicht der beschwerdeführenden Arbeitgeberin mit ausführlicher Begründung verneint, während diese in aktuelleren Entscheiden betreffend dieselbe Fallkonstellation teils ohne weitere Ausführungen bestätigt wurde (vgl. Urteile des BVGer A-4890/2016 vom 27. April 2018 E. 3.2 f., A-6617/2017 vom 1. Juni 2018 gesamte E. 3.2, insbesondere E. 3.2.2 und A-3924/2018 vom 17. Oktober 2018; vgl. auch ähnlich gelagerten Fall in Urteil des BVGer A-2243/2018 vom 28. September 2018 E. 3.1 ff.). In einem früheren Urteil C-8192/2008 vom 5. August 2009 bejahte das Bundesverwaltungsgericht die Kostenpflicht der Arbeitgeberin ebenfalls.

#### **E. 3.1.1**

In erstgenanntem Urteil wird ausgeführt, es sei zwar unbestritten, dass die Beschwerdeführerin den Zwangsanschluss hätte vermeiden können, indem sie auch der Vorinstanz die relevanten Unterlagen selber hätte zukommen lassen. Da aber die Ausgleichskasse gemäss Art. 9 Abs. 3 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) gesetzlich verpflichtet sei, der Auffangeinrichtung BVG die zur Durchführung der beruflichen Vorsorge notwendigen und verlangten Auskünfte und Unterlagen, soweit sie ihren Akten entnommen werden können, zu überweisen und hierzu unter anderem auch die Liste mit den AHV-pflichtigen Löhnen für die betreffenden Jahre zählt, hätte die Ausgleichskasse die angepasste Jahresabrechnung für Lohnbeiträge nicht nur der Beschwerdeführerin, sondern auch der Vorinstanz zukommen lassen müssen. Der Zwangsanschluss wäre dadurch vermeidbar gewesen und sei somit nicht mehr der Beschwerdeführerin zuzurechnen; dies ungeachtet dessen, dass sich die Beschwerdeführerin zuvor nicht gerade kooperativ verhalten habe. Die Beschwerdeführerin sei im vorliegenden Fall nicht verpflichtet, schriftlich an die Vorinstanz zu gelangen und über ihre Bemühungen gegenüber der Ausgleichskasse zu informieren; derlei wäre vielmehr Sache der Ausgleichskasse gewesen (Urteil des BVGer A-6659/2014 vom 31. März 2016 E.3.4).

#### **E. 3.1.2**

Im letztgenannten, früher zu beurteilenden Fall war die Beschwerdeführerin im Besitz eines an sie gerichteten Schreibens, worin eine Vorsorgeeinrichtung ihren Wiederanschluss bestätigte und darauf hinwies, dass sie der Vorinstanz eine Kopie dieses Schreibens zukommen lasse. Es wurde argumentiert, da innert im Zwangsanschlussverfahren gesetzter Frist keine entsprechende Bestätigung der Vorinstanz erfolgt sei, hätte die Beschwerdeführerin nicht unbesehen davon ausgehen bzw. darauf vertrauen dürfen, dass die Vorinstanz tatsächlich bzw. rechtzeitig mit der Kopie dieses Schreibens bedient worden sei. Vielmehr wäre sie unter diesen Umständen im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht gehalten gewesen, mit der Vorinstanz Rücksprache zu nehmen, um so den drohenden Zwangsanschluss zu vermeiden. Die Kostenaufgabe sei demnach zu Recht erfolgt (Urteil

des BVGer C-8192/2008 vom 5. August 2009 E. 3.2.1 f. und E. 4).

### **E. 3.1.3**

Mit Urteil A-6617/2017 vom 1. Juni 2018 hielt das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin in E. 3.2.2 entgegen, dass es ihr ohne weiteres möglich gewesen wäre, einen Zwangsanschluss und die damit verbundenen Kosten zu verhindern, indem sie auf die vorinstanzliche Aufforderung zum Nachweis eines Anschlusses reagiert und der Vorinstanz zumindest den Wiederanschluss an ihre ursprüngliche Sammelstiftung zur Kenntnis gebracht hätte. Dementsprechend habe sie die aufgrund dieser Säumnis verursachten Kosten zu tragen.

### **E. 3.2**

Zu klären ist letztlich, ob die Arbeitgeberin trotz entsprechender Aufforderung und Androhung der Säumnisfolgen seitens der Auffangeinrichtung in einem laufenden Zwangsanschlussverfahren keine Kostenfolgen zu vergegenwärtigen hat, weil sie bei der zuständigen Ausgleichskasse vor Erlass der Zwangsanschlussverfügung um Lohnkorrektur ersucht, oder ob angezeigt ist, dass sie die Auffangeinrichtung ebenfalls fristgerecht über diese Tatsache informiert.

#### **E. 3.2.1**

Dabei gilt es, die in Urteil des BVGer A-6659/2014 vom 31. März 2016 ausführlich behandelte, gesetzlich vorgesehene zwischenbehördliche Informationspflicht der Ausgleichskasse im Rahmen der Anschlusskontrolle von der prozessualen Mitwirkungspflicht der Arbeitgeberin im Zwangsanschlussverfahren zu unterscheiden. Ersterer Pflicht ist die Ausgleichskasse nachgekommen, indem sie der Vorinstanz die vorhandenen, zur Durchführung der beruflichen Vorsorge sachdienlichen Unterlagen übermittelt, die Beschwerdeführerin zum Anschluss gemeldet und auf die fehlenden Lohnmeldungen für die Zeit von April 2014 bis April 2016 hingewiesen sowie später über die Lohnkorrekturen in Kenntnis gesetzt hat (vgl. auch vorne Sachverhalt Bst. A.a und A.f). Letztere Pflicht gilt insbesondere für jene Umstände, die eine Partei besser kennt als die Behörde und welche diese ohne die Mitwirkung der Partei nicht oder nicht mit vernünftigem Aufwand erheben könnte. Sie gebietet ferner, dass eine Partei die Behörde von sich aus informiert, wenn während eines hängigen Verfahrens eine rechtswesentliche Änderung des Sachverhalts eintritt, von der die Behörde ansonsten keine Kenntnis erhalten würde. Bei passivem Verhalten darf sich die Behörde darauf verlassen, dass die vormals erteilten Auskünfte nach wie vor der Realität entsprechen. Das konkrete Ausmass der Mitwirkungspflicht richtet sich nach dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit, mithin nach der Zumutbarkeit im Einzelfall und kann von der verfahrensleitenden Behörde im Rahmen der Instruktion definiert werden, z.B. durch die Aufforderung, bestimmte Fragen zu beantworten oder Unterlagen einzureichen (Auer/Binder in: Kommentar zum VwVG, 2. Aufl. 2019, Art. 13 Rz. 4 f. und Rz. 7 je mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, insbesondere auf BGE 132 II 113 E. 3.2). Dies ergibt sich auch aus der Beweisführungslast, welche trotzdem bei der Behörde bleibt: Sie hat demnach die Verfahrensbeteiligten darüber aufzuklären, worin ihre Mitwirkungspflicht besteht und welche Tragweite ihr zukommt. Dementsprechend hat sie die Parteien darüber zu informieren, welche Beweismittel sie im Einzelnen beizubringen haben (Auer/Binder in: Kommentar zum VwVG, a.a.O., Art. 13 Rz. 15 mit Hinweisen).

#### **E. 3.2.2**

Im Rahmen der Überprüfung des Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung ist die Arbeitgeberin primär der zuständigen Ausgleichskasse gegenüber verpflichtet, alle für die Überprüfung ihres Anschlusses notwendigen Auskünfte zu erteilen (Art. 9 Abs. 1 BVV 2 i.V.m. Art. 11 BVG). Letztere meldet die Arbeitgeberin gegebenenfalls zum Anschluss an die Auffangeinrichtung (Art. 9 Abs. 3 BVV 2 i.V.m. Art. 11 Abs. 6 BVG). Eröffnet die Auffangeinrichtung als Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 60 Abs. 1 BVG in der Folge ein Zwangsanschlussverfahren, so ist die Arbeitgeberin jedoch auch ihr gegenüber verpflichtet, alle sachdienlichen Angaben zur Durchführung des Zwangsanschlusses - welcher zu den gesetzlichen Aufgaben der Vorinstanz gehört - zu erteilen (Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG i.V.m. Art. 11 Abs. 6 BVG und Art. 10 BVV 2). Es besteht demnach eine grundsätzliche Pflicht der Arbeitgeberin, an der Feststellung des Sachverhalts betreffend Durchführung der beruflichen Vorsorge mitzuwirken (Art. 11 BVG i.V.m. Art. 13 Abs. 1 Bst. c VwVG). Vorliegend besteht eine solche zudem aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin mit den beantragten, teilweise auch im Zwangsanschlussverfahren eingereichten Lohnkorrekturen selbständige Begehren stellt (vgl. Art. 13 Abs. 1 Bst. b VwVG).

### **E. 3.2.3**

Im Vorfeld an den Erlass der strittigen Zwangsanschlussverfügung wurde die Beschwerdeführerin mehrfach seitens der Ausgleichskasse und der Vorinstanz darauf hingewiesen, den Nachweis einer fehlenden Anschlussverpflichtung zu erbringen, um nicht zwangsweise angeschlossen zu werden (vgl. vorne Sachverhalt Bst. A.a, A.b. und A.d). Die vorinstanzlichen Schreiben sind explizit so formuliert, dass die Beschwerdeführerin zur Vermeidung eines Zwangsanschlusses allfällige Unterlagen, welche ihre Anschlusspflicht widerlegen, fristgerecht der Vorinstanz zukommen lassen soll (vgl. vorne Sachverhalt Bst. A.a und A.d). Der Beschwerdeführerin war bewusst, dass bereits ein entsprechendes Verfahren vor der Vorinstanz im Gange war und diese sie zu einer Reaktion bzw. zur Einreichung von Beweismitteln aufgefordert hatte. So hatte sie denn auch die Lohnkorrektur für das Jahr 2017 der Vorinstanz aufforderungsgemäss direkt zukommen lassen (vgl. vorne Sachverhalt Bst. A.c). Die Vorinstanz bat mit Antwortschreiben vom 18. April 2018 um den entsprechenden Nachweis auch für das Jahr 2016 und setzte dafür bis zum 28. Mai 2018 Frist unter Androhung des Zwangsanschlusses im Säumnisfall (vgl. vorne Sachverhalt Bst. A.d). Im Wissen um den der zuständigen Ausgleichskasse per 24. April 2018 -und somit innert der seitens der Vorinstanz angesetzten Frist zur Einreichung eines entsprechenden Nachweises - gemeldeten Nachtrag zur Lohnsumme für das Jahr 2016 sowie aufgrund der Tatsache, dass sich die Vorinstanz weder innert noch nach Ablauf dieser Frist entsprechend verlauten liess, konnte die Beschwerdeführerin nicht mit Sicherheit davon ausgehen, dass die Vorinstanz von dieser rechtswesentlichen Änderung des Sachverhalts Kenntnis hatte. Dies, zumal sie nicht belegt, dass die Ausgleichskasse ihr gegenüber auf die Lohnkorrektur für das Jahr 2016 bereits innert der bis zum 28. Mai 2018 angesetzten Frist reagiert hat. Unter diesen Umständen wäre es unabhängig von der gesetzlich vorgesehenen zwischenbehördlichen Informationspflicht der Ausgleichskasse zur Abwendung des angedrohten Zwangsanschlusses angezeigt und der Beschwerdeführerin zumutbar gewesen, das Nachtragsformular vom 24. April 2018 für das Jahr 2016 erneut auch der Vorinstanz zuzustellen oder Letztere zumindest anderweitig darüber in Kenntnis zu setzen, dass der zuständigen Ausgleichskasse ein entsprechender Antrag gestellt worden war. Im Übrigen bleibt festzuhalten, dass sich die Vorinstanz im Rahmen von Zwangsanschlüssen als Massenverfahren auf die Angaben und Unterlagen der

Ausgleichskasse stützen darf. Es ist daher nicht zu beanstanden, dass sie keine weiteren Nachforschungen angestellt, sondern die Beschwerdeführerin aufgefordert hat, eine allfällig auch für das Jahr 2016 vorhandene Lohnkorrektur zu belegen (vgl. statt vieler bezüglich entsprechender Abklärungen zur Existenz eventueller Anschlussverträge Urteil des BVGer A-6822/2016 vom 6. Juli 2017 E. 4.2.2 mit Hinweis). Im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht im laufenden Zwangsanschlussverfahren hätte die Beschwerdeführerin die Vorinstanz somit über diese Änderung betreffend den für die Anschlussverpflichtung relevanten Sachverhalt aufklären und damit den kostenpflichtigen Zwangsanschluss vermeiden können (vgl. auch BGE 125 V 193 E. 2 und Urteil des BVGer C-8192/2008 vom 5. August 2009 E. 3.2.2 je mit Hinweisen).

### **E. 3.3**

Die Vorinstanz verfügte den Zwangsanschluss nach vorgängiger Androhung gestützt auf die Sach- und Rechtslage zum damaligen Zeitpunkt zu Recht, womit es sich grundsätzlich rechtfertigt, der Beschwerdeführerin die von ihr verursachten Kosten für die Verfügung und Durchführung des Zwangsanschlusses sowie für die verfügte Wiedererwägung aufzuerlegen. Die Kosten für die Verfügung und Durchführung des Zwangsanschlusses wurden mit der ursprünglichen Verfügung vom 4. Juni 2018 zwar formell nicht ausdrücklich festgelegt und auferlegt, es geht jedoch aus den Erwägungen und dem Kostenreglement, auf welches darin und im Dispositiv verwiesen wird, klar hervor, dass der Beschwerdeführerin insgesamt Fr. 825.- (Fr. 450.- für die Verfügung und Fr. 375.- für die Durchführung des Zwangsanschlusses) in Rechnung gestellt werden (vgl. vorne E. 2 und ähnlich gelagerten Sachverhalt in Urteil des BVGer A-3556/2018 vom 25. Oktober 2018). Die Höhe sowohl dieser Verfahrenskosten als auch jener der verfügten Wiedererwägung erweisen sich nach konstanter Rechtsprechung als reglementskonform und gerechtfertigt. Demnach ist die Beschwerde abzuweisen und die Beschwerdeführerin hat somit die Kosten für die Zwangsanschlussverfügung vom 4. Juni 2018 in der Höhe von Fr. 825.- und diejenigen für die Wiederwägungsverfügung vom 13. September 2018 in der Höhe von Fr. 450.- zu tragen.

### **E. 4.1**

Die Verfahrenskosten werden regelmässig der unterliegenden Partei auferlegt, wobei Vorinstanzen keine Verfahrenskosten auferlegt werden können (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Es rechtfertigt sich, der Beschwerdeführerin, welche das vorliegende Verfahren und die vorinstanzlichen Verfügungen veranlasst hat, die Verfahrenskosten aufzuerlegen. Es erscheint angemessen, die Kosten für das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht auf Fr. 500.- festzusetzen und der Beschwerdeführerin demzufolge den Restbetrag des von ihr einbezahlten Kostenvorschusses (Fr. 800.-) in der Höhe von Fr. 300.- zurückzuerstatten (vgl. insbesondere Urteile des BVGer A-6617/2017 vom 1. Juni 2018 E. 4, A-3920/2017 vom 14. Dezember 2017 und A-648/2017 vom 26. September 2017).

### **E. 4.2**

Weder der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin noch der Vorinstanz ist eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. VGKE). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)