

# **BVGer A-6822/2016 vom 6. Juli 2017**

Bundesverwaltungsgericht, 2017-07-06, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-6822\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-6822_2016)

FR: TAF A-6822/2016 du 6 juillet 2017

IT: TAF A-6822/2016 del 6 luglio 2017

## **Regeste**

Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung

## **Erwägungen**

### **E. 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 - wie vorliegend - keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Die Vorinstanz ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 VGG, zumal sie öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt (vgl. Art. 33 Bst. h VGG i.V.m. Art. 60 Abs. 2bis des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG, SR 831.40]). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist somit gegeben (statt vieler Urteil des BVGer A-5832/2016 vom 18. April 2017 E. 1.1).

### **E. 1.2**

Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 37 VGG nach den Bestimmungen des VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde nach Massgabe von Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt. Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid grundsätzlich in vollem Umfang überprüfen. Die Beschwerdeführerin kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Rüge der Unangemessenheit erheben (Art. 49 Bst. c VwVG; vgl. ferner Moser/Beusch/Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.149).

### **E. 3**

Anfechtungsobjekt im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht bildet einzig der vorinstanzliche Entscheid. Dieser bildet den Rahmen, welcher den möglichen Umfang des Streitgegenstandes begrenzt (BGE 133 II 35 E. 2; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.7). Streitgegenstand ist das Rechtsverhältnis, das Gegenstand der angefochtenen

Verfügung bildet, soweit es im Streit liegt. Bezieht sich eine Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses, gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar zum Anfechtungsobjekt, sie bilden aber nicht Streitgegenstand (vgl. BGE 131 V 164 E. 2.1). In der Verfügungsverfügung festgelegte, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitige Fragen prüft das Gericht nur, wenn die nicht beanstandeten Punkte in einem engen Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen (zum Ganzen Urteil des BVGer A-5832/2016 vom 18. April 2017 E. 1.4.1 mit Hinweisen und Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 2.8 mit weiteren Hinweisen).

#### **E. 4.1.1**

Berufliche Vorsorge umfasst alle Massnahmen auf kollektiver Basis, die den älteren Menschen, den Hinterbliebenen und Invaliden beim Eintreten eines Versicherungsfalles (Alter, Tod oder Invalidität) zusammen mit den Leistungen der eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise erlauben (Art. 113 Abs. 2 Bst. a der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 1 Abs. 1 BVG).

#### **E. 4.1.2**

Grundsätzlich der obligatorischen Versicherung des BVG unterstellt sind die bei der AHV versicherten Arbeitnehmenden (Art. 5 Abs. 1 BVG), die das 17. Altersjahr überschritten haben und bei einem Arbeitgebenden mehr als den gesetzlichen Jahresmindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 5 BVV 2 erzielen. Dieser Mindestlohn wurde bisher verschiedene Male der Entwicklung in der AHV angepasst (vgl. Art. 9 BVG und statt vieler Urteile des BVGer A-5081/2014 vom 16. Februar 2016 E. 2.1.2 und C-3706/2015 vom 29. Januar 2016 E. 2.1).

#### **E. 4.2.1**

Beschäftigt eine Arbeitgeberin Arbeitnehmer, die obligatorisch zu versichern sind, muss sie eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). Verfügt die Arbeitgeberin nicht bereits über eine Vorsorgeeinrichtung, hat sie eine solche im Einverständnis mit ihrem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung zu wählen (Art. 11 Abs. 2 BVG). Der Anschluss erfolgt jeweils rückwirkend auf das Datum des Stellenantrittes der zu versichernden Person (Art. 11 Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 BVG).

#### **E. 4.2.2**

Gemäss Art. 11 Abs. 3bis BVG ist die jeweilige Vorsorgeeinrichtung verpflichtet, die Auflösung eines Anschlussvertrages der Auffangeinrichtung zu melden. Letztere ist eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 60 Abs. 1 BVG) und verpflichtet, Arbeitgebende, die ihrer Pflicht zum Anschluss an eine solche nicht nachkommen, anzuschliessen (Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG). Der Anschluss erfolgt - wie erwähnt - rückwirkend (vgl. Art. 11 Abs. 3 und Abs. 6 BVG). Gemäss Art. 60 Abs. 2bis BVG kann die Auffangeinrichtung zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a und b BVG Verfügungen erlassen. Der Zwangsanschluss erfolgt in der Regel unbefristet. Ein befristeter Anschluss wird in der Praxis (nur) dann verfügt, wenn sich eine Arbeitgeberin zwar einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat, für eine bestimmte Zeitspanne aber eine Lücke besteht (statt vieler Urteil des BVGer A-532/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 2.2.2 mit Hinweisen). Dabei liegt es weder

an der Ausgleichskasse noch an der Vorinstanz, Nachforschungen zu veranlassen, ob und gegebenenfalls mit welcher Vorsorgeeinrichtung bereits ein Anschlussvertrag bestehen könnte (statt vieler Urteil des BVGer A-2583/2016 vom 2. März 2017 E. 2.2.3 mit Hinweisen).

### **E. 5.1**

Die Beschwerde bezieht sich einzig auf Dispositiv-Ziffer I. der vorinstanzlichen Verfügung, wobei die grundsätzliche Rechtmässigkeit des ab dem 4. April 2013 verfügten Zwangsanschlusses nicht bestritten wird, sondern vielmehr bemängelt wird, dieser hätte befristet werden müssen, da der einzige Arbeitnehmer per Ende August 2014 bei einer anderen Arbeitgeberin angestellt gewesen und seither ordentlich versichert sei. Nicht Streitgegenstand bildet demnach die Auferlegung der Kosten für den Erlass der vorinstanzlichen Verfügung und für die Durchführung des Zwangsanschlusses. Ebenso wenig umstritten ist, dass die grundsätzlichen Voraussetzungen der Anschlusspflicht per 4. April 2013 gegeben sind (vgl. dazu vorangehende E. 4.1.2 und E. 4.2.1 und zum Streitgegenstand im Allgemeinen vorne E. 3). Insbesondere nicht in Frage gestellt wird, dass die Tätigkeit des Geschäftsführers für die betreffende GmbH als unselbständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren ist, womit sich weitere Ausführungen diesbezüglich erübrigen (vgl. statt vieler allgemein zur Qualifikation der Erwerbstätigkeit von Geschäftsführern einer Kapitalgesellschaft Urteile des BVGer C-3291/2011 vom 2. Mai 2013 E. 5.1 und A-3011/2016 vom 22. Dezember 2016 E. 3.2.1 mit Hinweisen). Dass sein gesetzlicher Jahresmindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 5 BVV2 während der relevanten Periode über der BVG-Eintrittsschwelle lag, ist sodann belegt und ebenso unbestritten. Nachfolgend zu prüfen ist demnach einzig, ob der per 4. April 2013 unbefristet verfügte Zwangsanschluss zu befristen ist, und falls ja, ob - wie von beiden Verfahrensbeteiligten beantragt - bis zum 24. August 2014 oder bis zu einem anderen Datum.

### **E. 5.2.1**

Im Verlauf des Beschwerdeverfahrens macht die Beschwerdeführerin der Vorinstanz gegenüber mit Schreiben vom 15. Dezember 2016 geltend, ihr Geschäftsführer sei vom 25. August 2014 bis zum 31. Januar 2015 bei der (mittlerweile im Handelsregister gelöschten) D.\_\_\_\_\_ AG angestellt gewesen, was sie mit den entsprechenden Lohnausweisen belegt. Während dieser Zeit war er bei der Vorsorgeeinrichtung der neuen Arbeitgeberin im Rahmen der beruflichen Vorsorge versichert, während die Beschwerdeführerin keine obligatorisch zu versichernden Arbeitnehmer beschäftigte. Mit E-Mail vom 27. Dezember 2016 reicht E.\_\_\_\_\_, Gesellschafterin der Beschwerdeführerin mit Einzelunterschrift, eine Kopie der zwischen der F.\_\_\_\_\_ und der Beschwerdeführerin per 8. Februar 2016 abgeschlossenen Anschlussvereinbarung ein. Diese trat gemäss ihrem Art. 12 rückwirkend per 1. Januar 2015 in Kraft und hat nach Art. 9 eine Mindestlaufzeit von drei Kalenderjahren und kann demzufolge (explizit) erstmals per 31. Dezember 2017 gekündigt werden.

### **E. 5.2.2**

Es ist demnach also belegt, dass vor Erlass der Zwangsanschlussverfügung vom 4. Oktober 2016 bereits ein gültiger neuer Anschlussvertrag für die Periode ab dem 1. Januar 2015 unterzeichnet wurde und die Arbeitnehmenden der Beschwerdeführerin folglich seit diesem Zeitpunkt bei der F.\_\_\_\_\_ im Rahmen der beruflichen Vorsorge obligatorisch versichert

sind. Im Zeitpunkt des Erlasses der fraglichen Verfügung war die Beschwerdeführerin somit nachweislich rückwirkend per 1. Januar 2015 einer beruflichen Vorsorgeeinrichtung angeschlossen, was der Vorinstanz jedoch nicht mitgeteilt wurde. Damit erweist sich der unbefristete Zwangsanschluss nachträglich ab diesem Datum als unnötig und die Beschwerde ist sicherlich in diesem Umfang gutzuheissen (vgl. auch den ähnlich gelagerten Fall in Urteil des BVGer A-532/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 3.1.2-3.1.4 und zur Unzulässigkeit echter Doppelversicherungen BGE 120 V 15 E. 4a mit Hinweisen).

### **E. 5.2.3**

Weiter zu prüfen bleibt, ob der verfügte Zwangsanschluss für die Zeitspanne vom 25. August 2014 bis zum 31. Dezember 2014 angezeigt ist. Beschäftigt eine Arbeitgeberin vorübergehend kein obligatorisch zu versicherndes Personal, so besteht ein unbefristeter Zwangsanschluss ohne Kündigung bzw. ohne neuen Anschluss an eine andere Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich dennoch weiter, wobei in dieser Zeit keine Beiträge zu entrichten sind (vgl. statt vieler Urteil des BGER 9C\_141/2013 vom 7. April 2013 E. 2.1 sowie Urteile des BVGer A-7718/2015 vom 28. Juli 2016 E. 4.4.1 und A-7102/2014 vom 11. Mai 2016 E. 3.2.2 je mit Hinweisen). Im vorliegenden Fall war der vormals einzige Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin aktenkundig vom 25. August 2014 bis zum 31. Dezember 2014 bei einer anderen Arbeitgeberin angestellt und im Rahmen der beruflichen Vorsorge versichert, während die Beschwerdeführerin selber in dieser Periode kein versicherungspflichtiges Personal mehr beschäftigte und sich danach ab dem 1. Januar 2015 einer anderen Vorsorgeeinrichtung anschloss (vgl. vorangehende E. 5.2.1 f.). Unter diesen Umständen ist es gerechtfertigt, für die fragliche Zeitspanne nicht von einer Anschlusslücke auszugehen. Dies erweist sich als mit der vom Gesetzgeber bezweckten Gewährleistung eines lückenlosen Versicherungsschutzes als vereinbar (vgl. dazu statt vieler Urteil des BVGer A-532/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 3.2.2 mit Hinweisen) und schliesst aus Sicht des versicherten Arbeitnehmers die Gefahr einer allfälligen Doppelbezahlung von Beiträgen für dasselbe Risiko von vorneherein aus (vgl. zu dieser Thematik ausführlich BGE 120 V 15 E. 4a mit Hinweisen). Die Beschwerde ist demnach vollumfänglich gutzuheissen und der verfügte Zwangsanschluss bis zum 24. August 2014 zu befristen.

### **E. 6.1**

Bei diesem Verfahrensausgang gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend, so dass ihr grundsätzlich keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG e contrario). Da der rückwirkende unbefristete Zwangsanschluss gestützt auf die damals bekannte Sach- und Rechtslage zu Recht erfolgt ist, stellt sich die Frage, ob ihr in Anwendung von Art. 63 Abs. 3 VwVG dennoch Kosten auferlegt werden dürfen, also mithin, ob sie das vorinstanzliche und in der Folge das Beschwerdeverfahren unnötigerweise verursacht hat, indem sie im vorinstanzlichen Verfahren ihrer Mitwirkungspflicht nicht nachgekommen ist (statt vieler Urteile des BVGer A-532/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 4.1 und A-1527/2006 vom 6. März 2008 E. 6.2 je mit Hinweisen und Marcel Maillard in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 63 Rz. 33 mit Hinweisen sowie Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O., Rz. 4.52). Fraglich ist insbesondere, ob sie die vorliegenden Unterlagen, welche belegen, dass lediglich ein befristeter Zwangsanschluss angezeigt gewesen wäre, bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorlegen können.

#### **E. 6.1.1**

Aktenkundig ist, dass die Beschwerdeführerin die eingeschriebene Sendung der Vorinstanz vom 9. Dezember 2015 betreffend Androhung des Zwangsanschlusses nicht entgegengenommen hat (vgl. vorne Sachverhalt A.e). Gemäss Art. 20 Abs. 2bis VwVG gilt eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person übergeben und innert der siebentägigen Frist nicht abgeholt wird, als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt. Voraussetzung ist allerdings, dass der Adressat mit der fraglichen Zustellung rechnen musste (statt vieler BGE 134 V 49 E. 4 mit Hinweisen sowie Patricia Egli in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 20 Rz. 46 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). Der Empfänger muss die behördliche Mitteilung also mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit erwarten. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein Verfahrens- oder Prozessrechtsverhältnis begründet wurde, indem die betroffene Person selbst ein Verfahren eingeleitet hat oder ihr die Einleitung eines Verfahrens rechtsgenügend mitgeteilt wurde. Diesfalls hat sie aufgrund der prozessualen Empfangspflicht nach Treu und Glauben dafür besorgt zu sein, dass ihr behördliche Akte zugestellt werden können, die das eingeleitete Verfahren betreffen. Allerdings gilt die Empfangspflicht auch dann nur solange, als während des hängigen Verfahrens mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit mit der Zustellung eines behördlichen Aktes gerechnet werden muss. Das Bundesgericht erachtet in konstanter Praxis einen Zeitraum von bis zu einem Jahr seit der letzten verfahrensrechtlichen Handlung der Behörde für die Geltung der Zustellfiktion als vertretbar (Egli in: Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Art. 20 Rz. 54 f. mit weiteren Hinweisen und statt vieler Urteil des BGer 2C\_565/2012 vom 11. April 2013 E. 3.2 mit Hinweisen).

### **E. 6.1.2**

Vorliegend musste die Beschwerdeführerin nicht mit einer Zustellung seitens der Vorinstanz rechnen: Sie hatte den Anschlussvertrag mit ihrer ehemaligen Vorsorgeeinrichtung B.\_\_\_\_\_ per Ende Oktober 2011 gekündigt, worüber Letztere die Vorinstanz in Erfüllung ihrer gesetzlichen Pflichten mit Schreiben vom 23. November 2011 unterrichtete (vgl. auch vorne E. 4.2.2). Die Vorinstanz teilte der B.\_\_\_\_\_ einen Tag später mit, dass im Rahmen der Wiederanschlusskontrolle keine weitere Überprüfung notwendig sei (vgl. vorne Sachverhalt A.b). Das strittige Zwangsanschlussverfahren leitete die Vorinstanz erst rund vier Jahre später auf Meldung der zuständigen Ausgleichskasse hin ein. Dabei adressierte sie die Beschwerdeführerin - soweit aus den Akten ersichtlich - erstmals mit Schreiben vom 9. Dezember 2015, welches Letzterer eben nicht zur Kenntnis gelangte. Zwar geht aus den Akten hervor, dass die Beschwerdeführerin ein halbes Jahr zuvor seitens der zuständigen Ausgleichskasse darauf hingewiesen wurde, dass sie - sofern sie sich nicht einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anschliesse - der Auffangeinrichtung zum rückwirkenden Zwangsanschluss gemeldet werde. Dieses Schreiben wurde von der Ausgleichskasse jedoch lediglich mit A-Post Plus versandt, so dass nicht erwiesen ist, dass die Beschwerdeführerin davon tatsächlich Kenntnis erlangt hat (vgl. zum Ganzen vorne Sachverhalt A.c-e).

### **E. 6.1.3**

Demzufolge greift die Zustellfiktion nach Art. 20 Abs. 2bis VwVG nicht und es kann somit nicht davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeführerin die relevanten Unterlagen bereits im vorinstanzlichen Verfahren hätte vorlegen können. Vielmehr wäre ein zweiter Zustellversuch angebracht und unter dem Aspekt der Gewährung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.

April 1999 (BV, SR 101) auch notwendig gewesen. Aus prozessökonomischen Gründen rechtfertigt es sich jedoch, diese Gehörsverletzung als im Rahmen des vorliegenden Verfahrens vor einer Beschwerdeinstanz mit umfassender Kognition (vgl. dazu vorne E. 2), in welchem sich die Beschwerdeführerin zum rechtsrelevanten Sachverhalt äussern konnte, ausnahmsweise als geheilt zu betrachten, zumal übereinstimmende Anträge vorliegen (vgl. allgemein zur ausnahmsweisen Heilung einer Gehörsverletzung statt vieler BGE 135 I 279 E. 2.6.1 mit Hinweisen und Urteil des BVGer A-5228/2016 vom 25. April 2017 E. 3.2.3 mit Hinweisen sowie zu einer schwerwiegenden Gehörsverletzung mit entsprechender [teilweiser] Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und Rückweisung zur Neuurteilung Urteil des BVGer A-5508/2015 vom 10. Mai 2017 gesamte E. 2.3 mit Hinweisen). Unter diesen Umständen ist jedenfalls nicht von einer Verletzung der Mitwirkungspflicht auszugehen, weshalb der obsiegenden Beschwerdeführerin dem Grundsatz von Art. 63 Abs. 1 VwVG folgend keine Kosten aufzuerlegen sind und aufgrund der Berücksichtigung der Gehörsverletzung im Rahmen der Auferlegung der Verfahrenskosten wohl auch andernfalls nicht aufzuerlegen wären. Der Vorinstanz sind sodann in Anwendung von Art. 63 Abs. 2 VwVG ebenso wenig Verfahrenskosten aufzuerlegen.

## **E. 6.2**

Der nicht anwaltlich und ebenso wenig berufsmässig vertretenen Beschwerdeführerin sind keine verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Ebenso wenig hat die Vorinstanz einen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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