

BVGer C-226/2020 vom 28. November 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-226_2020_d20191128

FR: TAF C-226/2020 du 28 novembre 2019

IT: TAF C-226/2020 del 28 novembre 2019

Regeste

Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung | Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung, Wiedererwägungsverfügung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 28. November 2019

Erwägungen

E. 1.1

Gemäss Art. 7 Abs. 1 VwVG (SR 172.021) prüft das Bundesverwaltungsgericht von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind und auf eine Beschwerde einzutreten ist (BVGE 2016/15 E. 1; Urteil des BVGer B-2560/2021 vom 11. Januar 2022 E. 1).

E. 1.2

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde gegen die Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 grundsätzlich zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. h VGG [SR 173.32]; Art. 60 Abs. 2bis BVG [SR 831.40] und Art. 74 Abs. 1 BVG).

C-226/2020 Seite 6

E. 1.3

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 1.4

Die Beschwerde wurde vorliegend frist- und formgerecht erhoben und der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet (Art. 50 Abs. 1 VwVG und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

E. 2.1

Hinsichtlich der weiteren Prozessvoraussetzungen wie Parteistellung und Anfechtungsobjekt monierte der Beschwerdeführer (BVGer act. 1), es liege eine Verwechslung von zwei Personen vor, denn er sei nicht D._____ und auch nicht Inhaber des Restaurants C._____. Zudem habe er weder eine Einzelfirma noch Stammanteile an einer GmbH. Dies habe er der Vorinstanz mehrmals mitgeteilt, jedoch habe man ihm nicht zugehört (BVGer act. 12). Die Vorinstanz hielt dagegen (BVGer act. 8), bei D._____ und A._____ handle es sich um dieselbe Person, und es sei im Zeitpunkt des Zwangsanschlusses vom 23. Juli 2019 per 1. April 2018 (BVGer act. 1/5) zu Recht A._____ als Selbständigerwerbender angeschlossen worden.

E. 2.2.1

Wer Partei im Sinne von Art. 6 VwVG ist, kann ein Begehren um Erlass einer Verfügung stellen und hat im Verfahren auf Erlass der Verfügung verschiedene Parteirechte und -pflichten, namentlich die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör fließenden Rechte, und Anspruch auf Eröffnung der Verfügung (vgl. VERA MARANTELLI/SAID HUBER, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg], Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Rz. 24 ff. zu Art. 6). Die Partei kann schliesslich – soweit die Voraussetzungen von Art. 48 VwVG erfüllt sind – die Verfügung anfechten.

E. 2.2.2

Als Parteien in einem Verwaltungsverfahren gelten gemäss Art. 6 VwVG Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll und andere Personen, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Art. 6 VwVG erfasst also zwei Konstellationen: Parteistatus haben die eigentlichen materiellen Verfügungsadressaten, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berührt und mit denen ein Rechtsverhältnis geregelt werden soll. Daneben sind Partei weitere Rechtssubjekte, die zur Beschwerde gegen die Verfügung berechtigt sind. Die zweite Konstellation von Art. 6 VwVG knüpft damit an die Beschwerdelegitimation nach Art. 48 VwVG an (ISABELLE HÄNER, VwVG Kommentar, a.a.O., Rz. 1, 5 f. zu Art. 6;

C-226/2020 Seite 7 MARANTELLI/HUBER, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 3, 7, 16 zu Art. 6; beide je auch zum Folgenden). Nach Art. 48 Abs. 1 VwVG beschwerdebefugt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat (Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Anfechtung oder Änderung hat (Bst. c). Der Nichtverfügungsadressat (der «Dritte» im Sinne der zweiten Konstellation von Art. 6 VwVG) erfüllt die Voraussetzungen von Art. 48 VwVG, wenn er vom zu regelnden Rechtsverhältnis besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Verfügung hat. Das Interesse des Dritten gilt als schutzwürdig, wenn er durch das Beschwerdeverfahren einen materiellen oder ideellen Nachteil von sich abwenden kann. Er muss durch die angefochtene Verfügung stärker als jedermann betroffen sein und in einer besonderen, beachtenswerten, nahen Beziehung zur Streit Sache stehen (BGE 142 II 451 E. 3.4.1; 131 II 587 E. 2.1).

E. 2.3.1

Nach Art. 29 Abs. 2 BV (SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör (vgl. auch Art. 29 VwVG). Dieses dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es aber auch ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass von Verfügungen dar, welche in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreifen. Dazu gehört insbesondere das Recht der Parteien, sich vor Erlass eines in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheides zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (Urteil des BVGer A-4271/2016 vom 21. Juni 2017 E. 2.4.1 m.w.H.).

E. 2.3.2

Die Begründungspflicht ist ein Teilgehalt des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (BGE 142 I 135 E. 2.1). Sie soll verhindern, dass sich die verfügende Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und den

Betroffenen ermöglichen, eine Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anfechten zu können. Die sachgerechte Anfechtung einer Verfügung ist nur dann möglich, wenn sich sowohl der Betroffene als auch die Rechtsmittelinstanz ein Bild über deren Tragweite machen können. Somit müssen in jedem Fall die Überlegungen angeführt werden, von denen sich die zuständige Behörde hat leiten lassen und auf

C-226/2020 Seite 8 die sie ihre Verfügung stützt. Dabei darf sie sich jedoch auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Die Anforderungen an die Begründungsdichte sind je nach Komplexität des Sachverhalts und/oder des der Behörde eingeräumten Ermessensspielraums unterschiedlich (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVerfG A-4271/2016 E. 2.4.2 m.w.H.).

E. 2.3.3

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Deshalb führt dessen Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 127 V 431 E. 3d/aa). Nach der Rechtsprechung kann jedoch eine Verletzung des Gehörsanspruchs dann geheilt werden, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Zudem darf den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 126 V 130 E. 2b).

E. 2.4

Schwerwiegende Verfahrensfehler, wie schwerwiegende Eröffnungsmängel, beispielsweise bei Unklarheit betreffend die Parteistellung, welche sich auch aus dem Kontext nicht beseitigen lassen, und die schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs, können die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung zur Folge haben (BGE 129 I 361 E. 2.1; Urteil des BVerfG 9C_861/2010 vom 31. Dezember 2010 E. 1.3; Urteil des BVerfG C-4810/2011 vom 15. August 2012 E. 5.1; LORENZ KNEUBÜHLER/RAMONA PEDRETTI, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG Kommentar, 2. Aufl. 2019, Rz. 16 zu Art. 38).

E. 2.4.1

Gemäss Rechtsprechung ist für die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit einer Verfügung der Evidenztheorie zu folgen. Demnach ist eine Verfügung nichtig, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer und offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist, und die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird (BGE 138 II 501 E. 3.1; Urteil des BVerfG 2C_387/2018 vom 18. Dezember 2018 E. 3.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, § 15 Rz. 1098).

E. 2.4.2

Als Nichtigkeitsgrund kommen namentlich die sachliche oder funktionelle Unzuständigkeit der verfügenden Behörde sowie schwerwiegende Verfahrens- und Eröffnungsmängel in Betracht (BGE 139 II 243 E. 11.2;

C-226/2020 Seite 9 138 II 501 E. 3.1; 137 I 273 E. 3.1; 137 III 217 E. 2.4.3; 129 V 485 E. 2.3; Urteil des BVerfG 2C_657/2014 vom 12. November 2014 E. 2.2; BVGE 2015/15 E.

2.5.2; BVGE 2008/59 E. 4.2 f.; Urteil des BVGer B-5290/2014 vom 13. April 2016 E. 3; FELIX UHLMANN/ALEXANDRA SCHILLING-SCHWANK, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 3 ff. zu Art. 38). So kann die Eröffnung eines Entscheides an eine falsche Partei Nichtigkeit zur Folge haben (UHL- MANN/SCHILLING- SCHWANK, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 3, 11 zu Art. 38).

E. 2.4.3

Eine bloss fehlerhafte Parteibezeichnung kann durch die Behörde berichtigt werden. Dies ist statthaft, wenn die Identität der Partei von Anfang an eindeutig feststand und bloss deren Benennung formell falsch war. Diesfalls kann durch die Behörde bzw. die Beschwerdeinstanz eine Berichtigung erfolgen, ohne dass der angefochtene Entscheid aufgehoben werden muss (BGE 136 III 551 E. 3.4.1; 131 I 57 E. 2.2; 129 V 300 E. 3.2; 120 III 11 E. 1b; 116 V 335 E. 4; BVGE 2014/25 E. 3; Urteile des BVGer A- 4795/2011; A-4800/2011 und A-4819/2011 vom 3. Januar 2013 E. 2.3; A-4584/2011 vom 20. November 2012 E. 1.2.1, A-6610/2009 vom 21. April 2010 E. 2.4 ff.; A-1513/2006 vom 24. April 2009 E. 5.2; UHLMANN/SCHILLING-SCHWANK, Praxiskommentar VwVG, a.a.O., Rz. 13 zur Art. 38).

E. 2.4.4

Verfahrensmängel, die in Gehörsverletzungen liegen, sind nach dem zuvor Gesagten (vgl. E. 2.3.3 hiervoor) an sich heilbar und führen in der Regel nur zur Anfechtbarkeit des fehlerhaften Entscheids. Handelt es sich jedoch um einen besonders schwerwiegenden Verstoß gegen grundlegende Parteirechte, so haben auch Verletzungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör Nichtigkeit zur Folge (BGE 129 I 361 E. 2.1 m.H.).

E. 2.4.5

Die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelverfahren festgestellt werden (BGE 140 III 651 E. 3; 139 II 243 E. 11.2; 138 II 501 E. 3.1; 137 III 217 E. 2.4.3; 132 II 342 E. 2.1 m.H. und 127 II 32 E. 3 g) f.; BVGE 2015/15 E. 2.5.1 m.w.H.). Die Nichtigkeit kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden (Urteil des BVGer B-5290/2014 E. 3; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 15 Rz. 1096). Einer nichtigen Verfügung geht jede Verbindlichkeit und Rechtswirkung ab (BGE 132 II 342 E. 2.1. m.w.H.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., § 15 Rz. 1096).

E. 2.5

Erweist sich die vorliegend angefochtene Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 als nichtig, gilt sie als rechtlich inexistent. In einem solchen Fall ist auf die Beschwerde mangels Anfechtungsobjekt nicht

C-226/2020 Seite 10 einzutreten und die Nichtigkeit ist im Dispositiv festzustellen (BGE 132 II 342 E. 2.3; BVGE 2015/15 E. 2.5.1; Urteil des BVGer B-1286/2016 vom 15. August 2017 E. 1.5 m.w.H.). Die Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 ersetzt vorliegend die Wiedererwägungsverfügung vom 21. November 2019. Sollte vorliegend infolge unklarer Verfahrenspartei die Nichtigkeit der Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 bejaht werden (vgl. nachfolgende Prüfung in E. 3.3 f.), hätte dies auch für die Wiedererwägungsverfügung vom 21. November 2019 und für die Zwangsanschlussverfügung vom 23. Juli 2019 zu gelten, zumal alle bisherigen Anordnungen der Vorinstanz an die falsche/fraglich richtige Partei gerichtet worden wären

(vgl. zu den Folgen der Nichtigkeit einer Wiedererwägungsverfügung BGE 140 V 514 E 5.2; Urteil des BGer 8C_288/2016 vom 14. November 2016 E. 3.3).

E. 3

Zur Parteistellung im Verfahren vor der Vorinstanz ist Folgendes festzuhalten:

E. 3.1

Arbeitgebende, welche obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmende beschäftigen (Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 5 BVV 2 [SR 831.441.1]; Art. 5 Abs. 1 BVG), müssen eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). Die AHV-Ausgleichskasse überprüft (Art. 11 Abs. 4 BVG), ob die von ihr erfassten Arbeitgebende einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind. Sie fordert Arbeitgebende, die ihrer Pflicht nach Art. 11 Abs. 1 BVG nicht nachkommen, auf, sich innerhalb von zwei Monaten einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen (Art. 11 Abs. 5 BVG). Kommt ein Arbeitgeber der Aufforderung nicht fristgemäss nach, meldet die AHV-Ausgleichskasse ihn der Auffangeinrichtung rückwirkend zum Anschluss (Art. 11 Abs. 6 BVG). Zieht die Auffangeinrichtung eine Zwangsanschlussverfügung in Wiedererwägung, kann sie dem säumigen Arbeitgeber den von ihm verursachten Verwaltungsaufwand dennoch in Rechnung stellen, sofern der Zwangsanschluss im Zeitpunkt des Erlasses der Zwangsanschlussverfügung nach der damaligen Sach- und Rechtslage zu Recht angeordnet wurde (Art. 11 Abs. 7 BVG; Urteile des BVGer C-5526/2020 vom 5. Oktober 2021 E. 3.2; C-2659/2020 vom

E. 3.2

Anlass für das Tätigwerden der Vorinstanz war die Meldung «BVG-Anschlusskontrolle» der SVA [Kanton 1] an die Vorinstanz vom 29. April 2019

C-226/2020 Seite 11 (BVGer act. 8/1), wonach im Restaurant C._____, [Adresse 1], BVG-pflichtiges Personal beschäftigt wird, jedoch kein Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung besteht.

E. 3.2.1

Beim Restaurant C._____ handelt es sich um ein Geschäftslokal, welches nicht rechts- und parteifähig ist und folglich von vornherein nicht Partei nach Art. 6 VwVG sein kann (Urteil des BVGer A-6610/2009 E. 3.2). Anzuschliessen war indes der Inhaber oder die Inhaberin des Restaurants C._____.

E. 3.2.2

Inhaber eines Restaurants kann eine juristische Person beispielsweise eine GmbH oder eine natürliche Person sein. Anders als eine GmbH ist eine Einzelunternehmung weder rechts- noch parteifähig (Urteil des BVGer A-1232/2017 vom 13. Januar 2018 E. 5.2.1.1 m.H.a. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Droit suisse des sociétés, ed. Français par Peter Irdanov, 2015, § 26 Rz. 2; Blätter für Zürcherische Rechtsprechung [ZR] 1959 Nr. 59). Auch die Eintragung einer Einzelunternehmung im Handelsregister führt nicht dazu, dass die betreffende Unternehmung die Rechtsfähigkeit erwirbt (Urteil des BGer 2C_123/2010 vom 5. Mai 2010 E. 3.2; Urteil des BVGer A-1232/2017 E. 5.2.1.1; vgl. auch Art. 36 ff. der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV; SR 221.411]). Die Rechte und Pflichten aus dem eingetragenen Unternehmen stehen vielmehr

der natürlichen Person zu, welche das fragliche Gewerbe betreibt, mithin dem Inhaber (Urteil des BVGer A-1232/2017 E. 5.2.1.1).

E. 3.2.3

Im Zeitpunkt des Zwangsanschlusses ging die Vorinstanz davon aus, dass ein Einzelunternehmer namens A. _____, welchen sie zugleich für D. _____ hielt (zur Identität der Personen vgl. E. 3.3 hiernach), Inhaber des Restaurants C. _____ ist. Später war sie indes der Ansicht, dass die G. _____ GmbH Inhaberin des Restaurants ist.

E. 3.2.4

Gemäss Handelsregister ist D. _____ Gesellschafter und Geschäftsführer der G. _____ GmbH. Als Domiziladresse wird die [Adresse 4] geführt (vgl. [URL kantonales Handelsregister], besucht am 11. Februar 2022). Recherchen im Internet ergaben, dass an der [Adresse 4] ein Restaurant H. _____ domiziliert ist und als Kontakt D. _____ aufgeführt wird (vgl. [URL], besucht am 11. Februar 2022). Das Baugesuch für Reklamen beim

C-226/2020 Seite 12 Restaurant H. _____ wurde indes von A. _____ gestellt (vgl. [URL], besucht am 11. Februar 2022). Bei diesem Restaurant finden sich folglich beide Namen im Internet. Anders sieht es beim Restaurant C. _____ aus. Gemäss Internetrecherchen tritt bei diesem Restaurant einzig D. _____ auf dem Markt auf (vgl. [URL hri.ch und Restaurant C. _____]; jeweils besucht am 11. Februar 2022). Zudem wurde in der (...) -Post vom (...) Mai 2016 (vgl. [URL (...) -Post], besucht am 11. Februar 2022) D. _____ als neuer Pächter des Restaurants C. _____ in [Adresse 1] vorgestellt. Der Zwangsanschluss erfolgte drei Jahre später am 23. Juli 2019 per 1. April 2018. Aufgrund der zeitlichen Differenz kann von den Umständen im Mai 2016 nicht ohne Weiteres auf die Inhaberverhältnisse ab 1. April 2018 geschlossen werden.

E. 3.2.5

Bei der Lohnmeldung vom 28. Januar 2019 (BVGer act. 8/1.1) ist D. _____, [Adresse 1] und die Betriebsnummer (...) aufgeführt, jedoch fehlt eine Unterschrift, womit der Urheber der Lohnmeldung nicht abschliessend festgestellt werden kann. Bei der Meldung zur BVG-Anschlusskontrolle der SVA [Kanton 1] vom 29. April 2019 (BVGer act. 8/1) wird unter der Abrechnungsnummer [Betriebsnummer], A. _____, [Adresse 1] als Arbeitgeber aufgeführt. Im Schreiben der SVA [Kanton 1] vom 23. Juli 2019 (BVGer act. 8/3) an A. _____, Restaurant C. _____, [Adresse 1] ist als Betreff [Betriebsnummer]/(...).62 [Anm.: AHV-Nummer] angegeben. Die AHV-Nummer (...).62 kann A. _____ zugeordnet werden (BVGer act. 43/1). Das Verhältnis zwischen A. _____, D. _____ und dem Restaurant C. _____ ist vorliegend nicht geklärt. Zwar brachte der Beschwerdeführer vor, er sei als [Mitarbeiter] beim Restaurant C. _____ tätig und D. _____ sei sein Chef, indes ist der Beschwerdeführer auf der Lohnmeldung vom 28. Januar 2019 nicht aufgeführt (BVGer act. 8/1.1). Eine Lohnmeldung der G. _____ GmbH ist mindestens bis zum Schreiben der SVA [Kanton 1] vom 8. Januar 2021 (BVGer act. 25/3) an die Vorinstanz nicht aktenkundig. Damit bleiben die Inhaberverhältnisse hinsichtlich des Restaurants C. _____ unklar.

E. 3.2.6

Es ist augenfällig, dass auf der Lohnmeldung (BVGer act. 8/1.1) der Name D. _____ vorkommt, die Schreiben der SVA [Kanton 1] jedoch an A. _____ gerichtet wurden und

einmal die Adresse in [Adresse 1] (BVGer act. 8/2, 8/3) und einmal die Adresse in [Adresse 2] (BVGer act. 8/1.2,

C-226/2020 Seite 13 8/1.4) verwendet wurde. Damit ist unklar, wen die Vorinstanz im Zeitpunkt des Zwangsanschlusses vom 23. Juli 2019 per 1. April 2018 als Inhaber des Restaurants C._____ betrachtete. Die Vorinstanz ging dieser Diskrepanz nicht weiter nach, sondern nahm einfach an, bei D._____ und A._____ handle es sich um dieselbe Person und die Adresse in [Adresse 1] sei die Geschäftsadresse und die Adresse in [Adresse 2] die Privatadresse des Beschwerdeführers. Dies wäre zwar eine logische Erklärung für die Ungereimtheiten, jedoch bestehen, wie sogleich zu zeigen ist (vgl. E. 3.3 hiernach), erhebliche Zweifel an der Annahme der Vorinstanz, wonach es sich bei D._____ und A._____ um dieselbe Person handelt.

E. 3.3

Zur Identität von D._____ und A._____ kann Folgendes gesagt werden:

E. 3.3.1

Gemäss Handelsregister existiert eine G._____ GmbH (vgl. Bst. A.d hiavor), deren Gesellschafter und Geschäftsführer D._____, türkischer Staatsangehöriger, in [Adresse 1], ist. Die GmbH bezweckt unter anderem die Führung eines Restaurationsbetriebes. Andere Firmeneinträge sind im Handelsregister des Kantons [Kanton 1] weder unter dem Namen «D._____» noch «A._____» vorhanden. Aus der im Beschwerdeverfahren eingereichten Passkopie des Beschwerdeführers (BVGer act. 43/1) ist ersichtlich, dass dieser die deutsche Staatsbürgerschaft besitzt und nicht wie D._____ die türkische Staatsangehörigkeit.

E. 3.3.2

Nachfragen seitens des Bundesverwaltungsgerichts bei den Einwohnerämtern der Gemeinden [Adresse 1] und [Adresse 2] hinsichtlich der Meldeverhältnisse ergaben (BVGer act. 32), dass ein A._____ an der [Adresse 2] und ein D._____ an der [Adresse 3] gemeldet ist. An der [Adresse 1] gibt es einzig das Restaurant C._____.

E. 3.3.3

In den Akten finden sich zwei unterschiedliche AHV-Nummern: In Zusammenhang mit D._____ wird die AHV-Nr. (...).64 (BVGer act. 18/4, 18/5, 25/3) und bei A._____ die AHV-Nr. (...).62 (BVGer act. 1/4, 8/3, 27/1) verwendet. Die AHV-Nr. (...).62 von A._____ entspricht dem Eintrag auf seiner Krankenkassenkarte (BVGer act. 43/1). Ob auch die AHV-Nummer von D._____ korrekt ist, ist nicht bekannt und vorliegend nicht zu klären, da zwei unterschiedliche AHV-Nummern allein keinen abschliessenden Beweis hinsichtlich der Identität einer Person zu erbringen vermögen.

C-226/2020 Seite 14

E. 3.3.4

Die GastroSocial teilte der Vorinstanz mit E-Mail vom 26. August 2020 (BVGer 18/2) mit, «A._____ (AHV-Nr. [...].62) war dem Anschein nach in der Zeit von Mai 2017 bis März 2018 Arbeitnehmer von D._____ (AHV-Nr. [...].64). Für ihn wurde in dieser Zeit unter der E._____ GmbH in [Adresse 1] Lohn abgerechnet. D._____ war gemäss Handelsregister dort Gesellschafter und Geschäftsführer». Diese Informationen der GastroSocial bekräftigen die erheblichen Zweifel an der Annahme der Vorinstanz, dass es sich

bei D. _____ und A. _____ um dieselbe Person handelt.

E. 3.4

Nach dem Gesagten ergibt sich, dass aufgrund der unterschiedlichen Staatszugehörigkeiten, der Meldeverhältnisse und der verschiedenen AHV-Nummern erhebliche Zweifel an der Annahme der Vorinstanz bestehen, dass es sich bei D. _____ und A. _____ um dieselbe Person handelt. Folglich ist auch unklar, wen die Vorinstanz im Zeitpunkt der Zwangsanschlussverfügung vom 23. Juli 2019 als Inhaber des Restaurants C. _____ betrachtete und zwangsweise anschliessen wollte. Damit ist auch unklar, wer Verfügungsadressat der vorliegend angefochtenen Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 ist. 4. Eine korrekte Verfügungseröffnung setzt voraus, dass der Verfügungsadressat eindeutig bestimmt oder zumindest eindeutig bestimmbar ist, mithin dessen Identität geklärt ist (vgl. E. 2.4, 2.4.2 und 2.4.3 hiervor). Dies ist vorliegend nicht der Fall (vgl. E. 3.4 hiervor). 4.1 4.1.1 Die Vorinstanz veranlasste hinsichtlich der Identität des Verfügungsadressaten keine Abklärungen, obwohl der Beschwerdeführer vehement eine Verwechslung zweier Personen geltend machte (BVGer act. 8/10). Dem Beschwerdeführer ist dabei hinsichtlich seiner Mitwirkungspflicht (Art. 13 VwVG i.V.m. 37 VGG) zugutezuhalten, dass negative Tatsachen im strikten Sinne kaum beweisbar sind (Urteil des BGer 1C_182/2019 vom 17. August 2020 E. 4.1). Nach der Rechtsprechung wird der Beweis negativer Tatsachen daher nur zurückhaltend verlangt (Urteil des BGer 1C_182/2019 vom 17. August 2020 E. 4.1). Es liegt in der Natur der Sache, dass der Beschwerdeführer anhand seines Passes nur beweisen kann, dass er A. _____ ist, jedoch nicht auch, dass er nicht D. _____ ist.

C-226/2020 Seite 15 4.1.2 Gestützt auf die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren (Art. 12 VwVG; CHRISTOPH AUER/ANJA MARTINA BINDER, VwVG Kommentar, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 12), an welcher sich auch die Vorinstanz zu orientieren hat (Urteil des BVGer A-2370/2018 vom 16. Oktober 2019 E. 2.2), hätte sie die notwendigen Abklärungen hinsichtlich der Identität des Verfügungsadressaten vornehmen müssen. Sie hätte hierfür sowohl A. _____ als auch D. _____ vorladen und die Identität anhand der Originalpässe feststellen müssen. Indem sie dies unterliess, beging sie einen Verfahrensfehler und verletzte das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers in schwerwiegender Weise. Dieser Mangel kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden. 4.2 4.2.1 Die Vorinstanz ging im Zeitpunkt des Zwangsanschlusses vom 23. Juli 2019 per 1. April 2018 davon aus, dass ein Einzelunternehmer, A. _____ resp. D. _____, Inhaber des Restaurants C. _____ ist, und die Geschäftsadresse, [Adresse 1] lautet. An dieser Adresse befindet sich indes einzig das Geschäftslokal «C. _____». 4.2.2 Der Sitz eines Einzelunternehmens muss nicht mit dem Wohnsitz des Inhabers übereinstimmen (Urteil des BVGer A-1232/2017 vom 13. Januar 2018 E. 5.2.1.1). Ist ein Geschäftssitz im Handelsregister eingetragen, ist der Inhaber verpflichtet, an diesem Ort (geschäftliche) Sendungen entgegen zu nehmen (Art. 2 Bst. c HRegV). Geschäftssendungen können dem Inhaber auch an seine Privatadresse gesendet werden (Urteil des BVGer A-1232/2017 vom 13. Januar 2018 E. 5.2.1.1). Hieraus folgt, dass bei einem Zwangsanschluss einer Einzelunternehmung, welche nicht im Handelsregister eingetragen ist, die Zustellung der Verfügung an die Privatadresse zu erfolgen hat. Ist die Identität des Inhabers einer Einzelunternehmung wie vorliegend fraglich, kann die Verfügung demnach nicht einfach an die Adresse des Geschäftslokals, hier die Adresse des Restaurants C. _____, gesandt werden. 4.2.3 Vorliegend ist unklar, ob die Vorinstanz

D._____ oder A._____ anschliessen wollte. Die Behauptung, es handle sich um dieselbe Person, ist unbehelflich. Der Vorinstanz obliegt, wie erwähnt (vgl. E. 4.1.2 hiervor), von Amtes wegen eine Abklärungspflicht hinsichtlich der Identität eines Verfügungsadressaten. Dies gilt erst recht, wenn wie vorliegend der Beschwerdeführer mit nachvollziehbaren Argumenten eine Verwechslung von

C-226/2020 Seite 16 zwei Personen geltend macht. Steht die Identität des Verfügungsadressaten nicht fest und ergibt sie sich wie vorliegend auch nicht aus dem Kontext, ist eine korrekte Eröffnung der Verfügung nicht möglich (vgl. E. 2.4). 4.3 Im Sinne eines Zwischenergebnisses ergibt sich Folgendes: Indem die Vorinstanz dem Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach eine Verwechslung von zwei Personen vorliegt, nicht nachging, verletzte sie nicht nur den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise; vielmehr klärte sie die Identität des Verfügungsadressaten nicht in rechtsgenügender Weise ab, was einen schweren Eröffnungsfehler zur Folge hatte. Diese Mängel können vorliegend nicht geheilt werden, denn die Identität der Parteien und damit des Verfügungsadressaten stand weder vor der Vorinstanz noch im vorliegenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eindeutig fest. 5. Nachfolgend ist zu prüfen, ob der schwere Verfahrens- und Eröffnungsmangel zur Nichtigkeit der angefochtenen Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019, der Wiedererwägungsverfügung vom 21. November 2019 und der Zwangsanschlussverfügung vom 23. Juli 2019 führt (zum Zusammenhang zwischen diesen Verfügungen vgl. E. 2.5 hiervor). 5.1 Vorliegend war weder im Zeitpunkt des Zwangsanschlusses noch im Zeitpunkt der Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 die Identität des Verfügungsadressaten geklärt (vgl. E. 3.3). Unter diesen Umständen erweist sich die Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 als nichtig, da der ihr anhaftende rechtliche Mangel besonders schwer wiegt und offensichtlich ist (BGE 138 II 501 E. 3.1; 137 I 273 E. 3.1). Die Annahme der Nichtigkeit der Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 führt vorliegend zu keiner ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit, denn der Beschwerdeführer hat die Wiedererwägungsverfügung vorliegend innerhalb der Beschwerdefrist und damit zeitnah angefochten. Da somit nicht ersichtlich ist, inwiefern die Nichtigkeitsfolge vorliegend die Rechtssicherheit gefährden sollte, steht diese einer Feststellung der Nichtigkeit nicht entgegen (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-4720/2019 vom 14. Juli 2020 E. 4.6). 5.2 Die Wiedererwägungsverfügung vom 21. November 2019 und die Zwangsanschlussverfügung vom 23. Juli 2019 weisen denselben schweren Eröffnungsmangel wie die vorliegend angefochtenen Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 auf, womit auch sie nichtig sind.

C-226/2020 Seite 17 Auch die Annahme der Nichtigkeit dieser Verfügungen gefährdet die Rechtssicherheit vorliegend nicht, vielmehr wird dadurch ermöglicht, dass die Vorinstanz in einem neuen Zwangsanschlussverfahren ergebnisoffen untersuchen kann, wer Inhaber des Restaurants C._____ ist, ob D._____, A._____ oder die G._____ GmbH, und ob inzwischen ein rückwirkender Anschluss ab 1. April 2018 an eine Vorsorgeeinrichtung besteht. 6. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass aufgrund der Nichtigkeit der angefochtenen Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 ein Anfechtungsobjekt fehlt, womit auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (vgl. E. 2.5). Die Nichtigkeit der Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 sowie der Wiedererwägungsverfügung vom 21. November 2019 und der Zwangsanschlussverfügung vom 23. Juli 2019 ist im Dispositiv des vorliegenden Urteils festzuhalten. 7. Die

Vorinstanz wird angewiesen, ein neues Zwangsanschlussverfahren zu eröffnen und anhand des Kauf- bzw. Pachtvertrages, der Arbeitsverträge, der Lohnmeldungen und weiterer Unterlagen festzustellen, wer Inhaber des Restaurants C._____ ist. Zusätzlich hat die Vorinstanz die Identität von D._____ und A._____ anlässlich einer persönlichen Vorladung anhand der Originalpässe und der Sozialversicherungsausweise festzustellen. Zudem hat die Vorinstanz abzuklären, ob mittlerweile für die Zeit ab 1. April 2018 im Sinne von Art. 11 BVG ein Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung besteht. Sollte dies nicht der Fall sein, hat die Vorinstanz eine neue Zwangsanschlussverfügung zu erlassen.

E. 4

Eine korrekte Verfügungseröffnung setzt voraus, dass der Verfügungsadressat eindeutig bestimmt oder zumindest eindeutig bestimmbar ist, mithin dessen Identität geklärt ist (vgl. E. 2.4, 2.4.2 und 2.4.3 hiervor). Dies ist vorliegend nicht der Fall (vgl. E. 3.4 hiervor).

E. 4.1.1

Die Vorinstanz veranlasste hinsichtlich der Identität des Verfügungsadressaten keine Abklärungen, obwohl der Beschwerdeführer vehement eine Verwechslung zweier Personen geltend machte (BVGer act. 8/10). Dem Beschwerdeführer ist dabei hinsichtlich seiner Mitwirkungspflicht (Art. 13 VwVG i.V.m. 37 VGG) zugutezuhalten, dass negative Tatsachen im strikten Sinne kaum beweisbar sind (Urteil des BGer 1C_182/2019 vom 17. August 2020 E. 4.1). Nach der Rechtsprechung wird der Beweis negativer Tatsachen daher nur zurückhaltend verlangt (Urteil des BGer 1C_182/2019 vom 17. August 2020 E. 4.1). Es liegt in der Natur der Sache, dass der Beschwerdeführer anhand seines Passes nur beweisen kann, dass er A._____ ist, jedoch nicht auch, dass er nicht D._____ ist.

E. 4.1.2

Gestützt auf die Untersuchungsmaxime im Verwaltungsverfahren (Art. 12 VwVG; Christoph Auer/Anja Martina Binder, VwVG Kommentar, a.a.O., Rz. 7 zu Art. 12), an welcher sich auch die Vorinstanz zu orientieren hat (Urteil des BVGer A-2370/2018 vom 16. Oktober 2019 E. 2.2), hätte sie die notwendigen Abklärungen hinsichtlich der Identität des Verfügungsadressaten vornehmen müssen. Sie hätte hierfür sowohl A._____ als auch D._____ vorladen und die Identität anhand der Originalpässe feststellen müssen. Indem sie dies unterliess, beging sie einen Verfahrensfehler und verletzte das rechtliche Gehör des Beschwerdeführers in schwerwiegender Weise. Dieser Mangel kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden.

E. 4.2.1

Die Vorinstanz ging im Zeitpunkt des Zwangsanschlusses vom 23. Juli 2019 per 1. April 2018 davon aus, dass ein Einzelunternehmer, A._____ resp. D._____, Inhaber des Restaurants C._____ ist, und die Geschäftsadresse, [Adresse 1] lautet. An dieser Adresse befindet sich indes einzig das Geschäftslokal «C._____».

E. 4.2.2

Der Sitz eines Einzelunternehmens muss nicht mit dem Wohnsitz des Inhabers übereinstimmen (Urteil des BVGer A-1232/2017 vom 13. Januar 2018 E. 5.2.1.1). Ist ein Geschäftssitz im Handelsregister eingetragen, ist der Inhaber verpflichtet, an diesem Ort (geschäftliche) Sendungen entgegen zu nehmen (Art. 2 Bst. c HRegV). Geschäftssendungen können dem Inhaber auch an seine Privatadresse gesendet werden (Urteil des BVGer A-1232/2017 vom 13. Januar 2018 E. 5.2.1.1). Hieraus folgt, dass bei einem

Zwangsanschluss einer Einzelunternehmung, welche nicht im Handelsregister eingetragen ist, die Zustellung der Verfügung an die Privatadresse zu erfolgen hat. Ist die Identität des Inhabers einer Einzelunternehmung wie vorliegend fraglich, kann die Verfügung demnach nicht einfach an die Adresse des Geschäftslokals, hier die Adresse des Restaurants C._____, gesandt werden.

E. 4.2.3

Vorliegend ist unklar, ob die Vorinstanz D._____ oder A._____ anschliessen wollte. Die Behauptung, es handle sich um dieselbe Person, ist unbehelflich. Der Vorinstanz obliegt, wie erwähnt (vgl. E. 4.1.2 hiervor), von Amtes wegen eine Abklärungspflicht hinsichtlich der Identität eines Verfügungsadressaten. Dies gilt erst recht, wenn wie vorliegend der Beschwerdeführer mit nachvollziehbaren Argumenten eine Verwechslung von zwei Personen geltend macht. Steht die Identität des Verfügungsadressaten nicht fest und ergibt sie sich wie vorliegend auch nicht aus dem Kontext, ist eine korrekte Eröffnung der Verfügung nicht möglich (vgl. E. 2.4).

E. 4.3

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ergibt sich Folgendes: Indem die Vorinstanz dem Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach eine Verwechslung von zwei Personen vorliegt, nicht nachging, verletzte sie nicht nur den Anspruch des Beschwerdeführers auf rechtliches Gehör in schwerwiegender Weise; vielmehr klärte sie die Identität des Verfügungsadressaten nicht in rechtsgenügender Weise ab, was einen schweren Eröffnungsfehler zur Folge hatte. Diese Mängel können vorliegend nicht geheilt werden, denn die Identität der Parteien und damit des Verfügungsadressaten stand weder vor der Vorinstanz noch im vorliegenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eindeutig fest.

E. 5

Nachfolgend ist zu prüfen, ob der schwere Verfahrens- und Eröffnungsmangel zur Nichtigkeit der angefochtenen Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019, der Wiedererwägungsverfügung vom 21. November 2019 und der Zwangsanschlussverfügung vom 23. Juli 2019 führt (zum Zusammenhang zwischen diesen Verfügungen vgl. E. 2.5 hiervor).

E. 5.1

Vorliegend war weder im Zeitpunkt des Zwangsanschlusses noch im Zeitpunkt der Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 die Identität des Verfügungsadressaten geklärt (vgl. E. 3.3). Unter diesen Umständen erweist sich die Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 als nichtig, da der ihr anhaftende rechtliche Mangel besonders schwer wiegt und offensichtlich ist (BGE 138 II 501 E. 3.1; 137 I 273 E. 3.1). Die Annahme der Nichtigkeit der Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 führt vorliegend zu keiner ernsthaften Gefährdung der Rechtssicherheit, denn der Beschwerdeführer hat die Wiedererwägungsverfügung vorliegend innerhalb der Beschwerdefrist und damit zeitnah angefochten. Da somit nicht ersichtlich ist, inwiefern die Nichtigkeitsfolge vorliegend die Rechtssicherheit gefährden sollte, steht diese einer Feststellung der Nichtigkeit nicht entgegen (vgl. hierzu Urteil des BVGer B-4720/2019 vom 14. Juli 2020 E. 4.6).

E. 5.2

Die Wiedererwägungsverfügung vom 21. November 2019 und die Zwangsanschlussverfügung vom 23. Juli 2019 weisen denselben schweren Eröffnungsmangel wie die vorliegend angefochtenen Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 auf, womit auch sie nichtig sind. Auch die Annahme der Nichtigkeit dieser Verfügungen gefährdet die Rechtssicherheit vorliegend nicht, vielmehr wird dadurch ermöglicht, dass die Vorinstanz in einem neuen Zwangsanschlussverfahren ergebnisoffen untersuchen kann, wer Inhaber des Restaurants C._____ ist, ob D._____, A._____ oder die G._____ GmbH, und ob inzwischen ein rückwirkender Anschluss ab 1. April 2018 an eine Vorsorgeeinrichtung besteht.

E. 6

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass aufgrund der Nichtigkeit der angefochtenen Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 ein Anfechtungsobjekt fehlt, womit auf die Beschwerde nicht einzutreten ist (vgl. E. 2.5). Die Nichtigkeit der Wiedererwägungsverfügung vom 28. November 2019 sowie der Wiedererwägungsverfügung vom 21. November 2019 und der Zwangsanschlussverfügung vom 23. Juli 2019 ist im Dispositiv des vorliegenden Urteils festzuhalten.

E. 7

Die Vorinstanz wird angewiesen, ein neues Zwangsanschlussverfahren zu eröffnen und anhand des Kauf- bzw. Pachtvertrages, der Arbeitsverträge, der Lohnmeldungen und weiterer Unterlagen festzustellen, wer Inhaber des Restaurants C._____ ist. Zusätzlich hat die Vorinstanz die Identität von D._____ und A._____ anlässlich einer persönlichen Vorladung anhand der Originalpässe und der Sozialversicherungsausweise festzustellen. Zudem hat die Vorinstanz abzuklären, ob mittlerweile für die Zeit ab 1. April 2018 im Sinne von Art. 11 BVG ein Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung besteht. Sollte dies nicht der Fall sein, hat die Vorinstanz eine neue Zwangsanschlussverfügung zu erlassen.

E. 8

Oktober 2020).

E. 8.1

Tritt das Bundesverwaltungsgericht auf eine Beschwerde nicht ein, weil sich die angefochtene Verfügung als nichtig erwiesen hat, berücksichtigt es dies bei der Festlegung der Verfahrenskosten (Art. 63 VwVG; Urteile des BVGer B-4720/2019 vom 14. Juli 2020 E. 5.1; B-5290/2014 E. 8.1).

E. 8.2

Die Vorinstanz hat die Parteistellung, bei der es sich um eine Prozessvoraussetzung handelt, von Amtes wegen abzuklären. Dies hat sie, wie zuvor dargelegt, in ungenügender Weise getan, was zu einem schweren Eröffnungsmangel und einer schweren Verletzung des rechtlichen Gehörs geführt hat, so dass sie die Nichtigkeit der angefochtenen Wiedererwägungsverfügung zu verantworten hat. Beim vorliegenden Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführer demnach als obsiegend zu erachten, weshalb ihm keine Kosten aufzuerlegen sind (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der Vorinstanz sind ebenfalls keine Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 400.- ist dem Beschwerdeführer nach Eintritt der

Rechtskraft des vor- liegenden Urteils zurückzuerstatten.

E. 8.3

Eine obsiegende Partei hat Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihr erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungs- gericht [VGKE, SR 173.320.2]). Darunter fallen die Kosten der Vertretung sowie allfällige weitere Auslagen der Partei; unnötiger Aufwand wird nicht entschädigt (Art. 8 VGKE). Die Kosten der Vertretung umfassen insbeson- dere das Anwaltshonorar oder die Entschädigung für eine nichtanwaltliche berufsmässige Vertretung (Art. 9 Abs. 1 Bst. a VGKE). Kein Entschädi- gungsanspruch besteht bei nicht berufsmässiger Vertretung (Urteil des BGer 8C_504/2017 vom 9. März 2018 E. 7; Urteil des BVGer A-4005/2016 vom 27. Juni 2017 E. 9.2.2). Der Beschwerdeführer lässt sich im vorliegen- den Beschwerdeverfahren durch B._____ vertreten, welcher darauf hin- wies, dass er dem Beschwerdeführer als Freund helfe (BVGer act. 8/5 und 15), womit von einer Vertretung aus Gefälligkeit auszugehen ist, die nicht berufsmässig erfolgt. Dem Beschwerdeführer ist demnach keine Parteient- schädigung zuzusprechen. Die Vorinstanz hat ebenfalls keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Der Beschwerdeführer hat Anspruch auf Ersatz der notwendigen Auslagen im Umfang von Fr. 200.- (Art. 13 VGKE), welche von der Vorinstanz zu erstatten sind.

C-226/2020 Seite 19

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