

# **BVGer C-2857/2019 vom 16. Oktober 2020**

Bundesverwaltungsgericht, 2020-10-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-2857\\_2019](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-2857_2019)

FR: TAF C-2857/2019 du 16 octobre 2020

IT: TAF C-2857/2019 del 16 ottobre 2020

## **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). Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Auffangeinrichtung im Bereiche der beruflichen Vorsorge, zumal diese öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt (Art. 33 lit. h VGG in Verbindung mit Art. 60 Abs. 2bis des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist in casu nicht gegeben (Art. 32 VGG).

### **E. 1.2**

Der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 8. Mai 2019 stellt eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG dar. Dagegen hat der Beschwerdeführer am 7. Juni 2019 fristgerecht (Art. 50 in Verbindung mit Art. 22a Abs. 1 lit. b VwVG) und formgerecht (Art. 52 VwVG) Beschwerde erheben lassen. Als Adressat ist er durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 lit. a bis c VwVG). Nachdem auch der geforderte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet worden ist, sind sämtliche Prozessvoraussetzungen erfüllt, weshalb auf die Beschwerde einzutreten ist.

### **E. 2.1**

Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich gemäss Art. 37 VGG grundsätzlich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

### **E. 2.2**

In materiell-rechtlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung haben (BGE 130 V 329 E. 2.3).

### **E. 2.3**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und, wenn - wie vorliegend - nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat, die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **E. 3.1**

Obligatorisch zu versichern ist jeder Arbeitnehmer, der das 17. Altersjahr vollendet hat und bei einem Arbeitgeber mehr als den gesetzlichen Jahres-Mindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) erzielt und bei der AHV versichert ist (Art. 5 Abs. 1 BVG). Dieser Grenzbetrag wird vom Bundesrat gemäss Art. 9 BVG periodisch angepasst und betrug im Jahr 2018 Fr. 21'150.- und im Jahr 2019 Fr. 21'330.- (Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 BVG und den jeweils gültig gewesenen Fassungen von Art. 5 BVV 2). Der Jahreslohn entspricht grundsätzlich dem massgebenden Lohn nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10). Der Bundesrat kann Abweichungen zulassen (Art. 7 Abs. 2 BVG; zu den Ausnahmen vgl. Art. 3 BVV 2). Ist der Arbeitnehmer weniger als ein Jahr lang bei einem Arbeitgeber beschäftigt, so gilt als Jahreslohn der Lohn, den er bei ganzjähriger Beschäftigung erzielen würde (Art. 2 Abs. 2 BVG). Der Bundesrat regelt die Versicherungspflicht für Arbeitnehmer in Berufen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen. Er bestimmt, welche Arbeitnehmer aus besonderen Gründen nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind (Art. 2 Abs. 4 BVG).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 1j Abs. 1 lit. b BVV 2 sind Arbeitnehmer mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten von der obligatorischen Versicherung ausgenommen. Wird das Arbeitsverhältnis über die Dauer von drei Monaten hinaus verlängert, so sind sie vom Zeitpunkt an versichert, in dem die Verlängerung vereinbart wurde. Mit dieser Bestimmung sollen vorübergehende kurze Beschäftigungen nicht erfasst werden, was einer administrativen Entlastung der Vorsorgeeinrichtungen dient. Die Dreimonatsfrist findet eine entsprechende Norm in der AHV-Unterstellung von Arbeitnehmern, die sich nur vorübergehend in der Schweiz aufhalten (Art. 2 Abs. 1 lit. b der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV, SR 831.101]); Hans Ulrich Stauffer, *Berufliche Vorsorge*, Zürich, Basel, Genf 2013, S. 221 N. 666). Ob dies der Fall ist, bestimmt sich mangels einer gesetzlichen Befristung nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien beim Vertragsabschluss (BGE 126 V 303 E. 2d), wobei sich die Befristung auch aus dem Zweck der Anstellung ergeben kann, wie beispielsweise bei der Anstellung für die Dauer der Ernte (Isabelle Vetter-Schreiber, *Berufliche Vorsorge*, Zürich 2013, Kommentar zu Art. 1 Abs. 1 lit. j BVV 2, S. 359). Gemäss Praxis des Bundesverwaltungsgerichts ist anhand der konkreten Verhältnisse zu prüfen, ob ein befristetes Arbeitsverhältnis vorliegt. Dabei ist auf den Parteiwillen bei Vertragsabschluss oder andere Umstände abzustellen. Entscheidend ist allerdings, dass die Dauer des Arbeitseinsatzes bei Vertragsschluss voraussehbar ist (Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-2376/2006 vom 4. Juni 2007, E. 4.3.1; C-2467/2006 vom 4. August 2008, E. 3.3 sowie C-4770/2007 vom 12. November 2008, E. 4.2.1).

### **E. 3.3**

Nach Art. 334 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) ist ein Arbeitsverhältnis dann im Sinne des Gesetzes befristet, wenn es ohne Kündigung endet. Beim echten befristeten Arbeitsvertrag beendet der Fristenlauf ohne Weiteres die Anstellung. Das entspricht dem Wesen des Vertrags auf Zeit. Voraussetzung ist bloss, dass die Beendigung klar genug abgemacht ist (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, *Arbeitsvertrag*, Praxiskommentar zu Art. 319 362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, N. 2 und 4 zu

Art. 334). Alle Arbeitsverträge, bei welchen der Beendigungszeitpunkt nicht im Voraus von den Vertragsparteien vereinbart wurde und die damit mit einer Kündigung aufgelöst werden müssen, sind als unbefristete Verträge im Sinne von Art. 335 OR zu qualifizieren (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes [heute Bundesgericht] B 90/00 vom 26. November 2001 E. 4b).

### **E. 3.4**

Beschäftigt ein Arbeitgeber Arbeitnehmende, die obligatorisch zu versichern sind, muss er eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). Verfügt der Arbeitgeber nicht bereits über eine Vorsorgeeinrichtung, hat er eine solche im Einverständnis mit seinem 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 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 BVG).

#### **E. 3.4.1**

Gemäss Art. 11 Abs. 4 BVG überprüft die AHV-Ausgleichskasse, ob die von ihr erfassten Arbeitgeber einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind. Sie fordert Arbeitgeber, die ihrer Pflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 BVG nicht nachkommen, auf, sich innerhalb von zwei Monaten einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen (Art. 11 Abs. 5 BVG). Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung der AHV-Ausgleichskasse nicht fristgemäss nach, so meldet diese ihn der Auffangeinrichtung rückwirkend zum Anschluss (Art. 11 Abs. 6 BVG).

#### **E. 3.4.2**

Die Auffangeinrichtung ist eine Vorsorgeeinrichtung und verpflichtet, Arbeitgeber, die ihrer Pflicht zum Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nicht nachkommen, anzuschliessen (Art. 60 Abs. 1 und 2 Bst. a BVG). Der Anschluss erfolgt rückwirkend (vgl. Art. 11 Abs. 3 und 6 BVG). Gemäss Art. 60 Abs. 2bis BVG kann die Auffangeinrichtung zur Erfüllung dieser Aufgabe Verfügungen erlassen. Ein befristeter Anschluss wird in der Praxis dann verfügt, wenn zwar ein Anschluss bestand, für eine bestimmte Zeitspanne aber eine Lücke vorliegt (Urteile des BVGer A-5687/2016 vom 6. April 2017 E. 2.4.2, A-1046/2016 vom 15. Dezember 2016 E. 2.7, A-532/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 2.2.2, A-7102/2014 vom 11. Mai 2016 E. 2.4.3).

#### **E. 3.4.3**

Eine besondere Konstellation ist in Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG angesprochen: Gemäss Art. 12 Abs. 1 BVG haben die Arbeitnehmer oder ihre Hinterlassenen Anspruch auf die gesetzlichen Leistungen, auch wenn sich der Arbeitgeber noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat. Diese Leistungen werden, wie in Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG festgehalten, von der Auffangeinrichtung ausgerichtet. Entsteht der gesetzliche Anspruch eines Arbeitnehmers auf Versicherungs- oder Freizügigkeitsleistung zu einem Zeitpunkt, an dem sein Arbeitgeber noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, wird der Arbeitgeber gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 28. August 1985 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge (SR 831.434; nachfolgend: Verordnung Auffangeinrichtung) «von Gesetzes wegen für alle dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmer der Auffangeinrichtung angeschlossen» (vgl. dazu auch BGE 129 V 237 E. 5.1; Urteile des BVGer A-3819/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.6.3, A-6967/2016 vom 12. Mai 2017 E. 2.2.3). Der entsprechende Anschluss erfolgt (ebenfalls)

rückwirkend auf den Zeitpunkt, in welchem die zu versichernde Person erstmals ihre Stelle antritt (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Auffangeinrichtung sowie Urteil A-3819/2016 E. 3.7.3).

#### **E. 3.4.4**

Während die blosser Säumnis des Arbeitgebers, sich einer Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen, zu einem Zwangsanschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG führt, richtet sich der Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG, sofern vor dem Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung Leistungsansprüche entstanden sind. Das Bundesgericht hat denn auch in BGE 130 V 526 E. 4.3 festgehalten, dass es sich bei der Verfügung nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG um eine Gestaltungsverfügung handelt, durch welche dem Arbeitgeber neue Pflichten auferlegt werden. Der Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG hingegen erfolgt aufgrund des Gesetzes und die entsprechende Verfügung der Auffangeinrichtung hat deshalb bloss feststellenden Charakter (vgl. dazu auch Urteile des BVerger A-5692/2016 vom 12. Juni 2017 E. 3.11.2, A-6967/2016 vom 12. Mai 2017 E. 2.2.3).

#### **E. 3.5**

Gemäss Art. 11 Abs. 7 BVG stellen die Auffangeinrichtung und die AHV-Ausgleichskasse dem säumigen Arbeitgeber den von ihm verursachten Verwaltungsaufwand in Rechnung. Dies wird auch in Art. 3 Abs. 4 der Verordnung vom 28. August 1985 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge (SR 831.434) erwähnt, wonach der Arbeitgeber der Auffangeinrichtung alle Aufwendungen zu ersetzen hat, die dieser in Zusammenhang mit seinem Anschluss entstehen. Detailliert geregelt sind die entsprechenden Kosten sodann im Kostenreglement der Auffangeinrichtung (gültig ab dem 1. Januar 2018 betreffend die Verfügung vom 8. Mai 2019). Dieses Reglement bildet auch im vorliegenden Fall integrierenden Bestandteil der Zwangsanschlussverfügung. Es sieht unter der Rubrik «Zwangsanschluss» für «Verfügung und Durchführung Zwangsanschluss» Kosten von Fr. 825.- vor.

#### **E. 4**

Streitig und zu prüfen ist, ob C.\_\_\_\_\_ als obligatorisch zu versichernder Arbeitnehmer zu qualifizieren ist (vgl. E. 5) und der am 8. Mai 2019 verfügte Zwangsanschluss zu Recht erfolgt ist (vgl. E. 6).

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer macht am 7. Juni 2019 beschwerdeweise geltend, die E.\_\_\_\_\_ beschäftige kein BVG-pflichtiges Personal. C.\_\_\_\_\_ habe einen befristeten Arbeitsvertrag vom 1. August bis 31. Oktober 2018 gehabt (B-act. 1). In der Lohndeklaration 2018 vom 5. Februar 2020 hält der Beschwerdeführer ebenfalls fest, er habe im Jahr 2018 zwar beitragspflichtige Löhne ausbezahlt, es bestehe aber keine Anschlusspflicht aufgrund des befristeten dreimonatigen Arbeitsvertrages (act. 12 Beilage). Die Vorinstanz hingegen vertritt in ihren Stellungnahmen vom 5. September 2019 und 5. März 2020 die Auffassung, es sei auf dem Anmeldeformular angegeben worden, dass der Arbeitnehmer am 15. Juli 2018 in die Firma eingetreten sei und der Austritt sei per 31. Oktober 2018 erfolgt. Auch wenn im Arbeitsvertrag stehe, es liege ein befristeter Arbeitsvertrag vor, so sei doch nicht ersichtlich, ob die Befristung bei Abschluss des Vertrages bereits auf drei Monate vereinbart worden sei. Auch ergebe sich aus der Lohndeklaration 2018 der Ausgleichskasse nicht, ob das Arbeitsverhältnis des Arbeitnehmers C.\_\_\_\_\_ von Anfang an auf drei Monate befristet worden sei (B-act. 10;

12).

### **E. 5.2**

Im Formular «Anmeldung» vom 3. Dezember 2018 hält der Beschwerdeführer fest, dass C.\_\_\_\_\_ am 15. Juli 2018 in seine Einzelfirma E.\_\_\_\_\_ eingetreten und das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2018 aufgelöst worden sei. Das Feld «Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten; vorbehalten ist Art. 1k BVV2» wurde nicht angekreuzt. (act. 10 Beilage 1). Dies wurde auch vom Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Formular «Anmeldung» vom 17. Januar 2019 bestätigt (act. 10 Beilage 4). Gemäss Arbeitsvertrag vom 15. Juli 2018 begann das Arbeitsverhältnis hingegen am 1. August 2018. Dem Arbeitsvertrag vom 15. Juli 2018 zu entnehmen ist, dass ein befristeter Arbeitseinsatz vorgesehen war («Anstellungsdauer: befristet»). Nicht aufgeführt ist die konkrete Dauer des Arbeitsverhältnisses. Es wird ausserdem geregelt, dass die Probezeit 3 Monate dauere, die Kündigungsfrist während der Probezeit zwei Wochen betrage und danach einen Monat (act. 1 Beilage 3). Aus den Unterlagen geht somit nicht hervor, dass die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits von einem dreimonatigen Arbeitseinsatz ausgegangen sind oder diesen vereinbart hätten. Aus dem Arbeitsvertrag ist ersichtlich, dass dieser gekündigt werden musste, da entsprechende Kündigungsfristen vorgesehen sind. Damit handelt es sich um ein unbefristetes Arbeitsverhältnis. Dass das Arbeitsverhältnis auch länger als drei Monate hätte dauern können, lässt sich ausserdem daraus schliessen, dass eine einmonatige Kündigungsfrist nach der Probezeit, welche drei Monate dauerte, vorgesehen war. Auch enthält der Zweck der Anstellung («Küche, Verkauf, Bedienung») keinen Hinweis darauf, dass es sich beim vorliegenden Arbeitseinsatz um einen dreimonatigen Einsatz handelte. Dieser hätte aufgrund der Art der Arbeit auch durchaus länger dauern können (vgl. E. 3.2). Die Aktenlage deutet somit nicht darauf hin, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses befristet für die Dauer von drei Monaten angestellt worden ist. Der Arbeitnehmer war somit auch nicht im Sinne von Art. 1j Abs. 1 lit. b BVV 2 von der obligatorischen Versicherung ausgenommen. Die Vorinstanz ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass C.\_\_\_\_\_ der obligatorischen Versicherung zu unterstellen ist.

### **E. 6.1**

Da C.\_\_\_\_\_ bereits per Ende Oktober 2018 wieder ausgetreten ist, ist ein gesetzlicher Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung entstanden zu einem Zeitpunkt, in welchem der Beschwerdeführer keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen war. Die Vorinstanz hat folglich korrekterweise in Anwendung von Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG einen Zwangsanschluss verfügt (vgl. E. 3.4.3). Dieser hat rückwirkend auf den Zeitpunkt des Stellenantrittes zu erfolgen (E. 3.4.3 in fine). Vorliegend lässt sich dem Arbeitsvertrag entnehmen, dass der Vertrag zwar per 15. Juli 2018 abgeschlossen, der Arbeitsbeginn jedoch auf 1. August 2018 festgelegt wurde. Dies steht auch in Übereinstimmung mit der Lohndeklaration 2018 (B-act. 1 Beilage 3; B-act.12 Beilage). Der Anschluss hat somit - nicht wie die Vorinstanz verfügt hat - auf den 15. Juli 2018 zu erfolgen, sondern auf den 1. August 2018.

### **E. 6.2**

Ebenfalls nicht zu beanstanden und vom Beschwerdeführer auch nicht bestritten ist die Auferlegung der Kosten für die Verfügung sowie die Durchführung des Zwangsanschlusses in der Höhe von Fr. 825.- (vgl. E. 3.5).

### **E. 7**

Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist zusammenfassend festzuhalten, dass die Vorinstanz zu Recht einen Zwangsanschluss i.S.v. Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG verfügt hat (vgl. E. 6.1), da der Arbeitnehmer C.\_\_\_\_\_ obligatorisch zu versichern war und ein gesetzlicher Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung entstanden ist (vgl. E. 5.2). Der rückwirkende Zwangsanschluss hat jedoch per 1. August 2018 zu erfolgen und nicht per 15. Juli 2018, wie von der Vorinstanz verfügt. Die Beschwerde ist in dem Sinne teilweise gutzuheissen, als dass der Zwangsanschluss somit per 1. August 2018 zu erfolgen hat. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen und die angefochtene Verfügung zu bestätigen.

## **E. 8**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

### **E. 8.1**

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Der Ausgang des vorliegenden Verfahrens entspricht einem mehrheitlichen Unterliegen des Beschwerdeführers, welcher damit kostenpflichtig wird. Die Verfahrenskosten werden in Anwendung des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 800.- festgesetzt. Sie sind dem Beschwerdeführer im Umfang von Fr. 500.- aufzuerlegen und werden mit dem Kostenvorschuss verrechnet. Die Restanz von Fr. 300.- ist dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils auf ein von ihm zu bezeichnendes Konto zurückzuerstatten. Art. 63 Abs. 2 VwVG sieht vor, dass Vorinstanzen oder beschwerdeführenden und unterliegenden Bundesbehörden keine Verfahrenskosten auferlegt werden.

### **E. 8.2**

Dem teilweise obsiegenden Beschwerdeführer (vgl. E. 6.1) ist für die erwachsenen notwendigen und verhältnismässig hohen Kosten seiner nichtanwaltlichen Vertretung (B-act. 1 Beilage 2) eine reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Der Beschwerdeführer hat keine Kostennote eingereicht. Angesichts der Bedeutung der Streitsache und des aus den vorliegenden Akten ersichtlichen Aufwandes (lediglich einseitige Beschwerde mit minimaler Begründung, Zahlung Kostenvorschuss und Kenntnisnahme der Verfügungen) erscheint praxisgemäss eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 300.- als angemessen.

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