

# **BVGer C-874/2020 vom 3. Mai 2021**

Bundesverwaltungsgericht, 2021-05-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_C-874\\_2020](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-874_2020)

FR: TAF C-874/2020 du 3 mai 2021

IT: TAF C-874/2020 del 3 maggio 2021

## **Regeste**

Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (Art. 31, 32 und 33 Bst. h VGG; Art. 60 Abs. 2bis BVG [SR 831.40]). Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich grundsätzlich nach dem VwVG (Art. 37 VGG). Der Beschwerdeführer ist als Adressat der angefochtenen Verfügung durch diese besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Abänderung, weshalb er zur Erhebung der Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Nachdem auch der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde einzutreten (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG).

### **E. 2.1**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

### **E. 2.2**

Gestützt auf das Rügeprinzip, welches im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht in abgeschwächter Form zur Anwendung gelangt, ist nicht nach allen möglichen Rechtsfehlern zu suchen; dafür müssen sich zumindest Anhaltspunkte aus den Vorbringen der Verfahrensbeteiligten oder den Akten ergeben (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer A- 5225/2018 vom 7. Mai 2019 E. 2 m.H.).

### **E. 2.3**

Das Sozialversicherungsgericht stellt bei der Beurteilung einer Streitsache in der Regel auf den bis zum Zeitpunkt des Erlasses der streitigen Verwaltungsverfügung (hier: 23. Januar 2020) eingetretenen Sachverhalt ab (BGE 132 V 215 E. 3.1.1). Tatsachen, die jenen Sachverhalt seither verändert haben, sollen im Normalfall Gegenstand einer neuen Verwaltungsverfügung sein. Immerhin sind indes Tatsachen, die sich erst später verwirklichen, soweit zu berücksichtigen, als sie mit dem Streitgegenstand in engem Sachzusammenhang stehen und geeignet sind, die Beurteilung im Zeitpunkt des Verfügungserlasses zu beeinflussen (BGE 121 V 362 E. 1b; Urteil des BGer 8C\_95/2017 vom 15. Mai 2017 E. 5.1).

### **E. 2.4**

In zeitlicher Hinsicht sind grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgeblich, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 143 V 446 E. 3.3; 139 V 335 E. 6.2; 138 V 475 E. 3.1). Deshalb finden die Vorschriften Anwendung, die spätestens beim Erlass der Verfügung vom 23. Januar 2020 in Kraft standen.

### **E. 3.1**

Obligatorisch zu versichern sind Arbeitnehmende, die das 17. Altersjahr vollendet haben und bei einem Arbeitgeber oder einer Arbeitgeberin mehr als den gesetzlichen Jahresmindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 5 BVV 2 (SR 831.441.1) erzielt haben und bei der AHV versichert sind (Art. 5 Abs. 1 BVG). Dieser Grenzbetrag wird vom Bundesrat gemäss Art. 9 BVG periodisch angepasst und betrug in den Jahren 2017 und 2018 je Fr. 21'150.- (Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 7 Abs. 2 BVG und der gültig gewesenen Fassung von Art. 5 BVV 2). Der Jahreslohn entspricht grundsätzlich dem massgebenden AHV-Lohn. Der Bundesrat kann Abweichungen zulassen (Art. 7 Abs. 2 BVG; zu den Ausnahmen vgl. Art. 3 BVV 2).

### **E. 3.2**

Selbständigerwerbende unterstehen nicht dem Obligatorium, es sei denn, sie seien als Berufsgruppe auf Antrag ihrer Berufsverbände vom Bundesrat der obligatorischen Versicherung unterstellt worden (Art. 3 BVG).

### **E. 3.3**

Beschäftigt ein Arbeitgeber oder eine Arbeitgeberin Arbeitnehmende, die obligatorisch zu versichern sind, muss der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG).

### **E. 3.4**

Die Auffangeinrichtung ist eine Vorsorgeeinrichtung und verpflichtet, Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, die ihrer Pflicht zum Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nicht nachkommen, anzuschliessen (Art. 60 Abs. 1 und 2 Bst. a BVG). Der Anschluss erfolgt rückwirkend (Art. 11 Abs. 3 und 6 BVG). Gemäss Art. 60 Abs. 2bis BVG kann die Auffangeinrichtung zur Erfüllung dieser Aufgabe Verfügungen erlassen.

## **E. 4**

Vorliegend ist unbestritten, dass die vom Beschwerdeführer als Aushilfen angestellten Personen nicht vom Versicherungsobligatorium erfasst sind. Hingegen ist strittig, ob die Ehefrau des Beschwerdeführers, C.\_\_\_\_\_, als der obligatorischen Versicherung unterstellte Arbeitnehmerin im Sinne von Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 BVG zu betrachten ist.

### **E. 4.1.1**

Der Beschwerdeführer brachte beschwerdeweise vor (BVGer act. 1), seine Ehefrau C.\_\_\_\_\_ arbeite mit ihm im Geschäft und erhalte monatlich einen entsprechenden Betrag als Entschädigung für ihre Mitarbeit. Sie sei in diesem Sinne selbständig erwerbstätig. Die Bezüge seien gleichzustellen mit denjenigen, die er als Selbständigerwerbender für den Familienunterhalt mache. Irrtümlich seien die Bezüge seiner Ehefrau im Jahr 2018 als Lohn deklariert worden, so dass von Seiten der Sozialversicherungen B.\_\_\_\_\_ die Meldung über eine BVG-Pflicht an die Stiftung Auffangeinrichtung erfolgt sei, und diese wiederum

den zwangsweisen Anschluss verfügt habe.

#### **E. 4.1.2**

Mit Vernehmlassung vom 24. April 2020 (BVGer act. 9), hielt die Vorinstanz dagegen, die Ehefrau des Beschwerdeführers, C.\_\_\_\_\_, sei noch nie als Selbständigerwerbende gemeldet gewesen; ihr Einkommen der Jahre 2017 und 2018 sei als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit abgerechnet und auf diesem Einkommen die paritätischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträge entrichtet worden. Im Zusammenhang mit dem Restaurationsbetrieb werde im Internet stets der Beschwerdeführer und nicht seine Ehefrau erwähnt.

#### **E. 4.2.1**

Die Begriffe des dem Versicherungsobligatorium unterstellten Arbeitnehmenden und des Selbständigerwerbenden sind grundsätzlich im Sinne des AHVG zu verstehen. Das AHV-Beitragsstatut ist für die berufliche Vorsorge zwar nicht verbindlich (BGE 129 V 237 E. 3; Urteil des BGer 2A.461/2006 vom 2. März 2007 E. 4.2), allerdings dürfen die Einrichtungen der beruflichen Vorsorge nicht ohne Not davon abweichen (Urteil des BGer 9C\_109/2016 vom 29. Juni 2016 E. 2.2 m.H.).

#### **E. 4.2.2**

Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten. Die zivilrechtlichen Verhältnisse vermögen dabei allenfalls gewisse Anhaltspunkte für die AHV-rechtliche Qualifikation zu bieten, ohne jedoch ausschlaggebend zu sein. Als unselbständig erwerbstätig ist im Allgemeinen zu betrachten, wer von einem Arbeitgeber in betriebswirtschaftlicher bzw. arbeitsorganisatorischer Hinsicht abhängig ist und kein spezifisches Unternehmerrisiko trägt. Aus diesen Grundsätzen allein lassen sich indessen noch keine einheitlichen, schematisch anwendbaren Lösungen ableiten. Die Vielfalt der im wirtschaftlichen Leben anzutreffenden Sachverhalte zwingt dazu, die beitragsrechtliche Stellung eines Erwerbstätigen oder einer Erwerbstätigen jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen. Weil dabei vielfach Merkmale beider Erwerbsarten zutage treten, muss sich der Entscheid oft danach richten, welche dieser Merkmale im konkreten Fall überwiegen (BGE 146 V 139 E. 3.1; 123 V 161 E. 1 m.H.).

#### **E. 4.2.3**

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind Entgelte nach Art. 165 Abs. 1 ZGB für im Gewerbe des Ehegatten geleistete Arbeit sozialversicherungsrechtlich wie Barlohn zu behandeln (BGE 115 Ib 37 Regeste). Das Bundesgericht erwog, das Entgelt nach Art. 165 Abs. 1 ZGB ist nicht Lohn, sondern Ausgleich für die durch die Mitarbeit des Ehegatten entstandenen Vorteile (BGE 115 Ib 37 E. 5c). Der Ehegatte, der durch seine Mitarbeit dem anderen Ehegatten wirtschaftliche Vorteile verschafft, soll auch dann, wenn kein obligationenrechtlicher Vertrag abgeschlossen wird, entschädigt werden. Diese Entschädigung ist Produkt geleisteter Arbeit und damit wie Barlohn zu behandeln. Es kommt sozialversicherungsrechtlich daher nicht darauf an, ob die Ehegatten untereinander einen Arbeitsvertrag abgeschlossen haben, oder ob die geleisteten Zahlungen im Sinne von Art. 165 Abs. 1 ZGB als angemessener Ausgleich für im Gewerbe des Ehegatten geleistete Arbeit zu qualifizieren sind. Lediglich dann, wenn die Ehegatten ein gemeinsames Gewerbe

betreiben, sind sie AHV-rechtlich je als Selbständigerwerbende zu erfassen und entfällt die obligatorische Versicherungspflicht nach BVG (BGE 115 Ib 37 E. 5c).

### **E. 4.3**

Das Entgelt von je Fr. 48'851.-, welches die Ehefrau des Beschwerdeführers in den Jahren 2017 und 2018 bezog, überstieg den massgebenden Koordinationsabzug von Fr. 21'150.- (vgl. E. 3.1 hiervor), und ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit zu qualifizieren, es sei denn, es liegt ein gemeinsam betriebenes Gewerbe vor (vgl. E. 4.2.3 hiervor).

#### **E. 4.3.1**

Die Vorinstanz hielt zu Recht fest, dass der Beschwerdeführer und nicht seine Ehefrau C.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit dem Restaurant D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ nach aussen auftritt. So ist das Restaurant D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ im Verzeichnis der Gastwirtschaftsbetriebe und der Kleinhandelsbetriebe mit gebrannten Wassern im Kanton B.\_\_\_\_\_ (Stand per 8. Februar 2019; Amtsblatt des Kantons B.\_\_\_\_\_, Nr. [...]) unter dem Namen A.\_\_\_\_\_ aufgeführt ([https://www.\[...\].ch/public/upload/assets/\[...\].pdf](https://www.[...].ch/public/upload/assets/[...].pdf)). Ebenso ist im Telefonbuch das Restaurant D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ unter dem Namen A.\_\_\_\_\_ eingetragen ([https://tel.search.ch/\[...\]](https://tel.search.ch/[...])). A.\_\_\_\_\_ ist zudem auf diversen Websites als Inhaber des Restaurants aufgeführt ([https://www.dnb.com/\[...\].html](https://www.dnb.com/[...].html), [https://de.restaurantguru.com/\[...\]](https://de.restaurantguru.com/[...]), [https://webcache.googleusercontent.com/\[...\]](https://webcache.googleusercontent.com/[...])). Das Restaurant trägt zwar den Namen der Ehefrau «D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_» jedoch tritt der Beschwerdeführer als Inhaber des Restaurants gegen aussen auf, was gegen ein gemeinsam betriebenes Gewerbe spricht.

#### **E. 4.3.2**

Weiter spricht gegen das gemeinsame Bertreiben eines Gewerbes, dass aus den vom Beschwerdeführer eingereichten Kontoblättern hervorgeht (BVGer act. 1/2ff.), dass die Zahlungen an seine Ehefrau C.\_\_\_\_\_ über dasselbe Lohnkonto gebucht wurden, wie die Lohnzahlungen an die anderen Angestellten. Die Bezüge der Ehefrau des Beschwerdeführers wurden demnach buchhalterisch als Lohn behandelt, was damit korreliert, dass die Sozialversicherungen B.\_\_\_\_\_ der Vorinstanz mitteilte (BVGer act. 9/4), die Einkommen der Jahre 2017 und 2018 von C.\_\_\_\_\_ seien als Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit abgerechnet worden, und C.\_\_\_\_\_ sei nie als Selbständigerwerbende gemeldet worden.

#### **E. 4.3.3**

Aufgrund der gesamten Umstände ist überwiegend wahrscheinlich, dass die Ehegatten kein gemeinsames Gewerbe betreiben, womit die Entgelte an die Ehefrau des Beschwerdeführers wie Barlohn zu behandeln sind. Die Ehefrau des Beschwerdeführers wurde zu Recht als Arbeitnehmerin erfasst, womit eine obligatorische Versicherungspflicht nach BVG besteht, sofern keine Ausnahme nach Art. 1j BVV 2 gegeben ist (vgl. E. 4.4 hiernach).

### **E. 4.4**

Von der obligatorischen Versicherung ausgenommen sind gemäss Art. 1j BVV 2 unter anderem Arbeitnehmende die nebenberuflich tätig sind und bereits für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind oder im Hauptberuf eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben (Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2) und Ehegatten einer Betriebsleiterin

oder eines Betriebsleiters, die in einem landwirtschaftlichen Betrieb mitarbeiten (Art. 1j Abs. 1 lit. e BVV 2).

#### **E. 4.4.1**

Da es sich beim Restaurant D.\_\_\_\_\_ C.\_\_\_\_\_ um keinen Landwirtschaftsbetrieb handelt, fällt die Ausnahme von Art. 1j Abs. 1 Bst. e BVV 2 ausser Betracht.

#### **E. 4.4.2**

Ebenfalls nicht anwendbar ist der Ausnahmetatbestand von Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2, da aus den Akten nicht hervorgeht, und vom Beschwerdeführer denn auch nicht geltend gemacht wurde, dass die Ehefrau des Beschwerdeführers bereits für eine andere hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert wäre oder im Hauptberuf eine anderweitige selbständige Erwerbstätigkeit ausüben würde (vgl. Urteil des BVGer C-8804/2010 vom 15. Mai 2013 E. 4.2).

#### **E. 4.4.3**

Es liegt folglich keine Ausnahme nach Art. 1j BVV 2 vor. Die Vorinstanz ging damit zu Recht von einer obligatorischen Versicherungspflicht aus.

#### **E. 4.5**

Zusammenfassend ergibt sich, dass der Koordinationsabzug von Fr. 21'150.- in den Jahren 2017 und 2018 überschritten wurde und eine obligatorische Versicherungspflicht ab Januar 2017 besteht. Da sich der Beschwerdeführer trotz Aufforderung der Vorinstanz vom 8. November 2019 (BVGer act. 9/2) keiner Pensionskasse angeschlossen hat, verfügte die Vorinstanz zu Recht den zwangsweisen Anschluss rückwirkend ab 1. Januar 2017. Die reglementsconform auferlegten Kosten wurden vom Beschwerdeführer zu Recht nicht bestritten. Folglich ist die angefochtene Verfügung zu bestätigen und die dagegen erhobene Beschwerde abzuweisen.

#### **E. 5**

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

#### **E. 5.1**

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens sind die Verfahrenskosten, welche gestützt auf das Reglement vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen und vorliegend auf Fr. 800.- festzusetzen sind, dem Beschwerdeführer aufzuerlegen. Diese werden dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe entnommen.

#### **E. 5.2**

Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der Vorinstanz, welche die obligatorische Versicherung durchführt, ist keine Parteientschädigung zuzusprechen (BGE 126 V 49 E. 4). Der unterliegende Beschwerdeführer hat ebenfalls keinen solchen Anspruch (Art. 64 Abs. 1 VwVG e contrario i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Für das Urteildispositiv wird auf die nächste Seite verwiesen.

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