



## Urteil vom 9. August 2018

---

Besetzung

Richterin Salome Zimmermann (Vorsitz),  
Richter Daniel Riedo, Richter Michael Beusch,  
Gerichtsschreiberin Kathrin Abegglen Zogg.

---

Parteien

**X.** \_\_\_\_\_, ...,  
vertreten durch MLaw Christian Mitscherlich, Rechtsanwalt,  
Domenig & Partner Rechtsanwälte AG,  
Beschwerdeführer,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**  
Rechtsdienst, Elias-Canetti-Strasse 2,  
Postfach, 8050 Zürich,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Zwangsanschluss an die Stiftung Auffangeinrichtung.

**Sachverhalt:****A.**

Mit Verfügung vom 4. Januar 2018 ordnete die Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend: Vorinstanz) den rückwirkenden zwangsweisen Anschluss des X.\_\_\_\_\_ (nachfolgend: Arbeitgeber) per 1. April 2015 an (Ziff. I des Dispositivs). Begründet wurde der Zwangsanschluss damit, dass der Arbeitgeber gemäss Meldung der Ausgleichskasse seit dem 1. April 2015 der obligatorischen Vorsorge unterstellte Personen beschäftigt habe, wobei kein Ausnahmetatbestand ersichtlich sei. Der Arbeitgeber habe innert der gesetzten Frist keinen Nachweis erbracht, der einen Anschluss an die Auffangeinrichtung als nicht notwendig erscheinen lasse.

**B.**

Dagegen liess der Arbeitgeber (nachfolgend: Beschwerdeführer) am 7. Februar 2018 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht erheben mit dem Rechtsbegehren, es sei die Verfügung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 4. Januar 2018 (Anschluss-Nr. [...]) aufzuheben; unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

Zur Begründung bringt der Beschwerdeführer vor, die von ihm im Jahr 2015 bis 2016 beschäftigten zwei Platzwarte, die für den Unterhalt der Tennisplätze verantwortlich gewesen seien, hätten den für das BVG-Obligatorium massgebenden Mindest-Jahreslohn von Fr. 21'150.-- nicht erreicht. Entgegen der Auffassung der Vorinstanz hätten keine unterjährigen Anstellungsverhältnisse vorgelegen, die gegebenenfalls zu einer Aufrechnung des Lohnes auf das ganze Jahr führten. Die beiden Platzwarte seien jeweils für das ganze Jahr angestellt gewesen, hätten aber den Lohn im Sinne einer reinen Zahlungsmodalität jeweils nur während der Tennis-Saison, d.h. von April bis Oktober, ausbezahlt erhalten.

**C.**

In ihrer Vernehmlassung vom 15. März 2018 beantragt die Vorinstanz, Ziff. I des Dispositivs der angefochtenen Verfügung sei in teilweiser Gutheissung der Beschwerde durch folgenden Wortlaut zu ersetzen: „Es wird festgestellt, dass der Arbeitgeber seit dem 1. April 2015 der Stiftung Auffangeinrichtung BVG angeschlossen ist“; im Übrigen sei die Beschwerde kostenfällig abzuweisen.

Auf die detaillierten Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird – soweit sie entscheidungswesentlich sind – in den Erwägungen näher eingegangen.

## **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

### **1.**

**1.1** Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Eine solche liegt hier nicht vor und die Vorinstanz ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 VGG, zumal sie öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt (Art. 33 Bst. h VGG i.V.m. Art. 60 Abs. 2<sup>bis</sup> BVG [SR 831.40]). Das Bundesverwaltungsgericht ist zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde somit zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Der Beschwerdeführer 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 einzutreten.

**1.2** Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid in vollem Umfang überprüfen. Der Beschwerdeführer 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 Unangemessenheit rügen (Art. 49 Bst. c VwVG).

### **2.**

**2.1** 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 Arbeitgeber mehr als den gesetzlichen Jahresmindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 5 BVV 2 erzielen (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer A-3855/2016 vom 6. Oktober 2016 E. 2.1.2). Dieser Mindestlohn wurde bisher verschiedene Male der Entwicklung der AHV angepasst (vgl. Art. 9 BVG; statt vieler: Urteile des BVGer A-181/2016 vom 1. November 2016 E. 2.1.1 und C-6221/2014 vom 17. August 2015 E. 3.1). Im hier relevanten Zeitraum, der die Jahre 2015 und 2016 betrifft, lag die Schwelle bei Fr. 21'150.-- (AS 2014 3343).

**2.1.1** Ist eine arbeitnehmende Person weniger als ein Jahr lang bei einem Arbeitgebenden beschäftigt, so gilt derjenige Lohn, den sie bei ganzjähriger Beschäftigung erzielen würde, als Jahreslohn (Art. 2 Abs. 2 BVG).

**2.1.2** Für die Versicherungsunterstellung ist der massgebende Lohn nach dem AHVG (SR 831.10) heranzuziehen (Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BVG). Die Vorinstanz ist demnach grundsätzlich an die Lohnbescheinigungen der Ausgleichskasse gebunden und hat darauf abzustellen. Allfällige Korrekturen der Lohnbescheinigungen sind nicht im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, sondern direkt bei der zuständigen Ausgleichskasse und allenfalls auf dem für die Anfechtung von Entscheidungen dieser Behörde vorgesehenen Rechtsweg geltend zu machen (vgl. etwa Art. 58 Abs. 1 ATSG [SR 830.1]; zum Ganzen: Urteil des BVGer A-1232/2017 vom 31. Januar 2018 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen).

**2.1.3** Gemäss Art. 2 Abs. 4 BVG obliegt es dem Bundesrat, die Versicherungspflicht für Arbeitnehmende in Berufen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen zu regeln. Er bestimmt, welche Arbeitnehmenden aus besonderen Gründen nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind. Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit Art. 1j der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) nachgekommen (statt vieler: Urteil des BVGer A-7265/2016 vom 3. Mai 2017 E. 2.1.3 mit weiteren Hinweisen).

## **2.2**

**2.2.1** 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 Arbeitnehmervvertretung 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).

**2.2.2** 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 BVG rückwirkend zum Anschluss (Art. 11 Abs. 6 BVG).

## 2.3

**2.3.1** Die Auffangeinrichtung BVG ist eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 60 Abs. 1 BVG) und verpflichtet, Arbeitgeber, 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 6 BVG). Gemäss Art. 60 Abs. 2<sup>bis</sup> BVG kann die Auffangeinrichtung BVG 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 ein Arbeitgeber zwar einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat, für eine bestimmte Zeitspanne aber eine Lücke besteht (vgl. statt vieler: Urteile des BVGer A-6709/2017 vom 20. Juni 2018 E. 3.2.3, A-7265/2016 vom 3. Mai 2017 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

**2.3.2** Eine besondere Konstellation ist in Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG geregelt: Gemäss Art. 12 Abs. 1 BVG haben die Arbeitnehmenden 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 BVG ausgerichtet. Entsteht der gesetzliche Anspruch eines Arbeitnehmenden auf Versicherungs- oder Freizügigkeitsleistung zu einem Zeitpunkt, an dem sein Arbeitgeber noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, so wird der Arbeitgeber «von Gesetzes wegen für alle dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmenden der Auffangeinrichtung angeschlossen» (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 28. August 1985 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge [SR 831.434; nachfolgend: VOAA]; BGE 129 V 237 E. 5.1; Urteil des BVGer C-2225/2012 vom 19. November 2013 E. 3.2.2). 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 VOAA i.V.m. Art. 11 Abs. 3 BVG und Art. 10 Abs. 1 BVG; Urteile des BVGer A-1232/2017 vom 31. Januar 2018 E. 4.4, A-6813/2016 vom 30. August 2017 E. 3.6.3, A-3819/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.7.3).

**2.3.3** Während die blosses Säumnis des Arbeitgebers, sich an eine Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen, zu einem Zwangsanschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG führt, richtet sich der Anschluss, sobald vor dem Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung Leistungsansprüche entstanden sind, nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG. Das Eidgenössische Versicherungsgericht 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

handle, durch welche dem Arbeitgeber neue Pflichten auferlegt werden. Der Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst d BVG hingegen erfolge aufgrund des Gesetzes und die entsprechende Verfügung der Vorinstanz habe deshalb bloss feststellenden Charakter (Urteil des BVGer A-1232/2017 vom 31. Januar 2018 E. 4.5 mit weiteren Hinweisen).

### **3.**

Im vorliegenden Fall ist in sachverhaltsmässiger Hinsicht unbestritten, dass der Beschwerdeführer in den Jahren 2015 und 2016 Arbeitnehmende beschäftigt hat, er aber keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen war. Strittig und zu prüfen ist, ob für den Beschwerdeführer eine Anschlusspflicht an eine Vorsorgeeinrichtung bestand. Im Zentrum des vorliegenden Verfahrens steht dabei die Frage, ob der Beschwerdeführer im Jahr 2015 seine Angestellten weniger als ein Jahr lang beschäftigt hat und entsprechend die ausbezahlten Löhne im Sinne von Art. 2 Abs. 2 BVG (E. 2.1.1) auf einen Jahreslohn aufzurechnen sind.

**3.1** Den vorinstanzlichen Akten lässt sich Folgendes entnehmen: Aus der Lohnbescheinigung der Ausgleichskasse vom 29. Februar 2016 für das Jahr 2015 geht hervor, dass der Beschwerdeführer zwei Arbeitnehmende beschäftigt hat: Lohnempfängerin 1 hat demnach bei einer Beitragsdauer vom 1. April 2015 bis zum 30. November 2015 einen Lohn von Fr. (...) bezogen. Lohnempfänger 2 erhielt in derselben Beitragsperiode einen Lohn von Fr. (...). Gemäss Lohnbescheinigung 2016 vom 9. Februar 2017 hat der Beschwerdeführer für die Beitragsdauer jeweils vom 1. Januar 2016 bis zum 31. Dezember 2016 betreffend Lohnempfänger 3 einen Lohn von Fr. (...) und für Lohnempfänger 2 einen Lohn von Fr. (...) deklariert. Lohnempfängerin 1 ist in der Lohnbescheinigung 2016 nicht mehr aufgeführt.

**3.2** Während die Vorinstanz aus der in der Lohnbescheinigung 2015 ausgewiesenen Beitragsdauer vom 1. April bis zum 30. November den Schluss zog, die Arbeitnehmenden seien weniger als ein Jahr lang beim Beschwerdeführer beschäftigt gewesen, lässt der Beschwerdeführer vorbringen, es habe sich tatsächlich und gemäss mündlicher Vereinbarung, um ganzjährige Arbeitsverhältnisse gehandelt. Dass die Auszahlung des Lohnes lediglich in der von April bis Oktober dauernden Tennissaison erfolgt sei, stelle eine blosser Zahlungsmodalität dar.

**3.3** Der Beschwerdeführer verkennt mit seiner Argumentation, dass die Vorinstanz bei der Beurteilung einer Versicherungsunterstellung an die Lohnbescheinigungen der Ausgleichskasse, die er zudem eigenhändig

ausgefüllt hat, gebunden ist und darauf abzustellen hat (E. 2.1.2). Insofern kann der Beschwerdeführer allein aus einer allfälligen, abweichenden mündlichen arbeitsvertraglichen Regelung nichts zu seinen Gunsten ableiten. Sollte die Anstellungsdauer – wie der Beschwerdeführer vorbringt – ganzjährig bestanden haben, hätte er dies vorab bei der zuständigen Ausgleichskasse korrigieren müssen (E. 2.1.2 in fine), was er offenbar nicht getan hat. Zu Recht ist damit die Vorinstanz aufgrund der Angaben in der Lohnbescheinigung 2015 davon ausgegangen, dass das Arbeitsverhältnis mit den zwei Arbeitnehmenden weniger als ein Jahr gedauert hat. Folglich ist für die Frage der Anschlusspflicht von demjenigen Lohn auszugehen, den die Angestellten bei ganzjähriger Beschäftigung erzielt hätten (E. 2.1.1). Dies führt zu einem aufgerechneten Jahreslohn betreffend Lohnempfängerin 1 von Fr. (...) bzw. betreffend Lohnempfänger 2 von Fr. (...), womit der im Jahr 2015 massgebende Grenzwert für die BVG-Pflicht von Fr. 21'150.-- (E. 2.1) überschritten worden ist. Dass die Lohnschwelle im Jahr 2016 gemäss den verbindlichen Angaben in der Lohnbescheinigung 2016 von keinem Lohnempfänger mehr überschritten wurde, ist im Übrigen zu Recht nicht bestritten, ändert aber an einem früheren Zwangsanschluss nichts.

**3.4** Nach dem Gesagten hat der Beschwerdeführer ab dem 1. April 2015 zwei Personen beschäftigt, welche der BVG-Pflicht unterstanden. Weil zudem das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands gemäss Art. 1j BVV 2 (vgl. E. 2.1.5) weder geltend gemacht noch aus den Akten ersichtlich ist, wäre er verpflichtet gewesen, sich per 1. April 2015 einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen bzw. eine solche zu errichten (vgl. E. 2.1.1). Nachdem der Beschwerdeführer seiner Pflicht zum Anschluss nicht nachgekommen ist, waren vorliegend die Voraussetzungen für einen rückwirkenden Zwangsanschluss ab 1. April 2015 erfüllt. Zu prüfen bleibt, ob vorliegend eine Konstellation eines Zwangsanschlusses nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG gegeben ist (E. 2.3.1) oder ob bereits ein Zwangsanschluss ex lege im Sinne von Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG bestand (E. 2.3.2).

**3.5** Von einem Anschluss von Gesetzes wegen nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG ist auszugehen, wenn vor dem Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung bereits Leistungsansprüche entstanden sind (E. 2.3.2). Dies ist vorliegend der Fall: Gemäss der (verbindlichen) Lohnbescheinigung 2015 hat die Lohnempfängerin 1 bis November 2015 Lohn bezogen. In der Lohnbescheinigung 2016 ist sie nicht mehr aufgeführt. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sie das Unternehmen bereits wieder verlassen und damit

Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung erworben hat. Folglich ist der Beschwerdeführer von Gesetzes wegen rückwirkend per 1. April 2015 der Vorinstanz angeschlossen. Wie die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung zu Recht einräumt, hätte sie daher über den rückwirkenden Anschluss in feststellender statt in gestaltender Form verfügen müssen (E. 2.3.3).

**3.6** Nachdem sich auch die vorinstanzlichen Kosten von Fr. 450.-- für die Verfügung und von Fr. 375.-- für den Zwangsanschluss als rechtmässig erweisen (statt vieler: Urteil des BVGer A-4594/2017 vom 13. März 2018 E. 2.4.1 f.), ist nach dem Gesagten die Beschwerde lediglich in dem Sinn gutzuheissen, als der Wortlaut von Dispositiv-Ziff. I der angefochtenen Verfügung in eine Feststellung umzuformulieren ist. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

#### **4.**

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten vor dem Bundesverwaltungsgericht zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG), dringt er doch im Resultat mit seinem Antrag nicht durch (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer A-2714/2017 vom 23. Mai 2018 E. 7). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 800.-- festzusetzen (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden. Dem unterliegenden Beschwerdeführer ist keine Parteient-schädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

### **Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

#### **1.**

Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als an die Stelle des Wortlautes von Dispositiv-Ziff. I der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz vom 4. Januar 2018 folgender Passus gesetzt wird:

«Es wird festgestellt, dass der Arbeitgeber seit dem 1. April 2015 bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG angeschlossen ist.»

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss in derselben Höhe wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

**3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

**4.**

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. [...]; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)
- die Obergerichtskommission BVG (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:

Die Gerichtsschreiberin:

Salome Zimmermann

Kathrin Abegglen Zogg

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: