



Abteilung III

C-1110/2007

{T 0/2}

Urteil vom 4. September 2007

Besetzung: Richter Alberto Meuli (Abteilungspräsident),
Richterin Franziska Schneider,
Richter Francesco Parrino,
Gerichtsschreiber Jean-Marc Wichser.

X._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz, Binzstrasse
15, Postfach 2855, 8022 Zürich,
Vorinstanz,

betreffend
Zwangsanschluss.

Sachverhalt:

A.

A.a Mit Schreiben vom 11. Juli 2006 teilte die Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft als zuständige kantonale AHV-Ausgleichskasse der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend Auffangeinrichtung oder Vorinstanz) mit, dass ihre Anschlusskontrolle ergeben habe, dass die X._____ (nachfolgend die Arbeitgeberin oder Beschwerdeführerin) die Anfrage betreffend Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung für das Jahr 2005 nicht korrekt beantwortet habe (act. 3/1).

A.b In der Folge wandte sich die Auffangeinrichtung mit Schreiben vom 20. Oktober 2006 an die Arbeitgeberin und machte sie darauf aufmerksam, dass sie gemäss der Meldung der zuständigen Ausgleichskasse seit dem 1. Januar 2005 obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt habe und trotz der Aufforderung der Ausgleichskasse den Nachweis des Anschlusses an eine nach BVG registrierte Vorsorgeeinrichtung nicht erbracht habe. Deshalb sei die Auffangeinrichtung verpflichtet, die Arbeitgeberin zwangsweise anzuschliessen, wenn deren Arbeitnehmer keiner registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen seien, was mit Verfügungskosten von Fr. 450.-- und Gebühren von Fr. 375.-- verbunden sei. Dabei gab die Auffangeinrichtung der Arbeitgeberin Gelegenheit, sich bis zum 24. November 2006 zum vorgesehenen Anschluss zu äussern und wies sie gleichzeitig darauf hin, dass sich der Zwangsanschluss erübrige, falls der schriftliche Nachweis eines Anschlusses an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung erbracht werde (act. 3/3).

Mit Schreiben vom 20. November 2006 erklärte der Geschäftsführer der Arbeitgeberin, Y._____, der Auffangeinrichtung, dass ein Anschluss für die Arbeitnehmerin Z._____ nicht mehr möglich sei und auf Grund der Einkommensentwicklung auch keinen Sinn mache. Diese Arbeitnehmerin sei vorzeitig pensioniert worden und beziehe seit dem 1. Dezember 2004 eine BVG-Altersrente. Sie werde für die Arbeitgeberin lediglich auf Projektbasis und unregelmässig eingesetzt und werde dafür mit einem Stundenansatz honoriert. Als Rentenbezügerin einer Pensionskasse könne sie nicht erneut aufgenommen werden. Die Arbeitgeberin werde im Übrigen von den beiden Geschäftsführern und Mitinhabern (Y._____ und Frau Z._____) im Nebenerwerb betrieben (act. 3/4).

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2006 an die Arbeitgeberin führte die Auffangeinrichtung aus, dass die Arbeitnehmerin trotz ihrer Frühpensionierung eine neue Beschäftigung aufgenommen habe, so dass sie der beruflichen Vorsorge unterstehe und davon nicht befreit werden könne (act. 3/5).

B. Mit Verfügung vom 30. Januar 2007 ordnete die Auffangeinrichtung den rückwirkenden Anschluss der Arbeitgeberin per 1. Januar 2005 an, unter Auferlegung der angedrohten Kosten in der Höhe von Fr. 450.-- sowie der Gebühren von Fr. 375.--. Als Begründung führte sie im Wesentlichen aus, aus der AHV-Jahresabrechnung des Jahres 2005 der zuständigen Aus-

gleichskasse ergebe sich, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. Januar 2005 dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmern Löhne ausgerichtet habe und dass ein Ausnahmetatbestand nicht ersichtlich sei. Die Arbeitgeberin habe sich innert der von der Auffangeinrichtung angesetzten Frist zwar vernehmen lassen, aber keinen Versicherungsnachweis erbracht (act. 3/6).

- C. Gegen die Anschlussverfügung der Auffangeinrichtung vom 30. Januar 2007 erhob die Arbeitgeberin bei der Eidgenössischen Beschwerdekommision der beruflichen Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge (nachfolgend die Eidg. Beschwerdekommision BVG) Beschwerde und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung sowie die Bestätigung der selbständigen Berufstätigkeit der beiden Geschäftspartner Y._____ und Z._____, alles unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge. Die Beschwerdeführerin machte im Wesentlichen geltend, die per 31. Dezember 2005 (recte: 2004) vorzeitig pensionierte Z._____ führe für die Arbeitgeberin im Nebenerwerb vereinzelt Kommunikationsprojekte durch. Die Arbeitsorte der beiden Geschäftspartner, welche die Gründungseinlage je hälftig übernommen hätten und mit Einzelunterschrift zeichnen würden, seien an unterschiedlichen Orten. Sie arbeiteten selbständig und übernahmen separat die Bürokosten; dazu sei die Abrechnung der einzelnen Projekte Aufgabe jedes einzelnen Geschäftspartners. Nur die Jahresrechnung werde gemeinsam erarbeitet. Zwischen den beiden unabhängigen Geschäftspartnern bestehe kein Arbeitsverhältnis. Mit dem selbständigen Charakter der Tätigkeit von Z._____ entfalle eine BVG-Unterstellung (act. 1).
- D. Mit Vernehmlassung vom 27. Februar 2007 beantragte die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beschwerdeführerin. Nach Wiederholung des Sachverhalts führte sie im Wesentlichen an, dass der zuständigen Ausgleichskasse trotz der frühzeitigen Pensionierung der Arbeitnehmerin für das Jahr 2005 ein Lohn deklariert worden sei, der dem BVG unterstanden habe, was mangels anderweitigem BVG-Anschluss den verfügten Zwangsanschluss zur Folge haben musste (act. 3).
- E. Die Beschwerdeführerin liess sich nicht mehr vernehmen, obwohl ihr der zuständige Instruktionsrichter des Bundesverwaltungsgerichts - welches das bei der im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung bereits aufgehobenen Eidg. Beschwerdekommision BVG anhängig gemachte Verfahren übernommen hatte - mit Schreiben vom 8. März 2007 dazu Gelegenheit geboten hatte (act. 4).
- F. Den mit Zwischenverfügung vom 22. Mai 2007 vom Instruktionsrichter geforderten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 900.-- hat die Beschwerdeführerin fristgemäss überwiesen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
 - 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 Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Auffangeinrichtung, zumal diese im Bereiche der beruflichen Vorsorge öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt und somit zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört (Art. 33 lit. h VGG). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist in casu nicht gegeben (Art. 32 VGG).
 - 1.2 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).
2. Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Auffangeinrichtung vom 30. Januar 2007, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG darstellt. Die Beschwerdeführerin hat frist- und formgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) Beschwerde erhoben. Durch die Verfügung ist sie besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG). Nachdem auch der eingeforderte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf das ergriffene Rechtsmittel einzutreten.
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 die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG).
4.
 - 4.1 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 Abs. 2 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVV 2; SR 831.441.1) erzielt und bei der AHV versichert ist (Art. 5 Abs. 1 BVG). Mit Inkrafttreten des BVG am 1. Januar 1985 betrug dieser (Jahres-)Mindestlohn Fr. 16'560.--. Seitdem ist er verschiedene Male angehoben worden. Am 1. Januar 2003 erhöhte er sich auf Fr. 25'320.--. Per 1. Januar 2005 wurde er im Zuge der 1. BVG-Revision auf Fr. 19'350.-- festgelegt. Art. 11 Abs. 1 BVG bestimmt, dass sich der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versicherndes Personal beschäftigt, eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung zu errichten oder sich einer solchen anzuschliessen hat. Die Ausgleichskassen der AHV überprüfen, ob die von ihnen erfassten Arbeitgeber einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind (Art. 11 Abs. 4 BVG).

Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung der Ausgleichskasse nicht nach, sich bei entsprechender Pflicht einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen, meldet diese ihn an die Auffangeinrichtung, welche gemäss Art. 60 Abs. 2 BVG verpflichtet ist, Arbeitgeber, die ihrer Pflicht nicht nachkommen, zwangsweise anzuschliessen - und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt, in dem er obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt hat (Art. 11 Abs. 3 und 6 BVG). Art. 1j Abs. 1 BVV 2 umschreibt den Kreis der Arbeitnehmer, welche von der obligatorischen Versicherung ausgenommen sind. Darunter fallen Arbeitnehmer, die nebenberuflich tätig sind und bereits für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind oder im Hauptberuf eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben (lit. c dieser Bestimmung).

- 4.2 Im vorliegenden Fall ist die Beschwerdeführerin in erster Linie der Ansicht, dass die Geschäftspartnerin Z._____ nicht als Arbeitnehmerin, sondern als Selbständigerwerbende zu betrachten sei und deshalb von der obligatorischen Versicherung ausgenommen werden müsste.
- 4.2.1 Unbestritten ist, dass Z._____ und Y._____ zusammen die Beschwerdeführerin, nämlich eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) im Sinne von Art. 772 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR, SR 220) gegründet haben. Dabei handelt es sich um eine juristische Person, welche u.a. als Arbeitgeberin ein Arbeitsverhältnis begründen oder wie vorliegend in eigenem Namen Beschwerde erheben kann. Der Jahresabrechnung 2005 der zuständigen AHV-Ausgleichskasse des Kantons Basel-Landschaft ist denn auch zu entnehmen, dass Z._____ auf dem Abrechnungsformular der Beschwerdeführerin als Arbeitnehmerin aufgeführt ist und als solche eine BVG-pflichtige, als Lohn bezeichnete Leistung bezogen hat. Diese bezog sie unstreitig im Rahmen ihrer Tätigkeit für die Beschwerdeführerin.
- 4.2.2 Die Beschwerdeführerin wendet sich jedoch gegen die Qualifizierung der Leistung von Z._____ als Lohn sowie gegen das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses. Sinngemäss möchte sie diese Leistung als Honorar im Rahmen eines Auftrages qualifizieren, den Z._____ als Selbständigerwerbende für sie erfüllt habe. Indizien dafür seien der eigene Arbeitsort von Z._____, deren Übernahme der Bürokosten, der Kosten des Geschäftsautos sowie des Geschäftsrisikos jedes selbständig erledigten Auftrages. Damit ist die Frage näher zu prüfen, ob diese Mitgründerin und Inhaberin der Beschwerdeführerin als Arbeitnehmerin oder als Selbständigerwerbende im Sinne des BVG zu betrachten ist.
- 4.2.3 Im Geltungsbereich des BVG sind die Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Selbständigerwerbende“ im Sinne der AHV-Gesetzgebung und nicht des Arbeitsvertragsrechts zu verstehen (HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Berufliche Vorsorge, 2. Auflage Bern 2006, § 2 N. 2; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, Rz. 486; VPB 51/1987 Nr. 16 S. 101f., BGE 115 1b E. 4d). Die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich nach konstanter Praxis des EVG nicht auf Grund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnis-

ses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten (SVR 2002 BVG Nr. 2, Urteil der Eidg. Beschwerdekommission BVG BKBVG 926/02 vom 19. November 2002). So wird in der Regel auf die Unabhängigkeit in betriebswirtschaftlicher und arbeitsorganisatorischer Hinsicht sowie auf die Übernahme des spezifischen Unternehmerrisikos abgestellt, um eine selbständige Tätigkeit anzunehmen. Diese Merkmale treffen ohne Weiteres auf die Inhaber von Einzelfirmen sowie Teilhaber von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit zu.

- 4.2.4 Würde man aber diese Kriterien unbesehen auf die Einpersonengesellschaften oder ähnlich organisierte Firmen anwenden, so könnten diese nicht dem BVG unterstellt werden, da der einzige Arbeitnehmer, welcher massgeblich an einer solchen juristischen Person beteiligt ist, in gewisser Hinsicht „selbständig“ ist.

Nach schweizerischem Recht ist die Einpersonengesellschaft ein zulässiges - und im Übrigen auch recht weit verbreitetes - Gebilde (vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. Bern 1998, S. 333 Rz 25 ff. und speziell für die GmbH S. 449 Rz 13). Weiter basiert das Körperschaftsrecht auf dem Grundsatz der vollständigen rechtlichen und tatsächlichen Trennung der juristischen Person von ihren Mitgliedern in persönlicher und vermögensrechtlicher Hinsicht, so dass auch eine weitgehende Identität der wirtschaftlichen Interessen von Gesellschaft und Gesellschafter - die bei Einpersonengesellschaften besonders auffällig zutage tritt - grundsätzlich unbeachtlich ist (BGE 117 IV 263 E. 3a). Die hinter der rechtlichen Form liegende wirtschaftliche Realität kann nur ausnahmsweise berücksichtigt werden; nämlich dann, wenn die juristische Person von ihren Mitgliedern in rechtsmissbräuchlicher Weise zur Erreichung unlauterer Zwecke verwendet wird, so dass die Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der juristischen Person gegen Treu und Glauben verstösst (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., S. 44 f. Rz 34). Das BVG und seine Ausführungsbestimmungen kennen indessen - wie auch die meisten klassischen Sozialversicherungsgesetze - keine Leistungsvorbehalte für Versicherte, welche an ihrer Arbeitsstelle eine arbeitgeberähnliche Funktion bekleiden. Von daher lässt sich mithin nicht verhindern, dass auch ein Alleingesellschafter als Arbeitnehmer Betroffener eines Zwangsanschlusses durch die Auffangeinrichtung im Sinn von Art. 60 Abs. 2 lit. a BVG wird (vgl. Urteil der Eidg. Beschwerdekommission BVG vom 8. Oktober 2004 [BKBVG 1128/04] Erw. 3 mit Hinweisen).

- 4.2.5 Vorliegend hat die Beschwerdeführerin der Geschäftsinhaberin und -partnerin Z._____ eine Entschädigung für ihre Arbeit ausbezahlt, die der AHV-Ausgleichskasse ausdrücklich als Lohn deklariert wurde. Ausserdem ist die Beschwerdeführerin eine Zweipersonengesellschaft, also eine von zwei Inhabern dominierte Gesellschaft, für welche dieselben Überlegungen gelten müssen wie für die Einpersonengesellschaft. Demnach erweist sich das Argument der Beschwerdeführerin, Z._____ sei keine Arbeitnehmerin im Sinne des BVG, sondern sei vielmehr als Selbständigerwerbende zu qualifizieren, als unbegründet.

4.3

- 4.3.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, bei der Durchführung der Kommunikationsprojekte habe es sich um eine nebenberufliche Tätigkeit gehandelt.
- 4.3.2 Wenn dies zutreffen würde, wäre es aus Sicht des BVG nur dann relevant, wenn gleichzeitig auch eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit ausgeübt und für diese eine obligatorische Versicherung bestehen würde (Art. 1j Abs. 1 c BVV 2). Dies ist nachweislich nicht der Fall und braucht deshalb nicht weiter geprüft zu werden.

4.4

- 4.4.1 Schliesslich bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die Arbeitnehmerin vorzeitig pensioniert wurde und bereits eine BVG-Altersrente erhält. Sinn-gemäss bezweifelt sie die Möglichkeit eines „zusätzlichen“ BVG-Anschlus-ses.
- 4.4.2 In gewissen Konstellationen kann durchaus eine mehrfache Versiche-rungspflicht bestehen (vgl. BGE 129 V 132 E. 3.4 im Falle von zwei oder mehr parallel ausgeübten, gleichwertigen Tätigkeiten). Im vorliegenden Fall besteht eine BVG-Unterstellungspflicht trotz resp. unabhängig der Auszahlung einer von der früheren Erwerbstätigkeit her abgeleiteten BVG-Rente. Es ist etwa auch zu bedenken, dass die Arbeitnehmerin von der an-deren Vorsorgeeinrichtung – ausser der Altersrente – wohl keine Leistun-gen erhalten hätte, wenn ihr während der Ausübung der Tätigkeit für die Beschwerdeführerin im Jahre 2005 etwas zugestossen und sie invalid ge-worden wäre (Urteil BKBVG 1176/04 vom 23. März 2005, E. 2b).
- 4.5 Insgesamt erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist deshalb vollumfänglich abzuweisen.
5. Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädi-gungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu be-stimmen. Sie werden auf Fr. 900.-- festgelegt. Es erfolgt eine Verrechnung mit dem bereits einbezahlten Kostenvorschuss.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde gegen die Verfügung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 30. Januar 2007 wird abgewiesen.
2. Die Verfahrenskosten von Fr. 900.-- werden der Beschwerdeführerin auf-erlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrech-net.

3. Dieses Urteil wird eröffnet:

- dem Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- der Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- dem Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Alberto Meuli

Jean-Marc Wichser

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (vgl. Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). 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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand am: