



Abteilung III
C-3633/2008
{T 0/2}

Urteil vom 8. Dezember 2008

Besetzung

Richter Alberto Meuli (Vorsitz),
Richter Johannes Frölicher, Richter Francesco Parrino,
Gerichtsschreiber Jean-Marc Wichser.

Parteien

X. _____,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Zwangsanschluss; rechtliches Gehör.

Sachverhalt:**A.**

A.a X._____, der in Y._____ ein Ingenieurbüro betreibt (nachfolgend der Arbeitgeber oder der Beschwerdeführer), reichte am 11. Oktober 2007 (Eingangsstempel) bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend die Auffangeinrichtung oder die Vorinstanz) ausgefüllte Anmeldeunterlagen für einen freiwilligen Anschluss per 1. Januar 2006 ein (vgl. act. 3 der Vorinstanz [VI] im Verfahren C-2790/2008).

A.b Mit Schreiben vom 11. Oktober 2007 teilte die Auffangeinrichtung dem Arbeitgeber mit, dass wegen des Austritts der Arbeitnehmerin A._____ per 30. Juni 2006 (recte: 31. Juli 2006) ein Leistungsfall in Form einer Freizügigkeitsleistung eingetreten sei und dass damit ein freiwilliger Anschluss nicht mehr möglich sei. Sie sei daher gehalten, den Arbeitgeber unter Kostenfolge zwangsweise anzuschliessen (vgl. act. 4 VI im Verfahren C-2790/2008).

B.

Mit Verfügung mit 2. April 2008 schloss die Auffangeinrichtung den Arbeitgeber denn auch rückwirkend per 1. Januar 2006 zwangsweise an, unter Auferlegung von Verfügungskosten in der Höhe von Fr. 450.-- sowie der Gebühren für die Durchführung des Zwangsanschlusses von Fr. 375.--. Als Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, aus den am 11. März 2007 vom Arbeitgeber eingereichten Anmeldeunterlagen habe sich ergeben, dass dieser seit dem 1. Januar 2006 dem BVG-Ob- ligatorium unterstellten Arbeitnehmern Löhne ausgerichtet habe und dass ein Ausnahmetatbestand nicht ersichtlich sei. Weiter könne der AHV-Jahresabrechnung des Arbeitgebers des Jahres 2006 entnommen werden, dass mit dem Dienstaustritt der Arbeitnehmerin A._____ per 31. Juli 2006 die Voraussetzungen für den Anschluss nach Art. 12 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) an die Auffangeinrichtung erfüllt seien (act. 1 VI im Verfahren C-2790/2008).

C.

Gegen die Anschlussverfügung der Auffangeinrichtung vom 2. April 2008 erhob der Arbeitgeber beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung

und die Einräumung der Möglichkeit, den geschuldeten Pensionskassenbetrag auf freiwilliger Basis einzuzahlen. Dabei machte er im Wesentlichen geltend, dass er in seinem Ingenieurbüro keine Angestellten beschäftige, aber zweitweise Lehrlinge und Lehrtöchter ausbilde. Seine frühere Lehrtochter A. _____ habe er während ihrer mehrmonatigen Arbeitslosigkeit angestellt, die etwas länger dauerte als angenommen. Die AHV-Ausgleichskasse habe aufgrund seiner AHV-Abrechnung für das Jahr 2006 festgestellt, dass der BVG-Mindestlohn überschritten worden sei, worauf er auf Empfehlung seines Treuhandbüros sich freiwillig bei der Auffangeinrichtung anmeldete. Diese habe ihm jedoch mitgeteilt, dass nur noch ein zwangsweiser Anschluss möglich sei, ohne ihm kostengünstigere Varianten zu zeigen. Im Vergleich zu den BVG-Leistungen, welche er für diese Arbeitnehmerin zahlen müsse, erachte er die verfügbaren Kosten als völlig unverhältnismässig (act. 1 des Verfahrens C-2790/2008).

D.

Mit Vernehmlassung vom 29. Mai 2008 beantragte die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beschwerdeführers. Dabei wiederholte sie im Wesentlichen die Begründung der angefochtenen Verfügung vom 2. April 2008. Sie legte nochmals dar, dass eine freiwillige Anmeldung nach dem Austritt der Arbeitnehmerin per 31. Juli 2006 nicht mehr möglich sei.

Zudem wies sie darauf hin, dass die AHV-Lohnbescheinigungen der zuständigen Ausgleichskasse der Jahre 1992 sowie 1994 bis 1999 sogar eine Anschlusspflicht per 1. August 1992 ausweise, so dass die Vorinstanz mit *Wiedererwägungsverfügung* vom 16. Mai 2008 den Zwangsanschluss neu per 1. August 1992 festgelegt habe (vgl. act. 1 des vorliegenden Verfahrens).

E.

Der Arbeitgeber erhob auch gegen die *Wiedererwägungsverfügung* vom 16. Mai 2008 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und beantragte, die angefochtene Verfügung sei aufzuheben. Dabei machte er im Wesentlichen geltend, dass ein rückwirkender Anschluss per 1992 nicht erforderlich sei. Die BVG-Beiträge habe er früher bei der Winterthur Versicherung eingezahlt. Dabei legte er eine Abrechnung dieser Versicherung für das Jahr 2000 ins Recht. Diese werde auf ent-

sprechende Aufforderung des Gerichts sicher eine Versicherungsbestätigung ausstellen (act. 1).

F.

Mit Vernehmlassung vom 4. Juli 2008 beantragte die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung auch dieser Beschwerde. Dabei berief sie sich wiederum auf die Lohnbescheinigungen der Ausgleichskasse des Kantons Z. _____ der Jahre 1992 und 1994 bis 1999. Sie legte zudem eine Meldung vom 1. November 2002 der Winterthur-Columna, Stiftung für die berufliche Vorsorge, ins Recht, wonach der Anschlussvertrag mit dem Beschwerdeführer vom 1. Januar 2000 bis zum 31. August 2000 abgeschlossen worden sei, also die vorherige Zeit und mithin die Grundlage des Zwangsanschlusses ab dem 1. August 1992 nicht tangiere (act. 4).

G.

Vom Instruktionsrichter aufgefordert, aus prozessökonomischen Gründen gegebenenfalls eine einzige Replik zu den beiden Vernehmlassungen der Vorinstanz vom 29. Mai und 4. Juli 2008 einzureichen, nahm der Beschwerdeführer mit Eingabe vom 18. September 2008 zu diesen Stellung und hielt dabei an seinen Anträgen und seiner jeweiligen Begründung fest. Zudem rügte er insbesondere den Zwangscharakter und die Kostenfolge des Anschlusses bei der Vorinstanz. Beides sei bei privaten Versicherungen nicht der Fall. Zweimal sei er von der AHV-Ausgleichskasse auf die Anschlusspflicht aufmerksam gemacht worden. Das erste Mal, anfangs 2000, habe er sich (kostenlos und freiwillig) bei der Winterthur-Versicherung angeschlossen, das zweite Mal, anfangs 2007, wollte er dasselbe bei der Vorinstanz tun, was aber aus ihm unverständlichen Gründen nicht klappte. Das rechtliche Gehör sei ihm nicht gewährt und die Anschlussverfügungen seien nicht begründet worden. Die Prüfung früherer Sozialleistungen und deren allfälliger Nachzahlung könne mit der AHV-Ausgleichskasse und mit der Winterthur-Versicherung ausserhalb gerichtlicher Verfahren erfolgen (act. 5 und 6).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

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 öffentlichrechtliche 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).

2.

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Auffangeinrichtung vom 16. Mai 2008, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG darstellt (vgl. auch Art. 60 Abs. 2^{bis} Satz 1 BVG). Der Beschwerdeführer hat frist- und formgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) Beschwerde erhoben. Er hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung, so dass er zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Damit kann auf das ergriffene Rechtsmittel eingetreten werden.

3.

3.1 Mit der angefochtenen Verfügung vom 16. Mai 2008 hat die Vorinstanz ihre ebenfalls angefochtene Anschlussverfügung vom 2. April 2008 in dem Sinne in Wiedererwägung gezogen, dass der verfügte Zwangsanschluss vom 1. Januar 2006 auf den 1. August 1992 vorverschoben wurde.

3.2 Gemäss Art. 58 Abs. 1 VwVG kann die Vorinstanz bis zu ihrer Vernehmlassung in einem Beschwerdeverfahren, beim welchem die Behandlung des Streitgegenstandes stets auf die Beschwerdeinstanz übergeht (Devolutiveffekt, vgl. Art. 54 VwVG), die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung ziehen. Die Beschwerdeinstanz setzt die Behandlung der Beschwerde fort, soweit diese durch die neue Verfügung der Vorinstanz nicht gegenstandslos geworden ist (Art. 58 Abs. 3 VwVG).

4.

4.1 Mit der Wiedererwägungsverfügung hat die Vorinstanz vorliegend den Zwangsanschluss um 14 Jahre vorverschoben. Durch diese Verfügung ist der Beschwerdeführer damit schlechter gestellt worden, als er es bei der ersten Anschlussverfügung war, denn er müsste für den so

erweiterten Zeitraum wohl auch erheblich mehr Beiträge leisten. Zu prüfen ist, ob dieses Vorgehen der Vorinstanz rechtmässig ist.

4.2 Die der Vorinstanz durch Art. 58 VwVG eingeräumte Möglichkeit, die angefochtene Verfügung trotz des hängigen Beschwerdeverfahrens in Wiedererwägung zu ziehen, bezweckt eine beschleunigte Behandlung der Beschwerde, indem eine Streitfrage aufgrund der Beschwerdevorbringen und der der Beschwerde beigefügten Beweismittel frühzeitig ganz oder zumindest teilweise gelöst wird. Dies ist nur möglich, wenn die Vorinstanz wiederwägungsweise die Beschwerdebegehren erfüllt oder ihnen zumindest entgegenkommt, das heisst bei einer belastenden Verfügung die Belastung mindert oder aufhebt und bei einer begünstigenden Verfügung mehr gewährt wird als in der angefochtenen. Folglich ist es der Vorinstanz in der Regel verwehrt, abgesehen von einschränkenden Ausnahmen wie die eines Widerrufs oder bei Vorhandensein von Revisionsgründen (vgl. André Moser, Michael Beusch, Lorenz Kneubühler, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, Basel 2008, N. 3.45, S. 127), gestützt auf Art. 58 VwVG, also im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens eine Wiedererwägungsverfügung zu erlassen, die den Beschwerdeführer gegenüber der angefochtenen Verfügung schlechter stellt. In diesem Sinne kann Art. 62 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 1 VwVG auch als Kompetenzzuweisungsnorm betrachtet werden, welche die Befugnis einer reformatio in peius im Rahmen des Beschwerdeverfahrens allein der Beschwerdeinstanz vorbehalten (Devolutiveffekt).

5.

5.1 Selbst wenn die Vorinstanz berechtigt gewesen wäre, ihre ursprüngliche Anschlussverfügung vom 2. April 2008 zum Nachteil des Beschwerdeführers in Wiedererwägung zu ziehen, bliebe die Wiedererwägungsverfügung vom 16. Mai 2008 mangelhaft.

5.2 Gemäss Art. 62 Abs. 2 VwVG kann nämlich die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung auch zuungunsten einer Partei ändern, soweit diese Bundesrecht verletzt oder auf einer unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des Sachverhaltes beruht. Nach dessen Abs. 3 hat jedoch die Beschwerdeinstanz ihre Absicht, die angefochtene Verfügung zum Nachteil der Partei zu ändern, dieser zur Kenntnis zu bringen und ihr Gelegenheit zur Gegenäusserung einzuräumen. Dabei handelt es sich um eine Schutzbestimmung, mit welcher das Risiko der Beschwerdeführung beschränkt werden soll, und

die direkt aus der verfassungsrechtlichen Garantie des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV, SR 101) fliesst. Zudem eröffnet er dem von einer Verschlechterung bedrohten Beschwerdeführer die Möglichkeit, sein Rechtsmittel zurückziehen und damit den in Aussicht stehenden ungünstigen Entscheid abzuwenden (BGE 129 II 395 E. 4.4.3, BGE 122 V 166 E. 2a; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O. N. 3.201).

Diese Schutzbestimmung kann auch über die Anwendung von Art. 58 VwVG nicht ausgehöhlt werden.

5.3 Im vorliegenden Fall hätte also die Vorinstanz – sofern wie gesagt die *reformatio in peius* überhaupt zulässig gewesen wäre - den Beschwerdeführer vor Erlass der zweiten Verfügung anhören und die Möglichkeit einräumen sollen, seine Beschwerde zurückzuziehen, was sie eben nicht getan hat. Damit hat sie das rechtliche Gehör verletzt, welche Verletzung von der Beschwerdeinstanz im vorliegenden Fall nicht geheilt werden kann.

5.4 Aus dem Vorgenannten ergibt sich, dass die Vorinstanz nicht berechtigt war, die angefochtene Anschlussverfügung vom 2. April 2008 im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zuungunsten des Beschwerdeführers in Wiedererwägung zu ziehen. Soweit sie dazu berechtigt gewesen wäre, hätte sie das rechtliche Gehör verletzt.

Damit ist vorerst einmal im vorliegenden Verfahren die Beschwerde gegen die Wiedererwägungsverfügung vom 16. Mai 2008 gutzuheissen und die letztgenannte aufzuheben.

6.

6.1 Demgegenüber ist es der Vorinstanz nicht verwehrt, im Beschwerdeverfahren lediglich, aber immerhin einen Antrag zu stellen, dass die Beschwerdeinstanz die angefochtene Verfügung zuungunsten einer Partei abändert (vgl. BVGE 2007/29 E. 4.3 mit Hinweis; Moser/Beusch/Kneubühler, a.a.O. N. 3.45, S. 127; André Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel, 1984, S. 886).

6.2 Das Gericht wird somit nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils prüfen, ob der Inhalt der hiermit aufgehobenen Wiedererwägungsverfügung als Antrag im Rahmen des Beschwerdeverfahrens C-2790/2008 aufgenommen werden soll und gegebenenfalls dem Beschwer-

deführer Gelegenheit geben, seine Beschwerde gegen die Verfügung vom 2. April 2008 zurückzuziehen. Die ursprünglich ins Auge gefasste Vereinigung der beiden Verfahren wird damit angesichts der vorliegenden Verfahrenskonstellation nicht vollzogen.

7.

7.1 Gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG werden einer unterliegenden Vorinstanz – wie vorliegend - keine Verfahrenskosten auferlegt.

7.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglementes vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) haben obliegende Parteien Anspruch auf eine Parteientschädigung für die ihnen erwachsenen notwendigen Kosten. Vorliegend wird dem anwaltlich nicht vertretene Beschwerdeführer keine Parteientschädigung zugesprochen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben und es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

3.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Alberto Meuli

Jean-Marc Wichser

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 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: