



Abteilung III
C-4437/2012

Urteil vom 23. Mai 2014

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz, Richter Vito Valenti,
Gerichtsschreiber Urs Walker.

Parteien

A._____.ch, Herr **B.**_____, **X.**_____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Rechtsdienst,
Weststrasse 50, Postfach, 8036 Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zwangsanschluss; Verfügung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 12. Juli 2012.

Sachverhalt:**A.**

Mit Verfügung vom 12. Juli 2012 schloss die Stiftung Auffangeinrichtung BVG (Vorinstanz, Auffangeinrichtung) die Firma A._____.ch (Beschwerdeführerin) als Arbeitgeberin rückwirkend auf den 1. Dezember 2011 zwangsweise an (act. 1 Beilage 1). Als Begründung führte sie aus, eine Meldung der Sammelstiftung BVG H._____ habe ergeben, der vorangehende Vertrag der Beschwerdeführerin mit dieser Vorsorgeeinrichtung sei mit Wirkung auf den 30. November 2011 aufgehoben worden und die Beschwerdeführerin habe zum Zeitpunkt der Auflösung dem BVG-Obligatorium unterstellte Personen beschäftigt. Die Beschwerdeführerin habe sich innert der angesetzten Frist zu einem Neuanschluss nicht geäußert und auch den Nachweis eines anderweitigen Anschlusses nicht erbracht.

B.

Dagegen erhob die Beschwerdeführerin am 24. August 2012 (Datum des Poststempels) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und bat um Stornierung des Anschlusses an die Auffangeinrichtung (act. 1). Als Begründung führte sie aus, der Vertrag mit der H._____ sei zu Unrecht gekündigt worden und es habe leider einige Zeit gedauert, bis eine neue Pensionskasse, die Pensionskasse I._____, habe gefunden werden können. Der Anschlussvertrag mit der Pensionskasse I._____ sei jedoch nur als Mitglied des Verbandes J._____ möglich gewesen. Mittlerweile sei sie sowohl vom Verband J._____ als auch von der Pensionskasse I._____ aufgenommen worden.

C.

Der mit Zwischenverfügung vom 30. August 2012 einverlangte Kostenvorschuss von Fr. 800.- hat die Beschwerdeführerin am 1. Oktober 2012 einbezahlt (act. 3-5).

D.

In ihrer Vernehmlassung vom 1. November 2012 (act. 7) beantragte die Vorinstanz die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Als Begründung führte sie hauptsächlich aus, die Vereinbarung über den Beitritt zur Pensionskasse I._____ datiere vom 27. August 2012, also einem Zeitpunkt fünf Wochen nach dem erfolgten Zwangsanschluss, und verwies dabei auf die Beilagen zum Schreiben der Beschwerdeführerin vom 28. September 2012 (act. 7 Beilage 105). Der Zwangsanschluss sei zu Recht

erfolgt, da zum Zeitpunkt des Verfügungserlasses sämtliche erforderlichen Voraussetzungen vorgelegen hätten.

E.

In der Replik vom 14. Dezember 2012 (Datum Poststempel, act. 9) ersuchte die Beschwerdeführerin um Aufhebung der angefochtenen Verfügung unter Kostenfolge zu Lasten der Vorinstanz. Sie begründete dies damit, dass eine Mitarbeiterin und der Geschäftsinhaber die Auffangeinrichtung telefonisch mehrfach darüber informiert hätten, dass eine Lösung bei der Pensionskasse I._____ gefunden worden sei und dass die Beschwerdeführerin schnellstmöglich einen Versicherungsausweis einreichen werde, nachdem sie die Aufforderung der Auffangeinrichtung zum Nachweis eines Neuanschlusses erhalten habe. Die Auffangeinrichtung habe die diesbezüglichen Mitteilungen ignoriert. Eine Angestellte der Beschwerdeführerin, Frau C._____, habe die Auffangeinrichtung zusätzlich telefonisch darüber orientiert, dass der Betrieb nun bei der Pensionskasse I._____ angeschlossen sei. Leider sei die Auffangeinrichtung anschliessend nicht bereit gewesen, eine für alle sinnvolle Lösung zu finden. Der Betrieb sei nun rückwirkend auf den 1. Dezember 2011 bei der Pensionskasse I._____ angeschlossen.

Weiter habe die Mahnung der Auffangeinrichtung vom 15. März 2012 gar keine rechtliche Wirkung entfalten können, da sie gar nicht legitimiert gewesen sei, die Beschwerdeführerin zum Anschluss aufzufordern. Laut Art. 11 Abs. 5 BVG sei die Ausgleichskasse der AHV dafür zuständig, den Arbeitgeber, welcher keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, aufzufordern, sich innerhalb von zwei Monaten einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen. Eine Meldung seitens der AHV-Ausgleichskasse an die Auffangeinrichtung gemäss Art. 11 Abs. 6 BVG sei ebenfalls nicht erfolgt.

F.

In ihrer Duplik vom 4. Februar 2013 (act. 11) wiederholte die Vorinstanz ihren Antrag auf vollumfängliche Abweisung der Beschwerde. Sie wies zusätzlich darauf hin, dass sie zwischen dem 15. März 2012 und dem 12. Juli 2012 keine Telefonanrufe seitens der Beschwerdeführerin oder ihrer Mitarbeiterinnen erhalten habe. Während der Periode vom 15. März 2012 bis zum 31. August 2012 seien auch keine schriftlichen Unterlagen seitens der Beschwerdeführerin eingegangen. Der einzige Telefonanruf von Frau C._____ sei am 23. Juli 2012 erfolgt und habe nicht den Anschluss an die Pensionskasse I._____ zum Thema gehabt. Der An-

schluss an die Pensionskasse I. _____ sei erst fünf Wochen nach dem Zwangsanschluss erfolgt.

G.

Mit Zwischenverfügung vom 13. Februar 2013 (act. 12) stellte das Bundesverwaltungsgericht der Beschwerdeführerin ein Doppel der Duplik zu und schloss den Schriftenwechsel ab.

H.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.,

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 Bereich der beruflichen Vorsorge öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt (Art. 60 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 60 Abs. 2^{bis} des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG, SR 831.40]) 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). Das Bundesverwaltungsgericht ist somit zur Beurteilung der Beschwerde zuständig.

1.2 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 12. Juli 2012, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG darstellt. Die Beschwerdeführerin ist als Verfügungsadressatin durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung, so dass sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Sie hat frist- und formgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) Beschwerde erhoben. Nachdem auch der Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

2.1 Vom Anfechtungsgegenstand zu unterscheiden ist der Streitgegenstand. Im Bereich der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist der Streitgegenstand das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den aufgrund der Beschwerdebegehren tatsächlich angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet (BGE 110 V 48 E. 3b mit Hinweisen; FRITZ GYGI, a.a.O., S. 44).

2.2 Vorliegend hat die Vorinstanz die Beschwerdeführerin rückwirkend angeschlossen mit der Begründung, bis zum Erlass der Verfügung sei – nach erfolgter Mahnung – keine Reaktion seitens der Beschwerdeführerin erfolgt und habe zum Zeitpunkt des angefochtenen Verfügung kein anderer Anschluss vorgelegen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mahnung der Vorinstanz habe gar keine Rechtswirkung entfalten können, da nicht die Auffangeinrichtung, sondern die AHV-Ausgleichskasse dafür zuständig gewesen wäre. Zudem sei zum Zeitpunkt des Zwangsanschlusses ein Anschluss an die Pensionskasse I. _____ nur noch Formsache gewesen; die Vorinstanz sei über die Bemühungen der Beschwerdeführerin, sich der Pensionskasse I. _____ anzuschliessen, orientiert gewesen, deshalb habe die Vorinstanz den Zwangsanschluss (noch) nicht vornehmen dürfen.

2.3 Streitgegenstand bilden somit einerseits die Frage, ob die Vorinstanz zum Zwangsanschluss berechtigt war, obwohl die Auffangeinrichtung statt – wie gesetzlich vorgesehen – die AHV-Ausgleichskasse die Beschwerdeführerin zum Anschluss aufgefordert hatte (E. 3), ob die Vorinstanz von den Anschlussbemühungen der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung Kenntnis hatte und ob sie diese beim Zwangsanschluss hätte berücksichtigen müssen (E. 4). Nicht bestritten ist die Tatsache, dass zum Zeitpunkt der Vertragsauflösung mit der H. _____ versicherungspflichtige Personen beschäftigt waren und sich der Arbeitgeber somit zwingend einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anschliessen müssen.

3.

3.1 Gemäss Art. 11 BVG muss der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Abs. 1). Die zuständige AHV-Ausgleichskasse fordert den Arbeitgeber, welche dieser Pflicht nicht nachkommen, auf, sich innerhalb von 2 Monaten einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschlies-

sen (Abs. 5 BVG). Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung nicht fristgemäss nach, so meldet diese ihn der Auffangeinrichtung rückwirkend zum Anschluss an (Abs. 6). Die Auflösung eines bestehenden Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung und der Wiederanschluss an eine neue Vorsorgeeinrichtung durch den Arbeitgeber erfolgt im Einverständnis mit dem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung. Die Vorsorgeeinrichtung hat die Auflösung des Anschlussvertrages der Auffangeinrichtung (Art. 60) zu melden (Abs. 3^{bis}). Die Auffangeinrichtung ist verpflichtet, Arbeitgeber, die ihrer Pflicht zum Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nicht nachkommen, anzuschliessen (Art. 60 Abs. 2 lit. a BVG).

3.2 Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die Vorinstanz sei zum Zwangsanschluss nicht berechtigt gewesen, da laut Art. 11 Abs. 5 BVG die Ausgleichskasse der AHV für die vorgängige Mahnung zuständig gewesen wäre und nicht die Auffangeinrichtung. Zudem sei auch keine Meldung der AHV-Ausgleichskasse an die Auffangeinrichtung gemäss Art. 11 Abs. 6 BVG erfolgt (act. 9 Ziff. 14/15). Die Vorinstanz ihrerseits weist dazu darauf hin, dass ihr die Wiederanschlusskontrolle obliege (act. 11 Ziff. 12).

3.3 Vorliegend ist die Meldung an die Auffangeinrichtung nicht durch die AHV-Ausgleichskasse erfolgt, sondern direkt durch den ehemaligen Versicherer (act. 7 Beilage 101). Zudem hat die Vorinstanz das Mahnschreiben an die Beschwerdeführerin gerichtet. Zu prüfen ist, ob dieses Vorgehen rechtmässig ist.

3.4 Die Beschwerdeführerin verkennt mit ihrer Rüge, dass vorliegend kein Erstanschluss erfolgt, sondern – wie die Vorinstanz zu Recht darauf hinweist – ein Wiederanschluss. Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 9C_264/2009 vom 22. April 2010 E. 5.3 festgehalten, dass zwischen diesen beiden Verfahren zu unterscheiden sei. Mit der Einführung von Art. 11 Abs. 3^{bis} BVG (in Kraft seit 1. Mai 2007 [AS 2007 1803]) rechtfertige sich die Anschlusskontrolle durch die Ausgleichskassen nicht mehr. Mit Inkrafttreten dieser Bestimmung habe die *Vorsorgeeinrichtung* die Vertragsauflösung der Auffangeinrichtung mitzuteilen. Damit ist auch nicht zu bemängeln, dass die Auffangeinrichtung die Beschwerdeführerin gemahnt hat, den Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung innert Frist nachzuweisen (9C_264/2009 E. 5.4; vgl. auch Mitteilungen des BSV über die berufliche Vorsorge Nr. 119 Rz. 760). Das Verfahren zur Kontrolle des Wiederanschlusses erweist sich damit als gesetzeskonform.

Deshalb dringt die Beschwerdeführerin mit der sinngemässen Rüge, der Zwangsanschluss sei nichtig, weil der gesetzliche Meldeweg nicht eingehalten worden sei, nicht durch.

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, die Auffangeinrichtung habe zum Zeitpunkt der angefochtenen Verfügung von ihren Anschlussbemühungen mit der Pensionskasse I._____ gewusst und verweist auf mehrere diesbezügliche Telefongespräche. Sie macht sinngemäss geltend, die Vorinstanz hätte deshalb mit dem Zwangsanschluss zuwarten müssen.

4.2 Die Vorinstanz bestreitet, vor dem Erlass der Verfügung jemals ein Telefongespräch mit der Beschwerdeführerin oder deren Mitarbeiter geführt zu haben, welches den Anschluss an die Pensionskasse I._____ zum Thema gehabt hätte.

4.3

4.3.1 Die Akten beinhalten vorliegend keine Unterlagen, welche darauf hinweisen würden, dass die von der Beschwerdeführerin behaupteten und von der Vorinstanz bestrittenen Telefongespräche zum Thema Neuanschluss bei der Pensionskasse I._____ stattgefunden hätten. Die Telefonnotiz vom 23. Juli 2012 (act. 11 Beilage 106) weist ebenfalls nicht auf ein solches Gespräch hin. Entsprechend der allgemeinen Beweislastregel, wonach diejenige Partei das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Tatsache zu beweisen hat, welche daraus Rechte ableiten will (Art. 8 ZGB), ist vorliegend davon auszugehen, dass die behaupteten Telefongespräche nicht stattgefunden haben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2222/2009 vom 1. Februar 2010, E. 3.2.2). Erwiesen ist hingegen, dass die Vorinstanz die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 15. März 2012 (act. 7 Beilage 102) schriftlich und eingeschrieben aufgefordert hatte, innerhalb von zwei Monaten schriftlich den Nachweis einer rechtsgültig unterzeichneten Anschlussvereinbarung einzureichen, was die Beschwerdeführerin nachweislich nicht getan hat.

4.3.2 Die während des laufenden Beschwerdeverfahrens eingegangenen Unterlagen ergeben zudem, dass zum Zeitpunkt des Zwangsanschlusses zwar ein Antrag zum Vertragsabschluss seitens der Beschwerdeführerin vom 29. März 2012 (act. 1 Beilagen 2) vorgelegen hat, aber die Aufnahme beim Verband J._____ erst am 23. Juli 2012 (act. 1 Beilage 1) und der Vertragsabschluss mit der Pensionskasse I._____ erst am 21./27.

August 2012 erfolgte (act. 7 Beilage 105). Ein rechtsgültiger Anschlussvertrag hat somit zum Zeitpunkt der Verfügung am 12. Juli 2012 nicht bestanden. Der Zwangsanschluss ist somit zu Recht erfolgt.

4.4 Da der Zwangsanschluss zu Recht erfolgte und somit gültig ist, ist der während des Beschwerdeverfahrens unterzeichnete Anschlussvertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Pensionskasse I. _____ (unterzeichnet am 21./27. September 2012, rückwirkend auf den 1. Dezember 2011, act. 7 Beilage 105) *ungültig*, zumal eine Doppelversicherung unzulässig ist (vgl. Art. 7 Abs. 1 BVV 2, Urteil des Bundesgerichts 9C_924/2009 vom 31. Mai 2010, E. 3.3). Dies ist umso mehr berechtigt, als die Vorinstanz ab dem Datum des Zwangsanschlusses (12. Juli 2012) den Versicherungsschutz übernommen hat und im Versicherungsfall leistungspflichtig geworden wäre.

Dem entspricht, dass das Bundesverwaltungsgericht zwar neue Tatsachen, die sich zeitlich nach der Einleitung des Rechtsmittelverfahrens ereignet haben (echte Noven) – wie vorliegend der Vertragsabschluss vom 21./27. August 2012 – als Ausfluss der Untersuchungsmaxime zu berücksichtigen hat (Art. 12 VwVG), neue Vorbringen allerdings nur im Rahmen des Streitgegenstandes zulässig sind (BGE 136 II 165 E. 5 mit Hinweisen). Vorliegend hat sich die Situation insofern verändert, als die Auffangeinrichtung ab dem 12. Juli 2012 im Risiko stand, bei Eintritt eines Versicherungsfalles finanzielle Leistungen zu erbringen. Sie hat damit eine Leistung erbracht, zwar keine finanzielle, jedoch durch Versicherungsdeckung. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin, am 21./27. September 2012 einen rückwirkenden Anschlussvertrag abgeschlossen zu haben, liegt somit nicht mehr im Rahmen des umstrittenen Streitgegenstandes und ist unzulässig. Der Zwangsanschluss ist vorliegend nicht aufzuheben mit der Begründung, es sei nachträglich der Nachweis eines rückwirkenden Anschlussvertrages erbracht worden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_141/2013 vom 7. April 2013 E. 2).

Nicht anwendbar ist vorliegend Art. 2 Abs. 2 der Verordnung über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge vom 28. August 1985 (SR 831.434), wonach der Anschluss des Arbeitgebers bei der Auffangeinrichtung auf den Zeitpunkt der Verpflichtungsübernahme durch die andere Vorsorgeeinrichtung aufgehoben wird, falls der Arbeitgeber nachweist, dass eine andere Vorsorgeeinrichtung auch die bisherigen Verpflichtungen der Auffangeinrichtung übernimmt. Denn die erwähnte Verordnung regelt gemäss Art. 1 lit. a die Ansprüche der Auffangeinrichtung

gegenüber einem Arbeitgeber, der sich *noch keiner* Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat, wenn sie seinen Arbeitnehmern oder deren Hinterlassenen die gesetzlichen Leistungen zu erbringen hat. Aus den gesamten Akten ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass ein Leistungsfall vorläge.

4.5 Der Vertrag mit der Auffangeinrichtung kann unter Einhaltung der Kündigungsbedingungen- und Fristen (vgl. Ziffer 6 der Anschlussbedingungen) aufgelöst werden.

4.6 Da der Zwangsanschluss insgesamt zu Recht erfolgt ist, ist die Beschwerde abzuweisen.

5.

5.1 Dieser Ausgang des Verfahrens hat zur Folge, dass die Beschwerdeführerin kostenpflichtig wird (Art. 63 Abs. 1 VwVG). 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. 500.- festgesetzt. Sie sind mit dem am 1. Oktober 2012 geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.- beglichen worden. Die Restanz von Fr. 300.- ist der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils auf ein von ihr anzugebendes Konto zurückzuerstatten.

5.2 Der obsiegenden Vorinstanz, welche die obligatorische Versicherung durchführt, ist gemäss der Rechtsprechung, wonach Träger oder Versicherer der beruflichen Vorsorge gemäss BVG grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (BGE 126 V 149 E. 4) keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 500.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.- beglichen worden. Die Restanz von Fr. 300.- wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde; Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- die Obergerichtskommission BVG (Einschreiben)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Einschreiben)

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Urs Walker

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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: