Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.461/2006 /wim

Urteil vom 2. März 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler,
Ersatzrichterin Stamm Hurter,
Gerichtsschreiberin Dubs.

Parteien
X._____ GmbH,
Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz, Postfach 2855, 8022 Zürich,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Advokat
Dr. Hans-Ulrich Stauffer,
dieser substituiert durch Advokatin Simone Emmel,
Eidgenössische Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, p.A. Bundesverwaltungsgericht, Postfach, 3000 Bern 14.

Gegenstand
Zwangsanschluss an Auffangeinrichtung BVG,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge,
vom 4. Juli 2006.

Sachverhalt:
A.
Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz (nachfolgend: Auffangeinrichtung), schloss die X._____ GmbH in Füllinsdorf mit Verfügung vom 12. Dezember 2005 rückwirkend per 1. Januar 1999 zwangsweise an die Auffangeinrichtung BVG an. Aus den AHV-Jahresabrechnungen 1999-2004 der Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft ergebe sich, dass die X._____ GmbH seit dem 1. Januar 1999 dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmern Löhne ausgerichtet habe. Der Nachweis des Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung sei nicht erbracht.
B.
Dagegen erhob die X._____ GmbH am 10. Januar 2006 Beschwerde bei der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (nachfolgend: Beschwerdekommission). Einziger Angestellter sei AC._____, der zugleich einziger Besitzer, "Verwaltungsrat" und Geschäftsführer der GmbH sei. Dessen Altersvorsorge sei durch eine Vorsorgepolice (Säule 3a) ausreichend gedeckt. Sodann machte die X._____ GmbH sinngemäss geltend, der Status ihres Alleininhabers komme demjenigen eines Selbständigerwerbenden gleich. Der Anschluss an eine BVG-Institution habe eine Überversicherung zur Folge. Eine Nachzahlung der Beiträge würde unweigerlich den Konkurs der Gesellschaft hervorrufen. Die Beschwerdekommission wies die Beschwerde am 4. Juli 2006 ab. AC._____ habe unbestrittenermassen einen das BVG-Minimum übersteigenden Lohn bezogen und sei daher bei der 2. Säule zu versichern. Die Stel-

lung ihres Alleininhabers und zugleich einzigen Angestellten der Arbeitgeberin sei nicht mit derjenigen eines Selbständigerwerbenden zu vergleichen. AC._____ beziehe ein Einkommen aus einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. Die Beschwerdeführerin könne sich nicht plötzlich darauf berufen, dass das Einkommen ihres Alleininhabers beim Fiskus als "Verwaltungsratshonorar" deklariert worden sei, nachdem in der Beschwerdeschrift noch von Lohn die Rede gewesen sei. Beim Einkommen, das der Alleingesellschafter für seine Tätigkeit für seine Firma bezog, sei ohne Zweifel der Anteil der operativen Aktivität, ohne welche die Firma gar nicht handeln könnte, grösser als der strategische Teil der Tätigkeit. Der Zwangsanschluss per 1. Januar 1999 sei deshalb zu Recht erfolgt.

C.

Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 4. August 2006 beantragt die X._____ GmbH, das Urteil der Beschwerdekommission vom 4. Juli 2006 aufzuheben und der "Einsprache gegen die Verfügung der Stiftung Auffangeinrichtung vom 12. Dezember 2005 stattzugeben". Eventualiter sei auf den Vollzug des Anschlusses zu verzichten.

Das Bundesamt für Sozialversicherungen und die Auffangseinrichtung beantragen die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Die Beschwerdekommission verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) in Kraft getreten. Gemäss Art. 132 Abs. 1 BGG ist hier allerdings noch das Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) anwendbar, da der angefochtene Entscheid vor Inkrafttreten des Bundesgerichtsgesetzes ergangen ist.

2.

2.1 Nach Art. 74 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40), in der hier noch massgebenden bisherigen Fassung, setzt der Bundesrat eine von der Verwaltung unabhängige Beschwerdekommission ein (Abs. 1), die insbesondere (Abs. 2 lit. c) Beschwerden beurteilt, welche sich gegen Verfügungen der Auffangeinrichtung betreffend den Anschluss von Arbeitgebern richtet.

Entscheide der Beschwerdekommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Abs. 4). Nach diesen Bestimmungen ist die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegeben. Die Beschwerdeführerin ist vom angefochtenen Entscheid direkt betroffen und daher zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt (vgl. Art. 103 lit. a OG).

2.2 Das Bundesgericht prüft das angefochtene Urteil auf die Verletzung von Bundesrecht, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, hin (Art. 104 lit. a OG). Hingegen ist es nach Art. 105 Abs. 2 OG an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, wenn eine richterliche Behörde - und als solche gilt die Eidgenössische Beschwerdekommission - als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat.

2.3 Das Bundesgericht wendet im Verfahren der Verwaltungsgerichtsbeschwerde das Bundesrecht von Amtes wegen an; es ist gemäss Art. 114 Abs. 1 OG an die von den Parteien vorgebrachten Begründungen nicht gebunden und kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder abweisen (BGE 127 II 264 E. 1b S. 268 mit Hinweisen).

3.

3.1 Das BVG regelt die berufliche Vorsorge (Art. 1 Abs. 1 BVG). Das Gesetz erklärt die Versicherung als obligatorisch für Arbeitnehmer, die das Mindestalter erreicht haben und bei einem Arbeitgeber einen über der Eintrittsschwelle liegenden Jahreslohn erzielen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und Art. 7 BVG in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2; SR 831.441.1]sowie bei der AHV versichert sind (Art. 5 Abs. 1 BVG). Versichert nach Art. 1a Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) sind die natürlichen Personen mit Wohnsitz in der Schweiz (lit. a) sowie die natürlichen Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (lit. b).

Arbeitnehmer, die bei einem Arbeitgeber einen Jahreslohn von mehr als 18'990.– Franken bzw. 19'350.– Fran-

ken ab 1. Januar 2005 beziehen, unterstehen ab 1. Januar nach Vollendung des 17. Altersjahres für die Risiken Tod und Invalidität, ab 1. Januar nach Vollendung des 24. Altersjahres auch für das Alter der obligatorischen Versicherung (Art. 7 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 5 BVV 2 in der jeweils gültigen Fassung). Dieser Lohn entspricht dem massgebenden Lohn nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10); der Bundesrat kann Abweichungen zulassen (Art. 7 Abs. 2 BVG).

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).
3.2 Der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, muss eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). Unterlässt der Arbeitgeber den Anschluss, wird er nach erfolgloser Mahnung und Fristablauf zwangsweise der Auffangeinrichtung (Art. 60 BVG) angeschlossen (vgl. Art. 11 BVG). Die Auffangeinrichtung ist eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 60 Abs. 1 BVG), welche insbesondere verpflichtet ist, Arbeitgeber, die ihrer Pflicht zum Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nicht nachkommen, anzuschliessen.
4.
4.1 Es ist unbestritten, dass die von der Beschwerdeführerin in den Jahren 1999 bis 2005 ausbezahlten Saläre in Höhe von Fr. 49'500.– bis 54'000.– den massgeblichen Koordinationsabzug überschritten haben, so dass unter diesem Gesichtspunkt obligatorisch zu versichernder koordinierter Lohn gegeben ist. Streitig und zu überprüfen ist dagegen, ob der Lohnempfänger als ein der obligatorischen Versicherung unterstellter Arbeitnehmer im Sinne von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 BVG zu betrachten ist, wie die Vorinstanz und die Auffangeinrichtung angenommen haben. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, dass es sich bei ihrem "einzigen Mitarbeiter und Alleininhaber" um einen nicht dem BVG-Obligatorium unterstellten Selbständigerwerbenden handelt.
4.2 Aufgrund der Akten ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin der Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft in den hier fraglichen Jahren eine AHV-pflichtige Jahreslohnsumme für AC._____ zwischen Fr. 49'500.– und Fr. 54'000.– deklarierte. Nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 AHVG gilt als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. AHV-rechtlich ist der Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin somit von Gesetzes wegen als Bezüger von massgebendem Lohn und somit als Unselbständigerwerbender zu betrachten. Zwar ist das AHV-rechtliche Beitragsstatut für die obligatorische berufliche Vorsorge nicht verbindlich, aber der Arbeitnehmerbegriff gemäss Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 BVG ist nach AHV-rechtlichen Kriterien zu beurteilen (BGE 115 Ib 37 E. 4d S. 43 f.). Der Begriff des Arbeitnehmers ist nicht auf Personen im Sinne des Arbeitsvertragsrechts nach Art. 319 ff. OR beschränkt, sondern es wird im weiteren sozialversicherungsrechtlichen Umfeld jede Person darunter verstanden, die unselbständigerwerbend ist. Dem Sinn und Zweck des Art. 2 Abs. 1 BVG entspricht daher die französische Fassung am besten, welche ausdrücklich nicht vom obligationenrechtlichen
"travailleur", sondern vom weiteren Begriff des "salarié" spricht (BGE 115 Ib 37 E. 4d S. 44; Hans-Ulrich Stauffer, Die berufliche Vorsorge, 2. Auflage, Zürich 2006, S. 4).

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 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 (BGE 123 V 161 E. 1 S. 163; Urteile H 77/04 vom 19. Mai 2005 E. 4.2 und B 6/88 vom 14. Dezember 1989 E. 7, publiziert in: SZS 1990 S. 181).
4.3 Die Rechtsprechung geht bei Personen, die als Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft tätig sind, in aller Regel von einer unselbständigen Erwerbstätigkeit aus und qualifiziert deren Entschädigung als massgebenden Lohn. Ob davon in ganz besonders gelagerten Fällen abzuweichen ist, wenn der Geschäftsführer Allein- oder Mehrheitseigentümer der Kapitalgesellschaft ist, hat das Bundesgericht bisher nicht ausdrücklich entschieden. Es hat aber, soweit ersichtlich, Arbeitnehmer mit arbeitgeberähnlicher Stellung bisher stets als Unselbständigerwerbende qualifiziert und die ihnen aus der Tätigkeit als Angestellte der Gesellschaft zugeflossenen Entgelte

als massgebenden Lohn betrachtet (in BGE 123 V 234 ff. nicht publizierte E. 5b des Urteils C 51/94 vom 4. September 1997 mit Hinweisen; BGE 120 Ib 199 E. 4a S. 205; Urteil H 77/04 vom 19. Mai 2005 E. 3 und 4; vgl. auch Stauffer, a.a.O., S. 5 f.). Hier besteht kein Grund für eine abweichende Betrachtungsweise.
4.4 Unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Gegebenheiten ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin auf dem Wege der Umwandlung aus der "XY._____ AG" in Füllinsdorf hervorgegangen ist, welche gemäss Umwandlungsbilanz die Aktiven und Passiven im Sinne von Art. 824 ff. OR übernommen hat. Das Aktienkapital der "XY._____ AG" wurde dabei in Stammkapital umgewandelt. Der Zweck der alten wie auch der neuen rechtlichen Ausgestaltung der Tätigkeit lag indessen gerade darin, die persönliche Haftung von AC._____ für Geschäftsschulden zu beschränken. Mit der Wahl der Gesellschaftsform sind die rechtlichen Konsequenzen zu tragen, insbesondere muss sich der Allein- oder Mehrheitseigentümer der Kapitalgesellschaft die rechtliche Selbständigkeit "seiner" Gesellschaft entgegenhalten lassen (vgl. BGE 117 IV 259 E. 3a S. 263). Aus dem Handelsregisterauszug ergibt sich weiter, dass AC._____ seit der Eintragung am 12. Oktober 1998 bei einem Stammkapital der Beschwerdeführerin von Fr. 50'000.– einen Stammanteil von Fr. 30'000.–, BC._____ einen solchen von Fr. 20'000.– hält. Im Gegensatz zu den unter E. 4.3 hiervor genannten Fällen, wo selbst bei Allein- oder grossmehrheitlicher Beteiligung stets auf unselbständige Tätigkeit
geschlossen wurde, war AC._____ somit von Anbeginn an nicht Alleineigentümer, sondern lediglich Mehrheitsbeteiligter der Beschwerdeführerin. Als deren Geschäftsführer hatte er daher ein auf den Verlust seines Stammanteils beschränktes persönliches Risiko zu tragen. Die blosse Abhängigkeit des Einkommens vom persönlichen Arbeitserfolg genügt für die Annahme eines spezifischen Unternehmerrisikos nicht (BGE 122 V 169 E. 3c S. 172 mit Hinweisen). Hinzu kommt, wie sich aus den Lohndeklarationen der Arbeitgeberin gegenüber der Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft ergibt, dass die Beschwerdeführerin entgegen ihrer Darlegung nicht nur AC._____ beschäftigte, sondern in den Jahren 2002 bis 2004 noch eine weitere Mitarbeiterin. In der Ausübung der Geschäftstätigkeit ist AC._____ als alleiniger Geschäftsführer sowie einzige für die GmbH zeichnungsberechtigte Person weitgehend frei. Dass die Beschwerdeführerin das Einkommen von AC._____ gegenüber den Steuerbehörden als "Verwaltungsratshonorar" deklariert hat, ist für die rechtliche Qualifikation nicht entscheidend. Wie die Vorinstanz zu Recht festgehalten hat, ist der Mehrheitsinhaber einer GmbH, der operativ tätig ist und gleichzeitig strategische Entscheide des
Unternehmens fällt, in vorsorgerechtlicher Hinsicht mit einem Alleinaktionär vergleichbar, der hauptberuflich als Direktionsmitglied in der Aktiengesellschaft tätig ist. Jener ist als Direktor Arbeitnehmer "seiner" Gesellschaft und dem Obligatorium unterstellt (Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Auflage, Bern 2006, S. 119; Stauffer, a.a.O., S. 6.). Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz den hauptberuflich mitarbeitenden Mehrheitsbeteiligten der GmbH als Arbeitnehmer im Sinne des Berufsvorsorgerechts qualifiziert hat, zumal in Würdigung der gesamten Umstände die Merkmale einer unselbständigen Erwerbstätigkeit überwiegen.
4.5 Die Beschwerdeführerin macht schliesslich geltend, durch den Zwangsanschluss werde der betroffene Arbeitnehmer nicht geschützt, sondern seiner Existenzgrundlage beraubt. Für die Frage der Anschlusspflicht ist indessen die damit verbundene finanzielle Belastung nicht relevant. Wie die Beschwerdegegnerin in ihrer Vernehmlassung zu Recht festhält, lässt das Gesetz für die Berücksichtigung der angeblich misslichen Finanzlage der Beschwerdeführerin keinen Raum. Im Übrigen ist hier nur die Rechtmässigkeit des Zwanganschlusses zu prüfen. Die Festsetzung der sich durch den Zwangsanschluss ergebenden Beiträge bzw. deren Einforderung bildet indessen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, so dass auf die entsprechenden Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht weiter eingegangen werden muss. Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, sie habe in guten Treuen annehmen dürfen, dass die Anforderungen an die berufliche Vorsorge erfüllt und akzeptiert seien, da seit 1986 weder eine Aufforderung noch eine Ermahnung für einen Anschluss erfolgt sei. Entgegen ihrer Auffassung kann sie aus dem Umstand, dass die Ausgleichskasse sie erst im Jahre 2005 auf ihre Anschlusspflicht aufmerksam gemacht hat, aber unter dem Gesichtspunkt des
Vertrauensschutzes nichts zu ihren Gunsten ableiten, dies insbesondere auch in Würdigung der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin erst im Jahre 1998 gegründet wurde. Die Ausgleichskassen haben zwar zu überprüfen, ob die von ihnen erfassten Arbeitgeber einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind (Art. 11 Abs. 4 BVG), doch kann daraus, dass im Einzelfall diese Kontrolle längere Zeit unterbleibt, nicht abgeleitet werden, eine Anschlusspflicht bestehe nicht. Vielmehr hat in erster Linie der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, dafür zu sorgen, dass er sich einer Vorsorgeeinrichtung anschliesst (Art. 11 Abs. 1 BVG; Urteil 2A.231/1994 vom 13. September 1995 E. 4b, publiziert in: SZS 1998 S. 381).

4.6 Der von der Beschwerdeführerin beschäftigte Arbeitnehmer untersteht somit der obligatorischen Versicherung des BVG, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat. Da die Beschwerdeführerin ihrer Pflicht zum Anschuss an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung (Art. 11 Abs. 1 BVG) trotz förmlicher Aufforderung nicht nachgekommen war, musste die Auffangeinrichtung den Zwangsanschluss verfügen (Art. 11 Abs. 5, Art. 60 Abs. 2 lit. a BVG).
5.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist demnach abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens zu tragen (Art. 156 Abs. 1 OG). Dem Begehren der Auffangeinrichtung um Zusprechung einer Parteientschädigung kann nicht entsprochen werden (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 1'500.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.
3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge sowie dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 2. März 2007
Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Die Gerichtsschreiberin: