Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

9C 659/2018

Urteil vom 9. April 2019

II. sozialrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Pfiffner, Präsidentin,
Bundesrichter Meyer, Bundesrichterin Glanzmann, Bundesrichter Parrino, Bundesrichterin Moser-Szeless,
Gerichtsschreiberin N. Möckli.

Verfahrensbeteiligte
Stiftung Auffangeinrichtung BVG,
Recht & Compliance, Elias-Canetti-Strasse 2,
8050 Zürich,
Beschwerdeführerin,

gegen

A._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Martin Lanz und Rechtsanwalt Dumeng Bezzola,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Berufliche Vorsorge (Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung),

Beschwerde gegen den Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 16. August 2018 (A-5243/2017).

Sachverhalt:

A.
Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG schloss die A._____ AG per 1. Januar 2009 zwangsweise an (Verfügung vom 2. August 2017).

B.
Soweit das Bundesverwaltungsgericht auf die Beschwerde eintrat, hiess es diese teilweise gut. Es stellte unter anderem den zwangsweisen Anschluss der A._____ AG an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG ab 1. Januar 2016 fest (Entscheid vom 16. August 2018).

C.
Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG führt Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und beantragt, in Änderung des vorinstanzlichen Entscheids sei der Zwangsanschluss der A._____ AG an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG per 1. Januar 2014 festzustellen.
Die A._____ AG schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Bundesamt für Sozialversicherungen und die Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge OAK BV verzichten auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten kann wegen Rechtsverletzungen gemäss Art. 95 f. BGG erhoben werden. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG), und kann deren Sachverhaltsfeststellung nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 und Art. 105 Abs. 2 BGG). Unter Berücksichtigung der Begründungspflicht (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) prüft es nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind, und ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr aufgegriffen werden (BGE 134 I 65 E. 1.3 S. 67 f. und 313 E. 2 S. 315, je mit Hinweisen).

2.

2.1. Es ist unbestritten, dass B._____ und C._____, beides Verwaltungsräte der Beschwerdegegnerin, im hier relevanten Zeitraum ab 1. Januar 2014 den massgeblichen Jahreslohn aus der bei der Beschwerdegegnerin erzielten Beschäftigung erreichten und die altersmässigen Voraussetzungen erfüllen, womit sie grundsätzlich unter die obligatorische Versicherung fallen (Art. 2 Abs. 1 BVG). Strittig ist hingegen, ob aufgrund von Art. 2 Abs. 4 BVG i.V.m. Art. 1j Abs. 1 lit. c der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1) eine obligatorische Versicherungspflicht entfällt.

2.2. In Art. 2 Abs. 4 BVG, der unter dem Titel "Obligatorische Versicherung der Arbeitnehmer und der Arbeitslosen" steht, wird der Bundesrat ermächtigt, die Versicherungspflicht für Arbeitnehmer in Berufen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen zu regeln sowie zu bestimmen, welche Arbeitnehmer aus besonderen Gründen nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind. Von dieser delegierten Rechtsetzungskompetenz hat der Bundesrat, soweit vorliegend von Bedeutung, in Art. 1j BVV 2 Gebrauch gemacht. Danach sind insbesondere Arbeitnehmer, die nebenberuflich tätig und bereits für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind oder im Hauptberuf eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben, nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt (Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2; französischer Text: "Les salariés exerçant une activité accessoire, s'ils sont déjà assujettis à l'assurance obligatoire pour une activité lucrative exercée à titre principal"; italienischer Text: "I salariati che esercitano un' attività accessoria, se sono già obbligatoriamente assicurati per l'attività lucrativa principale"). Diese Arbeitnehmer können sich im Rahmen von Art. 46 BVG versichern lassen (Art. 1j Abs. 4 BVV 2). Art. 1j
Abs. 2 BVV 2 bestimmt, dass Arbeitnehmer, die nicht oder voraussichtlich nicht dauernd in der Schweiz tätig und im Ausland genügend versichert sind, von der obligatorischen Versicherung befreit werden, wenn sie ein entsprechendes Gesuch an die Vorsorgeeinrichtung stellen.

3.

3.1. Gemäss den vorinstanzlichen Feststellungen übten B._____ und C._____ ihr Mandat als Nebenbeschäftigung zu Anstellungen in den USA und in Brasilien aus, wobei sie aus diesen hauptberuflichen Erwerbstätigkeiten in den Jahren 2014 bis 2016 über einen als genügend zu bewertenden, ausländischen Versicherungsschutz verfügten. Die Vorinstanz erwog, damit seien B._____ und C._____ nicht der obligatorischen Versicherung des BVG unterstellt, denn die Auslegung von Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 ergebe, dass diese Bestimmung auch eine genügende, ausländische Versicherung aus dem Haupterwerb umfasse. Zwar meine der Wortlaut "obligatorisch versichert" in erster Linie eine Versicherung der hauptberuflichen Erwerbstätigkeit nach dem BVG. Mit Blick auf Art. 1j Abs. 2 BVV 2, der den gesetzgeberischen Willen kodifiziere, Arbeitnehmer mit genügendem Versicherungsschutz im Ausland nicht unter das Obligatorium zu stellen, führten systematische und teleologische Überlegungen dazu, dass Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 weit auszulegen sei, sodass der Ausdruck "obligatorisch versichert" auch eine genügende Versicherung im Ausland umfasse.

3.2. Die Beschwerdeführerin bringt dagegen vor, die vorinstanzliche Auslegung von Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2

verletze Bundesrecht. Der Verordnungsgeber habe bei längerfristigen Anstellungen mit genügender Auslandsversicherung keine Ausnahme vom Versicherungsobligatorium beabsichtigt, sondern in Art. 1j Abs. 2 BVV 2 eine Befreiung von der Versicherungspflicht lediglich für nicht dauerhafte Tätigkeiten in der Schweiz vorgesehen. Diese Regelung lasse sich damit begründen, dass Personen mit vorübergehendem Aufenthalt in der Schweiz den Vorsorgeschutz im Herkunftsland fortführen könnten und in diesem Fall der Vorsorgeschutz in der Schweiz aufgrund des kurzen Zeitraums nicht ins Gewicht falle. Im Übrigen sei der Zweck höher zu gewichten, dass sämtliche Personen in den Genuss einer ausreichenden Versicherung nach schweizerischem Recht kommen sollen.

3.3. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 enthalte kein zeitliches Element. Es sei somit nicht massgebend, ob ein Nebenberuf kurz- oder längerfristig ausgeübt worden sei. Diese Bestimmung erwähne zudem generell und uneingeschränkt das Erfordernis einer obligatorischen Versicherung für die hauptberufliche Erwerbstätigkeit, weshalb nicht habe weiter spezifiziert werden müssen, dass es sich dabei um eine schweizerische oder ausländische Versicherung handeln könne. Die Beschwerdegegnerin ist daher der Ansicht, der vorinstanzliche Entscheid sei zu bestätigen. Sie bringt ferner ergänzende Ausführungen zum Zweck des BVG, den Materialien zur BVV 2, der Rechtsprechung und Literatu r vor und kommt zum Schluss, dass auch diese nicht gegen das vorinstanzliche Auslegungsergebnis sprächen. Eventualiter macht die Beschwerdegegnerin geltend, es sei auch der Tatbestand von Art. 1j Abs. 2 BVV 2 erfüllt.

4.

4.1. Abgesehen von hier nicht relevanten Änderungen, da sie nicht Art. 1j Abs. 1 lit. c und Abs. 2 BVV 2 betrafen, ist Art. 1j BVV 2 seit dem 1. Januar 2006 in Kraft. Damit wurde der bis dahin geltende aArt. 1 BVV 2 übernommen (1. BVG-Revision, 3. Paket; AS 2005 4282). Diese beiden Bestimmungen sind im Wortlaut identisch und es liegen keine Hinweise vor, dass mit dieser Gesetzesrevision diesbezüglich eine materielle Änderung erfolgen sollte (vgl. Mitteilungen des Bundesamts für Sozialversicherungen über die berufliche Vorsorge Nr. 83 vom 16. Juni 2005 S. 6 und Nr. 131 vom 5. März 2013 S. 7). Es ist daher nach der 1. BVG-Revision betreffend Art. 1j BVV 2 an der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu aArt. 1 BVV 2 anzuknüpfen. Zu aArt. 1 Abs. 2 BVV 2, welcher im Wortlaut Art. 1j Abs. 2 BVV 2 entspricht, hielt das Bundesgericht fest, dass mit dieser Bestimmung, die einzig die (obligatorische) berufliche Vorsorge gemäss BVG zum Inhalt hat, die internationale Koordination erfolgen solle (BGE 127 V 301 E. 2b S. 304 mit Hinweisen; vgl. weiter auch JÜRG BRÜHWILER, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, 1989, § 14 Rz. 26). Danach wird - abgesehen von hier nicht vorliegenden, anderen Fallkonstellationen mit allfälligem Bezug zum
Ausland (Art. 1j Abs. 1 lit. a und b BVV 2 sowie die seit 1. Januar 2005 in Kraft stehenden Art. 89a ff. BVG) - eine Befreiung von Arbeitnehmern vom hiesigen Versicherungsobligatorium von einem Gesuch des Arbeitnehmers abhängig gemacht und auf Arbeitnehmer eingeschränkt, die nicht oder voraussichtlich nicht dauernd in der Schweiz tätig und im Ausland genügend versichert sind.

4.2. Es ist zu prüfen, ob mit Blick auf Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 diese Rechtsprechung zu erweitern ist.

4.2.1. Ausgangspunkt der Gesetzesauslegung ist der Wortlaut einer Bestimmung (grammatikalisches Element). Ist er klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, darf vom Wortlaut nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am "wahren Sinn" der Regelung vorbei. Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisch), ihr Zweck (teleologisch) oder der Zusammenhang mit anderen Vorschriften (systematisch) geben, so namentlich, wenn die grammatikalische Auslegung zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann (BGE 144 V 327 E. 3 S. 331; 142 V 402 E. 4.1 S. 404 f.; je mit Hinweisen).

4.2.2. Art. 1j BVV 2 wurde aufgrund der delegierten Rechtsetzungskompetenz in Art. 2 Abs. 4 BVG erlassen. Mit diesen Bestimmungen wird geregelt, wann ein Arbeitnehmer nicht der im BVG statuierten obligatorischen Versicherung untersteht, obwohl die Voraussetzungen grundsätzlich erfüllt sind. Mit "der obligatorischen Versicherung unterstellt", wie in Art. 2 Abs. 4 BVG und Art. 1j Abs. 1 Satz 1 BVV 2 verwendet, ist somit nicht irgendeine obligatorische Versicherung der Arbeitnehmer (im In- oder Ausland) gemeint, sondern unmissver-

ständlich jene nach dem BVG. Nachdem grammatikalisch betrachtet, der Ausdruck "obligatorisch versichert", wie in Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 (oder auch Art. 46 Abs. 2 BVG), gleichbedeutend ist mit "der obligatorischen Versicherung unterstellt", besteht - entgegen der von der Beschwerdegegnerin vertretenen Auffassung - vom Wortlaut dieser Bestimmung her kein Anlass davon auszugehen, Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 umfasse generell und uneingeschränkt schweizerische oder ausländische Vorsorgeversicherungen. Vom Wortlaut ist insbesondere auch das Auslegungsergebnis der Vorinstanz, dass eine genügende Versicherung im Ausland erfasst sei, nicht abgedeckt, weist doch (anders als Art. 1j Abs. 2 BVV 2) diese Bestimmung
in keiner Art und Weise darauf hin, dass zu prüfen sei, ob ein im Ausland bestehender Versicherungsschutz genügend ist.
Entgegen dem von der Vorinstanz Erwogenen und den Ausführungen der Beschwerdegegnerin ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien nichts, das darauf hindeuten würde, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn und Zweck der Bestimmung wiedergibt. Zunächst kann darauf hingewiesen werden, dass der Gesetzgeber bezüglich aArt. 1 BVV 2 im Rahmen der 1. BVG-Revision, 3. Paket, offenbar keinen Handlungsbedarf erkannte. Zudem finden sich auch in den Materialien zu aArt. 1 BVV 2 keine Anhaltspunkte, die darauf schliessen lassen, aArt. 1 Abs. 1 lit. c BVV 2 (bzw. der gleichlautende, aktuell gültige Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2) regle die Koordination bei Mehrfachbeschäftigungen zwischen der schweizerischen beruflichen Vorsorge mit einem ausländischen System, in Fällen, bei denen ein Arbeitnehmer dauerhaft in der Schweiz tätig ist (BBl 1976 I S. 219 f.). Auch aus dem Kommentar des Bundesamts für Sozialversicherungen zum Entwurf der Verordnung 2 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2) vom Sommer 1983 lässt sich dies nicht ableiten. Es heisst dort einzig, bei Arbeitnehmern, die eine Nebenbeschäftigung ausüben, soll soweit wie möglich verhindert werden, dass diese jedesmal dem Obligatorium unterstellt werden (Kommentar
zum Entwurf der BVV 2, S. 7). Mit Obligatorium ist wiederum jenes nach BVG gemeint (vgl. E. 4.2.2 hiervor), womit es keinen Anhalt gibt, dass diese Bestimmung auch bei im Ausland Berufsvorsorgeversicherten zur Anwendung kommen soll.

4.3. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass nach Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 nebenberuflich tätige Arbeitnehmer der obligatorischen Versicherung unterstellt sind, auch wenn sie durch ihre Hauptberufstätigkeit bei einer ausländischen Vorsorgeversicherung abgesichert sind. Entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin kann in diesem Zusammenhang nicht berücksichtigt werden, ob Arbeitnehmer vermögend und hochqualifizierte Fachkräfte sind. Eine Befreiung vom hiesigen Versicherungsobligatorium wird Arbeitnehmern jedoch gewährt, wenn die Voraussetzungen von Art. 1j Abs. 2 BVV 2 erfüllt sind. Der vorinstanzliche Entscheid verstösst somit gegen Bundesrecht, als darin eine Unterstellung unter die obligatorische Versicherung von B._____ und C._____ aufgrund von Art. 1j Abs. 1 lit. c BVV 2 verneint wurde.

5.
Die Beschwerdegegnerin bringt schliesslich vor, eine Befreiung von der obligatorischen Versicherungspflicht sei aufgrund von Art. 1j Abs. 2 BVV 2 gegeben, denn ein vorgängiges Gesuch an die Vorsorgeeinrichtung sei dafür, da überspitzt formalistisch, nicht erforderlich gewesen.
Art. 1j Abs. 2 BVV 2 macht die Befreiung von der obligatorischen Versicherungspflicht unmissverständlich von einem Gesuch des Arbeitnehmers abhängig. Die Rechtsprechung hat die Erforderlichkeit eines solchen bestätigt und bestimmt, dieses müsse unmissverständlich und ausdrücklich sein. Es wurde begründet, auch wenn die Bedingungen der Befreiung gegeben seien, könne die Vorsorgeeinrichtung nicht frei entscheiden. Die Einreichung des Gesuchs um Befreiung vom Versicherungsobligatorium stelle die Ausübung eines Gestaltungsrechts dar. Diese Anforderung sei gerechtfertigt, weil es wichtig sei, von Beginn des Arbeitsverhältnisses zu wissen, ob im Falle eines versicherten Ereignisses ein Versicherungsschutz nach BVG bestehe oder nicht (BGE 127 V 301 E. 2b S. 305 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 2A.610/2006 vom 21. März 2007 E. 3.1 in fine). Diese Ausführungen zeigen, dass es sachlich gerechtfertigt ist, ein Gesuch des Arbeitnehmers für eine Befreiung von der obligatorischen Versicherung zu verlangen. Ein solches Gesuch von B._____ und C._____ liegt jedoch nicht vor, weshalb der Zwangsanschluss der Beschwerdegegnerin ab 1. Januar 2014 zu erfolgen hat.

6.
Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Als mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauter Organisation ist der Beschwerdeführerin

keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Das Bundesgericht erkennt:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen. Dispositiv Ziffer 1 des Entscheids des Bundesverwaltungsgerichts, Abteilung I, vom 16. August 2018 wird insoweit abgeändert, als festgestellt wird, dass die Beschwerdegegnerin seit dem 1. Januar 2014 der Stiftung Auffangeinrichtung BVG zwangsweise angeschlossen ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

3.
Dieses Urteil wird den Parteien, dem Bundesverwaltungsgericht, Abteilung I, der Oberaufsichtskommission Berufliche Vorsorge OAK BV und dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.

Luzern, 9. April 2019

Im Namen der II. sozialrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Pfiffner

Die Gerichtsschreiberin: Möckli