Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-6967/2016

Urteil vom 12. Mai 2017

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),
Richter Pascal Mollard, Richter Michael Beusch,
Gerichtsschreiberin Susanne Raas.

Parteien

A._____**,** …,
vertreten durch lic. iur. Beat Hodler, …,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Zwangsanschluss an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG.

Sachverhalt:

A.
A._____ (nachfolgend: Arbeitgeberin) lebte bis Februar 2016 im Wohnrecht in X._____. Gemäss Beschwerdeschrift war sie seit Frühjahr 2013 auf die regelmässige Betreuung durch Pflegepersonen angewiesen, welche sich in der Regel ein bis drei Monate in X._____ aufhielten. Die Pflegepersonen waren mit einer Ausnahme älter als 64-jährig.

B.
Am 1. September 2014 trat B._____ (nachfolgend: Arbeitnehmerin) die Stelle als Pflegeperson an. Es war ein Aufenthalt bis Ende März 2015 vorgesehen. Da sie das Alter von 64 Jahren noch nicht erreicht hatte und über einen schweizerischen Pass verfügte, meldete die Arbeitgeberin bzw. deren Tochter und heutige Vorsorgebeauftragte (nachfolgend: Vertreterin), die Arbeitnehmerin sowohl bei der Einwohnerkontrolle als auch bei der AHV-Zweigstelle Y._____ an. Die AHV-Beiträge für 2014 (vier Monate) und 2015 (drei Monate) wurden ordnungsgemäss über die AHV-Zweigstelle abgerechnet. Der Bruttolohn betrug während dieser sieben Monate Fr. 4‘945.-- pro Monat, wobei gemäss Darstellung der Arbeitgeberin Fr. 990.-- für Kost und Logis eingeschlossen waren.

C.
Die zuständige Ausgleichskasse forderte im Juli 2015 die Arbeitgeberin auf, den Nachweis des Anschlusses an eine BVG-Einrichtung zu erbringen, da der Jahreslohn die Limite von Fr. 21‘150.-- übersteige und die Anstellung länger als drei Monate gedauert habe.

D.
Die Vertreterin nahm am 15. September 2015 dazu Stellung und wies darauf hin, dass die Arbeitnehmerin längst und definitiv [ins Ausland] zurückgekehrt sei und ein weiteres Anstellungsverhältnis mit einer Pflegeperson, die unter die BVG-Beitragspflicht fallen könnte, nicht zu erwarten sei. Die Pflegepersonen würden sich zudem in ihren Heimatländern als selbständig Erwerbende betrachten, zumal sie öfters nur kurze und sich überschneidende Einsätze wahrnähmen, was in den vereinbarten Tagessätzen berücksichtigt sei.

E.
Nachdem die Ausgleichskasse des Kantons Bern die Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend: Vorinstanz) auf den Sachverhalt hingewiesen hatte, forderte diese mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 die Arbeitgeberin

auf, innert zwei Monaten eine gültige Anschlussvereinbarung einzureichen. Gleichzeitig drohte sie, die Arbeitgeberin zwangsweise anzuschliessen, wobei Kosten von mindestens Fr. 825.-- entstehen würden.

F.
Darauf reichte die Vertreterin am 5. Dezember 2015 die unterzeichnete «Anmeldung zum Anschluss» bei der Vorinstanz ein. Zwei Tage später folgten die Ein- und Austrittsmeldung der Arbeitnehmerin.

G.
Die Vorinstanz teilte der Vertreterin am 26. Januar 2016 mit, dass für die Arbeitnehmerin eine Freizügigkeitsleistung geschuldet sei, da sie bereits am 30. März 2015 ausgetreten sei. Zudem wurde ihr mitgeteilt, dass die Arbeitgeberin nicht auf freiwilliger Basis, sondern von Amtes wegen angeschlossen werden müsse.

H.
Mit Verfügung vom 10. Oktober 2016 schloss die Vorinstanz die Arbeitgeberin rückwirkend per 1. September 2014 an.

I.
Gegen diese Verfügung erhob die Arbeitgeberin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) am 12. November 2016 Beschwerde ans Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, die vorinstanzliche Verfügung vom 10. Oktober 2016 sei aufzuheben und es sei festzustellen, dass sie nicht zwangsweise an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG anzuschliessen sei. Zur Begründung bringt sie vor, sie sei von der Vorinstanz falsch informiert worden, weil diese die Auflage von Kosten nur in Aussicht gestellt habe, falls die Unterlagen nicht fristgerecht eingereicht würden. Hätte sie gewusst, dass sie diese Kosten ohnehin tragen müsse, hätte sie sich von Beginn an mit den im Weiteren festgehaltenen Argumenten gewehrt. Auch sei sie nicht auf die Möglichkeit eines Wiedererwägungsgesuchs hingewiesen worden, obwohl diese auf der Website der Vorinstanz aufgeführt sei. Die Vorinstanz lege nicht dar, wie eine angeblich geschuldete Freizügigkeitsleistung zu berechnen und mit der Arbeitnehmerin abzuwickeln sei. Die getroffene Lohnvereinbarung müsse neu berechnet werden, weil die Parteien von falschen Voraussetzungen ausgegangen seien. Die Arbeitnehmerin stelle keinerlei Ansprüche. Aus den (nachträglichen) Einzahlungen entstände eine Freizügigkeitsleistung in gleicher Höhe, die sofort wieder an die Arbeitnehmerin auszuzahlen sei, da sie die Schweiz definitiv verlassen habe. Es sei unverhältnismässig, für diesen Einzelfall einen zwangsweisen Anschluss an die

Stiftung zu verfügen und dafür Gebühren und Kosten, die einen Anteil von 45% der der Arbeitnehmerin netto verbleibenden Auszahlung ausmachten, zu verursachen. Die Verfügung verletze den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und stelle einen Missbrauch des Ermessens im Sinne einer Ermessensunterschreitung dar. Zudem sei die Bezeichnung der Beschwerdeführerin in der Verfügung als «Einzelfirma» nicht korrekt. Allenfalls liege eine unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vor. Ein zwangsweiser Anschluss sei auch unter Berücksichtigung des Alters der Beschwerdeführerin unverhältnismässig. Sie werde nie mehr Arbeitgeberin sein. Sie wehre sich nicht nur aus finanziellen Gründen gegen den Zwangsanschluss, sondern sie befürchte auch, in «die Mühlen» der Vorinstanz und deren Administration zu geraten, denen sie bis zum Lebensende nicht mehr entkomme.

Zusammen mit der Beschwerde reichte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege ein.

J.
Mit Zwischenverfügung vom 16. November 2016 hiess das Bundesverwaltungsgericht das Gesuch um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung gut, wies aber das Gesuch um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsvertreters ab.

K.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 10. Januar 2017, die Beschwerde unter Kostenfolge abzuweisen. Zur Begründung führt sie zusammengefasst aus, die Arbeitnehmerin unterliege aufgrund der Höhe ihres Einkommens der Versicherungspflicht in der beruflichen Vorsorge. Auf das Arbeitsverhältnis sei schweizerisches Recht anwendbar, wonach sie als unselbständig Erwerbstätige gelte. Die Versicherungspflicht bestehe unabhängig von Willenserklärungen der Parteien. Die Beiträge seien von der Beschwerdeführerin zu erheben. Ein freiwilliger Anschluss sei nicht mehr möglich, da bereits eine Freizügigkeitsleistung entstanden sei. Die Beschwerdeführerin sei in der Verfügung versehentlich als «Einzelfirma» bezeichnet worden. Damit die Freizügigkeitsleistung ausbezahlt werde, müsse die Arbeitnehmerin einen Antrag stellen. Auf die Freizügigkeitsleistung könne nicht verzichtet werden. Die Vorinstanz habe in Bezug auf die Vornahme eines Zwangsanschlusses keinerlei Ermessensspielraum. Auch auf die Solvenz des Arbeitsgebers komme es nicht an. Sie werde die angefochtene Verfügung nicht in Wiedererwägung ziehen.

Auf die weiteren Vorbringen in den Eingaben der Parteien wird – soweit dies für den Entscheid wesentlich ist – im Rahmen der folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (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), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Eine solche liegt im vorliegenden Fall nicht vor und die Vorinstanz kann zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a und b und Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (BVG, SR 831.40) Verfügungen erlassen (Art. 60 Abs. 2bis BVG). Die Vorinstanz ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 VGG, zumal sie öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt (Art. 33 Bst. h VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 4 BVG). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist somit gegeben.

1.2 Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG). Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

1.3 Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid (vorliegend die Verfügung vom 10. Oktober 2016) in vollem Umfang überprüfen. Die Beschwerdeführerin kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Unangemessenheit rügen (Art. 49 Bst. c VwVG; vgl. Urteil des BVGer C-3706/2015 vom 29. Januar 2016 E. 1.3; ANDRÉ MOSER/MICHAEL BEUSCH/LORENZ KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.149 ff.; ULRICH HÄFELIN/GEORG MÜLLER/FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1146 ff.).

1.4 Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (vgl. Art. 62 Abs. 4 VwVG). Es kann die Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen, die von jener der Vorinstanz abweicht (vgl. BGE 128 II 145 E. 1.2.2, 127 II 264 E. 1b; Urteil des BVGer A-4204/2016 vom 8. März 2017 E. 1.4; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, a.a.O., Rz. 1.54; PIERRE MOOR/ETIENNE POLTIER, Droit administratif, Bd. II, 3. Aufl. 2011, Ziff. 2.2.6.5).

2.

2.1

2.1.1 Die Berufliche Vorsorge umfasst alle Massnahmen auf kollektiver Basis, die den älteren Menschen, den Hinterbliebenen und Invaliden beim Eintreten eines Versicherungsfalles (Alter, Tod oder Invalidität) zusammen mit den Leistungen der eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung (AHV/IV) die Fortsetzung der gewohnten Lebenshaltung in angemessener Weise erlauben (Art. 113 Abs. 2 Bst. a Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 1 Abs. 1 BVG).

2.1.2 Grundsätzlich der obligatorischen Versicherung des BVG unterstellt sind die bei der AHV versicherten Arbeitnehmenden (Art. 5 Abs. 1 BVG), die das 17. Altersjahr überschritten haben und bei einem Arbeitgeber mehr als den gesetzlichen Jahresmindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 5 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) erzielen. Dieser Mindestlohn wurde bisher verschiedene Male der Entwicklung in der AHV angepasst (vgl. Art. 9 BVG) und betrug in den vorliegend zu beurteilenden Jahren Fr. 21'060.-- (2014) bzw. 21‘150.-- (2015; vgl. den zu jenem Zeitpunkt gültigen Art. 5 BVV 2 [AS 2012 6347 bzw. AS 2014 3343]; statt vieler: Urteile des BVGer A-4204/2016 vom 8. März 2017 E. 2.1.2, A-6240/2015 vom 2. März 2016 E. 2, A-5081/2014 vom 16. Februar 2016 E. 2.1.2, C-3706/2015 vom 29. Januar 2016 E. 2.1).

2.2

2.2.1 Beschäftigt ein Arbeitgeber Arbeitnehmer, die obligatorisch zu versichern sind, muss er eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). Verfügt der Arbeitgeber nicht bereits über eine

Vorsorgeeinrichtung, hat er eine solche im Einverständnis mit seinem Personal oder der allfälligen Arbeitnehmervertretung zu wählen (Art. 11 Abs. 2 BVG). Der Anschluss erfolgt jeweils rückwirkend auf das Datum des Stellenantrittes der zu versichernden Person (Art. 11 Abs. 3 BVG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 BVG; Urteil des BVGer A-4204/2016 vom 8. März 2017 E. 2.2.1).

Gemäss Art. 11 Abs. 4 BVG überprüft die AHV-Ausgleichskasse, ob die von ihr erfassten Arbeitgeber einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind. Sie fordert Arbeitgeber, die ihrer Pflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 BVG nicht nachkommen, auf, sich innerhalb von zwei Monaten einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen (Art. 11 Abs. 5 BVG). Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung der AHV-Ausgleichskasse nicht fristgemäss nach, so meldet diese ihn der Auffangeinrichtung BVG rückwirkend zum Anschluss (Art. 11 Abs. 6 BVG).

2.2.2 Die Auffangeinrichtung BVG ist eine Vorsorgeeinrichtung. Sie ist verpflichtet, Arbeitgeber, die ihrer Pflicht zum Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nicht nachkommen, anzuschliessen (Art. 60 Abs. 1 und 2 Bst. a BVG). Der Anschluss erfolgt – wie erwähnt – rückwirkend (vgl. Art. 11 Abs. 3 BVG).

Die Auffangeinrichtung amtet auch als «gewöhnliche» Vorsorgeeinrichtung, indem sie Arbeitgeber auf deren Begehren anschliesst (Art. 60 Abs. 2 Bst. b BVG). Im Gegensatz zu allen anderen Vorsorgeeinrichtungen besteht für sie keine Vertragsfreiheit, d.h. sie kann sich ihre Vertragspartner nicht frei auswählen, sondern ist aufgrund von Art. 60 Abs. 2 Bst. b BVG verpflichtet, einen Arbeitgeber, der sich ihr anschliessen will, anzuschliessen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute: Bundesgericht] B 72/04 vom 31. Januar 2006 E. 5.1 und dort zitierte Literatur).

2.2.3 Eine spezielle Konstellation ist in Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG angesprochen: Gemäss Art. 12 Abs. 1 BVG haben die Arbeitnehmer oder ihre Hinterlassenen Anspruch auf die gesetzlichen Leistungen, auch wenn sich der Arbeitgeber noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat. Diese Leistungen werden, wie in Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG festgehalten, von der Auffangeinrichtung ausgerichtet. Entsteht der gesetzliche Anspruch eines Arbeitnehmers auf Versicherungs- oder Freizügigkeitsleistung zu einem Zeitpunkt, an dem sein Arbeitgeber noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, so wird der Arbeitgeber von Gesetzes wegen für alle dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmer der Auffangeinrichtung ange-

schlossen (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 28. August 1985 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge [SR 831.434; nachfolgend: Verordnung Auffangeinrichtung]; BGE 129 V 237 E. 5.1; Urteile des BVGer A-4204/2016 vom 8. März 2017 E. 2.2.3, C-2225/2012 vom 19. November 2013 E. 3.2.2).

Während die blosse Säumnis des Arbeitgebers, sich an eine Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen, zu einem Zwangsanschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG führt, richtet sich der Anschluss, sobald vor dem Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung Leistungsansprüche entstanden sind, nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG. Das Bundesgericht hat denn auch in BGE 130 V 526 E. 4.3 festgehalten, dass es sich bei der Verfügung nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG um eine Gestaltungsverfügung handle, durch welche dem Arbeitgeber neue Pflichten auferlegt werden. Der Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG hingegen erfolge aufgrund des Gesetzes und die entsprechende Verfügung der Vorinstanz habe deshalb bloss feststellenden Charakter. Sind Leistungsansprüche entstanden, ist somit ein freiwilliger Anschluss nicht mehr möglich.

Wie der Zwangsanschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG und der freiwillige Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. b BVG erfolgt der Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG rückwirkend auf den Zeitpunkt, in welchem zu versicherndes Personal erstmals seine Stelle antritt (E. 2.2.1 und Art. 3 Abs. 1 der Verordnung Auffangeinrichtung).

Weist der Arbeitgeber – nach einem Anschluss gestützt auf Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG – nach, dass eine andere Vorsorgeeinrichtung auch die bisherigen Verpflichtungen der Auffangeinrichtung übernimmt, so wird der Anschluss des Arbeitgebers bei der Auffangeinrichtung auf den Zeitpunkt der Verpflichtungsübernahme durch die andere Vorsorgeeinrichtung aufgehoben (Art. 2 Abs. 2 der Verordnung Auffangeinrichtung).

2.3 Gemäss Art. 11 Abs. 7 BVG stellt die Auffangeinrichtung BVG dem säumigen Arbeitgeber den von ihm verursachten Verwaltungsaufwand in Rechnung. Dies wird auch in Art. 3 Abs. 4 der Verordnung Auffangeinrichtung erwähnt, wonach der Arbeitgeber der Auffangeinrichtung BVG alle Aufwendungen zu ersetzen hat, die dieser in Zusammenhang mit seinem Anschluss entstehen. Detailliert geregelt sind die entsprechenden Kosten sodann im Kostenreglement der Auffangeinrichtung BVG. Dieses Reglement (in der seit 1. Januar 2016 geltenden Fassung) bildet (auch im vorliegenden Fall) integrierenden Bestandteil der Anschlussverfügung.

2.4 Schriftliche Verfügungen müssen unter anderem mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen sein, die das zulässige ordentliche Rechtsmittel, die Rechtsmittelinstanz und die Rechtsmittelfrist nennt (Art. 35 Abs. 1 und 2 VwVG). Hingegen muss und soll auf die ausserordentlichen Rechtsmittel nicht hingewiesen werden (LORENZ KNEUBÜHLER, in: Auer/Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, 2008, Art. 35 Rz. 23). Bei der Wiedererwägung handelt es sich nicht um ein ordentliches Rechtsmittel, sondern einen formlosen Rechtsbehelf (HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 1272). Auf die Möglichkeit einer Wiedererwägung ist daher in der Rechtsmittelbelehrung nicht hinzuweisen.

2.5

2.5.1 Der Grundsatz von Treu und Glauben zählt zu den fundamentalen Rechtsprinzipien (Art. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB, SR 210]). Er ist im Sinn einer grundlegenden Handlungsmaxime in Art. 5 Abs. 3 BV verankert und verleiht den Privaten in Art. 9 BV einen grundrechtlichen Anspruch auf Schutz ihres berechtigten Vertrauens in das bestimmte Erwartungen begründende Verhalten der Behörden (BGE 138 I 49 E. 8.3.1; Urteile des BVGer A-4321/2015 vom 9. Mai 2016 E. 3.2.1, A-4837/2015 vom 25. Januar 2016 E. 5.1 je mit Hinweisen).

2.5.2 Eine (selbst unrichtige) Auskunft, welche eine Behörde dem Bürger erteilt, kann unter gewissen Umständen Rechtswirkungen entfalten. Voraussetzung dafür ist, dass a) die Auskunft vorbehaltlos erteilt wurde, b) die Auskunft sich auf eine konkrete, den betroffenen Bürger berührende Angelegenheit bezieht, c) die Amtsstelle, welche die Auskunft erteilte, hierfür zuständig war oder der Bürger sie aus zureichenden Gründen als zuständig betrachten durfte, d) der Bürger die Unrichtigkeit der Auskunft nicht ohne Weiteres erkennen konnte, e) der Bürger im Vertrauen hierauf nicht ohne Nachteil rückgängig zu machende Dispositionen traf, f) die Rechtslage zur Zeit der Verwirklichung noch die Gleiche wie im Zeitpunkt der Auskunftserteilung ist, sowie g) das Interesse an der richtigen Durchsetzung des objektiven Rechts dasjenige des Vertrauensschutzes nicht überwiegt (BGE 137 II 182 E. 3.6.2; Urteile des BVGer A-4321/2015 vom 9. Mai 2016 E. 3.2.1, A-3437/2015 vom 2. Mai 2016 E. 2.9.1, A-4837/2015 vom 25. Januar 2016 E. 5.2; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 667 ff.; PIERRE TSCHANNEN/ULRICH ZIMMERLI/MARKUS MÜLLER, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl. 2014, § 22 Rz. 15 f.; ANDREAS AUER/GIORGIO MALINVERNI/MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Bd. II, 3. Aufl. 2013, N. 1173 ff.; THIERRY TANQUEREL, Manuel de droit administratif, 2011, N. 578).

3.
Im vorliegenden Fall gilt es zu überprüfen, ob die Vorinstanz zu Recht einen Zwangsanschluss gestützt auf Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG verfügt hat (nachfolgend E. 3.1) und anschliessend, ob die Gebührenauflage rechtmässig ist (E. 3.2).

3.1
3.1.1 Nicht umstritten ist zwischen den Parteien, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. September 2014 eine Arbeitnehmerin beschäftigte, die der obligatorischen Versicherungspflicht untersteht (E. 2.1.2). Ebenso wenig ist strittig, dass kein Anschluss an eine Pensionskasse bestand (E. 2.2.1). Weiter ist nicht umstritten, dass die Arbeitnehmerin per 30. März 2015 aus dem Dienst ausgetreten ist.

Die Vorinstanz stützt den Zwangsanschluss gemäss Ziffer 1 der Begründung der angefochtenen Verfügung auf Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG, die Beschwerdeführerin beantragte im Verlauf des Verfahrens einen Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. b BVG (wobei sie im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht nur die Aufhebung der Verfügung sowie die Feststellung, sie sei nicht zwangsweise anzuschliessen, verlangt). Wie nachfolgend zu zeigen ist, ist weder ein Anschluss nach der einen noch nach der anderen Bestimmung zulässig, vielmehr erfolgte der Anschluss von Gesetzes wegen nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG.

3.1.2 Entscheidend ist, dass die Arbeitnehmerin am 30. März 2015 aus dem Dienst ausgetreten ist. Wie die Vorinstanz zu Recht festhält, erwarb die Arbeitnehmerin mit dem Austritt am 30. März 2015 einen gesetzlichen Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung (Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [Freizügigkeitsgesetz, FZG, SR 831.42]), und zwar unabhängig davon, ob sie diesen jemals geltend machen wird. Zu diesem Zeitpunkt war die Arbeitgeberin noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen. Wie in E. 2.2.3 ausgeführt, wurde die Arbeitgeberin deshalb in diesem Zeitpunkt von Gesetzes wegen – sozusagen «automatisch» – der Auffangeinrichtung angeschlossen, und zwar aufgrund von Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG. Wie in E. 2.2.3 ebenfalls dargelegt, beruht der Anschluss in dieser Konstellation auf der gesetzlichen Vorschrift, ohne dass es der Rechtsgestaltung durch eine Verfügung der Vorinstanz bedarf. Die Verfügung vom 10. Oktober 2016 hat somit lediglich feststellenden Charakter; der Anschluss an die Vorinstanz «geschah» jedoch am 30. März 2015, und zwar rückwirkend auf den 1. September 2014.

3.1.3 Dass es sich um eine Feststellungsverfügung handelt, lässt sich dem Wortlaut von Dispositiv-Ziffer I der angefochtenen Verfügung vom 10. Oktober 2016 nicht entnehmen: Diese hält fest, dass der Arbeitgeber (bzw. die Arbeitgeberin) rückwirkend per 1. September 2014 zwangsweise der Vorinstanz angeschlossen werde. Das würde aber lediglich gelten, wenn der Anschluss aufgrund von Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG erfolgen würde, wovon die Vorinstanz bekanntlich ausgegangen ist. Aufgrund der abweichenden Begründung des Bundesverwaltungsgerichts muss die Beschwerde in dem Sinn gutgeheissen werden, dass Ziffer I des Dispositivs der angefochtenen Verfügung zwar aufzuheben, aber durch den nachfolgenden Wortlaut zu ersetzen ist: «Es wird festgestellt, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. September 2014 der Stiftung Auffangeinrichtung angeschlossen ist.»

3.1.4 An diesem Resultat vermögen auch die weiteren Einwände der Beschwerdeführerin nichts zu ändern:

3.1.4.1 Die Beschwerdeführerin führt aus, die Vorinstanz habe sie mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 aufgefordert, innert zwei Monaten eine gültige Anschlussvereinbarung einzureichen, andernfalls ein zwangsweiser Anschluss erfolge, wobei Kosten von mindestens Fr. 825.-- entstehen würden. Um dieser Androhung auszuweichen habe die Beschwerdeführerin fristgerecht am 5. Dezember 2015 die unterzeichnete «Anmeldung zum Anschluss» bei der Vorinstanz eingereicht und zwei Tage später seien auch die von der Arbeitnehmerin unterzeichnete Ein- und Austrittsmeldung eingereicht worden.

Zu diesem Zeitpunkt war jedoch ein freiwilliger Anschluss (Anschluss auf Begehren der Arbeitgeberin nach Art. 60 Abs. 2 Bst. b BVG) nicht mehr möglich, weil, wie ausgeführt, mit dem Austritt der Arbeitnehmerin am 30. März 2015 ein Anschluss von Gesetzes wegen erfolgt war. Da die Arbeitgeberin somit bereits bei der Vorinstanz angeschlossen war, war kein freiwilliger Anschluss an die Vorinstanz mehr möglich; ein solcher ist nur denkbar, solange keine Leistungsansprüche entstanden sind (E. 2.2.3).

3.1.4.2 Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei auf Grund der Formulierung im Schreiben der Vorinstanz vom 9. Oktober 2015 in gutem Glauben davon ausgegangen, dass ein zwangsweiser Anschluss mit Kosten von Fr. 825.-- nur verfügt würde, falls sie die Unterlagen nicht bis zum 8. Dezember 2015 vorlege. Hätte sie gewusst, dass die Vorinstanz so oder anders derartige Kosten in Rechnung stelle, hätte sie sich schon damals mit den nunmehr dargelegten Gründen zur Wehr gesetzt.

Abgesehen davon, dass es dem Schreiben der Vorinstanz schon an einer entsprechenden Zusicherung mangelt und die Beschwerdeführerin nicht ausführt, welche nicht ohne Nachteil rückgängig zu machenden Dispositionen sie darauf gestützt vorgenommen haben will (E. 2.5.2), scheitert die Anrufung des Schutzes von Treu und Glauben auch daran, dass der Anschluss von Gesetzes wegen vorgesehen ist. Daher ist nicht davon auszugehen, dass die Vorinstanz anders entschieden hätte, wenn sie die nunmehr vorgebrachten Einwände der Beschwerdeführerin gekannt hätte. Aus diesem Argument kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten.

3.1.4.3 Was die Rechtsmittelbelehrung der Vorinstanz anbelangt, ist der Beschwerdeführerin zwar zuzustimmen, dass darin kein Hinweis auf die Möglichkeit einer Wiedererwägung vorhanden ist. Die Rechtsmittelbelehrung ist aber dennoch nicht zu beanstanden, weil es sich bei der Wiedererwägung nicht um ein ordentliches Rechtsmittel handelt. Auf diese Möglichkeit war daher nicht hinzuweisen (E. 2.4). Im Übrigen hat die Vorinstanz in ihrer Vernehmlassung vom 10. Januar 2017 klar festgehalten, dass sie keinen Grund sieht, die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung zu ziehen, was sie aufgrund von Art. 58 Abs. 1 VwVG noch hätte tun können.

3.1.4.4 Ob der Lohn damals anders festgelegt worden wäre, wenn die Parteien um die BVG-Pflicht gewusst hätten, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. In der Beschwerde wird festgehalten, auszugehen sei von einem Tagesansatz von Fr. 130.--. Schon dieser Tagesansatz führt zu einem Lohn, der über dem Mindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG liegt (E. 2.1.2), weshalb die Beschwerdeführerin selbst dann von Gesetzes wegen angeschlossen worden wäre, wenn nicht noch weitere Lohnbestandteile hinzugerechnet würden.

3.1.4.5 Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, ist auf den vorliegenden Sachverhalt schweizerisches Recht anwendbar. Wie die Anstellung der Arbeitnehmerin an deren jetzigen Wohnsitz qualifiziert würde, ist unerheblich.

3.1.4.6 Ebenfalls unerheblich ist, ob die Arbeitnehmerin ihren Anspruch auf die Freizügigkeitsleistung nicht geltend machen möchte. Selbst wenn sie dies nicht täte, änderte dies nichts daran, dass sie von Gesetzes wegen einen Anspruch darauf hat (E. 3.1) und dass die Beschwerdeführerin von Gesetzes wegen an die Vorinstanz angeschlossen ist.

3.1.4.7 Was die Bezeichnung der Beschwerdeführerin als «Einzelfirma» anbelangt, hat die Vorinstanz in der Vernehmlassung festgehalten, dass dies versehentlich geschehen ist. Wie die Vorinstanz zu Recht vorbringt, ändert diese Bezeichnung aber nichts daran, dass die Beschwerdeführerin zwangsweise anzuschliessen war bzw. recte: von Gesetzes wegen angeschlossen war. Damit liegt keine unrichtige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts vor.

3.1.4.8 Aufgrund der klaren gesetzlichen Lage, die keine Verhältnismässigkeitsprüfung im Einzelfall vorsieht, ist auf das Vorbringen der Beschwerdeführerin, der Zwangsanschluss sei im konkreten Fall unverhältnismässig, nicht einzugehen. Der Vorinstanz steht hier auch kein Ermessen zu. Auch den Lebensumständen der Beschwerdeführerin kann keine Rechnung getragen werden, denn die berufliche Vorsorge soll – wie die Vorinstanz zu Recht ausführt – den Arbeitnehmenden unabhängig von den Lebensumständen der Arbeitgeberin – wozu auch deren wirtschaftliche Situation zählt – zukommen.

3.1.4.9 Schliesslich sind Fragen zur Erhebung der Beiträge und zur Auszahlung der Freizügigkeitsleistung nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens, weshalb darauf nicht einzugehen ist. Diese Fragen hätten sich zudem in gleicher Weise bei einem freiwilligen Anschluss gestellt.

3.2

3.2.1 Die Beschwerdeführerin wehrt sich gemäss der Begründung auch gegen die Kosten des Anschlusses. Die Vorinstanz geht davon aus, dass die Kostenauflage rechtmässig sei.

3.2.2 Die Vorinstanz hat der Beschwerdeführerin Fr. 450.-- für die Verfügung und Fr. 375.-- für den Zwangsanschluss in Rechnung gestellt, insgesamt somit Fr. 825.--. Sie hat sich dabei auf das Kostenreglement vom 1. Januar 2016 bezogen, auf welches in Ziffer III des Dispositivs der Verfügung Bezug genommen und welches der Verfügung beigelegt wurde.

Dieses sieht vor, dass für die Verfügung und Durchführung des Zwangsanschlusses Fr. 825.-- erhoben werden. Das Kostenreglement erwähnt somit die beiden in der angefochtenen Verfügung separat ausgewiesenen Positionen nur als Summe, was nichts schadet. Es unterscheidet jedoch nicht ausdrücklich zwischen einem Zwangsanschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG und einem Anschluss von Gesetzes wegen nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG.

3.2.3 Die Frage, ob der Begriff «Zwangsanschluss» vorliegend nur den Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a oder auch jenen nach Bst. d BVG umfasst, kann aus den nachfolgenden Gründen offen gelassen werden:

Bei den Gebühren, die die Auffangeinrichtung in Rechnung stellt, handelt es sich um Kausalabgaben, d.h. um die Gegenleistung für eine staatliche Leistung, welche die Auffangeinrichtung zugunsten der pflichtigen Arbeitgeberin erbracht hat (BGE 138 II 70 E. 5 mit weiteren Hinweisen; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, a.a.O., Rz. 2760). Obwohl das Legalitätsprinzip im Abgaberecht grundsätzlich streng gehandhabt wird, hat die Rechtsprechung die strengen Vorgaben bei gewissen Kausalabgaben gelockert, nämlich dort, wo das Mass der Abgabe unter dem Blickwinkel des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips überprüft werden kann (BGE 141 V 509 E. 7.1.1, 140 I 176 E. 5.2, je mit Hinweisen; Urteile des BVGer A-4204/2016 vom 8. März 2017 E. 3.2.3, A-6867/2015 vom 8. Februar 2016 E. 2.4).

Dass das Kostendeckungsprinzip im vorliegenden Zusammenhang gilt, ergibt sich bereits aus Art. 11 Abs. 7 BVG und Art. 3 Abs. 4 Verordnung Auffangeinrichtung (E. 2.3). Es verlangt, dass der Gebührenertrag die gesamten Kosten der betreffenden Verwaltungseinheit nicht übersteigen soll. Der Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG verursacht grundsätzlich denselben Aufwand wie ein Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG. Dass die Gebühren für den Zwangsanschluss nach Bst. a rechtskonform sind, hat das Bundesverwaltungsgericht wiederholt entschieden (vgl. unter vielen A-5081/2014 vom 16. Februar 2016 E. 3.3.1 mit weiteren Hinweisen). Demzufolge sind sie es auch für den Anschluss von Gesetzes wegen nach Bst. d. Das Gleiche gilt auch unter dem Blickwinkel des Äquivalenzprinzips: Nach diesem darf die Gebühr nicht in einem offenen Missverhältnis zum objektiven Wert der Leistung stehen (BGE 140 I 176 E. 5.2 mit Hinweisen). Dies ist nicht der Fall; er entspricht vielmehr einer aufwandorientierten Betrachtung aus der Optik der Leistungserbringerin.

Das Mass der Abgabe ist somit unter dem Blickwinkel des Kostendeckungs- und des Äquivalenzprinzips angemessen.

3.2.4 Wie bereits festgehalten, wurde die Beschwerdeführerin am 30. März 2015 von Gesetzes wegen rückwirkend auf den 1. September 2014 an die Auffangeinrichtung BVG angeschlossen. Sie hatte es unterlassen, sich pflichtgemäss einer Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen. Somit hat sie das Verfahren bei der Vorinstanz selbst verursacht. Damit wurden ihr die mit

der Feststellung des Anschlusses einhergehenden Kosten zu Recht auferlegt (vgl. Urteil des BVGer C-4897/2011 vom 2. Juli 2014 E. 4.1).

4.
Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde in dem Sinn teilweise gutzuheissen, dass die Formulierung von Ziffer I des Dispositivs der angefochtenen Verfügung aufgrund von Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG angepasst wird, im Übrigen ist sie jedoch abzuweisen.

4.1 Die Kosten des Verfahrens vor Bundesverwaltungsgericht werden grundsätzlich der Partei entsprechend dem Obsiegen bzw. Unterliegen auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Obwohl die Beschwerde formell teilweise gutgeheissen wird, liegt im Resultat eine vollumfängliche Abweisung vor, indem der Anschluss an die Vorinstanz rückwirkend auf den 1. September 2014 und die in Rechnung gestellten Gebühren bestätigt werden. Ausgangsgemäss hätte die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu tragen. Zufolge Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung sind ihr indessen keine Kosten aufzuerlegen.

4.2 Eine Parteientschädigung ist unter diesen Umständen nicht geschuldet (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird in dem Sinn teilweise gutgeheissen, dass Ziffer I des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 10. Oktober 2016 aufgehoben und durch den nachfolgenden Wortlaut ersetzt wird: «Es wird festgestellt, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. September 2014 der Stiftung Auffangeinrichtung BVG angeschlossen ist.» Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben und keine Parteientschädigungen zugesprochen.

3.
Dieses Urteil geht an:
– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. …; Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)
– die Oberaufsichtskommission BVG (Gerichtsurkunde)

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Marianne Ryter	Susanne Raas

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 BGG). 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 (Art. 42 BGG).

Versand: