Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-5692/2016

Urteil vom 12. Juni 2017

Besetzung

Richter Michael Beusch (Vorsitz),
Richter Pascal Mollard, Richter Daniel Riedo,
Gerichtsschreiberin Monique Schnell Luchsinger.

Parteien

A._____GmbH,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Zwangsanschluss BVG.

Sachverhalt:

A.
Die A._____GmbH (vormals …) ist seit dem (…) im Schweizerischen Handelsregister eingetragen (vgl. …). Die Gesellschaft bezweckt aktuell im Wesentlichen (…). B._____ (nachfolgend vormalige Gesellschafterin) war vom 17. November 2011 (Tagesregister) bis zum 13. Februar 2015 (Tagesregister) alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift und mit 20 Stammanteilen zu je Fr. 1‘000.--. Seit dem 13. Februar 2015 ist C._____ (nachfolgend nachmalige Gesellschafterin) als Gesellschafterin mit Kollektivunterschrift zu Zweien und mit 20 Stammanteilen zu je Fr. 1‘000.-- im Handelsregister eingetragen. Die vormalige Gesellschafterin ist seither als Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift im Handelsregister eingetragen. Per 19. Januar 2016 (Tagesregister) wurde die Funktion der Geschäftsführerin an die nachmalige Gesellschafterin übertragen.

B.
Gemäss den Lohnbescheinigungen der Ausgleichskasse Schwyz richtete die Gesellschaft in den Jahren 2012 bis 2015 folgende Löhne aus:

Jahr	Name	Geb.-datum	Beitrags-dauer	Lohnsumme in Fr.
2012	Mitarbeiterin D.	18.07.67	01.-12.	7‘952.70
2013	vormalige Gesell-schafterin	10.08.51	01.-12.	96‘000.--
	Mitarbeiterin D.	18.07.67	01.-12.	5‘084.--
2014	vormalige Gesell-schafterin	10.08.51	01.-12.	96‘000.--
	Mitarbeiterin D.	18.07.67	01.-12.	4‘414.--
2015	vormalige Gesell-schafterin	10.08.51	01.-12.	60‘000.--
	Mitarbeiterin D.	18.07.67	01.-12.	2‘600.--

C.
Nach einer Arbeitgeberkontrolle teilte die Ausgleichskasse Schwyz mit Schreiben vom 9. Dezember 2015 der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend Auffangeinrichtung) mit, dass die Gesellschaft seit 2012 Löhne deklariert, sich aber keiner registrierten Vorsorgeeinrichtung nach BVG angeschlossen habe.

D.
Nach weiteren Abklärungen bei der Ausgleichskasse Schwyz gelangte die Auffangeinrichtung mit Schreiben vom 19. Januar 2016 an die Gesellschaft und verlangte den Nachweis, dass Letztere sich einer registrierten Einrichtung der beruflichen Vorsorge angeschlossen habe oder die Mitarbeitenden nicht der obligatorischen beruflichen Vorsorge unterstellt seien.

E.
Mit Schreiben vom 28. Januar 2016 teilte die damalige Treuhänderin der Gesellschaft der Auffangeinrichtung mit, dass die vormalige Gesellschafterin bis zum 31. Dezember 2012 selbständig erwerbstätig gewesen sei. Ab dem 1. Januar 2013 bis zu ihrer Pensionierung im Jahre 2015 sei die vormalige Gesellschafterin die einzige beitragspflichtige Mitarbeiterin gewesen, weshalb sich der Aufwand nicht gelohnt habe, das BVG anzumelden.

F.
Nach weiterer Korrespondenz verfügte die Auffangeinrichtung am 17. August 2016 den zwangsweisen Anschluss der Gesellschaft per 1. Januar 2013. Ferner auferlegte sie der Gesellschaft Kosten für die Verfügung in der Höhe von Fr. 450.-- und für die Durchführung des Zwangsanschlusses in der Höhe von Fr. 375.--.

G.
Mit Schreiben vom 15. September 2016 (Einschreiben vom 14. September 2016) gelangt die Gesellschaft (nachfolgend auch Beschwerdeführerin) an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt sinngemäss, die Verfügung vom 17. August 2016 sei aufzuheben.

Zusammengefasst bringt die Gesellschaft vor, dass die vormalige Gesellschafterin früher eine Einzelfirma betrieben und diese im Hinblick auf einen geplanten Verkauf in eine GmbH umgewandelt habe. Die Verkaufsverhandlungen hätten sich über eine längere Zeit hingezogen und der erste Vorvertrag sei Mitte 2014 unterzeichnet worden. Die Geschäftsübergabe

habe per 1. Januar 2016 stattgefunden. Die vormalige Gesellschafterin habe darüber informiert, dass Ende 2015 eine AHV-Revision stattgefunden habe, wobei das fehlende BVG bemängelt worden sei. Die damalige Treuhänderin habe sofort interveniert. Da keine Reaktion auf dieses Schreiben gekommen sei, habe man angenommen, dass die Angelegenheit geregelt sei. Gemäss den Angaben der vormaligen Gesellschafterin handle es sich beim ausgewiesenen AHV-Lohn alsdann um ein Verwaltungsratshonorar, welches nicht BVG-pflichtig sei. Die Gesellschaft habe mit der vormaligen Gesellschafterin zudem eine Vereinbarung, wonach Forderungen aus dem Jahr 2015 und früher direkt durch die ehemalige Geschäftsführerin geregelt werden müssten. Die nachmalige Gesellschafterin sei bereits BVG-versichert, da sie neben ihrer Selbständigkeit (gemeint ist wohl die Tätigkeit für die Gesellschaft; eingefügt durch das Bundesverwaltungsgericht) zu 80 % als Angestellte für eine Praxisgemeinschaft in (…) tätig sei.

H.
Mit Vernehmlassung vom 31. Oktober 2016 beantragt die Auffangeinrichtung (nachfolgend auch Vorinstanz), die Beschwerde vom 15. September 2016 (Einschreiben vom 14. September 2016) sei vollumfänglich abzuweisen; unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

Zusammengefasst stellt sich die Vorinstanz auf den Standpunkt, dass die vormalige Gesellschafterin ein AHV-pflichtiges Jahreseinkommen erzielt habe, das die Lohnuntergrenze überschritten habe. Das BVG gewähre den beteiligten Sozialpartnern bei vorliegender Versicherungspflicht keinen aufwandbezogenen Ermessensspielraum. So könnten weder Arbeitgeber, Arbeitnehmer, noch die Vorsorgeeinrichtung bei gegebener Versicherungspflicht auf die Versicherung in der beruflichen Vorsorge aus anderen als dem in Art. 1j der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV2; SR 831.441.1) abschliessend aufgezählten Gründen verzichten. Auch wenn eine privatrechtliche Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und der vormaligen Gesellschafterin vorliege, könne diese Vereinbarung vorliegend keine Beachtung finden. Es könne auch nicht geltend gemacht werden, dass die Beschwerdeführerin von einer Erledigung der Angelegenheit habe ausgehen können. Die Vertreterin der Beschwerdeführerin habe mit Schreiben vom 28. Januar 2016 das rechtliche Gehör gewahrt. Die nachmalige Gesellschafterin sei bereits seit dem 13. Februar 2015 als Gesellschafterin der Beschwerdeführerin im Handelsregister eingetragen und hätte daher über die Vorgänge in der Gesellschaft informiert sein können. Anzumerken sei auch, dass ein Verwaltungsratshonorar ebenfalls der Versicherungspflicht

gemäss BVG unterliege. Im Übrigen sei die vormalige Gesellschafterin seit dem 13. Februar 2015 nur noch als Geschäftsführerin tätig gewesen, weshalb ein Verwaltungsratshonorar unwahrscheinlich erscheine. Arbeitgeberin sei die juristische Person.

Auf die Vorbringen der Parteien wird – soweit entscheidrelevant – in den folgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Eine solche liegt im vorliegenden Fall nicht vor. Die Vorinstanz ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 Bst. h VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 2 Bst. b und Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) und Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG, und kann zur Erfüllung der ihr übertragenen öffentlich-rechtlichen Aufgaben des Bundes nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a und b und Art. 12 Abs. 2 Verfügungen erlassen (Art. 60 Abs. 2bis BVG). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist somit gegeben.

Das Verfahren richtet sich gemäss Art. 37 VGG nach den Bestimmungen des VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt.

1.2 Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde berechtigt (vgl. Art. 48 Abs. 1 VwVG). Auf die im Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist einzutreten.

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid grundsätzlich in vollem Umfang überprüfen. Die beschwerdeführende Partei 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).

2.2 Im Beschwerdeverfahren gilt der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist verpflichtet, auf den unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten festgestellten Sachverhalt die richtigen Rechtsnormen und damit jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (BGE 119 V 347 E. 1a; ANDRÉ MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 1.54).

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 (BGE 142 I 135 E. 2.3).

3.

3.1 Nach den allgemeinen intertemporalen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (vgl. BGE 130 V 1 E. 3.2); dies unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen.

In materieller Hinsicht sind dagegen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung hatten (vgl. BGE 134 V 315 E. 1.2, 130 V 329 E. 2.3).

3.2 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 BV und Art. 1 BVG).

3.3 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 i.V.m. Art. 5 BVV2) 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 (Bst. a) sowie die natürlichen Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (Bst. b).

3.4 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).

3.5 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 140 V 241 E. 4.2, 123 V 161 E. 1; Urteil des BGer 2A.461/2006 vom 2. März 2007 E. 4.2).

3.6

3.6.1 Eine Arbeitnehmereigenschaft im Sinne des AHVG kann auch vorliegen, wenn zivilrechtlich kein Arbeitsvertrag, sondern z.B. ein Auftragsverhältnis besteht (BGE 122 V 169 E. 6a/aa S. 175). Der Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des BVG ist somit weiter als derjenige im Sinne des Arbeitsvertragsrechts (SZS 2004 S. 566, B 75/03; SVR 2001 BVG Nr. 2 S. 5, B 11/00). 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; Urteil des BVGer A-491/2013 vom 10. Dezember 2014 E. 2.1).

3.6.2 Das Bundesgericht hat weiter auch entschieden, dass der Mehrheitsinhaber einer GmbH, der operativ tätig ist und gleichzeitig strategische Entscheide des Unternehmens fällt, in vorsorgerechtlicher Hinsicht mit einem Alleinaktionär vergleichbar ist, der hauptberuflich als Direktionsmitglied in der Aktiengesellschaft tätig ist. Jener ist als Direktor Arbeitnehmer "seiner" Gesellschaft und dem Obligatorium unterstellt (Urteil des BGer 2A.461/2006 vom 2. März 2007 E. 4.4 m.Hw.; Urteile des BVGer

C-6353/2013 vom 13. Mai 2015 E. 3.1.1, C-8804/2010 vom 15. Mai 2013 E. 4.2).

3.6.3 Nach der Rechtsprechung stellt ein Verwaltungsratshonorar dann und soweit massgebender Lohn dar, wenn es an den Mandatsträger selber bezahlt wird (BGE 133 V 498 E. 5.2).

3.7 Der eine BVG-Pflicht begründende Mindestlohn (E. 3.3) wurde bisher verschiedene Male angepasst (vgl. Art 9 BVG). Im Jahr 2013 belief sich der gesetzliche Jahresmindestlohn auf Fr. 21'060.-- (damaliger Art. 5 BVV2 [AS 2012 6347]).

3.8 Gemäss Art. 2 Abs. 4 BVG bestimmt der Bundesrat, welche Arbeitnehmenden aus besonderen Gründen nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind. Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit Erlass von Art. 1j BVV2 nachgekommen. In dieser Bestimmung wird festgehalten, welche Arbeitnehmenden von der obligatorischen Versicherung ausgenommen sind (Urteil des BVGer A-7265/2016 vom 3. Mai 2017 E. 2.1.3).

3.9

3.9.1 Die Versicherungspflicht beginnt mit dem Antritt des Arbeitsverhältnisses (Art. 10 Abs. 1 BVG) und endet – unter Vorbehalt von Art. 8 Abs. 3 BVG – wenn das ordentliche Rentenalter (Art. 13 BVG) erreicht, das Arbeitsverhältnis aufgelöst oder der Mindestlohn unterschritten wird (Art. 10 Abs. 2 Bst. a – c).

3.9.2 Das ordentliche Rentenalter ergibt sich aus Art. 13 Abs. 1 BVG. Demnach haben Frauen, die das 64. Altersjahr zurückgelegt haben, Anspruch auf Altersleistungen (Art. 13 Abs. 1 Bst. b BVG i.V.m. Art. 62a Abs. 1 BVV2, in der Fassung der Änderung vom 18. August 2004, AS 2004 4279 4653, i.V.m. Art. 3 Abs. 1 AHVG). Allerdings erlaubt Art. 13 Abs. 2 BVG den Vorsorgeeinrichtungen, das Rentenalter in ihrem jeweiligen Reglement abweichend von der gesetzlichen Lösung festzulegen, sofern die Mindestansprüche der Versicherten gewahrt bleiben (vgl. BGE 133 V 575 E. 5; Urteil des BGer 9C_808/2009 vom 4. Februar 2010 E. 4.2). Dies gilt sowohl für den Vorbezug als auch für den Aufschub von Altersleistungen über das ordentliche Schlussalter im obligatorischen Bereich hinaus (Urteile des BGer 2C_189/2010 vom 10. Februar 2011 E. 2.2, 9C_808/2009 vom 4. Februar 2010 E. 4.2, 9C_770/2007 vom 14. März 2008 E. 3.4 m.Hw.; Urteile des BVGer A-3851/2016 vom 31. Januar 2017 E. 2.3, C-8377/2010 vom

16. Mai 2013 E. 5.1; ISABELLE VETTER-SCHREIBER, Kommentar zum BVG und FZG, 3. Aufl. 2013, Art. 13 N. 5).

3.10

3.10.1 Beschäftigt ein Arbeitgeber Arbeitnehmende, 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 i.V.m. Art. 10 Abs. 1 BVG).

3.10.2 Die Auffangeinrichtung ist eine Vorsorgeeinrichtung und 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 rückwirkend (vgl. Art. 11 Abs. 3 und 6 BVG). Gemäss Art. 60 Abs. 2bis BVG kann die Auffangeinrichtung zur Erfüllung dieser Aufgabe Verfügungen erlassen. Ein befristeter Anschluss wird in der Praxis dann verfügt, wenn zwar ein Anschluss bestand, für eine bestimmte Zeitspanne aber eine Lücke vorliegt (Urteile des BVGer A-1046/2016 vom 15. Dezember 2016 E. 2.7, A-532/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 2.2.2).

3.10.3 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 angeschlossen (Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 28. August 1985 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge [SR 831.434;

nachfolgend VOAE]; BGE 129 V 237 E. 5.1; Urteil des BVGer A-6967/2016 vom 12. Mai 2017 E. 2.2.3).

3.11

3.11.1 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 rückwirkend zum Anschluss (Art. 11 Abs. 6 BVG).

3.11.2 Während die blosse Säumnis des Arbeitgebers, sich einer 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 Eidgenössische Versicherungsgericht 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 (Urteil des BVGer A-6967/2016 vom 12. Mai 2017 E. 2.2.3).

3.11.3 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 vor der Ausrichtung von Leistungen nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG rückwirkend auf den Zeitpunkt, in welchem zu versicherndes Personal erstmals seine Stelle angetreten hat (E. 3.9.1 und Art. 3 Abs. 1 der VOAE).

3.11.4 Weist der Arbeitgeber nach einem Anschluss ex lege 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 VOAE).

3.12 Gemäss Art. 11 Abs. 7 BVG stellen die Auffangeinrichtung und die AHV-Ausgleichskasse dem säumigen Arbeitgeber den von ihm verursachten Verwaltungsaufwand in Rechnung. Dies wird auch in Art. 3 Abs. 4 VOAE erwähnt, wonach der Arbeitgeber der Auffangeinrichtung alle Aufwendungen zu ersetzen hat, die dieser in Zusammenhang mit seinem Anschluss entstehen. Detailliert geregelt sind die entsprechenden Kosten sodann im Kostenreglement der Auffangeinrichtung. Das Reglement (in der Fassung vom 1. Januar 2016) ist im vorliegenden Fall integrierter Bestandteil der Zwangsanschlussverfügung (vgl. Urteile des BVGer A-4204/2016 vom 8. März 2017 E. 2.3, A-5081/2014 vom 16. Februar 2016 E. 2.2.2, C-4897/2011 vom 2. Juli 2014 E. 4.1) und erweist sich – soweit hier interessierend – als rechtskonform (Urteile des BVGer A-2583/2016 vom 2. März 2017 E. 3.5, A-4387/2016 vom 3. Februar 2017 E. 2.5).

4.

4.1 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz am 17. August 2016 die Beschwerdeführerin rückwirkend per 1. Januar 2013 – zeitlich unbefristet – zwangsweise angeschlossen. Nachdem die vormalige Gesellschafterin am 10. August 2015 das 64. Altersjahr zurückgelegt und damit das gesetzliche Pensionsalter erreicht und gemäss Sachdarstellung der Beschwerdeführerin in der Folge die Unternehmung verlassen hat, war bereits vor dem Erlass der angefochtenen Verfügung ein Leistungsanspruch eingetreten, womit der Zwangsanschluss ex lege zu prüfen ist (vgl. E. 3.10.3).

4.2 Die Frage ist vorab, ob die Voraussetzungen für einen rückwirkenden Zwangsanschluss per 1. Januar 2013 erfüllt sind.

4.2.1 Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, ein Zwangsanschluss sei im vorliegenden speziellen Fall administrativ und wirtschaftlich unsinnig, weil die vormalige Gesellschafterin im Jahr 2015 ohnehin das ordentliche AHV-Alter erreicht habe, bis zum Jahre 2013 selbständig erwerbend und daher nicht obligatorisch BVG-versichert gewesen sei und die weitere Mitarbeiterin keinen beitragspflichtigen Lohn erzielt habe. Zudem handle es sich gemäss den Angaben der vormaligen Gesellschafterin beim AHV-Lohn de facto um ein Verwaltungsratshonorar, das nicht beitragspflichtig sei. Alsdann sei die nachmalige Gesellschafterin bereits aufgrund eines weiteren Angestelltenverhältnisses BVG-versichert. Schliesslich habe die frühere Treuhänderin dies bereits vorgebracht und man habe hierzu bis zum Erlass der vorliegend angefochtenen Verfügung nichts mehr gehört (vgl. Sachverhalt G).

4.2.2 Unstrittig ist, dass die Beschwerdeführerin ab dem 1. Januar 2013 der vormaligen Gesellschafterin einen Jahresbruttolohn ausgerichtet hat, der den zu einer BVG-Pflicht führenden Mindestlohn deutlich überschritt (E. 3.3). Anzeichen für eine Ausnahme im Sinne von Art. 2 Abs. 4 BVG in Verbindung mit Art. 1j BVV2 sind weder geltend gemacht noch aus den Akten ersichtlich (E. 3.8).

Ergänzend sei festgehalten, dass auch die nachmalige Gesellschafterin für ihre Tätigkeit für die Beschwerdeführerin grundsätzlich als Arbeitnehmerin und nicht als selbständig Erwerbende (E. 3.6.2) zu betrachten ist. Ob für sie eine Ausnahme im Sinne von Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV2 gegeben ist, wird die Vorinstanz allerdings erst im Rahmen der Beitragserhebung bzw. einer allfälligen Kündigung des Anschlussvertrages zu prüfen haben.

4.3 Es bleibt auf die Argumente der Beschwerdeführerin einzugehen, soweit diese nicht durch die vorstehenden Erwägungen ausdrücklich oder implizit widerlegt worden sind.

4.3.1 Aktenkundig sind sowohl die Reaktion der Treuhänderin per E-Mail vom 27. November 2015 an die AHV-Ausgleichskasse Schwyz, wonach die vormalige Gesellschafterin einen BVG-Anschluss als unnötig erachte, da sie im 2015 bereits die AHV erhalten habe, bisher kein BVG gehabt habe und sich deshalb die letzten beiden Jahre nicht mehr dem BVG unterstellen wollte, sowie die ähnlich lautende schriftliche Stellungnahme an die Auffangeinrichtung vom 28. Januar 2016. Die Auffangeinrichtung hatte der Beschwerdeführerin in Beantwortung des Schreibens vom 28. Januar 2016 mitgeteilt, dass die dargelegten Gründe irrelevant seien, eine Anschlusspflicht gegeben sei und eine entsprechende Verfügung folgen werde. In diesem Zeitpunkt war die Geschäftsübergabe bereits erfolgt, weshalb die nachmalige Gesellschafterin, die nunmehr auch die Funktion der Geschäftsführerin innehat, es sich selber zuzuschreiben hat, falls sie über den Fortgang der Angelegenheit nicht ausreichend informiert sein sollte.

4.3.2 Soweit die Beschwerdeführerin auf ihre Vereinbarung mit der vormaligen Gesellschafterin verweist und damit sinngemäss die Passivlegitimation bestreitet, ist vorab darauf hinzuweisen, dass die erwähnte Vereinbarung nicht aktenkundig ist. Eine solche Vereinbarung wäre aber ohnehin ohne Bedeutung, da er Beschwerdeführerin – wie die Vorinstanz zu Recht festhält – als juristische Person mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. Art. 772 Abs. 1 und Art. 779 Abs. 1 OR) die Arbeitgebereigenschaft nicht

nur gegenüber sämtlichen „normalen“ Angestellten, sondern auch gegenüber ihren mitarbeitenden Gesellschafterinnen zukommt (E. 3.6.2). Das vorliegende Verfahren richtet sich daher zu Recht gegen die Beschwerdeführerin. Alsdann ist der Vorinstanz auch darin zuzustimmen, dass die Versicherungspflicht nicht der Disposition der Parteien unterliegt, sondern gemäss den gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen ist. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Vereinbarung vermag allenfalls der Beschwerdeführerin gewisse zivilrechtliche Rückgriffsmöglichkeiten gegenüber der vormaligen Gesellschafterin zu eröffnen, selbstredend jedoch nicht die zwingenden Vorschriften des BVG zu ersetzen.

4.3.3 Anzumerken ist schliesslich, dass die Beschwerdeführerin die Rechtsform einer GmbH aufweist und demzufolge – anders als eine Aktiengesellschaft – keine Verwaltungsräte hat. Vielmehr werden die Geschäfte einer GmbH durch die Gesellschafter (oder allenfalls weiterer besonders bestellter Geschäftsführer) besorgt (Art. 809 Abs. 1 OR). Demzufolge konnte die vormalige Gesellschafterin für die Geschäftsführung der Beschwerdeführerin kein Verwaltungsratshonorar vereinnahmen. Ohnehin wäre nach der Rechtsprechung selbst ein Verwaltungsratshonorar versicherungspflichtig (E. 3.6.3).

4.4

4.4.1 Nach dem Dargelegten sind die Voraussetzungen für den zwangsweisen Anschluss an die Auffangeinrichtung per 1. Januar 2013 erfüllt. Indessen hat die vormalige Gesellschafterin das gesetzliche Pensionsalter bereits vor Erlass der angefochtenen Verfügung erreicht. Eine allfällige Weiterführung der Versicherung über das Pensionsalter hinaus fällt vorliegend gemäss den Ausführungen der Beschwerdeführerin zum Sachverhalt ausser Betracht, hat doch die Geschäftsübergabe per 1. Januar 2016 stattgefunden. Infolgedessen hat die vormalige Gesellschafterin bereits Anspruch auf Versicherungsleistungen (E. 3.10.3). Damit ist die Beschwerdeführerin per 1. Januar 2013 ex lege der Vorinstanz angeschlossen, was die Vorinstanz feststellungsweise zu verfügen hat.

4.4.2 Dass es sich um eine Feststellungsverfügung handelt, lässt sich dem Wortlaut von Dispositiv Ziffer I der angefochtenen Verfügung vom 17. August 2016 nicht entnehmen: Diese hält fest, dass der Arbeitgeber (bzw. die Arbeitgeberin) der Vorinstanz rückwirkend per 1. Januar 2013 zwangsweise angeschlossen wird. Aufgrund der abweichenden Begründung des Bundesverwaltungsgerichts ist die Beschwerde in dem Sinne gutzuheis-

sen, dass Ziffer I des Dispositivs zwar aufzuheben, aber durch den nachfolgenden Wortlaut zu ersetzen ist: „Es wird festgestellt, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. Januar 2013 der Stiftung Auffangeinrichtung BVG angeschlossen ist“.

4.4.3 Auch die von der Vorinstanz erhobenen Kosten für den Erlass der Verfügung betreffend Zwangsanschluss und dessen Durchführung sind geschuldet (E. 3.12; vgl. auch Urteil des BVGer A-6967/2017 vom 12. Mai 2017 E. 32.2 bis 3.2.4).

5.
Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten vor Bundesverwaltungsgericht zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG), da sie im Resultat mit ihrem Antrag unterliegt. Diese sind auf Fr. 800.-- festzusetzen (vgl. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird in dem Sinne teilweise gutgeheissen, dass Ziffer I des Dispositivs der angefochtenen Verfügung vom 17. August 2016 aufgehoben und durch den nachfolgenden Wortlaut ersetzt wird: „Es wird festgestellt, dass die Arbeitgeberin seit 1. Januar 2013 der Stiftung Auffangeinrichtung BVG angeschlossen ist“. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.
Die Verfahrenskosten von Fr. 800.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Der einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 800.-- wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

3.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. …; Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)
– die Oberaufsichtskommission (Gerichtsurkunde)

(Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.)

Der vorsitzende Richter:	Die Gerichtsschreiberin:
Michael Beusch	Monique Schnell Luchsinger

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 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: