Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung I
A-2714/2017

Urteil vom 23. Mai 2018

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),
Richter Pascal Mollard, Richter Daniel Riedo,
Gerichtsschreiberin Tanja Petrik.

Parteien

A._____ AG,
(…),
Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG,
Elias-Canetti-Strasse 2, Postfach, 8050 Zürich,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zwangsanschluss an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG.

Sachverhalt:

A.

A.a Die B._____ AG (UID-Nr. […]) wurde am 24. Juni 2014 umbenannt in die Firma C._____ AG. Gleichzeitig wurde die Adresse der Firma geändert, sie lautet neu (…) (vormals: […]). Ebenso wurde der Zweck geändert: Zuvor war der Betrieb einer (…) vorgesehen, neu diente die Aktiengesellschaft als reine Immobiliengesellschaft (vgl. Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons […]; eingesehen am 14. Mai 2018).

A.b Gleichentags wurde die Firma A._____ AG (UID-Nr. […]) im Handelsregister des Kantons (…) eingetragen und zwar unter der Adresse (…). Ihr Zweck umfasste den Betrieb einer (…) (vgl. Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons […]; eingesehen am 14. Mai 2018).

A.c Mittels Vertrag vom 27. Juni 2014 wurde vereinbart, die Aktiven und Passiven, die mit dem Betrieb der (…) in Zusammenhang stehen, rückwirkend auf den 1. Januar 2014 von der C._____ AG (vormals B._____ AG) auf die neu gegründete A._____ AG zu übertragen. Weiter wurde vereinbart, dass die Arbeitnehmer der C._____ AG, darunter insbesondere D._____, ab dem 1. Januar 2014 von der A._____ AG (nachfolgend: Arbeitgeberin) übernommen werden.

A.d Gemäss Lohnbescheinigung der Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons (…) (nachfolgend: Ausgleichskasse) beschäftigte die Arbeitgeberin vom 1. Januar 2014 bis zum 31. März 2015 vier Arbeitnehmer, darunter auch D._____.

A.e Per 31. März 2015 wurde der Betrieb der Arbeitgeberin eingestellt und die noch bestehenden Arbeitsverhältnisse gekündigt. Seither beschäftigt die Arbeitgeberin keine Arbeitnehmenden mehr.

B.

B.a Die Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt des Kantons (…) (nachfolgend: Ausgleichskasse) meldete der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend: Auffangeinrichtung) mit Schreiben vom 5. Juni 2015, die Arbeitgeberin habe die Anfrage betreffend Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung im Rahmen der Anschlusskontrolle nicht korrekt beantwortet.

B.b Mit Schreiben vom 24. Juli 2015 erklärte die Auffangeinrichtung der Arbeitgeberin, diese habe der Ausgleichskasse weder den Nachweis er-

bracht, bei einer registrierten Einrichtung der beruflichen Vorsorge angeschlossen zu sein, noch, dass ihre Arbeitnehmer nicht der obligatorischen beruflichen Vorsorge unterstellt seien. Die Auffangeinrichtung forderte die Arbeitgeberin unter Hinweis auf die einschlägigen Gesetzesbestimmungen auf, bis zum 22. September 2015 einen per 1. Januar 2014 rechtsgültig unterzeichneten Anschlussvertrag einzureichen. Andernfalls werde ein zwangsweiser Anschluss an die Auffangeinrichtung verfügt.

B.c Die Arbeitgeberin reichte der Auffangeinrichtung mit Eingabe vom 12. August 2015 ein Schreiben der E._____ AG vom 31. Juli 2015 ein, wonach die C._____ AG (vormals B._____ AG) seit dem 1. Juli 2008 unter der Vertragsnummer 1/4221/F5 bei der Sammelstiftung E._____ (nachfolgend: Sammelstiftung) angeschlossen sei. Da damit nach Ansicht der Auffangeinrichtung ein Anschluss der Arbeitgeberin an eine Vorsorgeeinrichtung nicht belegt wurde, wies sie die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 21. August 2015 erneut an, den entsprechenden Nachweis zu erbringen.

B.d Mit Schreiben vom 26. August 2015 informierte die Arbeitgeberin die Auffangeinrichtung über die per 1. Januar 2014 erfolgte Betriebsübernahme inklusive aller Arbeitnehmer durch die neu gegründete A._____ AG. Sie bat die Auffangeinrichtung um direkte Kontaktaufnahme mit der E._____ AG zur Klärung des Sachverhalts.

B.e Die Ausgleichskasse teilte der Auffangeinrichtung mit Email vom 2. September 2015 auf Anfrage mit, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. April 2015 keine Arbeitnehmer mehr beschäftige. Die C._____ AG (vormals B._____ AG) habe seit dem 1. Januar 2014 keine Mitarbeitenden mehr.

B.f Mit Schreiben vom 4. September 2015 ersuchte die Auffangeinrichtung die Arbeitgeberin erneut, einen per 1. Januar 2014 gültigen Anschlussvertrag einzureichen.

B.g Mit Schreiben vom 9. September 2015 bat die Arbeitgeberin die Auffangeinrichtung um direkte Klärung der Angelegenheit mit der E._____ AG und fügte an, diesbezüglich ihrerseits nichts mehr zu unternehmen.

B.h Die Auffangeinrichtung wies die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 23. September 2015 darauf hin, dass gemäss telefonischer Abklärung mit der E._____ AG ein Anschlussvertrag zwischen der Sammelstiftung und der C._____ AG bestehe. Die Rechtseinheit A._____ AG sei nicht bei

der Sammelstiftung angeschlossen. Weiter sei aus den Vorsorgeverzeichnissen für die Jahre 2014 und 2015 ersichtlich, dass zwei Arbeitnehmer der C._____ AG bei der Sammelstiftung versichert seien, nämlich F._____ und D._____. Dieselben beiden Arbeitnehmer seien mit versicherungspflichtigen Lohnsummen auf den Lohnbescheinigungen der Arbeitgeberin für die Jahre 2014 und 2015 aufgeführt. Es sei nicht klar, ob die beiden Arbeitnehmer nur nebenberuflich für die Arbeitgeberin tätig gewesen seien. Die Auffangeinrichtung bat die Arbeitgeberin um entsprechende Auskunft.

B.i Die Arbeitgeberin teilte der Auffangeinrichtung mit Schreiben vom 9. Oktober 2015 mit, dass D._____ im fraglichen Zeitraum zu 80 % und F._____ zu ca. 25 % angestellt gewesen sei und Letzterer nach ihrem Wissen eine Invaliditätsrente beziehe. Beide Arbeitnehmer übten nach Wissen der Arbeitgeberin keine Nebenbeschäftigung aus.

B.j Mit Schreiben vom 18. November 2015 ersuchte die Auffangeinrichtung die Arbeitgeberin zur Abklärung der Anschlusspflicht von F._____ um Zustellung einer Kopie der IV-Verfügung. Die Arbeitgeberin stellte mit Schreiben vom 30. November 2015 der Auffangeinrichtung eine entsprechende Verfügung zu, datiert auf den 11. Januar 2006.

B.k Mit Schreiben vom 14. Oktober 2016 forderte die Auffangeinrichtung die Arbeitgeberin auf, für den Arbeitnehmer F._____ eine Bestätigung der IV-Stelle über die Höhe des Invaliditätsgrades für die Jahre 2014-2015 einzureichen. Eine fristgerechte Reaktion der Arbeitgeberin ist nicht aktenkundig.

B.l Die IV-Stelle der Sozialversicherungsanstalt des Kantons (…) bestätigte der Auffangeinrichtung mit Schreiben vom 4. April 2017, dass der Invaliditätsgrad von F._____ 100 % betrage.

C.
Mit Verfügung vom 10. April 2017 ordnete die Auffangeinrichtung den zwangsweisen Anschluss der Arbeitgeberin rückwirkend per 1. Januar 2014 an (Ziff. I des Dispositivs). In Ziff. II des Dispositivs wurde sodann festgehalten, dass sich die Rechte und Pflichten aus dem Zwangsanschluss aus den im Anhang beschriebenen Anschlussbedingungen ergäben, welche integrierende Bestandteile der Verfügung bildeten. Demnach würden der Arbeitgeberin nach Rechtskraft der Verfügung die Kosten für

die Verfügung in der Höhe von Fr. 450.– sowie für die Durchführung des Zwangsanschlusses in der Höhe von Fr. 375.– in Rechnung gestellt.

D.
Mit Eingabe vom 11. Mai 2017 erhebt die Arbeitgeberin (nachfolgend: Beschwerdeführerin) beim Bundesverwaltungsgericht Beschwerde gegen die Verfügung der Auffangeinrichtung (nachfolgend: Vorinstanz) vom 10. April 2017. Sie beantragt, die Verfügung sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Vorinstanz aufzuheben. Eventualiter sei die ausserordentliche Kündigung des Anschlussvertrages per 31. März 2015 zu bewilligen und auf die Einforderung der Kosten für die Verfügung und die Durchführung des Zwangsanschlusses in der Höhe von Fr. 450.– und Fr. 375.– zu verzichten.

E.
Die Vorinstanz beantragt in ihrer Vernehmlassung vom 21. Juli 2017 die vollumfängliche Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolge zu Lasten der Beschwerdeführerin.

F.
Die Beschwerdeführerin hält mit Replik vom 8. August 2017 an ihren Anträgen fest. Mit Duplik vom 5. September 2017 tut es ihr die Vorinstanz gleich.

G.
Auf weitere Ausführungen der Parteien sowie die eingereichten Unterlagen wird – soweit entscheidwesentlich – im Rahmen der nachfolgenden 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 und 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. 60 Abs. 2^{bis} BVG [SR 831.40]). 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. April 2017) 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; ANDRÉ MOSER et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, Rz. 2.149 ff.; ULRICH HÄFELIN et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 1146 ff.).

1.4 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 (MOSER et al., a.a.O., Rz. 1.54).

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäss dem Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht an die Begründung der Begehren der Parteien gebunden (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 und 127 II 264 E. 1b]; Urteil des BVGer A-7149/2016 vom 14. Februar 2018 E. 1.5).

2.

2.1

2.1.1 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 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.

2.2

2.2.1 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 BVG i.V.m. Art. 10 Abs. 1 BVG).

2.2.2 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).

2.3 Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG ist eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 60 Abs. 1 BVG) und verpflichtet, Arbeitgeber, die ihrer Pflicht zum Anschluss an eine solche nicht nachkommen, anzuschliessen (Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG). Der Anschluss erfolgt – wie erwähnt – rückwirkend (vgl. Art. 11 Abs. 3 und Abs. 6 BVG). Gemäss Art. 60 Abs. 2^{bis} BVG kann die Auffangeinrichtung BVG zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a und b BVG Verfügungen erlassen. Der Zwangsanschluss erfolgt in der Regel unbefristet. Ein befristeter Anschluss wird in der Praxis (nur) dann verfügt, wenn sich ein Arbeitgeber zwar einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat, für eine bestimmte Zeitspanne aber eine Lücke besteht (vgl. Urteil des BVGer A-5063/2017 vom 21. März 2018 E. 2.3.1).

2.4

2.4.1 Eine besondere Konstellation wird in Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG angesprochen: Gemäss Art. 12 Abs. 1 BVG haben die Arbeitnehmenden 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 BVG ausgerichtet. Entsteht der gesetzliche Anspruch eines Arbeitnehmenden auf Versicherungs- oder Freizügigkeitsleistung zu einem Zeitpunkt, in dem sein Arbeitgeber noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, so wird der Arbeitgeber nach Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 28. August 1985 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge (SR 831.434; nachfolgend: VOAA) «von Gesetzes wegen für alle dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmenden der Auffangeinrichtung angeschlossen» (BGE 129 V 237 E. 5.1; Urteil des BVGer A-5063/2017 vom 21. März 2018 E. 2.3.2 mit weiteren Hinweisen).

2.4.2 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 (vgl. Urteil des BVGer A-5063/2017 vom 21. März 2018 E. 2.3.2 mit weiteren Hinweisen).

2.4.3 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 nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG rückwirkend auf den Zeitpunkt, in welchem zu versicherndes Personal erstmals seine Stelle antritt (Art. 3 Abs. 1 VOAA; Urteil des BVGer A-5063/2017 vom 21. März 2018 E. 2.3.2).

2.4.4 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 BVG übernimmt, so wird der Anschluss des Arbeitgebers bei der Auffangeinrichtung BVG auf den

Zeitpunkt der Verpflichtungsübernahme durch die andere Vorsorgeeinrichtung aufgehoben (Art. 2 Abs. 2 VOAA; Urteil des BVGer A-5063/2017 vom 21. März 2018 E. 2.3.2).

2.5 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 VOAA 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 (gültig ab dem 1. Januar 2017 betreffend die Verfügung vom 10. April 2017). Dieses Reglement bildet (auch im vorliegenden Fall) integrierenden Bestandteil der Anschlussverfügung (Urteil des BVGer A-5063/2017 vom 21. März 2018 E. 2.4 mit weiteren Hinweisen). Es sieht unter der Rubrik «Zwangsanschluss» für «Verfügung und Durchführung Zwangsanschluss» Kosten von Fr. 825.– vor.

3.
Die Vorinstanz hat die Beschwerdeführerin mittels angefochtener Verfügung rückwirkend ab dem 1. Januar 2014 – zeitlich unbefristet – zwangsweise angeschlossen. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für einen Zwangsanschluss vorlagen. Hierfür ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin im fraglichen Zeitpunkt als Arbeitgeberin gilt (E. 3.1), der Anschlusspflicht unterstand (E. 3.2) und ob sie diese erfüllte (E. 3.3).

3.1
3.1.1 Nach Angaben der Beschwerdeführerin wurden die Arbeitsverträge der C._____ AG infolge Betriebsübernahme rückwirkend per 1. Januar 2014 auf die Beschwerdeführerin übertragen. Per 31. März 2015 seien die letzten Arbeitsverträge aufgelöst worden. Folglich bestreitet die Beschwerdeführerin nicht, in diesem Zeitraum als Arbeitgeberin zu gelten. Die Arbeitgebereigenschaft der Beschwerdeführerin ist jedoch eine Rechtsfrage, der von Amtes wegen nachzugehen ist (E. 1.4). Nachfolgend ist also zu prüfen, ob der Arbeitsvertrag rückwirkend auf die Beschwerdeführerin überging.

3.1.2 In Ziff. 7 des Vertrages vom 27. Juni 2014 legten die Vertragsparteien fest, dass die Beschwerdeführerin die Arbeitnehmer der C._____ AG per 1. Januar 2014 übernehme. Erklärter Parteiwille war damit eine rückwirkende Übertragung der Arbeitsverträge der C._____ AG auf die Beschwerdeführerin. Ein Betriebsübergang kann jedoch im Grundsatz keine

Rückwirkung entfalten (PORTMANN/RUDOLPH, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, 6. Aufl. 2015, Art. 333 N. 15; vgl. auch BGE 137 V 463 E. 5.1-5.2 mit Hinweis auf CHRISTIAN MEIER-SCHATZ, Die «Rückwirkung» bei gesellschaftsrechtlichen Transaktionen, SZW 1997 S. 9). In Bezug auf die Arbeitsverträge findet Art. 333 Abs. 1 OR Anwendung, wonach die Arbeitsverhältnisse bei einer Betriebsübernahme auf den Erwerber übergehen, sofern der Arbeitnehmer den Übergang nicht ablehnt. Der Übergang erfolgt dabei nach herrschender Lehre zwingend (STREIFF/VON KAENEL/RUDOPLH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319−362 OR, 7. Aufl. 2012, Art. 333 N. 25 mit weiteren Hinweisen). Der damit verbundene Parteiwechsel im Arbeitsvertrag findet somit im Zeitpunkt der Betriebsnachfolge ex lege statt und wirkt ex nunc (CHRISTOPH BAUER, Parteiwechsel im Vertrag: Vertragsübertragung und Vertragsübergang, Diss. 2010, Rz. 444 mit weiteren Hinweisen). Im anders gelagerten Sachverhalt des Urteils des BVGer A-7149/2016 vom 14. Februar 2018 gingen die Arbeitsverträge mit Wirkung ex tunc über (vgl. dessen E. 3.2.3.3), da es sich um einen Anwendungsfall von Art. 645 OR handelte und nicht – wie vorliegend – um einen Betriebsübergang.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die vorliegend vereinbarte Rückwirkung der Übertragung der Arbeitsverträge auf den 1. Januar 2014 zwingendes Bundesrecht verletzt. Aus der Tatsache, dass das Steueramt des Kantons (…) mit Ruling vom 6. Juni 2014 die Rückwirkung der Betriebsübertragung anerkannte, kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Die steuerrechtliche Beurteilung des Sachverhalts ist für die Anwendung des BVG bzw. des OR unerheblich. Die Ziff. 7 des Vertrages vom 27. Juni 2014 erweist sich somit mit Bezug auf die vereinbarte Rückwirkung als widerrechtlich und somit teilnichtig im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR. Die teilnichtige Klausel ist durch die zwingende Gesetzesregel zu ersetzen, wobei der hypothetische Parteiwille ohne Belang ist (ALFRED KOLLER, Schweizer Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2017, Rz. 13.135; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 10. Aufl. 2014, Rz. 710 ff.). Folglich gingen die Arbeitsverträge der C._____ AG, statt zum vertraglich vereinbarten, zum gesetzlich zwingenden Zeitpunkt auf die Beschwerdeführerin über. Dieser ist nachfolgend zu bestimmen.

3.1.3

3.1.3.1 Die vorliegende Betriebsübernahme erfolgte nach dem Willen der Parteien durch Singularsukzession. Diese Auslegung ergibt sich einerseits

aus den Vorbemerkungen des Vertrages vom 27. Juni 2014, wonach sinngemäss die Art. 69 ff. des Fusionsgesetzes vom 3. Oktober 2003 (FusG, SR 221.301) nicht anzuwenden seien und keine Universalsukzession (wörtlich: «Gesamtgeschäftsübernahme») stattfinde, sowie andererseits aus der Auflistung der zu übertragenden Aktiven und Passiven im Vertrag und der beigefügten Mitarbeiterliste. Ausserdem wurde die Betriebsübertragung nicht im Handelsregister publiziert, was bei Anwendung des FusG zwingend wäre. Nach herrschender Lehre ist die gewillkürte Einzelrechtsnachfolge bei Betriebsübertragungen auch nach Einführung des FusG weiterhin zulässig (siehe statt vieler RALPH MALACRIDA, in: Basler Kommentar, Fusionsgesetz, 2. Aufl. 2015, Art. 69 N. 13 sowie TSCHÄNI et al., M&A-Transaktionen nach Schweizer Recht, 2. Aufl. 2013, S. 85, Rz. 68 mit je weiteren Hinweisen; anders noch Botschaft vom 13. Juni 2000 zum Fusionsgesetz [BBl 2000 4337, 4492]).

3.1.3.2 Bei der Singularsukzession werden die Aktiven mittels Eigentumsübertragung bzw. Zession, die Passiven mittels externer Schuldübernahme und die Verträge durch eine Dreiparteienvereinbarung übertragen (LUKAS GLANZMANN, Umstrukturierungen, 3. Aufl. 2014, Rz. 1009). Eine Ausnahme hiervon macht das Gesetz für Arbeitsverträge. Diese gehen nach Art. 333 Abs. 1 OR mit dem Tage der Betriebsnachfolge kraft Gesetzes auf den Erwerber über (vgl. E. 3.1.2). Massgebend ist der Zeitpunkt der Erlangung der rechtlich begründeten Leitungsmacht über den Betrieb (WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, 2011, S. 187; STREIFF/VON KAENEL/RUDOPLH, a.a.O., Art. 333 N. 8). Vorliegend wurde die Leitungsmacht der Beschwerdeführerin kraft rechtsgeschäftlicher Übertragung am 27. Juni 2014 begründet. Somit sind die Arbeitsverträge nach zwingendem Recht an diesem Datum auf die Beschwerdeführerin übergegangen und die teilnichtige Vertragsklausel ist dergestalt zu ergänzen, dass die Arbeitnehmer per 27. Juni 2014 auf die Beschwerdeführerin zu übertragen sind. Die Beschwerdeführerin gilt somit ab dem 27. Juni 2014 als Arbeitgeberin.

3.1.4 Die Beendigung der noch bestehenden Arbeitsverhältnisse per 31. März 2015 (vgl. A.e) wird von der Vorinstanz nicht bestritten. Zusammenfassend ergibt sich daher, dass die Beschwerdeführerin vom 27. Juni 2014 bis zum 31. März 2015 als Arbeitgeberin gilt. Für die Zeit vor dem 27. Juni 2014 hingegen gilt sie nicht als Arbeitgeberin und unterstand damit auch nicht der Versicherungspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 BVG.

3.1.5 Somit erweist sich der per 1. Januar 2014 verfügte Zwangsanschluss zumindest bis zum 26. Juni 2014 als unrechtmässig bzw. hinfällig und die

Beschwerde ist diesbezüglich gutzuheissen. Zu prüfen bleibt, ob die Voraussetzungen für einen Zwangsanschluss ab dem 27. Juni 2014 gegeben sind.

3.2 Unbestritten und aus den Akten ersichtlich ist, dass D._____ vom 27. Juni 2014 bis zum 31. März 2015 Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin und als solcher nach Art. 7 BVG obligatorisch zu versichern war. Somit unterlag die Beschwerdeführerin in diesem Zeitraum der Anschlusspflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 BVG. Fraglich ist sodann einzig, ob sie die Anschlusspflicht erfüllte.

3.3 Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass sie im Zeitraum vom 27. Juni bis zum 31. März ihre Anschlusspflicht erfüllt habe, da infolge der Betriebsübertragung auch der Anschlussvertrag der C._____ AG mit der Sammelstiftung auf sie übertragen worden sei. Sie stützt sich hierbei auf die Ziff. 7 des Vertrags vom 27. Juni 2014, wonach sie die Arbeitnehmer «mit allen laufenden Verpflichtungen» übernommen habe. Darunter falle auch der mit der Sammelstiftung abgeschlossene Anschlussvertrag.

3.3.1 Im Allgemeinen kann ein Vertrag im Rahmen der Singularsukzession nur durch Dreiparteienvereinbarung übertragen werden (vgl. E. 3.1.3.2). Mit anderen Worten kann die Vertragsübertragung nicht ohne Mitwirkung der verbleibenden Partei erfolgen, wobei eine konkludente Zustimmung möglich ist (vgl. BAUER, a.a.O., Rz. 255, 269 mit weiteren Hinweisen). Die Übertragung eines Anschlussvertrages mit einer Vorsorgeeinrichtung auf dem Wege der Singularsukzession im Speziellen erfordert nach HÜRZELER die Zustimmung des Vertragspartners (MARC HÜRZELER, Betriebsschliessung und Betriebsübernahme, in: Kieser/Stauffer, BVG-Tagung 2015, Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, S. 8 ff., der im Übrigen auch bei der [partiellen] Universalsukzession nach FusG gegen eine automatische Übernahme des Anschlussvertrages plädiert). Das Bundesgericht hielt obiter dictum fest, es sei fraglich, ob eine vertragliche Bindung einer Arbeitgeberfirma an eine Vorsorgeeinrichtung im Falle der Fusion mit einer anderen Arbeitgeberfirma aufgrund der Rechtsnatur des Anschlussvertrages überhaupt auf die übernehmende Arbeitgeberfirma übertragen werde, setze der Anschluss bzw. das Vorsorgeverhältnis doch den selbständigen Weiterbestand der Arbeitgeberfirma voraus (Urteil des BGer 2.A.425/2000 vom 20. Juli 2001 E. 2c). Nach WYLER schliesslich zieht die Übertragung von Arbeitsverträgen nach Art. 333 OR sowohl bei Singularsukzession als auch (ausnahmsweise) bei Universalsukzession nicht ipso iure die Übertragung

der Vorsorgeverhältnisse nach sich (RÉMY WYLER, in: Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, 2010, Art. 11 N. 45). Zusammenfassend ist mit der herrschenden Lehre ein Übergang des Anschlussvertrages ohne Zustimmung der Vorsorgeeinrichtung im Fall der Singularsukzession abzulehnen.

3.3.2 Vorliegend ist aus den Akten keine Zustimmung der Sammelstiftung zu einer Vertragsübertragung ersichtlich. Vielmehr hat die Sammelstiftung nach Publikation der Umfirmierung im Handelsregister am 24. Juni 2014 den Anschlussvertrag von der B._____ AG auf die C._____ AG umgeschrieben. Dies ergibt sich aus den Vorsorgeverzeichnissen und den Beitragsrechnungen der Sammelstiftung. Eine konkludente Vertragsübernahme durch die Sammelstiftung hat demnach gerade nicht stattgefunden. Der Sammelstiftung oblag es entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht, den Sachverhalt der Betriebsübertragung abzuklären, da im Handelsregister die Umfirmierung (und gerade nicht die Betriebsübertragung) publiziert wurde. Das Argument der Beschwerdeführerin, die Sammelstiftung habe es unterlassen, den Anschlussvertrag bei der Betriebsübernahme zu übertragen, greift deshalb nicht. Auch der Einwand, die Sammelstiftung habe den Zwangsanschluss erst verursacht, indem sie, ohne die Beschwerdeführerin zu informieren, den Anschlussvertrag auf die Firma C._____ AG umgeschrieben habe, überzeugt nicht. Auch wenn die Sammelstiftung dies unterlassen hätte, hätte der Anschluss nach wie vor auf die Rechtseinheit mit der UID-Nr. (…) gelautet, d.h. lediglich unter der alten Firma B._____ AG und der alten Adresse. Dass diese (fast) identisch sind mit Firmenname und Adresse der Beschwerdeführerin, vermag daran nichts zu ändern, da es sich um zwei voneinander unabhängige Rechtseinheiten handelt. Überdies ist festzuhalten, dass die Versicherung ihrer Arbeitnehmer alleine Sache der Beschwerdeführerin ist. Der fehlende Anschluss ist somit eindeutig der Beschwerdeführerin anzurechnen, umso mehr, als dass sie, soweit aktenkundig, erstmals am 5. November 2015 mit der Sammelstiftung in Kontakt trat, um diese über die Betriebsübertragung zu informieren, notabene weit über ein Jahr nach der Betriebsübertragung und über drei Monate nach der erstmaligen Androhung des Zwangsanschlusses durch die Vorinstanz. Mangels Zustimmung der Sammelstiftung zur Übertragung des Anschlussvertrages hat daher keine gewillkürte Einzelrechtsnachfolge stattgefunden, wodurch die Beschwerdeführerin hätte Partei des Anschlussvertrages werden können.

3.3.3 Unerheblich ist der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe die geschuldeten Beiträge für die fragliche Periode im Rahmen des Anschlusses der C._____ AG bezahlt, wodurch die Arbeitnehmer durch den Zwangsanschluss doppelt versichert würden. Der Umstand der Doppelversicherung führt nicht zu einer formlosen Auflösung des rechtmässig verfügten Zwangsanschlusses (Urteil des BVGer A-7718/2015 vom 28. Juli 2016 E. 4.4.1). Im Rahmen des Anschlusses der C._____ AG mangels Arbeitnehmer zu Unrecht bezahlte Beiträge hätte die Beschwerdeführerin direkt von der Sammelstiftung zurückzufordern und sind nicht Gegenstand dieses Verfahrens.

3.3.4 Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin für die Zeit vom 27. Juni 2014 bis zum 31. März 2015 keinen Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nachweisen kann. Daraus bleibt zu schliessen, dass sie ihrer Anschlusspflicht im fraglichen Zeitraum nicht nachkam und folglich die Voraussetzungen für einen Zwangsanschluss ab dem 27. Juni 2014 vorlagen.

4.

Aktenkundig und unbestritten ist, dass D._____ per 31. März 2015 die Beschwerdeführerin verliess und damit Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung erwarb. Damit ist die Beschwerdeführerin ex lege der Vorinstanz angeschlossen (E. 2.4.1). Infolgedessen hätte die Vorinstanz über den rückwirkenden Anschluss in feststellender statt in gestaltender Form verfügen müssen (E. 2.4.2). Dementsprechend und nach dem zuvor Dargelegten ist die Beschwerde in dem Sinne teilweise gutzuheissen, als der Wortlaut von Ziff. I des Dispositivs der angefochtenen Verfügung durch den nachfolgenden Passus zu ersetzen ist: «Es wird festgestellt, dass der Arbeitgeber per 27. Juni 2014 bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG angeschlossen war.» Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen.

5.

Im Fall einer Abweisung der Beschwerde beantragt die Beschwerdeführerin, die ausserordentliche Kündigung des Anschlusses per 31. März 2015 sei zu bewilligen.

5.1 Nach gängiger Praxis kann, wie die Vorinstanz richtigerweise ausführt, im Falle einer Betreibsaufgabe ein Anschluss an die Auffangeinrichtung BVG auch unterjährig ohne Kündigungsfrist aufgelöst werden, falls sämtliche Ausstände beglichen worden sind und keine Arbeitnehmenden mehr beschäftigt werden. Sollte die Beschwerdeführerin diese Kriterien erfüllen,

wäre eine ausserordentliche Kündigung per 31. März 2015 möglich. Die Vorinstanz merkt indes an, dass aus finanzieller Sicht keine Notwendigkeit zur ausserordentlichen Kündigung bestehe, da nur dann Beiträge abgerechnet werden, wenn und solange der angeschlossene Arbeitgeber versicherungspflichtige Arbeitnehmende beschäftige. Vorliegend hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin noch keine Beiträge in Rechnung gestellt. Dies wird sie voraussichtlich nach Eintreten der Rechtskraft der Verfügung des Zwangsanschlusses tun. Erst nach Begleichung der ausstehenden Beiträge kann die Beschwerdeführerin den Anschluss ausserordentlich kündigen. Somit kann eine ausserordentliche Kündigung per 31. März 2015 nicht im Rahmen dieses Verfahrens gewährt werden.

5.2 Der Antrag der Beschwerdeführerin kann sinngemäss auch so verstanden werden, dass der Zwangsanschluss auf den 31. März 2015 zu befristen sei. Eine Befristung ist nur dann möglich, wenn sich die Beschwerdeführerin zwar eine Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat, jedoch für eine bestimmte Zeitspanne eine Lücke besteht (E. 2.3). Vorliegend besteht gerade kein Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung, weshalb der entsprechende Eventualantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen ist.

5.3 Dessen ungeachtet steht es der Beschwerdeführerin frei, vor der Vorinstanz nachzuweisen, dass eine andere Vorsorgeeinrichtung die infolge Zwangsanschluss entstandenen Verpflichtungen der Vorinstanz übernimmt. In diesem Fall wäre der Zwangsanschluss in einem separaten Verfahren gestützt auf Art. 2 Abs. 2 VOAA aufzuheben (E. 2.4.4).

6. Die Beschwerdeführerin stellt überdies den Eventualantrag, auf die Auferlegung der Kosten von Fr. 450.– für die Verfügung sowie von Fr. 375.– für die Durchführung des Zwangsanschlusses sei zu verzichten. Somit ist nachfolgend zu klären, ob die Kosten für den erfolgten Zwangsanschluss der Beschwerdeführerin zu Recht auferlegt worden sind.

6.1 Vorliegend hat sich – wie gezeigt – der verfügte Zwangsanschluss per 1. Januar 2014 zwar als hinfällig (E. 3.1.5), per 27. Juni 2014 aber als rechtmässig erwiesen (E. 3.3.4). Die mangelnde Arbeitgebereigenschaft der Beschwerdeführerin vor dem 27. Juni 2014 hat sich zwar erst im Beschwerdeverfahren und somit nach erfolgtem Zwangsanschluss herausgestellt. Selbst bei Vorliegen dieser Tatsache hätte die Vorinstanz aber auf eine Versicherungslücke ab dem 27. Juni 2014 schliessen und einen Zwangsanschluss ab diesem Datum – mit Kosten in der gleichen Höhe – verfügen müssen.

6.2 Damit ist erstellt, dass die Beschwerdeführerin den Zwangsanschluss und die damit einhergehenden Kosten – durch Unterlassung des pflichtgemässen Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung ab dem 27. Juni 2014 – selbst verursacht und verschuldet hat. Diese wurden ihr folglich zu Recht auferlegt, wobei die Höhe der von der Vorinstanz eingeforderten Kosten dem Kostenreglement der Vorinstanz entspricht (E. 2.5) und sich dieses – soweit hier interessierend – als rechtskonform erweist (vgl. Urteil des BVGer A-5081/2014 vom 7. Oktober 2016 E. 3.3.2.2, mit weiteren Hinweisen). Gegenteiliges wird von der Beschwerdeführerin auch nicht geltend gemacht. Somit ist der entsprechende Eventualantrag der Beschwerdeführerin abzuweisen.

7.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Verfahrenskosten vor dem Bundesverwaltungsgericht zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG), dringt sie doch im Ergebnis mit ihrem Antrag nicht durch (vgl. dazu auch Urteil des BVGer A-1232/2017 vom 31. Januar 2018 E. 7 mit weiteren Hinweisen). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 800.– festzusetzen (vgl. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. 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.

Entsprechend ist der Beschwerdeführerin auch keine Parteientschädigung auszurichten. Da der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin keine verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind, ist ihr ohnehin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 Abs. 1 VGKE).

(Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als an die Stelle des Wortlautes von Dispositiv-Ziff. I der angefochtenen Verfügung der Vorinstanz vom 10. April 2017 folgender Passus gesetzt wird:

> «Es wird festgestellt, dass der Arbeitgeber per 27. Juni 2014 bei der Stiftung Auffangeinrichtung BVG angeschlossen war.»

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.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. 168950; Gerichtsurkunde)
– das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)
– die Oberaufsichtskommission BVG (Gerichtsurkunde)

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Die vorsitzende Richterin:	Die Gerichtsschreiberin:
Marianne Ryter	Tanja Petrik

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 Beschwerdeführerin in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: