**Bundesverwaltungsgericht**
**Tribunal administratif fédéral**
**Tribunale amministrativo federale**
**Tribunal administrativ federal**



Abteilung III
C-6386/2012

# Urteil vom 24. November 2014

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz, Richter Daniel Stufetti,
Gerichtsschreiberin Susanne Flückiger.

Parteien

**A._____ GmbH,**
Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,** Rechtsdienst,
Vorinstanz.

Gegenstand

Zwangsanschluss; Verfügung der Stiftung
Auffangeinrichtung BVG vom 12. November 2012.

## Sachverhalt:

**A.**
Mit Verfügung vom 12. November 2012 schloss die Stiftung Auffangeinrichtung BVG *(nachfolgend:* Stiftung oder Vorinstanz) die Firma A._____ GmbH *(*vormals B._____ GmbH; *nachfolgend:* Arbeitgeberin oder Beschwerdeführerin) rückwirkend per 1. Juni 2007 zwangsweise an die Stiftung an und auferlegte ihr die Kosten für den Zwangsanschluss und die Verfügung. Als Begründung führte sie aus, aus den Lohnbescheinigungen der Jahre 2007 – 2011 der zuständigen Ausgleichskasse gehe hervor, dass die Arbeitgeberin einem seit dem 1. Juni 2007 dem Obligatorium unterstehenden Arbeitnehmer Lohn ausgerichtet habe und ein Ausnahmetatbestand nicht ersichtlich sei. Die Arbeitgeberin habe im Verwaltungsverfahren keinen Nachweis dafür erbringen können, welcher einen Anschluss an die Stiftung als nicht notwendig erscheinen lasse (Vorakten [VA] 12, Beschwerdeakten [B-act.] 1, Beilage).

**B.**
Gegen diese Verfügung reichte die A._____ GmbH am 7. Dezember 2012 (Poststempel) bei der Vorinstanz Beschwerde ein und beantragte deren Aufhebung. Sie verwies im Wesentlichen auf die doppelt unterzeichnete Befreiungserklärung der Stiftung, Zweigstelle Z._____, vom 5. Dezember 2006 an die vormalige Firma B._____ GmbH (B-act. 1.1). Sie führte aus, diese Befreiung sei weder auf einen Zeitraum limitiert noch beinhalte sie einen Passus bezüglich einer Unwirksamkeit. Sie habe deshalb gestützt auf Treu und Glauben sich darauf verlassen können, von der "BVG" befreit zu sein. Für einen allfälligen Fehler der Stiftung könne sie nicht haftbar gemacht werden. Es seien insgesamt drei Befreiungen ausgesprochen worden. Nach der zweiten Befreiung Mitte der 90er-Jahre habe der (einzige) Arbeitnehmer der Arbeitgeberin mit deutschem Wohnsitz und einem kleinen Arbeitspensum in Deutschland sich bei einer deutschen Lebensversicherung (als Ersatz zum Schweizer BVG) versichert. Die angeordnete BVG-Zahlungspflicht bedeute eine zusätzliche finanziell nicht verkraftbare Last (B-act. 1).

Aufforderungsgemäss reichte die Arbeitgeberin am 11. Dezember 2012 dem Bundesverwaltungsgericht die unterschriebene Beschwerde im Original nach (B-act. 4). Am 17. Januar 2013 ging beim Bundesverwaltungsgericht der auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 800.– ein (B-act. 7).

**C.**
In ihrer Vernehmlassung vom 6. Mai 2013 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Arbeitgeberin. Sie führte dazu im Wesentlichen aus, es sei davon auszugehen, dass die beschwerdeweise vorgebrachte Befreiungsregel in Berücksichtigung des europäischen Kollisionsrechts, vorliegend seit Ablauf der im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Union ausgehandelten Übergangsvorschriften per 1. Juni 2007, für die Beschwerdeführerin nicht mehr anwendbar sei, weshalb die Beschwerdeführerin ab diesem Datum – zufolge fehlender anderweitiger Versicherung in der Schweiz – zwangsweise anzuschliessen sei. Die Kosten dafür seien ihr aufzuerlegen (B-act. 13).

**D.**
Mit Replik vom 7. Juni 2013 hielt C. C._____ – als betroffener ehemaliger Geschäftsführer der B._____ GmbH und bis Ende Mai 2012 einziger Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin – im Wesentlichen an der Beschwerde fest. Er führte aus, er habe per 1. Januar 2013 seine Tätigkeit in der Schweiz beendet, die Nachfolgefirma A._____ GmbH führe sein Sohn D. C._____ (vgl. VA 13, 16). Er selbst sei ab Juni 2013 auch nicht mehr Gesellschafter. Weiter legte er abermals dar, dass er zuletzt im Dezember 2006 von der Vorinstanz befreit worden und diese Befreiung erst im Jahr 2012 widerrufen worden sei. Eine zeitliche Einschränkung oder den Hinweis zur Information über die aktuelle Rechtssituation habe die Befreiung nicht enthalten. Wegen der Befreiung habe er sich in Deutschland versichert, was nunmehr nicht rückgängig gemacht werden könne. Mit der Verpflichtung zur BVG-Leistung verdopple sich für ihn der Aufwand, was er finanziell nicht tragen könne (B-act. 15).

**E.**
Mit Duplik vom 11. September 2013 hielt die Vorinstanz an den Ausführungen in ihrer Vernehmlassung fest und verzichtete auf weitere Ausführungen (B-act. 17).

**F.**
Mit Verfügung vom 17. September 2013 übermittelte der Instruktionsrichter die Duplik an die Arbeitgeberin und schloss den Schriftenwechsel ab (B-act. 20).

**G.**
Auf die weiteren Vorbringen und Akten wird – soweit für die Entscheidfindung erforderlich – in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

## Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

**1.**

**1.1** Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Verfahren ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 12. November 2012, welcher gemäss Art. 60 Abs. 2$^{bis}$ BVG (SR 831.40) eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a VwVG darstellt. Beschwerden gegen Verfügungen der Stiftung Auffangeinrichtung BVG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 31 und 33 Bst. h VGG, sofern, wie vorliegend, keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

**1.2** Die Beschwerdeführerin hat gegen diese Verfügung form- und fristgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Sie hat – vertreten durch C. C._____ als ehemaligen Vorsitzenden der Geschäftsleitung beziehungsweise Geschäftsführer und Gesellschafter der Firma B._____ GmbH (seit 9. September 2002) sowie seit 8. Juli 2013 mit Einzelprokura für die Firma A._____ GmbH (Nachfolgefirma der B._____ GmbH; Einträge Schweizerisches Handelsamtsblatt [SHAB] am […] 2012 S. […] und […] 2013 S. […]) – am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen und ist durch die angefochtene Verfügung in ihren rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen besonders berührt und hat demnach ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Daher ist sie zur Beschwerde legitimiert. Nachdem auch der geforderte Kostenvorschuss bezahlt wurde, ist auf die Beschwerde einzutreten.

**2.**

**2.1** Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

**2.2**

**2.2.1** Der Sozialversicherungsprozess ist (wie das dem Prozess vorausgehende Verwaltungsverfahren) vom Untersuchungsgrundsatz be-

herrscht. Danach hat das Gericht (bzw. die untersuchende Behörde im Verwaltungsverfahren) von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht unbeschränkt; er findet zum einen sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 193 E. 2, BGE 122 V 157 E. 1a, je mit weiteren Hinweisen).

Die behördliche und richterliche Abklärungspflicht umfasst nicht unbesehen alles, was von einer Partei behauptet oder verlangt wird. Vielmehr bezieht sie sich nur auf den im Rahmen des streitigen Rechtsverhältnisses (Streitgegenstand) rechtserheblichen Sachverhalt. Rechtserheblich sind alle Tatsachen, von deren Vorliegen es abhängt, ob über den streitigen Anspruch so oder anders zu entscheiden ist (FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl. 1983, S. 43 und 269 ff.). In diesem Rahmen haben Verwaltungsbehörden und Sozialversicherungsgericht zusätzliche Abklärungen stets vorzunehmen oder zu veranlassen, wenn hiezu aufgrund der Parteivorbringen oder anderer sich aus den Akten ergebender Anhaltspunkte hinreichender Anlass besteht (BGE 117 V 282 E. 4a mit Hinweis; Urteil des EVG I 520/99 vom 20. Juli 2000).

**2.2.2** Im Sozialversicherungsprozess hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blosse Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Das Gericht hat vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die es von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigt (BGE 126 V 353 E. 5b, 125 V 193 E. 2, je mit Hinweisen).

**2.3** Die Aktenführungspflicht – welche das Gegenstück zum Akteneinsichtsrecht ist – wird für alle Verfahrensarten aus Art. 29 Abs. 2 BV (Anspruch auf das rechtliche Gehör, siehe hierzu E. 3.1) abgeleitet und dient auch der korrekten Entscheidfindung. Sämtliche im Rahmen des Verfahrens vorgenommenen Erhebungen und entscheidrelevanten Tatsachen sind demnach vollständig festzuhalten (Urteil des BGer 8C_322/2010 vom 9. August 2010 E. 3 mit Hinweisen; BGE 130 II 473 E. 41 f.). Der aufgrund der Untersuchungspflicht erstellte Sachverhalt ist durch die entscheidende Behörde zu würdigen. Dies setzt allemal voraus, dass der Behörde ein geordnet geführtes Aktendossier vorliegt. Die Aktenführung ist von Amtes wegen vorzunehmen (vgl. BGE 124 V 372 E. 3b; zum Ganzen vgl. KÖLZ/HÄNER/BERTSCHI, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtspflege des Bundes, 3. Aufl. 2013; STEPHAN C. BRUNNER in: Auer/

Müller/Schindler [Hrsg.], VwVG-Kommentar 2008 zu Art. 26 Rz. 9, mit weiteren Hinweisen sowie zum Sozialversicherungsrecht UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. Aufl. 2009, Rz. 2, 4 und 8 ff. zu Art. 46, mit weiteren Hinweisen).

**2.4** 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. GYGI, a.a.O., S. 212).

**2.5** Nach den allgemeinen Regeln sind in zeitlicher Hinsicht grundsätzlich diejenigen materiell-rechtlichen Rechtssätze relevant, die bei der Verwirklichung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhaltes in Geltung standen (BGE 130 V 445 E. 1.2.1 f. S. 447 mit Verweis auf BGE 129 V 1 E. 1.2 und 129 V 169 E. 1, je mit Hinweisen).

**2.6** C. C._____, der die Beschwerdeführerin vertritt und gleichzeitig gemäss den Akten – jedenfalls bis zum Eintritt seines Sohnes in die Firma per Ende Mai 2012 – ihr einziger Arbeitnehmer war (Beilagen zu VA 1 und 3, VA 13 und 16, B-act. 15) – wohnt in Deutschland (vgl. VA 9, B-act. 15). Daher sind vorliegend grundsätzlich die folgenden Erlasse zu beachten: das am 1. Juni 2002 in Kraft getretene Freizügigkeitsabkommen (*nachfolgend:* FZA; SR 0.142.112.681), sein Anhang II, die Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 sowie die Verordnung (EWG) Nr. 574/72 des Rates vom 21. März 1972 über die Durchführung der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71; vgl. Art. 89*a* BVG). Diese sind am 1. April 2012 durch die Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (SR 0.831.109.268.1) sowie (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. September 2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (0.831.109.268.11) abgelöst worden (AS 2012 2345 ff.).

Soweit das FZA keine abweichenden Bestimmungen vorsieht, erfolgt mangels einer einschlägigen gemeinschafts- bzw. abkommensrechtlichen Regelung die Ausgestaltung des Verfahrens sowie die Prüfung der Zuläs-

sigkeit des vorliegenden Zwangsanschlusses grundsätzlich nach schweizerischem Recht (vgl. aber E. 4.2.2 und E. 4.5).

**3.**

**3.1** Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gewährleistet der vom Entscheid in ihrer Rechtsstellung betroffenen Person insbesondere das Recht, sich vor Erlass des Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 132 V 368 E. 3.1). Der Gehörsanspruch verpflichtet die Behörde, die Vorbringen der betroffenen Person auch tatsächlich zu hören, zu prüfen und in der Entscheidfindung zu berücksichtigen, weshalb sie ihren Entscheid zu begründen hat (BGE 134 I 83 E. 4.1). Die Pflicht der Behörde, ihre Verfügungen zu begründen, bezweckt insbesondere, die betroffene Person in die Lage zu versetzen, eine Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anfechten zu können (BGE 124 V 180 E. 1a, vgl. auch 134 I 83 E. 4.1 mit Hinweisen sowie C-489/2014 E. 4.4).

**3.2** Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist formeller Natur. Deshalb führt dessen Verletzung ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 127 V 431 E. 3d/aa, 126 I 19 E. 2d/bb). Nach der Rechtsprechung kann jedoch eine Verletzung des Gehörsanspruchs dann geheilt werden, wenn die unterbliebene Gewährung des rechtlichen Gehörs in einem Rechtsmittelverfahren nachgeholt wird, in dem die Beschwerdeinstanz mit der gleichen Prüfungsbefugnis entscheidet wie die untere Instanz. Die Heilung ist aber ausgeschlossen, wenn es sich um eine besonders schwerwiegende Verletzung der Parteirechte handelt. Zudem darf den Beschwerdeführenden kein Nachteil erwachsen und die Heilung soll die Ausnahme bleiben (BGE 129 I 129 E. 2.2.3, 126 V 130 E. 2b, 126 I 68 E. 2). Bei Verstössen gegen die Begründungspflicht wird der Mangel als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde eine hinreichende Begründung liefert oder wenn die unterinstanzliche Behörde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eine genügende Begründung nachschiebt. Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist jedoch im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Inte-

resse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 116 V 182 E. 3d; zum Ganzen ausführlich Urteil des EVG I 193/04 vom 14. Juli 2006 sowie bspw. Urteil BVGer C-263/2010 vom 19. Oktober 2012 E. 3.1 f. mit Hinweisen).

**4.**
Die nicht anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin macht in Beschwerde und Replik sinngemäss eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs geltend. Hierzu ist zum durchgeführten Verwaltungsverfahren gemäss den hiervor in E. 2.2 ff. und 3 dargelegten Verfahrensrechten und -pflichten Folgendes festzustellen.

**4.1**

**4.1.1** Die Beschwerdeführerin machte im Rahmen des Verwaltungsverfahrens mehrfach geltend, ihr einziger Mitarbeiter wohne in Deutschland und habe in Deutschland ein zweites Arbeitspensum neben dem Teilpensum in der Schweiz. Die Treuhänderin der Beschwerdeführerin brachte gegenüber der Vorinstanz am 10. Juli 2012 vor, wegen der Arbeitstätigkeit in zwei Ländern sei im vorliegenden Fall Deutschland zuständig (VA 6, 9). Eine ähnliche Argumentation enthielt auch der Befreiungsantrag der Arbeitgeberin vom 21. August 2006, in deren Folge die Befreiung von der Zweigstelle der Vorinstanz am 5. Dezember 2006 erteilt wurde (VA 4.1, 11.1).

**4.1.2** Die Beschwerdeführerin nahm demnach im Rahmen des Verwaltungsverfahrens Stellung und brachte Argumente dazu vor, weshalb sie aus ihrer Sicht in der Schweiz nicht nach BVG beitragspflichtig sei. Gleichzeitig berief sie sich mit gutem Grund auf eine Bestätigung (einer Zweigstelle) der Vorinstanz, welche diese Argumentationsweise im Dezember 2006 ohne Zweifel gestützt hatte. Eine konkrete Auseinandersetzung der Vorinstanz mit diesen Vorbringen gemäss den Regeln des rechtlichen Gehörs (oben E. 3.1) ist indessen – wie nachfolgend dargelegt wird – nicht ersichtlich.

**4.2**

**4.2.1** Im Rahmen einer Gesprächsnotiz der Vorinstanz findet sich zwar die Fragestellung, ob Art. 1*j* Abs. 2 BVV 2 auch nach dem 1. Juni 2007 anwendbar sei. Gleichzeitig findet sich aber auch die hinzugefügte handschriftliche Anmerkung, gemäss interner Besprechung vom 5. Juli 2012 sei ein "rechtliches Gehör per 1. Juni 2007" zu erstellen (VA 4). In der Folge wurde der Arbeitgeberin am 6. Juli 2012 ein Schreiben mit dem

Titel "Zwangsanschluss (Art. 11 BVG): Rechtliches Gehör" zugestellt, welches neben allgemeinen Ausführungen zur Anschlusspflicht gemäss BVG und den Folgen bei Nichterfüllung der Anschlusspflicht den Passus enthält: "Wir möchten Sie darauf hinweisen, dass im Rahmen der bilateralen Abkommen der Gesetzesartikel BVV2 Art. 1*j* Abs. 2 gemäss unserem Schreiben vom 5. Dezember 2006 nicht mehr anwendbar ist und **ab 01.06.2007** (Hervorhebung durch die Vorinstanz) ein BVG-Anschluss für Ihren Arbeitnehmer C. C._____ notwendig wird" (VA 5).

In der Anschlussverfügung vom 12. November 2012 führt die Vorinstanz mittels Standardtext die Voraussetzungen zum Verfahren nach Art. 11 Abs. 1 BVG und Art. 60 Abs. 4 BVG (Voraussetzungen zum Zwangsanschluss) auf. Sie führt weiter aus, dass gemäss den Lohnbescheinigungen der Jahre 2007 – 2011 (recte: seit 2002; vgl. Beilagen zu VA 1 und 3) der zuständigen Ausgleichskasse sich ergebe, dass der Arbeitgeber einem seit dem 1. Juni 2007 dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmer Lohn ausgerichtet habe. Ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 1*j* BVV 2 sei nicht ersichtlich. Weiter äussert sie sich dazu, dass die Arbeitgeberin innert der eingeräumten Frist keinen anderweitigen Anschluss per 1. Juni 2007 erbracht habe (VA 12, B-act. 1.1).

In ihrer Vernehmlassung nimmt die Vorinstanz neben einer Aufzählung des Sachverhalts und der Standardbegründung zu den Voraussetzungen für einen Zwangsanschluss Bezug auf Art. 1*j* Abs. 2 BVV 2 sowie die Geltung dieses Artikels im Zusammenhang mit dem europäischen Kollisionsrecht. Sie führt weiter aus, gemäss diesen Bestimmungen gelte Art. 1*j* Abs. 2 BVV 2 nicht für Personen, die nach dem FZA und dem europäischen Recht, auf welches diese verwiesen, der schweizerischen Gesetzgebung zur sozialen Sicherheit unterstehen würden. Die Vorinstanz verweist dabei auf die Mitteilungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) Nr. 66 vom 17. Januar 2003 Rz. 400 und Nr. 117 vom 31 März 2010, Rz. 733. Sie führt weiter unter Ziffer 4 aus: "Mit Blick auf die im internationalen Sozialversicherungsrecht geltenden Kollisionsnormen *ist davon auszugehen*, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz zu versichern ist (Art. 13 ff. der Verordnung (EWG) Nr. 1408/71 vom 14.06.1971 und Art. 11 ff. der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 vom 29.04.2004). Dabei ist der Versicherungsbeginn *aufgrund der im Rahmen des Freizügigkeitsabkommens ausgehandelten Übergangsvorschriften* auf den 1. Juni 2007 festzusetzen" (Hervorhebungen durch das Bundesverwaltungsgericht).

**4.2.2** Die Prüfung der Akten und die Aussagen der Vorinstanz erhellen, dass sie zum Schluss kam, die Beschwerdeführerin sei in der Schweiz seit 1. Juni 2007 obligatorisch zu versichern. Eine Auseinandersetzung mit deren Vorbringen, insbesondere der Frage, ob gestützt auf den Wohnsitz ihres einzigen Arbeitnehmers in Deutschland und dessen zweiten Tätigkeit in Deutschland (neben derjenigen in der Schweiz) seit Inkrafttreten des FZA gemäss Art. 14 Abs. 2 der Verordnung (EWG) 1408/71 Deutschland – und nicht die Schweiz – für die sozialrechtliche Versicherung des Arbeitnehmers zuständig ist, findet sich in den Akten nicht. Ebenso fehlt – gestützt darauf – eine Prüfung, ob die einschlägige europäische Gesetzgebung im vorliegenden Fall zur Anwendung gelangt, oder eine Auseinandersetzung damit, dass die Vorinstanz der Beschwerdeführerin im Dezember 2006 im Nachgang zu einer ähnlichen Begründung die Befreiung gestützt auf Art. 1*j* Abs. 2 BVV 2 erteilt hatte. Aktenkundig geprüft wurde auch nicht, ob die damals geltenden Befreiungsgründe (weiter) andauern. Die Vorinstanz behauptet zwar in ihrer Vernehmlassung vom 6. Mai 2013, die Rechtslage habe gestützt auf eine Übergangsbestimmung per 1. Juni 2007 geändert, bezeichnet diese Übergangsbestimmung aber nicht näher.

Hiezu ist ergänzend festzustellen, dass die Weisung Nr. 66 des BSV, auf welche sich die Vorinstanz zur Begründung der inzwischen veränderten Verhältnisse beruft, vom 17. Januar 2003 stammt und damit notabene zeitlich *vor* der erwähnten Befreiung vom 5. Dezember 2006 verfasst worden ist. In dieser Weisung finden sich zudem keine Hinweise zur Anwendbarkeit einer Übergangsbestimmung. Im Übrigen kann aus der genannten Weisung – entgegen der Darlegung der Vorinstanz – abgeleitet werden, dass Art. 1*j* Abs. 2 BVV 2 nur in denjenigen Fällen nicht anwendbar ist, in welchen Personen, die nach den bilateralen Verträgen und dem europäischen Recht, auf welches diese verweisen, der *schweizerischen* Gesetzgebung zur sozialen Sicherheit unterstehen. Anders verhält es sich demnach, wenn eine Person einer nicht-schweizerischen Gesetzgebung zur sozialen Sicherheit untersteht.

**4.2.3** Die Vorinstanz hat im vorliegenden Verfahren somit faktisch einzig geprüft, ob die Arbeitgeberin – die in der Schweiz nachweislich einen Arbeitnehmer beschäftigte – über einen Anschluss bei einer Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 11 Abs. 1 BVG verfügte. Sie ist vorgängig dazu nicht der Frage nachgegangen, ob dieser einzige Beschäftigte – der in Deutschland wohnt und angibt, er sei gleichzeitig auch in Deutschland Arbeitnehmer gewesen – überhaupt gestützt auf Art. 13 f. der Verordnung

1408/71 der schweizerischen Gesetzgebung über die soziale Sicherheit unterstellt ist, und nicht der Deutschen, obwohl die Beschwerdeführerin dies im Verwaltungsverfahren mehrfach vorgebracht hat. Würde letzteres zutreffen, wäre die Beschwerdeführerin gestützt auf Art. 11 Abs. 1 BVG auch nicht anschlusspflichtig.

**4.2.4** Demnach ergibt sich, dass eine Auseinandersetzung weder mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin noch mit der vorliegenden Sach- und Rechtslage durch die Vorinstanz erkennbar ist. Die Vorinstanz hat demnach nicht nur das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt, sondern ist auch ihrer Pflicht, den Sachverhalt und die darauf anzuwendende Rechtslage abzuklären (oben E. 2.2.1), nicht in genügendem Mass nachgekommen.

**4.2.5** Hiezu ist Folgendes zu ergänzen. Das Bundesverwaltungsgericht hat die Vorinstanz mit Zwischenverfügung vom 29. Januar 2013 aufgefordert, eine Vernehmlassung unter Beilage der *gesamten Akten* einzureichen. Die Vorinstanz hat daraufhin (mit der Vernehmlassung) die Akten des Verwaltungsverfahrens seit der Meldung der Sozialversicherungsanstalt Schaffhausen (*nachfolgend:* SVA) vom 5. Juni 2012 eingereicht, wobei die Briefe vom 27. Dezember 2011 und vom 4. April 2012, auf welche sich die SVA in ihrem Schreiben vom 5. Juni 2012 (VA 1: Meldung der SVA betreffend nicht erfolgten Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung) bezieht, fehlen. Nicht enthalten sind ausserdem die Akten zum Verfahren betreffend die B._____ GmbH, vorgängig zur Befreiungserklärung vom 5. Dezember 2006 durch die Zweigstelle der Vorinstanz, mit Ausnahme der Vorakten 4.1 und 11.1. Trotz Aufforderung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24. September 2014 wurden die fehlenden Akten nicht nachgereicht und wurde dem Bundesverwaltungsgericht beschieden, es seien alle vorhandenen Akten eingereicht worden (vgl. B-act. 21).

Wie dargelegt wurde, ist die Aktenführungspflicht der Verwaltungsbehörde einerseits Bestandteil des Anspruchs einer betroffenen Person auf Gewährung des rechtlichen Gehörs, andererseits dient sie der korrekten Entscheidfindung (oben E. 2.3). Zwar hat die Beschwerdeführerin im laufenden Verfahren gemäss den vorhanden Akten keine Akteneinsicht verlangt, weshalb insofern kein Verstoss gegen Art. 29 Abs. 2 BV zu erkennen ist. Was hingegen die Pflicht zur Aktenführung durch die Behörde im Hinblick auf die korrekte Abklärung des entscheidrelevanten Sachverhalts betrifft, ist auf das hiervor Gesagte zu verweisen.

**4.3** Im Weiteren ist zu prüfen, ob die Vorinstanz ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist.

**4.3.1** Die Vorinstanz führte gegenüber der Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 6. Juli 2012 im Wesentlichen aus, die Befreiungserklärung vom 5. Dezember 2006 gelte seit 1. Juni 2007 nicht mehr. Eine Begründung dafür, weshalb die bisherige Rechtslage im Rahmen der bilateralen Verträge ab 1. Juni 2007 nicht mehr gelte – beispielsweise unter Bezugnahme auf die entsprechende Gesetzesbestimmung – findet sich nicht. Dasselbe gilt auch für die Anschlussverfügung vom 12. November 2012, der einzig zu entnehmen ist, die Arbeitgeberin habe einen seit dem 1. Juni 2007 dem BVG obligatorisch zu versichernden Arbeitnehmer beschäftigt und ein Ausnahmetatbestand von Art. 1*j* BVV2 sei nicht ersichtlich. Warum kein Ausnahmetatbestand vorliege, wird nicht weiter begründet.

**4.3.2** In ihrer Vernehmlassung vom 6. Mai 2013 führt die Vorinstanz weiterhin aus, die Rechtslage habe per 1. Juni 2007 mit dem Inkrafttreten der bilateralen Verträge geändert, und bezieht sich neu auf eine Übergangsbestimmung, die sie allerdings nicht näher bezeichnet. Eine eingehendere Begründung betreffend die behauptete Rechtsänderung per 1. Juni 2007 – die notabene fünf Jahre nach Inkrafttreten des FZA gestützt auf eine Übergangsbestimmung erfolge – findet sich demnach auch nicht in der Vernehmlassung. Soweit die Vorinstanz ausführt, e*s sei davon auszugehen*, dass die Beschwerdeführerin in der Schweiz obligatorisch nach BVG zu versichern sei, handelt es sich letztlich um eine blosse Vermutung, die den Anforderungen an die Begründungspflicht nicht standhält.

**4.4** Unter diesen Umständen erweist sich, dass die Vorinstanz weder den Sachverhalt noch die Rechtslage vorgängig zum verfügten und nunmehr angefochtenen Zwangsanschluss rechtsgenüglich abgeklärt noch sich mit den Vorbringen der Beschwerdeführerin auseinandergesetzt und die eingebrachten Vorbringen "gehört" hat. Zudem erweist sich ihre Aktenführung (siehe oben E. 2.3) als ungenügend. Schliesslich wurde die Zwangsanschlussverfügung nicht nachvollziehbar begründet. Aufgrund der ungenügenden Begründung war die Beschwerdeführerin denn auch nicht in der Lage, die Verfügung sachgerecht anzufechten. Auch im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Vorinstanz keine genügende Begründung nachgereicht. Damit hat sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör in mehrfacher Weise verletzt. Die Gehörsverletzung erweist sich insgesamt als schwerwiegend, sodass sie nicht geheilt werden

kann. Das Bundesverwaltungsgericht ist wegen der unvollständigen Aktenlage ohnehin nicht in der Lage, die Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung abschliessend zu beurteilen und reformatorisch zu entscheiden.

Daraus folgt, dass die Verfügung vom 12. November 2012 aus formellen Gründen aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen ist, damit diese die Angelegenheit im Sinne der Erwägungen, insbesondere in Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen in FZA und europäischem Verordnungsrecht (siehe oben E. 2.5 und nachfolgend E. 4.5) nochmals prüft und in der Sache neu entscheidet.

**4.5**

**4.5.1** Es wird Aufgabe der Vorinstanz sein, unter Vervollständigung ihrer Akten und den hievor dargelegten Verfahrensvorschriften (siehe oben E. 2.2.1, 2.3 und 3.1 f.) abzuklären, ob seit 2002 oder 2007 ein Ausschlusstatbestand gemäss Art. 13 ff. der Verordnung (EWG) 1408/71 vorliegt, da der bis Mai 2012 einzig beschäftigte Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin in Deutschland wohnt und je in einem Teilpensum in Deutschland und in der Schweiz arbeitete, und ob dieser Arbeitnehmer den deutschen oder den schweizerischen sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen unterlag. Gestützt darauf ist zu entscheiden, ob die Beschwerdeführerin zwangsweise und rückwirkend an die Vorinstanz angeschlossen werden muss, und ist (gegebenenfalls) der Zwangsanschluss mit rechtsgenüglicher Begründung neu zu verfügen.

**4.5.2** Dabei bleibt zu beachten, dass sich die Rechtslage per 1. April 2012 insofern geändert hat, als seit diesem Zeitpunkt die Verordnungen (EG) 883/2004 und (EG) 987/2009 (oben E. 2.5) anwendbar sind. Die Vorinstanz wird deshalb ergänzend prüfen müssen, ob mit den neuen Verordnungsbestimmungen ab 1. April 2012 zusätzlich eine veränderte Rechtslage mit Blick auf den zu prüfenden Zwangsanschluss eintritt. Gleichzeitig ist sie darauf hinzuweisen, dass das neue Verordnungsrecht eine Übergangsbestimmung enthält (vgl. Faktenblatt AHV IV: Neue EU-Verordnungen, Stand am 1. April 2012 [VA 10.3 S. 2 und 3]). Die Vorinstanz wird schliesslich zu prüfen haben, ob sich mit der Übernahme der A._____ GmbH durch D. C._____ per Mai 2012 (B-act. 1) bzw. per Juni 2012 (VA 13) eine weitere Änderung ergibt. Hiezu ist allerdings auf die Akten zu verweisen, wonach ein Anschluss der A._____ GmbH bei der E._____(-Versicherung) geplant war, dieser Anschluss aber offenbar

infolge des hängigen Zwangsanschlussverfahrens bei der Vorinstanz von der E._____ abgelehnt wurde (vgl. VA 13 f.).

**4.6** Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass beim vorliegenden Verfahrensausgang auf die Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach sie sich auf die Befreiungserklärung vom 5. Dezember 2006 gemäss Art. 9 BV habe verlassen können und dass die von der Vorinstanz auferlegte – doppelte – Beitragsleistung nicht getragen werden könne, nicht weiter einzugehen ist.

**5.**
Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

**5.1** Weder der unterliegenden Vorinstanz noch der bei diesem Ausgang des Verfahrens praxisgemäss obsiegenden Beschwerdeführerin sind Verfahrenskosten aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 und 2 VwVG). Der am 17. Januar 2013 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.– ist der Beschwerdeführerin deshalb nach Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

**5.2** Die Beschwerdeinstanz kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG, Art. 7 Abs. 1, 2 und 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE], SR 173.320.2). Da die obsiegende Beschwerdeführerin nicht anwaltlich vertreten ist und ihr aufgrund der Aktenlage auch keine notwendigen, verhältnismässig hohen Kosten entstanden sind, wird ihr keine Parteientschädigung zugesprochen.

Die unterliegende Vorinstanz hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

## Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

**1.**
Die Beschwerde vom 7. Dezember 2012 wird in dem Sinne gutgeheissen, als die angefochtene Verfügung vom 12. November 2012 vollumfänglich aufgehoben und die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückgewiesen wird.

**2.**
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 800.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

**3.**
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

**4.**
Dieses Urteil geht an:

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

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

| Der vorsitzende Richter: | Die Gerichtsschreiberin: |
|---|---|
| Beat Weber | Susanne Flückiger |

## Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden, sofern die Voraussetzungen gemäss den Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG, SR 173.110) gegeben sind. 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: