Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2A.236/2006 /leb

Urteil vom 28. September 2006
II. Öffentlichrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Betschart, Hungerbühler, Müller, Bundesrichterin Yersin,
Gerichtsschreiber Schaub.

Parteien
A._____ AG,
Beschwerdeführerin, vertreten durch
Rechtsanwalt lic. iur. David Husmann,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz, Postfach 2855, 8022 Zürich,
Beschwerdegegnerin, vertreten durch Advokat
Dr. Hans-Ulrich Stauffer,
Eidgenössische Beschwerdekommission
der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, route de Chavannes 35,
1007 Lausanne.

Gegenstand
Zwangsanschluss an Auffangeinrichtung BVG,

Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen das Urteil der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge, vom
31. März 2006.

Sachverhalt:
A.
Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz (nachfolgend: Auffangeinrichtung), schloss die A._____ AG (vormals B._____ SA) in X._____ (nachfolgend: Arbeitgeberin) am 18. Oktober 2005 zwangsweise an die Auffangeinrichtung BVG an. Aus den AHV-Jahresabrechnungen 2001-2004 der AHV-Ausgleichskasse des Kantons Neuenburg bzw. des Kantons Zug ergebe sich, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. Januar 2001 dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmern Löhne ausgerichtet habe. Der Nachweis des Anschlusses an eine Vorsorgeeinrichtung sei nicht erbracht.
B.
Dagegen erhob die Arbeitgeberin am 15. Dezember 2005 Beschwerde bei der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (nachfolgend: Beschwerdekommission). Einziger Lohnbezüger während den Jahren 2001-2004 sei C._____ (geb. 1940) gewesen, der seit 15 Jahren an Multipler Sklerose leide und aufgrund der schweren Erkrankung seit 10 Jahren zu 100% arbeitsunfähig sei. Ein Arztzeugnis könne beigebracht werden. Die fraglichen Lohnbezüge würden ihm für seine grossen Verdienste in der Vorgängerfirma in Y._____ zuerkannt. Er sei aus diesen Gründen nicht versicherbar. Er hätte seit zehn Jahren eine IV-Rente beanspruchen können, habe aber aus persönlichen Gründen darauf verzichtet.
Die Beschwerdekommission wies die Beschwerde am 31. März 2006 ab. C._____ habe unbestrittenermas-

sen einen das BVG-Minimum übersteigenden Lohn bezogen und sei daher bei der 2. Säule zu versichern. Dass der Arbeitnehmer als faktisch Invalider nicht arbeitsfähig gewesen sei, spiele keine Rolle. Das BVG knüpfe an ein Arbeitsverhältnis an. In welcher Form die Gegenleistung (Arbeit) erfolge, sei ebenso ohne Belang wie die Gründe, warum der Arbeitnehmer keine Invalidenrente beantrage, obwohl er darauf Anspruch hätte. Der Zwangsanschluss per 1. Januar 2001 sei deshalb zu Recht erfolgt.
C.
Mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 28. April 2006 beantragt die Arbeitgeberin dem Bundesgericht, "unter Aufhebung des Entscheides der Vorinstanz die Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 18. Oktober 2005 aufzuheben. Eventualiter sei die Vorinstanz unter Aufhebung ihres Entscheides anzuweisen, weitere medizinische Abklärungen zu veranlassen". Sie rügt die Unterstellung der Zahlungen an C._____ unter das BVG-Obligatorium. Unrichtig sei die Annahme, dass es sich bei diesen Zahlungen um Lohnzahlungen handle, bzw. dass diese der BVG-Beitragspflicht unterstehen. C._____ sei der letzte Angestellte der seit Jahren inaktiven Beschwerdeführerin gewesen. Er sei seit 1993 zu 50% und seit 1996 zu 100% arbeitsunfähig und erbringe keinerlei Leistungen mehr für die Firma. Da er jedoch Firmengründer und jahrelanger firmentragender Mitarbeiter gewesen sei, werde ihm weiter ein "formeller Soziallohn" ausbezahlt, obwohl er dafür wirtschaftlich keine Gegenleistung erbringe. Die Befreiung von Pensionskassenprämien sei nicht zwingend an einen formellen, von der Invalidenversicherung festgestellten Invaliditätsgrad gebunden, sondern könne auch vorliegen, wenn eine Invalidität medizinisch nachgewiesen sei, auch wenn aus persönlichen Gründen keine
Anmeldung bei der Invalidenversicherung erfolge.
Die Beschwerdekommission verzichtet auf eine Vernehmlassung. Das Bundesamt für Sozialversicherungen und die Auffangeinrichtung beantragen die Abweisung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:
1.
1.1 Nach Art. 74 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) setzt der Bundesrat eine von der Verwaltung unabhängige Beschwerdekommission ein (Abs. 1), die insbesondere (Abs. 2 lit. c) Beschwerden beurteilt, welche sich gegen Verfügungen der Auffangeinrichtung betreffend den Anschluss von Arbeitgebern richtet (vgl. Ulrich Meyer, Die Rechtswege nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG], in: ZSR 106/1987 I S. 622). Entscheide der Beschwerdekommission können mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden (Abs. 4). Nach diesen Bestimmungen ist die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde gegeben. Die Beschwerdeführerin ist vom angefochtenen Entscheid direkt betroffen und daher zur Erhebung der Verwaltungsgerichtsbeschwerde berechtigt (vgl. Art. 103 lit. a OG).

1.2 Als unzulässig erweist sich der Antrag, auch die Verfügung der Auffangeinrichtung aufzuheben. Diese ist durch den Entscheid der Beschwerdekommission ersetzt worden (Devolutiveffekt) und gilt als inhaltlich mitangefochten (BGE 129 II 438 E. 1 S. 441 mit Hinweisen).
1.3 Das Bundesgericht prüft das angefochtene Urteil auf die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 104 lit. a OG). Hingegen ist es nach Art. 105 Abs. 2 OG an die Feststellung des Sachverhalts gebunden, wenn eine richterliche Behörde - und als solche gilt die Eidgenössische Beschwerdekommission - als Vorinstanz den Sachverhalt nicht offensichtlich unrichtig, unvollständig oder unter Verletzung wesentlicher Verfahrensbestimmungen festgestellt hat.
1.4 Das Bundesgericht wendet das Bundesrecht bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde von Amtes wegen an, ohne an die Begründung der Parteibegehren gebunden zu sein (vgl. Art. 114 Abs. 1 OG). Es kann daher den Entscheid mit Erwägungen aufrechterhalten oder abändern, die von denen im angefochtenen Entscheid abweichen, oder eine Beschwerde aus anderen als den darin geltend gemachten Gründen gutheissen (vgl. BGE 127 II 264 E. 1b S. 268; 121 II 473 E. 1b S. 477, je mit Hinweisen).
2.
2.1 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 in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2;

SR 831.441.1; AS 1984 543]) 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 (lit. a) sowie die natürlichen Personen, die in der Schweiz eine Erwerbstätigkeit ausüben (lit. b).
2.2 Der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt, muss eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). Unterlässt der Arbeitgeber den Anschluss, wird er nach erfolgloser Mahnung und Fristablauf zwangsweise der Auffangeinrichtung (Art. 60 BVG) angeschlossen (vgl. Art. 11 BVG). Der Bundesrat bestimmt, welche Arbeitnehmer aus besonderen Gründen nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind (Art. 2 Abs. 4 BVG). Von dieser delegierten Rechtsetzungskompetenz hat der Bundesrat namentlich in Art. 1 Abs. 1 lit. d BVV 2 Gebrauch gemacht und Personen, die im Sinne der IV zu mindestens zwei Dritteln (bzw. zu 70% gemäss Art. 1j Abs. 1 lit. d der seit 1. Januar 2005 gültigen Fassung; AS 2004 4279 4653) invalid sind, von der obligatorischen Versicherung ausgenommen.
3.
Unter den Verfahrensbeteiligten ist streitig, was unter dem in Art. 1 Abs. 1 lit. d bzw. Art. 1j Abs. 1 lit. d BVV 2 verwendeten Ausdruck "im Sinne der IV ... invalid" zu verstehen ist.
3.1 Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen einen Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung, weil ihr einziger Lohnbezüger aufgrund einer schweren Erkrankung seit Jahren zu 100% arbeitsunfähig und daher nicht versicherbar sei. Keine Rolle spiele im vorliegenden Zusammenhang, dass er aus persönlichen Gründen darauf verzichtet habe, eine IV-Rente zu beanspruchen. Bei den von ihr ausgerichteten Zahlungen handle es sich um formellen Soziallohn.
3.2 Demgegenüber sind die Auffangeinrichtung, die Beschwerdekommission und das BSV der Auffassung, der Arbeitnehmer sei nicht invalid im Sinn von Art. 1 Abs. 1 lit. d bzw. Art. 1j Abs. 1 lit. d BVV 2, weil invalid "im Sinne der IV" in diesem Kontext nur bedeuten könne, dass die Invalidität durch die Invalidenversicherung festgestellt sei. Richte sie keine Leistung aus, liege auch keine Invalidität vor. Der Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin beziehe weder von der eidgenössischen noch - aufgrund seines Aufenthaltes vornehmlich in Deutschland - von einer ausländischen Invalidenversicherung eine Invalidenrente. Zudem beurteile sich auch nicht primär aufgrund medizinischer Fakten, ob Invalidität vorliege, sondern der Invaliditätsfaktor werde durch einen Einkommensvergleich ermittelt. Der Arbeitnehmer der Beschwerdeführerin habe aber immer denselben Lohn erhalten, sodass auch unter diesem Aspekt keine Invalidität gegeben sei.
4.
4.1 Der Bundesrat hat in Art. 1 Abs. 1 lit. d bzw. Art. 1j Abs. 1 lit. d BVV 2 dieselbe Formulierung wie der Gesetzgeber in Art. 23 ff. BVG verwendet. Dort ist die Bindungswirkung der Invaliditätsbemessung der Invalidenversicherung für die (obligatorische) berufliche Vorsorge positivrechtlich ausdrücklich verankert. So orientiert sich der Leistungsanspruch auf eine Invalidenrente der obligatorischen beruflichen Vorsorge an den sachbezüglichen Voraussetzungen des IVG (Art. 23 lit. a BVG in der seit 1. Januar 2005 gültigen Fassung), die Höhe der berufsvorsorgerechtlichen Rente wird analog zu derjenigen nach IVG bestimmt und schliesslich gelten für den Beginn des Anspruchs auf eine BVG-Invalidenrente gestützt auf Art. 26 Abs. 1 BVG die entsprechenden IVG-rechtlichen Bestimmungen sinngemäss (BGE 132 V 1 E. 3.2 S. 4).
4.2 Bei diesen dynamischen Verweisungen von der zweiten Säule (berufliche Vorsorge) auf die erste Säule (IV) geht es um die Koordination zwischen den Sozialversicherungen, welche in einem Gesamtsystem die gleichen Risiken mit einander ergänzenden Leistungen abdecken sollen (vgl. Art. 111 Abs. 1 und Art. 113 Abs. 2 lit. a BV). Invalidität "im Sinne der IV" nach Art. 23 BVG bestimmt sich deshalb nach den - grundsätzlich nicht direkt auf das BVG anwendbaren - Art. 7, 8 und 16 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1; vgl. Ueli Kieser, Auswirkungen des ATSG auf die Rechtsprechung, ZBJV 140/2004 S. 435-482, 469).
Ein weiterer Grund für den gleichen Invaliditätsbegriff im obligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge und in der Invalidenversicherung ist das Bestreben, die Arbeit der Organe der beruflichen Vorsorge zu erleichtern, die bei ihren Entscheidungen auf den Befund der zuständigen IV-Stellen abstellen und somit eigene aufwendige Abklärungen sparen können (vgl. BGE 132 V 1 E. 3.2 S. 4; BBl 1976 I 232). Die Organe der beruflichen Vorsorge sollen nicht jeden angemeldeten Fall parallel zur Invalidenversicherung und nach denselben Kriterien noch einmal untersuchen müssen, was nicht nur häufig zu unnötigen Schwierigkeiten führen würde, sondern zudem das Risiko unterschiedlicher Ergebnisse in sich birgt (vgl. BGE 115 V 208 E. 2c S. 212).

4.3 Weil die Invaliditätsbemessung der Invalidenversicherung für die Organe der (obligatorischen) beruflichen Vorsorge prinzipiell bindend ist, hat das EVG diese für berechtigt erklärt, Rechtsmittel gegen Entscheide der IV-Stelle über den Rentenanspruch als solchen oder den Invaliditätsgrad zu ergreifen (BGE 132 V 1 E. 3.3.1 S. 5). Umgekehrt führt ein Eröffnungsfehler gegenüber einer präsumtiv leistungspflichtigen Vorsorgeeinrichtung dazu, dass den Ergebnissen bezüglich Invalidität aus dem IV-Verfahren keine Bindungswirkung für die Invaliditätsbeurteilung im berufsvorsorgerechtlichen Verfahren zuzuerkennen ist (BGE 132 V 1 E. 3.3.2 S. 5). Ebenso fehlt es an einer Bindungswirkung, wenn die Verfügung der IV als offensichtlich unhaltbar zu qualifizieren ist (BGE 126 V 308 E. 1 S. 311; 120 V 106 E. 3c S. 108).
5.
5.1 Liegt ein Entscheid der IV ohne Bindungswirkung vor, haben die Organe der beruflichen Vorsorge selber zu entscheiden und dabei gemäss Art. 23 ff. BVG die Regelungen der IV sinngemäss anzuwenden. Das gilt auch dann, wenn die IV-Stelle gar keine Prüfung vorgenommen hat, beispielsweise weil die berechtigte Person auf Versicherungsleistungen verzichtet (vgl. Art. 23 ATSG). In einem solchen Fall haben die BVG-Organe den Sachverhalt selber abzuklären und einen Entscheid über Bestand und Umfang der Invalidität unter sinngemässer Anwendung der IV-Bestimmungen zu treffen.
Das gilt auch für die Nichtunterstellung der Arbeitnehmer unter die obligatorische Versicherung nach Art. 1 Abs. 1 lit. d bzw. Art. 1j Abs. 1 lit. d BVV 2. Eine solche Prämienbefreiung ist nicht an einen formellen, von der IV-Stelle verfügten Invaliditätsgrad gebunden.
5.2 Soweit, wie im vorliegenden Fall, keine Anmeldung bei der IV und demnach auch keine Beurteilung durch diese Stelle erfolgte, kann daraus nicht einfach auf Erwerbsfähigkeit oder Nicht-Invalidität geschlossen werden. Vielmehr haben die Organe der beruflichen Vorsorge ein eigenes Verfahren durchzuführen.
5.3 Im angefochtenen Urteil hat die Beschwerdekommission lediglich darauf abgestellt, dass zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem Arbeitnehmer ein Arbeitsverhältnis besteht bzw. bestand und dass ihm ein das BVG-Minimum übersteigender Lohn bezahlt wurde. Sie hat ohne weiteres aus der fehlenden Anmeldung des Arbeitnehmers bei der IV geschlossen, er sei der obligatorischen Versicherung unterstellt, und die Pflicht, den entsprechenden Lohn bei der zweiten Säule zu versichern, unabhängig von der Art der Gegenleistung (Arbeit) bejaht. Sie liess trotz entsprechender Beweisofferten der Beschwerdeführerin ungeklärt, ob der Angestellte invalid ist.
5.4 Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist es unwahrscheinlich, dass eine Arbeitgeberin einem invaliden Arbeitnehmer, der aus privaten Gründen auf die Geltendmachung einer IV-Rente verzichtet, während Jahren ein Gehalt bezahlt, ohne dass dieser dem Unternehmen dafür eine Gegenleistung erbringt. Sollte das der Fall sein, ist es an Arbeitgeberin und Arbeitnehmer, diese aussergewöhnlichen Umstände - namentlich die privaten Gründe des Rentenverzichts - glaubhaft zu machen und entsprechend zu dokumentieren. Dabei ist vom Grundsatz auszugehen, dass ausbezahlte Löhne normalerweise das Äquivalent einer entsprechenden Arbeitsleistung sind (BGE 117 V 8 E. 2c/aa S. 18).
Angesichts der Tatsache, dass die damalige B._____ SA gemäss eigenen Angaben seit Ende Juni 1998 keine Angestellten mehr hat (vgl. Schreiben vom 31. August 1998 an die Ausgleichskasse CICICAM in Neuenburg), erscheint es zumindest ungewöhnlich, dass sie lediglich einem Mitarbeiter, der invalid sein soll, weiterhin einen "Soziallohn" bezahlte. Praxisgemäss sind an den Nachweis von Soziallohn strenge Anforderungen zu stellen (BGE 117 V 8 E. 2c/aa S. 18). In diesem Zusammenhang sind die Beziehungen zwischen der Beschwerdeführerin und ihrem letzten Angestellten zu klären. Gemäss ihren eigenen Angaben war er der "Firmengründer und jahrelanger firmentragender Mitarbeiter". Offen ist, ob er auch Aktionär war oder ist. Diesfalls wäre ihm kein Lohn, sondern ein Beteiligungsertrag ausbezahlt worden. Zudem ist aus den Akten nicht ersichtlich, ob die Beschwerdeführerin auf den fraglichen Zahlungen die AHV- und IV-Beiträge tatsächlich entrichtet hat.
Die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Behauptungen, die Lohnzahlungen seien nicht BVG-abgabepflichtig, widersprechen der allgemeinen Lebenserfahrung. Deshalb ist die Beschwerdeführerin dafür beweispflichtig. Die Auffangeinrichtung ist insofern bei der Abklärung des Sachverhalts nicht gehalten, von sich aus weitreichende Ermittlungen vorzunehmen oder Expertisen über den Umfang des Invaliditätsgrads des Arbeitnehmers vorzunehmen. Vielmehr muss die Beschwerdeführerin den Anschein gegen sich gelten lassen, soweit sie ihre Behauptungen nicht überzeugend und kohärent darzulegen vermag, und hat sich diesfalls der Auffangeinrichtung anzuschliessen sowie die entsprechenden Abgaben zu entrichten.
5.5 Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist in diesem Sinn gutzuheissen und die Sache zu neuer Beurteilung an die Auffangeinrichtung zurückzuweisen (Art. 114 Abs. 2 OG).

6.
Bei diesem Verfahrensausgang wird die Auffangeinrichtung, die in ihrem Vermögensinteresse handelt, kostenpflichtig (Art. 156 Abs. 2, Art. 153 und 153a OG). Sie hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 2 OG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:
1.
Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird gutgeheissen, soweit darauf einzutreten ist. Das Urteil der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 31. März 2006 wird aufgehoben und die Sache zu neuer Beurteilung an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz, zurückgewiesen.
2.
Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.– wird der Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz, auferlegt.
3.
Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz, hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.– zu bezahlen.
4.
Dieses Urteil wird den Parteien und der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge sowie dem Bundesamt für Sozialversicherungen schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 28. September 2006
Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: