Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung I
A-6142/2016

Urteil vom 30. August 2017

Besetzung

Richterin Marianne Ryter (Vorsitz),
Richterin Salome Zimmermann,
Richterin Annie Rochat Pauchard,
Gerichtsschreiberin Tanja Petrik-Haltiner.

Parteien

A._____,
(…),
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Zwangsanschluss an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG.

Sachverhalt:

A.a
Die Ausgleichskasse des Kantons Bern meldete der Stiftung Auffangeinrichtung BVG mit Schreiben vom 17. September 2015, A._____ (nachfolgend: Arbeitgeber) beschäftige gemäss ihren Unterlagen Personal, welches der obligatorischen beruflichen Vorsorge unterstellt sei. Er habe es trotz Mahnung vom 1. Mai 2015 unterlassen, den Anschluss an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung zu belegen.

A.b Mit Schreiben vom 23. September 2015 teilte die Stiftung Auffangeinrichtung BVG dem Arbeitgeber unter Hinweis auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen mit, er habe sich innert zwei Monaten einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen oder ihr eine Kopie einer rechtsgültig unterzeichneten Anschlussvereinbarung zukommen zu lassen, ansonsten er unter Kostenfolge zwangsweise angeschlossen würde.

A.c Als sich der Arbeitgeber in der Folge nicht vernehmen liess, ordnete die Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend: Vorinstanz) mit Verfügung vom 5. September 2016 den zwangsweisen Anschluss des Arbeitgebers rückwirkend per 10. Juli 2014 an (Ziff. I. des Dispositivs). Dabei wurden dem Arbeitgeber die Kosten in der Höhe von Fr. 450.– für die Verfügung sowie in der Höhe von Fr. 375.– für die Durchführung des Zwangsanschlusses in Rechnung gestellt (Ziff. II. des Dispositivs). In Ziff. III des Dispositivs der Verfügung 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. Begründet wurde der Zwangsanschluss damit, dass der Arbeitgeber gemäss Meldung der zuständigen Ausgleichskasse seit dem 10. Juli 2014 der obligatorischen Vorsorge unterstellte Personen beschäftige, wobei kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 1*j* der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) ersichtlich sei. Der Arbeitgeber habe innert der gesetzten Frist keinen Nachweis erbracht, der einen Anschluss an die Auffangeinrichtung als nicht notwendig hätte erscheinen lassen.

B.
Der Arbeitgeber (nachfolgend: Beschwerdeführer) erhebt mit undatierter, am 5. Oktober 2016 von der Post gestempelter Eingabe Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht gegen die vorgenannte Verfügung und beantragt sinngemäss deren Aufhebung. Er macht geltend, im Jahr 2014 zwei

Saisonniers aus Polen beschäftigt zu haben, die lediglich 90 Tage für ihn gearbeitet hätten, wobei deren Lohnsumme Fr. 20‘000.– nicht überschritten habe, weshalb sie nicht unter die obligatorische Versicherungspflicht im Rahmen der beruflichen Vorsorge fallen würden.

C.
Mit Vernehmlassung vom 29. Dezember 2016 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kostenfolgen zulasten des Beschwerdeführers.

D.
Der Beschwerdeführer nimmt zur vorinstanzlichen Vernehmlassung innert Frist nicht Stellung.

E.
Auf weitere Vorbringen der Verfahrensbeteiligten sowie sich bei den Akten befindliche Dokumente wird – soweit entscheidrelevant – in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.
1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021), sofern – wie vorliegend – keine Ausnahme nach Art. 32 VGG gegeben ist. Die Vorinstanz ist eine Behörde im Sinne von Art. 33 VGG, zumal sie öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt (vgl. Art. 33 Bst. h VGG i.V.m. Art. 60 Abs. 2bis des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG, SR 831.40]). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist somit gegeben (statt vieler Urteil des BVGer A-5832/2016 vom 18. April 2017 E. 1.1).

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

1.3 Die Beschwerdeführerin ist zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde nach Massgabe von Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt. Auf die im

Übrigen form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde (vgl. Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

2.
Da der Beschwerdeführer zwei Personen aus einem EU-Mitgliedstaat beschäftigte, weist der strittige Sachverhalt eine grenzüberschreitende Komponente auf, womit sich vorab die Frage nach dem anwendbaren Recht stellt.

Aufgrund des für die Schweiz seit dem 1. Juni 2002 geltenden Freizügigkeitsabkommens vom 21. Juni 1999 zwischen ihr und der Europäischen Union (EU) und ihren Mitgliedstaaten (FZA; SR 0.142.112. 681) sind für den obligatorischen Teil der zweiten Säule diverse EU-Rechtsakte massgebend (vgl. Art. 1 Abs. 1 Anhang II FZA sowie dessen Abschnitt A). Gemäss Art. 11 Abs. 3 Bst. a i.V.m. Art. 2 der Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (für die Schweiz in Kraft getreten am 1. April 2012, SR 0.831.109.268.1) unterliegt eine Person, die in einem Mitgliedstaat – worunter die Schweiz gemäss Art. 1 Abs. 2 Anhang II FZA auch fällt – eine Beschäftigung ausübt, den Rechtsvorschriften dieses Mitgliedstaats. Auf den vorliegenden Sachverhalt ist somit schweizerisches Recht anwendbar.

3.
3.1
3.1.1 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 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101] und Art. 1 Abs. 1 BVG).

3.1.2 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 Arbeitgebenden mehr als den gesetzlichen Jahresmindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 5 BVV 2 erzielen. Dieser Mindestlohn wurde bisher verschiedene Male der Entwicklung in der AHV angepasst (vgl. Art. 9 BVG und statt vieler Urteile des BVGer A-5081/2014 vom 16. Februar 2016 E. 2.1.2 und

C-3706/2015 vom 29. Januar 2016 E. 2.1). Im Jahr 2014 belief er sich auf Fr. 21‘060.– (damaliger Art. 5 BVV 2, AS 2012 6347). Ist eine arbeitnehmende Person weniger als ein Jahr lang bei einem Arbeitgebenden beschäftigt, so gilt derjenige Lohn, den sie bei ganzjähriger Beschäftigung erzielen würde, als Jahreslohn (Art. 2 Abs. 2 BVG).

3.1.3 Für die Versicherungsunterstellung ist – wie für die Berechnung der Beiträge an die berufliche Vorsorge – der massgebende Lohn nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10) heranzuziehen (Art. 7 Abs. 1 und Abs. 2 BVG sowie statt vieler Urteil des BVGer C-6221/2014 vom 17. August 2015 E. 4.3). Die Vorinstanz ist demnach grundsätzlich an die Lohnbescheinigungen der Ausgleichskasse gebunden und hat darauf abzustellen (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-3851/2016 vom 31. Januar 2017 E. 2.2 mit weiteren Hinweisen).

3.1.4 Sodann obliegt es gemäss Art. 2 Abs. 4 BVG dem Bundesrat, die Versicherungspflicht für Arbeitnehmende in Berufen mit häufig wechselnden oder befristeten Anstellungen zu regeln. Er bestimmt, welche Arbeitnehmenden aus besonderen Gründen nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind. Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit Art. 1*j* BVV 2 nachgekommen: Darin wird festgehalten, welche Arbeitnehmenden von der obligatorischen Versicherung ausgenommen sind (vgl. dazu detailliert Urteil des BVGer C-7023/2013 vom 2. Juli 2015 E. 3.4).

3.2

3.2.1 Beschäftigt eine Arbeitgeberin Arbeitnehmer, die obligatorisch zu versichern sind, muss sie eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). Verfügt die Arbeitgeberin nicht bereits über eine Vorsorgeeinrichtung, hat sie eine solche im Einverständnis mit ihrem 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).

3.2.2 Die Stiftung Auffangeinrichtung BVG ist eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 60 Abs. 1 BVG) und verpflichtet, Arbeitgebende, 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. 2bis BVG kann

die Auffangeinrichtung 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 eine Arbeitgeberin zwar einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat, für eine bestimmte Zeitspanne aber eine Lücke besteht (statt vieler Urteil des BVGer A-532/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 2.2.2 mit Hinweisen).

4.
Die Vorinstanz hat den Beschwerdeführer mittels angefochtener Verfügung rückwirkend ab dem 10. Juli 2014 – zeitlich unbefristet – zwangsweise angeschlossen. Fraglich ist demnach, ob die Voraussetzungen für einen rückwirkenden Zwangsanschluss ab diesem Datum vorlagen.

4.1 Der Beschwerdeführer hat sich unbestrittenermassen keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen. Gemäss der Lohnbescheinigung 2014, welche er der bernischen Ausgleichskasse eingereicht hat, beschäftigte er vom 10. Juli 2014 bis zum 8. Oktober 2014 zwei Arbeitnehmende, welche während dieser Zeitspanne mit einer Summe von je Fr. 9‘466.40 entlöhnt wurden. Die hochgerechnete jährliche Lohnsumme der beiden Arbeitnehmer beläuft sich auf je Fr. 37‘785.60 und liegt damit über dem Grenzbetrag von Fr. 21‘060.– für das Jahr 2014 betreffend die Unterstellung unter das BVG (vgl. vorne E. 3.1.2 und Art. 2 Abs. 2 BVG und zur Massgeblichkeit von Lohnbescheinigungen zur Berechnung des für die Versicherungsunterstellung relevanten Lohns vorne E. 3.1.3).

4.2 Der Beschwerdeführer ist mit den beiden fraglichen ausländischen Staatsangehörigen unbestrittenermassen befristete Verträge eingegangen (allgemein zu Temporärarbeitsverhältnissen im vorliegenden Zusammenhang HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, Rz. 585 mit Hinweisen). Nach Art. 1*j* Abs. 2 BVV 2 werden Arbeitnehmende, die nicht oder voraussichtlich nicht dauernd in der Schweiz tätig sind und im Ausland genügend versichert sind, von der obligatorischen Versicherung befreit, wenn sie ein entsprechendes Gesuch an die Vorsorgeeinrichtung stellen. Dafür finden sich jedoch keine Hinweise in den Akten.

Fraglich ist hingegen, ob der Ausnahmetatbestand von Art. 1*j* Abs. 1 Bst. b BVV 2 greift, wonach Arbeitnehmende mit einem befristeten Arbeitsvertrag von höchstens drei Monaten vorbehältlich des hier nicht einschlägigen Art. 1*k* BVV 2 nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind.

4.2.1 Der Wortlaut von Art. 1*j* Abs. 1 Bst. b BVV 2 stimmt in den drei Sprachversionen überein und ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich. Triftige Gründe, die ein ausnahmsweises Abweichen davon zulassen würden, verneint das Eidgenössische Versicherungsgericht. Die klare Grenze für die Kurzzeitigkeit wurde vom Verordnungsgeber ausnahmslos auf höchstens drei Monate festgelegt (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts B 105/05 vom 21. April 2006 E. 5.2 mit Hinweisen). Mit der Vorinstanz ist somit einig zu gehen, dass die gesetzliche Dreimonatsfrist absolut gilt und demnach keine Toleranzen von einem oder mehreren Tagen darüber hinaus bestehen.

4.2.2 Massgebend für die Frage, ob ein Arbeitsverhältnis von mehr oder weniger als drei Monaten vorliegt, sind gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht die geleisteten Arbeitstage, sondern die Kalendertage, -wochen oder -monate, für welche das Arbeitsverhältnis eingegangen worden ist (vgl. Urteil des BGer 9C_445/2007 vom 4. April 2008 E. 3.3 mit Hinweisen). Dabei stellt das eidgenössische Versicherungsgericht für die Berechnung der Dauer der nach Art. 1*j* Abs. 1 Bst. b BVV 2 relevanten Zeitspanne auf Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 Obligationenrecht vom 30. März 1911 (OR, SR 220) ab, wonach eine nach Monaten bestimmte Frist an demjenigen Tag abläuft, dessen Zahl dem Tag des Vertragsabschlusses entspricht, und wenn dieser Tag im letzten Monat fehlt, auf den letzten Tag des fraglichen Monats. Davon ausgehend hält es fest, die dreimonatige Maximalfrist ende an demjenigen Tag des letzten Monats, welcher zahlenmässig dem Tag des Beginns des Fristlaufs, d.h. dem ersten Arbeitstag, entspreche. Konkret berechnete es im zu beurteilenden Fall die Dauer der dreimonatigen Frist vom 29. Januar 2000 bis zum 29. April 2000 (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts B 54/04 vom 30. September 2005 E. 3.2.2 i.f.). Auf diesen Entscheid wird in vorgenanntem Urteil ausdrücklich Bezug genommen, so dass davon ausgegangen werden kann, dass er implizit bestätigt wurde und demnach weiterhin Gültigkeit beansprucht. Im Übrigen findet diese Methode gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch bei der Berechnung der Dauer eines Arbeitsverhältnisses von mehr als drei Monaten im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht nach Art. 324*a* OR bei unverschuldeter Verhinderung des Arbeitnehmers an der Arbeitsleistung Anwendung. Auch diesfalls ist die Zeitspanne relevant, in welcher die arbeitnehmende Person ihre Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung gestellt hat und es wird im dritten Monat nach Beginn des Arbeitsverhältnisses auf dasjenige Datum bzw. auf denjenigen Kalendertag

abgestellt, welches/r dem ersten Arbeitstag entspricht (vgl. BGE 131 III 623 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen).

Demnach ist die Frist von drei Monaten nicht zwingendermassen mit 90 Tagen gleichzusetzen und sind bei Ermittlung der Dauer der beiden Arbeitsverhältnisse nicht die Kalendertage zusammenzuzählen, wie dies die Vorinstanz praktiziert und derart ein ihrer Ansicht nach drei Monate knapp überschreitendes Total von 91 Tagen (je 22 Tage im Juli, 31 Tage im August, 30 Tage im September und 8 Tage im Oktober) als Resultat erhält.

4.3 Vorliegend ist unbestritten, dass die beiden Arbeitnehmer vom 10. Juli 2014 bis zum 8. Oktober 2014 für den Beschwerdeführer gearbeitet haben (vgl. vorne E. 4.1). In Anwendung der vorgenannten bundesgerichtlichen Berechnungsmethode (vgl. E. 4.2.2) endet die dreimonatige Maximalfrist am 10. Oktober 2014 bzw. erstreckt sich im konkreten Fall vom 10. Juli 2014 bis zum 10. Oktober 2014 und wurde demnach nicht überschritten. Demzufolge liegt entgegen der Ansicht der Vorinstanz ein Ausnahmetatbestand nach Art. 1*j* Abs. 1 Bst. b BVV 2 vor. Folglich beschäftigte der Beschwerdeführer kein versicherungspflichtiges Personal und musste sich daher keiner registrierten Vorsorgeeinrichtung anschliessen. Der rückwirkend auf das Datum des Stellenantrittes der zu versichernden Personen verfügte Zwangsanschluss mit entsprechenden Kostenfolgen ist somit nicht gerechtfertigt. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Verfügung aufzuheben.

5.

Ausgangsgemäss sind dem Beschwerdeführer keine Verfahrenskosten für das Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.– ist ihm nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils zurückzuerstatten. Der Vorinstanz sind in Anwendung von Art. 63 Abs. 2 VwVG ebenso wenig Kosten aufzuerlegen. Dem nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführer ist sodann keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 7 ff. des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]), der Vorinstanz ebenso wenig (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung der Vorinstanz vom 5. September 2016 aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 800.– wird dem Beschwerdeführer nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet. Hierzu hat er dem Bundesverwaltungsgericht seine Post- oder Bankverbindung anzugeben.

3.
Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
– die Vorinstanz (Ref-Nr. […]; 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-Haltiner

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 der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: