



Abteilung I
A-1232/2017

Urteil vom 31. Januar 2018

Besetzung

Richter Michael Beusch (Vorsitz),
Richter Daniel Riedo, Richterin Marianne Ryter,
Gerichtsschreiberin Monique Schnell Luchsinger.

Parteien

A. _____,
vertreten durch lic. iur. Rony Kolb, Rechtsanwalt,
Beschwerdeführer,

gegen

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

Gegenstand

Zwangsanschluss BVG.

Sachverhalt:**A.**

A.a A. _____ (nachfolgend: Arbeitgeber) betreibt unter der Firma B. _____ ein Einzelunternehmen, das im Autogewerbe tätig ist, mit Fahrzeugen handelt, Reparaturen und Servicearbeiten vornimmt und einen Abschleppdienst unterhält. Das Geschäftsdomizil befindet sich an der (...) (vgl. Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons St. Gallen; eingesehen am 16. Januar 2018).

A.b Mit Schreiben vom 11. August 2016 teilte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. Gallen (nachfolgend: Ausgleichskasse) der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend: Auffangeinrichtung) mit, dass der Arbeitgeber nach ihren Unterlagen seit dem 1. September 2014 der obligatorischen beruflichen Vorsorge unterstellte Arbeitnehmende beschäftige. Im Schreiben führte die Ausgleichskasse weiter aus, sie habe den Arbeitgeber mit Schreiben vom 20. Mai 2015 ersucht, einen Nachweis über den Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung zu erbringen und ihn am 27. Juli 2015 an diese Pendeuz erinnert. Mit Schreiben vom 12. Mai 2016 habe sie den Arbeitgeber aufgefordert, sich bis zum 30. Juni 2016 einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen und ihr eine entsprechende Bescheinigung einzureichen, andernfalls er der Auffangeinrichtung zur zwangsweisen Unterstellung gemeldet werde.

A.c Mit Schreiben vom 29. August 2016 forderte die Auffangeinrichtung den Arbeitgeber unter Hinweis auf die einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen auf, ihr innerhalb von zwei Monaten eine Kopie einer rechtsgültig unterzeichneten, per 1. Januar 2014 gültigen Anschlussvereinbarung zukommen zu lassen. Sollte der Arbeitgeber in der (...) kein BVG-pflichtiges Personal beschäftigen, solle er eine entsprechende Bestätigung der zuständigen Ausgleichskasse senden. Falls die entsprechenden Unterlagen nicht bis zu 28. Oktober 2016 eingetroffen seien, werde der Arbeitgeber zwangsweise angeschlossen.

Dieses per Einschreiben an die Privatadresse des Beschwerdeführers versandte Dokument wurde von der Post als „nicht abgeholt“ an die Auffangeinrichtung retourniert.

B.

Mit Verfügung vom 20. Januar 2017 ordnete die Auffangeinrichtung den rückwirkenden zwangsweisen Anschluss des Arbeitgebers per 1. Januar 2014 an (Ziff. I des Dispositivs).

Begründet wurde der Zwangsanschluss damit, dass der Arbeitgeber gemäss Meldung der zuständigen Ausgleichskasse seit dem 1. Januar 2014 der obligatorischen Vorsorge unterstellte Personen beschäftige, wobei kein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 1j 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 habe erscheinen lassen.

C.

Mit Eingabe vom 24. Februar 2017 erhob der Arbeitgeber (nachfolgend: Beschwerdeführer) gegen die Zwangsanschlussverfügung der Auffangeinrichtung (nachfolgend auch: Vorinstanz) vom 20. Januar 2017 Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht. Der Beschwerdeführer beantragt sinngemäss die Anschlussverfügung aufzuheben sowie die gesamten Verfahrensakten edieren zu lassen und ihm zur Stellungnahme zuzustellen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vorinstanz.

Zur Begründung macht er im Wesentlichen geltend, er habe die angefochtene Zwangsanschlussverfügung am 26. Januar 2017 erhalten. In der Sache seien ihm bislang keine weiteren Akten bekannt, weshalb er mit Schreiben vom 23. Februar 2017 bei der Vorinstanz um Akteneinsicht ersucht habe. Sein Einmannbetrieb sei auf erstes Hinsehen nicht anschlusspflichtig, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nach seiner Auffassung nicht erfüllt seien. Er sei im Rahmen eines Strafverfahrens beschuldigt worden, zwei Mitarbeiter beschäftigt zu haben. Das Verfahren sei noch vor dem Kreisgericht (...) pendent. Der entsprechende Sachverhalt sei wohl auch der angefochtenen Zwangsanschlussverfügung zugrunde gelegt worden. Genauer sei ihm nicht bekannt, was eine Akteneinsicht erfordere. Eine Verfügung betreffend die Erhebung von Quellensteuern im Zusammenhang mit den bestrittenen Arbeitsverhältnissen sei mit Verfügung vom 19. September 2014 widerrufen worden. Auch das Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons (...) habe mit Verfügung vom 12. Dezember 2014 seine Gebühren für eine amtliche Kontrolle widerrufen.

D.

Mit Vernehmlassung vom 24. April 2017 beantragt die Vorinstanz, es sei die Beschwerde unter Kostenfolgen zulasten des Beschwerdeführers abzuweisen.

Zu Begründung führt die Vorinstanz aus, sie habe dem Beschwerdeführer mit Schreiben vom 29. August 2016 das rechtliche Gehör gewährt. Dieses Schreiben sei jedoch von ihm nicht abgeholt worden. Die Zwangsanschlussverfügung vom 20. Januar 2017 sei dem Beschwerdeführer am 26. Januar 2017 effektiv zugestellt worden. Sinngemäss führt die Vorinstanz weiter aus, gemäss der Lohnbescheinigung der Ausgleichskasse für das Jahr 2014 sei dem Arbeitnehmer C. _____ (nachfolgend: Lohnempfänger 1) ein Jahreslohn von Fr. 21'076.- ausgerichtet worden. Diese Bescheinigung sei über die E-Mail-Adresse (...) eingereicht worden, was darauf deute, dass der Beschwerdeführer selbst diese Anmeldung eingereicht habe. Der in der Lohnbescheinigung 2014 ausgewiesene Jahreslohn überschreite die Eintrittsschwelle von Fr. 21'060.-. Der Beschwerdeführer sei daher zwangsweise anzuschliessen gewesen. Aus den vom Beschwerdeführer eingereichten Unterlagen sei sodann ersichtlich, dass die Quellensteuerverfügung lediglich aus formellen Gründen widerrufen worden sei. Die Steuerbehörde sei jedoch weiterhin der Überzeugung, dass die Voraussetzungen für die Besteuerung an der Quelle erfüllt seien. Die Verfügung des Amtes für Wirtschaft und Arbeit betreffend Kontrollgebühren sei nur deshalb widerrufen worden, weil das Strafverfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen gewesen sei.

E.

Replicando macht der Beschwerdeführer am 26. Juni 2017 zusammengefasst geltend, sowohl das Schreiben der Vorinstanz vom 29. August 2016 als auch die angefochtene Zwangsanschlussverfügung vom 20. Januar 2017 seien jeweils an seine Privatadresse gesandt worden. Es sei keine korrekte Zustellung erfolgt und eine solche sei auch nicht bewiesen. Es sei ihm daher faktisch nicht möglich gewesen, fristgerecht eine Stellungnahme abzugeben. Zudem habe ihm die Vorinstanz auf sein Gesuch vom 23. Februar 2017 keine Akteneinsicht gewährt. In der Einzelunternehmung seien mit Ausnahme des Lohnempfängers und D. _____ (nachfolgend: Lohnempfänger 2) keine eine Anschlusspflicht begründenden Angestellten tätig gewesen. Der Lohnempfänger 1 sei lediglich zur beruflichen Wiedereingliederung teilzeitlich beschäftigt worden. Dieser sei zudem durch die öffentliche Hand bzw. durch das Regionale Arbeitsvermittlungszentrum (RAV) unterstützt worden. Ausserdem habe sein Jahreslohn im Jahre 2014 den Schwellenwert nur um 0,7 Promille überschritten, im 2015 sei der Schwellenwert nicht erreicht worden. Der Lohnempfänger 2 sei nur kurzzeitig und gelegentlich tätig gewesen.

F.

In der Duplik vom 4. Juli 2017 bringt die Vorinstanz im Wesentlichen vor, der Beschwerdeführer sei mit Schreiben der Ausgleichskasse vom 12. Mai 2016 aufgefordert worden, seiner Anschlusspflicht nachzukommen, andernfalls er der Auffangeinrichtung zum zwangsweisen Anschluss gemeldet werde. Dem Beschwerdeführer sei damit bekannt gewesen, dass ein Verfahren betreffend Zwangsanschluss eingeleitet worden sei. Das Schreiben vom 29. August 2016 sei an seine Privatadresse ergangen. Der Beschwerdeführer betreibe ein Einzelunternehmen als dessen persönlich haftendem Inhaber ihm Sendungen auch an die Privatadresse zugestellt werden könnten. Der Beschwerdeführer habe die eingeschriebene Sendung vom 29. August 2016 jedoch nicht abgeholt. Eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer berechtigten Person überbracht werde, gelte spätestens am siebten Tag nach dem ersten erfolglosen Zustellversuch als erfolgt. Der Beschwerdeführer habe sodann nach der Zustellung der Zwangsanschlussverfügung erst am 23. Februar 2017 um Akteneinsicht ersucht. Es sei ihr daher nicht möglich gewesen, ihm die Akten vor Einreichung der Beschwerde zuzustellen. Aus der Verfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 26. April 2017 sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer im Rahmen des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sämtliche Akten in Kopie erhalten habe. Die Ausführungen des Beschwerdeführers, wonach der Lohnempfänger 1 nur zur beruflichen Wiedereingliederung teilzeitlich beschäftigt worden sei und überdies der Unterstützung durch das RAV bedürftig sei, seien in keiner Weise belegt, weshalb weiterhin auf die Lohnbescheinigung der Ausgleichskasse abzustellen sei.

Auf die Vorbringen der Verfahrensbeteiligten und die eingereichten Akten wird – soweit entscheidrelevant – nachfolgend unter den Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

1.1 Gemäss Art. 31 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG; SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG, SR 172.021), 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 Bst. h VGG, zumal sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a und b und Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) Verfügungen erlassen kann (Art. 60 Abs. 2^{bis} BVG) und damit in Erfüllung ihr übertragener öffentlich-rechtlicher Aufgaben des Bundes verfügt (vgl. auch Art. 54 Abs. 4 BVG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG). Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde ist somit gegeben.

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

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

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht kann den angefochtenen Entscheid grundsätzlich in vollem Umfang überprüfen. Die beschwerdeführende Partei kann neben der Verletzung von Bundesrecht (Art. 49 Bst. a VwVG) und der unrichtigen oder unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 49 Bst. b VwVG) auch die Unangemessenheit rügen (Art. 49 Bst. c VwVG).

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

2.3 Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101) haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Dieser Grundsatz wurde sodann in Art. 29 ff. VwVG für das Verwaltungsverfahren konkretisiert. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheides dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbe-

sondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen und Einsicht in die Akten zu nehmen. Der Anspruch auf rechtliches Gehör umfasst als Mitwirkungsrecht somit alle Befugnisse, die einer Partei einzuräumen sind, damit sie in einem Verfahren ihren Standpunkt wirksam zur Geltung bringen kann (vgl. Art. 30 Abs. 1 VwVG; BGE 140 I 99 E. 3.4; 135 II 286 E. 5.1; zur Anwendbarkeit von Art. 29 ff. VwVG im Verfahren vor der Vorinstanz vgl. Art. 1 Abs. 1 und 2 Bst. e VwVG in Verbindung mit Art. 54 Abs. 4 BVG). Voraussetzung für das Äusserungsrecht sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, was auf das Recht hinausläuft, in geeigneter Weise über die entscheidungswesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert zu werden (BGE 140 I 99 E. 3.4).

2.4 Die Behörde eröffnet Verfügungen den Parteien grundsätzlich schriftlich (vgl. Art. 34 Abs. 1 VwVG). Die Eröffnung der Verfügung ist eine empfangsbedürftige einseitige Rechtshandlung und verlangt die individuelle Mitteilung des Inhalts an den Adressaten (Urteile des BVGer A-4311/2016 vom 22. März 2017 E. 4.1, C-5306/2013 vom 4. März 2015 E. 4.2; ULRICH HÄFELIN et al., Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, N. 1066). Eine Sendung gilt grundsätzlich in dem Moment als zugestellt, in welchem sie dem Adressaten tatsächlich übergeben wird (Urteil des BVGer A-4311/2016 vom 22. März 2017 E. 4.2).

Gemäss Art. 20 Abs. 2^{bis} VwVG gilt eine Mitteilung, die nur gegen Unterschrift des Adressaten oder einer anderen berechtigten Person übergeben und innert der siebentägigen Frist nicht abgeholt wird, als am siebten Tag nach dem erfolglosen Zustellungsversuch als erfolgt. Voraussetzung ist allerdings, dass der Adressat mit der fraglichen Zustellung rechnen musste (statt vieler: BGE 134 V 49 E. 4 mit Hinweisen; Urteil des BVGer A-6822/2016 vom 6. Juli 2017 E. 6.1.1; PATRICIA EGLI, in: Praxiskommentar VwVG, 2. Aufl. 2016, Art. 20 N. 46 mit Hinweisen auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung).

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts wird die Zustellung einer von der Auffangeinrichtung per Einschreiben versandten Aufforderung zum Nachweis seines Anschlusses an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung fingiert, wenn der Arbeitgeber vorgängig von der Ausgleichskasse eine entsprechende Aufforderung erhalten hat und seither nicht übermässig viel Zeit verstrichen ist (vgl. Urteile des BVGer A-6822/2016 vom 6. Juli 2017 E. 6.1.1, A-6747/2016 vom 9. Mai 2017 E. 8).

2.5 Das rechtliche Gehör umfasst – wie erwähnt – auch das Recht auf Akteneinsicht (Urteile des BVGer A-4026/2016 vom 7. März 2017 E. 3.2, A-5757/2015 vom 19. Februar 2016 E. 2.4, A-5078/2012 vom 15. Januar 2014 E. 2.2). Art. 26 Abs. 1 VwVG sieht hierzu vor, dass die Partei oder ihr Vertreter Anspruch darauf hat, die Akten in ihrer Sache einzusehen. Die Akteneinsicht ist auf Gesuch der Partei zu gewähren, sofern nicht wesentliche öffentliche oder private Interessen eine Geheimhaltung erfordern (vgl. Art. 27 VwVG; Urteile des BVGer A-4026/2016 vom 7. März 2017 E. 3.2, A-1087/2016 vom 10. August 2016 E. 1.7.1).

2.6 Auch die Begründungspflicht ist Teil des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (vgl. ULRICH HÄFELIN et al., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl. 2016, N. 838). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung soll die Begründungspflicht verhindern, dass sich die Behörde von unsachlichen Motiven leiten lässt, und es dem Betroffenen ermöglichen, die Verfügung gegebenenfalls sachgerecht anzufechten. Dies ist nur dann möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf welche sich ihre Verfügung stützt (vgl. BGE 142 III 422 E. 4.3.2; Urteile des BVGer A-4026/2016 vom 7. März 2017 E. 3.1, A-3821/2016 vom 29. September 2016 E. 3.3 mit weiteren Hinweisen).

Welchen Anforderungen eine Begründung zu genügen hat, ist im Einzelfall anhand der konkreten Umstände und der Interessen der Betroffenen festzulegen. Die notwendige Begründungsdichte ist dabei insbesondere abhängig von der Entscheidungsfreiheit der Behörde, derjenigen des Entscheids sowie der Komplexität des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen (BGE 142 II 324 E. 3.6; Urteil des BVGer A-3821/2016 vom 29. September 2016 E. 3.3).

2.7 Bei Verstössen gegen die behördliche Begründungspflicht wird der Mangel als behoben erachtet, wenn die Rechtsmittelbehörde sowohl den Sachverhalt als auch die Rechtslage frei überprüfen kann und entweder diese Rechtsmittelinstanz eine hinreichende Begründung gibt oder die unterinstanzliche Behörde im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eine genügende Begründung nachschiebt (vgl. Urteile des BVGer A-6813/2016 vom 30. August 2017 E. 1.4, A-1617/2016 vom 6. Februar 2017 E. 2.3.4).

3.

3.1 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 in Verbindung mit Art. 5 BVV 2 erzielen (vgl. statt vieler: Urteil des BVGer A-4204/2016 vom 8. März 2017 E. 2.1.2). Diese Eintrittsschwelle wurde bisher verschiedene Male angepasst (vgl. Art. 9 BVG sowie Urteil des BVGer A-4026/2017 vom 7. März 2017 E. 4.3). Im Jahr 2014 betrug sie Fr. 21'060.- (damaliger Art. 5 BVV 2 [AS 2012 6347]; zu den intertemporalen Regeln vgl. BGE 134 V 315 E. 1.2, 130 V 329 E. 2.3; Urteil des BVGer A-4026/2017 vom 7. März 2017 E. 4.1).

Ist eine arbeitnehmende Person weniger als ein Jahr lang bei einem Arbeitgeber beschäftigt, so gilt als Jahreslohn der Lohn, den sie bei ganzjähriger Beschäftigung erzielen würde (Art. 2 Abs. 2 BVG).

3.2 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 Urteil des BVGer A-6831/2016 vom 30. August 2017 E. 3.3). Die Vorinstanz ist demnach grundsätzlich an die Lohnbescheinigungen der Ausgleichskasse gebunden und hat darauf abzustellen (vgl. Urteile des BVGer A-6831/2016 vom 30. August 2017 E. 3.3, A-4026/2016 vom 7. März 2017 E. 4.3, A-3851/2016 vom 31. Januar 2017 E. 2.2). Allfällige Korrekturen der Lohnbescheinigungen sind nicht im Beschwerdeverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht, sondern direkt bei der zuständigen Ausgleichskasse und allenfalls auf dem für die Anfechtung von Entscheidungen dieser Behörde vorgesehenen Rechtsweg geltend zu machen (vgl. insbesondere Art. 58 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]; Urteile des BVGer A-6813/2016 vom 30. August 2017 E. 3.3, A-5364/2016 vom 1. Februar 2017 E. 3.1.1).

3.3 Gemäss Art. 2 Abs. 4 BVG bestimmt der Bundesrat, welche Arbeitnehmenden aus besonderen Gründen nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind. Diesem Auftrag ist der Bundesrat mit Erlass von Art. 1j BVV 2 nachgekommen. In dieser Bestimmung wird festgehalten, welche Arbeitnehmenden von der obligatorischen Versicherung ausgenommen

sind (Urteil des BVGer A-6813/2016 E. 30. August 2017 E. 3.4.1, ausführlich dazu: Urteil des BVGer C-7023/2013 vom 2. Juli 2015 E. 3.4).

3.4 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 in Verbindung mit Art. 10 Abs. 1 BVG).

4.

4.1 Gemäss Art. 11 Abs. 4 BVG überprüft die AHV-Ausgleichskasse, ob die von ihr erfassten Arbeitgeber einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind. Sie fordert Arbeitgeber, die ihrer Pflicht gemäss Art. 11 Abs. 1 BVG nicht nachkommen, auf, sich innerhalb von zwei Monaten einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen (Art. 11 Abs. 5 BVG). Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung der AHV-Ausgleichskasse nicht fristgemäss nach, so meldet diese ihn der Auffangeinrichtung rückwirkend zum Anschluss (Art. 11 Abs. 6 BVG).

4.2 Die Auffangeinrichtung ist eine Vorsorgeeinrichtung und verpflichtet, Arbeitgeber, die ihrer Pflicht zum Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nicht nachkommen, anzuschliessen (Art. 60 Abs. 1 und 2 Bst. a BVG). Der Anschluss erfolgt rückwirkend (vgl. Art. 11 Abs. 3 und 6 BVG). Gemäss Art. 60 Abs. 2^{bis} BVG kann die Auffangeinrichtung zur Erfüllung dieser Aufgabe Verfügungen erlassen.

4.3 Ein Zwangsanschluss besteht (ohne Kündigung) auch dann weiter, wenn (vorübergehend) kein obligatorisch zu versicherndes Personal beschäftigt wird. Allerdings sind in einem solchen Fall während dieser Zeit keine Beiträge zu entrichten (vgl. Urteile des BVGer A-6968/2016 vom 24. August 2017 E. 2.2.4, A-7265/2016 vom 3. Mai 2017 E. 3.2.4).

4.4 Eine besondere Konstellation ist in Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG angesprochen: Gemäss Art. 12 Abs. 1 BVG haben die Arbeitnehmer oder ihre Hinterlassenen Anspruch auf die gesetzlichen Leistungen, auch wenn sich der Arbeitgeber noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen hat. Diese Leistungen werden, wie in Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG festgehalten, von der

Auffangeinrichtung ausgerichtet. Entsteht der gesetzliche Anspruch eines Arbeitnehmers auf Versicherungs- oder Freizügigkeitsleistung (vgl. Art. 2 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [FZG, SR 831.42]) zu einem Zeitpunkt, an dem sein Arbeitgeber noch keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen ist, wird der Arbeitgeber gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung vom 28. August 1985 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge (nachfolgend: VOAA; SR 831.434) «von Gesetzes wegen für alle dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmer der Auffangeinrichtung angeschlossen» (vgl. dazu auch BGE 129 V 237 E. 5.1; Urteil des BVGer A-6813/2016 vom 30. August 2017 E. 3.6.3). Der entsprechende Anschluss erfolgt (ebenfalls) rückwirkend auf den Zeitpunkt, in welchem die zu versichernde Person erstmals ihre Stelle antritt (vgl. Art. 3 Abs. 1 der VOAA in Verbindung mit Art. 11 Abs. 3 BVG und Art. 10 Abs. 1 BVG; Urteile des BVGer A-6813/2016 vom 30. August 2017 E. 3.6.3, A-3819/2016 vom 15. Juni 2017 E. 3.7.3).

4.5 Während die blosses Säumnis des Arbeitgebers, sich einer Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen, zu einem Zwangsanschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG führt, richtet sich der Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG, sobald vor dem Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung Leistungsansprüche entstanden sind. 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 Auffangeinrichtung habe deshalb bloss feststellenden Charakter (vgl. Urteile des BVGer A-6813/2016 vom 30. August 2017 E. 3.6.4, A-5692/2016 vom 12. Juni 2017 E. 3.11.2).

5.

5.1 Im vorliegenden Fall hat die Vorinstanz den Beschwerdeführer mittels der angefochtenen Verfügung rückwirkend per 1. Januar 2014 zwangsweise angeschlossen. Die Frage ist, ob die Voraussetzungen für einen rückwirkenden Zwangsanschluss per dato vorgelegen haben.

5.2 Der Beschwerdeführer rügt vorab eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, welche aus verschiedenen Gründen vorliegen soll. Aufgrund des formellen Charakters der Rüge ist nachfolgend vorab auf diese einzugehen.

5.2.1 Der Beschwerdeführer macht geltend, er habe am vorinstanzlichen Verfahren nicht teilnehmen können, weil er die Aufforderung der Vorinstanz vom 29. August 2016 nicht erhalten habe. Diese sei nämlich an seine Privatadresse adressiert worden. Auch die angefochtene Zwangsanschlussverfügung sei an die Privatadresse zugestellt worden. Damit rügt er implizit einen Zustellungsmangel.

5.2.1.1 Der Beschwerdeführer betreibt unter der Firma (...) an der (...) ein Einzelunternehmen (vgl. Internetauszug des Handelsregisters des Kantons St. Gallen; eingesehen am 16. Januar 2018). Eine Einzelunternehmung ist jedoch weder rechts- noch parteifähig (vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Droit suisse des sociétés*, ed. Français par Peter Irdanov, 2015, § 26 N. 2; *Blätter für Zürcherische Rechtsprechung [ZR]* 1959 Nr. 59). Auch die Eintragung einer Einzelunternehmung im Handelsregister führt nicht dazu, dass die betreffende Unternehmung die Rechtsfähigkeit erwirbt (vgl. Urteil des BGer 2C_123/2010 vom 5. Mai 2010 E. 3.2; vgl. auch Art. 36 ff. der Handelsregisterverordnung vom 17. Oktober 2007 [HRegV; SR 221.411]). Die Rechte und Pflichten aus dem eingetragenen Unternehmen stehen vielmehr der natürlichen Person zu, welche das fragliche Gewerbe betreibt, mithin dem Inhaber. Der Sitz des Einzelunternehmens muss nicht mit dem Wohnsitz des Inhabers übereinstimmen. Ist ein Geschäftssitz im Handelsregister eingetragen, ist der Inhaber verpflichtet, an diesem Ort (geschäftliche) Sendungen entgegen zu nehmen (vgl. Art. 2 Bst. c HRegV). Umgekehrt folgt daraus, dass Geschäftssendungen dem Inhaber auch an seine Privatadresse gesendet werden können. Der Inhaber einer Einzelunternehmung ist sodann am Wohnsitz und nicht am Geschäftsort zu betreiben, selbst wenn der Geschäftsort im Handelsregister vermerkt ist (vgl. Art. 46 Abs. 2 SchKG e contrario; vgl. BGE 98 III 37 E. 2). Auch dies verdeutlicht, dass eine Zustellung an die Privatadresse des Beschwerdeführers grundsätzlich zulässig ist.

5.2.1.2 Die angefochtene Zwangsanschlussverfügung vom 20. Januar 2017 ist an die Privatadresse des Beschwerdeführers adressiert. Er hat diese Verfügung nach eigenen Angaben am 26. Januar 2017 erhalten. Die angefochtene Verfügung wurde somit ordnungsgemäss eröffnet (E. 5.2.1.1 und 2.4).

5.2.1.3 Die per Einschreiben versandte Aufforderung der Vorinstanz vom 29. August 2016 erging ebenfalls an die Privatadresse des Beschwerdeführers, was nicht zu beanstanden ist (E. 5.2.1.1 und 2.4). Allerdings ist diese Sendung vom Beschwerdeführer nicht abgeholt worden, weshalb sie ungeöffnet an die Vorinstanz zurückging.

Aus dem unter den Vernehmlassungsakten eingereichten E-Mail der Ausgleichskasse vom 18. Januar 2016 an den Beschwerdeführer ergibt sich, dass dieser tags zuvor ebenfalls per E-Mail die Ausgleichskasse um eine Bestätigung ersucht hatte. Die Ausgleichskasse bat den Beschwerdeführer jedoch unter anderem, vorab noch die Lohndeklarationen für die Jahre 2014 und 2015 einzureichen. Der Beschwerdeführer kam dieser Aufforderung mit E-Mail vom 1. Februar 2016 nach. Mit Schreiben der Ausgleichskasse vom 12. Mai 2016 an den Beschwerdeführer forderte sie ihn auf, bis zum 30. Juni 2016 nachzuweisen, dass er sein Personal bei einer registrierten Vorsorgeeinrichtung versichert habe. Bei Säumnis werde die Ausgleichskasse ihn der Vorinstanz zum zwangsweisen Anschluss melden. Dieses Schreiben war an die Geschäftsadresse des Beschwerdeführers adressiert, an welcher Adresse er seine Post grundsätzlich entgegennimmt. Den mit dem Schreiben vom 12. Mai 2016 verlangten Nachweis hat der Beschwerdeführer offenkundig nicht erbracht. Somit musste der Beschwerdeführer androhungsgemäss mit einem Schreiben der Vorinstanz rechnen. Die Aufforderung vom 29. August 2016 gilt daher als am 7. Tag nach Zustellung der Abholungseinladung in rechtlicher Hinsicht als zugestellt (E. 2.4).

5.2.1.4 Bei dieser Sachlage hat es sich Beschwerdeführer selbst zuzuschreiben, wenn er in tatsächlicher Hinsicht vom vorinstanzlichen Verfahren keine Kenntnis hatte und in der Folge daran nicht teilnehmen konnte. Sein Verhalten ist als Verzicht auf das rechtliche Gehör zu würdigen. Infolgedessen erweist sich seine Rüge, wonach er nicht über das vorliegende Verfahren informiert worden sei, als nicht stichhaltig.

5.2.2 Der Beschwerdeführer rügt ferner, es sei ihm nicht möglich, den wirklichen Grund der strittigen Anschlussverfügung zu kennen. Soweit er damit implizit auch eine Verletzung der Begründungspflicht geltend machen wollte, ist die Rüge ebenfalls nicht stichhaltig, wie sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergibt.

Zwar ist die Begründung der angefochtenen Verfügung vom 20. Januar 2017 sehr knapp ausgefallen, immerhin wird darin jedoch erwähnt, dass

die zuständige Ausgleichskasse eine Meldung erstattet hat. Auch der Inhalt der Meldung ist kurz wiedergegeben, so ist der Beginn der Versicherungspflicht, mithin der 1. Januar 2014, und der Grund für den Zwangsanschluss erwähnt, nämlich die Beschäftigung von beitragspflichtigem Personal. Ebenso wird ein denkbarer Ausnahmetatbestand, der durch die ausdrückliche Nennung der gesetzlichen Grundlage spezifiziert wird, verneint. Damit ist die Verfügung ausreichend begründet und liegt insoweit keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor (vgl. E. 2.6 und auch Urteil des BVGer A-4026/2016 vom 7. März 2017 E. 5.2.2).

5.2.3 Der Beschwerdeführer moniert in seiner Replik vom 26. Juni 2017 erneut, die Vorinstanz habe ihm keine Akteneinsicht gewährt.

Der Beschwerdeführer hat am 23. Februar 2017 bei der Vorinstanz um Akteneinsicht ersucht. Bereits folgendentags hat der Beschwerdeführer beim Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde gegen die vorgenannte Zwangsanschlussverfügung eingereicht. Der Vorinstanz war es somit schon aus zeitlichen Gründen nicht möglich, dem Beschwerdeführer die Akten vor Einreichung seiner Beschwerde bzw. vor Ablauf der Beschwerdefrist zur Verfügung zu stellen. Eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts bzw. des rechtlichen Gehörs liegt daher nicht vor (E. 2.5).

5.3 Damit ist nachfolgend auf die Voraussetzungen für einen Zwangsanschluss einzugehen, soweit sie vorliegend relevant sind.

Der Beschwerdeführer hat sich unbestrittenermassen keiner Vorsorgeeinrichtung angeschlossen. In der Lohnbescheinigung 2014, welche er der Ausgleichskasse eingereicht hat, ist der Lohnempfänger 1 als versicherte Person aufgeführt. Der Lohnempfänger 1 wurde in der Zeitspanne zwischen Januar und Dezember 2014 mit einem Betrag von Fr. 21'076.- entlohnt. Das Lohnbetreffnis liegt damit über der Eintrittsschwelle von Fr. 21'060.- (vgl. E. 3.2). Damit sind die vorgenannten Voraussetzungen für eine Unterstellung unter das BVG erfüllt, selbst wenn die Lohnuntergrenze nur unwesentlich überschritten wurde. Diesbezüglich steht der Vorinstanz kein Ermessen zu, weshalb die vom Beschwerdeführer vorgebrachte Rüge eines unverhältnismässigen Verhaltens der Behörde ins Leere zielt.

5.4 Der Beschwerdeführer macht indes geltend, dass zwischen ihm und dem Lohnempfänger 1 kein Arbeitsverhältnis im rechtlichen Sinne bestan-

den habe. Vielmehr sei der Lohnempfänger 1 nur zur beruflichen Wiedereingliederung teilzeitbeschäftigt und durch die öffentliche Hand bzw. ein RAV unterstützt worden.

Die Vorinstanz ist grundsätzlich an die Angaben in der Lohnbescheinigung gebunden (E. 3.2).

Die eingereichte Lohnbescheinigung 2014 ist auf die Einzelfirma ausgestellt. Als versicherte Person wird der Lohnempfänger 1 aufgeführt. Ein sog. Arbeitsversuch im Sinne von Art. 18a des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung (IVG; SR 831.20) – bei dem kein Arbeitsverhältnis nach OR entstehen würde – liegt jedenfalls nicht vor, da in einem solchen Fall kein Lohn entrichtet würde (vgl. Botschaft vom 24. Februar 2010 zur Änderung des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [6. IV-Revision, erstes Massnahmenpaket], BBl 2010 1817 S. 1890). Der vorliegende Fall ist auch nicht vergleichbar mit dem vom Bundesverwaltungsgericht beurteilten Fall A-4026/2016, wo im Zusammenhang mit einem Zwangsanschluss die persönliche Arbeitgebereigenschaft eines Geschäftsführers einer juristischen Person zur Diskussion gestanden hatte (Urteil des BVGer A-4026/2016 vom 3. März 2017 E. 5.3.6.1 und 5.3.6.3). Es liegen insoweit keine Anhaltspunkte vor, um von den Angaben in der Lohnbescheinigung 2014 abzuweichen, zumal eine Statuskorrektur seitens der AHV nicht länger geltend gemacht wird.

5.5 Damit bleibt, in der gebotenen Kürze, auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers einzugehen:

In der Beschwerdeschrift vom 24. Februar 2017 macht der Beschwerdeführer geltend, er sei im Rahmen eines Strafverfahrens beschuldigt worden, zwei Arbeitnehmer beschäftigt zu haben. Das Strafverfahren bilde derzeit Gegenstand gerichtlicher Beurteilung. Die Erhebung von Quellensteuern sei mit Verfügung vom 19. September 2014 widerrufen worden. Auch eine vom Amt für Wirtschaft und Arbeit des Kantons (...) für die Durchführung einer amtlichen Kontrolle ergangene Gebührenverfügung sei mit Verfügung vom 12. Dezember 2014 widerrufen worden (Sachverhalt C). Soweit der Beschwerdeführer damit implizieren möchte, dass er keine Arbeitnehmenden beschäftigt habe und daher nicht der Anschlusspflicht unterliege, erweist sich seine Argumentation als nicht stichhaltig.

Aus der Verfügung vom 19. September 2014 des Steueramtes des Kantons (...) an die Einzelunternehmung des Beschwerdeführers ergibt sich,

dass ein Einspracheentscheid vom 27. Juni 2014 samt der diesem zugrundeliegenden Quellensteuerverfügungen Nr. (...) und (...) vom 10. Juni 2014 widerrufen worden ist. Es ist unklar, welche Arbeitnehmenden dieses Verfahren betroffen hat. Der entsprechenden Verfügung ist jedoch zu entnehmen, dass sie aus formellen Gründen widerrufen worden ist. Aktenkundig ist sodann ein rund zwei Monate später ergangenes Schreiben des Steueramtes des Kantons(...), Abteilung Quellensteuer, vom 13. November 2014, demgemäss der Beschwerdeführer zur Einreichung der Quellensteuerabrechnungen 2013 und 2014 für die beiden Arbeitnehmer E. _____ (nachfolgend: Lohnempfänger 3) und F. _____ (nachfolgend: Lohnempfänger 4) aufgefordert wird. Die Lohnempfänger 3 und 4 sind nicht mit den in den Lohnbescheinigungen 2014 und 2015 genannten Versicherten identisch.

Aus der Widerrufsverfügung vom 12. Dezember 2014 des Amtes für Wirtschaft und Arbeit des Kantons (...) ergibt sich, dass die Einzelunternehmung am 17. Januar 2014 einer Betriebskontrolle unterzogen worden ist. Mit dieser Verfügung wurde die vorgängige Verfügung vom 10. November 2014 betreffend die für die Betriebskontrolle erhobenen Gebühren aufgehoben. Aus dem in der Widerrufsverfügung dargestellten Sachverhalt ergibt sich, dass anlässlich der Betriebskontrolle die beiden Lohnempfänger 3 und 4 bei der Arbeit angetroffen worden seien. Diese beiden Personen sind nicht mit den in den Lohnbescheinigungen 2014 und 2015 genannten Versicherten identisch.

Es ist nicht aktenkundig, welche Arbeitnehmenden des Beschwerdeführers Anlass für das erwähnte Strafverfahren gegen ihn waren. Der Beschwerdeführer räumt jedoch ein, dass eine Betriebskontrolle stattgefunden hat. Der im vorliegenden Verfahren betroffene Lohnempfänger 1 wurde anlässlich der besagten Betriebskontrolle nicht angetroffen und hat damit offenkundig nichts mit dem Strafverfahren zu tun. Daher erübrigt sich auch der Eventualantrag des Beschwerdeführers auf Beizug der Strafakten.

Da die weiteren Verfahren somit allesamt andere Lohnempfänger betreffen, ist aus den vom Beschwerdeführer hierzu eingereichten Dokumenten nichts zu seinen Gunsten abzuleiten.

5.6 Der Lohnempfänger 1 fällt auch nicht unter einen Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 2 Abs. 4 BVG in Verbindung mit Art. 1j BVV 2 (E. 3.3).

6.

Gemäss der ebenfalls aktenkundigen Lohnbescheinigung 2015 hat der Lohnempfänger 1 bis Juni 2015 Lohn bezogen. Es ist somit davon auszugehen, dass er das Unternehmen bereits wieder verlassen und damit Anspruch auf eine Freizügigkeitsleistung erworben hat. Damit ist der Beschwerdeführer ex lege der Vorinstanz angeschlossen (E. 4.4). Infolgedessen hätte die Vorinstanz über den rückwirkenden Anschluss in feststellender statt in gestaltender Form verfügen müssen (E. 4.5).

Für den massgeblichen Zeitpunkt ist wiederum grundsätzlich auf die Lohnbescheinigung 2014 abzustellen. Allerdings werden in diesem nur ganze Monate deklariert. Im ebenfalls aktenkundigen Lohnblatt 2014 ist jedoch angegeben, dass der Lohnempfänger am 27. Januar 2014 in die Einzelunternehmung des Beschwerdeführers eingetreten sei. Demzufolge ist der Beschwerdeführer jedenfalls per 27. Januar 2014 ex lege der Vorinstanz angeschlossen (E. 4.4).

Ob der Beschwerdeführer noch andere Arbeitnehmende beschäftigt hat, worauf der Hinweis auf das erwähnte Strafverfahren zielen könnte, ist vorliegend nicht zu prüfen, zumal eine allfällige Unterstellung unter die BVG-Versicherungspflicht (E. 3.1) von weiteren Arbeitnehmenden nicht offenkundig ist.

7.

Ausgangsgemäss hat der Beschwerdeführer die Verfahrenskosten vor dem Bundesverwaltungsgericht zu tragen (vgl. Art. 63 Abs. 1 VwVG), dringt er doch im Resultat mit seinem Antrag nicht durch (vgl. dazu auch Urteile des BVGer A-6813/2016 vom 30. August 2017 E.7, A-3819/2016 vom 15. Juni 2017 E. 5.1). Die Verfahrenskosten sind auf Fr. 800.- festzusetzen (vgl. Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE; SR 173.320.2]). Der einbezahlte Kostenvorschuss in gleicher Höhe ist zur Bezahlung der Verfahrenskosten zu verwenden.

Entsprechend ist dem Beschwerdeführer auch keine Parteientschädigung auszurichten (Art. 64 Abs. 1 VwVG).

(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 20. Januar 2017 folgender Passus gesetzt wird:

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

Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen.

2.

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

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Ref-Nr.[...]; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)
- die Oberaufsichtskommission BVG (Gerichtsurkunde)

(Die Rechtsmittelbelehrung befindet sich auf der nächsten Seite).

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Beusch

Monique Schnell Luchsinger

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Rechtsschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (Art. 42 BGG).

Versand: