

# **BVGer A-5243/2017 vom 16. August 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-08-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-5243\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-5243_2017)

FR: TAF A-5243/2017 du 16 août 2018

IT: TAF A-5243/2017 del 16 agosto 2018

## **Regeste**

Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung

## **Erwägungen**

### **E. 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 Bst. h VGG, zumal sie öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt (vgl. Art. 60 Abs. 2 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. Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Die Beschwerdeführerin hat als beschwerte Verfügungsadressatin ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung des vorinstanzlichen Entscheids und ist somit zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde berechtigt (Art. 48 Abs. 1 VwVG).

### **E. 1.3**

Die Beschwerdeführerin stellt zutreffend fest, dass die Vorinstanz die angefochtene Verfügung auch während des Beschwerdeverfahrens in Wiedererwägung ziehen kann (vgl. Art. 58 Abs. 1 VwVG), womit sich der Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens verändern würde. Anspruch darauf hat sie indes nicht, wie nachfolgend gezeigt wird.

#### **E. 1.3.1**

Das Bundesgericht bejaht gestützt auf Art. 29 Abs. 1 und 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV, SR 101) einen Anspruch auf Wiedererwägung dann, wenn sich die Umstände seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder der Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft macht, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren, die zuvor aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht geltend gemacht werden konnten oder die mangels Veranlassung nicht geltend gemacht werden mussten (statt vieler BGE 138 I 61 E. 4.3). Die Wiedererwägung ist rechtsprechungsgemäss jedoch nicht beliebig zulässig und darf insbesondere nicht dazu dienen, im ersten Verfahren versäumte oder unterlassene Mitwirkungspflichten zu heilen und Tatsachen vorzubringen, welche die Partei seinerzeit ins Verfahren einzubringen Anlass gehabt hätte (vgl. hierzu und zum Ganzen Urteil des

BVGer A-2932/2017 vom 18. Januar 2018 E. 2.2 mit Hinweisen).

### **E. 1.3.2**

Die im Beschwerdeverfahren neu vorgebrachten Tatsachen waren der Beschwerdeführerin bereits zum Zeitpunkt, in welchem die Vorinstanz ihr das rechtliche Gehör gewährte, bekannt. Sie machte diese jedoch trotz entsprechender Aufforderung nicht geltend und reichte keine einschlägigen Belege ein. Demzufolge hat sie rechtsprechungsgemäss keinen Anspruch darauf, dass die sachlich dafür zuständige Vorinstanz die angefochtene Verfügung in Wiedererwägung zieht. Vielmehr steht es dieser frei, dem (wiederholt vorgetragenen) Gesuch der Beschwerdeführerin um Wiedererwägung nicht zu entsprechen.

### **E. 1.3.3**

Folglich bildet die angefochtene Verfügung vollumfänglich Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens.

### **E. 1.4**

Weiter stellt die Beschwerdeführerin ein Feststellungsbegehren (vgl. vorne Sachverhalt Bst. C.). Ein solches ist - abgesehen von hier nicht einschlägigen Ausnahmen - praxismässig nur zulässig, wenn das geltend gemachte schutzwürdige Interesse nicht ebenso gut mit einer Leistungs- oder Gestaltungsverfügung gewahrt werden kann (sog. Subsidiarität der Feststellungsverfügung; statt vieler Urteil des BVGer A-7718/2016 vom 2. Juli 2018 E. 1.4 mit Hinweisen und Isabelle Häner, in: Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Aufl. 2016, Art. 25 Rz. 17 ff.). Vorliegend wird kein weitergehendes schutzwürdiges Interesse substantiiert geltend gemacht oder wäre ersichtlich, welches nicht bereits mit der beantragten Aufhebung der angefochtenen Verfügung in gestaltender Weise gewahrt würde. Folglich ist auf das Feststellungsbegehren, welchem keine selbständige Bedeutung zukommt, nicht einzutreten.

### **E. 1.5**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach - unter Vorbehalt von E. 1.5 - einzutreten.

### **E. 2.1**

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

### **E. 2.2**

Aufgrund der unbeschränkten Sachverhaltskontrolle nach Art. 49 Bst. b VwVG hat das Bundesverwaltungsgericht neue Vorbringen im Rahmen des Streitgegenstandes zu berücksichtigen (Art. 32 VwVG; BGE 139 II 534 E. 5.4.1 mit Hinweisen und André Moser et al., Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 2.196 ff.).

### **E. 2.3**

Im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (statt vieler BGE 130 II 482 E. 3.2). Die Beweiswürdigung endet mit dem richterlichen Entscheid darüber, ob eine rechtserhebliche Tatsache als erwiesen zu

gelten hat oder nicht. Der Beweis ist geleistet, wenn das Gericht gestützt auf die freie Beweiswürdigung zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechtserhebliche Sachumstand verwirklicht hat, wobei im Sozialversicherungsrecht der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt (BGE 139 V 176 E. 5.3 und Urteil des BGer 9C\_205/2015 vom 20. Oktober 2015 E. 3.2.2; Moser et al., a.a.O., Rz. 3.140 und 3.142 mit Hinweis auf BGE 125 V 193 E. 2).

#### **E. 2.4**

Die Konkretisierung einer Norm im Hinblick auf einzelne Lebenssachverhalte als Teil der Gesetzesanwendung geschieht durch Auslegung, deren Ziel die Ermittlung des Sinngehalts der Bestimmung ist. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, wobei bei Erlassen des Bundesrechts die Fassungen in den drei Amtssprachen gleichwertig sind (BGE 142 II 100 E. 4.1; vgl. zur Gleichwertigkeit Art. 14 Abs. 1 des Publikationsgesetzes vom 18. Juni 2004 [PublG; SR 170.512]). Ist der Wortlaut der Bestimmung klar, das heisst eindeutig und unmissverständlich, darf davon nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, der Wortlaut ziele am «wahren Sinn» der Regelung vorbei (BGE 144 II 121 E. 3.4). Anlass für eine solche Annahme können die Entstehungsgeschichte der Bestimmung (historisches Element), ihr Zweck (teleologisches Element) oder der Zusammenhang mit andern Vorschriften (systematisches Element) geben (BGE 144 II 121 E. 3.4 und BGE 143 II 646 E. 3.3.6). Das Bundesgericht befolgt bei der Auslegung von Erlassen einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätenordnung zu unterstellen (BGE 144 III 100 E. 5.2; siehe zum Ganzen Urteil des BVer A-3285/2017 vom 21. Juni 2018 E. 2.6.1 mit Hinweisen).

#### **E. 3.1.1**

Grundsätzlich der obligatorischen Versicherung des BVG unterstellt sind die bei der Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) versicherten Arbeitnehmenden (Art. 5 Abs. 1 BVG). Gemäss Art. 7 Abs. 2 BVG entspricht der massgebende Lohn für die Unterstellung unter die BVG-Pflicht dem massgebenden Lohn nach dem Bundesgesetz vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG, SR 831.10), wobei der Bundesrat Abweichungen zulassen kann. Die Vorinstanz ist demnach grundsätzlich an die Lohnbescheinigungen der Ausgleichskasse gebunden und hat darauf abzustellen (Urteil des BVer A-6709/2017 vom 20. Juni 2018 E. 3.1.1 mit Hinweis).

#### **E. 3.1.2**

Zum massgebenden Lohn gehören gemäss Art. 7 Bst. c bis der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVV, SR 831.101) auch geldwerte Vorteile aus Mitarbeiterbeteiligungen. Als Mitarbeiterbeteiligungen gelten Beteiligungsrechte an einer Gesellschaft, die auf das künftige, aktuelle oder ehemalige Arbeitsverhältnis zu dieser zurückzuführen sind (Wegleitung des Bundesamtes für Sozialversicherungen [BSV] über den massgebenden Lohn in der AHV, Invalidenversicherung und Erwerbsersatz [WML], Stand 1. Januar 2018, Rz. 2014). Ebenso zum massgebenden Lohn gehören Verwaltungsrats honorare (Art. 7 Bst. h AHVV; vgl. Urteil des BVer C-6123/2007 vom 3. Dezember 2008 E. 5.3).

#### **E. 3.1.3**

Nicht der obligatorischen Versicherung unterstellt sind - neben hier nicht interessierenden Ausnahmen - Arbeitnehmende, die nebenberuflich tätig sind und für eine hauptberufliche

Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind (Art. 1j Abs. 1 Bst. c der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV 2, SR 831.441.1]).

### **E. 3.2.1**

Beschäftigt ein Arbeitgeber Arbeitnehmende, die obligatorisch zu versichern sind, muss er eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung errichten oder sich einer solchen anschliessen (Art. 11 Abs. 1 BVG). 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).

### **E. 3.2.2**

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

### **E. 3.2.3**

Die Auffangeinrichtung ist eine Vorsorgeeinrichtung (Art. 60 Abs. 1 BVG) und verpflichtet, Arbeitgeber, die ihrer Anschlusspflicht nicht nachkommen, anzuschliessen (Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG). Der Anschluss erfolgt in der Regel unbefristet (vgl. statt vieler Urteil des BVGer A-6709/2017 vom 20. Juni 2018 E. 3.2.3 mit Hinweis). 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.

### **E. 3.2.4**

Wie der rechtsgestaltende Zwangsanschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG erfolgt der Anschluss nach Art. 60 Abs. 2 Bst. d BVG, der feststellenden Charakter hat, rückwirkend auf den Zeitpunkt, in welchem zu versicherndes Personal erstmals seine Stelle antritt (vgl. ausführlich Urteil des BVGer A-6709/2017 vom 20. Juni 2018 gesamte E. 3.3 mit Hinweisen).

## **E. 4**

Vorliegend ist umstritten, ob die Beschwerdeführerin in den Jahren 2009 bis 2016 gemäss BVG obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmende beschäftigte. Nach Abschluss des Schriftenwechsels bleibt einzig strittig und in chronologischer Abfolge zu prüfen, ob nachfolgend erwähnte vier Personen zu versichern waren.

### **E. 4.1.1**

B. \_\_\_\_\_ war vom 1. Januar 2009 bis zum 28. Februar 2010 bei der Beschwerdeführerin angestellt. Gemäss Bescheinigung der BVG-Stiftung der C. \_\_\_\_\_ war er bis zum 31. Dezember 2009 mit einem Beschäftigungsgrad von 100 % versichert. In ihrer Vernehmlassung bestätigt die Vorinstanz, dass damit für das Jahr 2009 keine Anschlusspflicht der Beschwerdeführerin bestehe. Da B. \_\_\_\_\_ gemäss Lohnbescheinigung auch in der Zeit vom 1. Januar 2010 bis zum 28. Februar 2010 bei der Beschwerdeführerin beschäftigt gewesen sei und dabei ein aufgerechnetes

Jahreseinkommen erzielt habe, das über der Eintrittsschwelle für die Versicherungspflicht liege, sei er jedoch für diese Zeitperiode bei ihr zu versichern.

#### **E. 4.1.2**

Die Beschwerdeführerin bestreitet die Versicherungspflicht B.\_\_\_\_\_ 's für die Zeit vom 1. Januar bis zum 28. Februar 2010 nicht, legt jedoch mit Eingabe vom 8. Februar 2018 eine E-Mail der D.\_\_\_\_\_ vom 30. August 2017 vor, worin diese die Versicherung von B.\_\_\_\_\_ für diesen Zeitraum bestätigt. Damit sei erstellt, dass der vorgenannte Arbeitnehmer in allen relevanten Perioden versichert gewesen sei und somit keine Pflicht zum Anschluss an die Vorinstanz bestanden habe.

#### **E. 4.1.3**

Der Nachweis der D.\_\_\_\_\_ stellt ein neues Vorbringen der Beschwerdeführerin im Rahmen des Streitgegenstandes dar, welches das Bundesverwaltungsgericht zu berücksichtigen hat (vgl. vorne E. 2.2). Die Vorinstanz hat ein Doppel der vorgenannten Eingabe der Beschwerdeführerin samt Beilagen und damit auch den vorgenannten Versicherungsnachweis erhalten, äusserte sich jedoch nicht dazu.

#### **E. 4.1.4**

Da keine Zweifel an der Echtheit der Bestätigung der Versicherung bestehen, ist erstellt, dass für B.\_\_\_\_\_ auch vom 1. Januar bis zum 28. Februar 2010 und damit für den gesamten fraglichen Zeitraum keine Versicherungslücke bestand und damit diesbezüglich kein Zwangsanschlussstatbestand der Beschwerdeführerin an die Vorinstanz gegeben ist.

#### **E. 4.2**

Sodann strittig ist, ob E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ ab dem 1. Januar 2014 von der Beschwerdeführerin, für die sie zu diesem Zeitpunkt als Mitglieder des Verwaltungsrates tätig waren (vgl. Internet-Auszug des Handelsregisters des Kantons [...]; eingesehen am 24. Juli 2018), im Rahmen der beruflichen Vorsorge zu versichern waren. Zu Recht unbestritten geblieben ist, dass deren Entschädigungen grundsätzlich beitragspflichtig sind (vgl. vorne E. 3.1.2). Zu prüfen ist indes, ob sie ihre Tätigkeiten in der fraglichen Periode nebenberuflich wahrnahmen und zugleich bereits für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit versichert waren, wodurch sie von der obligatorischen Versicherung befreit wären (Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2; vgl. vorne E. 3.1.3).

#### **E. 4.2.1**

Die Vorinstanz liess die Frage, ob E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ ihre Tätigkeit als Mitglieder des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin haupt- oder nebenberuflich ausübten, offen, da sie die Voraussetzungen für einen Zwangsanschluss ab 1. Januar 2009 aufgrund der Versicherungspflicht für B.\_\_\_\_\_ bereits erfüllt sah. Da diese verneint wird (vgl. vorangehende E. 4.1), ist darauf einzugehen, um feststellen zu können, ob zumindest ab dem 1. Januar 2014 ein Zwangsanschlussstatbestand zu bejahen ist.

#### **E. 4.2.2.1**

Eine nebenberufliche Tätigkeit im Sinne von Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 setzt eine parallel ausgeübte, hauptberufliche Erwerbstätigkeit voraus (vgl. vorne E. 3.1.3). Grundsätzlich unterstehen Arbeitnehmende, die durch verschiedene Arbeitsbeziehungen verpflichtet sind, demnach dem obligatorischen System aufgrund ihrer Haupttätigkeit (vgl. Urteil des BVGer C-5191/2013 vom 14. Dezember 2015 E. 8.8.2). Der Verordnungsgeber wollte mit dieser

Bestimmung nach Möglichkeit verhindern, dass Arbeitnehmende im Dienste mehrerer Arbeitgeber jedes Mal dem Obligatorium unterstellt werden (vgl. Kommentar des BSV vom 2. August 1983 zum Entwurf der BVV 2, S. 7 f., der Bezug nimmt auf den per 1. Januar 1985 in Kraft getretenen, alten Art. 1 Abs. 1 Bst. c BVV 2 [AS 1984 543, 543], dessen Wortlaut mit dem heutigen Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 übereinstimmt).

#### **E. 4.2.2.2**

Für die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebentätigkeit muss insbesondere den jeweiligen Umständen Rechnung getragen werden, wobei eine zeitlich überwiegende Beschäftigung bei einem Arbeitgeber eine Hauptbeschäftigung zu begründen vermag und weiter etwa folgende Kriterien herangezogen werden: die Dauer jeder Tätigkeit, die Lohnhöhe, die Art der Tätigkeit, die Stabilität der Beschäftigung, die chronologische Reihenfolge bei der Ausübung der Erwerbstätigkeit und auch die persönliche Wertung des Versicherten. Die Bestimmung des Haupt- oder Nebencharakters einer Tätigkeit ist in erster Linie Sache der Vorsorgeeinrichtung (vgl. zum Ganzen Urteile des BVGer A-1002/2016 vom 14. Oktober 2016 E. 2.2.1 und C-5191/2013 vom 14. Dezember 2015 E. 8.8.2 je mit Hinweisen; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012, Rz. 590; Jacques-André Schneider, in: Handkommentar zum BVG und FZG, Art. 2 BVG Rz. 48; Isabelle Vetter-Schreiber, Kommentar zur beruflichen Vorsorge, 3. Aufl. 2013, Art. 1j BVV 2 Rz. 8). Zwei oder drei parallel ausgeübte, gleichwertige Erwerbstätigkeiten betrachtet das Bundesgericht jeweils als Haupttätigkeit, wodurch eine mehrfache Versicherungspflicht gilt (BGE 136 V 390 gesamte E. 3, BGE 129 V 132 gesamte E. 3.4).

#### **E. 4.2.3**

Laut der Beschwerdeführerin nahmen E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ ihre Verwaltungsrats­tätigkeit nebenberuflich wahr. E. \_\_\_\_\_ sei in der fraglichen Periode von Januar 2014 bis Juli 2016 bei verschiedenen Gesellschaften angestellt gewesen, namentlich bei der G. \_\_\_\_\_ in den Vereinigten Staaten von Amerika (USA) und bei der H. \_\_\_\_\_ in Brasilien. Sein dabei erzielt­es Einkommen legte die Beschwerdeführerin in ihrer Eingabe vom 8. Februar 2018 unter Bezugnahme auf die Beschwerdebeilagen ausführlich dar; in den Jahren 2014 bis 2016 habe sich dieses alleine in den USA auf insgesamt USD 2'166'051 belaufen. Bei einem Einkommen in dieser Höhe könne davon ausgegangen werden, dass E. \_\_\_\_\_ im fraglichen Zeitraum hauptberuflich für die G. \_\_\_\_\_ tätig gewesen sei. Dementsprechend sei er der obligatorischen Versicherung nach BVG nicht unterstellt. Ähnliches macht die Beschwerdeführerin in Bezug auf F. \_\_\_\_\_ geltend. Dieser sei in der fraglichen Periode bei den gleichen Gesellschaften angestellt gewesen und habe im Jahr 2016 in den USA insgesamt USD 95'000 und von Januar 2014 bis Juni 2016 in Brasilien insgesamt umgerechnet Fr. 70'233.- (BRL [brasilianische Real] 232'000) verdient. Dies beweise, dass er in der fraglichen Zeit hauptberuflich bei diesen Gesellschaften angestellt und somit nur nebenberuflich für die Beschwerdeführerin tätig gewesen sei. Daher bestehe auch betreffend F. \_\_\_\_\_ keine Versicherungspflicht nach BVG.

#### **E. 4.2.4**

Diesen - unbestritten gebliebenen - Ausführungen der Beschwerdeführerin ist in einer Gesamtwürdigung der Umstände (vgl. vorne E. 4.2.2.2) im Ergebnis zu folgen.

#### **E. 4.2.4.1**

Aus der Lohnbescheinigung der Ausgleichskasse ergibt sich, dass E. \_\_\_\_\_ für seine Verwaltungsrats­tätigkeit im Jahr 2014 Fr. 52'504.- und im Jahr 2016 Fr. 78'000.- erhalten

hat; für das Jahr 2015 sind keine Zahlungen bescheinigt. Diese Beträge sind ins Verhältnis zu setzen mit seinem in diesen Jahren in den USA erzielten Einkommen von USD 2'166'051. Obwohl sich aus den Akten nichts über die Art und Dauer seiner Tätigkeit ergibt, ist es aufgrund des erzielten Lohnes wahrscheinlich, dass E. \_\_\_\_\_ hauptberuflich eine leitende Managementfunktion in der US-amerikanischen Gesellschaft wahrnahm und daneben strategisch im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin tätig war. Weil der in den USA erzielte Lohn um ein Vielfaches höher ist als der in der Schweiz erzielte Lohn, ist bereits ohne Berücksichtigung der Unterschiede in Kaufkraft und Währung nach dem verlangten Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. vorne E. 2.3) erstellt, dass E. \_\_\_\_\_ im fraglichen Zeitraum lediglich nebenberuflich für die Beschwerdeführerin tätig war.

#### **E. 4.2.4.2**

Für F. \_\_\_\_\_ ergibt sich aus der Lohnbescheinigung der Ausgleichskasse ein Total von Fr. 155'752.- an Entschädigungen für die Tätigkeit im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin in den Jahren 2014 bis 2016. Dieser Betrag ist ins Verhältnis zu setzen mit seinem zeitgleich in den USA erzielten Einkommen von USD 95'000 und jenem in Brasilien von umgerechnet Fr. 70'233.- (BRL 232'000). Zur besseren Vergleichbarkeit sind die Einkommen kaufkraft- und währungsbereinigt darzustellen, wozu die Kaufkraftparitäten der jeweiligen Volkswirtschaften heranzuziehen sind, wie sie von der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) erhoben werden (OECD-Datenbank Kaufkraftparitäten, <https://data.oecd.org/conversion/purchasing-power-parities-ppp.htm> >, abgerufen am 24. Juli 2018). Umgerechnet in USD ergibt sich damit für die fragliche Periode eine Entschädigung für die Verwaltungsrats­tätigkeit F. \_\_\_\_\_'s in der Schweiz von USD 123'658 (Fr. 78'500.- / 1.282 + Fr. 53'333.- / 1.240 + Fr. 23'919.- / 1.232). Das in Brasilien erzielte Einkommen beläuft sich kaufkraft- und währungsbereinigt auf USD 125'000 (BRL 76'000 / 1.748 + BRL 96'000 / 1.866 + BRL 60'000 / 1.995). Zeitgleich erhielt F. \_\_\_\_\_ in den USA ein Einkommen von USD 95'000. Folglich erzielte er unter Berücksichtigung der Kaufkraft und der Währungsunterschiede in der fraglichen Zeitperiode in den ausländischen Gesellschaften ein Einkommen von insgesamt USD 220'000. Dieses liegt markant höher als die Entschädigung der Verwaltungsrats­tätigkeit in der Schweiz von USD 123'658. Obwohl sich aus den Akten nichts über die Art und Dauer der Tätigkeit von F. \_\_\_\_\_ ergibt, kann auch bei ihm aufgrund der Lohnhöhe davon ausgegangen werden, dass er in einer leitenden operativen Funktion in diesen Gesellschaften tätig war und daneben eine strategische Aufgabe im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin wahrnahm. Da weder eine Aussage über die Reihenfolge bei der Ausübung der Tätigkeiten noch über die persönliche Wertung der Versicherten aktenkundig ist und die Ausführungen der Beschwerdeführerin unwidersprochen geblieben sind, ist damit nach dem verlangten Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. vorne E. 2.3) erstellt, dass F. \_\_\_\_\_ im fraglichen Zeitraum nur nebenberuflich für die Beschwerdeführerin tätig war. Insbesondere scheint es weniger wahrscheinlich, dass die operativen Tätigkeiten in den ausländischen Gesellschaften als gleichwertig zu bewerten sind wie die strategische Tätigkeit im Verwaltungsrat der Beschwerdeführerin, weshalb keine parallelen Haupttätigkeiten vorliegen (vgl. dazu vorne E. 4.2.2.2).

#### **E. 4.2.4.3**

Somit erscheint es überwiegend wahrscheinlich, dass E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ ihre Tätigkeit als Mitglieder des Verwaltungsrates der Beschwerdeführerin in der fraglichen Zeitperiode nebenberuflich ausübten.

#### **E. 4.2.5**

Weiter zu prüfen ist, ob E.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ in den Jahren 2014 bis 2016 im Rahmen ihrer hauptberuflichen Erwerbstätigkeit im Sinne von Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 obligatorisch versichert und damit für ihre Nebentätigkeit nicht der obligatorischen Versicherung nach BVG unterstellt waren (vgl. auch vorne E. 3.1.3).

##### **E. 4.2.5.1**

Grundsätzlich bezieht sich die vorgenannte Verordnungsbestimmung gemäss Art. 5 Abs. 1 BVG nur auf Personen, die auch bei der AHV versichert sind, d.h. die - gemäss Art. 1a Abs. 1 Bst. a und b AHVG - in der Schweiz Wohnsitz haben oder erwerbstätig sind (Schneider, a.a.O., Art. 2 BVG Rz. 58). Somit meint der Wortlaut «obligatorisch versichert» in Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 in erster Linie eine Versicherung der Haupterwerbs nach dem BVG. Fraglich ist vorliegend, ob darunter auch die Versicherung des Haupterwerbseinkommens im Ausland fällt.

##### **E. 4.2.5.2**

Aus den Materialien lässt sich nicht ableiten, dass der Verordnungsgeber die vorliegende Konstellation bewusst aus dem Anwendungsbereich von Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 ausnehmen wollte (vgl. Kommentar des BSV vom 2. August 1983 zum Entwurf der BVV 2). An anderer Stelle hat er jedoch das grenzüberschreitende Verhältnis ausdrücklich geregelt: So werden in Art. 1j Abs. 2 BVV 2 Arbeitnehmer, die nicht dauernd in der Schweiz tätig und im Ausland genügend versichert sind, von der obligatorischen Versicherung befreit. Damit sollten «gewisse Arbeitnehmer im Dienste ausländischer Firmen oder internationaler Organisationen (erfasst werden, die im Ausland bereits gut ausgebaute Vorsorgeeinrichtungen besitzen)», wobei es sich um einen «vorübergehenden (ev. einige Jahre dauernden) Aufenthalt in der Schweiz» handeln müsse (Kommentar des BSV vom 2. August 1983 zum Entwurf der BVV 2, S. 9). Vorliegend finden sich in den Akten keine Hinweise darauf, dass die fragliche Tätigkeit im Verwaltungsrat einer Schweizer Gesellschaft nur befristet angetreten wurde, weshalb sie nicht als vorübergehend bezeichnet werden kann. Daher ist Art. 1j Abs. 2 BVV 2 zwar nicht direkt anwendbar, kann jedoch dazu dienen, Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 systematisch und teleologisch auszulegen (vgl. vorne E. 2.4): So war es der - in Art. 1j Abs. 2 BVV 2 ausdrücklich kodifizierte - Wille des Verordnungsgebers, Arbeitnehmer mit genügendem Versicherungsschutz im Ausland nicht unter das Obligatorium zu stellen. Einen - heutzutage - typischen Anwendungsfall dessen stellt die Konstellation eines Nebenerwerbs in der Schweiz bei gleichzeitigem, genügend versichertem Haupterwerb im Ausland dar (vgl. zu dieser Voraussetzung nachfolgend E. 4.2.5.3 ff.). Entsprechend ist es angezeigt, den Wortlaut von Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 weit auszulegen, sodass mit «obligatorisch versichert» nicht nur eine Versicherung des Haupterwerbs nach dem BVG, sondern auch eine genügende Versicherung im Ausland davon umfasst ist.

##### **E. 4.2.5.3**

Mit Bezug auf die Frage, wann ein ausländischer Versicherungsschutz im Sinne von Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 als genügend zu bewerten ist, kann die Lehre zu Art. 1j Abs. 2 BVV 2 behelfsweise analog herangezogen werden. Nach herrschender Lehre kann es nicht darum

gehen, alle Elemente eines ausländischen Vorsorgesystems mit den Mindestbedingungen nach BVG zu vergleichen. Vielmehr entscheidend ist ein globaler Vergleich der ausländischen Vorsorge mit der schweizerischen Vorsorge der ersten und zweiten Säule, wobei die ausländische Versicherung die Risiken Alter, Tod und Invalidität abdecken muss (zum Ganzen Schneider, a.a.O., Art. 2 BVG Rz. 65; Stauffer, a.a.O., Rz. 582; Vetter-Schreiber, a.a.O., Art. 1j BVV 2 Rz. 16).

#### **E. 4.2.5.4**

Für die diesbezügliche Beurteilung des vorliegenden grenzüberschreitenden Sachverhalts nicht einschlägig ist Staatsvertragsrecht, gehört doch die berufliche Vorsorge nicht zum materiellen Anwendungsbereich der Sozialversicherungsabkommen, welche die Schweiz mit anderen Staaten geschlossen hat (Schneider, a.a.O., Art. 2 BVG Rz. 63; vgl. für das am 1. August 2014 in Kraft getretene Abkommen mit den USA [SR 0.831.109.336.1] BSV, Informationen zum Abkommen über soziale Sicherheit zwischen der Schweiz und den Vereinigten Staaten von Amerika, Stand 1. September 2017, < <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/int/grundlagen-und-abkommen/sozialversicherungsabkommen/informationen-zu-abkommen0.html> >, abgerufen am 24. Juli 2018, S. 4; das am 3. April 2014 mit Brasilien abgeschlossene Sozialversicherungsabkommen [BBl 2014 8847] wurde bislang noch nicht ratifiziert [vgl. BSV, Liste der Sozialversicherungsabkommen, Stand 1. Januar 2018, < <https://www.bsv.admin.ch/bsv/de/home/sozialversicherungen/int/grundlagen-und-abkommen/sozialversicherungsabkommen.html> >, abgerufen am 24. Juli 2018, S. 9]).

#### **E. 4.2.5.5**

Vorliegend sind die Vorsorgesysteme Brasiliens bzw. der USA mit dem schweizerischen System von Alters- und beruflicher Vorsorge zu vergleichen: - Sowohl das brasilianische als auch das US-amerikanische Vorsorgesystem bieten einen obligatorischen Versicherungsschutz für die Risiken Alter, Tod und Invalidität (Website des Instituto Nacional do Seguro Social [INSS], < <https://www.inss.gov.br/orientacoes/perguntas-frequentes/> >; Website der Social Security Administration [SSA], < [https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2010-2011/americas/united\\_states.html](https://www.ssa.gov/policy/docs/progdesc/ssptw/2010-2011/americas/united_states.html) >; beide abgerufen am 24. Juli 2018). - Das brasilianische Vorsorgesystem für Nicht-Staatsangestellte, genannt «Regime Geral de Previdência Social», kennt keine zweite Säule, umfasst jedoch eine obligatorische erste Säule, die den Arbeitnehmenden 80 Prozent ihres höchsten erzielten Monatseinkommens als Altersleistung zusichert (Bericht der OECD, Pensions at a Glance, Latin America and the Caribbean, 2014, S. 92; Studie der Weltbank, Brazil, Critical Issues in Social Security, 2001, S. 1). Das Vorsorgesystem der USA kennzeichnet demgegenüber ein hoher Anteil an privatem Alterssparen, während durch die obligatorische «Social Security» im Alter je nach Beitragsjahren und -höhe 18 bis 44 Prozent des früheren Einkommens ersetzt werden (Bericht der OECD, Pensions at a Glance 2015, S. 374). Dazwischen liegt das Leistungsziel des Schweizerischen Vorsorgesystems: Alters- und berufliche Vorsorge sollen im Alter rund 60 Prozent des Bruttolohnes ersetzen (Botschaft vom 19. Dezember 1975 zum BVG, BBl 1976 149, 157 f.). - Im Melbourne Mercer Global Pension Index 2017, einem Vergleich von Leistungshöhe, Nachhaltigkeit und Integrität der Vorsorgesysteme verschiedener Nationen, erhielten Brasilien und die USA jeweils die Note C, vergleichbar mit Frankreich, Österreich oder Italien. Das Schweizer Vorsorgesystem erhielt die Note B (zum Vergleich:

Argentinien erhielt die Note D, Deutschland die Note C+, Dänemark die Note B+; die Bestnote A wurde von keinem Vorsorgesystem erreicht; vgl. Bericht zum Melbourne Mercer Global Pension Index 2017, S. 6 ff.). Anhand dieses globalen Vergleichs ergibt sich, dass die Vorsorgesysteme in Brasilien bzw. den USA einen genügenden ausländischen Versicherungsschutz im Sinne der BVV 2 aufweisen (vgl. vorne E. 4.2.5.3).

#### **E. 4.2.5.6**

Die Versicherung für E. \_\_\_\_\_ in Brasilien ist mittels Bestätigungen des INSS ab Juli 2014 nachgewiesen, womit für diese Zeitspanne die Versicherungspflicht in der Schweiz entfällt. Ob E. \_\_\_\_\_ von Januar 2014 bis Juni 2014 ebenfalls in Brasilien und in den USA versichert gewesen sei, lässt sich nach Ansicht der Vorinstanz den Akten jedoch nicht entnehmen. Die Beschwerdeführerin bestreitet diese Auffassung: Aus den Beschwerdebeilagen sowie aus den mit der Stellungnahme vom 8. Februar 2018 neu eingereichten Dokumenten ergebe sich, dass E. \_\_\_\_\_ für die relevanten Zeiträume sowohl in Brasilien als auch in den USA versichert und daher in der Schweiz nicht BVG-pflichtig gewesen sei. Tatsächlich ergeben sich aus den Akten für E. \_\_\_\_\_ im Jahr 2014 in den USA entrichtete «Social Security»-Beiträge von total USD 7'254, was 6,2 Prozent seines anrechenbaren Einkommens von USD 117'000 und damit exakt der «Social Security»-Beitragshöhe entspricht (vgl. SSA Fact Sheet, 2014 Social Security Changes, <https://www.ssa.gov/news/press/factsheets/colafacts2014.pdf> >, abgerufen am 24. Juli 2018). In Bezug auf Brasilien sind in den Unterlagen des INSS für jeden Monat von Januar bis Juni 2014 Sozialversicherungsbeiträge für E. \_\_\_\_\_ verzeichnet. Damit ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt (vgl. vorne E. 2.3), dass E. \_\_\_\_\_ im gesamten fraglichen Zeitraum im Ausland ebenfalls genügend versichert war.

#### **E. 4.2.5.7**

Für F. \_\_\_\_\_ ist die Versicherung in Brasilien durch Bestätigungen des INSS ab August 2016 nachgewiesen, womit für diese Zeitspanne die Versicherungspflicht in der Schweiz entfällt. Ob F. \_\_\_\_\_ von Januar 2014 bis Juli 2016 ebenfalls in Brasilien oder in den USA versichert gewesen sei, lässt sich nach Ansicht der Vorinstanz den Akten nicht entnehmen. Die Beschwerdeführerin hingegen bringt vor, es ergebe sich bereits aus den Beschwerdeunterlagen und ebenso aus den mit der Stellungnahme vom 8. Februar 2018 neu eingereichten Dokumenten, dass F. \_\_\_\_\_ im Rahmen seiner hauptberuflichen Tätigkeit für die relevanten Zeiträume in Brasilien und in den USA versichert und demzufolge in der Schweiz nicht BVG-pflichtig gewesen sei. Aktenkundig ist, dass für F. \_\_\_\_\_ in Brasilien im Zeitraum von Januar 2014 bis Juni 2016 monatliche Sozialversicherungsbeiträge von jeweils BRL 482.92 im Jahr 2014, BRL 513.01 im Jahr 2015 und BRL 570.88 im Jahr 2016 einbezahlt wurden. Für Juli 2016 sind in Brasilien keine einbezahlten Sozialversicherungsbeiträge aktenkundig. Jedoch ist belegt, dass F. \_\_\_\_\_ bzw. seine Arbeitgeberfirma in den USA für das Jahr 2016 «Social Security»-Beiträge von total USD 5'889.99 entrichtete, was 6,2 Prozent seines anrechenbaren Jahreseinkommens von USD 95'000 und damit exakt der «Social Security»-Beitragshöhe entspricht (vgl. vorne E. 4.2.5.6). Damit ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt (vgl. vorne E. 2.3), dass F. \_\_\_\_\_ im gesamten fraglichen Zeitraum im Ausland genügend versichert war.

#### **E. 4.2.6**

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass sowohl E. \_\_\_\_\_ und F. \_\_\_\_\_ in den Jahren 2014 bis 2016 im Rahmen ihrer hauptberuflichen Tätigkeit im Ausland genügend

obligatorisch versichert im Sinne von Art. 1j Abs. 1 Bst. c BVV 2 und somit nicht der obligatorischen Versicherung des BVG unterstellt waren. Damit besteht diesbezüglich keine Anschlussverpflichtung der Beschwerdeführerin.

#### **E. 4.3.1**

Die Vorinstanz stellt zur Begründung der Anschlusspflicht weiter auf einen Lohnausweis des Jahres 2016 ab, der namens der Beschwerdeführerin für I.\_\_\_\_\_ ausgestellt wurde. Die darauf aufgeführte Mitarbeiterbeteiligung von Fr. 54'824.- gelte als massgebender Lohn, womit der vorgenannte Arbeitnehmer von der Beschwerdeführerin zu versichern sei.

#### **E. 4.3.2**

Die Beschwerdeführerin erklärt, I.\_\_\_\_\_ sei nie bei ihr, sondern vielmehr bei der J.\_\_\_\_\_ AG angestellt gewesen, einer Gesellschaft, die für die Beschwerdeführerin Dienstleistungen erbringe. Der von ihr ausgestellte Lohnausweis sei in diesem Sinne irreführend. Bei dem im Lohnausweis aufgeführten Betrag von Fr. 54'824.- handle es sich um den Ertrag aus Optionen, die von der Beschwerdeführerin ausgegeben worden seien und die I.\_\_\_\_\_ - im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses mit der J.\_\_\_\_\_ AG - vor einiger Zeit erworben und im Jahr 2016 ausgeübt habe. Im fraglichen Jahr 2016 habe I.\_\_\_\_\_ eine Lehre als Bauer absolviert, wobei sein damals erworbener Lohn die erforderliche Lohnschwelle gemäss Art. 7 Abs. 1 BVG nicht erreicht habe. Gemäss Rz. 2014 der WML würden als massgebender Lohn einzig Beteiligungsrechte an einer Gesellschaft gelten, die auf das Arbeitsverhältnis zu dieser zurückzuführen seien (vgl. vorne E. 3.1.2). Es könne denn auch nicht Zweck der BVG-Versicherung sein, dass jede Gesellschaft für jeden Erwerber von Beteiligungsrechten, dem sie Zahlungen leiste, BVG-Beiträge bezahlen müsse. Da I.\_\_\_\_\_ nie in einem Arbeitsverhältnis zu ihr gestanden habe, könne auch für das Jahr 2016 keine ihre Anschlusspflicht begründende Mitarbeiterbeteiligung vorliegen.

#### **E. 4.3.3**

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin erweisen sich grundsätzlich als korrekt. Da jedoch für das gesamte Jahr 2016 ein von ihr ausgestellter Lohnausweis vorliegt, welcher die Beteiligungsrechte von I.\_\_\_\_\_ als versicherungsrechtlich relevanten Lohn belegt und welcher nicht offensichtlich fehlerhaft erscheint, sondern mit der entsprechenden, der Ausgleichskasse eingereichten Lohnbescheinigung 2016 übereinstimmt, durfte die Vorinstanz zu Recht darauf abstellen und davon ausgehen, dass diesbezüglich eine Anschlusspflicht der Beschwerdeführerin bestehe (vgl. vorne E. 3.1.1 f.). Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Beschwerdeführerin auf der Lohnbescheinigung 2016 vermerkte, keine Mitarbeitenden zu beschäftigen, da es sich bei den Beträgen lediglich um Verwaltungsratshonorare und ausgeübte «Stock Appreciation Rights» handle; auch solche gelten als vorsorgerechtlich massgebender Lohn (vgl. zur Rechtslage vorne E. 3.1.2). Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit vorgenannter Dokumente: Die Beschwerdeführerin hat weder ihre Behauptung, dass I.\_\_\_\_\_ 2016 ein Einkommen generiert habe, welches die erforderliche Schwelle zur Unterstellung unter das BVG nicht erreicht habe, noch dass die J.\_\_\_\_\_ AG, zu welcher die Beschwerdeführerin in einem Konzernverhältnis steht (vgl. Organigramm der Beschwerdeführerin [...], abgerufen am 24. Juli 2018), seine Arbeitgeberin gewesen sei und der Lohnausweis von ihr hätte ausgestellt werden müssen, entsprechend belegt. Da sich die diesbezügliche Sachlage im Urteilszeitpunkt somit nicht verändert hat, ist gestützt auf den vorliegenden Lohnausweis und die Lohnbescheinigung 2016 weiterhin davon auszugehen, dass I.\_\_\_\_\_ im Jahr

2016 in einem Arbeitsverhältnis zur Beschwerdeführerin stand, in dessen Rahmen er eine Mitarbeiterbeteiligung von Fr. 54'824.- erhielt, womit er nach BVG obligatorisch zu versichern war. Da I. \_\_\_\_\_ im fraglichen Zeitraum mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bei der Beschwerdeführerin angestellt war, trifft Letztere somit ab dem 1. Januar 2016 eine Anschlussverpflichtung.

#### **E. 4.4**

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin zwischen dem 1. Januar 2009 und dem 31. Dezember 2015 keine nach dem BVG zu versichernde Arbeitnehmende beschäftigte und damit erst ab dem 1. Januar 2016 der Anschlusspflicht nach Art. 11 Abs. 1 BVG unterlag. Die Beschwerde ist demnach teilweise gutzuheissen und die angefochtene Verfügung in diesem Sinne abzuändern. Anzufügen bleibt, dass die Vorinstanz den rückwirkenden, zwangsweisen Anschluss der Beschwerdeführerin seit dem 1. Januar 2009 gestützt auf die nach vorgängiger Abklärung gegebene Sach- und geltende Rechtslage im Zeitpunkt ihres Entscheids zu Recht festgestellt hat. Unter diesen Umständen sind die Kosten für die Verfügung und Durchführung des Zwangsanschlusses geschuldet, obschon sie in der Verfügung vom 2. August 2017 nicht formell fest- und auferlegt wurden (vgl. auch Urteil des BVGer A-2347/2018 vom 12. Juli 2018 und vorne Sachverhalt Bst. A.c). Die vorinstanzliche Verfügung ist in diesem Sinne zu ergänzen.

#### **E. 5.1**

Ausgangsgemäss ist der teilweise unterliegenden Beschwerdeführerin von den gesamten Verfahrenskosten in der Höhe von Fr. 1'500.- ein ermässigt Betrag von Fr. 800.- aufzuerlegen (Art. 63 Abs. 1 zweiter Satz VwVG). Der einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet. Der Vorinstanz sind in Anwendung von Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Kosten aufzuerlegen.

#### **E. 5.2**

Im Rahmen ihres teilweisen Obsiegens hat die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin gemäss Art. 64 Abs. 1 und 2 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) grundsätzlich Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung zulasten der Vorinstanz. Unter Berücksichtigung der mangelhaften Mitwirkungspflicht im vorinstanzlichen Verfahren und der Tatsache, dass die Vorinstanz ihren Entscheid gestützt auf die zum Zeitpunkt ihres Entscheids gegebene Aktenlage korrekt gefällt hat, rechtfertigt es sich jedoch, von der Zusprechung einer Parteientschädigung gänzlich abzusehen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.