

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



---

Abteilung III  
C-3029/2007  
{T 0/2}

**Urteil vom 19. Mai 2008**

---

Besetzung

Richter Alberto Meuli (Vorsitz), Richterin Elena Avenati-Carpani, Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,  
Gerichtsschreiber Jean-Marc Wichser.

---

Parteien

**X. \_\_\_\_\_ AG,**  
vertreten durch Advokat Markus Bürgin, Gerbergasse 48,  
4001 Basel,  
Beschwerdeführerin,

gegen

**Stiftung Auffangeinrichtung BVG,**  
Zweigstelle Deutschschweiz, Binzstrasse 15,  
Postfach 2855, 8022 Zürich,  
Vorinstanz.

---

Gegenstand

Zwangsanschluss.

**Sachverhalt:****A.**

**A.a** Mit Schreiben vom 11. Juli 2006 meldete die Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft die X.\_\_\_\_\_AG (nachfolgend die Arbeitgeberin oder die Beschwerdeführerin) der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend die Auffangeinrichtung oder die Vorinstanz) zum Anschluss an, da die Arbeitgeberin die Anfrage betreffend Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung nicht korrekt beantwortet habe. Dabei legte die baselländische Ausgleichskasse Lohndeklarationen für 2003, 2004 und 2005 bei (act. VI 1 und 2).

**A.b** Mit Schreiben vom 31. Januar 2007 machte sodann die Auffangeinrichtung gestützt auf die Meldung der erwähnten AHV-Ausgleichskasse die Arbeitgeberin darauf aufmerksam, dass sie seit dem 1. Januar 2003 obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer gemäss dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) beschäftigt habe und merkte dabei an, dass die Arbeitgeberin bis zum 31. Dezember 2002 bei der Swisscanto versichert gewesen sei. Trotz der Aufforderung der Ausgleichskasse habe sie den Nachweis des Anschlusses an eine nach dem BVG registrierte Vorsorgeeinrichtung nicht erbracht. Deshalb sei die Auffangeinrichtung verpflichtet, die Arbeitgeberin zwangsweise anzuschliessen, wenn ihre Arbeitnehmer keiner registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen seien. Die Auffangeinrichtung gab der Arbeitgeberin Gelegenheit, sich bis zum 2. März 2007 zum vorgesehenen Anschluss zu äussern und wies sie gleichzeitig drauf hin, dass sich der Zwangsanschluss erübrige, falls sie den schriftlichen Nachweis eines Anschlusses an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung erbringe. Weiter machte die Auffangeinrichtung die Arbeitgeberin darauf aufmerksam, dass sich die Kosten für die Verfügung des Zwangsanschlusses auf Fr. 450.-- sowie die Gebühren auf Fr. 375.-- belaufen und diese auf jeden Fall zu ihren Lasten fallen würden, falls sie innert der gewährten Frist weder Stellung nehme, noch einen schriftlichen Nachweis eines bereits bestehenden Anschlusses erbringe (act. VI 3).

**B.**

Mit Verfügung vom 29. März 2007 schloss die Auffangeinrichtung die Arbeitgeberin rückwirkend per 1. Januar 2003 zwangsweise an, unter Auferlegung der angedrohten Verfügungskosten in der Höhe von

Fr. 450.-- sowie der Gebühren für die Durchführung des Zwangsanschlusses von Fr. 375.--. Als Begründung führte sie im Wesentlichen aus, aus den AHV-Jahresabrechnungen der zuständigen Ausgleichskasse habe sich ergeben, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. Januar 2003 dem BVG-Obligatorium unterstellten Arbeitnehmern Löhne ausgerichtet habe und dass ein Ausnahmetatbestand im Sinne von Art. 1 der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVV 2; SR 831.441.1) nicht ersichtlich sei. Die Arbeitgeberin habe innert der von der Auffangeinrichtung angesetzten Frist weder Akteneinsicht verlangt noch sich sonstwie vernehmen lassen. Aufgrund von Abklärungen habe die Auffangeinrichtung im Übrigen in Erfahrung gebracht, dass die Arbeitgeberin vom 1. Januar 1996 bis zum 31. Dezember 2002 über die Swisscanto der beruflichen Vorsorge angeschlossen war (act. VI 4).

### **C.**

Gegen die Anschlussverfügung der Auffangeinrichtung vom 29. März 2007 liess die Arbeitgeberin bei der Eidgenössischen Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge Beschwerde erheben, welche umgehend an das zuständige Bundesverwaltungsgericht weitergeleitet wurde. Die Beschwerdeführerin beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung unter Kostenfolge zulasten der Vorinstanz und machte im Wesentlichen geltend, dass ab dem Jahre 2003 die stille Liquidation eingeleitet worden sei und in den Jahren 2003 bis 2006 lediglich der Geschäftsführer Herr Y.\_\_\_\_\_ und dessen damalige Frau gewisse Liquidationsarbeiten erledigt habe. Für diese seien sie pauschal entschädigt worden, wobei die jeweiligen Spesenentschädigungen auf Rat des damaligen Buchhalters aus steuerlichen Gründen als Lohn deklariert worden seien. Auf dessen Empfehlung habe die Beschwerdeführerin auf diese Entschädigungen auch die AHV-Beiträge geleistet. Die Konsequenzen in BVG-rechtlicher Hinsicht seien der Beschwerdeführerin nicht bewusst gewesen. Effektiv hätte sie ab dem 1. Januar 2003 keine Arbeitnehmer mehr beschäftigt, worauf die BVG-Versicherung mit der Servisa per 31. Dezember 2002 aufgelöst worden sei. Im Übrigen liege der Bruttolohn derart minim über dem BVG-Grenzbetrag, dass der Zwangsanschluss unverhältnismässig sei (act. 1).

### **D.**

Mit Vernehmlassung vom 25. Juni 2007 beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen

zu Lasten der Beschwerdeführerin. Sie führte dabei im Wesentlichen aus, dass ab dem Jahre 2003 BVG-pflichtige Löhne ausbezahlt worden seien. Dass die Beschwerdeführerin in Liquidation war bzw. noch ist, habe auf die BVG-Versicherungspflicht keinen Einfluss (act. 5).

#### **E.**

Mit Replik vom 17. Oktober 2007 bestätigte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren und die diesbezügliche Begründung. Sie machte zudem im Wesentlichen geltend, dass der BVG-Anschluss mit der Servisa per 31. Dezember 2002 aufgelöst worden sei, weil Herr Y. \_\_\_\_\_ als noch verbliebener Mitarbeiter seinen Dienstaustritt bekannt gegeben hatte. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin im BVG-Fragebogen 2006 angegeben, dass bei ihr kein BVG-pflichtiges Personal beschäftigt werde und die Arbeitnehmenden nur nebenberuflich tätig seien (act. 11).

#### **F.**

Mit Duplik vom 3. Dezember 2007 hielt auch die Vorinstanz an ihren in der Vernehmlassung gestellten Anträgen und ihrer Begründung fest. Sie machte zudem darauf aufmerksam, dass die Lohnbescheinigungen der zuständigen AHV-Ausgleichskasse für sie massgebend seien. Bei einem nachgewiesenen Jahreslohn von Fr. 45'550.-- im Jahre 2003 sei die von der Beschwerdeführerin angerufene Verhältnismässigkeit jedenfalls gewahrt (act. 16).

#### **G.**

Den mit Zwischenverfügung vom 22. Oktober 2007 vom Instruktionsrichter geforderten Kostenvorschuss in Höhe von Fr. 1'000.-- hat die Beschwerdeführerin fristgemäss überwiesen (act. 12).

#### **H.**

Mit Verfügung vom 7. Dezember 2007 teilte der Instruktionsrichter der Beschwerdeführerin die Zusammensetzung des Spruchkörpers mit (vgl. act. 17) und mit Verfügung vom 11. April 2008 eine Änderung dieser (act. 18). Bis heute ging kein Ausstandsbegehren ein.

### **Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

#### **1.**

Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. De-

zember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Zu den anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Auffangeinrichtung, zumal diese im Bereiche der beruflichen Vorsorge öffentlich-rechtliche Aufgaben des Bundes erfüllt (Art. 60 BVG) und somit zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört (Art. 33 Bst. h VGG). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist in casu nicht gegeben (Art. 32 VGG).

## **2.**

Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Auffangeinrichtung vom 29. März 2007, welcher eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 VwVG darstellt. Die Beschwerdeführerin hat frist- und formgerecht (Art. 50 und 52 VwVG) Beschwerde erhoben. Die Beschwerdeführerin hat am Verfahren vor der Vorinstanz teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung, so dass sie zur Beschwerde legitimiert ist (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Nachdem auch der eingeforderte Kostenvorschuss fristgerecht geleistet wurde, ist auf das ergriffene Rechtsmittel einzutreten.

## **3.**

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG).

## **4.**

**4.1** Obligatorisch zu versichern ist jeder Arbeitnehmer, der das 17. Altersjahr vollendet hat und bei einem Arbeitgeber mehr als den gesetzlichen Jahres-Mindestlohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 2 BVV 2 erzielt und bei der AHV versichert ist (Art. 5 Abs. 1 BVG). Mit Inkrafttreten des BVG am 1. Januar 1985 betrug dieser (Jahres-)Mindestlohn Fr. 16'560.--. Seitdem ist er verschiedene Male angehoben worden. Am 1. Januar 2003 erhöhte er sich auf Fr. 25'320.--. Per 1. Januar 2005 wurde er im Zuge der 1. BVG-Revision auf Fr. 19'350.-- festgelegt. Art. 11 Abs. 1 BVG bestimmt, dass sich der Arbeitgeber, der obligatorisch zu versicherndes Personal beschäftigt, eine in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragene Vorsorgeeinrichtung zu errichten oder sich einer solchen anzuschliessen hat. Die Ausgleichskassen der AHV überprüfen, ob die von ihnen er-

fassten Arbeitgeber einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind (Art. 11 Abs. 4 BVG). Kommt der Arbeitgeber der Aufforderung der Ausgleichskasse nicht nach, sich bei entsprechender Pflicht einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen, meldet die Ausgleichskasse den Arbeitgeber an die Auffangeinrichtung, welche gemäss Art. 60 Abs. 2 BVG verpflichtet ist, Arbeitgeber, die ihrer Pflicht nicht nachkommen, zwangsweise anzuschliessen - und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt, in dem er obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt hat (Art. 11 Abs. 3 und 6 BVG). Die Auffangeinrichtung und die Ausgleichskasse stellen dem säumigen Arbeitgeber den von ihm verursachten Verwaltungsaufwand in Rechnung (Art. 11 Abs. 7 BVG).

**4.2** Den von der Arbeitgeberin ausgefüllten und unterzeichneten AHV-Lohndeclarationen der Sozialversicherungsanstalt Basel-Landschaft für die Jahre 2003, 2004 und 2005 ist eindeutig zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin zwischen dem 1. Januar 2003 und dem 31. Dezember 2005 für zwei Personen (Y.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_) Beträge unter der Rubrik „Barlohn“ von jährlich je Fr. 26'000.-- ausbezahlt hat. Davon abweichend erhielt Y.\_\_\_\_\_ im Jahre 2003 sogar einen „Lohn“ von Fr. 45'500.--. Diese Beträge übersteigen, soweit es sich um Löhne handelt, das BVG-Minimum, denn massgebend sind die AHV-pflichtigen Lohnsummen und nicht der Nettolohn, was die Beschwerdeführerin auch gar nicht ernsthaft bestreitet. Vielmehr ist sie der Auffassung, dass diese eingetragenen Lohnsummen allesamt als Spesenentschädigungen für Liquidationsarbeiten zu qualifizieren seien, welche dem BVG-Obligatorium nicht unterliegen würden. Sinngemäss möchte sie die ausgewiesenen Geldleistungen der beiden Mitarbeitenden wohl als Honorar im Rahmen eines Auftrages qualifizieren.

**4.3** Im Geltungsbereich des BVG sind die Begriffe „Arbeitnehmer“ und „Selbständigerwerbende“ im Sinne der AHV-Gesetzgebung und nicht des Arbeitsvertragsrechts zu verstehen (HANS MICHAEL RIEMER/GABRIELA RIEMER-KAFKA, Berufliche Vorsorge, 2. Auflage Bern 2006, § 2 N. 2; HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, Rz. 486; VPB 51/1987 Nr. 16 S. 101f., BGE 115 1b E. 4d). Die Frage, ob im Einzelfall selbständige oder unselbständige Erwerbstätigkeit vorliegt, beurteilt sich nach konstanter Praxis des EVG nicht auf Grund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien. Entscheidend sind vielmehr die wirtschaftlichen Gegebenheiten (SVR 2002 BVG Nr. 2,

Urteil der Eidg. Beschwerdekommision BVG BKBVG 926/02 vom 19. November 2002). So wird in der Regel auf die Unabhängigkeit in betriebswirtschaftlicher und arbeitsorganisatorischer Hinsicht sowie auf die Übernahme des spezifischen Unternehmerrisikos abgestellt, um eine selbständige Tätigkeit anzunehmen. Diese Merkmale treffen ohne Weiteres auf die Inhaber von Einzelfirmen sowie Teilhaber von Gesellschaften ohne Rechtspersönlichkeit zu. Vorliegend handelt es sich jedoch um eine Aktiengesellschaft. Auch wenn die beiden genannten Mitarbeitenden (X.\_\_\_\_\_ und Y.\_\_\_\_\_) unter Umständen eine arbeitgeberähnliche Funktion in dieser Gesellschaft bekleiden oder bekleidet haben, so ist dass für das BVG-Obligatorium nicht massgeblich. Das BVG und seine Ausführungsbestimmungen kennen – wie auch die meisten klassischen Sozialversicherungsgesetze – keine Leistungsvorbehalte für Versicherte, welche an ihrer Arbeitsstelle eine solche Funktion innehaben (vgl. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-1110/2007 vom 4. September 2007 E. 4.2.4).

**4.4** Vorliegend hat die Beschwerdeführerin Y.\_\_\_\_\_ und Z.\_\_\_\_\_ eine Entschädigung für ihre Liquidationsarbeiten ausbezahlt, die der AHV-Ausgleichskasse ausdrücklich als Lohn deklariert wurde. Damit waren diese zwei Personen als Arbeitnehmer im Sinne des BVG tätig und nicht als Selbständigerwerbende, unabhängig davon, ob sie diese Leistungen als (ehemalige) Geschäftsinhaber erbracht haben oder nicht. Daran ändert nichts, dass die Beschwerdeführerin in einer Liquidationsphase war und dass der BVG-Anschlussvertrag mit der Servisa resp. Swisscanto aus Irrtum zu früh aufgelöst worden ist.

**4.5** Aus dem Gesagten steht fest, dass die Beschwerdeführerin auch während der Liquidationsphase hätte einer registrierten Vorsorgeeinrichtung angeschlossen bleiben müssen. Da sie aber nicht (mehr) angeschlossen war, ist der Zwangsanschluss im vorliegenden Fall zu Recht und rückwirkend per 1. Januar 2003 erfolgt. Somit ist die Beschwerde abzuweisen.

## **5.**

Gemäss Art. 63 Abs. 1 VwVG werden die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Die Verfahrenskosten sind gemäss dem Reglement vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) zu bestimmen. Sie werden auf Fr. 1'000.-- festgelegt.

**Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen.

**2.**

Die Verfahrenskosten von Fr. 1'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

**3.**

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der Abteilungspräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Alberto Meuli

Jean-Marc Wichser

**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 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Die Rechtschrift 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 (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: >