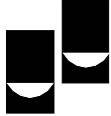


Bundesverwaltungsgericht

Tribunal administratif fédéral

Tribunale amministrativo federale

Tribunal administrativ federal



{T 0/2}

Abteilung III
C-6123/2007

Urteil vom 3. Dezember 2008

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richter Johannes Frölicher,
Richter Michael Peterli,
Gerichtsschreiber Daniel Stufetti.

Parteien

S._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Peter Niggli,
Eichwaldstrasse 7, 6005 Luzern,
Beschwerdeführerin,

gegen

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

Gegenstand

Zwangsanschluss an Stiftung Auffangeinrichtung BVG.

Sachverhalt:**A.**

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2006 (act. 6/1) meldete die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (nachfolgend SVA Zürich) der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (Vorinstanz) die S._____ AG (nachfolgend Beschwerdeführerin oder Arbeitgeberin) zu einem allfälligen Zwangsanschluss, nachdem sie die Arbeitgeberin zuvor erfolglos am 4. September und 2. Oktober 2006 aufgefordert hatte, sich einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen.

Mit Schreiben vom 12. März 2007 (act. 6/2) gab die Vorinstanz der Beschwerdeführerin von der Meldung der SVA Zürich Kenntnis, informierte die Arbeitgeberin über ihre gesetzliche Anschlusspflicht gemäss BVG, gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte diese auf, den Nachweis über den Anschluss an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung zu erbringen, ansonsten der Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung erfolge.

Die Arbeitgeberin teilte mit Schreiben vom 27. März 2007 (act. 6/3) der Vorinstanz mit, dass sie ihres Wissens keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt habe, und ersuchte diese, ihr mitzuteilen, um welche Personen es sich dabei handle.

Mit Schreiben vom 4. April 2007 (act. 6/4) antwortete die Vorinstanz, dass es sich um über 20 Arbeitnehmer handle, nannte 7 Namen und verwies die Arbeitgeberin an die kantonale AHV-Ausgleichskasse, bei welcher die Lohnbescheinigungen zu beziehen seien, um sich über die genauen Lohnangaben und Beitragszeiten zu informieren.

Mit Schreiben vom 13. April 2007 (act. 1/6) gelangte die Arbeitgeberin an die SVA Zürich und ersuchte um Zustellung der Lohnbescheinigungen aller Mitarbeiter seit dem 1. Oktober 1986.

Die SVA Zürich verwies die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 19. April 2007 (act. 1/7) an die Auffangeinrichtung BVG, an welche sie diese Lohnbescheinigungen bereits zugestellt habe.

Nachdem die Arbeitgeberin mit Schreiben vom 24. April 2007 (act. 1/9) erneut an die Vorinstanz gelangte, liess letztere mit Schreiben vom 30.

April 2007 (act. 6/5) der Arbeitgeberin die gewünschten Lohnbescheinigungen der Jahre 1986 bis 2005 zugehen.

B.

Mit Verfügung vom 16. Juli 2007 (act. 1/1) hat die Stiftung Auffangeinrichtung BVG die Arbeitgeberin rückwirkend per 1. Oktober 1986 zwangsweise angeschlossen. Aufgrund der Lohnbescheinigungen der SVA ergebe sich, dass die Arbeitgeberin seit dem 1. Oktober 1986 dem Obligatorium unterstellten Arbeitnehmern Löhne ausgerichtet habe. Diese habe keinen Nachweis über einen Anschluss an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung erbracht und auch nicht dargetan, dass die beschäftigten Arbeitnehmer nicht BVG-versicherungspflichtig gewesen seien.

C.

Gegen diese Verfügung erhob die Arbeitgeberin am 13. September 2007 (Poststempel) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (act. 1). Darin beantragte sie, es sei die angefochtene Verfügung aufzuheben und festzustellen, dass die Voraussetzungen für einen Zwangsanschluss nicht gegeben seien. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen geltend, die Vorinstanz habe ihr nicht ausreichend Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und damit das rechtliche Gehör verletzt. Zudem habe die Vorinstanz bei ihrer Prüfung nicht abgeklärt, ob die beschäftigten Arbeitnehmer, wie namentlich solche mit einem befristeten Arbeitsvertrag oder schwankendem Jahreslohn, versicherungspflichtig gewesen seien. Jedenfalls habe die Beschwerdeführerin keine Arbeitnehmer beschäftigt, welche gemäss BVG obligatorisch zu versichern gewesen seien, weshalb ihr auch keine Anschlusspflicht obliege und der Zwangsanschluss somit ungerechtfertigt sei. Zudem wäre ein solcher vor 2002 auch insoweit nicht sinnvoll, als sich die daraus ergebenden Beitragsforderungen ohnehin verjährt seien.

D.

In ihrer Vernehmlassung vom 16. November 2007 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Sie habe sich praxisgemäss auf die Angaben in den Lohnbestätigungen der zuständigen AHV-Ausgleichskasse gestützt, welche aufgrund der Angaben der Arbeitgeberin erstellt worden seien. Die Anfrage der Beschwerdeführerin betreffend die BVG-pflichtigen Personen sei mit Schreiben vom 4. April 2007 teilweise und mit Schreiben vom 30. April 2007 vollständig beantwortet worden. Somit seien der Beschwerdeführerin alle notwendigen Unter-

lagen zur Verfügung gestanden. Sie habe sich indes nicht mehr geäußert, weshalb am 16. Juli 2007 der Zwangsanschluss verfügt worden sei. Schliesslich könne auch keine Verjährung geltend gemacht werden, da es sich um Ansprüche von Destinatären handle. Die der Vorinstanz vorliegenden Lohnunterlagen würden die Notwendigkeit eines Anschlusses per 1. Oktober 1986 bekräftigen.

E.

In ihrer Replik vom 22. Januar 2008 (act. 8) hielt die Beschwerdeführerin an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Beschwerde fest.

F.

Ebenso hielt die Vorinstanz in ihrer Duplik vom 21. Februar 2007 (recte 2008) an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung fest (act. 10).

G.

Die Beschwerdeführerin hat den gemäss Zwischenverfügung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21. September 2007 (act. 2) erhobenen Kostenvorschuss von Fr. 800.- fristgerecht eingezahlt.

H.

Auf die Ausführungen der Parteien wird – sofern erforderlich – in den nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Verfahren ist der Verwaltungsakt der Vorinstanz vom 16. Juli 2007, welcher gemäss Art. 60 Abs. 2^{bis} des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) eine Verfügung im Sinne von Art. 5 Abs. 1 Bst. a des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021) darstellt. Beschwerden gegen Verfügungen der Auffangeinrichtung beurteilt das Bundesverwaltungsgericht gestützt auf Art. 31 und 33 Bst. h des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32), sofern, wie vorliegend, keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt.

1.2 Die Beschwerdeführerin hat gegen diese Verfügung form- und fristgerecht Beschwerde erhoben (Art. 50 und 52 VwVG). Sie hat am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen, ist durch die angefochtene Verfügung in ihren rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen besonders berührt und hat demnach ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung (Art. 48 Abs. 1 VwVG). Daher ist sie zur Beschwerde legitimiert. Nachdem die Beschwerdeführerin auch den geforderten Kostenvorschuss einbezahlt hat, ist auf ihre Beschwerde einzutreten.

2.

2.1 Obligatorisch zu versichern ist jeder Arbeitnehmer, der das 17. Altersjahr vollendet hat und bei einem Arbeitgeber mehr als den gesetzlichen Mindestjahreslohn gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 5 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) erzielt und bei der AHV versichert ist (Art. 5 Abs. 1 BVG). Dieser Mindestlohn wurde bisher verschiedene Male der Entwicklung in der AHV angepasst (Art. 9 BVG). In der beruflichen Vorsorge sind die Begriffe Arbeitnehmer, Selbständigerwerbender und Arbeitgeber im Sinne des AHV-Rechts zu verstehen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute Bundesgericht] B 52/05 vom 9. Juni 2006 mit Hinweisen, ferner BGE 115 Ib 37 E. 4).

2.2 Beschäftigt ein Arbeitgeber Arbeitnehmer, die obligatorisch zu versichern sind, muss er sich gemäss Art. 11 BVG einer in das Register für die berufliche Vorsorge eingetragenen Vorsorgeeinrichtung anschliessen. Die Ausgleichskasse der AHV überprüft, ob die von ihr erfassten Arbeitgeber einer Vorsorgeeinrichtung angeschlossen sind. Arbeitgeber, die ihrer Anschlusspflicht nicht nachgekommen sind, fordert sie auf, sich innerhalb von zwei Monaten anzuschliessen. Kommt der Arbeitgeber dieser Aufforderung nicht nach, meldet die Ausgleichskasse ihn an die Auffangeinrichtung (Art. 11 Abs. 4 - 6 BVG). Diese ist verpflichtet, den Arbeitgeber im Rahmen der gesetzlichen Pflichten bei ihr anzuschliessen (Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG), und zwar rückwirkend auf den Zeitpunkt, in dem er obligatorisch zu versichernde Arbeitnehmer beschäftigt hat (Art. 11 Abs. 3 und 6 BVG).

3.

Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung und des Missbrauchs des Ermes-

sens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes und die Unangemessenheit, wenn, wie hier, nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG).

4.

4.1 Vorab ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den angefochtenen Verwaltungsakt in Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör erlassen hat.

4.1.1 Gemäss Art. 54 Abs. 4 BVG gilt die Auffangeinrichtung als Behörde im Sinn von Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG. Soweit sie zur Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben Verfügungskompetenz hat (vgl. dazu: JÜRGEN BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV: Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007, S. 2018), gilt für sie deshalb das VwVG. Gemäss Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung (BV; SR 101) und Art. 29 in Verbindung mit Art. 30 Abs. 1 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör. Der Anspruch auf vorgängige Anhörung (Art. 30 Abs. 1 VwVG) beinhaltet insbesondere, dass eine Behörde sich beim Erlass ihrer Verfügung nicht auf Tatsachen abstützen darf, zu denen der von der Verfügung Betroffene sich nicht vorgängig äussern konnte. Das rechtliche Gehör dient einerseits der Sachaufklärung, andererseits stellt es ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung einer Person eingreift. Dazu gehört insbesondere deren Recht, sich vor Erlass des in ihre Rechtsstellung eingreifenden Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweismittel beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweismittel entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 127 I 56 E. 2b, 127 III 578 E. 2c, 126 V 130 E. 2a; zu Art. 4 Abs. 1 aBV ergangene und weiterhin geltende Rechtsprechung: BGE 126 I 16 E. 2a/aa, 124 V 181 E. 1a, 375 E. 3b, je mit Hinweisen).

Das Recht auf Akteneinsicht ist wie das Recht, angehört zu werden, formeller Natur. Die Verletzung des Rechts auf Akteneinsicht führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung. Vorbehalten bleiben praxisgemäss Fälle, in denen die Verletzung des rechtlichen Gehörs bzw.

des Akteneinsichtsrechts nicht besonders schwer wiegt und dadurch geheilt wird, dass die Partei, deren rechtliches Gehör verletzt wurde, sich vor einer Instanz äussern kann, welche sowohl Tat- als auch Rechtsfragen uneingeschränkt überprüft (BGE 115 V 305 E. 2h; bestätigt in BGE 127 V 437 E. 3d/aa, 126 V 132 E. 2b mit weiteren Hinweisen). Von einer Rückweisung der Sache zur Gewährung des rechtlichen Gehörs an die Verwaltung ist im Sinne einer Heilung des Mangels selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 116 V 187 E. 3d; zum Ganzen ausführlich Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute Bundesgericht] vom 14. Juli 2006, I 193/04).

4.1.2 Im vorliegenden Fall ist das gemäss Art. 11 Abs. 4 - 7 BVG vorgeschriebene Verfahren für den Zwangsanschluss eingehalten worden. Insbesondere hat die Vorinstanz der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 12. März 2007 (act. 6/2) Gelegenheit gegeben, sich zu einem allfälligen Zwangsanschluss zu äussern, bevor dieser verfügt werde. Die Beschwerdeführerin bemängelt, die Vorinstanz habe ihr die verlangten Lohnbescheinigungen von 1986 bis 2005 der AHV-Ausgleichskasse nicht zugestellt, weshalb es ihr auch nicht möglich gewesen sei, sich konkret zu äussern, ob die von ihr beschäftigten Arbeitnehmer BVG-versicherungspflichtig gewesen seien. Dem widerspricht die Vorinstanz und macht geltend, diese Lohnbescheinigungen mit Schreiben vom 30. April 2007 an die Beschwerdeführerin gesandt zu haben, was denn auch aktenkundig ist (act. 6/5). Dennoch besteht die Beschwerdeführerin auf ihren Einwand, die fraglichen Lohnbescheinigungen nicht erhalten zu haben, indem sie in ihrer Replik vom 22. Januar 2008 (act. 8) geltend macht, dieses Schreiben der Vorinstanz befinde sich nicht in ihren Akten. Der Umstand, dass die Beschwerdeführerin nach der (umstrittenen) Zustellung vom 30. April 2007 deswegen erneut an die SVA Zürich gelangte, welche ihr die Jahresabrechnungen 1986 bis 2006 am 17. August 2007 zustellte, was ebenfalls aktenkundig ist (act. 1/8), spricht allenfalls dafür, dass sie diese Unterlagen tatsächlich nicht erhalten hatte. Das Gegenteil wurde von der Vorinstanz jedenfalls nicht dargetan. Aus dem damaligen Schweigen der Beschwerdeführerin durfte sie deshalb nicht ohne Weiteres schliessen, dass sich diese nicht habe äussern wollen und ihr ausreichend Gelegenheit zum rechtlichen Gehör gewährt worden sei. Auch hätte die Vorinstanz diese Un-

terlagen der Beschwerdeführerin, welche im Übrigen rechtzeitig darum ersucht hatte, unmittelbar zugänglich machen müssen, anstatt sie an die SVA Zürich zu verweisen.

Die Einsichtnahme in die Lohnbescheinigungen der SVA Zürich bildet eine nicht unwichtige Basis der angefochtenen Verfügung. Wie sich den Akten entnehmen lässt, ist die Beschwerdeführerin im Verlauf des vorliegenden Beschwerdeverfahrens jedoch in zweifacher Hinsicht in den Besitz der verlangten Jahresabrechnungen gelangt, nämlich zum einen – wie bereits erwähnt – seitens der SVA Zürich und zum anderen seitens des Bundesverwaltungsgerichts, welches ihr mit Verfügung vom 23. November 2007 (act. 7) diese Unterlagen zusammen mit einem Doppel der Vernehmlassung der Vorinstanz vom 16. November 2007 zugestellt hatte. Zugleich wurde ihr auch Gelegenheit gegeben, bis zum 24. Januar 2008 allfällige Bemerkungen und entsprechende Beweismittel einzureichen. Somit hatte die Beschwerdeführerin in Kenntnis der wesentlichen Akten während rund 5 Monaten und damit ausreichend Gelegenheit, sich vor einer Rechtsmittelinstanz mit umfassender Überprüfungsbefugnis zum verfügten Zwangsanschluss zu äussern und Gegenbeweismittel zu bezeichnen.

Unter diesen Umständen und mit Blick auf das Interesse der Beschwerdeführerin an einem raschen Abschluss des Verfahrens muss deshalb, selbst wenn eine Gehörsverletzung zu bejahen ist, von einer Verfahrensverletzung ausgegangen werden, welche nunmehr als geheilt betrachtet werden kann. Von der Rückweisung der Sache an die Vorinstanz ist mithin abzusehen. Dies auch deshalb, weil in einem solchen Fall keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese anders als in der angefochtenen Verfügung entscheiden und die Massnahme so zu einem formalistischen Leerlauf führen würde (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts C-2521/2006 vom 13. Juni 2007, E. 2 mit Hinweisen).

4.2 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren geltend, die Vorinstanz habe sich bei ihrer Prüfung ohne zusätzliche Abklärungen allein auf die Lohnbescheinigungen der AHV-Ausgleichskasse abgestützt und damit den rechtserheblichen Sachverhalt nicht genügend abgeklärt. Gemäss Ziff. 3010 der Weisungen des Bundesamtes für Sozialversicherungen über die Kontrolle des Anschlusses der Arbeitgeber an eine Einrichtung der beruflichen Vorsorge gemäss Artikel 11 BVG (AKBV, in Kraft seit 1. Januar 2005, vgl. auch BSV-Mitteilungen über die berufliche Vorsorge vom 27. Januar 2005, Ziff. 469) hat die Aus-

gleichskasse ihrer Meldung an die Auffangeinrichtung zur Abklärung der Anschlusspflicht des Arbeitgebers unter anderem eine Liste mit den AHV-pflichtigen Löhnen für die betreffenden Jahre (enthaltend Name, AHV-Nummer, AHV-pflichtiger Lohn und Lohnperiode jedes Arbeitnehmers) einzureichen (vgl. auch Art. 9 Abs. 3, 2. Satz BVV2). Dies ist im vorliegenden Fall mit der Meldung der SVA Zürich an die Vorinstanz denn auch geschehen (vgl. Sachverhalt A), sodass das Vorgehen der Vorinstanz nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerdeführerin wendet ein, die Vorinstanz habe nicht abgeklärt, ob es sich unter den in der AHV-Lohnmeldung aufgeführten Arbeitnehmern um solche handle, welche gemäss Art. 1j der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.21) von der obligatorischen Versicherung ausgenommen waren, weil die Arbeitsverhältnisse auf höchstens drei Monaten befristet oder die Arbeitnehmer nebenberuflich tätig waren. Dabei verkennt die Beschwerdeführerin, dass ihr im Rahmen ihrer Mitwirkungspflicht (vgl. Art. 9 Abs. 1 BVV2, Ziff. 1020 der Weisungen AKBV für das Verfahren gemäss Art. 11 Abs. 4 BVG sowie Art. 13 VwVG für das vorliegende Beschwerdeverfahren) oblag, nähere Angaben über die konkreten Arbeitsverhältnisse zu machen, welche für die Beurteilung der BVG-Versicherungspflicht relevant waren, wozu sie von der Vorinstanz mit Schreiben vom 12. März 2007 (act. 6/2) zu Recht aufgefordert wurde.

5.

5.1 Als Nächstes ist zu prüfen, ob die Auffangeinrichtung die Beschwerdeführerin zu Recht wegen Beschäftigung von BVG-versicherungspflichtigen Arbeitnehmern zwangsweise angeschlossen hat und, wenn ja, ab welchem Zeitpunkt der Zwangsanschluss zu erfolgen hatte.

5.2 Der AHV-Lohnabrechnung der SVA Zürich (act. 6/7) ist zu entnehmen, dass die Beschwerdeführerin im Jahr 1986 dem Arbeitnehmer S._____ in der Zeit vom 1. Oktober bis 31. Dezember 1986 einen AHV-pflichtigen Lohn von Fr. 15'839.- ausbezahlt hat. Gemäss Art. 2 BVV 2 in der zu diesem Zeitpunkt geltenden und anwendbaren Fassung gilt bei einem Arbeitnehmer, der weniger als ein Jahr beschäftigt ist, als Jahreslohn der Lohn, den er bei ganzjähriger Beschäftigung erzielen würde. Vorliegend entspricht die ausgewiesene Lohnsumme einem Jahreslohn von Fr. 63'355.- und ist mithin höher als der gesetzliche Mindestjahreslohn, welcher gemäss Art. 5 BVV 2 auf Fr. 17'280.-

(Fassung gemäss Ziff. I der Verordnung vom 11. September 1985, in Kraft seit 1. Januar 1986 AS 1985 1345) festgelegt war, weshalb die Voraussetzungen für die obligatorische Versicherung gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG, in der damals geltenden und anwendbaren Fassung, erfüllt waren.

5.3 Die Beschwerdeführerin wendet ein, die in den AHV-Lohnabrechnungen jeweils ausgewiesenen Lohnsummen von S._____ seien Verwaltungsratshonorare, welche dieser in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident und Inhaber von 90 % der Aktien des Unternehmens erzielt habe. Als Selbständigerwerbender sei er somit nicht obligatorisch zu versichern gewesen.

Für die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft in der beruflichen Vorsorge sind, wie bereits erwähnt, nicht die Betrachtungen der Parteien, sondern die AHV-rechtlichen Kriterien massgebend. Danach stellen Verwaltungsratshonorare Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit (massgebenden Lohn) dar (Art. 5 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVG, SR 831.10], Art. 7 Bst. h der Verordnung vom 31. Oktober 1947 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV, SR 831.101]; BGE 133 V 500 E. 3). Demgemäss ist S._____ gemäss AHV-Statut als Arbeitnehmer zu betrachten, was denn auch aus den ins Recht gelegten AHV-Abrechnungen der SVA Zürich hervorgeht. Dementsprechend waren auch die Voraussetzungen für die obligatorische Versicherung gemäss Art. 2 Abs. 1 BVG erfüllt, sofern kein Ausnahmetatbestand gemäss Art. 1 Abs. 1 BVV 2 (in der damals geltenden und anwendbaren Fassung) zutraf. Diesbezüglich macht die Beschwerdeführerin geltend, für S._____ stelle die Tätigkeit als Verwaltungsrat nur eine nebenberufliche Erwerbstätigkeit dar, weshalb er von der obligatorischen Versicherung ausgenommen sei. Gemäss Bst. c dieser Verordnungsbestimmung sind Arbeitnehmer der obligatorischen Versicherung nicht unterstellt, die nebenberuflich tätig sind und bereits für eine hauptberufliche Erwerbstätigkeit obligatorisch versichert sind oder im Hauptberuf eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben. Die Beschwerdeführerin legt zur Untermauerung ihres Standpunktes die Fotokopie einer von S._____ unterzeichneten Bestätigung vom 7. September 2007 ins Recht (act. 1/12), wonach dieser darlegt, dass seine Tätigkeit für die S._____ AG mit einem Jahreseinkommen gemäss AHV von Fr. 48'000.- einen Nebenerwerb darstelle, während sein Haupterwerb aus den jährlichen Mietzinseinnahmen von

Fr. 860'000.- von 3 Liegenschaften bestehe. Allerdings bezieht sich diese Bestätigung auf die Jahresabrechnungen der SVA Zürich der Jahre 2002 bis 2006. Für die früheren Jahre wurde keine entsprechende Bestätigung beigebracht. Sogar unter der Annahme, dass die genannte Bestätigung auch für diese Jahre zutrifft, wurde hingegen nicht dargetan und ist auch nicht aktenkundig, wie dieser Haupterwerb gemäss AHV-Status konkret behandelt wurde. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stellt Einkommen aus Vermietung möblierter und unmöblierter Wohnungen kein Erwerbseinkommen und demzufolge auch kein Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit gemäss Art. 9 Abs. 1 AHVG i.V.m. Art. 17 AHVV, sondern beitragsfreier Kapitalertrag dar (Urteil des Bundesgerichts 9C_605/2007 E. 3; BGE 111 V 83 E. 2a mit Hinweisen auf die Rechtsprechung). In der beruflichen Vorsorge ist demnach S. _____ für die von ihm bezeichnete Haupttätigkeit weder Selbständigerwerbender noch Arbeitnehmer; vielmehr stellt seine Tätigkeit als Verwaltungsrat die einzige Erwerbstätigkeit dar. Demzufolge ist der geltend gemachte Ausnahmetatbestand gemäss Art. 1 Abs. 1 Bst. c BVV 2 (in der damals geltenden Fassung) nicht gegeben, weshalb S. _____ gemäss Art. 2 Abs. 2 BVG ab dem 1. Oktober 1986 obligatorisch zu versichern gewesen war. Ob in den nachfolgenden Jahren noch weitere Arbeitnehmer BVG-versicherungspflichtig waren, wie dies die Beschwerdeführerin konkret für die Jahre 2002 bis 2005 in Abrede stellt, braucht im vorliegenden Verfahren nicht geprüft zu werden, geht es doch hier aufgrund des Streitgegenstandes einzig darum zu prüfen, ob der von der Vorinstanz verfügte Zwangsanschluss per 1. Oktober 1986 gerechtfertigt war. Inwieweit für die weiteren Arbeitnehmer eine BVG-Versicherungspflicht bestand, die entsprechenden Beiträge geschuldet oder Leistungsfälle eingetreten waren, obliegt der Auffangeinrichtung in ihrer Eigenschaft als Vorsorgeeinrichtung (Art. 60 Abs. 1 BVG) im Rahmen der Durchführung der Versicherung zu prüfen und darüber zu befinden. Zu Recht hat diese denn auch in ihrer angefochtenen Verfügung die Arbeitgeberin aufgefordert, der Stiftung Auffangeinrichtung alle von ihr beschäftigten Arbeitnehmer, die Eintrittsdaten sowie die Lohnverhältnisse anzugeben (Dispositivziffer 3).

5.4 Die Beschwerdeführerin macht des Weiteren die Einrede der Verjährung geltend. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass die Vorinstanz selbst bei Bejahung des Zwangsanschlusses nur Beiträge der letzten 5 Jahre einfordern könne, nachdem frühere Beiträge gemäss Art. 24 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemei-

nen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG, SR 830.1) und Art. 41 BVG verjährt seien. Deshalb mache ein Zwangsanschluss ab 1986 keinen Sinn. Wohl trifft zu, dass Forderungen auf periodische Beiträge ab dem Zeitpunkt, in dem sie geschuldet sind, nach 5 Jahren verjähren (Art. 41 Abs. 2 BVG, Art. 66 Abs. 2 und 4 BVG). Vorliegend ist dieser Zeitpunkt indes noch nicht eingetreten. So wird nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts mit dem rückwirkenden Zwangsanschluss gemäss Art. 11 Abs. 3 BVG ein neues Rechtsverhältnis begründet, aufgrund dessen der Arbeitgeber der (neuen) Vorsorgeeinrichtung die gesamten Beiträge ab diesem Zeitpunkt schuldet. Die Verjährungsfrist beginnt daher erst mit dem Zwangsanschluss zu laufen. Die Vorsorgeeinrichtung kann noch keine Beiträge fordern, solange der betreffende Arbeitgeber ihr noch gar nicht angeschlossen ist bzw. die Versicherungspflicht als solche umstritten ist. Es können daher auch noch keine Beiträge fällig sein und keine Verjährungsfristen laufen (Urteil des Bundesgerichts 9C_618/2007 vom 28. Januar 2008 E. 1.2; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute Bundesgericht] B 54/99 vom 1. Mai 2000 E. 2a und 5; ferner SZS 1994 S. 388; daselbst Urteile des Bundesverwaltungsgerichts C-5839/2007 vom 6. Juni 2008, E. 6 sowie C-2381/2006 vom 27. Juli 2007, E. 5.1). Die Einrede der Verjährung erweist sich somit als unbegründet.

5.5 Die Vorinstanz hat schliesslich der Arbeitgeberin die Kosten der Verfügung von Fr. 450.- sowie die Gebühren für die Durchführung des Zwangsanschlusses von Fr. 375.- in Rechnung gestellt (vgl. Dispositivziffer 4 der angefochtenen Verfügung), welche von der Beschwerdeführerin ebenfalls bestritten werden. Zu Unrecht: Diese finden ihre Grundlage in Art. 56 Abs. 1 Bst. d BVG e contrario, wonach die Kosten, welche der Auffangeinrichtung aufgrund ihrer Tätigkeit nach Art. 11 Abs. 3bis und 60 Abs. 2 BVG entstehen, vorab dem Verursacher zu überwälzen sind. Eine weitere Grundlage bildet das Kostenreglement der Stiftung Auffangeinrichtung BVG zur Deckung von ausserordentlichen administrativen Umtrieben (act. 6/6), welches Bestandteil der Anschlussbedingungen und somit auch Bestandteil der angefochtenen Verfügung ist (Dispositivziffer 2).

5.6 Nach dem Gesagten steht fest, dass der Arbeitnehmer S._____ ab dem 1. Oktober 1986 BVG-versicherungspflichtig war. Ab diesem Zeitpunkt hätte sich die Beschwerdeführerin an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung anschliessen müssen. Dieser Anschlusspflicht ist sie nicht nachgekommen, weshalb der Zwangsanschluss an die Auffang-

einrichtung gemäss Art. 60 Abs. 2 BVG nicht zu beanstanden ist. Die Beschwerde ist deshalb abzuweisen.

6.

6.1 Dieser Ausgang des Verfahrens hat zur Folge, dass die Beschwerdeführerin kostenpflichtig wird (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Die Verfahrenskosten werden in Anwendung des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 800.- festgesetzt und mit dem am 8. Oktober 2007 geleisteten Kostenvorschuss in gleicher Höhe verrechnet.

6.2 Der obsiegenden Vorinstanz, welche die obligatorische Versicherung durchführt, ist gemäss der Rechtsprechung, wonach Träger oder Versicherer der beruflichen Vorsorge gemäss BVG grundsätzlich keinen Anspruch auf Parteientschädigung haben (BGE 126 V 143, E. 4) keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Verfahrenskosten von Fr. 800.- werden der Beschwerdeführerin auferlegt. Sie werden mit dem geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 800.- verrechnet.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)

- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Daniel Stufetti

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 Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: