Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal



Abteilung III
C-4656/2009

Urteil vom 8. Juni 2011

Besetzung

Richter Beat Weber (Vorsitz),
Richterin Madeleine Hirsig-Vouilloz,
Richter Stefan Mesmer,
Gerichtsschreiber Daniel Stufetti.

Parteien

A._____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Stiftung Auffangeinrichtung BVG, Zweigstelle Deutschschweiz, Erlenring 2, Postfach 664, 6343 Rotkreuz,
Vorinstanz,
sowie

1. S._____,
2. Erbengemeinschaft des C._____, selig, handelnd durch den Miterben R._____,
Beigeladene.

Gegenstand

Zwangsanschluss; Verfügung der Stiftung Auffangeinrichtung BVG vom 1. Juli 2009.

Sachverhalt:

A.

A.a Im Zuge der Erbteilung des Nachlasses der am 13. September 2002 verstorbenen M._____ hatte die Erbengemeinschaft A._____, S._____ und C._____ gemäss Beschluss des Bezirksgerichts Zürich vom 24. Juni 2005 vereinbart, dass S._____ eine angemessene Entschädigung von Fr 150'000.- netto für die erfolgte Betreuung der Verstorbenen zulasten des Nachlasses erhalten solle (act. 8/1). Für diese Abfindung legte die Ausgleichskasse der Sozialversicherungsanstalt (SVA) Zürich mit Verfügung vom 20. Februar 2007 aufgrund eines aufgerechneten Bruttolohnes von insgesamt Fr. 158'071.- für S._____und R._____ die von der Erbengemeinschaft zu entrichtenden Beiträge an die Sozialversicherungen (AHV/IV/EO/FAK/ALV) von Fr. 20'635.- fest, wobei diese je zur Hälfte den individuellen Konten von S._____und R._____ gutgeschrieben werde (act. 8/5).

A.b Mit Anschlussvereinbarung vom 16. Juli 2007 (act. 8/6) schloss sich die Erbengemeinschaft der Stiftung Auffangeinrichtung BVG (nachfolgend Auffangeinrichtung oder Vorinstanz) zur Durchführung der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge an. In der Folge beanstandete A._____, welche die Anschlussvereinbarung nicht unterzeichnet hatte, diesen Anschluss an die Auffangeinrichtung (act. 8/8).

A.c Nachdem keine von allen drei Erben unterzeichnete Anschlussvereinbarung zustande kam, schloss die Auffangeinrichtung mit Verfügung vom 18. Dezember 2008 die Erbengemeinschaft zwangsweise rückwirkend per 1. Januar 2005 an (act. 8/13). Diese focht S._____am 7. Januar 2009 beim Bundesverwaltungsgericht an (C-84/2009) mit der Begründung, diese sei nur an ihn anstatt an alle Mitglieder der Erbengemeinschaft eröffnet worden (act. 8/14). Am 24. April 2009 zog er seine Beschwerde zurück, worauf das Verfahren mit Abschreibungsentscheid vom 7. Mai 2009 als gegenstandslos geworden abgeschrieben wurde (Vorakten act. 42, C-84/2009).

A.d Mit Verfügung vom 23. März 2009 (act. 8/15) zog die Auffangeinrichtung ihre Zwangsanschlussverfügug vom 18. Dezember 2008 infolge der von S._____beanstandeten fehlerhaften Eröffnung in Wiedererwägung und widerrief diese. Mit Schreiben vom 19. Mai 2009

(act. 8/16) informierte die Vorinstanz die einzelnen Erben über die gesetzliche Anschlusspflicht gemäss dem Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40), gab diesen Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte sie auf, den Nachweis über den Anschluss an eine registrierte Vorsorgeeinrichtung zu erbringen, ansonsten der Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung erfolge.

B.
Mit Verfügung vom 1. Juli 2009 (act. 1/1) schloss die Auffangeinrichtung die genannten Erben der M._____ sel. als Arbeitgeber zwangsweise rückwirkend per 1. Januar 2005 an, legte fest, dass der Anschluss in Abweichung von Ziffer 6 der Anschlussbedingungen bis zum 31. Dezember 2005 laufe, und auferlegte den Erben die angedrohten Verfügungskosten von Fr. 450.- sowie die Gebühren für die Durchführung des Zwangsanschlusses von Fr. 375.-. Als Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Ausgleichskasse habe aufgrund des Beschlusses des Bezirksgerichts Zürich den Bruttolohn von Fr. 158'071.- an S._____ und R._____ nach dem Realisierungsprinzip im Jahr 2005 der Beitragspflicht unterstellt, da er in diesem Jahr definitiv angefallen sei, weshalb dieser gemäss den Lohnbescheinigungen der SVA Zürich für den BVG-Anschluss als massgebenden Lohn für das Jahr 2005 an die Arbeitnehmer S._____ und R._____ von je Fr. 79'035.50 betrachtet werden müsse. Da der BVG-Mindestlohn überschritten werde, ergebe sich eine rückwirkende Anschlusspflicht der ehemaligen Erbengemeinschaft und Arbeitgeberin.

C.
Gegen diese Verfügung erhob A._____(Beschwerdeführerin) am 18. Juli 2009 (Postaufgabe) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht (act. 1) und beantragte, die angefochtene Verfügung und die darauf gestützt erfolgte Beitragsabrechnung vom 8. November 2007 seien aufzuheben und die Sache an die Auffangeinrichtung zur Neubeurteilung der Anschlusspflicht zurückzuweisen, eventualiter sei festzustellen, dass die Anschlussbedingungen der Auffangeinrichtung keine oder nur beschränkte Anwendung fänden, und eventualiter seien der Beschwerdeführerin keine Verfügungskosten aufzuerlegen. Dabei machte sie geltend, die im Jahr 2005 aus dem Nachlass ausbezahlte Entschädigung sei für die Abgeltung von Pflegeleistungen an die Verstorbene in den Jahren 1994 bis 2002 und somit für 8 Dienstjahre und nicht wie in der angefochtenen Vergütung einmalig für 2005 bestimmt.

Daher unterschreite diese den jährlichen BVG-Mindestlohn, weshalb keine Anschlusspflicht bestehe. Mangels rechtsgültigem Anschluss an die Auffangeinrichtung seien von ihr zu Unrecht die Beträge gemäss Beitragsabrechnung vom 8. November 2007 (act. 1/7) von Fr. 33'863.- zulasten der Erbengemeinschaft in Rechnung gestellt worden. Schliesslich machte die Beschwerdeführerin geltend, weder die Anschlussverfügung vom 18. Dezember 2008 noch die Wiedererwägungsverfügung vom 23. März 2009 der Vorinstanz erhalten zu haben.

D.
Mit Vernehmlassung vom 14. Oktober 2009 (act. 8) beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Dabei führte sie im Wesentlichen aus, der zur Diskussion stehende Pauschalbetrag von netto Fr. 150'000.- sei unbestrittenermassen als Abgeltung für Dienstleistungen für eine längere Periode zu verstehen. Für die Berechnung des BVG-pflichtigen Lohnes sei indes nach dem Realisierungsprinzip auf den Zeitpunkt abzustellen, in welchem das Einkommen den Berechtigten zugegangen sei. Nachdem die Anschlussverfügung vom 18. Dezember 2008 zu Unrecht nicht auch der Beschwerdeführerin eröffnet worden sei, sei sie wiedererwägungsweise ersatzlos aufgehoben worden. Daraus sei der Beschwerdeführerin kein Nachteil erwachsen. Ihr sei das rechtliche Gehör im Rahmen des Erlasses der vorliegend angefochtenen Verfügung gewährt worden.

E.
Mit Replik vom 17. November 2009 (act. 11) hielt die Beschwerdeführerin an ihren Beschwerdeanträgen sowie deren Begründung fest. Dabei hob sie hervor, dass die Ausgleichszahlung testamentarisch als Pflegeentschädigung bestimmt worden sei und deshalb auf den Zeitpunkt abzustellen sei, in welchem der Rechtsanspruch erworben worden sei (Entstehungsprinzip).

F.
In ihrer Duplik vom 3. Februar 2010 (act. 15) hielt die Vorinstanz an ihrem Abweisungsantrag und dessen Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung fest. Zudem hob sie hervor, dass die Anschlussdauer nicht auf unbestimmte Zeit gelte, sondern auf das Jahr 2005 begrenzt sei.

G.
Mit prozessleitender Verfügung vom 5. Februar 2010 (act. 17) lud der Instruktionsrichter die Miterben S._____ und C._____ ins Beschwerdeverfahren bei und gab ihnen Gelegenheit zur Stellungnahme.

H.
In seiner Stellungnahme vom 23. Februar 2010 (act. 19) beantragte der Beigeladene 1 die kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei. Bei der fraglichen Abfindung handle es sich um einen Restbetrag für die Pflege abzüglich Miete nach dem Todestag, welche im Zeitpunkt des gerichtlichen Vergleichs entstanden und mit der Auszahlung an den Beigeladenen 1 realisiert worden sei.

Der Beigeladene 2 äusserte sich in seiner Stellungnahme vom 7. März 2010 (act. 21). Dabei beantragte er die Gutheissung der Beschwerde und schloss sich den Anträgen der Beschwerdeführerin und deren Begründung an. Im Weiteren machte er geltend, vom vorliegenden Zwangsanschlussverfahren bis anhin keine Kenntnis erhalten zu haben.

I.
Mit Triplik vom 8. März 2010 (act. 22) hielt die Beschwerdeführerin weiterhin an ihren Beschwerdeanträgen sowie deren Begründung fest.

J.
In ihren Schlussbemerkungen (Quadruplik) vom 29. April 2010 (act. 28) hielt die Vorinstanz an ihren Anträgen und deren Begründung gemäss ihrer Vernehmlassung fest. Der Beigeladene 2 sei im Rahmen des Zwangsanschlussverfahrens angehört worden, habe sich jedoch nicht vernehmen lassen.

K.
Auch die Beschwerdeführerin hielt in ihren Schlussbemerkungen vom 3. Juni 2010 (act. 31) an ihren beschwerdeweise gestellten Anträgen und deren Begründung fest.

L.
Mit prozessleitender Verfügung vom 25. Juni 2010 schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel.

M.
Den mit Zwischenverfügung vom 27. Juli 2009 (act. 2) erhobenen

Kostenvorschuss von Fr. 800.- hat die Beschwerdeführerin am 6. August 2009 einbezahlt (act. 4).

N.
Mit Eingabe vom 3. Juni 2010 (act. 31) teilte die Beschwerdeführerin dem Bundesverwaltungsgericht mit, dass ihr Bruder C._____ (Beigeladener 2), sel., am 3. Juni 2010 gestorben sei.

O.
Mit Verfügung vom 12. Mai 2011 (act. 33) forderte das Bundesverwaltungsgericht die Ehefrau des verstorbenen Beigeladenen 2 auf, eine Todesfallbescheinigung, eine Erbenbescheinigung sowie eine Vollmacht für die Vertretung der Erbengemeinschaft im vorliegenden Verfahren einzureichen.

P.
Mit Eingabe vom 23. Mai 2011 (act. 34) gab X._____, Ehefrau des verstorbenen C._____, dem Bundesverwaltungsgericht bekannt, dass sie und ihr Sohn R._____ die Erben seien und letzterer die Erbengemeinschaft vertrete.

Q.
Auf die weiteren Vorbringen der Parteien sowie die eingereichten Beweismittel wird, soweit für die Entscheidfindung erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1. Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 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 und somit zu den Vorinstanzen des Bundesverwaltungsgerichts gehört (Art. 33 lit. h VGG). Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist in casu nicht gegeben (Art. 32 VGG).

1.2. Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist der Verwaltungsakt der Auffangeinrichtung vom 1. Juli 2009, 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. Sie 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 worden ist, ist auf das ergriffene Rechtsmittel einzutreten.

2.
Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und, wenn – wie hier – nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat, die Unangemessenheit (Art. 49 VwVG).

3.
Vorab ist zu prüfen, ob die Vorinstanz den angefochtenen Verwaltungsakt in Verletzung des verfassungsmässigen Anspruchs auf rechtliches Gehör erlassen hat.

3.1. 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: JÜRG 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 Rechtstellung 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).

3.2. Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe ihr erstmals mit ihrem Schreiben vom 19. Mai 2009 das rechtliche Gehör gewährt, während ihr die zuvor ergangenen Verfügungen der Vorinstanz vom 23. März 2009 und 18. Dezember 2008 nicht eröffnet worden und ihr insoweit auch kein rechtliches Gehör gewährt worden sei.

Der Beigeladene 2 rügt sinngemäss ebenfalls eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem er geltend macht, vom Zwangsanschlussverfahren erst mit der Zustellung der angefochtenen Verfügung Kenntnis erhalten zu haben.

3.3. Wie sich aus den Akten ergibt, erliess die Vorinstanz im Rahmen des Anschlussverfahrens der Erbengemeinschaft M._____ am 18. Dezember 2008 eine Verfügung (act. 8/13), wonach die Erbengemeinschaft der Vorinstanz rückwirkend per 1. Januar 2005 zwangsweise angeschlossen werde mit der Begründung, die Miterben hätten keinen Anschlussvertrag zur freiwilligen Aufnahme in die Stiftung Auffangeinrichtung unterzeichnet, weshalb kein BVG-konformer Anschluss an eine Vorsorgeeinrichtung vorliege. Diese Verfügung war einzig an S._____als Vertreter der Erbengemeinschaft adressiert, was dieser denn auch mit Beschwerde vom 7. Januar 2009 an das Bundesverwaltungsgericht beanstandete und die Zustellung an alle drei Erben verlangte (act. 8/14). Dem kam die Vorinstanz nach, indem sie ihre Verfügung vom 18. Dezember 2008 mit ihrer Verfügung vom 23. März 2009 in Wiedererwägung zog und ersatzlos aufhob. Letztere erwuchs in Rechtskraft und bildet nicht Anfechtungsgegenstand im vorliegenden Verfahren, weshalb die Rüge der Beschwerdeführerin und diejenige des Beigeladenen 2, der sich den Anträgen der Beschwerdeführerin anschloss, unzulässig und darauf nicht einzutreten ist.

In der Folge hat die Vorinstanz den Zwangsanschluss erneut geprüft und darüber mit der angefochtenen Verfügung neu entschieden. Dabei hat sie das gemäss Art. 11 Abs. 4 - 7 BVG vorgeschriebene Verfahren für den Zwangsanschluss eingehalten. Insbesondere hat sie mit Schreiben vom

19. Mai 2009 (act. 8/16) jedem einzelnen Erben Gelegenheit gegeben, sich zu einem allfälligen Zwangsanschluss zu äussern, bevor dieser verfügt werde. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs wird in diesem Zusammenhang denn auch von der Beschwerdeführerin ausdrücklich (vgl. Beschwerde S. 4) und zu Recht nicht mehr geltend gemacht.

Dem Beigeladenen 2 wurde dieses Schreiben, wie die Vorinstanz aktenkundig darlegt, am 12. Juni 2009 zugestellt (vgl. Empfangsschein act. 28/1). Damit verblieb diesem bis zum Erlass der angefochtenen Verfügung vom 1. Juli 2009 noch genügend Zeit, um sich vernehmen zu lassen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt daher auch hinsichtlich des Beigeladenen 2 nicht vor.

3.4. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz beim angefochtenen Verwaltungsakt den erwähnten Betroffenen das rechtliche Gehör rechtsgenüglich gewährt hat.

4.
Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Auffangeinrichtung die Beschwerdeführerin zu Recht wegen Beschäftigung von BVG-versicherungspflichtigen Arbeitnehmern zwangsangeschlossen hat und, wenn ja, ab welchem Zeitpunkt der Zwangsanschluss zu erfolgen hatte.

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 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) 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).

4.2. 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).

4.3. Die Beschwerdeführerin bestreitet replikweise, dass die Erbengemeinschaft als Arbeitgeberin zu betrachten sei. Zu Unrecht: Wie bereits dargelegt (oben E. 4.1) ist in der beruflichen Vorsorge der Begriff „Arbeitgeber“ im Sinne des AHV-Rechts zu verstehen (BGE 129 V 237 E. 3). Aus dem AHV-Statut geht hervor, dass die Erbengemeinschaft als Arbeitgeberin und Beitragsschuldnerin für die Beiträge AHV/IV/EO gilt (vgl. Verfügung SVA vom 20. Februar 2007). Dies gilt auch für die berufliche Vorsorge. Nachdem die Erbengemeinschaft am 24. Juni 2005 gemäss Beschluss des Bezirksgerichts Zürich aufgelöst wurde, ging die Arbeitgebereigenschaft auf die einzelnen Erben über, welche nach der Teilung für Erbschaftsschulden persönlich und solidarisch haften (Art. 639 Abs. 1 ZGB).

4.4. Der Jahresabrechnung 2005 der Sozialversicherungsanstalt (SVA) des Kantons Zürich vom 30. November 2005 (Vorakten 7) sowie ihrer Verfügung vom 20. Februar 2007 (Vorakten 11) lässt sich entnehmen, dass die Erbengemeinschaft bzw. die einzelnen Erben als Nachfolger der verstorbenen M._____ und als Arbeitgeberin gemäss Beschluss des Bezirksgerichts Zürich an die Arbeitnehmer S._____ und R._____ im Jahr 2005 einen Bruttolohn (massgebenden Lohn) von Fr. 158‘071.- für erbrachte Pflegeleistungen an die Verstorbene ausgerichtet hat, wobei die Lohnbeiträge je zur Hälfte ihrem individuellen Konto gutgeschrieben wurden. Somit bezog jeder Arbeitnehmer einen Lohnanteil von Fr. 79‘035.50.

4.5. Die Beschwerdeführerin und der Beigeladene 2 machen geltend, dieser Lohn beziehe sich nicht auf das Jahr 2005, in dem dieser ausbezahlt wurde (Realisierungsprinzip), sondern sei für erbrachte Pflegeleistungen an die Verstorbene in den Jahren 1994 bis 2002 und somit für 8 Dienstjahre (Entstehungsprinzip) bestimmt, was für die BVG-

Pflicht relevant sei. Somit beträgt der Jahreslohn nach ihrer Auffassung für jeden Arbeitnehmer Fr. 9'879.45. Demgegenüber vertreten der Beigeladene 1 und die Vorinstanz die Auffassung, dass allein auf den Zeitpunkt abzustellen sei, in welchem der Lohn ausbezahlt und damit realisiert worden sei, was gemäss Beschluss des Bezirksgerichts Zürich im Rahmen der Erbteilung im Jahr 2005 erfolgt sei.

4.6. Gemäss Art. 7 Abs. 2 BVG entspricht der Jahreslohn 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. Diese hat er in Art. 3 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) geregelt. Der massgebende Jahreslohn gemäss AHV wurde von der SVA Zürich mit Verfügung vom 20. Februar 2007 bzw. mit Einspracheentscheid vom 26. März 2007, mit welchem diese Verfügung bestätigt wurde (Vorakten 44), nach dem Realisierungsprinzip für das Jahr 2005 an die Arbeitnehmer S._____ und R._____ festgelegt (vgl. vorne Sachverhalt A.a). Diese Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen. Aus dem aktenkundigen Verfahren der SVA Zürich für den Beitragsbezug geht hervor, dass es sich bei diesem massgebenden Lohn um eine nachträglich abgegoltene Entschädigung für Pflegeleistungen an die Erblasserin handle (vgl. Vorakten 7 – 11), wobei der einspracheweise erhobene Einwand der Beschwerdeführerin, dass dieser Betrag auf die letzten acht Jahre zu verteilen sei infolge Rückzug der Einsprache nicht mehr geprüft wurde (Vorakten 44).

4.7. Auf das AHV-Statut der SVA Zürich hat sich die Vorinstanz bei der Beurteilung des Zwangsanschlusses unmittelbar abgestützt und den BVG-Jahreslohn für das Jahr 2005 für die Arbeitnehmer S._____ und R._____ je auf Fr. 79‘036 festgelegt, wie dies aus ihren Bescheinigungen vom 8. November 2007 für diese Versicherte (act. 1/6) hervorgeht. Die Frage, ob dieser Bruttolohn auf die Jahre, in denen die Pflegedienste erbracht wurde, aufzuteilen ist, hat die Vorinstanz aufgrund der im Zwangsanschlussverfahren vorgebrachten Einwendungen der Beschwerdeführerin (Schreiben vom 8. Juni 2009, Vorakten 46) geprüft und in ihrer angefochtenen Verfügung mit der Begründung verneint, dass ein schriftlicher Beweis, wonach es sich um das Entgelt für frühere, während mehreren Jahren erbrachte Pflegedienste handle, nicht erbracht worden sei, weshalb auf den realisierten Bruttolohn für 2005 abzustellen sei vgl. (angefochtene Verfügung E. 4).

4.8. Das formell rechtskräftige AHV-Beitragsstatut ist für die Versicherteneigenschaft im BVG nicht verbindlich (BGE 115 Ib 37 E. 4), sodass nicht ohne Weiteres darauf abgestellt werden darf. Für die sich hier stellende Frage, auf welche Rechtslage abzustellen sei, wenn die Ausübung der Erwerbstätigkeit und die Realisierung des damit erzielten Einkommens in zeitlicher Hinsicht *auseinanderfallen*, hat das Bundesgericht in seiner Praxis zum Beitragsbezug in der AHV/IV in BGE 110 V 225 E. 3 sowie BGE 111 V 161 E. 4 befunden, dass in der Regel nicht auf den Zeitpunkt der Realisierung abzustellen sei und die Beiträge – ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt der Lohnzahlung – von allen Entgelten zu erheben seien, weshalb zwischen dem Realisierungsprinzip und der Beitragspflicht keine notwendige Verknüpfung gegeben sei. Hinsichtlich der Bestimmung des BVG-Jahreslohnes im Falle einer Lohnnachzahlung hat das Bundesgericht in BGE 134 V 223 E. 3.2 befunden, dass eine Lohnnachzahlung des Arbeitgebers, welche erst später festgestellt wurde, Bestandteil des Jahreslohnes des betreffenden Jahres bilde, in dem der Lohn gemäss Arbeitsvertrag geschuldet sei, und der Rechtsgrund für den zusätzlichen Lohnanspruch nicht von Belang sei.

Im vorliegenden Fall kommt der fraglichen Auszahlung Lohncharakter im Sinne einer Lohnnachzahlung zu, was weder von der Vorinstanz noch den Parteien bestritten wird. Anhaltspunkte dafür finden sich denn auch in den vorliegenden Akten zum Erbteilungsverfahren, namentlich in den Korrespondenzen mit dem Willensvollstrecker, Notar Beat Saner (vgl. act. 19/3-8). So geht dieser bei der Berechnung der "angemessenen Entschädigung" von einem Pflegevertrag aus und vergleicht dabei die Tarifordnungen für Pflegeanbieter und die Pro Senectute (act. 19/4). In einem Schreiben vom 24. Juni 2003 von Rechtsanwalt Dr. Jean-Marc von Gunten, Rechtsvertreter des Beigeladenen 1, an den Willensvollstrecker wird erwähnt, dass S._____und seine Familie, welche mit der Verstorbenen zusammen wohnten, auch für die Pflege der Verstorbenen hätten aufkommen müssen, da diese keine anderen Pflegepersonen wünschte. Daher sei für die Berechnung dieser Pflegeleistungen von einem Lidlohn im Sinne von Art. 334 ZGB auszugehen und die entsprechenden Ansätze heranzuziehen (act. 1/9 S. 3 und 11). Weitere Hinweise in diese Richtung finden sich auch in den Eingaben der Parteien im Erbteilungsverfahren vor dem Bezirksgericht Zürich, so beispielsweise in der Klageschrift der A._____ (vorliegend Beschwerdeführerin) vom 4. November 2003, wo die Pflegeentschädigung quantifiziert wird (act. 19/11).

4.9. Über die Dauer dieser Pflegeleistung findet sich Näheres weder im Testament noch im besagten gerichtlich genehmigten Vergleich über die Erbteilung, noch waren sich die Erben darüber einig. Im vorliegenden Verfahren legt die Beschwerdeführerin das besagte Schreiben von Rechtsanwalt Dr. Jean-Marc von Gunten ins Recht und macht geltend, dort sei die Pflegedauer eingehend dargelegt worden, auf welche sie sich berufe. Dieser macht gegenüber dem Willensvollstrecker geltend, dass sich der Arbeitsaufwand für die Pflege mit zunehmend schlechterem Gesundheitszustand der Erblasserin von 30 Minuten täglich im Jahr 1994 pro Jahr um eine halbe Stunde täglich gesteigert habe, bis er im Jahr 2002 vier Stunden täglich betragen habe. Dies ergebe bei einem von der Pro Senectute empfohlenen Stundenansatz von Fr. 22.50 einen Gesamtbetrag von Fr. 147'825.- (vgl. act. 1/9 S. 12). Dieser Schätzung schliessen sich auch die Beigeladenen 1 und 2 in ihren Stellungnahmen an (act. 1/9 S. 11, act. 21). Damit kann vorliegend aufgrund der Akten und der übereinstimmenden Ansicht der Erben mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass es sich beim Einkommen von je Fr. 79‘035.50 um einen Lohn handelt, den die Arbeitnehmer S._____ und R._____ in den Jahren 1994 – 2002 für ihre Pflegeleistung an die Verstorbene erzielt hatten, und ihnen erst bei der Erbteilung 2005 nachträglich gemäss deren Wille ausbezahlt wurde.

4.10. Dieses Einkommen wurde – wie erwähnt – während der fraglichen Zeit in unregelmässiger Höhe, abhängig vom Pflegeaufwand, erzielt. Da sich die Lohnbetreffnisse der einzelnen Jahre aufgrund der Akten nicht ermitteln lassen, rechtfertigt sich, den Jahreslohn pauschal festzulegen (vgl. BGE 129 V 15 E. 3c.dd). Sinnvollerweise ist dabei gemäss Art. 3 Abs. 2 Bst. c BVV 2 wie bei Berufen, in denen der Beschäftigungsgrad oder die Einkommenshöhe stark schwanken, vorzugehen und ein jährlicher Durchschnittslohn zu ermitteln Dies ergibt somit für die Arbeitnehmer S._____ und R._____ einen Jahreslohn gemäss Art. 7 BVG von je *Fr. 9‘879.45*, wie von der Beschwerdeführerin zu Recht geltend gemacht.

Dieser Lohn liegt tiefer als der gesetzliche Mindestlohn, welcher gemäss Art. 5 BVV 2 für die Jahre 1993 und 1994 auf Fr. 22'560.- (AS 1992 20451) 1995 - 1998 auf Fr. 23'280.- (AS 1994 3095), 1999 und 2000 auf Fr. 24'120.- (AS 1998 3026) sowie 2001 und 2002 auf Fr. 24'720.- (AS 2000 2833) festgelegt war. Somit waren entgegen der Vorinstanz die Arbeitnehmer nicht BVG-versicherungspflichtig (Art. 2 Abs. 1 BVG), und es bestand für die Erbengemeinschaft bzw. die einzelnen Erben der

verstorbenen M._____ (in casu die Beschwerdeführerin und die Beigeladenen 1 und 2) keine Pflicht, sich einer registrierten Vorsorgeeinrichtung anzuschliessen. Der von der Vorinstanz verfügte Zwangsanschluss ab dem 1. Januar 2005 erfolgte daher zu Unrecht.

5.
Vorliegend nicht zu beurteilen ist die von der Beschwerdeführerin im Weiteren beanstandete Festsetzung der Beiträge der Vorinstanz gemäss ihrer Beitragsrechnung vom 8. November 2007, da diese nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet und die Auffangeinrichtung für in Rechnung gestellte Beiträge gemäss Art. 60 Abs. 2bis BVG i.V. mit Art. 60 Abs. 2 Bst. a BVG separat eine Verfügung erlassen kann. Insoweit ist daher auf Antrag 2 der Beschwerdeführerin nicht einzutreten.

6.
Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist, und die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 1. Juli 2009 aufzuheben.

7.
Zu befinden bleibt über die Verfahrens- und Parteikosten.

7.1. Weder der grossmehrheitlich obsiegenden Beschwerdeführerin noch der unterliegenden Vorinstanz sind Verfahrenskosten aufzuerlegen (vgl. Art. 63 Abs.1 e contrario und Art. 63 Abs. 2 VwVG sowie Art. 5 e contrario und Art. 6 Bst. b des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE], SR 173.320.2). Der Beschwerdeführerin ist der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.- zurückzuerstatten.

7.2. Da der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin nur verhältnismässig geringe Kosten entstanden sind, ist von der Zusprechung einer Parteientschädigung abzusehen (Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 und 4 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.
Die Beschwerde wird, soweit darauf eingetreten wird, gutgeheissen und

die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 1. Juli 2009 wird aufgehoben.

2.
Es werden keine Verfahrenskosten auferlegt. Der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 800.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheides zurückerstattet.

3.
Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.
Dieses Urteil geht an:

– die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde, Beilage: Formular Zahladresse)
– die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
– den Beigeladenen 1 (Gerichtsurkunde)
– die Beigeladene 2 (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 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: