

BVGer C-4300/2019 vom 26. Juli 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-07-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_C-4300_2019_d20190726

FR: TAF C-4300/2019 du 26 juillet 2019

IT: TAF C-4300/2019 del 26 luglio 2019

Regeste

Sicherheitsfonds | Berufliche Vorsorge, Sicherstellung; Verfügung des Sicherheitsfonds BVG vom 26. Juli 2019. Das BGer ist auf die Beschwerde nicht eingetreten.

Erwägungen

E. 1.1

Gegen Verfügungen des Sicherheitsfonds BVG steht der Beschwerdeweg ans Bundesverwaltungsgericht offen (Art. 33 Bst. h VGG i.V.m. Art. 54 Abs. 2 Bst. a und Abs. 4 BVG i.V.m. Art. 1 Abs. 2 Bst. e VwVG sowie Art. 31 VGG i.V.m. Art. 5 VwVG; Urteil des BGer 9C_616/2011 vom 5. April 2012 E. 3.1; vgl. auch MEYER/UTTINGER, Handkommentar BVG, 2010, Art. 74 Rz. 10). Vorliegend ficht die Beschwerdeführerin eine Verfügung des Sicherheitsfonds an, in welcher dieser ihr Gesuch um Sicherstellung der Leistungen für die beiden ehemaligen Arbeitnehmer und Mitglieder des Verwaltungsrates der Arbeitgeberin, D._____ und E._____, ablehnt. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist somit gegeben.

E. 1.2

Zur Beschwerdeführung berechtigt ist, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat, durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Art. 48 VwVG). Auch diese Voraussetzungen erfüllt die Beschwerdeführerin.

C-4300/2019 Seite 7

E. 1.3

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht (vgl. Art. 50 und 52 VwVG) eingereichte Beschwerde ist, nachdem auch der Kostenvorschuss rechtzeitig geleistet worden ist (Art. 63 Abs. 4 VwVG; BVGer-act. 5), einzutreten.

E. 2.1

Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht prüft grundsätzlich 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), was vorliegend nicht der Fall ist.

E. 2.3

Im Beschwerdeverfahren gilt weiter der Grundsatz der Rechtsanwendung von Amtes wegen. Das Bundesverwaltungsgericht ist demgemäss verpflichtet, auf den unter Mitwirkung der Verfahrensbeteiligten festgestellten Sachverhalt die richtigen Rechtsnormen und damit jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden erachtet, und ihm jene Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (BGE 119 V 347 E. 1a m.H.; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2021, Rz. 1.54). Aus der Rechtsanwendung von Amtes wegen folgt ferner, dass das Bundesverwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz nicht an die rechtliche Begründung der Begehren gebunden ist (Art. 62 Abs. 4 VwVG) und eine Beschwerde auch aus anderen als den geltend gemachten Gründen (teilweise) gutheissen oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen kann (sog. Motivsubstitution; vgl. BVGE 2007/41 E. 2 m.H.).

E. 2.4

Nach den allgemeinen intertemporalen Regeln sind in verfahrensrechtlicher Hinsicht diejenigen Rechtssätze massgebend, welche im Zeitpunkt der Beschwerdebeurteilung Geltung haben (vgl. BGE 130 V 1 E. 3.2); dies unter Vorbehalt spezialgesetzlicher Übergangsbestimmungen. In materiellicher Hinsicht sind dagegen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei der Erfüllung des zu Rechtsfolgen führenden Sachverhalts Geltung hatten (vgl. BGE 130 V 329 E. 2.3).

E. 3

C-4300/2019 Seite 8

E. 3.1

Streitgegenstand im System der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist das Rechtsverhältnis, welches – im Rahmen des durch die Verfügung bestimmten Anfechtungsgegenstandes – den auf Grund der Beschwerdebegehren effektiv angefochtenen Verfügungsgegenstand bildet. Nach dieser Begriffsumschreibung sind Anfechtungsgegenstand und Streitgegenstand identisch, wenn die Verfügung insgesamt angefochten wird. Bezieht sich demgegenüber die Beschwerde nur auf einen Teil des durch die Verfügung bestimmten Rechtsverhältnisses, gehören die nicht beanstandeten Teilaspekte des verfügungsweise festgelegten Rechtsverhältnisses zwar wohl zum Anfechtungs-, nicht aber zum Streitgegenstand (BGE 131 V 164 E. 2.1 mit Hinweis auf BGE 125 V 414 E. 1b i.V.m. E. 2a). In der Verwaltungsverfügung festgelegte, aber aufgrund der Beschwerdebegehren nicht mehr streitige Fragen prüft das Gericht nur, wenn die nicht beanstandeten Punkte in einem engen Sachzusammenhang mit dem Streitgegenstand stehen (MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 2.8 m.w.H.).

E. 3.2

Anfechtungsobjekt im vorliegenden Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ist die Verfügung vom 26. Juli 2019, mit welcher die Vorinstanz die Sicherstellung der gesetzlichen Leistungen der Versicherten der Arbeitgeberin in der Höhe von Fr. 68'474.65 (inklusive Zinsen bis zum 29. Juli 2019) verfügte und gleichzeitig die Sicherstellung der Austrittsleistungen von D. _____ und E. _____ ablehnte (vgl. auch oben Bst. A.f).

Zwischen den Parteien umstritten und damit Streitgegenstand ist vorliegend einzig die Frage, ob die Vorinstanz die Sicherstellung der gesetzlichen Leistungen für D. _____ und E. _____ zu Recht abgelehnt hat (Dispositiv-Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung). Die Parteien sind sich – zumindest seit der Stellungnahme der Beschwerdeführerin vom 16. Januar 2020 – darüber einig, dass die durch die Vorinstanz maximal sicherzustellende Leistung für D. _____ Fr. 28'492.20 und für E. _____ Fr. 34'190.30 zuzüglich BVG-Mindestzins bis zum Auszahlungsdatum beträgt (vgl. oben Bst. B.e und nachfolgend E. 5.1.2.3 und 5.1.3).

E. 4

Nachfolgend sind zunächst die vorliegend massgebenden gesetzlichen Grundlagen und die dazu von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze darzulegen:

C-4300/2019 Seite 9

E. 4.1

Die Aufgaben des Sicherheitsfonds sind in Art. 56 BVG (in seiner Fassung vom 1. Januar 2019) festgehalten. Dieser stellt zum einen die gesetzlichen Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen oder im Falle von vergrissenen Guthaben liquidierter Vorsorgeeinrichtungen sicher (Art. 56 Abs. 1 Bst. b BVG). Zum anderen stellt er die über die gesetzlichen Leistungen hinausgehenden reglementarischen Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtungen sicher, soweit diese Leistungen auf Vorsorgeverhältnissen beruhen, auf die das Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz, FZG, SR 831.42) anwendbar ist (Art. 56 Abs. 1 Bst. c BVG). Die Sicherstellung nach Art. 56 Abs. 1 Bst. c BVG umfasst höchstens die Leistungen, die sich aufgrund eines massgebenden Lohnes nach dem AHVG in der anderthalbfachen Höhe des oberen Grenzbetrages nach Art. 8 Abs. 1 dieses Gesetzes ergeben (Art. 56 Abs. 2 BVG).

E. 4.2

Sind einer Vorsorgeeinrichtung mehrere wirtschaftlich oder finanziell nicht verbundene Arbeitgeber oder mehrere Verbände angeschlossen, so ist das zahlungsunfähige Vorsorgewerk jedes einzelnen Arbeitgebers oder Verbandes den zahlungsunfähigen Vorsorgeeinrichtungen grundsätzlich gleichgestellt. Die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgewerke ist getrennt zu beurteilen. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten (Art. 56 Abs. 3 BVG).

Der Begriff des einzelnen Vorsorgewerkes findet sich in Art. 56 Abs. 3 BVG erst seit dem 1. Januar 2012 und ersetzt den vormaligen Ausdruck des Versichertenkollektivs (vgl. Botschaft vom 19. September 2008 zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, nachfolgend Botschaft 2008], BBl 2008 8411, S. 8468). Gemäss den Ausführungen in der Botschaft 2008 handelt es sich hierbei um eine redaktionelle Änderung. Der Begriff Vorsorgewerk ist als neutraler, einheitlicher Begriff für die beim gleichen Arbeitgeber angestellte Versichertengruppe zu definieren (Botschaft 2008 S. 8462).

Damit ist klargelegt, dass auch Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen die Sicherstellung beantragen können (vgl. ISABELLE VETTER-SCHREIBER, BVG-FZG-Kommentar, 4. Aufl. 2021, Art. 56 BVG; Rz. 1; KRISTIN M. LÜÖND, Der Sicherheitsfonds BVG, 2004,

S. 52 ff.; BGE 145 V 106 E. 4.3). Weiter ist zu folgern, dass bei Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen jeder Anschlussvertrag gesondert zu betrachten ist und die im Rahmen des glei-

C-4300/2019 Seite 10 chen Anschlussvertrages angeschlossenen Unternehmungen als Versichertenkollektiv beziehungsweise als Vorsorgewerk im Sinne von Art. 56 Abs. 3 BVG zu betrachten sind (vgl. LÜÖND, a.a.O., S. 53 f.).

E. 4.3

Gestützt auf Art. 56 Abs. 4 BVG hat der Bundesrat die Leistungsvoraussetzungen in der Verordnung vom 22. Juni 1998 über den Sicherheitsfonds BVG (SFV, SR 831.432.1; in seiner Fassung gültig ab 1. Januar 2012) wie folgt geregelt:

E. 4.3.1

Antragstellerin ist die zahlungsunfähig gewordene Vorsorgeeinrichtung oder die Rechtsträgerin des insolvent gewordenen Versichertenkollektivs (Art. 24 Abs. 1 SFV). Mit Bezug auf Gemeinschaftsstiftungen kommt nur die Vorsorgestiftung als Antragstellerin für die Sicherstellung von Leistungen in Frage. Insoweit umfasst der Begriff Versichertenkollektiv in diesem Zusammenhang diejenigen Versicherten, die im Rahmen eines einzelnen Anschlussvertrages bei der Gemeinschaftsstiftung versichert sind (vgl. Urteil des BVGer A-6377/2016 vom 14. Februar 2018 E. 3.3.1).

E. 4.3.2

Zahlungsunfähig ist eine Vorsorgeeinrichtung oder ein Versichertenkollektiv, wenn fällige gesetzliche oder reglementarische Leistungen nicht erbracht werden können und eine Sanierung nicht mehr möglich ist (Art. 25 Abs. 1 SFV). Bei den Voraussetzungen der Unmöglichkeit der Leistungserbringung und der Sanierungsunfähigkeit handelt es sich um kumulative Voraussetzungen (BGE 143 V 219 E. 6.2.1, 6.2.2 sowie 6.3).

In Art. 25 Abs. 1 und 2 SFV wird weiterhin zwischen Vorsorgeeinrichtung und Versichertenkollektiv unterschieden. Es werden damit zwei verschiedene Sachverhalte betrachtet. Bei einer Firmenvorsorgeeinrichtung steht die Leistungsfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung im Vordergrund; die Zahlungsfähigkeit der Arbeitgeberfirma ist dabei irrelevant. Demgegenüber steht bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen die Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers im Vordergrund. Insoweit umfasst der Begriff Versichertenkollektiv in diesem Zusammenhang diejenigen Versicherten, die im Rahmen eines einzelnen Anschlussvertrages bei der Sammel- oder Gemeinschaftsstiftung versichert sind. Gleichwohl kann auch eine Sammel- oder Gemeinschaftsstiftung gesamthaft eine Unterdeckung im Sinne von Art. 44 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) aufweisen (vgl. HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 3. Aufl. 2019 Rz. 2240); dies gilt insbesondere, wenn sich die Vermögensanlage unzureichend entwickelt.

C-4300/2019 Seite 11

E. 4.3.3

Der Sicherheitsfonds stellt den Betrag sicher, welcher der Vorsorgeeinrichtung zur Erfüllung ihrer gesetzlichen oder reglementarischen Verpflichtungen fehlt. Er kann bis zum Abschluss des Liquidations- oder Konkursverfahrens Vorschüsse leisten (Art. 26

Abs. 1 SFV). Er stellt somit nicht die ausstehenden BVG-Beiträge, sondern die fälligen gesetzlichen beziehungsweise reglementarischen Leistungen sicher (vgl. LÜÖND, a.a.O., S. 103). Der Sicherheitsfonds ist denn auch nach dem Grundgedanken des BVG nicht dazu bestimmt, die Vorsorgeeinrichtung schadlos zu halten (BGE 141 V 650 E. 5.2.3).

In der Praxis ist allerdings der Umfang der Sicherstellungspflicht des Sicherheitsfonds regelmässig erst nach Abschluss des Konkurses über den Arbeitgeber feststellbar, mithin wenn feststeht, inwieweit die BVG-Beiträge auch durch eine allfällige Konkursdividende ungedeckt und infolgedessen die Leistungen ungenügend finanziert sind (vgl. hierzu Urteil A-6377/2016 E. 3.3.4; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] C 233/02 vom 14. Mai 2003 E. 3.2 in fine [welches sich allerdings noch auf das früher geltende Recht bezieht]).

E. 4.4

Zur vorliegend interessierenden Frage nach der Tragweite von Art. 56 Abs. 5 BVG, wonach der Sicherheitsfonds keine Sicherstellung von Leistungen gewährt, soweit seine Leistungen missbräuchlich in Anspruch genommen werden, ist den gesetzgeberischen Materialien Folgendes zu entnehmen:

E. 4.4.1

Art. 56 Abs. 5 BVG wurde – neben anderen Bestimmungen – aufgrund der Initiative von Nationalrat Paul Rechsteiner vom 17. Dezember 1993 per 1. Januar 1997 zur Verbesserung der Insolvenzdeckung in der beruflichen Vorsorge eingeführt. Dem Bericht vom 24. August 1995 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates (NR 93.462: Parlamentarische Initiative: Verbesserung der Insolvenzdeckung in der beruflichen Vorsorge [BB1 1996 I 564]) ist zu entnehmen, dass die Leistungen der vorobligatorischen beruflichen Vorsorge sowie die Leistungen der überobligatorischen Vorsorge nicht sichergestellt seien. Insbesondere für ältere Arbeitnehmer mit einem grossen Anteil an vorobligatorischen Ansprüchen bestehe die Gefahr hoher Verluste, wenn sich bei einem Konkurs des Unternehmens herausstelle, dass ein wesentlicher Teil der Guthaben der Vorsorgeeinrichtung beim Arbeitgeber selbst angelegt gewesen sei oder dass Beiträge vom Arbeitgeber nicht an die Vorsorgeeinrichtung einbezahlt worden seien. Obwohl die Aufsicht in letzter Zeit deutlich verschärft und verbessert worden sei, seien die zuständigen Behörden

C-4300/2019 Seite 12 nicht in der Lage, mit ihren Kontrollen Schadenfälle auszuschliessen; insbesondere dann nicht, wenn es sich um betrügerische Machenschaften handle (Ziff. 2). Die im vor- oder überobligatorischen Bereich erzielten Guthaben seien nicht durch Insolvenzenschädigungen durch den Sicherheitsfonds abgedeckt. Die parlamentarische Initiative Rechsteiner habe zum Ziel, diese Lücke zu schliessen. Sie verlange, dass auch ausserobligatorische Leistungen im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung durch den Sicherheitsfonds garantiert würden (Ziff. 31). Bei den Kontrollen sei besonderes Gewicht darauf zu legen, dass eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Sicherheitsfonds vermieden werden könne. Um diesen Aspekt besonders zu unterstreichen, werde in Absatz 4 (Anmerkung Gericht: heutiger Abs. 5) explizit ausgeführt, dass der Sicherheitsfonds keine Sicherstellung der Leistungen gewährt, soweit seine Leistungspflicht missbräuchlich in Anspruch genommen werde (Ziff. 35, Kommentar zu Art. 56 Abs. 3 und 4).

E. 4.4.2

Der Bundesrat hielt in seiner Stellungnahme vom 15. November 1995 zur parlamentarischen Initiative (BBl 1996 I 580) fest, dass vor- oder überobligatorische Leistungsansprüche der versicherten Personen nicht gesichert seien. Diese Ansprüche seien somit gefährdet und könnten verlorengehen, wenn zum Beispiel ein Teil des Vorsorgevermögens bei einem konkursiten Arbeitgeber angelegt sei oder wenn der Arbeitgeber die Beiträge nicht vollständig bezahlt habe. Denkbar sei auch, dass eine Vorsorgeeinrichtung in ihrer Gesamtheit illiquid werde und deshalb die Leistungen nicht mehr erbringen könne. Damit die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in solchen Fällen neben dem Arbeitsplatzverlust nicht auch noch das Risiko eines Vorsorgeverlustes übernehmen müssten, rechtfertige es sich, die Insolvenzdeckung auf die ausserobligatorischen reglementarischen Ansprüche der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen auszudehnen (Ziff. 1). Zu den einzelnen Bestimmungen führte er Folgendes aus: Art. 56 Abs. 2 BVG sei umzuformulieren, da die Sicherstellung nicht nur auf Sammelstiftungen mit angeschlossenen Vorsorgewerken auszudehnen sei, sondern auch auf Gemeinschaftseinrichtungen mit (blosser) Vorsorgeplänen, die für alle oder einzelne Anschlussverhältnisse (mit Arbeitgebern) gültig seien. Damit umfasse die Leistungssicherung auch die Zahlungsunfähigkeit von Anschlüssen einzelner Arbeitgeber an Gemeinschaftseinrichtungen (Ziff. 32). Als Stichtag für die erweiterte Insolvenzdeckung bei Vorsorgeeinrichtungen gelte das rechtskräftig abgeschlossene Liquidationsverfahren, bei Vorsorgewerken beziehungsweise Anschlüssen die Eröffnung eines Konkurs- oder ähnlichen Verfahrens. Es werde dabei in Kauf

C-4300/2019 Seite 13 genommen, dass Versicherte, deren Vorsorge in Vorsorgewerken beziehungsweise Anschlüssen durchgeführt wird, nur dann in die Wohltat der erweiterten Insolvenzdeckung kämen, wenn das Liquidationsverfahren über den Arbeitgeber nach dem Stichtag eröffnet worden sei (Ziff. 33). Mit einer Erweiterung von Artikel 89bis Absatz 6 ZGB, verbunden mit der Streichung von Artikel 89bis Absatz 4 ZGB, würden die Strafbestimmungen (Art. 75-79 BVG) und die Anlagevorschriften (Art. 71 BVG) im gesamten Bereich der beruflichen Vorsorge (Obligatorium, Vor- und Überobligatorium, reines Überobligatorium) gelten. Für die globale Aufnahme der Strafbestimmungen (Art. 75-79) spreche, dass neu auch die rein überobligatorischen Vorsorgeeinrichtungen im Tätigkeitsbereich des Sicherheitsfonds lägen (Ziff. 35). Zu Art. 56b BVG (bisher: Art. 56bis BVG) führte der Bundesrat aus, Artikel 56b solle neu das Rückgriffsrecht des Sicherheitsfonds auf die Personen, die die Zahlungsunfähigkeit des Vorsorgeträgers schuldhaft verursacht hätten, umschreiben (Ziff. 4).

E. 4.4.3

In seinem Urteil A-6377/2016 hielt das Bundesverwaltungsgericht in Erwägung 3.4.1 fest, dass sich dem Bericht vom 24. August 1995 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates und der Stellungnahme des Bundesrates vom 15. November 1995 keine Anwendungsfälle entnehmen liessen.

E. 4.5

Das Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV) führte in seinen Mitteilungen zur beruflichen Vorsorge zu Art. 56 BVG Folgendes aus:

E. 4.5.1

Den BSV-Mitteilungen Nr. 37 vom 11. Dezember 1996 ist unter Ziff. 209 «Inkraftsetzung der erweiterten Insolvenzdeckung auf den 1. Januar 1997» zu entnehmen, dass das

Parlament die Gesetzesvorlage am 21. Juni 1996 verabschiedet habe (BBl 1996 III 48 ff.); sie werde am 1. Juni 1997 in Kraft gesetzt. Bisher seien die Voraussetzungen für die Umschreibung der Zahlungsunfähigkeit eines Vorsorgewerkes auf Verordnungsstufe umschrieben gewesen (Art. 7 Abs. 2 der Verordnung über die Verwaltung des Sicherheitsfonds BVG, SR 831.432.3). Mit Artikel 56 Absatz 3 BVG sei nun die dafür erforderliche gesetzliche Grundlage geschaffen worden. Artikel 56 Absatz 4 BVG ermächtige den Bundesrat, die Leistungsvoraussetzungen zu regeln. Diese seien dem erweiterten Aufgabenkreis des Sicherheitsfonds BVG anzupassen. Im Zusammenhang mit den Leistungen sei zu bemerken, dass der Sicherheitsfonds BVG keine Sicherstellung der Leistungen gewähre, soweit diese missbräuchlich in Anspruch genommen würden (Art. 56 Abs. 5 BVG). Unter Ziff. 210 «Sicherheitsfonds BVG; Bei-

C-4300/2019 Seite 14 tragssatz für das Jahr 1997» führte das BSV ergänzend aus, der Sicherheitsfonds BVG stelle ab dem 1. Januar 1997 ebenfalls Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtungen im ausserobligatorischen Bereich sicher.

E. 4.5.2

In seiner Mitteilung Nr. 101 vom 27. September 2007 führte das BSV unter Ziff. 600 «Leistungsbeschränkungen infolge Beitragsausständen» aus, in der Praxis stelle sich immer wieder die Frage der Beziehung von Beitragsausständen zu Leistungsreduktionen. Reglemente und Anschlussverträge der Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen enthielten regelmässig Bestimmungen in dem Sinne, dass die Leistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung bei Zahlungsrückständen des angeschlossenen Unternehmens auf das Vorsorgevermögen begrenzt sei. Bestehe ein Kollektivversicherungsvertrag mit einer Versicherungsgesellschaft, finde sich häufig die Formulierung, dass die Leistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung nicht weitergehe als diejenige der Versicherungsgesellschaft, falls Deckungslücken auf Zahlungsverzug des Arbeitgebers zurückzuführen seien und diese Deckungslücken nicht durch das Vorsorgevermögen gedeckt seien.

Das BSV erachte eine Leistungskürzung bei Beitragsausständen grundsätzlich nicht als adäquate Lösung, sondern es sei ein griffiges Inkassowesen durchzuführen, unter Androhung von Konsequenzen bis hin zur Auflösung des Anschlussvertrags. Allfällige andere Geschäftsbeziehungen zu den Unternehmen dürften kein Hinderungsgrund für ein konsequentes Mahn- und Betreibungswesen sein, denn die Vorsorgeeinrichtung sei gegenüber ihren Versicherten verpflichtet, für die Finanzierung der Leistungen zu sorgen. Wenn eine Leistungspflicht nicht mehr durch das Vorsorgevermögen gedeckt und die Beitragsausstände nicht mehr eintreibbar beziehungsweise eine Sanierung nicht mehr möglich sei (Konkurs des Arbeitgebers), sei die Vorsorgeeinrichtung respektive bei Sammelstiftungen das Vorsorgewerk zahlungsunfähig. Die Leistungspflicht der Vorsorgeeinrichtung beziehungsweise der Leistungsanspruch des Versicherten gehe deswegen aber nicht unter. Für diese Fälle sehe das Gesetz vor, dass der Sicherheitsfonds die Leistungen sicherstelle (bis zur anderthalbfachen Höhe des oberen Grenzbetrages, Art. 56 Abs. 2 BVG). Auch eine Verrechnung der Leistungen mit den Beitragsausständen sei in den meisten Fällen nicht möglich. Eine Verrechnung sei nur unter den Voraussetzungen von Art. 39 Abs. 2 BVG für die gesetzlichen respektive unter den allgemeinen Voraussetzungen von Art. 120 ff. OR für die überobligatorischen Leistungen möglich. Bei einer Verrechnung müssten Forderung und Gegenforderung zwischen den gleichen Rechtsträgern bestehen. Diese Voraussetzung sei in

C-4300/2019 Seite 15 den meisten Fällen nicht erfüllt: Schuldner der Beiträge sei der Arbeitgeber, Gläubiger der Leistung der Versicherte. Zudem beschränke sich die Verrechnungsmöglichkeit auf Beiträge, die dem Arbeitnehmer nicht vom Lohn abgezogen worden seien und für die die Forderung vom Arbeitgeber an die Vorsorgeeinrichtung abgetreten worden sei (jedenfalls im obligatorischen Bereich, Art. 39 Abs. 2 BVG).

Der Versicherte habe in der Regel keinen Einfluss darauf, dass der Arbeitgeber die Beiträge, die ihm vom Lohn abgezogen worden seien, an die Vorsorgeeinrichtung weiterleite. Im Normalfall habe er auch keine Kenntnis davon, und wenn, sei er selten in der Position, den Arbeitgeber zur Überweisung anzuhalten. Es gebe jedoch Konstellationen, in denen es stossend wäre, wenn eine Leistungsbeschränkung nicht möglich wäre. Wenn beispielsweise jemand als Unternehmer die Beiträge nicht bezahle, obwohl er es könnte, und anschliessend als Versicherter die volle, nicht finanzierte Leistung verlange. Bei fälligen Alters- oder Invalidenleistungen, aber auch bei der Barauszahlung der Freizügigkeitsleistung sei eine Verrechnung möglich, wenn der anspruchsberechtigte Versicherte für die Beiträge hafte, allenfalls auch als Organ der Arbeitgeberfirma (vgl. Art. 754 OR). Auch bei Freizügigkeitsleistungen, die an eine andere Einrichtung überwiesen würden, könne es missbräuchlich sein, sie in vollem Umfang zu verlangen, wenn sie wegen selbstverschuldeten Beitragsausständen nicht finanziert seien. Auch der Sicherheitsfonds verweigere unter bestimmten Umständen die Leistung (vgl. Art. 56 Abs. 5 BVG). Das gelte sowohl für Selbständigerwerbende als auch Angestellte in leitender Funktion, die für Beitragsausstände mitverantwortlich seien. Es gehe nicht an, dass in diesen Fällen die Allgemeinheit der Versicherten die Leistungen finanzieren solle. Ebenso wäre es stossend, wenn Leistungen für Personen in geschäftsleitender Funktion auf Gehaltsteilen über dem vom Sicherheitsfonds garantierten Bereich zu Lasten der übrigen Versicherten der Vorsorgeeinrichtung respektive des Vorsorgewerks finanziert werden müssten. Bei Leistungen, die der Sicherheitsfonds wegen Missbrauchs ablehne (Art. 56 Abs. 5 BVG) oder ablehnen würde, erachte das BSV eine Leistungsbeschränkung durch die Vorsorgeeinrichtung infolge Beitragsausständen daher als zulässig.

E. 4.6

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung präsentiert sich in diesem Zusammenhang folgendermassen:

E. 4.6.1

In BGE 141 V 650 hatte das Bundesgericht den Fall der Sicherstellung einer Freizügigkeitsleistung zu beurteilen, die ohne Bestehen eines

C-4300/2019 Seite 16 Vorsorgeverhältnisses in eine Vorsorgeeinrichtung eingebracht wurde. Einleitend führte es in seinem Urteil aus, dass der Sicherheitsfonds die gesetzlichen Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen oder im Falle von vergessenen Guthaben liquidierten Vorsorgeeinrichtungen sicherstelle. Er stelle zudem die über die gesetzlichen Leistungen hinausgehenden regulatorischen Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen Vorsorgeeinrichtungen sicher, soweit diese Leistungen auf Vorsorgeverhältnissen beruhen, auf die das FZG anwendbar sei. Nach dem Grundgedanken des BVG stelle der Sicherheitsfonds die gesetzlichen Ansprüche der obligatorisch versicherten Personen bei Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung sicher und sei nicht dazu bestimmt, die Vorsorgeeinrichtung schadlos zu halten (E. 5.2.3). Eine Freizügigkeitsleistung jedoch, die ohne Bestehen eines Vorsorgeverhältnisses in eine

Vorsorgeeinrichtung eingebracht worden sei, mutiere nicht zurück in ein obligatorisches Leistungsversprechen einer Vorsorgeeinrichtung im Sinne einer Austrittsleistung gemäss Art. 27 BVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 FZG; sie könne einer solchen auch nicht gleichgestellt werden (E. 5.3.1). Der Hintergrund der (Fehl-) Überweisung spiele dabei keine Rolle. Er sei allenfalls massgebend für die Begründung der Rückforderung oder von allfälligem Schadenersatz, letzterer je nach Sachlage gegenüber dem (damaligen) Arbeitgeber und/oder der vormaligen (überweisenden) Vorsorgeeinrichtung. Es brauche nicht danach gefragt zu werden, ob die (Fehl-) Überweisung i.S.v. Art. 56 Abs. 5 BVG missbräuchlich ausgeführt worden sei. Diese Bestimmung ermögliche es dem Sicherheitsfonds, die Sicherstellung von (u.a.) obligatorischen Leistungsversprechen auszusetzen. Zu denken sei an die Verweigerung einer Sicherstellung (obligatorischer) Leistungsansprüche von Organen der Arbeitgeberfirma auf Grund von selbstverschuldeten Beitragsausständen (vgl. BSV-Mitteilungen Nr. 101). Diese Konstellation sei vorliegend jedoch nicht gegeben (E. 5.3.2).

E. 4.6.2

In BGE 145 V 106 beurteilte das Bundesgericht die vom Sicherheitsfonds wegen missbräuchlicher Inanspruchnahme verweigerte Sicherstellung von Altersguthaben der – 2014 verstorbenen – langjährigen Geschäftsführerin und Gesellschafterin einer GmbH, gegen die (Anmerkung Gericht: die Gesellschaft) im August 2015 der Konkurs eröffnet und welche im März 2016 aus dem Handelsregister gelöscht wurde. Nach Klärung und Bejahung der Grundsatzfrage, ob auch Gemeinschaftsstiftungen die Sicherstellung gesetzlicher und reglementarischer Leistungen im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. b und c BVG beantragen könnten (E. 4), führte das Bundesgericht aus, vor allem im Nationalrat sei grossen Wert auf die Verhin-

C-4300/2019 Seite 17 derung der missbräuchlichen Inanspruchnahme des Sicherheitsfonds gelegt worden. Im Gesetz solle nur der Grundsatz festgehalten werden, der in der Praxis ausgelegt werden müsse. Auf eine Aufzählung der Missbrauchstatbestände sei bewusst verzichtet worden; als Beispiel sei jedoch der Fall einer Unternehmung genannt worden, die bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten noch kurzfristig die Altersvorsorge grosszügiger gestalte durch Erhöhung der Leistungssätze oder Auszahlung von Abfindungen, und der Sicherheitsfonds dadurch bei Zahlungsunfähigkeit zu höheren Leistungen verpflichtet werde. Beweggrund dieser expliziten Nennung habe der Umstand gebildet, dass nicht der klassische Missbrauchsfall nach Art. 2 Abs. 2 ZGB habe geregelt werden sollen, sondern unerwünschte Wirkungen des Regelungswerks. Entsprechend sei im BSV-Entwurf die Missbräuchlichkeit ausschliesslich mit der Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung beziehungsweise des Vorsorgewerks in Verbindung gebracht worden. Demgegenüber habe die Subkommission eine umfassendere Geltung favorisiert, wonach die missbräuchliche Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit sodann der eine Fall und die missbräuchliche Erhöhung der Leistungen der andere sei. Die Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit (SGK) des Nationalrates habe dem Antrag der Subkommission Insolvenzdeckung in der beruflichen Vorsorge einstimmig zugestimmt. Die SGK des Ständerates und auch der Ständerat selbst hätten dem Beschluss des Nationalrates betreffend Art. 56 Abs. 5 BVG ohne weitere Diskussion zugestimmt (E. 6.2). In der Folge hielt das Bundesgericht fest, dass vorliegend nur der zweite Tatbestand, derjenige der missbräuchlichen Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit Thema sei. Die missbräuchliche Inanspruchnahme von Leistungen des Sicherheitsfonds werde nicht allein über Art. 56

Abs. 5 BVG bekämpft, sondern auch über die Rückgriffs- möglichkeit gemäss Art. 56a Abs. 1 BVG. Nach Art. 56a Abs. 1 BVG könne der Sicherheitsfonds im Zeitpunkt der Sicherstellung gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Vorsor- gewerks ein Verschulden treffe, im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten, wobei den fraglichen Personen nicht zwingend Organeigenschaft bei der Stiftung zukommen müsse. Art. 56 Abs. 5 und Art. 56a BVG verhielten sich – mit Blick auf das zeitliche Moment – insoweit spiegelbildlich, als ersterer ein prospektives und letzterer ein retrospektives Instrument darstelle, gestützt darauf der Sicherheitsfonds von vornherein eine Sicherstellung verweigern (Art. 56 Abs. 5 BVG) oder sich – falls er Sicherstellung geleistet habe – nachträg- lich schadlos halten könne (Art. 56a Abs. 1 BVG). Sorgfaltspflichtverletzun- gen seien primär auf dem Wege nach Art. 56a BVG anzugehen. Eine (in-

C-4300/2019 Seite 18 tegrale) Leistungsverweigerung sei die falsche Antwort. Mit anderen Wor- ten sollten die Versicherten nicht für ein Fehlverhalten anderer bestraft wer- den (E. 6.3.2). Davon zu unterscheiden sei die Frage, ob und inwieweit der Sicherheitsfonds gezielt für eine versicherte Person, die sich pflichtwidrig verhalten habe, unter dem Titel von Art. 56 Abs. 5 BVG die Sicherstellung gesetzlicher und reglementarischer Leistungen verweigern könne, insbe- sondere ob ein solch spezifischer Ausschluss auch für ein Organ der Ar- beitgeberfirma aufgrund selbstverschuldeter Beitragsausstände möglich sei. Angesichts des Verfahrensausgangs brauche sie an dieser Stelle nicht beantwortet zu werden. Aus BGE 141 V 650 (E. 5.3.2) könne jedenfalls nichts abgeleitet werden. Zum einen sei dort lediglich eine Verwaltungs- meinung wiedergegeben, die für das Bundesgericht keine Bindungswir- kung habe. Zum andern habe sich in jenem Fall von vornherein eine ver- tiefte Auseinandersetzung mit Art. 56 Abs. 5 BVG erübrigt, weil ein kom- plett anderer Sachverhalt zur Beurteilung gestanden habe (E. 6.3.3). In casu seien im Todesfall ausgerichtete Leistungen aus beruflicher Vorsorge zu beurteilen. Das der Verstorbenen vorgeworfene Fehlverhalten könne den Hinterlassenen ebenso wenig wie allfällige Versäumnisse der Pensi- onskasse angelastet werden. Dass sie etwas mit der Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit des hier fraglichen Versichertenkollektiv zu tun hätten und daher (selber) missbräuchlich handelten, sei nicht ersichtlich und werde auch nicht geltend gemacht (E. 7.2).

Franziska Bur Bürgin hielt zu diesem Urteil in einem Blog-Beitrag fest, das Bundesgericht habe festgestellt, dass nach dem Konzept, dem der Gesetz- geber letztlich zugestimmt habe, vor allem zwei spezifische Situationen als Missbrauch eingestuft worden seien, nämlich: a. die missbräuchliche Her- beiführung der Zahlungsunfähigkeit; b. die missbräuchliche Erhöhung der Leistungen kurz vor Konkurs. Weiter habe es festgehalten, die missbräuch- liche Inanspruchnahme von Leistungen des Sicherheitsfonds könne nicht nur dadurch bekämpft werden, dass der Sicherheitsfonds von Vornherein die Sicherstellung verweigere, sondern auch dadurch, dass er nachträglich Rückgriff auf fehlbare Personen nehme (Haftung nach Art. 56a BVG). Da- bei bestehe keine Wahlmöglichkeit des Sicherheitsfonds: Nach den Mate- rialien müsse er primär den Weg des Rückgriffs nehmen. Im konkreten Fall habe das Bundesgericht offen gelassen, ob der Sicherheitsfonds die Si- cherstellung gegenüber der Geschäftsführerin als potenziell fehlbarer Per- son hätte verweigern können. Da sie verstorben sei, hätten keine Leistun- gen an sie mehr zur Diskussion gestanden, sondern Leistungen an ihre Hinterlassenen. Und diesen gegenüber –

so das BGer – könne sich der

C-4300/2019 Seite 19 Sicherheitsfonds nicht auf eine Pflichtwidrigkeit der verstorbenen Versicherten berufen (FRANZISKA BUR BÜRGIN, Kein Missbrauch bei Inanspruchnahme des Sicherheitsfond, Blog-Beitrag vom 28. März 2019, < <https://www.basellegal.ch/blog/kein-missbrauch-bei-inanspruchnahme-des-sifo> >, abgerufen am 8. Dezember 2023; < <https://www.vorsorgeforum.ch/bvg-aktuell/2019/3/29/sifo-und-gemeinschaftseinrichtung.html> >, abgerufen am 8. Dezember 2023).

E. 4.7

Den Lehrmeinungen sind zu Art. 56 Abs. 5 BVG folgende Aussagen zu entnehmen:

E. 4.7.1

Christina Ruggli-Wüest hält fest, in der Praxis sei unter anderem umstritten gewesen, wer für die Sanierung einer Vorsorgeeinrichtung aufzukommen habe. Das Gesetz stelle nun fest, dass die Vorsorgeeinrichtung selber die Unterdeckung beheben müsse und der Sicherheitsfonds erst sekundär bei Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung leistungspflichtig werde. Im Zeitpunkt der Verfassung des vorliegenden Artikels könne auch festgehalten werden, dass kein Fall bekannt sei, in welchem eine Vorsorgeeinrichtung rein aufgrund von börsenbedingten Anlageverlusten als Sicherheitsfondsfall geendet hätte. In diesem Zusammenhang sei darauf hinzuweisen, dass so genannte «Umgehungsliquidationen» äusserst fragwürdig seien und als Gesetzesumgehung von den Aufsichtsbehörden abgelehnt werden müssten. Bei «Umgehungsliquidationen» handle es sich um Fälle, in welchen die Vorsorgeeinrichtung keine Sanierungsmassnahmen ergreifen wolle und einfach beschliesse, ihre Vorsorge nicht mehr weiter zu führen, und damit versuche, die Leistungspflicht nach Artikel 25 Absatz 2 Bst. a der Verordnung über den Sicherheitsfonds BVG (SR 831.432.1) herbeizuführen. Es liege in diesen Fällen ausser dem Beschluss des Stiftungsrates der Vorsorgeeinrichtung kein Rechtsgrund für die Liquidation vor. Da die Liquidation durch die Aufsichtsbehörde verfügt werden müsse, stehe diese in der Pflicht, solchen Vorgängen Einhalt zu gebieten (CHRISTINA RUGGLI-WÜEST, Finanzierungsbereich [Art. 65-71, Art. 79a-c, Art. 331 Abs. 3 OR], in: SZS 49/2005, S. 93 ff., S. 114).

E. 4.7.2

Daniel Dürr und Sven Fischer führen unter Hinweis auf Hans-Ulrich Stauffer (Rz. 1850) und Christina Ruggli-Wüest (vgl. oben E. 4.7.1) aus, dass eine sogenannte «Umgehungsliquidation» als unzulässig zu betrachten sei, bei welcher die Vorsorgeeinrichtung bei der Aufsichtsbehörde eine Liquidation beantrage, um einschneidende Sanierungsmassnahmen zu verhindern und mit der Eröffnung des Liquidationsverfahrens eine Sicherstellung der Leistungen durch den Sicherheitsfonds zu erwirken. Sollte in

C-4300/2019 Seite 20 einem derartigen Fall die Vorsorgeeinrichtung dennoch in Liquidation gesetzt werden, würde der Sicherheitsfonds (neben der Anfechtung der Liquidationsverfügung) die Leistungssicherstellung aufgrund missbräuchlicher Inanspruchnahme nach Art. 56 Abs. 5 BVG verweigern (S. 86 [Kap. III, Bst. A, Ziff. 2 in fine]). Müsse der Sicherheitsfonds im Rahmen einer Gesamtliquidation Leistungen sicherstellen, prüfe er, ob allenfalls ein haftungsrechtlich relevantes Verhalten zur

Zahlungsunfähigkeit geführt habe. Entsprechend räume Art. 56a Abs. 1 BVG dem Sicherheitsfonds die Möglichkeit ein, gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Vorsorgewerks ein Verschulden treffe, im Zeitpunkt der Sicherstellung im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung einzutreten. Als Haftungssubjekte stünden je nach Ursache der Finanzierungslücke einerseits der Stiftungs- rat sowie allfällige mit der Vermögensanlage betraute Personen und andererseits die Revisionsstelle sowie der Experte für die berufliche Vorsorge im Vordergrund (DANIEL DÜRR/SVEN FISCHER, Der Sicherheitsfonds als Akteur bei Liquidationen von Vorsorgeeinrichtungen, in: Petra Caminada/Laurance Uttinger/Christina Ruggli/Monika Biehle/Daniel Dürr/Sven Fischer (Hrsg.), Gesamt- und Teilliquidationen von Pensionskassen, 2013, S. 92 [Kap. III, Bst. B, Ziff. 4]).

E. 4.7.3

Hans-Ulrich Stauffer hält zu Art. 56 Abs. 5 BVG fest, dass der Sicherheitsfonds keine Sicherstellung der Leistungen gewähre, soweit seine Leistungen missbräuchlich in Anspruch genommen würden. Was unter einer missbräuchlichen Inanspruchnahme zu verstehen sei, werde weiter nicht definiert. Da durch den Sicherheitsfonds Ansprüche der Versicherten und damit in überwiegender Weise der Arbeitnehmer gedeckt würden, könne eine bewusst in Kauf genommene Verletzung der Beitragspflicht durch den Arbeitgeber nicht eine missbräuchliche Inanspruchnahme darstellen. Dasselbe gelte bei einem pflichtwidrigen Verhalten eines Stiftungsrates, das zur Zahlungsunfähigkeit einer Vorsorgeeinrichtung führe. Eine missbräuchliche Inanspruchnahme könnte hingegen dann vorliegen, wenn aufgrund einer Unterdeckung die Liquidation beschlossen werde, ohne dass die Sanierung ernsthaft geprüft worden sei. Komme es zu einer Leistungspflicht aufgrund der Zahlungsunfähigkeit einer Vorsorgeeinrichtung oder eines Versichertenkollektivs, könne der Sicherheitsfonds in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten. Eine spezielle Abtretung der Ansprüche, um Rückgriff auf Personen zu nehmen, die ein Verschulden treffe, sei somit nicht mehr nötig. Art. 56a Abs. 1 BVG ermächtige den Sicherheitsfonds, gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden treffe, im Zeitpunkt der Sicherstellung

C-4300/2019 Seite 21 im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung einzutreten. Art. 56a Abs. 1 BVG spreche dabei ganz allgemein von Personen, die ein Verschulden treffe, es finde also keine Beschränkung der verantwortlichen Personen statt. Neben den in Art. 52 BVG beschriebenen Personen (Stiftungsrat und Geschäftsleitung, Experte und Revisionsstelle) könnten demnach auch Berater, Rückversicherer oder Finanzdienstleister belangt werden. Der Sicherheitsfonds sei weiter auch befugt, die Aufsichtsbehörden zur Verantwortung zu ziehen, sofern diese ein Verschulden an der Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung treffe (HANS-ULRICH STAUFFER, a.a.O., Rz. 2248 f.).

E. 4.7.4

Beat Christen führt zur Verweigerung der Sicherstellung wegen Missbrauchs unter Hinweis auf Art. 56 Abs. 5 BVG aus, der Gesetzgeber habe auf die Definition der «missbräuchlichen Inanspruchnahme» verzichtet. Bei der Ausarbeitung der Bestimmung sei als Beispiel die Verbesserung der Versicherungsleistungen kurz vor der Insolvenz genannt worden. Als weiteres Beispiel neben der missbräuchlichen Plangestaltung könne auch die

Gewährung eines Zinses auf den Sparguthaben (über dem vom Bundesrat gestützt auf Art. 15 vorgeschriebenen Mindestzins trotz der fehlenden Mittel) genannt werden. In der Praxis am häufigsten dürfte aber die Verweigerung von Leistungen an Organe der Arbeitgeberfirma aufgrund von selbstverschuldeten Beitragsausständen sein. Soweit der Sicherheitsfonds die Sicherstellung von Leistungen bei einer zahlungsunfähigen Vorsorgeeinrichtung wegen Missbrauchs verweigere, könnten diese Leistungen auch nicht durch die noch in der Einrichtung vorhandenen Mittel abgedeckt werden. Dies habe so lange zu gelten, als der Sicherheitsfonds für die Einrichtung andere Leistungsteile sicherzustellen habe (BEAT CHRISTEN, in: Schneider/Geisser/Gächter, BVG-Kommentar, 2. Aufl. 2019, Art. 56 Rz. 28 ff.).

E. 4.7.5

Marc Hürzeler und Bettina Bürgi halten bezüglich Art. 56 Abs. 5 BVG fest, dass die Missbräuchlichkeit weder im Gesetz noch in der Verordnung definiert werde. Die Regelung diene der Vermeidung von Rechtsmissbrauch und konkretisiere das Rechtsmissbrauchsverbot in Bezug auf die Inanspruchnahme von Leistungen des Sicherheitsfonds. In der Praxis handle es sich zuweilen um missbräuchliche Gestaltungen des Vorsorgeplans im Hinblick auf eine Sicherstellung der Leistungen beispielsweise, wenn trotz absehbarer Zahlungsunfähigkeit des Vorsorgewerks Erhöhungen der planmässigen Leistungen erfolgten. Häufig erfolge in der Praxis eine Berufung auf die Missbräuchlichkeit der Inanspruchnahme, wenn Versicherte in leitender Funktion des Arbeitgeberunternehmens, welche für die

C-4300/2019 Seite 22 Bezahlung der Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung verantwortlich seien, die Sicherstellung ihrer vollen, aber nicht finanzierten Leistungen verlangten (MARC HÜRZELER/BETTINA BÜRGI in: Marc Hürzeler/Hans-Ulrich Stauffer (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, 2021, Art. 56 BVG Rz. 25 [unter Bezugnahme auf die BSV-Mitteilungen der beruflichen Vorsorge Nr. 101/2007 Rz. 600]).

E. 4.7.6

Isabelle Vetter-Schreiber führt schliesslich aus, dass es bei der missbräuchlichen Inanspruchnahme von Leistungen des Sicherheitsfonds einerseits um die missbräuchliche Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit einerseits sowie die missbräuchliche Erhöhung der Leistungen andererseits gehe. Zur missbräuchlichen Inanspruchnahme von Leistungen des Sicherheitsfonds führe das Bundesgericht in BGE 145 V 106 aus, dass diese nicht allein über Art. 56 BVG bekämpft werde, sondern auch über die Rückgriffsmöglichkeit nach Art. 56a Abs. 1 BVG. Es gebe aber keine eigentliche «Wahlfreiheit». (Sorgfalts-) Pflichtverletzungen seien primär auf dem Weg nach Art. 56a BVG anzugehen. Die Versicherten sollten nicht für das Fehlverhalten anderer bestraft werden. Vom Bundesgericht offengelassen worden sei, ob der Sicherheitsfonds gezielt für eine versicherte Person, die sich pflichtwidrig verhalten habe, gestützt auf Art. 56 Abs. 5 BVG die Sicherstellung der Leistungen verweigern könne, insbesondere ob ein solcher spezifischer Ausschluss auch für ein Organ des Arbeitgebers aufgrund selbstverschuldeter Beitragsausstände möglich sei. Grundsätzlich gehe die Leistungspflicht der zahlungsunfähigen Vorsorgeeinrichtung oder des Vorsorgewerks gegenüber den anspruchsberechtigten Personen nicht unter. Gemäss Auffassung des BSV könne es missbräuchlich sein, die Freizügigkeitsleistungen in vollem Umfang zu verlangen, wenn sie wegen selbstverschuldeten Beitragsausständen nicht finanziert seien zum Beispiel bei

Angestellten in leitender Funktion, die für Beitragsausstände [nicht] mitverantwortlich seien. Bei Leistungen, die der Sicherheitsfonds wegen Missbrauchs ablehne, erachte das BSV eine Leistungsbeschränkung der Vorsorgeeinrichtung infolge Beitragsausständen als zulässig (I- SABELLE VETTER-SCHREIBER, Kommentar zur beruflichen Vorsorge, 4. Aufl. 2021, Art. 56 Rz. 10 ff.).

E. 5

Zu prüfen ist, ob der Sicherheitsfonds zu Recht die Sicherstellung der Leistungen für die beiden ehemaligen Mitglieder des Verwaltungsrates verweigert hat.

E. 5.1

Diesbezüglich bringen die Parteien Folgendes vor:

C-4300/2019 Seite 23

E. 5.1.1

Die Beschwerdeführerin macht insbesondere geltend, die Arbeitgeberin sei vom 1. Juni 2012 bis 31. August 2015 bei ihr angeschlossen gewesen. Im reglementarischen Vorsorgeplan sei der versicherte Lohn bis 30. April 2014 auf den nach Art. 8 BVG koordinierten Lohn begrenzt gewesen. Mit Wirkung per 1. Mai 2014 sei die Lohnbegrenzung für die Mitglieder des Kaders der Gesellschaft (darunter auch die versicherten D._____ und E._____) im Vorsorgeplan aufgehoben und an Stelle des koordinierten BVG-Lohnes der gesamte gemeldete AHV-pflichtige Lohn vorsorgeversichert worden. Zu beachten sei, dass für D._____ im Jahr 2013 (Valuta 28.02.2013) die Austrittsleistung seiner früheren Vorsorgeeinrichtung im Betrag von Fr. 27'314.55 (davon BVG-Anteil: Fr. 9'061.-) eingebracht und dem Altersguthaben bei der Beschwerdeführerin gutgeschrieben worden sei. Sogar wenn per 1. Mai 2014 keine Änderung des Vorsorgeplans vorgenommen worden wäre, hätten per 31. August 2015 für D._____ ein Altersguthaben von Fr. 59'600.30 und für E._____ ein solches von Fr. 40'425.10 resultiert. Die der Beschwerdeführerin geschuldeten Beiträge der Jahre 2012 und 2013 seien von der Arbeitgeberin weitestgehend bezahlt worden. Dabei sei zu beachten, dass die Beschwerdeführerin den Zahlungsverkehr betreffend die Beiträge mit allen ihr angeschlossenen Unternehmen über ein Prämienkonto mit Belastungen und Gutschriften und mit Saldierung per Ende Kalenderjahr abgewickelt habe. Die Altersgutschriften würden per Ende des Kalenderjahres diskontiert bereits per 30 Tage nach Fälligkeit (1.1.) belastet. Per 31. Dezember 2012 habe sich der Saldo zu Lasten der Gesellschaft auf Fr. 442.65 und per 31. Dezember 2013 auf Fr. 92'183.25 belaufen. Mit Valuta 23. April 2014 sei eine Zahlung der Gesellschaft in der Höhe von Fr. 91'679.65 dem Prämienkonto gutgeschrieben worden. Die Austrittsleistungen per 31. August 2015 (für D._____: Fr. 90'543.- und für E._____: Fr. 89'689.-) seien folglich insoweit finanziert und demzufolge insoweit auch nicht sicherzustellen, als sie auf den per 1. Januar 2014 bei der Beschwerdeführerin vorhandenen Altersguthaben (für D._____: Fr. 42'336 und für E._____: Fr. 19'022) basierten. Die Beschwerdeführerin habe die Gesellschaft mit Schreiben vom 6. März 2015 unter Ansetzung einer Zahlungsfrist von zehn Tagen für einen Saldo per 31. Dezember 2014 von Fr. 162'208.85 gemahnt. Da auf diese Mahnung seitens der Gesellschaft keine Reaktion, geschweige denn die verlangte Zahlung erfolgt sei, sei für den Betrag von Fr. 162'208.85 am 24. April 2015 das Betreibungsbegehren gestellt worden. Der entsprechende Zahlungsbefehl sei allerdings erst auf schriftliche Nachfrage der Beschwerdeführerin am 8. Juni 2015 ausgestellt worden und habe erst am 14. Juni 2015 der

Gesellschaft zugestellt werden können. Mit Einschreiben vom 25. April 2019 habe die Beschwerdeführerin die Vorinstanz über den

C-4300/2019 Seite 24 Verlauf ihrer Inkassobemühungen ausführlich und im Detail mit Belegen informiert. Gestützt auf die Auskunft der Vorinstanz vom 28. Dezember 2016 habe die Beschwerdeführerin die Überweisung der D._____ zu- stehenden Austrittsleistung verweigert. Mit Urteil vom 14. September 2018 sei die B._____, bei der die Austrittsleistung infolge der per 31. August 2015 erfolgten Auflösung des Anschlusses der Gesellschaft an die Be- schwerdeführerin «parkiert» worden sei, verurteilt worden, die Austrittsleis- tung im Betrag von Fr. 90'543.– zuzüglich Zins ab 1. September 2015 an die neue Freizügigkeitseinrichtung von D._____ zu überweisen (vgl. BVGer-act. 1).

E. 5.1.2

In ihrer Vernehmlassung vom 10. Dezember 2019 (BVGer-act. 9) äussert sich die Vorinstanz folgendermassen:

E. 5.1.2.1

Sie führt mit Verweis auf BGE 145 V 106 (Urteil des BGer 9C_277/2018 vom 4. März 2019) aus, dass weder Gesetz noch Verord- nung zu entnehmen sei, wann eine missbräuchliche Inanspruchnahme von Leistungen des Sicherheitsfonds BVG gegeben sei. Dies bedürfe einer Auslegung. In der vorberatenden Kommission des Nationalrates seien als Beispiele für eine missbräuchliche Inanspruchnahme von Leistungen des Sicherheitsfonds die missbräuchliche Herbeiführung der Zahlungsunfähig- keit der Vorsorgeeinrichtung oder des Vorsorgewerks und die Leistungs- verbesserung kurz vor der Insolvenz der Vorsorgeeinrichtung beziehungs- weise des Arbeitgebers, welche zu einer höheren Leistungspflicht des Si- cherheitsfonds führen würde, genannt worden. Aus den Diskussionen in der Kommission gehe der Wille hervor, die für das missbräuchliche Verhal- ten verantwortlichen Personen und Organe zu sanktionieren, den «un- schuldigen» Versicherten aber Insolvenzschutz zu gewähren. Aus diesem Grund sollte der Sicherheitsfonds nicht bei jedem widerrechtlichen Verhal- ten der Organe die Leistungen insgesamt verweigern können. An die Kons- tellation, dass nur den für die Insolvenz verantwortlichen Personen die Leistungen nicht sichergestellt würden, sei nicht gedacht worden. Die Kom- mission sei davon ausgegangen, dass die für die Insolvenz verantwortli- chen Personen normalerweise nicht in der Pensionskasse versichert seien und deshalb auch keine Leistungen vom Sicherheitsfonds beanspruchen könnten. In solchen Fällen solle der Sicherheitsfonds über seine Regress- möglichkeit gegen die Verantwortlichen vorgehen. Dass eine Sicherstel- lungsverweigerung nur gegenüber der Gesamtheit der Versicherten einer Vorsorgeeinrichtung oder eines Vorsorgewerkes zur Anwendung kommen solle, ergebe sich weder aus dem Wortlaut noch aus den Materialien. In Fällen, in welchen verantwortliche Personen versichert seien, müsse der

C-4300/2019 Seite 25 Sicherheitsfonds Art. 56 Abs. 5 BVG anwenden können. Ansonsten müsste er zuerst die Leistungen dieser Personen bezahlen, um danach auf dem Regressweg gemäss Art. 56a Abs. 1 BVG Schadenersatzansprüche gegen dieselben Personen geltend zu machen. Letzteres Vorgehen ergebe bereits aus Gründen der Effizienz keinen Sinn. Zudem sei von vornherein nicht klar, dass bei einem Obsiegen des Sicherheitsfonds die Verantwortli- chen den Schaden auch decken könnten. Allenfalls müssten so die Folgen des missbräuchlichen Verhaltens von der Allgemeinheit getragen werden. Dies sei vom Gesetzgeber gerade nicht gewollt gewesen. Die enge Ausle- gung der Beschwerdeführerin

von Art. 56 Abs. 5 BVG widerspreche dem Willen des Gesetzgebers, für welchen der Missbrauchsschutz ein wichtiges Anliegen gewesen sei (vgl. Ziff. II.C.1.).

E. 5.1.2.2

Vorliegend werde den Versicherten D._____ und E._____, nicht der Beschwerdeführerin, ein missbräuchliches Verhalten vorgeworfen. Deshalb sei deren Verhalten nach Auflösung des Anschlussvertrags für die Beurteilung des Missbrauchs relevant. Nicht relevant seien hingegen die Inkassobemühungen der Beschwerdeführerin, weshalb sich die Vorinstanz in der angefochtenen Verfügung auch nicht damit auseinandergesetzt habe. Durch die Verweigerung der Sicherstellung der Leistungen sollten die verantwortlichen Personen den von ihnen verursachten Schaden tragen, indem ihre Leistungen gekürzt würden. Aus diesem Grund rechtfertige es sich, bei der Beurteilung, ob sich eine Person missbräuchlich verhalten habe, weil sie über eine lange Zeit die für die berufliche Vorsorge geschuldeten Beiträge nicht bezahlt habe, auch die Zeit vor oder nach dem Anschluss an eine bestimmte Vorsorgeeinrichtung zu berücksichtigen (vgl. Ziff. II.C.4.). Hier liege ein klarer Missbrauchsfall insoweit vor, als die Arbeitgeberin, obwohl sie ab Frühling 2014 finanzielle Probleme gehabt habe, die versicherten Leistungen für die Kaderangestellten mittels Abschlusses eines Kaderplans im Mai 2014 massiv erhöht und zudem ab Mai 2014 während zwei Jahren und acht Monaten keine Beiträge mehr bezahlt habe, was zur Insolvenz des Vorsorgewerks geführt habe (vgl. Ziff. II.A. und II.C.4.). Durch die Anpassungen im Kaderplan und die Aufhebung der Begrenzung des versicherten Lohnes im Kaderplan hätten sich die Altersleistungen in der kurzen Zeit bis zur Auflösung des Anschlussvertrags (von 16 Monaten) für den damaligen Delegierten des Verwaltungsrates D._____ um rund Fr. 30'000.– und für den damaligen Verwaltungsratspräsidenten E._____ um fast Fr. 50'000.– erhöht. Würden bei finanziellen Problemen die Vorsorgebeiträge von leitenden Angestellten für sie selber über eine längere Zeit nicht bezahlt, dann nähmen diese Angestellten die Finanzierung ihrer Vorsorgeleistungen durch die Allgemeinheit ganz

C-4300/2019 Seite 26 bewusst in Kauf. Sie provozierten die Zahlungsunfähigkeit des Vorsorgewerks und verhielten sich missbräuchlich (vgl. Ziff. II.C.4. f.).

E. 5.1.2.3

Für die Vorinstanz nicht relevant seien vorliegend das Datum der Fälligkeit der Beiträge und die im Detail nicht nachvollziehbaren Berechnungen der Beschwerdeführerin zu den Austrittsleistungen, da nicht diese, sondern die Altersgutschriften zuzüglich BVG-Mindestzins für die nicht durch Arbeitgeberbeiträge gedeckte Periode (vorliegend: 1. Januar 2014 bis 31. August 2015) sicherzustellen seien (vgl. Ziff. II.B.2.). Die durch den Sicherheitsfonds maximal sicherzustellende Leistung betrage für D._____ Fr. 28'492.– [recte: Fr. 28'492.20 gemäss beiliegendem Kontoauszug] und für E._____ Fr. 34'190.30 zuzüglich BVG-Mindestzins bis zum Auszahlungsdatum (vgl. Ziff. II.C.6.). Im Übrigen verbleibe der Schaden vorliegend nur deswegen bei der Beschwerdeführerin, weil sie die Freizügigkeitsleistungen der beiden leitenden Angestellten bei Vertragsauflösung im August 2015 ungekürzt (unter Missachtung der Sicherstellungsobergrenze und ihrer Schadenminderungspflicht) auf eine Police bei der A._____ transferiert habe, ohne Zustimmung der versicherten Personen, statt sie gemäss Art. 4 Abs. 2 FZG frühestens nach sechs Monaten (nach Vertragsauflösung) an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG zu überweisen (vgl. Ziff. II. C. 5).

E. 5.1.3

Mit Stellungnahme vom 16. Januar 2020 änderte die Beschwerdeführerin ihre Rechtsbegehren ab und führt zur diesbezüglichen Begründung aus, laut den Ausführungen der Vorinstanz zu den maximal sicherzustellenden Leistungen der Versicherten D._____ und E._____ in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2019 (Ziff. II.C.6.) betrage die durch die Vorinstanz maximal sicherzustellende Leistung Fr. 28'492.– [recte: Fr. 28'492.20 gemäss beiliegendem Kontoauszug] für D._____ und Fr. 34'190.30 für E._____ zuzüglich BVG-Mindestzins bis zum Auszahlungsdatum. Aufgrund dieser Beträge gemäss den Beilagen 35 und 36 erübrige sich der von der Beschwerdeführerin gestellte Eventualantrag; der unter I. Ziffer 1 gestellte Antrag werde entsprechend dieser von der Vorinstanz berechneten Beträge angepasst. Im Übrigen halte sie an ihren Anträgen fest (vgl. BVGer-act. 14).

E. 5.2

Ansprüche gegenüber dem Sicherheitsfonds sind bei der Geschäftsstelle des Sicherheitsfonds in der vorgeschriebenen Form geltend zu machen (Art. 20 Abs. 1 SFV). Hierbei muss der Antragssteller der Geschäftsstelle des Sicherheitsfonds alle zur Prüfung des Gesuches erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellen und Auskünfte erteilen (Art. 20 Abs. 2

C-4300/2019 Seite 27 SFV). Die Geschäftsstelle des Sicherheitsfonds prüft, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für Leistungen erfüllt sind und hält ihren Entscheid auf Verlangen der Vorsorgeeinrichtung in einer Verfügung fest (Art. 20 Abs. 3 SFV).

Vorliegend ist die Einhaltung der Formerfordernisse nicht strittig, auch nicht die Sicherstellung der Leistungen der BVG-Versicherten der Arbeitgeberin durch die Vorinstanz, mit Ausnahme der Leistungen der beiden vormaligen Verwaltungsratsmitglieder D._____ und E._____. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Beschwerdeführerin ihre Anträge dahingehend geändert, als sie sich mit Stellungnahme vom 16. Januar 2020 den Berechnungen der Vorinstanz zu den sicherzustellenden Altersleistungen der genannten Versicherten anschliesst. Insoweit ist vorliegend nicht über den Charakter der strittigen Leistungen zu befinden.

E. 5.3

Festzuhalten ist aufgrund des bisher Gesagten, dass den Materialien zur Entstehung von Art. 56 Abs. 5 BVG – mit Ausnahme der in Erwägung 4.4 zitierten Beispiele – nicht explizit zu entnehmen ist, ob die vorliegend im Streit liegende Situation der Nichtsicherstellung von Altersleistungen einzelner Organe einer Arbeitgeberin, die für die Nichtbezahlung der Beiträge der Arbeitgeberin die Verantwortung tragen sollen, als Missbrauchssituation zu qualifizieren ist. Die Initiative Rechsteiner zielte darauf ab, zum einen die ausserobligatorischen Leistungen in die Sicherstellung durch den Sicherheitsfonds miteinzuschliessen und zum andern die Versicherungsverpflichtungen der Arbeitnehmer eines bei einer Sammelstiftung angeschlossenen Arbeitgebers im Konkursfall abzusichern. Erst den nachfolgenden Diskussionen im Parlament und der Auslegung durch das BSV ist zu entnehmen, dass eine Missbrauchsregelung verhindern solle, dass für den Arbeitgeber verantwortliche Gesellschafter in missbräuchlicher Handlungsweise die Sicherstellung verlangen können, sowohl für ungedeckte Leistungen der Arbeitnehmer im Konkursfall des Arbeitgebers als auch die trotz mangelnder Liquidität bewirkte, über den obligatorischen Bereich hinausgehende Erhöhung der Vorsorgeleistungen durch den Sicherheitsfonds.

Das Bundesgericht hat bisher jeweils eine Sicherstellungspflicht des Sicherheitsfonds bejaht und ausgeführt, dass die Sicherstellung der Leistungen der versicherten Arbeitnehmer im Vordergrund stehe und die Vorinstanz über Art. 56a Abs. 1 BVG (im Zeitpunkt der Sicherstellung) im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten könne. Die konkrete Frage, ob und inwieweit der Sicherheitsfonds gezielt für ein Organ der Arbeitgeberfirma aufgrund selbstverschul-

C-4300/2019 Seite 28 deter Beitragsausstände die Sicherstellung gesetzlicher und reglementarischer Leistungen gestützt auf Art. 56 Abs. 5 BVG verweigern kann, hat es sodann jeweils offen gelassen (vgl. oben E. 4.6). Das Bundesgericht und die herrschende Lehre haben entsprechend mehrheitlich ausgeführt, dass dem Sicherheitsfonds bei erfolgter Sicherstellung (nur) der Weg über Art. 56a Abs. 1 BVG zur Verfügung stehe.

E. 5.4

Vorliegend beruft sich die Vorinstanz auf die Missbrauchsbestimmung in Art. 56 Abs. 5 BVG, indem sie darauf abstützt, dass D. _____ als damaliger Delegierter des Verwaltungsrates und E. _____ als damaliger Verwaltungsratspräsident der Arbeitgeberin es aufgrund ihrer führenden Stellung in der Arbeitgeberin in ihrer Hand gehabt hätten, eine Insolvenz des Vorsorgewerks durch rechtzeitige Bezahlung der Beitragsprämien zu verhindern, und sie trotz finanzieller Engpässe im März 2015 zusätzlich eine Erhöhung der Leistungen für das Kader auf den überobligatorischen Bereich bewirkt hätten.

Unklar bleibt in diesem Zusammenhang die Tragweite der Nichtleistung der Beiträge nach Zwangsanschluss an die Stiftung Auffangeinrichtung BVG ab September 2015 (SF-act. 31): Während in der angefochtenen Verfügung dieser Umstand im gleichen Atemzug wie die Nichtleistung der Beiträge an die Beschwerdeführerin genannt wird (Ziff. 5), führt die Vorinstanz in der Vernehmlassung aus, diese Tatsache stelle keinen Grund für die Weigerung, die Leistungen sicherzustellen, dar (BVGer-act. 9). Eine diesbezügliche Klärung erweist sich jedoch aufgrund des nachfolgend Ausgeführten als nicht notwendig.

E. 5.5

Der Missbrauch ist als Rechtsinstitut in Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) geregelt. Diese Bestimmung besagt, dass der offenbare Missbrauch eines Rechtes keinen Rechtsschutz findet. In BGE 145 V 106 hat das Bundesgericht festgehalten, mit Art. 56 Abs. 5 BVG habe nicht der klassische Missbrauchsfall nach Art. 2 Abs. 2 ZGB geregelt werden sollen, sondern unerwünschte Wirkungen des Regelwerks, konkret seien die missbräuchliche Inanspruchnahme der Leistungspflicht des Sicherheitsfonds durch die missbräuchliche Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit oder durch die missbräuchliche Erhöhung der Leistungen in den Materialien erwähnt worden (vgl. oben E. 4.6.2). Zur Beantwortung der Frage, ob ein Missbrauch im Sinne von Art. 56 Abs. 5 BVG vorliegt, ist in einem ersten Schritt eine Klärung des konkreten Sachverhalts – insbesondere der Verantwortlichkeiten,

C-4300/2019 Seite 29 des zeitlichen Ablaufs der Ereignisse, des Kausalzusammenhangs zwischen einer Leistungserhöhung beziehungsweise einer Nichtbezahlung der Versicherungsprämien und einer nachfolgenden Illiquidität des Vorsorgewerkes mit der Folge der Leistungspflicht des Sicherheitsfonds – erforderlichlich.

E. 5.6

Nachfolgend ist daher der konkrete Sachverhalt zu klären:

E. 5.6.1

Vorliegend handelte es sich bei der Arbeitgeberin um eine Aktiengesellschaft. Die beiden Arbeitnehmer E. _____ und D. _____, für deren BVG-Altersgutschriften die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung die Sicherstellung abgelehnt hat, nahmen zumindest – soweit aus dem Handelsregisterauszug des Kantons C. _____ ersichtlich – vom 6. Juni 2013 bis zu ihrem Ausscheiden am 25. November 2015 Einsitz im Verwaltungsrat der Arbeitgeberin. E. _____ amtierte in der genannten Zeitdauer als Verwaltungsratspräsident («adm. président»), während D. _____ vom 6. Juni 2013 bis zum 24. Juli 2013 als Mitglied des Verwaltungsrates und anschliessend bis zum 25. November 2015 als Delegierter des Verwaltungsrates fungierte (vgl. SF-act. 5). Dem Archiv des Schweizerischen Handelsamtsblattes SHAB ist zu entnehmen, dass E. _____ bereits am 18. Mai 2012 – nachdem er zuvor am 19. April 2012 gelöscht worden war – wieder als Mitglied des Verwaltungsrates der Arbeitgeberin, dannzumal mit Sitz in H. _____, im Handelsregister des Kantons I. _____ eingetragen wurde (vgl. dazu Mitteilungen des Handelsregisters, SHAB Nr. [...] vom [...] April 2012, Tagesregister-Nr. [...] vom [...] April 2012 und Nr. [...] vom [...] Mai 2012, Tagesregister-Nr. [...] vom [...] Mai 2012). Für formelle Organe wie die beiden Genannten bestehen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung unabhängig von der Frage, wie die Vertretung der Gesellschaft gegen aussen (und das Führen der rechtsverbindlichen Unterschrift für diese) geregelt ist, Überwachungspflichten. Formelle Organe begehen praxisgemäss durch das Nicht-Wahrnehmen von Überwachungspflichten eine grobe Fahrlässigkeit (vgl. Urteil des BGer 9C_373/2022 vom 19. Dezember 2022 E. 5 m.H.).

E. 5.6.2

Nach dem Ausscheiden von E. _____ und D. _____, sowie zusätzlich J. _____ (bis dahin Geschäftsführer [«directeur»]) per 25. November 2015, verblieb K. _____ als einziger Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift in der Arbeitgeberin. Nachdem auch K. _____ am 9. Februar 2016 aus dem Handelsregister gestrichen wurde, wurde die Arbeitgeberin mit Urteil des erstinstanzlichen Gerichts in C. _____ vom 14. Dezember C-4300/2019 Seite 30 2016 gestützt auf Art. 731b des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR, SR 220) unter der Sachüberschrift «D. Mängel in der Organisation der Gesellschaft» aufgelöst (vgl. SF-act. 5). Dem Urteil vom 14. Dezember 2016 ist diesbezüglich zu entnehmen, dass das erstinstanzliche Gericht in C. _____ auf Hinweis des Handelsregisteramtes vom 29. September 2016 hin tätig wurde, die Arbeitgeberin am 22. November 2016 aufforderte, den rechtskonformen Zustand bis zum 5. Dezember 2016 wiederherzustellen, und gleichzeitig für den 7. Dezember 2016 eine Anhörung ansetzte, an welcher die Arbeitgeberin jedoch nicht teilnahm. In der Folge ordnete das Gericht die Auflösung und Liquidation der Arbeitgeberin gemäss den Vorschriften des Konkurses an, weil die Einsetzung eines Organs oder Sachwalters aufgrund der unbekanntenen finanziellen Situation der Arbeitgeberin nicht in Frage kam (BVGer-act. 28 Beilage).

E. 5.6.3

Aus den vorliegenden Akten ergibt sich sodann, dass E. _____ und D. _____ den Anschlussvertrag vom 13. Juli 2012 beziehungsweise 21. September 2012 als Arbeitgeber beziehungsweise Arbeitnehmersvertreter in I. _____ unterzeichnet haben (SF-act. 17; BVGer-act. 1 Beilage 24). Bei der am 20. Mai 2014 per 1. Mai 2014 unterzeichneten Ver-

tragsänderung «G._____» ist hingegen nicht ersichtlich, wer letztlich als Arbeitgeber- und Arbeitnehmervertreter unterzeichnet hat. Aufgrund der Unterschriften ist nicht davon auszugehen, dass E._____ und/oder D._____, im damaligen Zeitpunkt beide Verwaltungsräte, selber als Arbeitgebervertreter unterzeichnet haben (BVGer-act. 24 Beilage 2). Anzu- merken bleibt, dass ihnen die Erhöhung der Versicherungsleistungen aufgrund ihrer Stellung als formelle Organe durchaus im Rahmen ihrer Über- wachungspflichten zuzurechnen wäre. Was schliesslich die Bezahlung der Prämien durch die Arbeitgeberin betrifft, ist aus den Akten einzig ersicht- lich, dass der Prämienausstand der Arbeitgeberin am 31. Dezember 2013 Fr. 92'183.25 betrug und am 23. April 2014, als der Prämienausstand mit Rechnung Nr. 2014-8 vom 20. Februar 2014 bereits Fr. 199'353.35 erreicht hatte, eine (einmalige) Einzahlung auf das für Zahlungen an die A._____ eingerichtete Prämienkonto über Fr. 91'679.65 erfolgte (SF-act. 1 S. 3 und 5; 14 S. 31). Gemäss Angaben der Beschwerdeführerin seien die Prämien 2014 erst am 1. Januar 2015 fällig geworden. Die Arbeitgeberin wurde in der Folge – soweit ersichtlich – erstmals am 6. März 2015 gemahnt, die Prämien für das Jahr 2014 seien nicht bezahlt worden, und um Beglei- chung der Ausstände in Höhe von nunmehr Fr. 162'208.85 gebeten (SF- act. 26 S. 78 und 81).

C-4300/2019 Seite 31

E. 5.6.4

Anhand der vorliegend aktenkundigen Tatsachen ist nicht erstellt, dass die Erhöhung der Vorsorgeleistungen per 1. Mai 2014, welche E._____ und D._____ als formelle Organe durchaus zuzurechnen wäre, missbräuchlich erfolgt ist. Insbesondere findet die Argumentation der Vorinstanz, die Arbeitgeberin habe die Vorsorgeleistungen erhöht, als sie sich bereits in finanziellen Schwierigkeiten befunden habe, in den vorhan- denen Akten keine Stütze. Die Erhöhung der Vorsorgeleistungen für das Kader erfolgte in einem Zeitpunkt, als gerade die seit 1. Januar 2014 fälli- gen Prämien für das Jahr 2013 beinahe vollständig beglichen worden wa- ren. Inwiefern darin allein eine Missbrauchssituation zu erkennen sei, er- schliesst sich dem Gericht nicht. Auch aus der Tatsache, dass die Arbeit- geberin nicht ganz zwei Jahre nach dieser Erhöhung der Vorsorgeleistun- gen über keine Organe mehr verfügte und in der Folge am 14. Dezember 2016 durch ein Gerichtsurteil aufgelöst wurde, kann – aus Sicht des Ver- laufs der Ereignisse – nicht ohne Weiteres auf eine missbräuchliche Erhö- hung der Vorsorgeleistungen geschlossen werden. Allenfalls könnten Steuer- und/oder Geschäftsunterlagen weitere diesbezügliche Hinweise liefern. So bleibt letztlich unklar, wann und weshalb die Arbeitgeberin in Schwierigkeiten geraten ist und die Prämien nicht mehr bezahlen konnte, sowie welche konkreten Umstände schliesslich zur Streichung aller formel- len Organe im Handelsregister in zwei Wellen (25. November 2015 und

E. 5.6.5

Festzustellen ist, dass die Vorinstanz die ihr zur Verfügung stehen- den Abklärungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Frage der Miss- bräuchlichkeit nicht ansatzweise ausgeschöpft hat, weshalb sie dies nach- zuholen haben wird: So hat sie es insbesondere unterlassen, gestützt auf Art. 87 BVG die vorliegend relevanten Steuerunterlagen der Arbeitgeberin des Jahres 2014 einzuholen sowie beim erstinstanzlichen Gericht in C._____ die zum Konkursverfahren vorhandenen Unterlagen einzufor- dern. Ausserdem besteht gemäss Art. 747 Abs. 1 OR eine zehnjährige Auf-

bewahrungspflicht der Geschäftsbücher nach der Löschung der Gesellschaft an einem sicheren Ort, wobei dieser Ort durch die Liquidatoren oder das Handelsregisteramt bezeichnet werden. Diesbezüglich wird die Vorinstanz beim Handelsregisteramt abzuklären haben, ob und wenn ja, wo die Geschäftsbücher der Arbeitgeberin aufbewahrt wurden, und sich um Einsichtnahme zu bemühen. Was sodann die durch die Revisionsstelle ebenfalls während zehn Jahren aufzubewahrenden Revisionsberichte – insbesondere des Jahres 2014 – betrifft, wird die Vorinstanz zu prüfen haben, ob sie Einsicht in diese Unterlagen erhalten kann.

E. 5.7

Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass die Nichtsicherstellung der Altersleistungen für E._____ und D._____ durch die Vorinstanz auf ungenügender Klärung der Frage hin, ob die Erhöhung der Vorsorgeleistungen beziehungsweise die Herbeiführung der Illiquidität effektiv missbräuchlich war, erfolgt ist. Entsprechend ist die Beschwerde dahingehend gutzuheissen, als die Ziffern 2 und 3 der angefochtenen Verfügung aufzuheben sind und die Angelegenheit zu weiteren Abklärungen im Sinne der Erwägung 5.6.5 und zu anschliessend neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen ist. Vor diesem Hintergrund kann auch die bislang von der Rechtsprechung ungeklärte Frage der Anwendbarkeit von Art. 56 Abs. 5 BVG auf einzelne fehlbare Organe einer Arbeitgeberfirma (vgl. auch oben E. 4.6 und 5.3) vorerst weiterhin offen gelassen werden.

E. 5.8

Bei diesem Verfahrensausgang erübrigt sich auch die Beantwortung der Frage, ob die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin – wie von dieser beschwerdeweise gerügt – verletzt hat, indem sie die angefochtene Verfügung nicht ausreichend begründet habe. 6. Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

C-4300/2019 Seite 33 6.1 Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig, wobei die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da eine Rückweisung praxismässig als Obsiegen der Beschwerdeführenden Partei gilt (BGE 132 V 215 E. 6), sind der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der am 4. September 2019 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.– ist ihr – nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils – auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückzuerstatten. Einer unterliegenden Vorinstanz sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. 6.2 Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der obsiegenden Beschwerdeführerin wäre entsprechend dem Verfahrensausgang eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Jedoch ist gemäss Art. 9 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] keine Entschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin von Rechtsanwalt L._____ und Fürsprecherin M._____ des Rechtsdienstes der Beschwerdeführerin vertreten. Es ist deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die unterliegende Vorinstanz hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 6

Zu befinden bleibt über die Verfahrenskosten und eine allfällige Parteientschädigung.

E. 6.1

Das Beschwerdeverfahren ist kostenpflichtig, wobei die Verfahrenskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt werden (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Da eine Rückweisung praxisgemäss als Obsiegen der Beschwerde führenden Partei gilt (BGE 132 V 215 E. 6), sind der Beschwerdeführerin keine Verfahrenskosten aufzuerlegen. Der am 4. September 2019 geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'000.- ist ihr - nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils - auf ein von ihr zu bezeichnendes Konto zurückzuerstatten. Einer unterliegenden Vorinstanz sind gemäss Art. 63 Abs. 2 VwVG keine Verfahrenskosten aufzuerlegen.

E. 6.2

Der obsiegenden Partei kann von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zugesprochen werden (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Der obsiegenden Beschwerdeführerin wäre entsprechend dem Verfahrensausgang eine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 64 Abs. 1 VwVG). Jedoch ist gemäss Art. 9 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2] keine Entschädigung geschuldet, wenn der Vertreter oder die Vertreterin in einem Arbeitsverhältnis zur Partei steht. Vorliegend ist die Beschwerdeführerin von Rechtsanwalt L._____ und Fürsprecherin M._____ des Rechtsdienstes der Beschwerdeführerin vertreten. Es ist deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die unterliegende Vorinstanz hat ebenfalls keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

E. 9

Februar 2016) und damit in der Konsequenz zur Liquidation des Vorsor- gewerkes der Arbeitgeberin geführt haben. Eine missbräuchliche Herbei- führung der Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeberin durch D._____ und E._____ kann sich jedenfalls nicht bereits einzig aus der Tatsache erge- ben, dass die Versicherungsprämien nicht mehr bezahlt wurden, die Arbeit- geberin in der Folge liquidiert und eine Sicherstellung der Altersguthaben erforderlich wurde. Es sind mithin keine Hinweise und/oder Belege akten- kundig, wonach beispielsweise die für die Bezahlung der Prämien vorge- sehenen Gelder im Wissen um die allfällige Sicherstellung durch den Si- cherheitsfonds bewusst anderweitig und damit missbräuchlich verwendet worden wären. In diesem Zusammenhang fällt zudem auf, dass die Vo- rinstantz die Altersleistungen für J._____, welcher vom 12. Juli 2013 bis zum 25. November 2015 als Geschäftsführer und damit ebenfalls als for- melles Organ der Arbeitgeberin amtete (vgl. SF-act. 5), ohne Weiterungen sichergestellt hat, obwohl ihm in gleicher Weise vorgeworfen werden könnte, er hätte es in der Hand gehabt, eine Insolvenz des Vorsorgewerks durch rechtzeitige Bezahlung der Beitragsprämien zu verhindern.

C-4300/2019 Seite 32