



Abteilung I
A-6377/2016

Urteil vom 14. Februar 2018

Besetzung

Richter Michael Beusch (Vorsitz),
Richter Jürg Steiger, Richterin Salome Zimmermann,
Gerichtsschreiberin Monique Schnell Luchsinger.

Parteien

C. _____,
Beschwerdeführerin,

gegen

Sicherheitsfonds BVG,
Geschäftsstelle,
Eigerplatz 2, Postfach 1023, 3000 Bern 14,
Vorinstanz.

Gegenstand

Leistungen Sicherheitsfonds.

Sachverhalt:**A.**

Die C._____ (vormals ... , nachfolgend Pensionskasse) bezweckt im Wesentlichen die berufliche Vorsorge im Rahmen des BVG und seiner Ausführungsbestimmungen, wobei sie mit ... zusammenarbeitet. Sie kann auch über die gesetzlichen Mindestleistungen hinaus weitergehende Vorsorge betreiben durch Gewährung von Unterstützungen bei Alter, Tod, Krankheit, Unfall, Invalidität, Arbeitslosigkeit und unverschuldeter Notlage (vgl. Online-Auszug des Handelsregisteramtes des Kantons ... vom 18. Oktober 2016).

Die Pensionskasse ist eine durch ... errichtete Gemeinschaftsstiftung (...; aufgerufen am 18. Januar 2018) mit Beitragsprimat (vgl. Art. 12 des Vorsorgereglements, gültig ab 1. Januar 2014, nachfolgend Vorsorgereglement 2014) und ist der BVG- und Stiftungsaufsicht ... unterstellt und dem Sicherheitsfonds angeschlossen.

B.

Die D._____ GmbH (nachfolgend Gesellschaft) bezweckte zur Hauptsache das Erbringen von Serviceleistungen im Zusammenhang mit dem Golfsport, ... etc. Sie war vom ... 2001 bis zum ... 2016 im Handelsregister des Kantons ... eingetragen und nach durchgeführtem Konkurs von Amtes wegen gelöscht worden (vgl. Online-Handelsregisterauszug des Kantons ... vom 4. April 2016).

C.

Die Gesellschaft war seit dem 1. Januar 2002 der Pensionskasse angeschlossen. Der ursprüngliche Anschlussvertrag wurde per 1. Januar 2005 erneuert. Mit Vereinbarung vom 17. Dezember 2013 wurde der Anschlussvertrag per 1. Januar 2014 abermals erneuert.

Die Gesellschaft hatte im Rahmen einer „sog. Globalversicherung“ den Pensionskassen Plan A gewählt und damit die gesetzlichen BVG-Leistungen ihrer Angestellten versichert (...; aufgerufen am 18. Januar 2018).

Die Gesellschaft beschäftigte bis Ende 2003 und ab 1. Januar 2004 bis zum 10. Juli 2014 obligatorisch zu versicherndes Personal. Gemäss den Lohnmeldungen an die SVA ... Ausgleichskasse für die Jahre 2004 bis 2014 beschäftigte die Gesellschaft in diesen Jahren A._____ (nachfolgend A._____). Gemäss Handelsregisterauszug handelt es sich bei

A. _____ um die Geschäftsführerin, die zugleich auch Gesellschafterstellung innehatte (nachfolgend Gesellschafterin). In den Jahren 2006 bis 2009 beschäftigte sie zudem B. _____ (nachfolgend B. _____). Es handelte sich hierbei um den vormaligen Mitgesellschafter und früheren Geschäftsführer. Die Gesellschafterin verstarb am 10. Juli 2014.

Die Gesellschaft bezahlte die geschuldeten BVG-Beiträge bis zum 31. Dezember 2003. Anschliessend erfolgten weder Austrittsmeldungen noch Beitragszahlungen. Im Jahre 2008 stellte die Pensionskasse fest, dass die Gesellschafterin bei ihr noch über ein Altersguthaben verfügte und überwies dieses am 23. Mai 2008 an die Stiftung Auffangeinrichtung.

Nachdem die Pensionskasse vom Ableben der Gesellschafterin Kenntnis erlangt hatte, stellte sie fest, dass die Beiträge für die Jahre 2004 bis 2014 weder in Rechnung gestellt noch beglichen worden waren und forderte mit Rechnungen vom 17. Oktober 2014 und vom 3. Dezember 2014 BVG-Beiträge für die Jahre 2009 bis 2013 ein. Für die Jahre 2004 bis 2008 verzichtete die Pensionskasse auf eine Rechnungstellung in der Annahme, die Beiträge seien verjährt. Für das Jahr 2014 konnte sie den Lohn der Gesellschafterin nicht ermitteln.

Am ... 2015 wurde über die Gesellschaft der Konkurs eröffnet.

Am 4. September 2015 überwies die Pensionskasse die Austrittsleistung inkl. Zins des ehemaligen Mitarbeiters in der Höhe von Fr. 1'996.30 an die Auffangeinrichtung. Am 6. November 2015 erfolgte eine Nachzahlung inkl. Zins in der Höhe von Fr. 4'524.91. Bereits per 21. September 2015 hatte die Pensionskasse sodann den Hinterbliebenen der Gesellschafterin ein Todesfallkapital inkl. Zinsen, abzüglich Verrechnungssteuer, in der Höhe von Fr. 43'457.20 ausgerichtet.

Im Februar 2016 erhielt die Pensionskasse für ausstehende BVG-Beiträge der Jahre 2009 bis 2013 eine Konkursdividende von Fr. 1'192.05. Im Betrag von Fr. 40'921.45 wurde ein Verlust ausgewiesen. Alsdann wurde für Verzugszinsen und Betreuungskosten ein Verlust in der Höhe von Fr. 2'227.75 ausgewiesen. Mit Verfügung des Konkursrichters vom ... 2016 wurde das Konkursverfahren als geschlossen erklärt. In der Folge wurde die Gesellschaft im Handelsregister von Amtes wegen gelöscht.

D.

Mit Schreiben vom 16. März 2016 an den Sicherheitsfonds BVG (nachfolgend Sicherheitsfonds) beantragte die Pensionskasse die Sicherstellung

von gesetzlichen Leistungen infolge Insolvenz gemäss Art. 25 der Verordnung vom 22. Juni 1998 über den Sicherheitsfonds BVG (SFV, SR. 831.432.1) im Umfang der Altersguthaben der Gesellschafterin und des ehemaligen Mitarbeiters in der Höhe von total Fr. 50'514.96.

E.

Nach umfangreicher Korrespondenz erliess der Sicherheitsfonds am 26. September 2016 eine Leistungsverfügung, dergemäss er für den ehemaligen Mitarbeiter der Gesellschaft als Sicherstellung gesetzlicher Leistungen Fr. 6'605.35 ausrichte, inkl. Mindestverzinsung gemäss BVG per Auszahlung am 28. September 2016. Des Weiteren lehnte er die Sicherstellung der Leistungen für die Gesellschafterin ab.

Der Sicherheitsfonds begründete die Ablehnung der Sicherstellung der Leistungen an die Gesellschafterin zur Hauptsache damit, dass diese aufgrund ihrer Stellung und Funktion bei der Gesellschaft als Arbeitgeberin es in der Hand gehabt hätte, für die korrekten Meldungen der versicherungspflichtigen Arbeitnehmer an die Pensionskasse zu sorgen. In der Folge hätte die Pensionskasse die Alterskonti korrekt führen, die Beiträge ermitteln und in Rechnung stellen können. Die Gesellschafterin habe es jedoch für die Jahre 2004 bis 2014 unterlassen, der Pensionskasse die versicherungspflichtigen Arbeitnehmer zu melden. Komme ein Arbeitgeber seiner Anschluss-, Melde- oder Beitragszahlungspflicht über eine längere Zeit nicht nach, müsste sein Wille auf eine korrekte Durchführung der beruflichen Vorsorge in Frage gestellt werden. Problematisch sei die Situation mit Bezug auf die Versicherung von Personen in leitender Stellung. Es wäre stossend, wenn eine Person in leitender Position die Beiträge nicht bezahle, obwohl sie dies veranlassen könnte, und anschliessend als versicherte Person, die volle, nicht finanzierte Leistung verlange. Die Sicherstellung von Leistungen der Geschäftsinhaber bzw. der leitenden Angestellten werde in solchen Fällen gestützt auf Art. 56 Abs. 5 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) abgelehnt.

Ferner machte der Sicherheitsfonds geltend, die Pensionskasse habe bis zum Tode der Gesellschafterin keine Kenntnis gehabt über den Bestand der versicherungspflichtigen Arbeitnehmer. Daher hätte sie die Beiträge rückwirkend über zehn Jahre also bis zum Juli 2004 nachfordern und im Konkurs eingeben können. Indem sie dies unterlassen habe, habe sie ihre Schadenminderungspflicht verletzt. Gleiches gelte hinsichtlich des Um-

standes, dass sie den Hinterbliebenen der Gesellschafterin ein Todesfallkapital bezahlt habe, statt die Leistung mit den ausstehenden Beiträgen zu verrechnen. Die Gesellschafterin habe der Pensionskasse nämlich einen Schaden verursacht, indem sie nicht dafür besorgt gewesen sei, dass die BVG-Beiträge entrichtet worden seien. Die Schadenersatzpflicht sei auf die Hinterlassenen übergegangen, weshalb die beiden Forderungen hätten verrechnet werden können.

F.

Mit Eingabe vom 17. Oktober 2016 gelangte die Pensionskasse (nachfolgend auch Beschwerdeführerin) an das Bundesverwaltungsgericht und beantragt sinngemäss, Ziff. 2 der Verfügung vom 26. September 2016 sei aufzuheben, und der Sicherheitsfonds sei zu verpflichten, der Beschwerdeführerin Fr. 43'993.65 zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Sicherheitsfonds.

Die Beschwerdeführerin begründet ihre Anträge insgesamt damit, dass sich Art. 56 Abs. 5 BVG nicht auf das missbräuchliche Verhalten des Arbeitgebers bzw. dessen Geschäftsführers beziehe, sondern auf das Verhalten der Vorsorgeeinrichtung. Selbst wenn Art. 56 Abs. 5 BVG auf das Verhalten der Gesellschafterin anwendbar wäre, so sei diese eine Drittperson, für deren Verhalten sie, die Beschwerdeführerin, keine Verantwortung trage.

Der Verweis in der angefochtenen Verfügung auf die Mitteilung des Bundesamtes für Sozialversicherung (nachfolgend BSV) Nr. 101 vom 27. September 2007 N. 600 sei unbehelflich, da es sich hierbei lediglich um eine vom BSV geäusserte Meinung handle, nicht um ein Gerichtsurteil oder eine Lehrmeinung. Ausserdem hätten die Mitteilungen des BSV grundsätzlich keinen Weisungscharakter.

Eine Kürzung der Insolvenzeleistungen sei, wenn überhaupt, nur in der Höhe der Konkursdividende für die Sparbeiträge 2004 bis 2008 zulässig.

Eine weitere Verletzung der Schadenminderungspflicht sei nicht gegeben, da eine Verrechnung der ausstehenden Beiträge mit dem Todesfallkapital mangels Gegenseitigkeit der Forderungen nicht möglich gewesen wäre. Ausserhalb eines Konkurses seien die Gesellschaftsgläubiger zu einer Klage nach Art. 754 OR nicht aktivlegitimiert, womit auch kein Anspruch bzw. Schadenersatzforderung der Beschwerdeführerin aus Art. 754 OR ge-

geben gewesen wäre. Auch im Konkurs selber habe der einzelne Gläubiger keinen individuellen Anspruch gegen die verantwortlichen Organe, sondern bloss einen Anspruch gegen die Konkursmasse auf anteilmässige Befriedigung aus deren Aktiven.

G.

Mit Vernehmlassung vom 25. November 2016 beantragt der Sicherheitsfonds (nachfolgend auch Vorinstanz), die Beschwerde sei abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

Die Vorinstanz begründet ihren Abweisungsantrag im Wesentlichen damit, dass sich Art. 56 Abs. 5 BVG keineswegs ausschliesslich auf das missbräuchliche Verhalten der Vorsorgeeinrichtung, sondern in erster Linie auf jenes der angeschlossenen Arbeitgeber beziehe. Der Beschwerdeführerin werde das missbräuchliche Verhalten der Gesellschafterin nicht angerechnet. Von der Leistungsablehnung betroffen sei denn auch nicht die Pensionskasse, sondern die sich missbräuchlich verhaltende Gesellschafterin. Es obliege der Pensionskasse, den nicht sichergestellten Betrag vom Freizügigkeitsguthaben der Gesellschafterin in Abzug zu bringen. Im Konkurs der Gesellschaft stehe es vorab der Konkursverwaltung zu, Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger geltend zu machen. Verzichte jedoch die Konkursverwaltung darauf, so sei hierzu jeder Gläubiger berechtigt, wobei das Ergebnis vorab zur Deckung der Forderung der klagenden Gläubiger verwendet werde. Ferner könne ein Gläubiger verlangen, dass eine bereits gelöschte Gesellschaft wieder in das Handelsregister eingetragen werde. Die Pensionskasse hätte die Todesfalleistung mit den ausstehenden Beiträgen verrechnen können; zumindest hätte sie vor der Auszahlung weitere Abklärungen vornehmen müssen.

Auf die einzelnen Vorbringen der Verfahrensbeteiligten wird nachfolgend insoweit eingegangen, als dies für den Entscheid wesentlich ist.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

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 N. 10). Die Beschwerdeführerin ficht die Verfügung des Sicherheitsfonds vom 26. September 2016 insoweit an, als die Sicherstellung der Leistungen für die Gesellschafterin abgelehnt wird. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts ist somit gegeben.

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

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 i.V.m. Art. 37 VGG). Auch diese Voraussetzungen erfüllt die Beschwerdeführerin.

1.3 Auf die im Übrigen frist- und formgerecht (vgl. Art. 50 und Art. 52 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG) eingereichte Beschwerde ist demnach einzutreten.

2.

2.1 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, was vorliegend nicht der Fall ist (Art. 49 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG).

2.2 Im Beschwerdeverfahren gilt 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 mit Hinweis; MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 2. Aufl. 2013, N. 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 Entscheidung im Ergebnis mit einer von der Vorinstanz abweichenden Begründung bestätigen kann (sog. Motivsubstitution; vgl. BVGE 2007/41 E. 2 mit Hinweisen).

2.3

2.3.1 Das Gesetz ist nach ständiger Rechtsprechung in erster Linie aus sich selbst heraus auszulegen, das heisst, nach dem Wortlaut, Sinn und Zweck und den ihm zugrunde liegenden Wertungen auf der Basis einer teleologischen Verständnismethode. Die Gesetzesauslegung hat sich vom Gedanken leiten zu lassen, dass nicht schon der Wortlaut die Norm darstellt, sondern erst das an Sachverhalten verstandene und konkretisierte Gesetz. Gefordert ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis der ratio legis. Dabei befolgt das Bundesgericht einen pragmatischen Methodenpluralismus und lehnt es namentlich ab, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen (BGE 143 IV 49 E. 1.4.1 mit Hinweisen).

2.3.2 Verwaltungsverordnungen, worunter auch die hiervor genannten BVG-Mitteilungen des BSV fallen, sind Meinungsäusserungen der Verwaltung über die Auslegung der anwendbaren Gesetzesbestimmungen. Sie sollen eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherstellen und sind für die als eigentliche Adressaten figurierenden Verwaltungsbehörden verbindlich, wenn sie nicht klarerweise einen verfassungs- oder gesetzwidrigen Inhalt aufweisen. Nicht verbindlich sind Verwaltungsverordnungen dagegen für die Justizbehörden, deren Aufgabe es ist, die Einhaltung von Verfassung und Gesetz im Einzelfall zu überprüfen. Die Gerichte sollen Verwaltungsverordnungen bei ihrem Entscheid allerdings mitberücksichtigen, sofern diese eine dem Einzelfall angepasste und gerecht werdende Auslegung der anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen zulassen. Dies gilt umso mehr, als es nicht die Aufgabe der Gerichte ist, als Zweitinterpreten des der Verwaltungsverordnung zugrunde liegenden Erlasses eigene Zweckmässigkeitsüberlegungen an die Stelle des Vollzugskonzepts der zuständigen Verwaltungsbehörde zu setzen

(siehe zum Ganzen anstelle aller Urteil des BVGer A-5524/2015 vom 1. September 2016 E. 3.3.3 mit Hinweisen).

3.

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 materiel-ler 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).

3.1 Der Sicherheitsfonds stellt zum einen die *gesetzlichen* Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen oder im Falle von vergessenen Guthaben liquidierte(r) 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).

3.2 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; in Kraft seit 1. Januar 2012).

Der Begriff des einzelnen *Vorsorgewerkes* findet sich in Art. 56 Abs. 3 BVG erst seit 1. Januar 2012 und ersetzt den vormaligen Ausdruck *Versicherungskollektiv* (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* sei als neutraler, einheitlicher Begriff für die beim gleichen Arbeitgeber angestellte Versichertengruppe zu definieren (Botschaft 2008 S. 8462).

Damit ist klargestellt, dass weiterhin auch Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen die Sicherstellung beantragen können (zur Ausdehnung der Sicherheitsansprüche auf Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen siehe KRISTIN M. LÜÖND, *Der Sicherheitsfonds BVG*, 2004, S. 52 ff.).

Weiter ist zu folgern, dass bei Sammel- und Gemeinschaftsstiftungen jeder Anschlussvertrag gesondert zu betrachten ist und die im Rahmen des gleichen Anschlussvertrages angeschlossenen Unternehmungen als Versichertenkollektiv bzw. nunmehr als Vorsorgewerk im Sinne von Art. 56 Abs. 3 BVG zu betrachten sind. Bei Gemeinschaftsstiftungen kann die gesonderte Rechnungsführung über die Finanzierung, Leistung und Vermögensverwaltung hierbei im Nachhinein über die sog. Rückwärtsmethode erfolgen (vgl. LÜÖND, a.a.O., S. 53 f.).

3.3 Gestützt auf Art. 56 Abs. 4 BVG regelte der Bundesrat weitere Leistungsvoraussetzungen in der Verordnung vom 22. Juni 1998 über den Sicherheitsfonds BVG (SFV; SR 831.432.1; daselbst Art. 24 bis 26a):

3.3.1 *Antragstellerin* ist die zahlungsunfähig gewordene Vorsorgeeinrichtung oder die Rechtsträgerin des insolvent gewordenen Versichertenkollektivs (Art. 24 Abs. 1 SFV).

In Art. 24 Abs. 1 SFV wird demnach der Begriff *Versichertenkollektiv* weiterhin verwendet, wenngleich auch lediglich zur näheren Spezifizierung des Begriffes *Rechtsträger*. Mit Bezug auf Gemeinschaftsstiftungen ist dennoch davon auszugehen, dass nur die Vorsorgestiftung als Antragstellerin für die Sicherstellung von Leistungen in Frage kommt. Insoweit umfasst der Begriff *Versichertenkollektiv* in diesem Zusammenhang diejenigen Versicherten, die im Rahmen eines einzelnen Anschlussvertrages bei der Gemeinschaftsstiftung versichert sind.

3.3.2 *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).

Das Bundesgericht hat unlängst entschieden, dass es sich bei den Voraussetzungen *Unmöglichkeit der Leistungserbringung* und *Sanierungsunfähigkeit* gemäss Art. 25 Abs. 1 SFV um kumulative Voraussetzungen handelt (BGE 143 V 219 E. 6.2.1 und 6.2.2 sowie 6.3).

In Art. 25 Abs. 1 SFV wird ebenfalls weiterhin zwischen *Vorsorgeeinrichtung* und *Versichertenkollektiv* unterschieden, desgleichen in Art. 25 Abs. 2 Bst. a und b SFV. Es werden damit zwei verschiedene Sachverhalte betrachtet. Bei einer Firmenvorsorgeeinrichtung steht die Leistungsfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung im Vordergrund; die Zahlungsfähigkeit der Arbeitgeberfirma ist irrelevant. Demgegenüber steht bei Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen die Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers im Vordergrund. Insoweit umfasst der Begriff *Versichertenkollektiv* in diesem Zusammenhang wiederum 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 (BVV2, SR 831.441.1) aufweisen (vgl. HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl. 2012 [nachfolgend BVG 2012], N. 1845), insbesondere wenn sich die Vermögensanlage unzureichend entwickelt.

Bei einer Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung sollen zudem allfällige freie Mittel nicht dafür verwendet werden, ausstehende Beiträge zahlungsunfähiger Arbeitgeber zu finanzieren (vgl. STAUFFER, BVG 2012, N. 1845). Insoweit ist bei einer Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtungen ein *Versichertenkollektiv nicht in der Lage, die fälligen Leistungen zu erbringen*, wenn diese nicht ausfinanziert sind, weil beispielsweise der Arbeitgeber die Beiträge schuldig geblieben ist.

Nicht mehr möglich ist die *Sanierung eines Versichertenkollektives* bei Sammel- oder Gemeinschaftsstiftungen, wenn über den Arbeitgeber ein Konkursverfahren oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist (Art. 25 Abs. 2 Bst. b SFV; BGE 143 V 219 E. 5.2). Indessen ist seit der Revision von Art. 25 Abs. 2 Bst. b SFV (in Kraft ab 1. Januar 2012) nicht mehr erforderlich, dass *der Arbeitgeber mit der Prämienzahlung in Verzug sein müsse* (zur früheren Rechtslage vgl. LÜÖND, a.a.O., S. 56). Damit sollte eine frühere Ungleichbehandlung zwischen Vorsorgeeinrichtungen und den Versichertenkollektiven beseitigt werden (vgl. hierzu auch LÜÖND, a.a.O., S. 56).

3.3.3 Die Aufsichtsbehörde *bestätigt* zuhanden des Sicherheitsfonds, dass über die Vorsorgeeinrichtung ein Liquidations- oder Konkursverfahren oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist (Art. 24 Abs. 2 SFV).

In einem obiter dictum beurteilte das Bundesgericht die Frage, ob bezüglich eines *Versichertenkollektivs* ein formeller Aufhebungsakt erforderlich sei oder der Sicherheitsfonds bei derartigen Vorsorgewerken ohne Vorentscheid der Aufsichtsbehörde Leistungen sicherstellen könne, in dem Sinne dass Art. 24 Abs. 2 SFV dem Wortlaut nach auf Vorsorgeeinrichtungen beschränkt sei (BGE 143 V 219 E. 8.4).

3.3.4 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 bzw. 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 des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] C 233/02 vom 14. Mai 2003 E. 3.2 am Ende, die sich allerdings noch auf das früher geltende Recht bezieht).

3.4 Der Sicherheitsfonds gewährt keine Sicherstellung von Leistungen, soweit seine Leistungen missbräuchlich in Anspruch genommen werden (Art. 56 Abs. 5 BVG). Diese Bestimmung ermöglicht es dem Sicherheitsfonds, die Sicherstellung von obligatorischen bzw. überobligatorischen Leistungsversprechen auszusetzen (BGE 141 V 650 E. 5.3.2). Wann dies der Fall ist, muss durch Auslegung ermittelt werden (E. 2.3.1).

3.4.1 Art. 56 Abs. 5 BVG wurde 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 und der Stellungnahme des Bundesrates vom 15. November 1995 lassen sich keine Anwendungsfälle entnehmen.

3.4.2 Keine markant weiterführenden Aussagen lassen sich sodann auch den Mitteilungen über die berufliche Vorsorge des BSV entnehmen (zu deren möglicher allgemeiner Tragweite oben E. 2.3.2). Diese führen auf ihrem Deckblatt regelmässig den Hinweis, dass ihr Inhalt nur dann als Weisung gilt, wenn dies im Einzelfall ausdrücklich gesagt wird. Wohl ist nicht ausgeschlossen, dass sich aufgrund einer Meinungsäusserung des BSV eine Anwendungspraxis entwickelt. Eine solche ist jedoch nur mit Bezug auf den Sicherheitsfonds als Bundesbehörde gegeben.

Die Mitteilung des BSV Nr. 101 vom 27. September 2007 N. 600 bezieht sich in erster Linie auf die Frage der Leistungsbeschränkung durch die Vorsorgeeinrichtung im Falle von Beitragsausständen der Arbeitgeberunternehmung und erachtet eine solche als zulässig, wenn der Sicherheitsfonds in Anwendung von Art. 56 Abs. 5 BVG eine Sicherstellung abgelehnt hat. Die Mitteilung betrifft demzufolge die Verrechnungsmöglichkeit für Vorsorgeeinrichtungen. Zu einer allfälligen Praxis des Sicherheitsfonds äussert sie sich damit lediglich indirekt.

3.4.3 Indessen hat sich die Vorinstanz selber in der Vernehmlassung explizit dahingehend geäussert, dass sie praxismässig die Sicherstellung für Leistungen gegenüber Geschäftsinhabern und leitenden Angestellten verweigere, falls diese die Beiträge nicht bezahlt hätten, obwohl sie dies hätten veranlassen können und anschliessend als versicherte Person, die volle, nicht finanzierte Leistung verlangten. Erfolge die Beitragszahlung über einen längeren Zeitraum nicht, so sei davon auszugehen, dass entweder überhaupt keine berufliche Vorsorge gewollt sei, oder die Beiträge nicht entrichtet würden, weil die Versicherung durch den Sicherheitsfonds garantiert sei.

Von Bedeutung erweist sich diese Praxis vor allem im Zusammenhang mit Zwangsanschlüssen bei der Auffangeinrichtung (zum Schadenersatzanspruch der Auffangeinrichtung gegenüber dem Sicherheitsfonds siehe Art. 72 Abs. 2 und 3 BVG und Art. 4 der Verordnung vom 28. August 1984 über die Ansprüche der Auffangeinrichtung der beruflichen Vorsorge, VOAA, SR 831.434). Sie wird damit begründet, dass es nicht angehe, dass die Allgemeinheit dem Versicherten die Leistung finanziere, wenn er selber dafür die Verantwortung trägt, dass die hierfür geschuldeten Beiträge nicht

entrichtet wurden. Dem ist im Grundsatz nach zuzustimmen (anderer Meinung wohl STAUFFER, BVG 2012, N. 1850). Derselbe Gedanke greift auch beim freiwilligen Anschluss. Es ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass aufgrund besonderer Umstände im Einzelfall keine missbräuchliche Inanspruchnahme vorliegt.

3.5 Ansprüche gegenüber dem Sicherheitsfonds sind bei der Geschäftsstelle des Sicherheitsfonds in der von ihr 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 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).

4.

4.1 Im vorliegenden Fall handelt es sich bei der Beschwerdeführerin um eine sog. Gemeinschaftsstiftung und weiter um eine privatrechtliche Vorsorgeeinrichtung, wobei die hier betroffene Gesellschaft im Zusammenhang mit einer umfassenden Absicherung ihrer Arbeitnehmer gegen Krankheit, Unfall und Alter etc. unter anderem bei der Beschwerdeführerin die gesetzlichen BVG-Leistungen versichert hat. Die betroffene Gesellschaft ist ein einzelnes Vorsorgewerk im Sinne von Art. 56 Abs. 3 BVG (E. 3.2). Somit fällt der vorliegende Fall grundsätzlich in den Anwendungsbereich von Art. 56 Abs. 1 Bst. b BVG (E. 3.1).

Die Beschwerdeführerin ist als Gemeinschaftsstiftung grundsätzlich zur Beantragung der Sicherstellung berechtigt (E. 3.3.1). Sie konnte das Gesuch unabhängig von einer allfälligen Liquidationsmeldung seitens der Auffangrichtung stellen (E. 3.3.3).

Sowohl die Hinterlassenenleistung (betreffend die Gesellschafterin) wie auch die Austrittsleistung (betreffend den ehemaligen Mitarbeiter) waren bereits vor der Einreichung des Gesuches am 16. März 2016 fällig gewesen (E. 3.3.2).

Gemäss der Jahresrechnung der Pensionskasse 2015, die auch die Vorjahreszahlen enthält, betrug der Deckungsgrad der Gemeinschaftsstiftung 124,8% (2015) und 115,6% (2014). Damit liegt kein Anwendungsfall von Art. 25 Abs. 2 Bst. a SFV vor.

Für die hier betroffene angeschlossene Gesellschaft ergab offenbar eine nachträgliche Rückwärtsrechnung, dass die Arbeitgeberin während mehrerer Jahre keine BVG-Beiträge entrichtet hatte. Damit war das einzelne Vorsorgewerk im Sinne von Art. 56 Abs. 3 BVG mit Bezug auf die fälligen Leistungen im Zeitpunkt der Auszahlung nicht ausreichend finanziert gewesen. Die unzureichende Finanzierung konnte auch im Konkurs lediglich im Umfang einer bescheidenen Konkursdividende beseitigt werden. Damit war die Erbringung der Leistungen im Sinne von Art. 25 Abs. 1 SFV aus den Mitteln des einzelnen Vorsorgewerkes nicht möglich (E. 3.3.2) und mussten die Leistungen faktisch durch die Beschwerdeführerin bzw. deren Mittel finanziert werden.

Die Gesellschaft war im Zeitpunkt der Gesuchstellung im Handelsregister bereits gelöscht. Demzufolge war und ist eine Sanierung des Versichertenkollektivs nicht mehr möglich und ist die Voraussetzung von Art. 25 Abs. 2 Bst. b SFV erfüllt (E. 3.3.2).

Der Konkurs der Gesellschaft war bei Einreichung des Sicherstellungsge-suches vom 16. März 2016 bereits durchgeführt und die Gesellschaft im Handelsregister gelöscht. Insoweit erübrigt sich eine provisorische Bevorschussung des Fehlbetrages während des Liquidations- bzw. Konkursverfahrens nach Art. 26 Abs. 1 SFV und ist einzig eine definitive Sicherstellung, mithin ein nachträglicher Ersatz des Fehlbetrages zu prüfen (Art. 26 Abs. 2 SFV; vgl. zu Unterscheidung zwischen provisorischer und definitiver Sicherstellung BGE 132 V 127 E. 4.1 und 4.2, die sich allerdings noch auf das frühere Recht bezogen).

4.2

4.2.1 Die Vorinstanz verweigert indes in Anwendung von Art. 56 Abs. 5 BVG die definitive Sicherstellung im Umfang der Leistungen an die Hinterlassenen der Gesellschafterin und macht damit einen Missbrauchsfall geltend. Sie sieht den Missbrauch darin, dass die verstorbene Gesellschafterin als Geschäftsführerin die Melde- und Beitragspflichten gegenüber der Pensionskasse verletzt habe.

4.2.2 Auf den ersten Blick entspricht die Verweigerung dem Grundgedanken, dass die Allgemeinheit nicht für die Versäumnisse des Geschäftsinhabers bzw. der leitenden Angestellten einer Gesellschaft aufkommen soll (E. 3.4.2). Zwar liegt im vorliegenden Fall kein Zwangsanschluss an die Auffangeinrichtung zur Diskussion, doch sind auch bei einem freiwilligen Anschluss die Interessen der Allgemeinheit bzw. der übrigen Versicherten

hoch zu gewichten (vgl. 3.4.3). Allerdings erweist sich der vorliegende Fall in mehreren Punkten als einzigartig, wie nachfolgend zu zeigen ist.

4.2.3

4.2.3.1 Nach der Sachdarstellung der Pensionskasse war die Gesellschafterin bis zum 30. November 2003 bei der Gesellschaft angestellt gewesen. Ein Austritt sei nicht gemeldet worden, weshalb sie, die Pensionskasse, erst im Jahre 2008 festgestellt habe, dass die Gesellschafterin bei ihr noch über ein Altersguthaben verfügt habe. Dieses sei am 23. Mai 2008 an die Stiftung Auffangeinrichtung überwiesen worden. Ob und warum die Anstellungen ab 1. Januar 2004 im System nicht erfasst und auch keine BVG-Beitragsrechnungen gestellt worden seien, könne leider nicht mehr nachvollzogen werden. Erst mit der Todesfallmeldung sei zutage gekommen, dass die Gesellschaft über beitragspflichtiges Personal verfügt habe und seit dem 1. Januar 2004 keine Rechnungen mehr gestellt worden seien (vgl. E-Mail vom 23. März 2016).

4.2.3.2 Diesbezüglich ist vorab festzustellen, dass weder Ein- noch Austrittsmeldungen für die Angestellten der Gesellschaft aktenkundig sind. Mit Bezug auf die Gesellschafterin erweist sich dies jedoch als unerheblich. Zwar soll gemäss Sachdarstellung der Beschwerdeführerin das erste Arbeitsverhältnis der Gesellschafterin per 30. November 2003 beendet worden sein. Indessen erscheint dies als zweifelhaft, nachdem sie bisher als Mitgesellschafterin im Handelsregister eingetragen war und im Sommer 2004 als alleinige Gesellschafterin und Geschäftsführerin im Handelsregister weitergeführt wurde. Gemäss der AHV-Lohnbescheinigung 2004 wurde der Gesellschafterin ab 1. Januar 2004 ein Lohn ausgerichtet, mithin war die Gesellschafterin auch de facto für die Gesellschaft tätig. Insoweit liegt keine unentschuldbare Eintritts-Meldepflichtverletzung vor.

4.2.3.3 Somit bleibt zu prüfen, ob bezüglich der Lohnmeldungen betreffend die Gesellschafterin eine unentschuldbare Meldepflichtverletzung ihrerseits vorgelegen hat.

Nach Angaben der Beschwerdeführerin wurden die bis 31. Dezember 2003 geschuldeten BVG-Beiträge bezahlt. Damit hatte die Beschwerdeführerin Kenntnis von der bisherigen Lohnhöhe der Gesellschafterin. Unklar ist, ob sich der Lohn der Gesellschafterin per 1. Januar 2004 geändert hat. Erstellt ist jedoch eine Erhöhung im Jahre 2010.

In diesem Zusammenhang fällt jedoch in Betracht, dass der Anschluss der hier betroffenen Gesellschaft im Rahmen einer *Globalversicherung* erfolgte, welche auch ein Leistungspaket BVG umfasste. Ferner ermächtigte der Arbeitgeber die zuständige AHV-Ausgleichskasse, alle notwendigen Daten, die für die „Globalversicherung“ notwendig sind, der Beschwerdeführerin zu liefern, während das Prämieninkasso durch die Beschwerdeführerin erfolge und die Rechnungsstellung nach Ablauf des Versicherungsjahres vorgenommen und deshalb ein nachschüssiger Zins erhoben werde (vgl. undatierte Anschlussvereinbarung per 1. Januar 2005, Anschlussvereinbarung vom 17. Dezember 2013; vgl. auch Art. 6, 17, 39, 44 Abs. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen [AGB] für die Globalversicherungen für Arbeitnehmende der Beschwerdeführerin, allerdings in der seit 1. Januar 2017 geltenden Version). Ob damit die Pensionskasse aus eigenem Antrieb die für die Beitragserhebung erforderlichen Daten bei der Ausgleichskasse in Erfahrung bringt, ergibt sich daraus nicht. Allerdings ist auch das Gegenteil auch nicht ausgeschlossen.

Gemäss dem einzig aktenkundigen Vorsorgereglement 2014 entspricht bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern der Jahreslohn dem AHV-Lohn des entsprechenden Jahres gemäss der AHV-Deklaration. Demgegenüber gilt bei selbständig Erwerbenden das der Personalvorsorge gemeldete Jahreseinkommen als Jahreslohn (Art. 6 Abs. 5 Vorsorgereglement 2014).

Aktuell führt die Beschwerdeführerin auf ihrer Homepage lediglich ein Lohnmeldeformular für austretende Angestellte (...; aufgerufen am 18. Januar 2018).

Alsdann hatte die Pensionskasse nach ihrer Sachdarstellung die Rechnungsstellung ausgelagert (vgl. E-Mail vom 23. März 2016).

Ungeklärt und im vorliegenden Fall auch nicht weiter dokumentiert sind sodann die Umstände betreffend das Altersguthaben (wohl aus den Jahren 2002 und 2003) der Gesellschafterin, das im Jahre 2008 an die Auffangeinrichtung überwiesen wurde.

Die vorliegenden Gegebenheiten sind in ihrer Gesamtheit derart ungewöhnlich, dass eine unentschuld bare Lohn-Meldepflichtverletzung der Gesellschafterin für ihren eigenen Lohn weder erstellt ist, noch eine allfällige derartige Meldepflichtverletzung allein ursächlich für die sie betreffenden BVG-Beitragsausstände gewesen wäre. Damit lässt sich aufgrund der BVG-Beitragsausstände nicht schliessen, dass überhaupt keine berufliche

Vorsorge gewollt gewesen sei oder dass die Beiträge nicht entrichtet worden seien, weil die Versicherung durch den Sicherheitsfonds garantiert gewesen sei. Die entsprechende Schlussfolgerung der Vorinstanz ist nicht gerechtfertigt. Infolgedessen liegt auch kein Fall im Sinne der vorinstanzlichen Praxis vor.

Zudem ist für die nachschüssig zu entrichtenden Beiträge 2014 – die damit erst nach dem Tode der Gesellschafterin ermittelt und in Rechnung gestellt werden konnten – ein Missbrauch im Sinne der Praxis der Vorinstanz ohnehin zum vornherein zu verneinen.

Demzufolge liegt bei der vorliegend einzig zu beurteilenden konkreten Konstellation mit Bezug auf die Sicherstellung der Leistungen für die Gesellschafterin kein Fall im Sinne der Verwaltungspraxis der Vorinstanz vor (E. 3.4.3). Damit erübrigt es sich, die Rechtmässigkeit der Verwaltungspraxis im Detail zu prüfen.

4.3

4.3.1 Die Vorinstanz verweigert die Sicherstellung der Leistungen betreffend die Gesellschafterin sodann mit dem Argument, die Beschwerdeführerin habe ihre Schadenminderungspflicht verletzt, indem sie die Beiträge für die Jahre 2004 bis 2008 und 2014 weder in Rechnung gestellt noch im Konkurs der Gesellschaft geltend gemacht habe. Sie betrachtet ein solches Verhalten der Pensionskasse ebenfalls als missbräuchliche Inanspruchnahme der Leistungen des Sicherheitsfonds.

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, dass die Beiträge 2004 bis 2008 bei Konkurseröffnung bereits verjährt gewesen seien und selbst eine Eingabe im Konkurs letztlich gleichwohl zu einem Verlust geführt hätte. Allenfalls sei die Sicherstellung für die Gesellschafterin um die darauf entfallende mutmassliche Konkursdividende zu kürzen.

4.3.2 Das Konzept der Sicherstellung durch den Sicherheitsfonds dient der Vorsorge der Versicherten, nicht aber der Schadloshaltung der Pensionskasse (E. 3.3.4). Aufgrund des Vorsorgezweckes muss es grundsätzlich dennoch möglich sein, Leistungen sicherstellen zu lassen, die von der Pensionskasse bereits an die Versicherten ausbezahlt worden sind. Insoweit führt die nachträgliche Sicherstellung im Sinne von Art. 56 Abs. 1 Bst. b BVG zwar zu einer Art „Schadenersatz“, sie unterliegt jedoch den gleichen

Voraussetzungen und erfolgt im gleichen Umfang wie eine vorgängige Sicherstellung. Insoweit stellt sich die Frage nach einer Schadenminderungspflicht nicht.

Eine Schranke ergibt sich indessen aus dem Missbrauchsvorbehalt in Art. 56 Abs. 5 BVG (E. 3.4). Hierbei kann nicht nur das Verhalten des Arbeitgebers, sondern auch das Verhalten einer Pensionskasse kritisch geprüft werden. Eine Gemeinschaftsstiftung, die es aufgrund organisatorischer Mängel unterlässt, dem Arbeitgeber die Beiträge in Rechnung zu stellen und auch weitere Einforderungshandlungen vorzunehmen, verletzt ihre Inkassopflicht. Ob bei einer solchen Verletzung der Inkassopflicht, die dem Versicherten erbrachten Leistungen aus Mitteln des Sicherheitsfonds oder der Gemeinschaftsstiftung zu garantieren sind, ergibt sich aus den Umständen im Einzelfall.

Zwar mutet es vorliegend seltsam an, dass die Anschlussverträge mehrmals erneuert wurden, ohne dass offenbar anschliessend die Beitragserhebung geprüft und überwacht wurde. Dies gilt umso mehr, als offenbar im Jahre 2008 ein Altersguthaben der Gesellschafterin entdeckt worden war. Nicht auszuschliessen ist daher, dass die fehlende Beitragserhebung in einer vormals mangelhaften Kommunikation zwischen den verschiedenen Akteuren der Globalversicherung begründet ist. Fragen liesse sich auch, ob die Beiträge auf der bisherigen Lohnsumme hätten erhoben werden können. Letztlich sind jedoch die Gründe für die unterlassene bzw. verspätete Rechnungsstellung durch die Pensionskasse ebenso wenig geklärt und ist damit eine allfällige Inkassopflichtverletzung ebenso wenig erstellt (E. 4.2.3). Demzufolge darf der Pensionskasse durch die unterlassene bzw. verspätete Rechnungsstellung kein Nachteil erwachsen.

Auch gereicht es der Pensionskasse nicht zum Nachteil, dass sie die – ihrer Ansicht nach verjährten – Beiträge 2004 bis 2008 im Konkurs der Gesellschaft nicht geltend gemacht hat, erscheint doch diese Rechtsauffassung in casu durchaus vertretbar und hätte sich der Fehlbetrag bestenfalls unwesentlich reduziert. Mit Bezug auf die Beiträge 2014 ist ein Missbrauch ebenfalls zu verneinen. Diese Beiträge sind nachschüssig zu bezahlen gewesen und die Beschwerdeführerin hat sich nach ihrer Sachdarstellung bei der Gesellschaft um die Ermittlung bemüht. Dass ihr Bemühen ohne Erfolg geblieben ist, kann ihr nicht angelastet werden. Angesichts des Todesfalls ist es der Pensionskasse auch nicht vorzuwerfen, dass sie nicht auf das frühere Lohnbetreffnis abgestellt hat. Infolgedessen kann ihr auch nicht angelastet werden, dass sie diese Beiträge nicht im Konkurs eingegeben hat.

Insoweit erfüllt im hier einzig zu beurteilenden Fall betreffend die Gesellschafterin weder die verspätete Rechnungsstellung für die Jahre 2009 bis 2013 noch die unterlassene Rechnungsstellung für die Jahre 2004 bis 2008 und 2014 noch die unterbliebene Konkurseingabe den Missbrauchstatbestand von Art. 56 Abs. 5 BVG.

4.4

4.4.1 Die Vorinstanz begründet die Ablehnung der Sicherstellung der Leistungen betreffend die Gesellschafterin schliesslich auch damit, dass es die Beschwerdeführerin unterlassen habe, die Todesfalleistung um die ausstehenden Beiträge zu kürzen. Sinngemäss verlangt sie, dass die Beschwerdeführerin die Todesfalleistung an die Begünstigten mit Schadenersatzansprüchen aus Verantwortlichkeit gegenüber der verstorbenen Gesellschafterin verrechnet und wirft der Beschwerdeführerin eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vor.

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, dass eine Verrechnung ohnehin nicht zulässig gewesen wäre.

4.4.2 Auch dieser Vorwurf erweist sich im vorliegenden Fall unter dem Aspekt von Art. 56 Abs. 5 BVG als unberechtigt:

Vorab ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass der Vorsorgefall (Tod) bereits eingetreten ist. Es liegt somit seitens der Pensionskasse eine fällige Vorsorgeleistung vor, die der Verrechnung nach Art. 120 ff. OR grundsätzlich zugänglich wäre (vgl. STAUFFER, BVG 2012, N. 1094).

Beitragsschuldnerin gegenüber der Pensionskasse war die hier betroffene Gesellschaft, nicht aber ihre Gesellschafterin bzw. Geschäftsführerin (vgl. Art. 66 Abs. 2 BVG). Insoweit würde es bereits an der Gegenseitigkeit der Forderungen fehlen.

4.4.3 Was das Ansinnen der Vorinstanz betrifft, dass die Pensionskasse ihre Beitragsforderung mit Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber der Geschäftsführerin verrechne (Art. 827 i.V.m. 754 Abs. 1 OR), so ist dazu Folgendes auszuführen:

Soweit Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaft gegenüber der Geschäftsführerin in Frage stehen, ist nicht zum vornherein ersichtlich, worin der Schaden der Gesellschaft bestehen würde, nachdem die Gesellschaft

selber die Beiträge schuldig geblieben ist. Die Frage, inwieweit solche Verantwortlichkeitsansprüche auf die Beschwerdeführerin übergegangen sind, braucht somit nicht mehr geprüft zu werden.

Soweit Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschafter gegenüber der Geschäftsführerin in Frage stehen, fällt ein derartiger Anspruch zum vornherein ausser Betracht, da im hier massgeblichen Zeitraum die einzige Gesellschafterin mit der Geschäftsführerin identisch war. Damit kann die Frage offen bleiben, inwieweit solche Ansprüche auf die Pensionskasse übergegangen sind.

Soweit Verantwortlichkeitsansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegenüber der Geschäftsführerin in Frage stehen, so können solche nur insoweit anfallen, als durch das Verhalten der Geschäftsführerin der Gesellschaft selber ein Schaden entstanden ist (Art. 757 Abs. 1 OR). Auch insoweit ist nicht zum vornherein ersichtlich, worin der Schaden der Gesellschaft bestehen sollte, nachdem diese selber die BVG-Beiträge schuldig geblieben ist.

Andererseits steht dem Sicherheitsfonds mit Art. 56a Abs. 1 BVG (in der seit 1. Januar 2012 geltenden Fassung) eine Regressmöglichkeit gegenüber Personen zu, die für die Zahlungsunfähigkeit des Vorsorgewerks ein Verschulden trifft.

Die beantragte Sicherstellung – ohne vorgängige Verrechnung der ausstehenden Beitragsforderungen mit der Todesfallleistung – ist unter den gegebenen Umständen nicht missbräuchlich im Sinne von Art. 56 Abs. 5 BVG.

Demzufolge hat die Vorinstanz die (definitive) Sicherstellung der Leistung für die Gesellschafterin zu Unrecht verweigert.

4.5 Da die Vorinstanz im angefochtenen Entscheid die Sicherstellung abgelehnt hat, blieb somit die Höhe der Sicherstellung für die Leistungen betreffend die Gesellschafterin noch ungeprüft. Die Sache ist daher an die Vorinstanz zurückzuweisen, insbesondere da das ursprüngliche Sicherstellungsbegehren für alle Angestellten in der Höhe von Fr. 50'514.96 nicht näher substantiiert wurde. Hierbei wird sie auch die bis anhin noch nicht berücksichtigte Konkursdividende in Abzug zu bringen haben.

5.

5.1 Bei diesem Verfahrensausgang hat die Beschwerdeführerin als obsiegend zu gelten, da die Verfügung im angefochtenen Punkt aufzuheben ist und die Rückweisung insoweit als Obsiegen gilt. Auf die Erhebung von Verfahrenskosten ist demnach in Anwendung von Art. 63 Abs. 1 und Abs. 2 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG zu verzichten. Der Beschwerdeführerin ist der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 4'400.- nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Entscheids zurückzuerstatten.

5.2 Da die als obsiegend geltende Beschwerdeführerin durch ihre Geschäftsführenden vertreten ist, hat sie keinen Anspruch auf eine Parteient-schädigung (vgl. Art. 64 Abs. 1 VwVG i.V.m. Art. 37 VGG; Art. 7 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 e contrario und Art. 9 Abs. 2 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht, VGKE, SR 173.320.2).

(Für das Dispositiv wird auf die nächste Seite verwiesen).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen.

2.

Ziff. 2 der Verfügung der Vorinstanz vom 26. September 2016 wird aufgehoben und die Sache wird zur Berechnung der Höhe der Sicherstellung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

3.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der Kostenvorschuss von Fr. 4'400.- wird nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils an die Beschwerdeführerin zurückerstattet.

4.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- die Beschwerdeführerin (Gerichtsurkund)
- die Vorinstanz (Ref-Nr. ...; Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)
- die Oberaufsichtskommission BVG (Gerichtsurkunde)

(Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.)

Der vorsitzende Richter:

Die Gerichtsschreiberin:

Michael Beusch

Monique Schnell Luchsinger

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 BGG). 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: