



Abteilung III
C-2388/2006/⟨ABR⟩
{T 0/2}

Urteil vom 9. September 2009

Besetzung

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

Parteien

F._____,
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur.
Stephan K. Nyffenegger, Nyffenegger Rechtsanwälte,
Kuttelgasse 4, 8001 Zürich,
Beschwerdeführer,

gegen

Sicherheitsfonds BVG, Geschäftsstelle, Postfach 1023,
3000 Bern 14,
Vorinstanz

Winterthur-Columna, Sammelstiftung 2. Säule,
Zürich, c/o AXA Leben AG, Paulstrasse 9, Postfach 300,
8401 Winterthur,
Beschwerdegegnerin,

Gegenstand

Ausrichtung von Insolvenzleistungen durch den
Sicherheitsfonds an das Versichertenkollektiv der Firma
X.____AG bei der Winterthur-Columna,
Sammelstiftung 2. Säule; Verfügung des Sicherheitsfonds
BVG vom 26. Oktober 2005.

Sachverhalt:**A.**

Die Firma X._____AG in Z._____ (nachfolgend Arbeitgeberin oder Arbeitgeberfirma) schloss sich am 31. Dezember 1994 als Arbeitgeberin für die Durchführung der beruflichen Vorsorge der Winterthur-Columna, Stiftung für die berufliche Vorsorge der Winterthur (heute "Winterthur-Columna, Sammelstiftung 2. Säule", nachfolgend Beschwerdegegnerin) an.

Am 17. März 2004 wurde über die X._____AG der Konkurs eröffnet. Das Verfahren wurde mangels Aktiven eingestellt. Am 24. September 2004 wurde der Eintrag der Firma im Handelsregister gelöscht.

B.

Mit Eingabe vom 19. Juli 2005 stellte die Beschwerdegegnerin beim Sicherheitsfonds BVG (Vorinstanz) das Gesuch um Sicherstellung der Leistungen im Umfang der Altersguthaben gemäss Alterskonti von Fr. 37'343.- für das insolvent gewordene Versichertenkollektiv der X._____AG.

C.

Mit Verfügung vom 26. Oktober 2005 (act. B3/2) wies die Vorinstanz das Gesuch ab. Zur Begründung machte sie geltend, im Zeitpunkt der Konkurseröffnung habe das Versichertenkollektiv der X._____AG eine Unterdeckung aufgewiesen, weil der Arbeitgeber nicht alle geschuldeten Beiträge bezahlt habe. Dies habe F._____ in seiner Funktion als Verwaltungsratspräsident der X._____AG sowie Arbeitgebervertreter in der Personalvorsorgekommission des Versichertenkollektivs der X._____AG zu verantworten, weil er seinen Pflichten als Arbeitgeber für die Bezahlung der geschuldeten Beiträge an die Vorsorgeeinrichtung nicht nachgekommen sei. Somit sei der Beschwerdegegnerin ein Schaden entstanden. Den entsprechenden Anspruch aus Verantwortlichkeit habe diese inzwischen mit der bar ausbezahlten Freizügigkeitsleistung (Austrittsleistung) von F._____ von Fr. 57'322.20 vollumfänglich verrechnet. Nach erfolgter Verrechnung seien nun alle Versichertenleistungen der Versicherten der X._____AG gedeckt und damit die Voraussetzungen für die Sicherstellung durch den Sicherheitsfonds BVG nicht gegeben.

D.

Gegen diese Verfügung erhob F._____ (Beschwerdeführer) mit Eingabe vom 28. November 2005 (Poststempel) Beschwerde bei der Eidgenössischen Beschwerdekommision für die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (nachfolgend Eidgenössische Beschwerdekommision BVG; act. B 3). Weder könne ihm eine Pflichtverletzung zur Last gelegt werden, noch habe er sich anderweitig eines Gesetzesverstosses schuldig gemacht. Im Gegenteil habe der Beschwerdeführer alles unternommen, damit keine Mitarbeiter zu Schaden gekommen wären. Eine Sorgfaltspflichtverletzung liege nicht vor, weshalb die Schadenersatzforderung und damit auch die vorgenommene Verrechnung mit der bar ausbezahlten Freizügigkeitsleistung unbegründet sei. Deshalb habe die Vorinstanz die von der Beschwerdegegnerin ersuchte Sicherstellung der Leistungen zu erbringen.

E.

In ihrer Vernehmlassung vom 22. Dezember 2005 (act. B 7) beantragte die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung hielt sie an ihren Ausführungen in der angefochtenen Verfügung fest. Dabei hob sie noch hervor, dass die bestrittene Forderung aus Verantwortlichkeit begründet sei. Der Beschwerdeführer habe nämlich trotz verschiedener Mahnungen durch die Beschwerdegegnerin und auch nach Gewährung eines Zahlungsaufschubs die Bezahlung der geschuldeten Beiträge nicht veranlasst. Bei pflichtgemäsem Verhalten wäre der Schaden am Vorsorgewerk der X._____AG nicht entstanden. Auch habe der Beschwerdeführer schuldhaft gehandelt. Daraus ergebe sich eine Haftung nach BVG und eine solche als Organ (Verwaltungsrat) der X._____AG. Da der Beschwerdeführer seine Freizügigkeitsleistung in bar bezogen habe, sei die Verrechnung mit der Schadenersatzforderung zulässig. Zudem stellte die Vorinstanz den Verfahrens Antrag, die Beschwerdegegnerin zum Verfahren beizuladen, gehe es doch darum, die Zulässigkeit der von letzterer vorgenommenen Verrechnung zu beurteilen.

F.

Mit Verfügung vom 6. Januar 2006 (act. B 8) lud der Präsident der Eidgenössischen Beschwerdekommision BVG die Beschwerdegegnerin bei und gab ihr Gelegenheit, zur Beschwerde sowie zur Vernehmlassung der Vorinstanz Stellung zu nehmen.

G.

Dieser Einladung folgte die Beschwerdegegnerin mit Eingabe vom 20. Januar 2006 und nahm zur Beschwerde und vorinstanzlichen Vernehmlassung Stellung (act. B 12). Dabei beantragte sie die kostenfällige Abweisung der Beschwerde. Zur Begründung schloss sie sich der Vernehmlassung der Vorinstanz an. Ergänzend fügte sie hinzu, dass im Zeitpunkt der Konkureröffnung am 17. März 2004 die Arbeitgeberbeiträge für die Jahre zurück bis 2002 offen gewesen seien. Der Personalvorsorgekommission obliege, die Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge zu erheben und der Beschwerdegegnerin weiterzuleiten. Der Beschwerdeführer sei als Mitglied der Personalvorsorgekommission für diese Aufgabe verantwortlich gewesen, sei aber seinen Pflichten nicht nachgekommen, indem er die Prämien, trotz gewährten Aufschubs, nicht überwiesen habe, weshalb die Beschwerdegegnerin die Betreibung gegen die Arbeitgeberfirma habe einleiten müssen.

H.

Mit Verfügung vom 24. Januar 2006 (act. B 13) gab der Präsident der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Replik und teilte diesem mit, dass im Falle eines Schweigens der Schriftenwechsel als geschlossen zu erachten sei. Dieser liess sich innerhalb der angesetzten Frist nicht vernehmen.

I.

Mit Zwischenverfügung vom 3. März 2006 (act. B 15) hat der Präsident der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG den Beschwerdeführer zur Zahlung eines Kostenvorschusses von Fr. 2'500.- bis zum 27. März 2006 aufgefordert. Diesen hat der Beschwerdeführer am 27. März 2006 einbezahlt (act. B 17).

J.

Am 1. Januar 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht das bei der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG anhängig gemachte Verfahren übernommen.

K.

Mit Verfügung vom 23. März 2007 hat das Bundesverwaltungsgericht die Zusammensetzung des Spruchkörpers bekanntgegeben (act. 2). Innerhalb der angesetzten Frist sind keine Ausstandsbegehren eingegangen.

Mit Verfügung vom 28. Mai 2009 hat das Bundesverwaltungsgericht

eine Änderung in der Zusammensetzung des Spruchkörpers bekanntgeben (act. 4). Auch dagegen sind innerhalb der angesetzten Frist keine Ausstandsbegehren eingegangen.

L.

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

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Anfechtungsgegenstand ist vorliegend der Verwaltungsakt des Sicherheitsfonds BVG (Vorinstanz) vom 26. Oktober 2005. Mit dieser Entscheidung hat die Vorinstanz das Gesuch der Beschwerdegegnerin um Ausrichtung der Insolvenzleistungen gemäss Art. 56 Abs. 1 Bst. b und c des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG, SR 831.40) und Art. 26 der Verordnung vom 22. Juni 1998 über den Sicherheitsfonds BVG (SFV, SR 831.432.1) abgelehnt. Die Vorinstanz gilt gemäss Art. 54 Abs. 4 BVG als Behörde im Sinne von Art. 1 Abs. 2 Bst. e des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG, SR 172.021). Beim angefochtenen Verwaltungsakt handelt es sich folglich um eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG.

1.2 Beschwerden gegen Verfügungen des Sicherheitsfonds BVG beurteilte bis zum 31. Dezember 2006 gemäss Art. 74 Abs. 2 Bst. b BVG in der zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung die Eidgenössische Beschwerdekommision BVG. Die Beschwerde wurde frist- und formgerecht bei der Eidgenössischen Beschwerdekommision BVG eingereicht (Art. 50 und 52 VwVG). Per 31. Dezember 2006 wurde die Eidgenössische Beschwerdekommision BVG durch das Bundesverwaltungsgericht abgelöst, das seine Tätigkeit am 1. Januar 2007 aufgenommen und im Rahmen seiner Zuständigkeit die Beurteilung der in diesem Zeitpunkt hängigen Rechtsmittel übernommen hat; die Beurteilung erfolgt nach neuem Verfahrensrecht (Art. 53 Abs. 2 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32]).

1.3 Gemäss Art. 31 VGG beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 VwVG, sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in

Art. 33 VGG genannten Behörden. Darunter figuriert gemäss Bst. h dieser Bestimmung auch die Vorinstanz. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

2.

2.1 Die Beschwerdelegitimation im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bestimmt sich nach Art. 48 VwVG (vgl. Art. 37 VGG). Danach ist zur Beschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen hat oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Abs. 1 Bst. a), durch die angefochtene Verfügung besonders berührt ist (Abs. 1 Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung hat (Abs. 1 Bst. c). Diese Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.

2.2 Der Beschwerdeführer ist nicht Verfügungsadressat, da er nicht Gesuchsteller für die Ausrichtung von Insolvenzleistungen durch den Sicherheitsfonds ist. Er ist jedoch als Versicherter Destinatär der Beschwerdegegnerin, welche dieses Gesuch gestellt hatte. Ob diese die fällige Austrittsleistung an den Beschwerdeführer erbringen kann, steht im Zusammenhang mit den Insolvenzleistungen des Sicherheitsfonds an das Versichertenkollektiv der X. _____ AG innerhalb der Beschwerdegegnerin. Zudem war der Beschwerdeführer Mitglied der Personalvorsorgekommission des Vorsorgewerks der X. _____ AG innerhalb der Sammelstiftung der Beschwerdegegnerin (vgl. hinten E. 4.4). Unter diesen Umständen ist der Beschwerdeführer durch den angefochtenen Entscheid zweifellos besonders berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung. Zudem hat er am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen. Nachdem er auch den mit Zwischenverfügung vom 3. März 2006 erhobenen Kostenvorschuss fristgerecht einbezahlt hat, kann auf sein Rechtsmittel eingetreten werden.

2.3 Die Vorinstanz hat in ihrer Eingabe vom 22. Dezember 2005 die Eidgenössische Beschwerdekommission BVG ersucht, die Beschwerdegegnerin im hängigen Verfahren beizuladen. Weder das Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes noch das BVG sehen die Beiladung Dritter zum Verfahren vor der Eidgenössischen Beschwerdekommission BVG oder dem Bundesverwaltungsgericht vor. Nach Lehre und Rechtsprechung wird diese aber dann zugelassen, wenn einer Person Parteistellung im Sinne von Art. 6 VwVG zukommt (vgl. ISABELLE HÄNER, Die Beteiligten im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess, Zü-

rich 2000, Rz. 298, mit Hinweisen; FRITZ GYGI, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1984, S. 183; BGE 120 Ib 351 E. 3). Als Parteien im Sinne von Art. 6 VwVG gelten Personen, deren Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll, und andere Personen, Organisationen oder Behörden, denen ein Rechtsmittel gegen die Verfügung zusteht. Ausgehend von diesem Parteibegriff und unter Berücksichtigung, dass gemäss Art. 48 Abs. 1 VwVG diejenigen Personen zur Beschwerde zugelassen sind, welche vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten haben, welche durch die angefochtene Verfügung besonders berührt sind und welche ein schutzwürdiges Interesse an deren Aufhebung oder Änderung haben, beurteilt sich die Frage der Verfahrensbeteiligung nach denselben Grundsätzen wie diejenige nach der Beschwerdelegitimation (vgl. dazu auch I. HÄNER, a.a.O., Rz. 317).

Die Beschwerdegegnerin ist als registrierte Vorsorgeeinrichtung (Art. 48 BVG) gemäss Art. 56 Abs. 1 Bst. b und c BVG Empfängerin der vom Sicherheitsfonds auszurichtenden Insolvenzleistungen. Dementsprechend hat sie mit Eingabe vom 19. Juli 2005 ein Gesuch gestellt, welches die Vorinstanz mit der angefochtenen Verfügung abgewiesen hat. Dagegen hat sie zwar kein Rechtsmittel ergriffen, doch ist sie vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens besonders berührt und hat daher – wie der Beschwerdeführer – ebenfalls ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung, Änderung oder Bestätigung der angefochtenen Verfügung. Zudem hat die Beschwerdegegnerin mit ihrer Vernehmlassung Anträge gestellt. Sie ist daher im vorliegenden Verfahren als Partei zuzulassen.

3.

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

4.

4.1 Die Aufgaben des Sicherheitsfonds sind in Art. 56 BVG festgehalten. Dieser stellt die gesetzlichen Leistungen von zahlungsunfähig gewordenen oder im Falle von vergessenen Guthaben liquidierter Vorsorgeeinrichtungen sicher (Abs. 1 Bst. b). Daneben stellt der Sicherheits-

fonds auch die über die gesetzlichen Leistungen hinausgehenden reglementarischen Leistungen von zahlungsunfähigen 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 (Abs. 1 Bst. c). Die Sicherstellung der über die gesetzlichen Leistungen hinausgehenden reglementarischen Leistungen umfasst laut Art. 56 Abs. 2 BVG höchstens die Leistungen, die sich aufgrund eines massgebenden Lohnes nach dem Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung in der anderthalbfachen Höhe des oberen Grenzbeitrages nach Art. 8 Abs. 1. BVG ergeben. Im massgebenden Zeitpunkt betrug der obere Grenzbeitrag gemäss Art. 5 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) Fr. 77'400, sodass die Sicherstellung auf Fr. 116'100.- begrenzt war.

4.2 Die Voraussetzungen für die Sicherstellung werden in Art. 25 SFV geregelt. Danach ist eine Vorsorgeeinrichtung oder ein Versichertenkollektiv zahlungsunfähig, wenn die fälligen gesetzlichen oder reglementarischen Leistungen nicht mehr erbracht werden können und eine Sanierung nicht mehr möglich ist (Abs. 1). Bei einem Versichertenkollektiv ist die Sanierung nicht mehr möglich, wenn der Arbeitgeber mit der Prämienzahlung im Verzug ist und über ihn ein Konkursverfahren oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist (Abs. 2 Bst. b).

4.3 Art und Umfang der Sicherstellung werden in Art. 26 der SFV geregelt. Danach stellt der Sicherheitsfonds den Betrag sicher, welcher der Vorsorgeeinrichtung zur Erfüllung ihrer gesetzlichen oder reglementarischen Verpflichtungen fehlt. Der Sicherheitsfonds kann bis zum Abschluss des Liquidations- oder Konkursverfahrens Vorschüsse leisten, wobei er im Einzelfall die geeignetste Art der Sicherstellung festlegt.

4.4 Beim Vorsorgewerk der X. _____ AG handelt es sich gemäss Art. 4.6 der Stiftungsurkunde der Beschwerdegegnerin (act. B 12/5) sowie Art. 1 ff. deren Organisationsreglements (act. B12/6) um ein Versichertenkollektiv im Sinne von Art. 25 SFV.

4.5 Umstritten unter den Parteien und daher nachfolgend zu prüfen ist, ob dieses Versichertenkollektiv zahlungsunfähig und eine Sanierung nicht mehr möglich ist.

5.

5.1 Wie die Vorinstanz feststellt und auch unter den Parteien nicht weiter bestritten ist, wurde über die Arbeitgeberfirma am 17. März 2004 der Konkurs eröffnet und mangels Aktiven wieder eingestellt (act. B 3 und B 12). Zudiesem Zeitpunkt trat der Beschwerdeführer infolge Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus der Vorsorgeeinrichtung aus, weshalb der Freizügigkeitsfall eintrat und ihm die Beschwerdegegnerin eine Austrittsleistung auszurichten hatte (Art. 2 des Freizügigkeitsgesetzes vom 17. Dezember 1993 [FZG, SR 831.42]) welche laut Austrittsabrechnung auf Fr. 57'322.20 festgelegt wurde (act. B 2/4).

5.2 Aus dem Vertragskonto (act. B 2/3) gehen die Belastungen und Zahlungen der Beiträge (Prämien) der X. _____ AG an die Beschwerdegegnerin gemäss Art. 66 BVG hervor. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass die Arbeitgeberfirma im Juni 2002 mit ihrer Zahlung von Fr. 5'154.90 die Prämien für das Jahr 2001 beglichen habe. Seither habe die Arbeitgeberfirma die fälligen Beiträge nicht mehr bezahlt. Dies ergibt sich auch aus dem Vertragskonto. Daraus geht hervor, dass diese Zahlung mit Valuta 25. Juni 2002 zugunsten der Arbeitgeberfirma verbucht wurde. Von diesem Zeitpunkt an bis zur Auflösung des Anschlusses (17. März 2004) wurden der Arbeitgeberfirma quartalsweise die weiterhin fälligen Beiträge (Prämien, Beitrag an den Sicherheitsfonds, Beitrag für Sondermassnahmen zur Erhöhung der Altersguthaben sowie Verzugszinse) belastet. Hingegen sind keine weiteren Zahlungseingänge festzustellen. Der Beschwerdeführer hat mit Erklärung vom 21. Februar 2003 den Ausstand an fälligen Prämien per 31. Dezember 2002 in der Höhe von Fr. 29'988.65 anerkannt und sich mit dem gewährten Zahlungsaufschub bis zum 31. März 2003 einverstanden erklärt (act. B 12/7). Auch nach diesem Zeitpunkt lässt sich laut Vertragskonto, wie erwähnt, keine entsprechende Zahlung feststellen. Dies veranlasste die Beschwerdegegnerin, den per 31. Dezember 2002 offenen Betrag von Fr. 30'088.65 nebst Zins von 5 % am 23. April 2003 von der Arbeitgeberfirma auf dem Betreibungsweg einzufordern (act. B 12/8). Der im Zeitpunkt der Beendigung des Anschlussverhältnisses (17. März 2004) aufgelaufene Saldo an fälligen Beiträgen, Kosten, Mahnspesen und Zinsen belief sich schliesslich auf Fr. 94'942.90 (act. B 12/7 S. 10). Ab diesem Zeitpunkt erfolgten zugunsten der Arbeitgeberfirma verschiedene Rückerstattungen von zuvor in Rechnung gestellten Beiträgen und Zinsen im Gesamtbetrag von Fr. 35'206.55 per 31. Dezember 2004. Somit betrug der Ausstand an fälligen Beiträgen mit Zinsen noch Fr. 59'736.35.

5.3 Die Beschwerdegegnerin weist in ihrer Austrittsabrechnung zuhanden des Beschwerdeführers vom 29. September 2004 (act. B 2/4) darauf hin, dass für die Deckung der diesem geschuldeten Austrittsleistung von Fr. 57'322.20 (vgl. auch vorne E. 5.1) aufgrund der nicht vollständig bezahlten Beiträge kein Geld zur Verfügung stehe. Dies geht denn auch aus dem Vertragskonto hervor, wonach der Austrittsleistung zugunsten des Beschwerdeführers, ein Ausstand an fälligen Beiträgen und Zinsen von Fr. 59'736.35 zugunsten der Beschwerdegegnerin (vgl. vorne E. 5.2) gegenübersteht.

5.4 Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin machen geltend, die Deckung der zu erbringenden Austrittsleistung sei gegeben, wenn diese mit der Forderung der Beschwerdegegnerin auf Schadenersatz verrechnet würde. In diesem Fall seien auch die Voraussetzungen gemäss Art. 25 SFV für die Erbringung von Insolvenzleistungen durch den Sicherheitsfonds nicht mehr erfüllt, weshalb die Vorinstanz das entsprechende Leistungsgesuch abgewiesen hat. Diese Verrechnung begründet die Beschwerdegegnerin dahingehend, dass den Beschwerdeführer an diesem Beitragsausstand ein Verschulden treffe, habe er doch die Bezahlung der fälligen Beiträge nicht veranlasst, wofür er in seiner Funktion als Arbeitgebervertreter des Vorsorgewerks und Verwaltungsratspräsident der Arbeitgeberfirma verantwortlich gewesen sei. Dadurch sei dem Vorsorgewerk bzw. der Beschwerdegegnerin ein Schaden entstanden, welcher bei pflichtgemässigem Verhalten hätte vermieden werden können. Daraus ergebe sich eine Verantwortlichkeit gemäss Art. 52 BVG und ein Schadenersatzanspruch der Beschwerdegegnerin. Da der Beschwerdeführer die Barauszahlung seiner Austrittsleistung infolge Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit verlangt habe, habe sich die Möglichkeit der Verrechnung mit der Schadenersatzforderung ergeben.

Demgegenüber bestreitet der Beschwerdeführer sowohl den Bestand der ihm gegenüber erhobenen Schadenersatzforderung wie auch deren Verrechenbarkeit mit seiner Freizügigkeitsleistung. Er macht geltend, der Beitragsausstand sei auf die wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Arbeitgeberfirma zurückzuführen, während er seinen Pflichten stets nachgekommen sei. Von einer Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 52 BVG könne daher nicht die Rede sein, weshalb auch eine Verrechnung nicht zulässig sei. Diesen Einwand hat der Beschwerdeführer bereits mit Schreiben vom 22. Juni 2005 gegenüber der Beschwerdegegnerin (act. B 2/5) und später erneut im Rahmen des vorinstanzli-

chen Verfahrens mit Eingabe vom 19. Oktober 2005 (act. B 2/8) vorgebracht. Während die Beschwerdegegnerin an ihrem Standpunkt festhielt (vgl. Schreiben vom 1. Juli 2005, act. B 2/6), hat sich die Vorinstanz in ihrer Stellungnahme vom 5. August 2005 (act. B 2/7) dazu materiell geäußert und sich damit in die Streitigkeit zwischen den Parteien eingelassen.

5.5 Der Einwand der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin ist nach dem Gesagten für die Prüfung, ob die Voraussetzungen für Insolvenzleistungen gemäss Art. 25 SFV gegeben sind, tatsächlich von ausschlaggebender Bedeutung. Die Vorinstanz hat mit der angefochtenen Verfügung die von der Beschwerdegegnerin - gestützt auf die behauptete Verantwortlichkeit des Beschwerdeführers - vorgenommene Verrechnung im Ergebnis geschützt und damit über die Streitsache entschieden.

Für diesen Entscheid war die Vorinstanz indes nicht zuständig. Gemäss Art. 73 Abs. 1 Bst. c BVG sind nämlich Streitigkeiten über Verantwortlichkeitsansprüche durch ein vom Kanton bezeichnetes Gericht, das als letzte Instanz über Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten entscheidet, zu beurteilen. Im vorliegenden Fall ist das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung der Streitsache zuständig (vgl. § 2 Bst. a des kantonalen Gesetzes vom 7. März 1992 über das Sozialversicherungsgericht [ZH-Lex 212.81]). Deshalb hätte die Vorinstanz die Beschwerdegegnerin, welche die Verrechnung geltend machte und dafür auch beweispflichtig war (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [heute Bundesgericht] B 20/00 vom 29. Dezember 2000 E. 2a), anweisen müssen, die Streitsache vor das zuständige Gericht zu bringen. Denn die Beschwerdegegnerin, welche an den Sicherheitsfonds gelangt ist, hat - wie die Vorinstanz zu Recht darlegt - primär alle Möglichkeiten zur Minimierung ihrer Unterdeckung wahrzunehmen. In diesem Sinne ist sie denn auch verpflichtet, die Ansprüche der Destinatäre zu wahren und allfällige Inkassomöglichkeiten auszuschöpfen, worunter auch die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 52 BVG gehört (BGE 132 V 127 E. 4.2.2). Bis zum Ausgang eines allfälligen gerichtlichen Verfahrens hätte die Vorinstanz das Gesuch um Ausrichtung der Insolvenzleistungen pendent halten müssen. Dabei wäre auch zu prüfen gewesen, ob der Beschwerdegegnerin einstweilen Vorschüsse zu leisten gewesen wären (Art. 26 Abs. 1 SFV).

Die kantonale gerichtliche Zuständigkeit geht auch im vorliegenden Verfahren im Rahmen des Devolutiveffekts der Beschwerde nicht an das Bundesverwaltungsgericht über, findet sich doch dafür weder in Art. 35 VGG noch im BVG als Spezialgesetz eine entsprechende Grundlage. Somit kann im vorliegenden Verfahren offen bleiben, ob die vom Beschwerdeführer gerügte Verrechnung rechtens war.

5.6 Da, wie erwähnt, die Rechtmässigkeit der vorgenommenen Verrechnung im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung nicht zweifelsfrei feststand, lässt sich auch nicht - wie die Vorinstanz dies tut - davon ausgehen, dass keine Unterdeckung mehr bestanden habe, für welche der Sicherheitsfonds Sicherstellung zu erbringen habe. Somit bestand für die Vorinstanz auch kein Grund, das Gesuch der Beschwerdegegnerin abzuweisen. Die angefochtene Verfügung ist daher aufzuheben.

6.

6.1 Der Beschwerdeführer beantragt im Weiteren, in Gutheissung des Gesuchs, die Sicherstellung der gesetzlichen Leistungen im Umfang von Fr. 37'343.- zu gewähren. Wie dargelegt (vgl. vorne E. 4.1) obliegt gemäss Art. 26 SFV dem Sicherheitsfonds, im Einzelfall den Umfang und die geeignetste Art der Sicherstellung festzulegen. Darüber hat die Vorinstanz vorliegend indes nicht entschieden. Zudem erfolgt der Umfang der Sicherstellung nach Massgabe der festgestellten Unterdeckung (Art. 26 Abs. 1 Satz 1 FZV). Letztere hängt vorliegend vom Erfolg einer anzuhebenden Verantwortlichkeitsklage ab. Somit ist es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichts, diese gemäss Art. 20 Abs. 3 SFV der Vorinstanz obliegende Aufgabe zu übernehmen.

6.2 In diesem Sinne ist die Sache daher der Vorinstanz zurückzuweisen. Diese hat das Gesuch erneut zu prüfen und darüber zu entscheiden. Sollte wie vorliegend die von der Beschwerdegegnerin verrechnungsweise geltend gemachte Schadenersatzforderung vom Beschwerdeführer erneut bestritten werden, hat die Vorinstanz im Sinne der Erwägung 5.5 vorzugehen.

7.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, insoweit die Aufhebung der angefochtenen Verfügung beantragt wird. Die angefochtene Verfügung ist aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zu neuem Entscheid zurückzuweisen.

8.

8.1 Die Verfahrenskosten werden in Anwendung des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) auf Fr. 2'000.- festgesetzt. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens werden der Beschwerdeführer und die Beschwerdegegnerin im Umfang ihres Unterliegens kostenpflichtig (Art. 63 Abs. 1 VwVG); der unterliegenden Vorinstanz werden keine Kosten auferlegt (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Die Verfahrenskosten sind demnach dem Beschwerdeführer und der Beschwerdegegnerin anteilmässig und reduziert je mit Fr. 1'000.- aufzuerlegen. Dem Beschwerdeführer sind diese mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- zu verrechnen und ihm die Restanz von Fr. 1'500.- zurückzuerstatten.

8.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Dem anwaltlich vertretenen, teilweise obsiegenden Beschwerdeführer wird eine auf Fr. 1'600.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) festgesetzte, infolge des nur teilweise Obsiegens reduzierte Parteientschädigung zugesprochen. Diese geht zulasten der Beschwerdegegnerin mit Fr. 800.- und zulasten der Vorinstanz mit Fr. 800.-. Die Vorinstanz hat als Behörde keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE). Der Beschwerdegegnerin sind keine notwendigen und unverhältnismässigen Kosten erwachsen, weshalb ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen ist.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen. Die angefochtene Verfügung der Vorinstanz vom 26. Oktober 2005 wird aufgehoben.

2.

Die Sache geht zurück an die Vorinstanz. Diese hat im Sinne der Erwägung 6.2, gegebenenfalls auch der Erwägung 5.5, zu verfahren und über das Gesuch der Beschwerdegegnerin vom 19. Juli 2005 um Sicherstellung der gesetzlichen und reglementarischen Leistungen verfügungsweise neu zu entscheiden.

3.

Dem Beschwerdeführer werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- auferlegt. Diese werden mit dem von ihm geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 2'500.- verrechnet. Der Restbetrag von Fr. 1'500.- wird ihm zurückerstattet. Der Beschwerdegegnerin werden ermässigte Verfahrenskosten von Fr. 1'000.- auferlegt. Diese sind innert 30 Tagen nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zu Gunsten der Gerichtskasse zu überweisen. Die Zustellung des Einzahlungsscheins erfolgt mit separater Post.

4.

Dem Beschwerdeführer wird eine Parteientschädigung von Fr. 1'600.- (einschliesslich Mehrwertsteuer) zugesprochen. Diese ist ihm von der Beschwerdegegnerin mit Fr. 800.- und der Vorinstanz mit Fr. 800.- zu bezahlen. Weitere Parteientschädigungen werden nicht zugesprochen.

5.

Dieses Urteil geht an:

- den Beschwerdeführer (Gerichtsurkunde, Beilage: Rückerstattungsformular)
- die Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- die Vorinstanz (Gerichtsurkunde)
- das Bundesamt für Sozialversicherungen

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Beat Weber

Daniel Stufetti

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR

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

Versand: