

BGer 2C_245/2018 vom 21. November 2018

Bundesgericht, 2018-11-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_245_2018

FR: TF 2C_245/2018 du 21 novembre 2018

IT: TF 2C_245/2018 del 21 novembre 2018

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen den Endentscheid des Bundesverwaltungsgerichts betreffend Staatshaftung ist zulässig, da der Streitwert Fr. 30'000.-- erreicht (Art. 82 lit. a, Art. 85 Abs. 1 lit. a, Art. 86 Abs. 1 lit. a und Art. 90 BGG). Die Anträge auf Feststellung und Rückweisung sind zulässig, da das Bundesgericht, sollte es die Verwirkung verneinen, mangels vorinstanzlich festgestellten Sachverhalts nicht materiell über den Haftungsanspruch entscheiden könnte.

E. 2.1

Der dem bundesgerichtlichen Verfahren zu Grunde liegende Rechtsstreit geht auf ein Schadenersatzbegehren zurück, welches die Beschwerdeführerin am 15. August 2007 gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft wegen mangelhafter Aufsicht des Bundesamtes für Sozialversicherungen (BSV) über die Beschwerdeführerin eingereicht hatte. Gemäss Art. 3 VG haftet der Bund für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Die Haftung des Bundes erlischt, wenn der Geschädigte sein Begehren auf Schadenersatz oder Genugtuung nicht innert eines Jahres seit Kenntnis des Schadens einreicht, auf alle Fälle nach zehn Jahren seit dem Tage der schädigenden Handlung des Beamten (Art. 20 Abs. 1 VG). Das Bundesgericht hat in BGE 106 Ib 357 E. 3a S. 364 die Frist von Art. 20 Abs. 1 VG als "prescription" bezeichnet (im Unterschied zu derjenigen von Art. 20 Abs. 3 VG welche als "péremption" bezeichnet wurde), ebenso in BGE 108 Ib 97 E. 1d S. 101. Nach ansonsten ständiger Praxis und überwiegender Lehre handelt es sich jedoch sowohl bei der einjährigen als auch bei der zehnjährigen Frist von Art. 20 Abs. 1 VG um Verwirkungsfristen (BGE 136 II 187 E. 6 S. 192 f.; 133 V 14 E. 6 S. 18; 126 II 145 E. 2a S. 150; Urteil 2A.321/2004 vom 11. April 2006 E. 2a, nicht publiziert in BGE 126 II 63 ; 116 Ib 367 E. 1d S. 371; 103 Ib 65 E. 2 S. 66 f. ; 86 I 60 E. 5 S. 66 f.; Urteil 2C_357/2016 vom 12. Juni 2017 E. 2.3, E. 3.3.1, E. 3.3.2; TOBIAS JAAG, Staats- und Beamtenhaftung, SBVR I/3, 3. Aufl. 2017, S. 67 N. 182; FELIX UHLMANN, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, 2017, S. 96 f.; weitere Literatur zit. in BGE 126 II 145 E. 2a S. 150 sowie 136 II 187 E. 6 S. 192 f.). Die einjährige Frist gemäss Art. 20 Abs. 1 VG beginnt mit der Kenntnis des Schadens. Insoweit übereinstimmend mit Art. 60 OR beginnt diese Frist zu laufen, wenn der Geschädigte Kenntnis von den wesentlichen Elementen des Schadens hat, die es ihm erlauben, den gesamten Schaden grob zu überblicken und sein Staatshaftungsbegehren in den Grundzügen zu begründen (BGE 133 V 14 E. 6 S. 18; 131 III 61 E. 3.1.1 S. 68; 111 II 55 E. 3a S. 57 f.; 108 Ib 417 E. 2b; 108 Ib 97 E. 1c S. 100; vgl. auch zu Art. 60 Abs. 1 OR

BGE 136 III 322 E. 4.1 S. 329 f.).

E. 2.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen, gemäss seiner bisherigen Praxis werde die Verwirkung nur auf Einrede hin beachtet, wenn das Gemeinwesen Schuldner sei. Daran könne jedoch nicht festgehalten werden; die Verwirkung sei vielmehr von Amtes wegen zu beachten. In der Sache stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, zwischen 2004 und dem 1. Juni 2006 seien Stiftungsmittel im Umfang von Fr. 29'584'230.- ohne Rechtsgrund von der Stiftung abgeflossen. Die beiden führenden Stiftungsratsmitglieder C._____ und F._____ hätten von diesen Finanzströmen umfassende Kenntnis gehabt. Die Stiftung müsse sich dieses Wissen der Stiftungsratsmitglieder anrechnen lassen. Auch die übrigen Stiftungsratsmitglieder hätten spätestens seit der Sitzung vom 13. Juli 2006 im Detail um die Probleme gewusst und hätten spätestens am 20. Juli 2006 den Schaden kennen können, wenn sie ihre elementaren Rechtspflichten wahrgenommen hätten. Dieser hypothetische Kenntnisstand sei ebenfalls der Stiftung anzurechnen. Die einjährige Frist von Art. 20 Abs. 1 VG habe somit spätestens am 20. Juli 2006 zu laufen begonnen und das am 15. August 2007 eingereichte Schadenersatzbegehren sei verspätet.

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz hätte nicht von ihrer bisherigen Praxis abweichen dürfen, wonach die Verwirkung nur auf Einrede hin zu prüfen sei; die vorgenommene Praxisänderung sei unzulässig (dazu hinten E. 3). Jedenfalls habe der Bund auf die Geltendmachung der Verwirkung verzichtet bzw. sich vorbehaltlos auf die materielle Beurteilung eingelassen; die Verwirkung sei deshalb nicht zu beurteilen (dazu hinten E. 4). Sodann habe die Vorinstanz zu Unrecht das Wissen der Stiftungsratsmitglieder C._____ und F._____ der Stiftung angerechnet (dazu hinten E. 6); schliesslich hätten die übrigen Stiftungsratsmitglieder bis zu ihrer Absetzung am 2. August 2006 keine Kenntnis des Schadens gehabt; das blosses Kennen-Müssen reiche nicht aus (dazu hinten E. 7). Der Anspruch sei daher nicht verwirkt.

E. 2.4

Das EFD bringt vor, die Eidgenossenschaft habe mit der Eingabe des Bundesamtes für Sozialversicherungen vom 27. Mai 2013 die Verwirkung ausdrücklich geltend gemacht. Zudem habe die Vorinstanz keine Praxisänderung vorgenommen, sondern eine unklare Praxis geklärt. Jedenfalls habe die Vorinstanz zulässigerweise die Verwirkung von Amtes wegen geprüft und diese mit Recht bejaht. Zudem wären auch die übrigen Haftungsvoraussetzungen nicht erfüllt.

E. 3

Zu prüfen ist zunächst, ob das Bundesverwaltungsgericht zulässigerweise seine Praxis geändert hat.

E. 3.1

Eine Praxisänderung muss sich auf ernsthafte sachliche Gründe stützen können, die - vor allem im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit - um so gewichtiger sein müssen, je länger die als falsch oder nicht mehr zeitgemäss erkannte Rechtsanwendung als zutreffend erachtet worden ist. Eine Praxisänderung lässt sich nur begründen, wenn die neue Lösung besserer Erkenntnis des Gesetzeszwecks, veränderten äusseren Verhältnissen oder gewandelten Rechtsanschauungen entspricht. Einen ernsthaften sachlichen Grund für eine Praxisänderung kann unter anderem die genauere oder vollständigere Kenntnis des

gesetzgeberischen Willens darstellen (BGE 143 IV 1 E. 5.2 S. 3; 141 II 297 E. 5.5.1 S. 303; 137 V 282 E. 4.2 S. 291 f.; 137 V 133 E. 6.1 S. 137; 137 III 352 E. 4.6 S. 360 ; 135 I 79 E. 3 S. 82). Eine geänderte Praxis findet grundsätzlich auf den zu beurteilenden Fall wie auch auf alle anderen noch hängigen Fälle Anwendung (BGE 135 II 78 E. 3.2 S. 85; 132 II 153 E. 5.1 S. 159). Aufgrund von Treu und Glauben (Art. 9 BV) ist jedoch eine Praxisänderung vorher anzukündigen, wenn davon die Zulässigkeit einer Rechtsvorkehr abhängt (BGE 135 II 78 E. 3.2 S. 85 und E. 3.3 S. 85 ; 133 I 270 E. 1.2.3 S. 274 f.; 132 II 153 E. 5.1 S. 159 ; 122 I 57 E. 3c/bb S. 59 ff.). Schliesslich kann es sich aufdrängen, auf die Auferlegung von Verfahrenskosten zu verzichten, wenn Anträge infolge einer Praxisänderung als unzulässig erklärt wurden (BGE 140 IV 74 E. 4.1 S. 81 ; 122 I 57 E. 3d S. 61; 119 Ib 412 E. 3 S. 415).

E. 3.2

Das Bundesverwaltungsgericht hat ausführlich begründet, weshalb es entgegen seiner bisherigen Praxis die Verwirkung nunmehr stets von Amtes wegen prüfe, also auch dann, wenn das Gemeinwesen Schuldner ist. Es hat dazu die Praxis des Bundesgerichts (auf dem Gebiet der Staatshaftung wie der Enteignung) herangezogen, namentlich auch BGE 136 II 187 . Die Beschwerdeführerin bringt vor, auch nach diesem Entscheid des Bundesgerichts habe das Bundesverwaltungsgericht in mehreren Urteilen an der bisherigen Praxis festgehalten, sie teilweise sogar unter ausdrücklichem Verweis auf BGE 136 II 187 bestätigt; dieser Entscheid könne somit nicht der Grund für die Praxisänderung gewesen sei.

Diese Argumentation überzeugt nicht: Das Bundesverwaltungsgericht hat nämlich seine Praxisänderung nicht nur mit BGE 136 II 187 begründet; es hat im Gegenteil ausgeführt (E. 5.3.4 des angefochtenen Urteils), auch nach diesem Entscheid sei unklar, ob die Verwirkung stets von Amtes wegen zu berücksichtigen sei. Es hat vielmehr zur Begründung der Praxisänderung grundsätzliche Überlegungen zur Rechtsnatur von Verjährung und Verwirkung sowie zum Legalitätsprinzip angestellt und ist aufgrund einer Gesamtbeurteilung zum Ergebnis gekommen, die bisherige Praxis anzupassen. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden.

E. 3.3

Es verhält sich auch nicht so, dass der Beschwerdeführerin durch die Praxisänderung ein Nachteil entstanden wäre in dem Sinne, dass sie bestimmte Rechtsvorkehren nicht hätte treffen können, die sie in Kenntnis der neuen Praxis getroffen hätte. Ein Nachteil entstand ihr höchstens insofern, als sie im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht keinen Anlass hatte, sich zur Verwirkung zu äussern, nachdem diese Frage in der Verfügung des EFD nicht thematisiert worden war. Indessen konnte die Beschwerdeführerin ihre Argumentation zur Verwirkung vor Bundesgericht vorbringen; es handelt sich dabei um eine Rechtsfrage, welche vom Bundesgericht frei geprüft wird (nachstehend E. 4). Insofern ist der Beschwerdeführerin durch die Praxisänderung kein Nachteil entstanden.

E. 4

Zu prüfen ist weiter, ob das Bundesverwaltungsgericht mit Recht die Frage der Verwirkung von Amtes wegen geprüft hat.

E. 4.1

Im

Privatrecht darf die Verjährung nur auf Einrede des Schuldners hin berücksichtigt werden (Art. 142 OR ; BGE 133 II 366 E. 3.3 S. 367; 129 V 237 E. 4 S. 241). Demgegenüber ist die Verwirkung von Amtes wegen zu prüfen (BGE 131 III 566 E. 3.2 S. 570; 127 III 1 nicht publ. E. 3b; Urteil 4A_10/2012 vom 2. Oktober 2012 E. 3.1). Im

öffentlichen Recht ist das Bundesgericht ursprünglich davon ausgegangen, dass sowohl Verjährung als auch Verwirkung von Amtes wegen zu prüfen seien (BGE 73 I 125 E. 1 S. 128 f. ; 86 I 60 E. 2 S. 62). In BGE 101 Ib 348 wurde die Praxis dahin geändert, dass die Verjährung zum Nachteil des den Staat belangenden Bürgers nur auf Einrede hin zu berücksichtigen ist; bestätigt wurde aber, dass die

Verwirkung immer und von Amtes wegen zu berücksichtigen ist (a.a.O. S. 350). Daran hat das Bundesgericht seither festgehalten (BGE 106 Ib 231 E. 1 S. 233 f.; 110 V 25 E. 2 S. 26 f.; 112 V 6 E. 4c S. 7 f.; 118 II 328 E. 2 S. 329 ff.; 119 V 92 E. 3 S. 92; 119 V 233 E. 5a S. 236; 121 V 234 nicht publ. E. 3b; 128 V 10 E. 5a S. 12 f.; 133 II 366 E. 3.4 S. 368; 136 II 187 E. 6 S. 192; Urteile 9C_320/2014 vom 29. Januar 2015 E. 2.2; 9C_567/2016 vom 3. Januar 2017 E. 3.2.2), vorbehaltlich der Sonderfälle der Verwirkung der doppelbesteuerungsrechtlichen Beschwerdemöglichkeit (BGE 123 I 264 E. 2d S. 267 ; 137 I 273 E. 3.3.3 S. 278 f.). Zwar ist in einzelnen Entscheiden die Rede von der Einrede der Verwirkung (BGE 106 Ib 231 E. 2b S. 234; 116 Ib 386 E. 4e S. 398; 126 II 145 E. 2a S. 150 f.; 136 II 187 E. 6 S. 193), doch ist damit nicht eine Einrede im technischen Sinne gemeint, sondern bloss die materielle Argumentation, die Forderung sei verwirkt (vgl. Urteil 2C_357/2016 vom 12. Juni 2017 E. 3.1: "die [materielle] Einwendung der Verwirkung"). Die geänderte Praxis des Bundesverwaltungsgerichts entspricht somit derjenigen des Bundesgerichts und ist bundesrechtskonform.

E. 4.2

Vorbehalten hat die Rechtsprechung den Fall, dass die Anwendung der Verwirkungsregel gegen Treu und Glauben verstossen würde, namentlich wenn der Staat durch sein eigenes Verhalten den Gläubiger von der rechtzeitigen Forderungsanmeldung abhält (BGE 106 Ib 231 E. 2b S. 234; 111 Ib 280 E. 3a S. 283; 113 Ib 34 E. 3 S. 38 f.; 116 Ib 386 E. 3c/bb S. 392; 126 II 145 E. 3b/aa S. 149; 128 V 236 E. 4a S. 241; 131 II 65 E. 1.3 S. 69 f.). Das Verhalten des Schuldners muss kausal dafür sein, dass der Gläubiger seinen Anspruch nicht innert Frist geltend gemacht bzw. durchgesetzt hat (BGE 126 II 145 E. 3b/aa S. 149). Im Enteignungsrecht wurde zudem anerkannt, dass der Enteigner ausdrücklich darauf verzichten kann, sich auf die Verwirkung zu berufen (BGE 116 Ib 386 E. 3c/bb S. 392 und E. 4d S. 394; 131 II 65 E. 1.3 S. 69 f.). In einem singulären Entscheid, auf den sich die Beschwerdeführerin beruft, wurde unter Hinweis auf zivilprozessuale Literatur angenommen, dass die Verwirkung nicht zu beachten ist, wenn sich der Schuldner vorbehaltlos auf die materiellen Fragen eingelassen hat (BGE 106 Ib 357 E. 3a S. 364), doch hat sich das Bundesgericht später ausdrücklich von dieser Aussage distanziert (BGE 116 Ib 386 E. 4d S. 394; vgl. auch Urteil 2P.67/1996 vom 3. Juli 1996 E. 5b, RDAT 1996 II N. 52)

E. 4.3

Dass der Bund im Sinne dieser Rechtsprechung die Beschwerdeführerin von der rechtzeitigen Geltendmachung des Ersatzanspruchs abgehalten hätte, wird weder von der Vorinstanz festgestellt noch von der Beschwerdeführerin geltend gemacht. Ebenso wenig liegt ein ausdrücklicher Verzicht des Bundes vor, sich auf die Verwirkung berufen zu

wollen, so dass offen bleiben kann, ob diese im Enteignungsrecht entwickelte Praxis auch im Staatshaftungsrecht anwendbar ist. Zwar hat das EFD im erstinstanzlichen Verfahren den Antrag des BSV abgelehnt, das Verfahren vorerst auf die Frage der Verwirkung zu beschränken, und es hat in seiner Verfügung vom 12. April 2016 ausschliesslich materiellrechtlich argumentiert und nicht mit der Verwirkung. Aus dem blossen Umstand, dass der Schuldner sich nicht auf die Verwirkung berufen, sondern die Abweisung des Begehrens materiellrechtlich begründet hat, kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Verwirkung nicht zu beachten wäre (BGE 116 Ib 386 E. 4d S. 394).

E. 4.4

Insgesamt hat die Vorinstanz mit Recht die Frage der Verwirkung geprüft.

E. 5

Im Zusammenhang mit dem Beginn des Laufs der relativen Verwirkungsfrist von Art. 20 Abs. 1 VG zu prüfen ist weiter, ob der Beschwerdeführerin das Wissen von C. _____ und F. _____ oder der übrigen Stiftungsräte anzurechnen ist.

E. 5.1

Nach Art. 20 Abs. 1 VG beginnt die einjährige Frist mit "Kenntnis des Schadens" ("jour où il a eu connaissance du dommage"; "giorno in cui conobbe il danno"), analog zu Art. 60 Abs. 1 oder Art. 760 Abs. 1 OR ("Kenntnis... erlangt hat"; "a eu connaissance"; "in cui... conobbe"). Die relative Verwirkungsfrist von Art. 20 Abs. 1 VG setzt ein, wenn der Geschädigte Kenntnis von der Person des Schädigers und den wesentlichen Elementen des Schadens hat, die es ihm erlauben, den gesamten Schaden grob zu überblicken und sein Haftungsbegehren in den Grundzügen zu begründen (BGE 136 III E. 4.1 S. 329 f.; 108 Ib 97 E. 1c S. 100; Urteil 5A_86/2017 vom 13. Juni 2016 E. 2.3; 2C_357/2016 vom 12. Juni 2017 E. 2.3). Die relative Verjährungsfrist beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Geschädigte tatsächlich Kenntnis vom Schaden hat, nicht mit demjenigen, in welchem er bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit ausreichende Kenntnis vom Schaden hätte erlangen können (BGE 136 III 322 E. 4.1 S. 330; 131 III 61 E. 3.1.2 S. 68; 111 II 55 E. 3a S. 57 f.; 109 II 433 E. 2 S. 434 ff.; Urteil 5A_86/2017 vom 13. Juni 2018 E. 2.3).

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Eingabe an das EFD vom 15. August 2007 geltend gemacht, dass ihr wegen angeblicher Verletzung von Aufsichtspflichten durch das BSV ein Schaden in Höhe von Fr. Mio. 33, zuzüglich Zins zu 5 % seit 28. Dezember 2008, entstanden sei. Mit Ergänzung des Gesuchs um Schadenersatz vom 30. November 2012 beantragte die Beschwerdeführerin Schadenersatz in Höhe von Fr. 29'584'230.-- zuzüglich Zins. Die Strafuntersuchung habe gezeigt, dass die ehemaligen Stiftungsräte vom 13. April 2004 bis 1. Juni 2006 ohne Gegenleistung oder Rechtsgrund Vorsorgegelder in die O. _____ AG, die P. _____ AG, die Q. _____ sowie an weitere juristische und natürliche Personen verschoben hätten. Da das BSV seine gesetzlichen Aufsichtspflichten mangelhaft wahrgenommen habe, habe es diesen unrechtmässigen Abfluss nicht bemerkt und nicht verhindern können. Den Schaden hat die Beschwerdeführerin mit den von ihr abgeflossenen Geldern begründet. Sie machte geltend, der gesamte Vermögensabfluss hätte vermieden werden können, wenn das BSV bereits viel früher reagiert hätte. Das Verhalten des BSV sei kausal für den Schaden. Hätte das BSV früher von der Beschwerdeführerin Kontounterlagen verlangt, welche diese nicht hätte beibringen können, hätte es

Aufsichtsmassnahmen ergreifen müssen und dadurch wäre der Schaden nicht entstanden.

E. 5.3

Die Vorinstanz hat erwogen, C._____ und F._____, zwei Stiftungsräte und Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, seien für die unrechtmässige und zweckwidrige Verwendung von Vorsorgegelder wegen mehrfacher qualifizierter Veruntreuung im Sinne von Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 138 Ziff. 2 StGB rechtskräftig verurteilt worden (Urteile 6B_846/2015, 6B_908/2015 vom 31. März 2016). Als Täter seien den beiden Stiftungsräten sämtliche relevanten Elemente des Schadens von Anfang an bekannt gewesen; ihr Wissen sei der Beschwerdeführerin zuzurechnen gewesen (angefochtenes Urteil, E. 6.3-6.7). Auch die im September 2005 neu gewählten Stiftungsräte hätten gewusst, dass die revidierten Jahresabschlüsse 2004 und 2005 nicht vorlagen. Dennoch hätten sie sich völlig passiv verhalten. Trotz des Wissens, dass allenfalls das Weiterbestehen der Stiftung auf dem Spiel stand, da die Vermögenslage bis zuletzt unklar geblieben sei, seien die Stiftungsräte bis zum 31. Juli 2006 nicht erkennbar tätig geworden. Spätestens per 13. Juli 2006 hätten die Stiftungsräte im Detail um die bestehenden Probleme mit den Jahresrechnungen und um die fehlenden Belege der Bank K._____ gewusst. Wären sie (spätestens) an diesem Datum eingeschritten, hätten sie umgehend den entstandenen Schaden feststellen können. Die Untätigkeit der Stiftungsräte könne nur als völlige Gleichgültigkeit am Bestehen eines allfälligen Schadens aufgefasst werden. Das Verhalten der Stiftungsräte sei nicht nur treuwidrig, sondern zugleich eine Verletzung elementarer Rechtspflichten. Daher sei bereits das Kennen-Müssen des Schadens für den Beginn des Fristenlaufs ausreichend.

E. 5.4

Die Beschwerdeführerin bestreitet in ihrer dem Bundesgericht eingereichten Rechtsschrift nicht, dass C._____ und F._____ bis 2. August 2006 ihre führenden Stiftungsratsmitglieder waren und dass sie von den Mittelabflüssen Kenntnis hatten. Sie macht jedoch geltend, dieses Wissen könne ihr nicht zugerechnet werden: Es wäre stossend, wenn das Wissen der Personen, die gegen sie deliktisch gehandelt haben, ihr in einem Staatshaftungsverfahren gegen die Aufsichtsbehörde zugerechnet würde. Dies hätte zur Konsequenz, dass die Stiftungsräte, die deliktisch gehandelt haben, selber innert der kurzen Frist von Art. 20 Abs. 1 VG ein Schadenersatzbegehren einreichen müssten, das sie mit der eigenen deliktischen Tätigkeit begründen müssten, was dem Grundsatz nemo tenetur widersprechen würde. Ferner würde dadurch ein Anreiz geschaffen, dass die Aufsichtsbehörde mit der Absetzung fehlbarer Stiftungsräte zuwarten könnte, bis die Einjahresfrist abgelaufen sei; damit wäre jede Staatshaftungsforderung gegenüber der Aufsichtsbehörde von vornherein verunmöglicht. Ein allfälliges Wissen der anderen Stiftungsräte sei der Stiftung nicht zuzurechnen, da nur das Wissen der effektiv handelnden oder mit der betreffenden Angelegenheit effektiv befassten Organe der juristischen Person massgebend sei. Vorliegend seien C._____ und F._____ die führenden Organe und für die Vermögensverwaltung verantwortlich gewesen. Diesen sei an der Stiftungsratssitzung vom 13. Juli 2006 die Hauptverantwortung zugesprochen worden; F._____ habe an dieser Sitzung zu Protokoll gegeben, dass die Belege innert einer Woche beschafft würden. Vor diesem Hintergrund hätten die übrigen Stiftungsräte davon ausgehen dürfen, C._____ und F._____ würden sich um den Vermögensausweis kümmern und es könne nicht als pflichtwidrig qualifiziert werden, dass sie sich nicht selber um die Einreichung der Unterlagen bemüht hätten. Daher wäre höchstens das Wissen der

Stiftungsräte C. _____ und F. _____ für die Fristauslösung relevant, doch könne dieses der Stiftung nicht zugerechnet werden. Insgesamt sei damit das Wissen oder Wissen-Müssen der bis am 2. August 2006 amtierenden Stiftungsräte der Stiftung nicht zuzurechnen, so dass die Stiftung bis am 2. August 2006 keine Kenntnis des Schadens gehabt habe. Die an diesem Tag eingesetzten interimistischen Stiftungsräte hätten als Aussenstehende bis zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnisse von den Vermögensabflüssen gehabt. Erst mit dem Erhalt des Vermögensausweises der Bank K. _____ am 16. August 2016 sei ersichtlich gewesen, dass sich die dort liegenden Vermögenswerte lediglich auf knapp 2,3 Mio. Franken beliefen. Erst damit hätten sie einen Anfangsverdacht gehabt, der sie veranlasst habe, am 17. August 2006 Strafanzeige einzureichen. Insgesamt hätten die interimistischen Stiftungsräte jedenfalls vor dem 16. August 2006 keine Kenntnis des Schadens gehabt, weshalb bei Einreichung des Schadenersatzbegehrens am 15. August 2007 der Anspruch nicht verwirkt gewesen sei.

E. 6

Zu prüfen ist zunächst, ob das Wissen der Stiftungsräte C. _____ und F. _____ der Beschwerdeführerin zuzurechnen ist.

E. 6.1

Nach Art. 55 Abs. 2 ZGB verpflichten die Organe die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten. Daraus wird nach Rechtsprechung und herrschender Lehre abgeleitet, dass sich die juristische Person auch das Wissen ihrer Organe entgegenhalten lassen muss (Wissenszurechnung oder Wissensvertretung; BGE 56 II 183 E. 2 S. 187 f.; 104 II 190 E. 3b; 124 III 418 E. 1b; 136 III 545 E. 3.4.3; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, 1993, Art. 54/55 Rn. 47 S. 154; ROLF WEBER, Juristische Personen, SPR 2. Band 4. Teilband, 1998, S. 174; JULIA XOUDIS, Commentaire romand, Code Civil, 2010, Art. 54/55 N 59; CLAIRE HUGUENIN/CHRISTOPHE PETER REITZE, Basler Kommentar ZGB I, 5. Aufl. 2014, Art. 54/55 Rz. 19; MARIA WALTER, Die Wissenszurechnung im schweizerischen Privatrecht, 2005, S. 43 f., einschränkend S. 218 ff.). Das gilt insbesondere auch für die Organe von Stiftungen (BGE 76 I 9 E. 3 S. 16 f.; ROMAN BAUMANN LORANT, Der Stiftungsrat, 2009, S. 266).

E. 6.2

Die juristische Person muss sich grundsätzlich auch das deliktische Verhalten ihrer Organe anrechnen lassen (Art. 55 Abs. 2 ZGB ; BGE 96 I 474 E. 2a S. 479; 105 II 289 E. 5 S. 292 f.; 109 II 338 E. 2e S. 346; 115 Ib 274 E. 10c S. 281; 121 III 176 E. 4a S. 179 f.). Die Zurechnung wird nicht ausgeschlossen dadurch, dass das Organ allenfalls nur in seinem eigenen und nicht im Interesse der juristischen Person gehandelt hat (BGE 89 II 239 E. 9; 105 II 289 E. 7; 121 III 176 E. 4a). Vorausgesetzt ist aber immerhin, dass das Organ in Wahrnehmung seiner Organtätigkeit und nicht als Privatperson handelt, das heisst in Ausübung einer Tätigkeit, die an sich in den Rahmen der Organkompetenz fällt (BGE 68 II 91 E. 3 S. 98; 89 II 239 E. 8 S. 251; 101 Ib 422 E. 5b S. 436 f.; 105 II 289 E. 5a S. 292 und E. 7 S. 295 f.; 121 III 69 E. 4a S. 73 f.; PARISIMA VEZ, La fondation: lacunes et droit désirable, Dissertation Freiburg 2004, S. 182; SIMON L. GUBLER, Der Interessenkonflikt im Stiftungsrat, Dissertation Zürich 2018, S. 120 ff.). Als Ausfluss der Organvertretung findet die Wissensvertretung ihre Grenzen im Gesellschaftszweck. Unter Rechtshandlungen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringen kann, sind nicht bloss

solche zu verstehen, die der Gesellschaft nützlich sind oder in ihrem Betrieb gewöhnlich vorkommen; erfasst sind vielmehr ebenfalls ungewöhnliche Geschäfte, sofern sie auch nur möglicherweise im Gesellschaftszweck begründet sind, d.h. durch diesen zumindest nicht geradezu ausgeschlossen werden (BGE 111 II 284 E. 3b S. 288 ff. [Änderung der Praxis BGE 95 II 442 E. 3 ff. S. 450 ff.]; 116 II 320 E. 3a S. 323; 126 III 361 E. 3a S. 364; Urteile 4A_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1; 4A_357/2007 vom 8. April 2008 E. 4.2; DANIEL JURI, Nachträgliche Genehmigung durch die GV als Rettungsanker für den zweckwidrig handelnden VR ?, GesKR 2016 S. 478 ff.; BETTINA HÜRLIMANN-KAUP/JÖRG SCHMID, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Auflage 2016, S. 329; HANS CASPAR VON DER CRONE, Aktienrecht, 2014, S. 37 f.; DIETER ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989 S. 289 ff., 292 f.; BAUMANN LORANT, a.a.O., S. 264). Die Vertretungsmacht der Organe bezieht sich aber nicht auf Rechtshandlungen, die völlig ausserhalb des Zwecks der juristischen Person stehen oder diesem geradezu widersprechen (BGE 111 II 284 E. 3b S. 288 ff.; 116 II 320 E. 3a S. 323; 126 III 361 E. 3a S. 363; DIETER ZOBL, Probleme der organschaftlichen Vertretungsmacht, ZBJV 1989 S. 289 ff., 292 f.; BAUMANN LORANT, a.a.O., S. 264). Rechtsgeschäfte, welche die Gesellschaft dem Wesen nach verändern, führen zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks und sind daher von diesem nicht mehr gedeckt (Urteil 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008 E. 2.1; CHRISTOPH B. BÜHLER/NICOLAS SPICHTIN, Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung oder Interessenkonflikt des Verwaltungsrates, GesKR 2015 S. 153).

E. 6.3

Nach herrschender Lehre und ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts ist das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst grundsätzlich unzulässig, weil es regelmässig zu Interessenkollisionen führt und somit vom Gesellschaftszweck nicht erfasst wird. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsabschluss mit sich selbst besonders ermächtigt bzw. das Geschäft nachträglich genehmigt. Dies gilt auch für die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch ihre Organe. Auch in diesem Fall bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht (BGE 127 III 332 E. 2 S. 333 f.; 126 III 361 E. 3a S. 363 f., bestätigt in Urteil 4A_645/2017 vom 22. August 2018 E. 5.3.2, zur Publikation vorgesehen). Das Bundesgericht wendet diese Rechtsprechung unter Vorbehalt des Schutzes gutgläubiger Dritter auch auf Fälle an, wo nicht eigentliches Selbstkontrahieren, jedoch sonst ein Konflikt zwischen den Interessen der juristischen Person und den handelnden Organen vorliegt. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen (BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.; Urteil 4A_645/2017 vom 22. August 2018, zur Publikation vorgesehen, E. 5.1). Der Interessenkonflikt bewirkt dabei, dass der rechtsgeschäftliche Wille nicht fehlerfrei zustande kommen und damit das Rechtsgeschäft für den Vertretenen nicht wirksam werden kann (BGE 126 III 361 E. 3a S. 364; zu einem Interessenkonflikt zwischen einer Stiftung und ihrer Organperson ausdrücklich Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.1). Ein Schutzbedürfnis (der vertretenen Gesellschaft) entfällt, wenn es an einem

Interessengegensatz zwischen juristischer Person und Organ fehlt, namentlich bei Einpersonengesellschaften (BGE 126 III 361 E. 5a S. 366; Urteil 4A_645/2017 vom 22. August 2018 E. 5.1 und 5.3.2, zur Publikation vorgesehen, m.H. auf Art. 625 und Art. 718b OR).

E. 6.4

Im Aussenverhältnis dürfen sich gutgläubige Dritte auf die Vertretungsbefugnis gemäss Handelsregisterauszug verlassen, weshalb der Umfang der Vertretungsmacht der zuständigen Organe sämtliche Rechtsgeschäfte erfasst, die vom objektiv verstandenen Gesellschaftszweck nicht gerade ausgeschlossen sind (Urteile 4A_147/2014 vom 19. November 2014 E. 3.1.1; 4A_617/2013 vom 30. Juni 2014 E. 5.1). Erkennt der Dritte jedoch einen Interessenkonflikt zwischen Organ und der Gesellschaft oder hätte er ihn bei gebührender Sorgfalt erkennen können, muss er grundsätzlich davon ausgehen, dass das unter einem Interessenkonflikt handelnde Organ nicht zur Vertretung der Gesellschaft befugt ist (BGE 126 III 361 E. 3 S. 363 f.; Urteil 4C.93/2007 vom 13. August 2007 E. 2.3.1; Urteil 4A_228/2008 vom 27. März 2009 E. 4.1.1). Diesfalls gelangt auch im Aussenverhältnis zum Dritten der das Innenverhältnis beherrschende Grundsatz zum Tragen, dass die Vertretungsbefugnis nach dem mutmasslichen Willen der juristischen Person stillschweigend jene Geschäfte ausschliesst, welche sich als interessen- bzw. pflichtwidriges Vertreterhandeln erweisen (BGE 126 III 361 E. 3a S. 363 f.; Urteil 4A_195/2014 und 4A_197/2014 vom 27. November 2014, E. 6.1, nicht publ. in BGE 140 III 602 ; zit. Urteil 4C.25/2005 vom 15. August 2005 E. 1.1, nicht publ. in: BGE 131 III 636 ; Urteil 4A_645/2017 vom 22. August 2018 E. 5.1, zur Publikation vorgesehen; Urteil 4A_617/2013 vom 30. Juni 2014 E. 5.1). Bei solcher Erkennbarkeit des Interessenkonflikts fehlt es auch im Aussenverhältnis an der Vertretungsmacht, selbst wenn sich der Interessenkonflikt im konkreten Fall nicht zum Nachteil der vertretenen Person ausgewirkt hat (vgl. zur analogen Rechtslage bei der gesetzlichen Vertretung: BGE 118 II 101 E. 4 S. 103 ff.; BGE 107 II 105 E. 4 S. 109 ff.; zu den Ausnahmen vgl. BGE 120 II 5 E. 2c S. 9 f.).

E. 6.5

Als Ausfluss dieses Verbots von Interessenkollisionen muss sich im Rahmen der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage der Gesellschaft gegen ihre Organe (Art. 754 OR) die Gesellschaft das Wissen dieser Organe nicht entgegenhalten lassen, ausser wenn die Organe im Einverständnis mit der Generalversammlung oder allen Aktionären gehandelt haben (BGE 86 III 154 E. 2 S. 159; 90 II 490 E. 4 S. 495 f.; 111 II 373 E. 4b S. 374 f.; 131 III 640 E. 4.2.1 S. 644; Urteil 4A_518/2015 vom 3. März 2016 E. 3.1; HÄNNI, a.a.O., S. 22 f.). Andernfalls wäre die Klage infolge Selbstverschuldens der Gesellschaft (volenti non fit iniuria) in jedem Fall erfolglos. Der Verwaltungsrat, der die Gesellschaft schädigt, kann aber aufgrund des Verbots von Interessenkollisionen nicht zugleich mit Wirkung für die Gesellschaft in die Schädigung einwilligen (THOMAS REBSAMEN, Einwilligung in die Schädigung der Aktiengesellschaft, SJZ 2015 S. 441 ff., 443; MARKUS M. VISCHER, "Volenti non fit iniuria" bei der aktienrechtlichen Organverantwortlichkeit gemäss Art. 754 OR , AJP 2016 S. 1485 ff., 1490 f.).

E. 6.6

Die Frage ist, wie es sich damit im Verhältnis gegenüber dem Staat oder Behörden verhält:

E. 6.6.1

Nach der Rechtsprechung muss sich im Aufsichts- und Steuerrecht die juristische Person das Handeln ihrer eigenen Organe anrechnen lassen, auch wenn es sich gegen die juristische Person selber richtet (BGE 115 Ib 274 E. 10c S. 281 ; 96 I 474 E. 2a S. 479; Urteile A.163/1987 vom 30. August 1988 E. 3b, ASA 57 517; 2C_377/2014 vom 26. Mai 2015 E. 9.3).

E. 6.6.2

Im Zusammenhang mit der Frage des den Kausalzusammenhang unterbrechenden Selbstverschuldens bei Staatshaftungsansprüchen wegen mangelhafter Aufsicht hat das Bundesgericht differenziert (vgl. NADINE MAYHALL, Aufsicht und Staatshaftung, Diss. Freiburg 2008, S. 292 f., S. 300) : Im

Bankenrecht hat es die Staatshaftungsansprüche wegen unterlassener Aufsichtshandlungen verneint mit dem Argument, die Tätigkeit der Bankenaufsicht schütze die Gläubiger und Anleger, aber nicht die Bank selber gegen ihre eigenen Organe; die geschädigte Bank müsse sich das Handeln ihrer fehlbaren Organe als Selbstverschulden entgegenhalten lassen, was jede Staatshaftung ausschliesse (BGE 106 Ib 357 E. 2c S. 361 f. und E. d S. 363). Bei Staatshaftungsansprüchen einer

Gemeinde gegen den Kanton als Aufsichtsbehörde erwog das Bundesgericht, die Gemeindeaufsicht diene unter anderem dem Schutz der Gemeinde selber. Das Verhalten der fehlbaren Gemeindeorgane schliesse daher nicht von vornherein die Staatshaftung des Kantons aus; eine solche Haftung setze aber voraus, dass seine Verantwortlichkeit nicht durch diejenige der Gemeinde selber verdrängt wird. Das wäre insbesondere nicht der Fall, wenn die Gemeindeorgane kein oder lediglich ein geringfügiges Verschulden treffen würde, dem eine grobe Amtspflichtverletzung der kantonalen Behörden gegenüber stünde, so etwa wenn die kantonalen Organe besondere Kenntnisse über die Risikobelastung eines Finanzgeschäfts der Gemeinde haben, über welche die kommunalen Behörden unverschuldeterweise nicht oder nicht in gleichem Umfange verfügen, oder bei Schädigungen infolge von kriminellen Handlungen von Gemeindeangestellten (z.B. Veruntreuung des Gemeindegeldes), die für die kantonale Finanzkontrolle unter Umständen eher erkennbar wären als für die Gemeinde selbst. Bei umgekehrter Ausgangslage müsse sich die Gemeinde ihr riskantes Verhalten demgegenüber selber entgegenhalten lassen; im Unterschied zu einem Mündel, das selber nicht verantwortlich handeln könne, weshalb eine Haftung des Vormundes bei vergleichbarer Konstellation nicht ausgeschlossen erscheint, handle die Gemeinde durch ihre Organe durchaus in eigenverantwortlicher Weise (Urteil 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003 E. 8.5.1). Ebenso wurde einer Gemeinde, die den Kanton aus Staatshaftung infolge ungenügender Aufsicht einklagte, überwiegendes Selbstverschulden entgegengehalten, da ihre übrigen Organe den veruntreuenden Gemeindegeldkassier in keiner Art überwacht hatten (Urteil 2P.254/2006 vom 16. Februar 2007 E. 3.2).

E. 6.6.3

Im Bereich der

Stiftungsaufsicht hat das Bundesgericht in BGE 108 II 254 E. 5b/bb S. 268 erwogen, zuständig für die Vermögensanlage der Stiftung sei der Stiftungsrat; die Aufsichtsbehörde sei keine Vormundschaftsbehörde und hafte nicht, wenn der Stiftungsrat durch riskante Geschäfte die Stiftung schädige. Im Urteil 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 wurde dies präzisiert: Die Stiftungsaufsicht diene der Sicherung des Stiftungszwecks und damit der

Stiftung selber (E. 6.3.1); der Kausalzusammenhang zwischen einem allfälligen Fehlverhalten der Aufsicht und dem der Stiftung erwachsenen Schaden könne daher nicht schon mit dem Argument verneint werden, die Stiftung habe durch das Handeln ihrer Organe den Schaden selber verursacht; würde das Selbstverschulden des Beaufsichtigten die Haftung der Aufsichtsbehörde grundsätzlich ausschliessen, ergäben sich für das beaufsichtigende Gemeinwesen ausgerechnet dann keine nachteiligen Konsequenzen, wenn es seine Aufgaben in schwerwiegender Weise gar nicht oder nur mangelhaft wahrgenommen hat (E. 7.1). Zwar müsse sich eine Stiftung das fehlbare Verhalten ihrer Organe als Selbstverschulden anrechnen lassen. Da die Stiftungsaufsicht aber gerade dem Schutz des Stiftungszwecks und des Stiftungsvermögens vor einer Schädigung durch die Stiftungsorgane diene, könne deren Handeln nicht von vornherein den Kausalzusammenhang zwischen dem Handeln der Aufsichtsbehörde und dem Schadenseintritt unterbrechen (E. 7.2), insbesondere dann nicht, wenn die Stiftung nur ein einziges handlungsfähiges Organ habe und gerade dessen Handeln den Schaden verursachte (E. 7.4).

E. 6.7

Es fragt sich, was aus diesen Überlegungen im vorliegenden Fall für den Beginn der relativen Verwirkungsfrist nach Art. 20 Abs. 1 VG abgeleitet werden kann.

E. 6.7.1

Der Zweck der Beschwerdeführerin bestand in der Durchführung der beruflichen Vorsorge für die Arbeitnehmer der Stiftung angeschlossener Arbeitgeber und für weitere Personen, auf welche das BVG anwendbar ist und die sich der Stiftung anschliessen. Als Vorsorgeeinrichtung im Sinne von Art. 80 ff. ZGB, Art. 331 OR und Art. 48 Abs. 2 BVG hatte die Beschwerdeführerin ihr Vermögen so zu verwalten, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfs an flüssigen Mitteln gewährleistet sind (Art. 71 Abs. 1 BVG).

E. 6.7.2

Die Vorinstanz berief sich im angefochtenen Entscheid auf das Urteil des Bundesgerichts 2C_357/2016 vom 12. Juni 2017. In jenem Fall ging es ebenfalls um einen Staatshaftungsanspruch einer BVG-Stiftung gegen die Aufsichtsbehörde. Die Kontrollstelle der Stiftung hatte im Bericht zur Jahresrechnung 1992 erstmals auf eine mögliche Unterdeckung hingewiesen, worauf die Aufsichtsbehörde Aufsichtshandlungen vornahm. Am 16. Januar 1996 liquidierte sie aufsichtsrechtlich die Stiftung und setzte am 8. März 1996 neue Stiftungsorgane ein; diese reichten am 28. Februar 1997 ein Staatshaftungsbegehren ein mit der Begründung, der Stiftung sei Schaden entstanden, weil die Aufsichtsbehörde zu spät eingeschritten sei. Das Bundesverwaltungsgericht hatte in jenem Fall erwogen, von den früheren Stiftungsräten könne nicht verlangt werden, dass sie Schadenersatzansprüche hätten erheben müssen mit der Begründung, die Aufsichtsbehörde hätte aufsichtsrechtlich gegen die eigene und explizit gewollte Geschäftspolitik vorzugehen gehabt, da sie sich damit selbst eines Fehlverhaltens hätten bezichtigen müssen, was nicht angehe. Es verneinte daher die Verwirkung. Auf Beschwerde der Eidgenossenschaft hin bejahte hingegen das Bundesgericht die Verwirkung: Es erwog, spätestens mit der Liquidation am 16. Januar 1996 habe genügende Kenntnis vom Schaden bestanden, weshalb das am 28. Februar 1997 eingereichte Schadenersatzgesuch verspätet sei. Weiter

fürhte das Bundesgericht aus (E. 3.3.2) :

"Am Fristenlauf gemäss Art. 20 VG vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass die Stiftungsorgane ein Ermessensgesuch um Leistung von Schadenersatz gegen die Beschwerdegegnerin wegen mangelhafter Aufsicht damit hätten begründen müssen, die Beschwerdegegnerin hätte gegen ihre eigene und explizit gewünschte Geschäftspolitik einschreiten müssen. Das Wissen der Stiftungsorgane ist den Beschwerdeführerinnen zuzurechnen (BGE 124 III 418 E. 1a S. 420), was vorliegend nicht bestritten ist. Die Stiftungsorgane haben - als Ausfluss ihrer Treuepflicht - den Stiftungszweck und nicht fremde oder gar ihre eigenen Interessen zu wahren (Roman Baumann Lorant, Der Stiftungsrat - Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Diss. Zürich 2009, S. 205 f., S. 310); die Aufsichtsbehörde hat ebenfalls dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinem Zweck entsprechend verwendet wird (Art. 84 Abs. 2 ZGB ; vgl. dazu ausführlich Urteil 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 6.3.1). Im Falle eines Interessenkonflikts hat ein Stiftungsorgan zu Gunsten der Stiftung zu handeln, ansonsten es sich pflichtwidrig verhält und, sofern erforderlich, abzurufen ist (Baumann Lorant, a.a.O., S. 311 f.; vgl. auch BGE 105 II 321 E. 5 S. 326 ff.). Entgegen der vorinstanzlichen Rechtsauffassung bildet der mögliche Interessenkonflikt der damaligen Stiftungsorgane somit keinen objektiven Grund dafür, dass vorliegend vom Erfordernis der Einhaltung der relativen Verwirkungsfrist von Art. 20 VG abgesehen werden könnte, sondern hätte allenfalls zu deren Ausstand oder gar Abberufung führen müssen."

E. 6.7.3

Gestützt auf dieses Urteil hat die Vorinstanz im angefochtenen Urteil erwogen, am Fristenlauf vermöge nichts zu ändern, dass die Stiftungsräte ein Gesuch um Leistung von Schadenersatz gegen die Beschwerdegegnerin (= die Eidgenossenschaft) wegen mangelhafter Aufsicht damit hätte begründen müssen, die Beschwerdegegnerin hätte gegen ihre eigene und explizit gewünschte Geschäftspolitik einschreiten müssen. Nach der Rechtsprechung sei das Wissen der Stiftungsorgane den Stiftungen zuzurechnen und hätten die Stiftungsorgane - als Ausfluss ihrer Treuepflicht - den Stiftungszweck und nicht fremde oder eigene Interessen zu wahren. Folglich bilde der Interessenskonflikt der damaligen Stiftungsorgane keinen objektiven Grund, um vom Erfordernis der Einhaltung der relativen Verwirkungsfrist absehen zu können, sondern hätte zu deren Ausstand oder Abberufung führen müssen (angefochtenes Urteil, E. 6.7.1). Wie im zit. Urteil 2C_357/2016 sei auch im vorliegenden Fall das Wissen der beiden Stiftungsräte C._____ und F._____ vollumfänglich der Beschwerdeführerin anzurechnen, auch wenn sie sich im Falle eines Schadenersatzbegehrens eines eigenen Fehlverhaltens hätten bezichtigen müssen (angefochtenes Urteil, E. 6.7.2).

E. 6.7.4

Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich jedoch wesentlich vom Fall, der zum Urteil 2C_357/2016 geführt hatte: Dort hatten die Stiftungsorgane ein Anlagemodell gewählt, das nach damaligem Rechtsstand nicht rechtswidrig war (vgl. Urteile 9C_92/2007 vom 30. April 2008 E. 3; 9C_735/2015 vom 14. September 2016 E. 8), sich dann aber als zu riskant erwies und zur Überschuldung der Stiftung führte; eine Strafuntersuchung im Zusammenhang mit dieser Angelegenheit wurde zwar angehoben (vgl. Urteile 8C_417/2010 vom 6. September 2010; 1P.99/2005 vom 21. Februar 2005), führte aber letztlich zu Freisprüchen für alle Angeklagten. Es bestand jedenfalls nicht offensichtlich ein

unzulässiger Interessenkonflikt zwischen der Stiftung und ihren Organen. Die Anlage des Stiftungsvermögens gehört zu den Aufgaben der Stiftungsorgane; diese handelten im Rahmen des Stiftungszwecks, auch wenn sich die Vermögensanlage im nachhinein als unglücklich herausstellte. Eine blosser Sorgfaltspflichtverletzung innerhalb des Rahmens des Stiftungszwecks führt noch nicht dazu, dass Handeln und Wissen der Stiftungsorgane nicht der Stiftung zuzurechnen wäre.

E. 6.7.5

Demgegenüber ist hier durch rechtskräftige Strafurteile belegt, dass die beiden Stiftungsräte C._____ und F._____ rechtskräftig wegen mehrfachen qualifizierten Veruntreuungen (gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 138 Ziff. 2 StGB) zum Nachteil der Beschwerdeführerin zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren und vier Monaten bzw. von vier Jahren und zehn Monaten verurteilt worden sind (Urteile 6B_908/2015 E. 3; 6B_846/2015 E. 1.3). Gemäss den vorinstanzlichen Sachverhaltsfeststellungen, die in diesem Punkt unbestritten geblieben und für das Bundesgericht verbindlich sind (Art. 105 Abs. 1 BGG), flossen ohne Rechtsgrundlage, ohne Gegenleistung und ohne Sicherstellung Stiftungsmittel im Umfang von Fr. 29'584'230.-- an Dritte. Die Vorinstanz stellte weiter fest, keines der anwendbaren Anlagereglemente hätte es als zulässig bezeichnet, das ganze Stiftungsvermögen oder Teile davon ohne werthaltige Besicherung in Form von Darlehen wegzugeben oder das Eigentum daran auf andere Weise dem Vermögensverwalter zu übertragen; verantwortlich für diese Übertragungen sei der Stiftungsrat der Beschwerdeführerin, insbesondere C._____ und F._____ (angefochtenes Urteil, E. 6.5.1). Diese beiden hätten gemäss Urteil des Obergerichts Zug die ihnen anvertrauten Vermögenswerte veruntreut, um sich oder andere zu bereichern. Die Veräusserung des gesamten Betriebes mit allen oder den meisten Aktiven der Gesellschaft liegt indessen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich auch nicht mehr innerhalb des weit umschriebenen Rahmens durch den Gesellschaftszweck gedeckter Rechtshandlungen (BGE 116 II 320 E. 3a S. 323; Urteil 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008 E. 2.1). Erst recht kann es nicht mehr als vom Stiftungszweck gedeckt betrachtet werden, wenn substantielle Teile des Stiftungsvermögens mittels strafrechtlich relevanter Veruntreuung der Vorsorgeeinrichtung entzogen werden, um sich oder andere zu bereichern. Deliktische Handlungen, die sich direkt gegen die Stiftung richten, liegen völlig ausserhalb des Stiftungszwecks und können nicht der Beschwerdeführerin zugerechnet werden (vorne E. 6.2-6.4). Deshalb kann diesbezüglich das Wissen der Stiftungsräte C._____ und F._____ nicht als Wissen der Beschwerdeführerin betrachtet werden. Würde dieses Wissen der Stiftung zugerechnet, so wäre eine Staatshaftung von vornherein regelmässig illusorisch, weil ihr immer das Argument *volenti non fit iniuria* entgegen gehalten werden könnte (vgl. vorne E. 6.5 und 6.6.3). Demzufolge kann dieses Wissen auch nicht für den Beginn der relativen Verwirkungsfrist der Beschwerdeführerin entgegengehalten werden. Der Wissensstand von C._____ und F._____ vermochte den Beginn der relativen Verwirkungsfrist von Art. 20 Abs. 1 VG nicht auszulösen. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.

E. 7

Weiter zu prüfen ist, ob die Verwirkungsfrist im Zeitpunkt des Schadenersatzbegehren wegen des Wissensstands der übrigen Stiftungsräte abgelaufen war.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin rügt einerseits, das Wissen dieser Stiftungsräte könne ihr nicht angerechnet werden, da im Sinne der neueren Lehrmeinungen nur das Wissen der effektiv handelnden Organe der juristischen Person zuzurechnen sei; das seien vorliegend nur die für die Vermögensverwaltung verantwortlichen Stiftungsratsmitglieder C._____ und F._____ gewesen. Andererseits rügt sie, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, weil sie das blosses Wissen-Müssen der übrigen Stiftungsratsmitglieder als genügend erachtet habe; das Kennen-Müssen sei für den Beginn des Fristenlaufs nicht ausreichend; bis zum Zeitpunkt ihrer Absetzung am 2. August 2006 hätten die übrigen Stiftungsräte keine Kenntnis des Schadens gehabt. Ob die erste Rüge begründet ist, kann hier offen bleiben, da - wie sich aus dem Folgenden ergibt - jedenfalls die zweite durchdringt.

E. 7.2

Die Vorinstanz hat erwogen, auch die im September 2005 neu gewählten Stiftungsräte hätten gewusst, dass die definitive Jahresrechnung 2004 nicht vorlag (angefochtenes Urteil, E. 7.2.1). Dennoch hätten sie sich völlig passiv verhalten, auch nachdem anlässlich der Stiftungsratssitzung vom 18. April 2006 die revidierten Jahresabschlüsse 2004 und 2005 noch immer nicht vorlagen (angefochtenes Urteil, Lit. Q. und E. 7.2.2). Sie hätten somit elementare Pflichten eines Stiftungsrates verletzt (angefochtenes Urteil, E. 7.2.3). Der Stiftungsrat G._____ sei bis April 2003 als Prokurist der O._____ AG tätig und über alle wesentlichen Themen informiert gewesen, die zur Gründung der Sammelstiftung und den Geschäftsabläufen zwischen den weiteren Gesellschaften des B._____ -Konstrukts geführt hätten. Er hätte spätestens ab 10. Dezember 2005 aktiv werden müssen (angefochtenes Urteil, E. 7.3.1). Auch die übrigen Stiftungsräte hätten früher aktiv werden müssen (angefochtenes Urteil, E. 7.3.2/7.3.3). An der Aufsichtssitzung vom 13. Juli 2006 habe das BSV die Ereignisse geschildert; das BSV habe bereits damals aufgrund der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Vermögensanlage nicht ausschliessen können, dass das Stiftungsvermögen gefährdet sei bzw. zweckentfremdet werde. An dieser Sitzung habe sich auch herausgestellt, dass C._____ und F._____ die Belege der Bank K._____ entgegen der vorher gemachten Zusicherungen immer noch nicht beschafft hatten (angefochtenes Urteil, E. 7.3.4.2). Mit der Verfügung vom 14. Juli 2006 habe das BSV abermals darauf hingewiesen, dass eine Gefährdung bzw. Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens nicht ausgeschlossen werden könne und die Suspendierung der amtierenden Stiftungsräte angeordnet, wenn die Unterlagen bis zum 31. Juli 2006 nicht eintreffen sollten (angefochtenes Urteil, E. 7.3.4.3). Trotz des Wissens, dass allenfalls das Weiterbestehen der Stiftung auf dem Spiel stand, da die Vermögenslage bis zuletzt unklar geblieben sei, seien die Stiftungsräte bis zum 31. Juli 2006 nicht erkennbar tätig geworden, obwohl sie wussten, dass die Bankbelege jener Bilanzposition fehlten, die mit über 90 % den mit Abstand grössten Aktivposten darstellten (angefochtenes Urteil, E. 7.3.4.5). Spätestens per 13. Juli 2006 hätten die Stiftungsräte im Detail um die bestehenden Probleme mit den Jahresrechnungen und um die fehlenden Belege der Bank K._____ gewusst (angefochtenes Urteil, E. 7.3.4.6). Wären sie (spätestens) an diesem Datum eingeschritten, hätten sie umgehend den entstandenen Schaden feststellen können. Mit einem Bankauszug der Bank K._____ hätten sie erkannt, dass das von C._____ und F._____ in den Bilanzen per 31. Dezember 2004 und 2005 gezeichnete Bild in krassem Widerspruch zur tatsächlichen Vermögenssituation der Stiftung stand; auch ohne detaillierte Prüfung hätten sie erkennen können, dass nur ein Bruchteil der bilanzierten

Gelder vorhanden war und dass beinahe das gesamte Vermögen abgeflossen war; das wäre mit einem kurzen Auskunftsbegehren möglich gewesen; damit wäre ihnen spätestens per 20. Juli 2006 klar geworden, dass die Stiftung in erheblichem Umfang geschädigt worden sei (angefochtenes Urteil, E. 7.3.5). Grundsätzlich vermöge zwar ein blosses Kennen-Müssen die relative Verwirkungsfrist von Art. 20 Abs. 1 VG nicht auszulösen (angefochtenes Urteil, E. 7.4). Nach der Rechtsprechung liege jedoch eine Ausnahme vor, wenn der Geschädigte wesentliche Elemente seines Schadens kenne, in der Folge jedoch Abklärungen unterlasse, die für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruches notwendig seien oder sich dem Schaden gegenüber desinteressiert verhalte (angefochtenes Urteil, E. 7.4.1, unter Verweis auf Urteil 4A_576/2010 vom 7. Juni 2011 E. 3.2, nicht publiziert in BGE 137 III 352). Die Untätigkeit der Stiftungsräte könne nur als völlige Gleichgültigkeit am Bestehen eines allfälligen Schadens aufgefasst werden. Das Verhalten der Stiftungsräte sei nicht nur treuwidrig, sondern zugleich eine Verletzung elementarer Rechtspflichten (angefochtenes Urteil, E. 7.4.2). Daher sei bereits das Kennen-Müssen des Schadens für den Beginn des Fristenlaufs ausreichend (angefochtenes Urteil, E. 7.4.3).

E. 7.3

Wie dargelegt (vorne E. 5.1) ist für den Beginn des Fristenlaufs Kenntnis des Schadens zumindest in den wesentlichen Zügen erforderlich; blosses Wissen-Können oder Wissen-Müssen (bei gebotener Sorgfalt) genügt nicht. Allerdings braucht der Geschädigte nicht zu wissen, wie hoch ziffernmässig der Schaden ist, selbst wenn dessen Umfang noch nicht sicher feststeht, weil künftige Ereignisse ihn noch erhöhen oder vermindern können, steht ihm doch gestützt auf Art. 42 Abs. 2 OR die Möglichkeit offen, auch den künftig noch eintretenden Schaden schätzen zu lassen. Ist der Geschädigte in der Lage, aufgrund eigener Abklärungen den Schaden in den Grundzügen zu berechnen und gestützt darauf ein Ermessensgesuch im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR einzureichen, besteht kein Grund dafür, den Beginn der relativen Verwirkungsfrist hinauszuschieben, bis der Umfang des Schadens genau feststeht (zu Art. 20 VG Urteil 2C_357/2016 vom 12. Juni 2017 E. 2.3, E. 3.3.1; vgl. zu Art. 60 OR

BGE 131 III 61 E. 3.1.1 S. 68; 112 II 118 E. 4 S. 123; 111 II 55 E. 3a S. 57; Urteil 4A_576/2010 vom 7. Juni 2011 E. 3.2, nicht publiziert in BGE 137 III 352). Sobald der Geschädigte um die wesentlichen Elemente des Schadens weiss, hat er von sich aus die weiteren Informationen zu beschaffen, welche für die Einreichung einer Klage notwendig sind (BGE 109 II 433 E. 2 S. 435; Urteil 2C.3/2005 vom 10. Januar 2007 E. 5.1; Urteil 4A_576/2010 vom 7. Juni 2011 E. 3.2, nicht publ. in BGE 137 III 352). Dies ergibt sich aus dem Gebot des Verhaltens nach Treu und Glauben (Art. 9 BV ; Art. 2 ZGB ; WALTER, a.a.O., S. 130 Fn. 342) : Das Gesetz schützt nicht jedes gleichgültige Verhalten oder gar ein gänzlich desinteressiertes Verhalten des Geschädigten gegenüber seinem Schaden (Urteile 4A_109/2011 vom 21. Juli 2011 E. 9.3.1; 4A_454/2010 vom 6. Januar 2011 E. 3.1 und 3.2).

E. 7.4

Vorausgesetzt ist aber doch, dass der Grundsatz des Schadens bekannt ist und bloss dessen Ausmass noch unbestimmt ist. Das wurde bejaht im Urteil 2C.3/2005 vom 10. Januar 2007, wo es ebenfalls um ein Schadenersatzbegehren einer Personalfürsorgestiftung gegen die Aufsichtsbehörde ging, wobei zur Begründung eine Jahre nach dem schädigenden Ereignis erstellte Kostenzusammenstellung eingereicht wurde. Das Bundesgericht erwog, die Stiftung wäre gehalten gewesen, aufgrund der ihr bekannten Elemente die nötigen

Abklärungen innert nützlicher Frist zu veranlassen, was schon viel früher möglich gewesen wäre; die spätere Kostenzusammenstellung habe nichts wesentlich Neues gebracht gegenüber dem, was bereits früher bekannt gewesen sei, weshalb die Forderung verwirkt sei. In jenem Fall war somit die Tatsache, dass ein Schaden entstanden war, schon früher bekannt und nur dessen Höhe bedurfte allenfalls weiterer Abklärungen.

E. 7.5

Im vorliegenden Fall lässt sich den für das Bundesgericht verbindlichen (Art. 105 Abs. 1 BGG) Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz (vorne E. 7.2) zwar entnehmen, dass die übrigen Stiftungsräte schon im April 2006 wussten, dass die revidierten Jahresabschlüsse 2004 und 2005 nicht vorlagen, und spätestens am 13. Juli 2006 wussten, dass das BSV eine Gefährdung oder Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens nicht ausschliessen konnte. Es mag zutreffen, dass die Stiftungsräte bei gebotener Aufmerksamkeit hätten feststellen können, dass ein Grossteil des Stiftungsvermögens abgeflossen war. Das blosses Wissen-Können oder Wissen-Müssen genügt jedoch für den Fristbeginn nicht, selbst dann nicht, wenn das Nichtwissen auf pflichtwidriger Unsorgfalt oder Passivität beruhte (vorne E. 5.1). Die Vorinstanz hat nicht festgestellt, dass die Stiftungsratsmitglieder den Schaden zumindest in den Grundzügen effektiv gekannt hätten (vgl. angefochtenes Urteil, E. 7.3.4.5, E. 7.3.4.6). Somit besteht kein positives Wissen der übrigen Stiftungsräte, welches der Beschwerdeführerin zugerechnet werden und den Beginn der relativen Verwirkungsfrist von Art. 20 Abs. 1 VG ausgelöst haben könnte. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als begründet.

E. 8

Insgesamt ist der Schadenersatzanspruch der Beschwerdeführerin nicht verwirkt. Über die übrigen Haftungsvoraussetzungen hat sich das Bundesverwaltungsgericht bisher nicht ausgesprochen und kann sich daher auch das Bundesgericht nicht äussern (vgl. vorne E. 1). Das angefochtene Urteil ist aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

E. 9

Bei diesem Verfahrensausgang sind die Verfahrenskosten der in vermögensrechtlichen Interessen betroffenen Schweizerischen Eidgenossenschaft, vertreten durch das EFD, aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 4 BGG). Diese hat der Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren eine unter Berücksichtigung des Streitwerts, der Wichtigkeit und Schwierigkeit der Streitsache (Art. 3 des Reglements vom 31. März 2006 über die Parteientschädigung und die Entschädigung für die amtliche Vertretung im Verfahren vor dem Bundesgericht [SR 173.110.210.3]) festzusetzende Parteientschädigung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 BGG)

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.