

# **BL\_GERICHTE 735 2011 123 / 272 vom 18. Oktober 2012**

BL Gerichte, 2012-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_735\\_2011\\_123\\_272](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_735_2011_123_272)

FR: BL\_GERICHTE 735 2011 123 / 272 du 18 octobre 2012

IT: BL\_GERICHTE 735 2011 123 / 272 del 18 ottobre 2012

## **Regeste**

Forderung

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Nach Art. 73 des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982 bezeichnet jeder Kanton ein Gericht, das als letzte kantonale Instanz nebst Streitigkeiten zwischen Vorsorgeeinrichtungen, Arbeitgebern und Anspruchsberechtigten auch über Verantwortlichkeitsansprüche gemäss Art. 56a BVG entscheidet (Abs. 1 lit. d). Gerichtsstand ist der schweizerische Sitz oder Wohnsitz der beklagten Partei (Abs. 3). Gemäss Art. 54 Abs. 1 lit. c des kantonalen Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 beurteilt das Kantonsgericht als Versicherungsgericht und als einzige gerichtliche Instanz des Kantons Streitigkeiten im Sinne von Art. 73 BVG. Vorliegend hat der Beklagte Wohnsitz im Kanton Basel-Landschaft. Auf die beim örtlich und sachlich zuständigen Kantonsgericht formgerecht eingereichte Klage ist daher einzutreten. 2.1 Gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG stellt das Gericht in Streitigkeiten wie der vorliegenden den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Es gilt somit der Untersuchungsgrundsatz (BGE 115 V 113 E. 3d/bb; SZS 2001 S. 561 E. 1a/aa). Dieser besagt, dass das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen hat (BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a; SZS 2001 S. 561 E. 1a/aa). Der Untersuchungsgrundsatz wird allerdings beschränkt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a; SZS 2001 S. 562 E. 1a/bb). Zu diesen gehört im Klageverfahren im Bereich der beruflichen Vorsorge die Substanziierungspflicht, welche beinhaltet, dass die wesentlichen Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen in den Rechtsschriften enthalten sein müssen. Dementsprechend ist es einerseits Sache der klagenden Vorsorgeeinrichtung, die Forderung soweit zu substantzieren, dass sie überprüft werden kann. Soweit die eingeklagte Forderung hinreichend substantziiert ist, bleiben unsubstanzierte Bestreitungen unberücksichtigt; dementsprechend darf das Gericht eine Klage, soweit sie nicht hinreichend substantziiert und nachvollziehbar ist, trotz ungenügend substantzierter oder gänzlich fehlender Bestreitung nicht gutheissen (Urteil des damaligen Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG; seit 1. Januar 2007: Bundesgericht, sozialrechtliche Abteilungen] B 37/01 vom 28. Juni 2002 E. 1a/bb; SZS 2001 S. 562 E. 1a/bb). 2.2 Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne einer Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Eine Beweislast besteht nur in dem Sinne, dass im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte ( Thomas Locher , Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, § 68 N 3 ff. mit weiteren Hinweisen). Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als

unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes auf dem Wege der Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die überwiegende Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264). 2.3 Ferner gilt das Prinzip der Rechtsanwendung von Amtes wegen, wonach das Gericht verpflichtet ist, auf den festgestellten Sachverhalt jenen Rechtssatz anzuwenden, den es als den zutreffenden ansieht, und ihm auch die Auslegung zu geben, von der es überzeugt ist (BGE 110 V 52 E. 4a; SZS 2001 S. 562 E. 1b).

### **E. 3**

Vorab ist zu prüfen, ob eine allfällige Forderung der Klägerin bereits verjährt wäre.

#### **E. 3.1**

Unbestritten ist, dass für Ansprüche aus Art. 56a BVG rechtsprechungsgemäss eine Verjährungsfrist von fünf Jahren ab der Leistung des Sicherheitsfonds gilt (BGE 135 V 170 E. 5.5). Der Fristenlauf begann demnach mit der Zahlung des Sicherheitsfonds an die Stiftung am 20. Dezember 2002. Am 12. Dezember 2007 unterzeichnete der Beklagte eine "Verjährungsverzichtserklärung", wobei er sich verpflichtete, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, soweit die Verjährung noch nicht eingetreten sei. Gemäss dem Wortlaut diene die Verzichtserklärung der "vorsorglichen Unterbrechung der Verjährungsfristen" und war bis zum 30. Juni 2008 befristet. Eine zweite identische Verzichtserklärung erfolgte am 5. Juni 2008 und war bis zum 31. Dezember 2008 befristet. Nachdem sich der Beklagte in der Folge weigerte, einen weiteren Verjährungsverzicht zu unterschreiben, betrieb die Klägerin den Beklagten am 23. Dezember 2008 auf eine Summe von Fr. 1'708'00.00 nebst Zins zu 5% seit 20. Dezember 2002. Am 23. März 2011 erfolgte schliesslich die Klageerhebung.

#### **E. 3.2**

Als der Beklagte die erste Verjährungsverzichtserklärung am 12. Dezember 2007 unterschrieb, waren allfällige Ansprüche aus Art. 56a BVG noch nicht verjährt. Es stellt sich somit die Frage nach der Wirkung dieser Verjährungsverzichtserklärung. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Verjährung sei dem Wortlaut der Verzichtserklärung entsprechend am 12. Dezember 2007, bei der erneuten Verzichtserklärung vom 5. Juni 2008, sowie mit Betreibung vom 23. Dezember 2008 jeweils gemäss Art. 135 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR) vom 30. März 1911 unterbrochen worden. Somit habe die Frist gemäss Art. 137 OR von Neuem zu laufen begonnen, weshalb der Anspruch noch bis im Dezember 2013 hätte geltend gemacht werden können. Der Beklagte wendet demgegenüber ein, die Verjährungsfrist sei durch die Verzichtserklärungen nicht unterbrochen, sondern verlängert worden. Mit der Betreibung vom 23. Dezember 2008 habe zwar gemäss Art. 137 OR eine neue Frist zu laufen begonnen – jedoch nur entsprechend der Dauer des Verjährungsverzichts für ein weiteres halbes Jahr. Demnach seien allfällige Ansprüche bei Klageerhebung längst verjährt gewesen.

#### **E. 3.3**

Es wird zu Recht nicht bestritten, dass zum Zeitpunkt der ersten Verjährungsverzichtserklärung die Verjährung noch nicht eingetreten war. Zur Klärung der Frage, welche Wirkung die Verjährungseinredeverzichtserklärung hatte, sind die obligationenrechtlichen Bestimmungen analog anzuwenden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist die Rechtsfolge eines vor Eintritt der Verjährung erklärten Verzichts auf

die Einrede der Verjährung die Verlängerung der Verjährungsfrist. Zwar stelle der Verjährungseinredeverzicht faktisch eine Unterbrechung der Verjährung und damit eine Ergänzung der in Art. 135 OR abschliessend geregelten Unterbrechungsgründe dar. In Konkretisierung der Rechtsprechung sei mittlerweile jedoch anerkannt, dass der Verjährungseinredeverzicht abweichend von der Verjährungsunterbrechungsregel von Art. 137 Abs. 1 OR die (unterbrochene) Verjährungsfrist nicht neu eröffne, sondern sie nur nach Massgabe der von den Parteien vereinbarten Fristverlängerung verlängere (zum Ganzen das Urteil des Bundesgerichts 9C\_104/2007 vom 20. August 2007 E. 8.2.1; Alfred Koller, Verjährt oder nicht verjährt?, in: Allgemeine Juristische Praxis [AJP] 2000/3, S. 247; Franz Kessler, Der Verjährungsverzicht im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2000, S. 109 f.; Robert K. Däppen, in: Basler Kommentar [BSK] OR I, 5. Auflage 2011, N 1a zu Art. 141). Der Klägerin kann demnach nicht gefolgt werden, wenn sie behauptet, die Verjährung sei durch die Verzichtserklärung unterbrochen worden.

### **E. 3.4**

Nach der oben dargelegten Rechtsprechung wurde die Verjährungsfrist durch die beiden Verjährungsverzichterklärungen bis zum 31. Dezember 2008 verlängert. Damit wäre die Verjährung mit Ablauf der zwischen den Parteien verabredeten Frist (31. Dezember 2008) eingetreten, konnte indes bis zu diesem Zeitpunkt sowohl nach Art. 134 OR gehemmt als auch nach Art. 135 OR unterbrochen werden (Däppen, a.a.O., N 1a zu Art. 141; Kessler, a.a.O., S. 142, m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 9C\_104/2007 vom 20. August 2007 E. 8.2.2). In casu unterbrach die Klägerin die Verjährung vor Ablauf der verlängerten Frist durch eine Massnahme gemäss Art. 135 OR, namentlich durch die Betreuung vom 23. Dezember 2008. Damit begann eine neue Frist im Umfang der ursprünglichen gesetzlichen Verjährungsfrist zu laufen (Kessler, a.a.O., S. 143 unter Hinweis auf einen unpublizierten Entscheid des Bundesgerichts 4C.9/1998 vom 14. Mai 1998 E. 4b; Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Bern 1975, Band I S. 380). Für die vom Beklagten vertretene Auffassung, wonach die Betreuung eine neue Frist im Umfang der vereinbarten Fristverlängerung bewirkt haben sollte, finden sich weder in Literatur noch Rechtsprechung Anhaltspunkte. Gegen diese Ansicht spricht sodann, dass Lehre und Rechtsprechung klar von einer Verlängerung der gesetzlichen Verjährungsfrist ausgehen und damit gerade nicht von der Begründung einer neuen, eigenständigen Frist im Umfang der vereinbarten Verzichtsfrist. Der neue Fristenlauf im Umfang der mit dem Anspruch verbundenen Frist ist somit die logische Folge der obligationenrechtlichen Regeln. Dementsprechend unterbrach die Klägerin die Verjährungsfrist gemäss Art. 135 OR mittels der Betreuung vom 23. Dezember 2008, was einen neuen Fristenlauf von fünf Jahren auslöste (Art. 137 OR). Bei Klageerhebung am 23. März 2011 waren allfällige Ansprüche aus Art. 56a BVG somit nicht verjährt, weshalb der Beklagte mit der Einrede der Verjährung nicht durchdringt. 4.1. Die Klägerin leitet den geltend gemachten Anspruch aus Umständen ab, die sich vor dem 31. Dezember 2004 ereignet haben. Anwendbar ist daher die bis zu diesem Zeitpunkt massgebende Fassung von Art. 56a BVG, wonach der Sicherheitsfonds nicht in die Ansprüche, die der Vorsorgeeinrichtung nach Art. 52 BVG zustehen, subrogiert, sondern einen eigenen Anspruch gestützt auf Art. 56a BVG hat. Zu prüfen ist damit, ob die Klägerin einen Regressanspruch im Sinne von Art. 56a BVG (in der bis zum 31. Dezember 2004 gültigen Fassung) gegen den Beklagten geltend machen kann. Im Wesentlichen stützt die Klägerin ihren Anspruch auf den Verlust der Stiftung aus dem Erwerb und Halten eines Aktienpakets der Arbeitgeberfirma B. AG (in der Folge: Aktienpaket) und macht in diesem

Zusammenhang zusätzlich einen Opportunitätsschaden geltend. Einerseits habe der Beklagte bereits zum Kaufzeitpunkt des Aktienpakets (Ende 1997) eine zumindest faktische Organstellung innegehabt. Andererseits habe der Beklagte auch während seiner Amtszeit als Stiftungsratspräsident diese Anlage beim Arbeitgeber nicht mit der nötigen Sorgfalt verwaltet und pflichtwidrig davon abgesehen, das Aktienpaket wieder zu veräussern. Der Beklagte hält diesen Vorwürfen zunächst entgegen, er habe zum Zeitpunkt des Aktienkaufs keine (faktische) Organstellung innegehabt, weshalb ihm der Kauf des Aktienpakets ohnehin nicht angelastet werden könne und ihn keine Organhaftung treffe. Wie die nachfolgende Abgrenzung zwischen dem altrechtlichen Regressanspruch des Sicherheitsfonds gemäss Art. 56a BVG von der Haftung nach Art. 52 BVG zeigen wird, tritt die Frage, ob der Beklagte eine (zumindest faktische) Organstellung im Zeitpunkt des Aktienkaufs inne hatte, in den Hintergrund.

4.2 Der altrechtliche Art. 56a BVG regelt im Unterschied zu Art. 52 BVG nicht die Haftung eines bestimmten Personenkreises, sondern das Rückgriffsrecht des Sicherheitsfonds auf Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Versichertenkollektivs ein Verschulden trifft. Dies im Gegensatz zu Art. 52 BVG, der die mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den von ihnen schuldhaft verursachten Schaden haftbar macht. Mit Art. 56a Abs. 1 BVG wurde die Verantwortlichkeit derjenigen Personen, welche die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung (mit)verschuldet haben, gesetzlich verankert. Die Formulierung "Rückgriffsrecht im Umfang der sichergestellten Leistungen" impliziert, dass der Sicherheitsfonds den ihm entstandenen Schaden gegenüber den für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung verantwortlichen Personen direkt geltend machen kann. Art. 56a Abs. 1 BVG bildet die rechtliche Grundlage sowohl für die Verantwortlichkeit der nicht unter Art. 52 BVG fallenden Personen, die an der Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden trifft, wie auch für das Rückgriffsrecht des Sicherheitsfonds auf eben diese Personen. Dass Art. 56a BVG nicht von Haftung im engeren Sinn (für ungedeckte Schäden), sondern von Rückgriffsrecht spricht, hängt nicht mit der fehlenden Verantwortlichkeit dieses Personenkreises für die eingetretene Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung und dem daraus dem Sicherheitsfonds entstandenen Reflexschaden zusammen. Vielmehr ist diese Terminologie Ausdruck des gesetzlichen Aufgabenbereichs des Sicherheitsfonds, der zunächst im Schadenfall die Leistungen, welche die zahlungsunfähige Vorsorgeeinrichtung nicht mehr erbringen kann, im Aussenverhältnis sicherstellen muss und dann als Haftender für den ihm durch die Sicherstellung entstandenen Schaden die Verantwortlichen direkt regressweise belangen kann (Innenverhältnis), ohne dass vorgängig ein separater verwaltungs- oder zivilrechtlicher Prozess zwecks Feststellung der Haftung der Verantwortlichen angestrengt werden müsste (Thomas Geiser, Haftung für Schäden der Pensionskassen, Überblick über die Haftungsregeln bei der 2. Säule, in: Bettina Kahil-Wolff et al. [Hrsg.], *Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc*, Lausanne 2001, S. 72 f.; Sitzung der ständerätlichen Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit vom 21. November 1995). Damit ist Art. 56a BVG für die vom Sicherheitsfonds belangten, nicht schon von Art. 52 BVG erfassten Verantwortlichen, als massgebliche Haftungsnorm zu verstehen (BGE 130 V 277 E. 2.1).

4.3 Vorliegend ist zunächst unbestritten, dass der Beklagte ab Januar 1998 Stiftungsratspräsident war und damit eine Organstellung innehatte. Nach dem Dargelegten beschränkt sich die Haftung nach Art. 56a BVG nicht auf Personen, die nach Art. 52 BVG als Organe der Stiftung gelten. Ob das Handeln des Beklagten im Zusammenhang mit dem Aktienkauf im Jahr 1997 dazu geeignet war, die Zahlungsunfähigkeit der Stiftung

mitzuverschulden, wird demnach anhand der Haftungsvoraussetzungen von Art. 56a BVG zu bewerten sein (vgl. dazu insbesondere Erwägung 7.4 hiernach). Die Frage nach einer Organstellung vor dem 1. Januar 1998 tritt insofern in den Hintergrund.

#### **E. 5**

Die Haftung nach Art. 56a BVG setzt nach dem Wortlaut voraus, dass die in Anspruch genommene Person an der Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden trifft. Weitere Haftungsvoraussetzungen werden nicht genannt. Entsprechend der allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts ist ein widerrechtliches beziehungsweise pflichtwidriges Verhalten (nachfolgend Erwägung 7) vorauszusetzen (BGE 130 V 277 E. 3.3; Urteil des Bundesgerichts 9C\_579/2007 vom 18. März 2008 E. 2). Weitere Haftungsvoraussetzung sind ein Schaden (Erwägung 6), ein natürlicher und adäquater Kausalzusammenhang (Erwägung 8) zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden (BGE 128 V 127 E. 4a und 133 E. 4f zur Haftung gemäss Art. 52 BVG) sowie ein Verschulden (Erwägung 9), wobei leichte Fahrlässigkeit genügt (BGE 128 V 132 E. 4e zu Art. 52 BVG).

#### **E. 6**

Die Klägerin macht einen Schaden in der Höhe des Kaufpreises der B. -Aktien von Fr. 407'000.-- sowie einen Opportunitätsschaden von Fr. 31'786.70 geltend. 6.1.1 Als Vermögensschaden gilt die Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand nach dem schädigenden Ereignis und dem hypothetischen Vermögensstand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis aufweisen würde. Der Schaden besteht darin, dass der Sicherheitsfonds für eine Leistung aufkommen muss, welche an sich durch die entsprechenden Vorsorgeeinrichtungen zu erbringen wäre. Resultiert der Vermögensschaden insbesondere aus einem Verlust von Anlagen, so gilt der Schaden nicht erst bei Konkurs des Darlehensnehmers als eingetreten, sondern bereits bei Gewährung eines in hohem Masse gefährdeten Darlehens. Die Unsicherheit betreffend die Einbringlichkeit eines solchen Darlehens bedeutet somit nicht nur eine Gefährdung des Vermögens, sondern gilt zugleich auch als eigentlicher Schadenseintritt (BGE 122 IV 281 E. 2a). 6.1.2. Die Klägerin sieht ihren Schaden in der sichergestellten Leistung vom 20. Dezember 2002 in der Höhe von Fr. 1.9 Mio., abzüglich der im Konkursverfahren erhaltenen Konkursdividende sowie der Vergleichszahlungen der Stiftungsräte H. und I. . Mit der Sicherstellung habe auch der aus dem Kauf, respektive dem Nichtwiederverkauf des Aktienpakets, entstandene Verlust der Stiftung ausgeglichen werden müssen. Der Beklagte wendet demgegenüber ein, der Schaden sei weder substantiiert noch bewiesen. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden: Die Sicherstellung gegenüber der Stiftung ist unbestrittenermassen erfolgt. Auch ist der Kaufpreis der B. -Aktien in der Höhe von Fr. 407'000.-- aktenkundig. Hätte das Aktienpaket nicht vollständig wertberichtigt werden müssen oder wäre die Anlage beim Arbeitgeber gar nie erfolgt, wäre die Sicherstellung der Klägerin um Fr. 407'000.-- geringer ausgefallen. Es kommt dabei auch nicht darauf an, ob die Klägerin auch durch eine nicht zu beanstandende Anlegung des Stiftungsvermögens hätte zu Schaden kommen können. Entscheidend und nachfolgend zu beurteilen ist vielmehr, ob der eingetretene Schaden die Folge pflichtwidrigen Verhaltens des Beklagten ist (BGE 99 II 181 E. 2a im Zusammenhang mit der Schadensbestimmung). Im Sinne der Differenztheorie ist damit ein Schaden in der Höhe von Fr. 407'000.-- durch die Klägerin substantiiert dargelegt und bewiesen. 6.2.1 Von einem Vermögensschaden im eben umschriebenen Sinne abzugrenzen ist der sogenannte Opportunitätsschaden. Darunter wird

jener Schaden verstanden, welcher der Vorsorgeeinrichtung entstanden ist, weil Chancen, die ein verantwortungsvoller Vermögensverwalter hätte erkennen können oder müssen, nicht genutzt wurden. Der Opportunitätsschaden besteht alsdann in der Differenz zwischen der tatsächlich erzielten Rendite und der hypothetischen Rendite, die bei einer Anlagestrategie mit einem angemessenen Risiko erzielbar gewesen wäre, und wird meistens in einem entgangenen Gewinn bestehen (sog. *lucrum cessans*; Martin Th. Maria Eisenring, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, Diss. Zürich 1999, S. 187). Eine Vermögenseinbusse, die alleine aus einem Kursverlauf der Börsen resultiert, kann grundsätzlich jedoch nicht als Schaden geltend gemacht werden (Domenico Gullo, Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats in der Vorsorgeeinrichtung und die Delegation von Aufgaben, SZS 2001 S. 40 ff.). 6.2.2 Die Klägerin macht unter Verweis auf den sog. Pictet BVG-25-Indizes geltend, ihr sei durch die behauptete Fehlanlage in der Höhe von Fr. 407'000.-- ein möglicher Gewinn von Fr. 31'786.70 entgangen. Wie bereits festgehalten (Erwägung 2.1 hiervor) trifft die Parteien im Klageverfahren im Bereich der beruflichen Vorsorge eine Substanziierungspflicht. Die Klägerin unterlässt es hingegen, den behaupteten Opportunitätsschaden hinreichend zu substantzieren. So bleibt sie insbesondere den Nachweis schuldig, dass die Stiftung bei einer alternativen Vermögensanlage die Anlagestrategie gemäss Pictet BVG-25 verfolgt hätte oder in welche Produkte die Stiftung ansonsten konkret investiert hätte. Die Klage ist demnach bezüglich des geltend gemachten Opportunitätsschadens in der Höhe von Fr. 31'786.70 mangels genügender Substanziierung abzuweisen.

## **E. 7**

Zu prüfen ist weiter, ob dem Beklagten ein widerrechtliches Verhalten vorzuwerfen ist.

### **E. 7.1**

Eine haftpflichtrechtlich massgebliche Widerrechtlichkeit setzt die Verletzung eines von der Rechtsordnung geschützten Gutes voraus, sei es, dass ein absolutes Recht des Geschädigten verletzt wird (Erfolgsunrecht), sei es, dass eine reine Vermögensschädigung durch Verstoss gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (Verhaltensunrecht). Das Vermögen als solches ist kein Rechtsgut, seine Schädigung für sich allein somit nicht widerrechtlich. Vermögensschädigungen ohne Rechtsgutverletzung sind daher nur rechtswidrig, wenn sie auf ein Verhalten zurückgehen, das von der Rechtsordnung als solches, das heisst unabhängig von seiner Wirkung auf das Vermögen, verpönt wird. Vorausgesetzt wird, dass die verletzten Verhaltensnormen dem Schutz vor diesen Schädigungen dienen (BGE 133 III 329 E. 5.1; 132 II 317 E. 4.1; 132 II 457 E. 3.3; 123 II 581 E. 4c). Das gesetzlich geforderte Verhalten kann aus einem Tun bestehen oder aus einem Unterlassen, wenn eine Handlungspflicht besteht, die das Interesse des Geschädigten verfolgt und sich aus einer Schutzvorschrift zu dessen Gunsten ergibt (BGE 132 II 317 E. 4.1; 123 II 583 E. 4d/ff). In Bezug auf das BVG liegt ein pflichtwidriges Verhalten vor, wenn die sich aus Gesetz und Verordnungen, aus der Stiftungsurkunde und den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrates, einem Vertragsverhältnis sowie den Weisungen der Aufsichtsbehörde ergebenden Pflichten verletzt werden. Wo Gesetz, Stiftungssatzungen und Auftrag die entsprechenden Pflichten zu wenig genau beschreiben, dient die Sorgfaltspflicht nach Art. 398 OR i.V.m. Art. 321e OR als Massstab für die Handlungen des Stiftungsrates (Gullo, a.a.O., S. 45; Christoph Helbling / Carmela Wyler - Schmelzer, Zur Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, in: Der Schweizer Treuhänder, S. 12).

## **E. 7.2**

Im Bereich der Vermögensanlage besteht das pflichtwidrige Verhalten in erster Linie in einer Verletzung der gesetzlichen (Art. 71 BVG) und reglementarischen Anlagevorschriften (Art. 49 ff. der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVV2] vom 18. April 1984; BGE 131 V 55 E. 3.2.1). Gemäss Art. 71 Abs. 1 BVG verwalten die Vorsorgeeinrichtungen ihr Vermögen so, dass Sicherheit und ein genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfs an flüssigen Mitteln gewährleistet sind. Eine widerrechtliche Vermögensverwendung liegt vor, wenn das Vorsorgevermögen zu anderen Zwecken als zur Vorsorge verwendet wird. Verboten sind deshalb alle Handlungen, die zur Verminderung des Vorsorgevermögens führen, ausser sie erfolgen in unmittelbarer Erfüllung des Vorsorgezwecks oder sind zu dessen Erfüllung unumgänglich (SZS 1983 S. 48). Eine gesetzeskonforme Vermögensverwaltung verlangt demnach kumulativ die Einhaltung der spezifischen Anlagevorschriften gemäss Art. 49 ff BVV2 sowie der allgemeinen Sicherheitsanforderungen von Art. 71 BVG ( Bruno Lang , Anlagen beim Arbeitgeber, SZS 1987 S. 72; BGE 132 II 144 E. 1.3; SZS 2009 S. 473).

## **E. 7.3**

Die Bestimmungen in der BVV2 sind insbesondere aufgrund der Ereignisse auf den Finanzmärkten verschiedentlich erweitert worden. Was die Anwendbarkeit materiellrechtlicher Bestimmungen betrifft, ist in zeitlicher Hinsicht der übergangsrechtliche Grundsatz massgebend, wonach im Falle einer Änderung der gesetzlichen Grundlagen jene Ordnung anwendbar ist, die zur Zeit galt, als sich der zu Rechtsfolgen führende Sachverhalt verwirklichte (BGE 127 V 467 E. 1). Dieser Grundsatz gilt auch im Bereich der beruflichen Vorsorge (BGE 121 V 97). Die Rechtmässigkeit der zu beurteilenden Handlungen ist deshalb nach der Rechtslage zu beurteilen, die im Zeitpunkt der als schädigend betrachteten Handlung jeweils in Kraft stand (Urteil des Bundesgerichts 9C\_997/2009 vom 31. Mai 2010 E. 4). Vorliegend sind Vorfälle, die sich bis zum Rücktritt des Beklagten als Stiftungsratspräsident im Jahr 2000 ereignet haben, zu beurteilen, weshalb der nachgehenden Ausführungen die Bestimmungen des BVG und der BVV2 in der jeweils im Zeitpunkt der fraglichen Dispositionen gültig gewesenen Fassung zu Grunde liegen.

## **E. 7.4**

Die Klägerin macht zunächst geltend, dass das Aktienpaket der B. AG nie hätte gekauft werden dürfen, da diese Anlage nicht den geforderten Sicherheitsvorschriften entsprochen habe. Der Beklagte betont seinerseits, dass er zum Zeitpunkt des Aktienkaufs noch nicht Stiftungspräsident gewesen sei und somit auch nicht über den Kauf habe abstimmen können. Zudem sei die Anlage, insbesondere aufgrund einer dreijährigen Rückgabemöglichkeit sowie einer Zinsgarantie von 5%, sicher gewesen und habe alle gesetzlichen Vorschriften erfüllt.

### **E. 7.4.1**

Gemäss der Akten und der anlässlich der Parteiverhandlung gewonnenen Erkenntnisse präsentiert sich der Sachverhalt bezüglich des Kaufs des Aktienpakets wie folgt:

#### **E. 7.4.1.1**

Der damalige Mehrheitsaktionär der B. -Gruppe und Stiftungsratsmitglied H. und der Beklagte waren sich aus einem gemeinsamen Service-Club bekannt. H. erklärte dem Beklagten im Herbst 1997, dass er ein Liquiditätsproblem habe, da er früheren Arbeitnehmern deren Beteiligung an der B. -Gruppe abkaufen müsse. Er bat den Beklagten zu prüfen, ob die Personalvorsorgestiftung diese Aktien kaufen könne. Der Beklagte holte in der Folge eine Beurteilung eines Pensionsversicherungsexperten sowie eine Stellungnahme der Kontrollstelle ein. Mit Schreiben vom 10. November 1997 führte M. , N. Pensionskassendienstleistungen, aus, dass – auch ohne den konkreten Wert der laufenden Renten sowie der Freizügigkeitsleistungen zu kennen – davon ausgegangen werden könne, dass eine Anlage beim Arbeitgeber in der Höhe von Fr. 450'000.-- die gesetzlichen Vorschriften nicht verletzen würde. Zudem empfahl M. , es sei die Kontrollstelle zu kontaktieren, insbesondere um die Frage der Bewertung der Aktien abzuklären.

#### **E. 7.4.1.2**

An der Stiftungsratssitzung vom 8. Dezember 1997 nahm der Beklagte gemäss Protokoll vom 12. Januar 1998 in Vertretung von K. , dem scheidenden Stiftungsratspräsidenten teil. Er orientierte an der Sitzung darüber, dass H. Aktien der B. AG im Wert von Fr. 400'000.-- an die Stiftung verkaufen wolle und die Ausarbeitung eines entsprechenden Vertrags mit gegenseitigem Rückkaufsrespektive Rückverkaufsrecht in Bearbeitung sei. Der Beklagte nehme die Bewertung der Aktien zusammen mit der O. AG (Kontrollstelle der Stiftung) vor, ein entsprechender Kaufantrag werde als Zirkularbeschluss formuliert.

#### **E. 7.4.1.3**

Mit Schreiben vom 18. Dezember 1997 nahm zudem die Kontrollstelle zur geplanten Übernahme des Aktienpakets Stellung. Diese äusserte sich dahingehend, dass ihnen die Erfüllung der Kriterien der Sicherheit sowie der sorgfältigen Auswahl von Vermögensanlagen "eher fraglich" erscheine. Die Bewertung der Aktien zum inneren Substanzwert sei dann vertretbar, wenn die Verantwortlichen dafür sorgen würden, dass die wirtschaftliche Zukunft der B. -Gruppe gesichert sei und es sei für eine konkrete Wertfestlegung auf die Konzernrechnung per 31. Dezember 1997 abzustellen. Es sei des Weiteren sehr zu empfehlen, vorgängig die Aufsichtsbehörde zu informieren, da die Kontrollstelle zur Werthaltigkeit einer Beteiligung der Stiftung bei der B. AG eine Einschränkung anbringen müsste.

#### **E. 7.4.1.4**

Bereits am 16. Dezember 1997 (und damit noch vor dem Bericht der Kontrollstelle) wurde dem Stiftungsrat der Antrag betreffend Kauf von 30 Aktien der B. AG unterbreitet. Dabei wurde beantragt, H. 30 Aktien der B. AG für Fr. 405'750.-- abzukaufen. Unter Verweis auf das Schreiben von M. seien die gesetzlichen Vorschriften gemäss Art. 57 Abs. 1 BVV 2 erfüllt. Der Preis pro Aktie à nominal Fr. 1'000.-- betrage 13'525.--, wobei für die Preisbestimmung eine Bewertung vom 15. Dezember 1997 bei H. eingesehen werden könne. Zum Schutz der Stiftung sei vereinbart, dass diese innert drei Jahren vom Kauf zurücktreten könne und H. die Aktien diesfalls zum selben Preis wieder zurücknehmen müsse. H. habe innert selber Frist das Recht, die Aktien wieder zurückzukaufen. Der Antrag wurde von H. unterzeichnet, wobei es nach dem Wortlaut " wir beantragen den Kauf" zwei Antragsteller gab. Am 19. Dezember 1997 stimmte H. (selbst auch Stiftungsratsmitglied) dem Antrag zum Kauf der Aktien zu. Mit Schreiben vom 22. Dezember 1997 bedankten sich H. und der Beklagte sodann beim Stiftungsrat für die Zustimmung zum Aktienkauf

(erneut die Formulierung "dafür möchten wir Ihnen danken", wobei das Schreiben auch vom Beklagten unterzeichnet wurde). Im selben Schreiben wurde angekündigt, dass auf Empfehlung der Kontrollstelle hin der Wert der Aktien aufgrund der Konzernrechnung per 31. Dezember 1997 überprüft und eine allfällige Abweichung korrigiert werden würde.

#### **E. 7.4.2**

Aus dem Dargelegten geht hervor, dass der Beklagte beim Kauf des Aktienpakets eine wesentliche Rolle spielte. Der Beklagte bestätigte anlässlich der Parteiverhandlung selbst, dass er zur B. -Gruppe und zum Mandat des Stiftungsratspräsidenten gekommen sei, weil H. ihn darum gebeten habe, für ihn den Verkauf von 30 B. -Aktien an die Stiftung zu überprüfen und letztlich auch zu organisieren. Zwar trat er das Amt des Stiftungsratspräsidenten erst per 1. Januar 1998 an. Aus den Akten geht jedoch klar hervor, dass der Beklagte bezüglich des Aktienkaufs bereits vorher in die Geschäfte der Stiftung involviert war. Er forderte die Beurteilungen von M. und der Kontrollstelle an und berechnete den Aktienpreis. Er trug den Vorschlag des Aktienkaufs im Stiftungsrat als bereits erklärter Präsident in spe an die übrigen Stiftungsratsmitglieder heran und unterbreitete, zusammen mit H. , dem Stiftungsrat den Antrag zum Kauf. Dies ist aufgrund der Akten (gleiche Formulierung wie die gemeinsame Verdankung; Dateipfad auf dem Computer "A. " des Antragsdokuments; ganze Vorbereitung durch den Beklagten) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt. Dass der scheidende Präsident, K. , mit dem Kauf des Aktienpakets nichts mehr zu tun hatte, legte dieser anlässlich der Parteiverhandlung glaubwürdig dar. Wie oben (Erwägung 4.2 hiervor) ausgeführt, ist die (faktische) Organschaft für eine Haftung nach Art. 56a BVG nicht vorausgesetzt. Entscheidend ist, ob der Beklagte durch sein Handeln einen Einfluss auf Geschehnisse in der Stiftung hatte, die letztlich kausal für den Schaden des Sicherheitsfonds (Sicherstellung der Vorsorgeleistungen) waren. Ob sein Handeln haftungsbegründend war, wird nachgehend zu prüfen sein. Festzuhalten ist allerdings, dass der Beklagte bereits im Stadium des Kaufs des Aktienpakets einen grossen Einfluss auf die Vermögensverwaltung der Stiftung hatte, womit er unter den durch Art. 56a BVG betroffenen Personenkreis (Erwägung 4.2 hiervor) zu subsumieren ist.

#### **E. 7.4.3**

Zu prüfen ist, ob dem Beklagten hinsichtlich seiner Handlungen im Zusammenhang mit dem Kauf des Aktienpakets ein widerrechtliches Handeln respektive eine Pflichtverletzung vorgeworfen werden kann.

##### **E. 7.4.3.1**

Die Vorschriften für Anlagen beim Arbeitgeber besagen, dass nur das freie Stiftungsvermögen ungesichert beim Arbeitgeber angelegt werden darf, diese ungesicherten Anlagen 20% des Vermögens nicht übersteigen dürfen und eine Beteiligung beim Arbeitgeber höchstens 10% des Vermögens ausmachen darf (Art. 57 BVV 2). Gemäss der Berichte von M. sowie der Kontrollstelle waren diese gesetzlichen Anlagevorschriften beim Kauf des Aktienpakets erfüllt. Obwohl dies anhand der Akten nicht überprüfbar ist, sprechen sowohl die Berichte, als auch die Aussagen der Beteiligten anlässlich der Parteiverhandlung dafür, dass diese Vorschriften nicht verletzt waren. Eine Verletzung dieser Vorschriften wird auch durch die Klägerin nicht geltend gemacht, vielmehr wirft sie dem Beklagten vor, dass die allgemeinen Sicherheitsvorschriften der Vermögensanlage gemäss Art. 71 BVG (Erwägung 7.2 hiervor) nicht eingehalten worden seien. Das

Bundesgericht hat verschiedentlich ausgeführt, was eine Vorsorgestiftung bei einer Anlage beim Arbeitgeber besonders zu beachten hat und hat dabei festgehalten, dass Anlagen beim Arbeitgeber grundsätzlich immer ein Risiko darstellen würden (Urteil des Bundesgerichts 9C\_997/2009 vom 30. Mai 2010 E. 5). Nach Lehre, Aufsichtspraxis und Rechtsprechung seien demnach auch bei Einhaltung der Grenzwerte nach Art. 57 BVV2 die allgemeinen Sicherheitsanforderungen von Art. 71 BVG zu beachten. Da finanzielle Schwierigkeiten der Arbeitgeberfirma zu einer Risikokumulation führen würden, sei insbesondere deren Bonität vorausgesetzt. Zudem befindet sich sowohl der Arbeitgeber- wie auch der Arbeitnehmersvertreter im Stiftungsrat bei der Beurteilung einer solchen Anlage im Interessenskonflikt ( Yves Mentha , in Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, N 90 f. zu Art. 71). Daraus folgt, dass die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach Art. 71 BVG noch wichtiger sind ( Yves Mentha , a.a.O, N 96 zu Art. 71 mit Hinweis).

#### **E. 7.4.3.2**

Wie der Beklagte anlässlich der Parteiverhandlung darlegte, wurde er von H. gebeten, abzuklären, ob ihm die Stiftung seine B. -Aktien abkaufen könne. Die darauf eingeholte Beurteilung von M. äusserte sich zwar dahingehend, dass die Voraussetzungen für eine Übernahme der Arbeitgeberaktien gegeben seien. Die Beurteilung lässt jedoch die notwendige Genauigkeit vermissen. So war dem Experten beispielsweise nicht bekannt, wie hoch der Wert der Freizügigkeitsleistungen waren. Die Frage der Bewertung der Aktien müsse noch geklärt werden und die Aufsichtsbehörde sollte informiert werden. Das Schreiben bestätigte insgesamt nur, dass mit Blick auf die Vorschriften bezüglich Vermögensverteilung und Höchstgrenzen bei Anlagen beim Arbeitgeber die Voraussetzungen erfüllt sind. Das Schreiben äusserte sich damit in keiner Weise dazu, ob es sich beim geplanten Aktienkauf um eine sichere Anlage handelte. Die im Antrag zum Aktienkauf vom 16. Dezember 1997 erwähnte Bewertung der Aktien war des Weiteren dem Antrag an die Mitglieder des Stiftungsrats nicht beigelegt, sondern konnte lediglich bei H. eingesehen werden. Dem Stiftungsrat wurden damit nur ungenügende Unterlagen für einen Anlagentscheid beim Arbeitgeber unterbreitet.

#### **E. 7.4.3.3**

Die Einschätzungen der damaligen Kontrollstelle datierten sodann vom 18. Dezember 1997 und wurden dem Beklagten damit erst nach dem Antrag an den Stiftungsrat zugestellt. Die darin deutlich geäusserten Zweifel hinsichtlich der Sicherheit der geplanten Vermögensanlage verfolgte der Beklagte nicht weiter. Eine eingehende Prüfung, insbesondere der Werthaltigkeit der Aktien, wäre indes angesichts der skeptischen Beurteilung durch die Kontrollstelle notwendig gewesen. Damit unterliess es der Beklagte pflichtwidrig, die Vermögensanlage den Vorschriften entsprechend zu prüfen. Bei der Beurteilung, ob das Aktienpaket eine sichere und vorteilhafte Anlage darstellt, hätte sich der Beklagte insbesondere an den Interessen der Stiftung orientieren müssen. Dies war erstelltermassen nicht der Fall, vielmehr standen beim Kauf der B. -Aktien die Anliegen des Hauptaktionärs H. im Vordergrund. Daran ändert auch nichts, dass eine dreijährige Rückkaufsklausel abgemacht war: In den Akten finden sich keine Hinweise darauf, dass der Beklagte die Kreditwürdigkeit des Verkäufers überprüft hatte. Damit konnte auch nicht von einem garantierten – durch H. zu leistenden – Zins von jährlich 5% ausgegangen werden. Die durch den Beklagten ergriffenen Massnahmen waren somit nicht dazu geeignet, die Anlage beim Arbeitgeber für die Stiftung attraktiv und sicher zu machen. Die allgemeinen

Sicherheitsvorschriften gemäss Art. 71 BVG waren hinsichtlich des Kaufs des Aktienpakets nicht erfüllt, obwohl diesen gerade bei Anlagen beim Arbeitgeber ein besonderer Stellenwert zukommt. Der Beklagte bereitete dieses Geschäft vor und war massgeblich an der Vermögensanlage bei der B. AG beteiligt. Damit lag bereits im Zeitpunkt des Aktienkaufs eine pflichtwidrige Verletzung von Art. 71 BVG durch den Beklagten vor.

### **E. 7.5**

Als weitere Pflichtverletzung wird dem Beklagten vorgeworfen, während seiner Amtszeit als Stiftungsratspräsident das Aktienpaket nicht veräussert zu haben, respektive deren Werthaltigkeit nicht genügend überprüft zu haben.

#### **E. 7.5.1**

Ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber sind auch dann, wenn sie den Grenzwert von Art. 57 Abs. 2 BVV 2 (in der vom 1. Juni 1993 bis 31. März 2004 geltenden Fassung) einhalten, nur insoweit zulässig, als sie den allgemeinen Sicherheitsanforderungen von Art. 71 BVG genügen. Nach dem darin statuierten Sicherheitsgrundsatz darf das Stiftungsvermögen nur dann und so lange beim Arbeitgeber angelegt werden, als es dadurch nicht gefährdet ist. Ist eine ungesicherte Anlage beim Arbeitgeber gefährdet, so haben die Organträger der Vorsorgeeinrichtung sofortige Sicherstellung oder Rückzahlung zu verlangen, selbst wenn dadurch die finanzielle Lage der Stifterfirma verschärft wird. Eine Gefährdung der Vermögenslage beim Arbeitgeber ist dann anzunehmen, wenn die Bonität der Stifterfirma nicht mehr gegeben ist. Die Organträger der Vorsorgeeinrichtung haben daher die wirtschaftliche Situation der Arbeitgeberfirma periodisch zu überprüfen und sich die dafür notwendigen Informationen – regelmässig die Bilanz und Jahresrechnung der Stifterfirma – zu beschaffen (BGE 137 V 455 E. 6.6.3; SVR 2011 BVG Nr. 2 S. 5, Urteile des Bundesgerichts 9C\_997/2009 vom 30. September 2011 E. 5 und 9C\_579/2007 vom 18. März 2008 E. 4.3.1). Anlagen beim Arbeitgeber stellen grundsätzlich ein Risiko dar, weswegen die Anforderungen an die Bonität streng zu handhaben sind (BGE 137 V 156 E. 6.3.3.2).

#### **E. 7.5.2**

Für die vorliegende Beurteilung liegen den Akten nebst den bereits erwähnten Berichten von M. sowie der 1997 amtierenden Kontrollstelle O. AG (Erwägung 7.4.1.1 und 7.4.1.3 hiervor) diverse Berichte betreffend die Stiftung und die Stifterfirmen bei, wobei in einem zweiten Schritt zu beurteilen sein wird, inwiefern auch die Berichte, die nach dem Ausscheiden des Beklagten aus dem Stiftungsrat erstellt wurden, vorliegend entscheiderelevant sind.

##### **E. 7.5.2.1**

Im Bericht der neuen Kontrollstelle der Stiftung, der P. AG, vom 22. Oktober 1999 zur Jahresrechnung 1998 wurden dahingehend Einschränkungen gemacht, dass die Werthaltigkeit der Anlage in das Aktienpaket nicht abschliessend beurteilt werden könne und von der wirtschaftlichen Entwicklung der B. AG abhängen. Diese habe im Jahr 1998 gemäss geprüfter Konzernrechnung einen Betriebsgewinn von rund 5% des Nettoertrags erwirtschaftet und ihr Verwaltungsrat rechne für das Jahr 1999 mit einer weiterhin positiven wirtschaftlichen Entwicklung. Die P. AG hielt weiter fest, dass der Verwaltungsrat der B. AG das Aktienpaket möglichst rasch und ohne Verluste wieder aus der Stiftung herauslösen wolle und anlässlich der nächsten Sitzung im November 1999 darüber befinde. Zudem machte die P. AG darauf aufmerksam, dass Beiträge der Stifterfirmen in der Höhe von Fr.

313'466.20, davon Fr. 57'924.40 überfällig, ausstehend seien.

#### **E. 7.5.2.2**

Mit Schreiben vom 23. November 1999 kommentierte die Aufsichtsbehörde die Jahresrechnung 1998 folgendermassen: Die Stiftung habe es bis anhin unterlassen, die Aufsichtsbehörde über ausstehende Beiträge (per 14. Oktober 1999 seien es Fr. 313'466.20) der Stifterfirmen zu unterrichten. Bezüglich des Kaufs von 30 Aktien der B. AG läge zu deren Werthaltigkeit keine schlüssige Aussage vor. Insgesamt ergebe sich daraus, dass die Sicherheit der Anlagen der Stiftung nicht gewährleistet sei, und, dass der Fortbestand der Stiftung aufgrund ihrer Finanzlage nicht als gesichert erscheine. Die Aufsichtsbehörde kündigte sodann die Einsetzung einer amtlichen Verwaltung an.

#### **E. 7.5.2.3**

In der Gesamtanalyse der Aufsichtsbehörde vom 12. April 2000 hielt diese fest, dass die momentane finanzielle Lage völlig unklar sei und die beteiligten Organe sich jeweils widersprechen würden. Die Aufsichtsbehörde wies sodann die Stiftung mit Verfügung vom 12. April 2000 ein letztes Mal an, die finanzielle Lage abzuklären und offenzulegen.

#### **E. 7.5.2.4**

Im Kontrollstellenbericht zur Jahresrechnung 1999 vom 19. Mai 2000 machte die P. AG abermals eine Einschränkung hinsichtlich des Aktienpakets. Die Werthaltigkeit der Aktien könne nach wie vor nicht abschliessend beurteilt werden, da die aktienrechtlichen Prüfungen der Jahresrechnungen 1999 der B. AG und der C. AG noch nicht erfolgt seien. Eine Einberechnung der nach wie vor pendenten Teilliquidation ergebe zudem einen Verstoss gegen die gesetzlichen Vorschriften nach Art. 57 Abs. 1 BVV2, da die ungesicherten Anlagen beim Arbeitgeber nicht mehr durch das freie Stiftungsvermögen gedeckt seien. Der Prämienausstand seitens der Arbeitgeber betrage zudem Fr. 332'162.10, wovon Fr. 143'502.90 der Prämien Guthaben überfällig seien. Aus der Bilanz 1999 geht zudem hervor, dass die Kontokorrente der Arbeitgeberfirmen im Vergleich zum Vorjahr (Fr. 318'193.75) per 31. Dezember 1999 auf Fr. 580'380.25 angestiegen waren. Eine Wertschwankungsreserve von Fr. 300'000.-- musste zudem im Jahr 1999 aufgelöst werden.

#### **E. 7.5.2.5**

Im Protokoll zur Stiftungsratssitzung vom 22. Mai 2000 wurden die Rügen der Aufsichtsbehörde vom 12. April 2000 thematisiert. Der Beklagte nahm dabei dahingehend Stellung, dass für das Jahr 1999 ein Zins von Fr. 20'350.-- durch die Aktionäre an die Stiftung überwiesen worden sei und, dass eine Rücknahmegarantie bestehe. Zudem sei der Aktienpreis pro Aktie um rund Fr. 2'500.-- gestiegen. Die Werthaltigkeit werde geprüft, sobald die Konzernbilanz 1999 vorliege. In Bezug auf die Stifterfirmen wurde überdies festgehalten, dass die D. AG überschuldet sei. Im Zusammenhang mit der Jahresrechnung 1999 wurde zudem durch ein Stiftungsmitglied darauf hingewiesen, dass die Stifterfirmen bezüglich der Prämienleistungen im Umfang von Fr. 143'502.90 im Rückstand seien.

#### **E. 7.5.2.6**

Mit Schreiben vom 31. August 2000 kündigte der Beklagte sein Mandat als Stiftungspräsident per 31. Oktober 2000 und bat um entsprechende Löschung im Handelsregister. Gleichzeitig zog er sich auch von der C. AG zurück. Aufgrund der angespannten Liquidität, dem Ausscheiden des Beklagten aus der C. AG sowie ungenauer Informationen gegenüber deren Kreditinstituten, veranlassten diese eine unabhängige

Unternehmensanalyse der C. AG, die bei der Q. AG in Auftrag gegeben wurde.

#### **E. 7.5.2.7**

Die Q. AG legte die Unternehmensanalyse der C. AG am 8. November 2000 vor. Dabei stellte sie fest, dass die effektive Situation des Unternehmens von den Verantwortlichen nicht rechtzeitig erkannt worden sei. Zwar sei im Revisionsbericht 1999 ein Gewinn von Fr. 17'000.-- ausgewiesen, jedoch habe man auch stille Reserven in der Höhe von Fr. 229'000.-- aufgelöst. Ein positives Ergebnis sei nur dadurch möglich gewesen, dass H. auf seine Gratifikation verzichtet habe, allerdings sei ihm diese mittlerweile im laufenden Jahr wieder gutgeschrieben worden. Dass die Situation völlig verkannt worden sei, sei auch daraus ersichtlich, dass sich die Geschäftsleitung (H. und der Beklagte) per Mitte 1999 ihr Gehalt von Fr. 20'000.-- auf Fr. 24'000.-- pro Monat erhöht hätten. Auch die Höhe der Erfolgsbeteiligungen im Umfang von Fr. 200'000.-- könne nicht nachvollzogen werden. Aus dem Bericht ging sodann hervor, dass der Beklagte und seine Ehefrau zusammen jährlich ein Gehalt von Fr. 420'000.-- verdienten. Dem Bericht lagen unter anderem die Bilanzen per Ende 1998, 1999 und 2000 sowie die entsprechenden Jahresabschlüsse zu Grunde. Das Geschäftsjahr 1999 wurde als schlecht bezeichnet, zudem seien zahlreiche Konsortien überbewertet und müssten wertberichtigt werden. Insgesamt befinde sich die C. AG in einer ausserordentlich schwierigen Lage, dies vor allem aufgrund der Lasten der Vergangenheit. Die Gefahr einer Zahlungsunfähigkeit sei evident.

#### **E. 7.5.2.8**

Im Kontrollstellenbericht der P. AG zur Jahresrechnung 2000 vom 25. Juni 2001 wurde betreffend die Anlage in die Aktien der B. AG wiederum eine Einschränkung angebracht. Die B. AG habe mit einem Konzernverlust von Fr. 180'830.00 abgeschlossen, wobei im Jahr 2000 ein Konzernbetriebsgewinn (vor allen Abzügen und Aufwendungen) von Fr. 1.7 Mio. resultierte. Nach der Praktikermethode mit zweifacher Gewichtung des Ertragswertes müsste sich der nachhaltig erzielbare Zukunftsgewinn auf Fr. 420'000.-- belaufen, damit der Anlagewert durch den inneren Wert der B. -Aktien geschützt seien. Wie sich die Lage entwickle, könne nicht abschliessend beurteilt werden.

#### **E. 7.5.2.9**

Am 21. August 2001 nahm die P. AG zur Anlage in Aktien der B. AG Stellung. Nach ihrer Meinung sei der Buchwert von Fr. 407'000.-- durch die per 31. Dezember 2000 vorhandene Substanz nicht gedeckt. Aufgrund geplanter Restrukturierungsmassnahmen der B. AG könne die Werthaltigkeit der Aktien nicht abschliessend beurteilt werden. Sofern diese Massnahmen erfolgreich seien, wären die Aktien wohl unterbewertet, falls nicht, seien die Aktien voraussichtlich wertlos. Dem Stiftungsrat sei empfohlen worden, die Aktien so schnell wie möglich zu veräussern.

#### **E. 7.5.2.10**

Mit Bericht vom 20. September 2002 zur Jahresrechnung 2001 empfahl die P. AG die Rückweisung der Jahresrechnung. Hinsichtlich der B. -Aktien wurde dabei festgehalten, dass diese vollständig wertberechtigt worden seien. Zudem sei die Zinsgarantie von 5% bis heute weder durch Zahlung durch H., noch durch Dividenden der Aktien erfüllt worden, weshalb auch diese Forderung gegen H. in der Höhe von Fr. 41'715.-- wertberichtigt worden sei. 7.5.3.1. Aufgrund der erwähnten Berichte ist aktenkundig, dass hinsichtlich der Werthaltigkeit bereits vor dem Kauf des Aktienpakets Zweifel bestanden, die sich auch in den Folgejahren nicht verflüchtigten. Die 1997 amtierende Kontrollstelle mahnte bereits im

Bericht vom 18. Dezember 1997, dass die Werthaltigkeit der Aktien nicht beurteilt werden könne und es fraglich sei, ob die Aktien eine sichere Anlage i.S.v. Art. 71 BVG darstellen würden. Sie riet sodann, es sei für die Berechnung der Werthaltigkeit des Aktienpakets auf die Konzernrechnung per 31. Dezember 1997 abzustellen. Im Schreiben an die Stiftungsräte vom 22. Dezember 1997 stellten der Beklagte und H. eine entsprechende Überprüfung der Aktien anhand der Konzernrechnung per 31. Dezember 1997 in Aussicht. Eine solche Überprüfung fand indes nie statt. Dies wäre hingegen dringend angezeigt gewesen: In sämtlichen Kontrollberichten der P. AG wurde festgestellt, dass die Werthaltigkeit der Aktien nicht feststehe und nicht überprüfbar sei. Auch die Aufsichtsbehörde machte mit Schreiben vom 12. April 2000 darauf aufmerksam, dass hinsichtlich der Anlage beim Arbeitgeber keinerlei Kontrollmöglichkeiten bestünden. 7.5.3.2. Die aufgrund des erhöhten Risikos bei Anlagen beim Arbeitgeber strenge Rechtsprechung hinsichtlich der Bonitätsprüfung der Arbeitgeberstiftung verlangt, dass die Verantwortlichen der Vorsorgeeinrichtung die wirtschaftliche Situation der Arbeitgeberfirma periodisch überprüfen und sich die dafür notwendigen Informationen beschaffen. Eine solche Prüfung –geschweige denn von einem unabhängigen Dritten – fand vorliegend während der Amtsdauer des Beklagten als Stiftungsratspräsident nicht statt. Es gab auch keine Stellungnahmen zu Handen der Aufsichtsbehörde oder der Kontrollstelle, denen etwas über die Werthaltigkeit des Aktienpakets hätte entnommen werden können. Objektiv stand einzig fest, dass die Werthaltigkeit der Anlage eng mit der wirtschaftlichen Lage der B. AG und somit hauptsächlich jener der C. AG verbunden war. Aufgrund des in solchen Situationen evidenten Klumpenrisikos im Falle einer Insolvenz der Stifterfirma, hätte das Aktienpaket beim geringsten Zweifel an der Bonität der B. AG veräussert werden müssen. Aus den Akten erhellt sodann, dass durchaus Anlass bestand, die Bonität der Stifterfirma in Zweifel zu ziehen. Bereits per Ende 1998 waren Beiträge in der Höhe von Fr. 313'466.20 ausstehend, per 31. Dezember 1999 sogar von Fr. 580'380.25. Diese Beitragsausstände hätten bereits Anlass dazu geben müssen, die Bonität der B. AG gründlich zu prüfen (so gesehen auch in BGE 137 V 458 E. 6.3.3.4). Hinzu kam die gemäss Protokoll der Stiftungsratssitzung vom 22. Mai 2000 aktenkundige Kenntnis des Beklagten, dass die D. AG überschuldet war. Dass auf Druck der Aufsichtsbehörde anlässlich der selben Stiftungsratssitzung eine Prüfung der Werthaltigkeit der Aktien anhand der Konzernrechnung 1999 in Aussicht gestellt wurde, belegt, dass bis dahin noch nie eine solche Bewertung stattgefunden hatte. Die Unternehmensanalyse der C. AG der P. AG vom 8. November 2000 kam schliesslich zu einem Zeitpunkt, an dem der Beklagte bereits nicht mehr im Stiftungsrat tätig war. Die Bewertung ist vorliegend jedoch einschlägig, da ihr ausschliesslich Unterlagen und Zahlen von der Zeit, als der Beklagte noch Stiftungsratspräsident war, zu Grunde liegen. Der Bericht zeigte auf, dass die finanzielle Lage der C. AG (und damit auch jene der B. AG) aufgrund des schlechten Geschäftsjahrs 1999 kritisch sei. Die Geschäftsführer (H. und der Beklagte) hätten die prekäre Lage falsch eingeschätzt und es zeuge von Unverständnis für die wahren Umstände, dass sie sich ihren Lohn von monatlich Fr. 20'000.-- auf Fr. 24'000.-- erhöht hätten (Erwägung 7.5.2.6 hiervor). Auch aus diesem Bericht erhellt, dass es ernsthafte Hinweise darauf gab, dass die Bonität der Stifterfirma nicht in einem mit Blick auf Art. 71 BVG genügenden Masse vorhanden war. 7.5.3.3 Als Verwaltungsrat der B. AG (HR-Eintrag: 20. November 1998 bis 2. November 2000), der C. AG (HR-Eintrag: 20. November 1998 bis 31. Oktober 2000) sowie als einer von zwei Geschäftleitern der C. AG hatte der Beklagte einen genauen Einblick in die Geschäfte der Stifterfirma. Aufgrund der engen personellen Verflechtung

des Stiftungsrats mit der Stifterfirma – H. und der Beklagte waren beide sowohl im Stiftungsrat als auch im Verwaltungsrat der Stifterfirma vertreten – wäre eine unabhängige Prüfung der Bonität der Stifterfirma und der Werthaltigkeit der Aktien dringend angezeigt gewesen (so auch Eisenring , a.a.O., S. 166 f.). Fest steht, dass die Werthaltigkeit zu keinem Zeitpunkt überprüft wurde, obwohl dies aufgrund zahlreicher Anzeichen und Mahnungen seitens der Kontrollstelle und der Aufsichtsbehörde dringend angezeigt gewesen wäre.

#### **E. 7.5.4**

Davon ausgehend, dass das Stiftungsvermögen nur dann und so lange beim Arbeitgeber angelegt werden darf, als es dadurch nicht gefährdet ist und bei einer Gefährdung die Organträger der Vorsorgeeinrichtung sofortige Sicherstellung oder Rückzahlung zu verlangen haben, selbst wenn dadurch die finanzielle Lage der Stifterfirma verschärft wird (Erwägung 7.5.1 hiervor), hätte sodann das Aktienpaket aus der Stiftung herausgelöst oder die entsprechende Summe zumindest sichergestellt werden müssen. Weil es der Beklagte als Stiftungsratspräsident unterliess, die Bonität der Stifterfirmen zu prüfen und das Aktienpaket wieder aus der Stiftung herauszulösen, verletzte er die Sicherheitsvorschriften gemäss Art. 71 BVG. 7.6.1. An dieser Beurteilung vermögen auch die Vorbringen des Beklagten nichts zu ändern. Einerseits bringt der Beklagte vor, der Stifterfirma sei es wirtschaftlich stets gut gegangen, weshalb kein Anlass bestanden habe, deren Aktien abzustossen. Dabei verkennt der Beklagte jedoch, dass er als Stiftungsratspräsident unabhängig von seiner persönlichen Einschätzung dazu verpflichtet gewesen wäre, die Bonität der Arbeitgeberfirma regelmässig überprüfen zu lassen, zumal seine Objektivität als Verwaltungsrat der B. AG, Geschäftsleiter der C. AG und aufgrund des Subordinationsverhältnisses zum Hauptaktionär H. offensichtlich beeinträchtigt war. Das Gefahrenpotential des Interessenskonflikts des Beklagten sowie des ebenfalls als Stiftungsrat amtierenden H. unterstreicht, dass die Werthaltigkeit regelmässig hätte geprüft werden müssen. Wie aus den Akten des Weiteren hervorgeht, hätte auch aufgrund der wirtschaftlichen Lage der B. -Gruppe durchaus Anlass bestanden, deren Bonität zu überprüfen und das Aktienpaket zurückzugeben. 7.6.2. Der Beklagte kann sodann aus dem Umstand, dass gemäss Rücknahmeklausel die Aktien noch bis im März 2001 hätte zurückgegeben werden können, nichts zu seinen Gunsten ableiten. Der Beklagte äusserte sich anlässlich der Parteiverhandlung dahingehend, dass er bei seinem Abgang nochmals auf die Rücknahmeklausel aufmerksam gemacht habe und H. die Aktien nicht habe zurücknehmen wollen. Eine Sicherstellung verlangte der Beklagte hingegen nicht. Auch ist nicht ersichtlich, inwiefern es den Beklagten zu entlasten vermag, dass die nach seinem Austritt aus dem Stiftungsrat verbliebenen Stiftungsräte die Rücknahmeklausel nicht angerufen hatten. Der Beklagte hätte als Stiftungsratspräsident während zweieinhalb Jahren das Aktienpaket wieder aus der Stiftung herauslösen können und müssen (Erwägung 7.5 hiervor). Objektiv betrachtet liegen keine Gründe dafür vor, weshalb das Aktienpaket nicht bereits vor der Kündigung des Beklagten hätte verkauft werden müssen. Aufgrund der Akten und der Aussagen anlässlich der Parteiverhandlung ist vielmehr davon auszugehen, dass nicht die Interessen der Stiftung, sondern vor allem jene der Stifterfirma, insbesondere jene des Hauptaktionärs H. , im Vordergrund standen. Der Beklagte liess durch diese enge Beziehung zur Stifterfirma und damit auch zum potentiellen Rückkäufer H. jegliche Objektivität in Bezug auf die Anlage beim Arbeitgeber sowie den Fokus auf die Interessen der Stiftung vermissen. Wie bereits ausgeführt, wäre er als Stiftungsratspräsident jedoch dazu verpflichtet gewesen, auf den Verkauf des Aktienpakets hinzuwirken. Dass dies nach seinem Ausscheiden aus dem Stiftungsrat während eines halben Jahres immer noch möglich

gewesen wäre, entlastet den Beklagten nicht.

#### **E. 7.7**

Ingesamt ist mit dem notwendigen Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Beklagte sowohl beim Kauf des Aktienpakets als auch durch das Versäumnis, die Aktien wieder aus der Stiftung herauszulösen, die grundlegenden Sicherheitsvorschriften gemäss Art. 71 BVG verletzte und damit pflichtwidrig respektive widerrechtlich handelte.

8.1 Als weitere Haftungsvoraussetzung muss zwischen dem eingetretenen Schaden und dem pflichtwidrigen Verhalten des Beklagten ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Der natürliche Kausalzusammenhang gilt als adäquat, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen Schadens herbeizuführen oder ihn jedenfalls zu begünstigen (BGE 119 V 406 E. 4a). Dasselbe gilt im Falle einer Unterlassung in umgekehrter Weise, wobei einer Unterlassung dann kausal ist, wenn bei pflichtgemässen Handeln der Schaden nicht eingetreten wäre (hypothetische Kausalität). Kommt eine Stiftung infolge Konkurses der Arbeitgeberfirma zu Schaden, so sind sowohl die Entscheidung des Stiftungsrates zur Anlage des Vermögens beim Arbeitgeber als auch der schlechte Geschäftsgang des Unternehmens Ursache für den entstandenen Schaden. Adäquate Ursache des Schadens ist jedoch nicht die erfolglose Geschäftsführung des Unternehmens, sondern der Anlageentscheid des Stiftungsrates ( Eisenring , a.a.O., S. 204). Grundsätzlich gilt, dass die Gewährung von ungesicherten Darlehen an einen finanziell angeschlagenen Arbeitgeber als geeignet zu betrachten ist, den eingetretenen Schaden herbeizuführen. Ausschlaggebend ist dabei, ob das Darlehen im Zeitpunkt seiner Gewährung als sicher betrachtet werden konnte. Ist dies zu bejahen, ist damit zugleich die Kausalität zwischen Darlehensgewährung und dem eingetretenen Schaden zu verneinen. Diesfalls ist zusätzlich zu untersuchen, ob im Zeitpunkt, in welchem die ungenügende Bonität hätte erkannt werden müssen, der Darlehensschuldner überhaupt noch in der Lage gewesen wäre, das von der Vorsorgeeinrichtung gewährte Darlehen zurückzubezahlen oder mindestens entsprechende Sicherheiten zu leisten. Trifft dies nicht zu, mangelt es an der Kausalität zwischen dem fehlbaren Verhalten und dem Schaden (Urteil des Bundesgerichts 9C\_997/2009 vom 31. Mai 2010 E. 4). An einem adäquaten Kausalzusammenhang fehlt es somit dann, wenn auch ein pflichtgemässes Verhalten der verantwortlichen Organe den einmal entstandenen Schaden nicht hätte verhindern können. Dabei vermag die blossе Hypothese, der Schaden wäre auch bei einem solchen Verhalten eingetreten, die Adäquanz allerdings nicht zu beseitigen; es muss vielmehr mit hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein, dass der Schaden ohnehin eingetreten wäre (Urteil des EVG H 94/05 vom 19. Januar 2006 E. 5.2).

8.2. Vorliegend ist zu prüfen, ob die mangelhafte Überprüfung der Sicherheitskriterien (insbesondere diejenigen von Art. 71 BVG) des Anlageentscheids im Kaufzeitpunkt, sowie die nicht erfolgte Prüfung der Bonität der Arbeitgeberfirma im Verlaufe des Mandats als Stiftungsratspräsident Ursache für den Schaden der Klägerin setzte. Mit Bezug auf das Aktienpaket trat der Schaden bei der Stifterfirma spätestens mit der Wertberichtigung aufgrund des Konkurses der Arbeitgeberfirmen ein (vgl. dazu auch BGE 122 V 282). Bei der Klägerin entstand der Schaden mit deren Sicherheitsleistung vom 20. Dezember 2002. Der Beklagte wendet ein, der Schaden sei durch die Zahlungsunfähigkeit der Arbeitgeber verursacht worden, die jedoch lange nach seinem Ausscheiden aus dem Stiftungsrat und damit auch ausserhalb seiner Kontrollmöglichkeiten eingetreten sei. Zudem hätte das Aktienpaket noch nach seiner Kündigung an H. zurückgegeben werden können, was ebenfalls den Kausalzusammenhang unterbreche. 8.3

Die Zahlungsunfähigkeit der Stiftung wurde erwiesenermassen unter anderem durch die Abschreibung des gesamten Aktienpakets der B. AG verursacht. Wie bereits erwogen (Erwägung 7 hiervor) wäre der Beklagte einerseits zu einer umfassenderen Abklärung hinsichtlich des Kaufs der Aktien und andererseits zu einer stetigen Überprüfung der Werthaltigkeit der B. -Aktien, respektive der Bonität des Arbeitgebers, verpflichtet gewesen. Dass der Beklagte dies pflichtwidrig unterliess, war dazu geeignet, den durch die komplette Wertberichtigung des Aktienpakets entstandenen Schaden zu verursachen. Indem er auf den Kauf der Aktien hingewirkt hatte und als Stiftungsratspräsident nicht dafür sorgte, dass die Anlage beim Arbeitgeber, die nicht im Interesse der Stiftung selbst stand, wieder verkauft wird, setzte er eine natürlich und adäquat kausale Ursache für den bei der Klägerin eingetretenen Schaden. 8.4 Der Beklagte behauptet, dass die Kausalkette dadurch unterbrochen worden sei, dass die Stiftungsräte, die nach dem Austritt des Beklagten im Amt gewesen seien, noch ein halbes Jahr Zeit gehabt hätten, um das Aktienpaket zu verkaufen. Der adäquate Kausalzusammenhang wird unterbrochen, wenn zu einer an sich adäquaten Ursache eine andere Ursache hinzu-tritt, die einen derart hohen Wirkungsgrad aufweist, dass erstere nach wertender Betrachtungsweise als rechtlich nicht mehr beachtlich erscheint (BGE 116 II 524 E. 4b). Die hinzutretende andere Ursache kann dabei in einem schweren Selbstverschulden oder in einem schweren Drittverschulden bestehen. Entscheidend ist die Intensität der beiden Kausalzusammenhänge; erscheint der eine bei wertender Betrachtung als derart intensiv, dass er den andern gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt, wird eine Unterbrechung des andern angenommen (BGE 116 II 524 E. 4b mit Hinweisen). Vorliegend war der Beklagte federführend bei der Erarbeitung sämtlicher Grundlagen für den Aktienkauf. Er hätte des Weiteren zweieinhalb Jahre die Gelegenheit gehabt, die Rückkaufoption anzurufen und das Aktienpaket damit wieder aus der Stiftung herauszulösen. Zwar trifft es zu, dass ein Verkauf aufgrund der Rücknahmeoption auch noch nach seinem Ausscheiden als Stiftungsratspräsident möglich gewesen wäre. Dieser Umstand weist jedoch keinen derart hohen Wirkungsgrad auf, dass das Fehlverhalten des Beklagten als rechtlich nicht mehr beachtlich zu gelten hat. Der Beklagte bringt insbesondere vor, er habe stets von einer guten Wirtschaftslage ausgehen können, wohingegen der Stiftungsrat nach seinem Ausscheiden aufgrund der Unternehmensanalyse der C. AG vom 8. November 2000 (Erwägung 7.5.2.6 hiervor) es versäumt habe, zu reagieren. Dabei verkennt der Beklagte jedoch, dass bereits vor seinem Ausscheiden eine Überprüfung der Bonität des Arbeitgebers dringend angezeigt gewesen wäre (Erwägung 7.5 hiervor), weshalb er nichts zu seinen Gunsten daraus ableiten kann, dass eine (längst fällige) Unternehmensanalyse erst nach seinem Ausscheiden aus dem Stiftungsrat vorlag. Die von ihm missachteten Sicherheitsvorschriften gemäss Art. 71 BVG setzten eine adäquat kausale Ursache, wobei deren hoher Wirkungsgrad eine Unterbrechung des Kausalzusammenhangs aufgrund allfälliger Fehlverhalten Dritter ausschliesst. 9.1 In verschuldensmässiger Hinsicht genügt entsprechend der nach Art. 52 BVG entwickelten Grundsätzen eine leichte Fahrlässigkeit (BGE 135 V 376 E. 2.3). Leichte Fahrlässigkeit liegt bei geringfügiger Verletzung der erforderlichen Sorgfalt vor (zur Abgrenzung leichte, mittlere und schwere Fahrlässigkeit: Christian Heierli / Anton K. Schnyder, in: BSK OR I, 5. Auflage 2011, N 49 f. zu Art. 41); d.h., wenn vom Sorgfaltsmassstab, den ein gewissenhafter und sachkundiger Stiftungsrat in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben beachten würde, abgewichen wird (Gullo, a.a.O., S. 45 f.; Ueli Kieser, Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG – eine Auslegeordnung, in: BVG-Tagung 2007, in: René Schaffhauser/Hans-Ulrich Stauffer [Hrsg.], St. Gallen

2008, S. 137). Demgegenüber gilt als grobe Fahrlässigkeit, wenn das ausser Acht gelassen wird, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen (BGE 128 V 132). Grob fahrlässig handelt, wer seine Pflicht zu einer selbständigen, unabhängigen Beurteilung der finanziellen Situation der Stifterfirma ungenügend wahrnimmt (BGE 128 V 132; Kieser, a.a.O., S. 135 f.). Des Weiteren erfordert Fahrlässigkeit, dass das schädigende Ereignis für den Schädiger voraussehbar gewesen ist. Der Schadenseintritt muss nicht sicher sein. Voraussehbar muss lediglich die konkrete Gefahr der Schädigung sein. Was als (leichte oder grobe) Fahrlässigkeit anzusehen ist, muss im Einzelfall nach richterlichem Ermessen verdeutlicht werden; die Beantwortung der Frage beruht auf einem Werturteil (BGE 103 Ia 502 f. E. 7 und 123 III 112 E. 3a). 9.2. Anlässlich der Parteiverhandlung legte der Beklagte dar, dass er stets davon ausgegangen sei, dass die B. -Gruppe wirtschaftlich gut dastehe und die Anlage beim Arbeitgeber damit eine gute Investition oder zumindest kein Risiko darstellen würde. Ihm ist somit kein vorsätzliches Fehlverhalten vorzuwerfen. Wie hingegen aufgezeigt, versties der Beklagte gegen seine Sorgfaltspflichten als Stiftungsrat. Auch wenn der Beklagte der Ansicht war, die Anlage bei der Arbeitgeberfirma stelle kein Risiko für die Stiftung dar, ist objektiv erstellt, dass die Abklärungen für den Kauf des Aktienpakets ungenügend waren (Erwägung 7.4 hiervor). Er hätte die Bonität der B. AG überprüfen lassen müssen und das Aktienpaket hätte verkauft werden müssen, da es deutliche Hinweise auf ein erhöhtes Risiko bezüglich der Vermögensanlage bei der B. AG gab (Erwägung 7.5 hiervor). Wegen seiner massgeblichen Stellung in der B. -Gruppe war der Beklagte über sämtliche Vorgänge informiert, zumindest war die Gefährdung der Anlage für ihn ohne Zweifel erkennbar. Unter diesen Umständen wird von einem durchschnittlich verständigen Stiftungsrat erwartet, dass er eine Anlage sorgfältig prüft und zumindest Sicherheiten verlangt. Indem der Beklagte ohne eingehende Prüfung der Sicherheit der Anlage darauf vertraute, dass die Stiftung durch die Anlage beim Arbeitgeber nicht zu Schaden kommen würde, handelte er fahrlässig.

## **E. 10**

Zusammenfassend steht fest, dass der Beklagte die Zahlungsunfähigkeit der Stiftung mitverschuldet hat, weshalb der Regressanspruch der Klägerin gestützt auf Art. 56a Abs. 1 BVG im Umfang von Fr. 407'000.-- gegen den Beklagten zu bejahen ist. 11.1 Abschliessend ist die Zinsforderung der Klägerin im Umfang von 5% seit dem 20. Dezember 2002 zu beurteilen. Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, es sei analog der deliktsrechtlichen Normen ein Schadenszins seit Eintritt des Schadens, namentlich der Sicherstellung vom 20. Dezember 2002 geschuldet. Der Beklagte macht demgegenüber geltend, es handle sich um einen Verzugszins, weshalb der Schuldner zuerst durch eine Mahnung in Verzug gesetzt werden müsse. Somit sei ein Verzugszins frühestens seit der Zustellung des Zahlungsbefehls vom 7. Januar 2009 geschuldet. 11.2 Dass der Zins einen Bestandteil des Schadens bildet, ist allgemein anerkannt und zwischen den Parteien auch unbestritten. Zur Frage, ab wann ein Zins geschuldet ist, äussert sich das BVG nicht. In der Rechtsprechung ist mittlerweile anerkannt, dass im Bereich der beruflichen Vorsorge auch ohne gesetzliche Grundlage Zinse geschuldet sind und die allgemeinen Regeln des Obligationenrecht zur Anwendung kommen (BGE 130 V 421 E. 5.1 mit Hinweis auf BGE 119 V 131). Diese Rechtsprechung bezieht sich auf geschuldete Beiträge oder Leistungen, weshalb sie in analoger Anwendung die Verzugsbestimmungen nach Art. 102 ff. OR anwendet. Vorliegend ist jedoch weder eine Zinsforderung im Zusammenhang mit Beiträgen noch mit Leistungen zu beurteilen – vielmehr ist fraglich, welchen Grundsätzen

die Verzinsung der Regressforderung nach Art. 56a BVG folgt. Soweit ersichtlich ist die Frage, ob es sich hierbei um einen Verzugs- oder einen Schadenszins handelt, höchststrichterlich noch nicht beurteilt worden. Die rechtliche Natur der Regressforderung gemäss Art. 56a BVG steht jener der Deliktshaftung nahe. Analog der Art. 42 ff. OR ist der Geschädigte demnach so zu stellen, als wäre der Schaden nicht eingetreten, weshalb neben dem eigentlichen Schadenersatz ein Schadenszins geschuldet ist. Dieser ist vom Zeitpunkt an zu zahlen, in welchem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat und endet am Tag der Zahlung des Schadenersatzes. Der Schadenszins bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tag des Schadenseintritts befriedigt worden wäre (BGE 131 III 12 E. 9.1). Im Unterschied zum Verzugszins ist dabei weder eine Mahnung noch ein Verzug des Schuldners vorausgesetzt (zum Ganzen: Christian Heierli / Anton K. Schnyder, in: BSK OR I, 5. Auflage 2011, N 5 zu Art. 42 mit Hinweisen). Für die Bemessung des Schadens und damit auch des Zinses werden im Übrigen auch bei aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen gemäss Art. 754 OR die Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts herangezogen (Peter Widmer / Dieter Gericke / Stefan Waller, in: BSK OR II, 4. Auflage 2012, N 50 zu Art. 754).

11.3 Nach den vorstehend erwähnten Grundsätzen handelt es sich bei der geforderten Verzinsung um einen Schadenszins, der ab jenem Zeitpunkt geschuldet ist, in welchem sich das schädigende Ereignis im Vermögen des Geschädigten ausgewirkt hat. Da die Klägerin die Sicherstellung am 20. Dezember 2002 ausrichtete, hat der Beklagte ihr Fr. 407'000.-- nebst Zins von 5% (Art. 73 Abs. 1 OR) seit dem 21. Dezember 2002 zu bezahlen.

12.1 Es bleibt, über die Kosten zu befinden. Gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG ist das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht in der Regel kostenlos. Auf die Erhebung von Verfahrenskosten ist demnach zu verzichten.

12.2 Im Bereich der beruflichen Vorsorge ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Partei im erstinstanzlichen Verfahren Anspruch auf Ersatz der Kosten für Prozessführung und Vertretung hat, im Bundesrecht nicht geregelt. Die Verlegung der Parteikosten hat deshalb grundsätzlich nach dem massgebenden kantonalen Prozessrecht (§ 21 VPO) zu erfolgen. Gemäss § 21 Abs. 1 VPO kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwaltes oder einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zu Lasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Vorliegend obsiegt der Beklagte zwar im Umfang von Fr. 31'786.70. In Anbetracht, dass die Ausführungen betreffend die Bestreitung des Opportunitätsschadens im Vergleich zur Hauptforderung wenig umfangreich sind und der Beklagte im Verhältnis zur Streitsumme zum grössten Teil unterliegt, hat er trotz seines teilweisen Obsiegens keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Der anwaltlich nicht vertretenen Klägerin wird ebenfalls keine Parteientschädigung zugesprochen. Die ausserordentlichen Kosten sind dementsprechend wettzuschlagen. Demgemäss wird e r k a n n t : 1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird der Beklagte verurteilt, der Klägerin Fr. 407'000.-- nebst 5% Zins seit 20. Dezember 2002 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

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