

# **BVGer A-3064/2016 vom 5. Februar 2018**

Bundesverwaltungsgericht, 2018-02-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger\\_A-3064\\_2016](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-3064_2016)

FR: TAF A-3064/2016 du 5 février 2018

IT: TAF A-3064/2016 del 5 febbraio 2018

## **Regeste**

Staatshaftung (Bund)

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilt gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG, SR 173.32) Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 (VwVG, SR 172.021). Der angefochtene Entscheid, der in Anwendung des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 (VG, SR 170.32) ergangen ist, stellt eine solche Verfügung dar. Das EFD gehört zu den Behörden nach Art. 33 Bst. d VGG und ist daher eine Vorinstanz des Bundesverwaltungsgerichts. Eine Ausnahme, was das Sachgebiet angeht, ist nicht gegeben (vgl. Art. 32 VGG und Art. 10 VG). Das Bundesverwaltungsgericht ist daher für die Beurteilung der vorliegenden Beschwerde zuständig. Das Verfahren richtet sich nach dem VwVG, soweit das VGG nichts anderes bestimmt (Art. 37 VGG).

### **E. 1.2**

Zur Beschwerde ist nach Art. 48 Abs. 1 VwVG berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (Bst. a), durch den angefochtenen Entscheid besonders berührt ist (Bst. b) und ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung oder Änderung hat (Bst. c). Die Beschwerdeführerin ist als Adressatin der Verfügung, mit der ihr Schadenersatzbegehren abgewiesen worden ist, ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 1.3**

Auf die im Übrigen frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde (Art. 50 Abs. 1 und Art. 52 Abs. 1 VwVG) ist demnach einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 VwVG). Es stellt dabei den rechtserheblichen Sachverhalt unter Vorbehalt der Mitwirkungspflicht der Parteien von Amtes wegen fest (Art. 12 und Art. 13 VwVG) und wendet das Recht grundsätzlich frei an, ohne an die Anträge oder die rechtlichen Begründungen der Parteien gebunden zu sein (Art. 62 Abs. 4 VwVG). Dies bedeutet, dass das Bundesverwaltungsgericht eine Beschwerde auch aus einem anderen als den geltend gemachten Gründen gutheissen, auf sie nicht eintreten oder den angefochtenen Entscheid im Ergebnis mit einer Begründung bestätigen kann, die von

jener der Vorinstanz abweicht (sog. Motivsubstitution; BGE 131 II 200 E. 4.2; Urteil des BVGer A-5744/2016 vom 11. Dezember 2017 E. 2.2).

### **E. 3.1**

Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund gemäss Art. 3 Abs. 1 VG ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Eine Schadenersatzpflicht wird entsprechend bejaht, wenn kumulativ folgende Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. Urteil des BGer 2C\_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 4; BVGE 2014/43 E. 3.1 und BVGE 2010/4 E. 3; Urteile des BVGer A-2634/2016 vom 5. Dezember 2017 E. 3.2.1, A-112/2017 vom 31. August 2017 E. 3.2 und A-5172/2014 vom 8. Januar 2016 E. 4.1): -(quantifizierter) Schaden,-Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit,-adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden sowie-Widerrechtlichkeit des Verhaltens.

### **E. 3.2**

Die Haftung des Bundes erlischt, wenn der Geschädigte das Begehren 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).

### **E. 4**

An erster Stelle gilt es zu prüfen, ob das Schadenersatzbegehren rechtzeitig, innert der Fristen von Art. 20 Abs. 1 VG, gestellt wurde. Hierzu ist zunächst die Frage zu beantworten, ob die Fristen von Amtes wegen zu berücksichtigen sind (nachfolgend: E. 5), bevor auf den Fristenlauf im konkreten Fall eingegangen wird (nachfolgend: E. 6 und 7).

### **E. 5.1**

Die Rechtsprechung und herrschende Lehre gehen beim Erlöschen der Haftung gemäss Art. 20 Abs. 1 VG von einer Verwirkung der Ansprüche aus (BGE 136 II 187 E. 6, 133 V 14 E. 6 und 126 II 145 E. 2a, je mit Hinweisen; Urteile des BVGer A-1072/2014 vom 8. März 2016 E. 3.1.1 und A-112/2017 E. 3.2; Tobias Jaag, in: Staats- und Beamtenhaftung, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. I Teil 3, 3. Aufl. 2017, Rz. 182; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 782 und Rz. 2137; Thomas Meier, Verjährung und Verwirkung öffentlich-rechtlicher Forderungen, 2013, S. 304; Nadine Mayhall, Aufsicht und Staatshaftung, 2008, S. 294; Hans Rudolf Schwarzenbach-Hanhart, Staatshaftungsrecht bei verfügbungsfreiem Verwaltungshandeln, 2006, S. 79; Pierre Moor, Droit administratif II, Les actes administratifs et leur contrôle, 2. Aufl. 2002, S. 87 ff. und S. 714; anderer Meinung: Christine Chappuis, La péremption en droit de la responsabilité civile, in: Le temps dans la responsabilité civile [éd. Franz Werro], 2007, S. 121 ff.).

### **E. 5.2**

Verwirkungsfristen können im Gegensatz zu Verjährungsfristen in der Regel nicht unterbrochen, gehemmt oder erstreckt werden. Die Rechtsfolgen eines Ablaufs der Verwirkungsfrist treten ipso iure ein (statt vieler: BGE 136 II 187 E. 6; Urteile des BVGer A-3454/2010 vom 19. August 2011 E. 2.3.1 und A-1072/2014; Jaag, a.a.O., Rz. 183; Mayhall, a.a.O., S. 294; Balz Gross, Die Haftpflicht des Staates, 1996, S. 182).

### **E. 5.3**

Bezüglich öffentlich-rechtlicher Forderungen gilt der Grundsatz, dass die mit der Sache befasste Behörde den Eintritt der Verwirkung von Amtes wegen zu berücksichtigen hat (grundlegend hierzu: BGE 101 Ib 348, S. 350; vgl. auch BGE 113 V 180 E. 2 und 105 Ib 6 E. 3a; A-3454/2010 E. 2.3.1 am Schluss; Attilio R. Gadola, Verjährung und Verwirkung im öffentlichen Recht, AJP 1995, S. 47 ff., S. 56). Allerdings gilt dieser Grundsatz nicht absolut; vielmehr hat die Rechtsprechung Ausnahmen davon geschaffen. Diese betreffen die folgenden Fälle:

### **E. 5.3.1**

Das Bundesverwaltungsgericht hat auf dem Gebiet der Staatshaftung befunden, dass die Verwirkung dann nicht von Amtes wegen, sondern nur auf Einrede hin beachtet werde, wenn das Gemeinwesen Schuldner der öffentlich-rechtlichen Forderung sei. Damit sollen die Rechtsfolgen des raschen Fristablaufs gemildert werden. Darüber hinaus sei die Verwirkung unbeachtlich, wenn das Gemeinwesen sich ohne Vorbehalt auf die materiellrechtlichen Fragen einlasse (vgl. Urteile des BVGer A-2634/2016 vom 5. Dezember 2017 E. 3.2.3, A-2656/2014 vom 21. April 2016 E. 2.1 am Schluss, A-5798/2009 vom 16. Juni 2011 E. 4.6 und A-5748/2008 vom 9. November 2009 E. 2.3 je mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung geht auf den Entscheid des Bundesgerichts BGE 106 Ib 357 zurück. Sie ist jedoch auf einen Übersetzungsfehler zurückzuführen. Das Bundesgericht hat in diesem Entscheid allein bezüglich der Verjährung ("prescription") befunden, dass diese zulasten eines Bürgers nur dann von Amtes wegen berücksichtigt werde, wenn die Verjährungseinrede erhoben worden sei. Dagegen, so das Bundesgericht, sei die Frage der Verwirkung ("péremption") eines Staatshaftungsanspruchs von Amtes wegen zu prüfen, es sei denn, das Gemeinwesen habe sich ohne Vorbehalt auf eine materielle Beurteilung eingelassen ("Quant à la péremption de l'action, le juge l'examine certes d'office [...], mais la défenderesse [= la Confédération Suisse] elle-même a accepté - sans réserve - d'entrer en matière sur le problème de fond [...]"; vgl. BGE 106 Ib 357 E. 3a). Im Ergebnis unterscheiden sich die beiden Formulierungen aber kaum. Da das Bundesgericht offenbar dann von einer Einlassung ausgeht, wenn sich das Gemeinwesen materiell und vorbehaltlos zur Streitsache äussert, wird im Umkehrschluss die Verwirkung nach dieser Rechtsprechung regelmässig nur dann von Amtes wegen zu prüfen sein, wenn ein Vorbehalt gemacht und mithin eine Einrede (betreffend der Verwirkung) erhoben wird (ebenso im Zivilprozessrecht, wo konkludentes Handeln genügt und eine Einlassung bereits dann angenommen wird, wenn sich die Gegenpartei materiell zur Streitsache äussert, ohne zugleich die Einrede [der Unzuständigkeit] zu erheben: BGE 123 II 35 E. 3b; Dominik Infanger, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2017 [nachfolgend: BSK ZPO], Art. 18 Rz. 5 und 10). Mit anderen Worten wird für die Berücksichtigung des Fristenlaufs im einen wie im anderen Fall das Vorliegen einer Einrede vorausgesetzt.

### **E. 5.3.2**

Sodann hat das Bundesgericht sich auch im Enteignungsrecht mit der Berücksichtigung der Verwirkung auseinandergesetzt. Es kam dabei zunächst zum Schluss, dass sich die erwähnte Rechtsprechung aus dem Staatshaftungsrecht nicht darauf übertragen lasse, da sie zum Wegfall eines wichtigen Unterscheidungsmerkmals von Verjährung und Verwirkung führen würde und nicht mit dem Wortlaut von Art. 41 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Enteignung vom 20. Juni 1930 (EntG, SR 711) vereinbar sei (vgl. BGE 116 Ib 386 E. 4d). In der Folge präziserte das Bundesgericht diese Rechtsprechung. Nunmehr ist im

Enteignungsrecht die Verwirkung zumindest dann nicht zu berücksichtigen, wenn der Enteigner von ihr absehen will und ausdrücklich darauf verzichtet (BGE 131 II 65 E. 1.3). Anders ausgedrückt wird die Verwirkung demnach nur dann nicht geprüft, wenn der Enteigner (Schuldner) eine Verzichtserklärung abgibt.

### **E. 5.3.3**

Zuletzt hat das Bundesgericht in einem Staatshaftungsfall festgehalten, dass die Frage der Verwirkung stets von Amtes wegen zu berücksichtigen sei (vgl. BGE 136 II 187 E. 6). Dies entspricht der früheren Praxis des Bundesgerichts, wonach "die Verwirkung immer und von Amtes wegen" geprüft wird (vgl. BGE 101 Ib 348, S. 350 mit Hinweis auf BGE 86 I 60 E. 2). Dennoch verzichtet das Bundesgericht in der Folge auf die Unterscheidung zwischen Verjährung und Verwirkung, da die Frist von Art. 20 Abs. 1 VG weder gehemmt oder unterbrochen noch erstreckt worden sei und die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) die "Einrede der Verjährung/Verwirkung" erhoben habe (BGE 136 II 187 E. 6).

### **E. 5.3.4**

Nach dem jüngsten Entscheid des Bundesgerichts ist somit unklar, ob die Verwirkung stets von Amtes wegen zu berücksichtigen ist oder nicht.

## **E. 5.4**

Die Vorinstanz hat sich in ihrem Entscheid nicht mit der Verwirkung des Staatshaftungsanspruchs auseinandergesetzt und keine Einrede erhoben; demgegenüber ging das BSV noch von einer Verwirkung aus. Folglich stellt sich die Frage, ob die Verwirkung vom Bundesverwaltungsgericht - im Lichte der jüngsten bundesgerichtlichen Rechtsprechung - dennoch (von Amtes wegen) zu prüfen ist.

### **E. 5.4.1**

Das Bundesverwaltungsgericht begründete seine Rechtsprechung mit Billigkeitsüberlegungen. So führte es im Staatshaftungsrecht aus, dass die Verwirkung mangels Einwand des schuldnerischen Gemeinwesens zum Nachteil des Bürgers deshalb nicht von Amtes wegen berücksichtigt werde, um die Rechtsfolgen des raschen Fristenlaufs zu mildern (A-5798/2009 E. 4.4 und A-2656/2014 E. 2.1; letztmals Urteil des BVGer A-112/2017 vom 31. August 2017 E. 3.2).

#### **E. 5.4.1.1**

Vorliegend ist zunächst fraglich, ob bezüglich der Berücksichtigung der Verwirkung überhaupt Raum für einen Billigkeitsentscheid besteht. Verjährungs- und Verwirkungsfristen unterscheiden sich insbesondere aufgrund der Interessenlage. Im Falle von Verjährungsfristen stehen einzig die Interessen der betroffenen Parteien auf dem Spiel. Entsprechend ist es ihnen anheimgestellt, über das Schicksal einer Forderung und den Fristenlauf - d.h., dass dieser unterbrochen oder von den Konsequenzen einer verpassten Frist abgesehen werden soll - zu entscheiden. Statuiert der Gesetzgeber hingegen eine Verwirkungsfrist, beabsichtigt er Rechtssicherheit zu schaffen und den Rechtsfrieden zu wahren (vgl. BGE 86 I 60 E. 5: "une mesure d'ordre public ou [...] d'assurer plus de sécurité au droit"). Aus diesem Grund sollen im Gegensatz zu den Bereichen, in denen ausschliesslich eine Verjährung gilt, die Rechtsbeziehungen endgültig und losgelöst vom Willen der Parteien festgelegt werden. Entsprechend können Verwirkungsfristen nicht durch Unterbrechungshandlungen verlängert werden (Urteil des Bundesgerichts 2C\_756/2010 vom 19. Januar 2011 E. 3.2.2) und führen zum Untergang der Forderung,

wenn die vorgeschriebene Rechtshandlung (vom Gläubiger) nicht rechtzeitig vorgenommen wird. Die Verwirkung, d.h. das Erlöschen des Anspruchs, soll somit unabhängig des Einzelfalls nach Ablauf einer bestimmten Zeit eintreten (Meier, a.a.O., 2013, S. 302 f. und 304 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 782). Mit der Normierung von Verwirkungsfristen weicht der Gesetzgeber bewusst vom üblichen System der Verjährungsfristen ab, was letztlich den Interessen des Schuldners dient (BGE 86 I 60 E. 5). Mit Art. 20 Abs. 1 VG hat der Gesetzgeber eine Verwirkungsfrist statuiert (vgl. vorne E. 5.1). Die damit vorgenommenen Wertungen sind für die rechtsanwendenden Behörden verbindlich. Würde der Entscheid des Gesetzgebers nun kurzerhand aufgrund von Billigkeitsüberlegungen umgestossen, würden dadurch gerade die Ziele, die mit der bewussten Statuierung einer Verwirkungsfrist erreicht werden sollen, zumindest teilweise untergraben. Letztlich ist es klar am Gesetzgeber, allfälligen Härten mit einer anderen gesetzlichen Regel, beispielsweise einer Verjährungsfrist zu begegnen (vgl. Meier, a.a.O., S. 304 f.). Dies spricht dafür, die Verwirkung vorliegend von Amtes wegen zu beachten, unabhängig davon, ob sich das schuldnerische Gemeinwesen auf das Verfahren eingelassen hat.

#### **E. 5.4.1.2**

Selbst wenn man Billigkeitserwägungen zulassen wollte, würde dies im konkreten Fall nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Dies ergibt sich aus den folgenden Überlegungen: Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts zur Verwirkung fusst auf jener zur Berücksichtigung der Verjährung. Entsprechend müssen mindestens dieselben Ausnahmegründe, mit denen ein Absehen der Behörde vom Verjährungseintritt gerechtfertigt wird, auch bezüglich der Verwirkung vorliegen, zumal bei der Verwirkung dem Dahinfallen der Obligation gerade höhere Bedeutung zugemessen wird als bei der Verjährung (vgl. vorne E. 5.4.1.1). Die Praxis erkannte, dass die Verjährung zum Nachteil des Bürgers nur auf Einrede hin von Amtes wegen berücksichtigt werden solle, da der Staat durchaus beachtliche Gründe dafür haben könne, von einer solchen abzusehen. Lügen solche vor, sei dies vom Richter zu respektieren (vgl. Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für die Staatshaftung HRK 2001-004 vom 15. Februar 2002 E. 4b, in: VPB 66.52; BGE 101 Ib 348, S. 349 f.). Nach Ansicht des Bundesgerichts bestehen derartige besondere Umstände, wenn die Verwaltung selbst dazu beigetragen hat, dass der Anspruch innert der Verjährungsfrist nicht zur Abklärung gelangte (vgl. BGE 101 Ib 348, S. 350). Ferner wird in der Lehre angeführt, dass ein öffentliches Interesse, wie der Wunsch des Schuldners nach einer materiellen Beurteilung einer Forderung, einer Einrede entgegenstehen könne. Schliesslich diene diese Rechtsprechung auch dem Schutz der Bürger, da sie die Leistung, trotz des Eintritts der Verjährung erhalten würden, wenn der Staat von einer Einrede absehe (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 775 f.; vgl. auch Michael Beusch, Der Untergang der Steuerforderung, 2012, S. 279, wonach die gesamte Verjährungsordnung öffentlich-rechtlicher Forderungen dem Schutz des Privaten diene, da dieser jeweils ohne sein Zutun in ein Rechtsverhältnis mit dem Staat eintrete). Im konkreten Fall sind keine beachtlichen Gründe oder besondere Umstände erkennbar, mit denen sich eine Einlassung begründen und die Nichtberücksichtigung der Verwirkung rechtfertigen liesse. So hat die Verwaltung keine Verschleppung des Verfahrens bewirkt bzw. dazu beigetragen, dass die Beschwerdeführerin ihren Schadenersatzanspruch nicht fristgemäss einreichen konnte. Ebenso ist weder ein öffentliches Interesse ersichtlich, das nach einer materiellen Beurteilung des Schadenersatzanspruchs verlangen würde, noch ist eine Privatperson betroffen, die einen besonderen, finanziellen Schutz erfordern würde. Der

Sicherheitsfonds hat mit Verfügung vom 26. Dezember 2006 zugunsten der Destinatäre der Beschwerdeführerin Sicherstellungsleistungen in der Höhe von Fr. 33,0 Mio. erbracht und damit deren gesetzlichen sowie reglementarischen Leistungen (exkl. Risikoprämien und dergleichen) unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens gesichert. Durch die Übernahme von Rentenverpflichtungen erhöhte sich der Vorschuss sodann auf rund Fr. 33,5 Mio. (ohne Zinsen; vgl. bf-act. 74). Schliesslich war vorliegend nicht ein Bürger involviert, sondern eine juristische Person, welcher zugemutet werden kann, sich über die Rechtsmittel zu informieren oder einen sachkundigen Rechtsvertreter zu bestellen. Mithin war die Stiftung N. \_\_\_\_\_ ohne Weiteres im Stande, ihre Rechtsansprüche zu wahren und bedurfte hierzu keines besonderen Schutzes. Entsprechend bestehen keine sozialpolitischen Gründe, um von einer Berücksichtigung der Verwirkung von Amtes wegen abzuweichen.

#### **E. 5.4.1.3**

Zusammengefasst besteht weder eine Veranlassung, aus Billigkeitsgründen die Verwirkung nicht von Amtes wegen zu prüfen, noch lägen solche vor, wenn sie denn beachtlich wären.

#### **E. 5.4.2**

Grundsätzliche Überlegungen verlangen, dass die Verwirkung stets von Amtes wegen berücksichtigt wird.

#### **E. 5.4.2.1**

Die Verwirkung führt dazu, dass ein Anspruch vollständig, endgültig und unwiderruflich untergeht (sog. Untergang des Anspruchs ipso iure; BGE 126 II 145 E. 2a und bereits auch BGE 86 I 60 E. 5; Gross, a.a.O., S. 182). Es bleibt im Gegensatz zur Verjährung keine Naturalobligation zurück (BGE 136 II 187 E. 6, 133 II 366 E. 3.3 f., 111 V 135 E. 3b und 102 V 112 E. 2b; Urteil des BGer 2C\_936/2012 vom 14. Januar 2013 E. 2.4; Meier, a.a.O., S. 319; anderer Meinung BVGE 2009/12 E. 6.3.2.2-6.3.2.3 und Beusch, a.a.O. S. 276 mit weiteren Hinweisen). Demnach bewirkt der Eintritt der Verwirkung in einem Staatshaftungsverfahren den (vollständigen) Untergang der Schadenersatzforderung. Liesse man nun die Verwirkung ausser Acht, würde die Eidgenossenschaft - bei gegebenen weiteren Anspruchsvoraussetzungen - letztlich eine Obligation erfüllen, obwohl zufolge des Untergangs der Schadenersatzforderung hierfür kein Rechtsgrund mehr bestünde. Mithin stellt die Erfüllung einer verwirkten Schadenersatzforderung die Bezahlung einer Nichtschuld dar. Eine solche Forderung kann jedoch nicht mehr erfüllt werden - auch nicht freiwillig (BGE 103 V 63 E. 1a; Urteil des BGer 9C\_741/2009 vom 12. März 2010 E. 1.2; Gadola, a.a.O., S. 55; Meier, a.a.O., S. 319; je zum Steuer- und Zollabgaberecht, wo die Verjährung dieselben Folgen zeitigt wie die Verwirkung; Beusch, a.a.O., S. 276 und Daniel Riedo, Die Verjährung der Zollschuld nach dem neuen Zollgesetz, in: Archiv für schweizerisches Abgaberecht [ASA], Bd. 75, Jg. 2006-2007, S. 450 ff., S. 453 f.; für Letzteren steht es im Widerspruch zur Verjährung, dass eine verjährte und untergegangene Schuld mit der richterlichen Gewährung dennoch erfüllt werde). Damit werden die wesentlichen Unterschiede zur Verjährung ersichtlich, wo trotz Fristablaufs eine Naturalobligation zurückbleibt. Diese kann ohne Weiteres freiwillig erfüllt werden, wenn der Staat auf sein Leistungsverweigerungsrecht verzichtet. Nach dem Gesagten besteht deshalb für ein Absehen von der Verwirkung kein Raum; diese ist vielmehr von Amtes wegen zu berücksichtigen.

#### **E. 5.4.2.2**

Im Übrigen stellt sich die Frage, ob die Eidgenossenschaft nicht gegen das Legalitätsprinzip (Art. 5 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV, SR 101]) verstösst, wenn sie einen Haftungsanspruch anerkennt und gestützt darauf Leistungen erbringt, obwohl der zugrundeliegende Anspruch verwirkt und die Schadenersatzforderung untergegangen ist. Insoweit spricht Art. 20 Abs. 1 VG klar vom Erlöschen der Haftung, wenn die Verwirkungsfrist nicht eingehalten ist. Demnach setzt sich die Praxis, die erklärt, die Verwirkung nicht von Amtes wegen beachten zu wollen, sofern sich der Staat vorbehaltlos auf das Verfahren einlässt, über die gesetzlichen Grundlagen einer Haftung (Art. 20 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 VG) hinweg. Dabei lässt sie ausser Acht, dass es sich bei der Verwirkung nicht um eine formelle Prozessvoraussetzung handelt, sondern diese Teil der materiellen Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs bildet (Urteil des BGer 2C\_640/2011 E. 1.2 und E. 3.3; Tobias Jaag, Staats- und Beamtenhaftung, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band I/3, 3. Aufl. 2017, Rz. 181; Philippe Dufey, L'Etat créancier, 2013, S. 80-82; im Zivilprozessrecht stellt die dreimonatige Verwirkungsfrist zur Klageeinreichung gemäss Art. 220 der Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 [ZPO, SR 272] dagegen eine Prozessvoraussetzung dar [Infanger, in: BSK ZPO, Art. 209 Rz. 21 und Art. 220 Rz. 24; Alexander Zürcher, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Aufl. 2016, Art. 59 Rz. 60]). Handelt es sich bei der Verwirkung um eine materielle Voraussetzung, kann darauf - im Gegensatz zur Verjährung, bei deren Eintritt immerhin noch eine Naturalobligation weiterbesteht, die freiwillig erfüllt werden kann - genauso wenig verzichtet werden, wie auf die weiteren Anspruchsvoraussetzungen (vgl. hierzu auch kritisch: Krauskopf, a.a.O., S. 210, wonach ein Verwirkungsverzicht, d.h. die Erklärung von der Verwirkungseinrede absehen zu wollen, gar keine Wirkungen entfalte, auch keine fristwahrende). Das Gesetz und die konstante Rechtsprechung verlangen für die Begründung eines Schadenersatzanspruchs vielmehr, dass sämtliche Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (vgl. vorne E. 3). Entsprechend kann bei der Frage der Verwirkung nicht entscheidend sein, ob eine Einrede erhoben wird bzw. eine Einlassung vorliegt. Die Anspruchsvoraussetzung ist in jedem Fall zu prüfen, andernfalls sich die damit betraute Behörde über den klaren Buchstaben des Verantwortlichkeitsgesetzes hinwegsetzen und das Legalitätsprinzip verletzen würde (vgl. auch BGE 126 II 145 E. 5a).

### **E. 5.4.3**

Nach dem Gesagten ist die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts an die neuesten bundesgerichtlichen Erwägungen anzupassen. Demzufolge ist die Verwirkung stets von Amtes wegen zu berücksichtigen.

### **E. 5.5**

Nachfolgend ist die allfällige Verwirkung von Amtes wegen zu prüfen (vgl. auch vorne E. 2). Ob sich die Vorinstanz vorbehaltlos auf das Verfahren eingelassen hat, spielt keine Rolle.

### **E. 6**

Es gilt zu prüfen, ob das Schadenersatzbegehren rechtzeitig eingereicht wurde.

#### **E. 6.1**

Die in Art. 20 Abs. 1 VG statuierten Verwirkungsfristen stimmen in gesetzessystematischer Hinsicht mit jenen von Art. 60 Abs. 1 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 (OR, SR 220) überein. Aus diesem Grund kann für die Auslegung der Bestimmung im

Staatshaftungsrecht auf die Rechtsprechung zur privatrechtlichen Haftungsbestimmung zurückgegriffen werden (Urteile des BGer 2C\_357/2016 vom 12. Juni 2017 E. 2.3 und 2C\_149/2013 vom 15. April 2013 E. 3.2; BVGE 2014/43 E. 3.2.2; Volker Pribnow, in: Gross/Pribnow, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Aufl., 2013, Rz. 91). Demnach beginnt die relative Frist mit der tatsächlichen Kenntnis des Verletzten vom Schaden und - bei Genugtuungsansprüchen - von der Person des Haftpflichtigen zu laufen. Folglich reicht ein blosses "Kennen-Müssen" nicht aus (vgl. aber E. 7.4.1). Dem Geschädigten müssen alle tatsächlichen Umstände bekannt sein, die geeignet sind, eine Klage zu veranlassen und zu begründen. Dabei genügt die tatsächliche Kenntnis der wichtigen Elemente des Schadens und es ist nicht erforderlich, dass der Schaden betragsmässig präzise feststeht (Urteil des BGer 2C\_192/2015 vom 1. August 2015 E. 3.6; Jaag, a.a.O., Rz. 185 mit weiteren Hinweisen). Kenntnis vom Schaden hat, wer die schädlichen Auswirkungen der unerlaubten Handlung bzw. der Unterlassung so weit kennt, dass er in der Lage ist, dessen Grössenordnung grob zu bestimmen und sein Staatshaftungsbegehren in den Grundzügen zu begründen (vgl. Urteile des BGer 2C\_357/2016 vom 12. Juni 2017 E. 2.3 und 2C\_940/2013 vom 1. Mai 2014 E. 2.3; statt vieler Urteil des BVGer A-4147/2016 vom 4. August 2017 E. 4.2.1 mit weiteren Hinweisen).

## **E. 6.2**

Ob die relative Frist von einem Jahr gemäss Art. 20 Abs. 1 VG eingehalten wurde, hängt vom Zeitpunkt ab, in welchem die Beschwerdeführerin Kenntnis vom Schaden erlangt hat.

### **E. 6.2.1**

Gemäss Art. 55 des Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210) sind die Organe berufen, dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben (Abs. 1); sie verpflichten die juristische Person sowohl durch den Abschluss von Rechtsgeschäften als auch durch ihr sonstiges Verhalten (Abs. 2). Aus dem Prinzip der Zuordnung des Organhandelns folgt auch der Grundsatz der Wissensvertretung. Danach gilt das Wissen eines Organs grundsätzlich als Wissen der betreffenden juristischen Person (Claire Huguenin/Christophe Peter Reitze, in: Honsell/Vogt/Geiser [Hrsg.], Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456, 5. Aufl. 2014, Art. 54/55 Rz. 19). Sodann ist allgemein anerkannt, dass es in diesem Zusammenhang nicht auf die Vertretungsverhältnisse ankommt, dass also das Wissen eines einzelnen Organs rechtlich genügt, um entsprechendes Wissen der juristischen Person zu bewirken. Zumindest gemäss einem Teil der Lehre soll eine Zurechnung allerdings nur bei Wissen der effektiv handelnden oder sonst mit der betreffenden Angelegenheit effektiv befassten Organe erfolgen; es sei denn, das Wissen anderer Organe sei im betreffenden Fall schuldhaft - aufgrund ungenügender Organisation der juristischen Person, ungenügender Beachtung von Organisationsbestimmungen oder dergleichen - nicht eingeflossen (vgl. zum Ganzen: Urteil des BVGer A-798/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 6.1.1; Hans Michael Riemer, Die juristischen Personen - Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Band I, Dritte Abteilung, Erster Teilbd., 3. Aufl. 1993, Art. 54/55 Rz. 49; Huguenin/Reitze, a.a.O., Art. 54/55 Rz. 19).

### **E. 6.2.2**

Demnach gilt es im Folgenden das Wissen der einzelnen Stiftungsräte bezüglich des Schadens darzustellen. Hierfür ist neben den massgeblichen Personen im Stiftungsrat

(nachfolgend: E. 6.3.1) auch auf den Aufbau und die Tätigkeit der Stiftung N.\_\_\_\_\_ einzugehen (nachfolgend: E. 6.3.2), bevor die schadensverursachenden Transaktionen aufgezeigt werden (nachfolgend: E. 6.4) und die diesbezügliche Wissenszurechnung erfolgen kann (nachfolgend: E. 6.5).

### **E. 6.3.1**

Innerhalb des Stiftungsrates gilt es zwei Personen besonders hervorzuheben. Einerseits betrifft dies A.\_\_\_\_\_, welcher ab dem 1. Mai 2003 als Präsident des Stiftungsrates eingesetzt war. Andererseits amtierte D.\_\_\_\_\_ ab dem 15. April 2004 als Stiftungsrat. Beide wirkten in diesen Funktionen bis zu ihrer Suspendierung per 2. August 2006. Die beiden galten innerhalb der Stiftung N.\_\_\_\_\_ als führende Organe und waren unter anderem dafür verantwortlich, dass die Vorsorgegelder der angeschlossenen Kassen und Betriebe entsprechend den gesetzlichen und statutarischen Vorgaben sicher angelegt und verwaltet werden. Ein Organisationsreglement, das ihnen diese Aufgaben formell zugewiesen hätte, bestand jedoch nicht (vgl. Urteil des Obergerichts Zug E. 2 und E. 4.7.1.5 [S. 175]).

### **E. 6.3.2**

Der Aufbau und die Tätigkeit der Stiftung N.\_\_\_\_\_ lässt sich wie folgt skizzieren:

#### **E. 6.3.2.1**

Grundlage für die Tätigkeit der Stiftung bildeten vor allem das Vorsorgereglement vom 22. September 2003 (rückwirkend gültig per 1. Januar 2003), das Anlagereglement vom 7. April 2003 sowie das revidierte Anlagereglement vom 1. Januar 2006. Die Stiftung selbst wurde nach dem sog. "Lean BVG"-Konzept betrieben; charakteristisch für dieses Konzept ist die Delegation zahlreicher Funktionen an (ausenstehende) Dritte. Neben der Stiftung sah das Konzept deshalb je einen externen "Technischen Verwalter", einen "Garantiegeber" und einen "Asset-Manager" vor (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug Sachverhalt Bst. A. sowie E. 3.4; Urteil des Obergerichts Zug E. 2).

#### **E. 6.3.2.2**

Die Rolle der "Technischen Verwalterin" kam der R.\_\_\_\_\_ AG zu. Die Stiftung N.\_\_\_\_\_ übertrug hierzu zunächst der Q.\_\_\_\_\_ AG am 15. Juni 2004 mit dem Leistungsauftrag 1.0, rückwirkend per 1. Januar 2004, soweit zulässig, die "vollständige unternehmerische und fachliche Führung der Stiftung und der in der Stiftung zusammengefassten Vorsorgewerke"; gleichentags übertrug die Q.\_\_\_\_\_ AG ihrerseits mit dem Leistungsauftrag 1.1, wiederum rückwirkend per 1. Januar 2004, soweit zulässig, die zuvor gefassten Aufgaben auf die R.\_\_\_\_\_ AG. Die beiden Verwaltungsgesellschaften und die Stiftung N.\_\_\_\_\_ waren personell eng miteinander verflochten. So war A.\_\_\_\_\_ nicht nur an den beiden Aktiengesellschaften beteiligt, sondern nahm zusammen mit D.\_\_\_\_\_ auch je in deren Verwaltungsrat Einsitz. Beide zeichneten jeweils kollektiv zu zweien. An den konkreten Vertragsabschlüssen waren zunächst auf Seiten der Stiftung N.\_\_\_\_\_ unter anderem A.\_\_\_\_\_ und auf Seiten der Q.\_\_\_\_\_ AG unter anderem D.\_\_\_\_\_ beteiligt, um dann in vertauschten Rollen den Folgevertrag zwischen der Q.\_\_\_\_\_ AG und der R.\_\_\_\_\_ AG abzuschliessen. Ferner unterzeichnete die Stiftung N.\_\_\_\_\_ mit der R.\_\_\_\_\_ AG am 15. Juni 2004 je zwei Verträge (sog. Betreuungs- und Provisionsvertrag 4.0A und Betreuungs- und Provisionsvertrag 4.0B). Mit diesen Verträgen wurde der R.\_\_\_\_\_ AG das Recht übertragen, gegen Provision Abschlüsse von BVG-Verträgen zu vermitteln, sowie die

Pflicht auferlegt, die damit verbundenen Arbeiten zu übernehmen und die gewonnenen BVG-Kunden zu betreuen. Während der Vertrag 4.0A unbefristet ab dem 1. Januar 2005 galt, wurde der Vertrag 4.0B rückwirkend per 1. Januar 2004 in Kraft gesetzt und galt bis zum 31. Dezember 2004 (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 3.4; Urteil des Obergerichts Zug, E. 2).

#### **E. 6.3.2.3**

Weiter unterzeichnete die Stiftung N.\_\_\_\_\_, unter anderem vertreten durch A.\_\_\_\_\_, am 8. Januar 2004 einen Vermögensverwaltungsvertrag mit der O.\_\_\_\_\_. Ltd. (trust), rückwirkend per 1. November 2003. Damit beauftragte die Stiftung N.\_\_\_\_\_. die O.\_\_\_\_\_. Ltd. (trust) mit der Anlage all ihrer Vermögenswerte, d.h. der Gelder der beruflichen Vorsorge (im Vertrag Deckungskapitalien genannt), nach freiem Ermessen. Der Auftrag unterlag den folgenden Einschränkungen: -sämtliche Verwaltungshandlungen sind im Rahmen des Anlagereglements der Stiftung N.\_\_\_\_\_. vorzunehmen; -der O.\_\_\_\_\_. Ltd. (trust) ist es untersagt, das Vermögen zu verwalten, ohne dass das Deckungskapital jederzeit zu 100% abgesichert ist und sie darf nur Geschäfte eingehen, welche eine Wertverminderung des Deckungskapitals ausschliessen; -das Deckungskapital bleibt zu jeder Zeit im Besitz der Stiftung N.\_\_\_\_\_.; -die beauftragte Vermögensverwalterin ist nicht berechtigt, zur Verwaltung anvertraute Vermögenswerte an sich selbst oder Dritte zu überweisen bzw. ausliefern zu lassen; -auf das Bankkonto haben lediglich die Organe der Stiftung N.\_\_\_\_\_. Zugriff (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 3.4.2; Urteil des Obergerichts Zug, E. 2).

#### **E. 6.3.2.4**

Am 9. Juni 2004 schlossen die Stiftung N.\_\_\_\_\_, unter anderem vertreten durch A.\_\_\_\_\_, und die P.\_\_\_\_\_. ag, unter anderem vertreten durch D.\_\_\_\_\_, einen weiteren Vermögensverwaltungsvertrag, welcher wiederum rückwirkend per 1. November 2003 galt. Auch dabei handelte es sich um einen umfassenden Vermögensverwaltungsauftrag im Rahmen des Anlagereglements vom 7. April 2003. Er unterlag denselben Einschränkungen, wie der Vertrag mit der O.\_\_\_\_\_. Ltd. (trust; vgl. vorne E. 6.3.2.3).

#### **E. 6.3.2.5**

Den beiden "(...)"-Gesellschaften (Anm.: O.\_\_\_\_\_. Ltd. [trust] und P.\_\_\_\_\_. ag) kam somit die Funktion des "Asset-Managers" zu. Ausserdem war angedacht, dass die O.\_\_\_\_\_. Ltd. (trust) zusätzlich die Funktion des Garantiegebers übernehmen sollte. Dies war jedoch zu keinem Zeitpunkt der Fall (vgl. Urteil des Obergerichts Zug, E. 2 und E. 4.4.5 [S. 25], wonach A.\_\_\_\_\_. einräumte "die Garantie zwar verlangt, aber nie bekommen" zu haben).

#### **E. 6.3.2.6**

Weiter verfügte die W.\_\_\_\_\_. AG über eine Vollmacht als Finanzintermediärin betreffend das UBS-Konto. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht ausführt, bestand zwischen Stiftung N.\_\_\_\_\_. und der W.\_\_\_\_\_. AG aber kein Vermögensverwaltungsvertrag (vgl. Untersuchungsbericht des Untersuchungsrichteramts des Kantons Zug vom 5. Januar 2007 [bf-act. 67; nachfolgend: Untersuchungsbericht], S. 8). Dennoch nahm die W.\_\_\_\_\_. AG die gesamte Korrespondenz inkl. Vermögensausweise zum UBS-Konto direkt entgegen, da die Stiftung N.\_\_\_\_\_. ausdrücklich darauf verzichtet und die UBS entsprechend angewiesen hatte (Untersuchungsbericht, S. 8). Anstelle von Vermögensausweisen

produzierte die W.\_\_\_\_\_ AG sog. Saldobestätigungen. Diese fertigte sie jeweils an, nachdem ihr A.\_\_\_\_\_ mitgeteilt hatte, wie hoch das "Vermögen der BVG-Stiftung N.\_\_\_\_\_ auf den UBS-Konten mindestens habe" sein müssen (Urteil des Obergerichts Zug, E. 4.4.1 [S. 22]). Erst gestützt auf diese Bestätigungen nahm die Stiftung N.\_\_\_\_\_ aus "zweiter Hand" Kenntnis von den Kontoständen bei der UBS.

#### **E. 6.3.2.7**

Im Übrigen ist auch die S.\_\_\_\_\_ AG (...) dem "(...)"-Konstrukt zuzurechnen, da sie unter anderem von A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ gegründet wurde und beide als deren einzige Verwaltungsräte amtierten. Sie hatte ihren Sitz ebenfalls in (...) an derselben Adresse wie die Stiftung N.\_\_\_\_\_.

#### **E. 6.3.2.8**

Die Stiftung N.\_\_\_\_\_ verfügte über zwei Bankverbindungen. Ein Bankkonto befand sich bei der CreditSuisse, Weinfelden, und eines bei der UBS, Basel. Letzteres wurde nach aussen hin in der Jahresrechnung 2004 (Langjahr) und 2005 als "Kapitalgeschützter Fonds UBS" ausgewiesen. Ein solcher bestand jedoch zu keinem Zeitpunkt. Vielmehr enthielt die anlässlich der Hausdurchsuchung am Domizil der Stiftung N.\_\_\_\_\_ sichergestellte, interne Bilanz ein "Bankkonto 2 (UBS)" mit identischem Saldo (vgl. Anklageschrift der Staatsanwaltschaft des Kantons Zug vom 29. Oktober 2012 [bf-act. 70; nachfolgend: Anklageschrift], Ziff. 1.5).

#### **E. 6.3.3**

Insgesamt bestand ein komplexes Konstrukt mit verschiedenen vertraglich und/oder personell eng verflochtenen Gesellschaften.

#### **E. 6.4**

Wie die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerdeschrift ausführt, erfolgten zwischen 2004 und 2006 zahlreiche Zahlungen zum Nachteil der Stiftung N.\_\_\_\_\_. Bezüglich der Schadensermittlung kann weitgehend auf den rechtskräftig festgestellten Sachverhalt im Strafverfahren gegen die beiden Stiftungsräte A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ sowie die rechtskräftigen Feststellungen in den Verantwortlichkeitsprozessen gegen die massgeblichen Organe und weitere Beteiligte abgestellt werden. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass diese Verfahren einen umfassenderen Zeitraum betrafen und ihnen (teilweise) andere Wertungen zugrunde liegen. Soweit die vorliegend von der Beschwerdeführerin behaupteten Zahlungen davon abweichen, sind die Beträge im Folgenden einander gegenüber zu stellen. Konkret soll der geltend gemachte Schaden durch folgende Transaktionen verursacht worden sein:

#### **E. 6.4.1**

Transaktionen zugunsten der R.\_\_\_\_\_ AG: Gemäss den Feststellungen aus den Strafprozessen sind zwischen dem 14. Februar 2005 und dem 1. Juni 2006 Stiftungsgelder im Umfang von Fr. 14'270'000.- an die R.\_\_\_\_\_ AG abgeflossen (inkl. einer von der Stiftung N.\_\_\_\_\_ zedierten Forderung gegenüber der S.\_\_\_\_\_ AG). Die Beschwerdeführerin macht hingegen Zahlungen in der Höhe von Fr. 15'080'000.- geltend. Vorliegend kann der von der Beschwerdeführerin behauptete höhere Vermögensabfluss ohne Weiteres als erstellt gelten, da er mit Bankauszügen belegt ist. Zudem erkannte das Verwaltungsgericht Zug in den bei ihm geführten Verantwortlichkeitsprozessen gar auf Zahlungen von insgesamt Fr. 15'460'000.- zugunsten der R.\_\_\_\_\_ AG. Weder

A.\_\_\_\_\_ noch D.\_\_\_\_\_ haben in diesem Verfahren die Unrechtmässigkeit der Geldabflüsse und damit die Höhe dieses Schadens substantziell bestritten; dies geschah auch nicht im darauf folgenden bundesgerichtlichen Verfahren (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.5.1; Urteile des BGer 9C\_227/2014 und 9C\_228/2014 je vom 18. Dezember 2014 E. 4.1). Die Zahlungen erfolgten ohne eine Rechtsgrundlage, da die R.\_\_\_\_\_ AG - wie vorne dargelegt (E. 6.3.2.2) - keinen Vermögensverwaltungsauftrag hatte und ihr allein die Funktion der technischen Verwalterin zukam. Zudem standen ihnen keine Gegenleistungen gegenüber und es wurden keine Sicherstellungen erbracht (vgl. Urteil des Obergerichts Zug E. 3 [S. 15 ff.] und Anklageschrift, Ziff. 1.6.1; Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.5.1 und 4.3.5.7).

#### **E. 6.4.2**

Transaktionen zugunsten der O.\_\_\_\_\_ ltd. (trust): Zwischen dem 28. Juli 2004 und dem 10. April 2006 wurden der O.\_\_\_\_\_ ltd. (trust) insgesamt Fr. 10'777'976.39 übertragen. Diesbezüglich stimmt der von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Schaden mit den Beträgen aus dem Strafverfahren und dem kantonalen Verantwortlichkeitsprozess überein (Urteil des Obergerichts Zug E. 3 [mit Verweis auf Anklageschrift, Ziff. 1.6.3 und 1.6.4.2]; Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.4.6). Auch in diesem Fall bestand keine Rechtsgrundlage für die einzelnen Transaktionen und es wurde weder eine Sicherstellung noch eine Gegenleistung für die abgeführten Gelder erbracht (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.4.6 und 4.3.5.2; vgl. auch Anklageschrift, Ziff. 1.6.3 und 1.6.4.2). Zudem war es der O.\_\_\_\_\_ ltd. (trust) gemäss dem Vermögensverwaltungsauftrag vom 8. Januar 2004 explizit verwehrt, die ihr anvertrauten Vermögenswerte an sich selbst zu überweisen bzw. ausliefern zu lassen.

#### **E. 6.4.3**

Transaktionen zugunsten der P.\_\_\_\_\_ ag: Weiter macht die Stiftung N.\_\_\_\_\_ geltend, dass zwischen dem 1. Juni 2004 und dem 16. Juli 2004 Zahlungen in der Höhe von Fr. 1'000'000.- an die P.\_\_\_\_\_ ag getätigt wurden. Diese Transaktionen sind belegt; sie stimmen für den vorliegend relevanten Zeitraum mit den Feststellungen aus dem Strafverfahren und dem Verantwortlichkeitsprozess überein (vgl. Urteil des Obergerichts Zug E. 3 und Anklageschrift, Ziff. 1.6.5; Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.4 und 4.3.4.6, welche beide zusätzlich eine Zahlung in der Höhe von Fr. 589'000.- berücksichtigen, die jedoch vor dem von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenseintritt ab 5. April 2004 getätigt wurde). Diese Geldzahlungen waren nicht von einem Rechtsgrund gedeckt und erfolgten ohne Gegenleistung und ohne Sicherstellung (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.5.3; vgl. auch Anklageschrift, Ziff. 1.6.2). Ferner untersagte der Vermögensverwaltungsauftrag der P.\_\_\_\_\_ ag ausdrücklich, zur Verwaltung anvertraute Vermögenswerte an sich selbst zu überweisen bzw. ausliefern zu lassen.

#### **E. 6.4.4**

Transaktion zugunsten der Q.\_\_\_\_\_ AG: Am 2. Mai 2005 leistete die Stiftung N.\_\_\_\_\_ eine Zahlung in der Höhe von Fr. 126'254.- an die Q.\_\_\_\_\_ AG. Dafür bestand kein Rechtsgrund, da die Q.\_\_\_\_\_ AG gegenüber der Stiftung N.\_\_\_\_\_ insbesondere keine Leistungen erbrachte, hatte sie doch die ihr ursprünglich übertragenen Aufgaben aus dem Leistungsauftrag 1.0 vom 15. Juni 2004 umgehend an die R.\_\_\_\_\_ AG übertragen. Sodann erfolgte für die Geldzahlung weder eine Sicherstellung noch eine Gegenleistung

(vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.5.4).

#### **E. 6.4.5**

Transaktionen an weitere Begünstigte: Schliesslich tätigte die Stiftung N.\_\_\_\_\_ zusätzliche Zahlungen im Zeitraum zwischen dem 17. Juni 2004 und dem 14. September 2004 an die S.\_\_\_\_\_ AG (Fr. 100'000.-), an die T.\_\_\_\_\_ AG (Fr. 1'000'000.-), an Herrn U.\_\_\_\_\_ (Fr. 500'000.-) und an Herrn V.\_\_\_\_\_ (Fr. 1'000'000.-) im Umfang von insgesamt Fr. 2'600'000.-. Diese Geldabflüsse sind ebenfalls allesamt belegt. Sämtliche Zahlungen wurden ohne erkennbaren Rechtsgrund getätigt, bestanden doch zwischen der Stiftung N.\_\_\_\_\_ und den betreffenden natürlichen und juristischen Personen keine Verträge. Zudem erfolgte jeweils weder eine Sicherstellung noch eine Gegenleistung (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.5.5 f.; vgl. Urteil des Obergerichts Zug E. 3 mit Verweis auf die Anklageschrift, Ziff. 1.6.2. sowie 1.6.4).

#### **E. 6.4.6**

Insgesamt ist damit ein Geldabfluss in der Höhe von Fr. 29'584'230.- erstellt.

#### **E. 6.5**

Es stellt sich nun die Frage, ob die beiden Stiftungsräte Kenntnis von sämtlichen Zahlungen hatten und um deren Unrechtmässigkeit wussten.

##### **E. 6.5.1**

Werden die einzelnen Zahlungen in den massgebenden Rechtsrahmen eingebettet, zeigt sich, dass die Stiftungsräte ihren Verpflichtungen nicht nachkamen. So sieht Art. 50 Abs. 2 der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2, SR 831.441.1) vor, dass der Stiftungsrat als oberstes Organ für die Führung der Vermögensanlage verantwortlich zeichnet. Folglich muss er dafür besorgt sein, dass die Vermögensanlagen sorgfältig ausgewählt, bewirtschaftet und überwacht werden. Weiter halten die beiden Anlagereglemente vom 7. April 2003 und 1. Januar 2006 der Stiftung N.\_\_\_\_\_ je in Ziff. 2 fest, dass das Vermögen unter den Aspekten der Sicherheit, dem genügenden Ertrag der Anlagen, der Verteilung von Risiken, der Effizienz und der Sicherstellung des Bedarfs an flüssigen Mitteln zu bewirtschaften ist. Keines der beiden Anlagereglemente bezeichnet es als zulässig, 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. Entsprechend erfolgten die zuvor genannten Transaktionen unter Missachtung der gesetzlichen und reglementarischen Bestimmungen. Dafür zeichnet der Stiftungsrat, insbesondere A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, verantwortlich.

##### **E. 6.5.2**

Für das Bundesverwaltungsgericht gilt sodann als erstellt, dass A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ umfassende Kenntnisse über die Finanzströme der Stiftung N.\_\_\_\_\_ hatten und zwar aus den folgenden Gründen:

##### **E. 6.5.2.1**

Beide galten als federführende Organe der Stiftung N.\_\_\_\_\_ und beherrschten und/oder wirkten als Organe von weiteren mit der Stiftung N.\_\_\_\_\_ verbundenen Unternehmen, wie der R.\_\_\_\_\_ AG, der Q.\_\_\_\_\_ AG, der P.\_\_\_\_\_ ag und der S.\_\_\_\_\_ AG (vgl. Anklageschrift, S. 8 f.). Insgesamt betrieben sie nicht nur organisatorisch ein kompliziertes

Konstrukt mit zahlreichen Firmen, wie die verschiedenen, häufig auch erst rückwirkend begründeten Verträge zeigen, sondern hielten zudem zahlreiche Geldströme geheim, indem sie diese nicht (vollständig) oder nicht wahrheitsgemäss verbuchten (Untersuchungsbericht, S. 8; Anklageschrift, S. 16 f. am Schluss). Einerseits legten sie hierzu gewisse Bankbelege in einem von der Buchhaltung getrennten Ordner ab (sog. "gelber Ordner"; vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.3.4.3 sowie 4.3.5.2 [S. 68 f.]; Untersuchungsbericht, S. 2 f., 7f. und 21). Andererseits nahmen die verantwortlichen Stiftungsräte bewusst nicht direkt über die Vermögensausweise der UBS von der Vermögenslage der Stiftung N.\_\_\_\_\_ Kenntnis, sondern erst gestützt auf die durch die W.\_\_\_\_\_ AG erstellten Bestätigungen betreffend den fiktiven "Kapitalgeschützten Fonds (UBS)". Dieses Vorgehen ermöglichte es A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_, die fiktive Bilanzposition anzugeben und so die effektive Finanzlage der Stiftung N.\_\_\_\_\_ zu verschleiern. Bereits aufgrund dieses komplizierten und täuschenden Vorgehens kann als erstellt gelten, dass sowohl A.\_\_\_\_\_ als auch D.\_\_\_\_\_ über sämtliche Geldflüsse genauestens im Bild sein mussten, ansonsten sich das System kaum hätte aufrecht erhalten lassen.

#### **E. 6.5.2.2**

Dies zeigt sich vor allem auch anhand der anlässlich der Hausdurchsuchung am Wohnort von D.\_\_\_\_\_ sichergestellten Zusammenstellung. Diese geheime Zusammenstellung belegt nicht nur die wesentlichen Geldabflüsse in Millionenhöhe ab dem Stiftungskonto bei der CreditSuisse, sondern weist auch realitätsnahe Guthaben bei der UBS aus. Das per 31. Dezember 2005 bestehende "Guthaben UBS" hat D.\_\_\_\_\_ darin mit Fr. 1'951'523.- beziffert und damit sehr nahe am Gesamtguthaben des auf die Stiftung N.\_\_\_\_\_ lautenden UBS-Konto in der Höhe von Fr. 1'955'916.05 (vgl. Untersuchungsbericht, S. 8 und 17). Daraus folgt, dass er über sämtliche Zahlungen innerhalb des "(...)"-Konstrukts genauestens Bescheid wusste.

#### **E. 6.5.3**

Aufgrund ihres Geschäftsgebarens wurden A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ strafrechtlich verurteilt. Die Verurteilungen sind rechtskräftig, weshalb für das Wissen der beiden Stiftungsräte auch auf die von den Strafgerichten gemachten Feststellungen abgestellt werden kann. Das Obergericht Zug erachtete es als erwiesen, dass A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in Mittäterschaft ihnen anvertraute Vermögenswerte veruntreut haben, um sich oder andere zu bereichern. Während im Berufungsverfahren A.\_\_\_\_\_ zumindest den objektiven Sachverhalt nicht mehr bestritt, bekannte sich D.\_\_\_\_\_ der eventualvorsätzlichen mehrfachen Veruntreuung schuldig gemacht zu haben (vgl. Urteil des Obergerichts Zug E. 4.3). In seinen Erwägungen gelangte das Obergericht Zug zum Schluss, dass sowohl A.\_\_\_\_\_ als auch D.\_\_\_\_\_ bezüglich sämtlicher Sachverhaltselemente, insbesondere betreffend der Geldabflüsse oder der ungesicherten Weitergabe von Stiftungsgeldern zumindest im Bewusstsein gehandelt haben, etwas Unrechtes zu tun. Die beiden hätten die Unrechtmässigkeit ihres Vorgehens und den daraus resultierenden Vermögensschaden in Kauf genommen. Insbesondere hätten beide um die gesetzlichen Bestimmungen und die Vorgaben der beiden Anlagereglemente gewusst. Zudem sei ihnen bewusst gewesen, dass sämtliche ihnen zur Last gelegten Transaktionen nur zulässig gewesen wären, wenn die Übertragung der Gelder nachhaltig besichert gewesen wäre. Eine rechtsgenügeliche Garantie lag jedoch zu keinem Zeitpunkt vor, was zumindest A.\_\_\_\_\_ bekannt war (vgl. vorne E. 6.3.2.5).

#### **E. 6.5.4**

Zusammengefasst waren sich A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ vollumfänglich des von ihnen verursachten Schadens bewusst. So waren ihnen sowohl sämtliche zum Nachteil der Stiftung N.\_\_\_\_\_ getätigten Zahlungen als auch der Umstand bekannt, dass sie diese Geldleistungen ohne die zwingend erforderliche Besicherung, ohne Gegenleistung und ohne Rechtsgrundlage erbrachten. Mithin hatten sie die Stiftung N.\_\_\_\_\_ sukzessive entreichert, um sich oder Dritte zu bereichern. Im Übrigen war ihnen die Höhe des Schadens bekannt, da sie bzw. zumindest D.\_\_\_\_\_ einerseits aufgrund der geheimen Zusammenstellung die effektiven Kontostände bei der UBS und der CreditSuisse kannten und andererseits um die Verbindlichkeiten der Stiftung N.\_\_\_\_\_ aufgrund der einbezahlten Vorsorgegelder der Versicherten wussten. Mithin hatten sie Kenntnis der bestehenden Deckungslücke, d.h. der Differenz zwischen dem Vermögen der Stiftung N.\_\_\_\_\_ und deren Verbindlichkeiten. Anders ist denn auch nicht zu erklären, dass sie die effektive Vermögenssituation der Stiftung N.\_\_\_\_\_ verschleierten, indem sie mit dem angeblichen "Kapitalgeschützten Fonds UBS" eine fiktive Bilanzposition angaben.

#### **E. 6.6**

Den beiden Stiftungsräten A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ waren somit von Anfang an sämtliche relevanten Elemente des Schadens bekannt.

#### **E. 6.7.1**

Das Bundesgericht setzt sich in seinem Urteil 2C\_357/2016 vom 12. Juni 2017 mit der Frage des Fristenlaufs gemäss Art. 20 VG und der Zurechnung des Wissens der Organe an die Stiftung auseinander. Im zugrundeliegenden Fall standen Verletzungen von Anlagevorschriften und damit (allenfalls strafrechtlich relevante) Verfehlungen von Stiftungsräten im Raum, welche zu einer erheblichen Schädigung des Stiftungsvermögens geführt hatten (vgl. A-1072/2014 Sachverhalt Bst. F.c. und E. 3.5 mit Hinweis). Das Bundesgericht hält fest, am Fristenlauf vermöge der Umstand nichts zu ändern, dass "die Stiftungsorgane ein Ermessensgesuch um Leistung von Schadenersatz gegen die Beschwerdegegnerin (= die Eidgenossenschaft) wegen mangelhafter Aufsicht damit hätten begründen müssen, die Beschwerdegegnerin hätte gegen ihre eigene und explizit gewünschte Geschäftspolitik einschreiten müssen" (Urteil 2C\_357/2016 E. 3.3.2). Das Wissen der Stiftungsorgane sei den Stiftungen zuzurechnen. Zudem hätten die Stiftungsorgane - als Ausfluss ihrer Treuepflicht - den Stiftungszweck und nicht fremde oder gar ihre eigenen Interessen zu wahren. Bestehe ein Interessenskonflikt, habe ein Stiftungsorgan zu Gunsten der Stiftung zu handeln, ansonsten es sich pflichtwidrig verhalte und - sofern erforderlich - abzuberufen sei. Folglich bilde der Interessenskonflikt der damaligen Stiftungsorgane keinen objektiven Grund, um vom Erfordernis der Einhaltung der relativen Verwirkungsfrist absehen zu können, sondern hätte allenfalls zu deren Ausstand oder gar Abberufung führen müssen (vgl. Urteil 2C\_357/2016 E. 3.3.2).

#### **E. 6.7.2**

Nach dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist im Bereich der Staatshaftung das Wissen eines Stiftungsrates der Stiftung somit selbst dann zuzurechnen, wenn der Stiftungsrat ein Schadenersatzbegehren damit begründen muss, dass die Aufsichtsbehörde nicht (rechtzeitig) gegen sein eigenes, das Stiftungsvermögen schädigende Fehlverhalten eingeschritten ist. Folglich ist auch im vorliegenden Fall das Wissen der beiden Stiftungsräte A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ vollumfänglich der Stiftung N.\_\_\_\_\_ zuzurechnen.

anzurechnen, auch wenn sie sich im Falle eines Schadenersatzbegehrens gegenüber der Eidgenossenschaft eines eigenen Fehlverhaltens hätten bezichtigen müssen.

### **E. 6.8**

Die Beschwerdeführerin macht Geldabflüsse von insgesamt Fr. 29'584'230.- geltend. Der dadurch entstandene Schaden reduziert sich, wie die Beschwerdeführerin darlegt, um die aus den Strafverfahren restitutionsweise erhaltenen bzw. zugesprochenen Geldern und den aufgrund der Verantwortlichkeitsprozesse von Solidarschuldnern effektiv geleisteten Zahlungen. Entsprechend beziffert sie den Schaden (nur) noch auf Fr. 24'402'420.35 zuzüglich Zins von 5%. Die letzte schädigende Transaktion erfolgte am 1. Juni 2006. Da sich die Beschwerdeführerin das Wissen um die unrechtmässigen Vermögensabflüsse der beiden Stiftungsräte A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ vollumfänglich anrechnen lassen muss, hatte sie ab diesem Zeitpunkt effektive Kenntnis des gesamten Schadens; bezüglich der einzelnen Zahlungen sogar deutlich früher. Die einjährige, relative Verwirkungsfrist begann somit spätestens ab dem 2. Juni 2006 zu laufen. Folglich hat die Beschwerdeführerin ihr Schadenersatzbegehren vom 15. August 2007 zu spät eingereicht.

### **E. 7**

Selbst wenn das Wissen der beiden Stiftungsräte A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ der Beschwerdeführerin nicht anzurechnen wäre, würde dies nichts am obigen Ergebnis ändern und zwar aus den folgenden Überlegungen:

#### **E. 7.1**

Im September 2005 wurden weitere Stiftungsräte in das oberste Organ der Stiftung N.\_\_\_\_\_ gewählt. Dies geschah im Zuge der gesetzlichen Neuregelungen der 1. BVG-Revision, welche eine paritätische Zusammensetzung des Stiftungsrates vorschrieb. Neu nahmen zusätzlich E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_, G.\_\_\_\_\_ und H.\_\_\_\_\_ im Gremium Einsitz. Sie begründeten ihre Mandate effektiv am 1. Oktober 2005 (nachfolgend auch: neue Stiftungsräte; Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.7.1.3 am Schluss [S. 171]).

#### **E. 7.2.1**

Sämtliche Stiftungsräte wussten von Beginn an um ihre Pflichten. So war ihnen bekannt, dass der Stiftungsrat das oberste paritätische Organ der Stiftung ist und sie dafür zu sorgen haben, dass die berufliche Vorsorge der angeschlossenen Vermögenswerke und deren Destinatären entsprechend den gesetzlichen Vorschriften durchgeführt wird. Zudem hatten sie über die Anlage der den Vorsorgewerken gehörenden Mittel zu bestimmen und insbesondere die Jahresrechnung zu genehmigen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.7.1.4 [S. 172 f.]). Sodann war ihnen aufgrund der Teilnahme an der Stiftungsratssitzung vom 7. Juni 2005 das besondere Geschäftsmodell der Stiftung N.\_\_\_\_\_ bekannt, wonach die gesamte Anlagetätigkeit Dritten übertragen war und die Sparkapitalien in irgendeiner Form mittels einer Garantie abgesichert sein mussten. Im Übrigen hatten sie aufgrund dieser Stiftungsratssitzung Kenntnis davon, dass die definitive Jahresrechnung 2004 (Langjahr) noch immer nicht vorlag (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.7.1.4 [S. 173 f.]).

#### **E. 7.2.2**

Dennoch verhielten sich die neuen Stiftungsräte seit ihrem Amtsantritt per 1. Oktober 2005 völlig passiv. Sie besuchten zwar eine gesetzlich vorgeschriebene Weiterbildungsveranstaltung am 8. und 9. Dezember 2005, die sie in die Lage versetzen

sollte, ihre Führungsaufgaben effektiv wahrnehmen zu können (Art. 51 Abs. 6 BVG [AS 2004 1677, S. 1700]). Dass sie in der Folge jedoch aus eigenem Antrieb tätig geworden wären, geht nicht aus den Akten hervor. Sie haben sich nicht um die Überwachung der externen Vermögensverwaltung gekümmert oder wenigstens über deren konkrete Tätigkeit informiert. Entsprechend war es ihnen nicht möglich, die von den bisherigen Stiftungsräten gemachten Angaben zur angeblichen Wertentwicklung der Anlagen der Stiftung N.\_\_\_\_\_ nachzuvollziehen. Dennoch fassten sie insbesondere an der Stiftungsratssitzung vom 18. April 2006, ohne über Belege zu verfügen, Beschlüsse betreffend die Schwankungsreserven. Ferner haben sie sich seit ihrem Amtsantritt weder in erkennbarer Weise um den ausstehenden Jahresabschluss 2004 (Langjahr) gekümmert noch gingen sie den Gründen nach, weshalb dieser Abschluss der Einladung zur Stiftungsratssitzung vom 18. April 2006 nicht beilag, obschon er genehmigt werden sollte. Dabei störte sich offenbar auch kein Stiftungsrat daran, dass anlässlich derselben Sitzung auch der Jahresabschluss 2005 genehmigt werden sollte, obwohl sie von dessen Inhalt ebenfalls keine Kenntnis hatten. Angesichts der bereits eingetretenen Verzögerungen bei der Genehmigung des Jahresabschlusses 2004 (Langjahr) ist umso weniger verständlich, dass sich die Stiftungsräte nicht erkundigten, weshalb die bereits zuvor angekündigten Stiftungsratssitzungen vom 23. August und 22. November 2005 ausgefallen waren und die erste Sitzung im Jahr 2006 nicht früher angesetzt wurde, zumal die Genehmigung der Jahresrechnung 2004 (Langjahr) ausstehend war und diese einen Zeitraum betraf, welcher teilweise über 2.5 Jahre zurücklag. Gemäss den Behauptungen von F.\_\_\_\_\_ sei zwar an der Stiftungsratssitzung vom 18. April 2006 das Fehlen der revidierten Jahresabschlüsse 2004 (Langjahr) sowie 2005 "ein heiss diskutiertes Traktandum" gewesen. Dies hat jedoch an keiner Stelle seinen Niederschlag im Protokoll gefunden (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.7.1.1 [S. 157] und E. 4.7.1.5 [S. 175]). Es fällt auch auf, dass sich die neuen Stiftungsräte in der Folge zu keiner Zeit direkt bei der Kontrollstelle nach den Gründen der Verzögerung oder den relevanten Unterlagen erkundigt haben. Träfe die Aussage von F.\_\_\_\_\_ zu, wäre die anhaltende Passivität der Stiftungsräte im Nachgang zur Stiftungsratssitzung erst recht nicht nachvollziehbar, da ihnen offenbar spätestens in diesem Zeitpunkt die Bedeutung der Pendenzen bewusst geworden sein muss, ansonsten dies kaum zu hitzigen Diskussionen geführt hätte. Bis zur Suspendierung der Stiftungsräte sind jedoch keine weiteren Kontrollhandlungen der neuen Stiftungsräte dokumentiert (vgl. zum Ganzen: Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.7.1.5).

### **E. 7.2.3**

Demnach steht fest, dass die Stiftungsräte aufgrund ihrer Untätigkeit elementare Pflichten eines Stiftungsrates verletzt haben.

### **E. 7.3**

Es stellt sich die Frage, wann sie den der Stiftung N.\_\_\_\_\_ entstandenen Schaden bei pflichtgemäsem Verhalten hätten feststellen können.

#### **E. 7.3.1**

Dem Stiftungsrat E.\_\_\_\_\_ kommt hierbei eine spezielle Stellung zu. Er war bis im April 2003 als Prokurist der R.\_\_\_\_\_ AG tätig. Dabei war er als Protokollführer an beinahe sämtlichen Sitzungen der Projektgruppe "Lean BVG AG" anwesend, welche das Geschäftsmodell der "(...)"-Gruppe entwickelte. Aus den Protokollen folgt, dass er über alle wesentlichen Themen informiert war, die letztlich zur Gründung der Stiftung N.\_\_\_\_\_

und der Geschäftsabläufe zwischen den weiteren Gesellschaften des "(...)"-Konstrukts führten. Ihm war insbesondere bekannt, dass die Vermögensverwaltungstätigkeit in regelmässigen Abständen mittels Reportings oder Sitzungen kontrolliert werden musste. Zudem hatte er Kenntnis davon, dass er die oberste Führungsverantwortung in einer relativ komplexen Organisation mit einigen Besonderheiten (Outsourcing-Konzept, betont schlanke Führungsstruktur, Zinsversprechung und Bankgarantie [vgl. vorne E. 7.2.1]) übernehmen würde. Aufgrund dieses Vorwissens erachtete es das Verwaltungsgericht Zug als erstellt, dass er spätestens ab dem 10. Dezember 2005 hätte aktiv werden müssen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.7.1.7).

### **E. 7.3.2**

Bei den weiteren Stiftungsräten setzte das Verwaltungsgericht Zug diesen Stichtag - teilweise zufolge personeller und/oder finanzieller Verflechtungen mit den "(...)"-Gesellschaften - sowohl früher auf den 1. Oktober 2005 als auch erst später auf den 11. Januar oder 1. Februar 2006 fest. So war beispielsweise G. \_\_\_\_\_ ab dem 28. Dezember 2005 zum zweiten Mal Verwaltungsrat der R. \_\_\_\_\_ AG, welcher mit Fr. 15'080'000.- die meisten Gelder unrechtmässig übertragen wurden (Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.7.1.8 ff.).

### **E. 7.3.3**

Auch für das Bundesverwaltungsgericht ist erstellt, dass die Stiftungsräte ab dem jeweiligen Stichtag aus eigenem Antrieb aufgrund ihrer Pflichten hätten aktiv werden und eine allgemeine Prüftätigkeit hätten entwickeln müssen. Insbesondere hätten sie sich nach der Überwachung des externen Vermögensverwalters (Reportings) erkundigen und diese sicherstellen müssen. Zudem hätten sie der wichtigen Pendezenz der ausstehenden Jahresrechnung 2004 nachgehen müssen. Bereits diese Schritte hätten sie unweigerlich auf die zahlreichen Missstände und Ungereimtheiten aufmerksam gemacht und sie in die Lage versetzt, den Schaden der Stiftung N. \_\_\_\_\_ erkennen zu können, sofern dieser nicht bereits bekannt war.

### **E. 7.3.4**

Schliesslich hätte sie ein weiteres Ereignis endgültig zur Vornahme von zielgerichteten Kontrollhandlungen bewegen müssen.

#### **E. 7.3.4.1**

Sämtliche Stiftungsräte wurden am 23. Juni 2006 vom BSV förmlich zu einer Aufsichtssitzung vorgeladen. D. \_\_\_\_\_ informierte am 5. Juli 2006 die weiteren Stiftungsräte über die Vorladung. Gegenüber den neuen Stiftungsräten begründete er den Schritt der Aufsichtsbehörde damit, dass dem BSV und der Kontrollstelle nach wie vor die Bankbelege der UBS fehlen würden. Trotz mehrfachen Versprechungen der Vermögensverwaltung bzw. der UBS seien die Belege nicht geliefert worden; die Bemühungen würden jedoch auf Hochtouren laufen und die Unterlagen sollten in Kürze vorliegen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zug E. 4.7.3.4 [S. 197]).

#### **E. 7.3.4.2**

Die Sitzung fand am 13. Juli 2006 statt. An dieser Sitzung waren sämtliche neuen Stiftungsräte bis auf F. \_\_\_\_\_ anwesend. Das BSV verwies an dieser Sitzung auf die Verfügung vom 2. Mai 2006 und schilderte gestützt darauf die Chronologie der Ereignisse (vgl. summarisches Sitzungsprotokoll vom 13. Juli 2006 [bf-act. 62]). Mit der bezeichneten

Verfügung hatte das BSV die Stiftung N.\_\_\_\_\_ - nachdem diese bereits der "letzten Mahnung" vom 13. April 2006 nicht nachgekommen war - ultimativ unter Androhung von Bussen und weiteren Aufsichtsmaßnahmen aufgefordert, bis zum 17. Mai 2005 die ausstehenden Unterlagen (Jahresrechnung 2004 [Langjahr] und 2005 sowie die Berichte der Kontrollstelle der beiden Jahre) einzureichen. Als deutlich schwerwiegenderen Mangel erachtete aber das BSV bereits damals, dass aufgrund der fehlenden Nachvollziehbarkeit der Vermögensanlage nicht ausgeschlossen werden könne, dass das Stiftungsvermögen gefährdet sei bzw. zweckentfremdet werde (vgl. bf-act. 56). An der Sitzung vom 13. Juli 2006 stellte sich heraus, dass die beiden Stiftungsräte A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ die UBS-Belege - entgegen der mehrfach und zuletzt mit E-Mail vom 5. Juli 2006 gemachten Zusicherungen - immer noch nicht beschafft hatten. Sie sicherten jedoch erneut zu, dass sie eine verbindliche Zusage hätten und die Belege in der nächsten Woche folgen werden. Das BSV teilte anlässlich der Sitzung mit, dass nicht mehr länger zugewartet werden könne. Sollten die Mängel nicht umgehend behoben werden, müsse der gesamte Stiftungsrat suspendiert und ein kommissarischer Verwalter eingesetzt werden (vgl. summarisches Sitzungsprotokoll vom 13. Juli 2006 [bf-act. 62]).

#### **E. 7.3.4.3**

Mit Verfügung vom 14. Juli 2006 fasste das BSV den gesamten Sachverhalt zusammen, bezeichnete klar die fehlenden Unterlagen und ordnete die Suspendierung sämtlicher amtierender Stiftungsräte sowie den Einsatz der beiden interimistischen Stiftungsräte X.\_\_\_\_\_ und Rechtsanwalt Y.\_\_\_\_\_ an, sofern die verlangten Unterlagen bis zum 31. Juli 2006 nicht eintreffen sollten. Das BSV wies abermals darauf hin, dass eine Gefährdung bzw. Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens nicht ausgeschlossen werden könne. Die Verfügung wurde sämtlichen Stiftungsräten mit eingeschriebenem Brief eröffnet (vgl. bf-act. 63).

#### **E. 7.3.4.4**

Die Stiftungsräte waren somit noch nicht suspendiert bzw. eine Suspendierung im Amt wurde nur suspensiv bedingt angeordnet. Dies musste auch den Stiftungsräten bewusst sein, da X.\_\_\_\_\_ an der Aufsichtssitzung vom 13. Juli 2006 den Stiftungsräten mitteilte, dass "die Verantwortung für die Bestätigung" nach wie vor bei ihnen liege und auch A.\_\_\_\_\_ selbst davon ausging, dass die Verfügung hinfällig werde, wenn sie die fehlenden Belege innert der Frist liefern würden (vgl. summarisches Sitzungsprotokoll vom 13. Juli 2006 [bf-act. 62]).

#### **E. 7.3.4.5**

Trotz der einschneidenden Aufsichtsmaßnahmen, d.h. der drohenden Einstellung in der Funktion als Stiftungsrat, und trotz des Wissens, dass (allenfalls) das Weiterbestehen der Stiftung N.\_\_\_\_\_ auf dem Spiel stand, da die Vermögensanlage bis zuletzt unklar geblieben war, wurden die neuen Stiftungsräte auch bis zum 31. Juli 2006 nicht bzw. nicht erkennbar tätig. Dies ist nicht nachvollziehbar, da sie wussten, dass mit dem "Kapitalgeschützten Fonds UBS" gerade die Bankbelege jener Bilanzposition fehlten, die mit über 90 % den mit Abstand grössten Aktivposten darstellte. Nachdem A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ wiederholt die dringend erforderlichen Bankbelege nicht lieferten, hätten sie im Nachgang der Aufsichtssitzung selbst aktiv werden und sich naheliegenderweise zum Beispiel bei der UBS danach erkundigen müssen.

#### **E. 7.3.4.6**

Zusammengefasst wussten die neuen Stiftungsräte spätestens per 13. Juli 2006 im Detail um die bestehenden Probleme mit den Jahresrechnungen und um die fehlenden Belege der UBS, die für die Testierung der beiden Jahresrechnungen erforderlich waren.

### **E. 7.3.5**

Wären die Stiftungsräte am jeweiligen Stichtag, ab welchem sie generell als Stiftungsräte hätten tätig werden müssen, oder spätestens am 13. Juli 2006, ab welchem sich konkrete Kontrollhandlungen bezüglich der ausstehenden Jahresrechnungen aufdrängten, eingeschritten, hätten sie umgehend den bei der Stiftung N.\_\_\_\_\_ entstandenen Schaden feststellen können. Bereits eine Kontaktaufnahme mit der UBS hätte genügt, um die benötigten Bankauszüge erhältlich zu machen und den angeblich bestehenden Problemen auf den Grund zu gehen. Sobald diese Bankauszüge vorgelegen hätten, hätten die neuen Stiftungsräte auf einen Blick erkennen können, dass das von A.\_\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_\_ in den Bilanzen per 31. Dezember 2004 und 31. Dezember 2005 gezeichnete Bild in krassem Widerspruch zur tatsächlichen Vermögenssituation der Stiftung N.\_\_\_\_\_ stand. Eine detaillierte Prüfung wäre nicht notwendig gewesen. Allein der Vergleich zwischen den beiden Bankbelegen per Ende 2004 sowie Ende 2005 und der Bilanzposition "Kapitalgeschützter Fonds UBS" bzw. das Fehlen einer Fondsbestätigung hätte ausgereicht, um erkennen zu können, dass ein Fonds nicht existierte und nur ein Bruchteil der bilanzierten Gelder auf dem UBS-Konto vorhanden war. Weitere Bilanzpositionen hätte sie nicht prüfen müssen, da der Fonds mit rund Fr. 36,0 Mio. (per 31. Dezember 2005) bzw. Fr. 18,6 Mio. (per 31. Dezember 2004) 94.7 % bzw. 92.1 % der gesamten Bilanzsumme hätte abdecken sollen (vgl. Geschäftsbericht 2004/2005 [bf-act. 57], S. 4). Folglich hätten sie mit wenigen und einfachen Kontrollmassnahmen erkennen können, dass beinahe das gesamte Stiftungsvermögen aus der Stiftung N.\_\_\_\_\_ abgeflossen war, ohne dass diese Vorgänge verbucht wurden (vgl. auch Untersuchungsbericht, S. 8, wonach "für die Verantwortlichen der Stiftung [...] ohne weiteres und jederzeit schon nur mit einem kurzen Telefonat bzw. schriftlichen Auskunftsbegehren an die UBS feststellbar [war], wie es um die Vermögenswerte stand"). Damit wäre ihnen schlagartig klar geworden, dass die Stiftung N.\_\_\_\_\_ in erheblichem Umfang entreichert bzw. geschädigt wurde. Selbst wenn ihnen hierfür eine gesamte Arbeitswoche zugestanden würde, hätten sie spätestens per 20. Juli 2006 umfassende Kenntnis vom Schaden gehabt.

### **E. 7.4**

Wie vorne dargelegt, beginnt die relative Verwirkungsfrist mit der tatsächlichen Kenntnis des Schadens zu laufen. Ein blosses "Kennen-Müssen" reicht hierfür nicht aus (vgl. E. 6.1).

#### **E. 7.4.1**

Der Zeitablauf als Hinderungsgrund für die Durchsetzbarkeit bzw. als Untergangsgrund eines allfälligen Anspruchs steht unter dem allgemeinen Vorbehalt von Treu und Glauben (BGE 136 II 187 E. 8.1; BGE 126 II 145 E. 3b/aa); sowohl der Geschädigte als auch der Haftpflichtige haben sich loyal und vertrauenswürdig zu verhalten. Entsprechend kann unter Umständen vom Grundsatz, dass blosses "Kennen-Müssen" für den Beginn des Fristenlaufs der Verwirkung nicht genügt, abgewichen werden. Solche Umstände liegen nach der Rechtsprechung und Literatur etwa vor, wenn (i) der Geschädigte die wesentlichen Elemente des Schadens kennt, es in der Folge jedoch unterlässt, nähere Abklärungen vorzunehmen, die für die Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs notwendig sind, oder (ii) er sich wider Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) gleichgültig oder sogar total

desinteressiert gegenüber dem Schaden verhält. Ein solches Verhalten kann bei der Festsetzung des massgebenden Stichtages für den Beginn des Fristlaufs berücksichtigt werden (vgl. Urteil des BGer 4A\_576/2010 vom 7. Juni 2011 E. 3.2 mit Hinweis; BVGE 2014/43 E. 3.2.4; A-4147/2016 E. 4.2.3 und A-1072/2014 E. 3.1.2; Brehm, a.a.O., Art. 60 Rz. 60 f.).

#### **E. 7.4.2**

Im vorliegenden Fall haben sich die neuen Stiftungsräte wie bereits erwähnt ab ihrem Amtsantritt völlig passiv verhalten und ihre Pflichten verletzt (vgl. vorne E. 7.2.3). Selbst als sie von der Aufsichtsbehörde über die akuten Probleme wegen den ausstehenden revidierten Jahresrechnungen informiert wurden und die Behörde feststellte, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass das Stiftungsvermögen gefährdet sei bzw. zweckentfremdet werde, blieben sie untätig (vgl. vorne E. 7.3.4.2). Mit anderen Worten machte sie sich trotz der bestehenden, deutlichen Alarmsignale und des Umstandes, dass just für jene Vermögenswerte Belege fehlten, welche über 90% der Bilanzsumme ausmachten, nicht selbst ein Bild von der Vermögenslage und damit letztlich vom Schaden. Dies ist nicht nachvollziehbar, da sie davon ausgehen mussten, dass der Weiterbestand der Stiftung N.\_\_\_\_\_ (wegen der potentiellen Gefährdung bzw. Zweckentfremdung des Vermögens) auf dem Spiel stand. Da ferner bereits eine Kontaktaufnahme mit der kontoführenden UBS, mithin einfache Kontrollmassnahmen genügt hätte, um den effektiven Vermögensstand in Erfahrung zu bringen und es nur um eine einzige Bilanzposition ging, kann ihre Untätigkeit nur als völlige Gleichgültigkeit am Bestehen eines allfälligen Schadens aufgefasst werden. Das Verhalten der neuen Stiftungsräte erscheint dabei nicht nur als treuwidrig, sondern stellt zugleich eine Verletzung von elementaren Rechtspflichten eines Stiftungsrates dar. Folglich rechtfertigt es sich, dieses Verhalten bei der Festsetzung des Beginns des Fristenlaufs zu berücksichtigen.

#### **E. 7.4.3**

Nach dem Gesagten ist vorliegend bereits das "Kennen-Müssen" des Schadens für den Beginn des Fristenlaufs ausreichend. Dieser Umstand ist nach Treu und Glauben den Stiftungsräten anzulasten.

#### **E. 7.5**

Da schliesslich die neuen Stiftungsräte bis zum 2. August 2006 nicht in ihrer Funktion eingestellt waren und zugunsten der Stiftung N.\_\_\_\_\_ handeln konnten (vgl. Feststellungsverfügung vom 2. August 2006 [vi-act. p 355 ff.]), ist ihr hypothetischer Kenntnisstand nach dem Grundsatz der Wissensvertretung der Beschwerdeführerin zuzurechnen (vgl. vorne E. 6.2.1; A-798/2014 E. 6.3.3).

#### **E. 7.6**

Selbst wenn nur auf den Wissenstand der neuen Stiftungsräte abgestellt wird, begann somit die einjährige, relative Verwirkungsfrist spätestens mit dem letztmöglichen Zeitpunkt des "Kennen-Müssens" des Schadens am 20. Juli 2006 zu laufen (vgl. vorne E. 7.3.5.2). Mithin ist das eingereichte Schadenersatzbegehren vom 15. August 2007 auch bei dieser Sachlage zu spät eingereicht worden.

#### **E. 8**

Zusammengefasst ist das Schadenersatzbegehren vom 15. August 2007 nach Eintritt der relativen einjährigen Verwirkungsfrist eingereicht worden. Demnach sind allfällige

Ansprüche aus Staatshaftungsrecht wegen mangelnder Aufsicht der Eidgenossenschaft (relativ) verwirkt und damit untergegangen. Die Beschwerde ist somit von vornherein abzuweisen.

## **E. 9**

Es bleibt über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht zu befinden.

### **E. 9.1**

Die Verfahrenskosten des Bundesverwaltungsgerichts werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Vorinstanzen haben hingegen keine Kosten zu tragen (Art. 63 Abs. 2 VwVG). Aufgrund des Verfahrensausgangs sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Da es sich vorliegend um eine Streitigkeit mit Vermögensinteresse handelt und sich der Streitwert auf über Fr. 24,0 Mio. beläuft, werden die Kosten auf Fr. 35'000.- festgesetzt (vgl. Art. 63 Abs. 4bis Bst. b VwVG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 und 2 sowie Art. 4 des Reglements vom 21. Februar 2008 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht [VGKE, SR 173.320.2]). Der von der Beschwerdeführerin einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

### **E. 9.2**

Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin angesichts ihres Unterliegens von vornherein nicht zu (Art. 64 Abs. 1 VwVG und Art. 7 Abs. 1 VGKE e contrario). Ebenso hat die Vorinstanz keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 7 Abs. 3 VGKE).

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