

BVGer A-7005/2018 vom 27. November 2019

Bundesverwaltungsgericht, 2019-11-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7005_2018

FR: TAF A-7005/2018 du 27 novembre 2019

IT: TAF A-7005/2018 del 27 novembre 2019

Regeste

Staatshaftung (Bund)

Erwägungen

E. 1

Mit Urteil 2C_245/2018 vom 21. November 2018 hat das Bundesgericht das Urteil A-3064/2016 des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. Februar 2018 aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung an das Bundesverwaltungsgericht zurückgewiesen. Die Beschwerde, welche die Beschwerdeführerin am 13. Mai 2016 gegen die Verfügung vom 12. April 2016 erhoben hat, ist damit wieder beim Bundesverwaltungsgericht hängig.

E. 1.1

Das Bundesgericht befand, dass weder die vom Bundesverwaltungsgericht vorgesehene Zurechnung des Wissensstandes von A._____ und D._____ gegenüber der Beschwerdeführerin zulässig gewesen sei, noch seitens der übrigen, im September 2005 gewählten Stiftungsräte spätestens per 20. Juli 2006 ein positives Wissen um den Schaden vorgelegen habe, welches der Beschwerdeführerin hätte zugerechnet werden können und den Beginn der relativen Verwirkungsfrist ausgelöst haben könnte. Es kam zum Schluss, dass der Schadenersatzanspruch nicht verwirkt sei, ohne jedoch die Anspruchsvoraussetzungen im Detail geprüft zu haben.

E. 1.2

Im Falle eines Rückweisungsurteils ist das Bundesverwaltungsgericht an die rechtlichen Erwägungen des Bundesgerichts und dessen Schlussfolgerung gebunden, vorliegend somit daran, dass der Schadenersatzanspruch im konkreten Fall nicht verwirkt ist (BGE 135 III 334 E. 2.1; Urteil des BGer 1C_41/2017 vom 1. September 2017 E. 4.1 f.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVGer] A-702/2017 vom 26. März 2019 E. 1.3.2). Damit ist von einem rechtzeitig eingereichten Schadenersatzbegehren auszugehen. An diesem Ergebnis ändert sich im Übrigen selbst dann nichts, wenn sich der Rückweisungsentscheid einzig auf die Wissenszurechnung von A._____ und D._____ sowie die paritätischen Stiftungsräte bezogen haben sollte. Denn für die Prüfung der Verwirkung käme aufgrund des Urteils des Bundesgerichts einzig noch die Zurechnung des Wissens der eingesetzten Stiftungsräte ad interim in Frage. Diese verschafften sich im August 2006 ein Bild von der Vermögenssituation der Beschwerdeführerin. Als sie den letzten ausstehenden Bankbeleg (Vermögensausweis der UBS per 16. August 2006) erhielten und sich die Anhaltspunkte für einen ungerechtfertigten Abfluss von Vermögenswerten in Millionenhöhe verdichteten, reichten sie am 17. August 2006 Strafanzeige ein. Selbst wenn auf diesen Zeitpunkt für die Kenntnis des Schadens abgestellt würde, wäre das am 15. August 2007 eingereichte Schadenersatzbegehren innert Jahresfrist eingereicht worden und damit rechtzeitig erfolgt.

Die Verwirkungsfrist ist vor diesem Hintergrund in jedem Fall gewahrt.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerin ist vorliegend zur Beschwerde legitimiert (vgl. Urteil A-3064/2016 E. 1.2).

E. 1.4

Im Folgenden sind somit die weiteren Voraussetzungen des Schadenersatzbegehrens zu prüfen.

E. 2

Das Bundesverwaltungsgericht überprüft eine angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen - einschliesslich der unrichtigen und unvollständigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens - sowie auf Angemessenheit hin (Art. 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes vom 20. Dezember 1968 [VwVG, SR 172.021]).

E. 3

Gemäss Art. 146 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV, SR 101) und Art. 3 Abs. 1 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 14. März 1958 [VG, SR 170.32]) haftet die Schweizerische Eidgenossenschaft für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Eine Schadenersatzpflicht bedarf somit - nebst der bereits geklärten Frage der eingehaltenen Verwirkungsfrist (Art. 20 Abs. 1 VG) - folgender Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen (Urteil des BGer 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 E. 4): -quantifizierter Schaden;-Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit; -adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden; -Widerrechtlichkeit des Verhaltens.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt in mehrfacher Hinsicht eine unvollständige oder falsche Sachverhaltsfeststellung seitens der Vorinstanz. Die Vorinstanz habe insbesondere keine Feststellungen zu den grundlosen Geldabflüssen bzw. zur Höhe des geltend gemachten Schadens gemacht. Zudem seien die Angaben betreffend die monatlichen Reportings unvollständig und es würden Hinweise fehlen, wonach das BSV auf zahlreiche Schreiben und fehlende Unterlagen reagiert habe.

E. 4.2

Was die einzelnen Schadenspositionen anbelangt, musste die Vorinstanz diese aufgrund des von ihr gewählten Vorgehens und der Begründung in der angefochtenen Verfügung nicht feststellen. Vielmehr konnte sie in antizipierter Beweiswürdigung davon absehen (vgl. Urteil des BGer 8C_417/2011 vom 2. September 2012 E. 5.4.1; Urteil des BVGer A-2947/2017 vom 20. Juni 2019 E. 4.4.3), da sie eine Haftung des Bundes bereits aufgrund der fehlenden Widerrechtlichkeit und Kausalität verworfen hatte. Insoweit ist ihr Vorgehen nicht zu beanstanden. Selbst wenn die Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend die unterbliebene Feststellung gewisser Handlungen bzw. Unterlassungen der Aufsichtsbehörde im Zusammenhang mit den Reportings oder den gewährten Fristerstreckungen zutreffen würden, würde sich letztlich nichts am Resultat, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, ändern.

E. 5

Dem von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Schadenersatzanspruch liegen verschiedene behauptete Vorgänge bzw. Unterlassungen zwischen 2003 und 2006 zugrunde. In diesem Zeitraum und auch danach haben das Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG, SR 831.40) und die dazugehörigen Ausführungsverordnungen verschiedene Änderungen erfahren. Nach der Rechtsprechung ist grundsätzlich diejenige Regelung anwendbar, welche im Zeitpunkt des Eintritts des Sachverhalts, den es rechtlich zu beurteilen gilt oder der zu Rechtsfolgen führt, in Kraft stand (BGE 136 V 24 E. 4.3; Urteil des BGer 8C_263/2011 vom 31. Oktober 2011 E. 8.1). Nachher eingetretene Rechtsänderungen haben unberücksichtigt zu bleiben, insbesondere wenn sich der massgebende Sachverhalt abschliessend vor Inkrafttreten des geänderten Rechts verwirklicht hat (sog. Verbot der echten Rückwirkung; Urteil des BGer 2C_477/2013 vom 16. Dezember 2013 E. 2.4; Urteil des BVGer A-2849/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 5.2.2; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. 2016, Rz. 268 f., 288-292). Entsprechend beurteilt sich die Frage, ob ein Verhalten widerrechtlich ist oder nicht, nach der Rechtslage im Zeitpunkt der schädigenden Handlung oder Unterlassung; eine nachträgliche Änderung der Rechtslage hat nicht zur Folge, dass ein ursprünglich rechtmässiges Verhalten nachträglich rechtswidrig wird (vgl. Urteil des BVGer A-1072/2014 vom 8. März 2016 E. 5.1.3; Tobias Jaag, Staats- und Beamtenhaftung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. I, Organisationsrecht, Teil 3, 3. Aufl. 2017, Rz. 100). Demnach ist der jeweilige Sachverhalt nach den damals massgeblichen Rechtsnormen zu beurteilen. Dementsprechend werden die jeweils angewendeten Rechtsnormen mit der Jahreszahl ihres Inkrafttretens versehen.

E. 6

Schaden An erster Stelle ist auf die Voraussetzung eines Schadens einzugehen.

E. 6.1.1

Die Beschwerdeführerin führt aus, dass der Sicherheitsfonds nicht in sämtliche Schadenersatzansprüche eingetreten sei. Der Sicherheitsfonds sehe mit Erklärung vom 13. Dezember 2010 einzig den Eintritt in die Ansprüche gegenüber dreizehn namentlich genannte Rechtssubjekte vor; die Eidgenossenschaft habe sich nicht darunter befunden. Somit verfüge sie nach wie vor über den entsprechenden Schadenersatzanspruch und sie sei legitimiert, diesen durchzusetzen.

E. 6.1.2

Gemäss Art. 56a Abs. 1 BVG kann der Sicherheitsfonds gegenüber Personen, die für die Zahlungsfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Versichertenkollektivs ein Verschulden trifft, im Zeitpunkt der Sicherstellung im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten. Die Bestimmung räumt dem Sicherheitsfonds ein bestimmtes Ermessen ein, in welche Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung er eintritt; erfasst sind insbesondere auch die Ansprüche gegen die Aufsichtsbehörde (BGE 130 V 277 E. 3). Diese setzt zudem eine einseitige Erklärung voraus; eine spezielle Abtretung ist hingegen nicht nötig (vgl. Beat Christen, in: Schneider/Geiser/Gächter [Hrsg.], Handkommentar zum BVG und FZG, 2010 [nachfolgend: SHK BVG/FZG], Art. 56a Rz. 16; Hans-Ulrich Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., 2012, Rz. 1851). Mithin tritt der Sicherheitsfonds nicht automatisch mit der Leistung von Vorschusszahlungen in sämtliche Verantwortlichkeitsansprüche der

Vorsorgeeinrichtung ein.

E. 6.1.3

Der Sicherheitsfonds erklärte am 13. Dezember 2010 den Eintritt in die Ansprüche gegenüber dreizehn bezeichneten Personen. Die Eidgenossenschaft bzw. das BSV als Aufsichtsbehörde befanden sich - wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht - nicht darunter. Dasselbe gilt für die zusätzlich getroffene Abtretungsvereinbarung vom 14./16. Dezember 2010. Mithin steht der Beschwerdeführerin der Verantwortlichkeitsanspruch gegen die Eidgenossenschaft nach wie vor zu.

E. 6.2.1

Die Beschwerdeführerin wendet ein, dass die Leistungen des Sicherheitsfonds in der Höhe von über Fr. 33,5 Mio. nicht als Vorteil angerechnet werden dürfen. Es handle sich dabei lediglich um Vorschüsse, die keinen Einfluss auf die Schadenshöhe hätten.

E. 6.2.2

Es gilt als allgemeiner Grundsatz des schweizerischen Schadenersatzrechts, dass eine Vorteilsanrechnung stattzufinden hat, um eine Bereicherung des Geschädigten zu verhindern (BGE 134 III 489 E. 4.2; Roland Brehm, in: Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-60 OR, 4. Aufl. 2013 [nachfolgend: BK OR], Art. 42 Rz. 27). Ob ein Vorteil vorliegt, hängt unter anderem vom Charakter der Leistung ab; diese muss zu einer Bereicherung führen. Der Sicherheitsfonds stellt gemäss Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über den Sicherheitsfonds vom 22. Juni 1998 (SFV, SR 831.432.1) den Betrag sicher, welcher der Vorsorgeeinrichtung zur Erfüllung ihrer gesetzlichen oder reglementarischen Verpflichtungen fehlt. Er kann hierzu bis zum Abschluss des Liquidations- oder Konkursverfahrens Vorschüsse leisten. Diese Leistungen kann der Sicherheitsfonds wieder zurückfordern, wenn sich beispielsweise herausstellt, dass zu hohe Beträge entrichtet wurden (Art. 56a Abs. 2 BVG; Beat Christen, in: SHK BVG/FZG, Art. 56a Rz. 21 f.).

E. 6.2.3

Die obigen Ausführungen legen den Schluss nahe, dass es sich um einstweilige Vorauszahlungen handelt. So stellt die Leistungsverfügung des Sicherheitsfonds vom 26. Dezember 2006 klar, dass die Leistung als Vorschuss im Sinn von Art. 26 Abs. 1 SFV erfolgt und zu viel geleistete Beiträge zurückzuerstatten seien (bf-act. 72). Deshalb lässt sich erst nach Abschluss des Liquidationsverfahrens beurteilen, wie hoch die definitive Sicherstellung durch den Sicherheitsfonds und damit ein allfälliger Vorteil der Beschwerdeführerin ausfallen wird. Da jedoch allfällige Beträge, die die Beschwerdeführerin aufgrund von Inkassomassnahmen erhältlich machen kann, gemäss der Verfügung des Sicherheitsfonds vom 26. Dezember 2006 dem Sicherheitsfonds abzuliefern sein werden (Art. 56a Abs. 2 BVG), kann von vornherein kein Vorteil bei der Beschwerdeführerin entstehen, den es im Rahmen der Vorteilsanrechnung zu berücksichtigen gälte. Insgesamt ist festzuhalten, dass der Vorschuss selbst keinen Einfluss auf die Schadenshöhe hat.

E. 6.3.1

Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, dass im konkreten Fall zwischen der Eidgenossenschaft und den weiteren aufgrund der Verantwortlichkeitsprozesse haftpflichtigen Personen Solidarität bestehe. Entsprechend werde die Eidgenossenschaft nur

im Umfang der effektiv geleisteten Zahlung von ihrer Leistungspflicht befreit. Hingegen sei allein die Tatsache, dass in den Verantwortlichkeitsprozessen sämtliche Haftpflichtigen unter solidarischer Haftbarkeit zu Schadenersatzleistungen in der Höhe von Fr. 30 Mio. rechtskräftig verurteilt worden seien, unerheblich. Im konkreten Fall sei aufgrund der Vermögensabflüsse zwischen dem 13. April 2004 und dem 1. Juni 2006 ein Schaden von Fr. 29'584'230.- entstanden. Diesen reduziert die Beschwerdeführerin um die aufgrund des Urteils des Strafgerichts des Kantons Zug vom 15. Oktober 2013 restitutionsweise zugesprochenen Vermögenswerte im Umfang von Fr. 1'079'790.- sowie um die Zahlungen an den Sicherheitsfonds aufgrund der Verantwortlichkeitsurteile in der Höhe von Fr. 4'101'839.35. Entsprechend verlangt sie mit der Beschwerde vom 13. Mai 2016 eine Schadenersatzforderung von Fr. 24'402'420.35 (zuzüglich Zins zu 5%).

E. 6.3.2

Für die Verursachung des Schadens werden im konkreten Fall verschiedene Schädiger aus verschiedenen Rechtsgründen verantwortlich gemacht. Insoweit hat das Bundesgericht anerkannt, dass in den bereits durchgeführten Verantwortlichkeitsprozessen des Sicherheitsfonds die allgemeine Regel der unechten Solidarität auch im Zusammenhang mit Art. 56a BVG gilt (vgl. BGE 141 V 93 E. 9.1 ohne jedoch die Art. 143 ff. OR bzw. Art. 51 OR zu nennen). Danach muss jeder Haftpflichtige (im Aussenverhältnis) für den vollen (von allen zusammen geschuldeten) Schadenersatz einstehen; der Geschädigte kann sich an einen beliebigen Schädiger halten. In diesem Fall befreit jede Zahlung eines Schuldners im selben Umfang die Mitschuldner, allerdings nur gegenüber dem Gläubiger (Brehm, in: BK OR, Art. 51 Rz. 18; vgl. auch Art. 147 Abs. 1 OR). Vorliegend ist kein Grund ersichtlich, weshalb diese allgemeine Regel nicht zugleich hinsichtlich des nun geltend gemachten Verantwortlichkeitsanspruchs gemäss Art. 3 VG gelten sollte (vgl. zum Vorliegen mehrerer aus öffentlichem Recht haftender Personen: Jörg Schwarz, Probleme bei mehreren Ersatzpflichtigen (Staat und Private), in: Rütsche/Fellmann [Hrsg.], Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrechts, 2014, S. 153 ff., S. 161; Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Aufsicht bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, 1996, S. 234 f.). Aufgrund der obigen Ausführungen kann somit auch die Eidgenossenschaft (im Aussenverhältnis) auf den vollen Schadenersatz belangt werden; dabei sind jedoch die zwischenzeitlich erfolgten Leistungen der anderen Haftpflichtigen zu berücksichtigen.

E. 6.3.3

Nach dem Gesagten ist die Eidgenossenschaft im Falle einer Anerkennung der Schadenersatzpflicht mitsamt den anderen, in den Verantwortlichkeitsprozessen verurteilten Haftpflichtigen für den Schaden solidarisch haftbar. Für diesen Fall wirken die Urteile trotz der festgestellten solidarischen Haftung im Aussenverhältnis solange nicht befreiend, als die Schuld nicht durch Leistungen getilgt wurde.

E. 6.3.4

Die im Recht liegenden Akten und die Ausführungen der Beschwerdeführerin betreffen den Stand vom 13. Mai 2016. Diesbezüglich räumt die Beschwerdeführerin ein, dass beim geltend gemachten Schadenersatz die mit Urteil vom 30. Juli 2015 des Obergerichts des Kantons Zug restitutionsweise zugesprochenen Vermögenswerte in der Höhe von Fr. 1'384'399.67 nicht berücksichtigt seien, da sie den Betrag noch nicht erhalten habe. Sodann führte der Sicherheitsfonds in seinem Schreiben vom 11. Mai 2016 aus, dass er Vergleiche mit verschiedenen Parteien aus den Verantwortlichkeitsprozessen abgeschlossen habe bzw.

sich noch in Vergleichsgesprächen befinde; aus diesen Vergleichen würden dem Sicherheitsfonds in den nächsten Jahren zusätzlich maximal Fr. 1,21 Mio. zufließen (bf-act. 74).

E. 6.3.5

Aus den Akten ist nicht ersichtlich, ob und in welchem Umfang seither schadensmindernde Zahlungen haftpflichtiger Personen erfolgt sind. Die Höhe des Schadens steht damit vorliegend nicht fest; der Sachverhalt ist insoweit nicht abgeklärt. Ausserdem müsste geklärt werden, in welchem Umfang das BSV für einen allfälligen Schaden einzustehen hätte, da es erst für jene Vermögensabflüsse, die ab dem Zeitpunkt einer festgestellten Amtspflichtverletzung erfolgt sind, verantwortlich wäre. Wie es sich damit verhält, kann aber aufgrund der folgenden Ausführungen offengelassen werden.

E. 7

Widerrechtlichkeit An zweiter Stelle ist die Voraussetzung der Widerrechtlichkeit zu beurteilen.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerin macht einen Vermögensschaden geltend. Sie wirft dem BSV im Wesentlichen verschiedene Amtspflichtverletzungen vor, da sie einerseits zu wenig genau bzw. kritisch überwacht worden sei und das BSV andererseits - trotz der ausstehenden testierten Jahresrechnungen - zu zögerlich bzw. zu spät eingeschritten sei.

E. 7.2.1

Die Widerrechtlichkeit im Sinn von Art. 3 Abs. 1 VG setzt - soweit vorliegend von Interesse - voraus, dass eine reine Vermögensschädigung durch einen Verstoß gegen eine einschlägige Schutznorm bewirkt wird (sog. Verhaltensunrecht). Mit anderen Worten ist eine Vermögensschädigung nur widerrechtlich, wenn sie auf ein Verhalten zurückgeht, das von der Rechtsordnung als solches, d.h. unabhängig von seiner Wirkung auf das Vermögen, verpönt wird. Vorausgesetzt wird, dass die verletzten Verhaltensnormen zum Schutz vor diesen Schädigungen dienen. Dient die Norm jedoch anderen Zielen als dem Schutz der verletzten Vermögensrechte, führt deren Verletzung nicht zur Annahme der Widerrechtlichkeit (vgl. dazu BGE 132 II 305 E. 4.1; Urteil des BVGer A-5172/2014 vom 8. Januar 2016 E. 9.1.1; Jaag, a.a.O., Rz. 97, 104 und 112 ff.).

E. 7.2.2

Sind durch unterlassene Amtshandlungen des Staates erfolgte Vermögensschädigungen zu beurteilen, hängt deren Widerrechtlichkeit zusätzlich davon ab, ob seitens des Staates eine besondere Rechtspflicht zum Handeln besteht, die sich ebenfalls aus einer Schutznorm ergibt (vgl. Urteil des BVGer A-2526/2011 vom 7. August 2012 E. 7.1.1). Diese Norm muss eine sog. Garantienpflicht des Staates gegenüber dem Geschädigten statuieren, indem sie Massnahmen zugunsten des Letzteren vorsieht (BGE 132 II 305 E. 4.1). Eine Handlungspflicht ist mithin nur dann haftpflichtrechtlich von Bedeutung, wenn sie das Interesse des Geschädigten verfolgt (vgl. Urteil des BGER 2C_834/2009 vom 19. Oktober 2010 E. 2.2; Urteil A-5172/2014 E. 9.1.1).

E. 7.2.3

Die Beschwerdeführerin macht einen reinen Vermögensschaden geltend, da das BSV seinen Aufsichtspflichten nicht nachgekommen sei. Eine Haftung für einen

Vermögensschaden aus amtspflichtwidrigem Unterlassen setzt nach dem Gesagten voraus, dass an erster Stelle ein Verstoss gegen eine Rechtsnorm vorliegt, die dem Schutz des geschädigten Vermögens dient. An zweiter Stelle muss dem BSV eine Garantenstellung zugunsten der Beschwerdeführerin zukommen.

E. 7.2.3.1

Gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG (2004) wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass die Vorsorgeeinrichtungen sowie die Einrichtungen, die nach ihrem Zweck der beruflichen Vorsorge dienen, die gesetzlichen Vorschriften einhalten. Sie übernimmt bei Stiftungen zudem insbesondere die Aufgaben gemäss Art. 84 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB, SR 210; Art. 62 Abs. 2 BVG). Nach Art. 84 Abs. 2 ZGB hat die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen, dass das Stiftungsvermögen seinen Zwecken gemäss verwendet wird. Praxisgemäss dient die staatliche Aufsicht im Bereich der beruflichen Vorsorge sowohl dem Schutz der Destinatäre als auch dem Schutz der Vorsorgestiftung selbst (Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 6.3.1; Urteil des BVGer A-3757/2016 vom 3. Mai 2017 E.7.1; vgl. auch Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 168 f.). Demnach bestand im vorliegenden Fall eine Handlungspflicht zugunsten der Beschwerdeführerin und damit eine Garantenstellung des BSV.

E. 7.2.3.2

Sowohl Art. 84 Abs. 2 ZGB als auch Art. 71 BVG (betreffend die Vermögensverwaltung der Vorsorgeeinrichtungen) und Art. 65 Abs. 1 BVG (2003; betreffend die jederzeitige Sicherheit, die übernommenen Verpflichtungen erfüllen zu können) sind Normen, die zum Schutze des Vermögens aufgestellt wurden und über deren Einhaltung die Aufsichtsbehörde - im Rahmen ihrer Amtspflichten - zu wachen hat (Art. 62 Abs. 1 und 2 BVG; vgl. Urteil A-1072/2014 E. 5.2). Deren Verletzung begründet grundsätzlich die Widerrechtlichkeit eines dadurch entstandenen Vermögensschadens.

E. 7.2.4

Sodann sind im konkreten Fall die Folgen eines realen Handelns bzw. Unterlassens zu beurteilen. Hierfür werden - im Gegensatz zu einem Rechtsakt - keine wesentlichen Amtspflichtverletzungen seitens des Beamten vorausgesetzt. Immerhin wird aber auch beim realen Handeln eine gewisse Wesentlichkeit der Pflichtverletzung der Aufsichtsbehörde verlangt. Es ist ein strenger Massstab anzulegen und - bei gegebenem erheblichen Ermessen der Behörde - nur dann auf eine Widerrechtlichkeit zu erkennen, wenn das behördliche Vorgehen eindeutig zu beanstanden ist (vgl. Urteil des BGer 2C.4/2000 vom 3. Juli 2003 E. 5.1.4; Urteil A-3757/2016 E. 7.2.3; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 2126; Jaag, a.a.O., Rz. 120).

E. 7.2.5.1

Während Art. 84 Abs. 2 ZGB allgemein gehalten ist und die Rechte und Pflichten der Aufsichtsbehörde nicht umschreibt (Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 6.3), regelt Art. 62 Abs. 1 BVG deren Aufgaben näher. Danach hat die Aufsichtsbehörde die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften zu überwachen, indem sie - soweit vorliegend von Interesse - insbesondere von den Vorsorgeeinrichtungen jährlich Berichterstattung fordert, namentlich über ihre Geschäftstätigkeit (Bst. b), Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des BVG-Experten nimmt (Bst. c) und die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (Bst. d).

E. 7.2.5.2

Aufgrund der soeben genannten gesetzlichen Bestimmungen kann die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen, falls sie im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoss gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt; mithin muss somit immer ein Mangel und damit letztlich auch eine gewisse Schädigung der Vorsorgeeinrichtung vorliegen oder unmittelbar drohen (Ruggli-Wüest, in: Stauffer [Hrsg.], Berufliche Vorsorge im Wandel der Zeit, Festschrift «25 Jahre BVG», 2009 [nachfolgend: 25 Jahre BVG], S. 146). Beaufsichtigt wird einzig, ob sich die Stiftung und ihre Organe rechtmässig verhalten. Die BVG-Aufsichtstätigkeit ist als eine reine Rechtskontrolle ausgestaltet (vgl. betreffend die allgemeine Stiftungsaufsicht: Urteil des BGer 2C_1059/2014; betreffend die BVG-Stiftungsaufsicht: Urteil des BVer C-4402/2010 vom 8. Juli 2013 E. 4.2; Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 33 f.; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8. Aufl. 2006, S. 667).

E. 7.2.5.3

Die Aufsichtsbehörde hat zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung Autonomie zukommt und ein Ermessen zusteht. Sie hat nur bei Ermessensfehlern (Über- oder Unterschreitung oder Missbrauch des Ermessens) tätig zu werden (Hans Michael Riemer/Gabriela Riemer-Kafka, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl. 2006, § 2 Rz. 98, S. 62). Entsprechend soll sich die Aufsichtsbehörde zurückhalten und sich nicht in den Ermessensspielraum der Stiftungsorgane einmischen. Sie hat erst und nur soweit eingzugreifen, als die rechtmässige Zweckerfüllung einer Stiftung gefährdet ist (Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 6.3.1).

E. 7.2.5.4

Ist die Notwendigkeit eines Einschreitens ausgewiesen, ist es wiederum eine Frage des Ermessens der Aufsichtsbehörde, welche konkreten Massnahmen unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips angezeigt sind («Wahl des mildesten Mittels»; Urteil A-1072/2014 E. 5.3.1; Christina Ruggli-Wüest, Von der beschaulichen Stiftungs- zur griffigen BVG-Aufsicht, in: 25 Jahre BVG; S. 147; Christina Ruggli-Wüest, Haftungsfragen aus dem BVG-Recht, in: Staatshaftungsrecht, 1998, S. 49 ff., S. 51; Botschaft zum BVG vom 19. Dezember 1975 [nachfolgend: Botschaft BVG], BBl 1976 I 149, S. 263). Räumt das Gesetz - wie dies bei Art. 84 Abs. 2 ZGB der Fall ist - dem BSV einen erheblichen Beurteilungs- und Ermessensspielraum ein, kann somit nur dann auf ein haftungsbegründendes Verhalten bzw. Unterlassen geschlossen werden, wenn sich das Vorgehen als Ermessensfehler (Über- oder Unterschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens) erweist. Ein unangemessenes Vorgehen genügt hingegen nicht. Die Aufgaben der BVG-Aufsichtsbehörde lassen somit einen weiten Spielraum technischen Ermessens zu, so dass die Möglichkeit der Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen von vornherein eingeschränkt ist (vgl. Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 6.3.2; Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 155).

E. 7.2.6

Nach dem Gesagten gilt folgender genereller Haftungsmassstab für die BVG-Stiftungsaufsicht im damaligen Zeitpunkt. Damit dem BSV eine widerrechtliche Unterlassung vorgeworfen werden kann, müssen folgende Kriterien erfüllt sein: -seitens der Vorsorgeeinrichtung muss entweder ein Verstoss gegen die gesetzlichen oder statutarischen Vorschriften oder eine Gefährdung der Zweckerfüllung bzw. des Stiftungsvermögens

vorliegen; -das BSV muss seine Pflichten zur Sicherstellung einer zweckgemässen Verwendung des Stiftungsvermögens und der Erfüllung des Vorsorgezwecks, insbesondere die in Art. 62 Abs. 1 BVG (2004) geforderten Handlungen, unterlassen haben, zu denen es im Rahmen seiner Rechtskontrolle gehalten war; -die Unterlassung muss eindeutig zu beanstanden sein, damit eine hinreichend schwere Amtspflichtverletzung vorliegt; d.h. dem BSV muss ein eindeutiger Ermessensfehler vorgeworfen werden können, dass es keine oder nur ungenügende Massnahmen ergriffen hat.

E. 7.2.7

Sodann ist auf einige Besonderheiten der BVG-Stiftungsaufsicht einzugehen.

E. 7.2.7.1

Bei registrierten Vorsorgeeinrichtungen gemäss Art. 48 BVG (1985) existiert eine sog. Kontrollpyramide, die aus einer externen und internen Aufsicht und Kontrolle besteht. Die interne Kontrolle wird in erster Linie vom paritätischen Organ der Stiftung (Art. 51 BVG), bei Sammelstiftungen vom Stiftungsrat, ausgeübt (vgl. Thomas Gächter/Maya Geckeler Hunziker, in: SHK BVG/FZG, Art. 51 Rz. 74). Dieser bildet die unterste Stufe. Auf der zweiten Stufe der Kontrollpyramide stehen die Kontrollstelle und der BVG-Experte (Art. 53 BVG). Schliesslich befindet sich darüber, an der Spitze, die externe, staatliche Aufsicht durch das BSV (Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 76).

E. 7.2.7.2

Nach diesem System obliegt die Überwachung der Einhaltung der reglementarischen Vorschriften bei Sammelstiftungen primär dem Stiftungsrat. Er hat in erster Linie einzuschreiten, wenn eine Missachtung der reglementarischen Bestimmungen festgestellt wird; zudem überprüft und genehmigt er im Rahmen der Jahresrechnung die Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung (Botschaft BVG, S. 208; Ruggli-Wüest, in: Staatshaftungsrecht, a.a.O., S. 53). Der Stiftungsrat wird von der Kontrollstelle flankiert. Diese hat insbesondere die Geschäftsführung, das Rechnungswesen und die Vermögensanlage zu überprüfen (Art. 53 Abs. 1 BVG [2003]; Botschaft BVG, S. 208 f.). Sie hat hierzu jährlich einen Kontrollbericht zu erstellen und diesen der Aufsichtsbehörde zukommen zu lassen. Überdies hat sie die Aufsichtsbehörde zu benachrichtigen, wenn sie schwere Missstände feststellt oder Gefahr im Verzug ist (beispielsweise bei einem Vermögenszerfall oder deliktischen Machenschaften; Patrick Sutter, in: SHK BVG/FZG, Art. 53 Rz. 31, Fn. 48; Ruggli-Wüest, in: Staatshaftungsrecht, a.a.O., S. 53). Ferner haben Vorsorgeeinrichtungen durch den sog. BVG-Experten periodisch überprüfen zu lassen, ob sie jederzeit Sicherheit dafür bieten, ihre Verpflichtungen erfüllen zu können, und hierüber einen Bericht zu Handen der Aufsichtsbehörde zu erstellen (Art. 53 Abs. 2 Bst. a BVG [2003]; Patrick Sutter, in: SHK BVG/FZG, Art. 53 Rz. 40).

E. 7.2.7.3

Die Kontrollstelle und der BVG-Experte sind für die externe Aufsicht von entscheidender Bedeutung. Sie entlasten die Aufsichtsbehörde, welche nicht in der Lage wäre, sämtliche Kontrollhandlungen allein durchzuführen, fachlich und personell. Angesichts der geschilderten dezentralen Kontrollorganisation und der Funktion der beiden Kontrollinstanzen kann sich die Aufsichtsbehörde im Wesentlichen darauf beschränken, die Kontrollberichte zu überprüfen (Art. 62 Abs. 1 Bst. b und c BVG [2003]) und bei Gesetzesverletzungen einzuschreiten (Botschaft BVG, S. 209). Die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde setzt somit regelmässig erst dann ein, wenn die Kontrollaufgaben der

Kontrollstelle oder des BVG-Experten bereits wahrgenommen wurden oder offensichtlich vernachlässigt werden (Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 76). Die Aufsichtsbehörde darf sich bei ihren Prüfungen auf einschränkungslose Berichte der Kontrollstelle bzw. des BVG-Experten verlassen; einzig offensichtliche Falschaussagen oder Berichte, die nicht plausibel erscheinen, sind zu hinterfragen (BGE 141 V 93 E. 6.2.4; Christina Ruggli, in: SHK BVG/FZG, Art. 62 Rz. 15). Das geschilderte System ist folglich darauf angelegt, eine «Kontrollrepetition» verschiedener Kontrollinstanzen zu vermeiden. Was beispielsweise von einer ordnungsmässig tätigen Kontrollstelle umfassend geprüft und für in Ordnung befunden wurde, muss deshalb nicht nochmals von der Aufsichtsbehörde überprüft werden (vgl. Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2005, Rz. 1408). Die Aufsichtsbehörde nimmt somit selbst keine direkte Einsicht in die Geschäftstätigkeit der Vorsorgeeinrichtung (vgl. Ruggli-Wüest, in: Staatshaftungsrecht, a.a.O., S. 54). Sie ist auf die weiteren Kontrollinstanzen angewiesen; entsprechend kann die Kontrollpyramide nur funktionieren, wenn sämtliche beteiligten Kontrollinstanzen ihre Verantwortung wahrnehmen (Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 76 f.).

E. 7.3

Gerügte Mängel vor und zum Zeitpunkt der Registrierung: Fehlende Bankgarantie und falsche Versprechungen des Stiftungsrates

E. 7.3.1.1

Die Beschwerdeführerin wirft dem BSV vor, es habe nicht erkannt, dass bereits im Vorfeld der Registrierung erhebliche Anhaltspunkte für eine Vermögensgefährdung bestanden hätten. So sei dem BSV bekannt gewesen, dass die Stiftung von Personen geführt werde, die falsche Versprechungen machen und potentielle Kunden täuschen würden. Den Kunden sei einerseits eine Verzinsung von 0.5% über dem BVG-Mindestzinssatz versprochen worden, obwohl das BSV den Stiftungsrat bereits zuvor darauf hingewiesen habe, dass solches erst zulässig sei, wenn die Wertschwankungsreserve gebildet worden sei. Andererseits habe der Stiftungsrat mehrfach mit der Besicherung der Vorsorgegelder und der Verzinsung geworben, obwohl dies nach Ansicht des BSV nicht den Tatsachen entsprochen habe. Entsprechend habe das BSV denn auch im Schreiben vom 4. November 2003 die Prüfung weiterer Schritte für den Fall angedroht, dass die Kunden weiterhin falsch informiert würden. Dennoch habe sich die Beschwerdeführerin weiterhin über die Anordnung des BSV hinweggesetzt, was dem BSV zur Kenntnis gebracht worden sei.

E. 7.3.1.2

Vorliegend sind weitere Massnahmen des BSV betreffend die nicht wahrheitsgemässe Information der Kunden nicht dokumentiert. Allein aufgrund des geschilderten Sachverhalts ist jedoch noch keine Amtspflichtverletzung ersichtlich, zumal allfällige Massnahmen unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips zu erfolgen hätten und zunächst jeweils das mildeste Mittel zu wählen ist. Ob sodann weitere Amtshandlungen zu Unrecht unterblieben sind, kann offenbleiben. Denn seitens der Beschwerdeführerin wird diesbezüglich weder dargetan, inwiefern durch eine allfällige Unterlassung des BSV eine Vermögensschädigung hätte eingetreten sein sollen, noch ist solches ersichtlich, zumal das Vorgehen der Stiftung einzig unter dem Blickwinkel der «unlauteren Werbung» betrachtet werden müsste.

E. 7.3.2.1

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, dass dem BSV die zentrale Stellung der Bankgarantie für den Kapitalerhalt und die Verzinsung im Stiftungskonzept bewusst gewesen sei. Dies sei denn auch der Grund gewesen, weshalb das BSV am 4. November 2003 die Einreichung dieser Garantie unter Androhung aufsichtsrechtlicher Massnahmen verlangt habe, nachdem die Stiftung mit der Lieferung der Unterlagen seit dem 11. bzw. 29. September 2003 säumig gewesen sei. Das BSV habe selbst festgehalten, dass es beim Ausbleiben der Unterlagen von einer möglichen Gefährdung des Vorsorgevermögens ausgehen müsse. In der Folge habe sie [die Beschwerdeführerin] jedoch lediglich einen Kontoauszug eingereicht. Das BSV habe sich damit zufrieden gegeben und die Einforderung der Bankgarantie unterlassen. Dadurch habe das BSV ein erstes Mal seine Aufsichtspflicht gemäss Art. 62 Abs. 1 und 2 BVG verletzt.

E. 7.3.2.2

Die Vorbringen der Beschwerdeführerin und die Aussagen des BSV müssen in den zeitlichen Kontext gestellt werden. Diese erfolgten in einem Zeitraum, in welchem die Beschwerdeführerin zwar das Aufsichtsübernahmeverfahren angestossen hatte, die Registrierung beim BSV aber noch nicht erfolgt war - und damit noch nicht unter die Aufsicht des BSV gestellt war (vgl. nachfolgend E. 7.3.2.4). Trotzdem hatte die Beschwerdeführerin bereits Mitte 2003 begonnen, Pensionskassen-Anschlüsse durchzuführen und Gelder anzunehmen (vgl. bf-act. 17). Vor diesem Hintergrund ersuchte das BSV die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Registrierung zunächst am 11. September 2003 um Einreichung der ausstehenden Unterlagen (d.h. die Namen der Banken, Bankgarantien etc.; vi-act. p. 982). Als diese Unterlagen am 4. November 2003 noch ausstehend waren, forderte das BSV die Beschwerdeführerin erneut und deutlich - unter Androhung aufsichtsrechtlicher Schritte - auf, die ausstehenden Unterlagen einzureichen, da es eine Gefährdung des Vermögens nicht mehr ausschliessen könne.

E. 7.3.2.3

Daraufhin reichte die Beschwerdeführerin am 14. November 2003 einen Kontoauszug der UBS per 13. November 2003 ein. Daraus war ersichtlich, dass die Beschwerdeführerin im besagten Zeitraum Sparkapitalien in der Höhe von rund Fr. 590'000.- aufwies. Zudem waren zwei Zahlungen in der Höhe von Fr. 5'060.- und Fr. 16'225.- im Kontoauszug verzeichnet. Die Beschwerdeführerin führte hierzu aus, dass bei sämtlichen Eingängen von Geldern die Sicherheit gestellt werde und «das Geld immer auf diesem Konto bleibt». Sie würde jeweils sämtliche Zinsen vorschüssig überweisen. Eine grössere Sicherheit gebe es nicht und könne sie auch nicht leisten. Zudem würden andere Vorsorgeeinrichtungen mit einem niedrigeren Zins auch keine Garantie abgeben und solches werde seitens des BSV auch nicht verlangt (vgl. bf-act. 10).

E. 7.3.2.4

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin verdeutlichen ihr Verständnis von einer Bankgarantie. Diese wurde offenbar nicht in einem engeren technischen bzw. juristischen Sinn, sondern in einem faktischen Sinn verstanden. Existierte jedoch keine eigentliche Bankgarantie, gab es für das BSV von vornherein keinen Grund an deren Einforderung festzuhalten. Sodann war mit der Einreichung des Bankbelegs für das BSV die Anlage des Vermögens vorerst nachvollziehbar und die Verbuchungen der BVG-Zinszahlungen ausgewiesen. Damit bedurfte es in dieser Angelegenheit keiner weiteren Schritte seitens der Aufsichtsbehörde. Dass das BSV die Unterlagen zuvor mit Nachdruck und unter

Androhung weiterer Massnahmen einverlangt hatte, dürfte im Übrigen darauf zurückzuführen sein, dass die Beschwerdeführerin im genannten Zeitraum noch nicht registriert und damit noch nicht unter die Aufsicht des BSV gestellt worden war. Dennoch hatte die Beschwerdeführerin bereits ihre operative Tätigkeit aufgenommen und damit begonnen, Gelder anzunehmen. Solches war möglich, da die Registrierung der Vorsorgeeinrichtung keine konstitutive Wirkung entfaltet und deshalb eine Vorsorgeeinrichtung nach ihrer Gründung faktisch umgehend ihre Tätigkeit aufnehmen kann, obwohl sie für die Durchführung der obligatorischen Versicherung gemäss Art. 48 Abs. 1 BVG (2003) formell registriert sein müsste (Gächter/Geckeler Hunziker, in: SHK BVG/FZG, Art. 48 Rz. 5; vgl. zum Problem, dass Vorsorgeeinrichtungen mit erheblichem Risikopotential ohne Mitwirkung der Aufsichtsbehörde errichtet werden und ihre Geschäftstätigkeit aufnehmen können: Ruggli, in: SHK BVG/FZG, Art. 62 Rz. 7 f.). Vor diesem Hintergrund ist nachvollziehbar, dass das BSV eine Gefährdung des Vermögens - ganz allgemein - nicht ausschliessen konnte und auf die Einreichung ausstehender Unterlagen zur Registrierung der Beschwerdeführerin drängte. Denn erst mit der Registrierung wird festgestellt, dass die Stiftung den Vorgaben des BVG entspricht (vgl. Helbling, a.a.O., S. 734). Zudem wird die Kontrollpyramide erst im Zuge der Aufsichtsübernahme vollumfänglich aktiviert.

E. 7.3.2.5

Sodann existierte nach der damaligen Rechtslage keine Vorschrift, wonach für die Registrierung einer Vorsorgeeinrichtung eine Bankgarantie notwendig gewesen wäre (vgl. Art. 6 und Art. 7 Abs. 1 der Verordnung über die Aufsicht in der beruflichen Vorsorge [BVV 1, SR 831.435.1, 1998] e contrario). Das Erfordernis einer Bankgarantie bei Gründung bzw. Registrierung einer Sammelstiftung wurde erst ab 1. Juli 2005 eingeführt (vgl. Ziff. 42 der Weisungen des Bundesrats über die Voraussetzungen für die Gründung von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen vom 10. Juni 2005 [nachfolgend: Weisungen für die Gründung von Sammelstiftungen]). Entsprechend bestand seitens des BSV auch insoweit weder ein Recht noch eine Pflicht, (weiterhin) auf der Vorlage einer Bankgarantie zu bestehen. Vielmehr schritt es, nachdem die wichtigsten Unterlagen vorgelegen haben, zur Registrierung der Beschwerdeführerin und stellte diese unter ihre Aufsicht. Eine Amtspflichtverletzung ist nicht ersichtlich. Das Vorgehen erscheint im Gegenteil als konsequent, da das BSV mit der Registrierung den vorbestehenden Schwebezustand formell bereinigte.

E. 7.3.2.6

Wenn überhaupt, hätte die Aufsichtsbehörde allenfalls einschreiten müssen, um den Sachverhalt unter dem Blickwinkel einer unlauteren bzw. nicht wahrheitsgemässen Werbung mit einer Bankgarantie (betreffend die Verzinsung oder das Sparkapital) zu prüfen und gegebenenfalls die notwendigen Massnahmen zu veranlassen. Diesbezüglich gilt jedoch wiederum das oben Gesagte (vgl. E. 7.3.1.2).

E. 7.3.2.7

Nach dem Gesagten braucht somit nicht weiter darauf eingegangen werden, ob damals die Bankgarantie bestand oder nicht und ob bzw. wie die Beschwerdeführerin damit geworben hat. Unerheblich ist damit auch die Frage, ob die Beschwerdeführerin im Verlaufe der Zeit das 50%-Quorum an übernommenen Versicherten der Stiftung O._____ betreffend die Weiterversicherungsgarantie (inkl. der Bankgarantie) hat fallen lassen.

E. 7.4

Nichtbestehen auf der Einreichung vollständiger Reportings

E. 7.4.1

Die Beschwerdeführerin wirft dem BSV vor, es habe ihr einen Vermögensschaden verursacht, da es nicht auf der Einreichung vollständiger Reportings bestanden habe. Zunächst habe das BSV zu Recht auf eine Handlungs- bzw. Aufsichtspflicht erkannt und in der Aufsichtsübernahmeverfügung die Einreichung eines Reportings verlangt. Das Reporting sollte unter anderem eine Übersicht über die Vermögensanlage der Stiftung enthalten (vgl. Aufsichtsübernahmeverfügung vom 24. November 2003, Dispositiv Ziff. 7 [bf-act. 13]). Dies sei nötig gewesen, da das BSV noch nicht über testierte Jahresabschlüsse der Beschwerdeführerin verfügt habe und demnach keine ordentliche Kontrolltätigkeit möglich gewesen sei. Ohne weitere Informationen zur Vermögensanlage habe das BSV hingegen seine Aufsichtspflichten zum Schutze des Stiftungsvermögens nicht wahrnehmen können. Die verfügte Einreichung der monatlichen Reportings sei auch geeignet und erforderlich gewesen, um das Aufsichtsziel zu erreichen, weshalb das BSV nachträglich nicht wieder auf diese Massnahme habe verzichten können. Die Stiftung habe in der Folge zwar die monatlichen Reportings eingereicht, diese seien jedoch nie vollständig gewesen oder hätten zahlreiche Ungereimtheiten aufgewiesen. Einerseits habe kein einziges Reporting Konto- und/oder Depotauszüge per Ende eines Berichtszeitraumes enthalten oder Angaben zum Deckungsgrad gemacht. Andererseits sei in jedem Reporting eine Performance von 2.75% angegeben gewesen, was einer jährlichen Performance von 33% entsprochen hätte und offensichtlich nicht stimmen konnte. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin bis und mit dem Reporting vom August 2004 jeweils angegeben, dass sich finanziell nichts geändert habe, obwohl sie zugleich Neugelder (teilweise in Millionenhöhe) deklariert habe. Sowohl die selbst auferlegte Handlungspflicht als auch die widersprüchlichen Angaben zum Vorsorgevermögen hätten die Aufsichtsbehörde zu weiteren Nachforschungen und zur Einforderung der ausstehenden Unterlagen veranlassen müssen. Anstatt dies zu tun, habe das BSV die unvollständigen Unterlagen entgegengenommen und ohne Weiterungen abgelegt, obwohl sie keine Übersicht über die Vermögensanlage geboten hätten. Dadurch habe es die ihm obliegenden Aufsichtspflichten verletzt. Hätte es konsequent die Konto- und Depotauszüge eingefordert, wäre schnell klar geworden, dass das Vorsorgevermögen nicht nur gefährdet gewesen, sondern teilweise bereits ohne Rechtsgrund und Sicherstellung abgeflossen sei.

E. 7.4.2

An erster Stelle ist der Frage nachzugehen, ob für das BSV eine gesetzliche Pflicht bestand, ein monatliches Reporting einzuholen.

E. 7.4.2.1

Aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen bestand im damaligen Zeitpunkt keine ausdrückliche Verpflichtung, ein monatliches Reporting mit Bankbelegen und/oder Depotauszügen von einer beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtung zu verlangen. Was die finanzielle Sicherheit anbelangt, mussten Vorsorgeeinrichtungen damals im Zuge der Registrierung einzig erklären, dass sie willens und in der Lage sind, von Anfang an die Alterskonten zu führen, die Leistungen gemäss dem BVG zu erbringen und die dafür erforderlichen Beiträge zu erheben (Art. 6 Abs. 3 BVV 1 [1998]). Die Aufsichtsbehörde musste somit notgedrungen davon ausgehen, dass die neue Vorsorgeeinrichtung Gewähr für

die finanzielle Sicherheit bietet - «bis zum Beweis des Gegenteils» (Helbling, a.a.O., S. 739).

E. 7.4.2.2

Erst mit der 1. BVG-Revision wurde Art. 6 BVV 1 (2005; Inkrafttreten per 1. Januar 2005) angepasst und festgehalten, dass die Vorsorgeeinrichtungen nachweisen müssen, dass sie Gewähr für die finanzielle Sicherheit bieten (Art. 6 Abs. 1 Bst. a BVV 1 [2005]). In der Folge wurden die sog. Weisungen für die Gründung von Sammelstiftungen per 1. Juli 2005 erlassen, mit welchen eine tragfähige Startphase ermöglicht werden sollte, damit Einbussen für Destinatäre und den Sicherheitsfonds vermieden werden können (Ziff. 1 Abs. 1). Zur Gewährleistung der finanziellen Sicherheit im Sinn von Art. 6 Bst. a BVV 1 (2005) sehen die Weisungen für die Gründung von Sammelstiftungen vor, dass die Aufsichtsbehörde nicht nur das Vorhandensein eines genügenden Anfangsvermögens und einer Bankgarantie von mindestens Fr. 500'000.- prüft (Ziff. 4 i.V.m. Ziff. 41 Abs. 1 sowie Ziff. 42 Abs. 1). Sie kann auch der Vorsorgeeinrichtung den Umständen entsprechende, d.h. auch unterjährige, Fristen zur Berichterstattung setzen (Ziff. 6 Abs. 1). Selbst wenn unter der Berichterstattung im soeben genannten Sinn auch die Reportings verstanden würden, sind die detaillierten Vorgaben der Weisungen für die Gründung von Sammelstiftungen erst in Kraft getreten, nachdem vorliegend die Reportingpflicht in der Aufsichtsübernahmeverfügung eingeführt worden und das Langjahr, für dessen Bewilligung die Reportings von der Aufsichtsbehörde vorausgesetzt wurden, bereits abgelaufen war. Damit sind die detaillierten Vorgaben der Weisungen für die Herleitung einer Handlungspflicht von vornherein nicht massgeblich.

E. 7.4.2.3

Schliesslich sei angemerkt, dass mit der sog. Strukturreform per 1. Januar 2012 zahlreiche weitere Massnahmen und Vorgaben in Kraft gesetzt wurden, um in der Gründungsphase von Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen die Risiken eines unseriösen Umgangs mit Vorsorgegeldern oder gar deliktischen Tätigkeiten vorzubeugen (Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., 2012, Rz. 1502 f.). So ist neu vorgesehen, dass - abgesehen von der bereits oben geschilderten präventiven Kontrolle des ausreichenden Anfangsvermögens, der Garantieerklärung sowie der Möglichkeit unterjähriger Fristen zur Berichterstattung - eine Vorsorgeeinrichtung Anschlussverträge erst nach der Aufsichtsübernahme abschliessen darf (Art. 16 BVV 1 [2012; AS 2011 3425]) und die Vorsorgeeinrichtung eine spontane Informationspflicht trifft, wenn sich wesentliche Änderungen in ihrer Geschäftstätigkeit ergeben. Als wesentlich gilt insbesondere, wenn sich die Zahl der Anschlüsse oder das Deckungskapital innert 12 Monaten um 25% verändert (Art. 20 BVV 1 [2012]). Dies verdeutlicht, dass nach und nach die Unzulänglichkeiten des früheren Systems erkannt und angegangen wurden. Im Umkehrschluss lässt sich aber festhalten, dass bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen Regelungen gerade keine gesetzlichen Handlungspflichten seitens der Aufsichtsbehörde bestanden, die Geschäftstätigkeit zu überwachen und hierzu ein detailliertes Reporting zu verlangen.

E. 7.4.3

Ist nach dem Gesagten gemäss dem damals geltenden Recht keine spezifische gesetzliche Pflicht ersichtlich, ein monatliches Reporting während des ersten Geschäftsjahres bzw. des konkret bewilligten Langjahres zu verlangen, stellt sich die Frage, ob sich eine solche aus der generellen Pflicht der Aufsichtsbehörde ergibt, für eine zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens zu sorgen (Art. 62 Abs. 2 BVG [2003] i.V.m. Art. 84 Abs. 2 ZGB).

E. 7.4.3.1

Hierzu ist an erster Stelle auf das oben geschilderte System der sog. Kontrollpyramide einzugehen. Es stellt sich die Frage, ob die der Aufsichtsbehörde vorgelagerten Kontrollinstanzen der Kontrollpyramide bereits ab der Registrierung der Vorsorgeeinrichtung ihre Kontrolltätigkeit aufnehmen. Wäre dies der Fall, wäre eine wirksame Aufsicht sichergestellt, was gegen eine Reportingpflicht sprechen würde.

E. 7.4.3.2

In erster Linie trägt bei in Form von Sammelstiftungen organisierten Vorsorgeeinrichtungen der paritätische Stiftungsrat die Verantwortung für die Überwachung der Einhaltung der gesetzlichen und statutarischen Vorschriften. Er überprüft und genehmigt die Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung im Rahmen der Jahresrechnung (vgl. Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 86 f.; Ruggli-Wüest, in: Staatshaftungsrecht, a.a.O., S. 53; Sutter, in: SHK BVG/FZG, Art. 53 Rz. 4 ff.; Botschaft BVG, S. 208). Der Stiftungsrat hat sodann die Voraussetzungen zur gesetzmässigen und vorsorgegerechten Finanzierungs- und Anlagetätigkeit zu schaffen. Er steht selber in der Pflicht, die Geschäftsleitung so zu organisieren, dass sie ihre Überwachungsaufgaben erfüllen kann. Je nach Grösse der Vorsorgeeinrichtung kann ihn zudem die Pflicht treffen, intern weitere Kontrollinstanzen (sog. Controlling oder interne Revision) vorzusehen (vgl. Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 86 f.). Insgesamt trägt er die primäre Verantwortung für die Vermögensanlage und demnach auch für die zweckgemässe Verwendung des Stiftungsvermögens bzw. der Vorsorgegelder. Im konkreten Fall oblagen die geschilderten Aufgaben dem Stiftungsrat von Anfang an. Er bildet einen Bestandteil der Kontrollpyramide, auf deren Funktionieren sich die Aufsichtsbehörde insoweit grundsätzlich verlassen konnte.

E. 7.4.3.3

Ferner hat die Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 53 Abs. 2 Bst. a BVG (2003) durch den BVG-Experten periodisch überprüfen zu lassen, ob sie jederzeit Sicherheit dafür bietet, dass sie ihre Verpflichtung erfüllen kann. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liegt der Sinn und Zweck der genannten Bestimmung darin, die finanzielle Sicherheit der Stiftung fortdauernd zu verfolgen. In dem die vorliegende Sache betreffenden Entscheid wurde festgehalten, dass der BVG-Experte der Vorsorgeeinrichtung gemäss Praxis der Aufsichtsbehörde im damals relevanten Zeitraum zwar mindestens alle drei Jahre entweder ein Expertengutachten oder eine Expertenbestätigung einreichen müssen. Dennoch könne der BVG-Experte bereits in der Gründungsphase die Pflicht treffen, die finanzielle Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung zu prüfen (BGE 141 V 71 E. 6.1.2-6.2.1). Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass der BVG-Experte vor der Registrierung der Beschwerdeführerin hätte abklären müssen, ob die in den Reglementen versprochenen Leistungen bei einer Rückversicherung abgesichert gewesen seien und ob eine Bankgarantie abgegeben worden sei. Zudem habe auch nach der Registrierung der Beschwerdeführerin eine Handlungspflicht bestanden. Insbesondere aufgrund der versprochenen Höherverzinsung und aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin sich erst im Aufbau befunden habe, habe der BVG-Experte nicht von einer Stetigkeit im Versichertenbestand ausgehen dürfen. Vielmehr habe sich eine umfassende Überprüfung der finanziellen Sicherheit der Beschwerdeführerin geradezu aufgedrängt (vgl. BGE 141 V 71 E. 6.2.2 und 6.2.3). Insoweit lässt sich festhalten, dass die Kontrollaufgaben des BVG-Experten im konkreten Fall bereits in der Gründungsphase begonnen haben bzw. sich sowohl vor als auch nach der Registrierung der Beschwerdeführerin hätten entfalten sollen.

Somit durfte das BSV von einer diesbezüglich funktionierenden Kontrollpyramide ausgehen. Das Bundesgericht hielt im Übrigen fest, dass allein der Umstand, wonach im konkreten Fall jeweils «sämtliche Unterlagen dem BSV» zugestellt worden seien, nicht zu einem Wechsel der Überprüfungsaufgaben des BVG-Experten auf das BSV geführt habe.

E. 7.4.3.4

Gemäss Art. 53 Abs. 1 BVG (2003) bestimmt die Vorsorgeeinrichtung eine Kontrollstelle für die jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage. Die Pflichten, denen die Kontrollstelle nachzukommen hat, sind in der Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (BVV 2, SR 831.441.1) in der - hier massgebenden - bis zum 31. Dezember 2004 gültigen Fassung (AS 1984 543) normiert. Gemäss Art. 35 Abs. 1 BVV 2 (1985) muss die Kontrollstelle jährlich die Gesetzes-, Verordnungs-, Weisungs- und Reglementsconformität (Rechtmässigkeit) der Jahresrechnung und der Alterskonten prüfen. Zudem muss sie jährlich die Rechtmässigkeit der Geschäftsführung sowie die Rechtmässigkeit der Vermögensanlage prüfen (Art. 35 Abs. 2 BVV 2 [1985]). Das Rechnungswesen, d.h. die Jahresrechnung (inkl. Buchhaltung und BVG-Alterskonten), ist auf ihre formelle Ordnungsmässigkeit und materielle Richtigkeit zu prüfen. Die Prüfung der Rechtmässigkeit der Vermögensanlage beinhaltet sodann eine Bestandes- und Bewertungsprüfung sowie eine Prüfung der Vermögenszusammensetzung (vgl. zum Ganzen: Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 77 f.). Stellt die Kontrollstelle bei ihrer Prüfung Mängel fest, so muss sie der Vorsorgeeinrichtung eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustands ansetzen und bei deren Nichteinhaltung die Aufsichtsbehörde benachrichtigen (Art. 36 Abs. 2 BVV 2 [1985]). Wenn die Lage der Vorsorgeeinrichtung ein rasches Einschreiten erfordert oder ihr Mandat abläuft, hat sie die Aufsichtsbehörde unverzüglich zu benachrichtigen (Art. 36 Abs. 3 BVV 2 [1985]). Die Aufgaben der Kontrollstelle können je nach Prüfungsauftrag bereits im Vorfeld der Mandatsübernahme beginnen (Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. 2, 1998 Ziff. 3.241 und Ziff. 3.12324). Das VGer Zug kam in seinem Urteil vom 21. Januar 2014 zum Schluss, dass die Kontrollstelle der Beschwerdeführerin bereits im Rahmen der Mandatsannahme verschiedene Abklärungen, die auf der Hand gelegen hätten, nicht durchgeführt habe. Hätte sie die Abklärungen gründlicher durchgeführt, hätte sie zum Schluss gelangen müssen, dass ein mittleres Kontrollrisiko vorgelegen habe und von ihr eine erhöhte Wachsamkeit und eine kritischere Haltung als üblich habe erwartet werden können (E. 4.8.1.4, S. 220). Diese Annahme des VGer Zug sowie dessen Schluss auf ein mittleres Kontrollrisiko wurde vom Bundesgericht bestätigt (BGE 141 V 93 E. 6.2.2 f.). Darauf ist auch im vorliegenden Fall abzustellen. Eigentliche unterjährige Prüfpflichten bestehen jedoch seitens der Kontrollstelle keine - abgesehen von besonderen Umständen, in denen sich eine Zwischenprüfung als zweckmässig erweist (vgl. Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 80). Obwohl das BVG den Prüfgegenstand der Kontrollstelle im Vergleich zum Aktienrecht erweitert, handelt es sich dabei nicht um eine laufende Kontrolle und Überwachung. Es geht einzig um eine jährliche Prüfung, ob die Geschäftsführung, das Rechnungswesen und die Vermögensanlage gesetzes- und ordnungsgemäss erfolgen. Diese geschieht nachträglich und nicht lückenlos (BGE 141 V 93 E. 6.1; 137 V 446 E. 6.6.2; vgl. zum Ganzen: Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. «Finanzdienstleistungen, Personalvorsorge und öffentliche Verwaltung, 2016, S. 554 f.; so bereits Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. 4, 1998, Ziff. 8.142).

E. 7.4.3.5

Nach dem Gesagten funktioniert die Kontrollpyramide ab dem Zeitpunkt der Registrierung einer Vorsorgeeinrichtung bzw. spätestens ab dem Zeitpunkt der Einsetzung der jeweiligen Kontrollorgane, sollte eine vorgeschlagene Kontrollinstanz - wie im vorliegenden Fall - nicht rechtsgenügend sein und nachträglich ordnungsgemäss bestellt werden müssen. Auch wenn die Kontrollstelle keine laufenden, unterjährigen Kontrollen vornimmt und damit jeweils zunächst die Erstattung der Jahresrechnung der Vorsorgeeinrichtung abgewartet werden muss, kann unter dem Jahr von einem nicht ordnungsgemässen Funktionieren der Kontrollinstanzen keine Rede sein. Vielmehr ist die nachträgliche Kontrolle der Jahresrechnung und der Geschäftsführung durch die Kontrollstelle dem Aufsichtssystem der Kontrollpyramide inhärent. Sodann gewährte die Aufsichtsbehörde bereits im damaligen Zeitpunkt praxisgemäss eine Frist von 6 Monaten nach dem Bilanzstichtag, um die jährliche Berichterstattung einzureichen, was die rückwirkende Prüfung erst Recht als üblich und systembedingt erscheinen lässt (Schweizer Handbuch der Wirtschaftsprüfung, Bd. 4, 1998, Ziff. 8.1433). Angesichts dieser Ausführungen ist kein Grund ersichtlich, weshalb die Aufsichtsbehörde (in der Gründungsphase einer Vorsorgeeinrichtung) allein aufgrund des Umstandes, dass die Kontrollstelle unterjährig keine Kontrollen vornimmt, an deren Stelle treten und anhand eines monatlichen Reportings (inkl. Konto- und Depotauszüge) die Finanzlage der Vorsorgeeinrichtung im Detail überwachen sollte. Grundsätzlich setzt die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde (auch in der Gründungsphase) erst dann ein, wenn die Kontrollinstanzen ihre Kontrollaufgaben wahrgenommen oder diese offensichtlich vernachlässigt haben (Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 76). Die Aufsichtsbehörde kann sich mit anderen Worten in der Regel mit der Prüfung der Berichte der Kontrollstelle und des BVG-Experten, welcher - wie oben dargelegt - seine Tätigkeit bereits in der Gründungsphase der Beschwerdeführerin aufgenommen hat, begnügen. Eine Pflicht der Aufsichtsbehörde, ein Reporting zu verlangen, ist nicht ersichtlich, zumal dies einer Umgehung der Kontrollpyramide gleichkäme und der Gesetzgeber mit dem normierten Aufsichtssystem eine Kontrollrepetition gerade verhindern wollte (vgl. oben E. 7.2.7.3; vgl. auch BGE 141 V 93 E. 6.2.4, wonach es aufgrund des Systems der Kontrollpyramide nicht angehen könne, dass die Aufsichtsbehörde, weil sie für die [ordentliche] Berichterstattung Nachfristen gewährte, in die Pflichten der Kontrollstelle eintritt). So nimmt die Aufsichtsbehörde im System der Kontrollpyramide lediglich eine zurückhaltende Aufsicht wahr, welche einzig auf eine Rechtskontrolle ausgerichtet ist. Ihre Aufgabe besteht nicht darin, das Geschäftsgebaren der Vorsorgeeinrichtung einer detaillierten Kontrolle zu unterziehen. Vielmehr liegt die primäre Verantwortung für die Vermögensanlage beim Stiftungsrat, welcher in erster Linie dafür verantwortlich ist. Auf der zweiten Stufe der Kontrollpyramide stehen die Kontrollstelle und der BVG-Experte und erst danach setzt die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde ein (vgl. E. 7.2.7.1 und 7.2.7.2).

E. 7.4.3.6

Nicht zuletzt steht auch das damalige Verständnis der BVG-Aufsicht einer Reportingpflicht entgegen. Die damalige Aufsichtstätigkeit war zwar auch von präventiven Elementen geprägt. Diese umfassten aber in erster Linie die umfassenden Einsichts- und Informationsrechte der Aufsichtsbehörde sowie die Reglementsprüfungen (Art. 62 Abs. 1 Bst. a-c BVG (2003; vgl. Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 61 ff.; Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2005, Rz. 1606). Soweit weitergehend handelte es sich um eine rein repressive Aufsicht. Für diesen Fall musste für ein Tätigwerden der Aufsichtsbehörde immer bereits ein Mangel

und damit auch eine gewisse Schädigung der Vorsorgeeinrichtung vorliegen oder unmittelbar drohen (Ruggli-Wüest, in: 25 Jahre BVG, S. 146). Entsprechend hielt denn auch die Botschaft zur sog. Strukturreform, welche unter anderem von den vorliegenden «Vorgängen rund um die «(...) und (...)»» geprägt war, zu den Schwächen des damaligen Aufsichtssystems fest, dass sich trotz der vorausschauenden Aufsichtsinstrumente eine unkorrekte Mittelverwendung und Finanzierungsprobleme in der Regel erst im Nachhinein feststellen und korrigieren liessen (vgl. BBl 2007 5669, S. 5671 und 5682). Eine unterjährige Kontrollpflicht der Aufsichtsbehörde anhand von Reportings war somit vom damaligen Aufsichtssystem nicht vorgesehen.

E. 7.4.3.7

Schliesslich vermag an der fehlenden Reportingpflicht auch der Umstand nichts zu ändern, dass das BSV der Beschwerdeführerin am 29. März 2004 bezüglich der Berichterstattung ein sog. Langjahr bewilligte und dies davon abhängig machte, dass «aktuelle Auswertungen im Monatsrhythmus zur Einsicht zugestellt werden» (vgl. bf-act. 36 und 37). Dies zeigt zwar den engen Zusammenhang zwischen der ordentlichen Berichterstattung und den einverlangten Reportings, ändert aber nichts am Aufbau und der Funktionsweise der Kontrollpyramide. Mithin tritt die Aufsichtsbehörde grundsätzlich nicht an die Stelle der vorgelagerten Kontrollinstanzen.

E. 7.4.3.8

Es stellt sich die Frage, ob in der Gründungsphase aufgrund des allenfalls höheren Verlustrisikos der Beschwerdeführerin ausnahmsweise eine zusätzliche, zu den vorgelagerten Kontrollinstanzen vorgesehene engmaschige Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde erforderlich erschien. Offenbar verlangte das BSV im Gründungszeitpunkt der Beschwerdeführerin - üblicherweise - eine monatliche Berichterstattung. Hierzu hielt das VGer Zug fest, es habe sich um einen Standard der Aufsichtsbehörde gehandelt. Daraus liessen sich aber keine Rückschlüsse auf das konkrete Kontrollrisiko der Beschwerdeführerin ziehen - weder in die eine Richtung eines höheren Risikos noch in die andere Richtung eines tieferen Risikos (vgl. Urteil des VGer Zug vom 21. Januar 2014, S. 219 f.). Diese bezüglich der Kontrollstelle geäußerte Einschätzung trifft auch auf die Aufsichtsbehörde zu. Wurde im damaligen Zeitpunkt üblicherweise ein monatliches Reporting verlangt, lässt sich damit kein Rückschluss auf das konkrete Risiko in der Gründungsphase der Beschwerdeführerin ziehen. Mithin ist deshalb nicht ersichtlich, dass eine eigentliche Pflicht zur Einreichung eines Reportings bestanden hätte; vielmehr handelte es sich um ein übliches Vorgehen der Aufsichtsbehörde.

E. 7.4.3.9

Nach dem Gesagten bestand weder aufgrund eines allfälligen nicht ordnungsgemässen Funktionierens der Kontrollpyramide noch wegen eines allfälligen höheren Verlustrisikos in der Gründungsphase der Beschwerdeführerin eine Verpflichtung des BSV, ein monatliches Reporting zu verlangen. War dies jedoch nicht erforderlich, kann in der unterbliebenen Einholung von Bank- und Depotauszügen bzw. der angeblich unterbliebenen kritischen Prüfung der eingereichten Monatsreportings keine widerrechtliche Unterlassung des BSV erblickt werden.

E. 7.4.4

Im konkreten Fall hat das BSV mit der Aufsichtsübernahmeverfügung vom 24. November 2003 ausdrücklich ein monatliches Reporting verlangt, das unter anderem eine Übersicht

über die Vermögensanlage der Beschwerdeführerin enthalten sollte. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das BSV - unbeschrieben einer fehlenden, ausdrücklichen gesetzlichen Prüf- bzw. Kontrollpflicht von Reportings (vgl. oben E. 7.4.3.9) - auf dem Verfügungsweg eine (zusätzliche) Handlungspflicht geschaffen hat, deren Verletzung bzw. Unterlassung letztlich eine Widerrechtlichkeit begründen kann.

E. 7.4.4.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das BSV seine Aufsichtsaufgaben nur dann wahrnehmen könne, wenn es über die nötigen Informationen der Vermögensverwendung verfüge. Während seiner laufenden Aufsichtstätigkeit nehme es hierfür von der geprüften und genehmigten Jahresrechnung Kenntnis. Diese habe jedoch im konkreten Fall erst Mitte 2005 vorgelegen, womit die Aufsichtsbehörde während beinahe zwei Jahren ihren Auftrag nicht habe erfüllen können. Um dies zu verhindern, habe das BSV selbst eine Handlungspflicht erkannt und die Einreichung von Reportings angeordnet. Dies sei eine verhältnismässige und damit insbesondere notwendige Massnahme gewesen, um eine zweckmässige Verwendung des Stiftungsvermögens sicherzustellen. Da das BSV schliesslich aber darauf verzichtet habe, diese Anordnung umzusetzen und sich mit unvollständigen und widersprüchlichen Angaben zufrieden gegeben habe, stelle die Unterlassung einen Ermessenfehler dar und sei damit haftungsbegründend.

E. 7.4.4.2

Das Bundesgericht hielt im Zusammenhang mit der Genehmigung von Vergleichen fest, dass die Stiftungsaufsicht keine Pflicht treffe, sämtliche Vergleiche zu genehmigen, welche eine Stiftung abschliessen möchte, nur, weil diese ihrer Natur nach das Risiko einer erheblichen Vermögensschmälerung zu Lasten der Stiftung beinhalten würden. Ein Genehmigungsvorbehalt bestehe von Gesetzes wegen nur dann, wenn die Gefahr einer Zweckentfremdung von Stiftungsvermögen offenkundig sei. Andernfalls müsste als Konsequenz jedes umfangreichere Rechtsgeschäft der Aufsicht zur Genehmigung vorgelegt werden, weil dadurch das Stiftungsvermögen potentiell geschmälert werden könnte. Weder wäre dies mit der Autonomie einer Stiftung vereinbar noch dürfte die Stiftungsaufsicht im bestehenden Umfang in der Lage sein, alle bedeutsamen Rechtsgeschäfte sämtlicher Stiftungen zu kontrollieren. Da jedoch im konkreten Fall die Aufsichtsbehörde - obwohl sie nicht dazu gehalten gewesen sei - einen Vergleichsentwurf entgegengenommen und ihre Zustimmung zum Abschluss einer Vereinbarung gegeben habe, welche nicht im Interesse der Stiftung gelegen habe, könne dies eine Pflichtverletzung darstellen. Eine solche könne darin erblickt werden, wenn die Aufsichtsbehörde hätte erkennen müssen, dass das unterbreitete Geschäft die rechtmässige Zweckerfüllung gefährde bzw. die Gefahr einer Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens offenkundig gewesen sei (vgl. zum Ganzen: Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 6.3.3 und 6.4).

E. 7.4.4.3

Zusammengefasst kann somit die Aufsichtsbehörde selbst zusätzliche Handlungspflichten schaffen, auch wenn das Gesetz keine solchen vorsieht. Übertragen auf den konkreten Fall bedeutet dies, dass das BSV eine Reportingpflicht auf dem Verfügungsweg vorsehen und deren unterlassene Durchsetzung eine Pflichtwidrigkeit der Aufsichtsbehörde begründen könnte. Das Untätigbleiben des BSV kann aber in diesem Fall nur dann eine Pflichtverletzung darstellen, wenn dadurch die rechtmässige Zweckerfüllung der Stiftung gefährdet bzw. die Gefahr einer Zweckentfremdung offenkundig war. Abzustellen ist dabei

auf den Wissensstand der Aufsichtsbehörde (vgl. Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 6.4). Nur wenn sie um eine Vermögensgefährdung bzw. eine Zweckentfremdung von Stiftungsgeldern weiss, kann die unterlassene Handlung eine Pflichtverletzung darstellen; eine eigentliche Nachforschungspflicht verlangt die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht ausdrücklich. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts genügt für die Annahme der Offenkundigkeit, wenn die Aufsichtsbehörde eine Zweckentfremdung aufgrund eines einfachen Gedankengangs hätte erkennen können (vgl. Urteil A-3757/2016 E. 7.5.4).

E. 7.4.4.4

Die Gefährdung der Zweckerfüllung der Stiftung war für die Aufsichtsbehörde im vorliegenden Fall nicht offenkundig. Die Stiftung reichte zwar die verlangten monatlichen Reportings jeweils ohne Übersicht zur Vermögensanlage ein, doch konnte und musste das BSV allein deswegen nicht auf die Gefahr einer Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens schliessen. Ohnehin stellt sich die Frage, ob eine Gefährdung des Stiftungsvermögens allein aufgrund von Bank- und Depotauszügen hätte erkannt werden können, ohne dass zugleich auch z.B. eine Bilanz und eine Erfolgsrechnung vorgelegt worden wären. Letztere waren jedoch offensichtlich nicht Gegenstand des Reportings.

E. 7.4.4.5

Zudem deuteten die Reportings, obwohl sie keine Bank- und Depotauszüge enthielten, nicht auf Ungereimtheiten hin. 7.4.4.5.1 Einerseits machte die Beschwerdeführerin nie falsche Angaben. Entweder lagen in den ersten noch ohne Formular eingereichten Reportings (November 2003 bis Februar 2004) schlicht keine Bank- und Depotauszüge bei oder die Beschwerdeführerin kreuzte auf den ab März 2004 eingesetzten Formularen jeweils ausdrücklich an, dass keine Bank- und Depotauszüge beiliegen. 7.4.4.5.2 Andererseits gab sie zunächst von November 2003 bis Februar 2004 an, dass sich in finanzieller Hinsicht keine Veränderungen ergeben hätten (bf-act. 19, 20 und 21). Sie wies dabei insbesondere darauf hin, sie habe die übernommenen Vorsorgewerke der Stiftung O._____ in Liquidation nicht erfassen können, da deren Liquidatorin, die Z._____, die benötigten Daten nicht liefere. Es handle sich etwa um 35 Verträge (Reporting Dezember 2003 [bf-act. 20]). Ab dem Reporting vom März 2004 bis zum Juni 2004 rapportierte die Beschwerdeführerin, es sei relativ schwierig, die aktuelle Situation in Zahlen zu erfassen, da die Angaben der übernommenen Verträge der Stiftung O._____ in Liquidation immer noch nicht eingetroffen seien (vi-act. p. 703-721). Am 5. Mai 2004 wies die Beschwerdeführerin abermals auf die Probleme mit der Z._____ hin und ersuchte die Aufsichtsbehörde einzuschreiten (bf-act. 23). 7.4.4.5.3 Die Beschwerdeführerin bringt hierzu vor, die Reportings hätten zahlreiche Ungereimtheiten aufgewiesen, da sie jeweils festgehalten habe, es habe sich finanziell nichts geändert, zugleich aber den Eingang von Risikobeiträgen, Sparbeiträgen und/oder Eintrittsleistungen (teilweise in Millionenhöhe) sowie eine unmöglich zu erzielende konstante, monatliche Performance von 2.75% deklarierte. 7.4.4.5.4 Dem Vorbringen der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Vielmehr konnte der damalige Stiftungsrat plausibel erklären, weshalb sich kaum bzw. keine Veränderungen bei den finanziellen Belangen ergeben hatten. So wies er auf die schleppende Übernahme von Verträgen der Z._____ hin. Zugleich deklarierte er jeden Monat die eingegangenen Beiträge, die Sparprämien und beispielsweise auch die Anzahl der Versicherten. Die Aufsichtsbehörde kann sich grundsätzlich auf derartige Auskünfte in Schreiben des Stiftungsrates und dessen Deklarationen verlassen. Sie muss den

Stiftungsräten nicht misstrauisch entgegneten und gar sämtliche Angaben des Stiftungsrates bzw. die gesamte Geschäftstätigkeit der Stiftung kritisch hinterfragen (vgl. Urteil A-1072/2014 E. 5.6.4). Zudem lässt sich die Monat für Monat gleiche Performance ohne Weiteres erklären. So hatte die Beschwerdeführerin immer wieder mit einer garantierten, mindestens 0.5% über dem gesetzlichen Mindestzins erfolgenden Verzinsung geworben. Der Mindestzins betrug im damaligen Zeitraum 2.25%, weshalb die Performance von 2.75% exakt der garantierten Verzinsung der Vorsorgegelder entsprach (vgl. BGE 141 V 71 E. 6.2.3.1). In diesem Sinn wies auch die Stiftung in sämtlichen Reportings ab März 2004 unter der Rubrik «Bemerkungen» darauf hin, dass die Verzinsung von 2.75% bei Eingang des Geldes dem jeweiligen Konto des Vorsorgewerks sofort gutgeschrieben werde. Zudem gingen 0.5% in den Schwankungsfonds. Der Performance-Wert wurde in der Folge im Reporting vom Januar 2005 (bf-act. 32) auf 3% angepasst, nachdem auch der Mindestzins bei 2.5% und damit die garantierte Verzinsung der Beschwerdeführerin bei 3% lag (vgl. BGE 141 V 71 E. 6.2.3.1). Insoweit lagen keine Widersprüche vor. Vor diesem Hintergrund ist ohne Weiteres erstellt, dass die Beschwerdeführerin jeweils die von ihr garantierte Verzinsung der Vorsorgegelder angab. Zwar mag die Angabe einer monatlichen Performance nicht zutreffen; dies ändert jedoch nichts am Ergebnis, dass die Aufsichtsbehörde nicht stutzig werden musste. Vielmehr handelt es sich offensichtlich um einen Verschieb, da damit nur die jährliche Verzinsung gemeint sein konnte.

E. 7.4.4.6

Nach dem Gesagten ist (ex ante) nicht ersichtlich, inwiefern die Aufsichtsbehörde auf eine Zweckentfremdung hätte schliessen müssen bzw. eine solche gar offenkundig gewesen wäre.

E. 7.4.4.7

Sodann sei angemerkt, dass es im Ermessen der Aufsichtsbehörde liegt, ob und welche Massnahmen sie gegen einen allfälligen Mangel ergreift. Entsprechend war es an ihr zu entscheiden, ob die eingereichten Reportings für die Beurteilung des Geschäftsganges einer Vorsorgeeinrichtung ausreichend waren oder ob hierzu auch Konto- und Depotauszüge benötigt werden und sie deshalb diese Unterlagen einverlangen soll. Die Aufsichtsübernahmeverfügung vom 24. November 2003 verlangte einzig eine wie auch immer geartete Übersicht über die Vermögensanlage der Stiftung, nicht jedoch Bank- und Depotauszüge. Im vorliegenden Fall wurde die Aufsichtsbehörde zeitgerecht jeden Monat über den Geschäftsgang dokumentiert. Die Reportings wiesen insbesondere Angaben zu den eingegangenen Beiträgen und die Entwicklung des Versichertenbestandes auf und erlaubten bei Betrachtung sämtlicher vor-angehender Monate ein grobes Gesamtbild von der Stiftung zu erhalten; dies genügt grundsätzlich, zumal die Aufsichtsbehörde nicht die Funktion der Kontrollstelle oder des Stiftungsrates innerhalb der Kontrollpyramide zu übernehmen hat oder einstweilen gar an deren Stelle tritt (vgl. oben E. 7.4.3.5). Im Übrigen waren die Angaben des Stiftungsrates durchaus plausibel. Es steht der Aufsichtsbehörde vor diesem Hintergrund frei, welche Massnahmen sie für notwendig erachtet. Ein (qualifizierter) Ermessensfehler ist insoweit nicht ersichtlich.

E. 7.4.5

Zusammengefasst wäre selbst für den Fall, dass das BSV eigenständig eine neue Handlungspflicht definiert hätte, die Gefahr einer Zweckentfremdung im konkreten Fall für

die Aufsichtsbehörde nicht offenkundig gewesen. Entsprechend kann in der unterbliebenen Einforderung und Prüfung von Bank- und Depotauszügen auch keine widerrechtliche Unterlassung des BSV erblickt werden.

E. 7.5

Zu zögerliches Eingreifen der Aufsichtsbehörde

E. 7.5.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass aufgrund des bewilligten Langjahres die erste geprüfte und genehmigte Jahresrechnung spätestens am 30. Juni 2005 beim BSV hätte eintreffen müssen. Dennoch habe sie die Jahresrechnung erst nach zwei Fristerstreckungen und einer ersten Mahnung des BSV vom 25. Oktober 2005 eingereicht. Die Jahresrechnung 2004 (Langjahr) sei jedoch nach wie vor nicht testiert gewesen. Dies habe sie damit begründet, dass die Kontrollstelle weitere Bankbelege einverlangt habe und es bei ihr wegen gesundheitlichen Problemen von D. _____ zu Verzögerungen gekommen sei. Hätte das BSV die Jahresrechnung eingehend geprüft, hätten ihm zahlreiche Ungereimtheiten oder Unklarheiten auffallen müssen. So wäre ihm unter anderem aufgefallen, dass es sich beim vermeintlichen «Kapitalgeschützten Fonds UBS» um das Hauptaktivum der Stiftung gehandelt habe, welches per 31. Dezember 2004 92% des Aktivvermögens ausgemacht habe. Gerade für diese Position sei es jedoch offenbar seit dem Abschlussdatum vom 31. Dezember 2004, d.h. während Monaten nicht möglich gewesen, einen simplen Konto- oder Depotauszug der UBS erhältlich zu machen. Zudem hätten sich die Stiftungsorgane offenbar auch nicht daran gestört, dass sie über den Bestand des Hauptaktivums keine Belege ihrer Bank erhalten hätten. Entsprechend hätte das BSV auch daraus schliessen müssen, dass in der Buchhaltung die Position offenbar ohne Beleg gebucht worden sei, was auf einen gravierenden Mangel hingedeutet habe. Angesichts dessen hätte die Aufsichtsbehörde misstrauisch werden müssen, zumal die Kontrollstelle die Aufsichtsbehörde im Sommer über die Schwierigkeiten, die nötigen Belege zu beschaffen, in Kenntnis gesetzt habe. Vor diesem Hintergrund sei es völlig unverständlich, dass die Reaktion des BSV darin bestanden habe, bis zum Januar 2006 zuzuwarten und dann am 16. Januar 2006 - drei Monate nach Ablauf der gesetzten Frist - ein weiteres Mal die Einreichung der testierten Rechnung zu mahnen. Auch in der Folge habe das BSV keine geeigneten Massnahmen ergriffen, um das Vorsorgevermögen zu schützen oder nur schon dessen Bestand zu prüfen. So sei es zu weiteren Frist-erstreckungen gekommen, obwohl die Kontrollstelle das BSV am 10. Februar 2006 darauf hingewiesen habe, dass der Termin zur Einreichung der testierten Jahresrechnung nicht realistisch sei. Der zuständige Sachbearbeiter des BSV habe zwar im Nachgang zum Telefonat mit der Kontrollstelle vom 10. Februar 2006 festgehalten, er werde sich dafür einsetzen, dass nun Massnahmen ergriffen würden, da es das BSV nicht mehr zulassen könne, dass eine weitere Frist zur Einreichung der Unterlagen unbenutzt verstreiche. Insoweit habe das BSV das erneute Fristerstreckungsgesuch der Stiftung abgewiesen. In der Folge habe das BSV jedoch wiederum mit E-Mails vom 20., 22. und 23. Februar 2006 nur die abermalige Einreichung der testierten Jahresrechnung verlangt und letztlich eine Sitzung auf den 1. März 2006 angesetzt. Obwohl das BSV auch an dieser Sitzung keine Belege erhalten habe, habe es keine wirksamen Massnahmen ergriffen. Trotz der bestehenden Warnsignale habe das BSV keine Abklärungen vorgenommen und die Darstellungen der Beschwerdeführerin hinterfragt. Vielmehr habe es bloss die Verfügung vom 1. März 2006 erlassen, die inhaltlich dasselbe gefordert habe, wie die Briefe und E-Mails zuvor. Als der Stiftungsrat die

verlangten Unterlagen wiederum nicht fristgerecht eingereicht habe, habe das BSV mit Verfügung vom 13. April 2006 eine letzte Frist bis zum 21. April 2006 gesetzt und bei deren Nichteinhaltung aufsichtsrechtliche Massnahmen, insbesondere das Einsetzen eines Beistandes angedroht. Nach dem unbenutzten Verstreichen dieser Frist habe das BSV unter Entzug der aufschiebenden Wirkung wiederum nur das Einreichen der Unterlagen bis zum 17. Mai 2006 verfügt und bei Zuwiderhandlung gegen die Verfügung Ordnungsbussen und weitere aufsichtsrechtliche Massnahmen angedroht. Letztlich habe das BSV sämtliche Stiftungsräte zu einer Sitzung vorgeladen, welche auf den 13. Juli 2006 verschoben werden müssen. Auch das Anberaumen dieser Sitzung sei jedoch keine wirksame Massnahme zum Schutz des Vorsorgevermögens gewesen. Erst nachdem die anlässlich der Sitzung auf den 31. Juli 2006 abermals erstreckte Frist unbenutzt verstrichen sei, habe die Aufsichtsbehörde griffige Massnahmen erlassen und die bisherigen Stiftungsräte suspendiert sowie die beiden neuen Stiftungsräte ad interim eingesetzt. Das BSV habe sich somit in dieser Sache vom Oktober 2005 bis zum Juli 2006 hinhalten lassen. Dies sei nicht nachvollziehbar, zumal es lediglich um die Beibringung eines Bankbelegs gegangen sei, den man innerhalb weniger Tage hätte erhältlich machen können. Wenn eine wiederholte Fristansetzung und die Androhung von Massnahmen nicht zum Ziel führen würden, müsse die angedrohte Massnahme umgesetzt werden. Folglich hätte die Aufsichtsbehörde die Einreichung der jährlichen Berichterstattung durch Ergreifung von Massnahmen gemäss Art. 62 Abs. 1 Bst. d BVG durchsetzen müssen. Dies sei jedoch nicht rechtzeitig erfolgt. Das BSV habe damit sein Ermessen rechtsfehlerhaft unterschritten, da es nur Mahnungen ausgesprochen und keine wirksamen Massnahmen zum Schutz des Vermögens angeordnet habe. Das zögerliche Vorgehen könne auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass das BSV dem Verhältnismässigkeitsprinzip folgend ausgehend vom mildesten Eingriff schrittweise immer einschneidendere Massnahmen ergriffen habe. Denn die getroffenen Massnahmen seien in keiner Weise geeignet gewesen, den Schutz des Vorsorgevermögens oder nur schon Informationen über dessen Verbleib zu gewährleisten.

E. 7.5.2.1

Vorab ist auch in diesem Zusammenhang die Funktionsweise der Kontrollpyramide in Erinnerung zu rufen. Die Aufsichtsbehörde kann sich grundsätzlich darauf verlassen, dass die vorgelagerten Kontrollinstanzen ihren Kontrollpflichten nachkommen. Mithin kann sie davon ausgehen, dass die Kontrollstelle insbesondere die Rechtmässigkeit der Jahresrechnung und damit die Buchhaltung der beaufsichtigten Vorsorgeeinrichtung prüft und ihren jährlichen Kontrollbericht verfasst (Art. 35 Abs. 1 und 3 BVV 2 [1985]). Zudem kann sie sich darauf verlassen, dass die Kontrollstelle, sollte sie Mängel feststellen, diese beheben lässt und für den Fall, dass die Vorsorgeeinrichtung den Mangel nicht fristgemäss beheben sollte oder Gefahr im Verzug ist, die Aufsichtsbehörde umgehend benachrichtigt (Art. 36 Abs. 2 und 3 BVV 2 [1985]). Mit anderen Worten beginnt die eigentliche Aufsichtstätigkeit erst mit der Übermittlung der testierten Jahresrechnung oder im Falle einer Meldung der Kontrollstelle betreffend einen nicht ordnungsgemässen Zustand im Sinn von Art. 36 Abs. 2 und 3 BVV 2 (1985) bzw. bei einer offensichtlichen Vernachlässigung der Kontrollaufgaben durch die Kontrollstelle (vgl. auch oben E. 7.2.7.2 und 7.2.7.3).

E. 7.5.2.2

Wird die Aufsichtsbehörde aktiv und nimmt sie ihre Aufsichtstätigkeit wahr, steht ihr ein grosses Ermessen zu, wann und welche Aufsichtsmassnahme sie für angezeigt erachtet. Es ist insoweit nicht am Bundesverwaltungsgericht, sein eigenes Ermessen anstelle der

Aufsichtsbehörde auszuüben. Es auferlegt sich deshalb eine gewisse Zurückhaltung und schreitet nicht bereits bei einer allfälligen unangemessenen Handlung der Aufsichtsbehörde ein. Erforderlich ist vielmehr ein klarer Ermessensfehler (vgl. auch E. 7.2.4 und 7.2.5.4). Bezogen auf die vorliegend strittigen Frist-er Streckungen und das angeblich zögerliche Einschreiten der Aufsichtsbehörde bedeutet dies, dass nicht bereits eine allenfalls auch längere Fristerstreckung von einigen Wochen einer Verletzung der Aufsichtspflichten gleichkommt. Hierzu müsste der gewährte Zeitraum - angesichts der konkreten Umstände - als deutlich zu lang bemessen erscheinen.

E. 7.5.2.3

Schliesslich hat sich das BSV bei der Anordnung aufsichtsrechtlicher Massnahmen - wie die Vorinstanz zu Recht darlegt - nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip zu richten (vgl. E. 7.2.5.4). Demnach hat sich die Aufsichtsbehörde insbesondere dem mildesten zur Verfügung stehenden Mittel zu bedienen. Folglich vergeht eine gewisse Vorlaufzeit mit Mahnungen, Anweisungen und weiteren Massnahmen, bis beispielsweise ein Beistand als einschneidendste, aber effizienteste Massnahme verfügt werden kann (vgl. Ruggli-Wüest, in: Staatshaftungsrecht, a.a.O., S. 52 f.).

E. 7.5.3

Es gilt im Folgenden die Aufsichtstätigkeit des BSV anhand der soeben dargelegten Grundsätze zu prüfen (E. 7.5.4-7.5.15).

E. 7.5.4

Im konkreten Fall hat die Aufsichtsbehörde der Beschwerdeführerin die Frist zur Einreichung der testierten Jahresrechnung 2004 (Langjahr) ein erstes Mal bis zum 15. Juli 2005 und auf Gesuch vom 29. August 2005 hin auf den 15. Oktober 2005 erstreckt. Begründet wurde das zweite Gesuch unter anderem mit fehlenden Bankbelegen.

E. 7.5.4.1

Diese Fristerstreckungen sind nicht zu beanstanden. Die Aufsichtsbehörde konnte sich auf das Funktionieren der Kontrollpyramide verlassen und erwarten, dass die Kontrollstelle eine Meldung erstatten würde, wenn sie einen nicht ordnungsgemässen Zustand festgestellt hätte. Der Aufsichtsbehörde war zu diesem Zeitpunkt zudem einzig der (formelle) Mangel der ausstehenden, testierten Jahresrechnung bekannt. Es ist im Übrigen auch nicht an der Aufsichtsbehörde, die eingereichte Jahresrechnung und einzelne Bilanzpositionen im Detail zu prüfen oder gestützt darauf gar Schlüsse zur Ordnungsmässigkeit der Buchführung anzustellen. Solches ist Aufgabe der Kontrollstelle (vgl. Art. 53 Abs. 1 BVG [1985] i.V.m. Art. 35 Abs. 1 und 2 sowie Art. 36 BVV 2 [1985]) und obliegt zur Vermeidung einer unerwünschten Kontrollrepetition grundsätzlich nicht der Aufsichtsbehörde (Art. 62 Abs. 1 Bst. c BVG [2004]; vgl. oben E. 7.2.7.2 f.). Folglich gab es insoweit keinen Grund, wegen der eingereichten, untestierten Jahresrechnung und den darin aus Sicht der Beschwerdeführerin enthaltenen Ungereimtheiten skeptisch zu werden und sogleich zu einschneidenden Aufsichtsmassnahmen zu greifen.

E. 7.5.4.2

Das Bundesgericht hat in diesem Zusammenhang das Urteil des VGer Zug bestätigt, wonach die Kontrollstelle, wäre sie ihrem Kontrollauftrag nachgekommen, auf die gravierenden Mängel gestossen wäre und die Aufsichtsbehörde ab dem 16. Mai 2005 hätte warnen müssen (vgl. BGE 141 V 93 E. 8.2 und 6.2.3; Urteil des VGer Zug, E. 4.8.1.12, S.

238).

E. 7.5.4.3

Die Beschwerdeführerin bringt nun vor, dass die Kontrollstelle das BSV angeblich ab dem Sommer 2005 in die Angelegenheit miteinbezogen und ständig über ihre Schritte informiert habe. Abgesehen vom Schreiben der Kontrollstelle vom 8. November 2006 ist eine solche Information der Kontrollstelle nicht dokumentiert und dürfte - wenn überhaupt - nur mündlich erfolgt sein (vgl. Urteil des VGer Zug, E. 4.8.1.11, S. 236). Dass aber die Kontrollstelle im Sommer 2005 bereits eine (formelle) Meldung im Sinn von Art. 36 Abs. 2 und 3 BVV 2 (1985) gegenüber dem BSV erstattet haben soll, wird zu Recht nicht geltend gemacht. Solches wäre auch gar nicht möglich gewesen, zumal die Kontrollstelle aufgrund der ihrerseits unterlassenen Abklärung selber ebenfalls nicht um die tatsächlich bestehenden Mängel wusste (vgl. oben E. 7.5.4.2) und von einem bloss technischen bzw. formellen Problem bezüglich des Vermögensnachweises ausging. Folglich hatte das BSV im damaligen Zeitpunkt von einem nicht ordnungsgemässen Zustand keine Kenntnis. Dies hat auch das Bundesgericht bestätigt (vgl. BGE 141 V 93 E. 6.2.4). Darauf ist vorliegend ohne Weiteres abzustellen.

E. 7.5.4.4

Mithin musste das BSV - wenn überhaupt - nur davon ausgehen, dass es einzig um einen schlichten Vermögensnachweis ging, den die Beschwerdeführerin schuldig geblieben war. Dass im damaligen Zeitpunkt jedoch gravierende Mängel bei der Vermögensanlage vorlagen bzw. die Stiftung bei Lichte betrachtet finanziell fast vollständig ausgehöhlt war, konnte und musste die Aufsichtsbehörde nicht wissen. Dies zu prüfen und der Aufsichtsbehörde zur Kenntnis zu bringen, wäre Aufgabe der Kontrollstelle gewesen. Das Vorgehen der Aufsichtsbehörde ist bis zu jenem Zeitpunkt nicht zu beanstanden. Im Übrigen hat die Aufsichtsbehörde - ohne begründeten Verdacht - den Angaben des Stiftungsrates nicht misstrauisch entgegenzutreten, sondern kann sich auf dessen Schilderungen grundsätzlich abstützen (vgl. Urteil A-1072/2014 E. 5.6.4). Erst Recht hat sie nicht von kriminellen Machenschaften auszugehen bzw. solche zu vermuten. Auch aus diesem Grund durfte sie zum Schluss gelangen, dass effektiv nur noch Bankbelege beizubringen waren.

E. 7.5.5.1

Am 25. Oktober 2005 mahnte das BSV die Beschwerdeführerin. Es verlangte von ihr, umgehend die Jahresrechnung 2004 (Langjahr) einzureichen. Daraufhin übermittelte die Beschwerdeführerin am 31. Oktober 2005 die Jahresrechnung und teilte mit, dass der Bericht der Kontrollstelle ausstehe. Die Kontrollstelle habe weitere Bankbelege verlangt. Seitens der Beschwerdeführerin sei es jedoch wegen gesundheitlichen Problemen des zuständigen Stiftungsrates, D. _____, zu Verzögerungen gekommen. Sie stellte die Beschaffung der Bankbelege innert Wochenfrist in Aussicht. Am 11. November 2005 teilte sie mit, dass sich der Gesundheitszustand von D. _____ verschlechtert habe und deshalb eine weitere Verzögerung eingetreten sei. Die Kontrollstelle solle aber voraussichtlich in der kommenden Woche die Revision des Abschlusses durchführen.

E. 7.5.5.2

Auch für diesen Zeitpunkt können der Aufsichtsbehörde keine unterlassenen Aufsichtshandlungen vorgeworfen werden. Einerseits hatte sie die Beschwerdeführerin gemahnt, die ausstehende Jahresrechnung einzureichen. Andererseits konnte die

Beschwerdeführerin nachvollziehbar erklären, weshalb es zu weiteren Verzögerungen gekommen ist. Auch wenn die Belege nicht zwingend persönlich von D. _____ hätten beschafft werden müssen, liegt es letztlich im Ermessen der Aufsichtsbehörde, ob sie deswegen einschreitet und auf der umgehenden Einreichung beharrt. Ein eindeutiger Ermessensfehler wegen eines zu zögerlichen Einschreitens der Aufsichtsbehörde liegt nicht vor.

E. 7.5.6

Die Aufsichtsbehörde reagierte am 16. Januar 2006 mit einer weiteren Mahnung. Sie ersuchte die Beschwerdeführerin, die Berichterstattungsunterlagen in den nächsten 10 Tagen zuzustellen, andernfalls sie die Einleitung aufsichtsrechtlicher Massnahmen prüfen werde. Die Zeitdauer von mehr als zweieinhalb Monaten Untätigkeit der Aufsichtsbehörde erscheint zwar - für sich betrachtet - als lange. Aber das BSV konnte sich auch in diesem Zeitraum, der zudem noch einige Festtage enthält, nach wie vor auf das Funktionieren der Kontrollpyramide und die Kontrolltätigkeit der Kontrollstelle verlassen. Ex ante betrachtet hatte sie weder eine Veranlassung davon auszugehen, dass es sich beim «kapitalgeschützten Fonds UBS» um eine fiktive Bilanzposition handelt, noch konnte sie wissen, dass die Kontrollstelle ihre Kontrolltätigkeit im Laufe des Jahres 2005 bereits vollends eingestellt hatte (vgl. Urteil des VGer Zug, E. 4.8.1.12, S. 236). Es gab für die Aufsichtsbehörde keinen Grund misstrauisch zu werden. Sie durfte in diesem Zeitraum davon ausgehen, dass einzig ein Bankbeleg fehlte. Entsprechend ist das Vorgehen bzw. der Umstand, dass die Mahnung erst Mitte Januar 2006 erfolgte, nicht zu beanstanden. Im Übrigen verschärfte die Aufsichtsbehörde ein erstes Mal den Ton, indem sie bei Nichteinhaltung der Frist die Prüfung aufsichtsrechtlicher Massnahmen in Aussicht stellte.

E. 7.5.7

Die Beschwerdeführerin ersuchte am 26. Januar 2006 um Erstreckung der Frist bis zum 17. Februar 2006. Sie begründete ihr Gesuch mit der am 2. Februar 2006 stattfindenden Schlussitzung mit der Kontrollstelle, anlässlich welcher die Bankbelege eingebracht werden sollten. Die Beschwerdeführerin hielt darin zum ersten Mal schriftlich fest, dass es um die Bankbelege der UBS ging.

E. 7.5.7.1

Das BSV bewilligte das Erstreckungsgesuch am 31. Januar 2006 vollständig und erstreckte die Frist letztmals. Für die Beschwerdeführerin ist diese abermalige Fristerstreckung nicht nachvollziehbar, da das BSV gewusst habe, dass die Schlussitzung gar nicht stattgefunden habe. Auf dem Gesuch der Beschwerdeführerin habe sich eine entsprechende handschriftliche Notiz («hat nicht stattgefunden») befunden. Zudem sei handschriftlich angemerkt gewesen, dass die Kontrollstelle den Termin für die Einreichung der testierten Jahresrechnung als unrealistisch erachte («unrealistischer Termin gem. Revisor»).

E. 7.5.7.2

Aus chronologischer Sicht kann das Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend die Schlussitzung nicht zutreffen. Diese fand erst nach Erteilung der Fristerstreckung statt. Sodann ist nicht vorstellbar, dass die Aufsichtsbehörde ohne Weiteres eine letztmalige Fristerstreckung bewilligte, wenn ihr die Kontrollstelle bereits im Voraus bestätigt haben sollte, dass der Termin nicht einzuhalten sei. Dies legt vielmehr den Schluss nahe, dass die beiden Glossen erst nachträglich vom zuständigen Sachbearbeiter eingefügt wurden. Die beiden Einträge korrespondieren denn auch exakt mit der Telefonnotiz vom 10. Februar

2006 zum Telefonat zwischen der Aufsichtsbehörde und der Kontrollstelle. Der zuständige Mandatsleiter der Kontrollstelle teilte offenbar im Telefonat mit, dass die «im Schreiben der (...) angekündigten Treffen» nicht stattgefunden hätten und der «in diesem Schreiben genannte Einreichtermin (17.2.2006) für die Jahresrechnung 2004 illusorisch sei».

E. 7.5.7.3

Der weitere Inhalt dieser Notiz ist sodann von entscheidender Bedeutung bei der Beurteilung der Aufsichtstätigkeit des BSV. Darin schilderte der Mandatsleiter der Kontrollstelle das Problem mit den Bankbelegen: «Es fehlt eine Bestätigung der UBS über die Vermögensanlage. Das Geld fliesse in die UBS und dort in einen riesigen Topf (Fonds) an welchem viele Investoren beteiligt seien. Die Anteile sind nicht gesondert auf die (...). Scheinbar gibt es technische und rechtliche Probleme seitens der UBS. Bis heute wurde die Bestätigung auf jeden Fall nicht abgegeben.» Zum Schluss hält der zuständige Sachbearbeiter in der Notiz fest: «Ganz wichtig ist für uns noch zu wissen, dass es nur um die Bestätigung der UBS zur Vermögensanlage geht. Die anderen Bereiche sind geprüft. Die Stiftung weist keine Unterdeckung auf.» Mit ihrer Auskunft erklärte die Kontrollstelle auf nachvollziehbare Weise, weshalb der Beleg für den UBS-Fonds bis zu diesem Zeitpunkt nicht geliefert werden konnte. Zugleich brachte sie damit nach aussen hin zum Ausdruck, dass die Vorsorgegelder vorhanden sind und die Beschwerdeführerin keine finanziellen Probleme aufweist. Einzig die «rechtliche Aussonderung» bereitete Probleme. Anders kann der Hinweis nicht verstanden werden, dass sie die weiteren Bereiche geprüft habe und die Stiftung keine Unterdeckung aufweise. Diese Einschätzung zum Deckungsgrad kann die Kontrollstelle nur abgeben, wenn sie von der Werthaltigkeit der Vermögensanlage und erst Recht vom Vorhandensein der Gelder ausgeht. Denn die Berechnung des Deckungsgrades setzt - neben dem vom BVG-Experten berechneten versicherungstechnisch notwendigen Vorsorgekapital - die Ermittlung des verfügbaren Vorsorgevermögens voraus (Art. 44 Abs. 1 BVV 2 [2003]). Das verfügbare Vorsorgevermögen ergibt sich aus der kaufmännischen Bilanz, die nach den Fachempfehlungen zur Rechnungslegung Swiss GAAP FER 26 zu erstellen und von der Kontrollstelle zu prüfen ist (Art. 47 Abs. 1 und 2 i.V.m. Art. 35 Abs. 1 BVV 2 [1985]). Es umfasst insbesondere die gesamten bewerteten Aktiven der Vorsorgeeinrichtung vermindert um die Verbindlichkeiten sowie weitere Positionen per Bilanzstichtag (Art. 48 BVV 2 [2004]; Jürg Brechbühl, in: SHK BVG/FZG, Art. 65 Rz. 15). Insgesamt gab die Kontrollstelle mit ihrer Einschätzung klar zu verstehen, dass es nur um das Fehlen des Bankbelegs ging, mithin noch eine «formelle» Pendenz zu erledigen war und keine «inhaltlichen» Mängel hinsichtlich des Vorsorgevermögens der Beschwerdeführerin vorlagen, obwohl sie dies weder konnte noch durfte, da die Vermögensanlage - wie sie später darlegte - gerade nicht nachvollziehbar war. Da die Kontrollstelle offenbar keine Einschränkungen in ihrer Erklärung anbrachte und sie im Übrigen selbst davon überzeugt war, dass lediglich ein technisches bzw. rechtliches Problem bestand, gab es seitens der Aufsichtsbehörde keinen Grund, die Darstellungen der Kontrollstelle zu hinterfragen.

E. 7.5.7.4

Diese Auffassung vertrat die Kontrollstelle im Übrigen noch an der Sitzung vom 2. August 2006, als der Mandatsleiter seitens der Kontrollstelle explizit festhielt, dass nur die Belege der UBS ausstehend seien. Ohne die Belege sei jedoch die Vermögensanlage nicht nachvollziehbar und die Jahresrechnung könne nicht abgenommen werden. Zugleich bestätigte er aber, dass die operativen Geschäfte der Stiftung einwandfrei geführt würden

und die operativen Geldflüsse nachvollziehbar und in Ordnung seien (vgl. Protokoll, S. 2 [vi-act., p. 928]). Gemäss Bundesgericht konnte die Aufsichtsbehörde diese Ausführungen jedoch nicht so verstehen, dass die Kontrollstelle mit der Nachvollziehbarkeit der Vermögensanlage etwas grundsätzlich Anderes meinte als mit den einwandfreien operativen Geldflüssen. Denn auch die Vermögensanlage weise sowohl strategische wie operative Bereiche auf (vgl. BGE 141 V 93 E. 6.2.3). Darauf ist auch vorliegend abzustellen.

E. 7.5.7.5

Die Auskünfte der Kontrollstelle waren ohne Weiteres geeignet, die Aufsichtsbehörde betreffend die Vermögensanlage und das Vorliegen einer - abgesehen vom fehlenden Bankbeleg - rechtmässigen Jahresrechnung nicht zu beunruhigen. Daran vermögen die Vorbringen der Beschwerdeführerin nichts zu ändern, wonach die fehlenden Bankbelege gerade das Hauptaktivum der Beschwerdeführerin betroffen hätten. Letztlich ist davon auszugehen, dass die Kontrollstelle mit ihren Auskünften die Aufsichtsbehörde gar von der raschen Einleitung einschneidender und wirksamer Massnahmen abgehalten hat. Vor diesem Hintergrund geht die Rüge fehl, das BSV habe keine geeigneten Massnahmen ergriffen, um das Vorsorgevermögen zu schützen oder nur schon dessen Bestand zu prüfen.

E. 7.5.8.1

Am Freitag, 17. Februar 2006, ersuchte die Beschwerdeführerin um eine weitere Fristerstreckung, welche sie mit dem Tod des Vaters von A._____ begründete. Die Aufsichtsbehörde genehmigte diese Fristerstreckung nicht und verlangte mit E-Mail vom Montag, 20. Februar 2006, die sofortige Einsendung des Bankbelegs. Zudem solle die Kontrollstelle zumindest bestätigen, dass die Revision noch in derselben Woche abgeschlossen werden könne. Daraufhin teilte die Beschwerdeführerin am gleichen Tag mit, dass sie den Bankbeleg am nächsten Tag beschaffen werde. Die Aufsichtsbehörde stellte am 23. Februar 2006 fest, dass der Beleg nicht eingegangen war und verlangte dessen umgehende Einreichung. Als der Beleg am darauffolgenden Tag nicht vorlag, setzte die Aufsichtsbehörde eine Sitzung mit den beiden Stiftungsräten A._____ und D._____ auf den 1. März 2006 an.

E. 7.5.8.2

Das Vorgehen der Aufsichtsbehörde ist insoweit nicht zu beanstanden. Mit der Anberaumung der Sitzung griff sie zu einem weiteren Aufsichtsmittel, um sich im Detail und unmittelbar von den Stiftungsräten über die Probleme informieren zu lassen und das weitere Vorgehen zu besprechen. Es kann ihr ex ante nicht vorgeworfen werden, dass sie zu zögerlich vorgegangen oder zu untauglichen Aufsichtsmitteln gegriffen habe. Denn auch zu diesem Zeitpunkt hatte die Aufsichtsbehörde weder Kenntnis davon noch musste sie wissen, dass das Vorsorgevermögen der Beschwerdeführerin gefährdet war. Ihr war einzig der formelle Mangel des ausstehenden Bankbelegs bzw. der nicht testierten Jahresrechnung bekannt.

E. 7.5.8.3

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass die Aufsichtsbehörde den beiden Stiftungsräten anstelle der Sitzung in der darauffolgenden Woche auch die Möglichkeit eingeräumt habe, unverzüglich schriftlich über die Ursachen, die den Abschluss der Revision und die Einreichung der testierten Jahresrechnung verhindert hätten, zu informieren. Hierfür hätte sie die Gründe in nachvollziehbarer Weise darlegen und ihre Aussagen belegen müssen.

Insbesondere hätte sie auch aufzeigen sollen, dass sich der Stiftungsrat um die Einreichung der fehlenden Bestätigung bemüht habe; zum Beispiel durch Einreichung der Korrespondenz mit der UBS. Soweit die Beschwerdeführerin daraus schliessen möchte, dass die Aufsichtsbehörde hätte erkennen müssen, dass der Stiftungsrat offensichtlich nicht dazu in der Lage war, da er sich für die Durchführung der Sitzung entschieden hatte, kann ihr nicht gefolgt werden. Es stand der Beschwerdeführerin frei, für welche Variante sie sich entschied. Ohnehin ging es nur darum, angesichts der kurzfristig vorgesehenen Sitzung, die Terminfindung zu vereinfachen und der Beschwerdeführerin zu ermöglichen, vorab eine schriftliche Begründung samt Dokumenten einzureichen. Eine Sitzung hätte aber gemäss der E-Mail der Vorinstanz vom 24. Februar 2006 (bf-act. 51) in jedem Fall in der darauffolgenden Kalenderwoche 10 stattfinden sollen. Folglich konnte und musste die Aufsichtsbehörde aus dem Festhalten des Stiftungsrates an der Sitzung ex ante keinen Schluss ziehen, dass die Beschwerdeführerin nicht über die entsprechenden Dokumente verfügte.

E. 7.5.9

Am 1. März 2006 fand die Aufsichtssitzung statt. Ob an dieser Sitzung Belege abgegeben wurden, ist nicht dokumentiert. In den Akten findet sich einzig eine Präsentation der beiden Stiftungsräte A. _____ und D. _____. Darin schildern sie unter anderem die Vermögensanlage und erklären, dass die Gelder über die Vermögensverwalterin W. _____ AG bei der UBS angelegt seien. Zudem schlugen sie vor, die Abschlüsse des Langjahres 2004 (Langjahr) und 2005 zusammen einzureichen.

E. 7.5.9.1

Im Schreiben vom 1. März 2006 fasste die Aufsichtsbehörde die anlässlich der Sitzung getroffene Vereinbarung zum weiteren Vorgehen zusammen. Danach hatte die Beschwerdeführerin die Art und Weise der Vermögensanlage weiter zu erläutern und umgehend Verträge, Saldobelege sowie weitere Unterlagen zum besseren Verständnis und zur Nachvollziehbarkeit «des Konstrukts» einzureichen. Sodann gab sie der Beschwerdeführerin bis zum 31. März 2006 Gelegenheit, die Berichterstattungsunterlagen der beiden Geschäftsjahre 2004 (Langjahr) und 2005 einzureichen.

E. 7.5.9.2

Selbst wenn der Aufsichtsbehörde keine Belege an der Aufsichtssitzung vom 1. März 2006 abgegeben wurden, ist ihr Vorgehen vertretbar. Letztlich liegt es in ihrem Ermessen, ob die anlässlich der Sitzung erteilten näheren Auskünfte einen erneuten Aufschub der Frist erlauben, zumal sie die umgehende Einreichung weiterer Unterlagen wie Verträge etc. verlangte, um das «(...)»-Konstrukt besser verstehen zu können. Zudem hatte sie die Kontrollstelle mit einer Kopie des Schreibens vom 1. März 2006 bedient und diese über die laufende Frist in Kenntnis gesetzt. Der Aufsichtsbehörde kann somit nicht vorgeworfen werden, anstelle einschneidender Massnahmen die Beschwerdeführerin wiederum nur dazu angehalten zu haben, die ausstehenden Dokumente einzureichen.

E. 7.5.10

Weil die Unterlagen bis am 31. März 2006 nicht eingereicht worden waren, mahnte die Aufsichtsbehörde die Beschwerdeführerin am 13. April 2006 ein letztes Mal und räumte ihr eine letztmalige Frist bis zum Freitag, 21. April 2006, ein. Für den Unterlassungsfall drohte sie der Beschwerdeführerin aufsichtsrechtliche Massnahmen an, wie die Einsetzung eines Beistandes oder ein Verbot von neuen Anschlüssen. Rückblickend mag zwar die

abermalige Fristerstreckung fragwürdig erscheinen, ex ante betrachtet war sie jedoch - unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums - vertretbar, zumal die Aufsichtsbehörde nicht von den gravierenden Mängeln in der Vermögensanlage wusste und auch seitens der Kontrollstelle nach wie vor keine Meldung im Sinn von Art. 36 BVV 2 (1985) erfolgt war, obwohl sie von der laufenden letzten Frist wusste. Die Aufsichtsbehörde war deswegen nicht gehalten, wie dies die Beschwerdeführerin behauptet, umgehend zu drastischen Massnahmen zu schreiten und auf dem Verfügungsweg sowie unter Androhung von Zwang, die Einreichung von weiteren Belegen zu verlangen. Im Übrigen verschärfte die Aufsichtsbehörde ihren Ton gegenüber der Beschwerdeführerin weiter, indem sie aufsichtsrechtliche Massnahmen androhte.

E. 7.5.11.1

Die Beschwerdeführerin hielt die Frist abermals nicht ein. Sie stellte am Freitag, 21. April 2006, zunächst in Aussicht, die Dokumente am Montag, 24. April 2006, einzureichen. Die Aufsichtsbehörde war damit einverstanden. Sie zeigte der Beschwerdeführerin aber zugleich an, dass sie am Montag eine interne Sitzung über die zu ergreifenden Aufsichtsmaßnahmen anberaume habe. Am 24. April 2006 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass die Bank wegen eines Bankfeiertages («Sechsilüte») den Beleg nicht liefern können (vgl. bf-act. 55). Da sie die Einreichung der Dokumente weiterhin schuldig blieb, erliess die Aufsichtsbehörde am 2. Mai 2006 eine Verfügung. Darin stellte sie fest, dass weder die Berichterstattungen der Jahre 2004 (Langjahr) und 2005 noch die Dokumente zur Erläuterung der Vermögensanlage an sie übermittelt worden seien. Einerseits bestehe angesichts der ausstehenden revidierten Jahresrechnung ein rechtswidriger Mangel. Andererseits sei aber - was viel schwerer wiege - mangels Nachvollziehbarkeit der Vermögensanlage nicht ausgeschlossen, dass das Stiftungsvermögen gefährdet sei bzw. zweckentfremdet werde. Aus diesem Grund setzte es der Beschwerdeführerin bis zum 17. Mai 2006 eine Frist zur Einreichung der ausstehenden Unterlagen und drohte ihr bei Zuwiderhandlung gegen die Verfügung eine Ordnungsbusse bis Fr. 4'000.- sowie die Anordnung weiterer aufsichtsrechtlicher Massnahmen an. Zudem entzog sie einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung. Die Aufsichtsbehörde stellte die Verfügung zugleich auch der Kontrollstelle und dem BVG-Experten zu.

E. 7.5.11.2

Auch diese neuerliche Fristansetzung ist nicht zu beanstanden, da die Aufsichtsbehörde nunmehr mittels Verfügung und unter Androhung von Zwangsmitteln die Einreichung der Unterlagen durchzusetzen versuchte. Zudem wies sie darauf hin, dass die Gefahr einer Zweckentfremdung von Stiftungsvermögen bestehen könnte und setzte überdies die beiden vorgelagerten Kontrollinstanzen darüber in Kenntnis. Von einer unwirksamen aufsichtsrechtlichen Massnahme kann dabei keine Rede sein, zumal die mögliche Zweckentfremdung weder feststand noch diesbezüglich - bis zu diesem Zeitpunkt - eine Meldung der Kontrollstelle erfolgt war. Ein eindeutiger Ermessensfehler der Aufsichtsbehörde ist demnach nicht ersichtlich. Vielmehr ergriff sie dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend sukzessive strengere Aufsichtsmittel.

E. 7.5.12

Mit E-Mail vom 18. Mai 2006 gelangte die Beschwerdeführerin an die Aufsichtsbehörde und teilte ihr mit, dass sie die Frist nicht einhalten könne. Die Probleme mit den Bankbelegen würden jedoch noch am gleichen Tag geregelt werden, sodass die

verantwortlichen Stellen die Berichterstattung fertigstellen könnten. Zugleich reichte sie der Aufsichtsbehörde die Berichterstattungen 2004 (Langjahr) und 2005 ein; je ohne Bericht der Kontrollstelle. Die Kontrollstelle wurde in Kopie mit dieser E-Mail bedient. Der «kapitalgeschützte Fonds» stellte auch in der Jahresrechnung 2005 das Hauptaktivum mit knapp 95% der Bilanzsumme dar.

E. 7.5.12.1

In der Folge gingen die ausstehenden Unterlagen wiederum nicht ein. Der zuständige Sachbearbeiter vermerkte am 30. Mai 2006 in den Akten (bf-act. 58), dass gemäss der Besprechung mit weiteren Verantwortlichen seitens der Aufsichtsbehörde die Einsetzung eines Beistandes vorbereitet und hierfür I. _____ angefragt werde. Nachdem die Beschwerdeführerin am 7. Juni 2006 nur den Vermögensverwaltungsauftrag zwischen ihr und der P. _____ (ltd.) eingereicht hatte und die Bankbelege immer noch ausstehend waren, lud die Aufsichtsbehörde spätestens am 22. Juni 2006 sämtliche Stiftungsräte der Beschwerdeführerin zu einer Aufsichtssitzung am 28. Juni 2006 vor.

E. 7.5.12.2

Zwar erscheint die Zeitspanne, bis die Aufsichtsbehörde mit der Anberaumung der Aufsichtssitzung weitere Massnahmen ergriffen hat, für sich betrachtet allenfalls als lange. Dennoch kann ihr kein zu zögerliches Einschreiten vorgeworfen werden. Die Aufsichtsbehörde war in der Zwischenzeit nicht untätig, sondern mit Abklärungen zur Einsetzung eines Beistandes bemüht. Damit sah die Behörde von den ursprünglich vorgesehenen Strafmassnahmen ab und ging mit der Prüfung eines Beistands sogleich zu einer der schärfsten sowie unmittelbar wirksamsten Massnahme über, um die fehlenden Belege beschaffen zu können. Dies erscheint angemessen, zumal sich die Stiftungsräte A. _____ und D. _____ von der Strafandrohung offensichtlich nicht haben beeinflussen lassen und diese somit als untauglich erschien. Zugleich teilte die Aufsichtsbehörde in ihrer E-Mail vom 23. Juni 2006 (bf-act. 60) mit, dass eine «allenfalls in dieser Angelegenheit zu beauftragende Person an der Besprechung teilnehmen» werde. Mithin hatte sie unterdessen den voraussichtlich einzusetzenden Beistand bestimmt und mit ihm die Sitzungstermine abgesprochen.

E. 7.5.12.3

Zufolge Landesabwesenheiten verschiedener Stiftungsräte, die in corpore vor der Aufsichtsbehörde zu erscheinen hatten, musste der Termin der Aufsichtssitzung auf den 13. Juli 2006 verschoben werden (vgl. E-Mail vom 23. Juni 2006 [bf-act. 60]). Letztlich liegt es im Ermessen der Aufsichtsbehörde, ob sie den Sitzungstermin neu ansetzt und die Anwesenheit sämtlicher Stiftungsräte - angesichts ihres einschneidenden Vorhabens (vgl. nachfolgend) - höher gewichtet als ein möglichst zeitnaher Termin. Wie aus dem Protokoll der Sitzung folgt, hat sich die Aufsichtsbehörde denn auch an der Sitzung an erster Stelle bei den «übrigen Stiftungsräten» (gemeint sind insbesondere die paritätischen Stiftungsräte) über deren Wissensstand und die Chronologie der Geschehnisse erkundigt (vgl. Summarisches Protokoll der Sitzung vom 13. Juli 2006 [bf-act. 62], S. 1). In der Verschiebung der Sitzung auf den 13. Juli 2006 kann jedenfalls kein eindeutiger Ermessensfehler erblickt werden. Das Vorgehen der Aufsichtsbehörde ist nicht zu beanstanden.

E. 7.5.13.1

Anlässlich der Aufsichtssitzung vom 13. Juli 2006 teilte die Aufsichtsbehörde den anwesenden Stiftungsräten mit, dass nicht mehr länger zugewartet werden könne und Massnahmen ergriffen werden müssten. Sie werde den bestehenden Stiftungsrat suspendieren und einen kommissarischen Verwalter bzw. Beistand einsetzen; als solcher sei I. _____ vorgesehen, der ebenfalls an der Sitzung teilnahm. Auf Vorschlag von I. _____ hin wurde die Frist zur Einreichung der beiden testierten Jahresrechnungen 2004 (Langjahr) und 2005 neu auf den 31. Juli 2006 festgelegt.

E. 7.5.13.2

Mit Verfügung vom darauffolgenden Tag, 14. Juli 2006, stellte die Aufsichtsbehörde fest, dass die verlangten Unterlagen bislang nicht eingetroffen seien und mangels Nachvollziehbarkeit der Vermögensanlage nicht ausgeschlossen werden könne, dass das Stiftungsvermögen gefährdet sei bzw. zweckentfremdet werde. Deshalb ordnete sie unter der Bedingung, dass die ausstehenden Unterlagen nicht bis zum 31. Juli 2006 eintreffen würden, zur Sicherung des Stiftungsvermögens die Suspendierung sämtlicher amtierender Stiftungsräte an. Für diesen Fall setzte es als neue, inter-imistische Stiftungsräte I. _____ und Rechtsanwalt J. _____, je mit Einzelunterschrift, ein. Die Verfügung wurde zusätzlich der Kontrollstelle und dem BVG-Experten eröffnet und einer allfälligen Beschwerde gegen die Verfügung die aufschiebende Wirkung entzogen.

E. 7.5.13.3

Mit den getroffenen Anordnungen und der vorgesehenen Bestellung zweier Beistände bzw. Stiftungsräte ad interim hat die Aufsichtsbehörde wirksame Massnahmen vorgesehen, um die Nachvollziehbarkeit der Vermögensanlage umgehend sicherstellen zu können. Die Stiftungsräte ad interim wurden insbesondere angewiesen, die aktuelle Situation der Beschwerdeführerin zu prüfen und den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen. Zudem beauftragte die Aufsichtsbehörde die beiden Stiftungsräte ad interim, die notwendigen Änderungen im Handelsregister anzumelden und die mit der Vermögensverwaltung betrauten Firmen und Personen unverzüglich über die Änderung der Zeichnungsberechtigung zu informieren. Dass die Aufsichtsbehörde die Frist zur Einreichung der ausstehenden Unterlagen auf den 31. Juli 2006 verlängerte, ist unter Berücksichtigung ihres Ermessens und des Verhältnismässigkeitsprinzips nicht zu beanstanden, zumal sie für die Nichteinhaltung der Frist gerade die Suspendierung der bisherigen Stiftungsräte sowie die Einsetzung der beiden Stiftungsräte ad interim vorsah. Zudem hielt sie die Kontrollstelle ausdrücklich an, alles zu unternehmen, damit der Termin eingehalten werden konnte.

E. 7.5.14

Als die ausstehenden Unterlagen am 31. Juli 2006 nicht vorlagen, verfügte die Aufsichtsbehörde die Suspendierung der bisherigen Stiftungsräte und setzte die beiden Stiftungsräte ad interim in ihre Funktion ein. Die beiden Stiftungsräte ad interim untersuchten in der Folge die Gesamtsituation der Beschwerdeführerin und erstatteten am 31. August 2006 einen Bericht, in welchem sie den finanziellen Fehlbetrag auf rund Fr. 30 Mio. bezifferten. Entsprechend beantragten sie die Aufhebung und die Einleitung der Liquidation der Beschwerdeführerin. Diesem Antrag kam die Aufsichtsbehörde am 1. September 2006 umgehend nach und verfügte die Aufhebung der Beschwerdeführerin. Sie entthob die suspendierten Stiftungsräte ihres Amtes und setzte die Stiftungsräte ad interim als Liquidatoren ein. Folglich handelte die Aufsichtsbehörde umgehend und gelangte

ultimativ zum Schluss, die Beschwerdeführerin sei aufzuheben. Ein zögerliches Vorgehen kann ihr dabei nicht vorgeworfen werden.

E. 7.5.15.1

Zusammengefasst mögen zwar die erteilten Fristerstreckungen und die eingetretenen Verzögerungen, bis die Stiftungsräte ad interim eingesetzt wurden bzw. die Aufhebung der Beschwerdeführerin angeordnet wurde, auf den ersten Blick und isoliert betrachtet lange erscheinen. Dies gilt auch, weil es aus heutiger Sicht «bloss» um einen Bankbeleg für ein Bankkonto ging und ein solcher grundsätzlich innerhalb weniger Tage erhältlich gemacht werden kann. Doch ex ante betrachtet, konnte und musste die Aufsichtsbehörde keine Kenntnisse von Ungereimtheiten bzw. von der Tatsache, dass unrechtmässig Gelder in Millionenhöhe aus der Stiftung abflossen, haben. Vielmehr durfte sie sich - mangels anderweitiger Signale - auf die funktionierende Kontrollpyramide verlassen, insbesondere den Stiftungsrat und die Kontrollstelle. Besonders Letztere hat zu keinem Zeitpunkt eine Meldung im Sinn von Art. 36 BVV 2 (1985) erstattet oder zumindest Bedenken geäussert. Der Aufsichtsbehörde hat sie vielmehr den Eindruck vermittelt, dass alles seine Richtigkeit hat. Damit hat sie die Aufsichtsbehörde von der rascheren Anordnung griffiger Massnahmen abgehalten.

E. 7.5.15.2

Dies gilt auch betreffend den angeblichen «kapitalgeschützten Fonds UBS» und dessen ausstehenden Belege. Die Kontrollstelle ging offenbar noch im Mai 2005 davon aus, dass es sich bei dieser Position bloss um ein Bankkonto und nicht um einen Fonds oder Wertschriften handelte (vgl. Urteil des VGer Zug, E. 4.8.1.7 [S. 224] und 4.8.1.8 [S. 228]). Davon hatte die Aufsichtsbehörde jedoch keine Kenntnis. Weder setzte die Kontrollstelle sie - als die Beschwerdeführerin die grundsätzlich einfach zu beschaffenden Bankbelege in der Folge mehrfach schuldig blieb - darüber in Kenntnis noch tat sie dies, als der Aufsichtsbehörde am 31. Oktober 2005 eine Jahresrechnung 2004 (Langjahr) zugestellt wurde, die nun einen «kapitalgeschützten Fonds UBS» aufwies. Umso weniger verständlich ist vor diesem Hintergrund, dass sie die Erklärung der Stiftungsräte A. _____ und D. _____ zu den Problemen im Zusammenhang mit der Beschaffung des Bankbelegs unkritisch übernahm und in der Folge auch gegenüber der Aufsichtsbehörde jeweils einzig von einem Fonds sprach, dessen Anteile nicht ohne Weiteres ausgesondert werden könnten (vgl. unter anderem Telefonnotiz vom 10. Februar 2006 [bf-act. 48]). Damit konnten und mussten bei der Aufsichtsbehörde auch insoweit keine Zweifel aufkommen, dass die Beschaffung der Belege länger dauerte, zumal die Kontrollstelle das Vorliegen einer bloss «formellen Pendenz» suggerierte.

E. 7.5.15.3

Die Aufsichtsbehörde ergriff sodann - ihrem Wissensstand entsprechend - schrittweise strengere, nach dem Verhältnismässigkeitsprinzip angezeigte Massnahmen. Dabei hatte sie den Ermessensspielraum der Beschwerdeführerin zu respektieren und konnte erst dann (weitere) Massnahmen ergreifen, als die rechtmässige Zweckerfüllung der Beschwerdeführerin gefährdet war. Dies setzte das Vorliegen eines Mangels und damit eine bestehende oder zumindest unmittelbar drohende Schädigung voraus. Mithin war es dem System der damaligen BVG-Stiftungsaufsicht inhärent, dass sich eine unrechtmässige Mittelverwendung erst nachträglich feststellen und korrigieren liess. Auch insoweit ist die bei rückblickender Betrachtung längere Zeitdauer bis zur Einsetzung der beiden

Stiftungsräte ad interim nachvollziehbar.

E. 7.5.15.4

Gesamthaft betrachtet erscheint das Vorgehen der Aufsichtsbehörde nicht als zu zögerlich. Ein Ermessenfehler kann ihr nicht zur Last gelegt werden. Mithin ist keine widerrechtliche Unterlassung in der Aufsichtstätigkeit des BSV ersichtlich.

E. 7.6

Zusammengefasst liegt keine widerrechtliche Unterlassung der Aufsichtsbehörde vor.

E. 8.1

Selbst wenn im konkreten Fall die Widerrechtlichkeit einer allfällig unterlassenen Amtshandlung des BSV unterstellt würde, würde eine Schadenersatzpflicht der Eidgenossenschaft einen Kausalzusammenhang zwischen der gerügten Unterlassung und dem eingetretenen Schaden voraussetzen.

E. 8.2

Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, dass der Schaden in der Höhe von Fr. 24'402'420.35 hätte verhindert werden können, wenn das BSV seine Amtspflichten korrekt wahrgenommen hätte. Wäre das BSV spätestens per 13. April 2004 pflichtgemäss tätig geworden, hätten die rechtsgrundlosen Abflüsse der Vorsorgegelder und folglich die Entreicherung der Beschwerdeführerin vermieden werden können. Hätte die Aufsichtsbehörde spätestens in diesem Zeitpunkt, wie sie dies zuvor am 4. November 2003 angedroht habe, einen Beistand eingesetzt, wäre der Stiftungsrat gar nicht in der Lage gewesen, seine Machenschaften in die Tat umzusetzen. Die Einsetzung eines Beistandes (unter Suspendierung der bisherigen Stiftungsräte oder der Anpassung ihrer Zeichnungsberechtigung) hätte den weiteren Abfluss von Stiftungsgelder nicht nur gestoppt, sondern es hätten auch die Unregelmässigkeiten früher entdeckt werden können. Dass die interimistisch eingesetzten Stiftungsräte innerhalb kürzester Zeit die Vermögenssituation der Beschwerdeführerin durchleuchtet hätten, zeige, dass die Massnahme ohne Weiteres geeignet gewesen wäre, die Vorkommnisse in der Stiftung offenzulegen und diese vor weiterem Schaden zu bewahren. Sodann sei vorliegend nicht entscheidend, ob weitere Personen wie der Stiftungsrat, die Kontrollstelle oder der BVG-Experte ihre Pflichten verletzt hätten. Relevant seien einzig die Pflichtverletzungen der Aufsichtsbehörde. Insgesamt sei der hypothetische Kausalzusammenhang erstellt.

E. 8.3.1

Ein natürlicher Kausalzusammenhang liegt vor, wenn ein Handeln Ursache im Sinn einer nicht wegzudenkenden Bedingung (sog. «conditio sine qua non») für den Eintritt des Schadens ist. Ein adäquater Kausalzusammenhang besteht, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Erfolg von der Art des eingetretenen herbeizuführen (vgl. Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 5.1; Urteil A-3757/2016 E. 8.1).

E. 8.3.2

Besteht ein widerrechtliches Verhalten in einer Unterlassung, stellt sich die Frage nach dem hypothetischen Kausalverlauf. Zu prüfen ist, ob der Schaden bei pflichtgemäßem Handeln nach den Erfahrungen des Lebens und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten wäre. Die wertenden Gesichtspunkte

der Adäquanz fliessen in die Feststellung des hypothetischen Kausalverlaufs somit direkt mit ein, weshalb es in der Regel nicht sinnvoll ist, den angenommenen hypothetischen Kausalverlauf auch noch auf seine Adäquanz zu überprüfen (vgl. Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 5.2; Urteil A-3757/2016 E. 8.1; Marianne Ryter, Staatshaftungsrecht, in: Giovanni Biaggini/Isabelle Häner/Urs Saxer/Markus Schott [Hrsg.], Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 29.125 ff.; Nadine May-hall, Aufsicht und Staatshaftung, 2008, S. 286 und 288 f.).

E. 8.3.3

Selbst wenn vorliegend unterstellt würde, dass die frühere Einsetzung eines Beistandes samt Suspendierung der bisherigen Stiftungsräte die unrechtmässigen Vermögensabflüsse hätte stoppen können, müsste geklärt werden, ob die Aufsichtsbehörde überhaupt rechtzeitig hätte einschreiten können. Hierbei ist wiederum in Erinnerung zu rufen, dass die Aufsichtsbehörde die Autonomie und die Ermessensspielräume der Vorsorgeeinrichtung zu wahren hat und nicht sogleich zum einschneidendsten Mittel einer Verbeiständung greifen kann, wie dies die Beschwerdeführerin vorbringt. Vielmehr hat sie unter Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips ausgehend vom mildesten Mittel schrittweise strengere aufsichtsrechtliche Massnahmen zu ergreifen (vgl. oben E. 7.2.5.3 und 7.2.5.4), was unweigerlich zu Verzögerungen führt. Ausserdem würde ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde zuerst die ausreichend gesicherte Kenntnis eines Mangels voraussetzen. Wie es sich damit verhält, kann aufgrund der folgenden Ausführungen offenbleiben.

E. 8.4

Nach den Grundsätzen der Staatshaftung kann der Umstand, dass die Stiftung den Schaden selber verschuldet hat, die Kausalität zwischen einer Amtspflichtverletzung der Aufsichtsbehörde und dem Eintritt des Schadens unterbrechen (vgl. Urteil des BVerfG A-798/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 6.5.2). Der adäquate Kausalzusammenhang fehlt oder ist unterbrochen, wenn eine Schadensursache gegenüber einer anderen völlig in den Hintergrund tritt. Dazu zählt auch ein überwiegendes Selbstverschulden des Geschädigten oder ein entsprechendes Drittverschulden (BGE 135 IV 56 E. 2.1; vgl. Art. 44 Abs. 1 OR). Entscheidend ist dabei die Intensität der beiden Kausalzusammenhänge; erscheint der eine bei wertender Betrachtung als derart intensiv, dass er den anderen gleichsam verdrängt und als unbedeutend erscheinen lässt, wird eine sogenannte Unterbrechung des anderen angenommen. Ein Selbstverschulden, das nicht überwiegt, den Kausalzusammenhang somit nicht unterbricht, kann - in analoger Anwendung von Art. 44 Abs. 1 OR - zur Kürzung eines allfälligen Schadenersatzanspruchs führen (Urteil des BGer 2C_1059/2014 E. 5.1).

E. 8.5

Im konkreten Fall ist zunächst auf das Handeln der Stiftungsräte näher einzugehen und ein mögliches Selbstverschulden der Beschwerdeführerin zufolge des Handelns ihrer Organe zu prüfen.

E. 8.5.1

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 VGer Zug, E. 2 und E. 4.7.1.5 [S. 175]). Obwohl keines der anwendbaren Anlagereglemente es als zulässig bezeichnete, das gesamte Stiftungsvermögen oder Teile davon ohne werthaltige Besicherung in Form von Darlehen wegzugeben oder das Eigentum daran auf andere Weise einem Vermögensverwalter zu übertragen, flossen ohne Rechtsgrundlage, ohne Gegenleistung und ohne Sicherstellung Stiftungsmittel im Umfang von Fr. 29'584'230.- an Dritte. Dafür zeichnete der Stiftungsrat - insbesondere A. _____ und D. _____ - verantwortlich. Gemäss dem Urteil des Obergerichts Zug haben die beiden Stiftungsräte die ihnen anvertrauten Vermögenswerte veruntreut, um sich oder andere zu bereichern. Das Urteil des Obergerichts Zug wurde vom Bundesgericht bestätigt; die Schuldsprüche von A. _____ und D. _____ wegen mehrfacher qualifizierter Veruntreuung sind in Rechtskraft erwachsen (vgl. Sachverhalt Bst. AA).

E. 8.5.2

Das Bundesgericht hielt im Rückweisungsentscheid der vorliegenden Sache fest, dass die Veräusserung des gesamten Betriebes mit allen oder den meisten Aktiven der Gesellschaft nach seiner Rechtsprechung grundsätzlich auch nicht mehr innerhalb des weit umschriebenen Rahmens durch den Gesellschaftszweck gedeckter Rechtshandlungen liege. Erst recht könne es nicht mehr als vom Stiftungszweck gedeckt betrachtet werden, wenn substantielle Teile des Stiftungsvermögens mittels strafrechtlich relevanter Veruntreuung der Vorsorgeeinrichtung entzogen würden, um sich oder andere zu bereichern. Deliktische Handlungen, die sich direkt gegen die Stiftung richten würden, lägen völlig ausserhalb des Stiftungszwecks und könnten nicht der Beschwerdeführerin zugerechnet werden (vgl. Urteil des BGer 2C_245/2018 E. 6.7.5). Demnach stellt sich im konkreten Fall die Zurechnung allfälliger durch den Stiftungsrat zum Nachteil der Beschwerdeführerin verursachte Vermögensschädigungen von vornherein nicht. Ein den Kausalzusammenhang unterbrechendes Selbstverschulden liegt von vornherein nicht vor.

E. 8.6

Weiter ist zu prüfen, ob ein allfälliges Drittverschulden, insbesondere seitens der Kontrollstelle und des BVG-Experten, einen allfälligen hypothetischen Kausalzusammenhang unterbrochen hätte.

E. 8.6.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine Haftungsbeschränkung wegen Drittverschuldens bloss als eher theoretische Möglichkeit in Betracht gezogen werde, die - wenn überhaupt - nur bei ausgesprochen exzeptionellen Sachlagen von praktischer Bedeutung sein könnte. Dies sei jedoch vorliegend mit Blick auf die krassen Verstösse gegen die Aufsichtspflicht nicht der Fall.

E. 8.6.2

Nach der Praxis des Bundesgerichts unterbricht ein Drittverschulden den Kausalzusammenhang nur dann, wenn die durch den Dritten gesetzte Ursache gegenüber der vom Staat zu verantwortenden Ursache klar im Vordergrund steht und diese als unwesentlich erscheinen lässt (Urteil des BGer 2C_816/2017 vom 8. Juni 2012 E. 3.4; Jaag, a.a.O., Rz. 152; Brehm, in: BK OR, Art. 41 Rz. 140). Das Verschulden des in Anspruch genommenen Haftpflichtigen muss als so leicht erscheinen und in einem derartigen

Missverhältnis zum Verschulden des Dritten stehen, dass es offensichtlich ungerecht wäre, wenn jener den ganzen Schaden tragen müsste (BGE 141 V 93 E. 8.3). In Frage kommt somit nur ein grobes Drittverschulden (vgl. BGE 123 II 577 E. 6).

E. 8.6.3

Selbst wenn man der Aufsichtsbehörde eine widerrechtliche Unterlassung unterstellen müsste - was vorliegend verneint wird -, wären im konkreten Fall die Handlungen und Unterlassungen der Kontrollstelle und des BVG-Experten näher zu prüfen. Dabei ist an erster Stelle erneut auf das System der sog. Kontrollpyramide zu verweisen. Nach diesem System obliegt bei Sammelstiftungen die Überwachung der Einhaltung der reglementarischen Vorschriften primär dem Stiftungsrat, welcher die unterste Stufe bildet. Auf der zweiten Stufe stehen sodann die Kontrollstelle und der BVG-Experte. Die Kontrollstelle hat insbesondere die Geschäftsführung, das Rechnungswesen und die Vermögenslage zu überprüfen und hierzu jährlich einen Kontrollbericht zu Händen der Aufsichtsbehörde zu erstellen. Überdies hat sie die Aufsichtsbehörde zu benachrichtigen, wenn sie schwere Missstände feststellt oder Gefahr im Verzug ist. Sodann liegt es in der Verantwortung des BVG-Experten, die Vorsorgeeinrichtung periodisch zu überprüfen, ob diese jederzeit Sicherheit dafür bietet, dass sie ihre Verpflichtung erfüllen kann. Hierüber hat er zu Händen der Aufsichtsbehörde ebenfalls einen Bericht zu erstatten. Die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde setzt erst dann ein, wenn die Kontrollaufgaben der Kontrollstelle und des BVG-Experten bereits wahrgenommen wurden oder offensichtlich vernachlässigt werden. Entsprechend darf sich die Aufsichtsbehörde auf die vorgängige Kontrolltätigkeit der beiden Kontrollinstanzen verlassen. Sie prüft grundsätzlich nur deren Berichte und ergreift die nötigen Massnahmen, sofern Mängel festgestellt werden oder sie davon Kenntnis erhält, dass die Kontrollinstanzen «ihrer Aufgabe» nicht nachkommen (vgl. E. 7.2.7.2 f.). Damit dem BSV eine Unterlassung vorgeworfen werden kann und ein Kausalzusammenhang zwischen dieser Unterlassung und einem allfälligen Schaden besteht, müssten somit aufgrund der Architektur der BVG-Stiftungsaufsicht die vorgelagerten Kontrollinstanzen zwingend ihre Aufgaben wahrgenommen haben. Ist dies jedoch nicht der Fall, kann das BSV an der Spitze der Kontrollpyramide seine Funktion nicht wahrnehmen. Es besteht damit von Gesetzes wegen eine besondere Ausgangslage, welche im Fall eines erheblichen Verschuldens der vorgelagerten Kontrollinstanzen geeignet ist, den Kausalzusammenhang zu unterbrechen. In der Folge ist somit näher auf die Rolle der Kontrollstelle und des BVG-Experten einzugehen.

E. 8.6.4.1

Gemäss Bundesgericht stellt vorliegend die Passivität der Kontrollstelle ein grobfahrlässiges und schuldhaftes Verhalten dar. Allein ihre Fehleinschätzung bezüglich des Kontrollrisikos und die Versäumnisse in der Grundlagenabklärung sowie die sich daraus ergebende ungenügende Überprüfung der Buchhaltung seien als besonders gravierend anzusehen. Eine durchschnittlich sorgfältige Kontrollstelle hätte sich bei der gegebenen Ausgangslage nicht während mehr als einem Jahr damit abgefunden, dass ihre Mandantin nicht in der Lage gewesen sei, einen simplen Bankbeleg zu produzieren, um damit den Nachweis über 90% des Stiftungsvermögens erbringen zu können. Sie hätte sich von ihrer Mandantin nicht hinhalten lassen, sondern sich die Kontoposition in der Buchhaltung der Beschwerdeführerin, welche den fraglichen Vermögensstand per Ende 2004 wiedergegeben habe, kritisch angeschaut und wäre den wenigen Buchungen, die im Geschäftsjahr 2003/2004 auf diesem Konto vorgenommen worden seien, nachgegangen.

Indem die Kontrollstelle zudem ihre Prüfungstätigkeit eingestellt habe, als die Aufsichtsbehörde mehrfach Fristerstreckungen zur Einreichung der testierten Jahresrechnung gewährt habe, habe sie in Ausserachtlassung der Kontrollpyramide ebenfalls grobfahrlässig gehandelt. Damit habe sie (zusätzlich) Raum für ein freies Agieren und einen fortgesetzten Abfluss der Stiftungsmittel geschaffen (vgl. BGE 141 V 93 E. 7). Auf diese bundesgerichtlichen Feststellungen und Wertungen betreffend das Verhalten der Kontrollstelle ist auch vorliegend abzustellen.

E. 8.6.4.2

Im Weiteren teilte die Kontrollstelle dem BSV anlässlich des Telefonats vom 10. Februar 2006 mit, es fehle einzig die Bestätigung der UBS über die Vermögensanlage. Das Geld fliesse bei der UBS in einen «riesigen Topf (Fonds)», an welchem viele Investoren beteiligt seien. Die Anteile seien nicht gesondert für die Stiftung N. _____ ausgewiesen. Es gebe offenbar technische und rechtliche Probleme seitens der UBS. Alle anderen Bereiche der Stiftung N. _____ seien jedoch geprüft worden. Die Stiftung weise keine Unterdeckung auf (bf-act. 48). Mit diesen Aussagen hat die Kontrollstelle das BSV beruhigt, dass alles rechtens sei. Rückblickend betrachtet hat sie damit das BSV von der umgehenden Einleitung aufsichtsrechtlicher Schritte abgehalten, zumal das BSV keine Kenntnis davon hatte, dass die Kontrollstelle ihre Tätigkeit im Laufe des Jahres 2005 bereits vollends eingestellt hatte. Auch dieses Verhalten ist entsprechend als grobfahrlässig anzusehen.

E. 8.6.4.3

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das erhebliche Drittverschulden seitens der Kontrollstelle im Aufsichtssystem der Kontrollpyramide ohne Weiteres geeignet ist, einen allfälligen Kausalzusammenhang zu unterbrechen.

E. 8.6.5.1

In Bezug auf das Verhalten des BVG-Experten kam das Bundesgericht zum Schluss, dass seine Passivität ein grobfahrlässiges und schuldhaftes Verhalten darstelle. Allein sein Verhalten in der Gründungsphase der Stiftung sei als besonders gravierend anzusehen. Die entsprechende Unterlassung - der BVG-Experte habe keine Anstalten unternommen, die Garantie als elementares Instrument der Leistungs- und Risikoabsicherung zu überprüfen, obwohl er selber in seinem Schreiben vom Stiftungsrat verlangt habe, ihm den Garantievertrag zu unterbreiten - habe dazu geführt, dass nach aussen der falsche Eindruck entstanden sei, die Stiftung sei jederzeit in der Lage, ihren gegenüber den Versicherten eingegangenen Verpflichtungen nachzukommen, worauf bei einem Neuanschluss besonders geachtet werde. Dazu komme, dass die Aufsichtsübernahme durch das BSV den BVG-Experten nicht davon entbunden habe, das von ihm offenbar erkannte Problem - Anlagekonzept mit fester Zinszusage - weiter zu verfolgen. Seine anhaltende Passivität in Bezug auf die Bankgarantie wiege nicht minder schwer, habe sie doch Raum für einen fortgesetzten Abfluss der Stiftungsmittel geschaffen (vgl. BGE 141 V 71 E. 7). Auf diese Feststellungen und Wertungen des Bundesgerichts betreffend das Verhalten des BVG-Experten kann ebenfalls abgestellt werden.

E. 8.6.5.2

Auch diese Unterlassungen des BVG-Experten, auf dessen Tätigwerden sich die Aufsichtsbehörde verlassen durfte und musste (vgl. E. 8.6.3), wiegen derart schwer, dass sie eine allfällige Pflichtverletzung der Aufsichtsbehörde ohne Weiteres verdrängen würden. Das Drittverschulden des BVG-Experten ist somit ebenfalls geeignet, einen allfälligen

Kausalzusammenhang zu unterbrechen.

E. 8.6.6

Mithin haben beide Kontrollinstanzen durch die Vernachlässigung ihrer Aufsichtspflichten bzw. ihre Untätigkeit ein rechtzeitiges Einschreiten der Aufsichtsbehörde verhindert bzw. massiv verzögert.

E. 8.7

Insgesamt wäre die Haftungsvoraussetzung der Kausalität - so denn dem BSV überhaupt ein widerrechtliches Verhalten zur Last gelegt werden könnte - ebenfalls nicht erfüllt, da der Kausalzusammenhang durch das gravierende Drittverschulden seitens der Kontrollstelle und des BVG-Experten unterbrochen würde.

E. 9

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde somit abzuweisen.

E. 10

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

E. 10.1

Die Verfahrenskosten des Bundesverwaltungsgerichts werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Aufgrund des Verfahrensausgangs sind die Verfahrenskosten somit 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 im Verfahren A-3064/2016 einbezahlte Kostenvorschuss wird zur Bezahlung der Verfahrenskosten verwendet.

E. 10.2

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). (Das Dispositiv befindet sich auf der nächsten Seite.)

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