

# **SG\_VERSICHERUNGSGERICHT BV 2009/13 vom 27. November 2013**

Sg Versicherungsgericht, 2013-11-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg\\_publikationen\\_BV\\_2009\\_13](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sg_publikationen_BV_2009_13)

FR: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT BV 2009/13 du 27 novembre 2013

IT: SG\_VERSICHERUNGSGERICHT BV 2009/13 del 27 novembre 2013

## **Regeste**

Art. 52 BVG. Art. 54 lit. c und 57 Abs. 2 BVV 2 in Verbindung mit Art. 71 BVG. Schadenersatzpflicht eines Organs (Kontrollstelle) einer Vorsorgeeinrichtung. Prüfung der Schadensvoraussetzungen (insbesondere Sorgfaltspflicht bei der Vermögensanlage und zweckgemässe Verwendung des Vermögens) und der Verjährungseinrede (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 27. November 2013, BV 2009/13). Bestätigt bzw. Aufgehoben durch Urteil des Bundesgerichts (BF) 9C\_55/2014 (BG) 9C\_65/2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die kantonalen Berufsvorsorgegerichte sind zur Beurteilung von Streitigkeiten zwischen "Anspruchsberechtigten" und nicht registrierten Personalfürsorgestiftungen zuständig, die im Bereich der Berufsvorsorge im engeren Sinn tätig sind. Keine Zuständigkeit ist für Streitigkeiten mit sogenannten patronalen Wohlfahrtsstiftungen gegeben, welche reine Ermessensleistungen, das heisst keine rechtsverbindlichen Leistungen ausrichten und sich ohne Beiträge der Destinatäre finanzieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2008, 9C\_193/2008, E. 2 mit Hinweis auf Ulrich Meyer, Der Einfluss des BGG auf die Sozialrechtspflege, SZS 2007 S. 231f, und Hans Michael Riemer, Die patronalen Wohlfahrtsfonds nach der 1. BVG-Revision, SZS 2007 S. 553f). Die Anwendbarkeit der Zuständigkeitsbestimmung von Art. 73 Abs. 1 BVG gestützt auf Art. 89 bis Abs. 6 Ziff. 19 ZGB und damit die persönliche und sachliche Zuständigkeit der kantonalen Berufsvorsorgegerichte ist demgegenüber auch für Streitigkeiten mit nicht registrierten Personalfürsorgestiftungen gegeben, wenn diese im Gebiet der beruflichen Vorsorge im engeren Sinn tätig sind, also ausserobligatorisch die Risiken Alter, Tod oder Invalidität versichern; und zwar auch dann, wenn sie sich ohne Beiträge der Destinatäre finanzieren (BGE 117 V 214 E. 1c; SZS 2001, 191f E. 1a, SZS 2000, 149, SZS 1999, 49f E. 3b).

1.2 Vorab ist festzuhalten, dass in den Stiftungsrechnungen der Klägerin ab 1985 jeweils ein Reglement vom 6. Dezember 1984 aufgeführt ist (act. G 1.2/4a-k). Die Stiftungsurkunde der Klägerin datiert ebenfalls vom 6. Dezember 1984/19. April 1985 (act. G 1.1/2). Im Weiteren befindet sich bei den Akten das Reglement vom April 1980 (act. G 1.1/22) und dessen Nachtrag vom April 1986 (act. G 1.1/23). Dieser Nachtrag nimmt Bezug auf die mit der Stiftungsurkunde vom 6. Dezember 1984 geschaffene Ordnung (in Kraft seit 1. Januar 1985). Es erscheint wenig wahrscheinlich, dass zusammen mit der Stiftungsurkunde vom 6. Dezember 1984 gleichentags ein Reglementsnachtrag erstellt wurde, zumal dies im Reglementsnachtrag vom April 1986 (act. G 1.1/23) in keiner Form zum Ausdruck kommt. Der von der Klägerin hieraus gezogene Schluss, dass der Beklagte

im Formularvordruck jeweils das Datum der Stiftungsurkunde eingesetzt habe (act. G 55), erscheint nachvollziehbar. Anhaltspunkte, aufgrund welcher sich ein anderer Schluss aufdrängen würde, ergeben sich aus den Akten nicht. In Art. 2 der Stiftungsurkunde ist zwar festgehalten, dass die Destinatäre gegenüber der Stiftung vorbehaltenlich Art. 89 bis Abs. 5 ZGB keinen Rechtsanspruch auf Leistungen besitzen (act. G 1.1/2). Hingegen sieht das Reglement vom April 1980 unmissverständlich vor, dass das Stiftungsvermögen unter anderem durch reglementarische Arbeitnehmerbeiträge geüfnet wurde oder zumindest geüfnet werden konnte, dieses ausschliesslich zum Zwecke der Berufsvorsorge verwendet werden durfte sowie den Destinatären reglementarisch festgelegte, aus dem Stiftungsvermögen finanzierte, rechtsverbindliche Vorsorgeansprüche zustanden (vgl. Art. 13, 15, 17 des Reglementes; act. G 1.1/22 und nachstehende E. 3.5). Damit wies die klägerische Vorsorgestiftung jenes Wesensmerkmal auf, welches eine nicht-registrierte Personalfürsorgestiftung im Sinne von Art. 89 bis Abs. 6 ZGB von einem sog. patronalen Wohlfahrtsfonds unterscheidet: Rechtsansprüche der Destinatäre. Der Umstand, dass per 1. Januar 1985 eine Umwandlung in eine beitragsfreie Sparkasse (Wegfall von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen) vorgenommen wurde (act. G 1.1/23), vermag nichts an der sachlichen Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Beurteilung der Streitsache zu ändern.

## **E. 2**

2.1 Die Rechtmässigkeit der vorliegend als schädigend geltend gemachten Handlungen ist nach der Sach- und Rechtslage zu beurteilen, die im Zeitpunkt der Handlungen - konkret geht es um Sachverhalte aus den Jahren ab 1990 - vorgelegen hatte (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2010, 9C\_997/2009 [SVR 2011 BVG Nr. 2], E. 4). Nach Art. 52 BVG (in der vom 1. Januar 1985 bis 31. Dezember 2004 gültig gewesenen Fassung) sind alle mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen. Diese Haftungsnorm, deren Anwendungsbereich sich auch auf die weitergehende Vorsorge erstreckt (Art. 49 Abs. 2 BVG; Art. 89 bis Abs. 6 ZGB), kommt unabhängig von der Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung (vgl. Art. 48 Abs. 2 BVG) zum Tragen. Sie räumt der geschädigten Vorsorgeeinrichtung einen direkten Anspruch gegenüber dem in Art. 52 BVG umschriebenen Kreis der haftpflichtigen Personen ein. Neben der Zugehörigkeit zum Kreis der in Art. 52 BVG erwähnten Personen setzt die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit als weitere kumulative Erfordernisse den Eintritt eines Schadens, Widerrechtlichkeit, Verschulden und einen Kausalzusammenhang voraus (BGE 128 V 124 E. 4a mit Hinweisen). Das haftungsbegründende Verhalten im Rahmen von Art. 52 BVG hat das Bundesgericht ungeachtet der Bezeichnung als Widerrechtlichkeit oder Pflichtwidrigkeit danach beurteilt, ob die einschlägigen berufsvorsorgerechtlichen Vorschriften missachtet wurden (BGE 128 V 124 E. 4d; Urteil des Bundesgerichts [bis 31. Dezember 2006: Eidgenössisches Versicherungsgericht, EVG] vom 12. Juni 2006, 99/05, E. 4.3; Urteil des Bundesgerichts, 9C\_579/2007, vom 18. März 2008, E. 4). Demnach ist sowohl unter dem Aspekt einer deliktsrechtlichen Widerrechtlichkeit als auch einer vertragsrechtlichen Pflichtverletzung gleichermassen ausschlaggebend, ob die grundsätzlich haftpflichtige Person die ihr gesetzlich obliegenden Aufgaben korrekt wahrgenommen hat (SVR 2010 BVG Nr. 5 S. 17 [9C\_421/2009] E. 5.1 und 5.2). Letzteres ist namentlich bei einem Verstoss gegen die Anlagevorschriften nach Art. 49ff der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1) nicht der Fall (BGE 131 V 55 E. 3.2.1).

2.2 Als Schaden im Sinne von Art. 52

BVG gilt jede Verminderung des Stiftungsvermögens, welche nicht zur satzungskonformen Zweckverwirklichung erfolgt. Sie kann in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven oder in entgangenem Gewinn bestehen und entspricht der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (SVR 2010 BVG Nr. 7 [9C\_238/2009] E. 3.1; BGE 128 V 124 E. 4c). Massgebend ist der Vermögensstand resp. der Schaden der Vorsorgeeinrichtung, nicht der Destinatäre. Die Vorsorgeeinrichtung ist auch dann geschädigt, wenn sie eine Liegenschaft zu einem übersetzten Preis erwirbt (Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, in: SZS 1997, 134ff, insbes. 141). Der Schaden besteht diesfalls in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Verkehrswert der Liegenschaft (Urteil des Bundesgerichts vom 2. August 2007, B 11/06, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3**

3.1 Zu prüfen ist vorab die Schadenersatzvoraussetzung des rechts- bzw. vertragswidrigen Handelns des Beklagten in seiner Funktion als Kontrollstelle bei der Klägerin (nachfolgende E. 3.2-3.5). Danach sind die Fragen zu klären, ob seine Handlungen/Unterlassungen für den Eintritt des geltend gemachten Schadens kausal waren (nachfolgende E. 4), ob ein Verschulden zu bejahen ist (E. 5) und ob gegebenenfalls ein Schaden entstanden ist (E. 6). Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, der Beklagte hätte darauf aufmerksam machen müssen, dass der Stiftungsrat über die Vermögensanlage ein Reglement erlassen müsse. Der Stiftungsrat wäre dadurch gezwungen worden, sich Rechenschaft zu geben über den Interessengegensatz zwischen Stiftung und Stifterfirma, namentlich bei Rechtsgeschäften untereinander. Dabei hätte ihm aufgehen müssen, dass das Stiftungsvermögen enorme Klumpenrisiken aufgewiesen habe, in seiner Zusammensetzung dem Stiftungszweck völlig widersprochen habe und deshalb keinesfalls mehr Immobilien von der Stifterfirma hätten erworben werden dürfen. Stattdessen habe der Beklagte Berichte verfasst, welche auf die Stiftungsräte eher beschwichtigend als aufrüttelnd gewirkt hätten (act. G 1 S. 6). Die Klägerin lässt sodann geltend machen, aufgrund der zu einem wesentlichen Teil fremdfinanzierten Liegenschaften (vgl. Stiftungsrechnungen in act. G 1.2/4a-1) habe sich eine Bilanzverlängerung mit entsprechender Hebelwirkung ergeben, indem bei geringem Eigenkapital eine Teilentwertung einer Liegenschaft bereits den Totalverlust des investierten (Eigen-)Kapitals bedeutet habe. Bei Liegenschaften, die mit Passivhypotheken finanziert seien, steige das Anlagerisiko überproportional zur Quote des Liegenschaftenbestandes an der Bilanzsumme an. Dieser Effekt komme spätestens beim Verkauf von Liegenschaften zum Tragen. Es sei krass verfehlt gewesen, Liegenschaften massiv fremd zu finanzieren und dabei den Grenzwert erheblich zu überschreiten (act. G 1 S. 7f). Im Weiteren handle es sich bei den von der Klägerin erworbenen Liegenschaften um Wohnliegenschaften im Tätigkeitsbereich der Stifterfirma. Ausserdem seien Beteiligungen an Wohnbaugenossenschaften erworben worden, für welche Gruppengesellschaften der Stifterfirma Arbeiten ausgeführt hätten. Damit sei die Klägerin demselben Risiko unterworfen worden, welchem auch die Stifterfirma unterlegen habe. Aus diesem Grund habe die Klägerin genau im Zeitpunkt des Niedergangs der Stifterfirma nicht mehr funktioniert. Sodann seien Anlagen bei der Stifterfirma getätigt worden, welche den entsprechenden Grenzwert nur knapp eingehalten hätten (act. G 1 S. 8).

3.2 Die Vorsorgeeinrichtung bestimmt eine Kontrollstelle für die jährliche Prüfung der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage (Art. 53 Abs. 1 BVG in Verbindung mit Art. 89 bis Abs. 6 ZGB). Die Kontrollstelle muss jährlich die Gesetzes-

Verordnungs-, Weisungs- und Reglementskonformität (Rechtmässigkeit) der Jahresrechnung und der Alterskonten prüfen (Art. 35 Abs. 1 BVV 2; vgl. dazu BGE 137 V 446). Sie muss ebenso jährlich die Rechtmässigkeit der Geschäftsführung, insbesondere die Beitragserhebung und die Ausrichtung der Leistungen, sowie die Rechtmässigkeit der Anlage des Vermögens prüfen (Art. 35 Abs. 2 BVV 2). Die Kontrollstelle muss dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung (Stiftungsrat) schriftlich über das Ergebnis ihrer Prüfung berichten. Sie empfiehlt Genehmigung, mit oder ohne Einschränkung, oder Rückweisung der Jahresrechnung. Stellt die Kontrollstelle bei der Durchführung ihrer Prüfung Verstösse gegen Gesetz, Verordnung, Weisungen oder Reglemente fest, so hält sie dies in ihrem Bericht fest (Art. 35 Abs. 3 BVV 2). Sie übermittelt der Aufsichtsbehörde ein Doppel des Kontrollberichts (Art. 36 Abs. 1 BVV 2). Ihre Aufgaben erfüllt die Kontrollstelle in erster Linie gegenüber dem Stiftungsrat. Sie hat diesem Bericht zu erstatten und ihn auf allfällige Mängel aufmerksam zu machen (Th. Geiser, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der 2. Säule, SZS 2005, 357). Stellt die Kontrollstelle bei ihrer Prüfung Mängel fest, so muss sie der Vorsorgeeinrichtung eine angemessene Frist zur Herstellung des ordnungsgemässen Zustandes ansetzen. Wird die Frist nicht eingehalten, so muss sie die Aufsichtsbehörde benachrichtigen (Art. 36 Abs. 2 BVV 2). In der Lehre wurde zur letztgenannten Bestimmung festgehalten, ungewohnt für eine Kontrollstelle sei, dem Kunden Fristen zur Herstellung eines ordnungsgemässen Zustandes zu setzen. Es gelte, von dieser Massnahme nur in wirklich wesentlichen Fällen und massvoll Gebrauch zu machen. Eine (künftige) Streichung der Pflicht zur Fristansetzung im Sinn von Art. 36 BVV 2 sei wünschbar. Einzig die Aufsichtsbehörde, die gegebenenfalls auch entsprechende Massnahmen ergreifen könne, sollte Fristen setzen können (Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, 8.A., 695). Sofern die Kontrollstelle Kenntnis von wirtschaftlichen Schwierigkeiten beim Arbeitgeber hat, muss sie die Forderungen der Pensionskasse diesem gegenüber anders, d.h. entsprechend der konkreten Situation, einschätzen. Verletzt die Kontrollstelle ihre gesetzlichen Pflichten schuldhaft, so haftet sie gegenüber der Vorsorgeeinrichtung für den dadurch entstandenen Schaden (Geiser, a.a.O., 356f).

3.3 Gemäss Art. 3 Abs. 2 der Stiftungsurkunde der Klägerin (act. G 1.1/2) hatte der Stiftungsrat über die "nähere Organisation" der Stiftung zu beschliessen. Der Stiftungsrat verwaltete das Vermögen im Rahmen von direkten und indirekten Anlagen (Anlagestiftung) selbst. Mit Hinweis auf das Vorliegen von übersichtlichen Verhältnissen verzichtete der Stiftungsrat auf ein Anlage- und ein Organisationsreglement, wobei hierbei auch auf die abnehmende Tendenz der Bilanzsumme (Leistungsausrichtung ohne Zufluss ordentlicher Beiträge seit 1985) hingewiesen wurde (act. G 1.2/4I [Anhang zur Jahresrechnung 1996]). Die Pflicht des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung (Stiftungsrat), ein Anlagereglement (über Ziele, Grundsätze, Organisation und Verfahren der Vermögensanlage) zu erlassen, ist nunmehr in Art. 49a BVV 2, in Kraft seit 1. Januar 2009, ausdrücklich statuiert. Für den hier zur Diskussion stehenden Zeitraum von 1985 bis 1995 wurde der Erlass eines Anlagereglements gegebenenfalls als empfehlenswert bezeichnet (vgl. Helbling, a.a.O., 580, 597). Eine diesbezügliche Verpflichtung bestand jedoch nicht und es fehlte damals auch die aktuell allseits vorhandene "Sensibilisierung" hinsichtlich der Anlagetätigkeit von Pensionskassen. Aus dem Umstand, dass der Beklagte beim Stiftungsrat nicht den Erlass eines Anlagereglements angeregt bzw. den Erlass eines solchen verlangt hatte, kann ihm somit kein Vorwurf gemacht werden.

3.4 Nach Art. 54 lit. c BVV 2 (in der von 1985 bis 1989 und wiederum ab April 1991 gültigen Fassung) galt für Anlagen in Liegenschaften in der Schweiz und Beteiligungen an

Immobilien-gesellschaften eine Begrenzung von 50% am Gesamtvermögen der Vorsorgeeinrichtung. Nach dem Bundesbeschluss über Anlagevorschriften für Einrichtungen der beruflichen Vorsorge und für Versicherungseinrichtungen vom 6. Oktober 1989 hatte bis zu dessen Aufhebung am 28. März 1991 eine Quote von 30% gegolten (vgl. dazu Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 16 Rz 95). Nach Art. 57 Abs. 2 BVV 2 dürfen ungesicherte Anlagen beim Arbeitgeber 20% des Vermögens der Vorsorgeeinrichtung nicht überschreiten. Die Vorsorgeeinrichtung darf im Einzelfall von den Artikeln 53-55 und 57 nur abweichen, wenn besondere Verhältnisse dies rechtfertigen und die Erfüllung des Vorsorgezwecks nicht gefährdet ist (Art. 59 Abs. 1 BVV 2). Sie muss die Abweichung bei der jährlichen Berichterstattung an die Aufsichtsbehörde fachmännisch begründen (Art. 59 Abs. 2 BVV 2). Sind die Voraussetzungen für eine Abweichung nicht erfüllt oder erbringt die Vorsorgeeinrichtung keine genügende Begründung, so verlangt die Aufsichtsbehörde eine Anpassung der Vermögensanlage (Art. 60 Abs. 1 BVG). Nach Lehre, Aufsichtspraxis und Rechtsprechung müssen auch bei Einhaltung der Grenzwerte nach Art. 54 und 57 BVV 2 die allgemeinen Sicherheitsanforderungen von Art. 71 BVG beachtet werden, d.h. es wird bei Darlehen an die Stifterfirma die Bonität der Firma verlangt (Bruno Lang, Anlagen beim Arbeitgeber, SZS 1987, 72; Martin th. Eisenring, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, 1999, 162; Thomas Geiser, Haftung für Schäden der Pensionskassen: Überblick über die Haftungsregeln bei der 2. Säule, in: Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, 2001, 90). Das Bundesgericht hat die Missachtung der speziellen Anlagevorschriften von Art. 53 ff. BVV 2 als "jedenfalls" widerrechtlich beurteilt (BGE 128 V 124 E. 4d/aa), aber darüber hinaus auch die Einhaltung allgemeiner Sorgfaltspflichten verlangt (BGE 132 II 144 E. 1.3; in BGE 122 IV 279 E. 2c wurde mit der Gewährung ungesicherter Darlehen ein Vermögensschaden im Sinne von aArt. 159 StGB bejaht, "und zwar unabhängig von der Nichtbeachtung der Grenze von 20 Prozent"; in SZS 2009, 473 [9C\_579/2007] E. 4.2.1 wurde einerseits eine Verletzung von Art. 57 Abs. 2 BVV 2 und zugleich in E. 4.3.3 ein Verstoß gegen die allgemeinen Sorgfaltspflichten festgestellt). Danach darf das Stiftungsvermögen nur dann und so lange beim Arbeitgeber angelegt werden, als es dadurch nicht gefährdet ist. Andernfalls haben die Organträger der Vorsorgeeinrichtung - unabhängig von allfälligen vertraglichen Kündigungsfristen - sofortige Sicherstellung oder Rückzahlung zu verlangen, selbst wenn dadurch die finanzielle Lage der Stifterfirma verschärft wird. Eine Gefährdung der Vermögensanlage beim Arbeitgeber ist dann anzunehmen, wenn die Bonität der Stifterfirma nicht mehr gegeben ist. Die Organträger der Vorsorgeeinrichtung haben daher die wirtschaftliche Situation der Arbeitgeberfirma periodisch zu überprüfen und sich die dafür notwendigen Informationen - regelmässig die Bilanz und Jahresrechnung der Stifterfirma - zu beschaffen (SZS 2009, 473 [9C\_579/2007] E. 4.3.1). 3.4.1 Aus den Stiftungsrechnungen der Klägerin von 1985 bis 1995 ist zum einen ersichtlich, dass die Liegenschaften zu einem im Zeitverlauf schwankenden Anteil (zwischen rund 25 und 60%) fremdfinanziert waren (vgl. act. G 1.2/4a-1). Zum anderen betrug der Anteil Liegenschaften Ende 1985 (rund 8 Mio. Franken) am Gesamtvermögen (rund 10 Mio. Franken) knapp 80% (vgl. act. G 1.2/4a) und überschritt somit bereits zu Beginn der Kontrollstellentätigkeit des Beklagten bei der Klägerin den Grenzwert von 50% erheblich. Dabei handelte es sich allerdings nicht um eine Situation, welche sich kurzfristig, d.h. erst im Jahr 1985, so ergeben hatte. Vielmehr dürfte sie bereits in den früheren Jahren (seit 1975) bestanden haben, was von der Klägerin denn auch nicht in Abrede gestellt wird und zum Teil auch aus den Akten (vgl. Bilanz der Klägerin per 31. Dezember 1984; enthalten in act. G 22.1/30)

ersichtlich ist. In den Jahren 1986 und 1987 lag der Liegenschaftsanteil in vergleichbarer Höhe (act. G 1.2/4b, 4c). 1988 und 1989 betrug er noch rund 65% (act. G 1.2/4d, 4e). In der Stiftungsrechnung 1990 wurde ein Liegenschaftsanteil von 50.4% - neben einer Beteiligung bei der Stifterfirma mit einem Anteil von 20% am Gesamtvermögen - ausgewiesen (act. G 1.2/4f). 1991 betrug die Liegenschafts-Quote 51.7% und diejenige der Beteiligung bei der Stifterfirma 17.4% (act. G 1.2/4g). 1992 stieg die Liegenschafts-Quote auf 63.2%, und es waren rund 19% des Stiftungsvermögens bei Stifterfirmen angelegt (3.5% KK-Darlehen und 13.5% Darlehen an D.\_\_\_\_ Immobilien AG; act. G 1.2/4h S. 3). In den Folgejahren beliefen sich die Liegenschafts-Quoten auf 66.6% (1993; act. G 1.2/4i), 61.7% (1994; act. G 1.2/4j) und 58.2% (1995; act. G 1.2/4k).

3.4.2 Bei diesem Sachverhalt ist festzuhalten, dass die Grenzwerte der BVV 2 für den Grundstück-Anteil bei der Klägerin in den hier zur Diskussion stehenden Jahren von 1985 bis 1995 nicht eingehalten waren, wobei der Beklagte in einzelnen Kontrollstellenberichten darauf hinwies, dass es sich um Grundstücke mit Personalwohnungen handle, für welche in den Jahren 1989 bis 1991 ein höherer Grenzwert (80%) zur Anwendung gekommen war (vgl. act. G 25.2). Nicht aus den Akten ersichtlich ist dabei, um welchen Anteil an Personalwohnungen am gesamten Liegenschafts-Bestand es sich gehandelt hatte. Die Grenzwerte für ungesicherte Anlagen bei der Stifterfirma erfüllten - mit Ausnahme des Jahres 1987 (vgl. act. G 25.1) - die Vorgaben der BVV 2. Der Beklagte lässt vorbringen, die Klägerin habe insbesondere ab 1992 ihren Liegenschaftsanteil massiv reduziert und die dabei erzielten Erträge zur Rückzahlung von Hypotheken verwendet, was dazu geführt habe, dass der Anteil Liegenschaften trotz dieser Bemühungen nicht unter 50% gesunken sei, weil sich auch die Bilanzsumme entsprechend reduziert habe. Diese Problematik habe auch die Aufsichtsbehörde in ihrer Verfügung vom 6. August 1996 erkannt. Das Problem sei bekannt gewesen und lange vor seiner Tätigkeit angelegt worden. Eine Meldung der Kontrollstelle an die Aufsichtsbehörde hätte nichts zur Begrenzung des heute behaupteten Schadens beitragen können. Er habe immer wieder darauf hingewiesen, dass Gegenmassnahmen notwendig seien, und die Aufsichtsbehörde sei bereits tätig geworden (Beweisantrag: Amtsauskunft der Stiftungsaufsicht über ihre Kenntnisse und Korrespondenzen betreffend die Liegenschaftsanteile der Klägerin in den Jahren 1985 bis zur Liquidationsverfügung). Dass die Klägerin aufsichtsrechtlich dazu verdammt worden sei, ihren Liegenschaftsanteil ausgerechnet in einer Tiefpreisphase massiv und überstürzt zu reduzieren, könne wohl kaum dem Beklagten zur Last gelegt werden. Er (der Beklagte) sei der Auffassung, dass die Klägerin durch ein längeres Halten der fraglichen Liegenschaften einen wesentlichen Beitrag zur Schadenminderung hätte leisten können und müssen (Beweisantrag: Gutachten über die hypothetische Wertentwicklung der Liegenschaften, wenn in den Jahren 1990 bis heute keine Verkäufe getätigt worden wären; act. G 14 S. 5). Bemühungen der Klägerin, die Liegenschaften zu verkaufen und damit die Liegenschafts-Quote zu senken, sind insofern aus den Akten ersichtlich, als gemäss Stiftungsrechnungen 1994 und 1995 der Liegenschaften-Bestand und deren Buchwerte im Vergleich zu den Vorjahren beträchtlich abgenommen hatten. Einschränkend ist hier jedoch zu beachten, dass auch erhebliche Abschreibungen auf den Liegenschaften vorgenommen und damit die Buchwerte auch aus diesem Grund vermindert worden waren. Auf die Liegenschafts-Quote wirkten sich die tieferen Liegenschafts-Buchwerte deshalb nicht erheblich aus, weil gleichzeitig auch die Bilanzsumme (aus anderen Gründen) gesunken war (act. G 1.2/4j und 4k S. 5). Im Weiteren ist anzumerken, dass die Bestimmungen von Art. 49-60 BVV 2 erst seit 1997 auch für die nichtregistrierten Personalvorsorgestiftungen galten (vgl. Helbling, a.a.O. 588f, mit

Hinweis auf die 1997 erfolgte Ergänzung von Art. 89 bis Abs. 6 ZGB, sowie ders., 595). Die Klägerin, welche keine Leistungen gemäss BVG erbrachte, war in den Jahren von 1985 bis 1995 und auch danach nicht im Register für berufliche Vorsorge (vgl. Art. 48 BVG) eingetragen (act. G 1.2/4l [Anhang zur Jahresrechnung 1996]). Dies hat zur Folge, dass die erwähnten Grenzwerte hier jedenfalls nicht unmittelbar zur Anwendung gebracht werden können. Dessen ungeachtet ist die Vermögensanlage jedoch unter dem Aspekt der allgemeinen Sorgfaltspflicht (vgl. vorangehend E. 3.4) zu betrachten, was für die Klärung der Frage der vernünftigen Risikoverteilung indirekt wiederum eine Orientierung an Grenzwerten nötig macht. Auch nichtregistrierte Einrichtungen haben ihr Vermögen so zu verwalten und anzulegen, dass die Sicherheit, ein genügender Ertrag sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfs an flüssigen Mitteln gewährleistet sind. In den Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 13 vom 13. November 1989 (Rz 86) stellte sich das Bundesamt für Sozialversicherung auf den Standpunkt, dass die Anlagerichtlinien gemäss BVV 2 auch hier heranzuziehen seien, dass jedoch bei nichtregistrierten Einrichtungen hinsichtlich der Ausnahmeklausel von Art. 59 BVV 2 eine grosszügigere Praxis als bei den registrierten Einrichtungen Platz greifen solle. 3.4.3 Die Klägerin macht geltend, es seien nachteilige Anlageentscheide im Interesse der Stifterfirma erfolgt. Trotz des übersetzten Liegenschaftensanteils am Vermögen seien für die Klägerin immer wieder Liegenschaften zugekauft worden. Der Liquidator der Klägerin habe sämtliche Transaktionen ab 1985 untersucht und sei dabei auf keinen Fall gestossen, bei dem ein Objekt nicht von der Unternehmensgruppe der Stifterfirma, sondern von dritter Seite erworben worden wäre. Motiv für diese Zukäufe seien offensichtlich Interessen des verkaufenden Unternehmens gewesen, denn die Käuferin habe keines gehabt. Es sei der Stifterfirma darum gegangen, wenig attraktive Objekte abzustossen und gleichzeitig Liquidität zu beschaffen (Beweisantrag: Edition der Verwaltungsratsprotokolle der Stifterfirma). Bei den Liegenschaftskäufen habe es sich ausnahmslos nicht um attraktive Renditeobjekte, sondern um Problemfälle gehandelt. Die bezahlten Preise seien übersetzt gewesen. Der Liegenschaftenshandel mit der Stifterfirma sei für die Klägerin in jedem Fall verlustbringend gewesen. Gemäss den Jahresrechnungen (act. G 1.2/4f-k) hätten für die Klägerin denn auch durchwegs bescheidene Anlageerfolge mit einem jährlichen Reingewinn von Fr. 15'000.-- im Siebenjahresdurchschnitt resultiert. Stille Reserven habe es Ende 1996 (wenn überhaupt) mit Sicherheit weniger als Anfang 1990 gegeben. Damit stehe fest, dass die Wertschriftenerfolge bei der Klägerin durch Verluste auf den Liegenschaftensanlagen mehr als aufgeessen worden seien. Aus den Stiftungsrechnungen ergebe sich, dass das Vermögen der Klägerin in nicht unerheblichem Umfang in Wohnbaugenossenschaften investiert worden sei (Wertschriftenverzeichnisse in act. G 1.2/4a-k). Die Beteiligung an der Wohnbaugenossenschaft F.\_\_\_\_ sei im Interesse der G.\_\_\_\_ AG, einer Gruppengesellschaft der Stifterfirma, erfolgt, der dadurch Aufträge hätten gesichert werden können. Generell eigne sich die Beteiligung an einer Handwerker-gesellschaft als Anlage für eine Pensionskasse (wegen des Verlustpotentials) nicht. Der Präsident der Stifterfirma und der Klägerin habe bei Liegenschaftsverkäufen an die Klägerin jeweils explizit die Gewährleistung einer durchschnittlichen Minimalrendite von 4% auf dem eingesetzten Kapital zugesichert. Die Garantiezusicherungen seien im Stiftungsrat regelmässig global bestätigt worden (act. G 1.1/6j, 6n, 6o, 6r). Auf den Beteiligungen an Wohnbaugenossenschaften sei eine Rendite von 5% garantiert worden (act. G 1.1/6g, 6r S. 4 Ziff. 9). Dass trotz dieser Garantiezusicherungen Schaden entstanden sei, liege daran, dass sie nicht eingehalten worden seien. Zwar seien auf den betreffenden Anlageobjekten

Ergebnisse, die unter dem versprochenen Renditesatz gelegen hätten, jeweils aufgestockt worden. Anschliessend seien aber zulasten der klägerischen Erfolgsrechnung, ohne Erstattung durch die garantierende Stifterfirma, Abschreibungen vorgenommen und die Rendite fortan auf dem reduzierten Buchwert berechnet worden. Nachdem die Gruppengesellschaften in Nachlassliquidation gefallen seien, seien die Garantien nicht mehr erfüllt worden. Soweit die Klägerin im Rahmen der Renditegarantien Zahlungen erhalten habe, würden sie bei der Schadensberechnung berücksichtigt. Der Schaden hätte nicht entstehen dürfen, wenn die Garantieverprechen das zur Folge gehabt hätten, was sie suggerierten, nämlich Rendite nach Abschreibungen zu generieren, ohne das Risiko, durch Wertebussen trotz Garantie Verluste einzufahren (act. G 1 S. 9-18). Die Klägerin lässt in diesem Zusammenhang fünf Fälle darlegen: 3.4.4 Das Mehrfamilienhaus H.\_\_\_\_, I.\_\_\_\_, habe sie 1985 von der Stifterfirma für 1.25 Mio. Franken gekauft. Sanierungsarbeiten und wertvermehrende Investitionen hätten den Anlagewert auf 1.37 Mio. Franken ansteigen lassen. Der Verkaufserlös im Jahr 1998 habe 1 Mio. Franken betragen (act. G 1.1/9, 10, 11a-c [Abrechnungen über Mietzinszuschüsse 1993-1995]). Der Kaufpreis sei mit der Renditegarantie von 4% gerechtfertigt worden, wobei nur eine Soll-Rendite, nicht jedoch die effektiven Mieteinnahmen angegeben worden seien (act. G 1 S. 13 mit Hinweis auf act. G 1.1/6a). Der Schaden ergebe sich aus der Differenz zwischen Anlagewert und Verkaufserlös (Fr. 370'000.--) und den Handänderungskosten von Fr. 56'250.-- (pauschal 5% vom Mittelwert von Fr. 1'125'000.--), d.h. insgesamt Fr. 426'000.-- (act. G 1 S. 13). Die Liegenschaft J.\_\_\_\_, K.\_\_\_\_, wurde von der Klägerin 1992 für 1.4 Mio. Franken gekauft und 1996 für Fr. 960'000.-- verkauft (act. G 1.1/12f). Die Klägerin macht geltend, der Kaufpreis sei massiv übersetzt gewesen; die Renditegarantie (Aufbesserung von 4%) habe auch hier im Vordergrund gestanden (act. G 1.1/6m S. 2). Den Schaden beziffert sie mit Fr. 538'000.-- (Erlösdifferenz von Fr. 440'000.--, Handänderungskosten von Fr. 59'000.-- [pauschal 5% auf dem mittleren Preis], entgangener Gewinn für die Zeit nach dem Verkauf bis zum Liquidationsdatum von Fr. 39'000.--; act. G 1 S. 14). Von 1991 bis 1994/1995 hielt die Klägerin zwei Wohnungen in der Überbauung L.\_\_\_\_, M.\_\_\_\_, welche von der zur Stifterfirma gehörenden D.\_\_\_\_-Immobilien AG (vgl. dazu act. G 1.1/4c S. 3, 4d S. 19 unten) für Fr. 344'700.-- und Fr. 359'497.-- erworben worden waren. Die Klägerin hält fest, wegen schlechter Rendite habe die Stifterfirma namhafte Mietzins-Zuschusszahlungen (Aufbesserung der Rendite auf 4%) geleistet (act. G 1.1/14-a-c). Aufgrund des Verkaufs der beiden Liegenschaften habe - bei Verkaufserlösen von Fr. 340'000.-- und Fr. 370'000.-- und Verkaufskosten von Fr. 13'600.-- und Fr. 56'022.-- - ein Verlust von Fr. 63'824.-- resultiert (act. G 1 S. 15 mit Hinweis auf act. G 1.1/15a-c). Eine alternative Schadensberechnung (angeführt in act. G 1 S. 15f) führe zum gleichen Ergebnis. Die Liegenschaften N.\_\_\_\_ und O.\_\_\_\_, I.\_\_\_\_, erwarb die Klägerin von der Stifterfirma 1996 für zusammen 1 Mio. Franken (act. G 1.1/16f). Soweit die Klägerin aus diesem Kauf einen Schaden geltend macht - gesprochen wird insgesamt von Fr. 487'000.-- (act. G 1 S. 16-18 mit Hinweisen auf act. G 1.1/4l Beilage III/3, 19a, 19b und 20a-u) - ist sie von vorneherein nicht zu hören, weil der Beklagte das Kontrollstellenmandat nur bis 1995 ausgeübt hatte. Die Klägerin lässt im Weiteren darlegen, ihre Beteiligung an der Wohnbaugenossenschaft F.\_\_\_\_ sei 1989 von Fr. 60'000.-- auf Fr. 160'250.-- (Wertschriftenverzeichnisse in act. G 1.1/4e, 4f) und 1992 auf Fr. 240'250.-- (act. G 1.1/4h, 4i) aufgestockt worden. Im Stiftungsrat hätten diese Vorgänge keinen Nachhall gefunden (act. G 1 S. 18 mit Hinweis auf act. G 1.1/6g, 6l-6n). Die Beteiligung habe auf Null abgeschrieben werden müssen, nachdem Banken und das Bundesamt für Wohnungswesen für diesen Fall Forderungsverzichte bzw. Zuschüsse von

über 3 Mio. Franken in Aussicht gestellt hätten (act. G 1.1/21). Zum Kapitalverlust von Fr. 240'250.-- kämen 5% Renditeausfall für zwei Jahre von Fr. 16'000.-- (berechnet auf Fr. 160'250.--) und von Ende 1992 bis zum Liquidationsdatum von Fr. 61'000.-- (5% auf 240'250.-- für 61 Monate). Hieraus ergebe sich der Gesamtschaden von Fr. 317'000.-- (act. G 1 S. 18 unten).

3.4.5 Der Beklagte wies in seiner Funktion als Kontrollstelle der Klägerin in seinen jährlichen Berichten jeweils klar darauf hin, dass die Stiftungsrechnung nur unter dem Vorbehalt der nicht eingehaltenen Grundstücks-Quote genehmigt werden könne (act. G 1.2/4b-k Anhänge; act. G 25.1-25.3). Mit der Anbringung eines Vorbehalts im erwähnten Sinn (zu hoher Liegenschaftsanteil) genügte er seiner Aufgabe als Kontrollstelle, die Rechtmässigkeit der Anlage des Vermögens zu überprüfen (Art. 35 Abs. 2 BVV 2), insofern, als dadurch der Entscheidungsträger (Stiftungsrat) klar über die Situation informiert war und entsprechend hätte handeln können (vgl. dazu BGE 137 V 446 E. 6.2.2). Nach Lage der Akten waren auch der Aufsichtsbehörde die konkreten Verhältnisse zweifellos bekannt (vgl. act. G 25.1). Ein zureichender Anlass für den Beklagten, die Jahresrechnung allein mit Blick auf den (zu) hohen Liegenschafts-Anteil zurückzuweisen, war nicht gegeben, zumal die Quoten wie dargelegt für die nichtregistrierte Klägerin keine absolute Geltung hatten. Die Bestimmung, wonach die Kontrollstelle bei Vorsorgeeinrichtungen, die über die Anlagelimiten hinaus gemäss Art. 59 Abs. 1 BVV 2 Anlagen tätigen, zu prüfen hat, ob in einem Bericht der Vorsorgeeinrichtung "die Einhaltung des Art. 50 BVV 2 schlüssig dargetan werden kann" (Art. 59 BVV 2 in der Fassung gemäss Ziff. 1 der Verordnung vom 20. März 2000, AS 2000 1265), trat erst lange nach Beendigung des Kontrollstellen-Mandats des Beklagten in Kraft und fällt hier somit ausser Betracht.

3.4.6 Der Beklagte legt dar, die Klägerin habe die von der Stifterfirma übernommenen Liegenschaften mehrheitlich mit zum Teil erheblichen Buchgewinnen veräussern können. In den Jahren 1991 bis 1996 habe die Klägerin mit diesen Liegenschaften und deren Veräusserungen (sowie auch mit der Rendite derselben) cash-flows zwischen Fr. 125'000.-- (1991) und Fr. 315'000.-- (1994) erzielen können. Es könne keine Rede davon sein, dass die von der Klägerin aufgebauchten Einzelfälle zu einer gesamtheitlich schlechten Ertragslage oder zu einem Ansteigen von Problemen geführt hätten. Die Probleme hätten erst mit dem für alle Seiten überraschenden Nachlassverfahren über die Stifterfirma und den damit verbundenen Massenentlassungen begonnen. Um all diesen Arbeitnehmern ihre Freizügigkeitsleistungen bezahlen zu können, habe die Klägerin - vollkommen unvorhersehbar - ihren Liegenschaftsanteil zum ungünstigsten Zeitpunkt liquidieren müssen, nämlich inmitten eines noch nie dagewesenen Crashes auf dem Liegenschaftsmarkt. Dass es unter diesen Umständen zu Verlusten gekommen sei, die sich zudem erst nach der Amtsdauer des Beklagten verwirklicht hätten, könne nicht ihm zur Last gelegt werden (act. G 1 S. 7). Fest steht in diesem Zusammenhang, dass das freie Stiftungsvermögen in der erwähnten Zeitperiode von Fr. 303'000.-- (1991) auf Fr. 540'000.-- (1995), jeweils nach Berücksichtigung des Reinertrags, anstieg (act. G 1.2/4g S. 6, 4h S. 5, 4i S. 4, 4j S. 7). In den Jahren 1990, 1994 und 1995 wurden aus Liegenschafts-Verkäufen Gewinne von Fr. 80'367.--, Fr. 320'438.75 und Fr. 124'261.55 (act. G 1.2/4f, 4j und 4k) verbucht. Aus der Liegenschaftsvermietung ergaben sich in den Jahren 1991 bis 1995 Netto-Renditen (Verhältnis Bilanzwert der Liegenschaften zum Gewinn aus Liegenschaften) von rund 2.5% (1991; vgl. act. G 1.2/4g; Fr. 4'246'400.-- im Verhältnis zu Fr. 105'182.60), rund 1.5% (1992; act. G 1.2/4h), knapp 2% (1993; act. G 1.2/4i) und rund 3% (1994 und 1995; act. G 1.2/4j, 4k). Diese - wenn auch nicht sehr hohen - Nettorenditen auf der Liegenschaftsvermietung deuten für sich allein nicht auf ein

unsorgfältiges Vorgehen oder sonstige Unregelmässigkeiten bei der Liegenschaftsverwaltung hin. Sodann ergibt sich - wie der Beklagte zu Recht geltend machen lässt - aus jeder unternehmerischen Tätigkeit die Möglichkeit von (künftigen) Verlusten. Allein hieraus resultiert noch keine Haftbarkeit von Organen einer Stiftung. Es war sodann auch nicht Aufgabe des Beklagten, in seiner Funktion als Kontrollstelle einzelne Liegenschaftsgeschäfte auf ihre Vorteilhaftigkeit bzw. Rentabilität zu überprüfen, soweit keine Anhaltspunkte für ein unrechtmässiges Handeln der Stiftungsorgane bestanden (BGE 137 V 446 E. 6.2.3). Er hatte aufgrund der Aktenlage keine Anhaltspunkte dafür, dass die Liegenschaften unter sonst gleichen Umständen von der Klägerin nicht auch erworben worden wären, wenn es sich bei der Verkäuferin nicht um die Stifterfirma gehandelt hätte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_997/2009, a.a.O., E. 6.3). Soweit beispielsweise bei Liegenschaftsverkäufen eine Differenz zwischen Anlagewert und Verkaufserlös bestand, kam die Funktion des Beklagten, die Rechtmässigkeit, d.h. die Gesetzes-, Verordnungs-, Weisungs- und Reglementsconformität der Geschäftsführung, des Rechnungswesens und der Vermögensanlage zu prüfen, zum vornherein nicht zum Tragen. Die Frage, ob die Liegenschaftskäufe oder -verkäufe im Zeitpunkt ihrer Vornahme als vom Entgelt her als vorteilhaft betrachtet werden konnten, gehörte nicht zu der von ihm vorzunehmenden Rechtmässigkeitsprüfung. Rechts- bzw. vertragswidrige Handlungen/Unterlassungen des Beklagten sind somit in diesem Zusammenhang nicht belegt. Auch der Umstand, dass die Vermietung der Objekte mit den bei einer Liegenschaftsverwaltung üblichen Problemen (unter anderem bei der Vermeidung von Leerständen) verbunden gewesen sein dürfte, bildet keine Grundlage, dem Beklagten im Zusammenhang mit dem Erwerb der erwähnten Liegenschaften rechtswidrige Handlungen/Unterlassungen vorzuwerfen.

3.5 Die Klägerin richtete nach 1985 gestützt auf Art. 13-17 ihres Reglements im Wesentlichen reguläre, mit einem Umwandlungssatz von 7.2% auf dem Sparguthaben berechnete Renten sowie Bedürftigkeits-Zusatzrenten aus. Die Hinterlassenenrenten betragen 60% der abgelösten Rente und wurden lebenslänglich ausgerichtet (act. G 1.1/22f, 1.1/6b S. 3 sowie vorstehende E. 1). Die Klägerin macht geltend, für die zum Satz von 7.2% berechneten Renten sei kein Rentendeckungskapital gebildet und als Rückstellung passiviert, sondern die einzelnen Sparguthaben in der Bilanz weitergeführt und (um die jährliche Rentenzahlungen) reduziert worden. Nach Erschöpfung des Sparkapitals seien die Leistungen nicht eingestellt worden, was nach dem Reglement an sich möglich gewesen wäre. Die Renten seien ausnahmslos weiter ausgerichtet worden, nun als sogenannte "freiwillige" Renten. Aus dieser Praxis habe eine beträchtliche Rentenkapital-Unterdeckung resultiert. Bei korrekter Bilanzierung hätte sich der Stiftungsrat gezwungen gesehen, den Reservefonds vorerst für die Behebung der Unterdeckung zu verwenden und andere Verwendungszwecke hintanzustellen (act. G 1 S. 20f mit Hinweis auf act. G 1.1/24).

3.5.1 Die Bilanz der Klägerin per 31. Dezember 1983 enthielt die Positionen Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge im Betrag von Fr. 861'424.95 sowie freies Stiftungskapital von Fr. 155'746.80. Vom letztgenannten Posten war in jenem Jahr ein "Übertrag Mutationsgewinne 1980-1983 auf Arbeitgeberbeitragsreserve" im Betrag von Fr. 201'565.-- (d.h. ein Abzug in dieser Höhe) erfolgt (act. G 1.1/25 S. 4f). Der Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge wurde somit - neben Beiträgen der Stifterfirma - damals auch durch Umbuchung aus dem freien Stiftungskapital gespeist. Solche Umbuchungen waren damals noch zulässig, sind es jedoch seit 1985 nicht mehr (vgl. Helbling, a.a.O., 192-194, Art. 331 Abs. 3 OR, Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 5, Rz 29 und SVR-BVG 2011 Nr. 20, 74; H.U. Stauffer, Berufliche Vorsorge, 2005, 548). Sodann ist zu

beachten, dass die vom Arbeitgeber auf Anrechnung an seine künftigen Beitragspflichten gegenüber der Pensionskasse erbrachten Zahlungen (Arbeitgeberbeitragsreserven) ins Vermögen der Vorsorgeeinrichtung übergehen. Der Arbeitgeber kann zwar weiterhin über die Verwendung dieser Mittel durch die Vorsorgeeinrichtung mitbestimmen, sie bleiben aber für Zwecke der beruflichen Vorsorge gebunden (Mitteilungen über die berufliche Vorsorge Nr. 118, Rz 755 [Urteil 9C\_756/2009]). Einmal eingebrachte Arbeitgeberbeitragsreserven dürfen daher z.B. bei Auflösung eines Anschlussvertrags nicht an den Arbeitgeber zurückfliessen, sondern müssen als frei gewordenes Vermögen der Vorsorgeeinrichtung bei einer Sammel- oder Gemeinschaftseinrichtung nach einem sachgerechten Verteilschlüssel den versicherten Personen gutgeschrieben werden. Sodann kommt eine (paritätische) Finanzierung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen mit freien Mitteln in Betracht, wenn die Senkung der Beiträge von dauerhaftem Charakter ist. Bei Vorsorgeeinrichtungen im Leistungsprimat werden zudem auch temporäre Beitragssenkungen als zulässig erachtet, da dadurch die Leistungen nicht betroffen sind (Stauffer, a.a.O., 549).

3.5.2 Gemäss der Stiftungsrechnung 1989 wies der Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge einen Betrag von Fr. 1'215'211.80 auf (act. G 1.2/4e S. 6, 12). Per Ende 1990 wurde der Reservefonds noch mit Fr. 972'921.60 angegeben (act. G 1.2/4f S. 6). Diese Verminderung hatte ihre Ursache in einer "Rückzahlung" an die Stifterfirma im Betrag von Fr. 250'000.-- (act. G 1.2/4f S. 12), welche gemäss Stiftungsrats-Protokoll vom 21. November 1989 für die Auszahlung von Gratifikationen an die Mitarbeiter (mit Verteilschlüssel nach Anzahl Dienstjahren) anlässlich eines Firmenjubiläums im August 1990 - und damit für einen vorsorgefremden Zweck - zur Verwendung stand (act. G 1.1/6g S. 1). Wenn der Beklagte geltend machen lässt, der Betrag von Fr. 250'000.-- sei von der Stifterfirma bei der Schweizerischen Rentenanstalt zu Vorsorgezwecken einbezahlt worden (act. G 14 S. 10), so kann dies, soweit es um den im Stiftungsrats-Protokoll vom 21. November 1989 genannten Betrag geht, offensichtlich nicht zutreffen; die Einholung von Unterlagen bei der damaligen Rentenanstalt (heute Swiss Life) vermöchte hier nichts anderes zu belegen. Das erwähnte Vorbringen des Beklagten dürfte sich vielmehr auf die (nachstehend noch zu schildernden) Vorgänge im Jahr 1995 beziehen. In der Stiftungsrechnung 1991 wurde der Reservefonds in der Folge mit Fr. 889'180.05 angegeben (act. G 1.2/4g S. 6), wobei die erneute Verminderung im Vergleich zum Vorjahr im Wesentlichen durch die Abzugsposten "Vorsorge Polierverträge" (Fr. 35'623.20), "Mindestverzinsung 4% Beteiligung KHG AG" (Fr. 39'534.--) sowie "Subv. H.\_\_\_\_" und "Subv. L.\_\_\_\_" (zusammen rund 47'000.-- Franken) begründet war (act. G 1.2/4g S. 12). Auch 1992 ergab sich - aus denselben Gründen - eine Verminderung des Reservefonds (act. G 1.2/4h S. 5 und 11). Die Abdeckung der von der Stifterfirma gewährten Renditegarantie auf den Geldanlagen der Stiftung (vgl. dazu vorstehend 3.4.3) erfolgte somit 1991 und 1992 (teilweise) durch Arbeitgeberbeitragsreserven. In den Folgejahren 1993 und 1994 erhöhte sich der Reservefonds wieder, wobei in den entsprechenden Stiftungsrechnungen jeweils wiederum ein Abzugsposten "Vorsorge Polierverträge" aufgeführt wurde (act. G 1.2/4i S. 10, 4j S. 13). Von dem per Ende 1994 bestehenden Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge im Betrag von Fr. 859'878.05 (act. G 1.2/4j S. 7) wurden 1995 Fr. 400'000.-- als "Rückzahlungen" verwendet (vgl. act. G 1.2/4k S. 12; Summe aus vier Teilbeträgen). (Gemäss Stiftungsrechnung 1996 war der verbleibende Reservefonds [Fr. 497'896.55] nochmals für die Deckung von Arbeitgeberbeiträgen im Rahmen des BVG [die Klägerin versicherte keine BVG-Leistungen; vgl. act. G 1.2/4l S. 6] vollständig geräumt worden; act. G 1.2/4l S. 9).

3.5.3 Unbestritten ist, dass für die vorerwähnten

Überweisungen/Abbuchungen aus dem Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge - abgesehen von einer Ausnahme - keine formellen (vorgängigen) Stiftungsratsbeschlüsse gefasst wurden (vgl. act. G 1.1/6a-u). Gemäss dem bereits erwähnten Stiftungsrats-Protokoll vom 21. November 1989 beschloss der Stiftungsrat eine Verwendung des Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge für die Auszahlung von Gratifikationen an die Mitarbeiter (mit Verteilschlüssel nach Anzahl Dienstjahren) anlässlich eines Firmenjubiläums im August 1990 (act. G 1.1/6g S. 1). Im Protokoll vom 4. Februar 1988 war sodann zwar festgehalten worden, dass mit dem Arbeitgeber-Beitragsreservefonds zukünftig auch die Arbeitgeberbeiträge der Stifterfirmen an die BVG-Sammelstiftung der Rentenanstalt bezahlt werden könnten (act. G 1.1/6e). Im Jahr 1995 wurde jedoch soweit ersichtlich kein entsprechender (konkreter) Verwendungsbeschluss gefasst (vgl. act. G 1.1/6q, 6r). Für die seit 1991 erfolgte Verwendung des Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge für die "Vorsorge Polierverträge" sind ebenfalls keine Stiftungsratsbeschlüsse ausgewiesen.

3.5.4 Die Belastung des Reservefonds zugunsten der Stifterfirma war in dem Umfang unzulässig, als sie nicht der Erfüllung des Zweckes bzw. der konkreten Aufgaben der klägerischen Stiftung diene. Der vom Beklagten geltend gemachte Umstand, wonach das noch unter altem Recht (bis 1984) geäußerte Geld für "Arbeitgeberleistungen" habe verwendet werden dürfen (act. G 14 S. 9), trifft an sich zu, ändert aber nichts daran, dass jedenfalls seit 1985 die als Arbeitgeberbeitragsreserven verbuchten Mittel für Zwecke der beruflichen Vorsorge gebunden waren. Der Beklagte erkannte in seiner Funktion als Kontrollstelle nicht, dass die von der Stifterfirma übernommene Renditegarantie mit Gewährleistung einer Minimalrendite von 4% auf dem eingesetzten Kapital bei Liegenschaften (vgl. dazu act. G 1.1/6j, 6n, 6o, 6r) und von 5% bei Beteiligungen an Wohnbaugenossenschaften (act. G 1.1/6g, 6r S. 4 Ziff. 9) zwar effektiv (buchhalterische) Guthaben der Klägerin bei der Stifterfirma bewirkt hatten, die entsprechenden Beträge/Ausstände jedoch - ohne Beschluss des Stiftungsrats - durch den Abzug von der Arbeitgeberbeitragsreserve "getilgt" wurden und so wieder an die Stifterfirma zurückflossen (vgl. vorstehend E. 3.5.1, 3.5.2). Dies bewirkte im Ergebnis die Unwirksamkeit (Neutralisierung) der Renditegarantie. Als Kontrollstelle hätte der Beklagte diesen Vorgang durchschauen und entsprechende Vorbehalte anbringen müssen. Die im Jahr 1995 erfolgte Verwendung des per Ende 1994 bestehenden Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge (act. G 1.2/4j S. 7) von Fr. 400'000.-- wurde mit dem Hinweis auf "Rückzahlungen" an die Stifterfirmen begründet (vgl. act. G 1.2/4k S. 12). Zu diesem Betrag äusserte sich der Beklagte nicht explizit (vgl. act. G 14 S. 15f). Insbesondere macht er nicht geltend, Arbeitgeberbeitragsreserven seien zur Milderung bzw. Behebung einer allfälligen Unterdeckung (vgl. dazu H. Wirz, Die Risikofähigkeit einer Pensionskasse, in: Schweizer Personalvorsorge 1996, 215ff, 220; Stauffer, a.a.O., 564) verwendet worden. Ein solcher Sachverhalt ist denn auch aus den Akten nicht ersichtlich. Hingegen ergibt sich aus dem Situationsbericht zur Anlage des Vermögens per 31. Dezember 1995, dass die Stifterfirmen den Betrag von Fr. 400'000.-- zur Finanzierung von BVG-Prämien bei der Rentenanstalt bezogen hatten (act. G 1.2/4k S. 3). Die Klägerin hatte seit 1985 keine BVG-Leistungen (Obligatorium) mehr versichert (hiermit war 1985 eine externe Sammelstiftung betraut worden; act. G 1.2/4l S. 6). Die Verwendung des Arbeitgeberbeitragsreserve-Fonds in den Jahren 1995 und 1996 für BVG-Arbeitgeberbeiträge war zwar aus formeller Sicht insofern abgedeckt, als nach Art. 3 Abs. 4 der Stiftungsurkunde auch Zuwendungen an andere dem Stiftungszweck dienende steuerbefreite Vorsorgeeinrichtungen gemacht werden konnten, denen die Stifterfirma angeschlossen ist. Insbesondere konnten auch reglementarische Arbeitgeberbeiträge an

solche Vorsorgeeinrichtungen finanziert werden (act. G 1.1/2). Jedoch handelte es sich bei der Klägerin seit 1985 um eine "beitragsfreie Sparkassen-Versicherung" ohne Zufluss von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen (act. G 1.1/23) und damit ohne aktive Versicherte. Ihre Aufgabe beinhaltete neben der Ausrichtung der stiftungseigenen Renten die Verwaltung des vorobligatorischen Sparkapitals des früheren Stammpersonals (vgl. Sachverhalt A.a). Die Verwendung des Arbeitgeberbeitragsreserve-Fonds im Jahr 1995 für BVG-Arbeitgeberbeiträge (betreffend Aktivversicherte) entsprach somit nicht ihrem Aufgabenbereich. Dies umso weniger, als die BVG-Beiträge auch zugunsten von Personen (Arbeitnehmern) finanziert wurden, welche zur Äufnung der von der Klägerin verwalteten vorobligatorischen Sparkapitalien keinen Beitrag geleistet hatten. Zudem wäre hier auch die Beitragsparität (gleichmässige Berücksichtigung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeiträgen; vgl. vorstehende E. 3.5.1) nicht eingehalten, da einzig Arbeitgeberbeiträge finanziert wurden. Aus den gleichen Überlegungen sind auch die Auszahlungen zugunsten der Stifterfirma seit Anfang der 1990er Jahre - vom Verwendungszweck her - insofern zu beanstanden, als sie der Übernahme von Arbeitgeberbeiträgen bei den Polierverträgen (1% des koordinierten Lohnes für die vorzeitige Pensionierung der Poliere; act. G 14 S. 10) zugutekamen und damit nicht im Rahmen des Vorsorgezwecks (einer Rentnerkasse) und ohne vorgängigen Stiftungsratsbeschluss verwendet wurden.

3.5.5 Nach Art. 14 des Reglements waren die durch die Spareinlagen der Mitglieder und der Firma angesammelten Beiträge durch die Stiftung zinstragend anzulegen. Als Mindestverzinsung wurde der Sparkassen-Zinsfuss der St. Gallischen Kantonalbank angegeben (act. G 1.1/22). Die Destinatäre hatten bei Eintritt des versicherten Risikos Anspruch auf das angesparte Kapital, gegebenenfalls umgewandelt in eine Rente (vgl. Art. 15f des Reglements). Dem Reglement lag somit ein Kapitaldeckungsverfahren vergleichbar demjenigen des BVG mit Ansparung von individuellen Altersguthaben, auf die ein Rechtsanspruch bestand, zugrunde (vgl. Art. 15 BVG). Die einzelnen Rentenskapitalien wurden denn auch in den Bilanzen aufgeführt (vgl. z.B. Bilanz per Ende 1984, enthalten in act. G 22.1/30). In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass die Klägerin seit 1985 verpflichtet gewesen wäre, einen anerkannten Experten für berufliche Vorsorge beizuziehen (Art. 53 Abs. 2 BVG in Verbindung mit Art. 89 bis Abs. 6 ZGB). Dies war im streitigen Zeitraum nicht der Fall, und der Beklagte hatte unbestritten auch nicht auf diesen Umstand hingewiesen. Ebenfalls hätte der Beklagte die nicht dem Stiftungszweck entsprechende und/oder ohne Stiftungsratsbeschluss von der Stifterfirma angeordnete Verwendung der Arbeitgeberbeitragsreserven ab 1990 rügen und die betreffenden Stiftungsrechnungen beanstanden müssen. Im dargelegten Zusammenhang und Umfang sind somit rechtswidrige Handlungen/Unterlassungen des Beklagten zu bejahen.

#### **E. 4**

Zwischen einem eingetretenen Schaden und dem Verhalten des Beklagten muss sodann ein adäquater Kausalzusammenhang (zum Begriff BGE 125 V 456 E. 5a mit Hinweisen) gegeben sein. - Hätte der Beklagte ab 1989 gegen die mit dem Stiftungszweck nicht zu vereinbarenden Abbuchungen aus der Arbeitgeberbeitragsreserve und die Neutralisierung der Renditegarantie (vgl. E. 3.5.2) - nötigenfalls mit entsprechender Fristansetzung (Art. 36 Abs. 2 BVV 2 und vorstehende E. 3.2) - interveniert und auf die Notwendigkeit der Behebung der Deckungslücke bzw. der Erfüllung des Garantieverprechens hingewiesen, hätte der Stiftungsrat überwiegend wahrscheinlich entsprechende Massnahmen in die Wege geleitet. Damit wäre überwiegend wahrscheinlich kein entsprechender Schaden entstanden.

Ein Kausalzusammenhang zwischen diesen Unterlassungen und dem Schaden wegen abgeflossener Mittel aus dem Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge ist damit zu bejahen.

## **E. 5**

In verschuldensmässiger Hinsicht genügt im Rahmen von Art. 52 BVG leichte Fahrlässigkeit. Diese liegt bei geringfügiger Verletzung der erforderlichen Sorgfalt vor, das heisst, wenn vom Sorgfaltsmassstab, den eine gewissenhafte und sachkundige Person in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben beachten würde, abgewichen wird. Was als (leichte oder grobe) Fahrlässigkeit anzusehen ist, muss im Einzelfall nach richterlichem Ermessen verdeutlicht werden; die Beantwortung der Frage beruht auf einem Werturteil (BGE 128 V 124 E. 4e mit Hinweisen). - Den Beklagten trifft im Zusammenhang mit den zweckwidrigen Entnahmen aus den Arbeitgeberbeitrags-Reserven der Klägerin insofern ein Verschulden, als er in seiner Funktion als Kontrollstelle die Rechtswidrigkeit dieser Handlungen hätte erkennen müssen. Jedenfalls bei unzureichender Sachkunde, aber auch unabhängig davon hätte er einen Experten für die berufliche Vorsorge beiziehen bzw. dessen Beizug verlangen müssen.

## **E. 6**

6.1 Zu prüfen bleibt die Höhe des Schadens (vgl. vorstehende E. 2.2). Nach Art. 73 Abs. 2 BVG hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen, auch wenn es um Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 52 BVG geht (Art. 73 Abs. 1 BVG). Es gilt somit der Untersuchungsgrundsatz, welcher besagt, dass das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zu sorgen hat. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Dazu gehört in Klageverfahren um Verantwortlichkeitsansprüche nach Art. 52 BVG auch die Substanziierungspflicht, welche beinhaltet, dass die wesentlichen Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen in den Rechtsschriften enthalten sein müssen (SZS 2001, 560, E. 1a/bb [B 61/00]; Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, S. 208). Dies gilt insbesondere hinsichtlich des eingeklagten Schadens, welcher vom Kläger auch in masslicher Hinsicht zu substantzieren ist. Andererseits obliegt es im Bestreitungsfall dem Beklagten, substantziiert darzulegen, weshalb der vom Versicherungsträger ermittelte Schadensbetrag unzutreffend ist (vgl. Martin Eisenring, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, Diss. Zürich 1999, 184f; ferner zu Art. 52 AHVG: ZAK 1991, 125 E. II/1b). Ungeachtet des Untersuchungsgrundsatzes kann es nicht Aufgabe des Gerichts sein, hinsichtlich eines lediglich summarisch geltend gemachten weiteren Schadens nähere Abklärungen zu treffen und die allfällige Schadenshöhe festzustellen. Vielmehr ist es Sache der beschwerdeführenden bzw. vorliegend der klagenden Partei, den Schaden auch in masslicher Hinsicht zu substantzieren (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 2. August 2007, B 11/06, E. 5.4). Bei Fehlen einer hinreichenden Substanziierung ist das Gericht nicht gehalten, sich mit jeder einzelnen der geltend gemachten Schadenspositionen näher auseinanderzusetzen.

6.2 Die Klägerin macht geltend, zur Bestimmung des Ausmasses der Rentenkapital-Unterdeckung (vgl. vorstehende E. 3.5) sei eine versicherungstechnische Expertise notwendig. Zum Schaden werde die Unterdeckung durch den Umstand, dass mit dem Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge - die Stiftungsrechnung 1989 habe einen Stand von gut 1.2 Mio. Franken ausgewiesen (act. G 1.1/4e) - Mittel zu deren Behebung zur Verfügung gestanden hätten. Bei korrekter Bilanzierung hätte sich der Stiftungsrat

gezwungen gesehen, den Reservefonds vorerst für die Behebung der Unterdeckung zu verwenden und andere Verwendungszwecke hintanzustellen. Es habe eine Unterdeckung von rund Fr. 300'000.-- bestanden. Unter Berücksichtigung von 11 weiteren Personen, welche 1989 Rentenleistungen von insgesamt Fr. 45'802.-- bezogen hätten, belaufe sich die Unterdeckung auf weitere rund Fr. 170'000.-- und damit auf insgesamt Fr. 470'000.--. Diese Deckungslücke hätte den Reservefonds nicht einmal zur Hälfte beansprucht (act. G 1 S. 20f mit Hinweis auf act. G 1.1/24).

6.2.1 Die Klägerin berechnete die Deckungslücke per 31. Dezember 1989 (als Teil des von ihr geltend gemachten Schadens) anhand einer provisorischen Rechnung mit knapp 300'000.-- Franken, in dem sie ein notwendiges Deckungskapital von Fr. 557'651.-- der Summe der Sparkapitalien der Rentenbezüger in der Bilanz von 1989 von Fr. 258'545.-- gegenüberstellte (act. G 1.1/24). Die rechnerische Deckungslücke (Unterdeckung) bei den Rentenskapitalien kann jedoch als solche noch nicht einer Verminderung des Stiftungsvermögens der Klägerin gleichgesetzt werden, denn die Deckungslücke hatte ihre Ursache vorab nicht in einem (realen) Vermögensabfluss, sondern in der fehlenden Bilanzierung von entsprechenden Rückstellungen/Deckungskapitalien und damit einem buchhalterischen Vorgang. Zum (realen) Schaden kam es erst dadurch, dass Arbeitgeberbeitragsreserven nicht zu Vorsorgezwecken - unter anderem eben auch für die Deckungskapital-Bildung - verwendet und dem Stiftungsvermögen entzogen wurden (vgl. vorstehende E. 3.5 und Urteil 9C\_997/2009, a.a.O., E. 8.1). Dieser Umstand ist für die Schadenshöhe von Bedeutung, wie sich nachstehend ergeben wird.

6.2.2 Gemäss Stiftungsrechnungen 1985 bis 1989 kam es in diesen Jahren zu keinen Abflüssen bei den Arbeitgeberbeitragsreserven (act. G 1.2./4a S. 10, 4b S. 11, 4c S. 12, 4d S. 12, 4e S. 12). Erstmals im Jahr 1990 erfolgte zum einen eine Rückzahlung aus dem Arbeitgeberbeitrags-Reservefonds an die Stifterfirma im Betrag von Fr. 250'000.--, welche - jedenfalls für den vorsorgefremden Zweck der Ausrichtung von Gratifikationen (act. G 1.1/6g S. 1) - wie dargelegt nicht hätte vorgenommen werden dürfen (vorstehende E. 3.5.3). Zum anderen wurden in diesem Jahr dem Reservefonds die von der Stifterfirma übernommene Zinsgarantie im Betrag von Fr. 34'232.-- unzulässigerweise belastet und floss so an die Stifterfirma zurück (act. G 1.2/4f S. 12 und vorstehende E. 3.5.3). Laut Stiftungsrechnungen 1991 und 1992 wurden dem Arbeitgeberbeitrags-Reservefonds ohne vorgängigen Stiftungsratsbeschluss zweckfremde Abzugsposten "Vorsorge Polierverträge" (vgl. vorstehende E. 3.5.2) von Fr. 20'717.30, Fr. 6'473.20, Fr. 2'216.35, Fr. 1'747.85 und Fr. 1'431.95 belastet (act. G 1.2 4g S. 12 und 4h S. 11; insgesamt Fr. 32'586.65). Sodann flossen 1991 und 1992 aus dem Reservefonds Arbeitgeberbeiträge zugunsten der Stifterfirma erneut die "Mindestverzinsung 4% Beteiligung C.\_\_\_\_ AG" im Betrag von je Fr. 39'534.-- ab (act. G 1.2/4g S. 12 und 4h S. 11). Bei den Abflüssen "Subv. H.\_\_\_\_" von Fr. 25'175.25 (1991) bzw. Fr. 12'700.-- (1992) und "Subv. L.\_\_\_\_" von Fr. 22'176.-- (1991) bzw. Fr. 26'000.-- (1992) sowie "Subv. P.\_\_\_\_" von Fr. 2'300.--, Q.\_\_\_\_ (Fr. 2'300.--), R.\_\_\_\_ (Fr. 7'200.--), S.\_\_\_\_ (Fr. 1'100.--) und T.\_\_\_\_ (Fr. 2'500.--) handelt es sich nach Lage der Akten (act. G 1.2/4g S. 12 und 4h S. 11) ebenfalls um die bei Liegenschaftskäufen der Klägerin jeweils durch die Stifterfirma übernommene Renditegarantie von 4% (vgl. dazu act. G 1.1/6a [handschriftliche Beilage betreffend H.\_\_\_\_]; act. G 1.1/6m S. 2 [betreffend P.\_\_\_\_; vgl. auch act. G 1.1/11a-c [betreffend die Jahre 1993 bis 1995]). So war die Liegenschaft H.\_\_\_\_ Ende 1991 mit Fr. 1'195'200.-- bilanziert; der Erfolg (Ertrag minus Aufwand) der Liegenschaft wurde mit Fr. 22'279.-- angegeben (act. G 1.1/4g S. 4 und 17). Die Renditegarantie (4% des Bilanzwerts) im Betrag von Fr. 47'808.-- bewirkte, dass der Erfolg (Fr. 22'279.--) auf diesen Betrag "aufzufüllen" war (der erwähnte Betrag von Fr.

25'175.25 erfüllt diese Vorgabe annähernd). Für die Liegenschaft L.\_\_\_\_, welche bereits im Jahr 1988 an die D.\_\_\_\_ Immobilien AG (eine Tochter der Stifterfirma) verkauft worden war (act. G 1.1/6e S. 2), gilt grundsätzlich Analoges, wobei die vom Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge abgezogenen Beträge ("Subv. L.\_\_\_\_") mit Blick auf die bilanzierten Werte der Liegenschaft und den Liegenschaftserfolg erheblich zu hoch erscheinen. Wie es sich damit im Einzelnen verhält, braucht jedoch nicht näher untersucht zu werden, nachdem eine Belastung des Reservefonds Arbeitgeberbeiträge mit den von der Stifterfirma (und nicht der Klägerin) geschuldeten "Liegenschafts-Subventionen" zum vornherein - und zu welchem Betrag auch immer - unzulässig war. In den Jahren 1993 und 1994 wurde der Arbeitgeberbeitrags-Reservefonds zugunsten der "Vorsorge Polierverträge" um Fr. 12'573.65 (1993; act. G 1.2 4i S. 10) und Fr. 12'869.10 vermindert (1994; act. G 1.2 4j S. 13). Zulasten des per Ende 1994 bestehenden Reservefonds Arbeitgeber-Beiträge (act. G 1.2/4j S. 7) erfolgten 1995 wie erwähnt ohne eigentlichen Stiftungsratsbeschluss zweckfremde "Rückzahlungen" an die Stifterfirma und deren Töchter für die Finanzierung von BVG-Beiträgen im Gesamtbetrag von Fr. 400'000.-- (vgl. act. G 1.2/4k S. 12 [Summe aus vier Teilbeträgen] und vorstehende E. 3.5.3).

### **E. 6.3**

6.3.1 Aufsummiert ergeben die vorerwähnten Schadenposten einen Betrag von Fr. 922'780.65.-- (Fr. 250'000.-- + Fr. 34'232.-- + 32'586.65 + 2 x Fr. 39'534.-- + Fr. 25'175.25.-- + Fr. 12'700.-- + Fr. 22'176.-- + Fr. 26'000.-- + Fr. 2'300.-- + Fr. 2'300.-- + Fr. 7'200.-- + Fr. 1'100.-- + Fr. 2'500.-- + Fr. 12'573.65 + Fr. 12'869.10 + Fr. 400'000.--). Im Bereich der beruflichen Vorsorge besteht keine gesetzliche Regelung betreffend Verzinsung eines Schadens. Immerhin anerkennt die Rechtsprechung die Pflicht zur Entrichtung von Verzugszinsen bei einer verspäteten Überweisung von Freizügigkeitsleistungen sowie bei verspäteter Auszahlung eines Alterskapitals oder bei Invalidenrenten (Hans-Ulrich Stauffer, Rechtsprechung des Bundesgerichts zur beruflichen Vorsorge, 1996, S. 27). Enthalten die Statuten keine Bestimmung über die Höhe des Verzugszinses, beträgt dieser 5% (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Verzugszinspflicht beginnt grundsätzlich mit der gehörigen Geltendmachung einer individualisierbaren und einklagbaren Forderung (vgl. Urteil des Kantonsgerichts Freiburg vom 24. Februar 2012 E. 7a mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung, publiziert in der Freiburger Zeitschrift für Rechtsprechung [FZR] 2012 S. 197; vgl. auch Art. 75 OR sowie das Urteil des Kantonsgerichts Basel Landschaft vom 17. August 2007 [735 02 550 und 551] E.8). Die Klägerin macht nicht geltend, gegenüber der Beklagten bereits vor Klageerhebung eine derartige Forderung geltend gemacht zu haben. Solches ist auch aus den Akten nicht ersichtlich. Somit beginnt die Verzugszinspflicht mit der Klageerhebung am 30. Dezember 2009 zu laufen. Somit schuldet ihr der Beklagte ab diesem Zeitpunkt Verzugszins zu 5% auf dem Betrag von Fr. 922'780.65. 6.3.2 Mit der Klägerin ist festzuhalten, dass die ihr aufgrund des 2006 abgeschlossenen Vergleichs zugesprochene Summe von Fr. 740'000.-- (vgl. act. G 1.1/5) vom erwähnten Schadensbetrag abzuziehen ist, soweit der Betrag effektiv beglichen wurde. Ob letzteres der Fall ist, lässt sich den Akten nicht zweifelsfrei entnehmen. In jedem Fall wäre der nach Angaben der Klägerin in der Vergleichssumme enthaltene Schadenszins zu 5% für die Zeit von 10. Februar 1998 (Stiftungsliquidation; act. G 1.1/3) bis zur Zahlung/Kollozierung am 12. Mai 2006 vorweg abzuziehen. Die Klägerin gibt in diesem Zusammenhang einen Betrag von Fr. 308'000.-- an (vgl. act. G 1 S. 26). Die Abzinsung betrifft den Zeitraum vom 10. Februar 1998 bis 12. Mai 2006, d.h 8.25 Jahre, woraus sich ein Abzinsungsfaktor von  $(1/1.05)^{8.25} = 0.668633732$  ergibt. Würde der Betrag von

Fr. 740'000.-- mit dem erwähnten Faktor abgezinst, resultierte ein Wert von Fr. 494'788.95. Der Schaden von Fr. 922'780.65 würde dementsprechend um Fr. 494'788.95 vermindert.

6.3.3 Die Klägerin lässt im Weiteren darlegen, die konkreten Gegebenheiten (insbesondere Klumpenrisiken bei der Anlage, zweckwidrige Verwendung der Arbeitgeberbeitragsreserven) hätten zu einer massiven Unterdeckung in der Stiftungsbilanz geführt. Dies habe eine rasche ordentliche Liquidation der Stiftung verhindert. Es habe ein ausserordentlicher Stiftungsliquidator eingesetzt und für die unzureichend gedeckten Verpflichtungen ein Zuschuss des Sicherheitsfonds von fast 2 Mio. Franken beansprucht werden müssen. Überdies habe prozessiert werden müssen. Beim Vergleich mit der Nachlassmasse der Stifterfirma (act. G 1.1/5) sei eine pauschale Vergleichssumme (mit Halbierung der amtlichen und Wertschlagung der ausseramtlichen Kosten) festgelegt worden. In der Liquidationseröffnungsbilanz der Klägerin per 30. September 1998 sei für ausserordentliche Liquidations- und Prozesskosten eine Rückstellung von Fr. 480'000.-- vorgenommen worden (act. G 1.1/27a). Bis Ende 2008 sei die Reserve auf Fr. 118'000.-- gesunken. Auch seien zulasten der ordentlichen Rechnung Liquidations- und Prozesskosten abgebucht worden. Man müsse deshalb davon ausgehen, dass die Fr. 480'000.-- nicht ausreichend seien. Die Klägerin begnüge sich aber mit diesem Betrag (act. G 1 S. 25). Dazu ist festzuhalten, dass eine Stiftungsliquidation in aller Regel mit erheblichem Aufwand in sachlicher und zeitlicher Hinsicht verbunden ist. Aufgrund der Ergebnisse dieses Verfahrens und der erwähnten Darlegungen der Klägerin kann nicht überwiegend wahrscheinlich als belegt gelten, dass konkret ein ausserordentlicher Mehraufwand im Vergleich zum Regelfall erforderlich war bzw. weiterhin ist und dieser Zusatzaufwand dem Verhalten des Beklagten anzulasten ist. Die blosse Möglichkeit, dass es sich so verhält, genügt für den Nachweis eines zusätzlichen Schadens nicht (vgl. dazu vorangehend E. 6.2). Soweit Prozessaufwände als Begründung eines Zusatzaufwands angeführt werden, ist festzuhalten, dass diese Gegenstand des jeweiligen Gerichtsverfahrens bilden und hier nicht zusätzlich Berücksichtigung finden können.

## **E. 7**

Die Schadenersatzforderung verjährt 10 Jahre ab Kenntnis des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen (Art. 41 Abs. 1 BVG; BGE 131 V 55; Stauffer, a.a.O., 540 Rz 1429). Die seit 1. Januar 2005 gültige relative 5jährige Verjährungsfrist des Art. 52 Abs. 2 BVG kommt auf das vorliegende Verfahren nicht zur Anwendung, da die in Frage stehenden Sachverhalte sich lange vor diesem Zeitpunkt verwirklichten. Nach der Rechtsprechung ist für den Beginn der absoluten 10jährigen Frist auf den Zeitpunkt abzustellen, da die verantwortlich zu machende Person ihre Organstellung tatsächlich aufgibt, nicht jedoch auf die Vornahme einzelner Handlungen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 4. März 2005, B 5/03 [= BGE 131 V 55], E. 3.2.2; bezogen auf Art. 52 Abs. 2 BVG in der neuen Fassung wurde diese Sichtweise im Urteil vom 7. Juli 2010, 9C\_698/2009, E. 4.1, bestätigt). Dem Bezirksgerichts-Urteil vom 12. März 2002, auf welches sich der Beklagte beruft und dessen Ergebnis im anschliessenden, mit einem Vergleich abgeschlossenen Rechtsmittelverfahren nicht aufrecht erhalten wurde (act. G 1.1/5), lassen sich für das vorliegende Verfahren offensichtlich keine bindenden Feststellungen ableiten. Dies umso weniger, als darin entgegen der vorstehenden Rechtsprechung für den Verjährungseintritt auf die Vornahme von einzelnen Handlungen abgestellt wurde. - Die letzte vom Beklagten revidierte Jahresrechnung ist diejenige von 1995 (act. G 1.2/4k). 1996 gab er das Kontrollstellen-Mandat ab (vgl. act. G 1.2/4l). Die Pflichtverletzungen wurden nicht vor Beendigung der Organstellung beseitigt (vgl. BGE 131 V 55 E. 3.2.2; Urteil 9C\_698/2009,

E. 4.1) und konnten erst im letztgenannten Zeitpunkt als abgeschlossen betrachtet werden. Aber selbst wenn von einem Abschluss der schädigenden Handlungen im Jahr 1995 auszugehen wäre (vgl. vorstehende E. 3.5.3), könnte kein Verjährungseintritt angenommen werden. Mit der Klage gegen die Nachlassmasse der Stifterfirma (D. \_\_\_ AG in Nachlassliquidation) vom 24. Januar 2000 (vgl. Sachverhalt A.b) erfolgte ein Verjährungsunterbruch mit Neubeginn der Verjährungsfrist (Art. 135 Ziff. 1 und 137 Abs. 1 OR). Der Beklagte verzichtete zudem für die Zeit vom 8. März 2001 bis 31. Dezember 2009 auf die Erhebung der Verjährungseinrede (act. G 22.1/31a-d). Mit der Klageerhebung vor Versicherungsgericht am 30. Dezember 2009 wurde die 10jährige Frist erneut unterbrochen und begann neu zu laufen (Art. 135 Ziff. 1 und 137 Abs. 1 OR). Eine Verjährung der hier zur Diskussion stehenden Schadenersatzansprüche trat dementsprechend nicht ein.

## **E. 8**

8.1 Im Sinn der vorstehenden Erwägungen ist die Klage in dahingehend teilweise gutzuheissen, dass A. \_\_\_ als in den vorliegenden Prozess eingetretene Alleinerbin des Beklagten zu verpflichten ist, der Klägerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 922'780.65, zuzüglich Zins zu 5% ab 30. Dezember 2009, zu bezahlen. Der aufgrund des im Jahr 2006 abgeschlossenen Vergleichs ausbezahlte Betrag (ohne Schadenszins für die Zeit vom 10. Februar 1998 bis 12. Mai 2006) ist anzurechnen (vgl. E. 6.3.2). Über zwischenzeitlich allenfalls empfangene weitere Zahlungen Dritter, welche an den zu leistenden Schadenersatz ebenfalls anzurechnen wären (vgl. Zusammensetzung der eingeklagten Forderung in act. G 1 S. 26), hat die Klägerin die Verpflichtete gehörig zu informieren.

8.2 Gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG ist das erstinstanzliche Klageverfahren in der Regel kostenlos. Vorsorgeeinrichtungen haben sodann praxisgemäss keinen Anspruch auf Parteientschädigung, soweit - wie vorliegend - die Prozessführung der Gegenpartei nicht als mutwillig oder leichtsinnig zu bezeichnen ist (BGE 112 V 356, SZS 1995, 114; BGE 126 V 143, 128 V 323). Ein Anspruch der Klägerin auf Parteientschädigung ist dementsprechend zu verneinen. Demgemäss hat das Versicherungsgericht im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 39 VRP entschieden: 1. Die Klage wird in dem Sinn teilweise gutgeheissen, dass die Beklagte verpflichtet wird, der Klägerin Schadenersatz im Betrag von Fr. 922'780.65, zuzüglich Zins zu 5% ab 30. Dezember 2009, zu bezahlen. Der aufgrund des Vergleichs von 2006 der Klägerin ausbezahlte Betrag ist anzurechnen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

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