

S a c h v e r h a l t

A. 1973 wurde die bestehende und von B. _____, einem Oltener Bauunternehmer, gegründete C. _____-Gemeinschaftsstiftung in die D. _____-Gemeinschaftsstiftung umbenannt. Im Hinblick auf das Inkrafttreten des BVG wurde Ende 1984 deren Namen in D. _____-Anlagestiftung (nachfolgend: D. _____-AS) geändert und gleichzeitig die D. _____-Sammelstiftung (nachfolgend: D. _____-SS) gegründet, welche als registrierte Vorsorgeeinrichtung den Zweck der beruflichen Vorsorge übernahm. A. _____, geboren im Jahr 1949, wohnhaft in E. _____, promovierter Jurist, war an dieser Umstrukturierung beteiligt, indem er die Statuten der Sammelstiftung neu erarbeitete und jene der Anlagestiftung revidierte. Er war von 1984 bis 1996 gewählter Stiftungsrat und ab 1991 Vizepräsident der D. _____-SS.

Die künftig zu erbringenden Leistungen wurden entweder bei der F. _____, bei welcher A. _____ zu jener Zeit tätig war, oder der G. _____ durch den Abschluss von Kollektivversicherungsverträgen rückversichert. Versicherungsnehmerin war die D. _____-SS. Die Versicherungsprämien wurden von den angeschlossenen Unternehmen direkt an die Versicherungsgesellschaften einbezahlt, welche die Leistungen direkt an die Versicherten erbrachten.

B. _____, dem die D. _____-Treuhand und Verwaltungs-AG Konzerngesellschaft gehörte, welche Stifterin der D. _____-Gemeinschaftsstiftung war, bezweckte mit den D. _____-Stiftungen Gelder aus der beruflichen Vorsorge in der Region und in den Branchen zu reinvestieren, wo sie angespart wurden, weshalb er mehrheitlich in Bauten und in Bauland investierte, wobei vorgesehen war, die Liegenschaften nach zwei bis drei Jahren wieder zu verkaufen (Motto: "*Aus der Region – Für die Region*"). Den angeschlossenen Unternehmen wurde für den Fall eines Beitritts und eines Versicherungsabschlusses Gegengeschäfte in Form von exklusiven "Vorrechten" bei der Vergabe von Arbeiten und Lieferungen für die durch die D. _____-AS zu erstellenden Bauten versprochen.

Gemäss Art. 2 der Stiftungsstatuten der D. _____-SS, gewährten die beiden Versicherungsgesellschaften ihr, gemäss Vereinbarung, auf den Kollektivversicherungsverträgen sogenannte Policendarlehen (Vorauszahlungsdarlehen), womit faktisch die Ansprüche der versicherten Arbeitnehmer belehnt wurden. Die dadurch erhaltenen Gelder wurden durch die D. _____-SS via Übernahme von Anteilsscheinen der D. _____-AS wiederum nach dem oben erwähnten Prinzip in Bauten und Bauland investiert. Die D. _____-AS gewährte auch Aktivdarlehen, welche teilweise im Zusammenhang mit den Immobilienprojekten standen.

Durch diese einseitige Ausrichtung auf Immobilienanlagen kam es – verursacht durch die im Immobiliensektor herrschende Krise – zu einer Überschuldung der D. _____-AS und damit auch der D. _____-SS. Die Stiftung Sicherheitsfonds BVG (nachfolgend: der Sicherheitsfonds) hatte Altersleistungen sicherzustellen, welche die D. _____-SS aufgrund der Zahlungsunfähigkeit der D. _____-AS nicht mehr erfüllen konnte. Durch Verfügung der Aufsichtsbehörde vom 16. Januar 1996 wurden die beiden Stiftungen aufgehoben und in Liquidation versetzt. Die Stiftungsräte wurden aufsichtsrechtlich am 8. März 1996 neu besetzt. Bis zum 12. Oktober 1998 hatte der Sicherheitsfonds Vorschussleistungen von 62.5 Mio. Franken erbracht.

B. Am 30. März 2006 erhob der Sicherheitsfonds (nachfolgend: die Klägerin), vertreten durch Rechtsanwalt Blaise Carron, am ehemaligen Verwaltungsgericht Klage gegen A._____ (nachfolgend: der Beklagte) und beantragte, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin 5 Mio. Franken zu bezahlen, zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Juli 1997, unter Vorbehalt der Nachklage, da dieser das Stiftungsvermögen zweckentfremdet habe, die Pflichten bei der Anlage von Vorsorgegeldern, die Treuepflicht und die Buchführungsvorschriften sowie den Grundsatz der paritätischen Verwaltung verletzt habe. Diese Klage wurde vom Kantonsgericht, Sozialversicherungsgerichtshof, mit Entscheid vom 16. September 2008 abgewiesen, da die Ansprüche der Klägerin verjährt seien.

C. Die dagegen von der Klägerin am 3. November 2008 beim Bundesgericht erhobene Verwaltungsgerichtsbeschwerde wurde von diesem mit Urteil vom 16. April 2009 gutgeheissen und die Sache an das tagende Gericht zurückgewiesen, damit nach erfolgten Abklärungen im Sinne der Erwägungen über die Klage neu entschieden werde. Das Bundesgericht hielt fest, dass die Ansprüche der Klägerin aus Art. 56a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40) verjährt sind. Hingegen seien die Ansprüche aus Art. 52 BVG – soweit die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen ist, was noch zu prüfen sei – noch nicht verjährt.

D. Das tagende Gericht nimmt das Verfahren am 15. Mai 2009 wieder auf. Am 26. November 2009 wird der Klägerin eine Frist für die Einreichung einer Stellungnahme hinsichtlich der Aktivlegitimation gesetzt. Mit Eingabe vom 21. Dezember 2009 bejaht die Klägerin ihre Aktivlegitimation mit der Begründung, dass die Ansprüche gemäss Art. 52 BVG abgetreten werden können und dass in casu eine gültige Abtretung vorliege.

Der Beklagte hingegen verneinte am 15. Februar 2010 in seiner Antwort auf diese Stellungnahme die Aktivlegitimation der Klägerin und bestritt die Gültigkeit der Abtretung der D._____-SS zugunsten der Klägerin und bringt zudem vor, dass spätestens mit der letzten Zahlung der Klägerin eine Subrogation der Klägerin in die Rechte der D._____-SS stattgefunden habe, weshalb die D._____-SS ihre Rechte im Jahr 2006 gar nicht mehr an die Klägerin abtreten konnte.

In einer spontanen Eingabe vom 9. März 2010 erwidert die Klägerin, dass gemäss dem hier zur Anwendung kommenden Recht gar keine Subrogation stattgefunden habe, sondern dass sie gestützt auf Art. 56a BVG den Regress aus eigenem Recht ausübe. Im Übrigen stellt sie den Verfahrensantrag, dass, falls das Kantonsgericht andere Fragen als diejenige der Aktivlegitimation der Klägerin in Bezug auf die auf Art. 52 BVG gestützten Ansprüche behandeln möchte, seien diese Fragen zu präzisieren und der Klägerin eine angemessene Frist zur Stellungnahme anzusetzen.

Am 22. März 2010 wird dem Beklagten eine Frist zur eventuellen Stellungnahme zur Eingabe der Klägerin vom 9. März 2010 gesetzt. Aus seiner innerhalb der verlängerten Frist eingereichten Eingabe vom 25. Mai 2010 ergeben sich keine neuen Argumente.

Mit Schreiben vom 15. Juli 2010 wird dem Beklagten eine Frist gesetzt, damit er sich zu allen übrigen Punkten sowie zu diversen Entscheiden des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich – ebenfalls die D._____ betreffend – äussern kann. Nach mehrfachen Fristverlängerungen reicht er schliesslich am 26. November 2010 seine Stellungnahme ein. Mit Eingabe vom gleichen Tag stellt er Antrag auf Streitverkündung an die

H._____ AG, ehemalige Revisionsstelle der D._____ -SS, sowie an das Bundesamt für Sozialversicherungen (nachfolgend: BSV).

Innerhalb der ebenfalls mehrfach verlängerten Frist reicht die Klägerin, von nun an vertreten durch Rechtsanwalt Fritz Rothenbühler, am 9. Mai 2011 ihre Antwort auf die Stellungnahme des Beklagten vom 26. November 2010 ein. Diese wird dem Beklagten zur Kenntnisnahme zugeschickt.

Am 23. Januar 2012 wird der Beklagte über die Einholung von weiteren Unterlagen informiert.

Es findet kein weiterer Schriftenwechsel zwischen den Parteien statt.

Die weiteren Elemente des Sachverhalts ergeben sich, soweit für die Urteilsfindung massgebend, aus den nachfolgenden rechtlichen Erwägungen.

E r w ä g u n g e n

1. Gemäss Art. 73 Abs. 1 letzter Satz und Abs. 3 BVG sowie von Art. 1 des kantonalen Gesetzes vom 14. November 2007 über die Organisation des Kantonsgerichts (KGOG; SGF 131.1.1) ist das tagende Gericht sowohl örtlich wie auch sachlich zuständig für die Behandlung der durch die Klägerin am 30. März 2006 beim ehemaligen Verwaltungsgericht eingereichten Klage. Ferner handelt es auf Weisung des Bundesgerichts, welches damit implizit seine Zuständigkeit bestätigt hat.

Ferner ist zu präzisieren, dass das Berufsvorsorgegericht auch zuständig zur Beurteilung von Verantwortlichkeitsklagen ist, wenn sich der Sachverhalt vor dem 1. Januar 1997 verwirklicht hat (BGE 128 V 124).

2. Gemäss dem Entscheid des Bundesgerichts ergibt sich, dass die auf Art. 56a BVG gestützten Ansprüche der Klägerin gegen den Beklagten jedenfalls im Umfang des per 12. Oktober 1998 verfügten Betrags von 62,5 Mio. Franken verjährt sind. Demgegenüber ist in Bezug auf die Ansprüche aus Art. 52 BVG die Verjährung aufgrund der ab dem 10. Januar 1997 regelmässig (zuletzt am 23. November 2010, gültig bis 31. Dezember 2012) abgegebenen Verjährungsverzichtseinreden nicht eingetreten, soweit – was noch zu prüfen ist – die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen ist.

Die Klägerin leitet ihren Anspruch aus Umständen ab, die sich vor dem 31. Dezember 2004, somit vor dem Inkrafttreten der 1. BVG-Revision per 1. Januar 2005, abspielten. Anwendbar sind daher die bis zu diesem Zeitpunkt massgebenden Gesetzestexte. Die nachfolgend zitierten Gesetzes- bzw. Verordnungsbestimmungen entsprechen deshalb, ohne dass speziell darauf hingewiesen wird, jeweils der Version gültig bis zum 31. Dezember 2004.

3. Es stellt sich zunächst die Frage, ob die Aktivlegitimation der Klägerin zu bejahen ist.

a) Gemäss Art. 52 BVG in seiner damaligen 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 kommt unabhängig von der Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung (Art. 48 Abs. 2 BVG) zum Tragen. Sie räumt der geschädigten Vorsorgeeinrichtung einen direkten Anspruch gegenüber dem näher 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 Erw. 4a mit zahlreichen Hinweisen). In verschuldensmässiger Hinsicht genügt dabei leichte Fahrlässigkeit (BGE 128 V 124 Erw. 4e).

Gemäss Art. 56 BVG in seiner ursprünglichen bis Ende 1996 geltenden Fassung richtete sich der Rückgriff nur gegen die Organe zahlungsunfähiger Vorsorgeeinrichtungen. Art. 11 der bis am 30. Juni 1996 geltenden Verordnung vom 7. Mai 1986 über die Verwaltung des Sicherheitsfonds BVG (SFV 2) ging über den Wortlaut des Gesetzes hinaus, indem er den Kreis der Regresspflichtigen auf alle Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit ein Verschulden trifft, ausdehnte, mithin auch auf Personen, welche keine Organstellung haben. Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist Art. 11 SFV 2 nicht gesetzwidrig (Entscheid des ehemaligen Eidgenössischen Versicherungsgericht [nachfolgend: EVG] B 10/05 vom 30. März 2006, bestätigt im Entscheid des Bundesgerichts [nachfolgend: BGer] 9C_92/2007 vom 30. April 2008, Erw. 1.2).

Laut Art. 56a BVG in der vom 1. Januar 1997 bis zum 31. Dezember 2004 geltenden Fassung hat der Sicherheitsfonds gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Versichertenkollektivs ein Verschulden trifft, ein Rückgriffsrecht im Umfang der sichergestellten Leistungen (Abs. 1). Diese Bestimmung übernimmt damit den Wortlaut von altArt. 11 SFV 2. Unrechtmässig bezogene Leistungen sind dem Sicherheitsfonds zurückzuerstatten (Abs. 2).

Nach seinem Wortlaut regelt Art. 56a Abs. 1 BVG – in seiner hier zur Anwendung kommenden Fassung vom 1. Januar 1997 bis zum 31. Dezember 2004 – nicht die Haftung eines bestimmten Personenkreises, sondern das Rückgriffsrecht des Sicherheitsfonds auf Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Versichertenkollektivs ein Verschulden trifft, dies im Gegensatz zu Art. 52 BVG, der die mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen für den von ihnen schuldhaft verursachten Schaden haftbar macht. Mit Art. 56a Abs. 1 BVG wurde die Verantwortlichkeit derjenigen Personen, welche die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung (mit)verschuldet haben, und die nicht bereits von der Haftung gemäss Art. 52 BVG erfasst sind, gesetzlich verankert. Die Formulierung "Rückgriffsrecht im Umfang der sichergestellten Leistungen" impliziert, dass der Sicherheitsfonds den ihm entstandenen Schaden gegenüber den für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung verantwortlichen Personen direkt geltend machen kann. Art. 56a Abs. 1 BVG bildet die rechtliche Grundlage sowohl für die Verantwortlichkeit der nicht unter Art. 52 BVG fallenden Personen, die an der Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden trifft, wie auch für das Rückgriffsrecht des Sicherheitsfonds auf eben diese Personen. Dass Art. 56a BVG nicht von Haftung im engeren Sinn (für ungedeckte Schäden), sondern von Rückgriffsrecht spricht, hängt nicht mit der fehlenden Verantwortlichkeit dieses Personenkreises für die eingetretene Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung und dem daraus dem Sicherheitsfonds entstandenen Reflexschaden zusammen. Vielmehr ist diese Terminologie Ausdruck des gesetzlichen Aufgabenbereichs des Sicherheitsfonds, der zunächst im Schadenfall die Leistungen, welche die zahlungsunfähige Vorsorgeeinrichtung nicht mehr erbringen kann, im Aussenverhältnis sicherstellen muss und dann als Haftender für den ihm durch die Sicherstellung entstandenen Schaden die Verantwortlichen direkt regressweise belangen kann (Innenverhältnis), ohne dass vorgängig ein

separater verwaltungs- oder zivilrechtlicher Prozess zwecks Feststellung der Haftung der Verantwortlichen angestrengt werden müsste (vgl. T. GEISER, Haftung für Schäden der Pensionskassen, Überblick über die Haftungsregeln bei der 2. Säule, *in* Mélanges en l'honneur de Jean-Louis Duc, Lausanne 2001, S. 72 f.; Sitzung der ständerätlichen Kommission für Soziale Sicherheit und Gesundheit vom 21. November 1995). Damit ist Art. 56a BVG für die vom Sicherheitsfonds belangten, nicht schon von Art. 52 BVG erfassten Verantwortlichen als massgebliche Haftungsnorm zu verstehen (BGE 130 V 277 Erw. 2.1).

Im Rahmen der 1. BVG-Revision wurde Art. 56a BVG umformuliert und hatte bis 31. Dezember 2011 folgenden Wortlaut: Gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Versichertenkollektivs ein Verschulden trifft, kann der Sicherheitsfonds im Zeitpunkt der Sicherstellung im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten.

b) Ob eine Partei als Klägerin aufzutreten berechtigt (Aktivlegitimation) und welche Partei einzuklagen ist (Passivlegitimation), bestimmt sich – auch im verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren – nach dem materiellen Recht. Grundsätzlich ist der Träger des fraglichen Rechts aktivlegitimiert, passivlegitimiert der materiell Verpflichtete, gegen den sich das Recht richtet. Aktiv- und Passivlegitimation sind folglich nicht Bedingungen im Sinne von Prozessvoraussetzungen, von denen die Zulässigkeit der Klage abhängen würde; sie gehören vielmehr zur materiellen Begründetheit des Klagebegehrens, weshalb ihr Fehlen zur Abweisung und nicht zur Zurückweisung der – bzw. zum Nichteintreten auf die – Klage führt. Wird die Passivlegitimation eines Beklagten bejaht, so heisst dies einzig, dass der eingeklagte Anspruch sich gegen ihn richtet; ob auch die weiteren materiellen Voraussetzungen für einen Zuspruch der Klage erfüllt sind, der Anspruch überhaupt und in dem vom Kläger behaupteten Umfang besteht und noch klagbar ist, ist damit noch nicht entschieden (Urteil des EVG B 10/05 vom 30. März 2006 Erw. 7 mit Hinweisen).

c) Wie gesehen leitet die Klägerin den geltend gemachten Anspruch aus Umständen ab, die sich vor dem 31. Dezember 2004 ereignet haben. Anwendbar ist daher die bis zu diesem Zeitpunkt massgebende Fassung von Art. 56a BVG bzw. Art. 11 aSFV 2, wie es das Bundesgericht in seiner Entscheid in Erw. 5.2 ebenfalls explizit festgehalten hat. Nach dieser Regelung subrogiert der Sicherheitsfonds nicht in die Ansprüche, die der Vorsorgeeinrichtung nach Art. 52 BVG zustehen, sondern hat einen eigenen Anspruch, der sich im Unterschied zur Haftung nach Art. 52 BVG nicht nur gegen Organe der Stiftung richtet, sondern auch gegen andere Personen, die an der Zahlungsunfähigkeit der Stiftung ein Verschulden trifft, und zwar gemäss Art. 11 aSFV 2 über den Wortlaut des Gesetzes hinaus auch bereits in der ursprünglichen Fassung. Dieser Anspruch könne auch verjährungsrechtlich ein eigenes, von den Ansprüchen nach Art. 52 BVG getrenntes Schicksal haben.

d) Gemäss Art. 164 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 30. März 1911 über das Obligationenrecht (OR; SR 220) kann der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Art. 164 Abs. 1 OR beruht auf dem Grundsatz der Abtretbarkeit aller dem Gläubiger zustehenden Forderungen. Da das OR nicht nach der Art der Forderung unterscheidet, sind Forderungen unabhängig davon abtretbar, ob sie auf Vertrag, unerlaubter Handlung, Bereicherung, erbrechtlicher Verfügung oder anderen Rechtsgründen beruhen. Auf der anderen Seite ist die Abtretbarkeit auf "Forderungen" beschränkt, so dass andere subjektive Rechte wie etwa Imma-

terialgüterrechte oder Mitgliedschaftsrechte oder ein ganzes Schuldverhältnis grundsätzlich nicht zur Abtretung übertragen werden können (D. GIRSBERGER, N. 5 zu Art. 164 OR in H. Honsell / N. Peter Vogt / W. Wiegand, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 3. Aufl., AL. _____ usw. 2003, mit Hinweisen). Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR).

e) Im Gegensatz zur Ansicht des Beklagten subrogierte die Klägerin nicht in die Ansprüche, welche der D. _____-SS gemäss Art. 52 BVG zustehen, sondern hat einen eigenen Anspruch aus Art. 56a BVG wie es das Bundesgericht im vorliegenden Fall explizit festgehalten hat, womit grundsätzlich sehr wohl eine Abtretung der Ansprüche aus Art. 52 BVG möglich ist. Damit ist das Argument des Beklagten, die Zession sei bereits deshalb nicht möglich, da die Klägerin in die Ansprüche der D. _____-SS subrogiere, nicht haltbar. Dieses Argument nimmt Bezug auf die Neuformulierung von Art. 56a BVG – in Kraft seit dem 1. Januar 2005 – welche hier aber eben gerade nicht zur Anwendung kommt.

Auch der Hinweis des Beklagten in seiner Stellungnahme vom 26. November 2010, wonach die Zession der D. _____-SS deshalb ungültig sei, weil sie vor Kenntnis des Ausgangs des Verfahrens EVG B 15/05 (D. _____-SS gegen F. _____) erfolgt sei, kann nicht gehört werden. Jenes betraf die Verantwortlichkeitsansprüche der D. _____-SS gegenüber der F. _____. Ferner beziffert sich der von der D. _____-SS erlittene Schaden auf eine weit höhere Summe, als die gegen den Beklagten vorliegend geltend gemachten Ansprüche der D. _____-SS im Betrag von 5 Mio. Franken, welche letztere mittels Zession an die Klägerin abgetreten hat.

Grundsätzlich spricht somit nichts gegen die Möglichkeit einer Zession eines Teils der Ansprüche der D. _____-SS gegenüber dem Beklagten zugunsten der Klägerin. So fällt die vorgenommene Zession namentlich nicht unter die im Gesetz vorgesehenen Ausnahmen. Auch besteht keine Vereinbarung zwischen den Parteien, welche eine solche ausschliessen würde. Ferner handelt es sich beim Verantwortlichkeitsanspruch nicht um ein höchstpersönliches Recht, welches nicht abgetreten werden könnte (vgl. BGE 82 II 48). Damit aber überhaupt eine Zession möglich ist, muss eine Forderung bestehen, was vorliegend in Bezug auf den Beklagten aber nur dann der Fall ist, wenn dieser für den geltend gemachten Schaden auch wirklich haftet und zur Verantwortung gezogen werden kann.

Die Bejahung der Aktivlegitimation ist somit nur möglich, falls die Zession der Ansprüche der D. _____-SS gegenüber dem Beklagten zugunsten der Klägerin gültig erklärt werden kann, wofür eine Forderung der D. _____-SS gegenüber dem Beklagten bestehen muss. Damit muss vorliegend, bevor die Frage der Aktivlegitimation abschliessend geklärt werden kann, zunächst festgestellt werden, ob der Beklagte für den der D. _____-SS verursachten Schaden haftet oder nicht.

4. Es stellt sich somit die Frage, ob der Beklagte für den geltend gemachten Schaden aus Art. 52 BVG haftbar ist oder nicht.

a) Nach Art. 52 BVG, 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. 89bis Abs. 6 des schweizerischen Zivilgesetz-

buch [ZGB; SR 210]), kommt unabhängig von der Rechtsform der Vorsorgeeinrichtung (Art. 48 Abs. 2 BVG) zum Tragen (GEISER, a. a. O., S. 71). Sie räumt der geschädigten Vorsorgeeinrichtung einen direkten Anspruch gegenüber dem näher umschriebenen Kreis der haftpflichtigen Personen ein. Darunter fallen insbesondere die Organe der Vorsorgeeinrichtung. Diese Organeigenschaft kann, wie im Rahmen der Verantwortlichkeitsvorschrift von Art. 52 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10), auch eine bloss faktische sein (BGE 128 V 124 Erw. 4a mit Hinweisen). Somit setzt Art. 52 BVG nicht voraus, dass die haftpflichtige Person Organstellung hat. Es genügt, dass sie mit der Geschäftsführung beziehungsweise Teilen davon betraut ist (T. GEISER, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der 2. Säule; SZS 2005 S. 340). Wer als Organ einer juristischen Person belangt werden kann, beurteilt sich nicht allein nach formellen Kriterien (Handelsregister eintrag oder Unterschriftsberechtigung), sondern danach, ob die betreffende Person tatsächlich Organen vorbehaltene Entscheide getroffen oder die eigentliche Geschäftsführung besorgt und so die Willensbildung der Gesellschaft massgebend beeinflusst hat (BGE 126 V 240, 114 V 213).

b) Die vermögensrechtliche Verantwortlichkeit gemäss Art. 52 BVG setzt neben der Zugehörigkeit zum Kreis der in Art. 52 BVG erwähnten Personen als weitere kumulative Erfordernisse den Eintritt eines Schadens, Widerrechtlichkeit, Verschulden und einen Kausalzusammenhang voraus (BGE 128 V 124 Erw. 4a).

Hinsichtlich des soeben erwähnten BGE 128 V 124 gab es teilweise Kritik in der Lehre, weil dieser die Haftung nach Art. 52 BVG in eine Deliktshaftung umgewandelt habe, während diese in Wirklichkeit eine vertragliche Haftung sei, so dass nicht eine Widerrechtlichkeit, sondern eine Vertragsverletzung zu prüfen sei. In einem neueren Entscheid hat sich das Bundesgericht nochmals zu dieser Frage geäussert und festgehalten, dass ungeachtet der Bezeichnung als Widerrechtlichkeit oder Pflichtwidrigkeit, das haftungsbe gründende Verhalten im Rahmen von Art. 52 BVG danach beurteilt wird, ob die einschlägigen berufsvorsorgerechtlichen Vorschriften missachtet wurden. Sowohl unter dem Aspekt einer deliktsrechtlichen Widerrechtlichkeit als auch einer vertragsrechtlichen Pflichtverletzung ist gleichermassen ausschlaggebend, ob der Verantwortliche die ihm gesetzlich obliegenden Aufgaben korrekt wahrgenommen hat (Entscheidung des BGer 9C_997/2009 vom 31. Mai 2010 Erw. 1 sowie 9C_421/2009 vom 29. September 2009, Erw. 5 mit Hinweisen.) Dies ist namentlich bei einem Verstoss gegen die Anlagevorschriften nach Art. 49 ff. der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVV 2; SR 831.441.1) nicht der Fall (vorerwähnter Entscheid 9C_997/2009 Erw. 1 mit Hinweis auf BGE 131 V 55 Erw. 3.2.1).

c) Damit eine Haftung nach Art. 52 BVG eintreten kann, muss ein Schaden nachgewiesen sein. Schaden im Rechtssinne ist eine Vermögensverminderung (K. OFTINGER / E. STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, Zürich 1995, S. 71). Er entspricht der Differenz zwischen dem tatsächlichen Vermögensstand des Geschädigten und dem Stand seines Vermögens, wie es wäre, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre (OFTINGER / STARK, a. a. O., S. 72). Auch eine bloss Vermögensgefährdung ist ein Schaden, wenn das Vermögen in einem Mass gefährdet wird, dass es in seinem wirtschaftlichen Wert vermindert ist. Dies trifft dann zu, wenn der Gefährdung im Rahmen der sorgfältigen Bilanzierung durch Wertberichtigung oder Rückstellung Rechnung getragen werden muss (BGE 122 IV 279 Erw. 2a mit Hinweisen). Bei einer Stiftung gilt als Schaden i. S. v. Art. 52 BVG 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. Die Vorsorgeeinrichtung ist auch dann geschädigt, wenn sie eine Liegenschaft zu einem übersetzten Preis erwirbt. Der Schaden besteht diesfalls in der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem Verkehrswert der Liegenschaft (Urteil des EVG B 11/06 vom 2. August 2007 Erw. 5.1 mit Hinweisen).

Die Haftung nach Art. 52 BVG umfasst auch jenen Schaden, der erst nach der faktischen Beendigung der Organstellung eintritt, sofern der Schaden kausal durch schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten während der Organstellung entstanden ist (Urteil des BGer 9C_579/2007 vom 18. März 2008 Erw. 2).

d) Als weitere Haftungsvoraussetzung ist ein widerrechtliches Verhalten der verantwortlichen Person erforderlich. Widerrechtlichkeit liegt vor, wenn die sich aus Gesetz und Verordnungen, aus der Stiftungsurkunde und den Reglementen, den Beschlüssen des Stiftungsrates, einem Vertragsverhältnis sowie den Weisungen der Aufsichtsbehörde ergebenden Pflichten, wozu auch die allgemeine Sorgfaltspflicht gehört, verletzt werden. Im Bereich der Vermögensanlage besteht die Widerrechtlichkeit in erster Linie in einer Verletzung der gesetzlichen (Art. 71 BVG, Art. 49 ff. BVV 2) und reglementarischen Anlagevorschriften (vgl. Art. 49a BVV 2). Speziell Art. 50 BVV 2 bringt in Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht die bei der Vermögensanlage gebotene erhöhte Sorgfalt zum Ausdruck (vgl. BGE 128 V 124 Erw. 4d mit Hinweisen). Ein Verstoss gegen eine der Anlagevorschriften von BVV 2 erfüllt die Widerrechtlichkeit als Haftungsvoraussetzung nach Art. 52 BVG (BGE 128 V 124 Erw. 4d/aa). Die Sorgfaltspflicht wird im Einzelfall im Hinblick auf die Erfüllung der konkreten Aufgaben definiert, wobei auf ein gruppenspezifisches Durchschnittsverhalten abgestellt wird. Ganz allgemein gilt, dass das zu tun ist, was erfahrungsgemäss nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet und erforderlich ist, um den Erfolg herbeizuführen und das zu unterlassen, was erfahrungsgemäss zum Misserfolg führt (vgl. H.-U. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, Zürich 2005, S. 537, mit Hinweisen).

Es wird an dieser Stelle darauf verzichtet, die vorgenannten Bestimmungen im Einzelnen genauer darzustellen. Dies erfolgt weiter unten bei der Diskussion der Frage, ob es im vorliegenden Fall zu einer Verletzung einer dieser Bestimmungen gekommen ist (vgl. Erw. 6e).

Das Bundesgericht hat die Missachtung der speziellen Anlagevorschriften von Art. 53 ff. BVV 2 als "jedenfalls" widerrechtlich beurteilt (BGE 128 V 124 Erw. 4d/aa), aber darüber hinaus auch die Einhaltung allgemeiner Sorgfaltspflichten verlangt (BGE 132 II 144 Erw. 1.3).

e) 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 ein gewissenhafter und sachkundiger Stiftungsrat in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben beachten würde, abgewichen wird. Was als Fahrlässigkeit anzusehen ist, muss im Einzelfall nach richterlichem Ermessen verdeutlicht werden; die Beantwortung der Frage beruht auf einem Werturteil (BGE 128 V 124 Erw. 4e mit Hinweisen). Allemal ist dabei ein objektiver Massstab anzulegen, wobei sich dieser immerhin auf die konkreten Umstände zu beziehen hat. Es sind deshalb etwa die im Einzelfall gegebenen Fachkenntnisse zu berücksichtigen. Dies gilt insbesondere für die mit der Verwaltung und der Geschäftsführung betrauten Personen; wobei in der parlamentarischen Beratung von Art. 52 BVG

festgehalten wurde, dass auf die subjektiven Umstände Bezug zu nehmen ist. Insoweit handelt es sich nicht um einen ausschliesslich objektiven Massstab, sondern es sind auch die subjektiven Umstände des konkreten Falls einzubeziehen. Soweit es sich um ein Organ handelt, welches ins Recht gefasst wird (beispielsweise ein Stiftungsrat), ist ebenfalls einzubeziehen, welches die organrechtlichen Pflichten sind (U. KIESER, N. 27 zu Art. 52 BVG *in* J.-A. Schneider / T. Geiser / T. Gächter (Hrsg.), Handkommentar zum BVG und FZG, Bern 2010 [nachfolgend: Handkommentar], mit Hinweisen).

Wenn die betreffende Person an der Sitzung, anlässlich welcher die entsprechende Entscheidung getroffen wurde, nicht teilgenommen hat, vermag sie dies nicht grundsätzlich zu entlasten. Vorbehalten muss immerhin bleiben, dass die betreffende Person unmittelbar nach Kenntnisnahme einer solchen Entscheidung die vertragliche Beziehung beendet. Wenn die betreffende Person – aktenmässig feststehend – einer bestimmten Entscheidung (etwa im Stiftungsrat) nicht zugestimmt hat, wirkt sich dies bei der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG dann aus, wenn sie in der Anschlussperiode – soweit das schädigende Verhalten andauert – ihre Haltung auch nach aussen demonstriert, d. h. grundsätzlich zurücktritt (KIESER, a. a. O., N. 30 zu Art. 52 BVG mit Hinweisen).

f) Zwischen dem eingetretenen Schaden und dem pflichtwidrigen Verhalten der verantwortlichen Organe muss ferner der adäquate Kausalzusammenhang gegeben sein. Die Handlung oder Unterlassung muss gemäss der bundesgerichtlichen Formulierung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und nach der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet sein, den Schaden herbeizuführen (BGE 125 V 461 Erw. 5a).

Der natürliche Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn ohne die betreffende Verhaltensweise sich das konkrete Ereignis nicht oder nicht in derselben Weise verwirklicht hätte (KIESER, a. a. O., N. 34 zu Art. 52 BVG). Da bei einer Vorsorgeeinrichtung immer die Vermögensverwaltung und der damit verbundene Zweck der Sicherstellung des Vermögens im Vordergrund stehen, ist eine unvorsichtige Vermögensverwaltung immer adäquat kausal. Kommt die Vorsorgeeinrichtung infolge Konkurses der Arbeitgeberfirma zu Schaden, so sind zwar sowohl die Entscheidung des Stiftungsrates zur Anlage des Vermögens beim Arbeitgeber als auch der schlechte Geschäftsgang des Unternehmens Ursache für den entstandenen Schaden. Adäquate Ursache des Schadens ist jedoch nicht die erfolglose Geschäftsführung des Unternehmens, sondern der Investitionsentscheid der Vorsorgeeinrichtung (M. EISENRING, Die Verantwortlichkeit für Vermögensanlagen von Vorsorgeeinrichtungen, Diss. Zürich 1999, S. 204 mit Hinweisen).

Der Kausalzusammenhang kann inadäquat sein bzw. unterbrochen werden, wenn sich eine Drittorsache zwischen die ursprüngliche Ursache und den Erfolg schiebt. Solche Ursachen, die geeignet sind, den Rechtszusammenhang zwischen der ersten Ursache und dem Schaden zu unterbrechen, können höhere Gewalt, Selbstverschulden oder Drittverschulden sein. Sie müssen eine Stärke aufweisen, welche den Zusammenhang zwischen dem Haftungsgrund und dem eingetretenen Schaden wirklich zu unterbrechen vermögen. Dem Selbstverschulden der Vorsorgeeinrichtung kommt i. d. R. keine selbständige Bedeutung zu. Relevant kann das Selbst- bzw. Drittverschulden dann werden, wenn ein weisungsberechtigtes Organ, wie z. B. das oberste Organ einer Vorsorgeeinrichtung, es unterlässt, seine Untergebenen genau zu instruieren, oder diese u. U. gar anweist, einen möglichst grossen Vermögensertrag zu erwirtschaften. Das Zulassen einer schadenstiftenden Handlung durch das weisungsberechtigte Organ weist indes nicht die zur Unterbrechung des Kausalzusammenhangs notwendige Intensität auf, d. h. die Pflichtverletzung des ausführenden Organträgers wird wegen der pflichtwidrigen Anordnung allein nicht als inadäquat erscheinen. Inadäquat wird die Pflichtverletzung hingegen

dann, wenn das angewiesene Pensionskassenorgan alles ihm Zumutbare getan hat, um die pflichtwidrige Anordnung und deren Durchführung zu verhindern. Gleich gelagert ist der Fall bezüglich einer Unterbrechung des adäquaten Kausalzusammenhangs bei einem Drittverschulden. Sind z. B. die Anordnungen der Aufsichtsbehörden für den Empfänger offenkundig gesetz- und satzungswidrig, so muss er – soweit zumutbar – alle ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittel und –behelfe ausschöpfen. Insbesondere begeht ein Organ, das rechtswidrige Anordnungen der Aufsichtsbehörden blindlings befolgt, selber eine Pflichtverletzung. Hat der angewiesene Verfügungsadressat demgegenüber im Rahmen seiner Möglichkeiten versucht, den Erlass oder die Ausführung der pflichtwidrigen Anordnung zu verhindern, dann muss er sich den entstandenen Schaden nicht anrechnen lassen, da rechtlich eine Handlung der dahinterstehenden Aufsichtsbehörde vorliegt. In diesem Fall fehlt es dann auch am Verschulden (EISENRING, a. a. O., S. 205 f. mit Hinweisen).

Gemäss KIESER ist es schwierig zu beurteilen, ob ein Fehlverhalten der Vorsorgeeinrichtung den Kausalzusammenhang zu unterbrechen vermag. Dies werde im Bereich der Schadenersatzhaftung nach Art. 52 AHVG dahingehend beantwortet, dass gegebenenfalls eine Herabsetzung des Schadenersatzanspruchs erfolgt. Nicht anders kann es sich bei Art. 52 BVG verhalten. Wenn also eine Vorsorgeeinrichtung bei der Eintreibung der Beiträge die erforderliche (vertraglich geforderte) Umsicht hat vermissen lassen, muss dies bei der Beantwortung der Verantwortlichkeitsfrage im Rahmen von Art. 52 BVG berücksichtigt werden (KIESER, a. a. O., N. 36 zu Art. 52 BVG mit Hinweisen).

g) Sind mehrere Personen im Rahmen von Art. 52 BVG für den der Vorsorgeeinrichtung verursachten Schaden verantwortlich, so haften sie solidarisch (BGE 128 V 124 Erw. 4g mit Hinweisen). Solidarische Haftung bedeutet, dass der Geschädigte einen der Ersatzpflichtigen auswählen und auf die ganze oder einen Teil der Forderung belangen kann (EISENRING, a. a. O., S. 212).

5. a) Die materielle Rechtskraft kommt vor allem in zweierlei Hinsicht zum Tragen: Zum einen gilt eine Sache im Umfang des Urteils als abgeurteilt, und deshalb ist mangels Rechtsschutzinteresses auf ein erneutes Rechtsmittel nicht einzutreten (Einrede der abgeurteilten Sache; *res iudicata*); zum anderen ist bei Kassation eines Entscheides die Vorinstanz, die in einem Rückweisungsverfahren noch einmal über die Sache zu urteilen hat, an den Entscheid des Bundesgerichts gebunden. Eine abgeurteilte Sache liegt vor, wenn eine Streitsache mit einer bereits beurteilten identisch ist. Im Allgemeinen können vom Bundesgericht endgültig beurteilte Streitsachen nicht wieder aufgenommen und zum Gegenstand eines neuen Verfahrens gemacht werden (S. HEIMGARTNER/H. WIPRÄCHTIGER, Kommentar zu Art. 61 des Bundesgesetzes vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110], in M. A. Niggli/P. Uebersax/H. Wiprächtiger, Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, 2. Auflage 2011, N. 19 u. 22 zu Art. 61 BGG).

b) Aus dem Grundsatz der Gewaltentrennung folgt die Unabhängigkeit der Verwaltungsbehörde von der Erkenntnis des Strafrichters. Die Verwaltungsbehörde ist in reinen Rechtsfragen nicht an die Beurteilung durch den Strafrichter gebunden, da sonst die Verwaltung in ihrer freien Rechtsausübung beschränkt würde (BGE 103 Ib 101 Erw. 2b). Nach ständiger Praxis ist der Sozialversicherungsrichter weder hinsichtlich der Angabe der verletzten Vorschriften noch hinsichtlich der Beurteilung des Verschuldens an die Feststellung und Würdigung des Strafrichters gebunden. Er weicht aber von den tatbeständlichen Feststellungen des Strafrichters nur ab, wenn der im Strafverfahren ermittelte Tatbestand und dessen rechtliche Subsumtion nicht zu überzeugen vermögen

oder auf Grundsätzen beruhen, die zwar im Strafrecht gelten, im Sozialversicherungsrecht jedoch unerheblich sind (BGE 111 V 172 Erw. 5.a).

6. a) Als erste Vorbemerkung ist festzuhalten, dass die Klage sehr wohl – im Gegensatz zur Ansicht des Beklagten – genügend substantiiert ist. Wie die Klägerin in ihrer Stellungnahme vom 9. Mai 2011 explizit festhält, macht sie einen Anspruch von 5 Mio. Franken gegenüber dem Beklagten geltend, aufgrund des ihm vorgeworfenen pflichtwidrigen Verhaltens. Dieser Anspruch wird sowohl auf Art. 52 BVG als auch auf Art. 56a BVG abgestützt. Daran gibt es nichts auszusetzen. Es steht fest, dass die Klägerin im vorliegenden Fall Leistungen im Betrag von 62.5 Mio. Franken erbringen musste. Der von der D. _____-SS erlittene Gesamtschaden lässt sich noch nicht exakt beziffern, da die Liquidation der D. _____-SS immer noch nicht abgeschlossen ist. Dennoch, steht fest, dass gemäss dem Bericht vom 2. Dezember 2010 der Kontrollstelle mit Jahresrechnung per 31. Dezember 2009 der D. _____-SS in Liquidation, per 31. Dezember 2009 ein Schaden von 67.7 Mio. Franken bestand. Von diesem Anspruch hat die D. _____-SS mittels Zession einen Betrag von 5 Mio. Franken zu Gunsten der Klägerin abgetreten. Da somit vorliegend der gleiche Anspruch auf der Grundlage von zwei Bestimmungen geltend gemacht wird, kann die Einrede der *res iudicata*, wie von der Klägerin richtig festgehalten, nicht gehört werden. Vielmehr handelte es sich beim Entscheid des Bundesgerichts in dieser Sache um einen Rückweisungsentscheid, womit gesagt ist, dass über die Sache noch nicht definitiv entschieden worden ist. Das tagende Gericht ist aber an die Feststellung, die Ansprüche aus Art. 56a BVG seien verjährt, gebunden. Schliesslich erfüllt die Klageschrift die Voraussetzungen von Art. 158 der ehemaligen Zivilprozessordnung des Kantons Freiburg (aZPO), weshalb kein Platz für eine Klagerückweisung i. S. v. Art. 159 aZPO besteht.

Als zweite Vorbemerkung ist hinsichtlich der Frage, ob in casu eine Teilklage möglich ist oder nicht, auf Folgendes hinzuweisen. Wie gesehen sind hier einzig noch die Ansprüche aus Art. 52 BVG streitig, da diejenigen aus Art. 56a BVG gemäss dem Bundesgericht verjährt sind. Im Rahmen von Art. 52 BVG hat die D. _____-SS einen Teilanspruch von 5 Mio. Franken an die Klägerin abgetreten. Jene macht vorliegend den vollen Betrag von 5 Mio. Franken geltend, weshalb unter diesem Blickwinkel nicht von einer Teilklage gesprochen werden kann und diese Frage somit offenbleiben kann. Damit ist auch gesagt, dass der von der Klägerin ausgesprochene Vorbehalt hinsichtlich einer Nachklage als unzulässig zu betrachten ist.

Als dritte Vorbemerkung ist festzuhalten dass – im Gegensatz zum Antrag des Beklagten – auf den Beizug der Strafakten sowie der Akten des BSV verzichtet wird. Das umfangreich vorhandene Aktenmaterial genügt, um über den vorliegenden Fall abschliessend zu entscheiden und es ist davon auszugehen, dass aus dem Beizug der verlangten Akten keine bedeutenden neuen Erkenntnisse gezogen werden können, die zu einer wesentlich anderen Beurteilung des vorliegenden Falles führen würden. In Bezug auf die Strafakten ändert daran auch der Umstand nichts, dass der Beklagte von den Strafbehörden für die ihm vorgeworfenen Delikte der mehrfachen qualifizierten Veruntreuung, des mehrfachen Betrugs sowie der mehrfachen Urkundenfälschung freigesprochen wurde, da daraus keine Schlüsse auf den hier zu beurteilenden Fall geschlossen werden können. Zum einen besteht wie gesehen in Bezug auf die Beurteilung des vorliegenden Falles durch die Strafbehörden keine Bindungswirkung für den Sozialversicherungsrichter. Ferner ist vor allem auf den Umstand hinzuweisen, dass der Verschuldensmassstab im Strafverfahren ein ganz anderer war, als derjenige im vorliegenden Verantwortlichkeitsverfahren nach Art. 52 BVG. So handelt es sich bei den ihm strafrechtlich vorgeworfenen Delikten um Vorsatzdelikte, wobei beim Betrug und der Urkundenfälschung Eventualvorsatz genügt.

Währenddem wird das Verschulden im Rahmen von Art. 52 BVG bereits bei leichter Fahrlässigkeit bejaht, womit aus einem im Strafverfahren erfolgten Freispruch keine Rückschlüsse auf das vorliegende Verfahren gezogen werden können.

Als vierte Vorbemerkung ist festzuhalten, dass auf die vom Beklagten beantragten Einvernahmen der zuständigen Personen der Kontrollstelle H._____, der Aufsichtsbehörde BSV, des damaligen Chefs der BVG-Abteilung des BSV, I._____, von J._____ (ehemals BSV) und die Unterzeichner der Zession sowie auf die von der Klägerin beantragte Zeugeneinvernahme von Rechtsanwalt K._____ verzichtet wird. Die umfangreichen schriftlichen Unterlagen in den Gerichtsakten genügen, um über den Fall abschliessend zu entscheiden. Es stellt sich zudem die Frage, ob aus Zeugnisaussagen zu derart weit zurückliegenden Vorkommnissen überhaupt neue Erkenntnisse gewonnen werden können. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, so stellt sich die Frage nach dem Beweiswert solcher Einvernahmen. Die klare, durch schriftliche Dokumente gekennzeichnete Aktenlage führt das Gericht zur Überzeugung, dass der massgebende Sachverhalt anhand dieser Unterlagen erstellt werden kann und die beantragten Beweismassnahmen daran nichts zu ändern vermögen bzw. dazu nichts Klärendes beitragen können (antizipierte Beweiswürdigung; U. KIESER, Das Verwaltungsverfahren in der Sozialversicherung, Zürich 1999, S. 212, Rz. 450; vgl. auch BGE 134 I 140 Erw. 5.3).

Schliesslich ist als fünfte und letzte Vorbemerkung hinsichtlich der vom Beklagten vorgeworfenen Verletzungen des rechtlichen Gehörs festzuhalten, dass ihm mit Schreiben vom 15. Juli 2010 ausdrücklich die Gelegenheit gegeben wurde, sich zu allen offenen Fragen zu äussern, was er schlussendlich mit seiner Stellungnahme vom 26. November 2010 auch getan hat. Ferner bringt er vor, dass sein rechtliches Gehör dadurch verletzt wurde, da nicht ersichtlich sei, welche Tatsachenbehauptungen sich auf Art. 52 BVG und welche auf Art. 56a BVG abstützen. Wie bereits erläutert, wird vorliegend einzig ein Anspruch geltend gemacht, welcher sich aber auf zwei verschiedene Rechtsnormen abstützt, weshalb eine Unterscheidung nicht erforderlich und damit die Klage genügend substantiiert ist. Schliesslich ist zusammen mit der Klägerin festzuhalten, dass es sich beim rechtlichen Gehör um ein verfassungsmässiges Recht gegenüber dem Staat handelt und die Klägerin mit ihrer Klageschrift und ihren Stellungnahmen das rechtliche Gehör des Beklagten gar nicht verletzen kann.

b) Die Verantwortlichkeit des Beklagten im Zusammenhang mit dem Zusammenbruch der D._____ wurde indirekt vom Bundesgericht im Entscheid B 15/05 vom 29. März 2006 bereits einmal beleuchtet. Dabei ging es aber einzig um seine Rolle als Mitarbeiter der F._____ und um die Frage, ob diese durch den Beklagten faktisch zum Organ der D._____ wurde. Da der Beklagte die F._____ auf Ende Februar 1985 verliess, beleuchtete dieser Entscheid namentlich den kurzen Zeitraum vom 13. September 1984 (Gründung D._____-AS und -SS) bis Ende Februar 1985. Das Bundesgericht hielt fest, dass keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Beklagte massgeblich an der Erfindung und Weiterentwicklung des letztendlich zu massiven finanziellen Verlusten führenden Anlagesystems beteiligt gewesen war. Selbst wenn er in der Startphase an der Konzeption im Sinne der Ausarbeitung der Statuten der D._____-SS mitgewirkt hätte, so war es am Ende doch der Stiftungsrat (nachfolgend: SR) der D._____-SS, namentlich der Vertreter der Stifterfirma L._____ AG, B._____, selber, welcher das vorgeschlagene System befürwortete und es – aufsichtsbehördlich genehmigt – schliesslich auch umsetzte. Eine blosser Mithilfe bei Entscheiden, so etwa die Vorbereitung der Entschlussfassung durch die Bereitstellung u. a. juristischer Grundlagen, genüge nicht, um gemäss Art. 52 BVG verantwortlich zu sein (Erw. 8.2.2.1 mit Hinweisen). Ebenfalls sei es nicht dargetan, dass der Beklagte

einen massgeblichen Einfluss auf die Entscheide bezüglich der Anlagetätigkeit der D._____ -AS gehabt hätte. Auch wenn die Stiftungsratssitzungen (nachfolgend: SR-Sitzungen) der D._____ -SS und -AS von 1985 bis Ende 1994 gemeinsam durchgeführt wurden, sei es doch letztendlich der SR der D._____ -AS – dessen Mitglied der Beklagte nicht war – welcher die Verantwortung für die Anlagegeschäfte trug. Die Tatsache, dass er den vorgeschlagenen Geschäften jeweils – informell – zustimmte, sei ferner nicht durch eine intensive, entscheidungswesentliche Einflussnahme gekennzeichnet gewesen, als die getätigten Anlagen im SR der D._____ -AS zu keinem Zeitpunkt umstritten waren. Damit begründe das Verhalten des Beklagten keine faktische Organeigenschaft der F._____.

Es ist klar festzuhalten, dass der Beklagte in jenem Urteil keine Parteistellung innehatte und dieses deshalb für das tagende Gericht nicht bindend ist. Zudem hielt das Bundesgericht auch explizit fest, dass allenfalls eine persönliche Haftung des Beklagten aus Art. 52 BVG vorliege (Erw. 8.2.2.2). Dieser Auffassung war auch bereits die Vorinstanz, das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, welches im Entscheid vom 25. November 2004 (Verfahren BV.2000.00070) ebenfalls explizit festhielt, allenfalls hafte der Beklagte persönlich aus Art. 52 BVG (Erw. 4.4.5). Auch an dieses Urteil ist das tagende Gericht nicht gebunden, aufgrund der fehlenden Parteistellung des Beklagten.

c) Bevor der Prüfung der Frage, ob der Beklagte in Bejahung der Voraussetzungen von Art. 52 BVG für den geltend gemachten Schaden haftbar ist, wird zunächst das D._____ -Konstrukt dargestellt und auf einige Problempunkte hingewiesen.

aa) Im Hinblick auf das Inkrafttreten des BVG wurde die bereits existierende D._____ -Gemeinschaftsstiftung umbenannt in D._____ -AS und daneben eine neue D._____ -SS gegründet, wobei letztere als registrierte Vorsorgeeinrichtung gemäss Art. 48 BVG den Zweck der beruflichen Vorsorge übernahm. Die künftig zu erbringenden Leistungen der D._____ -SS wurden entweder bei der F._____ oder der G._____ durch den Abschluss von Kollektivversicherungsverträgen rückversichert. Versicherungsnehmerin war die D._____ -SS. Die Versicherungsprämien wurden von den angeschlossenen Unternehmen direkt an die Versicherungsgesellschaften einbezahlt, welche ihrerseits die Leistungen ebenfalls direkt an die Versicherten erbrachten.

Die beiden Versicherungsgesellschaften gewährten in der Folge der D._____ -SS auf den Kollektivversicherungsverträgen Policendarlehen, womit faktisch die Ansprüche der Versicherten belehnt waren. Bei Eintritt eines Leistungsfalles erbrachten die Versicherungen daher die Leistungen abzüglich der Summe der Policendarlehen.

Die D._____ -SS übernahm in der Höhe der erhaltenen Policendarlehen M._____ -Anteilsscheine der D._____ -AS, womit faktisch die von den Versicherungsgesellschaften erhaltenen Gelder an die D._____ -AS transferiert wurden, welche damit in Bauten und Bauland investierte. Dies entsprechend der Idee von B._____, wonach die Gelder der beruflichen Vorsorge gemäss dem Motto *"Aus der Region – Für die Region"* in der Region und den Branchen reinvestiert wurden, wo sie auch angespart wurden. Die erbauten Immobilien wurden nicht als Langzeitinvestition betrachtet, sondern das Ziel bestand grundsätzlich darin, diese relativ schnell wieder zu verkaufen.

Den angeschlossenen Unternehmen – welche über keine eigene Pensionskasse verfügten – wurde für den Fall eines Beitritts zur D._____ und eines Versicherungsabschlusses

Gegengeschäfte in Form von exklusiven "Vorrechten" bei der Vergabe von Arbeiten und Lieferungen für die durch die D. _____-AS zu erstellenden Bauten versprochen. Daneben bestand für Vorsorgeeinrichtungen die Möglichkeit, Gelder bei der D. _____ zu platzieren mittels Kauf von M. _____-Anteilscheinen oder M. _____-Obligationen. Darüber hinaus gewährte die D. _____-AS auch Aktivdarlehen (z. B. Hypotheken für Kaufinteressierte), welche zum Teil auch im Zusammenhang mit den Immobilienprojekten standen. Schliesslich nahm die D. _____-AS auch vermehrt Fremdkapital auf zur Finanzierung der Bauten sowie des Baulandes.

In einer Informationsbroschüre zu Händen der schweizerischen Pensionskassen (vermutlich 1989; Klagebeilage 23) wird das D. _____-Konstrukt offiziell folgendermassen dargestellt: *"Aus der Region – für die Region. Vorsorgegelder sollen nach diesem Grundsatz in jenen Regionen und zum Teil auch in jenen Firmen beschäftigungswirksam werden, in welchen sie angespart wurden. Tatsächlich investiert die D. _____-AS die ihr anvertrauten Vorsorgegelder grösstenteils dort, woher sie stammen; dies in Form inflationssicherer Immobilien von guter baulicher und standortspezifischer Qualität. Zudem werden bei der Vergabe der Bau-, Ausbau- und Zulieferaufträge nach Möglichkeit jene Unternehmen berücksichtigt, die sich über ihre Vorsorge-Einrichtung der Stiftung angeschlossen haben oder auf andere Art an ihr partizipieren. Mit diesem System des Rezyklierens von Vorsorgegeldern leistete und leistet die D. _____-AS einen nicht zu unterschätzenden Beitrag zur Erhaltung von Arbeitsplätzen und zur Stabilität in einer Branche, die an unserem wirtschaftlichen Wohlergehen entscheidenden Anteil hat. Auch dies ist letztlich eine Form der beruflichen Vorsorge."*

Damit ist bereits jetzt ersichtlich, dass für das Überleben des Systems zwei Voraussetzungen erfüllt sein mussten. Zum einen war der regelmässige Beitritt von neuen Partnern, welche neues Geld brachten, notwendig. Zum anderen konnte das System eigentlich auch nur solange funktionieren, als es gelang, die erstellten Häuser bzw. Wohnungen relativ schnell wieder zu verkaufen, um ebenfalls auf diese Weise zu neuem Geld zu kommen. Gleichzeitig mit der einsetzenden Krise im Immobiliensektor stagnierte die Akquisition von Neumitgliedern, womit das System aus dem Ruder geriet. Obwohl es vermehrt zu Problemen mit dem Verkauf der Wohnungen kam und auch die Vermietung nur stockend verlief, wurde weiter Bauland zugekauft und Wohnungen sowie Häuser erstellt. Dafür war vermehrt Fremdkapital nötig, was schliesslich zur Überschuldung und damit zum Zusammenbruch der D. _____ führte.

bb) An dieser Stelle ist auf die allgemeine Problematik der Immobilienkrise der 90er Jahre hinzuweisen (vgl. Klagebeilage 61; *"Gutachten zu den Kriterien zur Fällung eines Immobilien-Investitions-Entscheidens"*). So verteuerte sich beispielsweise im Raum Zürich der Boden zwischen 1980 und 1990 um das fünffache, die Wohnungsmieten stiegen aber bei weitem nicht in gleichem Ausmass, was sinkende Renditen auf Immobilien bis hin zu Negativrenditen zur Folge hatte. Ferner stiegen die Hypothekarzinsen ab Ende der 80er Jahre sprunghaft an, was es beinahe verunmöglichte, gute Rendite zu erzielen. Zudem findet sich bereits im Geschäftsbericht von 1985 der D. _____ die Aussage, dass in den vorherigen Jahren eine Überproduktion von Wohnungen bestand. All diese Umstände hätten eigentlich dazu führen sollen, dass zu jener Zeit eher Abstand von Immobilieninvestitionen genommen worden wäre. Die D. _____ handelte aber stark antizyklisch und erhöhte ihre Bauaktivität weiter. So waren beispielsweise Ende 1992 Wohnungen in AP. _____, Oberentfelden und Kappel fertiggestellt worden. N. _____ (Geschäftsführer D. _____) erklärte anlässlich der Stiftungsversammlung der D. _____-AS vom 18. Juni 1993 diesbezüglich, dass momentan der Eigentumswohnungsmarkt eigentlich komplett zusammengebrochen sei und Verkäufe nur

noch zu äusserst günstigen Preisen möglich seien. Deshalb würden die Wohnungen zum Teil vermietet, womit aber das Kapital gebunden bleibe. Dennoch und trotz der bereits misslichen Lage der D._____ (1991 Verlust von 1.7 Mio. Franken und 1992 Verlust von 0.3 Mio. Franken) präsentierte er Bauprojekte für weitere 560 Wohnungen. Schliesslich bestand zudem ein Standortproblem, da ein Grossteil der Liegenschaften auf den Raum O._____ und P._____ konzentriert waren, wo gemäss dem vorerwähnten Gutachten immer hohe Leerstandsprobleme bestanden.

Gemäss den Unterlagen wurde regelmässig auf Renditeprobleme hingewiesen, ohne dass sich offenbar jemand daran störte. So wurden bereits 1985 in Q._____ bei neu erstellten Wohnungen grosszügige Mietzinsreduktionen von 20% im ersten Jahr gewährt, welche anschliessend laufend abnahmen. Erst ab dem fünften Jahr wurde der eigentliche Mietzins verlangt. Im Geschäftsbericht 1987 erfolgte der Hinweis, dass bei neuen Liegenschaften kaum eine kostendeckende Bruttorendite erzielt werden könne. So auch im Geschäftsbericht 1990: *"Obschon zufolge der hohen Hypothekarzinsen der Verkauf von Eigentumswohnungen zur Zeit etwas stagniert und für neue Mietwohnungen kaum eine kostendeckende Brutto-Rendite erzielt werden kann, haben sich SR und Geschäftsleitung zum Ziel gesetzt, weiterhin aktiv zu sein."* Im Geschäftsbericht 1991 der D._____ -AS wird erneut – trotz des erlittenen Jahresverlustes von 1.7 Mio. Franken – am antizyklischen Verhalten festgehalten: *"Allerdings sind wir uns bewusst, dass ein solches Verhalten nicht ganz risikolos ist. Der Verkauf von Eigentumswohnungen ist seit gut 1½ Jahren stagnierend, was einerseits auf die hohen Hypothekarzinsen und andererseits auf die wirtschaftliche Unsicherheit zurückzuführen ist. Bei der Vermietung neuer Wohnungen wiederum ist trotz Wohnungsnot keine kostendeckende Bruttorendite erreichbar."* Ein ähnlicher Hinweis ebenfalls im Geschäftsbericht 1991 der D._____ -SS. Ebenso im Geschäftsbericht 1992 der D._____ -AS, wobei in jenem auch die Kontrollstelle H._____ klar auf die Problematik hinwies: *"Die Bilanzierung der Liegenschaften (Fertige Bauten, Bauten in Ausführung und Bauland) erfolgt zu den Gestehungskosten (inkl. Bau- und Baulandzinsen). Die erstellten Eigentumswohnungen können gegenwärtig nicht verkauft werden. Sie werden zu marktüblichen Mietzinsen vermietet. Die Mietzinseinnahmen sind nicht kostendeckend. Der Ertragswert dieser Liegenschaften liegt momentan unter dem Bilanzwert; die von der Geschäftsleitung kalkulierten Verkaufspreise liegen jedoch darüber. Ob diese Verkaufspreise realisiert werden können, hängt von der künftigen Entwicklung auf dem Immobilienmarkt ab. Aufgrund der gegenwärtigen Situation kann der Wert der Liegenschaften nicht abschliessend beurteilt werden."* Der Geschäftsbericht 1993 erklärt, dass auf Ende 1992 viele Häuser fertiggestellt wurden, die Wohnungen aufgrund der aktuellen Immobilienkrise aber nicht verkauft werden konnten und schliesslich zu nicht kostendeckenden Mietzinsen vermietet wurden.

Auch während den SR-Sitzungen wurde wiederholt auf die Ertragsprobleme hingewiesen. So erläuterte N._____ anlässlich der SR-Sitzung 61/90 vom 29. November 1990, dass aufgrund der hohen Hypothekarzinse eine Stagnation beim Verkauf bestehe und Verkäufe nahezu unmöglich seien. Gleichzeitig wurden Überbauungen in R._____ sowie in S._____ fertiggestellt. Dennoch wurden neue Projekte in Angriff genommen und weiter Bauland gekauft. Ein halbes Jahr später, anlässlich der SR-Sitzung 64/91 vom 30. April 1991 sprach derselbe immer noch von einer Stagnation im Verkauf, weshalb er vorschlug leerstehende Einheiten zu marktüblichen Preisen zu vermieten, wenn auch damit momentan keine kostendeckenden Mietzinsen erzielt werden könnten, was einstimmig befürwortet wurde. In der Folge wurde stetig weitergebaut, obwohl eigentlich jedes fertiggestellte Projekt zu einem Problem wurde und die Objekte nicht verkauft und

höchstens zu nicht kostendeckenden Mieten vermietet werden konnten, wie es dem Protokoll der SR-Sitzung 77/93 vom 23. November 1993 zu entnehmen ist.

Schliesslich finden sich auch in den Protokollen der Stiftungsversammlungen Hinweise auf die prekäre Ertragslage. So äussert sich beispielsweise N._____ folgendermassen an der Stiftungsversammlung vom 7. Juni 1991: *"Unser Stiftungsvermögen ist mehrheitlich in Grundstücken angelegt. Einige Liegenschaften haben heute eine befriedigende Rendite. Mehrheitlich besitzen wir aber neuere Objekte. Einzelne von ihnen sind vor allem wegen der hohen Hypothekarzinsen nicht kostendeckend. In dieser Situation sind wir auf einen gewissen Ertrag aus Verkäufen von Wohneigentum angewiesen. Seit November 1990 hat aber der Verkauf stagniert; einerseits wegen der hohen Hypothekarzinsen und andererseits zufolge der herrschenden wirtschaftlichen Unsicherheit, die sich auf potentielle Kaufinteressenten übertragen hat."*

Somit erstaunt es, dass die D._____ jahrelang ihre Aktivitäten trotz sich abzeichnender Krise im gewohnten Stil weiterführte. Es wurden über Jahre diverse Fehler begangen. So fehlte es namentlich an regelmässigen Schätzungen der Immobilien, was eine kontinuierliche Wertanpassung ermöglicht hätte. Einerseits wurden Grundstücke auch relativ teuer eingekauft, andererseits gab es von Beginn an bei Projekten Standortprobleme. Auch fehlte es jeweils an Wirtschaftlichkeitsrechnungen in Bezug auf die zu erwartenden Renditen oder aber diese wurden erst kurz vor Fertigstellung der Bauten vorgenommen, wie es beispielsweise einem Schreiben vom 8. August 1988 von N._____ an B._____ zu entnehmen ist (Klagebeilage 65). Aber vor allem wurde die zukünftige Entwicklung lange Zeit zu optimistisch gesehen. Dennoch finden sich in den Protokollen auch einige Stellen aus denen sich ergibt, dass zum Teil auf Grund von zu hohen Risiken bewusst auf Projekte verzichtet wurde oder sich die D._____ aus Projekten zurückzog, wenn die Entwicklung nicht so vonstattenging, wie dies zunächst angenommen worden war. Dies aber namentlich ab 1993 als sich eine mögliche Liquidation der D._____ immer mehr abzeichnete.

cc) Ein anderer Problempunkt, welcher schliesslich zum Zusammenbruch der D._____ führte, bestand in der Verzinsung der M._____-Anteilscheine. Wie gesehen investierte die D._____-SS die von den Versicherungen erhaltenen Policendarlehen beinahe vollumfänglich in M._____-Anteilscheine der D._____-AS. Während Jahren waren die Zinssätze für die M._____-Anteilscheine sowie für die Policendarlehen dieselben, womit die D._____-SS mit den Zinsen aus den in der D._____-AS investierten M._____-Anteilscheine die Zinsen für die Policendarlehen gegenüber der Versicherungen begleichen konnte. Ab dem Zeitpunkt, als der D._____-AS das Geld für die Verzinsung der M._____-Anteilscheine fehlte und die Verzinsung zunächst im Jahr 1992 auf 4% und ab 1993 auf 0% gesenkt wurde, fehlte in der Folge der D._____-SS das Geld, um die Zinsen aus den Policendarlehen zu begleichen.

dd) Weiter vergab die D._____ günstige Hypotheken, um den Verkauf von Wohnungen und Häusern anzukurbeln. Schliesslich wurden auch Darlehen in Millionenhöhe vergeben. Dies oft an Firmen innerhalb der T._____-Gruppe. So beispielsweise das Darlehen von 1985 in der Höhe von 2 Mio. Franken an die U._____-AG (Klagebeilage 99). Oder die der V._____-Stiftung, bei welcher sowohl B._____ als auch der Beklagte im SR waren, ab 1987 gewährten Darlehen mit einer Gesamtkreditlimite von 5 Mio. Franken (Klagebeilage 91). Als schlussendlich die T._____-Gruppe in Schwierigkeiten geriet, hatte die D._____ ihr gegenüber Forderungen in der Höhe von 14 Mio. Franken. Es gab zwar Sicherheiten in Form von

Liegenschaften, aber diese waren massiv überbewertet, wie es dem Protokoll der SR-Sitzung 84/95 vom 24. April 1995 zu entnehmen ist. Diese Problematik bestand auch bei der D._____, worauf später noch genauer eingegangen wird.

d) Der von der Klägerin erlittene Schaden aus Sicherstellung der Vorsorgeleistungen der D._____-SS beträgt 62.5 Mio. Franken. Die D._____-SS, deren Liquidation immer noch nicht abgeschlossen ist, hat wie gesehen einen Schaden von 67.7 Mio. Franken (Stand 31. Dezember 2009) erlitten. Einen Anspruch von 5 Mio. Franken aus Art. 52 BVG hat sie mittels Zession an die Klägerin übertragen, welche vorliegend die Gesamtsumme von 5 Mio. Franken einklagt.

Es steht fest, und wird auch seitens des Beklagten nicht bestritten, dass er vom 19. Dezember 1984 bis 20. März 1996 (Handelsregisterauszug D._____-SS in Liquidation, Klagebeilage 32) gewählter Stiftungsrat der D._____-SS war, ab Mitte 1991 deren Vizepräsident. Somit steht bereits damit fest, dass der Beklagte Organ der D._____-SS war und damit seine Passivlegitimation gegeben und seine Verantwortlichkeit unter dem Blickwinkel von Art. 52 BVG zu prüfen ist.

Es ist richtig, dass der Beklagte nie in irgendwelcher Weise formell für die D._____-AS im Handelsregister eingetragen gewesen war. Dennoch wird nachfolgend aufgezeigt werden, dass davon auszugehen ist, dass er neben seiner formellen Organeigenschaft in der D._____-SS, faktisch auch als ein materielles Organ der D._____-AS zu gelten hat und jeweils auch deren Entscheide mitgetragen hat.

aa) So ist zunächst auf den besonderen Umstand hinzuweisen, dass die SR-Sitzungen sowohl der D._____-SS als auch der D._____-AS jeweils am gleichen Ort und zur selben Zeit stattfanden und jeweils nur ein Protokoll existierte. Interessanterweise wurde in denselben auf der Anwesenheitsliste jeweils nicht zwischen D._____-AS und D._____-SS unterschieden, sondern es gab beispielsweise einzig eine Rubrik SR-Mitglieder, weshalb es nicht ersichtlich war und ist, ob nun eine genannte Person die SS oder die AS vertrat. Soweit ersichtlich wurde einzig im Protokoll der SR-Sitzung 81/94 vom 7. Juni 1994 diesbezüglich eine klare Trennung zwischen den beiden Stiftungen vorgenommen. Ab der Sitzung 82/94 vom 3. November 1994 tagten die D._____-Stiftungen zusammen mit den W._____-Stiftungen, wobei auf der Anwesenheitsliste einzig zwischen D._____ und W._____, nicht aber jeweils zwischen AS und SS unterschieden wurde. Zudem ergibt sich aus den vorhandenen Protokollen auch, dass ein Schwerpunkt dieser Sitzungen jeweils die aktuellen Bauprojekte darstellten und damit der Beklagte sehr wohl bestens im Bild über die Aktivitäten der D._____-AS, namentlich hinsichtlich ihrer Anlagetätigkeiten war. Erschwerend kommt der Umstand hinzu, dass jeweils alle anwesenden SR-Mitglieder – somit auch diejenigen, die formell einzig der D._____-SS angehörten und damit auch der Beklagte – ihre Zustimmung zu den vorgestellten Anlageprojekten gaben. Zumindest findet sich in den vorhandenen Protokollen kein einziger Fall, in welchem er einem Projekt nicht zugestimmt hätte. Soweit ersichtlich wurde erst ab der SR-Sitzung 90/95 vom 17. November 1995 bei den Abstimmungen eine klare Trennung zwischen D._____-AS und SS vorgenommen und es waren nur die Mitglieder der AS, die hinsichtlich der Anlagen ihre Zustimmung gaben.

Demgegenüber existierten für die Stiftungsversammlungen jeweils zwei Protokolle, eines für die AS und eines für die SS, auch wenn die Versammlungen der beiden Stiftungen bis und mit jener vom 7. Juni 1991 immer zum gleichen Zeitpunkt und am selben Ort stattfanden. Erst ab der Versammlung vom 25. Juni 1992 fanden die Versammlung der

D._____ -AS und jene der D._____ -SS jeweils auch zeitlich getrennt voneinander statt. Jeweils zuerst die SS, gefolgt von der AS, wobei die Mitglieder der einen Stiftung jeweils bei der Versammlung der anderen Stiftung anwesend sein konnten. Die Stiftungsversammlungen 1994 und 1995 fanden jeweils in umgekehrter Reihenfolge statt. Die ausserordentliche Stiftungsversammlung vom 7. Dezember 1995 fand für beide Stiftungen wiederum am gleichen Ort und zum gleichen Zeitpunkt statt.

Bereits aus Vorstehendem ist ersichtlich, dass die Trennung zwischen der D._____ -SS und der D._____ -AS nicht so eine strikte war, wie es der Beklagte geltend macht. Er kann sich deshalb mit der Berufung auf den Umstand, dass er nur Stiftungsrat der D._____ -SS und nicht der D._____ -AS – welche den eigentlichen Grundstein für den Niedergang des D._____ -Konstrukts legte – war, nicht so einfach aus der Verantwortung hinsichtlich der Vorkommnisse bei der D._____ -AS nehmen. Denn wie es die nachfolgenden Beispiele aufzeigen werden, war die genaue Abgrenzung zwischen den beiden Stiftungen nicht einmal den Mitgliedern selber bekannt und die D._____ -AS und SS sind vielmehr als eine Einheit zu betrachten.

So ist dem Geschäftsbericht 1990 in Bezug auf den Beklagten, der ja formell einzig Stiftungsrat der D._____ -SS war, folgende Passage zu entnehmen: *"Die D._____ -AS hat unter dem Vorsitz ihres Stiftungsratsmitgliedes und Mitgliedes der BVG-Beschwerdekommision, Dr. A._____, eine Arbeitsgruppe 'Wohneigentumsförderung' eingesetzt."*

Weiter stellte anlässlich der SR-Sitzung 75/93 vom 3. Juni 1993 bei den Erläuterungen zur Jahresrechnung 1992 der D._____ -AS X._____ (Stiftungsrat D._____ -AS), die Frage, weshalb denn der Beklagte nicht als SR-Mitglied aufgeführt werde und N._____ musste ihn darauf hinweisen, dass der Beklagte Mitglied der D._____ -SS und dabei auch deren Vizepräsident sei.

Auch ist auf den Umstand hinzuweisen, dass einzig für die Jahre 1992 und 1993 getrennte Geschäftsberichte für die D._____ -SS und D._____ -AS existierten. In allen übrigen Jahren gab es nur einen einzigen Geschäftsbericht, der beide Stiftungen umfasste, womit einmal mehr aufgezeigt ist, dass ein Mitglied der D._____ -SS auch immer einen guten Wissensstand hinsichtlich der D._____ -AS hatte. Ferner traten die Stiftungen auch gegen aussen immer als Einheit auf, wie es sich aus dem Briefpapier der D._____ ergibt, welches im Briefkopf beide Stiftungen nennt. Diese Punkte bestätigen die vorhin wiedergegebene Auffassung, wonach die D._____ -SS und D._____ -AS eine Einheit darstellten. Dies ergibt sich auch, wie gesehen, aus den SR-Sitzungen, welche für beide Stiftungen immer zusammen abgehalten wurden und für welche auch jeweils nur ein Protokoll existierte.

Aus den Unterlagen ergibt sich weiter, dass der Beklagte beim Grossteil der SR-Sitzungen sowie, soweit ersichtlich, auch jeweils bei den Stiftungsversammlungen anwesend gewesen war. Dabei äusserte er sich zum Teil auch zu Fragen, welche konkret die D._____ -AS betrafen. So beispielsweise anlässlich der SR-Sitzung 47/86 vom 30. Mai 1986, hinsichtlich eines Rechtsstreites in Bezug auf eine Liegenschaft in S._____. Noch aussagekräftiger ist das an die Mitglieder des SR und des Stiftungsausschusses (nachfolgend: SA) der D._____ -AS gerichtete Schreiben vom 15. Juni 1987, in welchem über den Kauf einer Liegenschaft in Kappel informiert und die Mitglieder mittels Zirkulationsbeschluss um ihre Zustimmung hierzu ersucht wurden. Diesem hat der Beklagte – als formelles SR-Mitglied der D._____ -SS –, wie es sich aus Klagebeilage 70 ergibt, zugestimmt. Damit ist entgegen seinen Angaben in seiner Stellungnahme vom

26. November 2011 auch klar belegt, dass er auch formell seine Zustimmung zu Anlageprojekten gab.

Anlässlich der SR-Sitzung 67/91 vom 17. Dezember 1991 wurde eingehend die Finanzsituation der D._____ -AS diskutiert und der Beklagte nahm dazu Stellung: *"Wir sind in einer schwierigen Finanzsituation und befinden uns auf einer Talfahrt. Wir haben gewisse Indizien dafür, doch wollen wir trotzdem mit unsern Bestrebungen fortfahren. Wenn wir die demographische Entwicklung beobachten, so haben wir heute 500'000 mehr Einwohner in unserem Land. Trotz allem ist also ein Wohnungsbedarf vorhanden."* Er äusserte sich somit einmal mehr zu einer Angelegenheit der D._____ -AS, und sprach sich klar für ein aktives Weitermachen aus und dies zu einem Moment, wo es bereits klar war, dass die D._____ in jenem Jahr einen Verlust in Millionenhöhe einfahren würde.

bb) Weiter ergibt sich aus den Unterlagen, dass der Beklagte bereits früh eine relativ wichtige Rolle innehatte. So setzte er sich 1981 recht deutlich dafür ein, dass sein damaliger Arbeitgeber, die F._____, mit der D._____ zusammenarbeite (vgl. Klagebeilage 13). Nur einen Monat später kam es dann zu dieser Zusammenarbeit (vgl. Klagebeilage 14).

Hinsichtlich des Inkrafttretens des BVG waren bei der D._____ strukturelle Anpassungen notwendig. An den diesbezüglich geführten Gesprächen mit dem BSV waren B._____, N._____ sowie der Beklagte anwesend. An der SR-Sitzung 38/84 vom 27. Januar 1984 wurde darüber informiert und hinsichtlich des Beklagten Folgendes festgehalten: *"A._____ werde die Statuten und das Geschäftsreglement der heutigen D._____ Gemeinschaftsstiftung prüfen und die nötigen Statutenänderungen vorschlagen. Gleichzeitig werde er für die Sammelstiftung neue Statuten errichten."*

Am 2. August 1984 (Klagebeilage 137), in einem Schreiben an das BSV, äusserte sich der Beklagte dermassen, dass die Policendarlehen auch weiterhin möglich sein sollen, da dies für die D._____ existenzbedeutend sei. Das Geld diene zur Arbeitsbeschaffung, um damit Liegenschaften zu errichten. Anlässlich der SR-Sitzung 42/84 vom 13. September 1984 wurde dem Beklagten, der als Gast (Vertreter der F._____) anwesend war, für seine in letzter Zeit geleisteten Grossarbeit für die D._____ -AS und -SS gedankt und die Statuten und Reglemente traten mit Datum des 13. September 1984 in Kraft und die anwesenden Mitglieder nahmen von der Neugründung der D._____ -SS Kenntnis.

Mit seinem Austritt aus der F._____ wollte der Beklagte auch sein SR-Mandat bei der D._____ -SS zur Verfügung stellen. B._____ wird diesbezüglich folgendermassen im Protokoll der SR-Sitzung 43/85 vom 22. März 1985 wiedergegeben: *"A._____ habe unserer Stiftung auch weiterhin seine Unterstützung und Mitarbeit zugesichert. Bei seinem Austritt aus der F._____ habe er sein Stiftungsratsmandat zur Verfügung gestellt. Sicher sei seine Mitarbeit für uns wertvoll, und er werde weiterhin dem Stiftungsrat der D._____ -Sammelstiftung angehören. (...) Er [Beklagter] grüsse den Stiftungsrat und den Stiftungsausschuss und versichere seine Verbundenheit zu unserer Institution. A._____ gebührt unser Dank für seine bisher geleistete, sehr wertvolle Arbeit."*

Den Protokollen der SR-Sitzungen der Jahre 1987/88 ist zu entnehmen, dass die D._____ plante, ihr Angebot zu erweitern, weshalb der Verein Y._____ gegründet wurde, welcher in erster Linie Kapital für die D._____ beschaffen sollte (vgl. Protokoll

SR-Sitzung 51/87 vom 4. September 1987). Auch dabei war der Beklagte einer der Hauptakteure, der die entsprechenden Statuten und Reglemente ausarbeitete, der den Wunsch äusserte die F._____ solle einbezogen werden und welcher schliesslich zusammen mit N._____ und Z._____ (SR-Mitglied D._____-SS; Vertreter der G._____) den Verein gründete. Als sich diesbezüglich Widerstand seitens der Behörden ergab hinsichtlich der Frage, ob die Y._____ BVG-konform sei, war es der Beklagte und N._____, die beim BSV vorsprachen (vgl. Protokoll SR-Sitzung 55/89 vom 10. Februar 1989).

cc) Weiter ist festzuhalten, dass es ebenfalls der Beklagte war, der zusammen mit N._____ und B._____ federführend die D._____ als Einheit vis-à-vis der Aufsichtsbehörde, dem BSV, vertrat. Dies hat der Beklagte zumindest selber vor dem Untersuchungsrichteramt des Kantons O._____ so wiedergegeben (vgl. Klagebeilage 16; Antwort zu Punkt 87): *"Als Stiftungsrat pflege ich auch den Kontakt zum BSV und zu den Leuten, die ich dort gut kenne. Da lag es nahe, dass ich als Jurist dort etwas federführend war. Dazu stehe ich, und auch dies stellt keine Schande dar."* Ferner verteidigte er dabei auch mehrmals das D._____ -System und erreichte, dass dieses weiterlaufen konnte, wie es nachfolgende Beispiele aufzeigen werden.

Anlässlich der SR-Sitzung 49/87 vom 6. Februar 1987 teilte der Beklagte mit, dass sich das BSV mit der Policendarlehen beschäftige und er mit den Vertretern des BSV einen Konsens finden konnte. Eine sich abzeichnende Verordnung über Policendarlehen sollte Geschäftsvorgänge, wie sie durch die D._____ getätigt würden, auch weiterhin ermöglichen.

In einem Schreiben vom 10. Oktober 1988 (Klagebeilage 17) zu Händen von N._____, gab der Beklagte wieder, dass er sich der Problematik der Anlagevorschriften der BVV 2 bereits anlässlich der Erarbeitung der Statuten bewusst gewesen sei: *"Als ich seinerzeit federführend die Statuten ausarbeitete, war mir natürlich das Problem der fast ausschliesslichen Anlage in Liegenschaften bewusst. Ich habe dem damaligen Chef der BVG-Abteilung [des BSV], I._____, das Problem erläutert und darauf hingewiesen, dass die D._____ -Anlagestiftung in erster Linie von und mit der Bautätigkeit ihrer Mitglieder lebt. Er hat denn die D._____ -Sonderheit gut begriffen, und wir kamen im Stillen überein, der Sache ihren Lauf zu lassen. Dass sich nun Welten [BSV] daran stösst, bewegt mich nicht, zeigt aber, dass er nicht allzu viel von Liegenschaften und Wertpapieren versteht. Denn hätte die D._____ getreulich die BVV 2 befolgt und beispielsweise nach Vorschrift Aktien gekauft, hätte man einen schönen Verlust hinnehmen müssen. Und das hätte Welten bestimmt weniger gefreut. (...) Nach meiner Meinung hat Welten das Problem falsch angepackt. Es gibt entweder die Verpflichtung der D._____ für die Einhaltung der Anlagevorschriften bei den Anlegern zu sorgen, soweit diese Gelder in der D._____ anlegen. Die BVV 2 ist, mindestens formell, respektiert. Oder die D._____ ändert die Anlagepolitik und legt nur noch 50% in Liegenschaften an, was unannehmbar ist. Und wenn wir beides nicht wollen, müssen wir eine Ausnahme gemäss Art. 59 BVV 2 begründen."*

Anfang 1991 beanstandete das BSV den zu hohen Immobilien-Anteil bei der D._____, weshalb am 1. Februar 1991 eine Besprechung zwischen dem BSV und der D._____ (vertreten durch N._____ und den Beklagten) stattfand. Vom BSV selber wurde eine Revision von Art. 49 BVV 2 als mögliche Lösung in Betracht gezogen. Der D._____ wurde das Recht eingeräumt, diesbezüglich eine Eingabe ans BSV zu machen (vgl. Klagebeilage 122). Diese Eingabe erfolgte mit Schreiben des Beklagten vom 2. Mai 1991 zu Händen des BSV (Klagebeilage 124), worin eine Anpassung der BVV 2 beantragt

wurde. So namentlich, dass das Deckungskapital aus den Kollektivversicherungsverträgen ebenfalls zum Vermögen zähle, um damit die Limiten von Art. 54 BVV 2 einhalten zu können sowie eine Erhöhung der Limite für Anlagen in Immobilien von 50% auf 60%: *"Seit ihrem Bestehen hat die D._____ -Stiftung ihre Mittel vorwiegend in Liegenschaften angelegt. (...) In diesem Zusammenhang [Inkrafttreten BVG] hat Ihr Bundesamt verlangt, dass die D._____ -Gemeinschaftsstiftung in zwei separate Stiftungen aufzuteilen sei, nämlich in eine Stiftung, welche die Anlagen tätigt und die M._____ -Anteilscheine herausgibt, sowie in eine andere, worüber die Kollektiv-Versicherungsverträge abgewickelt werden. In der Folge wurde die D._____ -Gemeinschaftsstiftung in die D._____ -Anlagestiftung abgeändert, und die D._____ -Sammelstiftung neu gegründet. (...) Bei den damaligen Verhandlungen mit Ihrer Behörde stand nebst den gesetzlichen Anpassungen das Ziel im Vordergrund, unsere bis dahin verfolgte Geschäftstätigkeit beibehalten zu können. Es wurde uns damals auch zugesichert, dass wir die Mittel aus den Vorauszahlungsdarlehen weiterhin vollumfänglich in Liegenschaften anlegen, bzw. M._____ -Anteilscheine der D._____ -Sammelstiftung zeichnen können; dies unter dem Gesichtspunkt, dass die uns gewährten Vorauszahlungsdarlehen nicht mehr als 50% des Deckungskapitals der abgeschlossenen Kollektiv-Versicherungsverträge ausmachen und demzufolge die Anlagevorschriften eingehalten sind. (...) Wir erlauben uns, Ihnen ein formelles Gesuch zu unterbreiten, wonach die Anlagevorschriften von BVV 2 derart zu revidieren sind, dass in Zukunft die Bilanzierung des Deckungskapitals aus Kollektiv-Versicherungsverträgen zulässig ist. Damit wäre es möglich, dass die Anlagevorschriften seitens der Anlagestiftung nicht nur im Praktischen, sondern auch im bilanztechnischen Sinne eingehalten werden. (...) Eventualiter. In Anbetracht der grossen Nachfrage nach Wohnraum und angesichts der Tatsache, dass Anlagen in Liegenschaften 'mündelsicher' sind, möchten wir Ihnen beliebt machen, die Grenze für Liegenschaftsanlagen von 50% auf 60% zu erhöhen. Gründe, die dafür sprechen, gibt es genügend und gehen auch aus dieser Eingabe hervor."*

Im Frühling 1991 gelangten einige Mitglieder der D._____ an das BSV und übten starke Kritik an der D._____. Der Beklagte nahm dazu Stellung in einem Schreiben vom 5. Juni 1991 (Klagebeilage 123) zu Händen von AA._____ (Mitglied der AB._____ AG), worin er vorschlug, dass er die Sache an die Hand nehme und die SR-Mitglieder sowie auch die Stiftungsversammlung darüber informieren werde. Dies geschah anlässlich der Stiftungsversammlung der D._____ -SS vom 7. Juni 1991 und der Beklagte, der inzwischen Vizepräsident der D._____ -SS geworden war, äusserte sich folgendermassen: *"Beim recht komplizierten Gebilde unserer Stiftungen läuft nichts 'krumm'. Das Bundesamt für Sozialversicherungen hat Vertrauen in unsere Stiftungen. Es ist alles korrekt, sauber und ehrlich."* Die gegen die D._____ erhobene Kritik wurde auch ausführlich anlässlich der SR-Sitzung 66/91 vom 15. November 1991 diskutiert und der Beklagte verteidigte einmal mehr das D._____ -System und dem Protokoll ist folgende Passage zu entnehmen: *"Die jetzt gewählte Stiftungsorganisation ist gültig und nicht gesetzeswidrig. Damit sind die BVG-Vorschriften beachtet. Unsere Stiftung ist kein Verein, wo an der Generalversammlung über alles abgestimmt wird. Wir müssen in dieser Sache hart bleiben. (...) Im übrigen – so A._____ weiter – habe er zusammen mit N._____ am 23.10.1991 ein Gespräch mit allen zuständigen Mitarbeitern des Bundesamtes für Sozialversicherung in Bern geführt. Es wurden uns auch unbequeme Fragen gestellt, die wir aber einwandfrei beantworten konnten. Das Resultat dieser Besprechung war jedenfalls, dass unsere Organisation voll akzeptiert ist und zu keinen Beanstandungen Anlass gibt."*

Vom 17. bzw. 20. Juli 1992 datiert eine Gesprächsnotiz des Beklagten nach einer am 17. Juli 1992 im BSV stattgefundenen Unterredung (Klagebeilage 120). Diese fand statt, da das BSV vernommen hatte, dass die D._____ -AS sich in einem desolaten Zustand befände. Ausführlich wurde dabei die Problematik diskutiert, dass bei der D._____ das Verhältnis Eigen- und Fremdkapital 42% zu 58% betrage, wobei das BSV die Höhe des Fremdkapitals als zu hoch einschätzte. Weiter: "AC._____ [H._____] und ich [Beklagter] haben versucht, ihm zu erklären, dass man nur mit den Geldern aus der beruflichen Vorsorge nicht viel anfangen könne und es schlicht und einfach unmöglich sei, quasi ein Hausblock tranchenwesig, im Ausmasse der vorhandenen Stiftungsmittel, zu bauen. Dies leuchtete ihm vordergründig ein. Nachdem ich ihn gefragt habe, wie hoch denn das Verhältnis sein sollte, erklärte er: 1/3 Fremdmittel und 2/3 Eigenmittel. Im glücklichen Zusammenwirken mit AC._____ konnten wir ihm dies ausreden. Nach längerem insistieren durch die Vertretung der D._____ Anlage- und Sammelstiftung lenkte J._____ [BSV] ein, ein Verhältnis von 50% zu 50% zu akzeptieren. Somit sollte in der Zukunft pro Franken Vorsorgegelder ein Franken Fremdgelder hinzukommen dürfen. Ich habe dabei aber ausdrücklich erklärt, dass, sollte dieses neue Verhältnis verfügt werden, dies nicht von heute auf morgen geschehen dürfte, da sonst die Stiftung bezüglich der Finanzierung in Gefahr käme. J._____ hat erklärt, dass dies selbstverständlich langsam von sich gehen müsse, und die Stiftung deswegen keinen finanziellen Gefahr ausgesetzt werden dürfe."

Dem Protokoll der SR-Sitzung 73/93 vom 18. Januar 1993 ist zu entnehmen, dass der Beklagte am 14. Januar 1993 erneut beim BSV gewesen war (Diskussion hinsichtlich der Verzinsung der M._____ -Anteilscheine) und dort erklärte, es bestehe keine Insolvenz und die Stiftungen sei nicht gefährdet und dies obwohl zu jenem Zeitpunkt die Verkäufe bereits seit längerem eingebrochen waren und aufgrund der bekannten schlechten Ertragsituation von AC._____ während der gleichen SR-Sitzung für die nächsten 3 - 4 Jahre weitere Verluste in Millionenhöhe in Aussicht gestellt wurden.

Als sich die Situation bei der D._____ weiter zuspitzte, gab es unter anderem am 22. Dezember 1993 erneut eine weitere Unterredung beim BSV, an welcher von Seiten der D._____ B._____, N._____, AC._____ sowie der Beklagte teilnahmen (vgl. Klagebeilage 141). Dabei erklärte der Beklagte, seitens der Stiftungen sei alles Notwendige unternommen und allen Forderungen des BSV entsprochen worden. Hingegen argumentiere das BSV mit Unwahrheiten.

dd) Des Weiteren ist es auch von Interesse, dass der Beklagte jeweils Mitglied diverser Arbeitsgruppen war. So erklärte sich der Beklagte anlässlich der SR-Sitzung 55/89 vom 10. Februar 1989 bereit, zusammen mit N._____ und AD._____ (Mitglied Geschäftsleitung D._____) eine im Jahr 1989 geplante Pressekonferenz zum Thema Eigentumsförderung zu organisieren. Gleichzeitig erläuterte er seine Vorstellungen wie die D._____ aktiv werden könne, um aufzuzeigen, dass sie aktiv Wohneigentumsförderung betreibe, was wiederum ein PR-Gewinn für die ganze D._____ -Gruppe darstelle. In einem Schreiben vom 4. August 1989 (Klagebeilage 68) zu Händen der Mitglieder der D._____ -AS wird ihm für seine Unterstützung hinsichtlich dieser am 18. Juli 1989 durchgeführten Pressekonferenz gedankt: "Bei dieser Gelegenheit möchten wir unserem Stiftungsrats-Mitglied, A._____, für seine Arbeit und die grosse Unterstützung im Zusammenhang mit der Pressekonferenz recht herzlich danken." Nebenbei sei hier erwähnt, dass in diesem Schreiben der Beklagte einmal mehr als SR-Mitglied der AS genannt wird.

Anlässlich der SR-Sitzung 69/92 vom 11. Juni 1992 wurde die Problematik der Verzinsung der M._____ -Anteilscheine diskutiert und beschlossen, schnell eine Lösung zu finden. Die Vorberatung wurde an N._____, AE._____ (SR-Mitglied D._____ - AS), den Beklagten und die H._____ delegiert.

Weiter bildete er hinsichtlich einer vom BSV geforderten Statutenanpassung zusammen mit N._____ und AC._____ den dafür eingesetzten Ausschuss (vgl. SR-Sitzung 72/92 vom 13. November 1992). Ebenso war er – zusammen mit den Vorgenannten – Mitglied der Arbeitsgruppe "Ertragssituation" (vgl. SR-Sitzung 75/93 vom 3. Juni 1993), welche im August 1993 aufgrund der aktuellen schwierigen Situation der D._____ ein Strategiepapier hinsichtlich deren Zukunft entwarf (vgl. Klagebeilage 140). Dabei wurden drei mögliche Varianten in Betracht gezogen: 1. Liquidation der D._____; 2. Passives Weitermachen; 3. Aktives Weitermachen. Trotz der misslichen Lage, in welcher sich die D._____ zu jener Zeit befand, wurde dem SR ein aktives Weitermachen vorgeschlagen: *"Da eine Liquidation im gegenwärtigen Zeitpunkt schlecht möglich ist, da die Anteilscheine zuviel an Wert verlieren würden, zeigt sich, dass die beiden Stiftungen [D._____ und W._____] gezwungen sind, weiterzumachen. (...) Es zeigt sich, dass auch für die Zukunft das Roulement ein wichtiger Bestandteil der D._____ - Philosophie ist. Es muss aber darauf geachtet werden, dass im Bestand gewisse Altliegenschaften bleiben werden, die stark rentieren und damit die nötigen Reserven bilden. Andere hingegen können ohne weiteres veräussert werden. Für dieses Jahr müssen eine bis zwei gut rentierende Liegenschaften veräussert werden, da sich sonst Ende Jahr ein Liquiditätsengpass einstellt."* Ferner wird erklärt, dass Massnahmen zu treffen seien, welche die Zeichnung neuer Anlagescheine fördern, wobei die Erfahrung gezeigt habe, dass aktives Bauen die beste Werbung hierfür sei.

Schliesslich war er auch zusammen mit N._____, AC._____, AF._____ (Beirat BSV) und AG._____ Mitglied der Arbeitsgruppe, welche hinsichtlich der weiteren Verhandlungen mit den Versicherungsgesellschaften gegründet worden war (vgl. SR-Sitzung 79/94 vom 8. April 1994).

ee) Seine somit klar erkennbare wichtige Rolle innerhalb der D._____ verstärkte sich weiter, umso mehr die D._____ in Schieflage geriet und sich unter anderem die beiden bisherigen Hauptakteure N._____ (Anfangs November 1994) und B._____ (Februar 1995) zurückzogen. Ab diesem Moment leitete jeweils der Beklagte die SR-Sitzungen. Bei den Stiftungsversammlungen hatte er bereits ab 1993 die Leitung übernommen. Ferner war mit dem Rücktritt von N._____ und B._____ die D._____ eigentlich führerlos, da ohne Präsidenten. Dieses Vakuum wurde durch den Geschäftsausschuss gefüllt, welcher neben dem Beklagten aus der neuen Geschäftsführerin AH._____ (als Nachfolgerin von N._____) sowie AC._____ und AI._____ bestand. Dieser leitete faktisch die D._____ bis zu deren Liquidation im Jahr 1996. Damit dies ohne Probleme möglich war, stellte der Beklagte anlässlich der SR-Sitzung 84/95 vom 24. April 1995 den Antrag, ihm sei für alle vier Stiftungen (D._____ -AS und -SS; W._____ -AS und -SS) die Kollektivunterschrift zu erteilen. Dieser Antrag wurde in der Folge einstimmig angenommen.

ff) Somit ist davon auszugehen, dass die Stellung des Beklagten klar über die Rolle eines "einfachen" SR-Mitgliedes der D._____ -SS hinausging und er auch immer bestens über die D._____ -AS informiert gewesen war, dies namentlich aufgrund des Umstandes, dass die Trennung zwischen den beiden Stiftungen in keinerlei Masse – wie aufgezeigt – derart strikt war, wie er es vorbringt. Der Beklagte hat deshalb faktisch, wenn auch nicht als formelles so doch auch als materielles SR-Mitglied der D._____ -

AS zu gelten. Wie gesehen, genügt bereits eine faktische Organeigenschaft für die Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG.

Es ist zwar richtig, dass er im Vergleich zu B._____ und N._____ eine weniger wichtige Rolle innehatte und es namentlich jene waren, welche die SR-Sitzungen sowie die Stiftungsversammlungen leiteten. Dennoch ist er neben diesen beiden Hauptakteuren als eine der weiteren relevanten Figuren im D._____ -Konstrukt zu betrachten, der dieses auch regelmässig gegen Aussen verteidigte. Zudem verstärkte sich nach den Rücktritten von N._____ und B._____, wie soeben aufgezeigt, seine Position weiter. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Beklagte auch SR-Mitglied und Vizepräsident der W._____ -SS und ebenfalls Stiftungsrat der V._____ -Stiftung war, welche ebenso zum "Imperium" von B._____ gehörte, womit er wohl sogar als wichtiges Glied der T._____ -Gruppe zu gelten hat. Diese Betrachtungsweise steht auch nicht im Widerspruch zum vorerwähnten Entscheid B 15/05 des Bundesgerichts, da dieses sich darin ja namentlich auf die Zeitperiode bis zum Austritt des Beklagten aus der F._____ im Frühjahr 1985 beschränkt hat, womit sich naturgemäss ein anderes Bild ergibt, als bei Betrachtung der ganzen hier relevanten Zeitperiode bis zur Liquidation der D._____ im Jahr 1996. Zudem hat das Bundesgericht in jenem Entscheid – wie ebenfalls bereits erwähnt – auch explizit darauf hingewiesen, dass der Beklagte allenfalls persönlich aus Art. 52 BVG hafte.

Der Beklagte kann aber – im Gegensatz zur Ansicht der Klägerin – nicht als Erfinder bzw. Erbauer des D._____ -Systems angesehen werden. So ist bereits dem Protokoll der SR-Sitzung 8 vom 30. April 1970 zu entnehmen, dass die damalige D._____ die von den Versicherungen gewährten Darlehen jeweils gerade immer "verbaute". Auch das sogenannte Roulement der Liegenschaften wurde auf der Grundlage einer Idee von B._____ bereits im Laufe der 70er Jahre – somit einige Jahre bevor es zu ersten Kontakten zwischen der D._____ und dem Beklagten kam – bei der D._____ eingeführt, wie dies aus dem Protokoll der SR-Sitzung 1/73 vom 13. Juni 1973 ersichtlich wird: *"Der Stiftungsrat stimmt den Antrag von B._____ zu und stellt seine Tätigkeit für die Stiftung unter das Motto 'Roulement der Liegenschaften', d.h. die fertiggestellten Liegenschaften sollen jeweils nach 1 bis 3 Jahren wieder verkauft werden, um eine möglichst grosse Aktivität der Stiftung zu gewährleisten."* Ein letztes Beispiel, welches hier aufgeführt werden soll, bilden die M._____ -Anteilscheine, welche bereits anlässlich der SR-Sitzung 21/80 vom 11. Januar 1980 eingeführt worden waren, um vorhandene Liquiditätsprobleme auszuräumen, da zu jener Zeit die G._____ die gewährten Policendarlehen auf 5 Mio. Franken beschränkt hatte. Somit hat der Beklagte ein bereits bestehendes System an die durch das Inkrafttreten des BVG notwendigen Änderungen angepasst. Es ist ihm aber vorzuwerfen, dass er diese Anpassung vorgenommen hat, ohne das System zu hinterfragen, da ihm als BVG-Experten bewusst sein musste, dass die D._____ in etlichen Punkten gegen gesetzliche Bestimmungen versties, wie es nachfolgend dargestellt werden wird.

e) Hinsichtlich der Verletzung der relevanten Normen wird jeweils in einem ersten Schritt die jeweilige Bestimmung näher erläutert und in einem zweiten Schritt geprüft, ob das System der D._____ als solches dagegen verstossen hat. Erst in einem letzten Schritt wird der Frage nachgegangen, ob diese Verstösse auch dem Beklagten vorgeworfen werden können.

aa) Gemäss Art. 2 Abs. 5 der Stiftungsstatuten der D._____ -SS vom 13. September 1984 belehnt der Stiftungsausschuss die entweder mit der G._____ oder der F._____ für die einzelnen Vorsorgewerke abgeschlossenen

Versicherungsverträge, um bei der D._____ -AS M._____ -Anteilscheine zu zeichnen. Dabei ist darauf zu achten, dass die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet ist.

Art. 2 der Stiftungsstatuten der D._____ -AS vom 13. September 1984 sieht vor, dass die Stiftung, im Interesse der Förderung der Personalvorsorge, die günstige und wirtschaftliche Anlage in Immobilien, Hypotheken und Wertschriften von ausschliesslich der Personalvorsorge gewidmeten Vermögen bezweckt (Abs. 1). Zur Erreichung des Stiftungszweckes gibt die Stiftung auf den Namen lautende M._____ -Anteilscheine aus. Diese haben einen variablen Zinssatz, der um 0,5% unter dem Satz der Solothurner Kantonalbank für eine Ersthypotheken liegt. Massgebend für die Festsetzung des Zinsfusses ist der jeweils per 31. Dezember gültige Hypothekarzinssatz der Solothurner Kantonalbank (Abs. 2).

Gemäss Art. 6 des Verwaltungsreglements der D._____ -AS vom 13. September 1984 setzen sich die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung aus dem Nominalwert der M._____ -Anteilscheine und den jährlich auszurichtenden Zinsen nach Art. 2 Abs. 2 der Stiftungsurkunde zusammen (Abs. 1). Das Stiftungsvermögen wird vom SR nach soliden kaufmännischen Grundsätzen angelegt und verwaltet. Die Verwaltung ist derart zu führen, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mittel gewährleistet sind. Es wird vorwiegend in Liegenschaften, in Hypotheken und in Wertschriften angelegt. Bei der Anlage des Vermögens sind die Schuldner oder Unternehmungsbegrenzungen des Art. 54 BVV 2 verbindlich. Damit partizipieren die Mitglieder unter Vorbehalt eines vorzeitigen Austrittes am Mehr- oder Minderwert der Anlagen, d. h. an allen Aktiven und Passiven der Stiftung (Abs. 2). Will der SR ein Grundstück erwerben, so hat ein neutraler Experte einen entsprechenden Schätzungsbericht abzufassen. Da es sich bei Liegenschaften um langfristige Kapitalanlagen handelt, soll bei der Expertise die voraussichtliche Entwicklung der nächsten 5 Jahre mitberücksichtigt werden (Abs. 3).

Das System der D._____ versties von Beginn weg gegen die vorgenannten Bestimmungen. So ist offensichtlich, dass so gut wie keine flüssigen Mittel vorhanden waren, da die aus den Policendarlehen fliessenden Gelder immer gerade vollumfänglich in M._____ -Anteilscheine der D._____ -AS investiert wurden, welche ihrerseits unter anderem mit diesen Geldern die Immobilienanlagen finanzierte. So ergibt sich aus den Geschäftsberichten, dass bei der D._____ -SS im Vergleich zur Bilanzsumme immer nur ein verschwindend kleines Umlaufvermögen existierte. Diese Problematik ergibt sich noch klarer aus den konsolidierten Bilanzen der D._____ im "Wirtschaftlichen Bericht über die D._____ - und W._____ -Sammelstiftungen und Anlagestiftungen" (Klagebeilage 119, Anhang 4), wonach an allen Bilanzstichtagen das totale Umlaufvermögen jeweils massiv kleiner war, als die kurzfristigen Verbindlichkeiten. Ferner wurden die aus den Policendarlehen fliessenden Gelder auf Seiten der D._____ -AS fälschlicherweise als Eigenkapital aufgeführt, wobei es richtig gesehen bereits Fremdkapital darstellte. Damit konnte aber erreicht werden, dass die D._____ -AS zur Finanzierung der Anlagen leichter weiteres Fremdkapital aufnehmen konnte, da auf den ersten Blick die D._____ -AS über relativ viel Eigenkapital verfügte, was de facto aber eben gerade nicht der Fall war. Zudem handelte es sich bei Immobilienanlagen um solche, welche im Notfall bei Kapitalbedarf nicht schnell verflüssigt werden könnten. Denn die D._____ hätte jederzeit in der Lage sein müssen, bei Rückzug von mehreren Firmen aus dem System und den damit verbundenen Auszahlungen von Vorsorgegeldern, auch die darauf gewährten Policendarlehen, an die

Versicherungen zurückzubezahlen. Zudem waren die Policendarlehen nicht unbefristet gewährt und es bestand damit zumindest in der Theorie die Möglichkeit, dass eine der Versicherungen sich aus dem System verabschiedet, womit grosse Summen hätten zurückbezahlt werden müssen. Hierfür wäre die D._____ aber zu keiner Zeit in der Lage gewesen. Zusätzlich bestand die Problematik, dass gemäss den Darlehensverträgen mit den beiden Versicherungen diese die Möglichkeit hatten, bei ausstehenden Zahlungen seitens der D._____, die verpfändeten Vorsorgekapitalien durch Verrechnung zu verwerten (vgl. Klagebeilage 40 und 117), was sie am Ende auch machten.

Ferner wurden auch die Begrenzungen gemäss Art. 54 Abs. 2 BVG nicht regelmässig eingehalten, worauf später noch im Detail eingegangen werden wird (vgl. Erw. 6e/gg), in dem die D._____ mehr als 50% bzw. 30% ihres Vermögens in Immobilien investierte.

Ferner kam es auch zu einer regelmässigen Verletzung von Art. 6 Abs. 3 des Verwaltungsreglements. Zum einen wurden die erstellten Wohnungen nicht als Langzeitinvestitionen angesehen, sondern vielmehr wurde jeweils versucht, diese relativ schnell wieder zu verkaufen, um frisches Geld für das System zu erhalten. Zum anderen finden sich in den umfangreichen Unterlagen diverse Beispiele für Käufe in Millionenhöhe, bei welchen die Zustimmung der SR-Mitglieder nicht anlässlich einer Sitzung, sondern kurzfristig im Zirkulationsverfahren, dies zum Teil sogar erst im Nachhinein, nach Vollzug des Kaufes, eingeholt wurde, wobei den Mitgliedern jeweils so gut wie keine Unterlagen hinsichtlich der Objekte zugestellt wurden. So fehlte es meist an einem Schätzungsbericht von einem unabhängigen Experten sowie auch an Wirtschaftlichkeitsrechnungen hinsichtlich der möglichen Renditen. Im Folgenden werden einige Beispiele kurz dargestellt. So ist einem Schreiben zu Händen der Mitglieder des SR und des SA der D._____-AS vom 18. April 1986 (Klagebeilage 80) zu entnehmen, dass die AS die Möglichkeit habe, im Raum AJ._____ Bauland für den Betrag von über 1.7 Mio. Franken zu erwerben, wobei 1.2 Mio. Franken fremdfinanziert würden. Der Kaufpreis sei zwar relativ hoch, aber es sei dennoch eine gute Lösung, um im Raum AJ._____ aktiv zu werden, da es je länger je schwieriger werde, in dieser Region überhaupt geeignetes Bauland zu finden. Der Kauf müsse bis Ende des Monats erfolgen. Als einzige relevante Beilagen erhielten die Mitglieder eine Fotokopie des Ortsplanes von AP._____.

Mit Schreiben vom 19. Mai 1987 (Klagebeilage 73) wurde hinsichtlich der SR-Sitzung 50/87 vom 22. Mai 1987 nachträglich, nachdem ein fertig gestelltes Mehrfamilienhaus in AK._____ für den Betrag von 2.95 Mio. Franken gekauft worden war, die Zustimmung der Mitglieder des SR und des SA der D._____-AS eingeholt. Kurz darauf, mit Schreiben vom 15. Juni 1987 (Klagebeilage 70) wurde die Zustimmung der Mitglieder des SR und des SA per Zirkulationsbeschluss ersucht, für den Kauf einer bestehenden Liegenschaft mit 16 Wohnungen für den Preis von rund 1.7 Mio. Franken. Als Beilagen erhielten die Mitglieder diverse Dokumente wie Grundrisspläne, aber auch hier fehlte es an der Stellungnahme eines neutralen Experten oder einer Wirtschaftlichkeitsrechnung. Von Interesse auch, wie bereits gesehen, dass der Beklagte diesem Entschluss formell zugestimmt hat.

Hinsichtlich der SR-Sitzung vom 10. Februar 1989 wurden mit Schreiben vom 8. Februar 1989 (Klagebeilage 74) die Mitglieder des SR und des SA der D._____-AS und D._____-SS –womit sich auch der Beklagte formell über ein Anlagenprojekt zu äussern hatte – bezüglich vier Liegenschaftsgeschäfte informiert, wobei einzig für eines dieser Projekte eine Expertise beigelegt war. Hingegen wurde beispielsweise der Kauf von drei Mehrfamilienhäusern in S._____ zum Gesamtpreis von über 13 Mio. Franken –

die Mitglieder erhielten diesbezüglich einzig eine Aufstellung der Mietzinsen – bereits zugesagt, dies einzig nach Rücksprache mit einzelnen SR-Mitgliedern, und den Mitgliedern wurde nun vorgeschlagen, dieses Geschäft im Nachhinein zu genehmigen.

Mit Schreiben vom 4. August 1989 (Klagebeilage 68) wurden die Mitglieder des SR und des SA der D. _____-AS betreffend eines 20-Familienhauses in AL. _____, welches zum Preis von 5.6 Mio. Franken übernommen werden könnte, informiert. Obwohl kurzfristig sich eine nicht kostendeckende Brutto-Rendite ergebe, wurde den Mitgliedern der Kauf empfohlen. Damit der Kauf vollzogen werden könne, müsse schnell gehandelt werden (bis Kalenderwoche 33 d. h. faktisch bis Freitag 18. August 1989), weshalb davon ausgegangen wurde, dass ohne Gegenbericht der Kauf getätigt werde. Die formelle Beschlussfassung werde anlässlich der nächsten Sitzung vom 26. Oktober 1989 erfolgen. Die Mitglieder erhielten einzig einen Übersichtsplan zur Info.

Schliesslich ein letztes Beispiel um aufzuzeigen, wie die Bautätigkeit ohne die eigentlich erforderlichen Abklärungen vorgenommen wurde: In einem Schreiben von N. _____ zu Händen von B. _____ vom 8. August 1988 (Klagebeilage 65) wurde Letzterer darauf aufmerksam gemacht, dass in Bezug auf die Überbauung "AM. _____" in S. _____ sich ein Preisproblem der sich bereits im Bau befindlichen Häuser ergebe. Das Land habe zwar billig gekauft werden können, die Gestehungskosten würden sich aber als hoch gestalten, weshalb eine erste Preiskalkulation nicht realisierbare Preise ergab. Er schlug deshalb eine Preisreduktion vor, welche sich auf die Rendite niederschlug.

Ein weiterer bemerkenswerter Punkt ist die Tatsache, dass offenbar nie ein Finanzplan existierte. Denn ein solcher wurde von N. _____ erst während der SR-Sitzung 71/92 vom 18. September 1992 in Aussicht gestellt.

Bereits diese Beispiele zeigen auf, dass die ganze Anlagetätigkeit auch nicht den Vorgaben von Art. 6 Abs. 2 des Verwaltungsreglements der D. _____-AS entsprach, wonach das Vermögen nach kaufmännischen Grundsätzen angelegt wird und dabei ein genügender Ertrag, eine angemessene Verteilung der Risiken gewährleistet werde sowie in angemessener Weise der Bedarf an flüssigen Mittel zu decken sei, womit zum Grossen Teil die Formulierung von Art. 71 Abs. 1 BVG übernommen wurde, welcher weiter unten (vgl. Erw. 6e/dd) noch ausführlicher behandelt werden wird.

bb) Gemäss Art. 56 BVV 2 in seiner ursprünglichen Fassung bis zum 31. März 2000 sind Anteile an schweizerischen Anlagefonds und Ansprüche gegenüber Einrichtungen, die ausschliesslich Vermögen von Vorsorgeeinrichtungen anlegen und unter Bundesaufsicht stehen, den entsprechenden direkten Anlagen gleichgestellt (Abs. 1). Die Vorsorgeeinrichtungen können ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die Schuldner- oder Unternehmungsbegrenzung bei diesen Einrichtungen anlegen, sofern deren Anlagerichtlinien im Hinblick auf diese Begrenzung dem Art. 54 entsprechen (Abs. 2).

Anlagestiftungen sind keine Vorsorgestiftungen i. S. v. Art. 48/49 BVG oder Personalvorsorgestiftungen i. S. v. Art. 89 ZGB, da sie keine Leistungen an Arbeitnehmer, sondern Kapitalerträge oder –rückzahlungen an die angeschlossenen Stiftungen und andern Vorsorgeeinrichtungen erbringen. Ihr Zweck besteht in der Anlage von Stiftungsgeldern. Sie können daher als "Hilfsstiftungen der beruflichen Vorsorge" bezeichnet werden. Direkt anwendbar sind mithin auf sie weder BVG/FZG noch Art. 89bis ZGB, sondern das allgemeine Stiftungsrecht (Art. 80–89 und Art. 52–59 ZGB). Indirekt haben allerdings mehrere Vorschriften aus den genannten beiden Bereichen Auswirkungen auch auf Invest-

mentstiftungen und ihr Verhältnis zu den angeschlossenen Vorsorgeeinrichtungen. So fallen die Rechtsbeziehungen zwischen registrierter Vorsorgeeinrichtung und Anlagestiftung unter Art. 51 BVG, und das Informationsrecht gemäss Art. 89bis Abs. 2 ZGB erstreckt sich auch auf diese Rechtsbeziehungen. Ferner wird die Anlagestiftung im Anwendungsbereich von Art. 71 Abs. 1 BVG (obligatorischer und überobligatorischer Teil der registrierten Vorsorgeeinrichtungen) die massgebenden Anlagevorschriften beachten müssen, damit sie Vermögen solcher Vorsorgeeinrichtungen übernehmen kann; vgl. Art. 56 Abs. 2 BVV 2 (H. M. RIEMER, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 1985, §3 N. 18).

Damit ist festzuhalten, dass die D. _____-AS zwar als reine Anlagestiftung nicht dem BVG unterstellt war. Da sie aber fast ausschliesslich Gelder der D. _____-SS anlegte, war sie dadurch dennoch gehalten die Anlagebestimmungen von Art. 71 Abs. 1 BVG, konkretisiert in Art. 49-60 BVV 2, einzuhalten, da sie ansonsten die Gelder der D. _____-SS, die ihrerseits die Anlagebestimmungen zwingend einhalten musste, nicht hätte übernehmen dürfen. Damit wurde beispielsweise während der SR-Sitzung 57/89 vom 23. Juni 1989 sowie im Geschäftsbericht von 1989 klar falsch informiert, in dem vorgebracht wurde, die D. _____-AS gelte als klassische Immobilien-Anlagestiftung, die nach wie vor 100% ihrer Investitionen in Liegenschaften tätigen könne.

cc) Gemäss Art. 51 BVG in seiner Fassung bis zum 31. März 2004 haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber das Recht, in die Organe der Vorsorgeeinrichtung, die über den Erlass der reglementarischen Bestimmungen, die Finanzierung und die Vermögensverwaltung entscheiden, die gleiche Zahl von Vertretern zu entsenden (Abs. 1). Die Vorsorgeeinrichtung hat die ordnungsgemässe Durchführung der paritätischen Verwaltung zu gewährleisten. Es sind namentlich zu regeln: a. die Wahl der Vertreter der Versicherten; b. eine angemessene Vertretung der verschiedenen Arbeitnehmerkategorien; c. die paritätische Vermögensverwaltung; d. das Verfahren bei Stimmgleichheit (Abs. 2). Die Versicherten wählen ihre Vertreter unmittelbar oder durch Delegierte. Ist dies wegen der Struktur der Vorsorgeeinrichtung nicht möglich, kann die Aufsichtsbehörde andere Formen der Vertretung zulassen (Abs. 3).

Gemäss Art. 8 Abs. 1 der Verordnung vom 29. Juni 1983 über die Beaufsichtigung und die Registrierung der Vorsorgeeinrichtungen (BVV 1; SR 831.435.1), in ihrer Version bis zum 31. Dezember 2004, muss die Vorsorgeeinrichtung bis zum 31. Dezember 1986 die paritätische Verwaltung einführen und eine Kontrollstelle bestimmen.

Die volle Parität gemäss Art. 51 BVG wurde zur Stärkung der Beteiligung der Arbeitnehmenden eingeführt und bezweckt somit deren Schutz und wird als Minimalvorschrift zugunsten der Arbeitnehmersvertretung verstanden. Eine Abweichung von der Parität zu Lasten der Arbeitnehmenden ist daher nicht zulässig (T. GÄCHTER / M. GECKELER HUNZIKER, N 12 zu Art. 51 BVG *in* Handkommentar). Bis zur 1. BVG-Revision bestand für Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen keine Pflicht zur paritätischen Besetzung des obersten Organs, da es als nicht praktikabel erachtet wurde, bei solchen Einrichtungen mit einer Vielzahl von angeschlossenen Betrieben, aus dem Kreis der angeschlossenen Firmen Versicherte zu wählen, welche alle Arbeitnehmer repräsentativ vertreten könnten. In der Praxis wurden die Stiftungsräte der Sammelstiftungen in der Regel mit Vertretern der Stifterin, d. h. in der Regel einer Lebensversicherungsgesellschaft oder einer Bank, besetzt, da die Sammelstiftungen organisatorisch, personell und oft auch wirtschaftlich mit dieser eng verbunden sind. Auch das Bundesgericht (beispielsweise im Entscheid 2A.201/2001 Erw. 3b) ging davon aus, dass die Gewährung der Parität auf Stufe

Stiftungsrat bei Sammelstiftungen nur schwer gewährleistet werden könne. Die Parität wurde meist erst auf Stufe des einzelnen Vorsorgewerks durch paritätisch zusammengesetzte Vorsorgekommissionen verwirklicht, welche aber über keine Führungsmacht verfügten (GÄCHTER / GECKELER HUNZIKER, a. a. O., N 68 ff. zu Art. 51 BVG).

Die D. _____-AS war als reine Anlagestiftung nicht den Vorschriften des BVG unterstellt und musste somit auch nicht die Anforderungen an eine paritätische Verwaltung erfüllen. Was nun hingegen die D. _____-SS betrifft, so hätte diese eigentlich der Anforderung an eine paritätische Verwaltung nachkommen müssen, dies zumindest ab Ende 1986. Für die Folgezeit bis zur Liquidation der D. _____ im Jahr 1996, wurde die Parität, wie gesehen, in der Praxis allgemein – und die D. _____ stellte somit keinen Einzelfall dar – nicht strikt umgesetzt und auch gemäss der Meinung des Bundesgerichts war die Parität auf Stufe einer Sammelstiftung nur schwer zu verwirklichen, weshalb diesbezüglich auch keine zwingende Pflicht bestand. Eine zwingende Pflicht auch auf Stufe Sammelstiftung besteht erst seit der 1. BVG Revision (in Kraft ab 1. Januar 2005). Damit stossen die Vorbringen der Klägerin in Bezug auf die fehlende paritätische Verwaltung der D. _____ ins Leere und müssen nicht weiter beachtet werden und dem Beklagten kann damit die Nichtverwirklichung der paritätischen Verwaltung nicht zum Vorwurf gemacht werden.

dd) Die Vorsorgeeinrichtungen verwalten gemäss Art. 71 Abs. 1 BVG ihr Vermögen so, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind (Abs. 1).

Der Begriff des "genügenden Ertrages" muss im Lichte des Kardinalgrundsatzes der Sicherheit betrachtet werden. Die Vorsorgeeinrichtung muss eine Performance anstreben, die verhindert, dass sie dauerhaft in Unterdeckung fällt. Mit anderen Worten muss der Ertrag der autonomen und halbautonomen Vorsorgeeinrichtungen mindestens mittelfristig den technischen Zinssatz und die Vergütung des Kapitals der aktiven Versicherten decken (Y. MENTHA, N 20 zu Art. 71 BVG *in* Handkommentar). Die zweite zentrale Anforderung besteht in der Pflicht der Vorsorgeeinrichtung, den voraussehbaren Bedarf an flüssigen Mitteln zu decken. Für das paritätische Organ geht es darum, der Vorsorgeeinrichtung die Fähigkeit zu erhalten, jederzeit ihren Verpflichtungen betreffend Versicherungs- und Freizügigkeitsleistungen nachzukommen, sobald diese fällig werden (Art. 52 BVV 2; MENTHA, a. a. O., N. 24 zu Art. 71 BVG).

Das Gesetz schreibt ausdrücklich als Grundsatz vor, die Vorsorgeeinrichtungen müssten jederzeit Sicherheit dafür bieten, dass sie die übernommenen Verpflichtungen erfüllen können (Art. 65 Abs. 1 BVG). Sie haben ihr Vermögen so zu verwalten, dass Sicherheit und genügender Ertrag der Anlagen, eine angemessene Verteilung der Risiken sowie die Deckung des voraussehbaren Bedarfes an flüssigen Mitteln gewährleistet sind (Art. 71 Abs. 1 BVG; Marginale: "Vermögensverwaltung"). Da diese Bestimmung keine Delegation für den Erlass gesetzvertretender Vorschriften enthält (Botschaft des Bundesrates zum BVG vom 19. Dezember 1975 [nachfolgend: Botschaft BVG], BBl 1976 I 149 ff.; in concreto hier BBl 1976 I 217 f.), gelten die darin festgelegten Grundsätze für die Vermögensverwaltung absolut und es sind keinerlei Abweichungen zugelassen. Die Art. 49-60 BVV 2 (4. Kapitel, 3. Abschnitt "Anlage des Vermögens") konkretisieren – entsprechend den inhaltlichen Vorgaben des Gesetzgebers – die in Art. 71 Abs. 1 BVG statuierten Grundsätze, von denen das Erfordernis der Sicherheit der Anlage erste Priorität genießt. So wurde der Verordnungsgeber in der Botschaft BVG (BBl 1976 I 267) insbesondere ausdrücklich angewiesen, die Risikoverteilung zu regeln, welcher für die Sicher-

heit des Vermögens massgebliche Bedeutung zukomme; dazu sei einerseits auf eine sinnvolle Verteilung innerhalb der wichtigsten zugelassenen Anlagekategorien (Liegenschaften, Hypotheken, Wertschriften, übrige Werte) zu achten; andererseits müsse auch innerhalb der einzelnen Anlagekategorien für eine gewisse Begrenzung pro Schuldner bzw. Einzelanlage gesorgt werden (BGE 132 II 144 Erw. 2.2). In jenem Fall erklärte das Bundesgericht, die weitgehende Konzentration der Vermögensanlage einer Vorsorgeeinrichtung auf einen einzigen Schuldner, der seine Geschäftstätigkeit im Wesentlichen (einseitig) auf eine Tätigkeit im regionalen Wohn-Immobilienmarkt ausgerichtet habe, widerspreche klar dem vom Gesetzgeber durch Art. 71 Abs. 1 BVG vorgegebenen Grundsatz der angemessenen Risikoverteilung bei der Vermögensanlage. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass diese Vorsorgeeinrichtung mit ihrer Anlagepolitik in der Vergangenheit offenbar gute Erfolge (angeblich bessere als verschiedene andere Kassen, die die Anlagevorschriften eingehalten haben) erzielt hatte und bis anhin keine konkrete Gefährdung der Anlagen eingetreten war (BGE 132 II 144 Erw. 2.4).

Somit gelten die in Art. 71 Abs. 1 BVG festgelegten Grundsätze der Vermögensverwaltung absolut und es sind keinerlei Abweichungen zugelassen. Dabei spielt die Risikoverteilung eine herausragende Rolle, wie dies bereits in der Botschaft BVG klar festgehalten war. Es ist zwar richtig, dass die D._____ zu Beginn der 90er Jahre auch einige Millionen in Wertschriften investierte und damit auch keine guten Renditen erzielte. Dennoch kann das Argument, dass Immobilien als gute Wertanlage galten und deshalb mit einer Konzentration auf Immobilienanlagen nicht schlechtere Resultate eingefahren wurden, als andere Anlagestiftungen, welche ihr Risiko verteilten, wie soeben gesehen, nicht gehört werden. Ferner widerspricht die weitgehende Konzentration der Vermögensanlage auf einen Schuldner, der seine Geschäftstätigkeit im Wesentlichen einseitig auf eine Tätigkeit im regionalen Wohn- und Immobilienmarkt ausrichtet, klar dem Grundsatz von Art. 71 Abs. 1 BVG der angemessenen Risikoverteilung. Und genau dies war bei der D._____ der Fall. Die D._____ -SS hat den vollständigen Betrag, welchen sie von den Versicherungsgesellschaften aus den Policendarlehen erhielt, in M._____ -Anteilscheine der D._____ -AS investiert, welche ihrerseits wiederum zum grössten Teil einseitig in Immobilien investierte. Somit ist davon auszugehen, dass die D._____ gegen die Bestimmung von Art. 71 Abs. 1 BVG verstossen hat.

ee) Gemäss Art. 71 Abs. 2 BVG bestimmt der Bundesrat Fälle, in denen die Verpfändung oder Belastung von Ansprüchen einer Vorsorgeeinrichtung aus Kollektivlebensversicherungsvertrag oder aus Rückversicherungsvertrag zulässig ist (Abs. 2).

Dabei geht es um sogenannte Policendarlehen bzw. Vorauszahlungsdarlehen, welche in der Verordnung vom 17. Februar 1988 über die Verpfändung von Ansprüchen einer Vorsorgeeinrichtung (VoVpf; SR 831.447) eingehender geregelt waren. Diese Verordnung war rückwirkend vom 1. Januar 1988 bis zum 31. Dezember 2004 in Kraft. Gemäss Art. 1 können zur Sicherstellung eines Darlehens, das der Vorsorgeeinrichtung von der Versicherungseinrichtung gewährt wird, die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung aus Kollektivlebens- bzw. Rückversicherungsvertrag zugunsten der Versicherungseinrichtung verpfändet werden (Abs. 1). Die Verpfändung darf nur erfolgen, wenn durch die Verwendung des Darlehens die Erfüllung der gesetzlichen und reglementarischen Verpflichtungen der Vorsorgeeinrichtung nicht gefährdet ist (Abs. 2).

Gemäss Art. 3 der Verordnung kann die Verpfändung nur vom obersten paritätischen Organ der Vorsorgeeinrichtung beschlossen werden (Abs. 1). Das oberste paritätische Organ muss der Kontrollstelle die Verpfändung und Darlehensaufnahme unverzüglich

melden und den Nachweis erbringen, dass die Anlagevorschriften der BVV 2 eingehalten werden (Abs. 2). Das oberste paritätische Organ der Vorsorgeeinrichtung muss die Versicherten sowie den Arbeitgeber über die Darlehensaufnahme und die Verpfändung der Kollektivlebens- bzw. Rückversicherungsansprüche informieren (Abs. 3). Die Vorsorgeeinrichtung muss in ihrem Jahresbericht über den Umfang sämtlicher Verpfändungen ihrer Ansprüche informieren und auf allfällige Sicherstellungen hinweisen (Abs. 4).

Das Bundesgericht hat sich im Entscheid 9C_92/2007 vom 30. April 2008 (Sicherheitsfonds gegen AN._____, ebenfalls die D._____ betreffend) bereits ausführlich zur Thematik der Policendarlehen geäußert. Die Praxis, die berufliche Vorsorge mittels Kollektivlebensversicherungen durchzuführen und auf den Rückkaufswerten Policendarlehen zu gewähren, war schon lange vor dem Erlass des BVG verbreitet. Dass dadurch der Vorsorgezweck gefährdet werden kann, wurde durchaus erkannt. Umgekehrt entsprach diese Praxis einem Kreditbedürfnis der Versicherungsnehmer oder Arbeitgeber. In der vor Erlass des BVG erschienenen Lehre wurde zum Teil postuliert, die Kollektivversicherung sollte nicht oder nur mit bestimmten Einschränkungen als Kreditmittel verwendet werden, wenn dadurch die Ansprüche der Berechtigten gefährdet werden, dies aber eher de lege ferenda und ohne dass eine gesetzliche Grundlage für ein entsprechendes Verbot erwähnt wird. Stattdessen hatten die schweizerischen Lebensversicherer selber gewisse Einschränkungen für die Belehnung von Deckungskapitalien vereinbart. Beim Erlass des BVG war dem Gesetzgeber bewusst, dass diese Praxis (die berufliche Vorsorge mittels Kollektivlebensversicherungen durchzuführen und auf den Rückkaufswerten Policendarlehen zu gewähren) unter Umständen den Vorsorgeschutz gefährden kann; aus diesem Grunde strebte er eine Verstärkung desselben an. Zu diesem Zweck wurde denn auch aArt. 71 Abs. 2 BVG erlassen. Spätestens mit dem Erlass der VoVpf war klaggestellt, dass die Verpfändung unter gewissen Voraussetzungen grundsätzlich zulässig war (Art. 1 Abs. 1 VoVpf; ebenso bereits das EVG im vorerwähnten Urteil B 15/05 vom 29. März 2006, Erw. 8.4.1). Der in der Botschaft zum BVG geäußerte Gedanke, die Policendarlehen sollten beispielsweise zur Überwindung von vorübergehenden Liquiditätsschwankungen zulässig sein, ist jedenfalls nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung in den Gesetzes- oder Verordnungstext eingeflossen. Nach dem Eintritt des hier zu beurteilenden Schadenfalls wurden in der Literatur kritische Auffassungen zur Zulässigkeit der Policendarlehen vertreten. Andere Stimmen forderten mit Blick auf die bisherige Rechtslage, aus diesen Ereignissen seien die Lehren zu ziehen, aber immer noch ohne ein vollständiges Verbot von Policendarlehen zu postulieren. Der Gesetzgeber hat dann allerdings unter dem Eindruck des Falles der D._____ - und W._____ -Stiftungen im Rahmen der 1. BVG-Revision mit der Neufassung von Art. 71 Abs. 2 BVG die Verpfändung und Belastung von Ansprüchen einer Vorsorgeeinrichtung aus Kollektivlebensversicherung oder Rückversicherung generell verboten. Auch im Parlament wurde aber davon ausgegangen, dass die Policendarlehen zwar problematisch, nach bisherigem Recht aber grundsätzlich zulässig waren oder jedenfalls die Rechtslage unklar war. Der blosse Umstand, dass aufgrund schlechter Erfahrungen im Nachhinein das Konzept kritischer beurteilt und schliesslich gesetzlich verboten wurde, reiche nicht aus, um für den massgeblichen Zeitraum eine Widerrechtlichkeit der Belehnungen anzunehmen (vorerwählter Entscheid 9C_92/2007 Erw. 3.5.3–3.5.7 mit Hinweisen).

Aufgrund dieser doch klaren Aussage des Bundesgerichts können die Vorbringungen der Klägerin hinsichtlich der Policendarlehen nicht gehört werden und es mutet eher ein bisschen befremdlich an, dass diese, welche auch Empfängerin des betreffenden Urteils des Bundesgerichts war, in der Klageschrift erneut darlegen will, dass die Policendarlehen zumindest für die Zeit vor dem Erlass der VoVpf unzulässig gewesen sein sollen.

Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass in casu nicht die Policendarlehen als solche das Problem darstellten, sondern vielmehr wie das daraus gewonnene Geld in Missachtung der Vorschriften von Art. 71 Abs. 1 BVG angelegt wurde.

Ferner ist hinsichtlich der, gemäss der Klägerin, fehlenden Information der Versicherten bezüglich der gewährten Policendarlehen darauf hinzuweisen, dass diese Information bereits den Statuten der D. _____-SS entnommen werden konnte. So hält Art. 2 Abs. 5 explizit fest, dass die mit den Versicherungsgesellschaften abgeschlossenen Verträge belehnt würden, um bei der D. _____-AS Anteilsscheine zu zeichnen. Ferner wurde im Geschäftsbericht 1989 explizit darauf hingewiesen, dass die Versicherungsgesellschaften der D. _____ Darlehen im Rahmen von 50% der Deckungskapitalien zur Verfügung stellen.

ff) Art. 48 Abs. 2 BVV 2 in seiner Fassung bis zum 31. März 2004 sieht vor, dass Sachwerte, wie Grundstücke, Aktien, Partizipationsscheine und andere Beteiligungsrechte, höchstens zum Verkehrswert eingesetzt werden dürfen, der ihnen im Zeitpunkt zukommt, auf den die Bilanz errichtet wird. Die Bewertung kann auch zum Anschaffungs-, Kurs- oder Ertragswert erfolgen, sofern dieser nicht über dem Verkehrswert liegt. Gemäss Abs. 3 der gleichen Bestimmung soll von der einmal gewählten Bewertungsmethode ohne wichtigen Grund nicht abgewichen werden.

Diese Bestimmung wurde offensichtlich verletzt. Die Immobilien wurden zum Anschaffungswert in den Bilanzen geführt (vgl. etwa Stiftungsversammlung D. _____-SS 8/93 vom 18. Juni 1993) und eine regelmässige Schätzung der Immobilien fand nicht statt. So erfolgte offenbar eine erste Schätzung erst Ende 1993 auf Verlangen des BSV und somit zu einem Moment, in welchem die D. _____ bereits starke Probleme hatte. Diese Schätzung ergab, dass einige Immobilien zu hoch bewertet und dass Abschreibungen in Millionenhöhe notwendig waren. So war beispielsweise allein die Überbauung "AO. _____" in AP. _____ mit 7 Mio. Franken überbewertet (vgl. SR-Sitzung 77/93 vom 23. November 1993). In der Bilanz der D. _____-AS per 31. Dezember 1993 wurden schliesslich Wertberichtigungen auf den Immobilien von 12.8 Mio. Franken vorgenommen. Wie wenig sich die Verantwortlichen dem effektiven Wert der Liegenschaften bewusst waren, zeigt das Protokoll der SR-Sitzung 67/91 vom 17. Dezember 1991. Anlässlich derselben wurde von X. _____ die Frage aufgeworfen, ob angesichts des sich abzeichnenden Jahresverlusts von 1.7 Mio. Franken nicht allenfalls die Immobilien aufgewertet werden sollten, um die Stiftungsmitglieder nicht zu schockieren. Schliesslich war aber die grosse Mehrheit für eine offene Ausweisung des erlittenen Verlustes. Wie es sich später zeigen sollte, waren aber sogar die anlässlich der Schätzung von Ende 1993 erhobenen Werte noch um einiges zu hoch und entsprachen bei Weitem nicht der aktuellen Immobilienmarktsituation und es mussten weitere umfangreiche Abschreibungen in Millionenhöhe vorgenommen werden. So sind allein in der Bilanz der D. _____-AS per 31. Dezember 1994 weitere Abschreibungen auf den Immobilien von 15.8 Mio. Franken vermerkt.

gg) Der Bundesrat hat die Voraussetzungen der Vermögensanlage in Art. 49–60 BVV 2 präzisiert. Gemäss Art. 49 BVV 2 in seiner Fassung bis zum 31. Dezember 1992 gilt als Vermögen im Sinne der Art. 50–60 die in der kaufmännischen Bilanz ausgewiesene Summe der Aktiven, ohne Rückkaufswerte aus Kollektivversicherungsverträgen. Seit dem 1. Januar 1993 hat Art. 49 BVV 2 folgenden Wortlaut: Als Vermögen im Sinne der Art. 50–60 gilt die in der kaufmännischen Bilanz ausgewiesene Summe der Aktiven, ohne einen allfälligen Verlustvortrag (Abs. 1). Zum Vermögen können auch Rückkaufs-

werte aus Kollektivversicherungsverträgen hinzugerechnet werden. Sie sind als Forderung i. S. v. Art. 53 Buchstabe b zu betrachten (Abs. 2).

Gemäss Art. 50 BVV 2 in seiner Fassung bis zum 31. März 2000 steht bei der Anlage des Vermögens einer Vorsorgeeinrichtung die Sicherheit im Vordergrund (Abs. 1). Die Vorsorgeeinrichtung muss ihre Vermögensanlagen sorgfältig auswählen und dabei auch ihren Zweck und ihre Grösse beachten (Abs. 2). Sie muss ihre Mittel auf die verschiedenen Anlagekategorien, auf bonitätsmässig einwandfreie Schuldner sowie auf verschiedene Regionen und Wirtschaftszweige verteilen (Abs. 3). Damit enthält bereits die Urfassung von Art. 50 BVV 2 – ohne notabene den Begriff explizit zu nennen – unmissverständlich die Risikoverteilung. In seiner Fassung seit dem 1. April 2000 ist dieser Begriff nun explizit in Abs. 3 enthalten, wonach bei der Anlage des Vermögens die Grundsätze der angemessenen Risikoverteilung einzuhalten sind und die Mittel insbesondere auf verschiedene Anlagekategorien, Regionen und Wirtschaftszweige verteilt werden müssen.

Die Vorsorgeeinrichtung muss einen dem Geld-, Kapital- und Immobilienmarkt entsprechenden Ertrag anstreben (Art. 51 BVV 2). Sie muss darauf achten, dass sie die Versicherungs- und die Freizügigkeitsleistungen bei deren Fälligkeit erbringen kann. Sie sorgt für eine entsprechende Aufteilung ihres Vermögens in kurz-, mittel- und langfristige Anlagen (Art. 52 BVV 2).

Gemäss Art. 53 BVV 2 in seiner Fassung bis zum 31. Dezember 1992 kann das Vermögen einer Vorsorgeeinrichtung namentlich angelegt werden in schweizerischen Wohn- und Geschäftshäusern, auch Stockwerkeigentum und Bauten im Baurecht, sowie schweizerisches Bauland (lit. c); Beteiligungen an schweizerischen Gesellschaften, deren Geschäftszweck einzig Erwerb und Verkauf sowie Vermietung und Verpachtung eigener Grundstücke ist (Immobilien Gesellschaften) (lit. d). Die Fassung ab dem 1. Januar 1993 stimmt damit überein, einzig der Terminus "schweizerisch" entfiel.

Die Begrenzung der Anlage beträgt gemäss Art. 54 BVV 2 lit. c 50% für Grundstücke (bzw. Liegenschaften für ursprüngliche Fassung vor dem 1. Januar 1993) nach Art. 53 lit. c in der Schweiz und Beteiligungen an Immobilien Gesellschaften, deren Vermögen zu mindestens der Hälfte aus Grundstücken in der Schweiz besteht. Zudem gilt für die Anlage des Vermögens überdies eine Gesamtbegrenzung auf 70% für Grundstücke (bzw. Liegenschaften für ursprüngliche Fassung vor dem 1. Januar 1993), Aktien, ähnliche Wertschriften und andere Beteiligungen (Art. 55 lit. c BVV 2). Aus diesen Bestimmungen lässt sich gemäss dem Bundesgericht kein Verbot kreditfinanzierter Vermögensanlagen entnehmen. Im Gegenteil lasse die explizit festgehaltene Belehnungshöhe für Grundpfandtitel auf Grundstücke nach Art. 53 lit. c von 80% des Verkehrswertes in Art. 54 lit. b BVV 2 (in der vom 1. Januar 1993 bis 31. Dezember 2008 geltenden Fassung [die ursprüngliche Fassung unterscheidet sich einzig mit dem Terminus Liegenschaften anstelle von Grundstücken]) e contrario vermuten, dass grundsätzlich keine Schranken betreffend Fremdfinanzierung bestehen (BGE 137 V 446 Erw. 6.2.6)

Gemäss dem dringlichen Bundesbeschluss vom 6. Oktober 1989 (AS 1989 S. 1981 ff.; in Kraft vom 7. Oktober 1989 bis zum 28. März 1991 [vgl. Beschluss des Bundesrates vom 27. März 1991]), Art. 3 Abs. 1 lit. a, sind die Anlagen in inländischen Grundstücken grundsätzlich auf 30% begrenzt. Die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 2 dieses Beschlusses, wonach die Begrenzung auf 80% angehoben worden wäre, waren in casu, soweit ersichtlich, nicht erfüllt.

Gemäss Art. 59 BVV 2 in seiner Fassung bis zum 31. März 2000 darf die Vorsorgeeinrichtung im Einzelfall von den Artikeln 53–55 und 57 nur abweichen, wenn: a. besondere Verhältnisse dies rechtfertigen, und b. die Erfüllung des Vorsorgezwecks nicht gefährdet ist (Abs. 1). Sie muss die Abweichungen bei der jährlichen Berichterstattung an die Aufsichtsbehörde fachmännisch begründen (Abs. 2).

Es ist offensichtlich, dass das System der D._____ auch gegen diverse dieser Bestimmungen verstossen hat. So fand klar eine Verletzung der Risikoverteilung gemäss Art. 50 BVV 2 statt, wie es bereits dargestellt worden ist. Es ist zwar richtig, dass die D._____ -AS nicht dem BVG unterstellt war. Da sie aber, wie bereits erklärt, fast ausschliesslich Gelder der D._____ -SS anlegte, war sie dadurch dennoch gehalten die Anlagebestimmungen von Art. 71 Abs. 1 BVG, konkretisiert in Art. 49–60 BVV 2, einzuhalten, da sie ansonsten die Gelder der D._____ -SS, die ihrerseits die Anlagebestimmungen zwingend einhalten musste, nicht hätte übernehmen dürfen. Aber auch wenn die D._____ -AS die Anlagebestimmungen des BVG überhaupt nicht beachten müsste, wäre die Bestimmung von Art. 50 BVV 2 verletzt, da die D._____ -SS de facto den Grossteil ihres Vermögens in M._____ -Anteilscheine der D._____ -AS investierte und damit in einen einzigen Schuldner, der zudem einseitig in Immobilien investierte. Namentlich die fehlende geografische Streuung der Anlage führte schliesslich auch zu Schwierigkeiten in der Endphase der D._____, als versucht wurde, einen Teil der Liegenschaften zu verkaufen. So erklärte AF._____ anlässlich der SR-Sitzung 88/95 vom 13. September 1995, dass nun Immobilien im Gesamtwert von 0.5 Mia. Franken (inkl. T._____ -Gruppe) auf den Markt geworfen würden und dies in ein und derselben Region und es sich dabei oft auch noch um Nachbarsgrundstücke handle, weshalb die Werte gemäss den durchgeführten Schätzungen nicht mehr realisierbar seien.

Ferner wurde auch Art. 51 BVV 2 verletzt, da ein Hauptproblem der D._____ der ungenügende Ertrag der Immobilien war, wie dies von den Verantwortlichen auch regelmässig, wie dargestellt anlässlich den SR-Sitzungen bzw. den Stiftungsversammlungen wiederholt wurde. Dies ergibt sich auch klar aus dem sich in den Unterlagen vorhandenen Gutachten "Beurteilung des Anlageverhaltens der D._____ und W._____ aus finanzökonomischer Sicht" (Klagebeilage 59): Die Immobilien waren bis zu 2/3 und damit in hohem Masse belehnt und pro Franken Vorsorgekapital wurde offenbar über 1 Franken Fremdkapital aufgenommen. An sich wurde mit dieser starken Belehnung der Liegenschaften direkt keine Bestimmung verletzt, da gemäss dem oben erwähnten BGE 137 V 446 davon ausgegangen werden muss, dass keine Schranken hinsichtlich der Fremdfinanzierung bestehen. Dennoch ist bemerkenswert, dass bereits dem Geschäftsbericht von 1985 zu entnehmen ist, dass die D._____ -AS Stiftungsmittel von 28.7 Mio. Franken (davon 24.4 Mio. Franken M._____ -Anteilscheine und somit eigentlich Fremdkapital) bei Hypotheken und Baukredite in der Höhe von 35.8 Mio. Franken aufwies. Zudem war die hohe Belehnung der Immobilien der D._____ deshalb höchst problematisch, da sie zu einem Renditeproblem führte. Denn eine positive Rendite war nur möglich, wenn diese über den Fremdkapitalkosten (Zins) lag. Unter Einbezug der Fremdkapitalkosten ergeben sich für die D._____ sehr schlechte Renditen und dies seit Beginn. So lag die durchschnittliche Rendite für die Jahre 1975–1984 gemäss dem Gutachten bei nur 0.05% und zwischen 1985 und 1995 gar bei -0.15%.

Weiter ergibt sich gemäss diesem Gutachten – und wie ebenfalls bereits dargestellt – die Problematik, dass bei fast ausschliesslichen Immobilienanlagen bei einem Finanzengpass (z. B. wenn mehrere Firmen gleichzeitig die D._____ verlassen und die

entsprechenden Vorsorgegelder ausgezahlt werden müssen) es nicht möglich ist, verhältnismässig schnell Geld zu verflüssigen. Damit war auch die Vorschrift von Art. 52 BVV 2 verletzt, gemäss welchem die Vorsorgeeinrichtung darauf achten muss, dass sie die Versicherungs- und die Freizügigkeitsleistungen bei deren Fälligkeit erbringen kann, weshalb sie für eine entsprechende Aufteilung ihres Vermögens in kurz-, mittel- und langfristige Anlagen zu sorgen hat.

Hinsichtlich der Begrenzung der Immobilienanlagen gemäss Art. 54 BVV 2 ist daran zu erinnern, dass gemäss dieser Bestimmung höchstens 50% der Anlagen in Immobilien investiert sein dürfen. Während der Geltung des dringlichen Bundesbeschlusses vom 6. Oktober 1989 (7. Oktober 1989 bis 28. März 1991) lag diese Begrenzung sogar bei nur 30%. Ferner ist festzuhalten, dass aufgrund der Bestimmung von Art. 56 BVV 2 auch eine Anlagestiftung die Begrenzungen gemäss Art. 54 BVV 2 einhalten musste.

Bereits anlässlich der vorne bereits behandelten (vgl. Erw. 6d/cc) Besprechung mit der D._____ vom 1. Februar 1991 wurde vom BSV der zu hohe Immobilien-Anteil bei der D._____-SS beanstandet, da diese ihr Geld beinahe vollumfänglich bei der D._____-AS anlegte, welche ihrerseits ihr Vermögen zu 68%, bzw. 62% für das Jahr 1989, in Immobilien anlegte (vgl. Klagebeilage 122). Hinsichtlich der D._____-SS bestand das Problem namentlich darin, dass gemäss der damals geltenden Ordnung von Art. 49 BVV 2 das Deckungskapital, welches sich bei der G._____ und der F._____ befand, nicht als Vermögen der Stiftung galt, weshalb das BSV eine Revision von Art. 49 BVV 2 prüfte. Diese Änderung wurde schliesslich mit der Revision vom 28. Oktober 1992, in Kraft ab dem 1. Januar 1993, vorgenommen.

Bei Betrachtung der Bilanzen der D._____-SS der Jahre 1985–1994 ergibt sich, dass bei dieser jeweils zwischen 84.4% und 99.1% der ausgewiesenen Bilanzsumme aus M._____-Anteilscheinen der D._____-AS bestand. Unter der Berücksichtigung des Deckungskapitals und der Tatsache, dass die D._____-SS darauf Policendarlehen in der Höhe von 50% erhielt, wurde immerhin allein durch die D._____-SS indirekt die Bestimmung von Art. 54 BVV 2 soweit ersichtlich eingehalten, ausser während der Geltung des dringlichen Bundesbeschlusses vom 6. Oktober 1989, wie dies auch AC._____ anlässlich der Stiftungsversammlung der D._____-SS 07/92 vom 25. Juni 1992 erklärte. Die D._____-AS ihrerseits hatte in der gleichen Zeitspanne jeweils zwischen 54.5% und 88% ihres Vermögens in Immobilienanlagen investiert. Damit ergibt sich, dass die Bestimmung von Art. 54 BVV 2 offensichtlich verletzt wurde.

hh) Damit ergibt sich, dass das System der D._____ diverse Bestimmungen verletzt hat. So Bestimmungen der Statuten und Verwaltungsreglemente sowie die Art. 71 Abs. 1 BVG, Art. 48 Abs. 2, Art. 50, Art. 51, Art. 52 und Art. 54 BVV 2.

Bei genauerer Betrachtung ergibt sich, dass bei der D._____ wohl die Generierung von Bauvolumen wichtiger war als die Durchführung der beruflichen Vorsorge. Solange es möglich war, die erstellten Objekte zu vermieten bzw. zu verkaufen, immer neue Mitglieder zur D._____ stiessen und schliesslich auch die Zeichnung von M._____-Anteilscheine erfolgreich ablief, konnte das System am Leben erhalten werden. Aber ab dem Moment, wo eines oder mehrere dieser Elemente nicht mehr garantiert waren, geriet das System aus den Fugen. Verschärft wurde die ganze Situation auch dadurch, dass der Wert der Immobilien nicht regelmässig geschätzt wurde und sich somit in der Immobilienkrise der 90er Jahre immer wie mehr von der Wirklichkeit entfernte, was schliesslich, wie gesehen umfangreiche Wertkorrekturen in Millionenhöhe zur Folge hatte. Damit muss davon ausgegangen werden, dass die D._____

bezweckte, mittels Verwendung von Vorsorgegeldern spekulative Immobiliengeschäfte zu tätigen, wie es sogar B. _____ selber bereits 1987 zugab, wie es einem Interview mit ihm, welches für die Hauszeitung Kontakt der AQ. _____ AG gegeben wurde (Klagebeilage 24), zu entnehmen ist. Darin findet sich folgende Aussage: *"Wir produzieren gegenwärtig Wohnungen auf die 'Halde'. Der Leerwohnungsbestand beträgt offiziell 25'000, inoffiziell 75'000. (...) Ich bin halt ein Spekulant."*

Es stellt sich nun weiter die Frage, ob diese Verletzungen auch dem Beklagten angelastet werden können oder nicht. Die Klägerin wirft ihm die Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens (Art. 71 BVG, Art. 49–60 BVV 2), die Pflichtverletzung in Bezug auf Anlage von Vorsorgegeldern, die Verletzung der Treuepflicht, die Verletzung von Buchführungsvorschriften (Art. 53 BVG, Art. 47 ff. BVV 2, Art. 957 ff. des Obligationenrechts [OR; SR 220]) sowie die Umgehung der paritätischen Verwaltung (Art. 51 BVG) vor.

Wie bereits dargestellt, stellt sich in casu die Frage der paritätischen Verwaltung nicht. Die Pflichtverletzung in Bezug auf Anlage von Vorsorgegeldern sowie die Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens stehen im Zusammenhang mit den BVG-Anlagevorschriften und wurden wie dargestellt durch das D. _____-System verletzt.

Dass sich der Beklagte von Beginn an sehr wohl der Problematik des Systems bewusst gewesen war, ergibt sich aus einem Schreiben vom 10. Oktober 1988 (Klagebeilage 17) des Beklagten zu Händen von N. _____, welchem folgende Aussage entnommen werden kann: *"Als ich seinerzeit federführend die Statuten ausarbeitete, war mir natürlich das Problem der fast ausschliesslichen Anlage in Liegenschaften bewusst. Ich habe dem damaligen Chef der BVG-Abteilung [des BSV], I. _____, das Problem erläutert und darauf hingewiesen, dass die D. _____-Anlagestiftung in erster Linie von und mit der Bautätigkeit ihrer Mitglieder lebt. Er hat denn die D. _____-Sonderheit gut begriffen, und wir kamen im Stillen überein, der Sache ihren Lauf zu lassen."*

Zudem hat der Beklagte, der gemäss den Unterlagen immerhin Mitglied der Eidgenössischen BVG-Beschwerdekommision sowie ausserordentlicher Bundesrichter in BVG-Angelegenheiten war, der zudem die Statuten und Reglemente der D. _____ auf das Inkrafttreten des BVG angepasst hatte, als Experte in BVG-Angelegenheiten zu gelten. Er hatte damit auch bestens Kenntnis der vorgenannten Bestimmungen. Auch der Umstand, dass er nicht formelles Mitglied des SR der D. _____-AS war, ändert daran nicht. Wie bereits ausführlich dargelegt, hat er faktisch auch als ein materielles Mitglied des SR der D. _____-AS zu gelten. Die vorgenannten Rechtsverletzungen sind deshalb auch ihm anzulasten.

Doch auch allein aus seiner formellen Mitgliedschaft bei der D. _____-SS ergibt sich im vorliegenden Fall keine andere Situation. Denn aufgrund der hier vorliegenden besonderen Konstellation der D. _____, die wie dargestellt als Einheit zu gelten hat, war der Beklagte auch bei Verneinung einer faktischen materiellen Mitgliedschaft bei der D. _____-AS dennoch immer bestens, wie aufgezeigt, über die Vorkommnisse bei der D. _____-AS informiert. Zudem, ebenfalls wie aufgezeigt, stimmten jeweils alle Stiftungsratsmitglieder, somit auch jene der D. _____-SS, den Anlageentscheiden zu. Ferner hätte der Beklagte auch rein unter dem Gesichtspunkt der D. _____-SS aufgrund seiner besonderen Kenntnisse im BVG-Bereich klar erkennen müssen, dass das System gegen diverse Bestimmungen versties, weshalb auch bei Verneinung einer faktischen materiellen Mitgliedschaft bei der D. _____-AS ihm die vorgenannten Rechtsverletzungen anzulasten sind.

Bei dieser Rechtslage kann es offenbleiben, ob der Beklagte auch seine Treuepflichten sowie die gesetzlichen Buchführungsvorschriften verletzt hat.

f) Hinsichtlich des Verschuldens genügt im Rahmen von Art. 52 BVG, wie gesehen, bereits leichte Fahrlässigkeit. Diese liegt bei geringfügiger Verletzung der erforderlichen Sorgfalt vor, das heisst, wenn vom Sorgfaltsmassstab, den ein gewissenhafter und sachkundiger Stiftungsrat in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der ihm übertragenen Aufgaben beachten würde, abgewichen wird, wobei auch die Fachkenntnisse der in Anspruch genommenen Person zu berücksichtigen sind.

Wie vorne dargestellt, vermag nicht einmal die Abwesenheit eines Stiftungsrates anlässlich einer Sitzung, während welcher ein für die Stiftung negativer Entscheid gefällt wurde, ihn grundsätzlich von seiner Verantwortung zu entlasten. Zudem, wenn ein Stiftungsrat – aktenmässig feststehend – einer bestimmten Entscheidung nicht zugestimmt hat, wirkt sich dies bei der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG nur dann aus, wenn er in der Anschlussperiode – soweit das schädigende Verhalten andauert – seine Haltung auch nach aussen demonstriert, d. h. grundsätzlich zurücktritt.

In Bezug auf den Beklagten steht fest, dass er am überwiegenden Grossteil der stattgefundenen SR-Sitzungen und Stiftungsversammlungen teilgenommen hat. Zudem ist in den umfangreichen Akten, soweit ersichtlich, keine Stelle zu finden ist, wonach er mit den bzw. einem bei der D._____ getroffenen Entscheiden nicht einverstanden gewesen wäre. Und dies sowohl in Bezug auf die D._____ -SS als auch in Bezug auf die D._____ -AS. Ferner verfügte er erwiesenermassen über grosse Fachkenntnisse in BVG-Angelegenheiten, und hat sogar als *der* BVG-Spezialist der D._____ zu gelten, weshalb sein Verschulden zu bejahen ist.

Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass es wohl richtig ist, dass er in der Endphase der D._____ ab Ende 1994 versuchte, die beschlossene Desinvestition durchzuführen, um Schlimmeres zu verhindern. Denn immerhin war es auch der Beklagte gewesen, der als Mitglied der Arbeitsgruppe "Ertragssituation" noch im August 1993 ein aktives Weitermachen propagierte.

Auch nützt dem Beklagten der Einwand nichts, die Tätigkeiten seien jeweils durch die Kontrollstelle H._____ sowie auch lange Zeit durch das BSV abgeseget worden, weshalb diese auch ihren Teil an dem schlussendlich durch die D._____ verursachten Schaden beigetragen hätten. Auch wenn dem so wäre, so ändert dies nichts an der Tatsache und ist auch nicht zu beanstanden, dass die Klägerin einen Teil des verursachten Schadens vom Beklagten, welcher Organ der D._____ war, einfordert.

g) Auch der im Rahmen von Art. 52 BVG erforderliche Kausalzusammenhang ist vorliegend zu bejahen. Der Beklagte war, wie dargestellt, auch immer bestens im Bild über die Tätigkeiten der D._____ -AS, als deren faktisches SR-Mitglied er zu gelten hat und als solcher jeweils auch den Investitionsentscheiden zugestimmt hat. Ferner ist erneut auf sein umfassendes Wissen in Bezug auf BVG-Angelegenheiten hinzuweisen, weshalb er gehalten gewesen wäre, auf die Verfehlungen hinzuweisen, namentlich in Bezug auf die nicht BVG-konformen Anlageentscheide. Ferner ist eine unvorsichtige Vermögensverwaltung immer adäquat kausal.

Es zwar sehr wohl richtig, dass er nicht alleine, sondern zusammen mit den übrigen SR-Mitgliedern die Entscheide getroffen hat und dass bis zu deren Rücktritt es namentlich B._____ und N._____ waren, welche die D._____ leiteten. Doch aufgrund der

wichtigen Position, welche der Beklagte innerhalb der D._____ innehatte, ist davon auszugehen, dass, wenn er Vorbehalte bzw. Kritik geübt hätte, ihm sicherlich einige Beachtung geschenkt worden wäre. Immerhin genoss der Beklagte aufgrund seiner umfassenden Kenntnisse vollstes Vertrauen, weshalb es auch der Beklagte war, an den in der Endphase faktisch die Leitung der D._____ übergeben worden war.

Im Gegensatz zur Ansicht des Beklagten führt auch das Verhalten der Kontrollstelle und des BSV nicht zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs. Immerhin war es der Beklagte selber, welcher regelmässig beim BSV vorsprach und darauf hinwirken konnte, dass dieses seine Zustimmung zu den Aktivitäten bei der D._____ gab. Ferner ist auch darauf hinzuweisen, dass, wie gesehen, Anordnungen der Aufsichtsbehörde nicht blindlings gefolgt werden dürfen. Zudem ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass der Beklagte aufgrund seiner umfangreichen BVG-Kenntnisse sich der durch die D._____ begangenen Verfehlungen und Fehlentscheide bewusst gewesen sein musste und es deshalb nicht genügen kann, darauf hinzuweisen, die Kontrollstelle sowie auch die Aufsichtsbehörde hätten über Jahre nie etwa moniert. Schliesslich unterlässt es der Beklagte auch substantiiert darzulegen, inwiefern das Verhalten der Kontrollstelle und des BSV zu einer Unterbrechung des Kausalzusammenhangs führte. Er begnügt sich in Bezug auf die Kontrollstelle damit, dass diese die Geschäftsberichte jeweils genehmigt hätte und in Bezug auf das BSV, dass dieses die Statuten im Jahr 1984 akzeptiert und davon Kenntnis hatte, dass die D._____ einseitig in Immobilien investierte und dass die erhaltenen Policendarlehen zur Übernahme von M._____ -Anteilscheinen verwendet würden.

Allenfalls käme vorliegend eine Reduktion der Haftung aufgrund eines Mitverschuldens Seitens der Kontrollstelle und des BSV in Frage. Diese Frage kann aber offengelassen werden, da vom Beklagten vorliegend einzig 5 Mio. Franken eingefordert werden und sich der verursachte Gesamtschaden wie gesehen auf über 50 Mio. Franken bezieht.

Schliesslich ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass auch gegen die H._____ und das BSV Klagen eingeleitet wurden. Das Verfahren gegen die Kontrollstelle H._____ endete im Mai 2004 mit einem Vergleich. Daraus ergab sich ein Erlös von 2.677 Mio. Franken, welcher der Klägerin überwiesen wurde, gemäss dem "Bericht der Kontrollstelle mit Jahresrechnung per 31. Dezember 2003" vom 24. Oktober 2005. Das von der D._____ -SS eingeleitete Verfahren gegen die Schweizerische Eidgenossenschaft wegen Verletzung der gesetzlichen Aufsichtspflichten ist weiter hängig, gemäss dem "Bericht der Kontrollstelle mit Jahresrechnung per 31. Dezember 2009" vom 2. Dezember 2010.

h) Zusammenfassend ergibt sich damit, dass die Verantwortung des Beklagten in casu für den der Klägerin verursachten Schaden gegeben ist. Das pflichtwidrige Verhalten ist auch dem Beklagten vorzuwerfen, das Verschulden sowie auch der Kausalzusammenhang sind gegeben. Und dies sowohl bei Bejahung wie auch bei Verneinung einer faktischen materiellen Mitgliedschaft bei der D._____ -AS. Wie bereits erläutert, steht dies auch nicht im Widerspruch zum vorerwähnten Entscheid B 15/05 des Bundesgerichts, da darin das Bundesgericht explizit festgehalten hat, allenfalls hafte der Beklagte persönlich aus Art. 52 BVG.

Da es somit erstellt ist, dass der Beklagte aus Art. 52 BVG haftet, besteht somit auch eine Forderung der D._____ -SS gegenüber dem Beklagten, welche an die Klägerin zediert werden konnte und damit ist im Ergebnis die Aktivlegitimation der Klägerin in casu auch hinsichtlich der Ansprüche aus Art. 52 BVG gegeben.

7. Es stellt sich weiter die Frage, ob die Klägerin auch, wie von ihr beantragt, Anrecht auf einen Zins von 5% seit dem 30. Juli 1997 hat.

a) Im Privatrecht gilt eine generelle Verzugszinspflicht, sobald der Schuldner in Verzug ist (Art. 104 OR). Analog zum Privatrecht gilt im Verwaltungsrecht als allgemeiner Rechtsgrundsatz, dass der Schuldner Verzugszinsen zu bezahlen hat, wenn er mit der Zahlung in Verzug ist, sofern das Gesetz nichts anderes vorsieht (BGE 101 Ib 252 Erw. 4b; ASA 68 S. 518, 2A.137/1998 Erw. 3a; Urteil 2C_546/2008 vom 29. Januar 2009 Erw. 3.2; U. HÄFELIN / G. MÜLLER / F. UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl. 2006, N. 755 ff.). Im Privatrecht liegt Verzug vor, wenn die Forderung fällig und gemahnt ist oder sich ein bestimmter Verfalltag aus Verabredung oder Kündigung ergibt (Art. 102 OR). Bei öffentlich-rechtlichen Forderungen beginnt mangels spezialgesetzlicher Regelung die Verzugszinspflicht mit der gehörigen Geltendmachung eines fälligen Anspruchs (BGE 93 I 382 Erw. 3; Urteil 2P.383/1995 vom 21. Oktober 1996 Erw. 4c/bb; M. IMBODEN / R. A. RHINOW, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 6. Aufl. 1986, Nr. 31.B.IV S. 189, und R. A. RHINOW / B. KRÄHENMANN, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, 1990, Nr. 31.B.IV S. 93; B. KNAPP, Précis de droit administratif, 4. Aufl. 1991, S. 167 f.). In jedem Fall ist eine individualisierbare und einklagbare Forderung vorausgesetzt. Im Sozialversicherungsrecht hat allerdings vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) die Rechtsprechung eine Verzugszinspflicht grundsätzlich verneint, wenn sie nicht gesetzlich vorgesehen war (BGE 119 V 78, 101 V 114 Erw. 3; vgl. auch Urteil des EVG K 40/05 Erw. 4.1). Mit der Bestimmung von Art. 26 ATSG (welche im Bereich der beruflichen Vorsorge nicht gilt) ist für bestimmte Fälle eine Verzugszinspflicht statuiert worden. Die Rechtsprechung hat daraus geschlossen, dass in den anderen, im Gesetz nicht genannten Fällen, keine Verzugszinspflicht besteht (Urteil des EVG K 40/05 Erw. 4.3). Trotzdem hat die Rechtsprechung aber auch festgehalten, dass im Bereich der beruflichen Vorsorge, der Schuldner, der sich in Verzug befindet, Verzugszinsen schuldet (BGE 130 V 414 Erw. 5.1, bestätigt in Urteil des BGer 9C_308/2011 vom 13. Dezember 2011 Erw. 6.1).

Art. 52 BVG regelt die Frage der Zahlung eines allfälligen Verzugszinses nicht. Dafür steht aber diese Bestimmung in einer Beziehung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmung von Art. 754 OR, was namentlich dort von Bedeutung ist, wo es um allgemeine Grundsätze geht (KIESER, a. a. O. N. 3 zu Art. 52 BVG). Hinsichtlich von Art. 754 OR unterliegt die Bemessung des Schadenersatzes den Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts, insbesondere den Art. 43 Abs. 1 und 44 Abs. 1 OR. Als Grundsatz gilt, dass der Schaden vollständig gedeckt werden muss. Dazu gehört ein Schadenszins von 5% (P. WIDMER / O. BANZ, Kommentar zu Art. 754 OR in H. Honsell / N. P. Vogt / R. Watter, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530–1186 OR, 2. Aufl. 2002, N. 51 zu Art. 754 OR mit Hinweis auf unveröffentlichten Entscheid des BGer 4C.117/1999 vom 16. November 1999, Erw. 5c).

b) Trotz des Fehlens einer expliziten Regelung der Verzugszinsen im Bereich von Art. 52 BVG ist hier analog zur Regelung bei der Verantwortlichkeit im Aktienrecht vom Beklagten ein Zins von 5% geschuldet. Eine andere Lösung wäre im vorliegenden Fall auch stossend. Wie gesehen, musste sich der Beklagte aufgrund seiner besonderen Kenntnisse im Bereich der beruflichen Vorsorge von Beginn an der Verfehlungen der D._____ bewusst gewesen sein. Im Gegensatz zum Antrag der Klägerin kann der Zinslauf aber gemäss vorstehender Rechtsprechung erst mit der gehörigen Geltendmachung eines fälligen Anspruchs beginnen. In casu geschah dies mit Schreiben vom 2. November 2005, mit welchem die Klägerin dem Beklagten ihre Ansprüche mit

ausführlicher Begründung schriftlich mitgeteilt hat, weshalb vom Beklagten erst ab diesem Datum und nicht bereits ab dem 30. Juli 1997 ein Zins von 5% geschuldet ist.

8. Schliesslich gilt es über die am 26. November 2010 beantragte Streitverkündung an die ehemalige Revisionsstelle H._____ sowie ans BSV zu entscheiden.

a) Im Rahmen von Art. 52 AHVG kann der ins Recht gefasste nicht potenziell mithaftende Dritte, welcher von der Ausgleichskasse nicht in Anspruch genommen wurden, den Streit verkünden (BGE 134 V 306 Erw. 3.2 mit Hinweisen; ebenso KIESER, a. a. O., N. 48 zu Art. 52 BVG). Die Begründung geht dahin, dass das Sozialversicherungsgericht nicht zuständig ist, die Frage des (internen) Rückgriffs zu prüfen; wird diese Rechtsprechung auf die Haftung nach Art. 52 BVG übertragen, bedeutet dies, dass auch in diesem Verantwortlichkeitsverfahren eine Streitverkündung nicht zulässig ist. Was die (von der Behörde ausgehende) Beiladung betrifft, zielt diese darauf ab, dass eine weitere Person mit gleichen Rechten und Pflichten wie die bisherigen Parteien zum Prozess hinzutritt (und in der Folge auch die Befugnis erhält, Rechtsmittel zu ergreifen); eine solche Beiladung erscheint gegenüber andern regresspflichtigen Personen nicht möglich, weil es in der Entscheidungsbefugnis der Vorsorgeeinrichtung steht, gegen welche Person sie einen Verantwortlichkeitsanspruch geltend machen will (KIESER, a. a. O., N. 48 zu Art. 52 BVG).

Im nicht veröffentlichten Urteil vom 30. Juni 2000 in Sachen H. (H 327/98) hat sich das EVG nochmals eingehend mit der Frage der Zulässigkeit der Streitverkündung im Schadenersatzprozess nach Art. 52 AHVG befasst und an seiner bisherigen Rechtsprechung (BGE 119 V 87 Erw. 5b, 112 V 261), wonach das zivilprozessuale Institut der Streitverkündung der Verwaltungsrechtspflege fremd sei, festgehalten. Unter anderem wies es in der Begründung darauf hin, dass der Regress unter Solidarhaftpflichtigen gegen von der Ausgleichskasse nicht erfasste Arbeitgeberorgane oder gegen Dritte keine bundessozialversicherungsrechtlichen Beziehungen beschlage und daher nicht in die sachliche Zuständigkeit der Sozialversicherungsgerichte falle. Es dürfe auch nicht übersehen werden, dass im Verwaltungsprozess das Institut der Beiladung im Grunde genommen die Funktion der Streitverkündung übernehme. Eine solche Beiladung stehe jedoch nicht im Belieben des Dritten oder einer Partei, sondern könne einzig auf Antrag einer Partei, des Beizuladenden oder von Amtes wegen von der Rechtsmittelbehörde mittels einer prozessleitenden Verfügung angeordnet werden. Somit nütze auch der Verweis auf kantonales Zivilprozessrecht – welches die Streitverkündung zulasse – nichts, da das Bundessozialversicherungsrecht die Streitverkündung nicht zulasse (Entscheid des EVG H 134/00 vom 3. November 2000 Erw. 3b mit Hinweisen).

Schliesslich kann der Träger der Aufsichtsbehörde nicht Adressat von Verantwortlichkeitsansprüchen nach Art. 52 BVG sein; dessen Verantwortlichkeit richtet sich nach dem anwendbaren Staatshaftungsrecht (U. MEYER / L. UTTINGER *in* Handkommentar, N. 19 zu Art. 73 BVG).

b) Aus der vorstehenden Rechtsprechung sowie der erwähnten Lehre ist ersichtlich, dass eine Streitverkündung im Rahmen von Art. 52 BVG nicht möglich ist. Hinsichtlich der Kontrollstelle H._____ ist darauf hinzuweisen, dass sowohl die D._____-SS (Verfahren BV.2001.00077) als auch die Klägerin (Verfahren BV.2000.00035) vor dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich bereits Klage gegen die H._____ erhoben haben und dass diese Verfahren mittels Vergleich abgeschlossen wurden (Verfügungen vom 3. Juni 2003). Zudem ist die Aufsichtsbehörde – vorliegend das BSV – sowieso von der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG ausgeschlossen. Unter diesen

Umständen werden die Anträge auf Streitverkündung an die H._____ und das BSV nicht gewährt.

9. a) Somit ergibt sich zusammenfassend, dass die Aktivlegitimation der Klägerin auch in Bezug auf Art. 52 BVG zu bejahen ist. Ferner ist erstellt, dass die Haftung des Beklagten hinsichtlich der auf Art. 52 BVG gestützten Ansprüche gegeben ist. Er ist deshalb zu verpflichten, der Klägerin den verursachten Schaden in der eingeklagten Höhe von 5 Mio. Franken zu erstatten, zuzüglich Zins von 5% seit dem 2. November 2005.

b) Es werden gemäss dem hier zur Anwendung kommenden Prinzip der Kostenlosigkeit des Verfahrens keine Gerichtskosten erhoben.

c) Im Bereich der beruflichen Vorsorge ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Partei im erstinstanzlichen Verfahren Anspruch auf Ersatz der Kosten für Prozessführung und Vertretung hat, im Bundesrecht (Art. 73 Abs. 2 BVG) nicht geregelt. Grundsätzlich kommt deshalb kantonales Recht zur Anwendung. Das Bundesgericht hat indessen den in Art. 61 lit. g ATSG festgelegten Grundsatz, wonach der obsiegende Sozialversicherungsträger keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat, auch im erstinstanzlichen Verfahren der beruflichen Vorsorge für anwendbar erklärt. Eine Ausnahme von diesem allgemeinen Prozessgrundsatz ist analog zur Kostenfreiheit und in Präzisierung der bisherigen Rechtsprechung für sämtliche Sozialversicherungszweige für Fälle vorzusehen, in denen Versicherten mutwillige oder leichtsinnige Prozessführung vorzuwerfen ist (BGE 126 V 143 Erw. 4b). Beim Verfahren vor Bundesgericht besteht ebenfalls der Grundsatz, dass Behörden oder mit öffentlich-rechtlichen Aufgaben betrauten Organisationen in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen wird, wenn sie in ihrem amtlichen Wirkungskreis obsiegen. Dies gilt auch für die Träger oder Versicherer der beruflichen Vorsorge gemäss BVG (BGE 126 V 143 Erw. 4a; Urteil des BGer 8C_186/2008 vom 4. November 2008 Erw. 4.2). Es wurden aber auch immer Ausnahmen vorgesehen, so namentlich wenn die besondere Art des Prozesses die Zusprechung von Parteikosten rechtfertigt. Eine derartige Ausnahme wird in Verfahren um Rückforderungen des Sicherheitsfonds für sichergestellte Leistungen bejaht (in der amtlichen Sammlung nicht publizierte Erw. 7 des Entscheides 9C_920/2008 [BGE 135 V 163] mit Hinweisen). Ein anderes Beispiel sind die Haftungsprozesse nach Art. 52 BVG. Denn es sei einer Vorsorgeeinrichtung nicht zuzumuten, ihre Anwaltskosten selbst tragen zu müssen, welche sie auf sich nehmen musste, um Ersatz von jenen zu bekommen, welche sie geschädigt haben (BGE 128 V 124 Erw. 5b). Es gibt keinen ersichtlichen Grund, weshalb diese Ausnahme nicht auch für das kantonale Verfahren gelten soll, weshalb es sich rechtfertigt die vorerwähnte Rechtsprechung zu Art. 61 lit. g ATSG um eine Ausnahme zu erweitern. Ferner deckt sich eine solche Lösung auch mit dem kantonalen Prozessrecht, welches in Art. 139 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; SGF 150.1) bei besonderen Umständen ebenfalls eine Parteientschädigung zulässt.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts verfügt das kantonale Gericht über einen weiten Ermessensspielraum in Bezug auf die Festsetzung der Parteientschädigung. Im Rahmen seines Ermessens hat es für die Bestimmung der Höhe des Anwaltshonorars die Wichtigkeit und Schwierigkeit der Streitsache, den Umfang der Arbeitsleistung und den Zeitaufwand des Anwalts zu berücksichtigen. Die Wichtigkeit der Streitsache entscheidet sich nicht nach dem frankenmässigen Streitwert im zivilprozessualen Sinne. Indessen darf das wirtschaftliche Interesse an der Streitsache mit berücksichtigt werden. Bei der Beurteilung des Arbeits- und Zeitaufwandes darf der Sozialversicherungsrichter auch beachten, dass der Sozialversicherungsprozess im Unterschied zum Zivilprozess von

der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, wodurch in zahlreichen Fällen die Tätigkeit des Anwalts erleichtert wird. Dessen Tätigkeit soll nur insoweit berücksichtigt werden, als sich der Anwalt bei der Erfüllung seiner Aufgabe in einem vernünftigen Rahmen hält, unter Ausschluss nutzloser oder sonst wie überflüssiger Schritte. Im Weiteren fallen Bemühungen, welche der Anwalt vor der Einleitung des Prozesses unternommen hat, bei der gerichtlichen Festsetzung seines Honorars ausser Betracht (BGE 114 V 83 Erw. 4b mit Hinweisen).

Ferner hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Erhöhung der Parteientschädigung aufgrund der Berücksichtigung des Streitwertes dort möglich ist, wo dies das kantonale Recht vorsieht, wie es der Fall für den Kanton Freiburg ist (vgl. Entscheid des BGer 9C_590/2009 Erw. 4.2). Art. 8 Abs. 2 des Tarifs vom 17. Dezember 1991 der Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsjustiz (TarifVJ; SGF 150.12) verweist für die Festsetzung der Parteientschädigung in Klagesachen auf das zur Anwendung kommende Zivilrecht. Art. 5 Abs. 2 des ehemaligen Tarifs der als Parteikosten in Zivilsachen geschuldeten Anwaltshonorare und -auslagen vom 28. Juni 1988 bzw. der in seinem massgeblichen Inhalt gleichlautende Art. 66 Abs. 2 lit. d des Justizreglements vom 30. November 2010 (JR; SGF 130.11) sieht vor, dass sich der Grundtarif von 230 Franken pro Stunde für einen Streitwert von 3 Mio. Franken um 250% erhöht; dieser Satz erhöht sich je weitere 500'000 Franken bis zum Betrag von 17 Mio. Franken, gemäss Abstufung im Anhang 2; der Streitwert wird auf die nächsttieferen 500'000 Franken abgerundet. Art. 66 Abs. 3 JR sieht vor, dass für die Berechnung des Streitwertes nach Abs. 2 die Regeln von Art. 91 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) zur Anwendung kommen. Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens oder einer allfälligen Publikation des Entscheids sowie allfällige Eventualbegehren werden nicht hinzugerechnet. In diesem Sinne bereits F. HOHL, *Procédure civile*, Tome II, Bern 2002, N. 1837.

Die Klägerin verlangt vom Beklagten den Ersatz des von ihm verursachten Schadens in der Höhe von 5 Mio. Franken. Dies stellt somit den Streitwert dar. Gemäss Anhang 2 des JR erhöht sich der Stundentarif von 230 deshalb um 264.28% und beläuft sich auf 837.85 Franken. Aufgrund der aussergewöhnlichen Komplexität des vorliegenden Falles und der in ihrem Hauptpunkt gutgeheissenen Klage rechtfertigt es sich der Klägerin eine Entschädigung von 45 Stunden und somit den Betrag von 37'703.25 Franken zuzusprechen, wobei dieser Betrag ebenfalls die Auslagen umfasst. Hinsichtlich der Mehrwertsteuer wird auf einem Anteil von 4/5 der alte bis Ende 2010 gültige Mehrwertsteuersatz von 7.6% verwendet und auf einem Anteil von 1/5 der seit 2011 gültige Satz von 8%. Damit beträgt die Mehrwertsteuer 2'895.60 Franken (2'292.35 Franken + 603.25 Franken), was einen Totalbetrag von 40'598.85 Franken ergibt, welcher zu Lasten des Klägers geht.

D e r H o f e r k e n n t :

- I. Die Klage wird teilweise gutgeheissen. Der Beklagte wird dazu verpflichtet, der Klägerin den verursachten Schaden in der eingeklagten Höhe von 5 Mio. Franken zu erstatten, zuzüglich Zins von 5% seit dem 2. November 2005.
- II. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
- III. Der Klägerin wird eine Parteientschädigung von 37'703.25 Franken, zuzüglich der Mehrwertsteuer von 2'895.60 Franken (7,6 % von 30'162.60 Franken bzw. 8% von 7'540.65 Franken), zugesprochen. Der gesamte Betrag von 40'598.85 Franken geht zulasten des Beklagten.

Gegen diesen Entscheid kann innerhalb einer Frist von 30 Tagen ab Erhalt beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden. Diese Frist kann weder verlängert noch unterbrochen werden. Die Beschwerdeschrift muss in drei Exemplaren abgefasst und unterschrieben werden. Sie müssen die Gründe angeben, weshalb Sie die Änderung dieses Urteils verlangen. Damit das Bundesgericht Ihre Beschwerde behandeln kann, sind die verfügbaren Beweismittel und der angefochtene Entscheid mit dem dazugehörigen Briefumschlag beizulegen. Das Verfahren vor dem Bundesgericht ist grundsätzlich kostenpflichtig.

Givisiez, 24. Februar 2012/BSC/dcu

Die Gerichtsschreiberin:

Der stellvertretende Präsident: