Bundesverwaltungsgericht
Tribunal administratif fédéral
Tribunale amministrativo federale
Tribunal administrativ federal

Abteilung III
C-2368/2006
{T 1/2}

Urteil vom 26. März 2007

Besetzung: Richter Alberto Meuli (Abteilungspräsident),
Richterin Franziska Schneider, Richter Michael Peterli,
Gerichtsschreiber Jean-Marc Wichser

Bernische Lehrerversicherungskasse, Unterdorfstr. 5, Postfach, 3072 Ostermundigen 2,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Andreas Jost, Gesellschaftsstrasse 27, Postfach 6858, 3001 Bern,

gegen

Amt für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion, des Kantons Bern, Forelstrasse 1, 3072 Ostermundigen,
Vorinstanz,

betreffend
Aufsichtsrechtliche Weisung zur Erhebung einer Verantwortlichkeitsklage

Sachverhalt:

A. Die Bernische Lehrerversicherungskasse (nachfolgend Kasse oder Vorsorgeeinrichtung genannt) ist eine Vorsorgeeinrichtung des öffentlichen Rechts, die im kantonalbernischen Register für berufliche Vorsorge unter der Ordnungsnummer BE.0424 eingetragen ist und der Aufsicht des Amtes für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht (nachfolgend Aufsichtsbehörde oder Vorinstanz) untersteht. Die Kasse bezweckt die Versicherung ihrer Mitglieder gegen die wirtschaftlichen Folgen von Invalidität, Alter und Tod. Sie führt die obligatorische Versicherung nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (BVG; SR 831.40) durch.

B. Mit Antrag vom 15. Dezember 2003 ersuchte der Erziehungsdirektor des Kantons Bern die Finanzkontrolle, die Kasse einer Sonderprüfung zu unterziehen. Gegenstand der Sonderprüfung war unter anderem die Aufarbeitung und Darstellung der in den Jahren 1989 bis 2003 in der strategischen und operativen Geschäftsführung der Kasse gemachten Fehler, die Eruierung des Schadens, die Identifikation der Verantwortlichkeiten und das Aufzeigen von Schadenersatzforderungsmöglichkeiten. Untersuchungsgegenstand waren schwergewichtig die in der Mitte der 90er Jahre gemachten Direktinvestitionen. Der Sonderprüfungsbericht erging am 19. Mai 2004 (act. 1).

   Nach Vorliegen des Sonderprüfungsberichtes ersuchte der Regierungsrat des Kantons Bern Prof. Dr. Ulrich Zimmerli, Universität Bern, um Erstattung eines Rechtsgutachtens über die rechtliche Tragweite des Berichtes der Finanzkontrolle. Das Rechtsgutachten erging am 1. Juli 2004 (act. 4).

C. In der Folge beauftragte die Kasse Fürsprecher Dr. Andreas Jost darüber Auskunft zu erteilen, ob im Sonderprüfungsbericht ausreichend erstellt sei, dass Organe der Kasse für Schäden aus Vermögensanlagen haften. Das Rechtsgutachten von Dr. Andreas Jost liegt in anonymisierter Form und mit Datum vom 16. August 2004 in den Beschwerdeakten. Der Gutachter weist darin auf die aus seiner Sicht bestehenden Schwierigkeiten eines Schadenersatzprozesses hin. Er gibt dementsprechend eine negative Prozessempfehlung ab (act. B 3).

D. Mittels Schreiben vom 12. Juli 2004 verlangte die Aufsichtsbehörde von der Kasse, darüber informiert zu werden, welche Verbesserungsmassnahmen sie mit Blick auf die im Sonderprüfungsbericht festgestellten Mängel im Bereich der Organisation und Führung zu treffen gedenke. Des Weiteren forderte die Aufsichtsbehörde die Kasse auf zu prüfen, ob im Zusammenhang mit den Feststellungen der Finanzkontrolle haftpflichtrechtliche Ansprüche geltend gemacht werden können und sollen (act. 5).

   Die Kasse hielt im Schreiben vom 28. Juli 2004 zu Handen der Aufsichtsbehörde das bisher Vorgenommene und Geplante fest (act. 6). Am 15. November 2004 informierte die Kasse die Aufsichtsbehörde über den am 3. November 2004 von der Verwaltungskommission getroffenen Beschluss, wonach auf Grund aller getroffener Abklärungen keine ausreichende Grundlage für eine Erfolg versprechende Verantwortlichkeitsklage vorhanden sei (act. 10). Zur Einholung einer Zweitmeinung unterbreitete sie zuvor die Frage der Erfolgsaussicht einer Verantwortlichkeitsklage Prof. Dr. Hans Peter Walter, Universität Bern. Prof. Walter gelangte im Gutachten vom

28. Oktober 2004 zu keinem von Dr. Jost abweichenden Ergebnis.

Die Aufsichtsbehörde gab danach der Kasse Frist bis zum 20. Januar 2005, die Anhebung einer Klage nochmals zu prüfen. Sie begründete dies mit den schwer wiegenden Mängeln in der Vermögensverwaltung (act. 12). Anlässlich der Besprechung vom 18. Februar 2005 mit der Aufsichtsbehörde teilte die Kasse mit, dass die Verwaltungskommission an ihrem Standpunkt festhalte, wonach keine Klage erhoben werde.

E. Mit Verfügung vom 15. März 2005 (vgl. act. B 7) wies die Aufsichtsbehörde die Kasse an, die Verantwortlichkeit der mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen im Sinne von Art. 52 Abs. 1 BVG gerichtlich abklären zu lassen, soweit deren Handlungen und Unterlassungen zur Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung beigetragen haben (Dispositiv-Ziffer 1). Die Klage sei innert 90 Tagen seit Erhalt der Verfügung zu erheben (Dispositiv-Ziffer 2). Ferner verfügte die Aufsichtsbehörde, die Vorsorgeeinrichtung habe die Klage auf eigene Rechnung zu erheben (Dispositiv-Ziffer 3) und es sei ihr vor Einreichen der Klage ein Klagekonzept zu unterbreiten. Die Aufsichtsbehörde sei über jede prozessuale Handlung zu informieren (Dispositiv-Ziffer 4). Für den Fall der Nichteinhaltung der Verfügung hielt sich die Aufsichtsbehörde weitere aufsichtsrechtliche Massnahmen wie das Verhängen einer Busse oder die Einsetzung einer kommissarischen Verwaltung vor (Dispositiv-Ziffer 5). Einer allfälligen Einsprache entzog die Behörde die aufschiebende Wirkung (Dispositiv-Ziffer 6). Die Anordnung begründete die Aufsichtsbehörde unter anderem damit, dass die Vorsorgeeinrichtung verpflichtet sei, verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche geltend zu machen, solange ein Verantwortlichkeitsprozess nicht offensichtlich aussichtslos sei.

Am 29. März 2005 reichte die Kasse bei der Aufsichtsbehörde den Antrag ein, es sei die aufschiebende Wirkung einer allfälligen Einsprache gegen die Verfügung vom 15. März 2005 wiederherzustellen (act. B 6). Diesen Antrag wies die Aufsichtsbehörde am 11. April 2005 ab und verfügte, der Entzug der aufschiebenden Wirkung einer allfälligen Einsprache bleibe bestehen (act. B 8).

Mittels Eingabe vom 18. April 2005 erging seitens der Kasse eine Einsprache in der Sache selbst, wobei sie die Aufhebung der Verfügung vom 15. März 2005 beantragte (act. B 5).

F. Am 22. April 2005 erhob die Kasse bei der Eidg. Beschwerdekommission der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Eidg. Beschwerdekommission BVG) Beschwerde gegen die Verfügung vom 11. April 2005 betreffend den Entzug der aufschiebenden Wirkung der Einsprache und liess beantragen, es sei die Verfügung aufzuheben und der Suspensiveffekt einer allfälligen Einsprache wiederherzustellen (act. B 11). Der Präsident der Eidg. Beschwerdekommission BVG teilte der Beschwerdeführerin hierauf mit, die Beschwerde werde erst dann behandelt, wenn auch zur Sache selbst Beschwerde erhoben werde (act. B 12).

Die Aufsichtsbehörde erliess am 20. Mai 2005 eine "Neue Verfügung", mit welcher sie in Erledigung der Einsprache vom 18. April 2005 die Verfügung vom 15. März 2005 vorbehaltlos bestätigte und einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzog (act. B 15).

G. Gegen die Verfügung vom 20. Mai 2005 erhob die Kasse (nachfolgend die

Beschwerdeführerin) innert Frist Beschwerde bei der Eidg. Beschwerdekommission BVG und beantragte, die Ziffern 1 bis 6 der "Neuen Verfügung" seien aufzuheben. Ferner sei die aufschiebende Wirkung der Beschwerde wiederherzustellen. Die Beschwerdeführerin stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, es handle sich bei den zur Diskussion stehenden Verantwortlichkeitsansprüchen durchwegs um bestrittene und höchst unsichere Forderungen. Sie habe ihr Ermessen nicht unterschritten, indem sie auf die Anhebung einer Verantwortlichkeitsklage verzichtet habe. Vielmehr habe sie sich sehr eingehend mit der Frage der Führung eines Verantwortlichkeitsprozesses befasst. Ihren zustehenden Ermessensspielraum habe sie sachgerecht und in keiner Weise rechtsfehlerhaft ausgeübt. Im Übrigen gelte ein Prozess bereits als aussichtslos, wenn die Gewinnaussichten beträchtlich geringer seien als die Verlustgefahren, was vorliegend erwiesen sei. Die Auffassung der Aufsichtsbehörde, die Beschwerdeführerin müsse auch einen nicht "offensichtlich" aussichtslosen Prozess führen, entspreche nicht dem richtig verstandenen Begriff der Aussichtslosigkeit und sei nicht nachzuvollziehen (act. B 18).

H. Mit Zwischenverfügung vom 24. Juni 2005 stellte der Präsident der Eidg. Beschwerdekommission BVG die aufschiebende Wirkung der Beschwerde gegen die "Neue Verfügung" vom 20. Mai 2005 bzw. gegen die "Neue (Zwischen-)verfügung" vom 11. April 2005 wieder her (act. B 28). Die Zwischenverfügung ist unangefochten in Rechtskraft erwachsen.

I. In der Beschwerdeantwort vom 30. September 2005 beantragte die Aufsichtsbehörde, die Beschwerde sei abzuweisen. Sie trug vor, der Entscheid der Vorsorgeeinrichtung, Verantwortlichkeitsansprüche geltend zu machen, könne nicht allein in ihrem Ermessen liegen. Vielmehr sei die Aufsichtsbehörde befugt, Vorsorgeeinrichtungen zur Anstrengung von Verantwortlichkeitsklagen anzuweisen. Hierbei handle es sich um eine anerkannte aufsichtsrechtliche Massnahme. Der Entscheid über allfällige Verantwortlichkeitsansprüche müsse durch ein neutrales Gericht gefällt und dürfe nicht ausschliesslich in die Hände von Gutachtern gelegt werden (act. B 38).

J. Replikando hielt die Beschwerdeführerin an den gestellten Rechtsbegehren fest. Sie hielt dafür, es verstosse nicht gegen Art. 71 BVG, wenn sie auf die Anhebung einer Klage mit keinen oder bloss geringen Erfolgschancen verzichte (act. B 47).

K. Der mit Zwischenverfügung vom 10. November 2005 vom Präsidenten der Eidg. Beschwerdekommission BVG einverlangte Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 3'500.-- wurde von der Beschwerdeführerin fristgemäss überwiesen (act. B 48).

L. Auf die Einreichung einer Duplik hat die Aufsichtsbehörde mit Verweis auf die angefochtene Verfügung und die Beschwerdeantwort verzichtet (act. B 52).

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 31 des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (VGG; SR 173.32) beurteilt das Bundesverwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen nach Art. 5 des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (VwVG; SR 172.021), sofern keine Ausnahme nach Art. 32 VGG vorliegt. Als Vorinstanzen gelten die in Art. 33 und 34 VGG genannten Behörden. Zu den beim Bundesverwaltungsgericht anfechtbaren Verfügungen gehören jene der Aufsichtsbehörden im Bereiche der beruflichen Vorsorge nach Art. 74 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG; SR 831.40), dies in Verbindung mit Art. 33 lit. i VGG. Eine Ausnahme im Sinne von Art. 32 VGG liegt in casu nicht vor.

1.2 Das Bundesverwaltungsgericht übernimmt, sofern es zuständig ist, die Beurteilung der am 1. Januar 2007 bei den Eidgenössischen Rekurs- oder Schiedskommissionen oder bei den Beschwerdediensten der Departemente hängigen Rechtsmittel. Das neue Verfahrensrecht ist anwendbar (vgl. Art. 53 Abs. 2 VGG).

1.3 Anfechtungsgegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die "Neue Verfügung" des Amtes für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern vom 20. Mai 2005, welche ohne Zweifel eine Verfügung im Sinne von Art. 5 VwVG darstellt, auch wenn sie nach dem besonderen, verwaltungsinternen Einspracheverfahren gemäss Art. 29 der kantonalbernischen Verordnung betreffend die Aufsicht über die Stiftungen und die Vorsorgeeinrichtungen vom 10. November 1993 (StiV, BSG 212.223.1) ergangen ist. Die Beschwerde ist frist- und formgerecht eingegangen (Art. 50 und 52 VwVG). Nachdem die Beschwerdeführerin an der Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung ein schutzwürdiges Interesse hat (Art. 48 VwVG) und ferner der verlangte Kostenvorschuss eingezahlt worden ist, ist auf das erhobene Rechtsmittel einzutreten.

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht prüft die Verletzung von Bundesrecht einschliesslich der Überschreitung oder des Missbrauchs des Ermessens, die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und die Unangemessenheit, wenn nicht eine kantonale Behörde als Beschwerdeinstanz verfügt hat (Art. 49 VwVG). Da die Vorinstanz mittels des hier angefochtenen Entscheides nicht als Beschwerdeinstanz entschieden hat, erstreckt sich der Überprüfungsrahmen auf den angeführten Umfang.

2.2 Ermessensmissbrauch ist gegeben, wenn die entscheidende Stelle zwar im Rahmen des ihr eingeräumten Ermessens bleibt, sich aber von unsachlichen, dem Zweck der massgebenden Vorschriften fremden Erwägungen leiten lässt oder allgemeine Rechtsprinzipien, wie das Verbot von Willkür und von rechtsungleicher Behandlung, das Gebot von Treu und Glauben sowie den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verletzt (BGE 123 V 152 Erw. 2 mit Hinweisen). Ermessensüberschreitung liegt vor, wenn die Behörden Ermessen ausüben, wo das Gesetz kein oder nur ein geringeres Ermessen einräumt. Im Gegensatz dazu spricht man von einer Ermessensunterschreitung, wenn sich die Behörde als gebunden erachtet, ob-

wohl ihr das Gesetz einen Ermessensspielraum einräumt (KÖLZ/HÄNER, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1998, Rz 627).

3.

3.1 Gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG wacht die Aufsichtsbehörde darüber, dass die Vorsorgeeinrichtung die gesetzlichen Vorschriften einhält, indem sie insbesondere die Übereinstimmung der reglementarischen Bestimmungen mit den gesetzlichen Vorschriften prüft (lit. a); von den Vorsorgeeinrichtungen periodisch Berichterstattung fordert, namentlich über die Geschäftstätigkeit (lit. b); Einsicht in die Berichte der Kontrollstelle und des Experten für berufliche Vorsorge nimmt (lit. c) sowie die Massnahmen zur Behebung von Mängeln trifft (lit. d) und Streitigkeiten betreffend das Recht der versicherten Person auf Information beurteilt (lit. e).

Gemäss Art. 62 Abs. 1 lit. d BVG trifft die Aufsichtsbehörde die Massnahmen zur Behebung von Mängeln. Hierzu stehen ihr repressive und präventive Aufsichtsmittel zur Verfügung. Mittels des repressiven Handelns soll der rechtmässige Zustand wieder hergestellt werden und die präventiven Mittel sind darauf ausgelegt, gesetzes- und statutenwidriges Verhalten der Pensionskasse durch eine laufende Kontrolle ihrer Geschäftstätigkeit zu verhindern. Bei den präventiven Aufsichtsmitteln ist eine Teilnahme an der Willensbildung der Verwaltungsorgane begrifflich nicht vorausgesetzt. Eine allgemeine und voraussetzungslose Einflussnahme bereits auf das Zustandekommen von Entscheiden und Handlungen der Vorsorgeeinrichtungen sowie die voraussetzungslose und allgemeine Beschränkung der Verfügung über deren Vermögen sind verboten. Die Willensbildung der Vorsorgeeinrichtung ist vielmehr Sache der Vorsorgeeinrichtung bzw. deren Organe. Aufsichtsmittel, die bereits das Zustandekommen von Handlungen der Vorsorgeeinrichtung unmittelbar beeinflussen oder sich gar an diesen beteiligen, verletzen den verwaltungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismässigkeit und bei Vorsorgeeinrichtungen, insbesondere bei jenen in der Rechtsform der Stiftung das von der Privatautonomie abgeleitete Prinzip der Stifterfreiheit (Isabelle Vetter-Schreiber, Staatliche Haftung bei mangelhafter BVG-Aufsichtstätigkeit, Zürich 1996, S. 61 f.; Christina Ruggli, Die behördliche Aufsicht über Vorsorgeeinrichtungen, Basel 1992, S. 62 f.).

3.2 Als repressive Aufsichtsmittel kommen unter anderem in Frage, die Mahnung pflichtvergessener Organe, das Erteilen von Weisungen oder Auflagen, soweit die Vorsorgeeinrichtung keinen Ermessensspielraum hat, die Aufhebung und Änderung von Entscheiden oder Erlassen der Stiftungsorgane, wenn und soweit diese gesetzes- oder urkundenwidrig sind, die Abberufung und Neueinsetzung von Stiftungsorganen und Liquidatoren, die Ersatzvornahme durch Dritte auf Kosten der Stiftung oder die Einsetzung eines Beistandes oder eines interimistischen Stiftungsrates unter gleichzeitiger Enthebung des ordentlichen Stiftungsrates (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 63 ff.; Christina Ruggli, a.a.O., S. 111 ff.). Die Aufzählung ist nicht abschliessend.

Auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen steht fest, dass die Aufsichtsbehörde bloss dann mittels Massnahmen repressiv eingreifen kann, falls sie im Handeln der Vorsorgeeinrichtung einen Verstoss gegen gesetzliche oder statutarische Vorschriften erkennt. Die Aufsichtstätigkeit ist mithin als

eine Rechtskontrolle ausgestaltet (Isabelle Vetter-Schreiber, a.a.O., S. 33f.; Carl Helbling, Personalvorsorge und BVG, Bern 2000, S. 556). Damit liegt nicht schon dann ein Mangel vor, wenn die Aufsichtsbehörde in einer Sache anders entschieden hätte als die Vorsorgeeinrichtung. Demgemäss hat die Aufsichtsbehörde zu beachten, dass der Vorsorgeeinrichtung ein Ermessen zusteht. Dabei ist Letztere an den vorgegebenen rechtlichen Rahmen gebunden und sie muss die allgemeinen Rechtsprinzipien beachten. Im Weiteren muss sie ihr Ermessen gestützt auf die sachlich nahe liegenden Kriterien und den Verhältnissen des Einzelfalls angemessen und damit zweckmässig ausüben (Merkli/Aeschlimann/Herzog, Kommentar zum bernischen VRPG, Bern 1997, N 24, 26 zu Art. 66 Abs. 1 VRPG).

4. Die Vorinstanz führte in der angefochtenen Verfügung aus, die Beschwerdeführerin sei zur Erhaltung des Vorsorgezwecks unter anderem auch verpflichtet, Massnahmen zur Schadenminderung zu ergreifen, weshalb sie die Verantwortlichkeitsansprüche gerichtlich abklären lassen müsse. Sie wies die Ansicht der Beschwerdeführerin zurück, wonach die Geltendmachung von Verantwortlichkeitsansprüchen in ihrem Ermessen liege, in welches die Aufsichtsbehörde nicht einzugreifen habe. Vielmehr habe die Beschwerdeführerin ihr Ermessen dadurch unterschritten, dass sie keine Klage erhoben habe, was eine Rechtsverletzung darstelle. Die Vorsorgeeinrichtung sei im Gegensatz zu anderen Rechtsträgern des Privatrechts nicht befugt, frei über ihr Vermögen zu verfügen, sondern sei an den gesetzlich vorgeschriebenen Zweck der beruflichen Vorsorge gebunden. Sie sei deshalb verpflichtet, verantwortlichkeitsrechtliche Ansprüche geltend zu machen, solange ein Verantwortlichkeitsprozess nicht offensichtlich aussichtslos sei. Das Ermessen der Vorsorgeeinrichtung beschränke sich auf die einzuklagende Summe und die Bestimmung der einzuklagenden Personen. Die Aufsichtsbehörde vertritt denn auch den Standpunkt, im vorliegenden Fall sei eine Klage nicht offensichtlich aussichtslos.

   Demgegenüber vertritt die Beschwerdeführerin die Ansicht, die Aufsicht über die Vorsorgeeinrichtungen sei gemäss Art. 62 Abs. 1 BVG inhaltlich als Rechtsaufsicht konzipiert. Die Stiftungsaufsicht komme nicht einer Vormundschaft gleich. Die Aufsichtsbehörde dürfe bloss im Falle des Ermessensmissbrauchs und der Ermessensüberschreitung bzw. - unterschreitung eingreifen. Ein Emessensfehler im genannten Sinne liege hingegen nicht vor. Denn ihr könne nicht vorgeworfen werden, sie habe sich nicht mit den besonderen Umständen des Falles auseinandergesetzt. Vielmehr habe sie sich sehr eingehend mit der Frage befasst, ob ein Verantwortlichkeitsprozess geführt werden soll oder nicht. Sie habe mithin ihr zustehendes Ermessen ausgeübt, und zwar in sachgerechter Weise. Im Übrigen verletze die Ansicht, es müsse ein nicht ganz aussichtsloser Prozess geführt werden, die gesetzliche Ordnung, gemäss welcher die Vorsorgeeinrichtung zu ihrem Vermögen Sorge tragen müsse.

5.

5.1 In der hier zu beurteilenden Sache sind mit Blick auf die ab 1989 bis 2003 durch die Beschwerdeführerin getätigten Anlagegeschäfte diverse Untersuchungen durchgeführt und Berichte sowie Gutachten erstellt worden. So erging im Rahmen einer Sonderprüfung durch die Finanzkontrolle des Kantons Bern der Bericht über die Bernische Lehrerversicherungskasse vom 19. Mai 2004. Ferner liegt der Bericht der Parlamentarischen Untersuchungskommission (PUK) vom 18. August 2005 vor; wobei der PUK-Be-

richt erst nach dem Erlass der hier zu beurteilenden Verfügung ergangen ist. Es kann folglich gesagt werden, dass der einer allfälligen Schadenersatzklage zu Grunde liegende Sachverhalt ausführlich und eingehend erhoben worden ist. Zwischen der Aufsichtsbehörde und der Beschwerdeführerin bestehen jedoch unterschiedliche Ansichten darüber, ob mit Blick auf den erhobenen Sachverhalt es auch geboten ist, eine Schadenersatzklage anzuheben. Nachdem eine Schadenersatzklage mit hohen Kosten verbunden ist, steht fest, dass die Beschwerdeführerin im Sinne der von ihr verlangten sorgfältigen Vermögensführung verpflichtet war, in umfassender Weise abzuwägen, ob sie das Risiko eines kostenträchtigen Prozesses auf sich nehmen will. Es ist daher von ihr zunächst eine sorgfältige und umfassende Erhebung der Gründe zu fordern, die für oder gegen eine Klageanhebung sprechen. Da feststeht, dass erhebliche Millionenbeträge zur Diskussion stehen und sich ein komplexer Sachverhalt präsentiert, waren die Anforderungen an die diesbezüglichen Abklärungen hoch. Richtigerweise hat die Beschwerdeführerin hierfür externen rechtlichen Rat beigezogen. Sie liess denn auch durch zwei erfahrene und ausgewiesene Juristen Gutachten darüber erstellen, ob eine Schadenersatzklage als erfolgversprechend zu bewerten sei. Mit diesem Vorgehen ist die Beschwerdeführerin sorgfältig und mit Umsicht vorgegangen. Es ist denn auch nicht erkennbar, inwiefern zusätzliche Abklärungen von Nöten gewesen wären.

Als Zwischenergebnis kann somit festgehalten werden, dass die Beschwerdeführerin in sorgfältiger und umfassender Weise die Erfolgsaussichten einer Schadenersatzklage abgeklärt hat. In dieser Hinsicht bestand kein Anlass, aufsichtsrechtlich einzugreifen.

5.2 Es stellt sich nun die Frage, ob mit Blick auf die Ergebnisse der Gutachter und der übrigen Abklärungsberichte der Entscheid der Beschwerdeführerin, keine Klage zu erheben, gesetzmässig war bzw. ob sie ihr Ermessen unter- oder überschritten hat, respektive missbräuchlich gehandhabt hat, indem sie auf eine Klageanhebung verzichtet hat. Vorweg ist jedoch festzuhalten, dass es nicht Sache des Bundesverwaltungsgerichtes ist, der Frage nachzugehen, wie hoch die Erfolgsaussichten einer Klage zu bewerten sind. Es ist allein zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin das Für und das Wider einer Klage rechtskonform abgewogen hat. Die Vorinstanz vertritt die Ansicht, diesbezüglich stehe der Beschwerdeführerin kein Ermessen zu. Sie habe jedenfalls dann eine Klage zu erheben, falls nicht deren offensichtliche Aussichtslosigkeit feststehe. Damit wirft sie ihr aber eigentlich eine Überschreitung des Ermessens vor. Dieser Ansicht kann nicht gefolgt werden. Es ist nicht ersichtlich, gestützt auf welche Grundlage das Ermessen der Beschwerdeführerin, eine Klage zu erheben, derart eingeschränkt sein soll, als sie bloss dann von einer solchen absehen könnte, falls diese offensichtlich aussichtslos wäre. Das von der Vorinstanz ins Feld geführte Argument der zweckgemässen Verwendung der Vorsorgegelder spricht jedenfalls nicht dafür, dass Vorsorgeeinrichtungen verhalten wären, aussichtslose Prozesse zu führen. Da Prozessniederlagen mit erheblichen Kosten für die klagende Partei einhergehen können, stünde ein solches Vorgehen in offenem Widerspruch zur Verpflichtung der Kasse, ihr Vermögen sorgfältig und zweckgemäss zu verwalten und zu verwenden. Wenn die Verwirklichung eines Schadens (Prozesskosten) als wesentlich höher einzustufen ist als die Verwirklichung eines Gewinns (Ersatz für zugefügten Schaden), so wird eine verantwortungsbewusste Pensionskassenverwaltung eher danach trachten, den wahrscheinlichen Schaden zu

vermeiden als nach dem unwahrscheinlichen Gewinn zu streben, ansonsten sie sich dem Vorwurf der Unsorgfalt aussetzen würde. Indem die Vorinstanz der Beschwerdeführerin insofern ein eingeschränktes Ermessen zubilligen will, als sie nur dann keine Pflicht zur Klageanhebung erkennt, falls eine solche offensichtlich aussichtslos ist, so nimmt sie in Kauf, dass mit Bezug auf die Vermeidung von Prozessverlusten ein weniger strenger Sorgfaltsmassstab gilt, als dies beispielsweise bei der Vermeidung von Anlageverlusten der Fall ist. Der von der Vorinstanz vorgegebene Massstab kann jedoch weder im Rahmen einer Klageerhebung noch sonst für das Handeln einer Vorsorgeeinrichtung gelten. Gerade der vorliegende Fall zeigt, dass mit Blick auf erwartete bzw. erhoffte hohe Gewinne, oft hohe Risiken eingegangen worden sind. Rückblickend betrachtet hat sich mitunter erwiesen, dass die Chancen der Realisierung dieser Gewinne wesentlich kleiner waren als die Verwirklichung der Verluste. Es kann nun nicht angehen, dass die Beschwerdeführerin zur Anhebung einer Klage verpflichtet wird, obwohl sie in sorgfältiger und ausführlicher Abwägung zum Schluss gelangt ist, eine solche sei aussichtslos. Es ist denn auch nicht denkbar, dass die Beschwerdeführerin aufgrund der von ihr gemachten Erfahrungen Vermögensanlagen tätigen würde, bei welchen sie überzeugt wäre, dass die Verwirklichung eines Verlustes wesentlich höher ist, als die Erzielung eines Gewinnes. Sie würde sich hierbei unabsehbarer Kritik aussetzen. Gleiches muss mit Bezug auf die Anhebung einer Klage mit Kostenrisiko gelten, da es auch hier um die Verwendung von Vorsorgegeldern geht. Es ergibt sich daher, dass auf die Beantwortung der Frage, ob eine Klage mit Kostenrisiko anzuheben ist, kein geringerer Sorgfaltsmassstab anzulegen ist, als dies für den Entscheid über Vermögensanlagen gilt. Somit ist festzuhalten, dass es Sache der Vorsorgeeinrichtung ist, auf der Basis einer sorgfältigen Risikoabwägung zu entscheiden, ob sie eine Klage einreichen will oder nicht. Hierbei unterliegt sie keinem eingeschränkten Ermessen (vgl. Urteil der Eidg. Beschwerdekommission BVG vom 27. November 2003, BKBVG 860/01, Erwägung 9). Denn beim diesbezüglichen Entscheid handeln die Organe der Vorsorgeeinrichtung im Rahmen ihrer Kompetenz und Verantwortung. Die Aufsichtsbehörde kann denn auch nicht ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Organe der Vorsorgeeinrichtung setzen. Es gilt jedoch, dass der Verzicht auf eine Klageanhebung auf nachvollziehbaren und überzeugenden Gründen beruhen muss.

5.3 Dies ist vorliegend der Fall. Die von Dr. Jost und Prof. Walter erstellten Gutachten sind ausführlich und wohl begründet ausgefallen. Beide Gutachter sind einhellig zum Schluss gelangt, dass einer Schadenersatzklage wenig Erfolg beschieden sei. Sie erachten die Erfolgsaussichten als schlecht. Dieser gutachterliche Schluss basiert auf der Kenntnis des rechtserheblichen Sachverhaltes und der detailliert begründeten Vortragung der sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen. Dass die Beschwerdeführerin auf der Basis der ihr vorliegenden Unterlagen einen sachlich nachvollziehbaren Entscheid getroffen hat, ergibt sich auch aus dem PUK-Bericht vom 18. August 2005. Darin ist festgehalten worden, dass der Entscheid der Verwaltungskommission der Beschwerdeführerin, keinen Prozess anzuheben, aufgrund der vorliegenden Rechtsgutachten verständlich sei (S. 293 des Berichtes). Die Beschwerdeführerin konnte insgesamt in guten Treuen davon ausgehen, dass die Gewinnaussichten einer Klage gering sind und entsprechend ein hohes Kostenrisiko besteht. Dass sie unter diesen Umständen nicht bereit war, das Kostenrisiko einzugehen, er-

scheint als nachvollziehbar und ist damit nicht zu beanstanden. Sie hat demnach ihr Ermessen rechtskonform ausgeübt und ihren Entscheid plausibel und schlüssig begründet. Somit kann sie durch die Aufsichtsbehörde nicht verhalten werden, einen kostenpflichtigen Prozess zu führen. Es ist kein Mangel ersichtlich, welcher das Eingreifen der Aufsichtsbehörde gerechtfertigt hätte.

6.

6.1 Nachdem die Vorinstanz mittels des angefochtenen Entscheides zu Unrecht in das Ermessen der Beschwerdeführerin eingegriffen hat, hat sie Bundesrecht verletzt. Demgemäss ist die Beschwerde gegen die Verfügung des Amtes für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern vom 20. Mai 2005 gutzuheissen und die angefochtene Verfügung ist aufzuheben.

6.2 Gemäss Art. 64 Abs. 1 VwVG in Verbindung mit Art. 7 des Reglements vom 11. Dezember 2006 über die Kosten und Entschädigungen vor dem Bundesverwaltungsgericht (VGKE, SR 173.320.2) sowie Art. 6 des Tarifs über die Entschädigungen an die Gegenpartei für das Verfahren vor dem Bundesgericht (SR 173.119.1) kann die Beschwerdeinstanz der ganz oder teilweise obsiegenden, hier anwaltlich vertretenen Partei von Amtes wegen oder auf Begehren eine Entschädigung für ihr erwachsene notwendige und verhältnismässig hohe Kosten zusprechen. Gemäss Art. 4 Abs. 1 des bundesgerichtlichen Tarifs wird das Honorar im Rahmen des vorgesehenen Höchst- und Mindestbetrages nach der Wichtigkeit der Streitsache sowie dem Umfang der Arbeitsleistung und dem Zeitaufwand des Vertreters bemessen. Lässt sich der Streitwert, wie vorliegend, ziffernmässig nicht bestimmen, so wird das Honorar unter Berücksichtigung der genannten Elemente frei bestimmt. In der hier zu beurteilenden Sache erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 5'000.-- als angemessen. Gemäss Art. 64 Abs. 2 VwVG kann die Entschädigung der Vorinstanz auferlegt werden, soweit sie nicht einer unterliegenden Gegenpartei auferlegt werden kann.

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird die Verfügung des Amtes für Sozialversicherung und Stiftungsaufsicht des Kantons Bern vom 20. Mai 2005 aufgehoben.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben und der Beschwerdeführerin wird der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 3'500.-- zurückerstattet.

3. Der Beschwerdeführerin wird zu Lasten der Vorinstanz eine Parteientschä-

digung von Fr. 5'000.--zugesprochen.

4. Dieses Urteil wird eröffnet:

- der Beschwerdeführerin (Gerichtsurkunde)
- der Beschwerdegegnerin (Gerichtsurkunde)
- dem Bundesamt für Sozialversicherungen (Gerichtsurkunde)

Der Abteilungspräsident: Der Gerichtsschreiber:

Alberto Meuli Jean-Marc Wichser

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen nach Eröffnung beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten geführt werden (vgl. Art. 82 ff., 90 ff. und 100 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110). Die Rechtsschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweismittel sind, soweit sie der Beschwerdeführer in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand am: