



Abteilung I
A-4514/2021

Urteil vom 2. Mai 2023

Besetzung

Richter Maurizio Greppi (Vorsitz),
Richter Jérôme Candrian, Richterin Christine Ackermann,
Gerichtsschreiber Thomas Ritter.

Parteien

Stiftung A. _____,
vertreten durch
lic. iur. LL.M. Bruno Baer und
Dr. iur. Michael E. Dreher,
Baer Dreher Partner,
Beschwerdeführerin,

gegen

Eidgenössisches Finanzdepartement EFD,
Generalsekretariat, Rechtsdienst,
Vorinstanz.

Gegenstand

Staatshaftung; Schadenersatz.

Sachverhalt:**A.**

A.a Am 19. Januar 1998 errichtete B.A. _____ die Stiftung A. _____ (nachfolgend: Stiftung). Sie bezweckt die Unterstützung von Unternehmungen der Wohlfahrt, Wohltätigkeit und Gemeinnützigkeit und ähnlichen Institutionen sowie Sozialwerken. Es wurden C. _____ als Präsident, D. _____ als Vizepräsident und E. _____ als weiteres Mitglied in den Stiftungsrat berufen. Am Tag der Gründung errichtete B.A. _____ zudem ihre letztwillige Verfügung durch öffentliche Beurkundung und setzte die Stiftung als Alleinerbin ein. B.A. _____ verstarb am 16. Januar 2000 im Alter von fast 90 Jahren. Das Nachlassvermögen betrug im Zeitpunkt des Ablebens gemäss Steuerinventar rund 9 Mio. Fr.

A.b Seit Frühling 1999 hatten sich C. _____ und D. _____ überworfen, was zu zwei Aufsichtsbeschwerden von D. _____ beim Eidgenössischen Departement des Innern EDI (Stiftungsaufsicht) und zu Strafanzeigen gegen C. _____ und E. _____ führte. Am 10. August 2000 verfügte das EDI u.a. mit sofortiger Wirkung die Einstellung von C. _____ und E. _____ in ihren Funktionen als Stiftungsräte und entzog ihnen die Unterschriftsberechtigung. Zudem ersuchte das EDI die zuständige Vormundschaftsbehörde, der Stiftung einen Beistand zu bestellen, weil der Stiftungsrat nicht mehr statutenkonform besetzt war. Die Vormundschaftsbehörde ernannte gleichentags Rechtsanwalt H. _____ zum Beistand der Stiftung.

A.c Am 30. Oktober 2000 ordnete das Bezirksgericht Zürich für den Nachlass von B.A. _____ aufgrund der Ungewissheit über deren gesetzliche Erben einen Erbenaufwurf an und setzte den Notar des betreffenden Amtes als Erbschaftsverwalter ein.

A.d Im November 2000 stellte der Stiftungsbeistand fest, dass die Erblasserin über weiteres, aber un versteuertes Vermögen verfügte. Ende November 2000 informierte der Beistand das EDI darüber, dass die Strafbehörden auf ein im Steuerinventar nicht aufgeführtes Nummernkonto bei der Bank I. _____ gestossen seien, das auf B.A. _____ und/oder C. _____ lautete. Er wies daraufhin, dass C. _____ in der Zeit vom 28. Februar 2000 bis am 14. Juli 2000 bedeutende Beträge von diesem Konto abgehoben habe. Am 14. Dezember 2000 teilte der Beistand dem EDI mit, dass im Rahmen der Strafuntersuchung ein zweites auf B.A. _____ lautendes Konto bei der Bank J. _____ aufgetaucht sei. C. _____ verfüge über

eine Vollmacht. Am 24. Januar 2001 setzte der Beistand das EDI davon in Kenntnis, dass C. _____ geltend mache, an einem Teil des Schwarzgeldvermögens berechtigt zu sein. Auf dem I. _____-Konto befänden sich ca. 7 Mio. Fr. und auf demjenigen bei der Bank J. _____ ca. 16 Mio. Fr. Wie sich später ergab, hatte C. _____ bereits zu Lebzeiten von B.A. _____ hohe Beträge von den beiden Konten abgehoben.

A.e Mit Verfügung vom 6. Dezember 2001 ermächtigte das Bezirksgericht Zürich den Erbschaftsverwalter, das Nachlassvermögen an die Stiftung nach Ablauf der Rechtsmittelfrist herauszugeben und hob die Erbschaftsverwaltung entsprechend auf.

A.f Mit E-Mail vom 11. Dezember 2001 stellte der Beistand dem EDI den Entwurf einer Vereinbarung zwischen der Stiftung und C. _____ betreffend die Schwarzgeldkonten zu. Er ersuchte darum, den Entwurf zu prüfen und ihm so rasch wie möglich eine Rückmeldung zu geben. Die beim EDI mit der Sache befasste Person, ein Jurist mit Anwaltspatent, teilte dem Beistand mit E-Mail vom gleichen Tag mit, dass das EDI eine einvernehmliche Lösung begrüsse. Obschon das EDI Kenntnis von der Nachlassangelegenheit erhalten habe, hätten selbstverständlich nicht sämtliche diesbezüglichen Unterlagen eingesehen werden können. Das EDI gehe indessen davon aus, dass mit der getroffenen Regelung den Interessen der Stiftung optimal gedient sei. Entsprechend könne das EDI dem Abschluss einer diesbezüglichen Vereinbarung zustimmen unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass in Bezug auf den Nachlass von B.A. _____ keine Strafuntersuchungen mehr hängig seien und sämtliche Pflichten gegenüber Nachlass-, Steuer- und sonstigen Behörden eingehalten würden.

A.g Am 21. Dezember 2001 schloss der Beistand für die Stiftung die entsprechende Vereinbarung mit C. _____ ab. Die Parteien hielten darin fest, dass sämtliche Vermögenswerte auf dem ehemaligen J. _____-Schwarzgeldkonto (nachfolgend J. _____-Konto) zum Nachlass von B.A. _____ gehörten und im Eigentum der Stiftung als Alleinerbin stünden. Weiter kamen die Parteien überein, dass die Vermögenswerte auf dem ehemaligen I. _____-Schwarzgeldkonto (nachfolgend: I. _____-Konto) im Eigentum von C. _____ stehen würden. Sodann vereinbarten die Parteien für den Fall, dass für die genannten Vermögenswerte Nachsteuern anfallen sollten, diese im Verhältnis der auf den Konten befindlichen Guthaben zu übernehmen und die bei ihnen jeweils anfallenden Erbschafts- bzw. Schenkungssteuern selber zu tragen. Überdies wurde eine Saldoklausel

vereinbart, wonach die Parteien mit Vollzug der Vereinbarung per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche auseinandergesetzt seien.

B.

Im Verfahren betreffend die Stiftungsaufsichtsbeschwerden von D. _____ bestätigte das Bundesgericht mit Urteil 5A_274/2008 vom 19. Januar 2009 im zweiten Rechtsgang die definitive Abberufung von C. _____ und E. _____ aus dem Stiftungsrat. Die Beistandschaft wandelte es bis zur Ergänzung des Stiftungsrats in eine Sachwalterschaft um, die ebenfalls von H. _____ wahrgenommen wurde. Als schwerwiegende Verfehlungen wurden C. _____ insbesondere das wiederholte Selbstkontrahieren, das Gewähren grosser, teilweise ungesicherter Darlehen an Freunde bzw. für nicht unmittelbar mit dem Stiftungszweck zusammenhängende Projekte und die Beauftragung von Stiftungsangestellten mit privaten Verrichtungen zur Last gelegt. Er habe kaum zwischen privaten Angelegenheiten und Stiftungsbelangen getrennt.

Am 24. Juli 2009 wurden neben D. _____ vier zusätzliche Personen als Mitglieder des Stiftungsrats der Stiftung gewählt. Am 21. April 2010 wurde H. _____ als Sachwalter der Stiftung im Handelsregister gelöscht.

C.

Am 13. September 2010 machte die Stiftung, handelnd durch den neu zusammengesetzten Stiftungsrat, beim Eidgenössischen Finanzdepartement (EFD) Schadenersatzansprüche gegen den Bund geltend. Sie beantragte eine Entschädigung von Fr. 14'467'251.–, nebst Zins zu 5 % ab Datum der Eingabe (Schadenersatzbegehren 1) und eine Entschädigung von Fr. 708'489.– nebst Zins zu 5 % ab 1. Januar 2009 (Schadenersatzbegehren 2).

Das Schadenersatzbegehren 1 begründete die Stiftung damit, die Stiftungsaufsicht habe widerrechtlich gehandelt, indem sie dem Entwurf zur Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 zugestimmt habe, mit der C. _____ ohne Rechtsgrund ein Teil des der Stiftung zustehenden Vermögens zugewendet worden sei. Weiter habe es das EDI im Wissen darum, dass C. _____ vor und nach dem Tod von B.A. _____ Barbezüge in Millionenhöhe von den Schwarzgeldkonten getätigt habe, zugelassen, dass in der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 auf Rück- bzw. Schadenersatzforderungen gegenüber C. _____ verzichtet worden sei.

Das Schadenersatzbegehren 2 stand mit einer Regressforderung der Stiftung gegen C._____ im Zusammenhang, die darin gründete, dass die Stiftung teilweise für die von C._____ zu leistenden Schenkungssteuern in Anspruch genommen worden war. Nach Ansicht der Stiftung hatten das EDI und der Beistand zu Unrecht auf die Durchsetzung der Regressforderung verzichtet.

D.

Den abschlägigen Entscheid des EFD vom 14. Januar 2014 focht die Stiftung am 14. Februar 2014 beim Bundesverwaltungsgericht an, das die Beschwerde mit Urteil A-798/2014 vom 14. Oktober 2014 abwies. Dagegen gelangte die Stiftung an das Bundesgericht und beantragte, das Urteil sei aufzuheben, soweit es das Schadenersatzbegehren 1 betreffe, und dieses Begehren sei gutzuheissen. Das Schadenersatzbegehren 2 sei hingegen nicht mehr Gegenstand der Beschwerde, da die Forderung gegen C._____ weitgehend habe eingetrieben werden können. Mit Urteil 2C_1059/2014 vom 25. Mai 2016 hiess das Bundesgericht die Beschwerde gut und wies die Sache zur Fortführung des Verfahrens bzw. zur weiteren Ermittlung des für die Frage des Kausalzusammenhangs relevanten Sachverhalts an das Bundesverwaltungsgericht zurück.

E.

Mit Urteil A-3757/2016 vom 3. Mai 2017 hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vom 14. Februar 2014 teilweise gut und wies die Sache zur Neuurteilung im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz zurück. Es hielt zusammengefasst fest, dass der Bund für die Hälfte des Schadens der Stiftung hafte und das EFD die Höhe des Schadens noch zu ermitteln habe. Die hälftige Reduktion der Haftung des Bundes begründete es mit dem Selbstverschulden der Stiftung.

F.

Die gegen den Rückweisungsentscheid vom 3. Mai 2017 erhobenen Beschwerden des EFD und der Stiftung wies das Bundesgericht mit Urteil 2C_521/2017, 2C_534/2017 vom 10. November 2020 ab.

G.

Mit Verfügung vom 10. September 2021 wies das EFD das Schadenersatzbegehren der Stiftung vom 13. September 2010 erneut ab. Zur Begründung führte das EFD im Wesentlichen aus, die Schadensberechnung ergebe, dass kein vom Bund zu ersetzender Schaden bestehe.

H.

Mit Eingabe vom 13. Oktober 2021 erhebt die Stiftung (nachfolgend: Beschwerdeführerin) Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht mit dem Begehren, die Verfügung vom 10. September 2021 sei aufzuheben und das EFD bzw. die Eidgenossenschaft sei zu verpflichten, ihr als Schadenersatz Fr. 5'997'537.80 nebst Verzugszinsen zu 5% ab dem Datum des Schadenersatzbegehrens vom 13. September 2010 zu bezahlen. Die Verfahrenskosten seien den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen, und es seien keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

I.

Mit Vernehmlassung vom 20. Dezember 2021 beantragt die Vorinstanz die Abweisung der Beschwerde. Die Beschwerdeführerin verzichtete am 18. Januar 2022 auf Schlussbemerkungen.

Das Bundesverwaltungsgericht zieht in Erwägung:**1.**

Das Bundesverwaltungsgericht ist für die Beurteilung der Beschwerde zuständig (vgl. Art. 31 ff. des Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [VGG, SR 173.32] und Urteil des BVGer A-798/2014 vom 14. Oktober 2014 E. 1.1). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen geben, wie in den vorangegangenen Beschwerdeverfahren, ebenfalls zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten.

2.

2.1 Das Bundesverwaltungsgericht überprüft die angefochtene Verfügung auf Rechtsverletzungen – einschliesslich unrichtiger oder unvollständiger Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts und Rechtsfehler bei der Ausübung des Ermessens – und auf Angemessenheit hin (vgl. Art. 49 des Verwaltungsverfahrensgesetzes [VwVG, SR 172.021]).

2.2 Im Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht gilt der Untersuchungsgrundsatz; das Gericht stellt den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest (vgl. Art. 12 VwVG). Die Parteien tragen, anders als im Zivilprozess, keine (subjektive) Beweisführungslast. Sie haben an der Feststellung des Sachverhalts aber mitzuwirken, wenn sie – wie vorliegend – ein Verfahren durch ein Begehren einleiten (Art. 13 Abs. 1 Bst. a VwVG). Der Untersuchungsgrundsatz ändert nichts an der Verteilung der objektiven

Beweislast, d.h. an der Regelung der Folgen der Beweislosigkeit. Diesbezüglich gilt auch im öffentlichen Recht der allgemeine Rechtsgrundsatz, wonach jene Partei für das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache beweislaster ist, die aus ihr Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB). Bleibt ein Sachverhalt unbewiesen, fällt der Entscheid zu Ungunsten der Partei aus, die dafür die Beweislast trägt (für die Staatshaftung Urteile des BVGer A-7515/2015 vom 4. Januar 2017 E. 3 und A-5172/2014 vom 8. Januar 2016 E. 3; vgl. MOSER/BEUSCH/KNEUBÜHLER/KAYSER, Prozessieren vor dem Bundesverwaltungsgericht, 3. Aufl. 2022, Rz. 3.149 mit Hinweisen).

3.

3.1 Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner amtlichen Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund gemäss Art. 3 Abs. 1 VG ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. Daraus ergeben sich die folgenden Voraussetzungen für eine Schadenersatzpflicht des Bundes: Ein quantifizierter Schaden, das Verhalten (Tun oder Unterlassen) eines Bundesbeamten in Ausübung einer amtlichen Tätigkeit, ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen diesem Verhalten und dem Schaden sowie die Widerrechtlichkeit des Verhaltens (statt vieler BVGE 2010/4 E. 3; Urteil des BVGer A-3613/2016 vom 8. März 2018 E. 3.1).

3.2 Im zweiten Rechtsgang hat das Bundesverwaltungsgericht die Sache mit Urteil vom 3. Mai 2017 (A-3757/2016) zur Ermittlung des Schadens an die Vorinstanz zurückgewiesen und das Bundesgericht hat den Rückweisungsentscheid am 10. November 2020 (Urteil 2C_521/2017, 2C_534/2017) im Ergebnis bestätigt. Die Vorinstanz und das Bundesverwaltungsgericht sind beim neuen Entscheid an die Erwägungen, die zur Rückweisung geführt haben, und an die übrigen Erwägungen gebunden. Punkte, in denen keine Rückweisung erfolgt war, können grundsätzlich nicht mehr beanstandet werden (vgl. BVGE 2016/13 E. 1.3.4; Urteile des BVGer A-1496/2019 vom 16. Juli 2021 E. 7.4 und A-5705/2018 vom 6. Februar 2020 E. 1.4.2). Mit dem Bundesgerichtsurteil vom 10. November 2020 steht verbindlich fest, dass sich das EDI (Stiftungsaufsichtsbehörde) widerrechtlich verhielt, indem es der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001, mit der die Beschwerdeführerin C._____ das I._____ -Konto überliess bzw. auf Ansprüche gegen C._____ verzichtete, zustimmte (E. 6). Die Aufsichtsbehörde hätte erkennen müssen, dass die Gefahr einer Zweckentfremdung des Stiftungsvermögens bzw. einer Verletzung des Stiftungszwecks offenkundig ist, wenn die Stiftung als Alleinerbin der Stifterin erhebliche finanzielle Mittel aus der Erbschaft kampfflos einem Dritten

überlässt, der darauf Anspruch erhebt. Das J. _____-Konto stand von vornherein nur der der Beschwerdeführerin zu und C. _____ hatte darauf keinen Anspruch; es gab kein Prozessrisiko. Es bestand deshalb kein Grund, ihm das I. _____-Konto ohne Weiteres zu überlassen (E. 6.4 f.). Weiter hätte der Beistand die Vereinbarung nicht zu Lasten der Beschwerdeführerin unterzeichnet, wenn die Aufsichtsbehörde nicht zugestimmt hätte, womit aus der Vereinbarung kein Schaden entstanden wäre (E. 4.2, E. 6.4 f. und E. 7.4). Ebenso ist entschieden, dass der Kausalzusammenhang durch das Handeln des Beistands als Stiftungsorgan nicht unterbrochen wurde, die Ersatzpflicht des Bundes für das Verhalten des EDI aber wegen des Selbstverschuldens der Stiftung gestützt auf Art. 4 VG um die Hälfte zu ermässigen ist. Es steht damit fest, dass die Haftungsquote des Bundes 50% beträgt (E. 4.2, E. 7). Eine Verwirkung allfälliger Ansprüche ist zudem nicht eingetreten (E. 5).

4.

Zu bestimmen bleibt der Schaden, den der Bund der Beschwerdeführerin zu ersetzen hat.

4.1 Der Rechtsbegriff des Schadens stimmt grundsätzlich mit demjenigen des Privatrechts überein. Nach konstanter Rechtsprechung gilt als Schaden die ungewollte Verminderung des Vermögens. Der Schaden, für den Ersatz verlangt werden kann, besteht auch im öffentlichen Verantwortlichkeitsrecht in der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Stand des Vermögens und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis erreicht hätte (statt vieler Urteil des BGer 2C_357/2016 vom 12. Juni 2017 E. 2.2 mit Hinweisen; für das Zivilrecht BGE 132 III 359 E. 4). Er kann grundsätzlich in einer Verminderung der Aktiven, einer Vermehrung der Passiven, oder in entgangenem Gewinn bestehen (Urteil des BVer A-1432/2011 vom 1. September 2011 E. 5; aus der privatrechtlichen Rechtsprechung BGE 145 III 225 E. 4.1.1, BGE 129 III 331 E. 2.1, BGE 128 III 22 E. 2e/aa).

4.2 Im Haftpflichtrecht ist das Bereicherungsverbot als allgemeines Prinzip anerkannt. Das Bereicherungsverbot schliesst es aus, der geschädigten Person eine Entschädigung zuzugestehen, die den durch das schädigende Ereignis erlittenen Schaden übersteigt. Insbesondere soll eine Überentschädigung vermieden werden. Eine Überentschädigung liegt vor, wenn derselben Person verschiedene schadenausgleichende Leistungen für das gleiche Schadensereignis ausgerichtet werden und die Summe der Leistungen den Schaden übersteigt (vgl. BGE 145 III 225 E. 4.1.1, BGE 132 III

321 E. 2.2; BGE 131 III 12 E. 7.1). Das Übererschadigungsverbot ist auch im Verhältnis zwischen privatrechtlichen Haftungsgrundlagen und Staatshaftung bei einer Mehrzahl von Ersatzpflichtigen zu beachten. Ein verwaltungsrechtliches Gesuch um Schadenersatz ist abzuweisen, wenn die geschädigte Person im Zivilverfahren für dieselbe Vermögenseinbusse vollen Ersatz erhalten hat, da im Verhältnis zwischen ihr und dem belangten Staat kein zu ersetzender Schaden mehr besteht (vgl. JÖRG SCHWARZ, Probleme bei mehreren Ersatzpflichtigen [Staat und Private], in: Rüttsche/Fellmann, Aktuelle Fragen des Staatshaftungsrecht, 2014, S. 167, 169, 171).

Aus der Differenztheorie und dem Bereicherungsverbot folgt zudem, dass die geschädigte Person sich finanzielle Vorteile, die auf das schädigende Ereignis zurückzuführen sind, anrechnen lassen muss (Grundsatz der Vorteilsanrechnung; vgl. Urteil des BGer 5A_388/2018 vom 3. April 2019 E. 6.2.1; Urteil des BVGer A-7005/2018 vom 27. November 2019 E. 6.2.2; FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 2012, Rz. 74, Rz. 1388).

4.3

4.3.1 Aufgrund des Bereicherungsverbots unstrittig zu berücksichtigen ist das abgeschlossene Zivilverfahren, in dem die Beschwerdeführerin am 26. August 2011 gegen C._____ und den ehemaligen Beistand der Stiftung, Rechtsanwalt H._____, ebenfalls auf Ersatz des aus der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 entstandenen Schadens klagte. Den klageabweisenden Entscheid des Bezirksgerichts Zürich vom 21. Februar 2014 hob das Obergericht Zürich mit Urteil vom 19. September 2014 teilweise auf und wies die Sache in Bezug auf die Klage gegen H._____ an das Bezirksgericht zurück. Die Abweisung der Klage gegen C._____ bestätigte das Obergericht hingegen. Mit Urteil vom 12. Juni 2018 hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage der Beschwerdeführerin teilweise gut. Es verurteilte H._____, gestützt auf den (per 1. Januar 2013 aufgehobenen) Art. 426 altZGB, zur Leistung von Schadenersatz in der Höhe von Fr. 11'997'537.80 zuzüglich Zins von 5% ab 5. Mai 2011. Dieser erhob Berufung beim Obergericht Zürich. Daraufhin fanden Vergleichsverhandlungen statt. Die Beschwerdeführerin und H._____ sowie dessen Haftpflichtversicherung einigten sich hinsichtlich der eingeklagten Forderung in einem aussergerichtlichen Vergleich auf eine Vergleichssumme von Fr. 6'000'000.– sowie einen Anteil an den darauf entfallenen Zinsen. Das Obergericht Zürich schrieb das Verfahren mit Beschluss vom 3. Juni 2019 auf Gesuch hin ab.

4.3.2 Die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz gehen übereinstimmend davon aus, dass die zivilrechtliche Vergleichssumme von Fr. 6'000'000.– aufgrund des Bereicherungsverbots von dem im Staatshaftungsverfahren zu ersetzenden Schadensbetrag abzuziehen ist. Streitig ist jedoch, von welcher Gesamtschadenshöhe die Vergleichssumme in Abzug zu bringen ist. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin beträgt der Schaden insgesamt Fr. 11'997'537.80, weshalb der Bund für den verlangten Betrag von Fr. 5'997'537.80, d.h. die Differenz zwischen dem Gesamtschaden und der Teilzahlung des ehemaligen Beistands, hafte. Dagegen geht die Vorinstanz von einem Gesamtschaden von Fr. 4'599'417.80 aus, womit abzüglich der erhaltenen Summe von Fr. 6'000'000.– kein vom Bund zu ersetzender Schaden mehr verbleibe.

Jedenfalls dürfen, wie die Beschwerdeführerin zutreffend ausführt, die Vergleichssumme von Fr. 6'000'000.– und die grundsätzlich zu Lasten des Bundes fallende Hälfte des Gesamtschadens – zusammengezählt – die Höhe des Gesamtschadens nicht übersteigen. Ist dies der Fall, muss der dem Bund zu belastende Schadensbetrag zur Wahrung des Bereicherungsverbots entsprechend reduziert werden.

4.4 Bei der nachfolgend zu prüfenden Schadensermittlung kommen grundsätzlich folgende Schadenspositionen in Frage:

- Das Guthaben des I. _____-Kontos, das C. _____ gestützt auf die Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 zugewendet wurde
- Die Beträge, die C. _____ – zu Lebzeiten von B.A. _____ – vom J. _____-Konto und vom I. _____-Konto bezog und auf deren Rückforderung mit Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 (Saldoklausel) verzichtet wurde
- Die Beträge, die C. _____ – nach dem Tod von B.A. _____ – von den genannten Konten bezog und auf deren Rückforderung mit Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 verzichtet wurde

Im Rückweisungsentscheid vom 3. Mai 2017 (A-3757/2016) hat das Bundesverwaltungsgericht in Bezug auf die Zuwendung des I. _____-Kontos an C. _____ erwogen, der Schaden sei auf die darauf liegenden Vermögenswerte beschränkt (E. 9.2.2). Der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung gebiete es, widersprüchliche Entscheide zu vermeiden. Sofern keine besonderen Gründe dagegen sprächen, sei auf die Beurteilung durch das Obergericht Zürich abzustellen, wonach diese Vermögenswerte der

Stiftung zustünden (E. 9.2.4). Vom Kontobetrag seien Nachsteuern abziehen sowie weitere Bezüge und Kursverluste (E. 9.2.5). Weiter werde das EFD zu prüfen haben, ob die Beschwerdeführerin die Bezüge von C._____ vom I._____ - und vom J._____ -Konto hätte zurückfordern können, wenn sie darauf nicht mit der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 bzw. der darin enthaltenen Saldoklausel verzichte hätte. Dies sei unter Bezugnahme auf die vom Obergericht angenommene rechtliche und tatsächliche Ausgangslage zu prüfen, sofern nicht im Einzelnen Abweichungen begründet werden könnten. Wie das Obergericht ausführe, stelle sich zudem die Frage, ob bzw. in welchem Umfang eine gerichtlich anerkannte Forderung einbringlich gewesen wäre bzw. hätte vollstreckt werden können (E. 9.3.1-9.3.5). Überdies seien allfällige Nachsteuern abzuziehen, die dadurch zusätzlich angefallen wären (E. 9.3.5). Zuzufolge der Rückweisung der Sache an das Bezirksgericht Zürich, dränge es sich zur Vermeidung widersprüchlicher Entscheide auf, dessen Urteil beizuziehen (E. 9.4).

4.5

4.5.1 Unstrittig ist, dass der Saldo des C._____ übertragenen I._____ -Kontos an den Schaden anzurechnen ist, weil das Konto der Beschwerdeführerin als Alleinerbin der Stifterin B.A._____ zugestanden hätte und es mit der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 C._____ ohne vorbestehenden Rechtsgrund überlassen wurde. Insbesondere erachtet es die Vorinstanz mit Hinweis auf die Erwägungen des Obergerichts Zürich im Urteil vom 19. September 2014 als erwiesen, dass das I._____ -Konto C._____ nicht aufgrund einer zu Lebzeiten erfolgten Schenkung von B.A._____ zustand.

Anders als im vorangehenden Rechtsgang besteht Einigkeit, dass nicht auf den Wert des I._____ -Kontos per Todestag von B.A._____ (Fr. 7'936'438.05) abzustellen ist. Die Beschwerdeführerin hätte erst auf das Konto zugreifen können, nachdem die Erbschaftsverwaltung aufgehoben und ihr am 2. Oktober 2002 die Erbescheinigung ausgestellt worden war. Beide Parteien erachten daher das Guthaben im Zeitpunkt der tatsächlichen Übertragung an C._____ am 15. November 2002 als massgebend und führen in ihren Schadensberechnungen den Betrag von Fr. 5'535'172.– auf. Diesen hat auch das Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 12. Juni 2018 als Schadensposition anerkannt.

Zudem räumt die Beschwerdeführerin ein, dass die Wertverminderung des auf dem I._____ -Konto verbliebenen Guthabens, die zwischen dem Tod

von B.A. _____ und der Übertragung an C. _____ erfolgte, auf Kursverluste zurückzuführen sei. Sie könne nicht Teil des Schadens sein, weil die Verluste auch im Fall der Übertragung des Guthabens in das Stiftungsvermögen eingetreten wäre. Die Beschwerdeführerin macht diese Wertverminderung daher nicht mehr als Schaden geltend.

4.5.2 Nicht streitig ist zudem, in welchem Umfang sich der zu ermittelnde Schadensbetrag aufgrund der Nachsteuern und weiteren Steuern reduziert, die nach dem Tod von B.A. _____ für deren nicht deklarierte Schwarzgeldkonten angefallen sind. Es geht dabei um die im Nachsteuerungsverfahren für die Jahre 1993 bis 1998 veranlagten Steuern von Fr. 2'614'042.40 und die Steuern des Jahres 1999 (direkte Bundessteuer von Fr. 61'164.75 sowie Staats- und Gemeindesteuern von Fr. 76'478.75). Davon hat C. _____ einen Anteil von insgesamt Fr. 935'754.20 (34.01%) übernommen, den er und die Beschwerdeführerin im Verhältnis der Vermögensaufteilung vom 21. Dezember 2001 (Ziff. 5.1) nach Massgabe der Kontostände per Todestag von B.A. _____ festgesetzt hatten. Diesen Teil der (Nach-)Steuern hätte die Beschwerdeführerin (wie ihren eigenen Anteil von 65.99%) selbst tragen müssen, wäre C. _____ nicht das ihr zustehende I. _____-Konto mit Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 überlassen worden. Der Betrag von Fr. 935'754.20 ist daher nach dem Grundsatz der Vorteilsanrechnung (E. 4.2) vom Schaden der Beschwerdeführerin zu subtrahieren, was nach den übereinstimmenden Ausführungen der Beteiligten unabhängig von den noch zu prüfenden Schadenspositionen der Fall ist. Die Beschwerdeführerin hat den Betrag bereits im Schadenersatzgesuch von der geltend gemachten Forderung abgezogen.

4.5.3 Als Zwischenergebnis resultiert ein Schaden von Fr. 4'599'417.80.

4.6 Streitig bleibt hingegen, ob die Barbezüge an den Schaden anzurechnen sind, die C. _____ ab dem J. _____ - und dem I. _____-Konto zwischen April 1998 und September 2000 regelmässig vornahm und auf deren Rückerstattung die Beschwerdeführerin mit Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 verzichtete. Die 55 Bezüge sind in meist sechsstelliger Höhe innerhalb eines Zeitraums von 29 Monaten erfolgt. Sie sind in der Beilage 28 zum Schadenersatzgesuch aufgelistet, in den Akten belegt und unbestritten. Zusammengezählt ergeben sie die folgenden, wiederum unstrittigen Beträge von gesamthaft Fr. 7'398'120.—.

	Vor dem Tod der Stifterin	Nach dem Tod der Stifterin
Bezüge ab J.__-Konto	Fr. 3'021'200.–	Fr. 1'756'920.–
Bezüge ab I.__-Konto	Fr. 1'980'000.–	Fr. 640'000.–
Bezüge insgesamt	Fr. 5'001'200.–	Fr. 2'396'920.–

Die Schadensberechnungen der Beschwerdeführerin und der Vorinstanz unterscheiden sich darin, dass erstere die Kontenbezüge umfassend als Schaden berücksichtigt, während letztere dies vollumfänglich ablehnt.

5.

Zu prüfende Streitfrage ist, ob mit dem Verzicht auf Ansprüche gegen C._____ eine Verminderung von Aktiven der Beschwerdeführerin durch Verlust von Forderungen auf Rückerstattung der Barbezüge eingetreten ist. Es ist zu beurteilen, ob diese Forderungen im Zeitpunkt des Verzichts tatsächlich bestanden bzw. gerichtlich durchsetzbar waren (E. 5.4 ff.) und wie es sich mit der Einbringlichkeit der Forderungen verhält (E. 6).

5.1 Die Vorinstanz unterscheidet dabei zwischen den Kontenbezügen vor und denjenigen nach dem Tod von B.A._____.

5.1.1 Die zu Lebzeiten von B.A._____ bezogenen Beträge scheiden nach Ansicht der Vorinstanz bereits deshalb als Schadensposten aus, weil die Bezüge nicht ohne Rechtsgrund erfolgt seien und die Beschwerdeführerin daher keinen durchsetzbaren Anspruch auf Rückerstattung gehabt hätte. Bei der Prüfung, ob sie diese von C._____ hätte herausverlangen können, sei auf die Prozessaussichten in einem allfälligen (hypothetischen) Rückforderungsprozess der Beschwerdeführerin gegen C._____ abzustellen. Diese seien aufgrund der Rechts- und Sachlage im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 zu beurteilen. Zwischen C._____ und B.A._____ habe eine einfache Gesellschaft (Art. 530 ff. OR) bestanden, wenngleich die Zivilgerichte dies erstaunlicherweise nie geprüft hätten. Am I._____-Konto sei C._____ im Sinne eines Gemeinschaftskontos mitberechtigt gewesen und für das J._____-Konto habe er über eine Vollmacht verfügt. Das Verhältnis von B.A._____ und C._____ sei von einem grossen gegenseitigen Vertrauen geprägt gewesen. Sie hätten mit gemeinsamen Mitteln den gemeinsamen Zweck verfolgt, das Schloss U._____, in dem C._____ während vieler Jahre

gewohnt und die von B.A._____ gegründete Stiftung ihren Sitz gehabt habe, bestmöglich zu unterhalten und den Stiftungszweck zu unterstützen. B.A._____ habe das Schwarzgeld und C._____ in erster Linie seine Arbeitsleistung beigetragen. Die Barbezüge hätten dem Gesellschaftszweck entsprochen. Folglich seien sie nach den Regeln über die Liquidation der einfachen Gesellschaft nicht zurückzuerstatten gewesen. Die Beweislast dafür, dass die Beträge nicht im Sinne des Gesellschaftszwecks und ohne Einverständnis von B.A._____ abgehoben bzw. verwendet worden seien, hätte im Rückforderungsprozess die Beschwerdeführerin (als Klägerin) getroffen, der dieser Nachweis kaum gelungen wäre. Sie hätte die Bezüge zu Lebzeiten von B.A._____ von C._____ somit nicht zurückfordern können, weshalb sie nicht Teil des Schadens seien.

5.1.2 Mit dieser Begründung weicht die Vorinstanz von der Betrachtungsweise der Zivilgerichte im Schadenersatzprozess der Beschwerdeführerin gegen den ehemaligen Beistand und C._____ ab. Im Zivilverfahren war strittig, ob C._____ die Barbezüge vor dem Tod von B.A._____ in deren Auftrag vorgenommen bzw. verwendet hatte und wer die Beweislast für das Auftragsverhältnis in einem allfälligen Rückforderungsprozess der Beschwerdeführerin gegen C._____ getragen hätte. Der ehemalige Beistand und C._____ gaben an, letzterer habe B.A._____ die Gelder auftragsgemäss wegen ihrer angeschlagenen Gesundheit, die den Gang zur Bank verunmöglicht habe, als Bote persönlich überbracht. Einen Teil habe sie im Altersheim versteckt und für Schenkungen an nahestehende Personen verwendet, einen anderen Teil C._____ zur Verschönerung des Schlosses ausgehändigt. Das Obergericht mit Rückweisungsentscheid vom 19. September 2014 und das Bezirksgericht Zürich mit Urteil vom 12. Juni 2018 schlossen darauf, dass die für die Prozessaussichten bzw. die Durchsetzbarkeit des Anspruchs ausschlaggebende Beweislast für die Auftragserteilung bei C._____ gelegen wäre und er Aufträge mutmasslich nicht hätte beweisen können.

Im Wesentlichen führten die Zivilgerichte zur Beweislast Folgendes aus: Dass C._____ Bezüge von den Konten tätigte, sei unbestritten. Grundsätzlich sei die Gläubigerin nach den Beweislastregeln zum Bereicherungsrecht beweisbelastet für den fehlenden Rechtsgrund des Eingriffs in den ihr zustehenden Vermögensbereich. Gemäss Art. 8 ZGB hätte die Beschwerdeführerin grundsätzlich beweisen müssen, dass dem Schuldner C._____ von B.A._____ kein Auftrag erteilt worden sei. Es handle sich um eine negative Tatsache, die nicht per se zu einer Umkehr der Beweislast führe, zumal negative Tatsachen mittels positiver Sachumstände

indirekt bestätigt und bewiesen werden könnten. Doch fänden sich in der vorliegenden Konstellation keine positiven Sachumstände, anhand derer die Beschwerdeführerin hätte nachweisen können, dass C._____ während einiger Jahre Geld ohne erteilten Auftrag verwendet habe. Für diesen Fall sei mit Blick auf die Mehrheit der Lehrmeinungen von einer Beweislastumkehr auszugehen. Diese sei zumutbar, da ein Beauftragter nach Art. 400 Abs. 1 OR über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen habe und dem relevanten Geschehen daher deutlich näherstehe als eine aussenstehende Dritte wie die Beschwerdeführerin, die den Rechtsgrund für unstrittige Bezüge eines angeblich Beauftragten beweisen müsste. Somit wäre laut den Zivilgerichten C._____ im Rückforderungsprozess beweisbelastet dafür gewesen, dass er das Vermögen auftragsgemäss verwendet und sich nicht bereichert habe.

5.1.3 Die *nach dem Tod* von B.A._____ erfolgten Barbezüge ab beiden Konten erkennt die Vorinstanz grundsätzlich als Schadensposition an und führt keinen die Rückforderung ausschliessenden Rechtsgrund an. Die Anrechnung an den Schaden lehnt sie jedoch ab, weil der Nachweis fehle, dass die Forderung der Beschwerdeführerin auf Rückerstattung der Bezüge hätte vollstreckt werden könne bzw. C._____ in der Lage gewesen wäre, das Geld zurückzubezahlen. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass dieses bei C._____ noch vorhanden gewesen wäre. Gestützt auf Art. 8 ZGB trage die Beschwerdeführerin die Beweislast für die Einbringlichkeit der Forderung. Der Bund sei nicht für das Gegenteil beweisbelastet; er trete im Staatshaftungsverfahren nicht an die Stelle von C._____, der in einem allfälligen Zivilverfahren seine Zahlungsunfähigkeit wohl hätte belegen müssen.

5.2 Die Beschwerdeführerin trägt im Wesentlichen vor, mit der Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses suche die Vorinstanz nach langer Verfahrensdauer und zwei Prozessumgängen Zuflucht in einer vollkommen neuen Theorie. Die argumentative Kehrtwende laufe auf einen teilweise neuen Prozess mit anderen Sachverhaltsgrundlagen hinaus. Keiner der beteiligten Akteure sei im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 oder später von einer einfachen Gesellschaft ausgegangen. Die Vorinstanz handle diese Frage lediglich in theoretischer Hinsicht ab, vermöge jedoch keine belegten Tatsachen darzulegen, die den Schluss auf ein Gesellschaftsverhältnis zuliessen. Das offenkundige Ziel von C._____ sei die persönliche Bereicherung gewesen, was nicht im Sinne von B.A._____ gewesen sein könne. Sie habe in den Jahren 1998 und 1999 unstrittig im Altersheim U._____ gewohnt, sei bettlägerig

gewesen und habe aus gesundheitlichen Gründen keine physischen Kontakte zur Aussenwelt mehr unterhalten. Es sei davon auszugehen, dass sie über das Vorgehen von C._____ nicht informiert und ahnungslos gewesen sei. Die Bezüge seien auch nach dem Tod von B.A._____, als kein Gesellschaftsverhältnis mehr bestanden haben könne, genauso weitergegangen. Wenn C._____ das Eigentum an den Konten nach dem Ableben von B.A._____ missachtet habe, so liege nahe, dass er sich schon zuvor um das fremde Eigentum foutiert habe. Unabhängig davon, ob ein Auftrags- oder neu ein Gesellschaftsverhältnis vorliege, bleibe die Zuteilung der Beweislast dieselbe; sie hätte C._____ getroffen. Er sei der einzige beteiligte Akteur im Zusammenhang mit den Bezügen und deren anschließenden Verwendung gewesen. Als geschädigte Stiftung sei sie in keiner Weise in diese Vorgänge involviert gewesen, weshalb ihr die Beweislast nicht aufgebürdet werden könne.

Des Weiteren seien die Stiftungsaufsicht bzw. der Beistand, die Kenntnis von den Kontenbezügen gehabt hätten, aber rechtliche Schritte gegen C._____ unterlassen und auf Rückforderungen verzichtet hätten, nicht legitimiert, die Einbringlichkeit in Frage zu stellen. Diese wäre nur relevant, wenn die damaligen Akteure den Klage- bzw. Betreuungsweg effektiv beschritten hätten. Wer auf Forderungen verzichte, könne nicht nachher argumentieren, dass nichts Zählbares herausgekommen wäre. Zudem übersehe die Vorinstanz, dass das J._____ -Konto unstrittig im Zeitpunkt des Todes von B.A._____ zufolge Universalsukzession (Art. 560 ZGB) in ihr Eigentum als Alleinerbin übergegangen sei. Die Stiftungsaufsicht und der ehemalige Beistand der Stiftung hätten daher bereits nach der Entdeckung der Schwarzgeldkonten und Bezüge im November / Dezember 2000 handeln und sämtliche Bezüge ab dem J._____ -Konto im Gesamtbetrag von Fr. 4'778'120.– von C._____ zurückfordern müssen. Dieser hätte die Beweislast dafür getragen, dass das Geld rechtmässig verbraucht worden sei. Es sei ausserhalb jedes vernünftigen Vorstellungsvermögens, dass die Kontenbezüge von insgesamt rund 7,4 Mio. Fr. innert zwei Jahren gleichsam im Sand versickert seien.

5.3 Zentral für die Schadensberechnung ist, dass das widerrechtliche Verhalten der Stiftungsaufsicht, wie das Bundesgericht verbindlich erwog, in der (aktiven) Zustimmung zur Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 – und nicht in einem zuvor erfolgten Unterlassen – besteht (Urteil 2C_521/2017, 2C_534/2017 E. 6.6). Nur für den Schaden, der Folge der Zustimmung bzw. der Vereinbarung ist, fällt Ersatz in Betracht (vgl. OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, § 2 Rz. 25). Zu

ermitteln ist daher der Schaden, der durch den im Dezember 2001 erfolgten Verzicht auf die Rückforderung der Kontenbezüge entstand, und nicht, wie die Beschwerdeführerin argumentiert, derjenige, der durch Rechts-handlungen im Jahr zuvor hätte verhindert werden können.

5.4 Für die Bezüge *vor dem Tod* von B.A._____ ist zu beurteilen, ob die Beschwerdeführerin mit Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 auf gerichtlich durchsetzbare Rückerstattungsforderungen gegenüber C._____ verzichtet hat. Nur wenn dies im Zeitpunkt der Vereinbarung der Fall war, trat durch deren Abschluss ein Schaden durch eine Verminderung von Aktiven ein. Strittig ist dabei einzig, ob zwischen B.A._____ und C._____ ein Rechtsverhältnis bestand, das die Rückerstattung ausschloss.

5.4.1 Nicht zu beanstanden ist, dass die Vorinstanz – wie die Zivilgerichte im privatrechtlichen Schadenersatzprozess (E. 5.1.2) – auf die Prozessaussichten der Beschwerdeführerin in einem hypothetischen Zivilverfahren gegen C._____ bzw. darauf abgestellt hat, ob dieser gerichtlich zur Rückzahlung an die Beschwerdeführerin verpflichtet worden wäre. Die zu beurteilende Konstellation ist in dieser Hinsicht vergleichbar mit Haftungsfällen, in denen als Schaden ein zufolge widerrechtlichen Verhaltens entgangener Klageerfolg geltend gemacht wird. Schadenersatz fällt in Betracht, wenn die gebotene Rechtsvorkehr (z.B. die Geltendmachung von Ansprüchen) gemessen am erforderlichen Beweismass zum gewünschten Prozessergebnis geführt hätte (vgl. Urteile des BGer 4A_329/2022 vom 23. September 2022 E. 4.3.2, 4A_659/2018 vom 15. Juli 2019 E. 3.1.3; BGE 87 II 364 E. 2; FRIDOLIN HUNOLD, Staatshaftung für judikatives Unrecht, 2013 [nachfolgend: Staatshaftung], Rz. 133 f. mit Hinweisen). Bei hypothetischen Kausalüberlegungen (wie denjenigen zum präsumtiven Verfahrensausgang) genügt nach der Praxis der Nachweis der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. Urteile des BGer 4A_204/2017 vom 29. August 2017 E. 5, 4C.225/2000 vom 8. März 2001 E. 2a).

5.4.2 Eine einfache Gesellschaft ist nach Art. 530 Abs. 1 OR die vertragsmässige Verbindung von zwei oder mehreren Personen zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes mit gemeinsamen Kräften oder Mitteln. Sie unterscheidet sich durch den gemeinsamen Zweck bzw. ein gemeinsames Hauptinteresse von den synallagmatischen bzw. zweiseitigen Austauschverträgen (statt vieler Urteil des BGer 4A_526/2018 vom 4. April 2019 E. 3.5.1). Dass ein Gesellschaftsverhältnis zwischen B.A._____ und C._____ die Rückforderung der Kontenbezüge mutmasslich verhindert hätte, lässt sich, anders als die Vorinstanz ausführt, nicht auf den

vorliegenden Sachverhalt stützen. Weder im aufwändigen Zivilverfahren noch bislang im Staatshaftungsverfahren haben die Verfahrensbeteiligten das Vorliegen einer Gesellschaft bzw. eines gemeinsamen Zwecks behauptet. Es erscheint daher unwahrscheinlich, dass C._____ dies in einem Rückforderungsprozess getan und das angerufene Gericht diese Frage im von der Verhandlungsmaxime geprägten Zivilprozess geprüft hätte. Von vornherein kein gemeinsamer Zweck wäre darin erkennbar, dass C._____ einen Teil der Barbezüge als Bote B.A._____ überbracht und sie diese ihr nahestehenden Personen geschenkt haben soll, wie er im zivilrechtlichen Schadenersatzprozess behauptet hat. Dieser Verwendungszweck hätte im einseitigen Interesse von B.A._____ gelegen. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht einwendet, fehlt es an konkreten Anhaltspunkten und Belegen für einen gemeinsam verfolgten Zweck bzw. dafür, dass C._____ das abgehobene Geld – wie erwähnt regelmässige Bezüge in sechsstelliger Höhe – für Investitionen in das Schloss U._____ im Sinne eines von B.A._____ ebenfalls verfolgten Ziels verwendete. Unstrittig ist zwar, dass B.A._____ das Gedeihen ihrer Stiftung am Herzen lag, und denkbar ist, dass sie an Verschönerungen des Schlosses aufgrund des darin befindlichen Stiftungssitzes ein gewisses Interesse hatte. Doch leuchtet nicht unmittelbar ein, dass B.A._____ Investitionen in der genannten Höhe und kurzen zeitlichen Abfolge in das Schloss statt in den von ihr primär bestimmten Stiftungs- bzw. Wohltätigkeitszweck anstrebte, zumal das Schloss unstrittig im Eigentum der Stiftung F._____ stand. Für einen Teil der Kontenbezüge enthalten die bankinternen Detailunterlagen der Bank J._____ explizit Vermerke zum Verwendungszweck des jeweils in einem Sitzungszimmer übergebenen Geldes. Für mehrere Bezüge in sechsstelliger Höhe wurde damals seitens der Bank notiert, der Kunde habe diese für private bzw. persönliche Zwecke bezogen, was sich keinesfalls mit einem gemeinsamen Gesellschaftszweck vereinbaren lässt.

Eine Gesellschaft ergibt sich zudem nicht daraus, dass B.A._____ und C._____ unstrittig ein Vertrauensverhältnis verband und sie ihm die Verfügungsmacht über ihre Vermögenswerte auf den beiden betroffenen Konten (Gemeinschaftskonto bei der Bank I._____ und Vollmacht für das J._____ -Konto) einräumte. Mit den Zivilgerichten ist zum einen zu erwähnen, dass ein Gemeinschaftskonto, das eine Solidargläubigerschaft gegenüber der Bank begründet (Art. 150 OR), nicht auf ein (bestimmtes) Rechtsverhältnis der Kontoinhaber untereinander schliessen lässt (BGE 148 III 115 E. 5) und eine Bevollmächtigung ein selbstständiges, von einem Grundverhältnis losgelöstes Rechtsgeschäft darstellt (statt vieler ROLF WATTER, in: Basler Kommentar OR I, 7. Aufl. 2020, Art. 33 Rz. 8; BGE 78

II 369 E. 2). Zum anderen folgt daraus, dass B.A._____ C._____ Zugang zu den Konten gewährte und Vertrauen bestand, nicht zugleich, dass C._____ unbeschränkt bzw. mit derart hohen Bezügen in kurzer Zeit über das unstrittig im Eigentum von B.A._____ stehende Vermögen verfügen durfte. Ebenso wie Belege dafür fehlen, wie C._____ das abgehobene Geld verwendet bzw. investiert hat, fehlen Hinweise darauf, dass dies auch im Interesse von B.A._____ geschehen ist.

Insgesamt ist sehr unwahrscheinlich bzw. fällt die Möglichkeit nicht massgeblich in Betracht, dass das im (hypothetischen) Rückforderungsprozess angerufene Gericht eine Klage der Beschwerdeführerin auf Rückerstattung der Beträge aufgrund eines Gesellschaftsverhältnisses abgewiesen hätte.

5.5

5.5.1 Als Eventualbegründung erwog die Vorinstanz, selbst wenn kein Gesellschaftsverhältnis zwischen B.A._____ und C._____ bestanden hätte, d.h. die Barbezüge mit den Zivilgerichten nach den Regeln über den Auftrag zu beurteilen wären, könne deren Ausführungen zur Beweislast nicht gefolgt werden. Gestützt auf die Lehrmeinung von HANS PETER WALTER (Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2012, Art. 8 Rz. 342 und 353) sei eine Umkehr der Beweislast auch bei unbestimmten negativen Tatsachen abzulehnen, um Rechtsunsicherheit und kasuelle Entscheidungen zu vermeiden. Stattdessen sei der Beweisnot laut diesem Autor insbesondere mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung zu begegnen. Zum einen gestatte die Parteibefragung dem Gericht, die notwendige Überzeugung zu gewinnen. Zum andern obliege dem Beweisgegner aufgrund des Gebots von Treu und Glauben die beweisrechtliche Mitwirkung. Verweigere er diese, obwohl ihm der Beweis aufgrund seiner Sachnähe zumutbar sei, riskiere er den Vorwurf der Beweisvereitelung. Mit dieser überzeugenden Lehrmeinung, die weitere Autoren teilten, sei anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin im Rückforderungsprozess gegen C._____ die Beweislast für das Nichtvorliegen der Aufträge getroffen hätte. Sie hätte daher die Folgen der Beweislosigkeit getragen und keine Rückerstattung durchsetzen können, weshalb der Bund für die zu Lebzeiten erfolgten Bezüge nicht zum Schadenersatz verpflichtet sei.

5.5.2 Wie das Bundesverwaltungsgericht im zweiten Rechtsgang ausführte, sind widersprüchliche Urteile aufgrund des Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung zu verhindern. Daran ist umso mehr festzuhalten, als der Ausgang des Zivilverfahrens denjenigen des Staatshaftungsverfahrens

aufgrund der Mehrzahl von Ersatzpflichtigen (Beistand und Bund) und des Bereicherungsverbots beeinflusst. Grundsätzlich hat das Obergericht Zürich im Zivilverfahren vertretbar begründet, dass im hypothetischen Rückforderungsprozess C._____, nicht die Beschwerdeführerin, die Beweislast für die Erteilung von Aufträgen bzw. die auftragungsgemässe Verwendung des Geldes getroffen hätte (E. 5.1.2). Triftige Gründe davon abzuweichen bestehen im konkreten Fall nicht.

Zwar hielt es das Obergericht Zürich mit Hinweis auf die erwähnte Lehrmeinung von WALTER für «nicht völlig undenkbar», dass das hypothetisch angerufene Gericht die Beschwerdeführerin für beweisbelastet gehalten hätte. Doch bedeutet dies nicht, dass der mutmassliche Prozessausgang zu Gunsten von C._____, ausgefallen wäre, wenn das Gericht, wie es die Vorinstanz anlehnend an WALTER für geboten hält, den Beweisschwierigkeiten mittels Beweismwürdigung – nach einer Parteibefragung und unter Annahme einer Mitwirkungspflicht von C._____ – Rechnung getragen hätte. Nach WALTER hat der Beweisgegner (hier C._____) die Behauptungen (hier der Beschwerdeführerin) zum unbestimmten Negativum aufgrund seiner gebotenen Mitwirkung substantiiert zu bestreiten. Misslinge ihm zudem der Beweis der von ihm behaupteten, das Negativum ausschliessenden (positiven) Umstände, könne dies als Indiz für die Richtigkeit der gegnerischen Darstellung gewertet werden (Art. 8 Rz. 353; vgl. auch Urteil des BGer 4A_550/2018 vom 29. Mai 2019 E. 4.2). Der Autor weist selbst darauf hin, dass am praktischen Ergebnis in den meisten Fällen nichts ändere, ob der Beweisnot mittels Beweislastumkehr oder Beweismwürdigung begegnet werde (Art. 8 Rz. 355). Dies legt für den konkreten Fall auch die Aktenlage nahe. Das Bezirksgericht Zürich befand im zivilrechtlichen Schadenersatzprozess, die Behauptung, C._____ habe im Auftrag gehandelt, sei durchwegs unsubstantiiert geblieben. Weder habe der Zeitpunkt oder der Umfang von Aufträgen genannt noch habe dargelegt werden können, wann, bei welcher Gelegenheit bzw. in welcher Menge C._____ das Geld B.A._____ übergeben habe und an welche nahestehenden Personen es weitergegeben worden sei. Lediglich der Name von N._____ sei genannt worden, was aber zu relativieren sei, da diese C._____ nach dem Tod von B.A._____ beschenkt habe. Weiter konnten im Zivil- wie auch im Staathaftungsverfahren unstrittig keinerlei Belege für einen Auftrag bzw. für eine auftragungsgemässe Verwendung der Kontenbezüge beigebracht werden. Für einen Teil davon wurde überdies, wie erwähnt, in den damals erstellten internen Unterlagen der Bank vermerkt, dass C._____ das Geld für den privaten bzw. persönlichen Gebrauch bezogen habe. Wiewohl nicht absolut ausgeschlossen ist, dass C._____ im hypothetischen Prozess

Nachweise für Aufträge vorgelegt hätte, ist ob der genannten Indizien die Wahrscheinlichkeit gering, dass C. _____ das Fehlen von Aufträgen substantiiert hätte bestreiten können und die freie Beweiswürdigung des Gerichts zu Lasten der Beschwerdeführerin ausgefallen wäre.

5.5.3 Als Subeventualbegründung verneint die Vorinstanz die Zumutbarkeit der Beweislastumkehr, die das Obergericht Zürich aus der Rechenschaftspflicht und Sachnähe des Beauftragten (Art. 400 Abs. 1 OR) abgeleitet hat. Es sei ausgeschlossen, dass C. _____ verpflichtet gewesen sei, schriftlich nachvollziehbare (d.h. nicht nur mündliche) Aufzeichnungen über die Ausführung der Aufträge zu erstellen und B.A. _____ dies verlangt oder später erwartet habe. Auch zu diesem Schluss gelangt die Vorinstanz vorab aufgrund des Vertrauensverhältnisses zwischen B.A. _____ und C. _____. Die auftragsrechtliche Rechenschaftspflicht gilt jedoch unabhängig von den persönlichen Beziehungen des Beauftragten zum Auftraggeber, da er (dennoch) fremde, nicht eigene Geschäfte besorgt (BGE 110 II 181 E. 2 für das Rechtsverhältnis von Mutter und Sohn). Ebenso wenig lässt sich überzeugend annehmen, dass B.A. _____ ihren Anspruch auf Rechenschaft jahrelang nicht geltend gemacht habe und dies nach der Rechtsprechung daher nicht mehr ohne Verstoss gegen Treu und Glauben hätte tun können. Die Urteile, auf welche die Vorinstanz hierzu verweist, betreffen anders gelagerte Fälle, z.B. den Auftraggeber, der während zwei Jahren weder die Rechnungsstellung noch den Detaillierungsgrad der Rechnungen des von ihm beauftragten Anwalts rügte (Urteil des BGer 4A_144/2012 vom 11. September 2012 E. 3.2.2). Hier hingegen geht es um Kontenbezüge in den letzten Lebensjahren von B.A. _____ bis kurz vor ihrem Tod, wobei keine Hinweise bestehen, dass sie vom Ausmass und der Regelmässigkeit der Bezüge gewusst hat.

Insgesamt erscheint sehr unwahrscheinlich, dass das Gericht im hypothetischen Rückforderungsprozess die Beweislast für die Auftragserteilung aufgrund einer eingeschränkten Pflicht zur Rechenschaftsablegung der Beschwerdeführerin zugeteilt hätte. Nichts Gegenteiliges ergibt sich aus der Überlegung der Vorinstanz, es sei nicht im Interesse von B.A. _____ und für C. _____ unzumutbar gewesen, Bezug und Verwendung des Geldes schriftlich zu belegen, da es sich um Schwarzgeld gehandelt habe.

5.6 Demnach ist im Rahmen der staatshaftungsrechtlich gebotenen Wahrscheinlichkeitsüberlegungen nicht anzunehmen, dass ein Zivilgericht im (hypothetischen) Rückforderungsprozess ein Gesellschafts- oder Auftragsverhältnis zwischen B.A. _____ und C. _____ als erwiesen erachtet und

eine Rückerstattungsklage deshalb abgewiesen hätte. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit hätte das Gericht den Bestand der Forderungen der Beschwerdeführerin gegen C._____ bejaht.

5.7

5.7.1 Für diesen Fall führt die Vorinstanz aus, dass Rückforderungsansprüche der Beschwerdeführerin gegen C._____ im Zeitpunkt der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 bereits verjährt und damit nicht durchsetzbar gewesen wären. Nach der damaligen Fassung von Art. 67 OR sei die Verjährung mit Ablauf eines Jahres eingetreten, nachdem die entreicherte Person vom Anspruch Kenntnis erhalten habe. Der damalige Stiftungsbeistand habe bereits im November bzw. Dezember 2000 von den Kontenbezügen erfahren.

5.7.2 Die fristauslösende Kenntnisnahme für den Beginn der einjährigen Verjährungsfrist nach Art. 67 OR, wie sie bis zum 31. Dezember 2019 galt, liegt vor, wenn der Gläubiger einen solchen Grad von Gewissheit über den Bereicherungsanspruch hat, dass nach Treu und Glauben gesagt werden kann, er habe nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und andererseits genügend Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Gewissheit über den Bereicherungsanspruch setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Vermögenseinbusse, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus (Urteil des BGer 5A_336/2019 vom 9. Juni 2020 E. 10.1, BGE 129 III 503 E. 3.4).

5.7.3 Aus den Akten ergibt sich, dass der Stiftungsbeistand Ende November 2000 Kenntnis in konkreter Höhe einzig von den Bezügen ab dem I._____ -Konto nach dem Tod von B.A._____ hatte. In der Aktennotiz zur Besprechung des Beistands mit der zuständigen Person der Stiftungsaufsicht (EDI) vom 30. November 2000 und seinem Schreiben vom Vortag an das mit der Erbschaftsverwaltung betraute Notariat Zürich-Riesbach ist die Rede davon, dass C._____ vom 28. Februar bis zum 14. Juli 2000 Bezüge über Fr. 840'000.– vorgenommen habe (wovon die Beschwerdeführerin Fr. 200'000.– explizit nicht als Schaden geltend gemacht hat). Dem Beistand war zudem, wie seinem Schreiben an C._____ vom 21. Dezember 2000 zu entnehmen ist, grundsätzlich bekannt, dass C._____ nach dem Tod der Stifterin auf das I._____ -Konto und das J._____ -Konto zugegriffen hatte. Er forderte diesen darin auf, weitere Bezüge zu unterlassen. Weder geht daraus aber hervor, dass der Beistand bereits vom

ungefähren Ausmass dieser Bezüge ab dem J. _____-Konto wusste, noch ergibt sich aus den Akten – z.B. den E-Mails zwischen Beistand und EDI vom 14. Dezember 2000 zum kurz zuvor entdeckten J. _____-Konto – dass der Beistand bereits im Dezember 2000 Kenntnis von den zahlreichen und hohen Bezügen *vor dem Tod* von B.A. _____ hatte. Wie die Beschwerdeführerin mit Duplik vom 25. Oktober 2019 im bundesgerichtlichen Verfahren 2C_512/2017 darlegte, wurden die Bezüge zu Lebzeiten der Stifterin erst später im Jahr 2001 bekannt. Erstmals in der Grössenordnung der als Schadenersatz verlangten Beträge aufgelistet finden sich die Barbezüge bzw. Forderungen gegenüber C. _____ im Nachlassinventar des Notariates Zürich-Riedbach vom 3. Dezember 2001 – im damals bekannten Gesamtbetrag von rund 6 Mio. Fr.

Weiter fällt in Betracht, dass C. _____ auf das I. _____-Konto Anspruch erhob. In dieser Hinsicht war die Rechtslage, z.B. die Frage, ob B.A. _____ ihm das Konto, wie er behauptete, zu Lebzeiten geschenkt hatte, zu Beginn unklar. Obgleich kein Grund bestand, das I. _____-Konto C. _____ kampflos zu überlassen, hat das Bundesverwaltungsgericht immerhin vertiefte Abklärungen als erforderlich erachtet (vgl. Urteil A-3757/2016 E. 7.5.2 f.). Ebenso konnte der Beistand für die Bezüge ab dem I. _____-Konto nicht unmittelbar nach deren Entdeckung davon ausgehen, C. _____ habe diese ohne Berechtigung vorgenommen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass der Beistand den Stiftungszweck zu beachten hatte. Wohl darf eine Stiftung nicht auf Ansprüche verzichten, sondern muss sie gegebenenfalls durchsetzen, um ihr Vermögen nicht unzulässig zu entäussern. Doch hat sie auch auf ihre Prozesschancen zu achten, da die (von der Höhe der eingeklagten Forderung beeinflussten) Kosten- und Entschädigungsfolgen eines verlorenen Zivilprozesses eine zweckwidrige Verwendung ihres Stiftungsvermögens bedeuten (vgl. BGE 108 II 500 E. 6; HANS MICHAEL RIEMER, Berner Kommentar, Die Stiftungen, 2. Aufl. 2020, Art. 84 Rz. 155). Hinzu kommt, dass die für den Nachlass der Stifterin angeordnete Erbschaftsverwaltung, während der den Erben die Verfügungsrechte entzogen sind (KARRER/VOGT/LEU, Basler Kommentar ZGB II, 6. Aufl. 2019, Art. 554 Rz. 37, 58), erst mit Verfügung des Bezirksgerichts Zürich vom 6. Dezember 2001 aufgehoben wurde.

5.7.4 Demnach liegt nicht nahe, dass der Stiftungsbeistand bereits mehr als ein Jahr vor Abschluss der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 hinreichende Gewissheit über das ungefähre Ausmass und den fehlenden Rechtsgrund der Kontenbezüge hatte. Es ist nicht davon auszugehen,

dass ein Zivilgericht die Forderungen der Beschwerdeführerin als vor dem 21. Dezember 2001 verjährt angesehen bzw. C. _____ erfolgreich die Verjährungseinrede erhoben hätte, zumal dieser als Schuldner die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der Verjährung getragen hätte und Belege für die fristauslösende Kenntnis des Beistands hätte vorlegen müssen (BGE 111 II 55 E. 3; WALTER, a.a.O., Art. 8 ZGB Rz. 621).

5.8 Betreffend die Kontenbezüge, die *nach* dem Tod von B.A. _____ erfolgten, steht ausser Streit, dass kein Rechtsverhältnis mehr zwischen der verstorbenen Stifterin und C. _____ bestehen konnte und die Beschwerdeführerin, wäre am 21. Dezember 2001 keine Saldoklausel vereinbart worden, Anspruch auf Rückerstattung der Beträge gehabt hätte.

5.9 Demnach ergibt sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit, dass ein Zivilgericht C. _____ im allfälligen Forderungsprozess zur Zahlung des Gesamtbetrags der Kontenbezüge an die Beschwerdeführerin verpflichtet hätte bzw. diese Forderungen gerichtlich durchsetzbar gewesen wären. Davon ist im Übrigen auch das Bezirksgericht Zürich im zivilrechtlichen Schadensersatzprozess ausgegangen.

6.

Weiter zu prüfen ist für sämtliche Kontenbezüge (vor und nach dem Tod von B.A. _____), ob ein Schaden entfällt, weil die Rückerstattungsforderungen der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 allenfalls nicht (mehr) einbringlich gewesen wären.

6.1 Es ist unstrittig, dass sich nicht mehr feststellen lässt, ob C. _____ den Gesamtbetrag der Kontenbezüge im genannten Zeitpunkt hätte bezahlen können bzw. welchen Betrag die Beschwerdeführerin durch Vollstreckungshandlungen hätte erhältlich machen können. In erster Linie streitig ist, welche Bedeutung die fragliche Einbringlichkeit der Forderungen für die Frage des Schadenseintritts hat und, damit unmittelbar zusammenhängend, wer die Beweislast für die Einbringlichkeit trägt.

6.2

6.2.1 Im Staatshaftungsverfahren trägt die Person, die Schadenersatz beansprucht, grundsätzlich die Beweislast für die haftungsbegründenden Tatsachen bzw. dafür, dass in ihrem Vermögen ein Schaden eingetreten ist (vgl. Art. 8 ZGB und Art. 42 Abs. 1 OR; Urteil des BGer 2C_936/2012 vom 14. Januar 2013 E. 2.3; TOBIAS JAAG, in: Schindler/Tanquerel/Tschannen/Uhlmann, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Bd. I

Organisationsrecht, Teil 3 Staats- und Beamtenhaftung, 3. Aufl. 2017, Rz. 186). Hingegen liegt die Beweislast für schadensaufhebende bzw. -hindernde Umstände – z.B. für anrechenbare Vorteile, die durch das schädigende Ereignis entstanden sind, oder für Massnahmen zur Schadensminderung – bei der belangten Person (vgl. Urteil des BGer 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3 und E. 3.3.1 mit Hinweisen; BGE 128 III 22 E. 2e/cc).

6.2.2 Was Gegenstand des Schadensbeweises in der Beweislast der Ersatz verlangenden Person ist, ergibt sich aus dem materiellrechtlichen Schadensbegriff (siehe E. 4.1). Die Trennung in rechtserzeugende und rechtshindernde bzw. rechtsaufhebende Tatsachen ist indes nicht immer einfach. Welche tatsächlichen Elemente im Einzelfall erstellt sein müssen, dass der Eintritt eines Schadens als bewiesen gelten kann, und damit zum Gegenstand des Schadensbeweises zu zählen sind, stellt – wie die damit eng verbundene Frage der Beweislastverteilung – eine nach den Gesichtspunkten der Billigkeit und Angemessenheit zu beurteilende Frage dar. Als Entscheidungshilfe kann namentlich dienen, was nach Gesetz oder allgemeiner Lebenserfahrung die Regel und was die Ausnahme ist. Konkret, ob der Eintritt eines Schadens bei einem bestimmten Sachverhalt regelmässig als feststehend und das Ausbleiben des Schadenseintritts als Ausnahme betrachtet werden muss, oder umgekehrt. Je nach dem wie diese Frage zu beantworten ist, erscheint es angemessen, den Schadenseintritt bereits mit diesem Sachverhalt als bewiesen zu betrachten und die Elemente, die das ausnahmsweise Ausbleiben des Schadens wegen schadenshindernden Umständen beschlagen, nicht mehr zum Schadensbeweis zu rechnen oder umgekehrt (zum Ganzen Urteil des BGer 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3.1 mit Verweis u.a. auf MAX KUMMER, Berner Kommentar, Art. 8 N 177, N 181).

6.2.3 Wird ein Schaden infolge der unrechtmässig gefährdeten bzw. erschwerten Einbringlichkeit einer Forderung (z.B. aus dem verminderten Handelswert einer Forderung oder einem Forderungsausfall) geltend gemacht, tritt nach der Rechtsprechung ein Schaden im Rechtssinne grundsätzlich erst ein, wenn nach Abschluss der zur Durchsetzung der Forderung offenstehenden Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren ein Verlust nachweislich feststeht – bei Geldforderungen insbesondere durch Ausstellung des betreibungsrechtlichen Verlustscheins (vgl. Art. 149 SchKG) – oder wenn es dem Gläubiger wegen offensichtlicher Zahlungsunfähigkeit des Schuldners oder prozess- und vollstreckungsrechtlicher Schwierigkeiten unzumutbar ist, gegen den Schuldner vorzugehen. Vorher ist

grundsätzlich nicht von einer Vermögenseinbusse auszugehen (zum Ganzen Urteil des BGer 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3.2, BGE 113 V 256 E. 3, BGE 103 V 120 E. 4, BGE 61 III 150 E. 3, BGE 58 III 121 E. 4; HUNOLD, Staatshaftung, 2013, Rz. 144 ff. mit Fn. 230; betreffend Verlust von Forderungen auf Rückerstattung zu Unrecht ausgerichteter Sozialversicherungsleistungen: Urteil des BGer 8C_273/2019 vom 4. Juli 2019 E. 5.3.2; UELI KIESER, in: Gross/Pribnow, Schweizerisches Staatshaftungsrecht, Ergänzungsband zur 2. Aufl. 2013, Rz. 264, Fn. 353).

Die Beweislast für Umstände, aus denen die Unzumutbarkeit der (ausgebliebenen) Rechtsverfolgung folgt, obliegt nach den genannten Grundsätzen der Schadenersatz verlangenden Person; erst mit dem Beweis dieser (rechtsbegründenden) Tatsachen steht der Schadenseintritt fest (Urteil des BGer 4C.137/2006 vom 17. Januar 2008 E. 3.3.3 und E. 3.4).

6.2.4 Der zu beurteilende Fall ist insofern anders und besonders gelagert, als nicht durch eine rechtswidrige Handlung die Einbringlichkeit einer – im Vermögen verbleibenden – Forderung erschwert wurde oder durch eine unrechtmässige staatliche Leistung ein uneinbringlicher Rückforderungsanspruch entstand. Es verhält sich vielmehr so, dass die Forderungen auf Rückerstattung der Kontenbezüge aufgrund des widerrechtlichen Verhaltens bzw. der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 durch Aufhebung erloschen sind (vgl. Art. 115 OR). Darin besteht der dem Bund aufgrund seiner Zustimmung vorzuwerfende Handlungsschwerpunkt. Die zufolge ausgebliebener Rechtsverfolgung ungewisse Einbringlichkeit der Forderungen kann wohl, anders als die Beschwerdeführerin rügt, auch in dieser Konstellation nicht irrelevant für die Frage des Schadens sein; dieser wäre mit Blick auf die soeben erwähnte Rechtsprechung kaum zu bejahen, stünde fest, dass ein Vorgehen gegen C. _____ – auch nur für einen Teil der Forderungen – unzumutbar war. Anders liegt hingegen die Frage der Beweislast. Wie es sich allgemein mit der Beweislast für die Einbringlichkeit von Forderungen im Bereich der Staatshaftung verhält, muss nicht entschieden werden. Für den konkreten Fall ist jedoch hervorzuheben, dass ein Schaden grundsätzlich aufgrund des vereinbarten Forderungsverzichts entstand, weil sich dadurch die Aktiven der Beschwerdeführerin im Umfang der gerichtlich durchsetzbaren Rückerstattungsansprüche gegen C. _____ (nominell) reduzierten. Während in den vorgenannten Fallkonstellationen die Uneinbringlichkeit bzw. Unzumutbarkeit der Vollstreckung das schadensbegründende Element ist, liegt hier nahe, sie als schadenshindernde bzw. -aufhebende Tatsache in der Beweislast des Belangten zu werten, aus der folgt, dass trotz des widerrechtlich zustande gekommenen

Forderungsverzichts kein Schaden eintrat. Dafür spricht auch, dass die Vollstreckbarkeit einer Forderung nach der Rechtsordnung grundsätzlich als die Regel, ihr Ausschluss dagegen – wie letztlich in der zitierten Praxis (E. 6.2.3) – als zu beweisende Ausnahme betrachtet wird (KUMMER, a.a.O., Art. 8 N 178). Eine als entstanden erwiesene Forderung bleibt unter dem Aspekt der normativen Angemessenheit so lange geschützt, als ihre fehlende Durchsetzbarkeit nicht ebenso stringent nachgewiesen ist (vgl. WALTER, a.a.O., Art. 8 Rz. 279).

Unter den Aspekten der Billigkeit und Angemessenheit fällt weiter in Betracht, dass eine besondere Einzelfallkonstellation vorliegt, wie dies das Bundesgericht im Urteil vom 10. November 2020 (E. 6.6) betont hat. Die Beschwerdeführerin hatte im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 keine statutarischen Organe mehr und handelte durch den Beistand. Die Stiftungsaufsicht war aufgrund der Aufsichtsbeschwerden über die Probleme der Stiftung und die Strafverfahren gegen C._____ orientiert. Die Vereinbarung war von grosser Tragweite für die Stiftung. Sie kam durch das Zusammenwirken des Beistands und der Stiftungsaufsicht zustande (E. 7.4.). Als handelnde Akteure standen diese dem staatshaftungsrelevanten Geschehen nahe. Sie waren im Jahr 2001 – anders als der nach dem Aufsichtsverfahren im Jahr 2009 neu zusammengesetzte Stiftungsrat – in der Lage, Umstände bzw. Indizien zu dokumentieren, die ein Vorgehen gegen C._____ – z.B. wegen einer offensichtlichen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners – unzumutbar gemacht hätten. Der zuständige Mitarbeiter der Stiftungsaufsicht und der Beistand kamen im Telefongespräch vom 17. Mai 2001 zunächst überein, dass letzterer die Aufsichtsbehörde betreffend die Erbschaft umfassend informieren und eine Prüfung des Verfahrensrisikos darlegen werde. Doch wurden in der Folge unstrittig keine schriftliche Beurteilung der Risiken einer Zwangsvollstreckung gegen C._____ bzw. keine dafür relevante Unterlagen (z.B. mit konkreten Indizien für das Vermögen von C._____ im Jahr 2001) erstellt. Keinen Aufschluss ergibt auch die Notiz zur Besprechung vom 12. Juni 2001, als der Beistand die Stiftungsaufsicht erstmals über den Vorschlag der (später vereinbarten) Aufteilung der Konten informierte. Der Beschwerdeführerin, die damals unter Beistandschaft stand, die Beweislast für die Zumutbarkeit der Rechtsverfolgung aufzuerlegen, wäre in dieser Konstellation unbillig.

6.2.5 Unter diesen besonderen Umständen rechtfertigt es sich, die Beweislast dafür, ob und in welchem Umfang die Rückerstattungsforderungen der

Beschwerdeführerin im Dezember 2001 einbringlich bzw. ein Vorgehen gegen C. _____ zumutbar gewesen wäre, dem Bund zuzuordnen.

6.3 Es ist zwar denkbar, dass die Rückerstattungsforderungen gegen C. _____ nicht in vollem Umfang hätten vollstreckt werden können. Umstände, aus denen auf eine offensichtliche Zahlungsunfähigkeit zu schliessen wäre, ergeben sich aber – für das Jahr 2001 – nach der Aktenlage nicht, insbesondere nicht für den gesamten Betrag der Bezüge. Was mit dem abgehobenen Geld geschah, wie viel C. _____ im Zeitpunkt der Vereinbarung davon besass bzw. welche Vermögenswerte er damit erwarb, bleibt unbekannt.

Das Bundesverwaltungsgericht sah im 2. Rechtsgang Indizien dafür, dass C. _____ überschuldet war, da er im Strafverfahren angab, im Jahr 1994 ein "Königsbett Ludwig II von Bayern", einen [...] Personenwagen und einen [...] Flügel aus seinem Privatbesitz an die Stiftung F. _____ verkauft zu haben, um die wertvollen Gegenstände einer Pfändung für persönliche Schulden zu entziehen (Urteil A-3757/2016 E. 9.3.5). Eine Überschuldung hat sich daraus für den relevanten Zeitpunkt aber nicht ergeben. Bereits dem Rechenschaftsbericht von H. _____ vom 30. April 2001 zu Händen der Stiftungsaufsichtsbehörde ist zu entnehmen, dass C. _____ inzwischen wieder Eigentümer der genannten Gegenstände sei und den Kaufpreis beglichen habe. Ohnehin kann hinsichtlich des Vermögens von C. _____ nicht auf dessen Eigendarstellungen abgestellt werden. Wie bereits das Bezirksgericht Zürich erwog, ist insbesondere nicht davon auszugehen, dass er noch vorhandenes Schwarzgeldvermögen von B.A. _____ in seiner Steuererklärung aufgeführt hätte (Urteil vom 12. Juni 2018, S. 38).

Konkrete Anzeichen dafür, dass C. _____ nicht mehr über Vermögen für eine substantielle Tilgung der Forderungen verfügte, bestehen erst ab dem Jahr 2005 und für die Folgejahre. Es kann in dieser Hinsicht auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 14. Oktober 2014 (A-798/2014 E. 7.6) verwiesen werden. Zu erwähnen ist in dieser Hinsicht immerhin, dass die Beschwerdeführerin die Regressforderung gegen C. _____ von Fr. 708'489.–, die der Grund für das aufgegebene Schadenersatzbegehren 2 war (Bst. C f.), mit der selbst noch im Jahr 2010 eingeleiteten Betreuung weitgehend durch Pfändungserlös erhältlich machen konnte, obgleich er seine Zahlungsfähigkeit stets bestritten und sich mit allen Mitteln gegen die Zwangsvollstreckung gewehrt hatte.

6.4 Es lässt sich nicht mehr feststellen, über welches pfändbare Vermögen C._____ im Zeitpunkt der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 verfügte. Ebenso wenig können wesentliche Elemente bzw. Eckpunkte seiner Vermögenssituation eruiert werden, die nach gerichtlichem Ermessen eine nachvollziehbare Schätzung der Einbringlichkeit, insbesondere eines bezifferbaren Teilbetrags der Forderungen, erlauben würden (vgl. Art. 42 Abs. 2 OR).

6.5 Die Folgen der bestehenden Beweislosigkeit hat aufgrund der Beweislastverteilung der Bund zu tragen. Daraus folgt, dass die mit der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 aufgehobenen Forderungen gegenüber C._____ vollumfänglich an den Schaden anzurechnen sind.

7.

Das Bundesverwaltungsgericht leitete die Vorinstanz mit Urteil vom 3. Mai 2017 (A-3757/2016) an, allfällige Nachsteuern, die durch erfolgreich zurückgeforderte Bezüge zusätzlich angefallen wären, vom Schadensbetrag abzuziehen (E. 9.3.5). Eine weitere Vorteilsanrechnung in dieser Hinsicht rechtfertigt sich bei näherer Prüfung der Aktenlage indes nicht. Das Schwarzgeld wurde hinsichtlich sämtlicher Steuerschulden nachbesteuert und die Nachsteuern wurden, wie erwähnt, zwischen der Beschwerdeführerin und C._____ vereinbarungsgemäss aufgeteilt. Zudem wurden die Kontenbezüge im Rahmen der Schenkungssteuer, die der Kanton Zürich C._____ auferlegt hat, nebst dem ihm mit der Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 überlassenen I._____ -Konto berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin war hingegen als Stiftung mit gemeinnützigem Zweck unstrittig von der Erbschafts- und Schenkungssteuerpflicht befreit (vgl. Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 12. Juni 2018, S. 29 ff.). Weitere (Nach-)Steuern wurden im Zusammenhang mit der Erbschaft nicht veranlagt. Es ist deshalb nicht ersichtlich, dass der Beschwerdeführerin, hätte sie Bezüge von C._____ zurückgefordert, dadurch zusätzliche (Nach-)Steuern angefallen wären. Die von C._____ tatsächlich getragenen Nachsteuern von Fr. 935'754.20 wurden bereits berücksichtigt (E. 4.5.2). Die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz ziehen diesen Betrag ohne Divergenz und unabhängig davon vom Schaden ab, ob und welche Kontenbezüge an diesen anzurechnen sind. Anlass dies zu korrigieren besteht nach dem Ausgeführten nicht.

8.

8.1

Demnach hat die Vereinbarung vom 21. Dezember 2001 zu einem Gesamtschaden der Beschwerdeführerin von Fr. 11'997'537.80 geführt. Er besteht aus dem Teilschaden von Fr. 5'535'172.– im Umfang des C. _____ überlassenen I. _____-Kontoguthabens und dem Teilschaden von Fr. 7'398'120.– aus den nicht von ihm zurückgeforderten Kontenbezügen. Abgezogen sind die von C. _____ zum Vorteil der Beschwerdeführerin getragenen Nachsteuern von Fr. 935'754.20.

8.2 Um den Haftungsbetrag des Bundes festzulegen, ist vom Gesamtschaden von Fr. 11'997'537.80 die Vergleichssumme von Fr. 6'000'000.– abziehen, welche die Beschwerdeführerin im Zivilverfahren gegen den ehemaligen Stiftungsbeistand erlangt hat. Dies ergibt sich wie ausgeführt aus dem Bereicherungsverbot (E. 4.2). Es resultiert ein (Differenz-)Betrag von Fr. 5'997'537.80. Nicht zu folgen ist der Vorinstanz, soweit der Bund gemäss ihrer eventuellen Schadensberechnung lediglich für die Hälfte dieses Differenzbetrags haften soll. Die Haftungsquote des Bundes von 50% bezieht sich auf den Gesamtschaden. Für den Betrag von Fr. 5'997'537.80 hat der Bund ohne anteilmässige Reduktion einzustehen, da er die Hälfte des Gesamtschadens nicht übersteigt.

9.

Festzulegen bleibt die Verzinsung des zu leistenden Schadenersatzes.

9.1 Zum Schaden gehört nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung der Zins vom Zeitpunkt an, in dem das schädigende Ereignis sich finanziell ausgewirkt hat. Dieser Schadenszins bezweckt, den Anspruchsberechtigten so zu stellen, wie wenn er für seine Forderung am Tage der widerrechtlichen Handlung befriedigt worden wäre (BGE 139 V 176 E. 8.1.2, BGE 122 III 53 E. 4a, BGE 81 II 512 E. 6). Wie erwähnt, entspricht der Schadensbegriff grundsätzlich demjenigen des Privatrechts, wobei das VG den Schadenszins nicht regelt. Dessen Höhe wird nach der Rechtsprechung in der Regel in Analogie zu Art. 73 Abs. 1 OR auf 5% festgesetzt (vgl. BGE 139 V 176 E. 8.1.2, BGE 131 II 217 E. 4.2, BGE 122 III 53 E. 4a, Urteil des BGer 5A_388/2018 vom 3. April 2019 E. 5.5.4.3.2). Nach dieser Bestimmung sind Zinsen von 5% zu bezahlen, wenn deren Höhe weder durch Vertrag noch durch Gesetz oder Übung bestimmt ist.

9.2 Es besteht, anders als die Vorinstanz ausführt, kein Anlass, im konkreten Fall hiervon abzuweichen. Insbesondere stützt sie sich zu Unrecht auf das Bereicherungsverbot, wenn sie vom festzulegenden Schadenszins den Betrag von Fr. 868'037.53 abziehen will, den die Versicherung des ehemaligen Beistands als Anteil an den Zinsen auf der Vergleichssumme von Fr. 6'000'000.– übernommen hat. Dieser Zinsanteil betrifft, wie die Beschwerdeführerin zutreffend einwendet, einzig den zivilrechtlich beglichenen und nicht den vom Bund zu ersetzenden Teil des Gesamtschadens, weshalb er den vorliegend zu bestimmenden Schadenszins nicht beeinflusst. Das Bereicherungsverbot wird nicht dadurch verletzt, dass Zinsen je auf den Haftungsbeträgen von Bund und Beistand veranschlagt werden, solange kein Teil des Gesamtschadens mehrfach verzinst wird (vgl. zum Zinseszinsverbot zudem BGE 134 III 489 E. 4.5.4).

Nicht zu folgen ist der Vorinstanz überdies, soweit sie den Zinssatz aus Gründen der Billigkeit auf 3% reduzieren will, da einerseits das Zinsniveau auf dem Kapitalmarkt im zu beurteilenden Zeitraum tief, andererseits die Rendite von Investitionen auf dem Aktienmarkt sehr gut gewesen sei. Zwar erwog das Bundesgericht in einigen zivilrechtlichen Fällen, der pauschalierte Zinssatz von 5% analog Art. 73 OR stelle eine widerlegbare Vermutung dar, wobei der geschädigten Person im Einzelfall der Nachweis des höheren Schadens offenstehe (BGE 131 III 12 E. 9.4, Urteil des BGer 5A_388/2018 vom 3. April 2019 E. 5.5.4.3.2). Ob und inwieweit dies im Rahmen der Haftung nach Art. 3 VG relevant sein kann, kann jedoch offenbleiben. Für den konkreten Nachweis eines um den Zinssatz von 2% geringeren Schadens der Beschwerdeführerin kann die Billigkeitserwägung der Vorinstanz mit dem pauschalen Hinweis auf das allgemeine Zinsniveau und auf Chancen bzw. Risiken des Aktienmarkts jedenfalls nicht genügen. Das Urteil des Obergerichts Glarus OG.2017.00003 vom 25. Januar 2021, an dem sich die Vorinstanz in ihrer Verfügung massgeblich orientiert, erkennt zwar mit ähnlicher Begründung auf Zins von 3%, betrifft jedoch die Haftung wegen fahrlässigen Irrtums für den Schaden aus dem dahingefallenen Vertrag (Art. 26 OR). Ein Gericht könne laut dem Urteil vom Pauschalzins von 5% «im Anwendungsbereich von Art. 26 Abs. 2 OR» abweichen, sofern dies der Billigkeit entspreche (E. 7.18). Die vom Obergericht Glarus angewandte Norm (Art. 26 Abs. 2 OR) stellt – anders als die Regelung von Art. 73 Abs. 1 OR – ausdrücklich auf das Kriterium der Billigkeit ab, weshalb sich die genannten Erwägungen nicht auf die Haftung nach Art. 3 VG übertragen lassen. Ein pauschalierter Schadenszins von 3% für die Staatshaftung des Bundes geriete unter dem Gleichbehandlungsaspekt zudem mit Entscheiden in Konflikt, die den Betroffenen einen

Zins von 5% auf Schaden oder Genugtuungssumme für einen vergleichbaren Zeitraum zuerkannt haben (z.B. Urteil des BVGer A-691/2021 vom 27. Oktober 2022 E. 10).

9.3 Die Beschwerdeführerin verlangt Zins ab dem 13. September 2010, d.h. ab dem Datum ihres Gesuchs um Schadenersatz. Dieser ist ihr nach dem Ausgeführten antragsgemäss in der Höhe von 5% auf dem Betrag von Fr. 5'997'537.80 zuzusprechen.

10.

Die Beschwerde ist zusammenfassend gutzuheissen. Der Bund hat der Beschwerdeführerin Schadenersatz von Fr. 5'997'537.80 nebst Zins von 5% seit dem 13. September 2010 zu leisten.

11.

Abschliessend ist über die Kosten- und Entschädigungsfolgen des Beschwerdeverfahrens zu befinden.

11.1 Die Verfahrenskosten hat in der Regel die unterliegende Partei zu tragen (Art. 63 Abs. 1 VwVG). Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend hat die obsiegende Beschwerdeführerin keine Kosten zu tragen. Vorinstanzen werden unabhängig vom Verfahrensausgang keine Verfahrenskosten auferlegt (vgl. Art. 63 Abs. 2 VwVG). Demzufolge sind keine Verfahrenskosten zu erheben. Der Beschwerdeführerin ist der von ihr einbezahlte Kostenvorschuss von Fr. 12'000.– nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückzuerstatten.

11.2 Die Beschwerdeführerin hat antragsgemäss auf eine Parteientschädigung verzichtet, weshalb ihr keine Entschädigung zuzusprechen ist. Die Vorinstanz als Bundesbehörde hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. Art. 7 Abs. 3 VGKE).

Demnach erkennt das Bundesverwaltungsgericht:

1.

Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben. Der Bund wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin Schadenersatz in der Höhe von Fr. 5'997'537.80 nebst Zins zu 5% seit dem 13. September 2010 zu bezahlen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 12'000.– wird der Beschwerdeführerin nach Eintritt der Rechtskraft des vorliegenden Urteils zurückerstattet.

3.

Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4.

Dieses Urteil geht an die Beschwerdeführerin und die Vorinstanz.

Für die Rechtsmittelbelehrung wird auf die nächste Seite verwiesen.

Der vorsitzende Richter:

Der Gerichtsschreiber:

Maurizio Greppi

Thomas Ritter

Rechtsmittelbelehrung:

Entscheide des Bundesverwaltungsgerichts auf dem Gebiet der Staatshaftung können beim Bundesgericht angefochten werden, wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 85 Abs. 1 Bst. a und Abs. 2 BGG). Steht die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten offen, kann sie innert 30 Tagen nach Eröffnung dieses Entscheides beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 82 ff., 90 ff. und 100 BGG). Die Frist ist gewahrt, wenn die Beschwerde spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben worden ist (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Rechtschrift 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 die beschwerdeführende Partei in Händen hat, beizulegen (vgl. Art. 42 BGG).

Versand: