

Masterarbeit

Vorsorge- und auftragsrechtliche Beurteilung des Courtagen-Modells in der 2. Säule

Eingereicht von:
Alexandra Andrea Arnold

Eingereicht bei:
Prof. Dr. Marc Hürzeler

Eingereicht am:
30. September 2021

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	IV
Abkürzungsverzeichnis.....	XI
Materialien und weitere amtliche Publikationen	XVIII
Gender-Hinweis	XIX
1. Einleitung	1
1.1. Problemstellung.....	1
1.2. Aufbau der Arbeit.....	1
2. Involvierte Parteien.....	2
2.1. AGer – Broker – VE.....	2
2.1.1. Allgemeine Übersicht.....	2
2.1.2. AGer – Broker	3
2.1.2.1. Ungebundene Versicherungsvermittler (Broker)	3
2.1.2.2. Übernommene Aufgaben des Brokers	4
2.1.2.3. Brokervertrag	5
2.1.3. AGer – VE.....	9
2.1.3.1. Anschlussvertrag	9
2.1.3.2. Mitwirkungsrechte (bei Anschluss, Auflösung und Wiederanschluss).....	11
2.1.4. Broker – VE.....	14
2.1.4.1. Zusammenarbeitsvertrag.....	14
2.1.4.2. Entschädigung des Brokers (sog. Courtage).....	17
2.1.4.3. Wichtige Aspekte einer VE	18
2.1.4.3.1. Rechtsform und steuerrechtliche Privilegierung	18
2.1.4.3.2. Arten von VE	20
2.1.4.3.3. Organisation der VE	21
2.2. Involvierte Parteien: Fazit.....	23
3. De lege lata: Vorsorge- und auftragsrechtliche Beurteilung der Ausrichtung von Courtagen durch die VE.....	23
3.1. Allgemeines	23
3.2. Courtagen-Modell: Vorsorgerechtliche Beurteilung	24
3.2.1. Courtage: Zweckmässige Verwendung von Vorsorgevermögen?	24
3.2.2. Courtage: Entkoppelung vom effektiven Aufwand	27
3.2.3. Brokerentschädigung aus Vorsorgevermögen für die Erfüllung von Aufgaben zu Gunsten der VE?	28
3.2.4. <u>Rechtsfolgen</u> : Risiko einer Auswirkung auf Steuerbefreiung und Organhaftung	29
3.2.5. Zwischenfazit.....	32
3.3. Courtagen-Modell: Auftragsrechtliche Beurteilung.....	33
3.3.1. Allgemeines	33
3.3.2. Interessenkonflikte bzw. Fehlanreize des Brokers.....	33
3.3.3. Bestehende präventive Massnahmen gegen Interessenkonflikte.....	35
3.3.3.1. Auftragsrechtliche Herausgabepflicht (Art. 400 Abs. 1 OR)	35
3.3.3.2. Strukturreform: Information und Offenlegung (Art. 48k Abs. 2 BVV 2)	38
3.3.4. <u>Rechtsfolgen</u> : Risiko Schadenersatzanspruch.....	41
3.3.5. Zwischenfazit.....	42
3.4. Courtagen-Modell: Fazit.....	43

4. Alternative Entschädigungsmodelle	43
4.1. <i>Allgemeines</i>	43
4.2. <i>Nettobeitrags-Modell</i>	43
4.3. <i>Aufwandbasiertes Honorar-Modell</i>	44
4.4. <i>Alternative Entschädigungssysteme: Fazit</i>	44
5. De lege ferenda: Vorgeschlagene Neuregelung der Brokerentschädigungen in der	
2. Säule	45
5.1. Laufendes Gesetzgebungsverfahren	45
5.1.1. Interpellation NR Mathias Reynard	45
5.1.2. Botschaft Änderung AHVG (Modernisierung der Aufsicht in der 1. Säule	
und Optimierung in der 2. Säule)	45
5.1.2.1. <i>Art. 69 E-BVG: Entschädigung von Vermittlungstätigkeiten</i>	45
5.1.2.2. <i>Massnahmen gegen negative Auswirkungen eines Courtagen-Verbots</i>	46
5.1.3. Oppositäre Auffassung	47
5.1.3.1. <i>Motion NR Fabio Regazzi</i>	47
5.1.3.2. <i>Stellungnahme des Bundesrats</i>	47
5.1.4. Art. 69 E-BVG: Parlamentarische Beratung	48
5.2. Gesetzgebungsverfahren: Fazit	49
6. Fazit & Würdigung	50
Selbständigkeitserklärung	50

Literaturverzeichnis

Generelle Hinweise zur Zitierweise:

- Die Zitierweise richtet sich an den Werken:
HAAS RAPHAËL/BETSCHART FRANZISKA M./THURNHERR DANIELA, Leitfaden zum Verfassen einer juristischen Arbeit, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014; FORSTMOSER PETER/OGOREK REGINA/SCHINDLER BENJAMIN, Juristisches Arbeiten, eine Anleitung für Studierende, 6. Aufl., Zürich 2018.
- Falls kein spezifischer Zitierhinweis angegeben ist, werden die verwendeten Werke mit Nachnamen des Autors sowie Seitenzahl bzw. Randziffer zitiert.
- Aufgrund der Aktualität und Kontroverse der Thematik in der Lehre und Politik sind viele Quellen nur im Internet zugänglich (i.e. Internetquellen). Diejenigen Internetquellen, die wissenschaftliche Literatur darstellen, werden im Literaturverzeichnis aufgenommen.

ACKERMANN VIKTOR/BIEHLE MONIKA, Anschlussvertrag, in: VPS (Hrsg.), Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Luzern 2015, S. 17 f.

AMMANN CATERINA, Kommentierung der Art. 412, 413, 415 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. AMMANN, in: BSK-OR I, Art. ... OR, Rz. ...)

AMSCHWAND ISABELLE/TILLE BERTRAND, Fiscalité des institutions de prévoyance professionnelle, L'exonération fiscale et ses limites, in: SPV 12/2020, S. 42 ff.

BAUMANN HANNES, Die Courtage des Versicherungsmaklers, Diss. Zürich 1996

BAUMANN ROGER/FORLIN LIVIO, Wettbewerb in der beruflichen Vorsorge, Entwicklung, Anreize, Risiken und Anpassungsbedarf vom 27. Februar 2019, St. Gallen 2019, <https://www.c-alm.ch/assets/downloads/Studie_Wettbewerb_20200227ueberarbeitung-neu.pdf> (besucht am: 10.05.21) (zit. C-alm Studie, S. ...)

DIESELBEN, Wettbewerb in der beruflichen Vorsorge, Transparenz alleine reicht nicht, in: SPV 04/2019, S. 20 f. (zit. BAUMANN/FORLIN, S. ...)

BIEHLE MONIKA, Gemeinschaftseinrichtungen, in: VPS (Hrsg.), Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Luzern 2015, S. 70 (zit. BIEHLE, GE, S ...)

DIESELBE, Sammeleinrichtungen, in: VPS (Hrsg.), Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Luzern 2015, S. 143 (zit. BIEHLE, SE, S. ...)

DIESELBE, Stiftungsrat/Vorsorgekommission, in: VPS (Hrsg.), Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Luzern 2015, S. 157 (zit. BIEHLE, Vorsorgekomm., S. ...)

DIESELBE, Verantwortlichkeit/Haftung, in: VPS (Hrsg.), Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Luzern 2015, S. 182 (zit. BIEHLE, Haftung, S. ...)

BLOCH-RIEMER RUTH, Kommentierung der Art. 51b, Art. 52 BVG, in: Hürzeler Marc/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, Basel 2021 (zit. BLOCH-RIEMER, in: BSK-bV, Art. ... BVG, Rz. ...)

BRECHBÜHL JÜRIG/GECKELER HUNZIKER MAYA, Kommentierung des Art. 66 BVG, in: SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GEISER THOMAS/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 66 BVG, Rz. ...)

BRECHBÜHL JÜRIG/GROB FRANZISKA, Wechsel der Vorsorgeeinrichtung, Mitbestimmungsrechte des Personals und Auswirkungen, in: Kieser Ueli/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), BVG-Tagung 2018 – Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, Zürich 2018, S. 1 ff.

BUR BÜRGIN FRANZISKA/MURESAN REMUS, Das Courtagen-System im Bereich der beruflichen Vorsorge – Evaluation ausgewählter Aspekte, Rechtsgutachten zuhanden der SIBA vom 17. November 2019, Basel 2019 (zit. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. ...)

Hinweis: GA kann auf der Seite der SIBA nicht bezogen werden, es wurde mir jedoch freundlicherweise von der SIBA zur Verfügung gestellt.

DIESELBEN, Broker-Courtage, Das Kind nicht mit dem Bade ausschütten, in: SPV 09/2019, S. 96 f. (zit. BUR BÜRGIN/MURESAN, Kind, S. ...)

CONRAD HANS-PETER/LANG PETER, Kommentierung des Art. 80 BVG, in: Hürzeler Marc/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, Basel 2021 (zit. CONRAD/LANG, in: BSK-bV, Art. 80 BVG, Rz. ...)

FELLMANN WALTER, Kommentierung der Art. 394, 398 OR, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band IV: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394 – 406 OR, Bern 1992 (zit. FELLMANN, in: BK, Art. ... OR, Rz. ...)

FINK THOMAS, Risikoprämie/Risikobeitrag/Zusatzbeitrag/Risikoleistungen, in: VPS (Hrsg.), Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Luzern 2015, S. 139 f.

FUHRER STEPHAN, Gebt dem Makler, was dem Makler ist, und dem Kunden, was dem Kunden ist, Zur Entschädigung des Versicherungsmaklers im Lichte der Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgericht, in: HAVE 2/2013, S. 107 ff. (zit. FUHRER, HAVE, S. ...)

DERSELBE, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011 (zit. FUHRER, Privativ., Rz. ...)

GÄCHTER THOMAS/GECKELER HUNZIKER MAYA, Kommentierung der Art. 48, 51 BVG, in: SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GEISER THOMAS/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. ... BVG, Rz. ...)

GNÄDINGER ANDREAS, Sammeleinrichtungen, Stiftungsrat ist für die Gesamtleitung verantwortlich, in: SPV 02/2016, 53 f.

GRÜNINGER HAROLD, Kommentierung des Art. 80 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 – 456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2018 (zit. GRÜNINGER, in: BSK-ZGB I, Art. 80 ZGB, Rz. ...)

GUBSER PETER, Freie Mittel, in: VPS (Hrsg.), Fachwörterbuch für die berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Luzern 2015, S. 66

HAUSHEER HEINZ/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Auflage, Bern 2020

HOUDROUGE RAYAN/GONCZY GUILLAUME, Rétrocessions, La rémunération des courtiers dans la prévoyance professionnelle, in: SPV 05/2019, S. 117 ff.

HÜRZELER MARC, Berufliche Vorsorge, Ein Grundriss für Studium und Praxis, Basel 2020
(zit. HÜRZELER, Grundriss, Kap. ..., Rz. ...)

DERSELBE, Betriebsschliessung und Betriebsübernahme – Auswirkungen auf die berufliche Vorsorge, in: Kieser Ueli/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), BVG-Tagung 2015 – Aktuelle Fragen der beruflichen Vorsorge, Zürich 2016, S. 1 ff. (zit. HÜRZELER, Betriebsschliessung, S. ...)

HÜRZELER MARC/CADERAS CLAUDIA, Kassenwechsel, Im Einverständnis mit dem Personal, in: SPV 06/2018, S. 96 f.

HÜRZELER MARC/BRÜHWILER JÜRG, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Band XIV, Soziale Sicherheit, Basel 2016
(zit. HÜRZELER/BRÜHWILER, Kap. ..., Rz. ...)

HUNZIKER SILVIA, Das Prinzipal-Agent-Problem im schweizerischen Vertragsrecht, Informationsasymmetrien und Verhaltenssteuerung, Diss. Zürich 2006

KIESER UELI, Kommentierung der Art. 52, 53f BVG, in: SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GEISER THOMAS/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, BVG und FZG, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. KIESER, in: KOSS, Art. ... BVG, Rz. ...)

KUHN MORITZ W., Versicherungsbroker in der beruflichen Vorsorge, Aufgaben und Entschädigung, in: SPV 07/2014, S. 83 ff. (zit. KUHN, SPV, S. ...)

KUHN ROLF, Die Pflicht zur Abgabe von Vermögensvorteilen in der beruflichen Vorsorge, in: AJP 08/2013, S. 1191 ff. (zit. KUHN, AJP, S. ...)

LEHMANN MARKUS, Schmuggelte Bundesrat Alain Berset den Artikel 69 E-BVG (berufliche Vorsorge) in die Vorlage?, in: the broker – about insurances vom 18. Juni 2020, <<https://thebroker.ch/schmuggelte-bundesrat-den-artikel-69-in-die-vorlage/>> (besucht am: 05.09.21) (zit. LEHMANN, the broker)

DERSELBE, Retrozessionen, Honoraraufträge, Regulierung, Was hinter den Schlagworten steckt, in: SPV 09/2019, S. 84 f. (zit. LEHMANN, SPV, S. ...)

MÜLLER-CHEN MARKUS/GIRSBERGER DANIEL/DROESE LORENZ, Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. Kap. ... , Rz. ...)

MÜLLER-CHEN MARKUS/UHLMANN FELIX, Zusammenarbeitsverträge zwischen Versicherern und Brokern, in: HAVE 3/2005, S. 224 ff.

NATOLI MARCO, Stellungnahme zu „SPV 06/21: Die SIBA wurde angehört, der ASIP nicht“, in: SPV 07/2021, S. 17

OSER DAVID/WEBER ROLF H., Kommentierung der Art. 394, 398, 400 OR, in: Widmer Lüscher Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 7. Aufl., Basel 2019 (zit. OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. ... OR, Rz. ...)

PÄRLI KURT/KÄMPF CHRISTINA, Kommentierung des Art. 11 BVG, in: Hürzeler Marc/Stauffer Hans-Ulrich (Hrsg.), Basler Kommentar, Berufliche Vorsorge, Basel 2021 (zit. PÄRLI/KÄMPF, in: BSK-bV, Art. 11 BVG, Rz. ...)

RIEMER HANS MICHAEL, Kommentar zu Art. 80 ZGB, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch, Die juristischen Personen, Die Stiftungen Art. 80 – 89c ZGB, 2. Aufl., Bern 2020 (zit. RIEMER, in: BK, Art. 80 ZGB, Rz. ...)

ROMAN BAUMANN LORANT, Der Stiftungsrat, Das oberste Organ gewöhnlicher Stiftungen, Diss. Zürich 2009

SCHMEISER HATO/ELING MARTIN, Nutzen und Kosten der unabhängigen Versicherungsvermittlung (Versicherungsbroker) für Arbeitnehmer und Arbeitgeber in der beruflichen Vorsorge, Studie im Auftrag der SIBA vom März 2020, St. Gallen 2020, <<https://www.ivw.unisg.ch/wp-content/uploads/2020/02/Versicherungsbroker-beruflicheVorsorge2020.pdf>>

(besucht am: 10.05.21) (zit. HSG-Studie, S. ...)

SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/GEISER THOMAS/GÄCHTER THOMAS (Hrsg.), Commentaire des assurances sociales suisses, LPP et LFLP, 2. Aufl., Bern 2019 (zit. BEARBEITER, in: KOSS, Art. ... BVG, Rz. ...)

SCHAFFNER URS, Pensionskassenführung in der Praxis, Handbuch für Stiftungsräte und Geschäftsleitungen, Luzern 2016

SCHWEIZERISCHE STEUERKONFERENZ, Vorsorge und Steuern, Anwendungsfälle zur beruflichen Vorsorge und Selbstvorsorge, Bern 2020 (zit. SSK 2020, A. ...)

STAUFFER HANS-ULRICH, Retrozessionen in der beruflichen Vorsorge – Die Behandlung von Broker-Provisionen, in: SZS 5/2009, S. 454 ff. (zit. STAUFFER, SZS, S. ...)

DERSELBE, Berufliche Vorsorge, 3. Aufl., Zürich 2019 (zit. STAUFFER, bV, Rz. ...)

STUDER HELMUT, Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz, Diss. Zürich, Bern 2000

UTTINGER LAURENCE, Maklerprovisionen in der beruflichen Vorsorge: Ein echtes Kopfzerbrechen! Ein Interview mit Frau Laurence Uttinger aus Sicht des Vorsorgerechts vom 17. November 2020, <<https://www.fctpension.swiss/de/actualites/Maklerprovisionen-beruflichen-Vorsorge>> (besucht am: 22.08.21) (zit. UTTINGER, Kopfzerbrechen)

DIESELBE, Vortrag an Delegiertenversammlung Stiftung Abendrot, Basel 19. September 2019, <https://www.abendrot.ch/fileadmin/editors/PDFs/Delegiertenversammlung/DV2019/Vortrag_Uttinger_Akquisition_bei_Sammelstiftungen.pdf>

(besucht am: 31.06.21) (zit. UTTINGER, Vortrag Abendrot, S. ...)

DIESELBE, Broker, Dürfen Vorsorgeeinrichtungen Courtagen zahlen?, in: SPV 09/2016, S. 31 ff. (zit. UTTINGER, VE, S. ...)

DIESELBE, Broker und Courtagen, Brokerverträge im rechtlichen Kreuzfeuer, in: SPV Sonderausgabe Sammel- und Gemeinschaftseinrichtungen 2015, S. 20 ff. (zit. UTTINGER, Kreuzfeuer, S. ...)

UTTINGER LAURENCE/FISCHER RENÉ, Dürfen Vorsorgestiftungen Courtagen zahlen?, in: GEWOS (Hrsg.), Beiträge zur 2. Säule, Bd. 5, Die Rolle des Arbeitgebers in der beruflichen Vorsorge, Luzern 2016, S. 151 ff.

UTTINGER LAURENCE/ZELLWEGER RAPHAEL, Courtagenzahlungen von Vorsorgeeinrichtungen an Broker – Eine vorsorgerechtliche Beurteilung, Rechtsgutachten zuhanden des ASIP vom 22. Januar 2020 (mit Ergänzung vom 15. Mai 2020 und 17. Juni 2020), Zug 2020, <<https://www.asip.ch/de/basket/?next=de/dienstleistungen/fachmitteilungen/>>

(besucht am: 15.04.21) (zit. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. ...)

Hinweis: GA kann vom ASIP unter angegebenem Link gegen eine Gebühr von CHF 50.- bezogen werden.

DIESELBEN, Pflichten des Stiftungsrats, Neuer Bundesgerichtsentschied zu Retrozessionszahlungen, in: SPV 10/2017, S. 100 f. (zit. UTTINGER/ZELLWEGER, Pflichten, S. ...).

VETTER-SCHREIBER ISABELLE, BVG – FZG Kommentar, Orell Füssli Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. ... BVG, Rz. ...)

YENIGÜN-FISCHER JUDITH, Verantwortlichkeit von Stiftungsräten, Aktive Stiftungsräte mit gesundem Menschenverstand, in: SPV 02/2016, S. 39

ZÜGER MARINA, Zusammenwirken zwischen BVG-Aufsicht und Steuerbehörden, Erste Erfahrungen mit dem 3. Verordnungspaket der BVG-Revision, in: SPV 09/2006, S. 33 ff.

ZUMSTEIN JENNIFER/ZELLWEGER RAPHAEL, Pensionskassenwechsel: Die Zustimmung der Mitarbeitenden ist Pflicht!, in: HR Today 05/2021, S. 1 ff.

Abkürzungsverzeichnis

Generelle Hinweise:

- Internetquellen, die keine wissenschaftliche Literatur darstellen und somit nicht im Literaturverzeichnis aufgenommen werden, werden bei *einmaliger Verwendung* in der jeweiligen Fussnote zitiert. Bei *mehrmaliger Verwendung* werden sie im Abkürzungsverzeichnis mit entsprechendem Zitierhinweis aufgenommen.

A.	Anwendungsfall
Abs.	Absatz
AGer	Arbeitgeber
AHVG	Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (SR 831.10)
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Lachen)
Allg./allg.	Allgemein/allgemein
a.M.	andere(r) Meinung
Amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
ANer	Arbeitnehmer
Ann.	Annahme
Art.	Artikel
ASIP	Schweizerischer Pensionskassenverband
Aufl.	Auflage
AVO	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung) vom 9. November 2005 (SR 961.011)
BBi	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
Bd.	Band
BFS	Bundesamt für Statistik
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BK	Berner Kommentar
BR	Bundesrat
BSK-bV	Basler Kommentar Berufliche Vorsorge
BSK-OR I	Basler Kommentar Obligationenrecht I (Art. 1 – 529 OR)

BSK-ZGB I	Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I (Art. 1 – 456 ZGB)
Bsp.	Beispiel
Bspw./bspw.	Beispielsweise/beispielsweise
BSV	Bundesamt für Sozialversicherungen
bV	berufliche Vorsorge
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BVV 2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SR 831.441.1)
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
B2B	Business-to-Business
B2C	Business-to-Consumer
Ca./ca.	zirka
c-alm	Beratungsunternehmen für Vorsorgeeinrichtungen, Versicherungen und weitere Unternehmen („comprehensive asset liability management“) (St. Gallen/Zürich)
CHF	Schweizer Franken
CoC	Code of Conuct
DBG	Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11)
D.h./d.h.	Das heisst/das heisst
Diss.	Dissertation
DL	Dienstleistung
dt.	deutsch
E.	Erwägung
E-	(Gesetzes-)Entwurf
e.g.	exempli gratia = zum Beispiel
engl.	Englisch
entspr.	entsprechend(e)
et al.	et alii = und weitere
etc.	et cetera

EVG	Eidgenössisches Versicherungsgericht (bis 2006)
evtl.	eventuell
f.	folgende (Seite)
FDP	Freisinnig-Demokratischen Partei der Schweiz
ff.	fortfolgende (Seiten)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
FZG	Bundesgesetz über die Freizügigkeit in der beruflichen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Freizügigkeitsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 831.42)
GA	Gutachten
GE	Gemeinschaftseinrichtung
Gem./gem.	Gemäss/gemäss
Gewos	Schriftenreihe des Verlags VPS
ggü.	gegenüber
gl.M.	gleicher Meinung
HAVE	Haftung und Versicherung (Zürich/Basel/Genf)
h.L.	herrschende Lehre
HR	Human Resources
Hrsg.	Herausgeber
HSG	Universität St. Gallen – Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften, Internationale Beziehungen und In- formatik
i.c.	in casu = im vorliegenden Fall
i.d.R.	in der Regel
i.e.	id est = das ist, das heisst
i.e.S.	im engeren Sinne
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
i.R.d.	im Rahmen des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
i.Z.m.	im/in Zusammenhang mit

Kap.	Kapitel
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOSS	Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht
lit.	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
mind.	mindestens
MitwG	Bundesgesetz über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben (Mitwirkungsgesetz) vom 17. Dezember 1993 (SR 822.14)
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
od.	oder
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
OR AT	Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil
parl.	parlamentarisch(e)
PK	Pensionskasse
PK-Netz	PK-Netz 2. Säule – Die BVG-Plattform der Arbeitnehmenden
reglm.	regelmässig
resp.	respektive
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite(n)
SE	Sammeleinrichtung
SGK-NR	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates
SGK-SR	Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Ständerates

SIBA	Swiss Insurance Brokers Association – Verband Schweizerischer Versicherungsbroker
SIBA Berufsstandards	Berufsstandards für SIBA Broker vom 7. September 2020, Zürich 2020, < https://www.siba.ch/de/component/jdownloads/?task=download.send&id=92&catid=15&m=0&Itemid=204 > (besucht am: 27.07.21) (zit. SIBA Berufsstandards, Kap. ..., Art. ...)
SIBA CoC	Code of Conduct für SIBA Broker vom 5. November 2019, Zürich 2019, < https://www.siba.ch/de/component/jdownloads/?task=download.send&id=67&catid=15&m=0&Itemid=204 > (besucht am: 27.07.21) (zit. SIBA CoC, Kap. ...)
SIBA Memorandum:	Aufgaben und Entschädigung der ungebundenen Versicherungsvermittler (nachfolgend Versicherungsbroker) im Zusammenhang mit der Platzierung und Betreuung einer Vorsorgeeinrichtung der beruflichen Vorsorge (nachfolgend Vorsorgeeinrichtung) vom 11. April 2014, Zürich 2014, < https://www.siba.ch/images/pdf/regulatorisches/bvg_2020/140505_aufgaben_und_entsch_der_ungeb_versicherungsvermittler.pdf > (besucht am: 27.07.21) (zit. SIBA Memo, Rz. ...)
sog.	sogenannt(e)
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SPV	Fachzeitschrift „Schweizer Personalvorsorge“ (Luzern)
SR	Ständerat
SSK	Schweizerische Steuerkonferenz
St.	Sankt
StHG	Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden (Steuerharmonisierungsgesetz) vom 14. Dezember 1990 (SR 642.14)
s.u.	siehe unten
SV	Sachverhalt

SVV	Schweizerischer Versicherungsverband
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (Bern)
TBM	Tatbestandsmerkmal(e)
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 17. Dezember 2004 (SR 961.01)
VE	Vorsorgeeinrichtung
Vers.	Versicherung
vgl.	vergleiche
v.G.w.	von Gesetzes wegen
VIG	Bundesgesetz über das Vernehmlassungsverfahren (Vernehmlassungsgesetz) vom 18. März 2005 (SR 172.061)
VN	Versicherungsnehmer
VO	Verordnung
VPS	Verlag Personalvorsorge und Sozialversicherung AG (Luzern)
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
VZ	Vermögens Zentrum (Schweizer Finanzdienstleister)
VZ-Studie:	Entschädigung der Versicherungsbroker in der 2. Säule, Potenzielle Interessenkonflikte von Versicherungsbrokern, Zürich März 2021, < https://www.vermoegenszentrum.ch/news/umfragen-und-studien/2021/vz-studie-entschaedigungen-versicherungsbroker.html > (besucht am: 08.05.21) (zit. VZ-Studie, S. ...) <u>Hinweis:</u> GA kann vom VZ unter angegebenem Link umsonst bezogen werden.
www.	World wide web
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer

zit.	zitiert
ZP	Zeitpunkt
z.T.	zum Teil
zw.	zwischen
%	Prozent
&	und

Materialien und weitere amtliche Publikationen

Pensionskassenstatistik 2019: Kommentierte Ergebnisse, Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2021 (zit. BFS, PK-Statistik 2019, S. ...)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (Modernisierung der Aufsicht in der 1. Säule und Optimierung in der 2. Säule der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge) vom 20. November 2019, BBl 2020 1 ff. (zit. Botschaft Modernisierungsvorlage, S. ...)

Erläuternder Bericht zu den Änderungen der Verordnungen im Rahmen der Strukturreform in der beruflichen Vorsorge sowie der Finanzierung von Vorsorgeeinrichtungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Bundesamt für Sozialversicherungen, Juni 2011, S. 20 ff. (zit. BSV-Bericht Strukturreform, S. ...)

Botschaft zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes vom 7. September 2011, BBl 2011 7705 ff. (zit. Botschaft VVG, S. ...)

Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (Strukturreform) vom 15. Juni 2007, BBl 2007 5669 ff. (zit. Botschaft Strukturreform, S. ...)

Botschaft zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer (Botschaft über die Steuerharmonisierung) vom 25. Mai 1983, BBl 1983 III 1 ff. (zit. Botschaft Steuerharmonisierung, S. ...)

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 19. Dezember 1975, BBl 1976 I 149 ff. (zit. Botschaft BVG, S. ...)

Gender-Hinweis

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Rahmen dieser Arbeit bei Personenbezeichnungen und personenbezogenen Hauptwörtern jeweils die männliche Form verwendet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für alle Geschlechter. Dieses Vorgehen ist frei von jeglicher Wertung und hat rein redaktionelle Gründe.

1. Einleitung

1.1. Problemstellung

Aufgrund der Komplexität des Vorsorgemarktes und entsprechend fehlendem Fachwissen beauftragen AGer für die Erfüllung ihrer Anschlusspflicht (Art. 11 Abs. 1 BVG)¹ resp. Wahl eines passenden Anschlusses, einen Broker. Die Broker sind im heutigen Vorsorgemarkt zweifelsohne wichtig und wertvoll, das Kontroverse ist jedoch deren Entschädigung. Denn Broker werden regelmässig nicht von ihrem Auftraggeber (i.e. AGer) entschädigt, sondern sie lassen sich vom Anbieter (i.e. VE) mittels einer Courtage entschädigen (sog. Courtagen-Modell). Da die Höhe dieser Courtagen von VE zu VE variiert, liegt beim Courtagen-Modell der Verdacht nahe, dass die Broker dem Anreiz unterliegen könnten, nicht die VE mit der für den AGer optimalsten Vorsorgelösung zu empfehlen, sondern diejenige, die die höchsten Courtagen verspricht. Die Diskussion der Brokerentschädigung gewinnt zudem aufgrund des seit längerem zu beobachtenden Strukturwandels in Richtung Sammelgefässe (i.e. SE, GE) immer mehr an Bedeutung. Das Courtagen-Modell im beruflichen Vorsorgebereich hat auch in der Politik und Literatur jüngst hohe Wellen geschlagen, was dazu geführt hat, dass dieses Modell aktuell Gegenstand eines Gesetzgebungsverfahrens ist.

1.2. Aufbau der Arbeit

Zum Verständnis der Courtagen-Modell-Problematik ist zunächst eine ausführliche Analyse der Rechtsbeziehungen zwischen den involvierten Parteien (AGer – Broker – VE) nötig. Um die Seite der Broker in dieser Thematik darzustellen, wird (falls vorhanden) auf entsprechende Dokumente der SIBA Bezug genommen.² Weiter werden die sich aus dem Courtagen-Modell³ stellenden vorsorge- wie auftragsrechtlichen Problematiken besprochen und die drohenden Rechtsfolgen aufgezeigt. Es wird evaluiert, ob sich dieses Modell überhaupt in den

¹ Auf die zweite Option in Art. 11 Abs. 1 BVG (sog. *Errichtungspflicht* einer firmeneigenen PK) wird in dieser Arbeit nicht näher eingegangen. Dies widerspiegelt auch den Strukturwandel in Richtung Sammelgefässe (i.e. SE, GE); C-alm Studie, S. 8: Stand 2017, 71% der aktiven Versicherten sind bei SE bzw. GE angeschlossen, nur noch 29% bei einer firmeneigenen PK; Dieser Strukturwandel nahm weiter zu, vgl. BFS, PK-Statistik 2019, Grafik G2.1 (S. 10), Tabelle T.2.3 (S. 12): 72.4% bei SE bzw. GE angeschlossen. Zum Vergleich: 2010 war der Anteil bei 55.9% und 2004 bei 53%.

² Dabei ist anzumerken, dass natürlich längst nicht alle praktizierenden Broker auch SIBA-Mitglieder sind und dass im Brokerwesen entspr. auch nicht ausschliesslich nach den SIBA-Standards praktiziert wird.

³ Den Ausführungen liegt dabei stets das Courtagen-Modell in Reinform zugrunde. Es gilt anzumerken, dass in der Praxis natürlich auch immer individuelle, d.h. davon abweichende, Konstellationen möglich sind.

beruflichen Vorsorgebereich eingliedern lässt. Um an relevante und öffentlich nicht zugängliche Praxisinformationen zu kommen, konnten Interviews mit einem Broker und einem Anwalt⁴, mit dem ASIP's⁵ sowie dem PK-Netz⁶ geführt werden.

Weiter wird auf mögliche alternative Broker-Entschädigungsmodelle eingegangen, die bereits heute existieren, sich jedoch bis anhin nicht durchgesetzt haben. Zudem wird auf das aktuelle Gesetzgebungsverfahren Bezug genommen. Zuletzt werden die Erkenntnisse der Arbeit zusammengefasst und eine persönliche Würdigung vorgenommen.

2. Involvierte Parteien

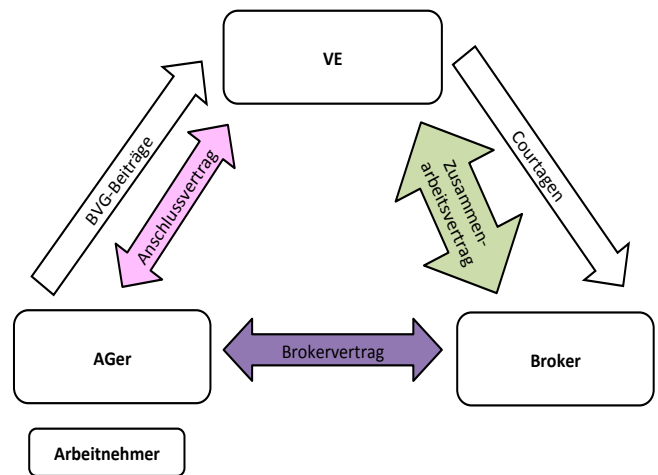
2.1. AGer – Broker – VE

2.1.1. Allgemeine Übersicht

In diesem Kapitel wird näher auf das Dreiecksverhältnis⁷ resp. die Vertragsbeziehungen zwischen **AGer – Broker – VE** eingegangen. Der Fokus wird dabei auf die für diese Arbeit relevanten Punkte gesetzt.

Die AGer beauftragen Broker (sog. **Brokervertrag**) Offerten von verschiedenen VE einzuholen und ihnen eine Anschlussempfehlung abzugeben

(*Vermittlung*). Broker nehmen nach dem Anschluss noch weitere Aufgaben (*Betreuung*) für den AGer wahr.⁸ AGer und Broker vereinbaren zudem, dass Letzterer hierfür durch eine Courtage von der VE entschädigt wird.⁹ Der Broker hat zu diesem Zeitpunkt bereits mit verschiedenen VE Verträge (sog. **Zusammenarbeitsverträge**) geschlossen, welche die Modalitäten der jährlich wiederkehrenden¹⁰ Courtagen für den Fall eines Anschlusses (sog. **An-**



⁴ Auf Wunsch der Interviewpartner wird in der Quelle Namen sowie Arbeitgeber weggelassen [zit. Interview Broker (Datum: 12.05.21) & zit. Interview Anwalt (Datum: 13.08.21)].

⁵ Direktor des ASIP's Hans Peter Konrad [zit. Interview Konrad (Datum: 15.09.21)].

⁶ Geschäftsführerin des PK-Netz Eliane Albisser [zit. Interview Albisser (Datum: 10.08.21)].

⁷ STAUFFER, bV, Rz. 1966.

⁸ Vgl. nachfolgend, 2.1.2.2, S. 4 f.; BAUMANN, S. 30; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 86 ff.; C-alm Studie, S. 11; UTTINGER/FISCHER, S. 157; UTTINGER/ZELLWEGE, GA, Rz. 55, 57, 76 f.; VZ-Studie, S. 4, 8; STUDER, S. 43 ff.

⁹ UTTINGER/ZELLWEGE, GA, Rz. 60; vgl. FUHRER, HAVE, S. 114; BAUMANN, S. 11, STUDER, S. 50.

¹⁰ Vgl. BGE 142 III 657 E. 4.1.2 S. 661 f.; Obwohl dieses Urteil das Courtage-Modell im allg. Versicherungsbrokerwesen betrifft, können die Erkenntnisse (sofern sich aufgrund der Besonderheiten des BVG-Bereichs keine abweichende Beurteilung aufdrängt) analog beigezogen werden. Das Gesagte gilt in dieser Arbeit auch

schlussvertrag) eines durch den vom Broker betreuten AGer regeln.¹¹ Im **Zusammenarbeitsvertrag** werden dem Broker zudem auch von der VE Aufgaben (*Vermittlungs- und allg. Verwaltungsaufgaben*) übertragen.¹² Die Zahlung der Courtagen ist dabei vom Bestand aller genannten Verträge abhängig.¹³ Diese Darstellung zeigt, dass sich der Broker in einem Doppelrechtsverhältnis befindet, da er einerseits mit dem AGer und andererseits mit der VE vertraglich verbunden ist.¹⁴

2.1.2. AGer – Broker

2.1.2.1. Ungebundene Versicherungsvermittler (Broker)

Versicherungsvermittler sind Personen, die im Interesse von Versicherungsunternehmen oder anderen Personen Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen.¹⁵ Vermittler, die weder rechtlich noch wirtschaftlich an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind, d.h. die sog. ungebundenen Versicherungsvermittler (i.e. Broker, Makler)¹⁶, haben die *Pflicht* sich ins FINMA-Register einzutragen.¹⁷ Übrige Versicherungsvermittler, d.h. die sog. gebundenen (i.e. Agenten)¹⁸, haben das *Recht* sich in das FINMA-Register eintragen zu lassen.¹⁹ Für die Eintragung haben ungebundene wie auch gebundene Versicherungsvermittler entsprechende persönliche, fachliche sowie versicherungstechnische Voraussetzungen zu erfüllen.²⁰ In vorliegender Arbeit geht es um die Tätigkeit der ungebundenen Versicherungsvermittler im Bereich der beruflichen Vorsorge; nachfolgend **Broker** genannt.

für weitere aus dem allg. Versicherungsbrokerwesen (oder auch anderen Bereichen) zitierten Entscheide und Literatur.

¹¹ Vgl. BGE 124 III 481 E. 4 S. 484 ff.; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 1, 60 f.; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 90 ff.; SIBA Berufsstandards, Kap. 6, Art. 23 Abs. 3; FUHRER, HAVE, S. 114; BAUMANN, S. 64.

¹² Vgl. nachfolgend, 2.1.2.2, S. 4 f.; vgl. BGE 124 III 481 E. 4b, d S. 485 ff.; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 58, 83, 86, 89, 101, 105; SIBA Berufsstandards, Kap. 5, Art. 22 Abs. 2; FUHRER, HAVE, S. 117; STUDER, S. 132 ff.; BAUMANN, S. 73 f.

¹³ UTTINGER, VE, S. 31; C-alm Studie, S.11; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 23; vgl. BGE 124 III 481 E. 4b f. S. 485 f.

¹⁴ Vgl. BGE 142 III 657 E. 4.6.1 S. 665 f.; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 96; BAUMANN, S. 80; STUDER, S. 182; VZ-Studie, S. 9; a.M. FUHRER, HAVE, S. 111.

¹⁵ Art. 40 VAG.

¹⁶ FUHRER, HAVE, S. 108: Die Termini Makler (dt.) und Broker (engl.) sind Synonyme, wobei in der Schweiz „Broker“ geläufiger ist.; FUHRER, Privatv., Rz. 7.27; vgl. auch BAUMANN, S. 10; a.M. STUDER, S. 12: Der den Broker als besonders qualifizierten Makler versteht.

¹⁷ Art. 43 Abs. 1 VAG.

¹⁸ Agenten sind Aussendienstmitarbeiter von Vers. (oder i.c. von VE), vgl. FUHRER, Privatv., Rz. 7.20.

¹⁹ Art. 43 Abs. 2 VAG; Art. 183 AVO e contrario.

²⁰ Art. 44 VAG; Art. 184 – 185 AVO; vgl. FUHRER, Privatv., Rz. 7.102 ff.

2.1.2.2. *Übernommene Aufgaben des Brokers*

Das SIBA-Memorandum betreffend Aufgaben und Entschädigung der Broker im Bereich der beruflichen Vorsorge steckt illustrativ die möglichen Aufgabenbereiche ab, welche dem Broker i.d.R. übertragen werden. Im genannten Memorandum wird zwischen Aufgaben **vor** und **während** dem Anschluss an eine VE unterschieden.²¹ Es werden insgesamt 32 Aufgaben aufgezählt, wovon 25 solche sind, die eigentlich in den Aufgabenbereich des AGers fallen. Bei den restlichen 7²² handelt es sich wiederum um solche, die dem Aufgabenbereich der VE zuzuordnen sind. Somit kann festgestellt werden, dass der Broker vordergründig Aufgaben für den AGER wahrnimmt.²³ Nachfolgend werden die am meisten thematisierten Aufgaben aufgezählt und dem entsprechenden Aufgabenbereich zugeteilt:

Beratungs- und Unterstützungsaufgaben (*Vermittlung*) **vor/bis** zum Anschluss.²⁴

- Planung Vorsorgekonzept, Ausschreibung, Auswahl und Verhandlung mit VE. Wie auch Personalorientierung i.Z.m. Sicherstellung der Mitwirkungsrechte²⁵ der ANer.
→ Anschlusspflicht des AGers (Art. 11 Abs. 1 BVG)
- Eine wichtige Aufgabe, die der Broker regelmässig für die VE übernimmt, die jedoch im SIBA-Memorandum nicht erwähnt wird, ist die Zuführung von (Neu-)Anschlüssen (*Vermittlung*).²⁶ Damit wären es insgesamt 8 Aufgaben (25%), die der Broker regelmässig für die VE erbringt und 25 (75%) solche, die er regelmässig für den AGER übernimmt.

Betreuungsaufgaben während dem Anschluss:²⁷

- Überprüfung Vorsorgelösung sowie Überwachung von Qualität und Bonität der Anbieter (i.c. VE), Verbesserung Vertragsbedingungen → Teil Anschlusspflicht AGER (Art. 11 Abs. 1 BVG).

²¹ Vgl. zum Ganzen SIBA Memo, Rz. 10 – 41.

²² Nur bei Rz. 14, 15, 16 (vor Anschluss) und Rz. 22, 31, 39, 40 (während Anschluss) handelt es sich m.E. um Unterstützungsaufgaben der VE. Wobei es sich jedoch bei einigen Aufgaben um solche handelt, die eigentlich nur im Falle der Errichtung einer neuen VE anfallen, nicht jedoch im Falle eines reinen Anschlusses.

²³ Vgl. SIBA Memo, Rz. 6: Wort „ausserdem“, was in diesem Kontext ausdrückt, dass in erster Linie Aufgaben für den AGER übernommen werden und zusätzlich auch solche, die sonst bei der VE anfallen würden. Insofern halten UTTINGER/ZELLWEGER zutreffend fest, dass der Titel des Memorandums unglücklich gewählt ist, da er vermuten lässt, dass es sich bei den aufgelisteten Aufgaben um solche der VE handelt. Vgl. ferner auch die Ausführungen UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Anhang Frage 1.

²⁴ SIBA Memo, Rz. 10 – 20.

²⁵ Zum Ganzen Thema Mitwirkungsrecht vgl. nachfolgend, 2.1.3.2, S. 11 ff.

²⁶ Vgl. BGE 124 III 481 E 4b S. 485 f.; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 58, 83, 101; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 18.

²⁷ SIBA Memo, Rz. 21 – 41.

- Meldung der versicherungspflichtigen ANer. Angaben, die für Führung der Alterskonti nötig sind. Meldung Lohnbestandteile und Kontrolle. Orientierung VE über geplante Umstrukturierungen → Ausfluss Meldepflicht AGer (Art. 10 BVV 2)
- Unterstützung, Beratung der VE: Änderung Vorsorgeplan, Betreuung Schadenfall, Wohneigentumsförderung, Hilfe bei Tagesgeschäft etc. → Broker entlastet VE bei *allg. Verwaltungsaufgaben*.

Für die spätere Beurteilung ob eine Brokerentschädigung aus Vorsorgevermögen zweckmässig ist, wird die Zuteilung der Aufgaben zum jeweiligen Aufgabenbereich noch von Bedeutung sein.²⁸ Es ist zu erwähnen, dass in der Praxis die Übernahme von Aufgaben, die eigentlich dem AGer obliegen, im sog. **Brokervertrag** zw. Broker und AGer geregelt werden.²⁹ Die Übernahme von Aufgaben, die ansonsten der VE zustehen würden, sind wiederum im sog. **Zusammenarbeitsvertrag** zw. VE und Broker geregelt. Im Letzteren werden ebenfalls die Modalitäten der Courtage geregelt.³⁰ Ohne Broker würden diese Aufgaben entweder beim AGer oder der VE anfallen. Somit entlastet der Broker mit seiner Dienstleistung den AGer bzw. die VE.

2.1.2.3. *Brokervertrag*

Es stellt sich die Frage, wie der **Brokervertrag** zwischen AGer und Broker rechtlich zu qualifizieren ist.

Die Wesensmerkmale des einfachen Auftrags sind zum einen die Verpflichtung des Beauftragten, die ihm übertragenen Geschäfte vertragsgemäss zu erfüllen.³¹ Die Dienstleistung (positive Leistung) hat dabei hinsichtlich eines bestimmten, vertraglich vereinbarten Arbeitsergebnisses zu erfolgen, wobei kein Erfolgseintritt geschuldet ist.³² Weiter trifft den Beauftragten zudem bei seinem Tätigwerden eine Sorgfalt- und Treue-³³ wie auch eine Rechenschafts- und Herausgabepflicht³⁴. Bei der Sorgfalts- und Treuepflicht steht die Wahrung der Interessen des Auftraggebers im Zentrum.³⁵

Der Broker wird regelmässig verpflichtet (dauerhaft) die sorgfältige *Vermittlung* und *Betreuung* des AGer in Bezug auf dessen Versicherungssituation im beruflichen Vorsorgebereich

²⁸ Vgl. nachfolgend, Kap. 3, S. 23 ff.

²⁹ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 76 f.

³⁰ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 58, 83, 105; SIBA Berufsstandards, Kap. 5, Art. 22 Abs. 2.

³¹ Art. 394 Abs. 1 OR.

³² OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 394 OR, Rz. 1, 6 ff.; vgl. BGE 127 III 357 E. 1b S. 359.

³³ Art. 398 Abs. 1, 2 OR; vgl. OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 394 OR, Rz. 3; vgl. FELLMANN, in: BK, Art. 398 OR, Rz. 16 ff.: Zum Ganzen Thema „Sorgfalts- und Treuepflichten“ m.w.Verw.

³⁴ Art. 400 Abs. 1 OR.

³⁵ Vgl. OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 394 OR, Rz. 2; vgl. auch FELLMANN, in: BK, Art. 394 OR, Rz. 252 f.: „Auftragnehmer als denkender Gehorsam fremder Interessen“.

wahrzunehmen.³⁶ Somit kann festgehalten werden, dass der Brokervertrag die Wesensmerkmale eines einfachen Auftrags erfüllt.³⁷

In der Literatur werden verschiedene andere rechtliche Qualifikationen des Brokervertrags diskutiert. Diese gilt es nachfolgend zu würdigen.

Erstens könnte es sich beim Brokervertrag auch um einen Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) handeln. Es ist vorwegzunehmen, dass auch der Mäklervertrag im Allgemeinen unter den Vorschriften des einfachen Auftrags steht.³⁸ Broker schulden i.d.R. auch nach erfolgreicher *Vermittlung* eines Anschlusses weiterhin *Betreuung*³⁹, somit ist der Brokervertrag ein auf Dauer ausgerichteter Vertrag.⁴⁰ Ein Mäklervertrag endet jedoch regelmässig bereits nach abgeschlossener Vermittlung.⁴¹ Der Aspekt der Dauer spricht somit für eine Qualifikation als Auftrag.⁴² Auch die auf Dauer ausgelegte Entschädigung (i.e. Courtage) spricht gegen einen Mäklervertrag.⁴³

BUR BÜRGIN/MURESAN definierten den Brokervertrag zunächst als Innominatvertrag (Vertrag eigener Art mit auftragsrechtlichen Elementen)⁴⁴. Sie vertraten die Auffassung, dass der Broker aufgrund der paritätischen Natur der beruflichen Vorsorge (paritätische Zusammensetzung der BVG-Beiträge; paritätische Verwaltung VE) zwingend auch zur Wahrung der Interessen beider Sozialpartner (i.e. AGer und ANer) verpflichtet ist. Das gemeinsame Interesse der Sozialpartner ist es dabei, eine passende VE zu finden. Dafür behelfen sie sich eines Brokers.⁴⁵

Es ist anzumerken, dass eine solche zwingende Pflicht zur sozialpartnerschaftlichen Interessenwahrung gesetzlich nicht vorgesehen ist. Die reine Bezugnahme auf die paritätische Natur der beruflichen Vorsorge begründet keine zwingende gesetzliche Pflicht.⁴⁶ Eine gleichzeitige

³⁶ Vgl. vorstehend, 2.1.1, S. 2 m.w.Verw.

³⁷ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 67 – 82; STAUFFER, bV, Rz. 1966; vgl. FUHRER, HAVE, S. 109 ff.; vgl. bereits schon BAUMANN, S. 32, 54 ff.

³⁸ Art. 412 Abs. 2 OR.

³⁹ Vgl. vorstehend, 2.1.1, S. 2 m.w.Verw.

⁴⁰ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 81; vgl. BGE 124 III 481 E. 4c f. S. 486; BAUMANN, S. 80; SIBA Berufsstandards, Kap. 4, Art. 13.

⁴¹ FUHRER, HAVE, S. 110; vgl. BGE 75 II 53 E. 1a S. 54 f.

⁴² OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 394 OR, Rz. 4; vgl. FELLMANN, in: BK, Art. 394 OR, Rz. 195 ff.; FUHRER, HAVE, S. 110; Z.T. wird trotzdem noch an Qualifikation des Mäklervertrags festgehalten vgl. etwa VZ-Studie, S. 7.

⁴³ Vgl. BGE 124 III 481 E. 3b S. 483 f.: „Diese auf unbeschränkte Dauer angelegte Entschädigung (i.e. Courtage) ist mit der gesetzlichen Regelung des Maklervertrags nicht vereinbar.“; AMMANN, in: BSK-OR I, Art. 415 OR, Rz. 3 f.; FUHRER, HAVE, S. 111.

⁴⁴ STUDER, S. 86 ff., qualifiziert den Brokervertrag als Innominatvertrag mit Elementen des Werkvertrags, Mäklervertrags, einfachen Auftrags sowie des Agenturvertrags. Gl. M. MÜLLER-CHEN/UHLMANN, S. 225 f.

⁴⁵ BUR BÜRGIN/MURESAN, Kind, S. 96; vgl. auch HSG-Studie, S. 12, 20.

⁴⁶ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 185 (m.w.H. in entspr. Fn. 136 des GA).

Interessenwahrung ist zudem schwierig zu begründen, weil dafür jeder ANer ebenfalls Vertragspartei werden müsste. „Die ANer“ als Gruppe können aufgrund fehlender Rechtsfähigkeit jedoch nicht Vertragspartei werden.⁴⁷ Entsprechend muss der Broker auch nicht die Interessen beider, sondern gemäss den allgemeinen auftragsrechtlichen Grundsätzen nur diejenigen seines Auftraggebers (i.e. AGer) wahren.⁴⁸ UTTINGER/ZELLWEGER merken jedoch an, dass Brokerverträge natürlich im Resultat indirekt zugunsten der zu versichernden ANer wirken. Das ändert jedoch nichts an der Tatsache, dass der Broker ausschliesslich dem AGer verpflichtet ist.⁴⁹

Auch ein Blick auf die SIBA „Berufsstandards für SIBA-Broker“ unterstützt die Auffassung einer alleinigen Interessenwahrung im Sinne des AGer. Die besagten Standards statuieren, dass der Broker aufgrund der Brokervereinbarung mit seinem Auftraggeber (i.e. AGer) als oberste Pflicht dessen Versicherungs- und Vermögensinteressen wahrzunehmen hat.⁵⁰

Im SIBA „CoC“ wird zudem ausgeführt, dass der Broker dem Kunden qualitativ hochwertige *Beratung* und *Betreuung* der ihm übertragenen Aufgaben schuldet und er dabei mit grösstmöglicher Sorgfalt zu handeln hat.⁵¹ In beiden Dokumenten sind keine Hinweise auf eine sozialpartnerschaftliche Interessenwahrung zu finden.

Mittlerweile halten BUR BÜRGIN/MURESAN bzgl. gleichzeitiger Interessenwahrung der ANer jedoch fest, dass es die ANer⁵² selbst seien, die sich mittels ihres Mitwirkungsrechts um die Wahrung ihrer Interessen ggü. dem AGer zu kümmern haben.⁵³ Dieses Mitwirkungsrecht muss der AGer im Rahmen der Durchführung seiner Anschlusspflicht beachten (Art. 11 Abs. 2 BVG). Weiter hat dieses Mitwirkungsrecht der ANer auch bei Auflösung und Wiederanschluss (Art. 11 Abs. 3^{bis} BVG) an eine VE Geltung. Wenn die ANer mit einer Änderung beim Vorsorgeverhältnis nicht einverstanden sind, so können sie ihre Zustimmung

⁴⁷ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 74; vgl. auch spätere Auffassung Bur BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 41.

⁴⁸ Siehe Art. 394 ff. OR.

⁴⁹ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 78.

⁵⁰ SIBA Berufsstandards, Kap. 4, Art. 16 Abs. 1; vgl. auch Kap. 4, Art. 12 Abs. 1; Am 07.09.2020 wurde das Dokument „Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker und CoC“ revidiert und in die zwei separaten Dokumente „Berufsstandards“ und „CoC“ geteilt. Dabei ist anzumerken, dass gem. BUR BÜRGIN/MURESAN GA, Rz. 99, in der alten Fassung (die mir zwecks dieser Arbeit von der SIBA jedoch nicht mehr zur Verfügung gestellt werden konnte) der Brokervertrag noch als *Innominatvertrag mixti generis* definiert wurde. Diese Anpassung wurde m.E. anlässlich des GA BUR BÜRGIN/MURESAN vorgenommen.

⁵¹ SIBA CoC, Kap. Professionalität und Sorgfalt.

⁵² Bzw. falls vorhanden, die Arbeitnehmervertretung.

⁵³ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 49.

verweigern (i.e. Veto einlegen). Auf dieses Mitwirkungsrecht, v.a. auf dessen genauen Geltungsbereich⁵⁴, wird an späterer Stelle genauer eingegangen.⁵⁵

Um die Sicherstellung dieser Mitwirkungsrechte zu erfüllen, sehen es BUR BÜRGIN/MURESAN für angebracht, dass der AGER aus eigenem Antrieb den Broker ausdrücklich vertraglich verpflichten würde, die Interessen der ANer mitzuberücksichtigen.⁵⁶ Eine eigentliche Verpflichtung des Brokers zur sozialpartnerschaftlichen Interessenwahrung besteht aber auch gem. BUR BÜRGIN/MURESAN nur dann, wenn dies im Brokervertrag so vereinbart wurde. Ohne eine solche Vereinbarung ist der Broker lediglich zur Interessenwahrung seines Auftraggebers (i.e. AGER) verpflichtet.⁵⁷

UTTINGER/ZELLEWEGER merken an, dass ihnen in ihrer Praxis kein einziger Brokervertrag bekannt ist, der in Abweichung der Treuepflicht ggü. dem AGER, eine gleichzeitige Interessenwahrung zu Gunsten der ANer vorsieht.⁵⁸ Brokerverträge gestalten sich vielmehr so, dass nur der AGER Auftraggeber und alleiniger Vertragspartner des Brokers ist. Der Broker hat somit ausschliesslich die Pflicht, umfassend die Interessen des AGER zu wahren.⁵⁹

Es ist festzustellen, dass BUR BÜRGIN/MURESAN ihre Auffassung bzgl. Brokervertrag also dahingehend korrigierten, dass sie diesen nicht mehr als Innominatvertrag verstehen, sondern ebenfalls als einfachen Auftrag.⁶⁰ BUR BÜRGIN/MURESAN führen zudem nachvollziehbar aus, dass es sich um einen unentgeltlichen Auftrag handelt, da der AGER den Broker nicht direkt bezahlt. Die Parteien vereinbaren im Brokervertrag vielmehr, dass der Broker von der VE mittels einer Courtage entschädigt wird. Diese wiederum wird im Zusammenarbeitsvertrag zw. VE und Broker definiert.⁶¹ Das BGER hat diesbezüglich festgehalten, dass dem Broker ggü. dem AGER auch kein vertraglicher Erfüllungsanspruch auf Honorarzahlung zusteht.⁶² Somit wird nachvollziehbar von einem – im Verhältnis zum AGER – unentgeltlichen Auftrag ausgegangen.⁶³ Dabei muss jedoch allen Parteien klar sein, dass der Broker nicht umsonst tätig

⁵⁴ Nach der hier vertretenden Ansicht ist dieses Mitwirkungsrecht nur im reinen Obligatorium zu beachten. Dazu gibt es in der Lehre jedoch auch eine andere Auffassung vgl. zu dieser Diskussion untenstehend, 2.1.3.2, S. 13.

⁵⁵ Vgl. nachfolgend, 2.1.3.2, S. 11 ff.

⁵⁶ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 47, 49.

⁵⁷ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 50.

⁵⁸ UTTINGER/ZELLEWEGER, GA, Rz. 75, 185.

⁵⁹ UTTINGER/ZELLEWEGER, GA, Rz. 74; s. auch: BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 16, 45; Vgl. VZ-Studie, S. 8.

⁶⁰ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 99.

⁶¹ Vgl. vorstehend, 2.1.1, S. 2 f.

⁶² Vgl. BGE 142 III 657 E. 4.6.3 S. 667; vgl. auch BAUMANN, S. 63.

⁶³ Vgl. zum Ganzen BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 92 ff., 99.

wird.⁶⁴ Der Broker geht diesen unentgeltlichen Auftrag nur ein, da er eine Courtage von der VE voraussetzt.⁶⁵ Dafür muss der AGer mit der VE einen Anschlussvertrag eingehen.⁶⁶

Auch das BGer qualifiziert den Brokervertrag somit als einfachen Auftrag. Gemäss BGer hat der Broker „ausschliesslich“ die Interessen des Auftraggebers (i.e. AGer) zu wahren und darf sich sodann nicht von anderen Interessen (eigene oder fremde) leiten lassen.⁶⁷ Es bezeichnet den Broker auch als „treuhänderischen Sachverwalter“⁶⁸ seines Auftraggebers.

Beim Brokervertrag handelt es sich nach der hier vertretenen Auffassung folglich um einen **einfachen Auftrag** (Art. 394 ff. OR).

Die Qualifikation als Auftrag lässt zudem die Frage aufkommen, wie sich Courtagen mit der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht (Art. 400 Abs. 1 OR) verhalten. Diese Thematik und die sich daraus stellenden Folgeprobleme im Bereich der beruflichen Vorsorge, werden nachfolgend ausführlich behandelt.⁶⁹

2.1.3. AGer – VE

2.1.3.1. Anschlussvertrag

Jeder AGer, der obligatorisch⁷⁰ zu versichernde ANer beschäftigt, hat sich einer registrierten VE⁷¹ anzuschliessen (sog. Anschlusspflicht⁷² gem. Art. 11 Abs. 1 BVG).⁷³ Der Anschluss geschieht mittels eines sog. **Anschlussvertrags**.⁷⁴ Vertragspartei dieses Vertrags sind der AGer und die VE. Der ANer ist nicht Vertragspartei, obwohl das durch den Anschlussvertrag begründete Versicherungsverhältnis zu seinen Gunsten wirkt.⁷⁵

Der Anschlussvertrag enthält dabei den Willen des AGer, finanzielle Mittel für die berufliche Vorsorge bereitzustellen und regelt die sich aus dem Anschluss ergebenden Rechte und

⁶⁴ Vgl. BGE 142 III 657 E. 4.6.2 S. 666 f.; 124 III 481 E. 4a S. 484 f.; vgl. SIBA Berufsstandards, Kap. 6, Art. 23 Abs. 1: „Der SIBA-Broker ist *entgeltlich* tätig“.

⁶⁵ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 90.

⁶⁶ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 100 f.: Sie sprechen dabei von einer Bedingung i.S.v. Art. 151 ff. OR. Ist diese Bedingung (Anschlussvertrag) nicht erfüllt, würde der unentgeltliche *Brokerauftrag* zu einem entgeltlichen werden. I.c. wird davon ausgegangen, dass es jeweils zu einem Anschlussvertrag kommt, der Brokervertrag also ein bedingt unentgeltlicher Auftrag darstellt.

⁶⁷ Urteil des BGer 4A_577/2015 vom 01.03.16 E. 4; vgl. auch VZ-Studie, S. 8.

⁶⁸ Vgl. mit Bezugnahme auf die deutsche Rechtsprechung BGE 142 III 657 E. 4.6.1 S. 665 f.; 124 III 481 E. 4a S. 484 f.; vgl. FUHRER, HAVE, S. 108.

⁶⁹ Vgl. nachfolgend, 3.3.3.1, S. 35 ff.

⁷⁰ Vgl. Voraussetzungen in Art. 2 BVG.

⁷¹ Art. 48 Abs. 1 BVG.

⁷² Vgl. redaktioneller Hinweis Fn. 1.

⁷³ Die Anschlusspflicht ist eine Pflicht von „grundlegender Bedeutung“, vgl. Botschaft BVG, S. 255; BGE 135 I 28 E. 5.2 S. 37; STAUFFER, bV, Rz. 1453; HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 198; HÜRZELER/BRÜHWILER, Kap. 2, Rz. 11, sprechen von „beruflichen Vorsorgepflicht“; vgl. auch BRECHBÜHL/GROB, S. 2.

⁷⁴ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 195; ACKERMANN/BIEHLE, S. 17.

⁷⁵ WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 13.

Pflichten der AGER und der VE. Weiter wird die Durchführung der beruflichen Vorsorge für die zu versichernden ANer vereinbart. Die Reglemente der entsprechenden VE bilden einen integralen Bestandteil des Anschlussvertrags.⁷⁶ In den Reglementen sind insbesondere die BVG-Beitragsanteile (i.e. Spar-, Risiko- und Kostenbeiträge) von AGER und ANer festgelegt.⁷⁷ Bei den aus dem Anschluss folgenden Pflichten des AGER handelt es sich zum einen um die Pflicht des AGER die im Reglement definierten BVG-Beiträge an die VE zu entrichten (Art. 66 Abs. 2 BVG).⁷⁸ Wobei dieser seinen ANer deren Beitragsbestandteile vom Lohn abzieht (Art. 66 Abs. 3 BVG).⁷⁹ Gemäss dem Grundsatz der kollektiven Beitragsparität (Art. 66 Abs. 1 BVG) hat der Beitrag des AGER mindestens so hoch zu sein wie die gesamten Beiträge aller seiner ANer. Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist rein zu Gunsten der ANer möglich (i.e. Höherer Anteil des AGER).⁸⁰ Dieser Grundsatz gilt sodann für alle Aufwendungen in der beruflichen Vorsorge, d.h. insbesondere auch für Risiko- und (Verwaltungs-)Kostenbeiträge.⁸¹ Zum anderen folgt aus dem Anschluss zusätzlich eine Meldepflicht des AGER (Art. 10 BVV 2). Er hat der VE insbesondere alle versicherungspflichtigen ANer zu melden und alle Angaben zu machen, die zur Führung der Alterskonti und zur Beitragsberechnung nötig sind.⁸²

Der Gesamtbeitrag setzt sich dabei i.d.R. aus folgenden Komponenten⁸³ zusammen:

- *Sparbeitrag* (BVG-Altersgutschriften für Finanzierung künftiger Altersleistungen → vgl. die sog. Sparstaffelung nach Altersstufen gem. Art. 16 BVG)
- *Risikobeitrag* (Beitrag für Finanzierung von Risiken Tod und Invalidität)
- *Beitrag an Sicherheitsfonds BVG, Beitrag für Teuerungsanpassung*
- *(Verwaltungs-)Kostenbeitrag* (Beitrag für Finanzierung der Verwaltungskosten der VE. Die Verwaltungskosten müssen von der VE als Ausfluss der Transparenz in der Erfolgsrechnung als separater Posten (Art. 48a Abs. 1 BVV 2) ausgewiesen werden: Allg. Verwaltungsaufwand, Vermögensverwaltung, Marketing- und Werbung, Revisionsstelle, Experte für berufli-

⁷⁶ PÄRLI/KÄMPF, in: BSK-bV, Art. 11 BVG, Rz. 23 f.; HÜRZELER/BRÜHWILER, Kap. 5, Rz. 107; ACKERMANN/BIEHLE, S. 17; SCHAFFNER, S. 15.

⁷⁷ Art. 66 Abs. 1 BVG; Vgl. HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 190; Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 93; BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 66 BVG, Rz. 5.

⁷⁸ BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 66 BVG, Rz. 31; HÜRZELER/BRÜHWILER, Kap. 5, Rz. 108.

⁷⁹ BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 66 BVG, Rz. 32.

⁸⁰ VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 66 BVG, Rz. 5; vgl. STAUFFER, bV, Rz. 1682, 2092; vgl. Urteil des BGER 9C_804/2010 vom 20.12.2010 E. 3.2; BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 66 BVG, Rz. 8.

⁸¹ BGE 124 II 570 E. 2f S. 574; VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 66 BVG, Rz. 6; BRECHBÜHL/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 66 BVG, Rz. 10.

⁸² Vgl. zum Ganzen Botschaft BVG, S. 223 f.

⁸³ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 5, Rz. 8; FINK, S. 140.

che Vorsorge, Aufsichtsbehörde sowie Kosten für Makler und Broker [i.e. Courtagen]).⁸⁴ Es wird in den jeweiligen (Kosten-)Reglementen der VE i.d.R. nicht spezifisch ausgewiesen, welcher Teil des Kostenbeitrags auf den Posten „Kosten für Makler- und Brokertätigkeit“ und somit auf Courtagen zurückzuführen ist.⁸⁵

Die Anschlusspflicht sowie die Pflicht zur Beitragsentrichtung können als Hauptpflichten des AGers ggü. der VE bezeichnet werden.⁸⁶ Demgegenüber verpflichtet sich die VE ggü. dem AGER zur Erbringung von Vorsorgeleistungen.⁸⁷ Die VE hat weiter auch die Pflicht, die Beiträge gem. Stiftungszweck, d.h. zweckkonform, zu verwenden. Dieser Aspekt ist für die Courtagen-Modell-Problematik nicht unerheblich.⁸⁸

Bezüglich Qualifikation des Anschlussvertrages kann gesagt werden, dass es sich bei diesem gem. h.L. um einen Innominatvertrag, genauer um einen Vertrag eigener Art (*sui generis*) mit versicherungs- und auftragsrechtlichen Elementen, handelt. Soweit das BVG keine Regelung enthält, ist das OR AT (Art. 1 – 183 OR) anwendbar.⁸⁹ Der Anschlussvertrag ist ein sog. Dauervertrag⁹⁰, der nicht jederzeit kündbar⁹¹ ist. Entscheidend für Dauer und Kündigungsmodalitäten sind die vertraglichen Vereinbarungen.⁹² Mit Inkrafttreten von Art. 53f Abs. 1 und 2 BVG wurde zusätzlich ein gesetzliches Kündigungsrecht bei wesentlicher Änderung des Anschlussvertrags eingeführt.⁹³

2.1.3.2. Mitwirkungsrechte (bei Anschluss, Auflösung und Wiederanschluss)

Wie im Kapitel zum Brokervertrag bereits erwähnt, hat der AGER gem. Art. 11 Abs. 2 BVG die Durchführung seiner Anschlusspflicht (Art. 11 Abs. 1 BVG) im Einverständnis mit den ANer⁹⁴ zu vollziehen.⁹⁵ Dieses **Mitwirkungsrecht** der ANer ist gem. Art. 11 Abs. 3^{bis} BVG ebenfalls bei Kündigung und Wiederanschluss an eine VE gegeben.⁹⁶

⁸⁴ C-alm Studie, S. 11; BSV-Bericht Strukturreform, S. 27.

⁸⁵ Vgl. genaueres zu Courtagen vgl. nachfolgend, 2.1.4.2, S. 17 f.; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 11, 26; Interview Broker (Datum: 12.05.21); Interview Anwalt (Datum: 13.08.21).

⁸⁶ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 190.

⁸⁷ Urteil des BGer B 149/2006 vom 11.06.2007 E. 6.2; BGE 120 V 299 E. 4a S. 304.

⁸⁸ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 95.

⁸⁹ BGE 120 V 299 E. 4a S. 304; VETTER-SCHREIBER, in OFK: Art. 11 BVG, Rz. 4 f.; HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 195; PÄRLI/KÄMPF, in: BSK-bV, Art. 11 BVG, Rz. 22; WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 4.

⁹⁰ Anschlussverträge werden reglm. für die Dauer von fünf Jahren (verbunden mit einer automatischen Vertragsverlängerung um jeweils ein Jahr, sog. Prolongationsklausel) geschlossen vgl. HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 201; vgl. auch ACKERMANN/BIEHLE, S. 18.

⁹¹ Die vertraglich vereinbarte Kündigungsfrist liegt reglm. bei sechs Monaten auf das Ende eines Kalenderjahres. Die VE gewähren aber auch „Fristverkürzungen“, vgl. HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 201.

⁹² WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 4.

⁹³ KIESER, in: KOSS, Art. 53f BVG, Rz. 5 – 10; gesetzliches Kündigungsrecht hat Geltung in der umhüllenden (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 12 BVG) wie auch in der ausserobligatorischen Vorsorge (Art. 89a Abs. 6 Ziff. 10 ZGB).

⁹⁴ „mit dem Personal oder einer allfälligen ANer-Vertretung“.

Der AGER ist, vorausgesetzt seine ANer geben ihr Einverständnis, bei der Wahl der VE jedoch frei.⁹⁷ ANer können bei einer entsprechend geplanten Änderung des Vorsorgeverhältnisses ihr Veto einlegen. Es handelt sich dabei um ein besonderes Mitwirkungsrecht i.S.v. Art. 10 lit. d MitwG.⁹⁸ Da die ANer gerade nicht Partei des Anschlussvertrags sind, will der Gesetzgeber damit sicherstellen, dass diese beim wichtigen Entscheid bzgl. Wahl einer VE mitbestimmen können.⁹⁹ Das Mitwirkungsrecht beinhaltet die Aspekte *Information*, *Anhörung* und *Mitbestimmung* resp. *Zustimmung*. Dabei sind *Information* und *Anhörung* unerlässlich, damit die ANer überhaupt wirksam mitbestimmen bzw. zustimmen können. Beim AGER müssen dabei alle relevanten Informationen frühzeitig eingeholt werden können. Dies sind sodann die Aufklärung bzgl. Grund des geplanten Wechsels wie auch eine ausführlich vergleichende Darstellung der bisherigen und der potentiell zukünftigen Vorsorgelösung.¹⁰⁰ Die Zustimmung der ANer ist eine wesentliche Voraussetzung für die Gültigkeit des Anschlussvertrags, dessen Auflösung wie auch eines Wiederanschlusses, weshalb auch von einem „echten“ Mitbestimmungsrecht gesprochen wird.¹⁰¹ Die VE ist verpflichtet zu prüfen, ob tatsächlich eine Übereinkunft zw. AGER und ANer besteht.¹⁰²

In der Praxis hat sich jedoch gezeigt, dass dieses Mitwirkungsrecht nur ungenügend beachtet wurde. Wenn sich die ANer nach der Information und Anhörung nicht explizit gegen eine geplante Änderung ausgesprochen haben, wurde regelmässig eine konkludente Zustimmung angenommen. Eine ausdrückliche Zustimmung wurde nicht sichergestellt.¹⁰³ Das Mitwirkungsrecht wurde infolgedessen jüngst in einem Urteil des BGER präzisiert.¹⁰⁴ Das BGER hielt explizit fest, dass es nicht ausreicht, die ANer nur zu orientieren und anzuhören, sie müssen vielmehr vorgängig ausdrücklich ihre Zustimmung abgeben. Sodann muss es sich um eine echte gemeinsame Entscheidung von AGER und ANer handeln.¹⁰⁵ Die ANer sind aktiv mit-

⁹⁵ Vgl. vorstehend, 2.1.2.3, S. 8; vgl. bereits Botschaft BVG, S. 291.

⁹⁶ Vgl. bereits Botschaft BVG, S. 204.

⁹⁷ Vgl. BGE 135 I 28 E. 5.2 S. 37 f.

⁹⁸ WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 9, 12.

⁹⁹ ZUMSTEIN/ZELLWEG, S. 1; vgl. BRECHBÜHL/GROB, S. 4.

¹⁰⁰ Vgl. WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 11; HÜRZELER, Betriebsschliessung, S. 17 f.; HÜRZELER/CADERAS, S. 96; BRECHBÜHL/GROB, S. 7.

¹⁰¹ WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 11, 15 f.; vgl. BRECHBÜHL/GROB, S. 8; a.M. HÜRZELER, der von einer „Ordnungsvorschrift“ anstatt einer „Gültigkeitsvoraussetzung“ spricht, vgl. HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 212.

¹⁰² Urteil des BGER B 63/99 vom 26.10.2001 E. 3 a – b mit Verweis auf Weisung des BSV, welche vorsehen, dass sich die VE des Bestehens einer Übereinkunft bewusst ist; WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 18; HÜRZELER/CADERAS, S. 96.

¹⁰³ UTTINGER/ZELLWEG, GA, Rz. 32; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 51.

¹⁰⁴ BGE 146 V 169; vgl. zum Entscheid auch VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 11 BVG, Rz. 10; PÄRLI/KÄMPF, in: BSK-bV, Art. 11 BVG, Rz. 36.

¹⁰⁵ Vgl. BGE 146 V 169 E. 4.3.2.2 S. 181.

einzu beziehen.¹⁰⁶ Wird die Zustimmung zur geplanten Kündigung des alten Vertrags nicht vorgängig eingeholt, ist die Kündigung ungültig.¹⁰⁷

Es ist jedoch zu beachten, dass dieses Mitwirkungsrecht m.E. nur im BVG-Obligatorium zu beachten ist und nicht auch in der umhüllenden und ausserobligatorischen Vorsorge. Ein erstes Indiz dafür könnte der Umstand sein, dass Art. 49 Abs. 2 BVG sowie auch Art. 89a Abs. 6 und 7 ZGB die fragliche Bestimmung nicht enthalten.¹⁰⁸ Das gewichtigere Argument ist jedoch, dass eine Anwendung der Bestimmung auf umhüllende Vorsorgelösungen dem Arbeitnehmerschutz zuwiderlaufen würde. Dies, da der AGer aufgrund strenger Mitwirkungsrechte verleitet sein könnte, nicht über das Obligatorium hinaus in die berufliche Vorsorge zu investieren.¹⁰⁹ Die restriktive Auffassung von WYLER, dass Art. 49 Abs. 2 BVG abschliessend zu verstehen ist und rein deswegen bereits die Anwendung des Mitwirkungsrechts nur auf das BVG-Obligatorium anwendbar ist, greift m.E. jedoch zu kurz.¹¹⁰ Würde dies ja bedeuten, dass auch weitere Bestimmungen, wie bspw. die Steuerbestimmungen von Art. 80 ff. BVG oder auch Art. 49 Abs. 1 BVG bzgl. Registrierung, in der umhüllenden Vorsorge nicht anwendbar wären. Es ist jedoch anzumerken, dass sich in der Praxis die wenigsten VE auf das reine BVG-Obligatorium beschränken. Meistens handelt es sich um umhüllende und zum Teil auch um überobligatorische VE, bei welchen dieses Mitwirkungsrecht, wie gesehen, gerade nicht vorgesehen ist.¹¹¹ Das BGer konnte den genauen Geltungsbereich des Art. 11 BVG bis dato offenlassen.¹¹² Es hat jedoch in einem Urteil bei Art. 11 BVG von einer „den Obligatoriums-bereich betreffenden Bestimmung“ gesprochen.¹¹³ Solange also die obligatorischen Minimalleistungen sichergestellt sind, kann der AGer die Wahl einer umhüllenden oder ausserobligatorischen VE auch ohne Zustimmung der ANer vornehmen.¹¹⁴ Das relativiert m.E. gewissermassen die Wirkung dieses Entscheids.

¹⁰⁶ Vgl. BGE 146 V 169 E. 4.3.1 S. 180.

¹⁰⁷ Vgl. BGE 146 V 169 E. 4.4 S. 184.

¹⁰⁸ VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 11 BVG, Rz. 10 f.; WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 23 – 25; STAUFFER, bV, Rz. 1454; BRECHBÜHL/GROB, S. 12; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 36; UTTINGER, Kopferbrechen; a.M. HÜRZELER aus Gründen der Praktikabilität mind. auf umhüllende auch anwendbar vgl. HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 208; HÜRZELER/CADERAS, S. 97; HÜRZELER, Betriebsschliessung, S. 19 f.; vgl. auch PÄRLI/KÄMPF, in: BSK-bV, Art. 11 BVG, Rz. 36.

¹⁰⁹ WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 25.

¹¹⁰ Vgl. WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 23.

¹¹¹ *Umhüllende VE*: Es wird das BVG-Obligatorium angeboten und zusätzlich ein überobligatorischer Bereich abgedeckt. *Überobligatorische, ausserobligatorische VE*: Es werden rein Leistungen über dem BVG-Obligatorium angeboten, vgl. SCHAFFNER, S. 8.

¹¹² Vgl. BGE 135 I 28 E. 5.1 f. S. 37 f.; Urteil des EVG B 72/05 vom 20.12.2005 E. 2.3.1; Urteil des BGer B 57/00 vom 22.12.2003 E. 4 – 4.1; Urteil des EVG B 63/99 vom 26.10.2001 E. 3a.

¹¹³ Vgl. BGE 135 I 28 E. 5.1 S. 37.

¹¹⁴ Vgl. WYLER, in: KOSS, Art. 11 BVG, Rz. 25.

Falls die Meinung vertreten wird, dass die aktuelle Geltung von Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3^{bis} BVG zu schwach und zu impraktikabel sei, ist gem. UTTINGER/ZELLWEGER entsprechend zu fordern, dass diese Bestimmungen ausdrücklich auf die gesamte Vorsorge ausgedehnt werden.¹¹⁵ Eine Ausdehnung würde, vor dem Hintergrund, dass in der Praxis ein Grossteil der VE umhüllende Lösungen¹¹⁶ anbieten, das Mitwirkungsrecht praktisch hoch bedeutsam machen. Weiter könnte dies den in der Praxis von Gewerkschaftsseite stark kritisierte – rege und unbegründete – Wechsel von Versichertenbeständen entgegenwirken.¹¹⁷

2.1.4. Broker – VE

2.1.4.1. *Zusammenarbeitsvertrag*

Wie ausgeführt, geht der Broker im Courtagen-Modell den unentgeltlichen *Brokerauftrag* mit dem AGER nur ein, weil er eine Entschädigung von der VE (i.e. Anbieter) erwartet bzw. voraussetzt.¹¹⁸ Diese Entschädigung (sog. Courtage) wird dabei im vorbestehenden¹¹⁹ sog. **Zusammenarbeitsvertrag**¹²⁰ definiert. Sie wird jährlich ausgerichtet, sobald der AGER sich an die VE angeschlossen hat und dauert so lange wie der Zusammenarbeitsvertrag selbst, der Brokervertrag und der Anschlussvertrag bestehen.¹²¹ Ein Broker schliesst dabei i.d.R. mit mehreren VE solche Zusammenarbeitsverträge ab.¹²² Diese Zusammenarbeitsverträge regeln neben der Courtage auch die Erwartungshaltung der VE, dass der Broker (Neu-)Anschlüsse zuführt und sich darum bemüht, dass Anschlüsse auch längere Zeit in der VE verbleiben (sog. *Vermittlung*). Zusätzlich werden dem Broker auch gewisse beim jeweiligen Anschluss anfallenden *allg. Verwaltungstätigkeiten* übertragen.¹²³

Die rechtliche Qualifikation des Zusammenarbeitsvertrags gestaltet sich als schwierig und wurde vom BGER bis dato nicht geklärt.¹²⁴ Das BGER musste sich in einem Urteil¹²⁵ mit einem

¹¹⁵ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, m.w.H. in Fn. 136.

¹¹⁶ Vgl. Fn. 105.

¹¹⁷ Vgl. Interview Albisser (Datum: 10.08.21): Bei gewissen VE werden jährlich bis zu 20 – 30% des gesamten Versichertenbestandes verschoben. Das kann augenfällig nicht im Interesse der Versicherten sein. Nur die Broker profitieren von einem solchen Vorgehen.

¹¹⁸ Vgl. vorstehend, 2.1.2.3, S. 9.

¹¹⁹ Vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 101.

¹²⁰ In der Praxis werden auch andere Begriffe verwendet wie etwa „Rahmenvertrag“ oder „Zusammenarbeitvereinbarung“, vgl. SIBA-Berufsstandards, Kap. 3 Art. 11, Kap. 5 Art. 22; Das BGER spricht auch von „Courtagevereinbarung“, vgl. BGE 142 III 657 E. 5.1 S. 668; vgl. auch STUDER, Fn. 435.

¹²¹ Vgl. vorstehend, 2.1.1, S. 2 f.

¹²² Vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 18, 117.

¹²³ Vgl. vorstehend, 2.1.1, S. 3 m.w.Verw.

¹²⁴ Vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 131; vgl. auch Hinweis SIBA Berufsstandards, Kap. 5, Art. 22 Abs. 1 „Rechtliche Qualifizierung ist nicht generell geklärt“.

¹²⁵ BGE 124 III 481.

Zusammenarbeitsvertrag im Bereich des allg. Versicherungsbrokerwesens beschäftigen. Auf einige der gemachten Ausführungen wird vorliegend genauer eingegangen.

Das BGer führte in E. 5.4 dieses Entscheids aus, dass ein Broker primär vom VN beauftragt wird, diesem einen Versicherungsvertrag zu vermitteln und ihn darüber hinaus während der Versicherungsdauer zu betreuen (Ann. Brokervertrag). Als Beauftragter des VN hat der Broker dessen Interessen treu und sorgfältig zu wahren, ohne sich von seinen eigenen Interessen (i.e. möglichst hohes Entgelt) leiten zu lassen. Obwohl er sich seine Entschädigung von der jeweiligen Versicherung ausbedingt, steht sie dennoch in Zusammenhang mit dem Brokervertrag. Die Versicherung erhofft sich (Ann. im Zusammenarbeitsvertrag) aber, dass der Broker auf eine dauerhafte Bindung des VN an die Versicherung hinwirkt. Dabei müssen sich die Parteien jedoch zu jedem Zeitpunkt darüber im Klaren sein, dass der Broker die Interessen des VN vertritt und er diese Interessen vorrangig vor jenen der Versicherung zu wahren hat.¹²⁶ Das BGer hielt zudem fest, dass die Courtage das Entgelt für die Tätigkeit des Brokers zugunsten seines Auftraggebers (i.e. VN) ist und dass damit keine Tätigkeit zugunsten der Versicherung entgolten wird, obwohl das Entgelt von der Versicherung versprochen und bezahlt wird.¹²⁷

Auf das Brokerwesen in der beruflichen Vorsorge angewendet, bedeutet das, dass sich der Broker bei seinem Tätigwerden in erster Linie nach den Interessen des AGer (gem. Brokervertrag) zu richten hat. Genau dafür wird ihm die Courtage ausgerichtet.

UTTINGER/ZELLWEGER halten nachvollziehbar fest, dass die im Zusammenarbeitsvertrag festgelegte *Vermittlung* (i.e. Zuführen von (Neu-)Anschlüssen und Erhalt des Bestands) zugunsten der VE im Vergleich zu den Pflichten im Brokervertrag lediglich eine untergeordnete Rolle spielt. Mithin sprechen sie bei dieser Zusicherung des Brokers von einer reinen **Absichts-erklärung** und damit von einem nicht durchsetzbaren Anspruch.¹²⁸ Hält sich der Broker an seine auftragsrechtliche Treuepflicht, kann er somit dem AGer ausschliesslich dann eine VE empfehlen und im selben Atemzug damit auch die Vermittlungsinteressen der VE wahren, wenn es sich bei dieser VE auch um die beste Vorsorgelösung für den AGer handelt. Wenn

¹²⁶ Vgl. zum Ganzen Abschnitt BGE 124 III 481 E. 4 – 4b S. 484 ff.; Gem. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 126 stand im ehem. Dokument „SIBA Berufsbild und CoC“ (vgl. auch Fn. 49) sogar, dass Zusammenarbeitsvereinbarungen die Pflichten des Broker ggü. dem AGer nicht beeinträchtigen dürfen und dass der Brokervertrag für die Beziehung des Brokers zur VE demnach „enge Grenzen“ setze. Heute ist an dieser Stelle analog zur Auffassung im GA BUR BÜRGIN/MURESAN von einem „Ausgleich der Interessen“ die Rede (vgl. dazu Ausführungen nächste Seite). Es ist m.E. davon auszugehen, dass die SIBA diese Anpassung anlässlich des GA BUR BÜRGIN/MURESAN vorgenommen hat.

¹²⁷ Vgl. BGE 124 III 481 E. 4b S. 485 f.; UTTINGER/FISCHER, S. 157; BAUMANN, S. 166; a.M. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 14, 21: „Mischvergütung“; STUDER, S. 142; MÜLLER-CHEN/UHLMANN, S. 226.

¹²⁸ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 86.

eine solche deckungsgleiche Situation nicht gegeben ist, was wohl der Regelfall darstellt, hat der Broker die Interessen der VE zu vernachlässigen. Bei entgegenstehenden Interessen müssen Broker sich also stets gegen die Interessen der VE und für die Interessen der AGER entscheiden. Das Ausgeführte gilt auch für Änderung, Anpassung, Wechsel bzw. Kündigung der Verträge (i.c. Anschlussverträge).¹²⁹

BUR BÜRGIN/MURESAN sind hingegen der Meinung, dass im Falle einer nicht deckungsgleichen Interessenlage die Interessen des AGER nicht per se Vorrang haben, sondern der Broker einen gewissen Ausgleich der Interessen vorzunehmen hat, damit möglichst die Interessen beider Parteien gewahrt sind. Die VE hat dabei insbesondere das Interesse an möglichst hohen Beiträgen, während der AGER genau das Gegenteil will.¹³⁰ Sie sehen jedoch auch ein, dass ein solcher Ausgleich der Interessen, gerade in Anbetracht der doch diametral entgegengesetzten Interessen von AGER und VE, nicht einfach ist. Die Autoren machen keine Ausführungen dazu, wie ein solcher Interessenausgleich in der Praxis konkret aussehen soll.¹³¹

Der Auffassung von UTTINGER/ZELLWEGER bezüglich einer reinen Absichtserklärung ist m.E. Vorrang zu geben. Denn wenn der Broker bei *Vermittlungstätigkeiten* gleichzeitig die Interessen der VE wahren müsste, würde dies in unvereinbarem Widerspruch zu seiner auftragsrechtlichen Treuepflicht (gem. Brokervertrag) ggü. dem AGER stehen. Folglich ist auch ein Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR) ausgeschlossen. Würde ja auch der Mäkler (i.e. Broker) gegen ein Entgelt¹³² von seinem Kunden (i.e. VE) verpflichtet werden, in dessen Interesse¹³³ den Abschluss eines Vertrags (i.e. Anschluss) zu vermitteln oder Interessenten nachzuweisen.¹³⁴

¹²⁹ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 86 f.; vgl. BGE 124 III 481 E. 4c S. 486.

¹³⁰ Der Broker ist jedoch alleine dem AGER verpflichtet. Seine eigenen Interessen (e.g. Maximierung Entgelt) darf er sodann auch nicht beachten, vgl. vorstehend, 2.1.2.3, S. 6.

¹³¹ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 128; vgl. auch die SIBA-Berufsstandards, Kap. 4 Art. 16 Abs. 2: „(...) Erweisen sich die Interessen von VE und AGER als gegenläufig, so hat der Broker im Sinne eines Ausgleichs der Interessen beide zu berücksichtigen (...).“ Auch dieser Hinweis wurde im Rahmen der Revision der Berufsstandards eingefügt, vgl. auch Fn. 49. Es ist davon auszugehen, dass dies in Anlehnung an das GA BÜRGIN/MURESAN gemacht wurde.

¹³² Wie erwähnt entschädigt die Courtage Aufgaben, die der Broker für den AGER erfüllt und nicht jene Aufgaben, die er für VE übernimmt. Entgeltlichkeit wäre jedoch grundsätzlich ein Wesensmerkmal des Mäklervertrags, vgl. AMMANN, in: BSK-OR I, Art. 413 OR, Rz. 2; auch FELLMANN, in: BK, Art. 394 OR, Rz. 337 ff. Bei einer Qualifikation des Zusammenarbeitsvertrags als Mäklervertrag würde i.c. jedoch aufgrund von Art. 415 erster Teilsatz OR eine Entschädigung sowieso ausgeschlossen sein, da der Broker wie gesagt bereits ggü. dem AGER verpflichtet ist dessen Interessen zu wahren, vgl. AMMANN, in: BSK-OR I, Art. 415 OR, Rz. 6.

¹³³ Nach AMMANN, in: BSK-OR I, Art. 412 OR, Rz. 8, treffen Mäkler grundsätzlich dieselben Sorgfalts- und Treupflichten wie der Beauftragte im Auftrag gem. Art. 398 OR; vgl. auch AMMANN, in: BSK-OR I, Art. 415 OR, Rz. 2; vgl. MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, Kap. 9, Rz. 15.

¹³⁴ Vgl. auch BGE 124 III 481 E. 3b S. 483 f.; AMMANN, in: BSK-OR I, Art. 412 OR, Rz. 1, 3.

Im Zusammenarbeitsvertrag stimmt der Broker, wie bereits ausgeführt, neben der Absichtserklärung auf (Neu-)Anschlüsse und Bestand hinzuwirken (*Vermittlung*) auch zu, der VE nach Anschluss gewisse *allg. Verwaltungsaufgaben* in Zusammenhang mit den jeweiligen Anschlüssen abzunehmen.¹³⁵

Bei diesen *allg. Verwaltungsaufgaben*, die der Broker im Interesse und zur Entlastung der VE wahrnimmt, handelt es sich gem. UTTINGER/ZELLWEGER (im Gegensatz zu *Vermittlungstätigkeiten*) wiederum um **auftragsrechtlich** durchsetzbare Pflichten (Art. 394 ff. OR).¹³⁶ Der Broker ist bei dieser Aufgabenerfüllung also auch den Interessen der VE verpflichtet. Es ist anzumerken, dass dies mit dem Brokervertrag nicht in einem Widerspruch steht, zumal der AGer diesen *allg. Verwaltungstätigkeiten* (Ausnahme Schadenfallbetreuung)¹³⁷ m.E. neutral ggü. steht. Der Broker kann hier somit im Interesse der VE handeln und gleichzeitig seine auftragsrechtliche Treuepflicht (gem. Brokervertrag) dem AGer ggü. wahren. Da die Courtagé, wie bereits dargelegt, lediglich die Tätigkeiten im Interesse des AGer (gem. Brokervertrag)¹³⁸ entschädigt, werden die *allg. Verwaltungstätigkeiten* des Brokers im Interesse der VE m.E. von dieser faktisch nicht entschädigt. Für solche übernommenen *allg. Verwaltungsaufgaben* ist es m.E. jedoch wünschenswert, dass die VE den Broker aus Vorsorgevermögen nach effektivem Aufwand entschädigt.¹³⁹

2.1.4.2. Entschädigung des Brokers (sog. Courtagé)

Der Broker lässt sich im Courtagen-Modell für seine Tätigkeit zugunsten des AGer (gem. Brokervertrag) seine (jährliche) wiederkehrende Entschädigung (i.e. **Courtagé**) vom Anbieter (i.e. VE) im gemeinsamen Zusammenarbeitsvertrag versprechen.¹⁴⁰ Im Zusammenarbeitsvertrag werden Courtagen i.d.R. als ein %-Satz der (vom neu anzuschliessenden AGer gem. Anschlussvertrag bzw. Reglement jährlich an die VE zu entrichtenden) BVG Kosten- und/oder Risikobeiträgen definiert. Die Courtagé richtet sich also m.a.W. nach den vom Broker im konkreten Fall vermittelten und paritätisch finanzierten BVG Kosten- und/oder Risikobeiträgen.¹⁴¹ Es kann davon ausgegangen werden, dass Sparbeiträge heute i.d.R. nicht mehr tangiert

¹³⁵ Vgl. vorstehend, 2.1.1, S. 3 m.w.Verw.

¹³⁶ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 89.

¹³⁷ Vgl. dazu nachfolgend, 3.2.3, S. 29.

¹³⁸ Vgl. vorstehend, S. 15.

¹³⁹ Vgl. nähere Ausführungen dazu nachstehend, 3.2.3, S. 28 f.

¹⁴⁰ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 14 m.w.Verw.

¹⁴¹ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 22, 29; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 61 – 62; UTTINGER, VE, S. 31; UTTINGER/FISCHER, S. 152; C-alm Studie, S. 11; HSG-Studie, S. 7; vgl. auch SIBA Berufsstandards, Kap. 6, Art. 24 Abs. 1.

sind.¹⁴² Die Höhe der Courtagen liegt dabei regelmässig bei ca. 10%, wobei sie auch höher oder tiefer ausfallen können.¹⁴³ Zum Teil variieren sie stark von VE zu VE.¹⁴⁴

Anders als im allg. Versicherungsbrokerwesen¹⁴⁵ werden bei einer VE die Courtagenaufwendungen nicht für die vom Broker konkret betreuten einzelnen Anschlüsse (i.e. angeschlossene AGer) separat ausgewiesen, sondern sie werden insgesamt als Verwaltungskosten bzw. Verwaltungsaufwand im Posten „Makler- und Brokertätigkeit“ (Art. 48a Abs. 1 lit. d BVV 2) der VE verbucht.¹⁴⁶ Diese Verwaltungskosten (inkl. Posten „Kosten für Makler- und Brokertätigkeit“) werden von allen Anschlüssen via deren Kostenbeiträge getragen. Somit tangieren resp. erhöhen Courtagen auch die AGer- und ANer BVG-Kostenbeiträge sämtlicher Anschlüsse und nicht nur derjenigen, die auch effektiv mit Brokern arbeiten.¹⁴⁷ Hervorzuheben ist, dass AGer- und ANer BVG-Beiträge (ausgenommen Sparbeiträge) im Zeitpunkt der Entrichtung zu Mittel der VE werden.¹⁴⁸ Somit stammen Courtagen wirtschaftlich¹⁴⁹ gesehen also aus den betrieblichen Mitteln der VE und nicht von den Beitragszahlern.¹⁵⁰

2.1.4.3. Wichtige Aspekte einer VE

2.1.4.3.1. Rechtsform und steuerrechtliche Privilegierung

VE, die an der Durchführung der obligatorischen Vorsorge teilnehmen wollen, müssen sich in das Register für die berufliche Vorsorge eintragen lassen und werden sodann als sog. registrierte VE bezeichnet.¹⁵¹ Registrierte VE müssen dabei die Rechtsform einer Stiftung oder

¹⁴² UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 110; Z.T. wird trotzdem noch von Sparbeiträgen gesprochen, vgl. etwa HOUDROUGE/GONCZY, S. 117.

¹⁴³ Interview Broker (Datum: 12.05.21): Als Bsp. für Courtagen liegt der Prozentsatz bei 8.5% (Axa), 11% (Basler), 12% (Futura).

¹⁴⁴ Interview Broker (Datum: 12.05.21); vgl. VZ-Studie, S. 4, 10.

¹⁴⁵ BGE 142 III 657 E. 4.1.2 S. 661 f.: Aus wirtschaftlicher Sicht wird die Courtage direkt vom VN getragen, der mit dem Broker arbeitet. Die entspr. Courtagen werden nämlich für jeden VN separat ausgewiesen und in dessen Prämienzahlung eingerechnet; vgl. auch SIBA Berufsstandards, Kap. 6, Art. 24 Abs. 2 der genau diese Situation beschreibt; BAUMANN, S. 169; FUHRER, HAVE, S. 112.

¹⁴⁶ Vgl. vorstehend, 2.1.3.1, S. 10.

¹⁴⁷ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 63 f.; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 26, 89; UTTINGER/FISCHER, S. 159.

¹⁴⁸ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 30.

¹⁴⁹ Vgl. SIBA Berufsstandards, Kap. 6, Art. 24 Abs. 2 ist somit nicht korrekt ausformuliert. Diese Beschreibung trifft rein auf die Situation im allg. Versicherungsbrokerwesen zu, nicht jedoch auf die Situation in der beruflichen Vorsorge. Es sollte daher wie in Art. 24 Abs. 1 mind. in einem Teilsatz die Situation in der beruflichen Vorsorge umschrieben werden.

¹⁵⁰ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 26, 30, 75, 77; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 63 f., illustrieren dies mit dem Bsp. „so sind es ja auch nicht AGer und ANer, welche Renten und Kapitalleistungen bezahlen, sondern eben die VE.“

¹⁵¹ Art. 48 Abs. 1 BVG.

einer „Einrichtung des öffentlichen Rechts mit eigener Rechtspersönlichkeit“¹⁵² aufweisen.¹⁵³ An eine solche registrierte VE muss sich sodann auch der AGer gem. Art. 11 Abs. 1 BVG anschliessen (sog. Anschlusspflicht).¹⁵⁴ Die Idee des Gesetzgebers ist es, so die der beruflichen Vorsorge dienenden Mittel vom AGer zu trennen und sie von einem unabhängigen und selbständigen Träger (i.e. VE) treuhänderisch verwalten zu lassen (sog. Verselbständigungspflicht). Dies mit dem Ziel, die (dauerhaft) der beruflichen Vorsorge dienenden Mittel von der Zwangsvollstreckung Dritter zu schützen wie auch die Verfügungsmacht des AGer darüber zu verunmöglichen.¹⁵⁵

Da die Aufzählung der zulässigen Rechtsformen beschränkt ist, spricht man auch von einem sog. Numerus Clausus an zulässigen Rechtsformen.¹⁵⁶ In der Praxis weisen die meisten VE die Rechtsform einer **Stiftung** (Art. 80 ZGB) auf, daher wird nachfolgend auf diese Rechtsform eingegangen.¹⁵⁷ Stiftungen sind ein verselbständigtes, einem definierten Zweck gewidmetes Vermögen (sog. verselbständigtes Zweckvermögen).¹⁵⁸ Eine Stiftung gehört sich somit faktisch selbst und kennt sodann auch keine Eigentümer oder Mitglieder, sondern rein Destinatäre.¹⁵⁹ Der Zweck steckt den möglichen Tätigkeitsbereich (begrenzendes Element) einer Stiftung ab und verpflichtet (verpflichtendes Element) gleichzeitig die Stiftungsorgane das Vermögen ausschliesslich zu diesem Zwecke zu verwenden. Der Zweck definiert dabei nicht nur Aufgabe und Ziel der Stiftung, sondern umschreibt weiter auch den Kreis der Destinatäre, welche die Adressaten der Zweckverwirklichung sind.¹⁶⁰ Die Stiftungsorgane (insb. der Stiftungsrat¹⁶¹) dürfen das Stiftungsvermögen *ausschliesslich* zu diesem Zweck und somit im Sinne der Destinatäre verwenden.¹⁶²

Wer eine Stiftung errichtet, trennt sich damit für immer von seinem dafür eingesetzten Vermögen (sog. Entäusserung) mit dem Ziel, damit das eine Stiftung charakterisierende verselbständigte Zweckvermögen zu schaffen.¹⁶³ Der Stifter verliert sodann seine Verfügungsmacht

¹⁵² Auf diese Rechtsform wird i.e. nicht eingegangen.

¹⁵³ Art. 48 Abs. 2 BVG; GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 48 BVG, Rz. 13.

¹⁵⁴ Vgl. redaktioneller Hinweis Fn. 1.

¹⁵⁵ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 17; HÜRZELER/BRÜHWILER, Kap. 3, Rz. 31.

¹⁵⁶ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 15.

¹⁵⁷ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 34 f.; BFS, PK-Statistik 2019, Tabelle T1.2 (S. 8): Die meisten Vorsorgeträger sind (Sammel-)Stiftungen.; vgl. HÜRZELER/BRÜHWILER, Kap. 3, Rz. 30.

¹⁵⁸ Art. 80 ZGB; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.23.

¹⁵⁹ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.02 mit Bemerkungen zur Abgrenzung zu einer Körperschaft.

¹⁶⁰ Vgl. UTTINGER/FISCHER, S. 154; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 62, 73 – 74; GRÜNINGER, in: BSK-ZGB I, Art. 80 ZGB, Rz. 12; RIEMER, in: BK, Art. 80 ZGB, Rz. 49, 52; BAUMANN LORANT, S. 2.

¹⁶¹ Vgl. BAUMANN LORANT, S. 16 f.

¹⁶² Vgl. Art. 84 Abs. 2 ZGB.

¹⁶³ HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Rz. 19.12; RIEMER, in: BK, Art. 80 ZGB, Rz. 26; BAUMANN LORANT, S. 1.

über das gewidmete Vermögen.¹⁶⁴ Da mit Errichtung der Stiftung das Stiftungsvermögen nur noch gem. dem vordefinierten Zweck verwendet werden darf, kann es damit insbesondere auch nicht mehr an den Stifter zurückfliessen.

Auf die Situation in der beruflichen Vorsorge angewendet, bedeutet das, dass AGer- und A-Ner BVG-Beiträge (ausgenommen Sparbeiträge) im Zeitpunkt der Entrichtung zu Mittel der VE werden.¹⁶⁵ Ab diesem Zeitpunkt dürfen sie sodann auch nur noch gem. dem definierten Zweck verwendet werden. Art. 1 Abs. 1 BVG statuiert v.G.w., dass der Zweck einer (**Vorsorge-)**Stiftung die *berufliche Vorsorge* ist. Welche Zwecke unter die *berufliche Vorsorge* fallen, wird nachfolgend behandelt.¹⁶⁶ Im Vorsorgerecht wird darüber hinaus auch die **Steuerbefreiung**¹⁶⁷ der VE davon abhängig gemacht, dass die Einkünfte und Vermögenswerte (i.e. Vorsorgevermögen) *ausschliesslich* dem Zweck der *beruflichen Vorsorge* dienen dürfen (Art. 80 Abs. 2 BVG).¹⁶⁸ Die materiell dem Art. 80 Abs. 2 BVG entsprechenden¹⁶⁹ Steuerrechtsartikel Art. 56 lit. e DBG und Art. 23 I lit. d StHG stellen dem Wort *ausschliesslich* zudem das Wort *dauernd* vor.¹⁷⁰ Für eine Steuerbefreiung muss das Vorsorgevermögen also *dauernd* und *ausschliesslich* zum vordefinierten Zweck der *beruflichen Vorsorge* verwendet werden. Gelder, die den Vorsorgekreislauf für andere Zwecke als für die „*beruflichen Vorsorge*“ verlassen, werden somit zweckwidrig verwendet, was eine automatische Auswirkung auf die Steuerbefreiung mit sich zieht.¹⁷¹ Die Zweckartikel von Vorsorgestiftungen haben i.d.R. folgenden Wortlaut: „*Die Stiftung bezweckt die Durchführung der obligatorischen (und überobligatorischen) beruflichen Vorsorge gem. BVG für Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei Alter und Invalidität bzw. bei Tod für deren Hinterbliebene.*“¹⁷²

2.1.4.3.2. Arten von VE

Wie bereits ausführlich abgehandelt, haben sich AGer gem. Art. 11 Abs. 1 BVG an eine bestehende registrierte VE anzuschliessen (sog. Anschlusspflicht). Bei bestehenden VE wird sodann zwischen sog. Sammelstiftungen (**SE**) und Gemeinschaftseinrichtungen (**GE**) unterschieden. Auf diese beiden Arten von VE wird nachfolgend genauer eingegangen.

¹⁶⁴ Vgl. BGE 140 II 255, E. 4.1 S. 258.

¹⁶⁵ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 30.

¹⁶⁶ Vgl. nachfolgend, 3.2.1, S. 24.

¹⁶⁷ Auf den genauen Umfang der Steuerbefreiung (i.e. Steuerarten) wird in dieser Arbeit nicht eingegangen.

¹⁶⁸ BGE 115 Ib 396 E. 2b S. 397 f. m.w.H.

¹⁶⁹ Vgl. Botschaft Steuerharmonisierung, S. 109.

¹⁷⁰ Vgl. VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 80 BVG, Rz. 2; vgl. CONRAD/LANG, in: BSK-bV, Art. 80 BVG, Rz. 13; vgl. auch SCHNEIDER, in: KOSS, Art. 1 BVG, Rz. 19 f., 34.

¹⁷¹ Vgl. CONRAD/LANG, in: BSK-bV, Art. 80 BVG, Rz. 26.

¹⁷² Bsp. VITA Invest <file:///Users/alexandra/Downloads/Stiftungsurkunde%20Vita%20Invest%20(1).pdf> (besucht am: 27.05.2021).

Bei einer **SE** schliessen sich eine Vielzahl von voneinander unabhängigen AGer an. Dabei gilt jeder Anschluss(-vertrag) (resp. Kollektiv) als ein eigenständiges Vorsorgewerk mit einer individuellen Buchhaltung¹⁷³, Reglement wie auch Vorsorgeplan. Letzteres bedeutet auch, dass somit jedes Vorsorgewerk individuelle Vorsorgeleistungen hat.¹⁷⁴ In der Praxis wird gem. UTTINGER et al. die Buchhaltung aller Anschlüsse jedoch effektiv trotzdem gemeinsam geführt, sodass die SE übergreifend einen einheitlichen Deckungsgrad aufweisen. D.h., dass auch jeder hinzutretende Neuanschluss Auswirkungen auf die bestehenden Anschlüsse (und deren Deckungsgrad) haben kann.¹⁷⁵ SE sind in der Praxis die zahlenmässig wichtigsten Vorsorgeträger.¹⁷⁶ Bei **GE** sind die angeschlossenen AGer regelmässig wirtschaftlich oder finanziell miteinander verbunden. Alle Anschlüsse haben eine gemeinsame Buchhaltung, ein gemeinsames Reglement und einen gemeinsamen Vorsorgeplan (sodann also eine einheitliche Vorsorgelösung).¹⁷⁷ Aufgrund der vereinheitlichten Buchhaltung weisen GE auch einen einheitlichen Deckungsgrad auf. Das bedeutet, dass auch jeder Neuanschluss den Deckungsgrad der Einrichtung beeinflussen kann und dieser somit Auswirkungen auf sämtliche Anschlüsse hat.¹⁷⁸

2.1.4.3.3. Organisation der VE

Die **Organe** einer VE sind der Stiftungsrat als oberstes Organ (Art. 51 BVG) mit mind. vier Mitgliedern (Art. 33 BVV 2), die Revisionsstelle sowie der Experte für berufliche Vorsorge (Art. 52a BVG). Neben diesen formell zwingend vorgesehenen Organen weisen VE in der Praxis häufig noch zusätzliche Personen mit Organeigenschaft (sog. faktische Organe) auf. Dies sind etwa Geschäftsführer, Sekretäre usw.¹⁷⁹ Wobei der Stiftungsrat, in gewissen Grenzen, Aufgaben an diese delegieren kann.¹⁸⁰ Gem. Art. 51 Abs. 1 BVG sind bei registrierten VE vom AGer und ANer die gleiche Anzahl Vertreter in den Stiftungsrat zu entsenden (sog. paritätische Verwaltung der VE). Die VE ist somit sozialpartnerschaftlich (zu gleichen Teilen AGer und ANer) organisiert, was Ausfluss aus dem Arbeitnehmerschutzgedanken ist.¹⁸¹ Diese Bestimmung gilt auch im überobligatorischen Bereich (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 7 BVG). Dabei

¹⁷³ BGE 124 II 114 E. 2b S. 116 f.; Die einzelnen Vorsorgewerke sind buchhalterisch separate Posten in der Vermögensmasse der VE.

¹⁷⁴ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 35; BIEHLE, SE, S. 143.

¹⁷⁵ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 53; vgl. auch UTTINGER/FISCHER, S. 160.

¹⁷⁶ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 34 f.; BFS, PK-Statistik 2019, Tabelle T1.2, S. 8.

¹⁷⁷ STAUFFER, bV, Rz. 1802; HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 37; BIEHLE, GE, S. 70.

¹⁷⁸ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 54; UTTINGER/FISCHER, S. 160 f.

¹⁷⁹ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 39.

¹⁸⁰ Art. 51a Abs. 2 BVG sind unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Stiftungsrats, diese muss er v.G.w. selber wahrnehmen.

¹⁸¹ STAUFFER, bV, Rz. 1606; GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 51 BVG, Rz. 14, 16; vgl. Botenschaft BVG, S. 203; HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 17; HÜRZELER/BRÜHWILER, Kap. 3, Rz. 35.

ist bei (Sammel-)Stiftungen auf die Besonderheit hinzuweisen, dass diese neben Parität auf Stufe VE (Stiftungsrat) i.d.R. auch Parität auf Stufe Vorsorgewerk bzw. Anschluss (Vorsorgekommission) aufweisen.¹⁸² Die Vorsorgekommissionen sollten ebenfalls als Organe der VE verstanden werden, wobei das BGer dies bis dato noch offengelassen hat.¹⁸³

Der **Stiftungsrat** ist das oberste Leitungs-, Verantwortungs-, und Führungsorgan der gesamten VE. Er übernimmt die Gesamtleitung der VE, bestimmt über die wesentlichen Angelegenheiten der VE wie insbesondere Erlass der Reglemente, Finanzierung, Vermögensverwaltung sowie über die strategische Ausrichtung (Art. 51a Abs. 1 BVG). In der Praxis entscheidet der Stiftungsrat¹⁸⁴ zudem darüber, ob die VE Courtagen an Broker ausrichtet, da dies auch eine Frage der strategischen Ausrichtung der VE darstellt. Teilweise finden sich sogar in den Reglementen Hinweise darauf, dass Courtagen ausgerichtet werden. Dies ist jedoch nicht die Regel, sondern vielmehr nur bei „transparenten“ VE der Fall.¹⁸⁵

Die mit der Verwaltung (Leitungsorgan = i.e. Stiftungsräte) und Geschäftsführung (i.e. Geschäftsführer, Sekretäre etc.) betrauten Personen unterliegen gem. Art. 51b Abs. 2 BVG einer treuhänderischen Sorgfaltspflicht und müssen im Rahmen ihrer Tätigkeit die Interessen der Versicherten der VE (i.e. Destinatäre) wahren, sodann also in deren Interessen handeln.¹⁸⁶

Einfachheitshalber wird i.c. beim Stiftungsrat vom alleinigen Vertreter der VE gesprochen, der die Aufgaben selber wahrnimmt und nicht delegiert.¹⁸⁷ Der Stiftungsrat bringt den „Willen“ der VE nach aussen zum Ausdruck, resp. vollzieht diesen. Der Willen der VE ist es, das Vorsorgevermögen gem. dem Zweck *berufliche Vorsorge* zu verwenden.¹⁸⁸ Gem. Art. 52 BVG haften die mit der Verwaltung (Leitungsorgan = i.e. Stiftungsräte) und Geschäftsführung (i.e. Geschäftsführer, Sekretäre etc.) betrauten Personen zudem für die getreue und sorgfältige Wahrnehmung ihrer Tätigkeit.¹⁸⁹ Diese beiden Bestimmungen finden eben-

¹⁸² HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 36, 39, 55; VETTER-SCHREIBER, in: OFK: Art. 51 BVG, Rz. 6;

GÄCHTER/GECKELER HUNZIKER, in: KOSS, Art. 51 BVG, Rz. 74, 76; BIEHLE, Vorsorgekomm., S. 157.

¹⁸³ STAUFFER, bV, Rz. 2002.

¹⁸⁴ Vgl. UTTINGER, Kopfzerbrechen: In einer SE kann es auch die paritätische Vorsorgekommission des Vorsorgewerks sein, welche über den Broker entscheidet.

¹⁸⁵ Interview Broker (Datum: 12.05.21) und Interview Anwalt (Datum: 13.08.21).

¹⁸⁶ BLOCH-RIEMER, in: BSK-bV, Art. 51b BVG, Rz. 6, wobei „Geschäftsführung und Verwaltung betraute Personen“ analog zu Art. 52 BVG zu verstehen ist; vgl. MENTHA/FISCHER, in: KOSS, Art. 51b BVG, Rz. 25.

¹⁸⁷ Auch bei gültiger Delegation an Geschäftsführer od. Sekretäre etc. würden die drei Curae (sorgfältige Auswahl, Instruktion und Kontrolle) beim Stiftungsrat bleiben, vgl. VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 52 BVG, Rz. 29; YENIGÜN-FISCHER, S. 39. Weiter sind der Delegation des Stiftungsrats mit Art. 51a Abs. 2 lit. a - p BVG (unentziehbare & unübertragbare Aufgaben des Stiftungsrats) Grenzen gesetzt.

¹⁸⁸ Vgl. BAUMANN LORANT, S. 19.

¹⁸⁹ BLOCH-RIEMER, in: BSK-bV, Art. 52 BVG, Rz. 19 – 21 (insb. 20); KIESER, in: KOSS, Art. 52 BVG, Rz. 13, 24; SCHAFFNER, S. 13: Als oberstes Kassenorgan ist der Stiftungsrat besonders für Haftungsfragen exponiert.; BIEHLE, Haftung, S. 182.

falls im Bereich der überobligatorischen Vorsorge Anwendung (Art. 49 Abs. 2 Ziff. 8 und 10 BVG).

2.2. Involvierte Parteien: Fazit

Die Ausführungen zu den Vertragsbeziehungen der **involvierten Parteien** sollen die folgenden rechtlichen Beurteilungen des Courtagen-Modells nachvollziehbarer machen. Der **Brokervertrag** zwischen AGer und Broker ist als einfacher Auftrag (Art. 394 ff. OR) zu qualifizieren. Beim **Anschlussvertrag** zwischen AGer und VE ist von einem Innominatvertrag auszugehen, der aus dem Recht und der Praxis der beruflichen Vorsorge hervorgegangen ist. Im **Zusammenarbeitsvertrag** wiederum werden neben der Courtagenregelung dem Broker auch VE-Aufgaben übertragen. Dabei ist zwischen *Vermittlung* (reine Absichtserklärung) und *allg. Verwaltungsaufgaben* (Auftrag gem. Art. 394 ff. OR) zu unterscheiden. Von erheblicher Bedeutung für die nachfolgende rechtliche Beurteilung des Courtagen-Modells werden zudem insbesondere auch die bei (Vorsorge-)Stiftungen inhärenten Besonderheiten sein.

3. De lege lata: Vorsorge- und auftragsrechtliche Beurteilung der Ausrichtung von Courtagen durch die VE

3.1. Allgemeines

Das Courtagen-Modell wird rechtlich unter zwei Blickwinkeln beurteilt: Zuerst wird die **vorsorgerechtliche Sicht** beleuchtet. D.h. die Situation aus Sicht der VE, die dem Broker die Courtage aus Vorsorgevermögen zahlt. Die Courtage ist, wie gesehen, ausschliesslich das Entgelt des Brokers für die Tätigkeit zugunsten des AGer und nicht für Tätigkeiten des Brokers zugunsten der VE.¹⁹⁰ Ca. 75% der typischen Aufgaben eines Brokers sind m.E. *Vermittlungs- und Betreuungsaufgaben*¹⁹¹, die er zugunsten des AGer wahrnimmt und wofür ihm die Courtage ausgerichtet wird. Die Aufwendung aus Vorsorgevermögen für die Entschädigung (i.e. Courtage) dieser Tätigkeiten wird in diesem Kapitel rechtlich beurteilt. Auf der anderen Seite sind ca. 25% der Brokertätigkeit *Vermittlungs- und allg. Verwaltungsaufgaben*¹⁹², die er zugunsten der VE übernimmt. Durch Courtagen sind diese Tätigkeiten nicht gedeckt.¹⁹³ Auf die Beurteilung, ob und in welcher Form eine VE den Broker für solche Tätigkeiten entschädigen darf, ist an späterer Stelle zurückzukommen.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 15.

¹⁹¹ Vgl. vorstehend, 2.1.2.2, S. 4 f.

¹⁹² Vgl. vorstehend, 2.1.2.2, S. 4 f.

¹⁹³ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 17.

¹⁹⁴ Vgl. nachfolgend, 3.2.3, S. 28 f.

Weiter wird in diesem Kapitel auf den **Brokerauftrag** zw. AGer und Broker eingegangen und analysiert, wie das Courtagen-Modell aus dieser Sicht zu beurteilen ist. Für beide Blickwinkel werden die drohenden Rechtsfolgen aufgezeigt. Dabei geht es um eine reine Darstellung der sich aufdrängenden Risiken und weniger um eine umfassende Prüfung der in Frage kommenden Rechtsgrundlagen.

3.2. *Courtage-Modell: Vorsorgerechtliche Beurteilung*

3.2.1. *Courtage: Zweckmässige Verwendung von Vorsorgevermögen?*

Es stellt sich die Frage, ob aus Sicht der VE eine Vorsorgemittelverwendung für Courtagen überhaupt zweckkonform und somit zulässig ist. Wie bereits dargelegt, darf eine (Vorsorge-)Stiftung als sog. verselbständigtes Zweckvermögen ihr Vorsorgevermögen ausschliesslich im Rahmen ihres **Zwecks** verwenden (Art. 80 ZGB). Im Bereich der beruflichen Vorsorge ist der Zweck und damit automatisch auch das zulässige Tätigkeitsfeld bereits v.G.w. mit *berufliche Vorsorge* vorgegeben (Art. 1 Abs. 1 BVG). *Berufliche Vorsorge* umfasst dabei die Absicherung der angemessenen Lebenshaltung der Destinatäre bzgl. der Risiken Alter und Invalidität und bei deren Tod die Absicherung der Hinterbliebenen (Vorsorge i.e.S.). Im Sinne eines untergeordneten Nebenzwecks kann zudem auch die Unterstützung der Destinatäre oder deren Hinterbliebenen in Notlagen vorgesehen sein (Vorsorge i.w.S.). Andere als *berufliche Vorsorgezwecke* sind ausgeschlossen.¹⁹⁵ Die VE darf somit nur im Rahmen dieser, zugunsten ihrer Destinatäre resp. Begünstigten gerichteten, Zwecksetzung tätig werden.¹⁹⁶

Art. 51b Abs. 2 BVG statuiert, dass insbesondere auch Stiftungsräte einer treuhänderischer Sorgfaltspflicht unterliegen und im Rahmen ihrer Tätigkeit für die VE die Interessen der Versicherten (i.e. Destinatäre) zu wahren haben. Es obliegt dem Stiftungsrat, als oberstes Organ der VE und treuhänderischer Verwalter des Vorsorgevermögens, den „Willen“ der VE nach aussen zum Ausdruck zu bringen. Ihr „Willen“ ist es, ihr Vorsorgevermögen ausschliesslich zum Zweck der *beruflichen Vorsorge* und somit im Interesse der Destinatäre zu verwenden.¹⁹⁷ Diese (langfristige) Interessenwahrung der Destinatäre stellt gem. UTTINGER/FISCHER dabei stets die „übergeordnete Leitlinie“ dar, an welcher sich die VE, vertreten insbesondere durch den Stiftungsrat, bei ihren Ausgaben zu orientieren hat.¹⁹⁸ Als im (langfristigen) Interesse der

¹⁹⁵ Art. 1 Abs. 1 BVG i.V.m. Art. 113 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a BV; CONRAD/LANG, in: BSK-bV, Art. 80 BVG, Rz. 21 ff.; UTTINGER/FISCHER, S. 155; UTTINGER, VE, S. 31, 33; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 73 f.; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 20 ff.; SCHNEIDER, in: KOSS, Art. 1 BVG, Rz. 7; VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 1 BVG, Rz. 4; vgl. Bsp. was vom Zweck gedeckt ist und was nicht SSK 2020, A. 1.3.3, S. 2.

¹⁹⁶ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 25.

¹⁹⁷ Vgl. vorstehend, 2.1.4.3.3, S. 22.

¹⁹⁸ Vgl. UTTINGER/FISCHER, S. 156.

Destinatäre ist dabei insbesondere der Aufbau des Vorsorgevermögens sowie die Sicherstellung der künftigen Vorsorgeleistungen zu sehen.¹⁹⁹ Also die Verwendung der Mittel zur Förderung des Vorsorgezwecks (Alter, Invalidität, Tod) und gerade nicht für etwas, was diesem Zweck zuwider läuft. Vereinfacht ausgedrückt muss sich der die VE vertretende Stiftungsrat bei jeder Ausgabe fragen, ob diese die Erreichung des Zwecks fördert *und* er damit im langfristigen Interesse der Destinatäre handelt.²⁰⁰

Um zu beantworten, ob dies bei den fraglichen Courtagen-Aufwendungen überhaupt der Fall sein kann, ist es wichtig, sich zu vergegenwärtigen, dass es sich beim Brokervertrag zw. AGer und Broker um einen **Auftrag** handelt. Der Broker ist verpflichtet treu und sorgfältig ausschliesslich und umfassend im Interesse seines Auftraggebers (i.e. AGer) tätig zu werden (Art. 394 ff. OR). Es geht dabei um die *Vermittlung* und (dauerhafte) *Betreuung* des AGers bzgl. Versicherungssituation in der beruflichen Vorsorge. Insbesondere darf sich der Broker bei der Aufgabenerfüllung nicht von Interessen Dritter oder gar seinen Eigeninteressen leiten lassen.²⁰¹ Für diese Tätigkeiten im Interesse des AGers gem. Brokervertrag wird ihm die Courtage ausgerichtet.²⁰²

Die Folge für den Broker, wenn er im Courtagen-Modell seinen auftragsrechtlichen Treuepflichten nicht nachkommen sollte, wird Gegenstand eines nächsten Kapitels sein.²⁰³

Im Courtagen-Modell gestaltet sich die Situation so, dass Vorsorgevermögen für die Entschädigung (i.e. Courtage) einer Person verwendet wird, die ausschliesslich im Interessen des AGer tätig werden darf und dabei Aufgaben wahrnimmt, die in den Aufgabenbereich des AGer gehören.²⁰⁴ Der Brokervertrag hat m.a.W. zum Ziel, den AGer bei der Erfüllung seiner (gesetzlichen) Pflichten zu unterstützen resp. zu entlasten.²⁰⁵ Es ist daher gerechtfertigterweise kritisch zu hinterfragen, ob eine solche Ausgabe vom Vorsorgezweck und den Interes-

¹⁹⁹ UTTINGER, Vortrag Abendrot, S. 4.

²⁰⁰ UTTINGER, VE, S. 31; UTTINGER/FISCHER, S. 156; a.M. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 62 – 67: Sie diskutieren, ob das Handeln im „(langfristige) Interesse der Destinatäre“ als Teil- oder als Zusatzaspekt der Zweckverwirklichung zu verstehen ist. Sie finden bei der Argumentation von UTTINGER/FISCHER ist dies unklar. Dieser Aspekt sei ohne explizite Erwähnung im Zweckartikel (was i.d.R. nicht der Fall ist) der VE auch nicht begründbar.

Es handelt es sich m.E. nicht um einen zusätzlichen Aspekt, sondern das „(langfristige) Interesse der Destinatäre“ ist einfach vielmehr gem. Art. 51b Abs. 2 BVG bei jeder Tätigkeit, welche die mit der Geschäftsführung und Verwaltung betrauten Personen für die VE wahrnehmen, zu beachten. Sodann also auch bei der Ausgabe von Vorsorgevermögen. Dieser Aspekt (Verhaltensmaxime) ist somit gesetzlich statuiert. Vgl. auch die Hinweise in UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 25 f., und im Zeitungsgespräch UTTINGER, Kopfzerbrechen.

²⁰¹ Vgl. vorstehend, 2.1.2.3, S. 6 m.w.Verw.

²⁰² Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 15.

²⁰³ Vgl. nachfolgend, 3.3.4, S. 40 ff.

²⁰⁴ UTTINGER, Vortrag Abendrot, S. 8; UTTINGER/FISCHER, S. 162.

²⁰⁵ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 78.

sen der Destinatäre gedeckt ist. Um eine zweckkonforme Aufwendung zu bejahen, müsste der Broker im Gegenzug zur Courtage auch eine Leistung an die VE erbringen, die dem Zweck der beruflichen Vorsorge dient und im Interesse der Destinatäre ist.²⁰⁶ Wenn der Broker einfach den AGer entlastet, dient dies sicherlich nicht dem Vorsorgezweck und ist auch nicht im Interesse der Destinatäre.²⁰⁷ Der Broker erbringt im Gegenzug an die Courtage keine Gegenleistung für die VE.

Es ist zudem anzumerken, dass wenn sich eine VE entscheidet Courtagen an einen Broker auszurichten, dies einen direkten Einfluss auf die Kostenbeiträge aller Anschlüsse hat. Es sind also auch die Kostenbeiträge derjenigen Anschlüsse erhöht, die gar keine Brokerhilfe in Anspruch nehmen. Da die BVG-Beiträge paritätisch ausgestaltet sind, tragen zudem auch die Destinatäre²⁰⁸ die durch die Courtage höher ausfallenden Kostenbeiträge mit.²⁰⁹ Das ist nicht im Interesse der Destinatäre.

Nur weil den ANer ein (jedoch in der Praxis nur auf das BVG-Obligatorium beschränktes) Mitwirkungsrecht gem. Art. 11 Abs. 2 und 3^{bis} BVG zusteht, bedeutet das nicht, dass daher auch bei ihnen höhere Kostenbeiträge gerechtfertigt sind. Die Aufgabe eine Vorsorgelösung zu finden und diese allenfalls zu wechseln, ist die Aufgabe des AGers²¹⁰. Wenn er sich dabei von einem Broker helfen lässt, so hat einzig er dafür aufzukommen.²¹¹

Es ist vielmehr im Interesse der Destinatäre die Beiträge (Ausnahme Sparbeiträge s.u.) tief zu halten.²¹² UTTINGER/ZELLWEGER argumentieren einleuchtend, dass, wenn Courtagen nicht (mehr) ausgerichtet werden würden, Kostenprämien entsprechend gesenkt werden könnten. Falls die Kostenprämien nicht gesenkt würden, so könnte der Teil, der nun nicht mehr für Courtagen benötigt wird, zur Bildung von Wertschwankungsreserven oder freien Mitteln verwendet werden. Dies wiederum würde durch Stabilisierung des Rentenniveaus den Destinatären zukommen. Freie Mittel könnten zudem für Rentenerhöhungen verwendet werden.²¹³ Weiter muss deutlich gemacht werden, dass eine Interessenwahrung der Destinatäre unter gleichzeitiger Wahrung der auftragsrechtlichen Treuepflicht gem. Art. 398 Abs. 2 OR zugunsten des AGers eigentlich unmöglich ist, da die Interessen des AGer, der Destinatäre und der VE regelmässig unterschiedlich sind.²¹⁴ Der AGer ist daran interessiert, insgesamt möglichst

²⁰⁶ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 100 ff.; vgl. UTTINGER/FISCHER, S. 158.

²⁰⁷ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 142.

²⁰⁸ ANer wird bei Anschluss auch Destinatär.

²⁰⁹ Vgl. vorstehend, 2.1.3.1, S. 10.

²¹⁰ Gem. Art. 11 Abs. 1 BVG.

²¹¹ Vgl. UTTINGER/ZWELLWEGER, GA, Rz. 42, 47, 51.

²¹² Vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 35 f., 68.

²¹³ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 110; UTTINGER/FISCHER, S. 159; vgl. GUBSER, S. 66.

²¹⁴ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 103; vgl. ähnlich auch FUHRER, HAVE, S. 117.

tiefe Beiträge zu zahlen. Die ANer (nach Anschluss Destinatäre) wären aber bereit zumindest höhere Sparbeiträge zu zahlen, da dies künftig zu höheren Vorsorgeleistungen führt. Die VE wiederum ist an hohen Beiträgen interessiert.²¹⁵ Auftragsrechtlich ist der Broker verpflichtet, sich ausschliesslich für die Interessen des AGer zu entscheiden (Art. 398 Abs. 2 OR) und solche der VE resp. Destinatäre zu vernachlässigen.²¹⁶

Noch deutlicher wird das Problem bei der Frage eines Neuanschlusses an eine VE. Wie bereits vorstehend ausgeführt, beeinflussen Neuanschlüsse bei GE (und in der Praxis reglm. auch bei SE) die Situation aller bereits bestehenden Anschlüsse, da eine kassenübergreifende Buchhaltung mit einem einheitlichem Deckungsgrad geführt wird.²¹⁷

Es stellt sich die Frage, ob ein Zuführen eines Neuanschlusses im Interesse der bestehenden Destinatäre ist. Denn ein Neuanschluss bedeutet nicht automatisch eine Verbesserung der VE (und damit der bestehenden Destinatäre). Ob ein Neuanschluss zu einer Verbesserung führt, muss jeweils im Einzelfall beurteilt werden. Ein Neuanschluss kann bspw. die Risikostruktur verbessern (e.g. Verjüngung des Bestandes, Senkung des Mortalitätsrisikos) oder einen besseren Deckungsgrad bewirken, was im Interesse der bestehenden Destinatäre wäre.

UTTINGER/FISCHER stellen jedoch berechtigterweise die kritische Frage, ob eine Verbesserung bei der aufzunehmenden VE nicht eine Verschlechterung (e.g. schlechtere Risikostruktur, schlechterer Deckungsgrad) beim aufgenommenen Kollektiv zur Folge hat. Der Broker muss aufgrund seiner vertraglichen Treuepflicht (Art. 398 Abs. 2 OR) das neue Kollektiv an eine VE anbringen, wo die Situation des Kollektivs verbessert wird, das heisst aber auch, dass die Situation der aufzunehmenden VE entgegen den Interessen der bestehenden Destinatäre verschlechtert wird.²¹⁸ Das zeigt, dass es für den Broker regelmässig nicht möglich ist, gleichzeitig seine auftragsrechtliche Treuepflicht zugunsten des AGers zu wahren und im Interessen der Destinatäre zu agieren. Courtage-Aufwendungen sind m.E. also weder der Förderung der *beruflichen Vorsorge* dienlich noch im Interesse der Destinatäre. Es liegt folglich eine zweckwidrige Verwendung von Vorsorgevermögen vor.

3.2.2. Courtage: Entkoppelung vom effektiven Aufwand

Zur Feststellung, dass Courtage-Aufwendungen aus Vorsorgevermögen zweckwidrig sind, kommt der Umstand hinzu, dass sie zudem (jährlich) wiederkehrend in gleichem, vordefinier-

²¹⁵ Vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 35 – 40, 68.

²¹⁶ Vgl. nachstehend, 3.3.2, S. 33 f. wird auch auf die Interessen des Brokers in dieser Situation zurückgekommen, die nochmals andere sind. Sein Interesse ist es, dass der Anschluss an eine VE vollzogen wird, die möglichst hohe Risiko- und/oder Kostenbeiträge hat, da seine Courtage ja davon abhängt. Die Höhe der Sparbeiträge ist ihm hingegen „gleichgültig“, da er daran kein eigenes Interesse hat.

²¹⁷ Vgl. vorstehend, 2.1.4.3.2, S. 21.

²¹⁸ UTTINGER/FISCHER, S. 160 f.

tem Umfang entrichtet werden. Die Höhe hängt dabei ausschliesslich vom vermittelten Risiko- und/oder Kostenbeitragsvolumen (i.e. auch der Grösse²¹⁹ des jeweiligen Anschlusses) ab.²²⁰ Die Höhe der Courtage ist somit völlig unabhängig Brokeraufwand, welcher im fraglichen Jahr effektiv anfällt. Courtagen sind auch geschuldet, wenn in einem Jahr nur geringer Aufwand (oder evtl. sogar gar kein Aufwand) bestand. Ein solches Entschädigungssystem entzieht sich somit ganz unabhängig davon, ob die Aufwendung per se zweckmässig ist, bereits aufgrund ihrer Bemessung einer gewissen Nachvollziehbarkeit.²²¹ Insgesamt ist nicht ersichtlich, wieso sich die Entschädigung des Brokers nach dem Risiko- und/oder Kostenprämienvolumen und nicht nach effektivem Aufwand bemisst.²²²

In der Praxis ist es oft so, dass kleinere Anschlüsse mit entsprechend weniger vermitteltem Beitragsvolumen den Brokern verhältnismässig mehr Aufwand bereiten als grössere Anschlüsse mit einem grösseren Beitragsvolumen.²²³ Das zeigt, dass die Entschädigung mittels Courtagen losgekoppelt vom effektiven Brokeraufwand ist. Diese Loskoppelung kann zudem mit einer sich im Brokerwesen der beruflichen Vorsorge etablierten Geschäftspraxis schön aufgezeigt werden. Einige Broker sind dazu übergegangen, ihren effektiven Aufwand zeitlich zu erfassen und den entsprechenden Betrag ihrer Courtage in Abzug zu bringen. Der Restbetrag wird an den AGer herausgegeben.²²⁴ Mit dieser Verrechnung räumen Broker aber auch implizit ein, dass die Courtage nicht mit dem effektiven Aufwand korreliert. Auf das Problem der Verrechnungspraxis, welches aus dem Courtagen-Modell resultiert, wird in Kürze näher eingegangen. Es wird dargelegt, warum ein solches Vorgehen im Bereich der beruflichen Vorsorge äussert problematisch erscheint.²²⁵

3.2.3. Brokerentschädigung aus Vorsorgevermögen für die Erfüllung von Aufgaben zu Gunsten der VE?

Im Kontext der verschiedenen Interessenlagen liegt es zudem nahe, auf die im Kap. 3.1 aufgeworfene Frage der Entschädigung der für die VE übernommenen *Vermittlungs-* und *allg. Verwaltungsaufgaben* gem. **Zusammenarbeitsvertrags** zurückzukommen. Diese Aufgaben sind nicht von der Courtage gedeckt. Somit muss man m.E., wie erwähnt, zum Umkehrschluss kommen, dass für diese Tätigkeiten heute faktisch keine Entschädigung fliesst.²²⁶ Warum dies

²¹⁹ Vgl. C-alm Studie, S. 15.

²²⁰ Vgl. vorstehend, 2.1.4.2, S. 17 m.w.Verw.

²²¹ Vgl. UTTINGER/FISCHER, S. 162; UTTINGER, Kreuzfeuer, S. 23.

²²² UTTINGER/ZELLWEGE, GA, Rz. 3.

²²³ Vgl. KUHN, SPV, S. 83; Interview Broker (Datum: 12.05.21).

²²⁴ UTTINGER/FISCHER, S. 163; Interview Broker (Datum: 12.05.21); vgl. C-alm Studie, S. 16.

²²⁵ Vgl. nachfolgend, 3.3.3.1, S. 35 ff.

²²⁶ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 17.

von den Brokern toleriert wird, kann nur vermutet werden. Es könnte m.E. daran liegen, dass sie die Entschädigung für diese Tätigkeiten bereits durch die i.d.R. im Verhältnis zum effektiven Aufwand (sehr) hohe Courtage gedeckt sehen. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass die *Vermittlungs-* und *allg. Verwaltungstätigkeiten* des Brokers zugunsten der VE umsonst sind.²²⁷ Daher stellt sich die Frage, ob für die Entschädigung dieser Tätigkeiten eine Aufwendung aus Vorsorgevermögen zweckmässig ist. Bei der Übernahme dieser Tätigkeiten muss den Parteien nämlich bewusst sein, dass der Broker bei deren Erfüllung weiterhin primär dem Interesse des AGer verpflichtet ist.²²⁸

Bezüglich der reinen **Absichtserklärung**²²⁹ des Brokers *Vermittlungstätigkeiten* wahrzunehmen, kann eine Aufwendung aus Vorsorgevermögen nicht zweckgemäss sein, da sich im Bereich der *Vermittlung* die Interessen des AGer und der VE i.d.R. diametral gegenüberstehen und der Broker in solchen Fällen die Interessen der VE zu vernachlässigen hat.²³⁰

Bei der Übernahme von *allg. Verwaltungsaufgaben* handelt es sich um einen **Auftrag**²³¹. Bei solchen Aufgaben hat der AGer m.E. jedoch ein neutrales Interesse, sprich seine Interessen sind durch diese Entlastungstätigkeiten des Brokers für die VE nicht tangiert. Es ist zweckgemäss, wenn die VE als Auftraggeber den Broker für seinen effektiven Aufwand aus Vorsorgevermögen entschädigt.²³² Bei der Betreuung von Schadenfällen²³³ liegt jedoch wieder eine Situation vor, in der sich die Interessen von AGer und VE schneiden. Eine Entschädigung des Brokers durch Vorsorgevermögen wäre zweckwidrig, da der Broker sich für die Interessen des AGer entscheiden muss.²³⁴ Um die Frage einer zweckmässigen Entschädigung beurteilen zu können, muss somit bei jeder Tätigkeit des Brokers zugunsten der VE die Interessenlage von VE und AGer analysiert werden.²³⁵

3.2.4. Rechtsfolgen: Risiko einer Auswirkung auf Steuerbefreiung und Organhaftung

Das Zusammenspiel von beruflicher Vorsorge und Steuerrecht ist, wie bereits erwähnt, sehr eng. Das hat zur Folge, dass ein vorsorgerechtlich problematisches Verhalten (i.e. zweckwid-

²²⁷ Vgl. Fn. 61.

²²⁸ Vgl. Fn. 117.

²²⁹ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 15.

²³⁰ UTTINGER/FISCHER, S. 159; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 104.

²³¹ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 17.

²³² Vgl. auch UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 105 ff.

²³³ Vgl. SIBA Memo, Rz. 39: „Unterstützung der VE sowie der einzelnen ANer und Versicherten im Zusammenhang mit Schadenfällen“. Dies zeigt, dass der Broker quasi beide Seiten zu vertreten hat, was bei dieser Aufgabe nicht möglich ist!

²³⁴ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 145; vgl. auch FUHRER, HAVE, S. 117 bzgl. Schadenregulierung.

²³⁵ Vgl. auch ähnlicher Hinweis FUHRER, HAVE, S. 117.

rige Verwendung Vorsorgevermögen) ebenso für die **steuerrechtliche Beurteilung** einer VE (i.e. Steuerbefreiung) von Bedeutung ist.

Art. 1 Abs. 1 BVG statuiert, dass der Zweck einer VE v.G.w. die *berufliche Vorsorge* ist. Aus steuerrechtlicher Sicht halten Art. 80 Abs. 2 BVG wie auch Art. 56 lit. e DBG und Art. 23 I lit. d StHG fest, dass Vorsorgevermögen (*dauernd* und) *ausschliesslich* für die *berufliche Vorsorge bzw. Personalvorsorge* verwendet werden dürfen. Die Steuerbefreiung einer VE ist somit direkt an die zweckmässige Verwendung des Vorsorgevermögens gekoppelt.²³⁶ Zur Erinnerung: Im Courtagen-Modell wird Vorsorgevermögen verwendet, um einen Broker zu bezahlen, der dem AGER Aufgaben abnimmt und der vertraglich verpflichtet ist, in dessen Interessen tätig zu werden. Werden Courtagen an Broker ausbezahlt, wird Vorsorgevermögen sodann gerade nicht im Interesse der Destinatäre resp. zur Förderung des Zwecks der *beruflichen Vorsorge* verwendet. Somit liegt m.E. eine zweckwidrige Verwendung des Vorsorgevermögens vor.²³⁷ Wenn Vorsorgemittel zweckwidrig verwendet werden, hat dies automatisch Folgen für die Steuerbefreiung der VE.

Es liegt im Aufgabenbereich der BVG-Aufsichtsbehörden (Art. 62 Abs. 1 lit. a BVG) die Reglemente²³⁸ auf ihre Gesetzmässigkeit zu überprüfen. Steuerbehörden stützen sich bei der Verfügung der Steuerbefreiung grundsätzlich auf diese Reglementprüfung der BVG-Aufsichtsbehörden und verzichten auf eine eigene Prüfung.²³⁹ Sie sind jedoch nicht gebunden und können somit im Einzelfall auch eine von der Entscheidung der BVG-Aufsichtsbehörden abweichende Einschätzung treffen.²⁴⁰ Eine solche Abweichung wäre im Falle des Courtagen-Modells nach hier vertretener Auffassung eigentlich nötig. Es ist jedoch kein Fall bekannt, in dem eine Steuerbehörde den Steuerbefreiungsentscheid einer BVG-Aufsichtsbehörde, aufgrund Ausrichtung von Entschädigungen (i.e. Courtagen) an Broker, aufgehoben hat.²⁴¹ Dies

²³⁶ Vgl. vorstehend, 2.1.4.3.1, S. 20.

²³⁷ Vgl. vorstehend, 3.2.1, S. 24 ff.

²³⁸ Die Problematik besteht nun darin, dass in den Reglementen keine Regelung zu den Courtage-Zahlungen zu finden ist, vgl. Interview Broker (Datum: 12.05.21) und Interview Anwalt (Datum: 13.08.21).

²³⁹ Vgl. SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, in: KOSS, Art. 80 BVG, Rz. 14; ZÜGER, S. 33; AMSCHWAND/TILLE, S. 42.

²⁴⁰ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 7, Rz. 4; Die Steuerbehörde kann einen SV in jeder Bemessungsperiode (auch bei unverändertem SV) neu beurteilen und eine Steuerbefreiung aberkennen. Die Steuerbefreiung ist kein wohl-erworbenes Recht vgl. SCHNEIDER/MERLINO/MANGE, in: KOSS, Art. 80 BVG, Rz. 13, 15 – 17.

²⁴¹ Die SSK hat jedoch bereits einmal einen Fall untersucht, bei dem einer VE (i.e. handelte es sich um einen Fonds) die Steuerbefreiung abgesprochen wurde, da diese Leistungen bezahlt hat, die eigentlich durch den AGER (über die Bildung von Reserven) erbracht werden müssten – sodann also eine zweckwidrige Verwendung vorlag. Die VE übernahm somit eine AGER-Aufgabe, vgl. SSK 2020, A. 1.3.3, S. 1 m.w.H. Dieser Fall ähnelt dem Courtagen-Modell, da die VE auch Vorsorgevermögen aufwendet, um eigentliche AGER-Aufgaben (i.e. Anschlussvermittlung und Betreuung) zu finanzieren und damit m.E. Vorsorgevermögen zweckwidrig verwendet. Auch hier tritt die VE mit Bezahlung des (vom AGER beauftragten) Brokers an die Stelle des AGers. Es ist jedoch m.E. anzumerken, dass im von der SSK beurteilten Fall die fragliche Aufwen-

ist m.E. wohl auf den Umstand zurückzuführen, dass das Courtagen-Modell bis dato nie als unzulässig beurteilt wurde sowie auch, dass die Ausrichtung von Courtagen von den VE regelmässig eben gerade nicht im Reglement erwähnt wird.

Aufgrund der hier vertretenen Auffassung, dass Courtagen-Aufwendungen zweckwidrig sind, stellt sich sodann auch die Frage nach der **Verantwortlichkeit** für bei der VE daraus entstandene Schäden. Gem. Art. 52 BVG haften insbesondere die mit der Verwaltung (i.e. Stiftungsräte) oder Geschäftsführung betrauten Personen für den Schaden, den sie der VE (absichtlich oder fahrlässig) zufügen. Wie erwähnt, wird i.c. einfachheitshalber davon ausgegangen, dass der Stiftungsrat alle Aufgaben selber wahrnimmt und nicht an eine Geschäftsführung delegiert. Der Entscheid, ob mit einem Broker gearbeitet und ihm eine Courtage ausgerichtet wird, betrifft die strategische Ausrichtung der VE, welche unter den Aufgabenbereich des Stiftungsrats fällt.²⁴² Die Verantwortlichkeit des Stiftungsrats im Falle einer zweckwidrigen Verwendung von Vorsorgevermögen im Rahmen des Courtagen-Modells wird nicht abschliessend geprüft, es wird ausschliesslich auf die möglichen Schwierigkeiten im Rahmen der praktischen Umsetzung eingegangen.

Aktivlegitimiert ist die VE (mithin nicht die AGer oder die Destinatäre).²⁴³ *Passivlegitimiert* sind „alle mit der Verwaltung (Leitungsorgan = i.e. Stiftungsrat) (...) betrauten Personen“. ²⁴⁴ Hier stellt sich bereits das erste Problem. Wie gesehen, wird die VE durch ihre Organe (insb. durch den Stiftungsrat als oberstes Organ) vertreten. Somit ist bei Verantwortlichkeitsklagen gegen den Stiftungsrat die Situation inhärent, dass ein aktiver Stiftungsrat quasi gegen sich selber vorgehen müsste. Das ist wenig realitätsnah, was die Geltendmachung von Schadenersatz bei aktiven Räten in der Praxis auch erschwert. Es kommt daher regelmässig erst zur Verantwortlichkeitsklage, wenn ein Stiftungsrat aus der VE ausgeschieden ist und der neue gegen ebendiesen klagt.²⁴⁵ Die Realität ist aber auch, dass praktisch nie der gesamte Stiftungsrat (mind. 4 Mitglieder) ausgewechselt wird.²⁴⁶ Der neue Stiftungsrat müsste also gegen den ausgetretenen aber eben auch gegen die noch aktiven Stiftungsräte, die an der damaligen Entscheidung mitgewirkt haben, vorgehen. Dass dies eintritt, ist in der zugrundeliegenden Situation noch viel unwahrscheinlicher, da bekanntlich nach wie vor umstritten ist, ob das Courtagen-Modell überhaupt unzulässig ist. Somit wäre bereits das Vorliegen einer effektiven

dung im (Zusatz-)Reglement erwähnt wurde. Die VE erwähnen in ihrem (Zusatz-)Reglement wie gesehen jedoch reglm. gerade nicht, dass sie Courtagen an Broker ausrichten, vgl. Fn. 203.

²⁴² Vgl. vorstehend, 2.1.4.3.3, S. 22.

²⁴³ BLOCH-RIEMER, in: BSK-bV, Art. 52 BVG, Rz. 12; VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 52 BVG, Rz. 2.

²⁴⁴ Vgl. BLOCH-RIEMER, in: BSK-bV, Art. 52 BVG, Rz. 15 – 20; VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 52 BVG, Rz. 4; KIESER, in: KOSS, Art. 52 BVG, Rz. 22, 24 f.

²⁴⁵ BLOCH-RIEMER, in: BSK-bV, Art. 52 BVG, Rz. 13; KIESER, in: KOSS, Art. 52 BVG, Rz. 18.

²⁴⁶ Interview Anwalt (Datum: 13.08.21).

*Pflichtverletzung*²⁴⁷ (i.e. zweckwidrige Verwendung Vorsorgevermögen) ungewiss. Auf die Tatbestandsmerkmale von Art. 52 BVG *Schaden, Kausalzusammenhang* zw. Pflichtverletzung und Schaden sowie *Verschulden*, wird nicht weiter eingegangen.²⁴⁸

SE verfügen neben dem Stiftungsrat als oberstes Organ der VE zusätzlich über Vorsorgekommissionen in den einzelnen Vorsorgewerken.²⁴⁹ Als Organe der SE müssten daher auch die Vorsorgekommissionen unter die Bestimmung von Art. 52 BVG fallen.²⁵⁰ Wenn den Vorsorgekommissionen gewisse Kompetenzen delegiert werden, so können diese ebenfalls als Leitungsorgan gelten.²⁵¹ Vorsorgekommissionen treffen in der Praxis zum Teil den Entscheid, ob mit einem Broker gearbeitet werden soll.²⁵² GNÄDINGER nimmt an, dass eine solidarische Haftung von Stiftungsrat und Vorsorgekommission möglich ist.²⁵³

3.2.5. Zwischenfazit

Courtage-Aufwendungen aus Vorsorgevermögen für die Entschädigung der Brokertätigkeiten im Interesse des AGer gem. Brokervertrag sind nicht im langfristigen Interesse der Destinatäre und dienen nicht der Förderung der *beruflichen Vorsorge*; mithin sind sie zweckwidrig. Das Courtage-Modell verletzt folglich Vorsorgerecht.²⁵⁴ Zudem tangieren Courtage die paritätischen Kostenprämien sämtlicher Anschlüsse. Generell scheint auch die Entkoppelung der Courtage vom effektiven Aufwand nicht nachvollziehbar.

Entschädigungen aus Vorsorgevermögen für die rein „beabsichtigten“ *Vermittlungstätigkeiten*, die der Broker gem. Zusammenarbeitsvertrag zu Gunsten der VE übernimmt, wären nicht zweckmässig. Bei den *allg. Verwaltungsaufgaben* (Auftrag) zur Entlastung der VE (Ausnah-

²⁴⁷ BLOCH-RIEMER, in: BSK-bV, Art. 52 BVG, Rz. 33 – 36; VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 52 BVG, Rz. 8 ff.; *Pflichtverletzung*: „Wenn die sich aus Gesetz, VO, Stiftungsurkunde, Reglement (...) ergebenden Pflichten verletzt werden“. I.c. m.E. durch die im Courtage-Modell zweckwidrige Verwendung von Vorsorgevermögen eine Verletzung der gesetzlichen Pflichten Art. 1 Abs. 1 BVG (Zweck), Art. 51b Abs. 2 BVG (Treuhänderische Sorgfaltspflicht) und Art. 80 Abs. 2 BVG (Steuerbestimmung), vgl. KIESER, in: KOSS, Art. 52 BVG, Rz. 52 – 56 (insb. 54); Wünschenswert für die Beurteilung einer Pflichtverletzung wäre, wenn der VO-Geber klar definieren würde, unter welchen VSS eine Brokerentschädigung aus Vorsorgevermögen zulässig ist, vgl. nachfolgend, 5.1.2, S. 45 f. Bis dato ist – wie gesagt – unklar, ob Courtage aus Vorsorgevermögen zulässig sind.

²⁴⁸ M.w.H. zu den einzelnen TBM etwa VETTER-SCHREIBER, in: OFK, Art. 52 BVG, Rz. 5 ff. und KIESER, in: KOSS, Art. 52 BVG, Rz. 37 – 64.

²⁴⁹ HÜRZELER, Grundriss, Kap. 2, Rz. 36, 39, 55.

²⁵⁰ BLOCH-RIEMER, in: BSK-bV, Art. 52 BVG, Rz. 27; vgl. zu Organstellung der Vorsorgekommission STAUFFER, bV, Rz. 2002: „Das BGer hat sich jedoch bis dato noch nie dazu geäußert hat, ob Vorsorgekommission(en) Organe der SE darstellen.“

²⁵¹ GNÄDINGER, S. 53.

²⁵² Vgl. Fn. 168.

²⁵³ GNÄDINGER, S. 53 f.

²⁵⁴ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 112; UTTINGER/FISCHER, S. 162.

me: Betreuung Schadenfall) wäre es hingegen zweckmässig, wenn die VE als Auftraggeberin den Broker aus Vorsorgevermögen entschädigt.

Solange höchststrichterlich oder vom Gesetzgeber das Courtagen-Modell nicht als unzulässig eingestuft wird, sind die beiden erwähnten Rechtsfolgen (Aufhebung Steuerbefreiung, Verantwortlichkeit Stiftungsrat) realistischerweise nicht zu erwarten. Da i.c. jedoch die Auffassung vertreten wird, dass das Courtagen-Modell vorsorgerechtlich effektiv unzulässig ist, besteht mindestens das Risiko des Eintritts der erwähnten Rechtsfolgen. Dieses Risiko darf von der VE bei der Wahl des Entschädigungssystems nicht vernachlässigt werden.

3.3. Courtagen-Modell: Auftragsrechtliche Beurteilung

3.3.1. Allgemeines

Der **Brokervertrag** zw. AGer und Broker wird als **einfacher Auftrag** qualifiziert. Der Broker ist verpflichtet treu und sorgfältig ausschliesslich und umfassend im Interesse seines Auftraggebers (i.e. AGer) tätig zu werden (Art. 394 ff. OR). Es geht dabei um die *Vermittlung* und (dauerhafte) *Betreuung* des AGers bzgl. Versicherungssituation in der beruflichen Vorsorge. Der Broker darf sich bei der Aufgabenerfüllung weder von **Eigeninteressen** (i.e. möglichst hohes Entgelt) noch von **Interessen Dritter** (i.e. Interessen der VE) leiten lassen.²⁵⁵

3.3.2. Interessenkonflikte bzw. Fehlanreize des Brokers

Der Broker erhält seine Entschädigung (i.e. Courtage) für sein Tätigwerden im Interesse des AGers von der VE (i.e. Anbieter). Diese Courtagen bemessen sich, wie erwähnt, nach einem %-Satz der Risiko- und/oder Kostenbeiträgen, wobei diese %-Sätze wie auch die zu entrichtenden Beiträge von VE zu VE variieren.²⁵⁶ Broker können daher verleitet sein, ihrem **Eigeninteresse** (i.e. möglichst hohes Entgelt) nachzugehen und dem AGer eine VE vorzuschlagen, welche möglichst hohe Beiträge vorsieht und mit der er einen Zusammenarbeitsvertrag unterhält. An der Empfehlung einer VE, die nicht mit einem Courtagen-Modell arbeiten, ist er entsprechend nicht interessiert. So könnten dem AGer regelmässig passende Vorsorgelösungen vorenthalten werden. Der Broker kann im Courtagen-Modell durch seine Offerteneinholung bei den entsprechenden VE die Höhe seines Entgelts quasi selber wählen.²⁵⁷ Es ist gerade nicht im Interesse des AGers, dem der Broker eigentlich verpflichtet ist, möglichst hohe Beiträge zu bezahlen, er wäre vielmehr daran interessiert, dass der Broker die geschuldeten Bei-

²⁵⁵ Vgl. vorstehend, 2.1.2.3, S. 5 f. m.w.Verw.

²⁵⁶ Vgl. vorstehend, 2.1.4.2, S. 17 m.w.Verw.

²⁵⁷ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 125; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 38, 116; VZ-Studie, S. 9 f.; HSG-Studie, S. 10; STAUFFER, SZS, S. 454; SIBA Berufsstandards, Kap. 4, Art. 16 Abs. 2: „Broker hat sein Eigeninteresse (i.e. Maximierung Entgelt) stets unterzuordnen.“

träge herunterverhandelt.²⁵⁸ Der sich dem Broker im Courtagen-Modell stellende (**Eigen-Interessenkonflikt** resp. Fehlanreiz ist eklatant.²⁵⁹

Der Umstand, dass im Zusammenarbeitsvertrag neben der Courtagenvereinbarung zw. VE und Broker, der Broker regelmässig auch „beabsichtigt“ (nicht durchsetzbare reine Absichtserklärung), für die VE *Vermittlungstätigkeiten*²⁶⁰ wahrzunehmen, ist m.E. geeignet, den Interessenkonflikt des Brokers noch zu verstärken. Dies, da sich seine Eigeninteressen beim wichtigen Punkt „Beitragshöhe“ mit den **Interessen der VE**²⁶¹ decken. Die Interessen des Brokers und der VE stehen somit gemeinsam dem Interesse des AGer diametral gegenüber.²⁶² BUR BÜRGIN/MURESAN stellen fest, dass dieser Umstand geeignet ist, den AGer, dem der Broker eigentlich verpflichtet ist, in eine noch schwächere Position zu versetzen.²⁶³

Die geschilderte Situation ist ein bei sämtlichen Dienstleistungsbereichen bekanntes Problem, welches in der Volkswirtschaftslehre als sog. **Prinzipal-Agenten-Problematik mit Moral Hazard aufgrund verborgener Informationen** bezeichnet wird. Der Prinzipal (i.c. AGer) beauftragt²⁶⁴ den Agenten (i.c. Broker) für ihn eine bestimmte Dienstleistung zu erfüllen, da es ihm in diesem Bereich an den nötigen Fähigkeiten mangelt (i.c. fehlendes Fachwissen im Bereich der beruflichen Vorsorge, um sich für eine passende Vorsorgelösung entscheiden zu können). Aufgrund des Mangels an nötigen Fähigkeiten auf Seite des Prinzipals besteht zwischen den Parteien eine sog. Informationsasymmetrie. Der Agent hat einen Informations- resp. Wissensvorsprung ggü. dem Prinzipal. Problematisch ist, dass zwischen dem Prinzipal und Agenten (i.c. AGer und Broker) keine Informationsharmonie besteht, sondern sich ihre jeweiligen Interessen vielmehr gegenüberstehen (i.c. Interessen von AGer und Broker decken sich nicht.). In dieser Konstellation besteht das latente Risiko, dass der Agent seinen Informationsvorsprung zu seinen Gunsten ausnutzt. Der Prinzipal kann aufgrund seiner unvollständigen Informationen das Verhalten des Agenten nicht ausreichend beurteilen. Der Fehlanreiz- bzw. Interessenkonflikt des Brokers ist offensichtlich.

²⁵⁸ Vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 35 f., 68; VZ-Studie, S. 10.

²⁵⁹ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 129; C-alm Studie, S. 16; HSG-Studie, S. 9: Die Autoren bemängeln, dass für eine zuverlässige Beurteilung der Interessenkonflikte resp. Fehlanreize im Courtagen-Modell der beruflichen Vorsorge entspr. empirische Studien fehlen. Entspr. Interessenkonflikte können daher nur mittels Analogieschlusses aus dem Prinzipal-Agent-Modell hergeleitet werden. Sodann argumentieren sie, dass es zutreffender wäre bei im Diskurs erwähnten Interessenkonflikten auch lediglich von „Thesen“ zu sprechen.; vgl. auch Interview Konrad (Datum: 15.09.21).

²⁶⁰ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 15.

²⁶¹ Vgl. vorstehend, 3.2.1, S. 26.

²⁶² BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 36, 38.

²⁶³ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 128 m.w.H in entspr. Fn. 285 des GA.

²⁶⁴ vgl. HUNZIKER, S. 103: „Der Auftrag (Art. 394 ff. OR) stellt quasi den Prototyp einer Prinzipal-Agent-Beziehung dar.“

I.c. kommt erschwerend hinzu, dass der Agent noch einen weiteren Prinzipal hat. Er „beabsichtigt“ nämlich auch für die VE (i.e. Anbieter) zu handeln, wobei sich die Interessen Letzterer dabei kongruent verhalten. Von diesem weiteren Prinzipal bzw. dieser Drittpartei stammt zudem, wie gesehen, auch die Entschädigung des Agenten für seinen Erstprinzipal (i.c. A-Ger).²⁶⁵ Die sich dem Broker aus dem Courtagen-Modell stellenden **inhärenten Interessenkonflikte** laufen der auftragsrechtlichen Treuepflicht gem. Art. 398 Abs. 2 OR zuwider.²⁶⁶ Gibt der Broker den Fehlanreizen nach, zieht dies das Risiko eines möglichen Schadenersatzanspruchs mit sich.²⁶⁷

3.3.3. Bestehende präventive Massnahmen gegen Interessenkonflikte

Um den (Eigen- bzw. Fremd-)Interessenproblemen entgegenzuwirken, hat der Gesetzgeber bereits die **präventiven Massnahmen der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht** (Art. 400 Abs. 1 OR) wie auch den **Offenlegungsgrundsatz** von Art. 48k Abs. 2 BVV 2 vorgesehen.

3.3.3.1. Auftragsrechtliche Herausgabepflicht (Art. 400 Abs. 1 OR)

Die Qualifikation als Auftrag²⁶⁸ lässt die Frage aufkommen, wie sich Courtagen mit der **auftragsrechtlichen Herausgabepflicht** (Art. 400 Abs. 1 OR) verhalten. Die Herausgabepflicht ist als Konkretisierung der Treuepflicht zu verstehen, indem sie sicherstellen soll, dass der Beauftragte auch effektiv die Interessen des Auftraggebers wahrnimmt (Hintergrund: Fremdnützigkeit des Auftrags). Sodann stellt sie quasi einen Korrekturmechanismus dar, um Interessenkonflikte zu vermeiden.²⁶⁹

Es ist folglich zu prüfen, ob Courtagen der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht unterstehen. Gem. Art. 400 Abs. 1 OR hat der Auftragnehmer alles, was ihm infolge seiner Auftragstätigkeit aus irgendwelchen Gründen zugekommen ist, seinem Auftraggeber herauszugeben. Darunter fallen insbesondere auch Zuwendungen (i.e. Vermögenswerte), die der Beauftragte von Dritten erhält.²⁷⁰ Der Auftragnehmer hat all diese Vermögenswerte herauszugeben, die in einem sog. „inneren Zusammenhang“ zur Auftragstätigkeit stehen. Ein solcher „innerer Zusammenhang“ ist gem. BGer jedenfalls gegeben, wenn die Gefahr besteht,

²⁶⁵ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 15; C-alm Studie, S. 15; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 134; vgl. zum Ganzen auch HUNZIKER, S. 44, 46, 51 f.

²⁶⁶ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 129.

²⁶⁷ Vgl. vorstehend, 3.3.4, S. 41.

²⁶⁸ Vgl. vorstehend, 2.1.2.3, S. 5 ff.

²⁶⁹ BGE 138 III 755, E. 5.3 S. 762 f.; 137 III 393 E. 2.3 S. 397; 132 III 460 E. 4.2 S. 465 f.; OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 398 OR, Rz. 8; OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 400 OR, Rz. 10; UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 117; UTTINGER/ZELLWEGER, Pflichten, S. 100; UTTINGER, Kreuzfeuer, S. 22.

²⁷⁰ OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 400 OR, Rz. 12.

dass der Auftragnehmer (i.e. Broker) aufgrund dieser Zuwendungen Dritter, die Interessen seines Auftraggebers (i.e. AGer) nicht ausreichend wahren könnte. Sodann also ein (potentieller) Interessenkonflikt vorliegt.²⁷¹ Auf die Konstellation des Courtagen-Modells angewendet, ist ein solcher „innerer Zusammenhang“ wohl zu bejahen, da durch die Zuwendung (i.e. Courtage) ein Interessenkonflikt des Brokers anzunehmen ist.²⁷² Gem. herrschender Lehrmeinung unterstehen Courtagen im Bereich der beruflichen Vorsorge somit auch der Herausgabepflicht.²⁷³ Vom BGer wurde die Frage bis dato nicht geklärt, es ist aber davon auszugehen, dass es zum gleichen Schluss kommt.²⁷⁴

Wie erwähnt, sind im Brokerwesen der beruflichen Vorsorge einige Broker dazu übergegangen, ihren effektiven Aufwand zeitlich zu erfassen und den daraus resultierenden Betrag ihrer Courtage in Abzug zu bringen, um dann den Restbetrag quasi freiwillig an den AGer herauszugeben.²⁷⁵ Dieses Vorgehen ist für die Broker auch ein starkes Verkaufsargument, da es das Courtagen-Modell für den AGer augenfällig äusserst attraktiv macht.²⁷⁶ Würde das BGer, was anzunehmen ist, die herrschende Lehrmeinung bestätigen, so hiesse das, dass eine solche Verrechnung bei sämtlichen Brokeraufträgen vorgenommen werden würde. Im Brokerwesen der beruflichen Vorsorge ist dies jedoch, im Unterscheid zum Vermögensverwaltungs- oder allg. Versicherungswesen, höchst problematisch. Ganz unabhängig davon, ob (Broker-)Courtage aus Vorsorgevermögen als (un-)rechtmässig beurteilt werden, ist eine Herausgabe von Courtagenteilen an den AGer m.E. klar unzulässig, weil dadurch das Vorsorgevermögen an den AGer „zurückfliesst“. Dies steht insbesondere mit den Voraussetzungen der Steuerbefreiung der VE in Konflikt.²⁷⁷

²⁷¹ BGE 143 III 348 E. 5.1.2 S. 355; 138 III 755 E. 5.3 S. 762; 132 III 460 E. 4.1 S. 464; OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 400 OR, Rz. 12a.

²⁷² Vgl. Botschaft VVG S. 7771.

²⁷³ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 106, 114; UTTINGER/ZELLWEGE, GA, Rz. 137; HOUDROUGE/GONCZY, S. 118; STAUFFER, SZS, S. 457; a.M. KUHN, SPV, S. 83: Er argumentiert, dass Courtagen die VE lediglich „durchlaufen“, jedoch wirtschaftlich nicht von dieser stammen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden vgl. hierzu vorstehend, 2.1.4.2, S. 18.

²⁷⁴ STAUFFER, SZS, S. 458; Herausgabepflicht ist auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar, vgl. dazu BGE 138 III 755 E. 5.4 S. 763. Der Brokervertrag wird als Auftrag qualifiziert, vgl. vorstehend, 2.1.2.3, S. 5 ff.

²⁷⁵ UTTINGER/FISCHER, S. 163; Interview Broker (Datum: 12.05.21); Diese Praxis hat sich m.E. wohl in Anlehnung an das Vermögensverwaltungs- bzw. allg. Versicherungswesen entwickelt, wo eine solche Verrechnung seit Bestätigung der Anwendbarkeit der Herausgabepflicht gem. Art. 400 Abs. 1 OR vorgenommen wird. In diesen Geschäftsbereichen ist eine solche Verrechnung unproblematisch.

Wie gesehen, nimmt die h.L. an, dass das BGer auch bei den Courtagen in der beruflichen Vorsorge die Anwendbarkeit der Herausgabepflicht bestätigen würde.

²⁷⁶ C-alm Studie, S. 16 m.w.H. in Fn. 6; Interview Broker (Datum: 12.05.21).

²⁷⁷ Vgl. auch UTTINGER/FISCHER, S. 163; UTTINGER/ZELLWEGE, GA, S. 137 m.w.H. in Fn. 97.

Im Rahmen der Herausgabepflicht gilt es jedoch zu beachten, dass es dem Auftraggeber (i.e. AGer) frei steht, auf die Herausgabe (i.c. künftig²⁷⁸ anfallender Vermögenswerte) zu **verzicht**en.²⁷⁹ Dazu hat das BGer in einem Urteil, wo es um das Courtagen-Modell im Bereich des allg. Versicherungsbrokerwesens ging, grundsätzlich festgestellt, dass ein **impliziter Verzicht** des Auftraggebers ausreicht.²⁸⁰ Es ist jedoch zu erwarten, dass das BGer früher oder später seine aus der Retrozessionsrechtsprechung²⁸¹ im Vermögensverwaltungsbereich etablierten Voraussetzungen eines gültigen Verzichts (**expliziter Verzicht**) auch auf das allg. Versicherungsbrokerwesen (und wenn sich die Frage der Herausgabepflicht in der beruflichen Vorsorge stellt, dann auch auf diesen Bereich) ausweiten wird. Um der unzulässigen Situation vorzubeugen, dass Courtagenteile (und damit Vorsorgevermögen) an den AGer fliessen, müssten Verzichtserklärungen in Brokerverträgen bereits heute zwingendermassen vorgesehen werden.²⁸² Die in der Praxis teilweise vorkommende Verrechnungspraxis der Broker hat keine Existenzberechtigung und sollte von den Brokern unterlassen werden. Für einen gültigen Verzicht sollten zudem die vom BGer in der Retrozessionspraxis entwickelten Voraussetzungen analog beachtet werden, d.h. ein expliziter Verzicht vereinbart werden.²⁸³ Gem. BGer kann der Auftraggeber (i.e. AGer) im Voraus gültig verzichten, nachdem er über die Courtagen vollständig und richtig informiert wurde.²⁸⁴ Der Broker hat dazu die Höhe bzw. Berechnungsgrundlagen der zu erwartenden Courtagen preiszugeben. Diese Informationen sollen dem Auftraggeber ermöglichen die Kostenstruktur zu verstehen und (potentielle) Interessenkonflikte des Brokers zu erkennen.²⁸⁵ Dies wäre wohl erfüllt, wenn der Broker dem AGer die Höhe der Courtagen in % der BVG-Beiträge angibt.²⁸⁶ Schlussendlich muss aus der Vereinbarung der ausdrückliche und eindeutige Wille des informierten Auftraggebers (i.e. AGer) hervorgehen, auf die Herausgabe der zu erwartenden Courtagen zu verzichten.²⁸⁷ Der Umfang der erwähnten Aufklärungspflicht hat sich dabei jeweils am Kenntnisstand des Auftraggebers zu orientieren.²⁸⁸ Beim AGer handelt es sich regelmässig um einen unerfahrenen Auftraggeber, wonach der Broker i.c. sämtliche erwähnte Informationen zur Verfügung zu stellen hat

²⁷⁸ Da Courtage wie gesehen ja erst nach dem Anschluss des AGers an die VE ausgerichtet werden.

²⁷⁹ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.2 S. 396; 132 III 460 E. 4.2 S. 466; UTTINGER/ZELLWEGER, Pflichten, S. 101.

²⁸⁰ Vgl. BGE 142 III 657 E. 4.6.2 S. 666.

²⁸¹ Sog. Retrozessionsurteile: BGE 137 III 393; BGE 132 III 460.

²⁸² Vgl. UTTINGER, Kreuzfeuer, S. 23; vgl. ähnlicher Auffassung BAUMANN/FORLIN, S. 21.

²⁸³ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 119 f.; UTTINGER, Kreuzfeuer, S. 23; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 112, 114 f.

²⁸⁴ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.2 S. 396 f.; 132 III 460 E. 4.2, 4.5 S. 465 f. und E. 4.5 S. 468 f.

²⁸⁵ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398 f.

²⁸⁶ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 110.

²⁸⁷ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.4 S. 398 f.; 132 III 460 E. 4.2 f. S. 465 f.

²⁸⁸ Vgl. BGE 137 III 393 E. 2.5 S. 400 f.

und ihn auch auf die entsprechenden Zusammenhänge im Detail aufmerksam zu machen hat.²⁸⁹ Ohne einen solchen expliziten Verzicht ist davon auszugehen, dass der AGER Anspruch auf Herausgabe der Courtagen hat. Dieser i.c. quasi zwingend nötige (explizite) Verzicht bedeutet m.E. jedoch auch, dass die Funktion der Herausgabepflicht als präventives System zur Verhinderung von Interessenkonflikten faktisch ausgehebelt würde. Dieser Missstand ist in diesem Kontext wohl aber hinzunehmen.

3.3.3.2. *Strukturreform: Information und Offenlegung (Art. 48k Abs. 2 BVV 2)*

Als zweites **präventives Instrument** zur Entschärfung von Interessenkonflikten ist die im Rahmen der Strukturreform 2011 eingeführte **Informations- bzw. Offenlegungspflicht** gem. Art. 48k Abs. 2 BVV 2²⁹⁰ zu thematisieren.²⁹¹ Es gilt zu prüfen, ob diese Bestimmung die gewünschte präventive Wirkung entfaltet.

Vorab ist zu erwähnen, dass seit jeher unklar ist, auf welche Beziehung sich die Bestimmung genau bezieht, sprich *wer* genau die externe Person (i.e. Broker) für die Vermittlung von Vorsorgegeschäften beauftragt.²⁹²

Die erste mögliche Auffassung wäre, dass es darum geht, dass der AGER den Broker im **Brokervertrag** beauftragt, ihm ein Vorsorgegeschäft (i.e. Anschluss[-vertrag]²⁹³) an eine VE zu vermitteln. Der AGER wäre der Kunde des Brokers. Der Broker hat den AGER beim ersten Kontakt über *Art und Herkunft* der zu erwartenden Entschädigung (i.e. Broker wird im Courtagen-Modell von der letztlich gewählten VE mittels Courtage entschädigt) zu informieren. Die *Art und Weise* der Entschädigung (i.e. zu erwartende Courtage) ist zwingend in einer schriftlichen Vereinbarung zu regeln und der VE²⁹⁴ als auch dem AGER offenzulegen.²⁹⁵ Diese Auffassung vertreten UTTINGER/ZELLWEGER.²⁹⁶ Sie prüfen in ihrem GA die Information aus Art. 48k Abs. 2 BVV 2 auf Komptabilität mit der geforderten Information für den im vorherigen Kapitel behandelten, und im Rahmen des Brokerwesens der beruflichen Vorsorge zwingend vorzusehenden, expliziten Verzicht. Dies verneinen sie, da die Informationspflicht dieser Bestimmung bloss eine abstrakte Abhandlung des Entschädigungsmodells darstellt und

²⁸⁹ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 121, 132.

²⁹⁰ Regelungskompetenz BR für Ausführungsbestimmungen gem. Art. 53a Abs. 1 lit. b BVG.

²⁹¹ STAUFFER, bV, Rz. 1961, 1965, 1968; Botschaft Strukturreform, S. 5672; KUHN, AJP, S. 1192; Bezugnehmend auf diese Bestimmung auch SIBA Berufsstandards, Kap. 4, Art. 17 & SIBA CoC, Kap. Transparenz.

²⁹² Vgl. KUHN, AJP, S. 1197 f.

²⁹³ Anschlusspflicht gem. Art. 11 Abs. 1 BVG.

²⁹⁴ Unklar ist, wieso im Courtagen-Modell genau die schriftliche Vereinbarung über die Art und Weise der Entschädigung an die VE offengelegt werden muss. Ist diese ja bereits Partei der Courtagenvereinbarung resp. Zusammenarbeitsvertrag mit dem Broker.

²⁹⁵ KUHN, AJP, S. 1197; vgl. BSV-Bericht Strukturreform, S. 32.

²⁹⁶ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 131; UTTINGER, Kopfzerbrechen; gl.M. BAUMANN/FORLIN, S. 21; HOUDROUGE/GONCZY, S. 118.

insbesondere keine Information bzgl. zu erwartender Höhe und Berechnungsgrundlagen der Courtage und den daraus drohenden Interessenkonflikten gefordert sind.²⁹⁷ Für einen gültigen Verzicht braucht es also weitergehende Informationen. UTTINGER/ZELLWEGER argumentieren m.E. auch nachvollziehbar, dass der Informations- bzw. Offenlegungsgrundsatz nicht geeignet ist, sicherzustellen, dass der Broker sich nicht von anderen Interessen (v.a. dem Eigeninteresse nach Maximierung seines Entgelts) leiten lässt. Der Broker hat den Anreiz, dem AGER solche VE vorzuschlagen, mit denen er zusammenarbeitet und welche den höchsten Kosten- und/oder Risikobeiträgen vorsehen.²⁹⁸ Von diesen VE ist bei einem potenziellen Anschluss auch eine Courtage zu erwarten, die der Broker dem AGER offenlegen muss. Er hat jedoch keinen Anreiz VE vorzuschlagen mit denen er nicht arbeitet und welche gar kein Courtagen-Modell vorsehen. Diese Vorenthaltung von geeigneten Vorsorgeoptionen vermag diese Bestimmung nicht zu verhindern.²⁹⁹ Die postulierte Unabhängigkeit des Brokers als ungebundener Versicherungsvermittler ist somit in Frage zu stellen.³⁰⁰ Art. 48k Abs. 2 BVV 2 weist zudem auffallende Parallelen zu Art. 66 E-VVG „Offenlegung der Entschädigung“ der (gescheiterten) VVG Totalrevision von 2011 auf.³⁰¹ Es ist anzunehmen, dass der BR sich bei der Verabschiedung von Art. 48k Abs. 2 BVV 2 von ebendieser Bestimmung hat inspirieren lassen.³⁰² Die Idee hinter Art. 66 E-VVG war es, den dem Broker inhärenten resp. latenten Interessenkonflikt³⁰³ mittels einer umfassenden³⁰⁴ Offenlegungspflicht (i.e. Offenlegung Courtage) zumindest zu entschärfen. Also sollte mit dieser Bestimmung genau die in der ersten Auffassung geschilderte Situation behandelt werden.

Die von BUR BÜRGIN MURESAN unterstützte zweite Auffassung wäre, dass die Bestimmung so zu verstehen sei, dass ein Broker von der VE im **Zusammenarbeitsvertrag** mit der Neuanchlussvermittlung „beauftragt“ wird.³⁰⁵ Dieses Verständnis lässt sich nicht mit der im Rahmen dieser Arbeit vertretenen Auffassung in Einklang bringen. Im Zusammenarbeitsvertrag zw. VE und Broker werden neben der Regelung der Courtage, die rein für Tätigkeiten

²⁹⁷ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 132, 134; UTTINGER, Kreuzfeuer, S. 23.

²⁹⁸ Vgl. vorstehend, 3.3.2, S. 33.

²⁹⁹ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 126 f. inkl. eigene Überlegungen; vgl. BAUMANN/FORLIN, S. 20 f.; Interview Konrad (Datum: 15.09.21).

³⁰⁰ Vgl. BAUMANN/FORLIN, S. 21.

³⁰¹ Vgl. Botschaft VVG, S. 7772.

³⁰² Vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 164, 169; Botschaft VVG 7705 ff. (07.09.2011) und in Kraft Setzung von Art. 48k Abs. 2 BVV 2 (01.08.2011) liegen sehr nahe beieinander.

³⁰³ Interessenkonflikt aufgrund des Umstands, dass eben nicht der Auftraggeber (i.e. VN), sondern der Anbieter (i.e. Versicherung) den Broker bezahlt (i.e. Courtage).

³⁰⁴ Die Offenlegungspflicht gem. Art. 66 E-VVG war jedoch viel umfassender ausgestaltet als diejenige von Art. 48k Abs. 2 BVV 2, vgl. Botschaft VVG, S. 7772.

³⁰⁵ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 170; KUHN, AJP, S. 1197.

des Brokers im Interesse des AGER gem. Brokervertrag angedacht ist, zudem dem Broker auch von der VE Aufgaben übertragen (*Vermittlung* und *allg. Verwaltungsaufgaben*)³⁰⁶. Art. 48k Abs. 2 BVV 2 nennt jedoch nur die *Vermittlung*. Wie gesehen, liegt bei der Übertragung von solchen *Vermittlungsaufgaben* an den Broker gerade kein Auftrag vor, sondern eine reine Absichtserklärung. Somit ist der Wortlaut der Bestimmung „beauftragt“³⁰⁷ unzutreffend. Diese Wortwahl wäre lediglich bei der Übertragung, der i.c. jedoch nicht aufgezählten³⁰⁸, *allg. Verwaltungsaufgaben* zutreffend, wo effektiv ein Auftrag vorliegt. Da Courtagen lediglich für Tätigkeiten des Brokers im Interesse des AGers gem. Brokervertrag angedacht sind, fliessen m.E. heute für die *Vermittlung* und *allg. Verwaltungsaufgaben* im Interesse der VE faktisch keine Entschädigungen an Broker. Somit können auch keine Entschädigungen i.S. dieser Bestimmung offengelegt werden. Wie ausgeführt, wäre es angebracht, dass Broker für ihre Tätigkeiten im Interesse der VE (durch Vorsorgevermögen) entschädigt werden. Dies trifft jedoch nur auf die in dieser Bestimmung gerade nicht erwähnten *allg. Verwaltungstätigkeiten* zu. Eine Entschädigung für *Vermittlungshandlungen* im Interesse der VE (durch Vorsorgevermögen) wäre zweckwidrig.³⁰⁹ Sodann ist m.E. der Auffassung von UTTINGER/ZELLWEGER zu folgen.

Es kommt hinzu, dass Art. 48k Abs. 2 BVV 2 in der Praxis regelmässig inkorrekt angewendet wird. Denn die zu erwartende Courtage wird nicht bereits beim Erstkontakt, sondern erst bei Unterzeichnung des Anschlussvertrags (also bei Abschluss der Vermittlungshandlung des Brokers für den AGER) offengelegt.³¹⁰ Dazu ist anzumerken, dass ein Verstoss gegen die Offenlegungspflicht gesetzlich überhaupt nicht sanktioniert ist.³¹¹ Art. 48k Abs. 2 BVV 2 ist somit unbestrittenermassen reformbedürftig und sollte vom Verordnungsgeber revidiert werden.³¹²

³⁰⁶ Vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 14 f. m.w.Verw.

³⁰⁷ Die französische Fassung der Bestimmung ist zutreffender. Sie spricht nicht von „beauftragen“, sondern verwendet einen weitergehenden Begriff, der auch Absichtserklärungen miteinzuschliessen vermag.

³⁰⁸ Die Aufzählung in dieser Bestimmung ist als abschliessend zu verstehen, vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 171.

³⁰⁹ Vgl. vorstehend, 3.2.3, S. 29.

³¹⁰ HOUDROUGE/GONCZY, S. 118.

³¹¹ Vgl. BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 213 – 225 m.w.H. wie eine solche Sanktion ausgestaltet aussehen könnte. Sie sprechen sich für Selbstregulierung (bspw. der SIBA) aus. Es ist jedoch anzumerken, dass wie eingangs bereits erwähnt (vgl. Fn. 2) längst nicht alle Broker auch SIBA-Mitglieder sind; HOUDROUGE/GONCZY, S. 118. Es ist unklar, ob es sich bei der fehlenden Strafbarkeit von Art. 48k Abs. 2 BVV 2 um ein Versehen (echte Lücke) oder eine Absicht (qualifiziertes Schweigen) handelt.

³¹² Vgl. auch KUHN, AJP, S. 1198; BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 183, 199, 210.

3.3.4. Rechtsfolgen: Risiko Schadenersatzanspruch

Wie bereits erläutert, ist der Broker aufgrund seiner auftragsrechtlichen Treuepflicht (wesentliche Nebenpflicht beim Auftrag!) zur ausschliesslichen Wahrung der Interessen seines Auftraggebers (i.e. AGer) verpflichtet. Er hat stets die für diesen passendste VE (resp. Vorsorgelösung) zu vermitteln, unabhängig davon, ob er mit der fraglichen VE einen Zusammenarbeitsvertrag unterhält. Eine Verletzung dieser Pflicht hat die **repressiven Massnahme** des zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs gem. Art. 398 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 97 OR zur Folge. Die Tatbestandsmerkmale sind: *Pflichtverletzung*, *Schaden*, *Kausalzusammenhang* zw. Pflichtverletzung und Schaden, *Verschulden*.³¹³

Wenn sich der Broker von den sich stellenden Fehlanreizen (i.e. insb. die Eigeninteressen nach seines Maximierung Entgelts) leiten lässt. Folglich dem AGer einfach eine derjenigen VE vermittelt, mit denen er einen Zusammenarbeitsvertrag unterhält (und unter diesen diejenige mit den höchsten Kosten- und/oder Risikoprämien), die aber nicht auch gleichzeitig die für den AGer Passendste ist, ist eine (Treue-)Pflichtverletzung eindeutig zu bejahen.³¹⁴ Solche Pflichtverletzungen müssten aufgrund des augenscheinlichen Interessenkonflikts des Brokers m.E. öfters vorkommen. In der Praxis wird aber kritisiert, dass die AGer viel zu wenig dagegen vorgehen, sodann also von ihrem Schadenersatzanspruch³¹⁵ keinen Gebrauch machen.³¹⁶ Dieser Einwand erscheint inkonsistent. Denn die gleichen Stimmen betonen stets die Unverzichtbarkeit von Brokern im für den AGer sehr unübersichtlichen Vorsorgemarkt. Gleichzeitig erwarten sie anscheinend aber von ebendiesem unterstützungsbedürftigen AGer, erkennen zu können, wenn der Broker ihm eine unpassende Vorsorgelösung vermittelt.³¹⁷ Es muss m.E. jedoch erwähnt werden, dass es bei AGer durchaus denkbar ist, dass diese gegenüber allfälligem Fehlverhalten von Brokern eine gewisse Gleichgültigkeit an den Tag legen.

³¹³ Vgl. OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 398 OR, Rz. 30: Sie sprechen von Vertragsverletzung anstelle der hier verwendeten (Treue-)Pflichtverletzung; Genaueres zu Haftungsvoraussetzungen, vgl. FELLMANN, in: BK, Art. 398 OR, Rz. 333 ff.; FUHRER, Privativ., Rz. 7.83; BGE 132 III 363.

³¹⁴ Vgl. OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 398 OR, Rz. 8.

³¹⁵ Sofern natürlich neben der Pflichtverletzung auch die weiteren TBM gegeben sind. Auf diese wird in der Folge jedoch nicht weiter eingegangen, zumal dies den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

³¹⁶ BUR BÜRGIN/MURESAN, GA, Rz. 143.

³¹⁷ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 126, 128; LEHMANN, SPV, S. 84 f.: Er argumentiert, dass sich der Markt selbst regulieren würde, indem Broker, die sich von ihren Eigeninteressen leiten lassen, automatisch aus dem Markt ausscheiden. Hier muss jedoch beachtet werden, dass dem AGer i.d.R gerade das Fachwissen fehlt, die Verfehlungen des Brokers zu erkennen; vgl. zutreffend auch MÜLLER-CHEN/GIRSBERGER/DROESE, Kap. 8, Rz. 100: Sie betonen, dass bei Aufträgen die vertragliche Leistung (im Unterschied etwa zu Kauf- und/oder Werkverträgen, wo ja ein konkreter Erfolg geschuldet ist) schwer zu überprüfen ist. Vertragsverletzungen können folglich nur erschwert ermittelt werden.

Denn schlussendlich kommt ihnen das Courtagen-Modell selbst auch „günstiger“³¹⁸ als die Alternative, in der sie dem Broker ein aufwandbasiertes Honorar bezahlen müssten.³¹⁹

Weiter ist auch eine mögliche Verletzung der auftragsrechtlichen Sorgfaltspflicht (als eigentliche Hauptpflicht beim Auftrag!) des Brokers zu thematisieren.³²⁰ Broker legitimieren die Relevanz ihrer Tätigkeit damit, dass die berufliche Vorsorge äusserst komplex ist und AGER daher auf ihre fachliche Kompetenz angewiesen sind.³²¹ Broker haben den ganzen (Vorsorge-)Markt zu kennen und schulden dem Kunden „best advice“.³²² Es ist m.E. jedoch fraglich, ob Broker diesen hohen Anforderungen stets gewachsen sind, ist der beruflichen Vorsorge in der Brokerausbildung doch nur wenig Zeit gewidmet.³²³ Um ein Übernahmeverschulden zu vermeiden, müssten Broker in der Praxis Aufgaben, denen sie fachlich nicht gewachsen sind, ablehnen.³²⁴ Es geht bei der Treuepflicht- sowie Sorgfaltspflichtverletzung um die Schlechterfüllung des Auftrags, da der Broker diesen nicht in vollständig pflichtgemässen Umfang erfüllt.³²⁵

3.3.5. Zwischenfazit

Aus dem Umstand, dass der Broker einerseits mit dem AGER und andererseits mit der VE (von wo er auch sein Entgelt erhält) vertraglich verbunden ist, ergeben sich **Interessenkonflikte**. Wenn der Broker Fehlanreizen verfällt und sich entgegen seiner auftragsrechtlichen Treuepflicht für seine eigenen Interessen oder jene der VE entscheidet, hat der AGER einen Schadenersatzanspruch gem. Art. 398 Abs. 2 OR. Dieses **repressive Instrument** wird jedoch nur ungenügend verwendet. Das Gesetz sieht weiter die **präventiven Instrumente** der auftragsrechtlichen Herausgabepflicht (Art. 400 Abs. 1 OR) sowie der Informations- bzw. Offenlegungsgrundsatz (Art. 48k Abs. 2 BVV 2) vor. Insbesondere die Folge-problematik der Herausgabe von Courtagenteilen (und somit Vorsorgevermögen) an den AGER illustriert schön,

³¹⁸ Beiträge an VE werden paritätisch geöffnet, vgl. vorstehend, 2.1.3.1, S. 10. Courtagen werden in Verwaltungskosten der VE eingerechnet, was die Kostenbeiträge aller Anschlüsse tangiert; vgl. auch C-alm Studie, S. 16.

³¹⁹ Als eine negative Folge des Strukturwandels hin zu Sammelgefässen (i.e. SE, GE) und weg von firmeneigenen PK's ist die daraus resultierende zunehmende Entfremdung des AGers vom Thema der beruflichen Vorsorge zu beobachten. Sein ursprüngliches „patronales Verantwortungsbewusstsein“ nimmt folglich ab, vgl. C-alm Studie, S. 10; Interview Albisser (Datum: 10.08.21); Interview Konrad (Datum: 15.09.21).

³²⁰ Vgl. zum Ganzen OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 398 OR, Rz. 25.

³²¹ Interview Broker (Datum: 12.05.21); UTTINGER, VE, S. 31; SIBA Berufsstandards, Kap. 1, Art. 1 „(...) ist es für Laien immer schwieriger den Überblick zu behalten...in dieser Situation erbringen SIBA-Broker unverzichtbare DL (...).“

³²² SIBA Memo, Rz. 1; SIBA Berufsstandards, Kap. 1, Art. 2 Abs. 4.; vgl. FUHRER, Privatv., Rz. 7.77.

³²³ C-alm Studie, S. 18: Nur 2 von 14 – 20 Tage der Ausbildung „Versicherungsvermittler/-in VBv“ sind der beruflichen Vorsorge gewidmet, das ist für den Aufbau eines fundiertes Wissen zu wenig.

³²⁴ Vgl. Urteil des BGER 4A_577/2014 vom 13.01.15 E.1 m.w.Verw. auf Vorinstanz.

³²⁵ Vgl. OSER/WEBER, in: BSK-OR I, Art. 398 OR, Rz. 21.

dass sich das Courtagen-Modell schlecht in die geltende Vorsorgelandschaft eingliedern lässt.³²⁶ Ein (expliziter) Verzicht ist im Brokerwesen der beruflichen Vorsorge zwingend nötig und die in der Praxis beobachtete Verrechnungspraxis sollte unverzüglich unterlassen werden. Seine Funktion als präventives Mittel gegen Interessenkonflikte kann Art. 400 Abs. 1 OR nicht erfüllen. Gleiches gilt für den zwingend reformbedürftigen Art. 48k Abs. 2 BVV 2.

3.4. Courtagen-Modell: Fazit

Die rechtliche Beurteilung zeigt, dass das Courtagen-Modell im Bereich der beruflichen Vorsorge **auftragsrechtlich** wie auch **vorsorgerechtlich** abzulehnen ist.

4. Alternative Entschädigungsmodelle

4.1. Allgemeines

Neben dem Courtagen-Modell existieren bereits Entschädigungsmodelle, welche vorsorgerechtlich unproblematisch und zudem geeignet sind (Eigen- und Fremd-)Interessenkonflikte des Brokers abzuschwächen. Diese werden in diesem Kapitel beleuchtet.

4.2. Nettobeitrags-Modell

Beim Nettobeitrags-Modell verlangt die VE von allen angeschlossenen AGer reine Nettobeiträge, d.h. es sind keine Courtagen eingerechnet. Broker werden bei diesem Modell aber weiterhin mittels Courtagen gem. Zusammenarbeitsvertrag entschädigt. Die verursachte Courtage wird i.c. jedoch nicht mehr pauschal in die Verwaltungskosten der gesamten VE verbucht, sondern sie wird für jeden Anschluss gem. Verursacherprinzip separat ausgewiesen und schlussendlich dem AGer in Rechnung gestellt. Positiv ist, dass somit nicht mehr die paritätischen (Kosten-)Beiträge sämtlicher Anschlüsse von Courtagen tangiert sind, da die Courtage wirtschaftlich³²⁷ gesehen hier alleine vom AGer getragen wird. Zu bemängeln ist jedoch, dass solange die Courtage per se bleibt, auch der Interessenkonflikt des Brokers bleibt. Dennoch ist dieses Modell dem Courtagen-Modell klar vorzuziehen.³²⁸ In der Praxis hat sich dieses Modell jedoch nicht durchgesetzt.³²⁹

³²⁶ UTTINGER/FISCHER, S. 163; vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 138.

³²⁷ Diese Situation wäre sodann ähnlich wie im allg. Versicherungsbrokergeschäft, d.h. wirtschaftlich wird die Courtage vom VN (i.c. dem AGer) getragen, vgl. BGE 142 III 657 E. 4.1.2 S. 661 f.

³²⁸ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 110, 139 – 143; UTTINGER, Vortrag Abendrot, S. 11; UTTINGER, Kopferbrechen; vgl. auch HSG-Studie, S. 36.

³²⁹ Bspw. VE Abendrot: Ihr Modell besteht aus *drei Punkten*; 1) Sie zahlen i.d.R. nur eine einmalige Abschlussprovision, 2) falls wiederkehrende Zahlungen nötig sind (Ann. Courtagen) müssen diese schriftlich beantragt

4.3. Aufwandbasiertes Honorar-Modell

Beim aufwandbasierten Honorar-Modell findet eine komplette Entkoppelung der Entschädigung von der Courtage statt. Die Idee ist, dass der Broker bei seiner *Vermittlungs- und Betreuungstätigkeit* für den AGer gem. Brokervertrag auch von diesem entschädigt wird. Für die Tätigkeiten, die er für die VE gem. Zusammenarbeitsvertrag übernimmt, sollte er, wie bereits ausgeführt, wiederum von dieser entschädigt werden. Dies trifft jedoch nur auf die *allg. Verwaltungsaufgaben* (Ausnahme: Betreuung Schadenfall) zu. Für *Vermittlungsaufgaben* darf der Broker von der VE nicht entschädigt werden.³³⁰ Als zusätzliche Optimierung zum Nettobeitrags-Modell kann unter diesem Modell auch dem Interessenkonflikt effektiver entgegen gewirkt werden. Auch dieses Modell konnte sich in der Praxis jedoch nicht durchsetzen.³³¹ Die Problematik ist, dass wenn sich eine VE entscheidet keine Courtagen auszurichten, die Gefahr besteht, dass sie von Brokern in deren Offerteneinholung nicht mehr berücksichtigt wird. Um wettbewerbsfähig zu bleiben, sehen sich VE daher gezwungen, Courtagen auszurichten.³³²

4.4. Alternative Entschädigungssysteme: Fazit

Alternative Entschädigungsmodelle, welche den inhärenten Problemen des aktuellen Courtagen-Modells entgegenwirken würden, konnten sich auf freiwilliger Basis bis anhin nicht durchsetzen.³³³ Aufgrund der inhärenten Fehlanreize des Brokers im Courtagen-Modell ist eine Durchsetzung alternativer Entschädigungsmodelle auch nicht zu erwarten. Eine bedeutende Rolle spielt hier v.a., dass auch die AGer sich lieber an eine VE mit Courtagen-Modell anschliessen, zumal sie damit „günstiger“ fahren.

werden, 3) Brokerkosten werden den mit Broker arbeitenden AGer als Brokerzuschlag auf ihren Nettobeiträgen „weiterverrechnet“ (verschiedene %-Sätze ob grosser od. kleiner Betrieb). Dank dieser Regelung sollen Kosten gerechter und transparent verteilt werden. Die erste Rechnungsstellung nach diesem System erfolgte per Ende Kalenderjahr 2020. Es handelt sich hier m.E. um ein dem Nettobeitrags-Modell angelehntes Modell. Es liegt kein echtes Verursacherprinzip vor, zumal Brokerkosten hier einfach an alle mit Broker arbeitenden AGer quasi pauschal überwälzt werden. Vgl. VE Abendrot, „Abendrot Info“ Nr. 63, Basel April 2019, S. 11, <https://www.abendrot.ch/fileadmin/editors/PDFs/Abendrot_Info/Abendrot_Info_63_D.pdf> (besucht am: 20.08.21).

³³⁰ Vgl. vorstehend, 3.2.3, S. 29.

³³¹ Vgl. UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 144 – 146; UTTINGER, Vortrag Abendrot, S. 10; Interview Konrad (Datum: 15.09.21) & Interview Albisser (Datum: 10.08.21): PK Nest und PK Spida richten bspw. keine Courtagen (mehr) aus. Es sollte hier jedoch auch beachtet werden, dass diese beiden VE keine Wachstumsstrategie verfolgen und folglich auch nicht mit den eine Wachstumsstrategie verfolgenden VE in Wettbewerb stehen.

³³² UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 127, 15; C-alm Studie, S. 15 f.; ASIP, Stellungnahme 05.03.19, Pensionskassen im „Gefangenendilemma“, Zürich 2019, <<https://www.asip.ch/de/newsroom/socialnewsroom/post/3/>> (besucht am: 20.08.21): Der ASIP beschreibt die Situation der VE als sog. Prisoner's Dilemma (dt. Gefangenendilemma). Die VE sind Gefangene des Systems.; Interview Albisser (Datum: 10.08.21); Interview Konrad (Datum: 15.09.21).

³³³ UTTINGER, Vortrag Abendrot, S. 12.

5. De lege ferenda: Vorgeschlagene Neuregelung der Brokerentschädigungen in der 2. Säule

5.1. *Laufendes Gesetzgebungsverfahren*

5.1.1. Interpellation NR Mathias Reynard

Politisch ins Rollen brachte die Courtagen-Modell-Debatte der ehemalige NR **Mathias Reynard** (SP). Anlässlich seiner Interpellation vom 22. März 2019 fragte er den BR an, ob dieser das heutige Entschädigungsmodell (Ann. Courtagen-Modell) in der beruflichen Vorsorge nicht als problematisch und undurchsichtig erachte. Der BR antwortete am 22. Mai 2019, dass heute die VE aus Vorsorgevermögen einen Dritten (i.e. Broker) bezahlen, der sich verpflichtet, ausschliesslich die Interessen der Gegenpartei (i.e. AGer) zu wahren. Mit der Kommission (i.e. Courtage) werden Aufgaben bezahlt, die ansonsten der AGer erbringen müsste. Solche Zahlungen seien mit dem Vorsorgeziel nicht vereinbar (i.e. zweckwidrige Verwendung).

Im Gegensatz zu anderen Versicherungsbereichen sind solche Kommissionen (i.e. Courtagen) in der beruflichen Vorsorge effektiv problematisch. Auch die sich ergebenden Fehlanreize wurden vom BR angetönt. Insgesamt sehe er in diesem Bereich Anpassungsbedarf und werde mögliche Änderungen prüfen.³³⁴

5.1.2. Botschaft Änderung AHVG (Modernisierung der Aufsicht in der 1. Säule und Optimierung in der 2. Säule)

5.1.2.1. *Art. 69 E-BVG: Entschädigung von Vermittlungstätigkeiten*

Bereits am 20. November 2019 nahm der BR die Courtagen-Modell-Thematik im Rahmen seiner Botschaft zur Änderung des AHVG (Modernisierung der Aufsicht in der 1. Säule und Optimierung in der 2. Säule der Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge) auf. Im vorgeschlagenen Art. 69 E-BVG wurde dem BR die Verordnungskompetenz erteilt, zu regeln, unter welchen Voraussetzungen eine VE für die (Vorsorgegeschäfts-) *Vermittlung* Entschädigungen (aus Vorsorgevermögen) bezahlen darf. Der BR stellte dabei klar, dass es nicht um ein Verbot der Brokertätigkeit geht. Er präzisierte, dass in der Konstellation, wo nicht die VE selbst der Auftraggeber des Brokers ist, es keinen Grund gebe, warum die VE für die Brokerentschädigung aus Vorsorgevermögen (Ann. Courtage³³⁵) aufkommen sollte. Vielmehr sollte der Auftraggeber (i.e. AGer), dessen Interessen der Broker auch verpflichtet ist, den Broker

³³⁴ Interpellation NR Reynard Mathias 19.3329 vom 22.03.19.

³³⁵ Courtagen entschädigen rein die Tätigkeiten des Brokers zugunsten des AGer (gem. *Brokerauftrag*), vgl. vorstehend, 2.1.4.1, S. 15.

für die Zeit entschädigen, die er für die Aufgabenerfüllung effektiv benötigt (Ann. aufwand-basiertes Honorar-Modell). Kommt nämlich die VE für die Entschädigung (Ann. Courtage) auf, so unterliegt der Broker einem Interessenkonflikt. Es sei nicht nachvollziehbar, ob er die für sich selbst optimalste VE oder die effektiv für seinen Auftraggeber (i.e. AGer) passendste vermittelt. Es sei „problematisch“ für solche Entschädigungen Vorsorgevermögen zu verwenden (Ann. zweckwidrige Verwendung).³³⁶ Mit Art. 69 E-BVG stand die Einführung eines Courtagen-Verbots resp. der automatischen Anwendung eines aufwandbasierten Honorar-Modells in Raum. Für Art. 69 E-BVG wurde vom zuständigen Departement (i.e. BSV) im Übrigen keine schriftliche Vernehmlassung³³⁷ der betroffenen Akteure durchgeführt.³³⁸

5.1.2.2. Massnahmen gegen negative Auswirkungen eines Courtagen-Verbots

Da mit Einführung eines Courtagen-Verbots die Entschädigung des Brokers automatisch am AGer liegen würde, wird befürchtet, dass KMU's sich diese Dienstleistung nicht mehr leisten wollen³³⁹ oder können (sog. Beratungslücke).³⁴⁰ Dadurch könnte beim Erstanschluss eine VE mit suboptimalen Vorsorgelösungen gewählt werden, bei welcher das Versichertenkollektiv

³³⁶ Botschaft Modernisierungsvorlage, S. 51 f., 89 f.

³³⁷ SGK-SR, Medienmitteilung vom 15.04.21, Indirekter Gegenvorschlag zur Initiative über Tabakwerbung, Bern 2021, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sgk-s-2021-04-15.aspx>> (besucht am: 21.05.21): Die Vertreter der Sozialpartner, die kantonalen Ausgleichskassen wie auch die SIBA wurden von der SGK-SR angehört.

³³⁸ NATOLI, S. 17 & LEHMANN, the broker: Sie kritisieren den Verzicht auf eine Vernehmlassung stark.; Diese vorgebrachten Bedenken können jedoch relativiert werden. Denn auf Nachfrage beim BSV (Franziska Grob, Christine Dietrich) wurde das Vorgehen wie folgt dargestellt: Da zum ZP der Modernisierungsvorlage die Interessen der betroffenen Akteure, insb. der betroffenen Broker, zu Art. 69 E-BVG bereits öffentlich bekannt waren, konnte auf eine Vernehmlassung zu dieser Bestimmung verzichtet werden (Ann. Art. 3 Abs. 1 lit. b VIG i.V.m. Art. 3a Abs. 1 lit. b VIG). Falls die Bestimmung in der parl. Beratung angenommen werden würde, wird die entspr. VO-Bestimmung erarbeitet. Alle betroffenen Akteure werden dann im Rahmen des ord. Vernehmlassungsverfahrens zu VO-Arbeiten angehört (Ann. Art. 3 Abs. 1 lit. d VIG). Genauere Informationen wie diese Bestimmung formuliert sein könnte, können sie nicht geben.

³³⁹ Auch die AGer bevorzugen reglm. das Courtagen-Modell, da sie damit auch „günstiger“ wegkommen. Sie sind sich gewohnt, dass Broker ihnen keinen direkten Aufwand generieren, vgl. vorstehend, 3.3.4, S. 41. Bei einem Courtagen-Verbot würde es zu einem direkten Aufwand kommen.

³⁴⁰ Motion NR Regazzi Fabio 19.4539 vom 19.12.19 (S. 47); HSG-Studie, S. 29 – 31, 33, 35 m.w.Verw.; HSG-Studie, S. 28 f.: Die Autoren verweisen auf Courtagen-Verbote für Finanzprodukte an Privatanleger die in den letzten Jahren in mehreren europäischen Ländern eingeführt wurden. Auch für die Auswirkung dieser Verbote gibt es noch keine empirischen Studien, vgl. schon Fn. 221. Sie führen zudem aus, dass diese Verbote die Vermittlung von Versicherungslösungen an Privatanleger (B2C) betreffen. Die Situation sei also eine andere als die i.c. zugrundeliegende Konstellation der Vermittlung von Vorsorgegeschäften an AGer (i.c. B2B). Jedoch ist m.E. bei AGer aufgrund ihres fehlenden Fachwissens reglm. auch eine höhere Schutzbedürftigkeit, analog zu jener von Privatanlegern, zu bejahen. Aufgrund des wenigen vorhandenen ausländischen Datenmaterials schätzen die Autoren, dass insb. eine Beratungslücke zu erwarten ist. M.E. müssten die Autoren aber konsistenterweise auch von reinen „Thesen“ sprechen, vgl. Fn. 221.

dann einfach verbleibt, ohne regelmässig die Konditionen zu überprüfen.³⁴¹ Hier muss man m.E. jedoch beachten, dass auch heute aufgrund der beim Courtagen-Modell inhärenten Fehl-anreize ein optimaler Anschluss nicht gewährleistet ist. UTTINGER/ZELLWEGER schlagen verschiedene Massnahmen vor, um den negativen Auswirkungen eines Courtagen-Verbots entgegenzuwirken: Als erstes könnte der AGer über die reine Anschlusspflicht (Art. 11 Abs. 1 BVG) hinaus auch verpflichtet werden, die gewählte Vorsorgelösung periodisch zu prüfen. Ein weiterer Punkt wäre, dass die Mitwirkungsrechte der ANer gestärkt würden. Das Zustimmungserfordernis von Art. 11 Abs. 2 und Abs. 3^{bis} BVG könnte zum einen auf die gesamte Vorsorge ausgeweitet werden.³⁴² Zum anderen könnte dieses zudem auch auf die oben vorgeschlagene periodische Prüfung der Vorsorgelösung angewendet werden. Damit wäre auch für die Weiterführung der bestehenden Vorsorgelösung eine Zustimmung nötig.³⁴³ Um ausufernde Kosten beim aufwandbasierten Honorar-Modell zu vermeiden, wäre es m.E. zudem sinnvoll, dass AGer und Broker ein sog. Kostendach vereinbaren.

5.1.3. Oppositäre Auffassung

5.1.3.1. Motion NR Fabio Regazzi

In der Wintersession 2019 (19. Dezember 2019) reichte NR **Fabio Regazzi** („die Mitte“) eine Motion zu diesem Thema ein. Er plädierte für die Wahlfreiheit der KMU's, die Art der Brokerentschädigung selbst zu definieren und dass in der beruflichen Vorsorge prioritär die „grösseren“ Probleme adressiert werden sollten, bevor Änderungen im Bereich des Brokerwesens angezeigt seien. Mit dem Offenlegungs- bzw. Transparenzgrundsatz von Art. 48k Abs. 2 BVV 2 sei dem Problem bereits genüge getan.

5.1.3.2. Stellungnahme des Bundesrats

Der BR verwies in seiner Stellungnahme vom 19. Februar 2020 auf seine Antwort zur Interpellation Reynard. Dem fügte er hinzu, dass der inzwischen vorgeschlagene Art. 69 E-BVG regeln solle, in welchen Konstellationen eine Brokerentschädigung aus Vorsorgevermögen zulässig erscheint. Das Anliegen der Motion soll dabei im Rahmen der parl. Beratung (i.e. NR) wieder aufgenommen werden. Der BR beantragt eine Ablehnung der Motion.³⁴⁴

³⁴¹ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 150; vgl. auch HSG-Studie, S. 12.

³⁴² Vgl. vorstehend, 2.1.3.2, S. 14.

³⁴³ UTTINGER/ZELLWEGER, GA, Rz. 151 sowie die entspr. Hinweise in der Fn. 136.

³⁴⁴ Motion NR Regazzi Fabio 19.4539 vom 19.12.19.

5.1.4. Art. 69 E-BVG: Parlamentarische Beratung

Das Thema wurde am 20. Mai 2021 von der SGK-SR behandelt. Die Kommissionsmehrheit sah beim Thema der Entschädigung für (Vorsorgegeschäfts-) *Vermittlung* keinen Handlungsbedarf und beantragte, auf die vorgeschlagene Regelung (Art. 69 E-BVG) zu verzichten. Diese Regelung würde die Wahlfreiheit der Unternehmen begrenzen und zu einer Benachteiligung der KMU's führen. Es wurde zudem kritisiert, dass für solch eine einschneidende Regelung auf eine Vernehmlassung bei den betroffenen Akteuren verzichtet wurde. Eine Minderheit sprach sich für eine entsprechende Regelung aus, um eine zweckwidrige Verwendung von Vorsorgevermögen zu verhindern.³⁴⁵ Am 14. Juni 2021 wurde das Thema im SR behandelt. Mit eindeutigem Resultat folgte er der Empfehlung der Kommissionsmehrheit.

SR **Hans Stöckli** (SP) nahm auf das GA UTTINGER/ZELLWEGER zuhanden des ASIP's Bezug und vertrat die Auffassung, dass das Courtagen-Modell gesetzeswidrig sei (i.e. gegen Vorsorgerecht verstösst). Es sei v.G.w. die Aufgabe des AGer seine ANer an eine VE anzuschliessen (i.e. Art. 11 Abs. 1 BVG). Falls ein AGer für die Erfüllung dieser Aufgabe die Hilfe eines Brokers in Anspruch nimmt, ist es nur folgerichtig, wenn er als Auftraggeber auch (alleine) für dessen Entschädigung aufkommt. Und nicht – wie unter dem Courtagen-Modell der Fall – die VE mittels einer Courtage aus Vorsorgevermögen. Weiter hat Stöckli auch die dem Courtagen-Modell inhärenten Fehlanreize erwähnt.³⁴⁶

SR **Ruedi Noser** (FDP) argumentierte hingegen, dass der Anschluss an eine VE aufgrund des Mitspracherechts des Personals (Art. 11 Abs. 2 und 3^{bis} BVG) folglich keine AGer-Aufgabe ist (Ann. und daher auch nicht zwingend nur er für dessen Entschädigung aufkommen muss). Dieser Ansicht kann m.E. klar nicht gefolgt werden.³⁴⁷ Weiter betonte Noser die Signifikanz der Brokerberatung für die AGer.³⁴⁸

SR **Paul Rechsteiner** (SP) betonte nochmals, dass es bei Art. 69 E-BVG nicht um ein Verbot der Brokertätigkeit gehen soll und er erwähnte zudem die dem Broker im Courtagen-Modell stellenden Fehlanreize.³⁴⁹ Schlussendlich äusserte sich auch noch BR **Alain Berset** zur einschlägigen Bestimmung. Auch er stellte klar, dass es nicht um ein Verbot der Brokertätigkeit geht. Es sollte jedoch (i.e. auf Verordnungsebene) festgelegt werden, unter welchen Bedingungen eine VE einen Broker entschädigen darf. Dadurch soll gewährleistet werden, dass das

³⁴⁵ SGK-SR, Medienmitteilung vom 21.05.21, Regelung für Entschädigung von Brokern in 2. Säule abgelehnt, Bern 2021, <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-sgk-s-2021-05-21.aspx>> (besucht am: 21.05.21).

³⁴⁶ Votum Stöckli Hans, Amtl. Bull. SR 2021, S. 620 f.

³⁴⁷ Vgl. vorstehend, 3.2.1, S. 26.

³⁴⁸ Votum Noser Ruedi, Amtl. Bull. SR 2021, S. 621.

³⁴⁹ Votum Rechsteiner Paul, Amtl. Bull. SR 2021, S. 621.

Vorsorgevermögen zweckgemäss und im Interesse der Versicherten verwendet wird. Er betonte weiter, dass es – falls die Bestimmung angenommen werden würde – eine ordentliche Vernehmlassung³⁵⁰ im Rahmen der Ausarbeitung der Verordnungsbestimmung geben wird.³⁵¹ Nun liegt es an der SGK-NR und am NR sich diesem Geschäft anzunehmen.

5.2. Gesetzgebungsverfahren: Fazit

Die Broker-Thematik ist im politischen Diskurs höchst umstritten. Bürgerliche Parteien, der Broker³⁵²- sowie der Versicherungsverband³⁵³ sprechen sich gegen ein Courtagen-Verbot aus. Demgegenüber sind die Linksparteien, Gewerkschaften³⁵⁴, der ASIP³⁵⁵ und der BR für ein entsprechendes Verbot. Erstere sprechen sich für die Wahlfreiheit der Unternehmen aus und sind der Meinung, dass bestehende Transparenzvorschriften bereits ausreichen. Betreffend der bestehenden Transparenzvorschriften (Art. 48k Abs. 2 BVV 2) ist anzumerken, dass diese wie dargelegt offensichtlich revisionsbedürftig sind.³⁵⁶ Demgegenüber argumentieren Letztere m.E. zu Recht, dass das Courtagen-Modell vorsorgerechtlichen Grundsätzen zuwider läuft und die Interessenkonflikte des Brokers nicht länger tolerierbar sind. Es ist jedoch anzunehmen, dass das Geschäft nach dem SR auch im SGK-NR³⁵⁷ und NR keine Mehrheit finden wird, was bedeutet, dass ein gesetzliches Courtagen-Verbot in der beruflichen Vorsorge demnächst nicht umgesetzt werden wird.

³⁵⁰ Zur Vernehmlassung i.R.d. VO-Arbeiten vgl. Fn. 292.

³⁵¹ Votum Berset Alain, Amtl. Bull. SR 2021, S. 621.

³⁵² SIBA, Medienmitteilung vom 20.05.21, Stellungnahme SIBA zum Tages-Anzeiger-Artikel vom 20. Mai 2021 «Versicherte zahlen Millionen an Broker», Basel 2021, <https://www.siba.ch/images/pdf/medien/stellungnahme_der_siba_zum_tages-anzeiger-artikel_vom_20-05-2021.pdf> (besucht am: 05.09.21).

³⁵³ SVV, Stellungnahme vom 28.05.21, Maklerentschädigung im BVG: Die Wahlfreiheit der KMU muss weiterbestehen, Zürich 2021, <<https://www.svv.ch/de/maklerentschaedigung>> (besucht am: 05.09.21).

³⁵⁴ PK-Netz, Medienmitteilung vom 09.04.21, Fehlanreize für Broker und Maklerinnen in der 2. Säule: Korrektur in Griffnähe, Bern 2021, <http://pk-netz.ch/wp-content/uploads/2021/04/PK-Netz_Brokerentsch%C3%A4digungen-2.-S%C3%A4ule.pdf> (besucht am: 05.09.21); Interview Albisser (Datum: 10.08.21).

³⁵⁵ ASIP, Fachmitteilung Nr. 123 vom 15.10.20, Broker-Thematik: Eine vorsorgerechtliche Beurteilung!, Zürich 2020 & ASIP, Fachmitteilung Nr. 113 vom 06.11.18, Broker-Thematik: Aufwandbasiertes Entschädigungsmodell notwendig!, Zürich 2018, <<https://www.asip.ch/de/dienstleistungen/fachmitteilungen/>> (besucht am: 05.09.21). Die Fachmittelungen können vom ASIP unter angegebenem Link gegen eine Gebühr von jeweils CHF 10.- bezogen werden.; Interview Konrad (Datum: 15.09.21).

³⁵⁶ Vgl. vorstehend, 3.3.3.2, S. 40.

³⁵⁷ Im Mai 2019 war das Courtagen-Modell in der SGK-NR i.Z.m. einem Vorstoss von Kommissionspräsidentin Ruth Humbel („die Mitte“) bereits einmal Thema. Ihr Vorstoss verlangte ein Verbot sämtlicher Brokerentschädigungen in der 2. Säule. Die Mitglieder SGK-NR waren jedoch der Meinung, dass in diesem Punkt kein Regelungsbedarf bestünde. Aufgrund des Kommissionsgeheimnisses (Art. 47 Abs. 1 ParlG) sind hierzu keine weiteren Informationen erhältlich. Die Information stammt aus Interview mit SIBA-Präsident LEHMANN, vgl. LEHMANN, the broker.

6. Fazit & Würdigung

Das Courtagen-Modell in der beruflichen Vorsorge ist aus vorsorge- wie auch auftragsrechtlicher Sicht höchst problematisch. Es ist daher angezeigt, dass betroffene VE dieses Entschädigungsmodell kritisch hinterfragen und sich freiwillig für ein alternatives Entschädigungsmodell entscheiden. Dies in Abwägung des Risikos eines Wettbewerbsnachteils einerseits und andererseits den latenten Risiken, gegen geltendes (Vorsorge-)Recht zu verstossen, Verantwortlichkeitsklagen gegen Stiftungsräte zu riskieren sowie die Steuerbefreiung einzubüssen.

Ein gesetzliches Courtagen-Verbot in der beruflichen Vorsorge wird demnächst wohl nicht Realität werden. Es ist m.E. jedoch möglich, dass dieses Modell früher oder später gerichtlich überprüft wird. Die Courtagen-Model-Diskussion in der beruflichen Vorsorge ist somit noch lange nicht vom Tisch.

Selbständigkeitserklärung

Ich bestätige mit meiner Unterschrift, dass ich die vorliegende Masterarbeit selbständig und ohne Verwendung von unerlaubten Hilfsmitteln verfasst und in der Arbeit alle verwendeten Quellen angegeben habe. Ich willige darin ein, dass meine Arbeit mittels Plagiatserkennungssoftware überprüft werden kann, und nehme zur Kenntnis, dass im Falle eines Plagiats oder der Inanspruchnahme fachlicher Mitarbeit von Drittpersonen der Dekan gemäss § 53 Abs. 2 StuPO 2016 auf Note 1 erkennen kann. Vorbehalten bleiben Sanktionen der Universität gemäss § 36 des Universitätsstatuts und die Strafverfolgung.

Ort/ Datum:

Unterschrift: