

Retrozessionen

Die Entschädigungen der Makler in der beruflichen Vorsorge

Das Entschädigungsmodell der im Bereich der beruflichen Vorsorge tätigen Makler ist umstritten. Insbesondere wirft man ihm eine gewisse Intransparenz vor. Die Informationspflicht des Maklers scheint jedoch auf den ersten Blick umfassend genug zu sein. Probleme gibt es vielmehr mit der praktischen Umsetzung der Gesetzgebung.

IN KÜRZE

Würde die Rechtsprechung betreffend Herausgabe von Retrozessionen auf Makler angewendet, könnte dies zivilrechtliche Sanktionen nach sich ziehen, die hinreichend abschreckend sind, um die Einhaltung der Informationspflicht zu gewährleisten.

Zahlreiche Arbeitgeber nehmen bei der Wahl oder der Änderung einer beruflichen Vorsorgelösung die Dienste eines Maklers in Anspruch. Dessen Rolle besteht darin, die für die Wünsche und Bedürfnisse seines Kunden passendste Gemeinschafts- oder Sammeleinrichtung zu finden.

Angesichts der Komplexität und Vielfalt der Angebote in diesem Bereich, dessen rechtlicher Rahmen sich immer wieder ändert, haben die Arbeitgeber zweifelsohne gute Gründe, sich für die Begleitung dieses Prozesses an Vermittler zu wenden. Der Makler, der als Experte eine vollständige Markteinschätzung besitzt, kann hier die angemessenste Vorsorgelösung empfehlen.

Das Besondere am Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Makler ist allerdings das Entschädigungsmodell. Der Makler wird in der Regel nicht durch den Arbeitgeber bezahlt, sondern durch die gewählte Vorsorgeeinrichtung, die ihn prinzipiell mit einem bestimmten Prozentsatz der geschuldeten jährlichen Beiträge (sogenannte Retrozessionen) der neuen Partnerunternehmen entlohnt.

Grundsätzlich entspricht die dem Makler geschuldete Provision einem Prozentsatz der Beiträge, das heisst gewöhnlich 4 bis 8 Prozent der Risikoprämie oder 2 bis 3 Prozent der Sparprämie (in der Praxis ist der letztgenannte Fall jedoch seltener). Der Makler wird daher vorher mit mehreren Vorsorgeeinrichtungen eine Zusammenarbeitsvereinbarung abgeschlossen haben, die für jedes eingebrachte Partnerunternehmen die Entschädigung festlegt.

Rechtsverhältnisse und Interessenkonflikt

Das Rechtsverhältnis zwischen dem Makler und dem Arbeitgeber enthält zweifellos wesentliche Elemente des einfachen Auftrags (Art. 394 ff OR).¹ Art. 398 Abs. 2 OR, der die Haftung des Beauftragten für die getreue und sorgfältige Ausführung des Auftrags vorsieht, ist folglich auch auf den Makler anwendbar. Konkret bedeutet dies, dass dieser die den Interessen und Wünschen seines Kunden am besten entsprechende Vorsorgelösung vorschlagen muss, selbst dann, wenn die Vorsorgeeinrichtung ihn nicht entlohnt.

Dieses Entschädigungsmodell schafft deshalb einen gewissen Interessenkonflikt. Der Vermittler könnte versucht sein, den Einrichtungen mit den höchsten Retrozessionen den Vorzug zu geben und sie seinem Auftraggeber, dem Arbeitgeber, zu empfehlen – anstelle der Einrichtung, die den Interessen seines Kunden besser entspreche.

¹ Für eine Zusammenfassung der Meinungen deutschschweizerischer Autoren zur Qualifikation dieses Vertrags: Fuhrer Stephan: Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was des Kunden ist. Zur Entschädigung des Versicherungsmaklers im Lichte der Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts, HAVE/REAS, 02/2013, S. 107 ff. Einige Autoren qualifizieren dieses Verhältnis jedoch als Werkvertrag: Rolf Kuhn, «Retrozessionen» an Versicherungsmakler – eine Reise ins Ungewisse, TREX 3/10.

Die Lösung des Gesetzgebers

Um zu vermeiden, dass sich dieser latente Interessenkonflikt verwirklicht, hat der schweizerische Gesetzgeber eine Lösung gefunden: die Schaffung einer Informationspflicht seitens des Maklers. Entsprechend sieht Art. 48k Abs. 2 BVV 2, gestützt auf den im Rahmen der Strukturreform von 2010 erlassenen Art. 53a Bst. b BVG vor, dass die mit Vorsorgegeschäften beauftragten Personen und Einrichtungen (Makler) ab dem ersten Kontakt mit ihrem Kunden (dem Arbeitgeber) diesen über Art und Herkunft der im Zusammenhang mit ihrer Maklertätigkeit erhaltenen Entschädigungen informieren müssen.² Die Modalitäten der Maklerentschädigung sind zwingend in einer schriftlichen Vereinbarung festzuhalten und dem Arbeitgeber zu übergeben. Ausserdem ist dem Makler durch Art. 48k Abs. 2 BVV 2 die Entgegennahme von zusätzlichen volumen-, wachstums- oder schadenabhängigen Entschädigungen untersagt. Diese Bestimmung beseitigt zwar den Interessenkonflikt nicht, ermöglicht jedoch dem Auftraggeber, diesen leicht zu erkennen, da er beurteilen kann, ob die vom Beauftragten empfohlene Lösung auf der damit verbundenen Entschädigung basiert.

Erstaunlicherweise wird die in Art. 48k Abs. 2 BVV 2 vorgesehene Nichtbeachtung der Informationspflicht durch die Gesetzgebung über die berufliche Vorsorge nicht bestraft.³

Dies ist umso erstaunlicher, als die Nichtbeachtung von Art. 48k Abs. 1 BVV 2, der vergleichbare Pflichten für in der Vermögensverwaltung tätige Personen vorsieht, durch Art. 76 Abs. 7 und 8 BVG bestraft wird. Diese Lücke könnte

die mangelhafte beziehungsweise fehlende Durchsetzung von Art. 48k Abs. 2 BVV 2 in der Praxis erklären.⁴ Tatsächlich ist es üblich, dass die Honorarvereinbarung nicht beim Erstkontakt, sondern erst bei Unterzeichnung des Anschlussvertrags vorgelegt wird.

Die Rechtsprechung über die Herausgabe von Retrozessionen

Trotz des Fehlens verwaltungsrechtlicher Sanktionen kann die vom Gesetzgeber gewünschte Transparenz eventuell durch das Zivilrecht auferlegt werden. Tatsächlich sieht Art. 400 Abs. 1 OR, der unseres Erachtens auf das Verhältnis zwischen Maklern der beruflichen Vorsorge und ihren Kunden anzuwenden ist, eine Rechenschaftspflicht und eine Erstattungspflicht für alles vor, was dem Beauftragten aus seinem Auftrag zugekommen ist.

Das Bundesgericht hatte mehrfach Gelegenheit, sich im Zusammenhang mit der Vermögensverwaltung mit dieser Frage zu befassen. Es hat bestätigt, dass Retrozessionen,⁵ die der Verwalter der Depotbank (Beauftragter) für die Zuführung von Geldern des Kunden (Auftraggeber) erhält, grundsätzlich einer Herausgabepflicht an diesen unterliegen.⁶

Zu einem späteren Zeitpunkt hat das Bundesgericht präzisiert, dass der Kunde vertraglich auf die Herausgabe verzichten kann, sofern er zuvor vollständig und wahrheitsgetreu über den Umfang und das Kalkulationsmodell der Retrozessionen des konkreten Falls informiert worden ist; die Beweislast, dass die Informationen rechtsgültig erteilt wurden, obliegt dem Beauftragten (dem Verwalter).⁷ Die Verjährungsfrist für nicht rückerstattete Retrozessionen beträgt zehn Jahre ab

dem Tag, an dem der Beauftragte die Retrozessionen erhalten hat.⁸

Kürzlich hat das Bundesgericht klargestellt, dass der Verstoss gegen die in Art. 400 Abs. 1 OR vorgesehene Pflicht zur Rechenschaftslegung und a fortiori der Verstoss gegen die Herausgabepflicht eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen ungetreuer Geschäftsbesorgung (Art. 158 StGB) begründen können.⁹

Mögliche Herausgabepflicht durch den Makler

Auch wenn sich das Bundesgericht noch nicht zur Frage geäussert hat, sprechen ernstzunehmende Argumente für die Anwendung der Herausgabepflicht auf die Makler der beruflichen Vorsorge, deren Rechtsverhältnis zu den Kunden mit dem Auftrag zumindest vergleichbar ist.

Tatsächlich strebt die ratio legis von Art. 400 Abs. 1 OR an, dem Interessenkonflikt vorzubeugen, der sich für jeden Beauftragten ergibt, der im Rahmen seines Mandats durch einen Dritten entlohnt wird. Der Interessenkonflikt des Vermögensverwalters, der versucht sein könnte, dem Fonds den Vorzug zu geben, der ihm die beste Entschädigung oder die meisten Abschlüsse verspricht, ist unseres Erachtens identisch mit dem Interessenkonflikt, den ein Makler im Rahmen eines neuen Anschlusses hat.

Einige Autoren schliessen jedoch die Anwendung von Art. 400 Abs. 1 OR für Makler aus und behaupten, die Zahlung der Retrozession werde nicht durch einen Dritten, sondern durch den Arbeitgeber (den Auftraggeber) ausgeführt und fliesse lediglich durch die Vorsorgeeinrichtung.¹⁰ Unseres Erachtens geht dieses Argument fehl, denn der Arbeitgeber führt seine Zahlungen ledig-

² Die französische Version des Art. 48k Abs. 2 BVV 2 verweist auf die «indemnités (...) reçues», wobei der Makler beim ersten Kontakt mit dem Auftraggeber im Prinzip keine Entschädigung erhalten hat. Um die tatsächliche Tragweite dieses Artikels zu erfassen, wird deshalb auf den deutschen Text verwiesen.

³ Die Aufsichtsbehörden und insbesondere die Westschweizer BVG und Stiftungsaufsichtsbehörde überwachen die Einhaltung des Art. 48k Abs. 2 BVV 2 durch die Vorsorgeeinrichtungen (siehe Fragebogen «Einhaltung der Art. 51b, 51c und 53a BVG», herausgegeben von der Westschweizer BVG und Stiftungsaufsichtsbehörde).

⁴ Offen bleibt die Frage, ob es sich um ein gesetzgeberisches Versehen (eine echte Lücke) oder um einen bewussten Verzicht auf eine Regelung (qualifiziertes Schweigen) handelt, wobei daran erinnert sei, dass eine sinngemässe Anwendung ähnlicher Bestimmungen nach dem Prinzip «nulla poena sine lege» ausgeschlossen werden müsste.

⁵ Der von den Parteien verwendete Ausdruck zur Benennung dieser Retrozessionen ist dabei unerheblich (Finder's Fees, KickBacks, Kommissionen usw.).

⁶ BGE 132 III 460.

⁷ BGE 137 III 393.

⁸ BGE 143 III 348; die möglichen finanziellen Konsequenzen für die Banken werden diese noch lange beschäftigen (siehe S. 383 des UBS-Berichts 2017).

⁹ BGE 144 IV 294.

¹⁰ Moritz Kuhn, Les courtiers en assurances dans la prévoyance professionnelle, Tâches et rémunération, «Prévoyance Professionnelle Suisse» 07/14, S. 86 ff.; Fuhrer Stephan, Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was des Kunden ist. Zur Entschädigung des Versicherungsmaklers im Lichte der Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts, HAVE/REAS, 02/2013, S. 107 ff.

lich als Beiträge an die Vorsorge aus. Er hat weder Einfluss auf das Prinzip der Bezahlung von Retrozessionen noch auf deren Höhe und kann mitunter nicht einmal über diese informiert sein.¹¹

Ein anderes, oft für den Verzicht auf die Herausgabepflicht vorgebrachtes Argument ist, dass der Makler eine ganze Reihe Aufgaben übernimmt, die von Gesetzes wegen der Vorsorgeeinrichtung obliegen. Ein Teil seiner Entschädigung wäre demzufolge nicht als Retrozession für eingebrachte neue Partnerunternehmen geschuldet, sondern für seine anstelle der Vorsorgeeinrichtung geleistete Arbeit.¹² Unseres Erachtens treten die Makler jedoch für den Arbeitgeber ein, insbesondere da diesem die Wahl einer Vorsorgelösung obliegt. In jedem Fall würde dies aber nur den Verzicht auf die Herausgabe eines Teils der Retrozession rechtfertigen.¹³

Man könnte noch argumentieren, dass die fehlende Sanktion bei Nichteinhaltung von Art. 48k Abs. 2 BVV 2 ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers darstellt, da eine konkrete Sanktion bei einem Verstoß gegen Art. 48k Abs. 1 BVV 2 vorgesehen ist. Soweit sich die Rechtsprechung über Retrozessionen nicht auf das auf die berufliche Vorsorge anwendbare öffentliche Recht stützt,

sondern auf die privatrechtlichen Vorschriften des Obligationenrechts, können die Makler mit diesem Argument aber nicht von der Herausgabepflicht im Sinne von Art. 400 Abs. 1 OR ausgenommen werden.

Die Pflicht zur Herausgabe von Retrozessionen könnte deshalb bei einer fehlenden gültigen Verzichtserklärung der Kunden auch auf Makler anwendbar sein. Die möglichen finanziellen Folgen sind nicht unerheblich: Arbeitgeber, die keine gültige Verzichtserklärung abgegeben haben, könnten die Herausgabe von Retrozessionen der vorangegangenen zehn Jahre verlangen.

Schlussfolgerung

Die Retrozessionsproblematik wird das Bundesgericht wahrscheinlich weiterhin beschäftigen. Während die Herausgabepflicht und ihre Grenzen im Bereich der Vermögensverwaltung inzwischen gut eingeführt sind, hat sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung hinsichtlich deren Anwendung auf andere Beauftragte wie den Makler der beruflichen Vorsorge noch nicht geäußert. Sollte das Bundesgericht diese Anwendung bestätigen, müsste man sich fragen, ob der Arbeitgeber frei über die rückerstatteten Retrozessionen verfügen kann oder ob diese einem Vorsorgezweck zugeordnet werden müssen, zum Beispiel indem sie in eine Vorsorgeeinrichtung einfließen.

Ausserdem dürfte sich eine mögliche Herausgabepflicht des Beauftragten nicht auf die im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Vorsorgeeinrichtung involvierten Makler beschränken, sondern könnte auch auf andere Vermittler der Branche anwendbar sein, insbesondere auf die Rückversicherungsmakler, die als

Intermediäre zwischen den Versicherungsgesellschaften und den Vorsorgeeinrichtungen fungieren.¹⁴

Es ist somit sehr wahrscheinlich, dass das Bundesgericht noch über die Frage der Herausgabe von Retrozessionen befinden muss, was eine Änderung des Entschädigungsmodells für Makler, aber auch für andere Vermittler im Bereich der beruflichen Vorsorge – insbesondere die Rückversicherungsmakler oder die Verwalter von Immobilienvermögen – herbeiführen würde. |

Rayan Houdrouge
Guillaume Gonczy

¹⁴ Im Übrigen scheinen die aktuellen gesetzgeberischen Baustellen (und besonders der Entwurf des neuen Gesetzes über die Versicherungsaufsicht und der Entwurf des neuen Versicherungsvertragsgesetzes) die Rechtsprechung bezüglich Retrozessionen zu kodifizieren. Dieser Gegenstand, der die laufenden Gesetzgebungsarbeiten widerspiegelt, war Thema einer von InterPension organisierten Informationssitzung am 20. November 2018 in Lausanne. Im Übrigen hat der Schweizerische Pensionskassenverband (ASIP) kürzlich Informationsrundschriften zu diesem Thema herausgegeben (Nr. 108, 18/10/2017 und Nr. 113, 6/11/2018).

Dieses Thema, das die laufenden Gesetzgebungsarbeiten widerspiegelt, war Gegenstand einer von Inter-Pension organisierten Informationssitzung am 20. November 2018 in Lausanne. Im Übrigen hat der Schweizerische Pensionskassenverband (ASIP) kürzlich Informationsrundschriften zu diesem Thema herausgegeben (Nr. 108 18/10/2017 und Nr. 113 6/11/2018).

¹¹ Siehe auch: Laurence Uttinger, Les institutions de prévoyance peuvent-elles payer des courtages? «Prévoyance Professionnelle Suisse» 09/16, S. 35 ff.

¹² Moritz Kuhn, Les courtiers en assurances dans la prévoyance professionnelle, Tâches et rémunération, «Prévoyance Professionnelle Suisse» 07/14, S. 86 ff.

¹³ Siehe auch: Laurence Uttinger, Les institutions de prévoyance peuvent-elles payer des courtages? «Prévoyance Professionnelle Suisse» 09/16, S. 35 ff.