

Gutachten

erstattet der

Schweizerischen Kammer der Pensionskassen-  
Experten (SKPE), Zürich

zu Fragen der  
Haftung des Experten in der beruflichen Vorsorge

von

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser, Zürich/St. Gallen

## Inhalt

1	Auftrag .....	3
2	Vorbemerkung .....	3
3	Fragestellung .....	3
4	Aufbau und Übersicht .....	3
4.1	Aufbau .....	3
4.2	Übersicht .....	4
5	Zulassung und Aufgabe von Experten für berufliche Vorsorge .....	5
5.1	Gesetzliche Regelung .....	5
5.2	Verordnung .....	6
5.3	Zulassung von natürlichen und von juristischen Personen .....	7
5.3.1	Fragestellung .....	7
5.3.2	Gesetzliche und verordnungsmässige Regelung .....	7
5.3.3	Ergebnis .....	8
5.4	Zulassungsvoraussetzungen für juristische Personen .....	8
5.4.1	Grundlagen .....	8
5.4.2	Fachliche Voraussetzungen .....	8
5.4.3	Persönliche Voraussetzungen .....	9
5.5	Aufgabe des Experten .....	9
5.5.1	Zur Fragestellung .....	9
5.5.2	Allgemeine Aufgaben des Experten .....	9
5.5.3	Aufgaben bei Ausübung der Expertentätigkeit durch eine juristische Person .....	10
5.6	Zusammenfassung .....	10
6	Verantwortlichkeit bei Tätigkeit innerhalb einer juristischen Person – Blick auf andere Rechtsgebiete .....	10
6.1	Zur Fragestellung .....	10
6.2	Obligationenrecht .....	10
6.2.1	Art. 41 OR: Ausservertragliche Haftung der schädigenden Person .....	10
6.2.2	Art. 55 OR: Ausservertragliche Haftung des Geschäftsherrn .....	11
6.2.3	Art. 97 OR: Vertragliche Haftung .....	11
6.2.4	Art. 101 OR: Vertragliche Haftung für Hilfspersonen .....	11
6.3	Gesellschaftsrecht .....	12
6.4	Strafrecht .....	12
7	Art. 52 BVG – Überblick .....	13
7.1	Ausgangspunkt .....	13
7.2	Einordnung .....	13
7.3	Ausgangspunkt: Vertragliche Verantwortlichkeit und Vertragsverletzung .....	14
7.3.1	Vertragliche Verantwortlichkeit .....	14
7.3.2	Vertragsverletzung .....	14
7.4	Zu den weiteren Voraussetzungen einer Haftung .....	16
7.4.1	Schaden .....	16
7.4.2	Verschulden .....	16
7.4.3	Kausalzusammenhang .....	18
7.5	Zwischenergebnisse .....	18
7.5.1	Voraussetzung des Bestehens einer vertraglichen Beziehung .....	18
7.5.2	Materielle, nicht formelle Betrachtungsweise .....	19
7.5.3	Zur Frage des Verschuldens im Besonderen .....	20
8	Art. 56a BVG .....	20
9	Mehrheit von Verantwortlichkeits- und Haftungsansprüchen .....	21
9.1	Grundsatz: Konkurrierende Haftungen .....	21

9.2	Konkurrierende Haftung im Arbeitsverhältnis? .....	22
9.3	Öffentlich-rechtliche Haftungen und weitere Ansprüche .....	23
9.4	Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG und weitere Haftungs- bzw. Verantwortlichkeitsbestimmungen .....	23
9.4.1	Zur Fragestellung.....	23
9.4.2	Experte als Organ des Beratungsunternehmens .....	24
9.4.3	Experte als Angestellter des Beratungsunternehmens .....	24
9.5	Hinweis auf Berufshaftpflichtversicherung des Arbeitgebers .....	25
9.6	Tabellarische Zusammenstellung .....	25
10	Ergebnisse .....	26

## 1 Auftrag

Am 31. Mai 2017 wurde der Unterzeichnende von Urs Bracher, Schweizerische Kammer der Pensionskassen-Experten, angefragt, ob er zu bestimmten Fragen der Verantwortlichkeit von Experten für berufliche Vorsorge ein Gutachten schreiben könne. Dies wurde in der Folge grundsätzlich bejaht, worauf eine Offerte eingereicht wurde, gestützt auf welche am 21. Juni 2017 der Auftrag zur Erstellung des Gutachtens erteilt und die zu beantwortenden Fragen gestellt wurden.

## 2 Vorbemerkung

Das vorliegende Gutachten wird in völliger Unabhängigkeit erstattet. Es nennt alle verwendeten Quellen und bezeichnet gegebenenfalls bestehende Unsicherheiten bei der Bewertung bestimmter Fragen. Wie üblich kann mit der Abgabe des vorliegenden Gutachtens nicht die Zusicherung verbunden sein, dass politische Behörden, Verwaltungsstellen oder Gerichtsbehörden bei der Beurteilung der entsprechenden Frage zu denjenigen Auffassungen gelangen, welche im vorliegenden Gutachten als zutreffend bezeichnet werden.

## 3 Fragestellung

Im Rahmen des Gutachtens sind folgende Fragen zu beantworten:

Wenn der Experte für berufliche Vorsorge in einer Gesellschaft angestellt ist, welche über eine Zulassung der OAK BV verfügt, und wenn durch die Tätigkeit des Experten eine Verantwortlichkeit im Sinne von Art. 52 BVG entsteht: Haftet der Experte persönlich?

Wenn die Frage zu bejahen ist: Wie hat sich der Experte berufshaftpflichtrechtlich abzudecken?

## 4 Aufbau und Übersicht

### 4.1 Aufbau

Im Aufbau hält sich das vorliegende Gutachten an die vorgenannten Fragen. Es wird zunächst aufgezeigt, welches die Stellung des Experten für berufliche Vorsorge ist; dabei wird es zunächst insbesondere um die Frage gehen, ob – und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen – auch

juristische Personen für eine entsprechende Tätigkeit zugelassen sind. In der Folge ist zu klären, wie in der beruflichen Vorsorge die Verantwortlichkeit geordnet wird. Dabei wird Art. 52 BVG im Zentrum der Untersuchung stehen und wird zudem vertieft abzuklären sein, welche Festlegungen das Berufsvorsorgerecht zur Verantwortlichkeit von Expertinnen und Experten macht. Gestützt auf die so gewonnenen Ergebnisse kann die zentrale Frage angegangen werden; es geht darum, ob und allenfalls inwieweit Experten, welche angestellt sind, der besonderen Verantwortlichkeitsregelung der beruflichen Vorsorge unterstehen. Dabei wird insbesondere zu klären sein, in welchem Verhältnis die in Frage kommenden Haftungen stehen.

## 4.2 Übersicht

Es ist vorab zusammenzustellen, auf welche (vertraglichen und ausservertraglichen) Haftungen einzugehen sein wird. Die folgende tabellarische Zusammenstellung zeigt auf, welche Haftungen zu behandeln sein werden.

Dabei wird jeweils folgender prinzipieller Sachverhalt zugrunde gelegt: Ein Beratungsunternehmen, das als juristische Person ausgestaltet ist (z.B. als AG; nachfolgend als A AG), ist als Expertin für berufliche Vorsorge zugelassen und beschäftigt einen Experten (nachfolgend als E bezeichnet). Das Beratungsunternehmen übernimmt für eine Vorsorgeeinrichtung (nachfolgend als VE bezeichnet) ein Expertenmandat und setzt den angestellten Experten für die Ausführung des Mandates ein. Durch einen Fehler des angestellten Experten entsteht bei der Vorsorgeeinrichtung ein Schaden. Zu beurteilen ist, gestützt auf welche allfälligen Grundlagen die Vorsorgeeinrichtung die Deckung des Schadens durchsetzen kann.

Rechtliche Grundlage	Vertragliche oder ausservertragliche Haftung?	Beispiel und Hinweis auf praktische Bedeutung der Haftung
Art. 97 OR Art. 101 OR	Vertragliche Haftung im Verhältnis VE – A AG  Keine vertragliche Beziehung im Verhältnis VE – B	Die VE überträgt der A AG das Expertenmandat. Die A AG übt dieses Mandat unsorgfältig aus, weshalb der VE ein Schaden entsteht. Wenn der Schaden durch das Verhalten des Experten E verursacht wurde, hat die A AG nach Art. 101 OR für das Verhalten des Experten E einzustehen  Die praktische Bedeutung dieser Haftung ist bei Vertragsverletzung gross
Art. 41 OR	Ausservertragliche Haftung im Verhältnis VE – E	Die VE kann gestützt auf Art. 41 OR gegenüber E Schadenersatz verlangen  Die praktische Bedeutung ist sehr klein. Die VE wird bei einem Fehlverhalten des angestellten Experten E primär die Vertragshaftung nach Art. 97 OR geltend machen und sich an den Vertragspartner halten. Es kommt hinzu, dass der Experte im Rahmen von Art. 321e OR Anspruch hat, dass ihn der Arbeitgeber freihält

Art. 52 BVG	Vertragliche Haftung im Verhältnis VE – B AG  Keine persönliche Haftung des Experten E	Art. 52 BVG ist keine deliktische, sondern eine vertragliche Haftung. Wenn zwischen der VE und dem Experten E keine vertragliche Beziehung besteht, haftet E nicht nach Art. 52 BVG  Die praktische Bedeutung der Haftung ist erheblich, und es treten vermehrt Fälle auf, in denen der (vertraglich eingesetzte) Experte (als natürliche oder als juristische Person) haftbar wird
Art. 56a BVG	Haftung ohne zwingende vertragliche Beziehung. Die Haftung wird vom Sicherheitsfonds geltend gemacht; die Haftung hat zu tragen, wer für die Zahlungsunfähigkeit der VE einzustehen hat. Es ist denkbar, dass ein angestellter Experte E eine Haftung nach Art. 56a BVG zu tragen hat	Die VE ist zahlungsunfähig, und die laufenden Rentenverpflichtungen müssen vom Sicherheitsfonds erfüllt werden  Die praktische Bedeutung ist bezogen auf den angestellten Experten E klein. An sich kommt in Frage, dass der angestellte Experte E persönlich haftet, wenn er die Voraussetzungen von Art. 56a BVG erfüllt. Für die Deckung des eingetretenen Schadens wird aber regelmässig auf Art. 52 BVG zurückgegriffen und der vertraglich gebundene Experte (d.h. im vorliegenden Beispiel die A AG) ins Recht gefasst

In welchem gegenseitigen Verhältnis die verschiedenen Haftungen stehen, wird erst im Anschluss an die Darstellung der einzelnen Haftungen eingegangen.<sup>1</sup>

## 5 Zulassung und Aufgabe von Experten für berufliche Vorsorge

### 5.1 Gesetzliche Regelung

Art. 52d BVG trägt den Randtitel „Zulassung von Experten für berufliche Vorsorge“ und hat folgenden Wortlaut:

1 Experten für berufliche Vorsorge bedürfen der Zulassung durch die Oberaufsichtskommission.

2 Voraussetzungen für die Zulassung sind:

- a. eine angemessene berufliche Ausbildung und Berufserfahrung;
- b. Kenntnisse der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen;
- c. ein guter Ruf und Vertrauenswürdigkeit.

3 Die Oberaufsichtskommission kann die Voraussetzungen für die Zulassung näher umschreiben.

Der an diese Bestimmung anschliessende Art. 52e BVG geht nach seinem Randtitel auf die „Aufgaben des Experten für berufliche Vorsorge“ ein und legt folgendes fest:

1 Der Experte für berufliche Vorsorge prüft periodisch, ob:

- a. die Vorsorgeeinrichtung Sicherheit dafür bietet, dass sie ihre Verpflichtungen erfüllen kann;

---

<sup>1</sup> Vgl. Ziff. 9.

b. die reglementarischen versicherungstechnischen Bestimmungen über die Leistungen und die Finanzierung den gesetzlichen Vorschriften entsprechen.

2 Er unterbreitet dem obersten Organ der Vorsorgeeinrichtung Empfehlungen insbesondere über:

- a. den technischen Zinssatz und die übrigen technischen Grundlagen;
- b. die Massnahmen, die im Falle einer Unterdeckung einzuleiten sind.

3 Werden die Empfehlungen des Experten für berufliche Vorsorge vom obersten Organ nicht befolgt und erscheint dadurch die Sicherheit der Vorsorgeeinrichtung gefährdet, meldet er dies der Aufsichtsbehörde.

## 5.2 Verordnung

Die BVV 2 geht in ihrem 3. Abschnitt auf den Experten für berufliche Vorsorge ein. Art. 40 BVV 2 regelt – gestützt auf Art. 52a Abs. 1 BVG – die Unabhängigkeit und hält das Folgende fest:

1 Der Experte für berufliche Vorsorge muss unabhängig sein und sein Prüfungsurteil und seine Empfehlungen müssen objektiv gebildet worden sein. Die Unabhängigkeit darf weder tatsächlich noch dem Anschein nach beeinträchtigt sein.

2 Mit der Unabhängigkeit nicht vereinbar ist insbesondere:

- a. die Mitgliedschaft im obersten Organ oder in der Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung, eine andere Entscheidfunktion in der Einrichtung oder ein arbeitsrechtliches Verhältnis zu ihr;
- b. eine direkte oder indirekte Beteiligung an der Gründerin oder der Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung;
- c. eine enge familiäre oder wirtschaftliche Beziehung zu einem Mitglied des obersten Organs oder der Geschäftsführung oder zu einer anderen Person mit Entscheidfunktion;
- d. das Mitwirken bei der Geschäftsführung;
- e. die Übernahme eines Auftrags, der zur längerfristigen wirtschaftlichen Abhängigkeit führt;
- f. der Abschluss eines Vertrags zu nicht marktkonformen Bedingungen oder eines Vertrags, der ein Interesse des Experten für berufliche Vorsorge am Prüfergebnis begründet;
- g. eine Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber, wenn die Vorsorgeeinrichtung betriebseigen ist; hat der Arbeitgeber sein Unternehmen in verschiedene selbstständige juristische Personen aufgeteilt, so gilt als Arbeitgeber der Konzern.

3 Die Bestimmungen über die Unabhängigkeit gelten für alle an der Prüfung beteiligten Personen. Ist der Experte eine Personengesellschaft oder eine juristische Person, so gelten die Bestimmungen über die Unabhängigkeit auch für die Mitglieder des obersten Leitungs- oder Verwaltungsorgans und für andere Personen mit Entscheidfunktion.

Art. 41 BVV 2 bezieht sich auf das „Verhältnis zur Aufsichtsbehörde“ (so der Randtitel der Bestimmung) und stützt sich auf Art. 52e, 62 Abs. 1 und 62a BVG. Danach gilt folgendes:

Der Experte muss bei der Ausübung seines Mandates die Weisungen der Aufsichtsbehörde befolgen. Er muss die Aufsichtsbehörde unverzüglich orientieren, wenn die Lage der Vorsorgeeinrichtung ein rasches Einschreiten erfordert oder wenn sein Mandat abläuft.

Art. 41a BVV 2 regelt – nach seinem Randtitel – „Besondere Aufgaben bei Unterdeckung einer Vorsorgeeinrichtung“ und konkretisiert damit Art. 52e und 65d BVG. Die Bestimmung lautet wie folgt:

1 Liegt eine Unterdeckung vor, erstellt der Experte jährlich einen versicherungstechnischen Bericht.

2 Der Experte äussert sich insbesondere darüber, ob die vom zuständigen Organ getroffenen Massnahmen zur Behebung einer Unterdeckung Artikel 65d BVG entsprechen und orientiert über deren Wirksamkeit.

3 Er erstattet der Aufsichtsbehörde Bericht, wenn eine Vorsorgeeinrichtung keine oder ungenügende Massnahmen ergreift, um die Unterdeckung zu beheben.

## 5.3 Zulassung von natürlichen und von juristischen Personen

### 5.3.1 Fragestellung

Die vorstehende Regelung ist mit Blick auf die im vorliegenden Gutachten zu beantwortende Hauptfrage auszulegen. Es geht darum, ob eine allfällige persönliche Verantwortlichkeit des Experten besteht, wenn er in einer juristischen Person tätig ist, welche ihrerseits von der OAK BV zugelassen ist. Deshalb ist eingangs die Frage zu klären, ob – und gegebenenfalls unter welchen (allenfalls unterschiedlichen) Voraussetzungen – neben der natürlichen Person auch eine juristische Person als Experte zugelassen sein kann.

### 5.3.2 Gesetzliche und verordnungsmässige Regelung

Der Blick auf Art. 52d BVG lässt nicht erkennen, ob – neben der offensichtlich zur Zulassung berechtigten natürlichen Person – auch eine juristische Person zur Tätigkeit zugelassen sein kann.

Immerhin zeigt der Blick in die früheren Regelungen, dass damals klarerweise sowohl natürliche wie auch juristische Personen als Expertinnen und Experten zugelassen waren. Die frühere, zwischenzeitlich aufgehobene Fassung von Art. 39 BVV 2 hielt nämlich fest, dass die Aufträge auch einer juristischen Person übertragen werden können; dabei war vorausgesetzt, dass die juristische Person einen Experten nach (damaligem) Art. 37 BVV 2 beschäftigt. Bei dieser Ausgangslage musste der Experte die Erarbeitung des Gutachtens leiten und dieses in der Folge persönlich unterzeichnen.

Bei der Ausarbeitung der heute geltenden Regelung hielt der Bundesrat fest, dass sowohl natürliche wie auch juristische Personen als Expertinnen und Experten zugelassen sein können.<sup>2</sup> Dies fand im Wortlaut von Art. 52d BVG keinen ausdrücklichen Niederschlag. Indessen zeigt die Rechtsanwendung, wie sie durch die für die Zulassung zuständige OAK BV vorgenommen wird, dass die Aufsichtsbehörde mit Selbstverständlichkeit davon ausgeht, dass sowohl natürliche wie auch juristische Personen zur Tätigkeit zugelassen sind. Die Zulassung zur Tätigkeit als Experte wird durch die Weisungen OAK W-01/2012 „Zulassung von Expertinnen und Experten für berufliche Vorsorge“ vom 25. September 2012 geordnet<sup>3</sup>. Dabei wird festgehalten, dass die Zulassungsprüfung auf Gesuch einer natürlichen oder einer juristischen Person eingeleitet wird.<sup>4</sup> Diese Regelung könnte allenfalls so verstanden werden, dass zwar die Gesuchstellung durch eine juristische Person erfolgen kann, dass

<sup>2</sup> Vgl. BBl 2007 5701 mit dem Hinweis, dass es beim Experten keine Einschränkung der Rechtsform geben könne.

<sup>3</sup>

[http://www.oak-bv.admin.ch/fileadmin/dateien/Experten/Weisungen\\_ueber\\_die\\_Zulassung\\_von\\_Experten\\_und\\_Expertinnen\\_fuer\\_berufliche\\_Vorsorge.pdf](http://www.oak-bv.admin.ch/fileadmin/dateien/Experten/Weisungen_ueber_die_Zulassung_von_Experten_und_Expertinnen_fuer_berufliche_Vorsorge.pdf).

<sup>4</sup> Welches der Gegenstand des Gesuchs ist, wird in den Weisungen OAK W-01/2012 in Ziff. 2.1 umschrieben.

aber die Zulassung dennoch nur für natürliche Personen möglich ist. Dem steht aber entgegen, dass die OAK BV Gesuche von juristischen Person auf die Frage hin überprüft, ob bezogen auf die juristische Person die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind; entsprechend führt die OAK BV denn auch je separate Listen für die natürlichen und für die juristischen Personen.<sup>5</sup>

Insoweit steht fest, dass gesetzlich kein Ausschluss der Zulassung von juristischen Personen als Expertinnen und Experten festgelegt wird.

Zu ergänzen ist, dass auf Verordnungsebene mit Selbstverständlichkeit davon ausgegangen wird, dass auch juristische Personen (sowie Personengesellschaften) als Expertinnen und Experten für berufliche Vorsorge tätig sein können. So werden diese beiden Rechtsformen in Art. 40 Abs. 3 BVV 2 erwähnt.

### 5.3.3 Ergebnis

Es steht aufgrund der Gesetzesmaterialien und unter Berücksichtigung der gefestigten Rechtsanwendung fest, dass die Expertentätigkeit von natürlichen und von juristischen Personen ausgeübt werden kann. In welcher Rechtsform dies erfolgt, ist nicht von Belang. Es kann sich um Personengesellschaften (einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft) oder um juristische Personen (GmbH, AG) handeln.

## 5.4 Zulassungsvoraussetzungen für juristische Personen

### 5.4.1 Grundlagen

Art. 52d Abs. 2 BVG hält fest, dass in dreifacher Hinsicht Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sein müssen: Die Experten müssen folgende Voraussetzungen erfüllen:

- a. eine angemessene berufliche Ausbildung und Berufserfahrung;
- b. Kenntnisse der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen;
- c. ein guter Ruf und Vertrauenswürdigkeit.

In den Weisungen der OAK BV wird konkretisierend festgehalten, welche Zulassungsvoraussetzungen juristische Personen erfüllen müssen.

### 5.4.2 Fachliche Voraussetzungen

In fachlicher Hinsicht wird bei juristischen Personen verlangt, dass alle mitarbeitenden (natürlichen Personen), welche Aufgaben nach Art. 52e BVG ausüben, persönlich über eine Zulassung der OAK verfügen müssen.<sup>6</sup> Dies zeigt, dass der Fokus bei fachlichen Voraussetzungen ausschliesslich auf die (unselbständig tätigen) natürlichen Personen gerichtet ist und an die juristische Person selber keine spezifischen fachlichen Voraussetzungen gestellt werden. Damit ist die Ausgangslage anders als bei

---

<sup>5</sup> Vgl. [http://www.oak-bv.admin.ch/fileadmin/dateien/Experten/Zulassung\\_Expertinnen\\_und\\_Experten\\_fuer\\_berufliche\\_Vorsorge\\_natuerliche\\_Personen.pdf](http://www.oak-bv.admin.ch/fileadmin/dateien/Experten/Zulassung_Expertinnen_und_Experten_fuer_berufliche_Vorsorge_natuerliche_Personen.pdf) und [http://www.oak-bv.admin.ch/fileadmin/dateien/Experten/Zulassung\\_Expertinnen\\_und\\_Experten\\_fuer\\_berufliche\\_Vorsorge\\_juristische\\_Personen.pdf](http://www.oak-bv.admin.ch/fileadmin/dateien/Experten/Zulassung_Expertinnen_und_Experten_fuer_berufliche_Vorsorge_juristische_Personen.pdf).

<sup>6</sup> Weisungen OAK W-01/2012, Ziff. 1.2.

Revisionsunternehmen. Bei diesen müssen nach Art. 6 RAG bezogen auf die Zusammensetzung der Leitung und der Verwaltung der Revisionsstelle Voraussetzungen erfüllt sein.

Was in fachlicher Hinsicht verlangt wird, ist vom Bundesrat folgendermassen umschrieben worden: „Bei den Experten für berufliche Vorsorge werden sowohl grundlegende versicherungsmathematische Kenntnisse, ausreichendes juristisches Wissen sowie Vertrautheit mit den spezifischen Problemen der Vorsorgeeinrichtungen vorauszusetzen sein.“<sup>7</sup>

#### 5.4.3 Persönliche Voraussetzungen

Was die persönlichen Voraussetzungen betrifft, müssen bei juristischen Personen nicht nur die als Experten Tätigen, sondern – hinzutretend – alle Mitglieder des obersten Leitungsorgans und andere Personen mit Entscheidungsfunktionen die persönlichen Voraussetzungen eines guten Rufs und der Vertrauenswürdigkeit erfüllen.<sup>8</sup>

Insgesamt sind damit die Zulassungsvoraussetzungen bei juristischen Personen streng ausgestaltet, wobei die Voraussetzungen sowohl die innerhalb der juristischen Person Tätigen wie auch die juristische Person selber betreffen.

## 5.5 Aufgabe des Experten

### 5.5.1 Zur Fragestellung

Im vorliegenden Zusammenhang ist insbesondere von Bedeutung, ob gegebenenfalls die Aufgabenumschreibung spezifisch ausfällt, wenn das Expertenmandat von einer juristischen Person ausgeübt wird. Um diese Frage zu klären, ist eingangs ein allgemeiner Blick auf die Aufgaben des Experten zu werfen, bevor – daran anschliessend – zu klären ist, ob die allgemeinen Aufgaben gleichermassen von einer juristischen Person übernommen werden können.

### 5.5.2 Allgemeine Aufgaben des Experten

Welches die allgemeinen Aufgaben des Experten sind, umschreibt Art. 52e BVG. Die Tätigkeit des Experten konkretisiert sich zum einen in einer periodischen Prüfung der Vorsorgeeinrichtung; zum andern besteht seine Tätigkeit in der fortlaufenden Beratung des obersten Organs der Vorsorgeeinrichtung. Die vom Experten erstatteten Berichte sind für das oberste Organ der Vorsorgeeinrichtung zentral, weil sie Grundlage für mannigfaltige Entscheidungen bilden.

Der Experte hat eine relativ enge Beziehung zur OAK BV. Diese kann ihm die Zulassung entziehen, weshalb sich die beaufsichtigende Funktion der OAK BV auch darauf bezieht, ob der Experte weiterhin die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt. Daneben muss berücksichtigt werden, dass die OAK BV den Experten für ihre Berufstätigkeit Weisungen erteilen kann.<sup>9</sup> Ferner kann die OAK BV bzw. eine sonstige Aufsichtsbehörde dem Experten in einem einzelnen Mandat Weisungen erteilen,<sup>10</sup> Einsicht in seine

---

<sup>7</sup> So BBl 1976 I 260.

<sup>8</sup> Weisungen OAK W-01/2012, Ziff. 1.3.

<sup>9</sup> Dazu Art. 64a Abs. 1 lit. f BVG.

<sup>10</sup> Vgl. Art. 62a Abs. 2 lit. b BVG.

Berichte nehmen<sup>11</sup> und von ihm Auskunft sowie Herausgabe von sachdienlichen Unterlagen verlangen.<sup>12</sup> Schliesslich hat der Experte bestimmte Meldepflichten zu erfüllen.<sup>13</sup>

### 5.5.3 Aufgaben bei Ausübung der Expertentätigkeit durch eine juristische Person

Zu klären ist im vorliegenden Rahmen, ob gegebenenfalls eine besondere Umschreibung der Aufgaben des Experten vorzunehmen ist, wenn die Expertentätigkeit durch eine juristische Person ausgeübt wird.

Zunächst ist unschwer erkennbar, dass das Gesetz keinerlei Bezug auf die Rechtsform des Experten nimmt, wenn es – in Art. 52e BVG – die Aufgaben des Experten umschreibt. Für den Gesetzgeber stand offenbar fest, dass für die Ausübung der Expertentätigkeit irrelevant ist, ob die Tätigkeit von einer natürlichen oder von einer juristischen Person ausgeübt wird.<sup>14</sup> Auch auf der Ebene der Verordnung wird nirgends Bezug genommen darauf, wer die Expertentätigkeit ausübt.<sup>15</sup> Hinweise auf besondere Funktionen je nach Rechtsform des Experten fehlen auch in den Gesetzesmaterialien, und schliesslich nimmt auch die Literatur – soweit ersichtlich – keinen Bezug auf die Rechtsform, um daraus Auswirkungen auf die zu übernehmenden Aufgaben zu umschreiben.

Damit steht fest, dass der Experte völlig unabhängig von seiner Rechtsform die gesetzlich festgelegten Aufgaben zu übernehmen hat.

## 5.6 Zusammenfassung

Als Experte kann sowohl eine natürliche wie auch eine juristische Person zugelassen werden. Bei den Zulassungsvoraussetzungen bestehen Kriterien in fachlicher und in persönlicher Hinsicht. Wenn eine juristische Person als Expertin zugelassen wird, müssen die mitarbeitenden (natürlichen) Personen über eine Zulassung der OAK verfügen.

## 6 Verantwortlichkeit bei Tätigkeit innerhalb einer juristischen Person – Blick auf andere Rechtsgebiete

### 6.1 Zur Fragestellung

Im vorliegenden Zusammenhang interessiert die Frage, ob diejenige Person, welche mit Expertenfunktionen innerhalb einer als Expertin zugelassenen juristischen Person tätig ist, bestimmte Verantwortlichkeiten zu tragen hat. Um diese Frage zu klären, soll im vorliegenden Abschnitt ein Blick auf andere Rechtsbereiche geworfen werden.

### 6.2 Obligationenrecht

#### 6.2.1 Art. 41 OR: Ausservertragliche Haftung der schädigenden Person

---

<sup>11</sup> Dazu Art. 62 Abs. 1 lit. c BVG.

<sup>12</sup> Dazu Art. 62a Abs. 2 lit. a BVG.

<sup>13</sup> Dazu Art. 52e Abs. 3 BVG, Art. 41 Satz 2 BVV 2.

<sup>14</sup> Freilich ist nicht auszuschliessen, dass im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten viel zu wenig bewusst gemacht wurde, dass prinzipiell – wie bereits zuvor – die Expertentätigkeit auch durch eine juristische Person ausgeübt werden kann.

<sup>15</sup> Vgl. insbesondere Art. 41, Art. 41a BVV 2. Vgl. immerhin auch Art. 40 Abs. 3 BVV 2.

Als Grundnorm der ausservertraglichen Haftung findet die Verschuldenshaftung nach Art. 41 OR auf alle Sachverhalte Anwendung, soweit sie nicht im konkreten Fall durch eine speziellere Norm verdrängt wird. Eine spezielle Haftungsnorm geht nach herrschender Lehre Art. 41 OR als *lex specialis* i.d.R. vor, wenn nach ihr dieselbe Person schadenersatzpflichtig wird, die ohne die Sondernorm der Verschuldenshaftung gemäss Art. 41 OR unterliegen würde.<sup>16</sup>

Eine Haftung nach Art. 41 setzt kumulativ (1) einen Schaden, (2) einen natürlichen und adäquaten Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Verhalten und Schaden, (3) die Widerrechtlichkeit der Schädigung und (4) ein Verschulden des Schädigers voraus.

### 6.2.2 Art. 55 OR: Ausservertragliche Haftung des Geschäftsherrn

Art. 55 Abs. 1 OR statuiert eine ausservertragliche Haftung des Geschäftsherrn für seine Arbeitnehmer und für sonstige Hilfspersonen. Nach herkömmlicher Auffassung normiert Art. 55 OR eine einfache Kausalhaftung, welche weder ein Verschulden der Hilfsperson noch ein Verschulden des Geschäftsherrn voraussetzt.<sup>17</sup>

Im Verhältnis zu Art. 41 OR stellt Art. 55 OR nach herrschender Lehre eine *lex specialis* dar. Ebenso wie Art. 41 OR setzt Art. 55 OR aber auch einen widerrechtlichen Eingriff, d.h. die Verletzung eines absoluten Rechts oder einer Schutznorm, voraus. Ist eine Anwendungsvoraussetzung von Art. 55 OR nicht erfüllt, so kann sich bei eigenem Verschulden des Geschäftsherrn immer noch eine Haftung aus Art. 41 OR ergeben. Die Hilfsperson selber kann neben der Haftung des Geschäftsherrn nach Art. 55 OR solidarisch gestützt auf Art. 41 OR haftbar werden.<sup>18</sup>

### 6.2.3 Art. 97 OR: Vertragliche Haftung

Art. 97 OR regelt in allgemeiner Weise die Haftung bei Vertragsverletzung. Kann die Erfüllung der vertraglichen Verbindlichkeit überhaupt nicht oder nicht gehörig bewirkt werden, so hat der Schuldner für den daraus entstehenden Schaden Ersatz zu leisten, sofern er nicht beweist, dass ihm keinerlei Verschulden zur Last falle.

### 6.2.4 Art. 101 OR: Vertragliche Haftung für Hilfspersonen

Art. 101 OR setzt voraus, dass der Schuldner die Hilfsperson zur Erfüllung einer vertraglichen Verbindlichkeit aus einem Schuldverhältnis hinzuzieht. Es geht also darum, dass der Geschäftsherr im Rahmen eines bestehenden Schuldverhältnisses für Schädigungen durch seine Gehilfen haftet. Anders verhält es sich dagegen im ausservertraglichen Bereich. Die Hilfsperson muss den massgebenden Schaden in Ausübung ihrer Verrichtungen verursachen. Dafür bedarf es eines funktionellen Zusammenhanges in dem Sinne, dass die schädigende Handlung der Hilfsperson zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt.<sup>19</sup>

Wenn nun die Hilfsperson, die mit dem Gläubiger in keinerlei vertraglichem Verhältnis steht, eine an sich dem Schuldner obliegende Verpflichtung übernimmt und diese nicht oder nicht richtig erfüllt,

---

<sup>16</sup> KESSLER, in: BSK-OR, Art. 41 Rz. 1a.

<sup>17</sup> KESSLER, in: BSK-OR, Art. 55, Rz. 1.

<sup>18</sup> KESSLER, in: BSK-OR, Art. 55, Rz. 2.

<sup>19</sup> WIEGAND, in: BSK-OR, Art. 101, Rz. 10.

kann es zur vertraglichen Haftung des Geschäftsherrn kommen. Ob dieser tatsächlich haftet, ist mit Hilfe des Kriteriums der sog. hypothetischen Vorwerfbarkeit zu entscheiden. Der Geschäftsherr haftet für vorwerfbares Verhalten seiner Hilfspersonen also dann nicht, wenn ihm kein Verschulden angelastet werden könnte, sofern er selbst so gehandelt hätte. Entscheidend ist damit, welches Verhalten der Gläubiger vom Schuldner selber und nicht von dessen Hilfsperson erwarten durfte. Dies gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Hilfsperson sachkundiger ist als der Geschäftsherr. In diesem Fall des «überqualifizierten» Erfüllungsgehilfen soll der Gläubiger nicht davon profitieren, da er sich mit dem begnügen muss, was er vom Schuldner selbst erwarten durfte.<sup>20</sup>

Zulässig ist die Vereinbarung eines Haftungsausschlusses. Gemäss Art. 101 Abs. 2 OR kann die Haftung des Geschäftsherrn durch eine zum Voraus getroffene Verabredung beschränkt oder aufgehoben werden.<sup>21</sup> Allerdings sind Grenzen zu beachten; gemäss Art. 101 Abs. 3 OR darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden wegbedungen werden, wenn der Verzichtende im Dienst des andern steht oder die Verantwortlichkeit aus dem Betriebe eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes folgt.<sup>22</sup> Dieser Haftungsausschluss betrifft nur die vertragliche Haftung. Soweit sich Haftungs- oder Verantwortlichkeitsansprüche aus sonstigen Regelungen ergeben, kann nicht vereinbart werden, dass die Haftung im Sinne von Art. 101 Abs. 2 OR beschränkt oder aufgehoben wird.

### 6.3 Gesellschaftsrecht

In Art. 752 ff. OR regelt das Gesetz die persönliche Verantwortlichkeit bestimmter Personen für von ihnen in Verletzung ihrer Pflichten der Gesellschaft, den Aktionären und – im Konkurs – den Gläubigern verursachte Schäden. Die Emissionshaftung (Art. 752 OR) normiert eine persönliche Verantwortlichkeit von Personen, die bei der Gründung einer Gesellschaft oder bei der Ausgabe von Aktien, Obligationen oder anderen Titeln in Emissionsprospekten oder ähnlichen Mitteilungen unrichtige, irreführende oder den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechende Angaben machen oder verbreiten. Die Gründerhaftung (Art. 753 OR) gilt für Personen, die an der Gründung einer Aktiengesellschaft mitwirken und dabei ihre Pflichten verletzen.

Die Organhaftung (Art. 754 OR) sieht für die Mitglieder des Verwaltungsrates und alle mit der Geschäftsführung oder der Liquidation betrauten Personen eine persönliche Haftung für Schäden vor, die sie durch fahrlässige oder vorsätzliche Pflichtverletzungen herbeiführen. Unter dieser Organhaftung wird also die persönliche Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Liquidation befassten Personen für Schäden verstanden, die sie der Gesellschaft, den Aktionären und – im Konkurs – den Gläubigern verursacht haben.

Von besonderem Interesse ist die in Art. 755 OR geregelte Revisionshaftung. Sie gilt für alle Personen, die bei der Prüfung der Jahres- und Konzernrechnung, der Gründung, der Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung ihre Pflichten vernachlässigen. Die Regeln des allgemeinen Haftpflichtrechts sind anwendbar, soweit Art. 752 ff. OR keine abweichenden Vorschriften aufstellen.

### 6.4 Strafrecht

---

<sup>20</sup> WIEGAND, in: BSK-OR, Art. 101 Rz. 14.

<sup>21</sup> WIEGAND, in: BSK-OR, Art. 101 Rz. 16.

<sup>22</sup> WIEGAND, in: BSK-OR, Art. 101 Rz. 17.

Die Einführung der Unternehmensstrafbarkeit per 1. Oktober 2003 stellte für das schweizerische Recht einen Paradigmenwechsel dar. Der Ausschluss der juristischen Person als Strafsubjekt war lange Zeit ungeschriebener Grundsatz des kontinentaleuropäischen Rechts.<sup>23</sup>

Art. 102 StGB statuiert einerseits die subsidiäre Haftung für Organisationsverschulden mangels Zurechnung zu einer natürlichen Person (Abs. 1) und andererseits in Abs. 2 die originäre, kumulative und konkurrierende Haftung für deliktsermöglichende Organisationsfehler bei einem abschliessenden Katalog von Wirtschaftsdelikten.<sup>24</sup> Die Strafbestimmung erfasst geschäftliche Verrichtungen, wenn sie im Rahmen des Unternehmenszwecks erfolgen. Dabei wird der Passus «im Rahmen des Unternehmenszwecks» so verstanden, dass damit eine Einschränkung auf betriebstypische Gefahren begründet wird. Als Beispiele anzusehen sind etwa Finanzintermediäre oder Treuhänder und zwar bezogen auf Vermögens- und Urkundendelikte oder auf Geldwäschereidelikte nach GwG.<sup>25</sup>

## 7 Art. 52 BVG – Überblick

### 7.1 Ausgangspunkt

Art. 52 BVG trägt den Randtitel „Verantwortlichkeit“ und legt in Abs. 1 das Folgende fest:

<sup>1</sup> Alle mit der Verwaltung oder Geschäftsführung der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen sowie die Experten für berufliche Vorsorge sind für den Schaden verantwortlich, den sie ihr absichtlich oder fahrlässig zufügen.

Damit nennt die Gesetzesbestimmung ausdrücklich die „Experten“. Es wird nachfolgend zu klären sein, unter welchen Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit besteht und wie es mit einer allfälligen persönlichen Verantwortlichkeit eines einzelnen Experten verhält.

### 7.2 Einordnung

Art. 52 BVG regelt eine vertragliche – und keine deliktische<sup>26</sup> – Haftung<sup>27</sup> und bezieht sich dabei auch auf die weitergehende berufliche Vorsorge.<sup>28</sup> Damit sind wichtige Grundentscheidungen getroffen worden. Insbesondere stellt es eine zentrale Entscheidung dar, dass die besondere, strenge Haftung von Art. 52 BVG nicht nur die obligatorische berufliche Vorsorge betrifft.

Die Bestimmung von Art. 52 BVG steht – ohne freilich deckungsgleich zu sein – in einer Beziehung zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsbestimmung; diese Regelung hat etwa Bedeutung, wenn es um allgemeine Grundsätze geht.<sup>29</sup> Weitere Normen zur vertraglichen Haftung haben subsidiären Charakter. Sie dienen etwa dazu, das Mass der erforderlichen Sorgfalt sowie die massgebenden

<sup>23</sup> NIGGLI/GFELLER, BSK-StGB, Art. 102, Rz. 9.

<sup>24</sup> NIGGLI/GFELLER, BSK-StGB, Art. 102, Rz. 18.

<sup>25</sup> NIGGLI/GFELLER, BSK-StGB, Art. 102, Rz. 91-103.

<sup>26</sup> Unklar diesbezüglich BGE 128 V 124 ff. (in welchem Entscheid eine Widerrechtlichkeit – und nicht eine Vertragsverletzung – geprüft wird); vgl. dazu die Urteilsanmerkung von RIEMER, Urteilsanmerkung zu BGE 128 V 124, 368 f., sowie RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 57 unten. Vgl. zur Frage auch TRIGO TRINDADE, responsabilité, 147 ff.

<sup>27</sup> Vgl. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1656; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 57; HÜRZELER/BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, N 63; VETTER, Organbegriff, 52 f.

<sup>28</sup> Vgl. SVR 2006 BVG Nr. 26 (Eidg. Versicherungsgericht, B 15/05 und B 18/05), E. 7.2.

<sup>29</sup> Vgl. RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 60.

Pflichten zu umschreiben.<sup>30</sup> Abzustellen ist hier – je nach Sachverhalt – auf Bestimmungen aus dem Arbeitsrecht (Art. 321e OR), dem Auftragsrecht (Art. 398 OR) oder dem allgemeinen Vertragsrecht (Art. 97 ff. OR).

Neben diese Bestimmungen zur vertraglichen Haftung können weitere Haftungen und Verantwortlichkeiten treten. Hinzuweisen ist zunächst auf die ausservertragliche Haftung nach Art. 41 ff. OR, welche zur vertraglichen Haftung nach Art. 52 BVG hinzutreten kann.<sup>31</sup> Ergänzend kann eine strafrechtliche Verantwortung hinzukommen, wobei dafür auf Art. 75 ff. BVG zu verweisen ist. Eine Verantwortlichkeit legt sodann Art. 108 FusG fest, wobei diese Bestimmung gegenüber Art. 52 BVG die speziellere Bestimmung ist, weshalb sie primär anzuwenden ist; freilich ist die (ergänzende) Anwendbarkeit von Art. 52 BVG damit noch nicht ausgeschlossen.<sup>32</sup> Schliesslich kann auch die Verantwortung nach Art. 56a OR hinzutreten.

## 7.3 Ausgangspunkt: Vertragliche Verantwortlichkeit und Vertragsverletzung

### 7.3.1 Vertragliche Verantwortlichkeit

Abzustellen ist allemal – was zuweilen unzureichend klargestellt wird<sup>33</sup> – auf das Bestehen einer vertraglichen Bindung. Diese Bindung muss einen der in Abs. 1 ausdrücklich genannten Bereiche (d.h. Verwaltung, Geschäftsführung, Expertentätigkeit) erfassen.<sup>34</sup> Aus dem Bestehen der vertraglichen Beziehung ergibt sich, wer aktiv- und passivlegitimiert ist. Da es sich bei Art. 52 BVG um eine vertragliche Haftung handelt, ist das Bestehen eines entsprechenden Vertrags immer vorausgesetzt. Die vertraglich vereinbarte Tätigkeit der Expertinnen und Experten kann beispielsweise einzelne Aspekte eines Kontrollauftrags betreffen.<sup>35</sup>

Dies bedeutet, dass ohne Bestehen einer vertraglichen Beziehung die Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG nicht greifen kann. Damit ist von zentraler Bedeutung, mit wem ein Vertrag besteht. Bezogen auf die Expertentätigkeit bedeutet dies, dass eine Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG ausser Betracht fällt, wenn mit der betreffenden Expertin bzw. mit dem betreffenden Experten kein Vertrag besteht. Art. 52 BVG regelt also nicht etwa eine ausservertragliche Haftung, wie sie beispielsweise in Art. 41 OR festgelegt wird. – Beizufügen ist, dass damit noch nicht festgelegt wird, dass ausservertragliche Verantwortlichkeiten – eben beispielsweise nach Art. 41 OR – nicht bestehen; auf diese Frage wird erst anschliessend näher einzugehen sein.<sup>36</sup>

### 7.3.2 Vertragsverletzung

Eine Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG setzt eine Vertragsverletzung voraus. Unzutreffend wäre die Wahl des Kriteriums der Widerrechtlichkeit. Denn der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG liegt eben

<sup>30</sup> Dazu etwa Art. 321e OR; vgl. dazu auch STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1654.

<sup>31</sup> Vgl. STAUFFER, Berufliche Vorsorge, N 1654, v.a. Fn. 191; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 57 f.

<sup>32</sup> Vgl. RIEMER, Fusionsgesetz, 140 f.

<sup>33</sup> Vgl. dazu etwa BGE 128 V 127 ff., in welchem Entscheid ausschliesslich auf die (formelle oder faktische) Organstellung Bezug genommen wird.

<sup>34</sup> Dazu Urteil 9C\_47/2013, E. 2.

<sup>35</sup> HÜRZELER/BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, N 63, nennen die Experten als Beispiel.

<sup>36</sup> Dazu Ziff. 9.4.

keine solche Grundlage, sondern regelmässig eine Vertragsverletzung zugrunde.<sup>37</sup> Hingegen kann von Pflichtwidrigkeit gesprochen werden.<sup>38</sup>

Es ist deshalb zu klären, welches die im konkreten Fall übernommenen vertraglichen Pflichten sind. Dabei ist abzustellen auf die bestehenden vertraglichen Vereinbarungen. Ebenfalls heranzuziehen sind allfällige Allgemeine Vertragsbedingungen, Nebenabreden oder hinzutretende mündliche Vereinbarungen. Dabei muss natürlich erstellt sein, dass eine vertragliche Beziehung überhaupt bestand bzw. besteht.<sup>39</sup> Diesbezüglich ist unbedingt empfehlenswert, eine vertragliche Vereinbarung schriftlich zu vereinbaren. Zwar ist der Auftrag – die Expertentätigkeit beruht regelmässig auf einem Auftrag – auch mündlich zulässig, doch stellen sich hier besondere Beweisprobleme.

Es kann insbesondere bei mündlichen Verträgen strittig werden, mit wem der Vertrag besteht. Gerade bei der Expertentätigkeit besteht zuweilen die Ausgangslage, dass nicht ohne weiteres klar ist, ob der Expertenvertrag mit dem Experten persönlich oder mit dem Unternehmen, für welches der Experte tätig wird, geschlossen wurde. Hier ist zur Klärung der Frage auf Begleitumstände abzustellen: Wer hat die Rechnung gestellt? Wer trägt das Inkassorisiko? Wie tritt der Experte nach aussen auf (im eigenen Namen oder als Mitarbeiter des Beratungsunternehmens)? Ist der Experte über das Beratungsunternehmen oder über eine eigene Telefonnummer bzw. e-mail-Adresse erreichbar? Es ist deshalb auch bezogen auf die Vermeidung solcher Streitigkeiten wichtig, dass der Vertrag über die Expertentätigkeit schriftlich – mit Nennung der Vertragsparteien – geschlossen wird.

Weil in einem wesentlichen Anwendungsbereich von Art. 52 BVG die Organstellungen massgebend sind (etwa Zugehörigkeit zu einem Stiftungsrat), treten zu solchen – allfälligen – vertraglichen Grundlagen auch gesetzliche Pflichten hinzu. Dabei hängt es vom jeweiligen Organ ab, welches die massgebenden gesetzlichen Bestimmungen sind.

Schwierig ist die Klärung des Verhältnisses zwischen (allfälligen) vertraglichen Bestimmungen und (allfälligen) gesetzlichen Bestimmungen. Soweit Bestimmungen beider Arten vorliegen, setzt die Verantwortung nach Art. 52 BVG voraus, dass eine Verletzung sowohl der vertraglichen wie auch der gesetzlichen Bestimmungen besteht. Es muss – soweit eine Organstellung vorliegt – also neben der Prüfung der Verletzung von vertraglichen Bestimmungen auch mitberücksichtigt werden, welches die Organpflichten sind, welche gegebenenfalls gesetzlich umschrieben werden.<sup>40</sup> Das Kriterium der Vertragsverletzung ist mithin noch nicht zwingend bereits erfüllt, wenn – was wohl den Hauptfall der Verantwortlichkeit darstellt<sup>41</sup> – beispielsweise die gesetzlichen oder reglementarischen

---

<sup>37</sup> Dazu RIEMER, Urteilsanmerkung zu BGE 128 V 124, 368 f.; RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 57. Von Widerrechtlichkeit ist demgegenüber die Rede bei VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 185 f., wobei hier lediglich der – unzutreffende – Entscheid BGE 128 V 124 ff. wiedergegeben wird. Unzutreffend insoweit auch SVR 2006 BVG Nr. 26 (Eidg. Versicherungsgericht, B 15/05 und B 18/05), E. 7.2.

<sup>38</sup> Dazu TRIGO TRINDADE, responsabilité, 149. Das Bundesgericht weist auf die Frage hin, ob das Fehlverhalten unter dem Titel Widerrechtlichkeit oder unter dem Titel Pflichtwidrigkeit zu prüfen ist, hält dann aber fest, dass es allemal darum gehe, ob berufsvorsorgerechtliche Bestimmungen missachtet wurden (so Urteil 9C\_997/2009, E. 1).

<sup>39</sup> Für einen Anwendungsfall vgl. Urteil 9C\_229/2014, E. 5.2.; Beispiel für die Verneinung einer vertraglichen Bindung im Urteil 9C\_230/2014, E. 3.

<sup>40</sup> Zwischen Stiftungsrat und Stiftung wird im Übrigen regelmässig vom Bestehen eines Auftragsverhältnisses auszugehen sein; vgl. GEISER, Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, 350.

<sup>41</sup> Vgl. im Einzelnen zu den hier in Frage kommenden Verhaltensweisen GEISER, Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, 365 ff.

Anlagevorschriften verletzt sind;<sup>42</sup> vielmehr muss zusätzlich aufgezeigt werden, dass die betreffende Person die vertraglichen Pflicht hatte, die Einhaltung der betreffenden Anlagevorschriften sicherzustellen.

Damit ist bei der Frage der Vertragsverletzung gewissermassen eine doppelstufige Prüfung erforderlich. Zum einen ist zu klären, ob eine berufsvorsorgerechtliche Bestimmung missachtet wurde.<sup>43</sup> Zum andern ist von Bedeutung, ob eine vertragliche Verpflichtung der betreffenden Person besteht, die Durchsetzung der entsprechenden berufsvorsorgerechtlichen Bestimmung sicherzustellen. Das Vorgehen kann an folgendem Beispiel gezeigt werden: Im konkreten Fall ist die Bestimmung von Art. 54 Abs. 1 BVV 2, wonach höchstens zehn Prozent des Gesamtvermögens in Forderungen nach Art. 53 Abs. 1 Bst. b BVV 2 bei einem einzelnen Schuldner angelegt werden dürfen, verletzt. Damit ist erstellt, dass eine berufsvorsorgerechtliche Bestimmung missachtet wurde. Soweit ein Vermögensverwalter vertraglich eingesetzt wurde, ist – was in einem hinzutretenden Schritt zu prüfen ist – von weiterer Bedeutung, ob eine vertragliche Verpflichtung besteht, für die Einhaltung der genannten Bestimmung zu sorgen.

## 7.4 Zu den weiteren Voraussetzungen einer Haftung

### 7.4.1 Schaden

Es geht um einen Vermögensschaden, der sich aus einem Vergleich des tatsächlichen Vermögensstandes nach dem zu beurteilenden Verhalten (Handeln oder Unterlassen) mit dem (hypothetischen) Vermögensstand ergibt, welcher ohne dieses Verhalten bestehen würde.<sup>44</sup> Nicht verlangt ist, dass dieser Schaden unfreiwillig eingetreten ist; tatsächlich erfolgt die Schädigung regelmässig mit dem Wissen und Willen der juristischen Person, soweit es um das Handeln eines ihrer Organe geht.<sup>45</sup> Immer aber muss der Schaden aus Handlungen im Rahmen der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle entstehen.<sup>46</sup>

Ein Schaden ist auch anzunehmen, wenn das Vermögen lediglich gefährdet ist, diese Gefährdung muss jedoch so ausgestaltet sein, dass in einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise bereits von einer Vermögensminderung auszugehen ist.<sup>47</sup>

### 7.4.2 Verschulden

Art. 52 Abs. 1 BVG spricht von absichtlicher oder fahrlässiger Zufügung des Schadens und verwendet damit eine offenere Umschreibung, als sie in Art. 52 AHVG Verwendung findet.<sup>48</sup>

---

<sup>42</sup> Unzutreffend insoweit BGE 128 V 129 unten. In BGE 131 V 57 wird festgehalten, dass «praktisch durchwegs (...) das inkriminierte Verhalten in einem Verstoss gegen die massgeblichen Anlagevorschriften der Art. 49 ff. BVV 2» liegt.

<sup>43</sup> Beispiel: Einhalten von Anlagevorschriften; Durchsetzen eines Regressanspruchs.

<sup>44</sup> Vgl. VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 184.

<sup>45</sup> Vgl. GEISER, Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, 346.

<sup>46</sup> Dazu BGE 139 V 176, 205 E. 15.3.

<sup>47</sup> So VETTER-SCHREIBER, Berufliche Vorsorge, 184, mit Hinweis auf BGE 122 IV 281.

<sup>48</sup> Hier ist nach dem Wortlaut der Bestimmung eine absichtliche oder grobfahrlässige Zufügung verlangt, wobei freilich die Rechtsprechung über die Nichtmassgeblichkeit der leichtfahrlässigen Zufügung regelmässig hinweggeht (vgl. etwa BGE 112 V 160).

Von Absicht ist auszugehen, wenn die betreffende Person oder Stelle mit Wissen und Willen handelt; insoweit ist auf die Umschreibung nach Art. 12 Abs. 2 StGB abzustellen.<sup>49</sup> Davon wird im Anwendungsbereich von Art. 52 BVG kaum je auszugehen sein.

Eine fahrlässige Zufügung des Schadens kann in den beiden Formen der leichten und der groben Fahrlässigkeit erfolgen.<sup>50</sup>

Eine leichte Fahrlässigkeit wird angenommen, wenn das betreffende Verhalten eine geringfügige Abweichung vom Sorgfaltsmassstab darstellt, welcher von einer gewissenhaften und sachkundigen Person in einer vergleichbaren Lage bei der Erfüllung der betreffenden Aufgabe angelegt worden wäre.<sup>51</sup>

Demgegenüber gilt als grobe Fahrlässigkeit, wenn das ausser Acht gelassen wird, was jedem verständigen Menschen in gleicher Lage und unter den gleichen Umständen als beachtlich hätte einleuchten müssen.<sup>52</sup> Beispiel für eine solche Verhaltensweise bildet es, wenn ein Stiftungsrat «im Banne der Interessenwahrung für die Stifterfirma» steht und die Pflicht zu einer selbständigen, unabhängigen Beurteilung der finanziellen Situation nur ungenügend wahrnimmt.<sup>53</sup>

Das Verschulden wird mit Bezug auf die konkreten Umstände bestimmt, wobei für die wertende Beantwortung der Frage nach der Annahme oder dem Verwerfen eines fahrlässigen Verhaltens das richterliche Ermessen entscheidend ist.<sup>54</sup> Allemal ist dabei ein objektiver Massstab anzulegen,<sup>55</sup> wobei dieser auf die konkreten Umstände zu beziehen ist. Denn es muss berücksichtigt werden, dass – im Rahmen der hier massgebenden vertraglichen Haftung – regelmässig ein Bezug auf Art. 321e sowie Art. 398 OR erforderlich ist. Es sind deshalb die im Einzelfall gegebenen Fachkenntnisse zu berücksichtigen.<sup>56</sup> Die mit der Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betrauten Personen werden aufgrund ihres besonderen Fachwissens ausgewählt. Indem diese die entsprechende Beauftragung angenommen haben, haben sie dadurch zum Ausdruck gebracht, dass sie über das erforderliche Fachwissen verfügen. Deshalb wird bezogen auf die mit einer Kontrolle beauftragten Personen davon ausgegangen, dass das Verschulden objektiv beurteilt wird.<sup>57</sup>

Zugleich muss aber – bezogen auf die effektiv vorhandenen Fachkenntnisse – auch berücksichtigt werden, dass das Eingehen der fraglichen vertraglichen Beziehung ohne die notwendigen Fachkenntnisse nicht eine Entlastung von der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG zu bewirken vermag. Denn hier würde das Verschulden darin liegen, dass die entsprechende vertragliche Beziehung ohne die nötigen Qualifikationen eingegangen wurde. Dies hat gerade etwa bezogen auf die Verantwortlichkeit eines Experten Bedeutung. Insoweit handelt es sich primär um einen ausschliesslich

---

<sup>49</sup> Vgl. ZAK 1988 599 (bezogen auf Art. 52 AHVG).

<sup>50</sup> Vgl. BGE 128 V 132 mit Verweisen auf die Materialien und die Literatur.

<sup>51</sup> Vgl. BGE 128 V 132.

<sup>52</sup> Dazu SVR 2003 AHV Nr. 1 (Eidg. Versicherungsgericht; bezogen auf Art. 52 AHVG).

<sup>53</sup> So BGE 128 V 132 unten.

<sup>54</sup> Vgl. BGE 128 V 132. Das wertende Entscheiden bezieht sich auf die Beantwortung der Rechtsfragen, nicht hingegen auf die Klärung von Tatsachenfragen.

<sup>55</sup> Vgl. HÜRZELER/BRÜHWILER, Obligatorische berufliche Vorsorge, N 63.

<sup>56</sup> Dazu auch RIEMER/RIEMER-KAFKA, Recht der beruflichen Vorsorge, 60.

<sup>57</sup> So TRIGO TRINDADE, responsabilité, 154.

objektiven Massstab, wobei aber auch die subjektiven Umstände des konkreten Falls einzubeziehen sind.

Weil Art. 52 BVG zwingendes Recht ist, kann die Haftung für eine leichte Fahrlässigkeit nicht ausgeschlossen werden.<sup>58</sup>

### 7.4.3 Kausalzusammenhang

Zwischen dem Handeln der Person oder der Stelle und dem eingetretenen Schaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen. Dabei müssen sowohl der natürliche wie auch der adäquate Zusammenhang nachgewiesen sein.

Das Kausalitätserfordernis hat insbesondere Bedeutung, wenn die betreffende vertragliche Beziehung zwischenzeitlich ein Ende gefunden hat; zu denken ist an die Beendigung eines Expertenmandates oder an den Austritt aus dem Stiftungsrat. Hier kann sich die (allfällige) Verantwortung nur auf denjenigen Schaden beziehen, welcher auf Verhaltensweisen zurückgeht, die während der Zeit einer vertraglichen Beziehung vorgenommen wurden.

Der (adäquate) Kausalzusammenhang wird noch nicht unterbrochen, wenn eine blosser Hypothese besteht, der Schaden wäre auch bei pflichtgemäsem Verhalten eingetreten. Damit ein Unterbruch des Kausalzusammenhangs angenommen werden kann, muss vielmehr mit Gewissheit oder doch mit hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden, dass der Schaden auch so eingetreten wäre.<sup>59</sup> Tritt das Verschulden (im konkreten Fall: einer Revisionsstelle) gegenüber kriminellen Machenschaften der Stiftungsorgane der Vorsorgeeinrichtung umfassend in den Hintergrund, fällt das Verschulden – wegen Unterbruchs des Kausalzusammenhangs – nicht ins Gewicht.<sup>60</sup>

Allenfalls kann eine Haftungsbeschränkung wegen mitwirkenden Drittverschuldens greifen, was die Rechtsprechung aber „nur bei einer ausgesprochen exzeptionellen Sachlage“ annimmt.<sup>61</sup>

## 7.5 Zwischenergebnisse

### 7.5.1 Voraussetzung des Bestehens einer vertraglichen Beziehung

Art. 52 BVG legt eine vertragliche Haftung fest. Dies bedeutet, dass die entsprechende Verantwortlichkeit nur greift, soweit eine vertragliche Beziehung besteht. Primär wird also bei Experten massgebend sein, ob die Expertentätigkeit gestützt auf eine vertragliche Beziehung ausgeübt wurde und mit wem der entsprechende Vertrag geschlossen wurde. Hier wird wiederum zu beachten sein, dass als Experten neben den natürlichen Personen auch juristische Personen zugelassen sind.<sup>62</sup>

Wenn ein Experte innerhalb eines Beratungsunternehmens tätig ist und für eine Vorsorgeeinrichtung ein Expertenmandat ausübt, ist also von Bedeutung, mit wem das entsprechende Mandat abgeschlossen wurde. Wenn der Mandatsvertrag zwischen dem Beratungsunternehmen und der Vorsorgeeinrichtung

---

<sup>58</sup> Eine Berufung auf Art. 100 OR ist mithin nicht möglich; vgl. dazu BRÜHWILER, Personalvorsorge, 403. Dazu auch GEISER, Verantwortlichkeit des Stiftungsrates, 347.

<sup>59</sup> Dazu – aus dem Anwendungsbereich von Art. 52 AHVG – SVR 2011 AHV Nr. 16, 9C\_135/2011, E. 4.3.1.

<sup>60</sup> Dazu BGE 140 V 405, 417 ff. E. 6.

<sup>61</sup> Vgl. Urteil 9C\_248/2014, E. 8.3.

<sup>62</sup> Dazu Ziff. 5.3.

besteht, wird sich eine Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG für den Experten persönlich nicht ergeben können. Anders verhält es sich, wenn der Experte selber Vertragspartei ist und das Expertenmandat als Vertragsgegenstand vereinbart wurde.

### 7.5.2 Materielle, nicht formelle Betrachtungsweise

Die strikte Massgeblichkeit der vertraglichen Beziehung wird nach der Rechtsprechung in bestimmten Fällen gelockert. Es muss dabei bedacht werden, dass die Rechtsprechung von einer materiellen, nicht einer formellen Betrachtungsweise ausgeht, soweit der Organbegriff zu klären ist. Hier verlangt die Rechtsprechung nicht ein formelles Organ, um die Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG greifen zu lassen. Es genügt, wenn eine materielle Organstellung besteht, um das betreffende Organ der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG zu unterstellen.

Es stellt sich die Frage, ob diese Betrachtungsweise auch gilt, wenn es um die Expertentätigkeit geht. Auch hier könnte allenfalls vorgebracht werden, ein bestimmter Experte sei aufgrund der vertraglichen Vereinbarung mit dem Expertenmandat materiell betraut worden. Zu denken ist an eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Vorsorgeeinrichtung und dem Beratungsunternehmen, wobei Gegenstand der vertraglichen Vereinbarung bildet, dass der Experte X das Expertenmandat persönlich ausführt.

Die Rechtsanwendung würde – wenn dieser Auffassung gefolgt wird – also nicht einer juristischen Betrachtungsweise folgen, sondern würde eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anwenden. Solche «Durchgriffe» sind im Sozialversicherungsrecht nicht unbekannt. Hinzuweisen ist auf das AHV-Beitragsrecht. Ob eine bestimmte Zuwendung als AHV-pflichtiger Lohn gilt, beurteilt sich hier nach einer objektbezogenen Betrachtungsweise. Massgebend ist also, ob die betreffende Zuwendung in einem wirtschaftlichen Zusammenhang zum Arbeitsverhältnis steht.<sup>63</sup> Diese objekt- (und nicht subjekt-)bezogene Betrachtungsweise gilt auch, wenn der Mandatsvertrag zwar mit einer Aktiengesellschaft geschlossen wurde, diese aber von derjenigen Person beherrscht wird, welche den Mandatsvertrag zu erfüllen hat.<sup>64</sup> Immerhin betont das Bundesgericht zugleich, dass bei juristischen Personen grundsätzlich klar zwischen der Gesellschaft und den Mitgliedern zu unterscheiden ist, auch wenn in wirtschaftlicher Hinsicht zwischen juristischer Person und Mitglied eine übereinstimmende Interessenlage besteht.<sup>65</sup>

Dass im Rahmen der Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG eine solche Betrachtungsweise befolgt würde, ist in der bisherigen Rechtsanwendung nicht erkennbar. Es dürfte offensichtlich auch nicht vorschnell zu einer solchen Vorgehensweise gegriffen werden. Allgemein gilt, dass persönliche Verantwortlichkeiten im Gesetz verankert sein müssen.<sup>66</sup> Insoweit wird im Rahmen von Art. 52 BVG der vorgenannte wirtschaftliche Durchgriff kaum Bedeutung erhalten können.

Anders ist es immerhin zu beurteilen, wenn eine Person materiell eine Expertentätigkeit ausübt, ohne

---

<sup>63</sup> Vgl. BGE 137 V 325 ff., bezogen auf Zuwendungen patronaler Wohlfahrtsfonds).

<sup>64</sup> Vgl. Urteil 9C\_459/2011 E. 5.

<sup>65</sup> So Urteil H 149/06 E. 6.

<sup>66</sup> Beispielhaft ist hier die Entwicklung bei Art. 52 AHVG. Ab 1. Januar 2012 wird nicht mehr wie früher allgemein (und wenig fassbar) von der Haftung des Arbeitgebers gesprochen, sondern davon, dass «die Mitglieder der Verwaltung und alle mit der Geschäftsführung oder Liquidation befassten Personen» haftbar sein können (vgl. Art. 52 Abs. 2 AHVG). Der bundesrätlichen Botschaft lässt sich ferner entnehmen, dass es «wie bisher» darum geht, dass neben den formellen Organen gegebenenfalls auch die faktischen Organe («Personen, welche Entscheidungen treffen, die eigentlich den Organen vorbehalten wären»; so die Umschreibung in BBl 2011 561) erfasst werden.

dass ein darauf bezogener Vertrag abgeschlossen wurde. Hier wird nicht auszuschliessen sein, dass in einer materiellen Einordnung die so ausgeübte Expertentätigkeit als ausreichend bezeichnet wird, um daraus eine Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG abzuleiten.

### 7.5.3 Zur Frage des Verschuldens im Besonderen

Das Verschulden wird mit Bezug auf die konkreten Umstände bestimmt, wobei für die wertende Beantwortung der Frage nach der Annahme oder dem Verwerfen eines fahrlässigen Verhaltens ein objektiver Massstab angelegt wird. Wer ein Expertenmandat annimmt, bringt regelmässig zum Ausdruck, dass die erforderlichen Kenntnisse vorhanden sind; fehlt es trotzdem daran, wird das Eingehen eines Expertenmandats trotz Fehlens der erforderlichen Kenntnisse gerade als schuldhaft zu bewerten sein.

## 8 Art. 56a BVG

Art. 56a Abs. 1 BVG lautet folgendermassen:

1 Gegenüber Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung oder des Versichertenkollektivs ein Verschulden trifft, kann der Sicherheitsfonds im Zeitpunkt der Sicherstellung im Umfang der sichergestellten Leistungen in die Ansprüche der Vorsorgeeinrichtung eintreten.

Damit besteht – neben Art. 52 BVG – eine weitere Grundlage, um in der beruflichen Vorsorge eine Verantwortlichkeit geltend zu machen. «Der Rückgriffsanspruch des Sicherheitsfonds richtet sich gegen sämtliche Personen, die für die Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung ein Verschulden trifft.»<sup>67</sup> Es besteht also nicht die personelle Einschränkung, wie sie in Art. 52 BVG gemacht wird. Dies hat für die Experten aber keine effektive Auswirkung, weil sie ja bereits unter die Verantwortlichkeit von Art. 52 BVG fallen. Insoweit wird die weitere Haftung nach Art. 56a BVG für die Experten keine besondere, hinzutretende Haftung bedeuten können.

Immerhin kann es sich so verhalten, dass ein angestellter Experte nicht nach Art. 52 BVG haftet, weil er keine vertragliche Beziehung zur Vorsorgeeinrichtung hat. Trotz dieser Ausgangslage kann der angestellte Experte aber nach Art. 56a BVG gegenüber dem Sicherheitsfonds haftbar werden. Allerdings ist die praktische Bedeutung der Haftung nach Art. 56a BVG für einen angestellten Experten gering, weil die direkte Haftung nach Art. 52 BVG im Vordergrund steht; das Beratungsunternehmen wird solventer sein und verfügt regelmässig über Berufshaftpflichtversicherungen. Dennoch ist aber nicht ausgeschlossen, dass den angestellten Experten eine Haftung nach Art. 56a BVG treffen kann.

Was die weiteren Personen betrifft, wird in der Literatur das Folgende festgehalten: «Der Anspruch ist weiter gefasst als derjenige nach Art. 52. Neben den in Art. 52 geregelten Verantwortlichkeitsansprüchen gegenüber mit der Verwaltung, Geschäftsführung oder Kontrolle betrauten Personen ist insbesondere die Aufsichtsbehörde bei Art. 56a Abs. 1 eingeschlossen. Weitere mögliche haftende Personen können andere von der Vorsorgeeinrichtung beigezogenen Personen wie die Rückversicherung, Vermögensverwalter oder Beratungsbüros sein, welche nicht mit der Verwaltung, Geschäftsführung und Kontrolle der Vorsorgeeinrichtung betraut sind. Zu denken ist aber auch an den angeschlossenen Arbeitgeber und dessen Organe. Entscheidend ist, dass die Personen durch ihr Handeln die Zahlungsunfähigkeit mitverursacht haben. Der Eintritt erfolgt nur im Umfang

---

<sup>67</sup> So CHRISTEN BEAT, in: Handkommentar BVG und FZG, Art. 56a BVG Rz. 7.

der sichergestellten Leistungen. Der bei der Vorsorgeeinrichtung entstandene Schaden kann naturgemäss grösser sein. Es ist aus diesem Grund nicht ausgeschlossen, dass neben dem Sicherheitsfonds auch die Vorsorgeeinrichtung Ansprüche geltend macht.»<sup>68</sup>

Was die Haftungsvoraussetzungen betrifft, geht es um die üblichen Voraussetzungen. In der Literatur wird folgendes ausgeführt: «Art. 56a Abs. 1 verlangt weiter das Verschulden an der Zahlungsunfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung. Mit der Nennung des Verschuldens wird verdeutlicht, dass der Sicherheitsfonds in die Verantwortlichkeitsansprüche eintritt. Wie die Vorsorgeeinrichtung selbst kann auch der Sicherheitsfonds nur gegen Personen vorgehen, soweit die allgemeinen Haftungsvoraussetzungen Schaden, Pflichtverletzung, Kausalität und Verschulden gegeben sind. Gleiches gilt im Übrigen auch für die Geltendmachung von Ansprüchen gestützt auf die bis 2004 gültige Regelung. Die vorgeworfenen Handlungen müssen die Zahlungsunfähigkeit mitverursacht haben. Damit wird die Kausalität eingegrenzt. Schädigende Handlungen, welche nicht zur Zahlungsunfähigkeit führten, weil sich zum Beispiel der finanzielle Zustand der Vorsorgeeinrichtung zwischenzeitlich wieder verbessert hatte, bilden keine Basis für Ansprüche. In der Regel wird aber der Zusammenhang zur Zahlungsunfähigkeit auch dann gegeben sein, wenn sich der finanzielle Zustand vorübergehend verbessert haben sollte. Effektiv dürfte der geforderte Zusammenhang zur Zahlungsunfähigkeit die möglichen Ansprüche kaum eingrenzen.»<sup>69</sup>

Unter Berücksichtigung der genannten Ausgangslage, dass die Experten bereits unter Art. 52 BVG von einer Haftung erfasst werden, fällt Art. 56a BVG für diese Personenkategorie an sich nicht weiter ins Gewicht. Es ist deshalb auf weitere Ausführungen zu verzichten und zu vermerken, dass die zu Art. 52 BVG gemachten Ausführungen grundsätzlich analog für die Haftung nach Art. 56a BVG gelten.

Immerhin muss einschränkend das Folgende festgehalten werden: Die Verantwortlichkeit nach Art. 56a BVG schliesst ein, dass der nach Art. 41 OR bestehende Anspruch der Vorsorgeeinrichtung gegenüber dem als Angestellter tätigen Experten<sup>70</sup> auf den Sicherheitsfonds übergeht und in der Folge gestützt auf Art. 56a BVG gegenüber einem so tätigen Experten geltend gemacht wird. Hier hat zwar der Experte gegenüber seiner Arbeitgeberin nach der Regelung von Art. 321e OR einen Freistellungsanspruch, doch schliesst dieser nicht vollständig aus, dass ihm gegenüber eine Haftung geltend gemacht wird.<sup>71</sup> Es ist deshalb auch in dieser Hinsicht zentral, dass der Arbeitgeber eine hinreichende Berufshaftpflichtversicherung abschliesst.<sup>72</sup>

## 9 Mehrheit von Verantwortlichkeits- und Haftungsansprüchen

### 9.1 Grundsatz: Konkurrierende Haftungen

Bestehende vertragliche Beziehungen schliessen nicht aus, dass daneben eine Berufung auf einen Haftungstatbestand der unerlaubten Handlung nach Art. 41 OR erfolgt. Wer vertraglich vereinbart, eine ärztliche Behandlung zu erhalten, kann – wenn die Behandlung fehlschlägt – neben den vertraglichen Ansprüchen auch konkurrierende Schadenersatzansprüche aus unerlaubter Handlung geltend machen.

---

<sup>68</sup> So CHRISTEN BEAT, in: Handkommentar BVG und FZG, Art. 56a BVG Rz. 8 f.

<sup>69</sup> So CHRISTEN BEAT, in: Handkommentar BVG und FZG, Art. 56a BVG Rz. 14 f.

<sup>70</sup> Dazu Ziff. 9.2.

<sup>71</sup> Dazu Ziff. 9.2.

<sup>72</sup> Dazu Ziff. 9.5.

Dies bedeutet, dass das Bestehen einer vertraglichen Haftung nicht ausschliesst, dass daneben – konkurrierend – aus anderen Rechtstiteln Ansprüche geltend gemacht werden.

## 9.2 Konkurrierende Haftung im Arbeitsverhältnis?

Es ist denkbar, dass gegenüber einer Drittperson von einem Arbeitnehmer ein Schaden verursacht wird.<sup>73</sup> Hier kann im Verhältnis Drittperson – Arbeitgeber ein vertraglicher Anspruch geltend gemacht werden. Ergänzend stellt sich die Frage, ob gegenüber dem Arbeitnehmer (welcher den Schaden verursacht hat) ein ausservertraglicher Anspruch nach Art. 41 OR erhoben werden kann. Es geht also um das Zusammenfallen von auftragsrechtlichen Ansprüchen, wenn die Auftragnehmerin ein Unternehmen ist, welches Arbeitnehmende beschäftigt, einerseits und von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung gegenüber Arbeitnehmenden andererseits. Zu denken ist beispielsweise daran, dass ein innerhalb eines Beratungsunternehmens tätiger Experte für berufliche Vorsorge einen Schaden verursacht; gegenüber dem Beratungsunternehmen kann sich ein vertraglicher Anspruch oder ein Anspruch aus Art. 52 BVG ergeben; ergänzend kann sich aber auch die Frage stellen, ob die geschädigte Drittperson gegenüber dem innerhalb des Unternehmens tätigen Experten einen direkten Anspruch aus Art. 41 OR geltend machen kann.

In der Literatur wird dazu das Folgende ausgeführt: «Neben der Vertragsverletzung kann die Schädigung auch durch eine unerlaubte Handlung erfolgen. Ist dies der Fall, dann haftet der Schadensverursacher unabhängig vom bestehenden Arbeitsvertrag und neben diesem auch aus Art. 41 ff. OR, sofern die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt sind.»<sup>74</sup>

Allerdings ist im Arbeitsverhältnis eine Besonderheit zu beachten. Art. 321e OR regelt – nach seinem Randtitel – die «Haftung des Arbeitnehmers». Dabei geht Abs. 1 der Bestimmung auf das Mass der Haftung ein, welches der Arbeitnehmer für denjenigen Schaden zu tragen hat, den er dem Arbeitgeber zufügt. Abs. 2 der Bestimmung konkretisiert in der Folge das Mass der Sorgfalt, für die der Arbeitnehmer einzustehen hat. Diese Beschränkung der Haftung des Arbeitnehmers wirkt sich auch bezogen auf Ansprüche aus, die gestützt auf Art. 41 OR gegenüber dem Arbeitnehmer erhoben werden. Diesbezüglich wird in der Literatur folgendes ausgeführt:

«Schädigt der Arbeitnehmer in Ausübung seiner arbeitsvertraglichen Tätigkeit nicht den Arbeitgeber, sondern sich selbst oder einen Dritten, ist Art. 321e Abs. 2 analog heranzuziehen. So muss der Arbeitgeber unter Umständen aufgrund des Betriebsrisikos voll für einen Schaden des Arbeitnehmers aufkommen (...). Haftet der Arbeitnehmer (insb. aus Art. 41) einem Dritten für Schaden, den er diesem in Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten zugefügt hat, muss ihn der Arbeitgeber von der Haftung gegenüber dem Dritten insoweit freihalten, als der Arbeitnehmer nach Art. 321e Abs. 2 im Verhältnis zum Arbeitgeber befreit ist (...). Auch im Rahmen des Regresses ist Art. 321e Abs. 2 zu beachten (lex specialis zu Art. 50 und 51).»<sup>75</sup>

Es ist an dieser Stelle aufzuzeigen, in welchen Fällen eine Vorgehensweise des Arbeitnehmers besteht, welche ausschliesst, dass der Arbeitgeber für den verursachten Schaden aufzukommen hat.<sup>76</sup> Es geht dabei etwa darum, dass der Arbeitgeber eine Umsatzeinbusse erleidet, weil der Arbeitnehmer vorsätzlich andere Mitarbeitende abgeworben hat;<sup>77</sup> der Arbeitnehmer fährt auf einem Parkplatz mit

<sup>73</sup> Allgemein dazu die Beiträge von MEIER, REHBINDER und ROBERTO, je passim.

<sup>74</sup> So MÜLLER, 2.

<sup>75</sup> So PORTMANN/RUDOLPH, BSK-OR I, Art. 321e OR Rz. 24.

<sup>76</sup> Die Beispiele stammen von PORTMANN/RUDOLPH, BSK-OR I, Art. 321e OR Rz. 15.

<sup>77</sup> Dazu BGE 123 III 261.

überhöher Geschwindigkeit rückwärts;<sup>78</sup> ein Kadermitarbeiter kündigt einem anderen Arbeitnehmer erst nach statt innerhalb der Probezeit.<sup>79</sup>

Bei der Festsetzung des durch den Arbeitnehmer zu übernehmenden Schadenersatzes muss auch berücksichtigt werden, dass durch eine bestimmte Berufstätigkeit regelmässig ein sehr hoher Schaden verursacht werden kann; hier bringt diese Ausgangslage mit sich, dass trotz unsachgemäßem Vorgehen der Arbeitnehmer allenfalls nur einen kleineren Teil des Schadens zu tragen hat.<sup>80</sup> Nach bundesgerichtlicher Ansicht verhält es sich schliesslich so, dass bei einem hohen Lohn ein höherer Schadenersatz des Arbeitnehmers angezeigt ist.<sup>81</sup>

Damit ergibt sich im Arbeitsverhältnis eine zentrale Einschränkung der Konkurrenz von Ansprüchen. Zwar ist zulässig, den Arbeitnehmer gestützt auf Art. 41 OR ins Recht zu fassen, und zwar auch im Fall, dass gegenüber dem Arbeitgeber eine vertragliche Haftung besteht. Indessen hat der Arbeitnehmer den Anspruch darauf, dass ihn der Arbeitgeber gegenüber der Drittperson «freihält», und zwar in einem sehr weitgehenden Ausmass. Dies hebt im Ergebnis die Durchsetzung von Ansprüchen nach Art. 41 OR aus. Wenn nämlich letztlich ohnehin der Arbeitgeber einzustehen hat, liegt nahe, nicht die prozessual aufwändigere Haftung nach Art. 41 OR durchzusetzen, sondern – direkt – gegenüber dem Arbeitgeber eine vertragliche Verantwortung geltend zu machen. Es kommt hinzu, dass der Arbeitgeber oft zahlungskräftiger ist und zudem regelmässig über die Abdeckung bei einer Berufshaftpflichtversicherung verfügt.

### 9.3 Öffentlich-rechtliche Haftungen und weitere Ansprüche

Was das Zusammenfallen von öffentlich-rechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen und anderen Ansprüchen (z.B. vertraglichen Ansprüchen oder Ansprüchen aus unerlaubter Handlung) betrifft, ist in Analogie zu den voranstehenden Überlegungen davon auszugehen, dass mit dem Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs nicht an sich einhergeht, dass sonstige Ansprüche nicht – konkurrierend – geltend gemacht werden könnten. Ein entsprechender Ausschluss von konkurrierenden Haftungen kann zwar vorgesehen werden, doch setzt dies eine entsprechende (gesetzliche) Regelung voraus. Deshalb halten beispielsweise Bestimmungen zur Staats- und Beamtenhaftung fest, dass mit der Einräumung eines entsprechenden Haftungsanspruchs ausgeschlossen ist, eine einzelne Person persönlich haftbar zu machen.<sup>82</sup>

### 9.4 Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG und weitere Haftungs- bzw. Verantwortlichkeitsbestimmungen

#### 9.4.1 Zur Fragestellung

Wenn innerhalb eines Beratungsunternehmens ein Experte angestellt tätig ist und das Beratungsunternehmen ein Expertenmandat in der beruflichen Vorsorge übernimmt, stellt sich die Frage, ob – neben der allfälligen Haftung des Beratungsunternehmens – eine direkte Haftung des

---

<sup>78</sup> JAR 2000 120.

<sup>79</sup> JAR 1996 126.

<sup>80</sup> Beispiel: Durch eine unsachgemässe Sprengung wird ein Schaden in Millionenhöhe verursacht (dazu BGE 111 Ib 192).

<sup>81</sup> Vgl. BGE 110 II 351.

<sup>82</sup> Dazu HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 2095.

Experten angenommen werden kann. Nach den voranstehenden Ausführungen kann sich eine solche Verantwortlichkeit jedenfalls nicht auf Art. 52 BVG stützen; es fehlt nämlich an der erforderlichen vertraglichen Beziehung zwischen dem Experten und der Auftrag gebenden Vorsorgeeinrichtung. Immerhin kann sich die Frage stellen, ob unter einem anderen Titel eine allfällige Haftung bejaht werden kann. Darauf ist nachfolgend einzugehen. Dabei wird jeweils die – an sich separate – Frage ebenfalls aufgegriffen, unter welchen Voraussetzungen ein Verhalten des Experten dem Beratungsunternehmen angerechnet wird.

#### 9.4.2 Experte als Organ des Beratungsunternehmens

Wenn der Experte Organ der juristischen Person ist, welche das Expertenmandat angenommen hat, gilt sein Verhalten nach Art. 55 Abs. 2 ZGB als Verhalten der juristischen Person selber.<sup>83</sup> Dies bedeutet, dass die juristische Person für entsprechend zugefügte Schäden einzustehen hat.

Wenn der innerhalb des Beratungsunternehmens tätige Experte zugleich Organ des Beratungsunternehmens ist (beispielsweise Verwaltungsrat des als Aktiengesellschaft organisierten Beratungsunternehmens), können sich aus der Organstellung zudem persönliche Verantwortlichkeiten ergeben. Solche Verantwortlichkeiten können auf Art. 754 OR abgestützt werden. Allerdings handelt es sich dabei nicht um spezifische Verantwortlichkeiten, die sich aus der Expertenstellung ergeben, sondern um typische Organhaftungen, wie sie alle als Organ tätigen Personen treffen.

Um diejenigen Haftpflicht- und Verantwortlichkeitsansprüche effektiv abdecken zu können, welche sich aus einer Organstellung ergeben, ist erforderlich, eine darauf bezogene Berufshaftpflichtversicherung abzuschliessen. Dabei muss insbesondere beachtet werden, dass sich die Deckung der Berufshaftpflichtversicherung auch auf die Organtätigkeit bezieht. Falls beispielsweise einzig Handlungen von Mitarbeitenden des betreffenden Unternehmens von der Berufshaftpflichtversicherung erfasst werden, ist eine allfällige Organhaftpflicht noch nicht zwingend gedeckt. Für die Abdeckung von Risiken der Organe stehen regelmässig spezielle D&O-Versicherungen (directors and officers) zur Verfügung.

#### 9.4.3 Experte als Angestellter des Beratungsunternehmens

Wenn jemand Arbeitnehmer eines Unternehmens ist, werden die Handlungen nach Art. 101 OR bzw. nach Art. 55 OR dem Unternehmen angerechnet. Das Unternehmen hat im Aussenverhältnis für allfällige Fehler des Arbeitnehmers einzustehen. Im internen Verhältnis kann sich ergeben, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber persönlich verantwortlich wird. Es geht um die Verantwortlichkeit nach Art. 321e OR,<sup>84</sup> welche allerdings äusserst beschränkt ist.

Im externen Verhältnis – d.h. gegenüber einer geschädigten Drittperson – hat der Arbeitnehmer persönlich nach Art. 41 OR einzustehen. Allerdings muss die Einschränkung beachtet werden, dass der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber den Anspruch hat, in demjenigen Umfang freigelassen zu werden, in welchem er nach Art. 321e OR keine Haftung zu tragen hat.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> Dazu FELLMANN/KOTTMANN, Rz. 2542.

<sup>84</sup> Dazu Ziff. 9.2.

<sup>85</sup> Dazu Ziff. 9.2.

## 9.5 Hinweis auf Berufshaftpflichtversicherung des Arbeitgebers

Hinzuweisen ist abschliessend darauf, dass Arbeitgebende regelmässig eine Berufshaftpflichtversicherung abschliessen. Hier fällt ins Gewicht, dass zu klären ist, ob die entsprechenden Versicherungsverträge auch Ansprüche deckt, die direkt gegen den handelnden Arbeitnehmer gerichtet werden. Verhält es sich so, laufen die Arbeitnehmenden keine Gefahr, für einen allfälligen Schaden direkt haftbar gemacht zu werden.

Der vorgenannte Punkt bedarf einer genauen Abklärung. Denn es ist zu beachten, dass Art. 59 VVG folgendes festlegt:

Hat sich der Versicherungsnehmer gegen die Folgen der mit einem gewerblichen Betriebe verbundenen gesetzlichen Haftpflicht versichert, so erstreckt sich die Versicherung auch auf die Haftpflicht der Vertreter des Versicherungsnehmers sowie auf die Haftpflicht der mit der Leitung oder Beaufsichtigung des Betriebes betrauten Personen.

Aus dieser Bestimmung kann – wenn sie wörtlich verstanden wird – abgeleitet werden, dass die Berufshaftpflichtversicherung nur einen engeren Personenkreis abdeckt. Indessen ist keineswegs gesichert, dass der als Angestellter tätige Experte zu diesem Personenkreis gehört. Es ist allerdings zulässig, die Haftpflichtversicherung auf einen weiteren Kreis von Personen auszudehnen und dabei spezifisch festzuhalten, dass unselbständig tätige Experten von der Versicherung erfasst werden. Dabei ist auch zu gewährleisten, dass sich die Berufshaftpflicht auf privatrechtliche und auf öffentlich-rechtliche Forderungen bezieht und zwar unabhängig davon, wer die entsprechende Forderung geltend macht. Nur bei einer solchen Umschreibung der Deckung einer Berufshaftpflichtversicherung ist in der Folge gewährleistet, dass die allfällige persönliche Haftung des Experten von der Haftpflichtversicherung erfasst wird.

## 9.6 Tabellarische Zusammenstellung

Die nachstehende Tabelle fasst die vorstehenden Ergebnisse zusammen und zeigt auf, welche zusammenfallenden Haftungs- bzw. Verantwortlichkeitsansprüche von Relevanz sind. Es handelt sich um eine blosser Zusammenstellung, weshalb für weitergehende Ausführungen auf die vorstehenden Überlegungen zu verweisen ist. Dabei beleuchtet die Zusammenstellung die möglichen Haftungen aus der Sicht eines als Angestellter tätigen Experten, wobei das eigentliche Expertenmandat mit dem Arbeitgeber des Experten vereinbart wurde.

	Art. 97/Art. 101 OR	Art. 41 OR
Art. 52 BVG	Beispiel: Zwischen dem Beratungsunternehmen B AG und der Vorsorgeeinrichtung VE besteht ein Expertenvertrag. Es geht um die vertragliche Haftung nach Art. 97 OR und um die Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG. Dabei handelt es sich um das wichtigste Zusammenfallen von	Beispiel: Das Beratungsunternehmen B AG übernimmt für eine Vorsorgeeinrichtung ein Expertenmandat; daraus kann sich eine Haftung nach Art. 52 BVG ergeben. Der Experte E ist nicht Vertragspartei. Wenn er gegenüber der Vorsorgeeinrichtung VE eine unerlaubte Handlung im Sinne

	Ansprüchen. Der als Angestellter des Beratungsunternehmens B AG tätige Experte haftet persönlich weder nach Art. 52 BVG noch nach Art. 97 OR. Allfällige Fehler des Experten E werden nach Art. 101 OR dem Beratungsunternehmen B angerechnet.	von Art. 41 OR zu verantworten hat, steht der Vorsorgeeinrichtung VE die Möglichkeit offen, den Experten E nach Art. 41 OR haftbar zu machen. Der Experte E seinerseits hat gegenüber dem Beratungsunternehmen B AG als seinem Arbeitgeber den Anspruch, im Rahmen von Art. 321e OR freigehalten zu werden.
Art. 56a BVG	Die Verantwortlichkeit nach Art. 56a BVG setzt keine vertragliche Beziehung voraus. Sie greift damit unabhängig davon, ob eine vertragliche Beziehung besteht oder nicht.	Art. 56a BVG legt eine Verantwortung fest, ohne dass zwingend eine vertragliche Beziehung bestehen muss. Der Sicherheitsfonds kann in den Anspruch der Vorsorgeeinrichtung nach Art. 41 OR eintreten und diesen Anspruch gegenüber dem als Angestellten tätigen Experten E geltend machen. Auch hier der Experte E den Anspruch, dass ihn der Arbeitgeber im Rahmen von Art. 321e OR freihält.

## 10 Ergebnisse

1. Es steht aufgrund der Gesetzesmaterialien und unter Berücksichtigung der gefestigten Rechtsanwendung fest, dass die Expertentätigkeit von natürlichen und von juristischen Personen ausgeübt werden kann. In welcher Rechtsform dies erfolgt, ist nicht von Belang. Es kann sich um Personengesellschaften (einfache Gesellschaft, Kollektivgesellschaft) oder um juristische Personen (GmbH, AG) handeln. Experten für berufliche Vorsorge können also sowohl natürliche Personen als auch juristische Personen sein.
2. Was die Zulassung zur Expertentätigkeit betrifft, wird in fachlicher Hinsicht bei juristischen Personen verlangt, dass alle mitarbeitenden (natürlichen Personen), welche Aufgaben nach Art. 52e BVG ausüben, persönlich über eine Zulassung der OAK verfügen müssen. Dies zeigt, dass der Fokus bei fachlichen Voraussetzungen ausschliesslich auf die (unselbständig tätigen) natürlichen Personen gerichtet ist und an die juristische Person selber keine spezifischen Voraussetzungen gestellt werden. Was die persönlichen Voraussetzungen betrifft, müssen bei juristische Personen nicht nur die als Experten Tätigen, sondern – hinzutretend – alle Mitglieder des obersten Leitungsorgans und andere Personen mit Entscheidungsfunktionen die persönlichen Voraussetzungen eines guten Rufs und der Vertrauenswürdigkeit erfüllen.

Insgesamt sind damit die Zulassungsvoraussetzungen bei juristischen Personen streng ausgestaltet, wobei die Voraussetzungen sowohl die innerhalb der juristischen Person Tätigen wie auch die juristische Person selber betreffen.

3. Die Ausübung der Expertentätigkeit hängt nicht von der Rechtsform (natürliche oder juristische Person) ab. Für den Gesetzgeber stand offenbar fest, dass für die Ausübung der Expertentätigkeit irrelevant ist, ob die Tätigkeit von einer natürlichen oder von einer juristischen Person ausgeübt wird. Damit steht fest, dass der Experte völlig unabhängig von seiner Rechtsform die gesetzlich festgelegten Aufgaben zu übernehmen hat.
4. Was die besondere Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG betrifft, ist allemal auf das Bestehen einer vertraglichen Bindung abzustellen. Diese Bindung muss einen der in Abs. 1 ausdrücklich genannten Bereiche (d.h. Verwaltung, Geschäftsführung, Expertentätigkeit) erfassen. Aus dem Bestehen der vertraglichen Beziehung ergibt sich, wer aktiv- und passivlegitimiert ist.

Da es sich bei Art. 52 BVG um eine vertragliche Haftung handelt, ist das Bestehen eines entsprechenden Vertrags immer vorausgesetzt. Dies bedeutet, dass ohne Bestehen einer vertraglichen Beziehung die Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG nicht greifen kann. Andernfalls kann sich die vorausgesetzte «Pflichtwidrigkeit» nicht ergeben.

Damit ist von zentraler Bedeutung, mit wem ein Vertrag besteht. Bezogen auf die Expertentätigkeit bedeutet dies, dass eine Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG ausser Betracht fällt, wenn mit der betreffenden (angestellten) Expertin bzw. mit dem betreffenden (angestellten) Experten kein Vertrag besteht. Bei einer solchen Ausgangslage kann sich aber die Frage ergeben, ob das Unternehmen, in welchem Experte oder Expertin tätig ist, gestützt auf einen mit dem Unternehmen bestehenden Vertrag verantwortlich wird. Art. 52 BVG regelt also nicht etwa eine ausservertragliche Haftung, wie sie beispielsweise in Art. 41 OR oder in Art. 56a BVG festgelegt wird.

5. Auch wenn ein Experte als Mitarbeiter eines Beratungsunternehmens tätig wird und wenn dabei das Expertenmandat mit dem Beratungsunternehmen vereinbart wurde, kann – an sich – der Experte nach Art. 41 OR oder nach Art. 56a BVG haftbar werden. Es ist also zulässig, den Arbeitnehmer gestützt auf Art. 41 OR bzw. Art. 56a BVG ins Recht zu fassen, und zwar auch im Fall, dass gegenüber dem Arbeitgeber eine vertragliche Haftung besteht.

Indessen hat der Arbeitnehmer den Anspruch darauf, dass ihn der Arbeitgeber gegenüber der Drittperson «freihält», und zwar im sehr weitgehenden Ausmass von Art. 321e OR. Dies hebt im Ergebnis die Durchsetzung von Ansprüchen nach Art. 41 OR bzw. nach Art. 56a BVG weitgehend aus. Wenn nämlich letztlich ohnehin der Arbeitgeber einzustehen hat, liegt nahe, nicht die prozessual aufwändigere Haftung nach Art. 41 OR bzw. Art. 56a BVG durchzusetzen, sondern – direkt – gegenüber dem Arbeitgeber eine vertragliche Verantwortung geltend zu machen.

6. Damit ergibt sich für den Experten im Arbeitsverhältnis eine zentrale Einschränkung der Konkurrenz von Ansprüchen. Zwar ist zulässig, den Arbeitnehmer gestützt auf Art. 41 OR bzw. Art. 56a BVG ins Recht zu fassen, und dies auch im Fall, dass gegenüber dem Arbeitgeber eine vertragliche Haftung besteht. Indessen hat der Arbeitnehmer den Anspruch darauf, dass ihn der Arbeitgeber gegenüber der Drittperson «freihält», und zwar in einem sehr weitgehenden Ausmass, nämlich nach Art. 321e OR. Dies hebt im Ergebnis die Durchsetzung von Ansprüchen nach Art. 41 OR aus. Wenn nämlich letztlich ohnehin der Arbeitgeber einzustehen hat, liegt nahe, nicht die prozessual aufwändigere Haftung nach Art. 41 OR durchzusetzen,

sondern – direkt – gegenüber dem Arbeitgeber eine vertragliche Verantwortung geltend zu machen.

7. Was die Verantwortlichkeit nach Art. 56a BVG betrifft, ist hier keine vertragliche Beziehung vorausgesetzt, sondern der Sicherheitsfonds ist legitimiert, von denjenigen Personen einen Schadenersatz zu verlangen, welcher von für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit verantwortlich sind. In der Praxis wird indessen regelmässig die Verantwortlichkeit nach Art. 52 BVG im Vordergrund stehen; die hier verantwortlichen Personen werden eher zahlungsfähig sein und/oder sie verfügen über eine Abdeckung über eine Berufshaftpflichtversicherung. Aber der Sicherheitsfonds kann auch in den Anspruch der Vorsorgeeinrichtung nach Art. 41 OR gegenüber dem als Angestellter tätigen Experten eintreten. Immerhin hat der Experte auch hier den Anspruch, dass ihn der Arbeitgeber im Rahmen von Art. 321e OR «freihält».
8. Bei dieser Ausgangslage kann nicht ausgeschlossen werden, dass gegenüber einem als Angestellter tätigen Experten eine Haftung geltend gemacht wird. Es ist deshalb entscheidend, dass der Arbeitgeber eine hinreichende Berufshaftpflichtversicherung abschliesst, welche die allenfalls möglichen privatrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Ansprüche, die gegenüber einem als Angestellter tätigen Experten erhoben werden können, umfassend abdeckt.

Zürich/St.Gallen, 31. Oktober 2017

Prof. Dr. iur. Ueli Kieser

#### Literatur:

BRÜHWILER JÜRIG, Die betriebliche Personalvorsorge in der Schweiz, Bern 1989

Basler Kommentar, BSK-OR I, 6. Aufl., Basel 2015

Basler Kommentar, BSK-StGB, 3. Aufl., Basel 2013

FELLMANN WALTER/KOTTMANN ANDREA, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, Bern 2012

GEISER THOMAS, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Stiftungsrates in der 2. Säule, in: SZS 2005, 337 ff.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St.Gallen 2016

HANDKOMMENTAR ZUM BVG UND FZG, Bern 2010

HÜRZELER MARC/BRÜHWILER JÜRIG, Obligatorische berufliche Vorsorge, in: Meyer Ulrich (Hrsg.), Soziale Sicherheit, 3. Aufl., Basel 2016, 2029 ff.

MEIER KURT, Die Berücksichtigung des Berufsrisikos bei der Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1978

MÜLLER ROLAND, Aktuelle Rechtsprechung zur Haftung des Arbeitnehmers, in: Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht 2006 (ArbR), Bern 2006

REHBINDER MANFRED, Die Haftung des Arbeitnehmers im schweizerischen Recht, in: Rehbinder (Hrsg.), Die Haftung des Arbeitnehmers, Bern 1981

RIEMER HANS MICHAEL, Urteilsanmerkung zu BGE 128 V 124, 368 f., SZS 2004 368 f.

RIEMER HANS MICHAEL/RIEMER-KAFKA GABRIELA, Das Recht der beruflichen Vorsorge in der Schweiz, 2. Aufl., Bern 2006

ROBERTO VITO, Gedanken zur Haftung des Arbeitnehmers, in: Becker/Hilty/Stöckli/Würtenberger (Hrsg.), Recht im Wandel seines sozialen und technologischen Umfelds, Festschrift für Manfred Rehbinder, München/Bern 2000, 91 ff.

STAUFFER, Berufliche Vorsorge, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012

TRIGO TRINDADE RITA, Fondations de prévoyance et responsabilité: développements récents, in: Trigo Trindade Rita/Anderson Martin, Institutions de prévoyance: devoirs et responsabilité civile, Genève/Zurich/Bâle 2006, 141 ff.

VETTER MEINRAD, Der verantwortlichsrechtsrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Diss. St. Gallen 2006

WALSER HERMANN, Zur Verantwortlichkeit der Kontrollstelle und des Experten für die berufliche Vorsorge gegenüber Vorsorgeeinrichtungen, Festschrift für Carl Helbling, Zürich 1992, 487 ff.