

Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was des Kunden ist*

Zur Entschädigung des Versicherungsmaklers im Lichte der Retrozessionsrechtsprechung des Bundesgerichts**

Stephan Fuhrer***

Der Makler ist Beauftragter des Versicherungsnehmers. Der Versicherer verpflichtet sich gegenüber dem Versicherungsnehmer, für das Honorar des Maklers aufzukommen. Soweit der Versicherer die (zwischen Makler und Versicherungsnehmer) vereinbarte oder eine marktübliche Vergütung bezahlt, stellt dies keine Leistung eines Dritten dar, da der Versicherer die Honorarforderung des Versicherungsnehmers und damit des Vertragspartners des Maklers begleicht. In diesem Umfang muss der Makler die Zahlungen des Versicherers nicht dem Versicherungsnehmer abliefern. Vereinbaren Makler und Versicherer jedoch die Entrichtung von Zusatzcourtage und Sondervergütungen, so handelt es sich dabei um nach der Retrozessions-Praxis des Bundesgerichts ablieferungspflichtige Drittleistungen.

Le courtier est le mandataire du preneur d'assurance. L'assureur s'engage à prendre en charge les honoraires du courtier à l'égard du preneur d'assurance. Tant que l'assureur paye la rétribution convenue (entre le courtier et le preneur d'assurance) ou une rétribution conforme au marché, cela ne représente pas la prestation d'un tiers car l'assureur règle la prétention du preneur au paiement des honoraires et, par là, la prétention du partenaire contractuel du courtier. Dans cette mesure, le courtier ne doit pas restituer au preneur les paiements effectués par l'assureur. En revanche, si le courtier et l'assureur conviennent du paiement de courtages supplémentaires ou de rétributions particulières, il s'agit alors de prestations de tiers soumises à rétrocession selon la jurisprudence du Tribunal fédéral.

[1] Die Untersuchung der Relevanz der Retrozessionsrechtsprechung für die Versicherungsmakler erfordert vorweg einige Ausführungen zur Rechtsnatur des Maklervertrages und zu den Besonderheiten der Maklervergütung.

I. Aufgaben des Maklers

[2] Der Makler¹ ist der vom Versicherungsnehmer mit der Beschaffung, Ausgestaltung und Überwachung seines Versicherungsschutzes beauftragte

Spezialist. Der BGH² und mit ihm die herrschende deutsche Lehre³ sprechen vom ihm als dem *treuhänderischen Sachwalter* des Versicherungsnehmers, eine treffende Umschreibung, die auch Eingang ins schweizerische Recht finden könnte.

* Auf die Frage, ob es erlaubt sei, Steuern zu bezahlen, antwortete Jesus: «So gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist, und Gott, was Gottes ist» (Lukas 20,25).

** BGE 132 III 460, 137 III 393, 138 III 755.

*** Prof. Dr. iur., Rodersdorf.

¹ Oft wird statt vom Makler auch vom Broker gesprochen. Entgegen STUDER (HELMUT STUDER [2000] 12), der im Broker einen besonders qualifizierten Makler erblickt, sind die beiden Begriffe inhaltlich identisch. «Broker» ist lediglich die englische Übersetzung des deutschsprachigen «Makler». Auch HÖSLY/SIEBER (BALZ HÖSLY/PHILIPP SIEBER [2009] 189) gehen davon aus, dass die beiden Begriffe synonym verwendet werden können, sind jedoch der Auffassung, dass «Broker» der in der Schweiz geläufige Begriff sei.

² Grundlegend ist die berühmte Sachwalterentscheidung des BGH (BGHZ 94, 356). Von der Homepage des Autors kann das Urteil im Volltext sowie in einer Zusammenfassung heruntergeladen werden (www.stephan-fuhrer.ch → Versicherungsrecht → Rechtsprechung → D Bundesgerichte). *Leitsatz*: Der Versicherungsmakler ist für den Bereich der Versicherungsverhältnisse des von ihm betreuten Versicherungsnehmers dessen Sachwalter; deshalb trifft ihn die Beweislast dafür, dass der Schaden auch bei vertragsgerechter Erfüllung seiner Aufklärungs- und Beratungspflichten eingetreten wäre.

³ MK-REIFF (2010) § 59 N 41; ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, in: BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN (2009) § 5 N 196; ROLAND RIXECKER, in: RÖMER/LANGHEID/RIXECKER (2012) § 59 N 8; HANS-PETER SCHWINTOWSKI, in: BRUCK/MÖLLER (2010) § 59 N 65.

[3] In der Regel bieten die Makler folgende Dienstleistungen an (wobei im Einzelfall nicht immer alle Leistungen vereinbart werden müssen)⁴:

- Risikoermittlung und -analyse;
- Prüfung des vorhandenen Versicherungsschutzes;
- Übersicht über die Produktangebote des Marktes;
- Entwicklung von Deckungskonzepten;
- Umsetzung des Deckungskonzeptes⁵;
- Laufende Überwachung und Optimierung des Versicherungsportefeuilles⁶;
- Begleitung der Schadenregulierung⁷.

⁴ MARIO ZINNERT (2008) 166; HELMUT STUDER (2000) 43 ff. Illustrativ: § 28 Ö-MaklerG (das in § 26 ff. besondere Bestimmungen für den Versicherungsmakler vorsieht):

§ 28. Die Interessenwahrung gemäss § 3 Abs. 1 und Abs. 3 und gemäss § 27 Abs. 1 umfasst die Aufklärung und Beratung des Versicherungskunden über den zu vermittelnden Versicherungsschutz sowie insbesondere auch folgende Pflichten des Versicherungsmaklers:

1. Erstellung einer angemessenen Risikoanalyse und eines angemessenen Deckungskonzeptes sowie Erfüllung der Dokumentationspflicht gemäss § 137g GewO 1994;
2. Beurteilung der Solvenz des Versicherers im Rahmen der zugänglichen fachlichen Informationen, soweit dies bei der Auswahl des Versicherers zur sorgfältigen Wahrung der Interessen des Versicherungskunden im Einzelfall notwendig ist;
3. Vermittlung des nach den Umständen des Einzelfalls bestmöglichen Versicherungsschutzes, wobei sich die Interessenwahrung aus sachlich gerechtfertigten Gründen auf bestimmte örtliche Märkte oder bestimmte Versicherungsprodukte beschränken kann, sofern der Versicherungsmakler dies dem Versicherungskunden ausdrücklich bekanntgibt;
4. Bekanntgabe der für den Versicherungskunden durchgeführten Rechtshandlungen sowie Aushändigung einer Durchschrift der Vertragserklärung des Versicherungskunden, sofern sie schriftlich erfolgte; Aushändigung des Versicherungsscheins (Polizze) sowie der dem Vertrag zugrundeliegenden Versicherungsbedingungen einschließlich der Bestimmungen über die Festsetzung der Prämie;
5. Prüfung des Versicherungsscheins (Polizze);
6. Unterstützung des Versicherungskunden bei der Abwicklung des Versicherungsverhältnisses vor und nach Eintritt des Versicherungsfalles, namentlich auch bei Wahrnehmung aller für den Versicherungskunden wesentlichen Fristen;
7. laufende Überprüfung der bestehenden Versicherungsverträge sowie gegebenenfalls Unterbreitung geeigneter Vorschläge für eine Verbesserung des Versicherungsschutzes.

⁵ Dazu gehört auch die Vermittlung des Abschlusses von Versicherungsverträgen, bei zeitlicher Dringlichkeit auch die Beschaffung von vorläufigem Versicherungsschutz (KOLLHOSSER [2004] N 5). Wie STUDER (2000) 45, zu Recht hervorhebt, ist diese Aufgabe aber wesentlich breiter angelegt. So können bestehende Versicherungsverträge optimiert oder umplatziert werden oder es können Captive-Gesellschaften errichtet werden.

⁶ Dazu gehören: Kontrolle der Versicherungsdokumente, Überwachung der Bonität der Versicherer (KARLE [2001] 826), Erneuerung von Versicherungsverträgen, Beratung bei Veränderungen der Risikolage beim Versicherungsnehmer, Berichterstattung (HELMUT STUDER [2000] 46 ff.).

⁷ Zur Problematik der Übertragung von Schadenregulierungskompetenzen an Makler: unten N 43.

II. Rechtsverhältnis Makler / Versicherungsnehmer

[4] Die Qualifikation des Rechtsverhältnisses zwischen Makler und Versicherungsnehmer (*Maklervertrag*) ist umstritten.

A. Rechtsprechung und Lehre

[5] Das Bundesgericht liess im Unicon-Entscheid⁸ die Frage offen. Immerhin hielt es in Erw. 2 b fest, dass die Vorinstanz den Vertrag als Auftrag qualifiziert hatte. BAUMANN ist der Auffassung, dass das Bundesgericht in BGE 84 I 140 von einem Auftrag ausging⁹. In dieser Klarheit geht dies allerdings aus dem veröffentlichten Text des Urteils nicht hervor.

[6] In der Literatur werden folgende Meinungen vertreten:

- STUDER¹⁰ und ihm folgend HÖSLY/SIEBER¹¹, MORITZ KUHN¹², ROLF KUHN¹³, MÜLLER-CHEN/UHLMANN¹⁴ sowie NIGG¹⁵ qualifizieren den Maklervertrag als *Innominatvertrag* mit Elementen des Werkvertrages, des Mäklervertrages, des einfachen Auftrages und sogar des Agenturvertrages¹⁶.
- KOENIG¹⁷, MAURER¹⁸ und GAUTSCHI¹⁹ unterstellen den Vertrag zwischen Makler und Versicherungsnehmer dem in den Art. 412 ff. OR gesetzlich geregelten *Mäklervertrag*²⁰. SCHAER²¹ folgt dieser Meinung, hält jedoch einschränkend fest, dass in Bezug auf die Hauptverpflichtung des Maklers zur Beratung und Betreuung des Versicherungsnehmers die Sorgfaltsanforderungen nach Auftragsrecht im Vordergrund stehen.

⁸ BGE 124 III 481.

⁹ HANNES BAUMANN (1996) 62.

¹⁰ Ausführlich: HELMUT STUDER (2000) 86 ff.

¹¹ BALZ HÖSLY/PHILIPP SIEBER (2009) 190 (ohne Begründung).

¹² MORITZ KUHN (2010) N 477 (ohne Begründung).

¹³ ROLF KUHN (2010a) 160 (ohne Begründung); allerdings kommt dies in seinem nächsten Aufsatz (ROLF KUHN [2013] N 14 ff.) nicht mehr klar zum Ausdruck.

¹⁴ MARKUS MÜLLER-CHEN/FELIX UHLMANN (2005) 225 (ohne Begründung).

¹⁵ HANS NIGG (2007) FN 1 (ohne Begründung).

¹⁶ Hauptleistungspflichten des Maklers sind nach diesen Autoren: Erstellen einer Risikoanalyse, Erarbeiten einer Risiko- und Versicherungspolitik, deren Umsetzung einschliesslich der Vermittlung von Versicherungsverträgen, die laufende Portefeuillebetreuung sowie die Begleitung im Schadenfall. HELMUT STUDER (2000) 89 f.

¹⁷ WILLY KOENIG (1967) 60.

¹⁸ ALFRED MAURER (1995) 206.

¹⁹ BK-GAUTSCHI (1964) Art. 412 OR N 1 b.

²⁰ Offenbar ging in früheren Auflagen seines Lehrbuches auch KUHN von dieser Qualifikation aus. Nachweis bei BAUMANN (1996) 47.

²¹ ROLAND SCHAER (2007) § 14 N 35.

- BRULHART²², STAUFFER²³, BAUMANN²⁴ sowie der Schreibende²⁵ gehen demgegenüber davon aus, dass der Maklervertrag dem **Auftragsrecht** (Art. 394 ff. OR) untersteht. JAEGER geht zwar auch von der Anwendbarkeit des Auftragsrechts aus, schränkt dies aber dahingehend ein, dass dessen Regeln nur anwendbar sind, soweit sie mit der Natur der Pflichten des Maklers kompatibel sind²⁶.

B. Innominatvertrag

[7] Die bedeutendste Differenz zwischen den zitierten Lehrmeinungen stellt die Frage der Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts auf wesentliche Hauptleistungspflichten des Maklers dar. Die sich dafür aussprechenden Autoren beziehen sich alle ohne einlässliche Begründung auf die Dissertation von STUDER. Dieser geht von den von ihm herausgearbeiteten berufstypischen Dienstleistungen des Maklers aus. Von diesen können ihm zufolge die Erstellung einer Risikoanalyse und die Vermittlung von Versicherungsverträgen Werke i.S. des Art. 363 OR sein. Dies leitet er in erster Linie aus der das Werkvertragsrecht charakterisierenden Erfolgsgebundenheit dieser beiden Dienstleistungen ab. Warum ein Erfolg und nicht bloss ein sorgfältiges Tätigwerden geschuldet ist, lässt der Autor allerdings offen²⁷. Da der Werkvertrag den einzigen Nominatvertrag mit einer Verpflichtung zu einem Arbeitserfolg darstelle, das Bundesgericht seit BGE 109 II 34 den Geistwerkvertrag zulasse und alle übrigen Merkmale des Werkvertrages (Entgeltlichkeit, persönliche Ausführung etc.) erfüllt seien, ist für STUDER die Anwendbarkeit des Werkvertragsrechts erstellt²⁸.

[8] Zur Prüfung von STUDERS These ist vorweg zu klären, ob Verträge auf Arbeitsleistung überhaupt Gegenstand eines Innominatvertrages sein können. Nach Art. 394 Abs. 2 OR stehen *Verträge über Arbeitsleistung, die keiner besonderen Vertragsart dieses Gesetzes unterstellt sind, ... unter den Vorschriften über den Auftrag*. Aus dieser Bestimmung schloss GAUTSCHI, dass das schweizerische Recht einen *numerus clausus* der Arbeitsverträge vorsieht und deshalb Innominatverträge nicht zulässig sind²⁹.

Diese Meinung konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Sowohl das Bundesgericht³⁰ als auch die herrschende Lehre³¹ lassen heute Innominatverträge auf Arbeitsleistung zu. Art. 394 Abs. 2 OR steht somit STUDERS These vom Maklervertrag als Innominatvertrag *nicht* entgegen.

[9] GAUCH³² betont zu Recht, dass jede menschliche Handlung zielgerichtet ist, weshalb nicht immer mit Bestimmtheit gesagt werden kann, ob nur die Arbeit oder auch der Arbeitserfolg geschuldet sei. Aus diesem Grunde sind – neben dem Kriterium der Garantierbarkeit des Erfolges³³ – für die Abgrenzung zwischen Auftrag und Werkvertrag zusätzliche Abgrenzungskriterien zu beachten. Solche sind:

- *Vertrauensverhältnis*: «Je persönlicher [...] die geschuldete Arbeit und je ausgeprägter nach der Natur des konkreten Vertrages das vorausgesetzte Vertrauensverhältnis der Parteien ist, desto eher liegt ein Auftrag [...] vor³⁴.» Mit dem gesteigerten Vertrauensverhältnis wird z.B. das jederzeitige und beidseitige Kündigungsrecht beim Auftrag (Art. 404 Abs. 1 OR) begründet. Der Werkvertrag kann demgegenüber nur vom Besteller und auch nur gegen volle Schadloshaltung vorzeitig gekündigt werden (Art. 377 OR)³⁵.
- *Dauer*: Werkverträge sind keine Dauerschuldverhältnisse³⁶, selbst wenn zwischen Vertragsabschluss und Vertragserfüllung eine längere Zeitspanne liegt³⁷.

Prüfungsmöglichkeit: Nach Art. 376 OR hat der Besteller nach Ablieferung des Werkes dessen Beschaffenheit zu prüfen und allfällige Mängel zu rügen. Wie FELLMANN überzeugend darlegt, setzt deshalb die Anwendung des Werkvertragsrechts voraus, dass sich der Erfolg einer geistigen Tätigkeit in einem körperlichen Ergebnis niederschlägt, das für sich allein wieder verwertbar ist³⁸.

[10] Zum Vergleich – Qualifikation anderer Verträge:

²² VINCENT BRULHART (2008) N 378.

²³ HANS-ULRICH STAUFFER (2009) 456.

²⁴ HANNES BAUMANN (1996) 54 ff.

²⁵ STEPHAN FUHRER (2011) N 7.77.

²⁶ BERNARD JAEGER (1998) 100.

²⁷ Für das *deutsche* Recht sieht ZINNERT (MARIO ZINNERT [2008] 131), in Anlehnung an SCHMIDT (REIMER SCHMIDT [1967] 77), das Erfolgselement des Maklervertrages darin, dass die Courtage eine Erfolgsvergütung sei.

²⁸ HELMUT STUDER (2000) 60 ff. und 88 ff.

²⁹ BK-GAUTSCHI (1967) Vorbem. zu Art. 363-379 OR N 7.

³⁰ In seiner alten Rechtsprechung liess das Bundesgericht Innominatverträge auf Arbeitsleistung zu (vgl. BGE 60 II 335, 336; 83 II 525, 530). In späteren Entscheiden folgte es der Lehre GAUTSCHIS und anerkannte einen *numerus clausus* der Verträge auf Arbeitsleistung (BGE 98 II 305, 310 ff., 104 II 108 und 106 II 157). Seit 109 II 466 lässt es gemischte Verträge auf Arbeitsleistung zu (vgl. auch BGE 112 II 41, 46 und 115 II 108).

³¹ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 284 ff.; JOSEF HOFSTETTER (2000) 26 f.; PETER GAUCH (2011) N 17; VISCHER (2005) 28, und BSK-WEBER (2011) Art. 394 OR N 23.

³² PETER GAUCH (2011) N 22.

³³ MARIO M. PEDRAZZINI (1977) 503 f.

³⁴ PETER GAUCH (2011) N 22.

³⁵ MARIO M. PEDRAZZINI (1977) 503.

³⁶ BGE 106 II 224.

³⁷ FRANK VISCHER (2005) 22.

³⁸ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 329 f.

Werkverträge sind:

- Herstellung von Werbefotos³⁹,
- Planungsvertrag⁴⁰ (Erstellen von Bauplänen)⁴¹,
- Software-Herstellung⁴².

Aufträge sind:

- Ausarbeitung eines Kostenvoranschlages⁴³
- Gutachtervertrag⁴⁴; Sachverständigenvertrag⁴⁵
- Baubetreuungsvertrag (auch Management-Vertrag)⁴⁶
- Führung einer fremden Buchhaltung (Buchhaltervertrag)⁴⁷
- Liegenschaftsverwaltungsvertrag⁴⁸.

[11] Der Makler ist zur Wahrung fremder Interessen verpflichtet⁴⁹. Dies setzt ein qualifiziertes Vertrauensverhältnis zu seinen Kunden voraus. Die nur einseitige Auflösungsmöglichkeit nach Art. 377 OR passt nicht zum Maklervertrag. Die Betreuung des Versicherungsportefeuilles ist eine auf Dauer angelegte Pflicht des Maklers, was den Maklervertrag als Dauerschuldverhältnis ausweist⁵⁰. Dies spricht alles für die Qualifikation des Maklervertrages als Auftrag.

[12] STUDER qualifiziert die Risikoanalyse und die Vermittlung von Versicherungsverträgen als Werke⁵¹. Man könnte auf den ersten Blick die Risikoanalyse mit Bauplänen vergleichen. Sie unterscheiden sich jedoch in einem wesentlichen Punkt: Während die Nutzung des Bauplans zum Bau eines Hauses dessen Materialisierung erfordert, ist dies bei einer Risikoanalyse nicht erforderlich. Sie ist auch brauchbar, wenn der Kunde des Maklers auf andere Weise als durch Niederschrift von den Erkenntnissen des Analysten erfährt⁵². Die Erstellung der Risikoanalyse ist deshalb – wie jene eines Gutachtens – als Auftrag anzusehen. Dies gilt *a fortiori* für die Vermittlung von Versicherungsverträgen, einer Tätigkeit, bei der ein Erfolg zum Vorneherein

nicht garantierbar ist, da neben dem Versicherungsnehmer auch der Versicherer dem Vertragsabschluss zustimmen muss. Der Strauss der verschiedenen Aufgaben des Maklers lässt sich zwanglos mit jenen z.B. eines Liegenschaftsverwalters vergleichen. *Dies führt zum Schluss, dass der Maklervertrag kein Element des Werkvertragsrechts enthält*⁵³.

C. Mäklervertrag

[13] Zu prüfen ist auch die ebenfalls postulierte Anwendbarkeit des Mäklervertragsrechts nach Art. 412 ff. OR. Vorweg ist festzuhalten, dass nach Art. 412 Abs. 2 OR *der Mäklervertrag unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag steht*. Die im Zusammenhang mit dem Versicherungsmakler vor allem interessierenden auftragsrechtlichen Bestimmungen sind deshalb unabhängig davon anwendbar, ob der Mäklervertrag als einfacher Auftrag oder als Mäklervertrag i.S. von Art. 412 ff. OR angesehen wird. Nach der hier vertretenen Auffassung ist aus folgenden Gründen jedoch die Qualifikation als Auftrag vorzuziehen⁵⁴:

- Die Vermittlung von Versicherungsverträgen stellt nur einen kleinen Teil der umfassenden Pflichten des Versicherungsmaklers dar⁵⁵.
- Der Versicherungsmaklervertrag ist ein Dauerschuldverhältnis, während dem der Mäklervertrag grundsätzlich mit der abgeschlossenen Vermittlung endet^{56, 57}.

⁵³ In Deutschland gilt der Versicherungsmakler als Handelsmakler i.S.v. § 93 HGB (BGH IVa ZR 68/84). Der Mäklervertrag des BGB, dessen Bestimmungen ergänzend auf den Handelsmakler anwendbar sind (PALANDT/SPRAU [2013] Einf. v. § 652 N 3), stellt einen Geschäftsbesorgungsvertrag mit Elementen des Dienst- und des Werkvertrages dar (HEINRICH DÖRNER, in: PRÖLSS/MARTIN [2010] § 59 N 48; ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, in: BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN [2009] § 5 N 270; MARIO ZINNERT [2008] 134). Durch diese Stellung als Arbeitsvertrag sui generis zwischen Werkvertrag und Auftrag (BSK-AMMAN [2011] Art. 412 OR N 17) unterscheidet sich die deutsche Konzeption des Mäklervertrages wesentlich von der schweizerischen, nach welcher der Mäklervertrag ein qualifiziertes Auftragsverhältnis darstellt. Aussagen zum deutschen Mäklerrecht dürfen deshalb nicht unbelesen ins schweizerische Recht übertragen werden (BK-GAUTSCHI [1967] Art. 412 OR N 4c). Ein werkvertragliches Element im schweizerischen Versicherungsmaklervertrag lässt sich somit auch nicht mit rechtsvergleichenden Überlegungen begründen.

⁵⁴ Vgl. auch MARKUS MÜLLER-CHEN / FELIX UHLMANN (2005) 225, wonach die alleinige Anwendung des Mäklervertrages fragwürdig sei.

⁵⁵ BGE 124 III 481.

⁵⁶ Oben N 9. BGE 75 II 53, 54.

⁵⁷ Um die Qualifikation als Dauerschuldverhältnis zu vermeiden (vgl. § 93 Abs. 1 d-HGB), wird in Deutschland teilweise angenommen, beim Maklervertrag handle es sich um einen Rahmenvertrag, in dem die einzelnen Vermittlungsvorgänge «von Fall zu Fall» vorgenommen würden (HELMUT KOLLHOSSER [2004] N 4 m.w.Nw.). Aus schweizerischer Sicht ist eine solche Konstruktion abzulehnen. Sie steht einerseits im Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Pflichten des Maklers (BGE 124 III 481) und vermag andererseits an der auch aus anderen Überlegungen (d.h. unabhängig vom Charak-

³⁹ MARIO M. PEDRAZZINI (1977) 504.

⁴⁰ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 180.

⁴¹ BGE 119 II 428.

⁴² PETER GAUCH (2011) N 334 ff.

⁴³ BGE 134 III 361. Kritisch: GAUCH (2011) N 52a.

⁴⁴ PETER GAUCH (2011) N 330 ff. (mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

⁴⁵ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 161 ff.

⁴⁶ PETER GAUCH (2011) N 352 ff.

⁴⁷ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 157 ff.

⁴⁸ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 167 ff.

⁴⁹ Er ist treuhänderischer Sachwalter der Interessen des Versicherungsnehmers. Oben N 2.

⁵⁰ BGE 124 III 481. HANNES BAUMANN (1996) 50 f.

⁵¹ Oben N 7.

⁵² So die zutreffende Argumentation von FELLMANN (BK-FELLMANN [1992] Art. 394 OR N 330).

- «Dem Makler obliegt im Normalfall eine auf den Gegenstand des Maklervertrages ausgerichtete, im Vergleich zum gewöhnlichen Beauftragten eingeschränkte Treue- und Sorgfaltspflicht»⁵⁸ Eine solche reduzierte Treue- und Sorgfaltspflicht ist für den Versicherungsmaklervertrag abzulehnen. Dies bringt der deutsche BGH mit dem Bild des treuhänderischen Sachwalters anschaulich zum Ausdruck⁵⁹. Es charakterisiert die besondere Intensität der Interessenwahrnehmungspflicht des Maklers gegenüber dem Versicherungsnehmer⁶⁰.
- Der Maklervertrag ist (dispositiv) nur einseitig verpflichtend. Dies unterscheidet den Makler von allen anderen Beauftragten⁶¹. Die Ausgestaltung der Ausführungspflicht als blosse die Entschädigung sichernde Obliegenheit steht in diametralem Gegensatz zu den umfassenden Pflichten des Versicherungsmaklers⁶². Zu Recht geht BAUMANN davon aus, dass den Versicherungsmakler eine Tätigkeitspflicht trifft⁶³.
- Die Usanz, wonach der Versicherungsmakler seine Entschädigung in Form von durch den Versicherer bezahlten Courtagen erhält, passt nur schlecht zur Regelung von Art. 415 OR.

D. Fazit: Auftrag

[14] Aus den bisherigen Ausführungen folgt: *Der Vertrag zwischen Makler und Versicherungsnehmer untersteht den Bestimmungen über den einfachen Auftrag nach Art. 394 ff. OR.*

III. Rechtsverhältnis Makler / Versicherer

A. Kein Doppelrechtsverhältnis

[15] Im tradierten Geschäftsmodell wird die Rechtsstellung des Maklers in Deutschland⁶⁴ und teilweise auch in der Schweiz⁶⁵ als sog. *Doppelrechtsverhältnis* beschrieben⁶⁶. Aus dem Umstand,

ter des Maklervertrags als Dauerschuldverhältnis) folgenden Ablehnung der Anwendbarkeit des Maklervertragsrechts nicht zu ändern.

⁵⁸ BGE 124 III 481, 483. Vgl. auch BSK-AMMANN (2011) Art. 415 OR N 2; BK-GAUTSCHI (1967) Art. 415 N 1a.

⁵⁹ Oben N 2.

⁶⁰ ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, in: BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN (2009) § 5 FN 406.

⁶¹ JOSEF HOFSTETTER (2000) 124 f.; BSK-AMMANN (2011) Art. 412 OR N 7.

⁶² Dazu BGE 124 III 481.

⁶³ HANNES BAUMANN (1996) 51 f.

⁶⁴ Zur Rechtslage in Deutschland: ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, in: BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN (2009) § 5 N 369 ff.; BERLK-GRUBER (1999) Anhang zu § 48 N 15 ff.; HEINRICH DÖRNER, in: PRÖLSS/MARTIN (2010) § 59 N 65 ff.; HANS-PETER SCHWINTOWSKI, in BRUCK/MÖLLER (2010) § 59 N 118 ff.

⁶⁵ MARKUS MÜLLER-CHEN / FELIX UHLMANN (2005) 227.

⁶⁶ Der Begriff stammt aus Deutschland. Er bringt das dem Handelsmakler zugrunde liegende Verständnis des *ehrlchen Maklers* zum Ausdruck. Vgl. SVEN DECKERS (2003) 25 f.; ANNEMARIE MATUSCHE-BECKMANN, in: BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN (2009) § 5 N 373; HEINRICH DÖRNER, in:

dass der Makler vom Versicherer bezahlt wird (Courtagen) und häufig mit diesem auch einen Vertrag abgeschlossen hat, sollen Loyalitätspflichten des Maklers gegenüber dem Versicherer abgeleitet werden⁶⁷. Deren Bestand soll durch den Begriff des Doppelrechtsverhältnisses zum Ausdruck gebracht werden. Dieser Betrachtung liegt das Bild des ehrlichen, zwischen den Parteien stehenden Maklers zugrunde⁶⁸. Das Bild und damit auch der Begriff des Doppelrechtsverhältnisses führen allerdings in die Irre. Beides suggeriert, dass der Makler beiden Parteien (Versicherungsnehmer und Versicherer) in gleicher Weise vertraglich verpflichtet ist. Dies trifft gerade nicht zu. *Der Makler ist einzig dem Versicherungsnehmer verpflichtet*⁶⁹. Auf die Verwendung des Begriffs des Doppelrechtsverhältnisses im Zusammenhang mit der Rechtsstellung des Maklers sollte deshalb verzichtet werden, da er die Rechtslage unzutreffend charakterisiert⁷⁰. *Zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer besteht ein Interessengegensatz* (wie zwischen Käufer und Verkäufer)⁷¹. *Wer treuhänderischer Sachwalter des einen ist, kann sich nicht in den Dienst des andern stellen, ohne seine*

PRÖLSS/MARTIN (2010) § 59 N 65; MARIO ZINNERT (2008) 53 ff. Vgl. auch BGH IV ZR 39/94. HELMUT STUDER (2000) 182 stellt fest, dass *im Gegensatz zu Deutschland in der Schweiz unbestritten sei, dass zwischen Versicherungsbroker und Versicherer mit der erfolgreichen Vermittlung eines Versicherungsvertrages eine vertragliche Bindung entsteht*. Im Ergebnis ist dies wohl so zu interpretieren, dass seiner Meinung nach auch der schweizerische Makler in einem Doppelrechtsverhältnis steht. Vgl. auch HANNES BAUMANN (1996) 79 ff.

⁶⁷ So soll der Makler z.B. verpflichtet sein, dem Versicherer von sich aus besondere Risikoumstände, die für die Annahmetscheidung von Bedeutung sind, mitzuteilen (MARIO ZINNERT [2008] 55). Eine solche Pflicht ist mit Nachdruck abzulehnen, da ihre Erfüllung den Interessen des Versicherungsnehmers schaden kann (weil z.B. der Versicherer aufgrund der Intervention des Maklers einen Vertrag ablehnt, den er ohne diese Intervention abgeschlossen hätte). Gl.M. STEPHAN MICHAELIS, in: SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER (2011) § 59 N 14.

⁶⁸ Der sprichwörtliche Begriff des ehrlichen Maklers stammt aus einer Rede des Fürsten Bismarck im Reichstag am 19.2.1878. Er präziserte dabei Deutschlands Stellung in der orientalischen Frage und dem zu ihrer Regelung in Berlin zu veranstaltenden Kongress dahin, dass das Deutsche Reich nicht die Rolle des Schiedsrichters, sondern vielmehr die des Vermittlers bei dem Geschäft zu spielen habe (Quelle: <http://www.retrobibliothek.de/retrobib/seite.html?id=104746>; besucht: 18.1.2013).

⁶⁹ Für die Schweiz: BGE 124 III 481. Für Deutschland: BGHZ 94, 356.

⁷⁰ Dies wurde auch in der deutschen Lehre erkannt, die den unglücklichen Begriff des Doppelrechtsverhältnisses zunehmend abschwächt. Illustrativ die Ausführungen von Zinnert (2008) 54: «Das Doppelrechtsverhältnis befindet sich daher nicht [...] in einem ausgewogenen Zustand, der den Interessen von Klienten und Versicherer gleichermaßen Rechnung trägt; es wird vielmehr dominiert durch die primäre Verpflichtung des Versicherungsmaklers auf die Interessen der ihm vertraglich verbundenen Kunden.»

Interessant ist auch die Bemerkung von ERWIN MIESCH (1989) Ziff. III, welcher (aus österreichischer Sicht) der Theorie des Doppelrechtsverhältnisses entgegen hält, dass sie den Eindruck eines Versuchs zur Rettung der vertraglichen Grundlage des Courtagenanspruchs erwecke.

⁷¹ Vgl. auch unten N 43.

vertraglichen Pflichten dem Ersten gegenüber in grober Weise zu verletzen⁷².

[16] Daran ändert nichts, dass das Aufsichtsrecht eine Doppeltätigkeit der Vermittler für den Versicherer (als Agent) und den Versicherungsnehmer (als Makler) in gewissen Grenzen zulässt⁷³ (und die Aufsichtsbehörde nicht einmal diese Grenze durchsetzt und dadurch de facto eine umfassende Doppeltätigkeit toleriert⁷⁴). Die fragwürdige Regelung in der AVO und die dem Zweck der Vermittleraufsicht zuwiderlaufende Verwaltungspraxis hätten mit der nun leider gescheiterten Totalrevision des VVG korrigiert werden sollen⁷⁵. Da aufsichtsrechtlich somit alles beim Alten bleibt, erscheint es umso wichtiger, klarzustellen, dass dies nichts am privatrechtlichen Verbot der Doppeltätigkeit⁷⁶ ändert. Allerdings ist die Optik von Privat- und Aufsichtsrecht eine andere: Das Privatrecht betrachtet das einzelne Vertragsverhältnis. Hier ist der Vermittler entweder Agent oder Makler. Mit einer Doppeltätigkeit verletzt er seine Loyalitätspflichten. Das Aufsichtsrecht betrachtet die gesamte Berufstätigkeit und sagt nichts zum Einzelfall. Daraus folgt aus privatrechtlicher Sicht: Gegenüber dem gleichen Versicherungsnehmer darf ein Vermittler nicht als Agent und als Makler tätig sein⁷⁷. Bei verschiedenen Versicherungsnehmern ist es jedoch zulässig (wenn auch nicht sonderlich glaubwürdig), dem einen gegenüber als Vertreter des Versicherungsnehmers (Makler) und dem andern gegenüber als Vertreter des Versicherers (Agent) aufzutreten⁷⁸.

[17] Trotz des Verbots der Doppeltätigkeit besteht die Usanz, dass die Makler von den Versicherern

bezahlt werden und dass zwischen den beiden regelmässig Verträge abgeschlossen werden. Wie diese zu qualifizieren sind und ob sie als Grundlage für die Pflicht zur Courtagenzahlung überhaupt in Frage kommen, bedarf der Klärung. Das *Bundesgericht* lehnte die Anwendung des Mäklerrechts (Art. 412 ff. OR) auf diese Verträge ab, hat aber die Frage, welches Recht an dessen Stelle anwendbar ist, offen gelassen⁷⁹. Auch in der *Literatur* konnte sich bisher keine Meinung durchsetzen. STUDER geht von einem Innominatkontrakt aus⁸⁰, BAUMANN spricht von einem Entgeltversprechen sui generis⁸¹. Kennzeichnend ist, dass beide Autoren von einer vertraglichen Bindung des Maklers an den Versicherer ausgehen und in dieser Bindung die Grundlage für die Pflicht des Versicherers zur Bezahlung von Courtagen erblicken. STUDER sieht den Makler dem Versicherer gegenüber sogar in der Pflicht, einen Erfolg zu bewirken. Ferner soll er dem Versicherer umfassende Sorgfalt und Treue schulden. Dies ist, wie bereits ausgeführt, mit der Natur des Maklervertrages (= Vertrag zwischen Makler und Versicherungsnehmer) unvereinbar. Nachfolgend ist zunächst die Frage der Grundlage der Pflicht des Versicherers zur Bezahlung der Courtage zu klären. Anschliessend kann die Rechtsnatur des Vertrages zwischen Makler und Versicherer untersucht werden.

B. Grundlage des Courtagenanspruchs des Maklers

[18] Auszugehen ist vom Umstand, dass die Courtage aus der Prämienzahlung des Versicherungsnehmers finanziert wird. Bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ist es stets der Versicherungsnehmer, der für die Honorierung des Maklers aufkommt⁸². Dagegen ist nichts einzuwenden, denn er profitiert auch von den in seinem Interesse erbrachten Dienstleistungen. Es muss dem Versicherungsnehmer auch klar sein, dass der Makler für seine Tätigkeit einen Anspruch auf ein Honorar hat⁸³. Dies gilt umso mehr, als Versicherungsmakler ihre Tätigkeit grossmehrheitlich auf das Segment der Firmenkunden und des gehobenen Privatkundengeschäfts

⁷² Zur Unzulässigkeit der Doppelvertretung bei Interessenkollisionen: BGE 4A_360/2012 vom 3.12.2012.

⁷³ Nach Art. 187 Abs. 2 AVO kann ein Vermittler sowohl als gebundener als auch ungebundener Vermittler tätig sein, allerdings nicht im gleichen Versicherungszweig. Vgl. MARTIN A. KESSLER (2009) N 146 und 417.

⁷⁴ So scheint es Vermittler zu geben, die im Unternehmensgeschäft als Makler und im Privatkundengeschäft als Agent tätig sind. Obwohl dies der Verordnung klar widerspricht, scheint die FINMA (jedenfalls in ihrer publizierten Aufsichtspraxis) gegen solche Praktiken nicht einzuschreiten. Es kommt durchaus auch vor, dass der gleiche Vermittler im gleichen Marktsegment und im gleichen Versicherungszweig in beiden Funktionen tätig ist. Kaschiert werden solche hybride Tätigkeiten typischerweise durch Dazwischenschalten einer juristischen Person.

⁷⁵ Nach dem Vorschlag des Bundesrates hätten im Anhang zum totalrevidierten VVG einige Bestimmungen des VAG ebenfalls geändert werden sollen. Der vorgeschlagene Art. 41 Abs. 1 rev-VAG hatte folgenden Wortlaut: *Ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler dürfen nicht auch als gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler tätig sein und umgekehrt.*

⁷⁶ BGE 4A_360/2012 vom 3.12.2012.

⁷⁷ Vgl. dazu auch unten N 43.

⁷⁸ Auch einem (ebenfalls auftragsrechtlich) tätigen Rechtsanwalt ist es unbenommen, in einem Fall den Versicherer und im anderen den Versicherten zu vertreten.

⁷⁹ BGE 124 III 481, 483 f. Explizit sagt das Bundesgericht, dass die Annahme eines (in casu vom Makler behaupteten) selbständigen Mäklervertrag zwischen dem Versicherungsmakler und dem Versicherer in einem *unvereinbaren Widerspruch* zu den vom Makler dem Versicherungsnehmer geschuldeten vertraglichen Treuepflichten stünde.

⁸⁰ HELMUT STUDER (2000) 1999, 182 ff.

⁸¹ HANNES BAUMANN (1996) 76.

⁸² So auch das Bundesgericht, das in BGE 124 III 481, 484, festhält, dass die Courtagenzahlung ein Entgelt für die Beratungstätigkeit des Maklers darstellt.

⁸³ Vgl. Art 394 Abs. 3 OR. Die Lehre geht übereinstimmend davon aus, dass heute eine faktische Vermutung für die Entgeltlichkeit des Auftrags spricht (BSK-WEBER [2011] Art. 394 OR N 35; BK-FELLMANN [1992] Art. 394 OR N 388).

konzentrieren, mithin also eine Kundengruppe mit überdurchschnittlicher Geschäftserfahrung.

[19] Grundlage der Prämienzahlung des Versicherungsnehmers ist der Versicherungsvertrag. Der Makler wird, wie ausgeführt, aufgrund eines Auftragsverhältnisses zum Versicherungsnehmer tätig. Unbestritten ist ferner, dass der Makler gegenüber dem Versicherer über ein eigenes Recht auf Zahlung der Courtage verfügt⁸⁴. Die Pflicht des Versicherungsnehmers, dem Versicherer das dem Makler auszahlende Geld zur Verfügung zu stellen, kann ihre Grundlage somit nur im Versicherungsvertrag haben.

[20] Daraus folgt, dass ein Dreiecksverhältnis vorliegt, bei dem jede Partei nach zwei Seiten hin rechtliche Beziehungen eingegangen ist⁸⁵. Im Ergebnis lässt sich die Rechtslage wie folgt zusammenfassen:

1. Der Versicherungsnehmer ist verpflichtet, dem Versicherer das für die Courtagezahlung benötigte Geld zur Verfügung zu stellen;
2. Der Versicherer muss dem Makler für die von diesem zugunsten des Versicherungsnehmers erbrachten Dienstleistungen Courtagen bezahlen⁸⁶;
3. Der Makler verfügt über ein selbständiges Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer.

[21] Dies setzt voraus, dass der Versicherungsvertrag neben dem entgeltlichen Risikotransfer auch einen *echten Vertrag zugunsten Dritter* nach Art. 112 OR⁸⁷ beinhaltet. Im Dreiecksverhältnis zwischen Makler, Versicherer und Versicherungsnehmer stellt der Versicherungsvertrag das *Deckungs-*, der Maklervertrag (d.h. der Vertrag zwischen Makler und Versicherungsnehmer) das *Valuta-* und die Rechtsbeziehung (deren Natur noch zu klären ist) zwischen Makler und Versicherer das *Zuwendungs-* oder *Vollzugsverhältnis* dar.

[22] Essentialia des Versicherungsvertrages sind Risikotransfer und Prämienzahlung⁸⁸. Darin findet die Vereinbarung zur Courtagezahlung keinen Platz. Grundlage der Übernahme der Verpflichtung zur Honorarzahlung ist deshalb eine vom Risikotransfer zu unterscheidende Vertragsleistung⁸⁹. Diese ist – wie noch zu zeigen sein wird – als Schuldübernahmevertrag zu qualifizieren. Die beiden Hauptleistungen, Risikotransfer und Schuldübernahme,

sind aufgrund des diesbezüglich offenkundigen Koppelungswillens der Parteien derart miteinander verbunden, dass von einem einheitlichen Vertrag, einem Kombinationsvertrag⁹⁰, auszugehen ist.

[23] Die Schuldübernahme (Befreiungsversprechen) ist ein typischer Vertrag zugunsten Dritter⁹¹. Da der Vertrag zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer abgeschlossen wird, bewirkt er zunächst lediglich eine interne, den Makler nicht bindende (wohl aber berechtigende) Schuldübernahme. Angestrebt wird jedoch eine privative Schuldübernahme, die der Mitwirkung des Maklers bedarf. Die Pflicht des Versicherers aus der Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer geht deshalb auch dahin, «*sich durch eine vertragliche Abrede mit dem Gläubiger [Makler] an Stelle des bisherigen Schuldners [Versicherungsnehmer] zu dessen Schuldner zu machen*»⁹². Die Pflicht zur Abgabe eines Angebots zur externen Schuldübernahme kann im Rahmen von Art. 112 OR zum Inhalt der Leistungspflicht des Versicherers zugunsten des Maklers gemacht werden⁹³. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung genügt grundsätzlich die Mitteilung der internen Schuldübernahme durch den Versicherer an den Makler (Art. 176 Abs. 2 OR)⁹⁴. Die ohne Weiteres zu unterstellende⁹⁵ Annahme der externen Schuldübernahme durch den Makler führt zur Befreiung des Versicherungsnehmers. Das Forderungsrecht des Maklers entsteht bereits durch den Vertrag zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer⁹⁶.

⁹⁰ STEPHAN FUHRER (2011) N 2.91 ff.

⁹¹ PATRICK KRAUSKOPF (2000) N 357.

⁹² BK-WEBER (2002) Art. 112 OR N 77. PATRICK KRAUSKOPF (2000) N 359.

⁹³ BK-WEBER (2002) Art. 112 OR N 77.

⁹⁴ Vgl. BSK-TSCHÄNI (2011) Art. 176 OR N 8. Angesichts der grossen Verbreitung der Entschädigung der Makler durch die Versicherer darf unterstellt werden, dass mit der Zustellung der Annahmeerklärung oder der Police durch den Versicherer an den den Versicherungsnehmer vertretenden Makler gleichzeitig die Mitteilung der internen Schuldübernahme erfolgt ist. Das Gleiche folgt aus dem Umstand, dass die Makler regelmässig beim Abschluss des Vertrages mit dem Versicherungsnehmer diese darauf hinweisen, dass sie für ihren Aufwand aus der Abwicklung des Maklervertrages mit einer Courtagezahlung durch die Versicherer entschädigt werden.

⁹⁵ Dafür spricht einerseits die Marktüblichkeit dieses Geschäftsmodells, die Zustimmung lässt sich andererseits auch aus der Information der Versicherungsnehmer beim Abschluss des Maklervertrages (soweit darin explizit durch die Entschädigung des Maklers durch den Versicherer hingewiesen wird) ableiten. Zudem berät der Makler den Versicherungsnehmer beim Abschluss des Versicherungsvertrages. Er hat deshalb notwendigerweise Kenntnis von der zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer abgeschlossenen Vereinbarung über die interne Schuldübernahme.

⁹⁶ Das selbständige Forderungsrecht des Dritten kann sich aus dem Parteiwillen oder der «Übung» ergeben (Art. 112 Abs. 2 OR). Beides trifft zu. In den Versicherungsverträgen wird zunehmend darauf hingewiesen, dass der Versicherer Zahlungen an den Makler erbringt. Daraus lässt sich auf die Vereinbarung eines selbständigen Forderungsrechts des Maklers schliessen. Es entspricht ferner der – von den Gerichten geschützten – Marktusanz, dass die Makler (solange Versicherungs- und Maklervertrag in Kraft sind; oben FN 81) einen

⁸⁴ Solange sowohl der Versicherungsvertrag als auch das Maklermandat in Kraft sind (BGE 124 III 481).

⁸⁵ BGE 124 III 481, 485.

⁸⁶ Oben FN 79. BK-WEBER (2002) Art. 112 OR N 38.

⁸⁷ BK-WEBER (2002) Art. 112 OR N 21.

⁸⁸ STEPHAN FUHRER (2011) N 2.6 ff.

⁸⁹ Ablehnend: HANNES BAUMANN (1996) 50, dem eine solche Konstruktion «zu weit» geht. Er begründet allerdings seine Meinung nicht weiter.

[24] Die *Rechtsfolge* der Schuldübernahme ist die Pflicht des Versicherers, die Courtagen an den Makler zu bezahlen, und das Recht des Maklers, diese vom Versicherer zu fordern. Die Leistungspflicht dauert, solange sowohl der Versicherungs- als auch der Maklervertrag in Kraft sind^{97, 98}.

[25] In der Praxis sind sich die Parteien der dargestellten Zusammenhänge regelmässig nicht bewusst. Dies ändert jedoch nichts an der Rechtslage. Entscheidend ist, dass die Parteien übereinstimmend einen Geschäftswillen⁹⁹ haben, die beschriebene Rechtslage¹⁰⁰ herbeizuführen. Dass sie sich des Rechtskleides, dessen es dazu bedarf, nicht bewusst sind, ändert nichts an der Bindungswirkung des übereinstimmenden Parteiwillens (Art. 18 OR).

[26] Üblicherweise wird in den *Maklerverträgen* lediglich vereinbart, dass der Makler dem Versicherungsnehmer kein Honorar verrechnet, sondern durch Courtagezahlungen des Versicherers entschädigt wird¹⁰¹. In den *Versicherungsverträgen* wird zur Rechtsstellung des Maklers und zu seiner Entschädigung häufig gar nichts gesagt. Und die ebenfalls üblichen *Zusammenarbeitsverträge* zwischen den Maklern und den Versicherern regeln die Mo-

anspruch auf Courtagezahlung durch die Versicherer haben. Vgl. BK-WEBER (2002) Art. 112 OR N 44 ff. Vgl. auch PATRICK KRAUSKOPF (2000) N 949 ff.

⁹⁷ BGE 124 III 481.

⁹⁸ In Deutschland wurde die vorliegend vertretene Qualifikation v.a. von HELMUT KOLLHOSSER (2004) N 28 ff., vertreten, blieb aber eine Minderheitsmeinung.

⁹⁹ Rechtsfolgewillen / vertraglicher Bindungswille. JÖRG SCHMID, in: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (2008) N 171 f.

¹⁰⁰ Oben N 20.

¹⁰¹ Beispiel: «Der Versicherungsbroker stellt der Auftraggeberin kein Honorar in Rechnung, sondern wird durch die Courtage der Versicherungsgesellschaften aus der Vermittlung der Versicherungsverträge entschädigt.» Quelle: HELMUT STUDER (2000) 228. Solche oder ähnliche Klauseln sind immer noch weit verbreitet. Als Folge der durch die Retrozessionsentscheide des Bundesgerichts sowie den Vorschlägen zur Totalrevision des VVG ausgelösten Diskussionen haben die Makler versucht, in Bezug auf die Regelung ihrer Entschädigung für mehr Transparenz zu sorgen. So erläutert der Branchenverband der Industrieversicherermakler (SIBA) in seinem Code of Conduct (www.siba.ch/berufsbild.html, besucht: 24.1.2013) die Regelung der Maklerentschädigung wie folgt:

«Der Versicherungsbroker ist nicht unentgeltlich tätig. Die Entschädigung des Versicherungsbrokers bildet Teil der Versicherungsprämie bzw. ist in diese als Bestandteil der Kosten eingerechnet; die Auszahlung erfolgt durch den Versicherer an den Versicherungsbroker. Über das System der vom Versicherer zu leistenden Entschädigungen, Courtagen und Provisionen muss der Versicherungsbroker den Kunden beim ersten Kontakt informieren.

Die Entschädigung des Versicherungsbrokers für seinen Einsatz im Interesse des Versicherungsnehmers umfasst in der Regel einen bestimmten Prozentsatz der Versicherungsprämien, Spareinlagen oder Versicherungssummen. Ihre Höhe wird in aller Regel in der Zusammenarbeitsvereinbarung mit dem Versicherer festgelegt. Ist über die Höhe der Entschädigung ausnahmsweise nichts vereinbart, so hat der Versicherungsbroker Anspruch auf die übliche oder eine angemessene Honorierung. [...].»

dalitäten der Courtagezahlung, allfällige Zusatzvergütungen¹⁰² sowie besondere Vereinbarungen zur Abwicklung des Versicherungsvertrages¹⁰³. Gewollt ist mit diesen Verträgen regelmässig die Gestaltung der Rechtslage im oben¹⁰⁴ beschriebenen Sinne¹⁰⁵.

27] Fraglich ist, welche rechtliche Bedeutung der *Zusammenarbeitsvereinbarung*¹⁰⁶ zwischen Makler und Versicherer zukommt. Dies ist nachfolgend zu klären. Zuvor ist noch kurz auf die Frage der Bemessung der Courtagen einzugehen.

C. Bemessung der Courtagen

[28] Die Bemessung der Courtagen richtet sich nach dem Vertrag zwischen Makler und Versicherungsnehmer. Häufig, wenn nicht sogar im Regelfall, enthalten die Maklerverträge jedoch keine Bestimmungen zur Bemessung der Courtagen. Solche finden sich vielmehr in den Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen den Maklern und den Versicherern. Diese können aber keine Vereinbarung über die von einem Dritten (dem Versicherungsnehmer) zu finanzierende Courtage treffen. Eine solche Vereinbarung wäre ein unzulässiger Vertrag zu Lasten eines Dritten. Massgebend für die Bemessung der Courtagen ist deshalb einzig das Auftragsverhältnis zwischen Makler und Versicherungsnehmer. Wie FELLMANN ausführlich und überzeugend darlegt, erfolgt die Bestimmung der Höhe des Honorars des Beauftragten bei Fehlen einer vertraglichen Bestimmung durch analoge Anwendung von Art. 414 OR¹⁰⁷. Von den dort genannten drei Varianten (Vertrag, Taxe und Übung) kommt nur die Letztere in Frage, da sowohl eine vertragliche Vereinbarung als auch eine Taxe (= behördlich festgesetzter Tarif¹⁰⁸) fehlen. Massgeblich ist somit die *den Verkehr tatsächlich beherrschende Übung* (Verkehrssitte)¹⁰⁹. In vielen Fällen besteht eine solche Übung¹¹⁰. Sie muss vom Makler nachgewiesen werden¹¹¹. Gelingt dies nicht, so wird der Makler auf der Grundlage

¹⁰² Dazu unten N 31 ff.

¹⁰³ Dazu unten N 41 ff.

¹⁰⁴ Oben N 20.

¹⁰⁵ Vorbehalten bleiben Maklermandate auf Honorarbasis (unten N 47).

¹⁰⁶ So der von STUDER (HELMUT STUDER [2000] 132) verwendete Begriff. Die Terminologie ist jedoch nicht einheitlich. So spricht z.B. BAUMANN (HANNES BAUMANN [1996] 11) von Courtagevertrag.

¹⁰⁷ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 395 ff.

¹⁰⁸ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 406.

¹⁰⁹ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 409.

¹¹⁰ Massgebend ist dabei allerdings eine Gesamtmarkt Betrachtung. Wenn ein grosser Makler regelmässig eine über dem Marktdurchschnitt liegende Courtage für sich beansprucht, so wird diese erhöhte Courtage im Rahmen der Schuldübernahme nur dann vom Versicherer übernommen, wenn der gegenüber der Marktusanz erhöhte Satz im Vertrag zwischen Makler und Versicherungsnehmer vereinbart worden ist.

¹¹¹ BK-FELLMANN (1992) Art. 394 OR N 423 ff.

der offenzulegenden Bemühungen die Höhe des geforderten Honorars rechtfertigen müssen.

D. Zusammenarbeitsvereinbarungen zwischen Makler und Versicherer

[29] Zunächst einmal folgt aus den vorstehenden Ausführungen, dass die Pflicht des Versicherers zur Bezahlung der Courtagen sowie deren Bemessung ihre Grundlagen gerade *nicht* in der Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Makler und Versicherer haben. Rechtsgrund der Zahlung ist die Schuldübernahme durch den Versicherer. Diese hat der Versicherer nicht dem Makler, sondern dem Versicherungsnehmer versprochen. Der Umstand, dass die interne Schuldübernahme dem Makler angezeigt, von diesem genehmigt und dadurch zur privativen wurde, macht sie nicht zum Bestandteil der Vereinbarung zwischen Makler und Versicherer. Daraus folgt z.B., dass *der Versicherer sich durch eine Kündigung der Zusammenarbeitsvereinbarung nicht von der Pflicht zur Courtagenzahlung befreien kann*. Diese besteht vielmehr, solange der Versicherungs- und der Maklervertrag in Kraft sind¹¹².

[30] Als mögliche Inhalte der Vereinbarung zwischen Makler und Versicherer verbleiben somit: Die Ausrichtung von Zusatzcourtage und andern Sondervergütungen, die über den vom Versicherer übernommenen Honoraranspruch des Maklers hinausgehen (nachfolgend Ziff. 1) sowie die Regelung der administrativen und organisatorischen Zusammenarbeit (nachfolgend Ziff. 2). In der Praxis finden sich in solchen Verträgen zum Teil auch Übertragungen von Aufgaben des Versicherers an den Makler (nachfolgend Ziff. 3).

1. Zusatzcourtage und Sondervergütungen

[31] In der Praxis wird in den Verträgen zwischen Makler und Versicherer sehr häufig die Bemessung der Entschädigung des Maklers geregelt. Da für den vom Versicherer übernommenen Honoraranspruch ausschliesslich das Vertragsverhältnis zwischen Makler und Versicherungsnehmer massgebend ist, stellt sich die Frage, welche rechtliche Bedeutung der diesbezüglichen Vereinbarung zwischen Makler und Versicherer zukommt.

[32] Soweit für die Bemessung der Courtagen im Vertrag zwischen Versicherer und Makler entweder auf die *marktübliche Höhe der Courtagen* (= Verkehrsübung) abgestellt oder auf eine *im Vertrag zwischen Makler und Versicherungsnehmer* (Maklervertrag) *vereinbarte Höhe* verwiesen wird, kommt dem Vertrag zwischen Makler und Versicherer (Zusam-

menarbeitsvereinbarung) keine selbständige Bedeutung zu.

[33] Wird zwischen Makler und Versicherer eine (im Vergleich zur marktüblichen oder zur zwischen Makler und Versicherungsnehmer vereinbarten) *tiefer Courtag* vereinbart, so muss der Versicherer die Differenz zwischen der marktüblichen oder der vereinbarten, zu deren Bezahlung er sich gegenüber dem Versicherungsnehmer verpflichtet hat, und der effektiv ausgerichteten Courtag dem Versicherungsnehmer zurückerstatten. Solche Fälle dürften aber wohl die absolute Ausnahme sein.

[34] Wird eine höhere Courtag (*Zusatzcourtag*) und/oder die Ausrichtung von volumen-, wachstums- oder ertragsabhängigen *Sondervergütungen* vereinbart, so wird mit dem Vertrag zwischen Makler und Versicherer in Bezug auf die Zusatzcourtag sowie auf die Sondervergütungen eine Leistungspflicht des Versicherers begründet. Mit dem Begriff der Zusatzcourtag wird im vorliegenden Zusammenhang jener Teil der vom Versicherer bezahlten Grundcourtag (= Courtag ohne Sondervergütung) verstanden, der die marktübliche Courtag bzw. die zwischen Makler und Versicherungsnehmer vereinbarte übersteigt und die der Makler einzig gestützt auf die Zusammenarbeitsvereinbarung mit dem Versicherer fordern kann.

[35] Lässt sich ein Makler solche Zusatzcourtage oder Sondervergütungen versprechen, so bleibt dies nicht ohne Auswirkung auf das zwischen ihm und dem Versicherungsnehmer bestehende Auftragsverhältnis. Nach Art. 400 Abs. 1 OR hat der Beauftragte auf Verlangen jederzeit nicht nur über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen, sondern auch alles, was ihm im Zusammenhang mit der Erfüllung des Auftrages aus irgendeinem Grund als Vorteil zugekommen ist, abzuliefern¹¹³. Diese Pflicht zur Ablieferung ist – wie die Rechenschaftspflicht – ein zentrales Element der Fremdnützigkeit des Auftrages. Sie lässt sich als Konkretisierung der Treuepflicht nach Art. 398 Abs. 2 OR verstehen¹¹⁴. Vorliegend stellt sich die Frage, ob Zusatzcourtage und Sondervergütungen solche aus der Erfüllung des Auftrags resultierende und damit herausgabepflichtige Vorteile darstellen¹¹⁵.

¹¹³ Zur Abgrenzung von Rechenschafts- und Herausgabepflicht: BGER 4A_13/2012 vom 19.11.2012, E. 4.1.

¹¹⁴ BGE 138 III 755, 762 f., E. 5.3.

¹¹⁵ Das Bundesgericht hat in mehreren *Grundsatzentscheidungen* (sog. Retrozessionspraxis) die Leitplanken festgelegt: Mit BGE 132 III 460 (2006) qualifizierte es Retrozessionen und ähnliche Entschädigungen als herausgabepflichtige Leistungen und umschrieb die Voraussetzungen, unter denen auf die Herausgabe verzichtet werden kann. Das Urteil löste ein breites Echo aus. Urteilsbesprechungen: MANUEL ARROYO (ZBJV 2006, 625), ROLF KUHN / DEBORAH SCHLUMPF (ZBJV 2012,

¹¹² Oben N 24.

[36] Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts betrifft die Ablieferungspflicht «nicht nur diejenigen Vermögenswerte, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, sondern auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. Der Beauftragte soll durch den Auftrag – abgesehen von einem allfälligen Honorar – weder gewinnen noch verlieren; er hat daher alle Vermögenswerte herauszugeben, die in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung stehen. Behalten darf der Beauftragte nur, was er lediglich bei Gelegenheit der Auftragsausführung, ohne inneren Zusammenhang mit dem ihm erteilten Auftrag von Dritten erhält [...]. Zu den indirekten Vorteilen, die der Herausgabepflicht unterstehen, zählen etwa Rabatte, Provisionen oder Schmiergelder. Ob die Zuwendung nach dem Willen des Dritten ausschliesslich dem Beauftragten zugute kommen soll oder nicht, spielt dabei keine Rolle.»¹¹⁶

[37] Über den Honoraranspruch des Maklers hinausgehende Zusatzcourtagen und Sondervergütungen stellen solche indirekten Vorteile dar. Zu prüfen ist deshalb, ob ihre Ausrichtung in einem inneren Zusammenhang zur Auftragsausführung steht. Da mit der Herausgabepflicht die Vorbeugung von Interessenkonflikten zur Sicherung der Fremdständigkeit des Auftrags angestrebt wird, ist bei Zuwendungen¹¹⁷ Dritter ein innerer Zusammenhang nach der Rechtsprechung schon dann zu bejahen, wenn die Gefahr besteht, der Beauftragte könnte sich dadurch veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen¹¹⁸. Der Makler übernimmt eine umfassende Interessenwahrungspflicht. Mit Zusatzcourtagen und Sondervergütungen schafft der Versicherer Anreize, die in erster Linie auf den Absatz seiner Produkte ausge-

richtet sind. Für den Makler entsteht damit ein Zielkonflikt zwischen seiner Einkommensoptimierung und der umfassenden Wahrung der Interessen des Versicherungsnehmers. Deshalb besteht zwischen Zusatzcourtagen und Sondervergütungen ein innerer Zusammenhang zur Auftragsausführung¹¹⁹. Daran ändert auch nichts, dass solche Zusatzcourtagen und Sondervergütungen marktüblich sein können. Zu beurteilen ist nämlich nicht, ob die zwischen Versicherer und Makler vereinbarte Vergütung zulässig, angemessen, marktgerecht oder übermässig ist. Massgebend ist im Hinblick auf die Herausgabepflicht nicht dieses Vertragsverhältnis, sondern dasjenige zwischen Makler und Versicherungsnehmer: Anhand der zwischen den Parteien des Maklervertrages vereinbarten Interessenwahrungspflicht des Maklers ist zu beurteilen, ob angesichts der von den Zusatzcourtagen und Sondervergütungen ausgehenden finanziellen Anreizen – jedoch unabhängig von deren Rechtsgrundlage – ein innerer Zusammenhang zur Auftragsausführung besteht. Dabei vermag die Marktüblichkeit solcher Entschädigungen die Herausgabepflicht nicht auszuschliessen¹²⁰. Daraus folgt: Zusatzcourtagen und Sondervergütungen unterliegen grundsätzlich der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht.

[38] Klarzustellen ist, dass diese Rechtslage nicht bedeutet, dass die Einkommen der Makler in der Höhe der marktüblichen Courtagen plafoniert sind. Vor allem grössere Makler können dank ihrer Marktmacht häufig Courtagen durchsetzen, die höher als die marktüblichen sind. Nach den vorstehenden Aussagen unterliegen solche Zusatzleistungen des Versicherers der Ablieferungspflicht. Dies gilt jedoch dann nicht, wenn auch diese Zusatzleistungen zwischen Makler und Versicherungsnehmer vereinbart werden. Sie werden dann Bestandteil des dem Makler vom Versicherungsnehmer geschuldeten Honorars, das zu bezahlen sich mit dem Schuldübernahmevertrag der Versicherer verpflichtet hat. Der Makler, der seine Leistungen zu einem höheren als dem marktüblichen Preis verkaufen will, muss dies somit im Maklervertrag mit dem Versicherungsnehmer explizit vereinbaren¹²¹. Mit anderen Worten: Der Preis für überdurchschnittliche Honorareinnahmen ist volle Transparenz. Das Bundesgericht stellt damit keine neuen Regeln auf, sondern verschafft lediglich dem seit Jahrzehnten geltenden Recht Nachachtung.

339) und STEPHAN FUHRER (Have 2006, 357). In BGE 137 III 393 (2011) bestätigte es diese Rechtsprechung. Auch dieses Urteil fand grosse Beachtung. Es wurde besprochen von KUHN / SCHLUMPF (a.a.O.), CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT / CHRISTOPH BRUNNER (Weblaw 27.10.2011), CHRISTIAN KOLLER (NZZ 28.11.2011) und STEPHAN FUHRER (Have 2012, 55). Mit BGE 138 III 755 (2012) hat das Bundesgericht klargestellt, dass seine Rechtsprechung nicht nur für die Vermögensverwaltung, sondern für alle Auftragsverhältnisse gilt. Der Entscheid ist sehr sorgfältig und ausführlich begründet. Er wurde kommentiert von: PETER NOBEL (Jusletter 19.11.2012 und NZZ 20.11.2012), MARTIN SCHUBARTH (Jusletter 17.12.2012), WERNER GRUNDLEHNER (NZZ 23.11.2012, 2.12.2012, 8.12.2012 und 30.1.2013), CORINNE ZELLWEGER-GUTKNECHT / CHRISTOPH BRUNNER (Weblaw 28.11.2012), Jusletter 5.11.2012, CLAUDIO KERBER (swissblawg 5.11.2012 und 02.12.2012), MARKUS FELBER (NZZ 02.11.2012) VITO ROBERTO (NZZ 6.11.2012).

¹¹⁶ BGE 138 III 755, 759 f., E. 4.2.

¹¹⁷ Das Bundesgericht hat diese Praxis zwar im Rahmen seiner Retrozessionsrechtsprechung entwickelt, es hält aber ausdrücklich fest, dass den dabei entwickelten Regeln nicht nur Retrozessionen unterstehen, sondern ganz allgemein indirekte Vorteile (unabhängig von ihrer Bezeichnung), die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. BGE 138 III 755, 763 f., E. 5.4.

¹¹⁸ BGE 138 III 755, 762 f., E. 5.3.

¹¹⁹ BGE 138 III 755, 765 f., E. 5.6.

¹²⁰ So das Bundesgericht in BGE 138 III 755, 766 f., E. 5.7, in Bezug auf die analoge Problematik bei Vermögensverwaltungen durch Banken.

¹²¹ Die andere Alternative wäre ein Verzicht des Versicherungsnehmers, der jedoch nur gültig ist, wenn dieser über die Höhe des Betrages, auf dessen Ablieferung er verzichtet, informiert worden ist. Unten N 40.

[39] Anzumerken bleibt, dass Art. 48k BVV 2 für den Bereich der beruflichen Vorsorge die Ausrichtung von Sondervergütungen generell verbietet¹²².

[40] Die Herausgabepflicht ist schliesslich nicht zwingend. Der Versicherungsnehmer kann darauf verzichten. Allerdings nicht voraussetzungslos und pauschal. Eine solche Vereinbarung setzt voraus, dass über die zu erwartenden Leistungen hinreichend informiert wurde. Der Versicherungsnehmer muss ihren Umfang und ihre Berechnungsgrundlagen kennen¹²³. Ohne eine solche Verzichtserklärung bleibt es bei der Herausgabepflicht. Auch diesbezüglich gilt somit die Regel: *Transparenz oder Ablieferung*.

2. *Regelung der administrativen und organisatorischen Zusammenarbeit*

[41] Unproblematisch ist, wenn der Makler für den Versicherer im administrativen und/oder organisatorischen Bereich Dienstleistungen ausführt und dafür honoriert wird (Beispiele: Ausfüllen von Versicherungsnachweisen, Erstellen von Dokumentationen¹²⁴ und Prämienabrechnungen, Inkasso der Prämie oder Identifikationen nach dem Geldwäschereigesetz)¹²⁵. Die Zusammenarbeitsvereinbarung ist der richtige Ort zur Regelung solcher Dienstleistungen und ihrer Entschädigung.

[42] Soweit ein Makler aufgrund einer solchen Vereinbarung für den Versicherer Dienstleistungen gegenüber Dritten (namentlich gegenüber dem Versicherungsnehmer) erbringt, wird er zur Hilfsperson des Versicherers. Führt ein Fehler des Maklers zu einer Schädigung des Versicherungsnehmers, so haftet der Versicherer für diesen Schaden. Diesen aufgrund von Aufgabe und Stellung des Maklers auf den ersten Blick irritierenden, aber letztlich logischen Schluss hat kürzlich auch der deutsche BGH gezogen¹²⁶. Im zu beurteilenden Fall liess der Versicherer ihm obliegende Aufklärungspflichten durch den Makler erfüllen. Nach schweizerischem Recht wäre in diesen Fällen eine andere Lösung naheliegender: Der Versicherungsnehmer muss sich das Wissen seines Maklers anrechnen lassen. In der Regel folgt daraus, dass der Versicherungsnehmer die Inhalte der vom Versicherer geschuldeten Aufklärung bereits kennt. In diesem Umfang ist der Versicherer nicht mehr aufklärungspflichtig. Sind die Erläuterungen des Maklers falsch, so muss sich

der Versicherungsnehmer an den Makler halten, der nach auftragsrechtlichen Grundsätzen haftet¹²⁷. Sieht man von den Aufklärungspflichten ab, so führt eine fehlerhafte Ausführung einer dem Makler vom Versicherer übertragenen Aufgabe primär zu einer Schädigung des Versicherers und nicht des Versicherungsnehmers. Fälle der Haftung des Versicherers für ein Fehlverhalten des Maklers dürften nach schweizerischem Recht deshalb immer noch sehr unwahrscheinlich bleiben.

3. *Übertragung von Aufgaben des Versicherers*

[43] Es kommt in der Praxis immer wieder vor, dass sich Makler vom Versicherer Underwriting- oder Schadenregulierungskompetenzen einräumen lassen. Solche Regelungen sind unzulässig. Es wurde bereits ausgeführt, dass zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ein klarer Interessengegensatz besteht¹²⁸. Der Versicherer will eine möglichst hohe Prämie für die gewährte Deckung und der Versicherungsnehmer das Gegenteil. Der Makler kann in dieser Situation nicht den Einkauf für den Versicherungsnehmer und gleichzeitig den Verkauf für den Versicherer übernehmen. Gleiches gilt mutatis mutandis für die Schadenregulierung. Da der Makler dem Versicherungsnehmer Treue schuldet, verletzt er mit der Übernahme von Underwriting- oder Schadenregulierungskompetenzen¹²⁹ seine Pflichten dem Versicherungsnehmer gegenüber¹³⁰.

[44] Die Grenze zwischen der zulässigen Übernahme von administrativen oder organisatorischen Dienstleistungen und der unzulässigen Delegation von Aufgaben des Versicherers ist einfach zu ziehen. Solange mit der Ausführung von Dienstleistungen keine Interessen des Versicherungsnehmers verletzt werden, d.h., solange in Bezug auf eine konkrete Tätigkeit keine Interessengegensätze bestehen, steht einer Übertragung an den Makler nichts entgegen.

4. *Fazit*

[45] Mangels Vereinbarung im Maklervertrag steht dem Makler eine marktübliche Courtage zu. Diesbezüglich verfügt er über ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer. Die Honorarzahung des Versicherers stellt keine der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR unterstellte Zuwendung eines Dritten dar, da der Versicherer diesbezüglich die Honorarzahlungspflicht des Ver-

¹²² Vgl. zu den besonderen Problemen der beruflichen Vorsorge: HANS-ULRICH STAUFFER (2009) *passim*.

¹²³ BGE 137 III 393.

¹²⁴ CHRISTIAN SCHNEIDER (2012) *passim*.

¹²⁵ BGE 138 III 755, 766 f., E. 5.7.

¹²⁶ BGH IV ZR 71/11 vom 26.9.2012, r+s 2013, 117–119.

¹²⁷ STEPHAN FUHRER (2011) N 6.36 und 6.69 (mit Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung).

¹²⁸ Oben N 15 f.

¹²⁹ Selbstverständlich ist nichts dagegen einzuwenden, wenn der Makler in Vertretung und zur Wahrung der Interessen des Versicherungsnehmers die Schadenregulierung des Versicherers begleitet.

¹³⁰ BGer 4A_127/2012 vom 30.10.2012, E. 6.2.

sicherungsnehmers übernommen hat. Als Zuwendung eines Dritten sind jedoch Zusatzcourtage und Sondervergütungen zu qualifizieren, weshalb die vom Bundesgericht im Rahmen seiner Retrozessionsrechtsprechung entwickelten Regeln darauf anwendbar sind. Unproblematisch sind Vergütungen des Versicherers für vom Makler übernommene administrative und organisatorische Arbeiten. Mit der Stellung des Maklers als treuhänderischer Sachwalter des Versicherungsnehmers nicht vereinbar ist hingegen die Annahme von Aufträgen des Versicherers, bei denen zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer ein Interessengegensatz besteht (insbesondere die Übertragung von Underwriting- oder Schadenregulierungskompetenzen).

IV. Maklerwechsel

[46] Der Versicherungsnehmer kann den Maklervertrag jederzeit kündigen (Art. 404 Abs. 1 OR). In diesem Fall endet der Anspruch des Maklers auf Courtagezahlung¹³¹. Beauftragt der Versicherungsnehmer einen neuen Makler, so muss der Versicherer (die vom Versicherungsnehmer finanzierte) Courtage dem neuen Makler ausbezahlen. Wird kein neuer Makler beauftragt, so ist der Versicherer durch den Umstand, dass er keine Courtage mehr bezahlen muss, diese aber weiterhin in der Prämie eingerechnet sind, ohne Rechtsgrund bereichert (Art. 62 ff. OR). Diese Bereicherung muss er dem Versicherungsnehmer zurückerstatten. Abzurechnen ist in analoger Anwendung von Art. 24 Abs. 1 VVG pro rata temporis.

V. Tätigkeit auf Honorarbasis

[47] Die mit der Vorbereitung der Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes beauftragte Expertenkommission hat vorgeschlagen, das System der Courtagezahlung durch die Versicherer durch ein solches der sog. Nettoquotierungen zu ersetzen. Der Versicherer würde in seinen Prämien keine Courtage mehr einrechnen (Nettoprämien) und der Makler verrechnete dem Versicherungsnehmer für seine Tätigkeit ein Honorar. Die Reaktionen der Makler auf diesen Vorschlag waren durchwegs sehr negativ¹³². Da der vorgeschlagene Systemwechsel offensichtlich politisch nicht mehrheitsfähig ist, hat PETER PFUND vorgeschlagen, eine dritte, auf Honorarbasis arbeitende Vermittlerkategorie zu schaffen. Dies würde zu einer Zweiteilung der Makler in nach dem tradierten Courtagensystem und auf Honorar-

basis arbeitende führen¹³³. Selbstverständlich hindert – auch ohne Schaffung einer neuen Vermittlerkategorie – niemanden einen Makler, bereits heute auf Honorarbasis zu arbeiten und seinen Kunden auf Nettobasis tarifierte Versicherungsverträge zu vermitteln¹³⁴. In diesen Fällen gilt es allerdings zu beachten, dass bei einem allfälligen Wechsel des Maklers der neue Makler keinen Anspruch auf Courtagezahlung hat, da der Versicherungsvertrag keine Übernahme der Honorarzahlpflicht durch den Versicherer vorsieht¹³⁵.

Literatur

BASLER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT, hrsg. von HONSELL/VOGT/WIEGAND, Basel ab 1996, unterschiedliche Auflagen, die Nachweise beziehen sich jeweils auf die laufende Auflage, zit. BSK-BEARBEITER

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

BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN (Hrsg.): Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl., München, 2009, zit. BEARBEITER, in: BECKMANN/MATUSCHE-BECKMANN

BERLINER KOMMENTAR ZUM VERSICHERUNGSVERTRAGSGESETZ, hrsg. von HONSELL, Berlin 1999, zit. BERLK-BEARBEITER

BERNER KOMMENTAR ZUM SCHWEIZERISCHEN PRIVATRECHT, hrsg. von HAUSHERR/WALTER, Bern ab 1910, unterschiedliche Auflagen, die Nachweise beziehen sich auf die laufende Auflage, zit. BK-BEARBEITER

BRUCK / MÖLLER (Begründer): Versicherungsvertragsgesetz, Grosskommentar, hrsg. von BAUMANN/BECKMANN/JOHANNSEN K./JOHANNSEN R., 9 Bände, Berlin ab 2008, zit. BEARBEITER, in: BRUCK/MÖLLER

BRULHART VINCENT: Droit des assurances privées, unter Mitarbeit von FAGONE MALIK und LÜTHI JONATHAN, Bern 2008

DECKERS SVEN: Die Abgrenzung des Versicherungsververtreters vom Versicherungsmakler, Karlsruhe 2003, zugl. Diss. Bonn

FUHRER STEPHAN: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011

GAUCH PETER: Der Werkvertrag, 5. Aufl., Zürich 2011

GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG/EMMENEGGER SUSAN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, 9. Aufl., Zürich 2008, zit. GAUCH/SCHLUEP/BEARBEITER

HOFSTETTER JOSEF: Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, Schweizerisches Privatrecht, Band VII/6, 2. Aufl., Basel 2000

¹³³ Ausführlich: PETER PFUND (2010) 436 ff.

¹³⁴ HANS-PETER SCHWINTOWSKI (2009) passim.

¹³⁵ Der Versicherer tut jedoch gut daran, einen solchen Sachverhalt in der Police zu dokumentieren (durch die Aufnahme einer sog. Nettoklausel).

¹³¹ Oben N 29.

¹³² Details bei PETER PFUND (2010) 433.

- HÖSLY BALZ, SIEBER PHILIPP: Broker und Internet-Vergleichsportale im Versicherungsvertrieb: Rolle, Transparenz und Herausforderungen für den Gesetzgeber, in: DÖRIG, FELLMANN, GIGER, LENDI, SEIDL, STÄMPFLI und TSCHIRKY (Hrsg.), *Versicherungsbranche im Wandel – Chancen und Risiken einer Neubestimmung*, Liber amicorum für MORITZ W. KUHN zum 65. Geburtstag, Bern 2009, S. 187–223
- JAEGER BERNARD: *Agents et courtiers d'assurances en Suisse*, SVZ 1998, 95–112
- KARLE NINA: Zum Maklerwechsel und zu den Folgen für die Courtageansprüche, *VersR* 2001, 825–830
- KESSLER, MARTIN A.: Die Stellung der gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittler nach Inkrafttreten des neuen VAG am 1.1.2006, *Diss. Zürich* 2009
- DERSELBE: Der zweigeteilte Versicherungsvermittler, Gespaltenes Verhältnis zur finanziellen Sicherheitsleistung in: ISENRING/KESSLER (Hrsg.), *Schutz & Verantwortung*, Liber amicorum für Heinrich Honsell, Zürich 2007, S. 225–253
- KOENIG WILLY: *Schweizerisches Privatversicherungsrecht. System des Versicherungsvertrages und der einzelnen Versicherungsarten*, 3. Aufl. Bern 1967
- KOLLHOSSER HELMUT: Der Versicherungsmakler, in: PRÖLSS ERICH R./MARTIN ANTON (Begründer): *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zu VVG und EGVVG sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen, unter Berücksichtigung des ÖVVG und österreichischer Rechtsprechung*, 27. Aufl. München 2004, Anhang zu §§ 43–48, 467–484 (*Anmerkung*: PRÖLSS/MARTIN wird vorliegend mit seiner 28. Auflage [2010] zitiert; da KOLLHOSSER bei dieser Auflage aber nicht mehr mitgewirkt hat, wird sein bedeutender Beitrag zum Maklerrecht aus der Voraufgabe wie ein Zeitschriftenaufsatz eigenständig zitiert)
- KRAUSKOPF PATRICK: *Der Vertrag zugunsten Dritter*, *Diss. Freiburg* 2000
- KUHN MORITZ W.: *Privatversicherungsrecht. Unter Berücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts. Unter Mitarbeit von MÜLLER-STUDER LUKA R. und ECKERT MARTIN K.*, 3. Aufl., Zürich 2010
- KUHN ROLF: *Entschädigungen in der Versicherungsbranche*, *Jusletter* 15.04.2013
- DERSELBE: «Retrozessionen» an Versicherungsmakler – eine Reise ins Ungewisse, *TREX* 2010, 160–163
- MAURER ALFRED: *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3. Aufl. Bern, 1995
- MIGSCH ERWIN: Der Courtagenanspruch des Versicherungsmaklers nach österreichischem Recht, *VersR* 1989, 321–328
- MÜLLER-CHEN MARKUS/UHLMANN FELIX: *Zusammenarbeitsverträgen zwischen Versicherern und Brokern*. *Have* 2005, 224–231;
- MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM VERSICHERUNGSVERTRAGSGESETZ, hrsg. von LANGHEID/WANDT, München 2009–2011, zit. MK-BEARBEITER
- NIGG HANS: VVG-Entwurf, Broker und Agent – klare Zweiteilung, Transparenz und keine Interessenkonflikte, *Have* 2007, 378–381
- PALANDT OTTO (Begründer): *Bürgerliches Gesetzbuch*, 72. Aufl. München 2013, zit. PALANDT/BEARBEITER
- PEDRAZZINI MARIO M.: *Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag*, in: VISCHER (Hrsg.), *Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/1, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse*, Basel 1977, 495–646
- PFUND PETER: Der abhängige Unabhängige, in: FUHRER (Hrsg.), *Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, Zürich 2010, 427–438
- PRÖLSS ERICH R./MARTIN ANTON (Begründer): *Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zu VVG und EGVVG sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen, unter Berücksichtigung des ÖVVG und österreichischer Rechtsprechung*, 28. Aufl. München 2010, zit. BEARBEITER, in: PRÖLSS/MARTIN
- RÖMER WOLFGANG/LANGHEID THEO/RIXECKER ROLAND: *Kommentar Versicherungsvertragsgesetz VVG –, mit VVG-Informationspflichtenverordnung*, 3. Aufl. München 2012, zit. BEARBEITER, in: RÖMER/LANGHEID/RIXECKER
- SCHAER ROLAND: *Modernes Versicherungsrecht – Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und zum Haftpflichtrecht*, Bern 2007
- SCHMIDT REIMER: Zur Rechtsstellung des Versicherungsmaklers in Deutschland, *VR* 1957, 69–81
- SCHNEIDER CHRISTIAN: *Dokumentationsfehler in Maklerpolicen – Zu § 5 VVG und zum «Dornbracht»-Urteil des OLG Hamm*, *r+s* 2012, 417–422
- SCHWINTOWSKI HANS-PETER: *Honorarberatung durch Versicherungsvermittler, Paradigmenwechsel durch VVG und RDG*, *VersR* 2009, 1333–1336
- STAUFFER HANS-ULRICH: *Retrozessionen in der beruflichen Vorsorge: die Behandlung von Broker-Provisionen*, *SZS* 2009, 454–460
- SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER (Hrsg.): *Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht*, 2. A., Münster 2011, zit. BEARBEITER, in: SCHWINTOWSKI/BRÖMMELMEYER
- STUDER HELMUT: *Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz*, Bern 2000, *zugl. Diss. Zürich*
- VISCHER FRANK: *Der Arbeitsvertrag*, *Schweizerisches Privatrecht, Band VII/4*, 3. A. Basel 2005
- ZINNERT MARIO: *Recht und Praxis des Versicherungsmaklers*, Karlsruhe 2008