

Internationales Symposium
für Versicherungsmakler und Führungskräfte
von Versicherungsunternehmen

Velden, 18./19.06.2015

Provisionsthematik – am Beispiel der Schweiz

von
Univ.-Prof. Dr. Anton K. Schnyder, LL.M.
Universität Zürich



Versicherungsaufsichtsrecht

- Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) vom 17. Dezember 2004, in Kraft seit 1. Januar 2006
- Aufsichtsverordnung (AVO) vom 9. November 2005, in Kraft seit 1. Januar 2006
- Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EWG betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, in Kraft seit 1. Januar 1993
- Abkommen vom 19. Dezember 1996 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Direktversicherung, in Kraft seit 9. Juli 1998, ergänzt durch Abkommen vom 20. Juni 2007 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein zur Änderung des Abkommens vom 19. Dezember 1996, angewendet seit 1. Juli 2007

Versicherungsaufsichtsrecht

Merkmale des geltenden Rechts:

- Transparenz der Gesetzgebung, Problematik der VO-Ebene
- Kompatibilität – aber keine Identität – gegenüber dem europäischen Recht; Äquivalenzdiskussion
- Von der materiellen Aufsicht zur Solvenzaufsicht (insbesondere SST)
- Aufsicht über Versicherungsvermittler
- Aufsicht über Versicherungsgruppen und -konglomerate
- Dienstleistungsfreiheit: nur gegenüber dem Fürstentum Liechtenstein (einschliesslich der Versicherungsvermittlung); *Liechtenstein*: Vertragsstaat des EWR-Abkommens → z.Z. Vernehmlassung zur Totalrevision des VersAG und zur Abänderung weiterer Gesetze ("Solvabilität II")

Aufsicht über Vermittler im Besonderen

4. Kapitel: Versicherungsvermittler und Versicherungsvermittlerinnen (Art. 40-45 VAG)

Art. 40 Definition

Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen sind, unabhängig von ihrer Bezeichnung, Personen, die im Interesse von Versicherungsunternehmen oder anderen Personen Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen.

Art. 41 Unzulässige Vermittlungstätigkeit

Es ist Versicherungsvermittlern und -vermittlerinnen untersagt, eine Tätigkeit zu Gunsten von Versicherungsunternehmen auszuüben, die dem vorliegenden Gesetz unterstehen, aber nicht zur Ausübung von Versicherungstätigkeiten ermächtigt sind.

Art. 42 Register

¹ Die FINMA führt ein Register der Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen (Register).

² Das Register ist öffentlich.

³ Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

Art. 43 Registereintrag

¹ Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen, die weder rechtlich noch wirtschaftlich noch auf andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind, müssen sich in das Register eintragen lassen.

² Die übrigen Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen haben das Recht, sich in das Register eintragen zu lassen.

Art. 44 Voraussetzungen für die Eintragung ins Register

¹ Ins Register eingetragen wird nur, wer:

- a. sich über ausreichende berufliche Qualifikationen ausweist oder, im Fall juristischer Personen, nachweist, dass genügend seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter diese Qualifikationen besitzen; und
- b. eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen oder gleichwertige finanzielle Sicherheiten geleistet hat.

² Der Bundesrat bestimmt die erforderlichen beruflichen Qualifikationen und legt die Mindesthöhe der finanziellen Sicherheiten fest. Er kann die Regelung der technischen Einzelheiten der FINMA überlassen.

Art. 45 Informationspflicht

¹ Sobald Vermittler und Vermittlerinnen mit Versicherten Kontakt aufnehmen, müssen sie diese mindestens über Folgendes informieren:

- a. ihre Identität und ihre Adresse;
- b. ob die von ihnen in einem bestimmten Versicherungszweig angebotenen Versicherungsdeckungen von einem einzigen oder von mehreren Versicherungsunternehmen stammen und um welche Versicherungsunternehmen es sich handelt;
- c. ihre Vertragsbeziehungen mit den Versicherungsunternehmen, für die sie tätig sind, sowie die Namen dieser Unternehmen;
- d. die Person, die für Nachlässigkeit, Fehler oder unrichtige Auskünfte im Zusammenhang mit ihrer Vermittlungstätigkeit haftbar gemacht werden kann;
- e. die Bearbeitung der Personendaten, insbesondere Ziel, Umfang und Empfänger der Daten sowie deren Aufbewahrung.

² Die Informationen nach Absatz 1 sind auf einem dauerhaften und für die Versicherten zugänglichen Träger abzugeben.

³ Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

Art. 183 AVO: Eintragungspflicht

¹ Keine Eintragungspflicht nach Artikel 43 Absatz 1 VAG besteht für Versicherungsvermittler und Versicherungsvermittlerinnen, wenn sie:

- a. während eines Kalenderjahres Provisionseinnahmen mehrheitlich mit einem oder zwei Versicherungsunternehmen realisieren;
- b. vom Versicherungsunternehmen Entschädigungen oder andere geldwerte Vorteile erhalten, die nicht der geschäftsüblichen Entschädigung für die Versicherungsvermittlung entsprechen und deshalb ihre Unabhängigkeit beeinträchtigen könnten;
- c. mit einem Versicherungsunternehmen Zusammenarbeits- oder andere Vereinbarungen eingegangen sind, die ihre Freiheit, auch für andere Versicherungsunternehmen tätig zu werden, beeinträchtigen;
- d. am Gesellschaftskapital eines Versicherungsunternehmens direkt oder indirekt mit mehr als 10 Prozent beteiligt sind; oder
- e. eine leitende Funktion in einem Versicherungsunternehmen innehaben oder auf andere Weise auf den Geschäftsgang eines Versicherungsunternehmens Einfluss ausüben können.

² Keine Eintragungspflicht nach Artikel 43 Absatz 1 VAG besteht auch, wenn ein Versicherungsunternehmen:

- a. am Gesellschaftskapital des Versicherungsvermittlers oder der Versicherungsvermittlerin direkt oder indirekt mit mehr als 10 Prozent beteiligt ist;
- b. eine leitende Funktion bei einem Versicherungsvermittlungsunternehmen innehat oder auf andere Weise auf den Geschäftsgang des Versicherungsvermittlers oder der Versicherungsvermittlerin Einfluss ausüben kann.

³ Die FINMA kann über die Eintragungspflicht in Abweichung von den Absätzen 1 und 2 verfügen, sofern besondere Umstände dies rechtfertigen.

Versicherungsvertragsgesetz

- Ursprüngliche Fassung vom 2. April 1908, in Kraft seit 1. Januar 1910
- Viele dispositive Normen
- "Alles-oder-nichts-Prinzip", mit Ausnahmen

VVG-Teilrevision vom 17. Dezember 2004

- Inkrafttreten: 1. Januar 2006 und 1. Januar 2007
- Revisionsbestrebungen; Koordinierung mit Totalrevision VAG
- 1990er Jahre

Projekt Totalrevision VVG

- PETER GAUCH: Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig! in: recht 1990, 65 ff.
- Die 1990er Jahre
- 11. Februar 2003: Einsetzung der Expertenkommission durch Bundesrätin RUTH METZLER-ARNOLD; Auftrag
- Entwurf der Expertenkommission mit Erläuterndem Bericht (vom 31. Juli 2006); Veröffentlichung durch EFD am 21. September 2006
- Vernehmlassungsvorlage der Regierung vom 21. Januar 2009 (Ablauf der Vernehmlassungsfrist Ende Juli 2009)
- Regierungsentwurf: Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes vom 7. September 2011 (Bundesblatt 2011 7705, 7819)
- Rückweisung der Vorlage durch das Parlament (Nationalrat: 13. Dezember 2012; Ständerat: 20. März 2013)

Ziele des Expertenentwurfs

- In sich geschlossener, zeitgemässer Gesetzesentwurf, Orientierung auch an ausländischen und internationalen Entwicklungen
- Überzeugende neue Systematik
- Moderate Fortentwicklung des Verbraucherschutzes
- Praxistauglichkeit
- Überprüfen aller Fragestellungen (einschliesslich der Teilrevision)

Umstrittene Fragestellungen und hängige Postulate

Diverse Fragestellungen wie:

- Kündigungsrecht des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflicht
- Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers
- Allgemeines (ordentliches) Kündigungsrecht
- Direktes Forderungsrecht in der obligatorischen Haftpflichtversicherung

- *Pièce de résistance*: Vermittlerrecht, insbes. Revisionsvorschläge betreffend VAG – bisherige Vorschläge (vor 2011)

Art. 40 VAG Definition [Versicherungsvermittler] / Expertenkommission

¹ [Satz 1 wie bisheriger Art. 40] *neu Satz 2*: Sie sind als Versicherungsagenten, Versicherungsmakler oder deren Hilfspersonen tätig.

² Versicherungsagent ist, wer die Vermittlung im Auftrag eines Versicherungsunternehmens betreibt oder dafür von diesem direkt oder indirekt entschädigt wird.

³ Versicherungsmakler ist, wer die Vermittlung im Auftrag eines Versicherungsinteressenten bzw. Versicherungsnehmers betreibt, dafür weder direkt noch indirekt von einem Versicherungsunternehmen entschädigt wird und auch nicht in anderer Weise im Sinn von Artikel 43 Absatz 1 an ein Versicherungsunternehmen gebunden ist.

Art. 68 Vernehmlassungsvorlage / Entschädigung

¹ Die Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer entschädigen die Versicherungsmaklerinnen und Versicherungsmakler für ihre Vermittlungstätigkeit.

² Die Versicherungsmaklerinnen und Versicherungsmakler erstatten den Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmern die ihnen vom Versicherungsunternehmen zugekommenen Leistungen wie Provisionen, Superprovisionen und andere geldwerte Vorteile, die direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängen.

³ Auf die Erfüllung der Herausgabepflicht kann die Versicherungsnehmerin oder der Versicherungsnehmer nur so weit verzichten, wie die Leistungen nach Absatz 2 erfüllungshalber an die Entschädigung angerechnet werden. Der Verzicht ist schriftlich zu erklären.

- **Art. 66 Regierungsvorlage**

Art. 66 Offenlegung der Entschädigung

¹ Werden die Versicherungsmaklerinnen oder Versicherungsmakler von Dritten mittels Provisionen, Courtagen und anderen geldwerten Vorteilen entschädigt, die mit dem zu vermittelnden Vertrag zusammenhängen, so müssen sie die Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer vollständig, wahrheitsgetreu und verständlich darüber informieren.

² Die Information erfolgt schriftlich und beinhaltet Art und Höhe der Leistung. Sie hat vor Abschluss oder vor Änderung des Vertrags zu erfolgen. Ist zu diesem Zeitpunkt die Leistung betragsmässig nicht feststellbar, muss umfassend und in verständlicher Form über deren Art und Weise der Berechnung informiert werden.

- Revision der Art. 40 ff. des Versicherungsaufsichtsgesetzes – Regierungsentwurf

Art. 40 Definition

¹ Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler sind, unabhängig von ihrer Bezeichnung, Personen, die Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen.

² Ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler sind weder rechtlich noch wirtschaftlich noch auf andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden.

³ Alle übrigen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler gelten als gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler.

⁴ Der Bundesrat konkretisiert die Kriterien, nach denen zwischen gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern unterschieden wird.

Art. 41 Unzulässige Vermittlungstätigkeit

¹ Ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler dürfen nicht auch als gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler tätig sein und umgekehrt:

² Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern ist es untersagt, zugunsten von Versicherungsunternehmen tätig zu sein, die dem vorliegenden Gesetz unterstehen, aber nicht zur Ausübung einer Versicherungstätigkeit ermächtigt sind.

Art. 43 Eintragung ins Register

- ¹ Ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler müssen sich in das Register eintragen lassen.
- ² Gebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler können sich in das Register eintragen lassen.
- ³ Die eingetragenen Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler sind verpflichtet, Änderungen der im Register eingetragenen Angaben unverzüglich der FINMA bekannt zu geben.

Art. 44 Abs. 1 Bst. A sowie Abs. 2 und 3

- ¹ Ins Register eingetragen wird nur, wer:
 - a. sich über ausreichende berufliche und persönliche Qualifikationen ausweist oder, im Fall juristischer Personen, nachweist, dass genügend seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter diese Qualifikationen besitzen; und
- ² Ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler müssen den Beitritt zur Ombudsstelle nachweisen.
- ³ Der Bundesrat bestimmt die erforderlichen beruflichen und persönlichen Qualifikationen nach Absatz 1 und die Mindesthöhe der finanziellen Sicherheiten. Er kann die Regelung der technischen Einzelheiten der FINMA überlassen.

Art. 45 Informations- und Offenlegungspflicht

¹ Eine Versicherungsvermittlerin oder ein Versicherungsvermittler hat die Informationspflicht nach Artikel 69 des Bundesgesetzes vom ... über den Versicherungsvertrag (VVG) zu erfüllen.

² Eine Versicherungsmaklerin oder ein Versicherungsmakler im Sinne des VVG hat die Offenlegungspflicht nach Artikel 66 VVG zu erfüllen.

Art. 45a (neu) Verbot von Vereinbarungen über Zusatzentschädigungen

Vereinbarungen über die Ausrichtung von *volumen-, wachstums- und schadenabhängigen Zusatzentschädigungen* an ungebundene Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler sind unzulässig.

Offen: Zukunft der Provisionierung

Beschlüsse des Parlaments

- *Rückweisung* der Vorlage an den Bundesrat, verbunden mit dem Auftrag, "nur notwendige Änderungen auf Grundlage des geltenden Rechts im Rahmen einer (*weiteren*) *Teilrevision* des VVG" vorzunehmen.
- Dabei sei zu beachten:
 1. Das geltende VVG ist beizubehalten und nur punktuell zu optimieren. Dabei sind insbesondere bewährte Bestimmungen und solche, die bereits im Rahmen der Teilrevision 2006/07 geändert wurden, unverändert beizubehalten.
 2. Änderungen des geltenden VVG nur soweit nötig (auch angesichts der Kostenfolgen), wie z.B.:
 - angemessenes Widerrufsrecht (vgl. Art. 7 der Vorlage);
 - gesetzliche Regelung der vorläufigen Deckung (vgl. Art. 23 der Vorlage);
 - Zulassung der Rückwärtsversicherung (vgl. Art. 24 der Vorlage);
 - Beseitigung der konsumentenfeindlichen Genehmigungsfiktion (Art. 12 VVG);
 - angemessene Verlängerung der Verjährungsfristen;
 - ordentliches Kündigungsrecht (vgl. Art. 52 der Vorlage; Verhinderung von "Knebelverträgen").Dabei sind unnötige Eingriffe in die Vertragsfreiheit zu vermeiden.
 3. Angemessene Eingrenzung des Schutzbereichs (vgl. Grossrisiken gemäss Vorlage als Schritt in diese Richtung).
 4. Es sind generell anerkannte, nicht auslegungsbedürftige Begriffe zu verwenden (VVG als Ergänzungserlass zum OR; Einheit der Rechtsordnung).
 5. Dem elektronischen Geschäftsverkehr ist Rechnung zu tragen.
Bei der Erarbeitung der Teilrevision sollen die Gesetzesadressaten (Versicherungsnehmer und Versicherungsgesellschaften bzw. ihre Interessenvertreter) angemessen einbezogen werden.

Basler Entscheid

- Entscheid des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 30. Oktober 2014 i.S. XY gegen AB
- Appellation (Berufung) hängig
- Berufung an das Bundesgericht?

Courtagen = Retrozessionen?

Erwägung 4 des bundesgerichtlichen Urteils vom 29. November 2011:

"Nach Art. 400 Abs. 1 OR ist der Beauftragte verpflichtet, auf Verlangen jederzeit über seine Geschäftsführung Rechenschaft abzulegen und alles, was ihm infolge derselben aus irgendeinem Grund zugekommen ist, zu erstatten. Die Ablieferungspflicht betrifft neben denjenigen Vermögenswerten, die der Beauftragte direkt vom Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags erhält, auch indirekte Vorteile, die dem Beauftragten infolge der Auftragsausführung von Dritten zukommen. 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 des Beauftragten gehören unter anderem sogenannte Retrozessionen bzw. Rückvergütungen. Darunter werden namentlich Zahlungen verstanden, die dem Vermögensverwalter gestützt auf eine entsprechende Vereinbarung mit der Depotbank aus vereinnahmten Gebühren zufließen. Diese fallen im Zusammenhang mit der Verwaltung des Vermögens an und unterliegen daher der Herausgabepflicht nach Art. 400 Abs. 1 OR (BGE 137 III 393 E. 2.1; 132 III 460 E. 4.1 mit Hinweisen)."

Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen möglich (Bundesgericht a.a.O.):

"In BGE 137 III 393 hat das Bundesgericht die Voraussetzungen eines ausdrücklichen Verzichts des Auftraggebers auf die Herausgabe von Rückvergütungen, die dem beauftragten Vermögensverwalter zufließen, präzisiert. Dabei führte es aus, die sich aus der eigentlichen Fremdnützigkeit des Auftrags ergebenden Schranken seien gewahrt, sofern der Auftraggeber den Umfang sowie die Berechnungsgrundlagen der Retrozessionen kennt, die es ihm erlauben, die Kostenstruktur des Vermögensverwaltungsmandats zu erfassen sowie die damit verbundenen Interessenkonflikte des Vermögensverwalters zu erkennen, und er im Wissen darum dem konkreten Entschädigungsmodell zustimmt. Damit ein Vorausverzicht auf die Ablieferung gültig sei, müsse der Auftraggeber demnach die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Retrozessionen notwendig seien und einen Vergleich mit dem vereinbarten Vermögensverwaltungshonorar erlaubten (E. 2.4). Inwieweit eine aktive Aufklärung erforderlich sei, damit die Kenntnis des Auftraggebers hinsichtlich der Retrozessionen für einen Verzicht ausreiche, sei im Einzelfall zu bestimmen, wobei auch der Geschäftserfahrung des Auftraggebers Rechnung zu tragen sei (E. 2.5). Im konkreten Fall wurde als nicht hinreichend angesehen, dass die geschäftserfahrene Auftraggeberin die Begrenzung der Retrozessionen durch die maximale Höhe der vereinnahmten Transaktionskosten sowie die übliche, durchschnittlich erzielte Bruttomarge im Vermögensverwaltungsgeschäft kannte (E. 2.6)."

Basler Entscheidung

Erwägung 7.2:

"Die wohl herrschende Lehre vertritt die Ansicht, dass die in der Rechtsprechung zu den Retrozessionen entwickelten Grundsätze auch auf den Versicherungsbrokervertrag anwendbar sind, allenfalls mit gewissen Modifikationen [...]. Es wird argumentiert, dass die Rechenschafts- und Herausgabepflicht gemäss Art. 400 OR, auf welche das Bundesgericht die Herausgabepflicht bei den Retrozessionen stützt, auch auf den Versicherungsbrokervertrag anwendbar seien. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung basiert die Herausgabepflicht bei Retrozessionen auf der Überlegung, dass damit Interessenskollisionen vorgebeugt werden soll. Eine solche Interessenskollision liegt auch beim Versicherungsbroker vor. Die Courtage berechnet sich nach einem Prozentsatz der Versicherungsprämie. Daher hat der Versicherungsbroker ein Interesse daran, dass sein Auftraggeber mit demjenigen Versicherer einen Vertrag abschliesst, welcher ihm den höchsten Prozentsatz für die Courtage verspricht und dass die Versicherungsprämien möglichst hoch sind. Diese Interessen des Versicherungsbrokers [laufen] den Interessen des Versicherungsnehmers diametral entgegen, welcher daran interessiert ist, bei möglichst tiefen Prämien den bestmöglichen Versicherungsschutz zu erlangen."

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!



K5.2013.18

ENTSCHEID

vom 30. Oktober 2014

Mitwirkende

Präsident Dr. H. Loehr (Vorsitz), Dr. P. Staehelin,
lic. iur. M. Jurkovic Löffler, E. Spreng Troller, E. Tschudi-Moser
und a.o. Gerichtsschreiberin lic. iur. T. Blatter

Parteien

XY

Klägerin

gegen

AB

Beklagte

Gegenstand

Forderung

TATSACHEN

I.

Die Klägerin ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Basel, welche hauptsächlich im Bereich der Vermittlung von Versicherungsverträgen tätig ist (Klagbeilage [KB] 2). Die Beklagte ist eine Stiftung nach liechtensteinischem Recht, deren Haupttätigkeit im Bereich des Private Banking und Asset Management liegt (KB 4 und 5).

Am 19. August / 27. September 2005 schlossen die Rechtsvorgängerin der Klägerin, die [REDACTED] und die Beklagte eine mit „Maklervertrag“ bezeichnete Vereinbarung. Die Rechtsvorgängerin der Klägerin verpflichtete sich darin, folgende Leistungen für die Beklagte zu erbringen:

- die Prüfung und Überwachung des Versicherungsbedarfes im Bereich der Berufshaftpflichtversicherung unter Berücksichtigung der speziellen Verhältnisse und der spezifischen Bedürfnisse der Beklagten;
- die Beratung über die auf die Bedürfnisse der Beklagten zugeschnittenen Versicherungsmöglichkeiten;
- die Besorgung von Offerten sowie die Vermittlung der notwendig erachteten Versicherungsverträge an die Versicherer;
- die Verwaltung, Überwachung und laufende Betreuung der Versicherungsverträge;
- die laufende Anpassung des Versicherungsschutzes und/oder der Vertragskonditionen an veränderte Risiko- und Marktverhältnisse sowie an veränderte Bedürfnisse der Beklagten;
- die Unterstützung der Beklagten im Schadenfall.

Weiter war in Ziff. 8 der Vereinbarung festgehalten, dass die Leistungen der [REDACTED] durch die von den Versicherungsgesellschaften bezahlte Courtage abgegolten seien. Schliesslich war in Ziff. 11 der Vereinbarung vorgesehen, dass der Auftrag mit einer Frist von drei Monaten jeweils auf das Ende des laufenden Kalenderjahres mit eingeschriebenem Brief gekündigt werden kann (KB 8).

Mit Nachtrag vom 14. Oktober 2005 wurde festgehalten, dass die [REDACTED] auch die Prüfung und Überwachung des Versicherungsbedarfs der Beklagten im Bereich der Vertrauensschadensversicherung übernehme (KB 8).

Nachdem die [REDACTED] im Zuge einer Fusion von der Klägerin übernommen worden war, schlossen die Klägerin und die Beklagte am 1. Juni 2010 eine ebenfalls mit „Maklervertrag“ bezeichnete Vereinbarung ab. Diese enthielt für die Klägerin genau dieselben Pflichten wie diejenigen, welche die [REDACTED] mit der Vereinbarung vom 19. August / 27. September 2005 sowie der Zusatzvereinbarung vom 14. Oktober 2005 übernommen hatte. Zudem waren auch die Regelungen betreffend die Entschädigung

der Klägerin und betreffend die Kündigungsmöglichkeit identisch mit der Vereinbarung vom 19. August / 27. September 2005 (KB 9).

In den letzten drei Monaten des Jahres 2012 verhandelte die Klägerin mit vier verschiedenen Versicherungsgesellschaften und vermittelte der Beklagten schliesslich vier Versicherungspolice für das Jahr 2013 (KB 15, 16, 32 bis 46; Replikbeilage 62).

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2012 kündigte die Beklagte den Maklervertrag vom 19. August / 27. September 2005 samt Nachtrag mit sofortiger Wirkung (KB 10).

Mit Schreiben an die Beklagte vom 20. Dezember 2012 bestritt die Klägerin die Gültigkeit der Kündigung und stellte der Beklagten ihre Dienste weiterhin im bisherigen Umfang zur Verfügung (KB 47).

Mit Schreiben vom 15. Januar 2013 teilte die Beklagte den Versicherungsgesellschaften, mit welchen sie die Versicherungsverträge für das Jahr 2013 abgeschlossen hatte, mit, dass sie dem bisherigen Versicherungsbroker die Vollmacht entzogen und der Firma [REDACTED] per 12. Dezember 2012 das Versicherungsbrokermandat erteilt habe. Damit seien sämtliche Courtagen ausschliesslich an den neuen Broker auszubezahlen (KB 58).

Zwischen dem 20. Dezember 2012 und dem 12. April 2013 fand zwischen den Parteien ein Schriftenwechsel statt, in welchem es um die Gültigkeit der Kündigung vom 12. Dezember 2012 sowie deren Rechtsfolgen ging. Die Klägerin stellte sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass die Kündigung per Ende 2012 nicht gültig sei, weshalb sie Anspruch auf die im Jahr 2013 ausbezahlten Courtagen habe. Für den Fall der Gültigkeit der Kündigung machte die Klägerin einen Schaden im Umfang der entgangenen Courtagen geltend (KB 48, 49, 51). Die Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass die Kündigung rechtsgültig erfolgt sei und die Klägerin damit weder einen Anspruch auf die im Jahr 2013 ausbezahlten Courtagen noch auf Schadenersatz habe. Im Übrigen hätte die Klägerin die von ihr bezogenen Courtagen nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend Retrozessionen der Beklagten herausgeben müssen (KB 11, 50, 52).

Mit Schreiben vom 16. Mai 2013 bzw. 30. Mai 2013 versuchte die Klägerin, bei den Versicherungsgesellschaften, mit welchen die Beklagten durch ihre Vermittlung Versicherungsverträge für das Jahr 2013 abgeschlossen hatte, die Courtagen für ihre Vermittlungstätigkeit erhältlich zu machen (KB 54 bis 56). Drei der Versicherungsgesellschaften verweigerten die Auszahlung der Courtagen jedoch, da diese an denjenigen Versicherungsbroker auszurichten sei, welcher bei Geltungsbeginn einer Police mit dem Brokermandat betraut sei. Vorliegend sei dies nicht mehr die Klägerin, sondern die [REDACTED] (KB 35). Die Versicherungsgesellschaft, welche die Courtage bereits ausgerichtet hatte, kündigte zudem mit Schreiben vom 28. März 2013 an, dass sie ihre Leistung zurückfordern werde (KB 57).

II.

Mit begründeter Klage vom 21. August 2013 gelangte die Klägerin an das Zivilgericht Basel-Stadt und stellte folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei die Beklagte zur Zahlung von CHF 181'530.00 an die Klägerin zu verurteilen, nebst Zins zu 5 % seit dem 28. Mai 2013 auf CHF 51'750.00, Zins zu 5 % seit dem 19. Juni 2013 auf CHF 44'805.00 sowie Zins zu 5 % seit dem 11. Juli 2013 auf CHF 84'975.00; Mehrforderungen sind vorbehalten.
2. Unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge (inkl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten.

Nach Eingang des Kostenvorschusses setzte das Gericht der Beklagten mit Verfügung vom 11. September 2013 Frist zur Einreichung der Klagantwort.

III.

Mit Eingabe vom 2. Dezember 2014 reichte die Beklagte die Klagantwort ein. Sie beantragte darin die kostenfällige Abweisung der Klage.

Mit Verfügung vom 5. Dezember 2013 stellte das Gericht der Klägerin die Klagantwort zu und setzte ihr Frist zur Einreichung der Replik.

IV.

Am 28. März 2014 reichte die Klägerin die Replik ein. Sie hielt darin an ihren Rechtsbegehren gemäss Klage vom 21. August 2013 fest.

In der Folge setzte das Gericht der Beklagten mit Verfügung vom 31. März 2014 Frist, um die Duplik einzureichen.

V.

Mit Eingabe vom 28. März 2014 reichte die Beklagte die Duplik ein. Auch sie hielt an ihren Rechtsbegehren fest.

VI.

Mit Verfügung vom 23. Juli 2014 schloss der Instruktionsrichter den Schriftenwechsel und verfügte, dass die Parteien zur Verhandlung geladen werden sollen.

VII.

Mit Eingabe vom 31. Juli 2014 hielt die Klägerin fest, dass sie betreffend die von ihr behauptete Usanz, dass die Vermittlung von Versicherungsdeckung für die Zeit nach dem Mäklerauftrag nicht zu den Pflichten des Versicherungsmaklers gehöre, die Befragung diverser Zeugen sowie die Erstellung eines Kurzgutachtens beantragt habe. Sofern das Gericht aufgrund der Vertragsauslegung nicht zur Auffassung gelange, dass die Klägerin ohnehin nicht zur Gratisleistung verpflichtet sei, halte die Klägerin an den gestellten Beweisanträgen fest.

VIII.

Am 30. Oktober 2014 fand die Hauptverhandlung vor der Kammer des Zivilgerichts Basel-Stadt statt. Anwesend waren die beiden Parteivertreter der Klägerin mit [REDACTED], dem Präsidenten des Verwaltungsrates der Klägerin, sowie der Parteivertreter der Beklagten. Beide Parteien gelangten zum Vortrag. Sie hielten an den in ihren Rechtsschriften gestellten Begehren fest. Ihre Ausführungen anlässlich der Verhandlung sowie ihre Darlegungen in den eingereichten Rechtsschriften ergeben sich, soweit sie entscheidrelevant sind, aus den nachfolgenden Ausführungen.

Das Gericht teilte den Parteien am Ende der Verhandlung mit, dass ihnen der Entscheid schriftlich eröffnet werde.

ERWÄGUNGEN

1.

Die Beklagte, für welche die Klägerin Dienstleistungen erbracht hat, hat ihren Sitz im Fürstentum Liechtenstein. Damit liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Es ist somit nachfolgend zu prüfen, ob das Zivilgericht Basel-Stadt örtlich zuständig ist und welches Recht auf den vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt anwendbar ist.

1.1. Die Parteien haben in Ziff. 12 des Maklervertrages vom 1. Juni 2010 vereinbart, dass für Streitigkeiten im Zusammenhang mit diesem Vertrag der Gerichtsstand in Basel liegen solle. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob diese Gerichtsstandsklausel Gültigkeit hat und zur Anwendung gelangt.

Das Lugano-Übereinkommen ist vorliegend nicht anwendbar, da das Fürstentum Liechtenstein nicht Vertragspartei dieses Abkommens ist. Auch gibt es keinen bilateralen Vertrag zwischen dem Fürstentum Liechtenstein und der Schweiz, welches die internationale Zuständigkeit zwischen diesen Staaten regelt. Somit ist die Gültigkeit der vorliegenden Gerichtsstandsvereinbarung unter Anwendung des IPRG zu beurteilen. Gemäss Art. 5 Abs. 1 IPRG können die Parteien für einen zukünftigen Rechtsstreit über vermögensrechtliche Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren. Diese Vereinbarung hat grundsätzlich schriftlich zu erfolgen. Diese vorgenannten Voraussetzungen werden durch Ziff. 12 des Maklervertrages vom 1. Juni 2010 erfüllt. Die Vereinbarung ist somit gültig und das angerufene Gericht örtlich zuständig.

1.2. Da der Streitwert bei über CHF 100'000.00 liegt, ist die Kammer des Zivilgerichts sachlich zuständig (§ 9 Abs. 2 Ziff. 3 lit. a EG-ZPO).

1.3. Betreffend das anwendbare Recht haben die Parteien in Ziff. 12 des Maklervertrages vom 1. Juni 2010 ausdrücklich das schweizerische Recht als anwendbar erklärt. Diese Regelung ist gemäss Art. 116 Abs. 1 und 2 IPRG zulässig und rechtsgenügend. Damit ist auf das vorliegende Verfahren schweizerisches Recht anwendbar.

2.

Damit die in den nachfolgenden Erwägungen dargestellten Argumente der Parteien besser verständlich sind, soll zunächst kurz dargestellt werden, welche Rechtsbeziehungen zwischen Versicherungsbroker, Versicherungsnehmer sowie Versicherungsgesellschaft bestehen und wie das Entschädigungsmodell bei den Versicherungsbrokern üblicherweise funktioniert.

Zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherungsbroker besteht ein Versicherungsbrokervertrag. Dieser Vertrag enthält in aller Regel neben der Pflicht zur Vermittlung von Versicherungsverträgen noch weitere Aufgaben des Brokers, beispielsweise Risikoermittlung und –analyse, Entwicklung und Umsetzung von Deckungskonzepten, Überwachung und Optimierung des Versicherungsportefeuilles und Begleitung der Schadensregulierung (vgl. *Stephan Fuhrer*, Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was des Kunden ist in: HAVE 2013, S. 107 ff., Rz. 3; BGE 124 III 481, E. 4a). Die Rechtsnatur des Versicherungsbrokervertrages ist umstritten (vgl. dazu: *Fuhrer*, Rz. 5 ff.). Das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage – soweit ersichtlich – bis heute nicht klar geäußert. In BGE 124 III 481, E. 4, bezeichnete es den Versicherungsbroker als *Versicherungsmakler*, obwohl der Beauftragte im zu beurteilenden Fall nicht nur den Vertragsabschluss zu vermitteln hatte. Die wohl herrschende Lehre erachtet den Versicherungsbrokervertrag als einen Innominatvertrag.

Der Versicherungsbroker erbringt seine Leistungen für den Versicherungsnehmer gegen Entgelt (BGE 124 III 481, E. 4a). Es besteht die Usanz, dass die Leistungen des Versicherungsbrokers vom Versicherungsunternehmen bezahlt werden. Diese sogenannte Courtage wird von den Versicherungsunternehmen über die Prämien auf den Versicherungsnehmer überwält (*Fuhrer*, Rz. 18). Die Höhe der Courtage bestimmt sich aber nach dem Vertrag zwischen dem Broker und dem Versicherungsnehmer (*Fuhrer*, Rz. 28). Der Anspruch auf die Courtage besteht, solange sowohl der Versicherungsbroker- als auch der Versicherungsvertrag in Kraft sind (*Fuhrer*, Rz. 29). Zu beachten ist, dass der Broker trotz dieses Zahlungsmodells im Interesse des Versicherungsnehmers tätig ist und nicht etwa (auch) im Interesse der Versicherungsunternehmen (*Fuhrer*, Rz. 15 ff.).

In der Regel schliessen Versicherungsbroker und Versicherungsunternehmen eine sogenannte Zusammenarbeitsvereinbarung ab, in welcher sie die Berechnung der Courtage festlegen, ihre Zusammenarbeit administrativ und organisatorisch regeln und allenfalls auch Sondervergütungen vereinbaren (*Fuhrer*, Rz. 28 ff.).

Zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsunternehmer schliesslich besteht ein Versicherungsvertrag.

3.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten die Bezahlung von CHF 181'530.00. Sie begründet ihren Anspruch durch verschiedene (Eventual-)Argumente, welche nachfolgend erörtert werden sollen.

3.1. Die Klägerin macht zum einen geltend, dass die Beklagte am 12. Dezember 2012 den Vertrag vom 19. August / 27. September 2005 gekündigt habe, nicht jedoch den Vertrag vom 1. Juni 2010. Dieser sei daher nach wie vor in Kraft und sie habe Anspruch auf die im Jahr 2013 ausgerichteten Courtagen (Klage, Rz. 46).

3.2. Die Kündigung eines Vertrages ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie ist nach Treu und Glauben so auszulegen, wie sie der Empfänger verstehen durfte und musste (*Wolfgang Wiegand / Christoph Hurni* in: Heinrich Honsell, *Kurzkommentar Obligationenrecht*, 2014, N 18 zu Art. 1 OR). Vorliegend hatte die Beklagte der Klägerin zugestandermassen vor der schriftlichen Kündigung telefonisch angekündigt, dass sie das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien kündigen werde. Im Antwortschreiben der Klägerin vom 20. Dezember 2012 auf die Kündigung vom 12. Dezember 2012 (KB 47) sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass der Klägerin nicht klar gewesen wäre, dass die Beklagte den Vertrag vom 1. Juni 2010 zu kündigen wüsste. Aufgrund der Tatsache, dass der Vertrag aus dem Jahr 2005 durch den Vertrag aus dem Jahr 2010 ersetzt bzw. erneuert wurde, musste der Klägerin überdies klar sein, dass die Beklagte nicht den alten, ersetzten Vertrag kündigen wollte. Die Klägerin hat somit erkannt oder hätte zumindest nach Treu und Glauben erkennen müssen, dass die Beklagte den aktuellen Vertrag vom 1. Juni 2010 gekündigt hatte. Dieses Argument der Klägerin verfährt somit nicht.

4.

4.1. Die Klägerin macht weiter geltend, dass sie den mit der Beklagten geschlossenen Versicherungsbrokervertrag bis Ende 2012 gehörig erfüllt habe. Die Hauptarbeit des Versicherungsbrokers falle jeweils in den letzten Monaten des Jahres an, wenn die Versicherungsverträge für das Folgejahr ausgehandelt würden. Aufgrund des im Versicherungsbrokergeschäft üblichen Vergütungsmodells habe sie als Entschädigung für ihre Leistungen jeweils von den Versicherungsgesellschaften Courtagen erhalten. Diese Zahlungen betrügen jeweils 15% der Nettoversicherungsprämie und würden immer an denjenigen Versicherungsbroker ausgerichtet, welcher am 1. Januar des verhandelten Versicherungsjahrs mandatiert sei. Sie habe für die Beklagte die Versicherungsverträge für das Jahr 2013 ausgehandelt und abgeschlossen und daher Anspruch auf die dafür ausgerichteten Courtagen. Die fristlose Kündigung der Beklagten vom 12. Dezember 2012 widerspreche der Kündigungsregelung im Versicherungsbrokervertrag und sei daher nicht zulässig. Diese könne erst per Dezember 2013 Wirkung entfalten. Die Klägerin habe damit Anspruch auf die für die vermittelten Versicherungen bezahlten Courtagen. Die Beklagte habe dann aber mit ihrem Schreiben vom 15. Januar 2013 an die Versicherungsgesellschaften in vertragsverletzender Weise darauf hingewirkt, dass die Klägerin diese Courtagen nicht habe erhältlich machen konnte, wodurch der Klägerin ein Schaden im Umfang der Courtagen entstanden sei (Klage, Rz. 43 ff.).

Die Beklagte wendet dagegen ein, dass die auftragsrechtliche Bestimmung von Art. 404 OR, wonach der Vertrag vom Auftraggeber jederzeit aufgelöst werden kann, auf den Versicherungsbrokervertrag anwendbar sei. Die Kündigung sei somit zulässig und gültig und die Klägerin habe keinen Anspruch auf die Courtagen (Klagantwort, Zu Rz. 43).

4.2. Wie bereits ausgeführt, handelt es sich beim Versicherungsbrokervertrag gemäss herrschender Lehre um einen Innominatkontrakt. Dies ist im Hinblick auf die diversen Verpflichtungen, welche die Klägerin im Vertrag vom 1. Juni 2010 übernommen hat, zweifellos auch beim vorliegenden Versicherungsbrokervertrag der Fall.

Es ist somit zu prüfen, ob auf diesen Innominatvertrag die auftragsrechtliche Bestimmung von Art. 404 Abs. 1 OR anwendbar ist.

Bei der Frage, welche Rechtsbestimmungen auf einen Innominatvertrag anzuwenden sind, ist gemäss Rechtsprechung bei aus verschiedenen Einzelverträgen zusammengesetzten Vertragskomplexen und bei gemischten Verträgen auf den Regelungsschwerpunkt abzustellen. In jedem Einzelfall ist ausgehend von der Interessenlage der Parteien zu prüfen, welche Bedeutung den einzelnen Vertragsbestandteilen im Hinblick auf die Gestaltung der Gesamtrechtslage zukommt. Möglich und geboten ist eine sinngemässe Anwendung von Gesetzesbestimmungen, wenn und soweit eine Regel des gesetzlichen Vertragstypenrechts nach den Grundsätzen der Gesetzesanalogie auch auf eine Rechtsfrage passt, die es für den Innominatvertrag zu beurteilen gilt. Der Richter hat dabei zu prüfen, ob die Abweichung des konkreten Vertrages vom Typenvertrag die Schutzbedürftigkeitslage verändert. Er muss in jedem Einzelfall aufgrund des konkreten Vertrages und für jede sich stellende Rechtsfrage gesondert und ohne schematische Beurteilung wertend ermitteln, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen des Vertragstypenrechts oder nach welchen Rechtsgrundsätzen sie zu beurteilen ist. Auch ein Innominatvertrag kann unter zwingendes Recht fallen, das auf gesetzliche Vertragstypen anwendbar ist (*Brigitta Kratz* in: Gauch u.a., Präjudizienbuch OR 8. Auflage 2012, N 9 zu Vorb. Art. 184-551 OR).

Gemäss Bundesgericht ist OR 404 Abs. 1 auch bei Innominatkontrakten bzw. gemischten Verträgen zwingend anwendbar, für welche hinsichtlich der zeitlichen Bindung der Parteien die Bestimmungen des Auftragsrechtes als sachgerecht erscheinen. Das Bundesgericht dehnt den Anwendungsbereich von Art. 404 Abs. 1 OR mit seiner Rechtsprechung erheblich aus, was von einem grossen Teil der Lehre kritisiert wird. Diese will die Anwendbarkeit von Art. 404 Abs. 1 OR auf „typische“ Aufträge beschränken. Damit sind Verträge gemeint, die unentgeltlich oder höchstpersönlicher Natur sind bzw. denen ein besonderes Vertrauensverhältnis zugrunde liegt. Eine Wegbedingung von Art. 404 Abs. 1 wird vor allem auch bei Aufträgen mit Dauercharakter befürwortet (*Manuel Liatowitsch / Andrea Mondini*, Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz – Zeit für eine Praxisänderung zu Art. 404 OR in: AJP 2009, S. 294 ff., S. 295 f.).

4.3. Vorliegend handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag, welcher ein Dauerschuldverhältnis darstellt, was zumindest gemäss einem Teil der Lehre für die Möglichkeit der Wegbedingung von Art. 404 Abs. 1 OR spricht. Allerdings bedingt ein Versicherungsmaklervertrag auch ein Vertrauensverhältnis zwischen den Vertragsparteien. Der Versicherungsbroker hat die Interessen des Versicherungsnehmers treu und sorgfältig zu wahren. Letzterer muss sicher sein können, dass der Versicherungsbroker die Interessen des Versicherungsnehmers wahrnimmt und nicht etwa diejenigen der Versicherungsgesellschaften oder seine eigenen. Auch muss der Ver-

sicherungsnehmer darauf vertrauen können, dass der Versicherungsbroker die Risiken bzw. Versicherungsbedürfnisse seines Kunden richtig einschätzt und diesen rechtzeitig informiert, wenn Handlungsbedarf besteht (BGE 124 III 481, E. 4a). Diesbezüglich ist der Versicherungsbroker vergleichbar mit einem Anwalt oder Treuhänder in Versicherungssachen (*Hannes Baumann*, Die Courtage des Versicherungsmaklers, Diss. 1996, S. 192, Fn. 692). Dies spricht für die Möglichkeit der jederzeitigen Auflösung des Versicherungsbrokervertrages. Anzumerken bleibt, dass die Parteien selber ihren Vertrag als „Maklervertrag“ bezeichnet haben. Auch wenn die Bezeichnung eines Vertrages an und für sich nicht (alleine) ausschlaggebend ist, zeigt dies doch, dass die Parteien wohl einen Vertrag schliessen wollten, welcher betreffend seine Rechtswirkungen dem Maklervertrag ähnlich ist. Auch sind sich die Parteien einig, dass der Hauptbestandteil des von ihnen geschlossenen Vertrages das Aushandeln und Abschliessen von Versicherungsverträgen ist, also eine klassische Maklertätigkeit. Die übrigen Aufgaben des Versicherungsbrokers sind eher untergeordneter Natur bzw. hängen eng von dieser Vermittlung von Versicherungsverträgen ab; der Versicherungsbroker betreut diejenigen Verträge, welche er selbst vermittelt hat. Auf den Maklervertrag ist Art. 404 Abs. 1 OR anwendbar (*Caterina Ammann* in: BaKomm OR, 5. Auflage 2011, N 6 zu Art. 412 OR).

Die gesamten vorliegenden Umstände sprechen somit für die zwingende Anwendbarkeit von Art. 404 Abs. 1 OR auf den von den Parteien geschlossenen Vertrag. Damit ist die in Ziff. 11 des Vertrages vom 1. Juni 2010 getroffene Kündigungsregelung rechtswidrig und folglich nichtig. Die Beklagte war damit befugt, den Versicherungsbrokervertrag mit der Klägerin jederzeit zu beenden.

5.

5.1. Die Tatsache, dass der Vertrag jederzeit gekündigt werden kann, bedeutet jedoch nicht zwingend, dass die Klägerin keinen Anspruch darauf hat, von der Beklagten für ihre Bemühungen im Jahr 2012 entschädigt zu werden.

Für einen solchen Entschädigungsanspruch gibt es zwei mögliche Anspruchsgrundlagen. Einerseits kann argumentiert werden, dass die Klägerin den Vertrag erfüllt und damit Anspruch auf das vereinbarte Honorar hat. Andererseits liegt möglicherweise eine sogenannte Kündigung zu Unzeit (Art. 404 Abs. 2 OR) vor, welche zu einem Schadenersatzanspruch der Klägerin führt.

5.2. Hat die Tätigkeit des Maklers während des Bestehens des Maklervertrages kausal dazu geführt, dass nach Widerruf des Maklervertrages vom Auftraggeber noch ein Geschäftsabschluss getätigt wurde, so hat der Makler einen Lohnanspruch (*Caterina Ammann* in: BaKomm OR, N 10 zu Art. 413 OR).

Vorliegend geht es um die Entschädigung für die Tätigkeit der Klägerin als Versicherungsbroker. Die Klägerin hat sich Ende 2012 darum bemüht, für die Beklagte mit vier Versicherungsunternehmen Versicherungsverträge abzuschliessen. Der Vermitt-

lungserfolg ist unbestrittenermassen eingetreten, die Beklagte schloss mit den vier Versicherungsgesellschaften Versicherungsverträge für das Jahr 2013 ab. Der Vermittlungserfolg trat möglicherweise sogar noch während der Geltungsdauer des Vertrages ein, da die Zustimmung der Beklagten zum Abschluss der Verträge vor der Kündigung des Versicherungsbrokertrages erfolgte und diese Verträge daher allenfalls zum Zeitpunkt der Kündigung bereits mit den Versicherungsgesellschaften abgeschlossen worden waren. Ansonsten trat der Erfolg jedenfalls kurz nach der Kündigung ein, denn die Versicherungsverträge mussten per 31. Dezember 2012 vorliegen. Die Klägerin hat somit grundsätzlich Anspruch auf die Provision, welche für ihre Bemühungen zwischen den Parteien vereinbart wurde. Da sie diese Vergütung aufgrund der Kündigung des Versicherungsbrokertrages nicht mehr bei den Versicherungsunternehmen einziehen kann, muss ihr ihre ehemalige Vertragspartnerin, für welche die Klägerin ihre Leistungen ja erbracht hat, das Entgelt entrichten.

5.3. Die Höhe der geschuldeten Vergütung richtet sich nach dem Vertragsverhältnis zwischen Versicherungsbroker und Auftraggeber (*Fuhrer*, Rz. 28). Es stellt sich nun vorliegend die Frage, ob die Parteien die Höhe der geschuldeten Entschädigung (in genügender Weise) vereinbart haben und ob dieses vereinbarte Entgelt den geltend gemachten Courtagen entspricht. Falls eine solche Vereinbarung vorliegt, ist ein Entgelt in der Höhe der Courtage geschuldet.

Die Parteien haben in Ziff. 8 des Versicherungsbrokertrages vereinbart, dass die Leistungen der Klägerin durch die von den Versicherungsgesellschaften bezahlte Courtage abgegolten ist. Die Höhe dieser Courtage ist im Vertrag nicht angegeben.

Die Klägerin macht geltend, dass die Beklagte gewusst habe, wie hoch die ausgerichteten Courtagen waren. Sie habe die Beklagte darüber informiert, dass sie für ihre Tätigkeit eine marktübliche Courtage erhalte. Zudem sei eine Tochtergesellschaft der Beklagten in der Schweiz als Versicherungsmaklerin bei der FINMA registriert (Klage, Rz. 24; Replik Rz. 79). Die Beklagte bestreitet diese Behauptungen der Klägerin.

Die Klägerin hat nicht belegt, dass sie die Beklagte über die genaue Höhe der Courtagen oder zumindest über die Parameter zu deren Berechnung (insbesondere die Höhe des Prozentsatzes der Nettoprämien) informiert hat. Vielmehr scheint sie die von ihr bezogenen Courtagen erst im Rahmen der vorliegenden Streitigkeit erstmals offengelegt zu haben. In ihrer Replik, Rz. 104, gesteht die Klägerin indirekt zu, dass der Beklagten die Höhe der Courtage nicht bekannt war, indem sie betreffend ein Gespräch zwischen ██████████ von der Beklagten und ██████████ von der Klägerin ausführt: „Dabei hat ██████████ *sinngemäss* ausgeführt, die ██████████ würde vermutlich besser an der ██████████ verdienen als ██████████. Ob es nicht einen irgendwie gearteten Code of Conduct gebe, der die Offenlegung der Courtagen verlange. ██████████ hat dem nicht widersprochen und auch die absolute Höhe der Courtagen nicht in Abrede gestellt. Er hat darauf verwiesen, dass ██████████ von Anfang an ein deutlich besseres und kostengünstigeres Angebot abgegeben habe als ██████████ und die ██████████ davon seit Jahren profitiere. Das Thema wurde fallengelassen mit

dem Hinweis von [REDACTED], er wolle bei Gelegenheit nochmals darauf zurückkommen.“

Der Argumentation der Klägerin, dass die Beklagte über die Höhe der Courtage Bescheid gewusst habe, weil sie bzw. eine ihrer Tochtergesellschaften in diesem Umfeld tätig sei, kann nicht gefolgt werden. Vorliegend handelt es sich bei der Beklagten zwar um eine international tätige Stiftung, welche Bankengeschäfte vornimmt. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass sie auch im Versicherungswesen versiert ist. Dass dies nicht der Fall ist, zeigt sich daran, dass sie auf Versicherungsbroker angewiesen ist, um für sie Versicherungslösungen zu organisieren. Dass die Tochtergesellschaft der Beklagten, welche gemäss Angaben der Beklagten lediglich vereinzelt Lebensversicherungen vermittelt hat, Kenntnis von den üblichen Courtagen im Berufshaftpflicht- und Vertrauensschadenversicherungsgeschäft hat, hat die Klägerin nicht belegt. Hinzu kommt, dass die Tatsache, dass eine Tochtergesellschaft der Beklagten in der Schweiz als Versicherungsvermittlerin eingetragen ist, entgegen der Ansicht der Klägerin nicht ausreicht, um ein bei der Tochtergesellschaft möglicherweise vorhandenes Wissen der Beklagten als Muttergesellschaft zuzurechnen, zumal diese Tochtergesellschaft für die Beklagte in der Geschäftsbeziehung zur Klägerin keine Hilfspersonenfunktion übernommen hat.

Damit ist festzuhalten, dass die Beklagte über die Höhe der an die Klägerin ausgerichteten Courtagen keine Kenntnis hatte. Wenn aber eine Partei ein Honorar vereinbart, dessen (zumindest ungefähre) Höhe sie nicht kennt, mag zwar eine Einigung darüber vorliegen, dass grundsätzlich ein Entgelt geschuldet ist, über dessen Höhe liegt allerdings kein Konsens vor.

5.4. Demzufolge ist die Höhe des Honorars der Klägerin nach Art. 394 Abs. 3 OR (einfacher Auftrag) oder nach Art. 414 OR (Maklervertrag) zu bemessen. Gemäss Art. 394 Abs. 3 OR ist mangels Abrede eines Entgelts eine Vergütung zu leisten, wenn diese üblich ist. Art. 414 OR sieht vor, dass mangels Abrede über die Höhe des Entgelts und bei Fehlen einer Taxe der übliche Lohn als vereinbart gilt. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und einem Teil der Lehre ist unerheblich, welche Rechtsnorm als Grundlage für die Bemessung des Honorars herangezogen wird, da auch nach Art. 394 Abs. 3 OR in erster Linie ein Entgelt in der Höhe des üblichen Honorars geschuldet ist (*Rolf H. Weber* in: BaKomm OR, N 39 zu Art. 394 OR; BGE 4A_427/2011 vom 29. November 2011, E. 5.3). Erst, wenn eine solche Verkehrssitte nicht besteht, hat der Richter das Honorar festzulegen, welches den geleisteten Diensten objektiv angemessen ist (BGE 4A_427/2011 vom 29. November 2011, E. 5.3). Welche Gesichtspunkte bei der Bemessung berücksichtigt werden dürfen, entscheidet sich nach den Umständen des Einzelfalles, namentlich nach der Art und Dauer des Auftrages, der übernommenen Verantwortung sowie der beruflichen Tätigkeit und Stellung des Beauftragten. Eine Berechnung des Honorars nach Prozenten des Interessen- oder Streitwertes (sog. Prozentvergütung) ist in der Regel keine angemessene, der Billigkeit entsprechende Vergütung für Arbeit und Verantwortung. Sie muss folglich, wenn sie nicht vereinbart ist, als Ausnahme durch besondere Umstände gerechtfertigt oder vom Gesetz, wie z.B. Provisionen für Mäkler und Agenten,

ausdrücklich zugelassen sein (BGE 101 II 109, E. 2; BGE 5A_582/2012 vom 11. Februar 2013, E.5.5.1.1).

Es ist somit zunächst zu prüfen, ob vorliegend festgestellt werden kann, welches die auf dem Markt übliche Entschädigung für die von der Klägerin erbrachten Leistungen ist. Wie bereits erwähnt, haben die Parteien vereinbart, dass die Klägerin durch das Einbehalten der von den Versicherungsnehmern ausgerichteten Courtage entlohnt werde. Das Bundesgericht hat allerdings festgehalten, dass die Einbehaltung von Provisionen der Versicherungsgesellschaften keine übliche Abrede über die Höhe des Honorars für den Versicherungsbroker darstellt (BGE 4A_427/2011 vom 29. November 2011, E. 5.3). Die Klägerin müsste somit belegen, dass das von ihr geltend gemachte Honorar im Umfang von 15% der Nettoversicherungsprämie dem branchenüblichen Honorar entspricht. Das von ihr eingereichte Berufsbild der Versicherungsbroker (KB 22) sagt zur Höhe der marktüblichen Courtage jedoch nichts aus. Weiter hat die Klägerin diverse Reglemente bzw. Vereinbarungen für Courtagesätze eingereicht (KB 24). Allerdings genügen diese nicht zum Beweis einer marktüblichen Courtage. Zum einen handelt es sich bei den eingereichten Dokumenten um Vereinbarungen mit der Klägerin selber. Dass diese individuellen Vereinbarungen denjenigen entsprechen, welche die Versicherungen mit anderen üblicherweise Brokern abschliessen, ist nicht belegt. Das Entschädigungsreglement der ██████████, welches möglicherweise auf alle Brokervereinbarungen dieser Versicherung anwendbar ist, ist bereits über 10 Jahre alt, so dass unklar ist, ob die dort genannten Ansätze für das Jahr 2012 noch Geltung hatten. Das von der Klägerin beantragte Gutachten soll sich zwar zum Entschädigungsmodell äussern, nicht jedoch zur üblichen Entgelt des Versicherungsbrokers im Bereich Berufshaftpflicht und Vertrauensschaden. Möglicherweise könnten hier die von der Klägerin angerufenen Zeugen, welche für diverse Versicherungen tätig sind, Auskunft darüber geben, welche Ansätze üblich sind. Auf die Befragung dieser Zeugen kann jedoch verzichtet werden, da der Anspruch der Klägerin – wie nachfolgend (siehe E. 7) darzulegen sein wird – an der Verrechnung durch die Beklagte scheitert.

5.4. Schliesslich hat die Klägerin keinerlei Angaben dazu gemacht oder Beweise dafür eingereicht, welchen Aufwand sie für die Beklagte getrieben hat. Ohne diese Informationen und Belege kann das Gericht jedoch auch keine angemessene Entschädigung im Sinne von Art. 394 Abs. 3 OR oder Art. 414 OR festlegen.

6.

6.1. Die Klägerin macht für den Fall, dass eine Kündigung per Ende 2012 als zulässig erachtet werden sollte, geltend, dass sie einen Anspruch auf Schadenersatz habe, da die Beklagte den Vertrag zu Unzeit gekündigt habe (Klage, Rz. 52 ff.). Die Beklagte macht demgegenüber geltend, sie habe durchaus wichtige Gründe gehabt, den Vertrag umgehend zu kündigen. Sie habe bereits 2010 und 2011 mit der Klägerin Gespräche geführt und ihre Sorge betreffend die fehlende Stellvertretung von ██████████

■■■■■, die fehlenden internationalen Kontakte und die ausstehende Nachfolgeplanung zum Ausdruck gebracht. Die Klägerin habe darauf aber nicht reagiert. So habe sich die fehlende Stellvertretung von ■■■■■ im Herbst 2012 bei der Übernahme der ■■■■■ und der ■■■■■ empfindlich bemerkbar gemacht (Klagantwort, S. 12 f.).

6.2. Erfolgt der Widerruf oder die Kündigung eines Auftrages zur Unzeit, so ist der zurücktretende Teil gemäss Art. 404 Abs. 2 OR dem anderen zu Schadenersatz verpflichtet. Ein Widerruf zur Unzeit liegt vor, wenn der Auftraggeber dafür keinen sachlichen bzw. wichtigen Grund vortragen kann und der Beauftragte daraus einen besonderen Nachteil erleidet, namentlich weil er unnütze Aufwendungen im Hinblick auf die Mandatsausführung getätigt hat oder weil ihm ein Gewinn aus einem anderen Auftrag entgangen ist, auf den er wegen des widerrufenen Auftrags verzichtet hat. Hingegen verleiht Art. 404 Abs. 2 OR dem Beauftragten keinen Anspruch auf den entgangenen Gewinn des widerrufenen Auftrags (*Rolf H. Weber* in: BaKomm OR, 5. Auflage 2011, Rz. 16 f. zu Art. 404 OR; *Carole Gehrler / Gion Giger* in: Claire Huguenin et al, Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 2. Auflage 2012, N 13 ff.; BGE 4A_294/2012 vom 8. Oktober 2012, E. 7.1 f.).

6.3. Vorliegend hat die Klägerin ohne Zweifel Dispositionen im Hinblick auf den Versicherungsbrokervertrag getroffen, die sich nicht mehr rückgängig machen lassen, denn sie hat ihre Vertragsleistung (zumindest betreffend die Vermittlung von Verträgen) bereits erbracht; sie hat also Aufwand betrieben. Die Beklagte macht geltend, dass die von ihr angemahnten Defizite bei der Klägerin schon seit längerer Zeit bestanden hätten und dass sie diese bereits 2010 und 2011 zur Sprache gebracht habe. Sollte dies zutreffen, ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte die Klägerin über längere Zeit hat weiter arbeiten lassen und bis Mitte Dezember 2012 damit zugewartet hat, die Zusammenarbeit mit der Klägerin zu beenden. Dass die Situation im Herbst 2012 aus dem Ruder gelaufen ist und die Klägerin ihren Pflichten aus dem Versicherungsbrokervertrag aufgrund einer Erkrankung von ■■■■■ nicht ordnungsgemäss nachkommen können, ist aus der von der Beklagten eingereichten E-Mail-Korrespondenz nicht ersichtlich. Wäre die Situation im Herbst 2012 effektiv derart gravierend gewesen, dass eine weitere Zusammenarbeit für die Beklagte nicht mehr zumutbar gewesen wäre, wäre zu erwarten gewesen, dass sie die Zusammenarbeit mit der Klägerin umgehend beendet. Die Beklagte gesteht jedoch selber zu, dass sie an der geleisteten Arbeit der Klägerin eigentlich nichts auszusetzen gehabt habe. Vielmehr hätten sich die beiden Gesellschaften aufgrund ihrer jeweiligen Entwicklung sozusagen „auseinandergelebt“ und nicht mehr zu einander gepasst (Verhandlungsprotokoll, S. 2). Zum Zeitpunkt der Kündigung war die gemäss übereinstimmender Ansicht der Parteien wichtigste und aufwendigste Arbeit im Rahmen des Versicherungsbrokervertrages – die Vermittlung der Versicherungsverträge für das Jahr 2013 – bereits abgeschlossen gewesen. Es bestand damit für die Beklagte keine nachvollziehbare Veranlassung, den Versicherungsbrokervertrag gerade zu diesem Zeitpunkt zu kündigen, in welchem die Klägerin zwar bereits die wichtige Arbeit erledigt hatte, jedoch die Courtagen von den Versicherungsunternehmen noch nicht

erhalten hatte. Vielmehr hätte sie den Vertrag früher kündigen müssen, bevor die Klägerin die arbeitsintensiven Verhandlungen über die neuen Versicherungspolice aufgenommen hat, oder es wäre ihr zumutbar gewesen, mit der Kündigung noch einige Wochen zuzuwarten, bis die Klägerin ihr Entgelt von den Versicherungsunternehmen hat einziehen können. Die Kündigung vom 12. Dezember 2012 erfolgte somit zu Unzeit.

6.4. Entgegen der Ansicht der Klägerin hat sie aber keinen Anspruch auf Ersatz dessen, was sie gehabt hätte, wenn der Vertrag ordnungsgemäss durchgeführt worden wäre, also auf das positive Vertragsinteresse und den entgangenen Gewinn. Vielmehr ist das negative Interesse geschuldet. Der Schaden besteht also darin, dass die Klägerin unnütze Aufwendungen im Hinblick auf die Mandatsausführung getätigt hat oder dass ihr ein Gewinn aus einem anderen Auftrag entgangen ist, auf den sie wegen des widerrufenen Auftrages verzichtet hat. Somit kann die Klägerin nicht einfach die Courtage als Schadenersatz geltend machen. Vielmehr hätte sie darlegen und beweisen müssen, welche Aufwendungen sie im Hinblick auf die Erfüllung des Versicherungsbrokerungsvertrages mit der Beklagten getätigt hat und/oder welche andere Verträge sie zugunsten des Mandats der Beklagten ausgeschlagen hat. Dazu hat die Klägerin jedoch keinerlei Angaben gemacht und auch keine Belege ins Recht gelegt. Demgemäss kann der Klägerin kein Schadenersatz gestützt auf Art. 404 Abs. 2 OR zugesprochen werden.

7.

7.1. Sollte man entgegen den Ausführungen in E. 5 und E. 6 zum Schluss gelangen, dass die Klägerin einen Anspruch auf die geltend gemachte Courtage hat, hält die Beklagte diesem Anspruch der Klägerin die Verrechnung entgegen. Die von der Klägerin bezogenen Courtagen seien vergleichbar mit den Retrozessionen im Bankenwesen. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung seien diese an den Auftraggeber herauszugeben. Zwar sei ein Verzicht des Auftraggebers auf die Herausgabe der Retrozessionen möglich, dies aber nur nach genügender Information durch den Auftragnehmer. Die Beklagte sei von der Klägerin nie in genügendem Ausmass über die Höhe der ihr ausgerichteten Courtagen informiert worden und habe damit nicht rechtsgültig auf deren Herausgabe verzichtet. Demgemäss stünde der Beklagten die Herausgabe der von der Klägerin in den Jahren 2006 bis 2012 bezogenen Courtagen im Umfang von CHF 1'390'000.00 zu. Davon könne zwar grundsätzlich ein angemessenes Honorar in Abzug gebracht werden. Da die Klägerin jedoch keinerlei Angaben zu den von ihr erbrachten Leistungen und Aufwendungen vorlägen, könne die Höhe des Entgelts nicht bestimmt werden (Klagantwort, S. 18 ff.)

Die Klägerin wendet dagegen ein, dass die Praxis des Bundesgerichts zu den Retrozessionen nicht auf die Courtagen des Versicherungsbrokers anwendbar sei. Bei diesen handle es sich nicht um versteckte Zusatzvergütungen, vielmehr seien die Courtagen das einzige Entgelt des Versicherungsbrokers und werde in den Verträ-

gen mit den Versicherungskunden ausdrücklich erwähnt. Zudem habe die Beklagte rechtsgenügend auf die Herausgabe der Courtagen verzichtet, denn ihr sei das Courtagemodell bekannt gewesen und sie habe auch alle Parameter zur konkreten Berechnung der Courtage gekannt (Replik, S. 72 ff.).

7.2. Die wohl herrschende Lehre vertritt die Ansicht, dass die in der Rechtsprechung zu den Retrozessionen entwickelten Grundsätze auch auf den Versicherungsbrokervertrag anwendbar sind, allenfalls mit gewissen Modifikationen (*Rolf Kuhn*, Entschädigungen in der Versicherungsbranche in: Jusletter 15. April 2013; *Benedict Burg*, Kundenschutz bei externer Vermögensverwaltung – Geltendes Recht, Schwachstellen und Handlungsbedarf, 2013, Rz. 490 ff.; *Fuhrer*, Rz. 35 ff.; *Raphael Camp / Timo Fenner*, Retrozessionen bei Treuhand- und Finanzdienstleistungsgeschäften in: Der Schweizer Treuhänder, 7/13, S. 531 ff., S. 532 ff.). Es wird argumentiert, dass die Rechenschafts- und Herausgabepflicht gemäss Art. 400 OR, auf welche das Bundesgericht die Herausgabepflicht bei den Retrozessionen stützt, auch auf den Versicherungsbrokervertrag anwendbar seien. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung basiert die Herausgabepflicht bei Retrozessionen auf der Überlegung, dass damit Interessenskollisionen vorgebeugt werden soll. Eine solche Interessenskollision liegt auch beim Versicherungsbroker vor. Die Courtage berechnet sich nach einem Prozentsatz der Versicherungsprämie. Daher hat der Versicherungsbroker ein Interesse daran, dass sein Auftraggeber mit demjenigen Versicherer einen Vertrag abschliesst, welcher ihm den höchsten Prozentsatz für die Courtage verspricht und dass die Versicherungsprämien möglichst hoch sind. Diese Interessen des Versicherungsbrokers läuft den Interessen des Versicherungsnehmers diametral entgegen, welcher daran interessiert ist, bei möglichst tiefen Prämien den bestmöglichen Versicherungsschutz zu erlangen.

Dass Courtagen im Grundsatz vom Versicherungsbroker herauszugeben sind, scheint offenbar auch das Bundesgericht (implizit) zu bejahen (vgl. BGE 4A_427/2011 vom 29. November 2011, E. 5.3).

Dass der Versicherte (anders als bei der Vermögensverwaltung) dem Vertragsabschluss jeweils zustimmen muss, ändert am Vorliegen einer Interessenskollision und damit an der Herausgabepflicht nichts, denn dieses Zustimmungserfordernis führt nicht dazu, dass der Versicherte nicht weiss, ob es für ihn nicht doch noch eine bessere und günstigere Versicherungslösung gäbe.

Teilweise wird argumentiert, dass sich die Herausgabepflicht des Versicherungsbrokers auf denjenigen Teil der Courtage beschränken soll, welcher über das Entgelt hinausgeht, das der Versicherungsnehmer dem Broker bezahlen muss (vgl. *Fuhrer*, Rz. 36 ff.). Allerdings geht es bei der Herausgabepflicht nicht so sehr darum, ob der Vermögensverwalter ein zusätzliches Honorar erhält, sondern darum, ob ein Interessenskonflikt möglich ist bzw. darum, einen solchen Konflikt zu vermeiden. Wenn die Retrozessionen gleich hoch sind wie das vereinbarte Honorar „... verzichtet der Auftraggeber mit der Preisgabe seines Herausgabeanspruchs letztlich nicht auf Geld, sondern insbesondere auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten. (...) Der Auftraggeber muss daher wissen, welche Verwal-

tungshandlungen und in welchem Ausmass diese von Abreden mit Dritten beeinflusst sein können.“ (BGE 137 III 393 E. 2.4).

Demgemäss ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Retrozessionen auch auf die Courtagen des Versicherungsbrokers anwendbar.

7.3. Gemäss dieser Rechtsprechung kann der Versicherungsnehmer auf die Herausgabe der Courtagen verzichten. Dazu ist aber ein „informed consent“ notwendig. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts zu den Retrozessionen muss der Kunde die Parameter kennen, die zur Berechnung des Gesamtbetrags der Kommissionen notwendig sind und einen Vergleich mit dem vereinbarten Honorar erlauben. Hierzu gehören zumindest die Eckwerte der bestehenden Vereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Entschädigungen. Damit wird dem Auftraggeber ermöglicht, sowohl die Gesamtkosten der Vermögensverwaltung bzw. der Erfüllung des Versicherungsbrokerungsvertrages zu erfassen, als auch die beim Vermögensverwalter bzw. Versicherungsbroker aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte zu erkennen (BGE 138 III 755, E. 6.3). Inwieweit die Aufklärung erforderlich ist, damit die Kenntnis des Auftraggebers für einen Verzicht ausreicht, ist im Einzelfall zu bestimmen, wobei auch der Geschäftserfahrung des Auftraggebers Rechnung zu tragen ist (BGE 137 III 393, E. 2.5).

Es ist nachfolgend zu prüfen, ob die Beklagte in einer Art und Weise auf die Herausgabe der Courtage verzichtet hat, welche der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt.

7.4. Dass die Beklagte die Höhe der Courtagen, welche der Klägerin ausgerichtet wurden, nicht kannte, ist bereits in E. 5.3. hiervor dargelegt worden. Auf diese Ausführungen kann hier grundsätzlich verwiesen werden. Zwar handelt es sich bei der Beklagten um eine international tätige Stiftung in Liechtenstein, welche Bankengeschäfte vornimmt, also nicht um einen unbedarften Konsumenten. Jedoch kann daraus nicht geschlossen werden, dass sich die Beklagte im Versicherungsbrokerergeschäft auskennt und die im Berufshaftlich- und Vertrauensschadensbereich üblichen Courtagen kennt bzw. kannte. Dass die Beklagte keine Kenntnis von der Höhe der Courtagen hatte, hat die Klägerin in Rz. 104 ihrer Replik indirekt zugestanden.

Die Beklagte war aufgrund des mit der Klägerin geschlossenen Versicherungsbrokerungsvertrages zwar darüber informiert, dass die Klägerin von den Versicherungen eine Courtage erhält. Sie war somit auch darüber informiert, dass hier möglicherweise ein Interessenskonflikt der Klägerin vorliegt. Dies alleine genügt für einen gültigen Verzicht auf die Herausgabe der Courtage nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch noch nicht. So hat das Bundesgericht es als fraglich bezeichnet, ob die Klausel „Sämtliche Beratungskosten und –spesen für die Umsetzung des Anlageplans yy sind mit der Abschlussprovision, welche X. von der Versicherungsgesellschaft erhält, abgegolten“, einen rechtsgenügenden Verzicht darstelle (BGE 4A_427/2011 vom 29. November 2011, E. 5.3).

Die Klägerin hätte die Beklagte vielmehr über die Eckpunkte der Berechnung der Courtage informieren müssen. Sie hätte der Beklagten also mitteilen müssen, dass

die Courtage aufgrund eines Prozentsatzes der Versicherungsprämie berechnet wird und wie hoch dieser ist. Dass sie der Beklagten diese Information gegeben hat, hat die Klägerin nicht nachgewiesen. Somit liegt kein Verzicht der Beklagten auf die Herausgabe der Courtagen vor, welche den Anforderungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung genügt.

7.5. Damit hat die Beklagte Anspruch auf die Herausgabe der von den Versicherungsgesellschaften an die Klägerin ausgerichteten Courtagen. Es kann vorliegend offenbleiben, ob die Verjährung dieses Herausgabeanspruches fünf oder zehn Jahre beträgt, da die zur Verrechnung gebrachte Forderung so oder anders höher ist als die eingeklagten CHF 181'530.00.

Zwar hätte die Klägerin Anspruch auf ein Entgelt für ihre Tätigkeit für die Beklagte in den Jahren 2006 bis 2012, welches von der zur Verrechnung gebrachten Forderung der Beklagten in Abzug zu bringen wäre. Damit das Gericht die Höhe dieses Abzugs bestimmen kann, hätte die Klägerin entweder die übliche Entschädigung für Versicherungsbroker ihrer Art in den Jahren 2006 bis 2012 nachweisen oder aber darlegen müssen, welche Bemühungen, Aufwendungen und Auslagen sie in Erfüllung des Versicherungsvertrages gehabt hat, damit das Gericht die Höhe einer angemessenen Entschädigung hätte festlegen können. Die Klägerin hat dazu jedoch keine substantiierten Ausführungen gemacht und auch keine Beweise ins Recht gelegt bzw. beantragt. Demzufolge kann von der zur Verrechnung gebrachten Forderung der Beklagten kein Abzug für das Honorar der Klägerin vorgenommen werden.

8.

8.1. Demgemäss ist die Klage abzuweisen, da die Klägerin keinen Beweis für die Höhe des ihr zustehenden Honorars erbracht hat und da die von der Beklagten zur Verrechnung gebrachte Forderung einen allfälligen Anspruch der Klägerin übersteigt.

8.2. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Klägerin die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Der Streitwert beträgt vorliegend rund CHF 180'000.00. Bei einem Streitwert zwischen CHF 100'000.00 und CHF 200'000.00 beträgt die Gerichtsgebühr zwischen CHF 5'400.00 und CHF 8'800.00 (§ 2 Abs. 3 Verordnung über die Gerichtsgebühren). Demgemäss betragen die Gerichtskosten vorliegend CHF 8'500.00.

Der Rechtsvertreter der Beklagten hat keine Honorarnote eingereicht und darum ersucht, dass das Gericht sein Honorar nach Ermessen festlegt, wobei es sich an der von der Klägerin geltend gemachten Parteientschädigung orientieren sollte. Bei einem Streitwert zwischen CHF 100'000.00 und CHF 200'000.00 beträgt das Honorar zwischen CHF 8'400.00 bis 15'000.00 (§ 4 Abs. 1 lit. b Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt). Vorliegend ist, entsprechend der von der Klägerin eingereichten Honorarnote, von einem Grundhonorar von CHF 15'000.00 auszugehen. Hinzu kommen noch diverse Zuschläge: Gemäss § 5

Abs. 1 lit. a Honorarordnung ist ein Zuschlag von bis zu 100% für erheblichen Aufwand in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht zulässig. Vorliegend erscheint ein Zuschlag von einem Drittel und damit von CHF 5'000.00 als angemessen. Weiter kann je ein Zuschlag von 30% für den zusätzlichen Schriftenwechsel und für Vergleichsverhandlungen mit der Gegenseite und damit von insgesamt 9'000.00 gemacht werden (§ 5 Abs. 1 lit b Honorarordnung). Hinzu kommt schliesslich noch eine Pauschale für Auslagen in der Höhe von CHF 500.00. Das Honorar beträgt somit insgesamt CHF 29'500.00, zuzüglich CHF 2'360.00 MwSt. (total CHF 31'360.00).

Demgemäss wird erkannt:

- ://:
1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Die Klägerin trägt die Gerichtskosten von CHF 8'500.00 sowie eine Parteientschädigung von CHF 29'500.00 (inkl. Auslagen) zuzügl. CHF 2'360.00 MwSt. (total CHF 31'860.00).

ZIVILGERICHT BASEL-STADT

Die a.o. Gerichtsschreiberin

lic. iur. T. Blatter

BLT

LOH

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann innert der nicht erstreckbaren **Frist von 30 Tagen** seit der Zustellung beim Appellationsgericht Basel-Stadt, Bäumleingasse 1, 4051 Basel, schriftlich und begründet Berufung gemäss Art. 308 ff. ZPO eingereicht werden. Die Berufungsschrift ist dem Appellationsgericht in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei einzureichen und zu unterzeichnen. Die Berufungsschrift hat die Begehren sowie deren tatsächliche und rechtliche Begründung zu enthalten. Der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Ende Feuer für die Courtagen

VERSICHERUNGSBROKER Kunden haben Anspruch auf Herausgabe der Courtagen. Der Interessenkonflikt kann Verträge zwischen Broker und Kunden bzw. dem Versicherer nichtig machen. Trotz Kündigungsfrist ist ein Brokervertrag jederzeit auflösbar, ausser zur Unzeit.

VON EUGÉNIE HOLLIGER-HAGMANN

Das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt hat den Brokern den Weihnachtssbraten 2014 versalzen. Mitte Dezember eröffnete es einem Broker und seinem Kunden, der vom Broker mit einer Forderungsklage in der Höhe von 181 530 Franken eingedeckt wurde, seinen Entscheid vom 30. Oktober 2014. Dieser wendete die Bundesgerichtspraxis zu den Retrozessionen der Banken und Vermögensverwalter auf die Versicherungsbroker an.

Das Basler Gericht stellte die Courtagen rechtlich den Retrozessionen der Banken und Vermögensverwalter gleich. Es sagte, der rechtsgültige Verzicht des Brokerekunden auf die Herausgabe der Courtagen müsse die Voraussetzungen erfüllen, die das Bundesgericht schon mehrmals für den Verzicht auf Retrozessionen definiert hatte. Es dürfte die Broker auch wurmen, dass die Kündigungsfristen in den Verträgen mit ihren Kunden nichtig sind (siehe Kasten «Brokervertrag»). Kurz vor Jahresende hat das Bundesgericht auch noch der mit Interessenkonflikten versuchten Doppelmäkelei unter Berufung auf die auftragsrechtliche Treuepflicht definitiv ein Ende bereitet (siehe Kasten «Doppelmäkelei - Vom Sockel gestürzt»).

Verheimlichte Zusatzeinnahmen

Banken und Vermögensverwalter wurden 2006 durch den berühmten Retrozessionsentscheid des Bundesgerichts (BGE 133 III 460)

unsanft aus ihrer Lethargie gerüttelt, die auf dem Nährboden der den Kunden verheimlichten Zusatzeinnahmen gedieh. Auf das Verdikt, wonach die Retrozessionen den Kunden gehören, reagierten die Banken mit selbstgestrickten Theorien, bestritten die Anwendbarkeit auf andere Dienstleistungen wie beispielsweise die Anlageberatung und säten Zweifel an der zehnjährigen Verjährungsfrist für die Herausgabeansprüche. Sicherheitshalber änderten viele Banken klammheimlich ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) und garnierten sie mit fiktiven - meistens ungültigen - Verzichtserklärungen der Kunden auf die Herausgabe.

Der Retrozessionsentscheid stellte klar, dass aus der Verzichtserklärung des Mandanten eindeutig sein Wille dazu hervorgehen muss. Das Bundesgericht präziserte die Anforderungen an die Verzichtserklärung. Der Auftraggeber muss mindestens die Eckwerte der bestehenden Retrozessionsvereinbarungen mit Dritten sowie die Grössenordnung der zu erwartenden Rückvergütungen kennen. Andernfalls kann er den Umfang der erwarteten Retrozessionen nicht erfassen und ihn auch nicht dem Honorar gegenüberstellen.

Aus dem wirtschaftlichen Aspekt - nämlich der Frage, wem das Geld gehört, das in die falschen Taschen floss - schälte das Bundesgericht den Interessenkonflikt heraus und teilte ihm die Hauptrolle zu. Die Ablieferungspflicht begegne der Gefahr, «der Beauftragte könnte sich aufgrund der Zuwendung eines Dritten



veranlasst sehen, die Interessen des Auftraggebers nicht ausreichend zu berücksichtigen». Dieser Interessenkonflikt wurde in der Diskussion um die Herausgabemodalitäten verdrängt.

Zentrales Element

Das Bundesgericht bezeichnete die Rechenschafts- und die Ablieferungspflicht aufgrund von Art. 400 Abs. 1 OR als zentrales Element der «Fremdnützigkeit» des Auftrags. Im BGE



BILD: ISTOCKPHOTO

Wem gilt die Solidarität des Brokers? Dem Kunden oder dem Versicherer? Zum Interessenskonflikt bei Courtagen hat das Gericht wieder einmal Klartext gesprochen.

Dritter sei der Versicherungsnehmer – also der Kunde des Brokers – verpflichtet, dem Versicherungsunternehmen das für die Courtagen-zahlung an den Broker benötigte Geld zur Verfügung zu stellen. Diese Idee einer Bevorschussung des Brokerhonorars und des Umwegs der Honorarzahung über den Versicherer dürfte einem Brokerkunden als abstrus erscheinen, sofern er diese Milchmädchenrechnung überhaupt erkennt.

Die Siba betont, die Courtagen seien keine Retrozessionen. Der Brokervertrag solle darauf hinweisen, dass dem Broker eine Courtagelast geschuldet sei und den Kunden über sie aufklären. Über allfällige volumen-, wachstums- oder schadenabhängige Zusatzentschädigungen für die Beibringung des Geschäftes sei dem Kunden Rechenschaft abzulegen, jedoch nur auf Verlangen. Der Aspekt des Interessenkonflikts wurde von den Brokern ausgeblendet. Doch im Berufsbild und «Code of Conduct» der Siba liest man einerseits von »Loyalität« des Brokers «als treuhänderischer Sachwalter» gegenüber dem Kunden. Und andererseits finden sich darin «gegenseitige Sorgfalts- und Treuepflichten» im Verhältnis zwischen Broker und Versicherer. Beides zugleich geht nicht. «Schweizer Versicherung» sagte schon vor etlichen Jahren, kein Broker habe die zwei Köpfe, die es brauche, um zwei Hüte zu tragen.

Klartext aus Basel

Jetzt hat das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt Klartext zu den Broker-Courtagen gesprochen – deckungsgleich mit der Interpretation des Auftragsrechts durch das Bundesgericht. Ein Unternehmen, dessen Betriebshaftpflicht- und Vertrauensschadenpolicen von einem Broker betreut wurden, kündigte den Brokervertrag am 12. Dezember 2012 mit sofortiger Wirkung.

Der Broker behauptete, die fristlose Kündigung sei ungültig und stellte seine Dienste weiterhin zur Verfügung. Seine Kundin beauftragte jedoch eine andere Brokerfirma und beauftragte ihren Versicherer, die Courtagen dem neuen Broker auszuführen, was →

138 III 755 sagte es in der Erwägung 5.4 auch noch, Art. 400 Abs. 1 OR sei «auf sämtliche Auftragsverhältnisse anwendbar». Die Broker haben nicht geruht, davon Kenntnis zu nehmen und wähten sich weit ausserhalb der Schusslinie. Erst der Vorentwurf zum Finanzdienstleistungsgesetz (VE-Fidleg) öffnete ihnen die Augen.

Zur Abwehr erfand die Siba (Swiss Insurance Brokers Association) eine absurde Konstruktion. Aufgrund eines Vertrags zugunsten

DOPPELMÄKELEI

Vom Sockel gestürzt

Das Bundesgericht machte definitiv Schluss mit der wohl seit 100 Jahren trotz klarem Verbot in Art. 415 OR tolerierten Doppelmäkelei im Liegenschaftshandel (4A_214/2014 vom 5. Dezember 2014). In seinem Grundsatzentscheid sagte es, der Mäkler, der sowohl den Verkäufer einer Liegenschaft wie auch deren Verkäufer vertritt, befinde sich in einem unlösbaren Interessenkonflikt. Er müsse nämlich zwei gegenläufige Interessen verteidigen. Die gleiche Person könne nicht gleichzeitig im Interesse des Verkäufers, der einen möglichst hohen Preis erwartet und in jenem des Käufers handeln, der einen möglichst niedrigen Preis zahlen möchte. Das Bundesgericht bezog sich auf drei eigene, nicht publizierte Entscheide – wovon einer die Interessenkollision beim Versicherungsbroker betraf – und sagte, der Mäkler, der beide Parteien vertrete, verletze die auftragsrechtliche Treupflicht. Das Gericht beruft sich auf zahlreiche renommierte Rechtsgelehrte. Es erklärte deshalb beide Verträge als nichtig. Deshalb verlor der Mäkler gemäss Art. 415 OR auch seinen Anspruch auf ein Entgelt aus diesen Verträgen. Die höchstrichterlichen Überlegungen zur Interessenwahrungspflicht und zur Nichtigkeit der Verträge können eins zu eins auf den Interessenkonflikt der Versicherungsbroker und ihrer Verträge angewendet werden. (ehh)

BROKERVERTRAG

Kündigungsfrist nichtig

Ein Auftrag kann aufgrund von Art. 404 OR jederzeit fristlos widerrufen oder gekündigt werden, es sei denn, die Kündigung erfolge zur Unzeit. Die fristlose Kündigungsmöglichkeit ist nach Bundesgerichtspraxis zwingend, deshalb sind Kündigungsfristen in solchen Vertragsverhältnissen nichtig. Die Versicherungsbroker glaubten immer, sie wüssten das besser. Doch gilt das auch für den Brokervertrag, denn gemäss Art. 412 OR steht der Mäklervertrag «im Allgemeinen unter den Vorschriften für den einfachen Auftrag». Auch das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt bezeichnete im vorliegenden Fall die fristlose Kündigung trotz den Fristen als gültig. Doch weil sie zur Unzeit erfolgte, erwuchs dem Broker ein Schadenersatzanspruch. Doch nach wie vor hält sich im Berufsbild und «Code of Conduct» der Siba hartnäckig die Bestimmung, die Brokervereinbarung könne «unter Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist jederzeit beendet werden». Bei der Siba besteht jetzt Nachholbedarf. (ehh)



FÜR SIE VOR ORT. WELTWEIT.

Wir sind für Sie da,
wenn es darauf
ankommt - in der
Schweiz und weltweit.

- 120 Niederlassungen in 26 Ländern
- lokale Underwriting-Spezialisten für klassische und spezielle Risiken
- ausgezeichnete Schadenservice vor Ort
- mehr als 400 Schadenverhütungsexperten weltweit

Choose certainty.
Choose Chubb.



Sprechen Sie uns an - gerne
beraten wir Sie persönlich.

Chubb Insurance Company of Europe SE
Zollikerstrasse 141, Postfach, 8034 Zürich
Telefon +41 43 210 10-10 / Fax -11
E-Mail chubb_zur@chubb.com

www.chubb.com/ch

RECHT & REGULIERUNG

→ dieser unterliess. Der bisherige Broker reichte eine Schadenersatzklage gegen seine frühere Mandantin ein.

Das Gericht hielt fest, die Kündigung sei gemäss zwingendem Auftragsrecht fristlos gültig, was auch auf den vorliegenden Brokervertrag anwendbar sei. Doch sei die Kündigung zur Unzeit erfolgt und deshalb gemäss Art 404 Abs. 2 OR nichtig. Der unzeitig ausgebootete Broker habe grundsätzlich einen Schadenersatzanspruch, konnte dafür aber keine Beweise erbringen. Die ehemalige Mandantin machte verrechnungsweise geltend, dass ihr der Broker während der Zusammenarbeit in den Jahren 2006 bis 2012 Courtagen in der Höhe von insgesamt 1 390 000 Franken in rechtswidriger Weise nicht herausgegeben hatte.

Der Broker scheiterte auch mit seiner Gegenforderung auf zumindest ein Honorar, weil er dazu weder substantiierte Ausführungen noch Beweise lieferte. Im Brokervertrag war nicht einmal die Höhe der Courtage angegeben und damit lag als Konsequenz auch kein Konsens über das Brokerentgelt vor. Auch hat das Bundesgericht festgestellt (4A_427/2011), dass «die Einbehaltung von Provisionen der Versicherungsgesellschaften keine übliche Abrede über die Höhe des Honorars des Versicherungsbrokers darstellt».

Interessenkonflikten vorbeugen

Die Courtagen, befand das Basler Gericht, seien gemäss der «wohl herrschenden» Lehre vergleichbar mit den Retrozessionen im Bankwesen und gemäss Bundesgericht an den Auftraggeber herauszugeben. Nur so könne den Interessenkonflikten vorgebeugt werden. Auch der Versicherungsbroker habe ein Interesse daran, dass sein Auftraggeber den Vertrag mit jenem Versicherer abschliesst, der ihm den höchsten Prozentsatz für die Courtage verheisst. Und er habe ebenfalls ein Interesse daran, dass die Prämie möglichst hoch ist. Das laufe den Interessen des Auftraggebers diametral entgegen, der bei möglichst tiefer Prämie den bestmöglichen Versicherungsschutz erhalten sollte.

Auch die Zustimmung des Kunden zum Versicherungsvertrag ändere nichts am Vorliegen einer Interessenkollision und damit an der Herausgabepflicht des Brokers. Das Basler Gericht bekam nachträglich Schützenhilfe vom Bundesgericht durch einen am 29. Dezember

2014 veröffentlichten «Grundsatzentscheid». Ein solcher verleiht einem Gesetzesartikel höhere Weihen, weil er eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung klärt. Das Bundesgericht sagte, die Doppelmäkelei sei wegen des Interessenkonflikts rechtswidrig (siehe Kasten Seite 43).

Das Basler Gericht setzte sich mit dem – auch von der Siba verwendeten – Argument auseinander, wonach der Broker nur jenen Teil der Courtage herausrücken muss, der über das Entgelt hinausgeht, das er vom Versicherer erhält. Dem hielt es entgegen, dass es bei der Herausgabepflicht nicht so sehr darum geht, ob der Beauftragte ein zusätzliches Honorar erhält, sondern

darum, einen möglichen Interessenkonflikt zu vermeiden.

Die Rechnung geht selbst dann nicht auf, wenn der Kunde dank dem Verzicht auf die Retrozessionen kein Honorar zahlen muss.

Courtagen sind jetzt den Retrozessionen der Banken und Vermögensverwalter gleichgestellt.

Gemäss BGE 137 III 393 verzichtet der Kunde «letztlich nicht auf Geld, sondern insbesondere auf das gesetzlich vorgegebene System zur Vermeidung von Interessenkonflikten». Deshalb, sagte das Basler Gericht, sei die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Retrozessionen auch auf die Courtagen des Versicherungsbrokers anwendbar. Der Kunde müsse die bei einem «Versicherungsbroker aufgrund der konkreten Anreizstrukturen vorhandenen Interessenkonflikte erkennen».

Rechtsgültiger Verzicht

Dem Interessenkonflikt kommt also eine gewichtigere Bedeutung zu als der bloss frankenmässigen Aufrechnung. Der Kundin war durch den Vertrag bekannt, dass der Broker Courtagen erhält. Doch genügt das nicht für einen rechtsgültigen Verzicht auf die Herausgabe. Der Broker hätte seiner Mandantin u.a. erklären müssen, dass die Courtage aufgrund eines Prozentsatzes der Versicherungsprämie berechnet wird und diesen bekanntgeben müssen.

Weil kein rechtsgültiger Verzicht auf Herausgabe der Courtagen vorlag, konnte die von ihrem früheren Broker verklagte Kundin verrechnungsweise die ihr während mehrerer Jahre vorenthaltenen Courtagen geltend machen. Das Gericht sagte, dabei spiele es keine Rolle, ob die Verjährung fünf oder zehn Jahre betrage, weil die Courtagen auf jeden Fall höher seien als der vom Broker eingeklagte Schadenersatz. ■

Aufwind für Courtagen

Entgegnung auf einen Beitrag in der «Schweizer Versicherung».

VON PROF. DR. MORITZ W. KUHN, PRÄSIDENT SIBA

In der Ausgabe vom Februar 2015 äusserte sich die «Schweizer Versicherung» über ein Urteil des Zivilgerichts Basel-Stadt vom 30. Oktober 2014 (im Folgenden Urteil ZG BS genannt) zu den Courtagen der ungebundenen Versicherungsvermittler bzw. Versicherungsbroker (siehe «Schweizer Versicherung», Februar 2015, S. 42-44). Die in diesem Artikel gemachte Interpretation ist sehr subjektiv gefärbt und teilweise nur schwer nachvollziehbar.

Zentrales Konsumentenbedürfnis

Den Versicherungsbrokern kommt im deregulierten Versicherungsmarkt mit verschiedensten Versicherungsprodukten und -bedingungen eine Schlüsselfunktion zu. Im Interesse der Konsumenten muss der Versicherungsbroker den gesamten Markt kennen und ist zu «Best Advice» verpflichtet. Der Berufsstand des Versicherungsbrokers ist im Geschäftskundensegment etabliert. Die Versicherungsvermittlung ist zudem seit 2006 im Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) mit ihren Informations- und Registrierungsspflichten in einer EU-kompatiblen Weise reguliert. Zudem setzt sich die SIBA seit längerem für eine Transparenzbestimmung ein.

Im Code of Conduct vom 29. Oktober 2008 sind die SIBA-Broker beim ersten Kundenkontakt dazu verpflichtet, den künftigen Versicherungsnehmer über das System der vom Versicherer zu leistenden Entschädigungen zu informieren. Aufgrund der Anstrengungen der SIBA ist mit Art. 48k Abs. 2 BVV2 im Bereich der beruflichen Vorsorge eine wichtige Transparenzbestimmung geschaffen worden. Gemäss Ziff. 7.3 des Code of Conduct ist den SIBA-Brokern die Entgegennahme von volumen-, wachstums- oder schadenabhängigen Zusatzentschädigungen verboten. Hinzu kommt, dass die unabhängige Versicherungsvermittlung im Interesse der Versicherungskunden liegt. Da der Versicherungsbroker sämtliche Produkte, Tarife etc. kennen muss, ist er in der Lage, dem Kunden ein kostengünstiges, auf ihn zuge-

schnittenes Produkt zu vermitteln. Demgegenüber darf der an den Versicherer gebundene Agent nur dessen Produkte vermitteln.

Sachverhalt, der dem Urteil zugrunde liegt

Zum besseren Verständnis sei kurz der Sachverhalt erwähnt, welcher dem Urteil vom 30. Oktober 2014 zugrunde liegt. Es ist wesentlich, zu wissen, weshalb das Gericht die Klage des Brokers abgewiesen hat:

«Versicherungsnehmer A hatte die mit dem Versicherungsbroker X abgeschlossene Brokervereinbarung gekündigt, worauf Letzterer vom Versicherer Y keine Courtagen mehr erhielt. Broker X klagte den Versicherungsnehmer A ein und machte die ausstehende Courtage geltend. Die Parteien hatten im Brokermandat vereinbart, dass die Leistungen des Brokers X durch die von den Versicherungsgesellschaften bezahlten Courtagen abgegolten sind. In der Brokervereinbarung selber waren aber weder die Höhe der Courtage noch deren Berechnungsart erwähnt. Das Gericht kam zum Schluss, demzufolge schulde der Versicherungsnehmer A dem Versicherungsbroker X die auf dem Markt übliche Entschädigung. Der Versicherungsbroker X hat diesen Beweis im erstinstanzlichen Verfahren nicht erbracht, weshalb die Klage abgewiesen wurde.»

Es wäre für den als Kläger auftretenden Broker X ein Leichtes gewesen, die Marktüblichkeit der Courtage durch schriftliche Anfrage bei etwa drei Versicherern nachzuweisen und diese Belege dem Gericht einzureichen. Infolge des Novenverbotes dürften diese Belege bei einem Weiterzug an das Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt mit grösster Wahrscheinlichkeit nicht mehr eingereicht werden. Es ist bedauerlich, dass diese Begründung des Urteils ZG BS in der Ausgabe der «Schweizer Versicherung» vom Februar 2015 nicht erwähnt wurde.

Wie bestimmt sich die Entschädigung?

Massgebend ist Art. 414 OR. Danach bemisst sich die Entschädigung des Beauftragten und somit auch des Versicherungsbrokers in

erster Linie nach dem Vertrag zwischen dem Versicherungsbroker und dem Versicherungsnehmer (BK-Fellmann, 1992, Art. 394 OR, N 423 ff.).

Ist die Courtage in der Brokervereinbarung nicht betragsmässig festgelegt worden und fehlt dort insbesondere auch ein Verweis auf das System der vom Versicherer zu leistenden Entschädigung (z.B. in Prozent der Jahresprämie), ist auf die marktübliche Courtage abzustellen. Diese Situation traf auf den Basler Fall zu. Im Verfahren vor dem Zivilgericht BS hat der Broker den Nachweis nicht erbracht, dass die vom Versicherer erhaltene Entschädigung marktüblich war, was zur Abweisung seiner Klage führte.

Marktübliche Courtagen sind keine Retrozessionen

Tatsache ist, dass marktübliche Courtagen keine Retrozessionen sind. Prof. Dr. Stephan Fuhrer (vgl. Prof. Dr. Stephan Fuhrer, Gebt dem Makler, was des Maklers ist und den Kunden, was den Kunden ist, HAVE 2/2013, S. 117, Ziff. 4.) fasst dies zutreffenderweise wie folgt zusammen:

«Mangels Vereinbarung im Maklervertrag steht dem Makler [Versicherungsbroker] eine marktübliche Courtage zu. Diesbezüglich verfügt er über ein direktes Forderungsrecht gegenüber dem Versicherer. Die Honorarzählung des Versicherers stellt keine der Herausgabepflicht von Art. 400 Abs. 1 OR unterstellte Zuwendung eines Dritten dar [Hervorhebung], da der Versicherer diesbezüglich die Honorarzählungspflicht des Versicherungsnehmers übernommen hat.»

Von diesem Ansatz ist das Zivilgericht des Kantons Basel-Stadt richtigerweise ausgegangen. Wenn im Urteil ZG BS (S. 16, Ziff. 7.2) nachträglich festgestellt wird, Courtagen seien rechtlich den Retrozessionen der Banken und Vermögensverwalter gleichzustellen, trifft das m.E. nicht zu. Zwischen einem Versicherungsbroker und einem unabhängigen Vermögensverwalter bestehen himmelweite Unterschiede.

Die Entschädigung der Versicherungsbroker ist demgegenüber in der Versicherungsprämie inbegriffen. Wirtschaftlich - und wie sich in der Folge noch zeigen wird auch rechtlich - bezahlt somit der Versicherungs-

nehmer bzw. der Versicherte den ungebundenen Versicherungsvermittler. Die Courtage ist somit keine Retrozession. Dies gilt auch für die Entschädigung, die der Kunde bzw. Anleger dem unabhängigen Vermögensverwalter schuldet. Letzterer handelt sein Honorar direkt mit dem Kunden aus auf der Basis der Assets under Management. Retrozessionen sind hingegen Zusatzentschädigungen, welche der unabhängige Vermögensverwalter von der Depotbank z.B. als Surplus dafür erhält, dass er ihr Kundenvermögen in bestimmter Höhe zugeführt hat. Gleich verhält es sich im Versicherungsbereich mit volumen-, wachstums- oder schadenabhängigen **Zusatz**entschädigungen, mit welchen der Versicherer den Broker z.B. für das insgesamt pro Jahr vermittelte Prämienvolumen zusätzlich honoriert. Dabei handelt es sich ebenfalls klar um Retrozessionen, welche der Herausgabepflicht unterliegen (vgl. Fuhrer, HAVE 2/2013, S. 150 [32] ff.). SIBA-Brokern ist die Entgegennahme der erwähnten Zusatzentschädigungen gemäss Code of Conduct vom 29. Oktober 2008 untersagt, was der Beitrag der «Schweizer Versicherung» verschweigt bzw. unerwähnt lässt.

Der Versicherer ist mit Bezug auf marktübliche Entschädigungen, welche er dem Versicherungsbroker als Entgelt für die dem Versicherungsnehmer gegenüber erbrachten Dienstleistungen (Beratung, Risikoanalyse, Begleitung im Schadenfall etc.) zukommen lässt, nur ein «Durchlaufposten». Der Versicherer überweist dem Versicherungsbroker die vom Versicherungsnehmer finanzierte Courtage. Letztere ist daher eine gewöhnliche originäre Entschädigung. Die Courtage ist somit weder eine Drittvergütung noch eine Retrozession.

Vertrag zugunsten Dritter

Unzutreffend ist auch die Behauptung (vgl. SV, Februar 2015, S. 43, linke Spalte unten), die SIBA habe eine «absurde Konstruktion» erfunden, die für den Kunden nicht nachvollziehbar sei. Damit ist das Faktum gemeint, dass zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer mit Bezug auf die Courtage ein Vertrag zu Gunsten Dritter abgeschlossen wird. Auch ein geschäftsunerfahrener Kunde - wenn er für die Dienstleistung des Versicherungsbrokers nichts zu bezahlen hat - weiss, dass diese nicht gratis erfolgen kann. Es leuchtet ihm ohne weiteres ein, dass letztendlich der Versicherungsnehmer für diese Dienstleistung über die Prämienzahlung aufkommt. Namhafte Autoren wie Walter Fellmann und Stephan Fuhrer weisen nach, dass marktübliche Courtagen keine Retrozessionen sind.

Dies bedeutet logischerweise, dass kein Herausgabeanpruch des Versicherungsnehmers besteht. In rechtlicher Hinsicht - so Stephan Fuhrer - schliessen Versicherungsnehmer und Versicherer einen Vertrag zugunsten Dritter ab. Der Versicherer verpflichtet sich, dem Versicherungsbroker den Teil der Versicherungsprämie, welcher für die Courtage bestimmt ist - mit befreiender Wirkung für den Versicherungsnehmer - zukommen zu lassen (vgl. dazu insbesondere Stephan Fuhrer, HAVE 2/2013, S. 113). Es handelt sich somit nicht um eine «Erfindung der SIBA» (SV, Februar 2015, S. 43, linke Spalte unten/mittlere Spalte oben). Im Übrigen ist auch die Entschädigung des an einen Versicherer gebundenen Agenten in der Versicherungsprämie gleichermaßen enthalten.

Kein Interessenkonflikt

Zwecks Vermeidung eines Interessenkonflikts muss der Versicherungsbroker in der Brokervereinbarung die Entschädigungsfrage regeln. Er muss dem Kunden bzw. Versicherungsnehmer die vom Versicherer zu leistende Entschädigung betragsmässig offenlegen. Ist das zum massgeblichen Zeitpunkt nicht möglich, hat er das System der vom Versicherer zu leistenden Entschädigungen explizit darzulegen (z.B. in Prozent der Jahresprämie). Legt der Versicherungsbroker die Entschädigung offen, ist jeglicher Interessenkonflikt ausgeschaltet. Der Kunde kann dann auch den Broker wechseln, wenn er meint, Letzterer erhalte eine zu hohe Entschädigung. Damit wird alles, was im Beitrag auf S. 44 (1. Spalte unten/zweite Spalte oben) ausgeführt wurde, gegenstandslos. Der dort zitierte BGE 137 III 393 betrifft ausschliesslich die unabhängige Vermögensverwaltung, die mit dem Courtagensystem nicht vergleichbar ist.

Schon in der Vernehmlassung zum Entwurf des Eidgenössischen Finanzdepartementes für ein neues VVG vom 20. Januar 2009 hat die SIBA eine Transparenzbestimmung beantragt. Art. 66 des Entwurfes für ein neues VVG gemäss Botschaft des Bundesrates vom 7. September 2011 sieht eine strenge Transparenzbestimmung vor (Orientierung des Versicherungsnehmers über die Art und Höhe der Entschädigung in schriftlicher Form vor Vertragsabschluss und jeder Vertragsänderung). Diese Bestimmung haben die Versicherungsbroker akzeptiert. Leider ist dieser Entwurf vom Parlament an den Bundesrat zur Neuüberarbeitung zurückgewiesen worden.

Die gesetzlichen und vertraglichen Pflichten, die der Versicherungsbroker im Auftrag des Versicherers am Point of Sale erfüllt (vorvertragliche Informationspflicht gemäss

Art. 3 VVG; Begleitung im Schadenfall etc.) verursachen keinen Interessenkonflikt. Sie erfolgen im Kundeninteresse. Dem Versicherer obliegen diese Pflichten. Dieser delegiert sie an den Versicherungsbroker, welcher diese Pflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer wahrnimmt. Versicherer und Versicherungsbroker ziehen am selben Strick. So ist auch die Treuepflicht im Kooperationsvertrag zu verstehen. Der Versicherungsbroker muss die ihm übertragenen Pflichten im Auftrag des Versicherers erfüllen. Sonst würde er dem Versicherer gegenüber treuwidrig handeln. Die Erfüllung dieser Pflichten liegt aber auch im Interesse des Versicherungsnehmers. Der im Beitrag der «Schweizer Versicherung» herbeigedete bzw. konstruierte Interessenkonflikt ist Ausfluss der Fantasie (vgl. SV, Februar 2015, S. 43, mittlere Spalte).

Widersprüchliche zusätzliche Erwägungen

Eine marktübliche Courtage ist auch gemäss dem Urteil ZG BS keine Retrozession. Der als Kläger auftretende Broker hätte somit auch nach Auffassung des Zivilgerichts BS die Marktüblichkeit seiner Entschädigungen nachweisen können. Wäre ihm dies gelungen, hätte er im Prozess obsiegt. Neben dieser Begründung hat das Zivilgericht dann noch weitere Erwägungen gemacht, die aber für den Entscheid nicht massgebend waren. In Ziff. 7.2 (S. 16) hat es auf die in der Lehre ebenfalls vertretene Auffassung hingewiesen, dass die in der Rechtsprechung zu den Retrozessionen entwickelten Grundsätze auch auf die Brokervereinbarung anwendbar seien, allenfalls mit gewissen Modifikationen. Mit dieser Aussage hat sich das Zivilgericht selber in Widerspruch gesetzt zu seiner Hauptbegründung, wonach der Versicherungsbroker Anspruch auf die marktübliche Courtage hat. Mit Bezug auf die marktübliche Courtage hat das Zivilgericht Basel-Stadt eine Herausgabepflicht der Courtage ebenfalls verneint. Das Bundesgericht hat die zitierte, in der Lehre vertretene Auffassung, wonach Courtagen Retrozessionen sind, bis heute nie bestätigt. Im BGE 138 III 755, der im Urteil ZG BS erwähnt ist, geht es - wie es bereits das Rubrum dieses Entscheides zeigt - um den Verzicht des Kunden auf Ablieferung der Vertriebsentschädigung sowie um die Herausgabepflicht für Bestandeskommissionen, welche einer Bank für Produkte von Konzerngesellschaften zugeflossen sind. In diesem Fall wurde eine Provision nicht vom Versicherer an den Versicherungsbroker bezahlt, sondern von einem anderen ausländischen Broker an den Vermögensverwalter. ■