

Versicherung in Wissenschaft und Praxis

Band 10

Thierry Luterbacher (Hrsg.)

# Versicherungen und Broker

Tagungsband 2014

# Diener zweier Herren? – Zur Rolle des Versicherungsbrokers\*

Christoph K. Graber

## Inhaltsverzeichnis

|      |                                  |    |
|------|----------------------------------|----|
| I.   | Einleitung                       | 1  |
| II.  | Was ist ein Broker?              | 2  |
| III. | Rechte und Pflichten des Brokers | 5  |
| IV.  | Zum Problem der Doppelvertretung | 10 |
| V.   | Zur Frage der Wissenszurechnung  | 12 |

## I. Einleitung

Als im Versicherungsrecht spezialisierter Anwalt sehe ich immer wieder, dass über die Rolle des Versicherungsbrokers Unklarheit besteht. Häufig bestehen Missverständnisse auf Versicherungsnehmerseite. Wie oft habe ich in Deckungsstreitigkeiten schon Äusserungen in Rechtsschriften der versicherten Personen gelesen, wonach die Versicherung *und ihr Broker* dieses oder jenes gesagt oder getan hätten? Solche Statements zeigen auf, dass sich der Versicherte und sein Anwalt der Rolle des Brokers keineswegs bewusst sind. Aber auch unter den Brokern selber tut man sich mit dem eigenen Rollenverständnis nach meiner Erfahrung mitunter schwer.

Ich möchte deshalb eine kleine *Tour d'Horizon* zur Funktion des Brokers beim Abschluss und bei der Abwicklung von Versicherungsverträgen machen und dabei auch ein wenig der in der Praxis immer wieder relevanten Frage nachgehen, wem wessen Wissen zuzurechnen ist. Weiss der Versicherungsnehmer, was der Broker weiss? Weiss der Versicherer, was der Broker weiss? Diesen Fragen kommt zum Beispiel im Zusammenhang mit Anzeigepflichtverletzungstatbe-

---

\* Schriftliche Fassung des Referates anlässlich der AXA-ARAG Brokertagung vom 11. Juni 2014. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

ständen oder Melde- und anderen Obliegenheiten unter dem Versicherungsvertrag grosse Bedeutung zu.

Zunächst aber dürfte es nicht falsch sein, einige Begriffe zu klären und Aufschluss darüber zu erlangen, welches eigentlich die gesetzlichen Rahmenbedingungen sind, unter welchen ein Broker sein Geschäft betreibt.

## II. Was ist ein Broker?

Sucht man den Begriff «Broker» im schweizerischen Versicherungsaufsichtsgesetz, so sucht man vergeblich. Ebenso vergeblich sucht man im schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz und in wahrscheinlich so ziemlich jedem anderen schweizerischen Gesetz. Dies vermag natürlich insofern nicht zu überraschen, als es sich offensichtlich um einen englischen Ausdruck handelt. Vielleicht sollte man deshalb zunächst ein englisches Wörterbuch konsultieren.

Der *Barron's Dictionary of Insurance Terms* definiert den Broker als *«insurance salesperson who searches the marketplace in the interest of clients, not insurance companies»*<sup>1</sup>. Diese Definition enthält zwei wichtige Informationen: Der Broker handelt im Interesse des Versicherungsnehmers, nicht etwa des Versicherers. Und seine Aufgabe besteht darin, auf dem Versicherungsmarkt das für seinen Kunden beste Produkt zu finden.

Diese Umschreibung erinnert an die Legaldefinition des Mäklervertrages in Art. 412 Abs. 1 OR: *«Durch den Mäklervertrag erhält der Mäkler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschlusse eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln.»*

Und tatsächlich dürfte der Vertrag zwischen dem Broker und seinem Kunden am ehesten als Mäklervertrag zu umschreiben sein<sup>2</sup>. Die Lehre geht allerdings

---

<sup>1</sup> Siehe auch *Witherby's Dictionary of Insurance*: *«One who advises persons on their insurance needs and negotiates insurances on their behalf with insurers, exercising professional care and skill in so doing.»*

<sup>2</sup> Gemäss FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht* (nachfolgend «PVR»), Zürich 2011, N 7.27, bedeuten Broker und Makler dasselbe. Der Begriff Broker sei der *«vermeintlich elegantere, weil englischer Begriff»* und werde deshalb häufig verwendet. Ausführlich dazu KESSLER, *Die Stellung der gebundenen und ungebundenen Versicherungsvermittler nach Inkrafttreten des neuen VAG am 1. Januar 2006*, Diss. Zürich 2009, Rz. 117 ff.

von einem Innominatkontrakt aus, von einem Vertrag *sui generis* mit Elementen des Mäklervertrages, des einfachen Auftrages<sup>3</sup> und allenfalls des Werkvertrages<sup>4</sup>.

Aufsichtsrechtlich war das Broker-Geschäft bis vor einigen Jahren kaum reguliert. Insbesondere fehlte eine gesetzliche Regelung über die Zulassung von Brokern zur Berufsausübung<sup>5</sup>. Dies änderte sich mit dem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz<sup>6</sup>, welches am 1. Januar 2006 in Kraft trat. Der Begriff «Broker» fehlt zwar, wie erwähnt, auch im VAG. Das Gesetz spricht stattdessen von Versicherungsvermittlern, welche es in Art. 40 VAG wie folgt definiert: «*Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen sind, unabhängig von ihrer Bezeichnung, Personen, die im Interesse von Versicherungsunternehmen oder anderen Personen Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen.*»

Der *terminus technicus* des VAG ist also «Versicherungsvermittler», und gemäss Art. 3 lit. a des Finanzmarktaufsichtsgesetzes<sup>7</sup> unterstehen diese Versicherungsvermittler der Aufsicht der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA).

Was aber ist unter «Versicherungsvermittler» zu verstehen? Ist der Broker ein Versicherungsvermittler? Ist jeder Versicherungsvermittler ein Broker?

Die Legaldefinition von Art. 40 VAG unterscheidet nicht danach, in wessen Interesse der Vermittler tätig ist, umfasst also nicht nur den im Interesse des Versicherungsnehmers tätigen Broker. Hingegen wird diese Unterscheidung in Art. 43 VAG im Zusammenhang mit der Frage des Registereintrages gemacht. Die FINMA führt ein Register der Versicherungsvermittler<sup>8</sup>, in welches sich alle Versicherungsvermittler, welche «*weder rechtlich noch wirtschaftlich noch auf andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind*»<sup>9</sup>, eintragen lassen müs-

---

<sup>3</sup> Infanger, Rechtliches Umfeld, Interessenkonflikte und Courtagen des Versicherungsmäklers, *Anwaltspraxis* 2/2009, S. 71.

<sup>4</sup> MÜLLER-CHEN/UHLMANN, Zusammenarbeitsverträge zwischen Versicherern und Brokern, *HAVE* 3/2005, S. 225; FISCHER/ZUBERBÜHLER, Die Haftung des Versicherungsbrokers, in: Luterbacher [Hrsg.], *Versicherungen und Broker*, Versicherung in Wissenschaft und Praxis, Bd. 7 2014, S. 28.

<sup>5</sup> STUDER, Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz, Bern 2000, S. 39.

<sup>6</sup> Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01).

<sup>7</sup> Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG, SR 956.1).

<sup>8</sup> Art. 42 VAG.

<sup>9</sup> Art. 43 Abs. 1 VAG.

sen. «Die übrigen Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen»<sup>10</sup> haben das Recht, sich in das Register eintragen zu lassen. In das Register eingetragen wird aus Verbraucherschutzrechtlichen Gründen<sup>11</sup> nur, wer ausreichende berufliche Qualifikationen nachweisen kann und eine Berufshaftpflichtversicherung über mindestens CHF 2 Mio. abgeschlossen oder gleichwertige finanzielle Sicherheiten (z.B. eine Bankgarantie) geleistet hat<sup>12</sup>.

Es ist also zu unterscheiden zwischen gebundenen und nicht gebundenen Vermittlern<sup>13</sup>.

Die gebundenen Versicherungsvermittler *dürfen*, müssen sich aber nicht in das von der FINMA geführte Register eintragen lassen. Gebundene Versicherungsvermittler sind solche, welche rechtlich oder auch nur rein wirtschaftlich primär für ein oder zwei Versicherungsunternehmen tätig sind. Die Abgrenzungskriterien im Einzelnen sind in Art. 183 der Versicherungsaufsichtsverordnung<sup>14</sup> geregelt. Gebundene Versicherungsvermittler handeln primär im Auftrag und im Interesse der mit ihnen verbundenen Versicherer; es sind dies die *Versicherungsagenten*<sup>15</sup>, die in der Regel in einem Arbeitsvertragsverhältnis mit einem Versicherer stehen und für deren Verhalten der Versicherer nach Art. 34 VVG «*wie für sein eigenes*» einzustehen hat.

Wer hingegen weder rechtlich, noch wirtschaftlich, noch auf andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden ist, ist, wie erwähnt, *verpflichtet*, sich im Register der Versicherungsvermittler eintragen zu lassen. Dies sind die Versicherungsbroker, welche als von den Versicherern unabhängige Dienstleister primär den Interessen der Versicherungsnehmer verpflichtet sind<sup>16</sup>.

Soweit zur Unterscheidung im Aufsichtsrecht. Ein Broker ist somit ein von den Versicherungsunternehmen unabhängiger Versicherungsspezialist, welcher Beratungs- und allenfalls sonstige Dienstleistungen zu Gunsten seiner Kunden erbringt. Seine Kunden sind Versicherungsnehmer oder Versicherungsinteressenten.

---

<sup>10</sup> Art. 43 Abs. 2 VAG.

<sup>11</sup> Botschaft vom 9.5.2003 zu Art. 41 und 42 VAG, BBl 2003, 3827.

<sup>12</sup> Art. 44 VAG; Art. 186 AVO.

<sup>13</sup> Eingehend dazu KESSLER, op. cit.

<sup>14</sup> Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO, SR 961.011).

<sup>15</sup> INFANGER, S. 69.

<sup>16</sup> INFANGER, a.a.O.

Daraus zu schliessen, Pflichten des Brokers beständen *nur* gegenüber seinen Kunden, die gleichzeitig die Kunden der Versicherer sind, würde indessen zu kurz greifen. Tatsächlich ist die Stellung des Brokers etwas komplexer. Der Broker steht in verschiedener Hinsicht zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer und ist unter Umständen durchaus auch Ersterem gegenüber verpflichtet.

In der Literatur wird jeweils von einem *Doppelrechtsverhältnis* gesprochen<sup>17</sup>.

Das Bundesgericht seinerseits geht quasi noch einen Schritt weiter und spricht in einem grundlegenden Urteil vom 27. August 1998 zum Brokervertrag – vom Bundesgericht Versicherungsmaklervertrag genannt – von einem *Dreiecksverhältnis*, da jede Partei – gemeint sind Versicherer, Versicherungsnehmer und Versicherungsmakler – jeweils nach zwei Seiten hin rechtliche Beziehungen eingehen würden<sup>18</sup>.

Schauen wir uns den Inhalt dieser Beziehungen also etwas genauer an. Welches sind die Rechte und Pflichten des Brokers gegenüber dem Versicherungsnehmer und allenfalls dem Versicherer?

### III. Rechte und Pflichten des Brokers

Grundlage der gegenseitigen Rechte und Pflichten zwischen Broker und Versicherungsnehmer ist der Brokervertrag. Wie erwähnt handelt es sich dabei nach allgemeiner Auffassung um einen gemischten Vertrag *sui generis*, wobei sich die vertragstypische Hauptleistungspflicht des Brokers als Mäklertätigkeit im Sinne von Art. 412 OR qualifiziert: Der Broker verpflichtet sich gegenüber dem Versicherungsschutz-Suchenden, also dem zukünftigen Versicherungsnehmer, ihm Gelegenheit zum Abschluss eines seinen Bedürfnissen optimal entsprechenden Versicherungsvertrages zu verschaffen. Er tut dies natürlich nicht unentgeltlich, sondern gegen eine Vergütung, eine Vermittlerprovision, die sog. *Courtage*<sup>19</sup>.

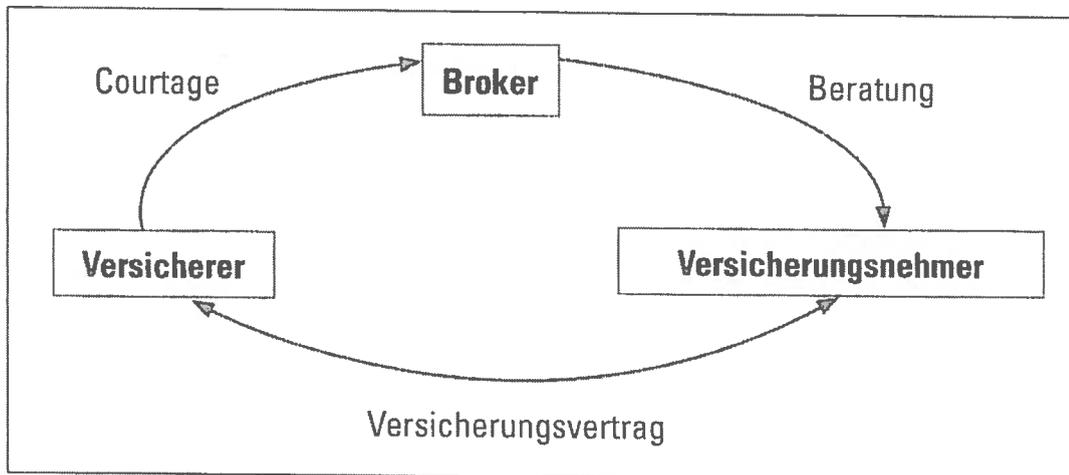
---

<sup>17</sup> Siehe etwa SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, § 14 N 35; BSK VVG-FUHRER, Art. 34 N 45. FUHRER lehnt den Begriff indessen als missverständlich ab, da er suggeriere, dass der Makler beiden Parteien (Versicherungsnehmer und Versicherer) in gleicher Weise vertraglich verpflichtet sei. Dies treffe indessen gerade nicht zu; der Makler sei einzig dem Versicherungsnehmer verpflichtet (FUHRER, PVR, N 7.79).

<sup>18</sup> BGE 124 III 481, 485 E. 4a.

<sup>19</sup> Oder auch *Provision* oder *Extra-Kommission* – NIGG, VVG-Entwurf: Broker und Agent: klare Zweiteilung, Transparenz und keine Interessenkonflikte, HAVE 4/2007, S. 379.

Hier nun kommt bereits das vom Bundesgericht angesprochene Dreiecksverhältnis ins Spiel, denn der Broker wird bekanntlich nicht direkt von seinem Kunden, dem Versicherungsnehmer, bezahlt, sondern vom Versicherer, mit dem der vermittelte Versicherungsvertrag abgeschlossen wird<sup>20</sup>.



Dennoch wäre es falsch, das Verhältnis zwischen Broker und Versicherungsnehmer als unentgeltlich zu qualifizieren. Letztlich bildet die Courtage einen Teil der Versicherungsprämie, d.h. die Provision, die der Versicherer dem Broker bezahlt, ist in die vom Versicherungsnehmer zu bezahlende Prämie einberechnet<sup>21</sup>. Wirtschaftlich ist es also durchaus der Versicherungsnehmer, der seinen Broker bezahlt<sup>22</sup>.

Auf die in den letzten Jahren intensiv geführte Diskussion, ob und unter welchen Bedingungen der Broker zur Herausgabe der Courtage an den Versicherungsnehmer verpflichtet werden kann, soll hier nicht eingegangen werden. In der Praxis ist davon auszugehen, dass die Ablieferungspflicht im Brokervertrag wegbedungen wird. Eine solche vertragliche Wegbedingung der Ablieferungspflicht ist nach allgemeiner Auffassung zulässig<sup>23</sup>. Hingegen bleibt der Broker

<sup>20</sup> NIGG, S. 378.

<sup>21</sup> INFANGER, S. 72.

<sup>22</sup> BGE 124 III 481, 485 E. 4a.

<sup>23</sup> Die Zulässigkeit eines vertraglichen Verzichts des Versicherungsnehmers auf die Herausgabe der Courtage dürfte durch BGE 132 III 460 ff. zur vergleichbaren Situation des Anspruchs des Vermögensverwaltungskunden auf Herausgabe von Retrozessionen und ähnlichen Einnahmen des Vermögensverwalters bis auf Weiteres geklärt sein. Siehe auch BGE 137 III 393 ff., in welchem Entscheid das Bundesgericht immerhin festhält, dass die Gültigkeit des Verzichts voraussetzt, «dass der Auftraggeber über die zu erwartenden Retrozessionen vollständig und wahrheitsgetreu informiert ist, und dass sein

vertraglich<sup>24</sup> und aufsichtsrechtlich<sup>25</sup> verpflichtet, seinem Kunden über die Courtage Rechenschaft abzulegen.

Der Broker ist also gehalten, die Bedürfnisse seines Kunden zu ermitteln und sodann auf dem Versicherungsmarkt das bestmögliche Produkt zu finden und den Kunden entsprechend zu beraten. Er schuldet dem Kunden den sog. *Best Advice*<sup>26</sup> hinsichtlich der optimalen Abdeckung der Kundenbedürfnisse.

Die Pflichten des Brokers gehen indessen regelmässig über die blosser Vermittlung der Gelegenheit zum Vertragsabschluss hinaus. Der Brokervertrag beinhaltet als Dauervertrag namentlich

- die Überwachung und Verwaltung des Versicherungsportefeuilles des Versicherungsnehmers,
- die Beratung des Versicherungsnehmers, wenn Anpassungen auf Grund von Gesetzesänderungen oder veränderter Risiko- oder Marktverhältnisse als notwendig erscheinen, sowie
- die professionelle Begleitung des Versicherungsnehmers im Schadenfall<sup>27</sup>.

Alle diese zusätzlichen Pflichten des Brokers gegenüber seinem Kunden werden durch die vom Versicherer ausbezahlte Provision entschädigt.

Der Kunde des Brokers ist also der Versicherungsnehmer, und die Courtage, die der Broker direkt vom Versicherer, indirekt und «wirtschaftlich» aber als Teil der Versicherungsprämie vom Versicherungsnehmer bezieht, stellt die Gegenleistung für die Tätigkeit des Brokers zu Gunsten des Versicherungsnehmers dar. Das Bundesgericht legt Wert auf die Feststellung, dass die Courtage «keine Tätigkeit zu Gunsten der Versicherung entgelten soll, obschon sie von dieser versprochen und bezahlt wird»<sup>28</sup>. Entsprechend besteht der Vergütungsanspruch des Brokers gegenüber dem Versicherer nur so lange, als der Brokervertrag mit dem Versicherungsnehmer in Kraft ist<sup>29</sup>.

---

*Wille, auf deren Ablieferung zu verzichten, aus der Vereinbarung entsprechend deutlich hervorgeht» (BGE 137 III 396 E. 2.2).*

<sup>24</sup> Art. 400 OR.

<sup>25</sup> Art. 45 Abs. 1 lit. c VAG; BSK VAG-DU PASQUIER/MENOU, Art. 45 N 29; INFANGER, S. 72.

<sup>26</sup> FUHRER, PVR, N 7.77.

<sup>27</sup> Vgl. dazu die Umschreibung der Aufgaben des Versicherungsbrokers im Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker und Code of Conduct vom 29. Oktober 2008 des Verbandes Schweizerischer Versicherungsbroker.

<sup>28</sup> BGE 124 III 481, 486 E. 4b; siehe auch INFANGER, S. 72.

<sup>29</sup> BGE 124 III 481, 487 E. 4d; FUHRER, PVR, N 7.78.

Die Versicherer haben jedoch durchaus ein eigenes Interesse an der Tätigkeit des Brokers, welches über die Vermittlung und den Abschluss von Versicherungsverträgen hinausgeht. Zunächst besteht zweifellos eine gewisse Erwartung eines Versicherers, dass der Broker auf eine länger dauernde Bindung seines Kunden an den Versicherer hinwirken werde<sup>30</sup>. Zudem nimmt der fachkundige Broker dem Versicherer die Beratung und Aufklärung des Versicherungsnehmers in Bezug auf zahlreiche Versicherungsfragen ab und erleichtert damit den Verwaltungsaufwand des Versicherers im Verkehr mit den Versicherungsnehmern erheblich<sup>31</sup>.

Der Broker befindet sich mithin nicht nur mit dem Versicherungsnehmer in einer Vertragsbeziehung, sondern auch mit dem Versicherer. Er erbringt gegenüber dem Versicherer, je nach der konkreten Ausgestaltung der Zusammenarbeit, diverse Dienstleistungen.

- *«Er nimmt Risikoanalysen vor,*
- *erstellt Submissionsunterlagen,*
- *vermittelt Versicherungsverträge,*
- *entwickelt Versicherungskonzepte,*
- *pflegt die Beziehung zu den Versicherungsnehmern,*
- *koordiniert Versicherungsprogramme,*
- *nimmt das Prämieninkasso vor,*
- *begleitet Schadenfälle etc.*

*Bei der Abwicklung dieser Aufgaben treffen den Broker Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten dem Versicherer gegenüber. Darüber hinaus hat er das Geheimhaltungsinteresse des Versicherers zu respektieren»<sup>32</sup>.*

Im Lloyd's-Markt gehen die Befugnisse des Brokers mitunter sogar noch wesentlich weiter, indem der Broker in gewissen Fällen durchaus als eigentlicher Vertreter der Versicherer, der *Underwriters* in Erscheinung tritt. Lloyd's-Broker können eine sog. *Binding Authority* besitzen oder sog. *Cover Holders* sein. In bei-

---

<sup>30</sup> BGE 124 II 481, 485 E. 4b.

<sup>31</sup> BGE 124 III 481, 487 E. 4d.

<sup>32</sup> MÜLLER-CHEN/UHLMANN, S. 226, unter Hinweis auf STUDER, S. 132 ff. und 187 f.

den Fällen können sie für die *Underwriters* rechtsgültig Versicherungsverträge abschliessen bzw. im Rahmen ihrer Kompetenz Deckungszusagen erteilen<sup>33</sup>.

Als Gegenleistung für seine Tätigkeit hat der Broker, wie nun bereits mehrfach erwähnt, Anspruch auf die Courtage, welche sich somit, der gegenteiligen Auffassung des Bundesgerichts<sup>34</sup> zum Trotz, *auch* als Entschädigung für die zu Gunsten des Versicherers erbrachten Dienstleistungen qualifiziert.

Versicherer und Broker regeln ihre Vertragsbeziehung regelmässig in sog. *Zusammenarbeitsvereinbarungen*, unter denen üblicherweise ein bestimmter Prozentsatz des durch den Broker generierten Prämienvolumens des Versicherers dem Broker als Courtage ausbezahlt wird, dies mit dem für den Versicherer angenehmen und zweifellos beabsichtigten Nebeneffekt, dass der Anreiz entfällt, bestehende Verträge umzuplatzieren<sup>35</sup>, was bei einer klassischen Vermittlungsprovision der Fall wäre.

Die rechtliche Einordnung der Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Versicherer und Broker ist unklar. Das Bundesgericht hat die Anwendung des Mäklerrechts (Art. 412 ff. OR) auf das Rechtsverhältnis zwischen Broker und Versicherer abgelehnt, ohne jedoch die Frage zu beantworten, wie es zu qualifizieren sei<sup>36</sup>. In der Literatur wird von einem Innominatvertrag mit Elementen des einfachen Auftrags und des Mäklervertrages gesprochen<sup>37</sup>. Ein anderer Vorschlag geht dahin, von einem echten Vertrag zu Gunsten eines Dritten auszugehen, wobei Versicherungsnehmer und Versicherer die Vertragsparteien und der Broker der Dritte sei. Der Versicherungsnehmer lasse sich vom Versicherer die Bezahlung der Courtage versprechen. Die Vereinbarung zwischen Broker und Versicherer sei dann lediglich eine «rechtsgeschäftliche Verstärkung» des Anspruchs des Brokers auf die Courtage<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> In diesen Fällen wird der Broker zum «*agent of the underwriter*» und es ist zu Recht von einer «*dual capacity*» des Lloyd's Brokers die Rede; HENLEY, *The Law of Insurance Broking*, 2. Aufl., London 2004, N 12-019.

<sup>34</sup> BGE 124 III 481, 486 E. 4b.

<sup>35</sup> MÜLLER-CHEN/UHLMANN, S. 226 m.w.H.

<sup>36</sup> BGE 124 III 481, 484 E. 3b.

<sup>37</sup> MÜLLER-CHEN/UHLMANN, S. 226.

<sup>38</sup> FUHRER, PVR, N 7.80; siehe auch MÜLLER-CHEN/UHLMANN, S. 226, FN 31.

## IV. Zum Problem der Doppelvertretung

So oder anders – wie auch immer das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Broker nun zu qualifizieren ist – stellt sich aus der Sicht des Brokers das Problem der Doppelvertretung. Der Broker ist ein Stück weit tatsächlich Diener zweier Herren und damit latent dem Risiko von Interessenkonflikten ausgesetzt. Solche ergeben sich zudem nicht nur aus der Doppelvertretungsproblematik, sondern auch wegen der eigenen Interessen des Brokers. Beispielsweise kann der Umstand, dass der Versicherer X eine höhere Courtage verspricht als der Versicherer Y durchaus mit dem Grundsatz des dem Kunden geschuldeten *Best Advice* in Konflikt geraten.

Wie sind solche Interessenkonflikte zu lösen?

Wer den Code of Conduct des Verbandes Schweizerischer Versicherungsbroker konsultiert, findet auf diese Frage keine Antwort. Das Problem wird, soweit ich sehe, schlicht nicht thematisiert, sondern es wird lediglich darauf hingewiesen, dass der Broker sowohl dem Versicherungsnehmer wie auch dem Versicherer «Informations-, Treue- und Sorgfaltspflichten» schulde<sup>39</sup>.

Auch die Lehre tut sich mit klaren Aussagen schwer. So weisen einige Autoren darauf hin, der Broker sei nicht nur «Vertreter des Versicherungsnehmers», sondern auch «Partner des Versicherers», weshalb ihn auch «im Verhältnis zum Versicherer Informations- und Rücksichtspflichten» treffen würden. Allerdings müsse er «seine Unabhängigkeit, Loyalität, Sorgfalt und Verantwortung dem Versicherungsnehmer gegenüber wahren»<sup>40</sup>. Diese Konstellation sei zwar rechtlich nicht unbedenklich. Sie könne aber so lange hingenommen werden, «als kein Konflikt mit den Interessen des Versicherungsnehmers» entstehe<sup>41</sup>. Was hingegen geschehen solle, wenn ein Konflikt mit den Interessen des Versicherungsnehmers entsteht, wird offengelassen<sup>42</sup>.

«Vertreter des Versicherungsnehmers», «Partner des Versicherers»? In der Praxis führen solche Unterscheidungen natürlich nicht wirklich weiter. Es finden

---

<sup>39</sup> Rz. 56 des SIBA Code of Conduct.

<sup>40</sup> MÜLLER-CHEN/UHLMANN, S. 227.

<sup>41</sup> a.a.O.

<sup>42</sup> Ähnlich SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, § 14 N 35 f.

sich aber auch klarere Aussagen. Gemäss FUHRER<sup>43</sup> ist der Makler *«einzig dem Versicherungsnehmer verpflichtet»*. Und nach Auffassung von FISCHER/ZUBERBÜHLER<sup>44</sup> hat sich der Broker *«ausschliesslich der Interessenwahrung seiner Mandanten»*, also der Versicherungsnehmer, zu widmen.

Vielleicht sind die Auffassungen von FUHRER und FISCHER/ZUBERBÜHLER etwas gar apodiktisch. Meines Erachtens sind jedoch zwei Dinge klar: Erstens: Interessenkonflikte lassen sich für den Broker nicht vermeiden. Und zweites: Sie sind zu Gunsten des Versicherungsnehmers zu lösen.

Der Broker ist vielleicht nicht ausschliesslich, aber doch primär dem Versicherungsnehmer verpflichtet<sup>45</sup> und hat primär dessen Interessen zu wahren. Im Falle eines Konfliktes gehen die Interessen des Versicherungsnehmers denjenigen des Versicherers<sup>46</sup> und selbstverständlich auch denjenigen des Brokers selber<sup>47</sup> vor. Der Broker hat mithin einen Interessenkonflikt – auch den Konflikt mit den eigenen Interessen, z.B. an einer höheren Courtage – zu Gunsten der Interessen des Versicherungsnehmers zu lösen. Er ist im Verhältnis zum Versicherer der Vertreter des Versicherungsnehmers und nicht etwa im Verhältnis zum Versicherungsnehmer derjenige des Versicherers.

Generell scheint mir, dass sich die Vertretung des Versicherers durch den Broker auf «technische» Handlungen beschränken sollte, mit welchen keine Gefahr der Benachteiligung des Versicherungsnehmers verbunden ist. So kann vereinbart werden, dass der Broker Willenserklärungen des Versicherungsnehmers mit

---

<sup>43</sup> PVR, N 7.79 f. Folgerichtig ist FUHRER der Auffassung, dass nicht von einem Doppelrechtsverhältnis gesprochen werden sollte. Die Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Versicherer und Broker löst er über die Konstruktion des echten Vertrages zu Gunsten Dritter.

<sup>44</sup> Op. cit., S. 46.

<sup>45</sup> So auch INFANGER, S. 70.

<sup>46</sup> So auch das Bundesgericht: Die Parteien des Dreiecksverhältnisses Versicherer/Versicherungsnehmer/Broker müssen sich bewusst sein, *«dass der Makler die Interessen des Versicherungsnehmers vertritt und er diese Interessen vorrangig vor jenen der Versicherung zu wahren hat»* (BGE 124 III 481, 485 E. 4b).

<sup>47</sup> Namentlich dem Interesse an einer höheren Courtage. So auch das Bundesgericht: *«Der Versicherungsmakler hat als Beauftragter des Versicherungsnehmers dessen Interessen treu und sorgfältig zu wahren – unbesehen seines eigenen Interesses an einem möglichst hohen Entgelt»* (BGE 124 III 481, 484 E. 4a).

unmittelbarer Wirkung für den Versicherer entgegennimmt<sup>48</sup>. Dagegen ist nichts einzuwenden. Hingegen halte ich es für mehr als problematisch, wenn der Broker den Versicherer auch in Fragen vertritt, welche eine eigenständige Beurteilung durch den Vertreter oder gar ein Ermessen bedingen. Dies gilt beispielsweise für die offenbar nicht unübliche Praxis, dem Broker eine Schadenregulierungskompetenz einzuräumen<sup>49</sup>, da die Schadenregulierung mit einem offensichtlichen Interessengegensatz zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer behaftet ist<sup>50</sup>. Für Bagatellfälle im Konsumentenbereich, in denen ohne Weiteres von einer vollumfänglichen Deckung des Schadenfalles auszugehen ist oder aber die Deckung mit Sicherheit ausgeschlossen werden kann, mag dies angehen, in allen anderen Fällen nicht. Noch einmal: Der Broker ist im Verhältnis zum Versicherer der Vertreter des Versicherungsnehmers und nicht umgekehrt. Er ist kein Agent.

## V. Zur Frage der Wissenszurechnung

Der Broker sollte sich seiner Rolle als Vertreter des Versicherungsnehmers stets bewusst sein, und sein Kunde, der Versicherungsnehmer, sollte sich dessen ebenfalls bewusst sein. Für den Versicherungsnehmer kann nämlich der Broker nicht nur eine willkommene Unterstützung, sondern unter Umständen auch eine gewisse *Gefahr* darstellen. Die Unterstützung besteht unter anderem in der Beratung, die der Versicherungsnehmer von seinem Broker erhält. Dazu gehört, dass der Broker seinen Kunden darüber aufklärt, wie er sich beim Versicherungsabschluss, aber auch während der laufenden Dauer der Police und namentlich im Schadenfall zu verhalten hat. Das fachspezifische Wissen des Brokers – und darin besteht die angesprochene Gefahr für den Versicherungsnehmer – ist dem Versicherungsnehmer zuzurechnen. Dies gilt meines Erachtens nicht nur für Sachverhaltsfragen, welche etwa beim Abschluss des Versicherungsvertrages – Stichwort Anzeigepflichtverletzung – eine Rolle spielen<sup>51</sup>, sondern auch für versicherungsrechtliches Know-how, welches beim Broker vorhanden ist.

---

<sup>48</sup> Sog. Brokerklausel im Versicherungsvertrag. Mit dem Eingang einer Willenserklärung des Versicherungsnehmers beim Broker gilt die Willenserklärung als dem Versicherer zugegangen.

<sup>49</sup> Vgl. Rz. 53 des SIBA Code of Conduct, der diese Möglichkeit ausdrücklich vorsieht.

<sup>50</sup> FUHRER, PVR, N 7.80.

<sup>51</sup> Vgl. dazu BGer 5C.61/2005 E. 3.4.

Ich will hierzu ein konkretes Beispiel nennen:

Bis vor wenigen Jahren war die Frage umstritten, ob unter dem schweizerischen VVG die Vereinbarung von sog. *conditions precedent* zulässig sei, ob also gültig vereinbart werden könne, dass die Verletzung einer Obliegenheit, z.B. die Nichteinhaltung der im Versicherungsvertrag vorgesehenen Frist, einen Schadenfall zu melden, zu einem vollständigen Deckungsverlust des Versicherungsnehmers führt, und zwar auch dann, wenn die verspätete Schadensmeldung keinen negativen Einfluss auf Schadensverlauf oder Schadenshöhe gehabt hat. Die Frage ist vom Bundesgericht mit Urteil vom 29. September 2010 entschieden worden: «Nach Art. 8 AVB berechtigt die schuldhaft Verletzung vertraglicher Obliegenheiten durch den Versicherten die Beschwerdegegnerin, ihre Leistungen abzulehnen. Soweit keine zwingenden gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen, können die Parteien die Rechtsfolgen einer Obliegenheitsverletzung frei vereinbaren [...]. Diese Freiheit findet ihre Grenze an der zwingenden Vorschrift von Art. 45 VVG. [...] Ein Kausalitätserfordernis, wie es in der von der Beschwerdeführerin zitierten Literatur vertreten wird [...], schreibt Art. 45 Abs. 1 VVG indes nicht vor. Somit kann vereinbart werden, dass die Rechtsnachteile auch dann eintreten, wenn die Obliegenheitsverletzung sich nicht ausgewirkt hat [...]. Dasselbe gilt, wenn der Vertrag diesbezüglich schweigt.»<sup>52</sup> Das Bundesgericht hat jedoch in dieser Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Versicherungsnehmerin nicht geltend gemacht habe, der fraglichen Bestimmung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen sei die Gültigkeit wegen Ungewöhnlichkeit zu versagen, weshalb sich eine entsprechende Prüfung erübrige. Das Bundesgericht hat mithin die Frage offengelassen, ob in dem konkret zu beurteilenden Fall die Vereinbarung der *condition precedent* gegen die für die Auslegung von Allgemeinen Vertragsbedingungen massgebliche Ungewöhnlichkeitsregel verstossen hat.

Die Ungewöhnlichkeitsregel besagt im Wesentlichen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht bindend sind, wenn sie Regelungen aufweisen, mit denen der Betroffene nach den Umständen nicht rechnen muss<sup>53</sup>, da in diesem Fall der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen statuierende Vertragspartner

---

<sup>52</sup> BGer 4A.349/2010 E. 4.2. Siehe dazu GRABER, *Validity of conditions precedent confirmed by Supreme Court*, in: *Guide to the World's Leading Insurance and Reinsurance Lawyers*, 2011, S. 58 f.; kritisch FUHRER, PVR, 10.51 ff; DERS. in: HAVE 1/2011, S. 41 f.

<sup>53</sup> Vgl. etwa BGE 109 II 452, 458 E. 5b: Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel setzt neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung voraus, dass «die betreffenden Klauseln objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen».

(also der Versicherer) nicht auf deren Akzeptierung vertrauen darf<sup>54</sup>. Das Bundesgericht konnte diese Frage deshalb offenlassen, weil sie von der Versicherungsnehmerin nicht thematisiert worden war.

Was hat nun dies alles mit der Rolle des Brokers zu tun? Eine Berufung auf die Ungewöhnlichkeitsregel ist dann zum Scheitern verurteilt, wenn der Vertragsgegner (hier: der Versicherungsnehmer) durch die fragliche Vertragsbestimmung nicht überrascht worden ist, wenn er mithin den Vertrag im Wissen um die fragliche Klausel abgeschlossen hat. Genau davon aber ist auszugehen, wenn der Versicherungsnehmer beim Abschluss des Versicherungsvertrages durch einen Broker beraten oder gar vertreten wurde. Zwar kann auch ein branchenkundiger Vertragsgegner durch eine ungewöhnliche Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen überrascht werden<sup>55</sup>. Es ist jedoch nicht davon auszugehen, dass der Versicherungsbroker das *Wording* der Police, welches er seinem Kunden empfiehlt und welches er ihm erläutern muss, selber nicht genau kennt, zumal wenn es um die in der Praxis wichtige Frage der versicherungsvertraglichen Obliegenheiten des Versicherungsnehmers geht.

Neben der Ungewöhnlichkeitsregel gibt es eine weitere zentrale Auslegungsregel im Bereich von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nämlich die sog. Unklarheitenregel. «*Danach sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat.*»<sup>56</sup> Man redet ja schliesslich im Zusammenhang mit Allgemeinen Versicherungsbedingungen nicht ohne Grund von «Versicherungschinesisch». Manche AVB-Bestimmungen sind schwer verständlich, kompliziert und auch nicht immer widerspruchsfrei. Wenn aber – und auch hier handelt es sich um einen Fall der Wissenszurechnung – eine bestimmte Vertragsklausel im Versicherungsmarkt eine bestimmte Bedeutung hat, es mithin jedem Profi klar ist, welches die Bedeutung dieser Klausel ist, so kann sich der professionell, d.h. durch einen Broker beratene Versicherungsnehmer nicht darauf berufen, *ihm* habe sich der Inhalt der Klausel nicht erschlossen. Die bei seinem Berater vorhandene Kenntnis des Inhaltes der Klausel ist ihm selber zuzurechnen.

---

<sup>54</sup> BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 60.

<sup>55</sup> CHK-KUT OR 1 N 53.

<sup>56</sup> BGer 5C.271/2004 E. 2; vgl. für das Versicherungsrecht BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 152 ff.

Generell scheint mir, dass Rechtspositionen des Versicherungsnehmers, welche auf Konsumentenschutzüberlegungen<sup>57</sup> beruhen, bei Beratung oder gar Vertretung des Versicherungsnehmers durch einen Broker keine Aussicht auf Erfolg haben dürfen. Genau darin besteht die angesprochene Gefahr für den Versicherungsnehmer.

Noch ein Beispiel:

Ich hatte vor einigen Jahren einen Deckungsprozess in Genf begleitet, in welchem die Verjährung des vermeintlichen Versicherungsanspruchs eine entscheidende Rolle gespielt hatte. Der Versicherungsvertrag enthielt eine Klausel, wonach im Falle, dass der Schadenfall Gegenstand einer Strafuntersuchung bilde, keine Versicherungsleistung fällig werde, solange das Strafverfahren nicht abgeschlossen sei. Die Parteien des Versicherungsvertrages hatten also in zulässiger Abweichung von der gesetzlichen Regelung<sup>58</sup> die Fälligkeit des Versicherungsanspruchs auf den Zeitpunkt der rechtskräftigen Erledigung eines allfälligen Strafverfahrens gegen den fehlbaren Angestellten der Versicherungsnehmerin – es handelte sich um eine Bank – hinausgeschoben. Über den Verjährungsbeginn enthielt diese Klausel hingegen keine Bestimmung. Es galt das normale Regime von Art. 46 VVG – Verjährung innerhalb von zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet.

Die Verjährung trat in diesem Fall ein, bevor das Strafverfahren beendet worden war. Verjährungsunterbrechende Massnahmen waren unterblieben. Der Versicherer erhob die Verjährungseinrede. Die Bank wandte ein, es sei ja wohl nicht möglich, dass ein Anspruch verjähre, bevor er fällig geworden sei. Doch. Das ist möglich und wurde vom Bundesgericht ausdrücklich bestätigt<sup>59</sup>. War die Klausel ungewöhnlich? War sie unklar? – Nein. Jedenfalls nicht gegenüber einer Bank als Versicherungsnehmerin, welche zudem von einem professionellen Brokerunternehmen beraten und vertreten worden war.

---

<sup>57</sup> Vgl. die Legaldefinition der Konsumentenverträge in Art. 32 Abs. 2 ZPO: «Als Konsumentenverträge gelten Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden.»

<sup>58</sup> Art. 41 Abs. 1 VVG.

<sup>59</sup> BGer 4A\_645/2010 E. 2.4.2; vgl. dazu BSK VVG Nachf.Bd.-GRABER, Art. 46 ad N 20.

Natürlich werfen die hiervoor skizzierten Szenarien die Frage der Haftung des Brokers auf. Diese richtet sich im Grundsatz wohl nach Art. 398 Abs. 2 OR<sup>60</sup>, wonach der Beauftragte (der Broker) gegenüber dem Auftraggeber (dem Versicherungsnehmer) «für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäftes» einzustehen hat. Gemäss Rz. 44 des Code of Conduct des Verbandes Schweizerischer Versicherungsbroker hat der Versicherungsbroker «für den Kunden die Auswahl und Aufrechterhaltung eines bestmöglichen Versicherungsschutzes sicherzustellen. Er ist treuhänderischer Sachwalter des Kunden in Versicherungsangelegenheiten und hat die Interessen des Kunden mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu wahren». Verletzt er diese Pflichten schuldhaft, haftet er dem Versicherungsnehmer für den daraus entstandenen Schaden<sup>61</sup>.

Apropos Aufrechterhaltung des Versicherungsschutzes: In einem Deckungsprozess hatte ich den vermeintlichen Deckungsanspruch des Versicherungsnehmers namens des Versicherers primär mit dem Fehlen eines Versicherungsvertrages begründet. Was war geschehen? Es fanden über einen längeren Zeitraum Vertragsverhandlungen über den Abschluss des gewünschten Versicherungsvertrages statt. Der Versicherer gab eine vorläufige Deckungszusage ab, zeitlich limitiert. Der Broker teilte daraufhin seinem Kunden mit, es bestünde Versicherungsdeckung. Von der zeitlichen Begrenzung sagte er nichts. Bis zum Ablauf der Frist wurde zwar weiterverhandelt, aber es wurde kein definitiver Versicherungsvertrag abgeschlossen, und der Versicherer wurde vom Broker auch nicht gebeten, die Deckungszusage zu verlängern oder zu erneuern. Wenige Tage nach Ablauf der vorläufigen Deckungszusage kam es zu einem Schadenereignis. Der definitive Versicherungsvertrag wurde etwas später abgeschlossen, unter ausdrücklichem Ausschluss des bereits entstandenen Schadens. Der Versicherungsnehmer war dennoch der Auffassung, Anspruch auf Versicherungsleistungen zu haben, und reichte Klage ein. Seine Position war indessen aussichtslos. Es gab im Zeitpunkt des Schadenereignisses schlicht keinen Versicherungsvertrag, unter dem er hätte Deckung beanspruchen können. Der Broker seinerseits hatte die Sache in der Zwischenzeit seinem Haftpflichtversicherer angemeldet.

Dieses Beispiel verdeutlicht erneut, wessen Vertreter der Broker ist und wem sein Wissen zuzurechnen ist. Wenn er seine Sorgfaltspflicht verletzt, ist er gegenüber seinem Kunden zum Ersatz des dem Kunden dadurch entstandenen Schadens verpflichtet. Nicht ohne Grund sind die Versicherungsbroker – ich

---

<sup>60</sup> i.V.m. Art. 412 Abs. 2 OR.

<sup>61</sup> Vgl. ausführlich zur Haftungsfrage FISCHER/ZUBERBÜHLER, S. 29 ff.

habe es bereits erwähnt – aufsichtsrechtlich zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von mindestens CHF 2 Mio. oder zur Stellung einer gleichwertigen finanziellen Sicherheit verpflichtet.

Im erwähnten Fall verhielt es sich übrigens so, dass der Broker nach seinen eigenen Angaben wegen der gleichzeitig stattfindenden *Fasnacht* die Befristung der Deckungszusage aus den Augen verloren hatte. Es könnte also sein, dass für einen passionierten Fasnächtler ein erhöhtes Haftungsrisiko besteht. Aber wie heisst es schliesslich so schön: *No risk, no fun*.