

Zusammenarbeitsverträge zwischen Versicherer und Broker

Markus Müller-Chen* / Felix Uhlmann**/***

Zusammenfassung deutsch

Zusammenfassung französisch

I. Einleitung

Die Zusammenarbeit zwischen Erstversicherer und Versicherungsbrokern im Firmengeschäft hat eine lange Tradition¹. Verschiedene Faktoren (Revision des VAG und VVG; Rentabilitätsüberlegungen; Entwicklungen im US-amerikanischen Versicherungsmarkt²) haben unlängst dazu geführt, dass dieses Verhältnis, insbesondere in der Frage der Entschädigung, mancherorts einer kritischen Überprüfung unterzogen wird. Namentlich werden Modelle entwickelt, mit denen neue Kriterien zur Bemessung der Vergütung der Broker eingeführt werden sollen.

Den Autoren wurde im Rahmen eines gutachterlichen Auftrages die Frage unterbreitet, welcher vertrags-, wettbewerbs- und aufsichtsrechtliche Spielraum bei der Ausgestaltung solcher Zusammenarbeitsverträge zwischen Erstversicherer und Broker im schweizerischen Recht besteht.

II. Faktische und rechtliche Stellung des Brokers

A. Im Verhältnis zum Versicherungsnehmer

1. Aufgaben des Brokers

Der Versicherungsbroker ist ein Intermediär, der das Bindeglied zwischen dem Versicherungsnehmer und der Versicherung darstellt. Er ist primär der Vertreter des Versicherungsnehmers und ist deshalb dessen Interessen verpflichtet, was auch bedeutet, dass er seine eigenen Interessen im Grundsatz zu Gunsten des Versicherungsnehmers zurückzustellen hat. Dies ergibt sich bereits aus dem allgemeinen obligationenrechtlichen Stellvertretungsrecht³. Der Versicherungsbroker hat vielfältige Aufgaben:

Primär hat er die optimierte Abdeckung von Risiken aufzuzeigen und Versicherungsverträge zu vermitteln.

* Prof. Dr. iur., Advokat, Basel.

** PD Dr. iur., LL.M., Advokat, Basel.

*** Dieser Beitrag ist eine um Fussnoten erweiterte Fassung eines für die Basler Versicherungs-Gesellschaft erstellten Gutachtens und erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Auftraggebers. Herrn PD Dr. Stephan Fuhrer sei für seine wertvollen Hinweise und die Druckerlaubnis ganz herzlich gedankt. Ferner bedanken sich die Autoren bei Prof. Dr. Gerhard Schmid (Wenger Plattner Basel) für seine weiterführenden Hinweise sowie bei Herrn Simon Kehl, B.A. HSG, für die Mitarbeit bei der Erstellung des Fussnotenapparates.

¹ Vgl. zur historischen Entwicklung des Versicherungsbrokers HELMUT STÜDER, Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz, Bern 2000, S. 3 ff., für die Schweiz S. 7 ff.

² Vgl. Complaint von Eliot Spitzer g. Marsh & McLennan, Inc. et al. vom 14.10.2004 samt Testimony von ELIOT SPITZER vor dem US-Senatsausschuss on Governmental Affairs vom 16.11.2004.

³ Art. 32 ff. OR; dazu BaKomm/WATTER, Art. 33 Rz. 19, INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Bern 2000, Rz. 40.03; GUHL/KOLLER, §18 Rz. 12.

Er erstellt die Risikoanalyse, formuliert die Risiko-, Vorsorge- und Versicherungspolitik, betreut das Versicherungsportfolio und begleitet u.U. einen allfälligen Schadensverlauf⁴. Er holt von den für das jeweilige Risiko geeigneten Risikoträgern Offerten ein, wobei die Bonität des Risikoträgers, der Deckungsumfang des Angebots, die Qualität der Dienstleistungen und der Schadenregulierung und die Prämienhöhe zu berücksichtigen sind. Gleiche Pflichten treffen ihn bei der Erneuerung der Versicherungsverträge. Des weiteren hat er während der Laufzeit des Vertrags eine permanente Überwachungs- und Marktbeobachtungspflicht und er muss seinen Kunden über neue Möglichkeiten der Risikofinanzierung informieren. Alles in allem wird deutlich, dass der Versicherungsbroker einen engen Kontakt zum Versicherungsnehmer pflegen, ihn über den Markt und den Versicherer informieren und in allen Versicherungsfragen begleiten muss.

Der Versicherungsnehmer bezahlt dem Broker für dessen Dienstleistungen in der Regel keine Entschädigung. Es ist der Versicherer, welcher dem Broker eine Provision (Courtage) ausrichtet. Dieses Modell hat sich über lange Zeit etabliert⁵.

2. Rechtliche Einordnung

Der Vertrag zwischen dem Broker und dem Versicherungsnehmer ist ein Innominatvertrag⁶, der Elemente des Werkvertrags⁷, des Auftrags⁸ und des Mäklervertrags⁹ enthält¹⁰. Inhalt und Umfang der vom Broker zu beachtenden Sorgfaltspflichten hängen davon ab, welche der gesetzlichen Vertragstypen auf welche Vertragspflichten angewandt werden¹¹.

Bei der Entschädigung des Brokers im Rahmen seiner Vermittlung von Versicherungsverträgen ist der Mäklervertrag von Bedeutung. Dieser ist nach herrschen-

der Meinung zwingend entgeltlich¹². Wir haben gesehen, dass der Broker nicht von seinem Kunden, sondern vom Versicherer bezahlt wird¹³. Art. 412 Abs. 1 OR lässt dies seinem Wortlaut nach zu. Die alleinige Anwendbarkeit des Mäklervertrags ist aber aufgrund der umfassenden Rechte und Pflichten des Brokers gegenüber seinem Klienten unter Berücksichtigung der Stellung des Brokers dem Versicherer gegenüber insbesondere bei der Vermittlungsmäkelei fragwürdig. Es ist daher fraglich, ob die in der Schweiz seit langem praktizierte Übung sich mit der ratio legis der genannten Gesetzesbestimmungen verträglich¹⁴.

Auf die Frage der vom Broker gegenüber dem Versicherungsnehmer zu beachtenden Sorgfalt bei der Beratung in Fragen der Risiko- und Versicherungspolitik, der Durchführung von Submissionen, in der weisungsgemässen Erfüllung der Geschäfte, der Haftung für fehlerhafte Erfüllung sowie der Auskunft- und Rechenschaftspflicht ist der einfache Auftrag massgebend. In diesem Zusammenhang ist besonders auf Art. 398 OR¹⁵ und Art. 400 OR¹⁶ hinzuweisen.

Zur Konkretisierung der auftragsrechtlichen Sorgfalts-, Treue- und Loyalitätspflichten sind die Person des Versicherungsnehmers, die Art der gesuchten Versicherungsdeckung (Massengeschäft, Speziallösung) sowie branchenspezifische Anforderungen und Usancen zu berücksichtigen. Letztere finden sich z.B. im Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker¹⁷. Darin wird v.a. statuiert: *«Er [der Broker] erklärt seinem Kunden Art und Umfang der Dienstleistung, das System der Honorierung, informiert über die Rechte und Pflichten beider Parteien und berät ihn sorgfältig»*¹⁸. Der Broker hat rechtlich und wirtschaftlich von einem Versicherer unabhängig zu sein. Dies ist er nicht, wenn er z.B. von einem Versicherer beauftragt ist, Geschäfte zu vermitteln¹⁹. Er hat seine Dienstleistungen mit grösstmöglicher Sorgfalt und Professionalität zu erbringen²⁰. Der Broker beeinflusst die konkrete Vertragsgestaltung und

⁴ Vgl. zum Ganzen STUDER (Fn 1), 43 ff.

⁵ Vgl. etwa HANNES BAUMANN, Die Courtage des Versicherungsmaklers, Diss. Zürich 1996, 11; STUDER (Fn 1), 50.

⁶ Innominatverträge sind Verträge, die weder vom Obligationenrecht noch von Spezialgesetzen geregelt sind. Die Vertragsfreiheit erlaubt die Bildung steht neuer und verschiedener Formen im Rahmen des Gesetzes, vgl. dazu statt vieler GUHL/KOLLER, §40 N 4 ff.; SCHWENZER (Fn. 3), Rz. 3.15.

⁷ Art. 363 ff. OR.

⁸ Art. 394 ff. OR.

⁹ Art. 412 ff. OR.

¹⁰ STUDER (Fn. 1), S. 86, kommt zum gleichen Ergebnis, dass sich der Brokervertrag nicht unter einen bestehenden Vertragstypus subsumieren lässt. Anderer Meinung hingegen ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, 206.

¹¹ Dies in Übereinstimmung mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die besagt, dass die Regeln aller betroffenen Vertragsarten heranzuziehen sind, wobei die einzelnen Probleme durch den jeweils passenden Normenkomplex zu lösen sind, vgl. BGE 109 II 462, E. 3d, BGE 110 II 380, E. 2. Vgl. zur sog. Kombinationstheorie auch CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht – Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich 2004, Rn. 1362 f.

¹² BaKomm/AMMANN, Art. 412 Rz. 11. Ein unentgeltlicher Vermittlungsauftrag wird als einfacher Auftrag und nicht als Mäklervertrag qualifiziert, BeKomm/GAUTSCHI, Art. 412 Rz. 2a, so im Ergebnis auch EUGEN BUCHER, Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. Aufl., Bern 1988, 235.

¹³ Vgl. oben, Fn. 5.

¹⁴ Vgl. so auch STUDER (Fn. 1), S. 72.

¹⁵ Die Sorgfalts- und Treuepflichten des Beauftragten.

¹⁶ Die Pflicht zu Rechenschaftsablegung des Beauftragten.

¹⁷ Hrsg. von der Swiss Insurance Brokers Association SIBA, Zürich 2003, http://www.siba.ch/pdf/SIBA_Berufsbild_D.pdf. Der SIBA wurde 1991 als privatrechtlicher Verein mit Sitz in Zürich gegründet. Dem Verband gehören die wichtigsten Versicherungsbroker an, die in der Schweiz tätig sind und die Voraussetzungen des Berufsbildes erfüllen.

¹⁸ Art. 2.1. Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker, SIBA, Zürich, 4.9.2003.

¹⁹ Art. 2.2. Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker, SIBA, Zürich, 4.9.2003.

²⁰ Art. 2.3. Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker, SIBA, Zürich, 4.9.2003.

die Versicherungsbedingungen zur optimalen Erfüllung der Kundenbedürfnisse²¹.

Der Versicherungsbroker hat (in aller Regel) gegenüber dem Versicherungsnehmer einen Wissens- und Erfahrungsvorsprung in Versicherungsfragen²². Dies ist wirtschaftlich auch der Grund, warum ein Broker hinzugezogen wird. Auftragsrechtlich bedeutet dies, dass an die Sorgfalt des Brokers und seine gegenüber dem Versicherungsnehmer als Auftraggeber bestehenden Informationspflichten ein strenger Massstab anzulegen ist²³. Der Broker hat den Versicherungsnehmer von sich aus über die optimale Deckung zu orientieren, ihn über Risiken aufzuklären, kurzum: Alles zu tun, was den individuellen Bedürfnissen und Interessen seines Klienten dienlich ist und alles zu unterlassen, was diesen (im Einzelfall zu konkretisierenden) Interessen zuwiderläuft²⁴. Diese Informationspflicht umfasst z.B. auch die Offenlegung von rechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen²⁵. Zur Frage, ob und gegebenenfalls wie detailliert der Broker auch über Art und Höhe der vom Versicherer bezogenen oder versprochenen Gegenleistung informieren muss, wird auf die nachfolgenden Überlegungen weiter hinten (IV.B.1) verwiesen.

B. Im Verhältnis zum Versicherer

1. Aufgaben und Entschädigung

Der Broker erbringt dem Versicherer verschiedene Dienstleistungen, die je nach konkreter Zusammenarbeit variieren können: 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.²⁶. Bei der Abwicklung dieser Aufgaben treffen den Broker Informations-, Sorgfalts- und Treuepflichten dem Versicherer gegenüber²⁷. Darüber hinaus hat er das Geheimhaltungsinteresse des Versicherers zu respektieren.

Als Gegenleistung erwirbt der Broker einen Anspruch auf die Courtage, bei der es sich usanzgemäss in der Regel um eine sog. laufende Courtage in immer gleicher Höhe handelt mit einem festen Prozentsatz vom generierten Prämienvolumen. Arbeiten während der Laufzeit des Versicherungsvertrags werden gleich entschädigt wie der Neuabschluss. Dies hat den Nebeneffekt, dass der Anreiz entfällt, bestehende Verträge umzuplatzieren²⁸.

Es ist branchenüblich, die Brokerentschädigung mittels fester Courtagesätze durch jährliche, wachstumsabhängige Superprovisionen in Zusatzvereinbarungen²⁹ zu ergänzen. In solchen Zusatzvereinbarungen konkretisieren Versicherer und Broker die Eckpunkte ihrer Zusammenarbeit unter Berücksichtigung der Interessen des Versicherungsnehmers. Bei der Bemessung der Höhe der Provisionen spielen auch qualitative Aspekte der Dienstleistung des Brokers eine Rolle.

2. Rechtliche Bewertung der Zusammenarbeitsvereinbarung

Broker und Versicherer regeln ihre gegenseitigen Beziehungen in Zusammenarbeitsvereinbarungen³⁰, die sich nicht eindeutig einem Nominatvertrag, auch nicht dem Mäklervertrag, zuordnen lassen. Die Zusammenarbeitsvereinbarung ist als Innominatkontrakt mit Elementen des einfachen Auftrags und des Mäklervertrags zu qualifizieren³¹.

Bei der Vermittlung von Versicherungsverträgen fragt sich, ob die Regeln des Mäklervertrags Anwendung finden³². Dies ist jedoch u.E. aus zwei Gründen zu verneinen. Zum einen ist die Zusammenarbeit zwischen Broker und Versicherer auf Dauer angelegt und endet nicht mit der erfolgreichen Vermittlung des Geschäftes³³. Hinzu kommt die Problematik der Doppelvertretung. Zwar enthält Art. 415 OR kein generelles Verbot

²¹ Art. 3.4.1. Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker, SIBA, Zürich, 4.9.2003.

²² Dies nicht zuletzt aufgrund der immer komplexer werden Risiken, die es abzusichern gilt, vgl. BAUMANN (Fn. 5), 2. Den gleichen Grund identifiziert auch MORITZ KUHN, Kein Anschein von Befangenheit, Schweizer Versicherung 2003, 36–39, 36, für öffentliche Auftraggeber.

²³ Das Sorgfaltsmass bestimmt sich nach der Art und Schwierigkeit der zu verrichtenden Aufgabe und der dazu erforderlichen Fachkenntnis. An Spezialisten höhere Anforderungen gestellt. Vgl. BaKomm/WEBER, Art. 398 Rz. 27 m.w.Nw.; GUHL/SCHNYDER, §49 Rz. 11; BUCHER (Fn. 12), 231; HUGUENIN (Fn. 11), Rz. 788; HEINRICH HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht – besonderer Teil, 6. Aufl., Bern 2001. Es genügt nicht, wenn der Beauftragte die Sorgfalt anwendet, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt (*diligentia quam in suis*), da der Auftraggeber regelmässig annimmt, der Beauftragte sei ein Fachmann, vgl. BaKomm/WEBER, Art. 398 Rz. 28.

²⁴ Vgl. detailliert BeKomm/FELLMANN, Art 398 N. 24 f. m.w.Nw.

²⁵ Vgl. KUHN (Fn. 22), 37.

²⁶ Vgl. dazu detailliert STUDER (Fn. 1), 132 ff.

²⁷ Vgl. STUDER (Fn. 1), 187 f.

²⁸ Vgl. STUDER (Fn. 1), 142 f. Zur laufenden Courtage vgl. auch BAUMANN (Fn. 5), 218.

²⁹ Vgl. Art. 6.4. Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker, SIBA, Zürich, 4.9.2003.

³⁰ Diese werden bisweilen auch als Mäklervertrag, Courtagevereinbarung oder Zusammenarbeitsvereinbarung bezeichnet, vgl. STUDER (Fn. 1), Fn. 435.

³¹ Im Ergebnis gleich STUDER (Fn. 1), 182, unter Hinweis auf Teile der deutschen Lehre, die ein Vertragsverhältnis zwischen Broker und Versicherer gänzlich negieren (vgl. S. 165 f. m.w.Nw.). Eine Möglichkeit besteht darin, dass Versicherungsnehmer und Versicherer im Versicherungsvertrag den Broker als Dritten begünstigen; die Vereinbarung zwischen Broker und Versicherer wäre diesfalls lediglich «rechtsgeschäftliche Verstärkung» dieses Anspruchs. Diese – hier nicht weiter verfolgte – Konstruktion setzt aber in jedem Fall voraus, dass die Entschädigung des Brokers *transparent und vollständig* im Vertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer abgebildet wird.

³² Wie dies bspw. BAUMANN (Fn. 5), 77, postuliert.

³³ Der Mäklervertrag hingegen erlischt, wenn das Geschäft mit dem Dritten zustande gekommen ist, vgl. BaKomm/AMMANN, Art. 412 Rn. 6.

der Doppelmäkelei. Diese ist jedoch untersagt, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst, was vor allem dann angenommen wird, wenn ein Interessenkonflikt vorliegt. Ein solcher Fall liegt gemäss herrschender Auffassung bei der Vermittlungsmäkelei vor³⁴.

Die Betreuung des Versicherungsnehmers, des Versicherungsportfolios und die routinemässige Schadenbegleitung sind Aufgaben, welche dem einfachen Auftrag zugeordnet werden können. Durch Annahme des Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, diese Geschäfte vertrags- und weisungsgemäss³⁵ unter Anwendung der branchenüblichen Sorgfalt³⁶ zu erledigen. Auch diese Leistungen werden mit der laufenden Courtage abgeglichen. Das auch im Auftragsrecht geltende Verbot der Doppelvertretung³⁷ spielt bei diesen Aufgaben oft keine Rolle, da kein gegensätzliches Interesse von Versicherer und Versicherungsnehmer vorliegt. Im Hinblick auf das Austauschverhältnis der Leistungen von Versicherer und Versicherungsnehmer wird der Broker aber einen allfälligen Interessenskonflikt jeweils sorgfältig zu prüfen haben. Ein solcher ist insbesondere bei der Erledigung strittiger Schadenfälle kaum zu vermeiden.

Die Zusammenarbeitsvereinbarungen sind an sich zulässig; allerdings dürfen die Pflichten des Brokers gegenüber dem Versicherungsnehmer aus der Brokervereinbarung nicht beeinträchtigt werden³⁸, wozu so gleich Stellung bezogen wird.

III. Zwischenfazit

Der Versicherungsbroker befindet sich als Intermediär rechtlich und wirtschaftlich in einer schwierigen Zwischenposition. In einem gewissen Mass ist er der Diener zweier Herren. Einerseits ist er als Vertreter des Versicherungsnehmers dessen «treuhänderischer Sachwalter»³⁹ und zur Wahrung dessen Interessen verpflichtet, wozu auch die Erfüllung auftragsrechtlicher Informations- und Rechenschaftspflichten gehören.

Die Aufklärungs- und Informationspflicht sind Teil der allgemeinen Treuepflicht des Beauftragten⁴⁰. Diese Informationspflichten bestehen bereits vorvertraglich und beziehen sich generell auf alle Umstände, welche die Erreichung des konkret in Frage stehenden Auftrags betreffen bzw. dem Auftraggeber als Entscheidungsgrundlage dienen können⁴¹. Die Auskünfte sind unaufgefordert⁴² und, was selbstverständlich ist, wahrheitsgetreu zu geben.

Zum gleichen Ergebnis führt die in Art. 400 Abs. 1 OR geregelte Rechenschaftspflicht des Beauftragten, die im Unterschied zur Informationspflicht aus Art. 398 OR nur auf Intervention des Auftraggebers geschuldet ist⁴³. Ziel der Rechenschaftspflicht ist es, den Auftraggeber umfassend, vollständig und wahrheitsgetreu über die Ausführung des Auftrags zu informieren⁴⁴.

Unabhängig von der Rechtsgrundlage (Art. 398 Abs. 2 oder 400 Abs. 1 OR) kann aus dem Vorgesagten geschlossen werden, dass der Broker den Versicherungsnehmer u.a. auch über die (zu erwartenden) Honorarsprüche⁴⁵ oder über bestehende wirtschaftliche und rechtliche Bindungen informieren muss.

Der Broker ist nicht nur Vertreter des Versicherungsnehmers sondern auch Partner des Versicherers und unterstützt diesen auf vielfältige Art und Weise, wofür er zusammen mit den Leistungen, die er dem Versicherungsnehmer erbringt, entschädigt wird. Aufgrund der Auftragsnähe treffen den Broker auch im Verhältnis zum Versicherer Informations- und Rücksichtspflichten⁴⁶. Gleichzeitig muss er seine Unabhängigkeit, Loyalität, Sorgfalt und Verantwortung dem Versicherungsnehmer gegenüber wahren.

Diese Konstellation ist zwar rechtlich nicht unbedenklich. Sie kann aber solange hingenommen werden, als kein Konflikt mit den Interessen des Versicherungsnehmers entsteht. Bei der uns vorliegend primär interessierenden Entschädigungsfrage kann beobachtet werden, dass im Erstversicherungsmarkt, in dem die Ansätze, die Berechnungsgrundlage und ihre Ausgestaltung als laufende Courtage faktisch bei allen Versicherern gegenüber ihren Brokern identisch sind, ein Interessenkonflikt wohl ausgeschlossen werden kann, da für den Broker kein Anreiz geschaffen wird, zu Lasten des Kunden für sich oder den Versicherer Vorteile zu erwirtschaften.

³⁴ Vgl. BaKomm/AMMANN, Art. 415 Rn. 4 m.w.Nw.; STUDER (Fn. 1), 172.

³⁵ Die vertragsgemässe Erledigung ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 394 Abs. 1 OR, vgl. dazu statt vieler HONSELL (Fn. 23), 303 ff. Das Weisungsrecht des Auftraggebers ist in Art. 397 Abs. 1 OR vorbehalten. Es dient der Inhaltsbestimmung und der Begrenzung des Auftragsumfangs, vgl. BaKomm/WEBER, Art. 397 Rz. 5.

³⁶ Das Sorgfaltsmass richtet sich nach der Art und Schwierigkeit der vertragsgemässen Tätigkeit und der dazu erforderlichen Fachkenntnis des Beauftragten, d.h. nach den Regeln der Kunst, vgl. BaKomm/WEBER, Art. 398 Rz. 27; vgl. dazu detaillierte Nachweise in Fn. 23.

³⁷ Vgl. BaKomm/WEBER, Art. 398 Rn. 15 ff.; BeKomm/FELLMANN, Art. 398 Rz. 107 ff.; BGE 121 III 180.

³⁸ Die Brokervereinbarung setzt somit Grenzen für die Beziehungen des Brokers zum Versicherer. Art. 6.4. Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker, SIBA, Zürich, 4.9.2003.

³⁹ Vgl. Art. 1 Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker, SIBA, Zürich, 4.9.2003.

⁴⁰ Art. 398 Abs. 2 OR; vgl. zum Ganzen BeKomm/FELLMANN, Art. 398 Rz. 144 ff. m.w.Nw.

⁴¹ vgl. PETER DERENDINGER, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, 2. Aufl., Freiburg 1990, Rz. 131.

⁴² BGE 115 II 62, E. 3d.

⁴³ DERENDINGER (Fn. 41), Rz. 127.

⁴⁴ Vgl. ausführlich BeKomm/FELLMANN, Art. 400 Rz. 19 ff. m.w.Nw.

⁴⁵ BeKomm/FELLMANN, Art. 398 Rz. 151.

⁴⁶ Vgl. Art. 6.3 Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker, SIBA, Zürich, 4.9.2003.

Ein anderes Bild vermitteln die Zusatzvereinbarungen zwischen Broker und Versicherer. Die für die Bemessung der Zusatzcourtage massgeblichen Kriterien sind im Hinblick auf die Schaffung eines möglichen Interessenkonfliktes nicht unproblematisch. Zunächst sind sie vermutlich den Versicherungsnehmern nicht bekannt (mangelnde Transparenz). Sodann kann die Verknüpfung der Courtage z.B. mit der Profitabilität für den Broker einen Anreiz schaffen, Rentabilitätskriterien vor die Interessen des Klienten zu stellen. Von Bedeutung ist sicherlich auch der Anteil dieser Zusatzprämien gemessen an der Grundcourtage: Je höher dieser Anteil ist, desto stärker wirkt der Anreiz.

Bereits in der heutigen Situation ist somit der Interessenkonflikt in einem gewissen Mass der faktischen und rechtlichen Stellung des Brokers inhärent. Finanzielle Incentives, welche darauf abzielen, das durch den Broker zu vermittelnde Geschäft auf den Versicherer hin zu kanalisieren, verschärfen diesen Konflikt, indem sie potentiell dazu geeignet sind, die Erfüllung der Pflichten des Brokers aus der Brokervereinbarung mit dem Versicherungsnehmer zu beeinträchtigen.

Diese Überlegungen sind bei der Gestaltung der Entschädigungsmodelle zu berücksichtigen, worauf so gleich eingegangen werden soll.

IV. Neue Entschädigungsmodelle

A. Ausgangslage

Wie einleitend erwähnt wurde, wird aus Gründen der Rentabilitäts- und Effizienzsteigerung und als Folge der überall praktizierten Fokussierung auf die Versicherungstechnik diskutiert, vom rein am Prämienvolumen orientierten Entschädigungsmodell wegzukommen und sich auch anderen Parametern zu orientieren. Zu denken ist etwa an das Prämienvolumen, die Schadensquote, das Wachstum des Portfolios oder die Höhe der Abschlussrate durch den jeweiligen Broker. Der wirtschaftlicher Nebeneffekt besteht darin, dass dem Broker über die Courtage ein Anreiz vermittelt wird, dem Versicherer Versicherungsnehmer mit einem (potentiell) guten Schadenverlauf zuzuführen.

Es stellt sich nunmehr die Frage, wie dieses Konzept auf dem Hintergrund der oben angestellten Überlegungen in vertrags-, wettbewerbs- und aufsichtsrechtlicher Sicht zu bewerten ist.

B. Rechtliche Beurteilung der neuen Entschädigungsmodelle

1. Vertragsrecht

Zunächst ist der elementare Grundsatz des Schweizer Privatrechts in Erinnerung zu rufen, wonach die Parteien in den Schranken des Gesetzes, der öffentlichen

Ordnung und der guten Sitten frei sind, einen Vertrag mit einem beliebigen Inhalt zu schliessen⁴⁷.

Der Zusammenarbeitsvertrag zwischen Versicherer und Broker beruht auf einer langen, auch auf den ausländischen Versicherungsmärkten praktizierten Tradition. Es sind für die Autoren keine Anhaltspunkte ersichtlich, welche nach Schweizer Recht gegen die Rechtmässigkeit des Vertrags an sich sprechen. Ob das beschriebene Entschädigungsmodell vor dem Obligationenrecht standhält, ist unter Rückgriff auf die aus den Teilen II und III dieses Beitrags gewonnenen Erkenntnisse zu beantworten.

Der Zusammenarbeitsvertrag und damit auch das incentive-orientierte Courtagesystem hat die Interessen der Versicherungsnehmer als Vertragspartner des Brokers und als potentielle zukünftige Vertragspartner des Versicherers zu berücksichtigen. Es muss m.a.W. gewährleistet werden, dass die Regelung sich wirtschaftlich nicht zu Lasten des Versicherungsnehmers auswirkt. Dies würde eine Verletzung der Pflichten des Brokers gegenüber seinem Klienten darstellen⁴⁸.

Wir haben gesehen, dass ein Entschädigungsmodell, welches finanzielle Anreize schafft, vertragsrechtlich zwar nicht unzulässig ist, aber zu einem möglichen Interessenkonflikt zwischen dem Broker und dessen Klienten führen kann. Es ist von entscheidender Bedeutung, welche Ziele im Einzelnen verfolgt werden und wie das System in der Praxis gehandhabt wird. Das neue Entschädigungsmodell soll ein Steuerungsinstrument sein, welches dem Versicherer u.a. erlaubt, seine Ressourcen gezielter zu allozieren. Neben dieser mehr internen Komponente hat die Kombination der Ertrags-, Wachstums- und Effizienzkomponente bei der Berechnung der Brokerentschädigung aber auch den Effekt, dass für den Broker Anreize geschaffen werden, dem Versicherer «gutes», da möglichst schadenfreies, ertragreiches Geschäft zuzuführen und den Portfolio-Bestand des Versicherers zu vergrössern.

Es ist rechtlich nicht verboten, die eigene Profitabilität und Rentabilität zu steigern. Die Grenze liegt aber dort, wo die Gefahr besteht, dass der Versicherungsnehmer durch das Anreizsystem benachteiligt wird, weil der Broker veranlasst wird, nicht mehr die grösstmögliche Sorgfalt in der Ausübung seiner Pflichten dem Kunden gegenüber anzuwenden. Diese Grenze

⁴⁷ Die Vertragsfreiheit – als Teil der Privatautonomie – wird heute noch als das wichtigste Grundprinzip angesehen, von dem das Vertragsrecht ausgeht, vgl. etwa BaKomm/BUCHER, Vorbemerkungen zu Art. 1–40 Rz. 1 ff. Die Inhaltsfreiheit oder Vertragsfreiheit im engeren Sinne ist ausdrücklich im Gesetz statuiert, Art. 19 Abs. 1 OR. Die Schranken der Inhaltsfreiheit und deren Konsequenz sind in Art. 19 Abs. 2 und in Art. 20 Abs. 1 OR geregelt.

⁴⁸ Vgl. die oben dargestellte rechtliche Einordnung des Vertrages zwischen Broker und Versicherungsnehmer.

kann nicht abstrakt gezogen werden, zuviel hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. So ist z.B. die Berücksichtigung des Schadensverlaufs in bonus / malus-Systemen ein seit langem erprobter Mechanismus. Des Weiteren wird vieles von der Gewichtung der einzelnen Faktoren abhängen, insb. auch von der Proportionalität der genannten Incentives zur laufenden, von festen Prämiensätzen abhängigen Courtage.

Einer unfairen Behandlung des Klienten des Brokers kann (und muss) durch **Transparenz** entgegengewirkt werden. Wenn der Versicherungsnehmer Kenntnis des Entschädigungsmodus hat, ist er ein «informed customer» und kann seine Entscheidungen entsprechend treffen. So verwundert es nicht, dass die EG-Richtlinie 2002/92/EG vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung eingehende Vorschriften zur Informationspflicht des Brokers gegenüber dem Klienten enthält⁴⁹ und den Mitgliedstaaten sogar das Recht einräumt, strengere Bestimmungen zu erlassen. Interessant sind im Hinblick auf die Bedeutung des Londoner Marktes für das Versicherungswesen auch die durch die FSA (Financial Service Authority) aufgestellten Regeln⁵⁰. Rule 2.2.3.1 ICOB statuiert ähnlich wie das Schweizer Auftragsrecht die Pflicht des Brokers «to communicate in a way that is *clear, fair and not misleading*».

Weder in der EG-Versicherungsvermittlungs-Richtlinie noch in den FSA Rules finden sich explizite Hinweise, wie detailliert der Broker den Versicherungsnehmer über die Entschädigung informieren muss. In der Praxis finden sich in Brokervereinbarungen Formulierungen wie: «*You accept that we may in the ordinary course of our business also earn income in a number of ways other than insurance broking by providing services to the insurance market*». Dies reicht auf dem Hintergrund des schweizerischen Auftragsrechts u.E. nicht aus. Der Umfang der Auskunftspflicht wird im Einzelfall auch abhängig sein von der Kenntnis des Versicherungsnehmers des Marktes und der herrschenden Usancen sowie der Art und dem Umfang der Dienstleistungen, die der Broker dem betreffenden Klienten erbringt.

Diese Überlegungen werden gestützt durch Rule 2.3.2 ICOB. Dieser besagt, dass:

«A firm must take reasonable steps to ensure that it (...) does not: (1.) offer, give, solicit or accept an inducement; or (2.) direct or refer any actual or potential business in relation to an insurance mediation activity to another person (...); **if it is likely to conflict to a material extent with any duty that the firm owes to its customers in connection with an in-**

surance mediation activity or any duty which such a recipient firm owes to its customers in connection with an insurance mediation activity.»

Als «inducement» (Anreiz) gilt gemäss Rule 2.3.4 ICOB jede Leistung, die mit dem Ziel erbracht wird, dass der Leistungsempfänger auf eine bestimmte Art und Weise handelt («adopt a particular course of action»). Ein solcher Anreiz gilt nur dann als unfair, wenn er in erheblichem Umfang («material extent») mit einer Verpflichtung des Brokers seinem Klienten gegenüber kollidiert⁵¹, was wiederum von den Umständen des Einzelfalles abhängt.

Aus vertragsrechtlicher Sicht kommen wir somit zum Ergebnis, dass incentive-orientierte Entschädigungsmodelle nicht gesetzeswidrig sind, aber den durch die Zwitterstellung des Brokers bedingten Interessenkonflikt akzentuieren. Es besteht die Gefahr, dass der Versicherungsnehmer als Klient des Brokers unfair behandelt wird, d.h. dass die aus der Brokervereinbarung erwachsenden Pflichten verletzt werden könnten. Eine am Einzelfall orientierte, offene Informationspolitik vermag dem entgegenzuwirken.

Nachfolgend werden diese vertragsrechtlichen Überlegungen durch einige kurze Ausführungen zum Wettbewerbs- und Aufsichtsrecht ergänzt, bevor in den Schlussfolgerungen der Gestaltungsspielraum unter Berücksichtigung aller Faktoren zusammengefasst wird.

2. Wettbewerbsrecht

Das Kartellgesetz setzt der Ausgestaltung des Brokervertrages zwischen Versicherer und Broker kaum Grenzen. Zu prüfen wäre allenfalls der Versuch eines Versicherers, die Kooperation mit einem Broker an die Vermittlung von Verträgen in bisher schwach besetzten Märkten des Versicherers zu koppeln. Ein solches *Tying-In* i.S.v. Art. 7 Abs. 2 lit. f KG ist allerdings nur unzulässig, wenn eine der beteiligten Parteien als *marktbeherrschend* zu gelten hat, d.h. sich in einem bestimmten Markt von anderen Marktteilnehmern in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten kann⁵². Der relevante Markt definiert sich im Wesentlichen aufgrund der Substituierbarkeit der Produkte⁵³. Sollte die Bedingung der Marktbeherrschung erfüllt sein, wären die Brokerverträge unter diesem Aspekt näher zu prüfen.

⁵¹ Vgl. Rule 2.3.7 ICOB.

⁵² Art. 4 Abs. 2 KG; Marktbeherrschung ist eine qualifizierte Form von Marktmacht, die es einem Marktteilnehmer erlaubt sich unabhängig zu verhalten, d.h. den Gütertausch willkürlich zu verweigern und Diskriminierungen vorzunehmen, vgl. Komm. KG/SCHMIDHAUSER, Art. 4 Rz. 65 ff.

⁵³ Vgl. dazu detaillierte Ausführungen bei Komm. KG/SCHMIDHAUSER, Art. 4 Rz. 58; vgl. auch sinngemäss Art. 11 Abs. 3 lit. a Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen vom 17. Juni 1996, SR 251.4.

⁴⁹ Das Kapitel III ist überschrieben mit Informationspflichten der Vermittler (Art. 12 ff.).

⁵⁰ Insurance: Conduct of Business (ICOB), Quelle: http://fsa.complinet.com/fsa_mgi/display/display.html?rbid=1144&element_id=28477.

Aus kartellrechtlicher Sicht ist eher zu fragen, ob die heute offenbar weitgehend gleichgeschalteten Entschädigungen von Brokern eine unzulässige Preisabsprache i.S.v. Art. 5 Abs. 3 lit. a KG bilden⁵⁴. Dabei ist daran zu erinnern, dass als Wettbewerbsabreden nicht nur Vereinbarungen gelten, sondern auch «aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen»⁵⁵. Eine Rechtfertigung nach Art. 6 KG ist nicht ohne weiteres ersichtlich⁵⁶. Damit erscheint eine differenzierte Entschädigung von Brokern nach Marktgesichtspunkten zunächst einmal wünschenswert.

Die Steuerung durch Wettbewerb steht allerdings im Konflikt mit der privatrechtlichen Pflicht des Brokers, nach der besten Prämie für den Versicherungsnehmer zu suchen und nicht nach der besten Entschädigung für seine Dienste. Eine vollständige Auflösung des in der Stellung des Brokers angelegten Grundkonflikts wäre nur dadurch zu bewerkstelligen, dass der Broker einzig durch den Versicherungsnehmer entschädigt wird. In diesem Fall bestünde ein Preis- und Qualitätswettbewerb unter den Brokern um Aufträge von potentiellen Versicherungsnehmern. Dieser wettbewerbsrechtliche Idealfall ist in der heutigen Praxis aber wohl die Ausnahme.

3. Aufsichtsrecht

Das bisherige schweizerische Aufsichtsrecht enthält keine spezifischen Bestimmungen über die Kontrolle von Brokern⁵⁷. Eine solche soll in Art. 40 ff. VAG⁵⁸ eingeführt werden⁵⁹. Gemäss Art. 43 Abs. 1 VAG haben sich Versicherungsvermittler, «die weder rechtlich noch wirtschaftlich noch auf andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind», in ein Register

eintragen zu lassen. Für die übrigen Versicherungsvermittler ist der Eintrag freiwillig⁶⁰.

Vorliegend von Interesse ist die Frage, was unter «*rechtlicher und wirtschaftlicher Bindung an ein Versicherungsunternehmen*» zu verstehen ist. Art. 229 lit. d E-AVO⁶¹ spricht diesbezüglich namentlich⁶² von «**Zusammenarbeits- oder anderweitigen Vereinbarungen, die [die Freiheit des Vermittlers] bei der Wahl des Versicherungsunternehmens beeinträchtigen**». Eine weitere Präzisierung dieser Bestimmung ist in den Erläuterungen zum Vorentwurf der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 11. August/22. September 2004 nicht ersichtlich⁶³.

Dagegen kann den Erläuterungen zum Vorentwurf AVO entnommen werden, dass die Behörde die Aufnahme einer Bestimmung erwogen hat, wonach eine Bindung auch dann besteht, wenn der Vermittler im Vorjahr mehr als 25% seiner Provisionen oder der Prämienzunahme durch Neuabschlüsse mit ein und demselben Versicherungsunternehmen erzielt hat oder dessen Portefeuille sich zu über 35% beim gleichen Versicherungsunternehmen befindet. Nicht zuletzt aus praktischen Gründen (Überwachungsaufwand) wurde diese Bestimmung nicht in den Entwurf aufgenommen⁶⁴.

Dies ändert nichts an der Zielsetzung von Art. 43 VAG und Art. 229 lit. d E-AVO, die wie folgt umschrieben wird:

*«Ziel dieser Bestimmung ist zu vermeiden, dass ein gebundener Vermittler sich bei der Kundschaft als nicht gebunden ausgibt und dabei in Wirklichkeit mit einem Versicherungs- oder Vermittlungsunternehmen liiert ist, das er bei seinen Beratungen systematisch propagiert, ohne dass die Kundschaft darüber informiert wäre.»*⁶⁵

Für die vorliegende Fragestellung sind die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen in mehrfacher Hinsicht interessant: Sie zeigen zunächst, dass der Schutz der Ver-

⁵⁴ Entscheidend für solche Preisfestsetzungsabsprachen ist die Wirkung der Preisfestsetzung und nicht das Mittel, mit dem diese erreicht wird. Von der gesetzlichen Vermutung ist jede Art des Festsetzens von Preiselementen oder Preiskomponenten erfasst; vgl. dazu Komm. KG/HOFFET, Art. 5 Rz. 115 m.w.Nw.

⁵⁵ Art. 4 Abs. 1 KG; BGE 129 II 18, E. 4.

⁵⁶ Art. 6 KG dient einerseits selbst der Konkretisierung verschiedener Arten von Abreden für welche unter gewissen Voraussetzungen eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz in Frage kommt. Andererseits ist Art. 6 KG auch eine Kompetenznorm, die alternativ den Bundesrat und die Wettbewerbskommission ermächtigt, die Rechtfertigungsgründe auf Stufe Verordnung zu konkretisieren, vgl. Komm. KG/HOFFET, Art. 6 Rz. 1.

⁵⁷ Abgesehen von Art. 16 VAG, der der Vermittlung zugunsten von dem VAG unterstehenden aber in der Schweiz nicht zum Geschäftsbetrieb ermächtigten Versicherungseinrichtungen untersagt und der damit verbundenen Strafbestimmung in Art. 50 Abs. 1 VAG.

⁵⁸ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz) vom 17. Dezember 2004, BBl 2002, 7289. Die Referendumsfrist ist am 7. April 2005 unbenutzt abgelaufen. Das VAG tritt voraussichtlich am 1. Januar 2006 in Kraft.

⁵⁹ Vgl. etwa PETER NOBEL, Schweizerisches Finanzmarktrecht, 2. Aufl., Bern 2004, §13 Rz. 52; ausführlich ALOIS RIMLE, Unterstellung unter die neue Vermittleraufsicht, AJP 2005, 448 ff.

⁶⁰ Art. 43 Abs. 2 E-VAG.

⁶¹ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung [AVO]), Fassung vom 11. August 2004.

⁶² Neben der (direkten/indirekten) Kapitalbeteiligung des Vermittlers an einem Versicherungsunternehmen oder umgekehrt von mindestens 25 Prozent (Art. 229 lit. A AVO), dem Innehaben einer leitenden Funktion des Brokers bei einem Versicherungsunternehmen (lit. b) oder der Versicherungsunternehmung bei einem Broker (lit. c).

⁶³ Vgl. die Erläuterungen zum Vorentwurf der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Vorentwurf Aufsichtsverordnung) vom 11. August/22. September 2004, 52.

⁶⁴ Vgl. die Erläuterungen zum Vorentwurf (Fn. 63), 52.

⁶⁵ Vgl. die Erläuterungen zum Vorentwurf (Fn. 63), 52. Bereits aufgetaucht ist die Frage, ob ein Versicherungsvermittler je nach Geschäft entweder als gebundener oder nicht gebundener Vermittler auftreten darf.

sicherungsnehmer nicht in erster Linie dadurch erfolgt resp. erfolgen soll, dass der Gesetzgeber in die vertragliche Gestaltung des Vertrags zwischen Broker und Versicherer direkt eingreift. Ziel der gesetzlichen Bestimmungen ist vielmehr Herstellung einer gewissen *Transparenz* zu Gunsten des Versicherungsnehmers, wie dies detailliert in Art. 12 der bereits erwähnten EG-Versicherungsvermittlungs-Richtlinie⁶⁶ sowie in Art. 45 VAG geschieht⁶⁷. Dabei ist interessant, dass Art. 12(4) EG-Versicherungsvermittlungs-Richtlinie die Auskunftspflichten herabsetzt resp. aufhebt, wenn es die Vermittlung von Rückversicherungen oder Versicherungen für Grossrisiken betrifft. Bei diesen Versicherungen wird offenbar mit gut informierten Versicherungsnehmern gerechnet, welche die Usanzen des Marktes kennen.

Auch das schweizerische Recht verfolgt den Ansatz der Transparenz: Unabhängiger Versicherungsvermittler darf sich nur nennen, wer in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht nicht an ein Versicherungsunternehmen gebunden ist. Vertragliche Beziehungen mit den Versicherern sind gegenüber dem Versicherten anzuzeigen⁶⁸. Ein gegen aussen ungebunden auftretender Broker darf gegenüber dem Versicherungsunternehmen nicht gebunden sein⁶⁹. Das zulässige Mass dieser Bindung wird überwiegend mittels Generalklauseln umschrieben⁷⁰.

Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass die Pflicht zur richtigen Registrierung direkt nur die Broker trifft. Es besteht allerdings die Gefahr, dass diese Pflicht etwa über Art. 155 Abs. 1 lit. b E-AVO⁷¹ oder Art. 155 Abs. 1 lit. c E-AVO⁷² auf die Versicherer zurückschlägt, falls diese gegen aussen ungebunden auftretende Broker vertraglich übermässig binden.

V. Schlussfolgerungen: Gestaltungsspielraum

Nachfolgend sollen gestützt auf die Überlegungen zur faktischen und rechtlichen Stellung des Brokers sowie auf die vertrags-, wettbewerbs- und aufsichtsrechtliche Beurteilung der Zusammenarbeitsverträge einige zusammenfassende Schlussfolgerungen zum Gestaltungsspielraum gemacht werden.

A. Im Allgemeinen

Allgemein lässt sich feststellen, dass das Dreiecksverhältnis Versicherer, Broker, Versicherungsnehmer bereits in der bestehenden Form das Potential eines Interessenkonfliktes birgt. Zusammenarbeitsverträge mit incentive-orientiertem Entschädigungsmodell verschärfen diesen und können im Verhältnis zwischen dem Broker und dem Versicherungsnehmer zu einer Verletzung der Unabhängigkeits-, Loyalitäts-, Treue- und Sorgfaltspflichten des Brokers führen.

Die vertrags-, wettbewerbs- und aufsichtsrechtliche Rundschau hat ergeben, dass Zusammenarbeitsverträge mit Anreizsystemen zwar nicht unzulässig sind, dass aber der potentielle Interessenkonflikt von den Marktteilnehmern und vom Gesetzgeber identifiziert wurde und Lösungsansätze gesucht werden. Diese werden vor allem in der **Transparenz** bei der Offenlegung des Entschädigungsmodells, der Berechnung und Höhe der Courtage sowie der rechtlichen und wirtschaftlichen Bindungen gesehen. Der Versicherungsnehmer hat u.E. aufgrund der Anwendbarkeit des Auftragsrechts auf das Verhältnis zwischen Broker und Versicherungsnehmer Anspruch auf die entsprechenden Informationen.

Im übrigen wird eine offene Kommunikationspolitik letztlich auch im wirtschaftlichen Interesse von Broker und Versicherer liegen, da diese jeglichem Verdacht von Geheimniskrämerei oder von Befangenheit entgegenwirkt. Auch die regulatorische Entwicklung scheint z.B. mit der Verpflichtung der Broker, Verträge mit Versicherern anzuzeigen, in diese Richtung zu gehen.

Andererseits kann angemerkt werden, dass die Versicherungsnehmer selbst sich noch nicht auf breiter Basis gegen die bisherige Entschädigungspraxis gestemmt und verlangt haben, dass sie ihren Broker selbst entschädigen wollen.

B. Konkrete Hinweise

Die Zusammenarbeitsverträge sollten klar machen, dass der Broker primär der bestmöglichen Wahrung der Interessen des Versicherungsnehmers verpflichtet ist und keine Formulierungen enthalten, die auf eine unbotmässige Steuerung bzw. Bindung des Brokers hindeuten könnten.

Die Mitberücksichtigung der Schadenquote beim Ertragsfaktor ist u.E. ein heikler Punkt, da dem Versicherer im Schadensfall in der Regel ein Kündigungsrecht zusteht, was zur Folge hat, dass sich die Entschädigung des Brokers aufgrund der Ertragskomponente in der Courtageberechnung verringert. Dies ist dann besonders kritisch, wenn der Broker Kenntnisse von Risikofaktoren des Versicherungsnehmers hat, die er im Rahmen der Anzeigepflicht dem Versicherer offenlegen

⁶⁶ EG-Richtlinie 2002/92/EG vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung.

⁶⁷ Vgl. dazu auch Botschaft VAG vom 9. Mai 2003 (BBI 2003 IV 3789 ff., 3827).

⁶⁸ Vgl. oben, Art. 45 Abs. 1 lit. c E-VAG.

⁶⁹ Vgl. auch Art. 234 Abs. 1 lit. c E-AVO: Hinweis im nach erfolgtem Registereintrag von der Aufsichtsbehörde ausgestellten Ausweis «gebunden/ungebunden».

⁷⁰ So hat etwa Art. 229 lit. d E-AVO die Funktion, materiell den in lit. a, lit. b und lit. c gleichzusetzende Tatbestände zu erfassen.

⁷¹ Nachteiliges Verhalten zu Lasten der Versicherten.

⁷² Rechtswidrige Vertragsbestimmungen.

muss. Das gleiche Problem tritt auch bei der Auseinandersetzung um den Deckungsumfang bei strittigen Schadensfällen auf, wo der Broker aufgrund des Ertragsfaktors in Gefahr geraten könnte, nicht mehr die optimale Interessenvertretung seines Klienten wahrzunehmen. An dieser Stelle scheint uns der Interessenkonflikt besonders prominent hervorzutreten.

Das Zusammenspiel der Komponenten «*Wachstum*» und «*Effizienz*» ist ebenfalls nicht unproblematisch, da dadurch potentiell das Verhalten des Brokers bei Neuabschlüssen bzw. bei Submissionen beeinflusst werden könnte. Insgesamt sollten die incentive-orientierten Parameter der Courtage im Verhältnis zum traditionellen Prozentsatz vom Prämienvolumen nicht überproportional gewichtet sein.