Bundesgericht	*4A_152/2016*	*d*	*26.08.2016*	*BGE 142 III 657*
Appellationsgericht Basel-Stadt	*ZB.2015.7*	*d*	*19.11.2015*	*nicht publ.*[1]
Zivilgericht Basel-Stadt	*K5.2013.18*	*d*	*30.10.2014*	*nicht publ.*[2]

Doppelrechtsverhältnis

Leitsatz

Der Versicherungsnehmer ist nicht verpflichtet, für Courtagen aufzukommen, die der Makler beim Versicherer nicht einfordern kann.

Sachverhalt

Eine im Finanzbereich aktive Stiftung beauftragte einen Makler mit der Betreuung ihres Versicherungsportefeuilles. Der Vertrag war unter Wahrung einer dreimonatigen Kündigungsfrist jeweils auf das Ende eines Kalenderjahres kündbar. In den letzten drei Monaten des Jahres 2012 vermittelte der Makler der Stiftung für das Jahr 2013 vier Versicherungsverträge. Am 12.12.2012 kündigte die Stiftung den Maklervertrag und beauftragte einen anderen Makler mit der Betreuung ihres Portefeuilles. Die Versicherer überwiesen die Courtage für das Jahr 2013 dem neuen Makler. Der alte Makler wollte deshalb von seiner ehemaligen Kundin die entgangenen Courtagen ersetzt haben.

Das Zivilgericht Basel-Stadt wies die Klage des Maklers ab. Es ging davon aus, dass die zwingende Bestimmung von Art. 404 Abs. 1 OR, wonach Auftragsverhältnisse jederzeit fristlos gekündigt werden können, auch für Versicherungsmaklerverträge gelte. Da der Makler bei den Versicherern keine Courtagen mehr einziehen konnte, bejahte das Gericht eine Pflicht der Versicherungsnehmerin, dem Makler ein Entgelt für die von ihm erbrachten Leistungen zu bezahlen. Auf der anderen Seite stehe der Versicherungsnehmerin ein Recht zu, gestützt auf die Retrozessionspraxis des Bundesgerichts vom Makler die Herausgabe der in den Vorjahren bezogenen Courtagen zu verlangen. Die daraus resultierende Forderung könne die Versicherungsnehmerin mit dem von ihr für den Ausfall der Courtagezahlung geschuldeten Betrag verrechnen. Zwar habe der Makler auch einen Anspruch auf ein Entgelt für seine Tätigkeit in den Vorjahren, das vom herauszugebenden Betrag abgezogen werden könne. Da der Makler aber zur Höhe dieser Entschädigung keine substantiierten Ausführungen gemacht habe, entfalle dieser Abzug. Da der Betrag des Rückerstattungsanspruches jenen der eingeklagten Courtagen bei weitem überstieg, wies das Zivilgericht die Klage ab.

Die vom Makler erhobene Berufung wurde vom Appellationsgericht Basel-Stadt gutgeheissen. Es hielt dafür, dass die Versicherungsnehmerin dem Makler grundsätzlich ein Entgelt schulde. Üblicherweise übernehme der Versicherer mit dem Versicherungsvertrag die Pflicht, für dieses Entgelt aufzukommen. Vorliegend habe die Versicherungsnehmerin mit ihrer Kündigung des Maklervertrages vereitelt, dass der Makler von den Versicherern die verdiente Entschädigung erhielt. Aus diesem Grund müsse sie dafür aufkommen. Selbst wenn ein solcher Erfüllungsanspruch nicht bestände, könne der Makler die ausgefallenen Courtagen als Schaden von der Versicherungsnehmerin verlangen. Das Appellationsgericht verwarf jedoch den Anspruch der Versicherungsnehmerin auf Herausgabe der in den Vorjahren bezogenen Courtagen. Diese Überlegungen führten zur Gutheissung der Klage des Maklers.

Gegen dieses Urteil erhob die Versicherungsnehmerin Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht.

---

1 Abrufbar unter «https://www.rechtsprechung.gerichte-bs.ch» (eingesehen: 06.01.2017).

2 Ausführliche Besprechung von HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE in: Jusletter 13.04.2015.

© Stephan Fuhrer

Erwägungen

Die Stiftung äusserte sich in ihrer Beschwerde nicht mehr zum vom Zivilgericht anerkannten, verrechnungsweise geltend gemachten Anspruch auf Rückerstattung der in den Vorjahren bezogenen Courtagen. Mangels Rüge musste sich das Bundesgericht deshalb mit dieser Frage nicht mehr befassen.

Das Bundesgericht stellte zunächst fest, dass es «noch keine (bundesgerichtliche) Rechtsprechung zu den Ansprüchen des Versicherungsmaklers gegenüber dem Versicherungsnehmer [gibt], insbesondere wenn dieser den Versicherungsmaklervertrag gekündigt hatte, bevor der Versicherungsmakler vom Versicherer die Courtage erhielt».

Um diese Frage zu klären, musste das Bundesgericht zuerst zur (in der Lehre umstrittenen) «Qualifikation der Rechtsverhältnisse im Dreieck zwischen Versicherungsnehmer, Versicherer und Versicherungsmakler» (sog. multilaterales Vertragsnetz) Stellung nehmen. Dabei ging es vom bisherigen Leitentscheid in dieser Sache, dem *Unicon-Fall*[3], aus. Zu beurteilen war damals, ob ein Makler auch nach Beendigung des Maklervertrages (zwischen Makler und Versicherungsnehmer) gestützt auf eine Courtagevereinbarung (zwischen Makler und Versicherer; in der Praxis häufig «Zusammenarbeitsvertrag» genannt) Anspruch auf Courtagezahlungen aus einem von ihm vermittelten und noch in Kraft stehenden Versicherungsvertrag habe. Das Bundesgericht verneinte die Frage und entschied, dass der Courtageanspruch davon abhängig sei, dass sowohl der Versicherungs- als auch der Maklervertrag in Kraft sind. «Die Courtage stelle die Gegenleistung für seine [des Maklers] Tätigkeit zugunsten des Versicherungsnehmers dar und solle nicht eine Tätigkeit zugunsten des Versicherers entgelten, auch wenn sie von diesem versprochen und bezahlt wurde». Aus diesem Grund könne der «Zusammenarbeitsvertrag» nicht die rechtliche Grundlage für die Courtagezahlungen sein[4].

Dem vorliegenden Fall liegt das gleiche Entschädigungsmodell zugrunde wie dem Unicon-Fall. Bei diesem finanziert – wirtschaftlich betrachtet – «der Versicherungsnehmer durch seine Prämienzahlung an den Versicherer die Courtage des Versicherungsmaklers».

Das *Appellationsgericht* folgte einer Lehrmeinung, wonach die Maklerentschädigung grundsätzlich vom Versicherungsnehmer geschuldet sei (da der Makler ja in dessen Interesse tätig wird). Mit dem Abschluss des Versicherungsvertrages übernimmt jedoch der Versicherer diese Schuld des Versicherungsnehmers. Der Versicherungsvertrag beinhaltet demnach neben dem Risikotransfer auch einen echten Vertrag zugunsten Dritter, nämlich einen Schuldübernahmevertrag. Weiter führte das Appellationsgericht aus, dass vorliegend im Maklervertrag eine Bestimmung zum Zeitpunkt der Fälligkeit des Honoraranspruchs des Maklers fehle. Es ging deshalb von Art. 413 Abs. 1 OR, wonach der Mäklerlohn verdient ist, «sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder zufolge der Vermittlung des Mäklers zustande gekommen ist». Dies sei vorliegend mit der Vermittlung der Versicherungsverträge der Fall gewesen. Die Versicherungsnehmerin wäre daher verpflichtet gewesen, ihre Honorarschuld den beteiligten Versicherern zu überbinden. Diese Überbindung habe sie mit der Kündigung des Maklervertrages rückgängig gemacht, weshalb sie nicht von ihrer Honorarzahlungspflicht gegenüber dem Makler befreit sei.

Das Bundesgericht wollte sich diese Rechtsauffassung nicht zu eigen machen. Es ist zwar richtig, dass der Versicherungsmakler «primär» im Interesse des Versicherungsnehmers tätig wird. «Er kann als ‹treuhänderähnlicher Sachwalter›[5] bezeichnet werden». Trotz dieser «Nähe zum Versicherungsnehmer» geht der Makler auf zwei Seiten hin rechtliche Beziehungen ein. Er steht deshalb in einem «*Doppelrechtsverhältnis* zum Versicherungsnehmer einerseits und zum Versicherer andererseits». Strittige Fragen müssen das gesamte Geflecht des «multilateralen Vertragsnetzes» berücksichtigen und können

---

3 BGE 124 III 481. Eine Besprechung des Entscheides findet sich unter: ‹https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%201990-1999/11-1998%2008%2027-B.pdf›.

4 Zur Argumentation des Appellationsgerichts vgl. auch die Anmerkung unten in FN 7.

5 Dies im Unterschied zum BGH, der das «ähnlich» weglässt und vom «treuhänderischen Sachwalter» spricht (BGHZ 94, 356; vgl.: ‹https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGH/212-1985%2005%2022-B.pdf›).

nicht allein aus dem Blickwinkel des Maklervertrages zwischen Makler und Versicherungsnehmer beurteilt werden. Das Bundesgericht lässt offen, ob der Versicherungsvertrag neben dem Risikotransfer einen Vertrag zugunsten Dritter mit einer Verpflichtung des Versicherers gegenüber dem Versicherungsnehmer enthält, dem Makler eine Courtage zu bezahlen. Sollte dem so sein, so wäre diese Verpflichtung nicht als Übernahme einer Honorarschuld des Versicherungsnehmers zu qualifizieren.

Ausgehend von der Klausel im Maklervertrag, wonach die Tätigkeit des Maklers «durch die von den Versicherungsgesellschaften gezahlte Courtage abgegolten» sei, geht das Bundesgericht davon aus, dass der Makler auf eine Bezahlung durch den Versicherungsnehmer verzichtet und sich dafür die Courtage der Versicherer ausbedungen hat. Die Versicherungsnehmerin hat sich damit zumindest implizit verpflichtet, Versicherungsverträge auf der Basis einer Bruttoprämie (d.h. mit in der Prämie eingerechneter Vertriebsentschädigung) zu akzeptieren, und sich zudem damit einverstanden erklärt, dass der Versicherer dem Makler Courtagen bezahlt, womit sie im Umkehrschluss darauf verzichtet, die dem Makler bezahlte Courtage herauszufordern. Aus dieser Qualifikation leitet das Bundesgericht ab, dass der Makler keinen vertraglichen Erfüllungsanspruch auf Honorarzahlung durch die Versicherungsnehmerin hat.

Zusammenfassend geht somit das Bundesgericht davon aus, dass sich der Makler einerseits vom Versicherer die Bezahlung von Courtagen versprechen lässt und andererseits der Versicherungsnehmerin gegenüber auf eine Bezahlung für seine (grundsätzlich entgeltlichen) Dienstleistungen verzichtet.

Das Appellationsgericht hat in einer Eventualbegründung angenommen, dass der Makler wegen der aufgrund des Verhaltens der Versicherungsnehmerin ausgefallenen Courtagezahlungen dieser gegenüber wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht einen Schadenersatzanspruch hat. Das Bundesgericht kam demgegenüber zum Schluss, dass, falls eine Pflicht der Versicherungsnehmerin, mit dem Versicherer einen Vertrag zugunsten des Maklers abzuschliessen, bestehe, dieser nur zum Inhalt haben könne, eine Leistungspflicht des Versicherers nach den marktüblichen Regeln zu bewirken. Nach dem Unicon-Entscheid hat jedoch der Maklerwechsel zur Folge, dass der Versicherer dem alten Makler keine Courtagen mehr bezahlen muss. Damit ist einem Schadenersatzanspruch die Grundlage entzogen. Auch aus seiner Behauptung, die Versicherungsnehmerin werde schadenersatzpflichtig, weil sie den Maklervertrag zur Unzeit gekündigt habe, konnte der Makler nichts ableiten, weil auch eine fristgemässe Kündigung zum Verlust des Courtageanspruchs für das Folgejahr geführt hätte.

Anmerkungen

Das Urteil, dem im Ergebnis, nicht aber in der Begründung zugestimmt werden kann, ist in verschiedener Hinsicht sehr bemerkenswert: Als erstes fällt die wechselvolle Prozessgeschichte auf. Dann weist das Urteil auf ein dem Geschäftsmodell inhärentes Problem hin. Schliesslich sind auch die umfangreichen dogmatischen Ausführungen von grosser praktischer Bedeutung.

I. Zunächst zu einem praktischen Problem, das sich mit rechtlichen Mitteln nicht lösen lässt. Es geht um eine Unebenheit im Modell der Maklerfinanzierung. Zwar geht das Bundesgericht richtigerweise davon aus, dass der Maklervertrag ein Dauerschuldverhältnis begründet und sich die Pflichten des Maklers gerade nicht auf die Vermittlung der Versicherungsverträge beschränken. Dennoch ist nicht zu verkennen, dass faktisch die Vermittlung den wichtigsten und vor allem arbeitsintensivsten Teil der Maklertätigkeit darstellt. Diese Arbeit fällt jedoch zu einem Zeitpunkt an, zu dem noch keine Prämien bezahlt werden. Fliessen dann Prämie und damit Courtagen, so ist der arbeitsintensivste Teil der Tätigkeit des Maklers bereits erledigt. Kündigt der Versicherungsnehmer den Maklervertrag wie vorliegend wenige Tage vor dem Inkrafttreten des Versicherungsvertrages, so bleibt die offensichtlich erbrachte Arbeitsleistung des Maklers ohne Honorar. Dieses Problem lässt sich aber im Rahmen des heutigen Courtagesystems nicht lösen. Dazu wäre erforderlich, dass die Maklerentschädigung zweigeteilt wird: In eine Abschlusscourtage, die fällig ist, wenn der vermittelte Vertrag abgeschlossen wird, und in eine laufende Courtage, die mit jeder Prämienzahlung fällig wird, und mit der die Bestandesbetreuungsarbeiten entschädigt werden.

II. Dogmatisch kann dem Bundesgericht nicht in allen Punkten gefolgt werden[6]:

- Abzulehnen ist vor allem die vom Bundesgericht aus der Versenkung geholte Figur des «Doppelrechtsverhältnisses», in dessen Rahmen der Makler tätig wird. Die Vertreter dieser Theorie leiten aus dem Umstand, dass der Versicherer die Courtagen bezahlt, Loyalitätspflichten des Maklers gegenüber dem Versicherer ab. Deren Bestand soll durch den Begriff des Doppelrechtsverhältnisses zum Ausdruck gebracht werden. Dieser Betrachtung liegt das von BISMARCK geprägte Bild des ehrlichen, zwischen den Parteien stehenden Maklers zugrunde. Dies trifft jedoch auf den Versicherungsmakler gerade nicht zu, denn dieser ist kein Vermittler, der zwischen den Parteien steht. Er ist vielmehr einzig dem Versicherungsnehmer verpflichtet. Deshalb wird der Begriff des Doppelrechtsverhältnisses der rechtlichen Stellung des Versicherungsmaklers nicht gerecht. Zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer besteht ein offensichtlicher Interessengegensatz. Wer treuhänderischer Sachwalter des einen ist, kann sich nicht in den Dienst des anderen stellen. Klar abzulehnen ist deshalb auch die Aussage des Bundesgerichts, wonach der Makler lediglich «primär» im Interesse des Versicherungsnehmers tätig werde. Der Makler darf ausschliesslich im Interesse seines Kunden tätig werden. Nur ihm schuldet er Treue, nur seine Interessen darf er verfolgen. Diese Pflicht verletzt der Makler, wenn er «sekundär» auch für den Versicherer tätig wird.
- Im vorliegenden Fall führt die Qualifikation des Bundesgerichts mit dem Doppelrechtsverhältnis (Courtageversprechen des Versicherers und Honorarverzicht gegenüber dem Versicherungsnehmer) zum gleichen Ergebnis wie jene des Appellationsgericht mit einer externen Schuldübernahme durch den Versicherer. Nach beiden Qualifikationen ist in casu die Versicherungsnehmerin nicht zur Honorarzahlung verpflichtet[7]. Vorzuziehen ist jedoch die Annahme einer Schuldübernahme. Dies aus mehreren Gründen:
  - Erstens kommt diese Qualifikation ohne die fragwürdige Annahme eines Doppelrechtsverhältnisses aus.
  - Zweitens führt sie auch dann zu befriedigenden Ergebnissen, wenn der Versicherungsvertrag nicht zustande kommt *(Beispiel: Der Makler kommt aufgrund seiner Risikoanalyse zum Schluss, dass das Risiko mit technischen Mitteln eliminiert werden kann und der Abschluss einer Versicherung deshalb nicht notwendig ist. Nach der Praxis des Bundesgerichts ginge der Makler in diesem Fall leer aus, da er im Maklervertrag auf eine Bezahlung durch seinen Kunden verzichtet hatte. Nimmt man dagegen an, dass eine externe Schuldübernahme Grundlage der Courtagezahlung ist, so müsste in diesem Fall der Versicherungsnehmer das Honorar des Maklers übernehmen, da kein Versicherungsvertrag zustande gekommen ist und deshalb auch keine Schuldübernahme stattfand. Es besteht kein Grund, in einem solchen Fall den Makler zu Gratisarbeit zu verpflichten).*

---

6 Vgl. zu den dogmatischen Fragen: FUHRER STEPHAN: Gebt dem Makler, was des Maklers ist, und dem Kunden, was des Kunden ist. HAVE 2013, 107-119 (mit zahlreichen Verweisungen).

7 Dass das Appellationsgericht die Klage guthiess, hat nichts mit der rechtlichen Qualifikation des Maklerhonorars zu tun, sondern vielmehr damit, dass das Gericht angenommen hat, es sei in casu gar nicht zur Schuldübernahme durch den Versicherer gekommen, weshalb der Versicherungsnehmer Honorarschuldner geblieben sei (AppGer E. 4.2.3). Dies trifft nicht zu: Mit dem vom Makler vermittelten Abschluss des Versicherungsvertrags kommt eine interne, den Makler noch nicht bindende Schuldübernahme zustande. Daran gebunden ist der Makler erst, wenn aus der internen eine externe Schuldübernahme geworden ist. Die Pflicht zur Abgabe eines Angebotes (des Versicherers an den Makler) kann im Rahmen von Art. 112 OR zum Inhalt der Leistungspflicht des Versicherers gemacht werden. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung genügt grundsätzlich die Mitteilung der internen Schuldübernahme durch den Versicherer an den Makler (Art. 176 Abs. 2 OR). Aus der Marktüblichkeit des Geschäftsmodells und den Informationen, die der Makler bei Aufnahme seiner Tätigkeit zugunsten des Versicherungsnehmers diesem gegenüber abgegeben hat, kann ohne weiteres unterstellt werden, dass der Makler das Angebot zur Umwandlung der internen in eine externe Schuldübernahme angenommen hat. Dass die Information den Makler erreicht hat, ergibt sich schon daraus, dass der Vertragsabschluss über ihn lief. Die Schuldübernahme hat deshalb entgegen den Ausführungen des Appellationsgerichts stattgefunden. Damit entfällt jegliche Pflicht des Versicherungsnehmers für Courtagen aufzukommen.

- Drittens gibt die Annahme eines Doppelrechtsverhältnisses der Vereinbarung zwischen Makler und Versicherer ein zu grosses Gewicht. Wäre einzig diese Vereinbarung Grundlage der Courtagezahlung, so könnte sich der Versicherer durch eine Kündigung dieser Vereinbarung der Bezahlung weiterer Courtagen entziehen. Sieht man die Grundlage der Zahlungen des Versicherers demgegenüber in einer Schuldübernahme, so ist die Courtagezahlungspflicht (richtigerweise) der Disposition des Versicherers entzogen.
- Viertens kann klarer zwischen zulässigen Courtagen und unzulässigen (weil beeinflussenden) Zusatzleistungen unterschieden werden *(nur die Pflicht zur Bezahlung marktüblicher Grundcourtagen wird durch die Schuldübernahme auf den Versicherer übertragen, wogegen bei Annahme eines Doppelrechtsverhältnisses im Vertrag zwischen Makler und Versicherer nahezu beliebige Entschädigungsmodelle vereinbart werden könnten)*.
- Schliesslich ist auch auf die Erwägung im Unicon Fall (E. 4c in fine) hinzuweisen, wo das Bundesgericht explizit ausführte, dass die Zusammenarbeitsvereinbarung (zwischen Makler und Versicherer) keine selbständige Grundlage für die Pflicht zur Courtagezahlung darstellt. Gerade dies implizieren aber die Erwägungen zum Doppelrechtsverhältnis.

Zustimmung verdient das Bundesgericht demgegenüber mit den Aussagen, dass

- das Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses zwischen Makler und Versicherungsnehmer die Anwendbarkeit des Mäklervertragsrechts (Art. 412 ff. OR) ausschliesst.
- Art. 404 OR auf den Maklervertrag anwendbar ist.
- aus der Zustimmung des Versicherungsnehmers zum Courtagemodell ein Verzicht auf die Herausgabe von Courtagen (nach den Regeln der Retrozessionsrechtsprechung) abgeleitet werden kann (vorbehalten bleiben dabei selbstverständlich volumen- oder ertragsabhängige Zusatzcourtagen).
- dem Makler kein vertraglicher Erfüllungsanspruch auf Honorarzahlung gegenüber dem Versicherungsnehmer zusteht. Anzumerken ist jedoch, dass die Annahme einer externen Schuldübernahme zum gleichen Ergebnis führt.