Urteilskopf

124 III 481

84. Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 27. August 1998 i.S. IC Unicon AG gegen Visana (Berufung)
Regeste (de):
Versicherungsmaklervertrag; Anspruch des Maklers auf Zahlung der Courtage durch den Versicherer.

Das Verhältnis zwischen dem Versicherungsmakler und der Versicherung kann nicht als Maklervertrag im Sinne der Art. 412 ff. OR qualifiziert werden (E. 3).

Der Anspruch auf Courtage ist vom Versicherungsmaklervertrag abhängig und erlischt in der Regel mit dessen Beendigung (E. 4).

Regeste (fr):
Contrat de courtage d'assurances; droit du courtier au paiement de la commission de courtage par l'assureur.

Le rapport existant entre le courtier d'assurances et l'assureur ne peut pas être qualifié de contrat de courtage au sens des art. 412 ss CO (consid. 3).

Le droit à la commission de courtage dépend du contrat de courtage d'assurances et disparaît, en règle générale, lorsque ce contrat s'éteint (consid. 4).

Regesto (it):
Contratto di mediazione d'assicurazioni; diritto del mediatore al pagamento della commissione di mediazione da parte dell'assicuratore.

Il rapporto fra il mediatore d'assicurazioni e l'assicurazione non può essere qualificato quale mediazione ai sensi dell'art. 412 segg. CO (consid. 3).

Il diritto alla commissione di mediazione dipende dal contratto di mediazione d'assicurazioni e si estingue, di regola, quando il contratto si conclude (consid. 4).

Sachverhalt ab Seite 481

BGE 124 III 481 S. 481

Die Kollektivgesellschaft A + T Andres + Thommen (später A + T Andres + Thommen AG; heute IC Unicon AG) schloss im Herbst 1990 mit dem Schweizerischen Bankpersonalverband (nachfolgend SBPV) einen "Makler- und Beratungsvertrag". Danach verpflichtete sich die im Vertrag als Broker bezeichnete Kollektivgesellschaft, "die komplette Service-Dienstleistung des Brokers" anzubieten und den SBPV "in den versicherungstechnischen Bereichen der Mitglieder-Dienstleistungen" zu beraten. Als Entgelt sollte sie eine von der jeweiligen Versicherungsgesellschaft zu zahlende Courtage erhalten.
Durch Vermittlung der Kollektivgesellschaft wurde am 20. Dezember 1990 zwischen dem SBPV und der "Schweizerischen Grütli" Krankenkasse (seit Januar 1996 Visana) ein Kollektivvertrag für Krankenpflege, Spi-

talkosten, Zahnpflege und Krankengeld abgeschlossen. Zuvor hatte die "Grütli" der Kollektivgesellschaft am 30. November 1990 eine "Broker-Entschädigung von 3% der Jahresprämien" offeriert und ausserdem dem SBPV für administrative

BGE 124 III 481 S. 482

Umtriebe eine Vergütung von 2% der Jahresprämien angeboten. Gestützt auf das durch die Kollektivgesellschaft am 16. Dezember 1990 mitgeteilte Akzept des SBPV bestätigte die "Grütli" am 4. Februar 1991 die Broker- und Verwaltungskostenentschädigungen gegenüber der Kollektivgesellschaft und dem SBPV. In den Jahren 1991 bis 1993 wurden die der vereinbarten Broker-Entschädigung entsprechenden Beträge überwiesen. Per 1. Mai 1993 wurde der Kollektivvertrag zwischen dem SBPV und der "Grütli" abgelöst durch einen Kollektivvertrag mit der CSS (Christlich-Soziale der Schweiz) und der "Grütli". Ende 1993 unternahm die "Grütli" den Versuch, die Höhe der zu zahlenden Courtage mit der Kollektivgesellschaft neu auszuhandeln. Diese lehnte jedoch die Unterzeichnung einer entsprechenden Vereinbarung ab. Mit Schreiben vom 25. Januar 1994 kündigte der SBPV mit sofortiger Wirkung die Zusammenarbeit mit der Kollektivgesellschaft. Dementsprechend stellte die "Grütli" die Courtage-Zahlungen ein, nachdem sie der Kollektivgesellschaft im September 1994 die Courtage für den Monat Januar 1994 in der Höhe von Fr. 33'659.80 überwiesen hatte. Die A + T Andres + Thommen AG reichte am 25. Oktober 1996 beim Handelsgericht des Kantons Bern Teilklage gegen die Visana ein mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte zur Zahlung von Fr. 33'659.80 nebst 5% Zins seit 1. Januar 1994 zu verurteilen. Das Handelsgericht wies die Klage mit Urteil vom 22. Oktober 1997 ab. Die Klägerin legte gegen das Urteil des Handelsgerichts Berufung ein, die vom Bundesgericht abgewiesen wurde.

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Durch den Maklervertrag erhält der Makler den Auftrag, gegen eine Vergütung Gelegenheit zum Abschluss eines Vertrages nachzuweisen oder den Abschluss eines Vertrages zu vermitteln (Art. 412 Abs. 1 OR). Der Maklervertrag steht im allgemeinen unter den Vorschriften über den einfachen Auftrag (Art. 412 Abs. 2 OR). Der Maklerlohn ist verdient, sobald der Vertrag infolge des Nachweises oder infolge der Vermittlung des Maklers zustande gekommen ist (Art. 413 Abs. 1 OR).
a) Charakteristisch für den Maklervertrag ist dessen Entgeltlichkeit und Erfolgsbedingtheit aufgrund der Tätigkeit des Maklers zum Nachweis oder zur Vermittlung eines Vertrages, der seinerseits unterschiedlichster Natur sein kann (TERCIER, Les contrats

BGE 124 III 481 S. 483

spéciaux, 2. Auflage, S. 528 f. Rz. 4304 ff.; AMMANN, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, 2. Auflage, Basel 1996, N. 2 ff. zu Art. 412 OR; HOFSTETTER, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII/2, S. 123 ff.). Der Maklerlohn ist geschuldet, wenn der im Maklervertrag bezeichnete Hauptvertrag infolge der Bemühungen des Maklers abgeschlossen worden ist (BGE 114 II 357 E. 3; BGE 106 II 224 E. 4; BGE 97 II 355 E. 3). Zu beachten ist allerdings der Vorbehalt gemäss Art. 415 OR. Danach kann der Makler keinen Lohn oder Aufwendungsersatz beanspruchen, wenn er in vertragswidriger Weise für den

andern - den Vertragspartner seines Auftraggebers - tätig gewesen ist oder sich in gegen Treu und Glauben verstossender Weise auch von diesem hat Lohn versprechen lassen. Zwar ist die Doppelmaklerei nicht generell unzulässig; sie darf jedoch nicht durch den Maklervertrag verboten sein und nicht zu einer Interessenkollision führen (BGE 111 II 366 E. 1 mit Hinweisen; TERCIER, a.a.O., S. 530 Rz. 4318; AMMANN, a.a.O., N. 4 zu Art. 415 OR). Dem Makler obliegt im Normalfall eine auf den Gegenstand des Maklervertrages ausgerichtete, im Vergleich zum gewöhnlichen Beauftragten eingeschränkte Treue- und Sorgfaltspflicht (AMMANN, a.a.O., N. 2 zu Art. 415 OR), die jedoch durch die Abrede ausgeweitet wird, dass nicht bereits der Abschluss, sondern erst die Erfüllung des Vertrages mit dem Dritten Anspruch auf den Maklerlohn geben soll (BGE 106 II 225 E. 5). b) Es steht fest, dass die Klägerin den Abschluss des Kollektivvertrages vom 20. Dezember 1990 zwischen der "Grütli" und dem SBPV vermittelt hat. Sie hat dies jedoch nicht gestützt auf einen Auftrag der Krankenkasse getan, sondern in Erfüllung ihres Makler- und Beratungsvertrages mit dem SBPV. In diesem Vertrag hat sie sich zwar die von der "Grütli" zu bezahlende Courtage als Lohn ausbedungen, während ein Entgelt für ihre Tätigkeit als vom SBPV beauftragte Maklerin zu dessen Lasten nicht vereinbart wurde. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sie den Kollektivvertrag im Auftrag und im Interesse des SBPV vermittelt hat und gerade nicht im Auftrag der "Grütli", obschon auf der Hand liegt, dass auch diese am Vertragsschluss interessiert war. Die Auffassung der Klägerin, dass ihr Verhältnis zur Beklagten als - selbständiger und von ihrem Auftrag zum SBPV unabhängiger - Maklervertrag im Sinne der Art. 412 ff. OR zu qualifizieren sei, würde bedeuten, dass sie sich der Beklagten gegenüber verpflichtet hätte, die Nachweis- oder Vermittlungstätigkeit in deren Interesse auszuüben. Dies stände in unvereinbarem Widerspruch zu ihren vertraglichen Treuepflichten

gegenüber dem SBPV und würde unabhängig von der Frage, ob die Doppelmaklerei bei der Vermittlungsmaklerei grundsätzlich zulässig ist (vgl. BGE 111 II 366 E. 1b S. 368), von vornherein gemäss Art. 415 OR jeglichen Lohnanspruch der Klägerin gegenüber der Beklagten ausschliessen. Die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin die "Grütli" verpflichtete sich im Übrigen nicht zur Leistung einer einmaligen Entschädigung an die Klägerin für den Nachweis oder die Vermittlung des erwähnten Kollektivvertrages. Sie verpflichtete sich vielmehr ohne zeitliche Beschränkung zur Leistung von 3% der Jahresprämien aus diesem Kollektivvertrag und sie bezahlte die Vergütung denn auch ab Vertragsschluss bis Ende Januar 1994. Diese Art einer auf unbeschränkte Dauer angelegten Entschädigung ist mit der gesetzlichen Regelung des Maklervertrags nicht zu vereinbaren. Ein selbständiger, vom Vertragsverhältnis der Klägerin zum Versicherungsnehmer SBPV unabhängiger Maklervertrag im Sinne der Art. 412 ff. OR liegt somit entgegen der Ansicht der Klägerin nicht vor.

4. Die Klägerin ist als typische Versicherungsmaklerin aufgetreten. Diese wird primär vom Versicherungsnehmer beauftragt und hat diesem den Abschluss von Versicherungsverträgen zu vermitteln. Dabei entspricht es regelmässiger Geschäftspraxis, dass der Auftrag des Versicherungsnehmers nicht auf die einmalige Vermittlung einer bestimmten Versicherung beschränkt wird. Die Versicherungsmaklerin wird vielmehr darüber hinaus beauftragt, den Versicherungsschutz ihres Mandanten über ein bestimmtes Risiko oder auch dessen ganzes Versicherungsportefeuille laufend zu überwachen (HANNES BAUMANN, Die Courtage des Versicherungsmaklers, Diss. Zürich 1996, S. 26). So verhält es sich auch im vorliegenden Fall. Dabei hat sich die Maklerin - wie es ausländischer Usanz entspricht, die sich auch in der Schweiz durchzusetzen beginnt (vgl. BAUMANN, a.a.O., S. 30 ff.; KOLLHOSSER, in: PRÖLSS/MARTIN, Versicherungsvertragsgesetz, 26. Auflage, München 1998, Rn. 28 Anh. zu §§ 43-48) - ihre Vergütung als Courtage von der jeweiligen Versicherungsgesellschaft ausbedungen. a) Der Versicherungsmakler hat als Beauftragter des Versicherungsnehmers dessen Interessen treu und sorgfältig zu wahren - unbesehen seines eigenen Interesses an einem möglichst hohen Entgelt. Obschon er die Vergütung für seine Tätigkeit von den Versicherungen bezieht, mit denen sein Auftraggeber Verträge abschliesst, steht dieses Entgelt dennoch in Verbindung mit dem Beratungsmandat. Die erfolgreiche Vermittlungstätigkeit des Versicherungsmaklers

führt zu einem Dreiecksverhältnis, da jede Partei nach zwei Seiten hin rechtliche Beziehungen eingeht (BAUMANN, a.a.O., S. 81; vgl. auch KOLLHOSSER, a.a.O., Rn. 20 ff. Anh. zu §§ 43-48). Fraglich ist allerdings, ob das Verhältnis zwischen Makler und Versicherungsnehmer als unentgeltlich qualifiziert werden kann (so BAUMANN, a.a.O., S. 62 f.), denn beide Parteien setzen nach den Umständen voraus, dass der Makler seine Tätigkeit professionell ausübt und dafür vergütet werden will. Ausserdem dürfte den Parteien bekannt sein, dass die Vergütung wirtschaftlich vom Versicherungsnehmer stammt, wenn wie im vorliegenden Fall die periodisch und auf unbestimmte Dauer geschuldete Maklerentschädigung im Verhältnis zur Höhe der Prämieneinnahmen festgelegt wird (vgl. BAUMANN, a.a.O., S. 169 f.). Der Versicherungsmakler übt seine Tätigkeit somit keineswegs unentgeltlich aus, sondern handelt in der Erwartung, dass ihm die Versicherung, mit der er das für seinen Mandanten günstigste Angebot aushandeln soll, eine Beteiligung an den Prämieneinnahmen (Courtage) verspricht, mit deren Ausrichtung sich der Versicherungsnehmer einverstanden erklärt. Im Übrigen braucht hier nicht entschieden zu werden, welche Auswirkung der Verzicht des Maklers auf eine von seinem Mandanten direkt zu zahlende Vergütung auf die rechtliche Qualifikation ihrer Vertragsbeziehung hat, da diese Frage für den Ausgang des Verfahrens unerheblich ist. b) Die Courtage wird einerseits für die Vermittlung eines Vertragsschlusses zwischen der Versicherung und dem Mandanten des Versicherungsmaklers, anderseits aber auch für die allfällige Verwaltung des Portefeuilles des Versicherungsnehmers bezahlt (vgl. KOLLHOSSER, a.a.O., Rn. 31 Anh. zu §§ 43-48: Vermittlungs- und Betreuungsentgelt). Letzteres geschieht vonseiten der Versicherung in der Erwartung, dass der Makler als Gegenleistung auf eine länger dauernde Bindung seines Mandanten an die Versicherung hinwirken werde (dazu BAUMANN, a.a.O., S. 73 f.). Dabei müssen sich die Parteien aber bewusst sein, dass der Makler die Interessen des Versicherungsnehmers vertritt und er diese Interessen vorrangig vor jenen der Versicherung zu wahren hat. Dahingestellt sei, ob die Rechtsbeziehung zwischen Versicherungsmakler und Versicherung überhaupt in Anlehnung an die gesetzliche Regelung des Maklervertrages beurteilt werden kann (so BAUMANN, a.a.O., S. 166). Zu beachten ist jedenfalls, dass die Voraussetzungen für Entstehung und Fortbestand des Courtageanspruchs sich regelmässig von jenen unterscheiden, welche das Gesetz für den Maklerlohn vorsieht und

dass sie sowohl von der Erfüllung des Versicherungsvertrags wie auch vom Mandatsverhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Makler abhängig sind. Bei der Vertragsauslegung ebenso wie bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer entsprechenden Vertragsgestaltung ist deshalb von massgebender Bedeutung, dass die Courtage die Gegenleistung für die Tätigkeit des Maklers zugunsten seines Auftraggebers darstellt und dass sie keine Tätigkeit zugunsten der Versicherung entgelten soll, obschon sie von dieser versprochen und bezahlt wird. c) Nach dem zwischen dem SBPV und der Rechtsvorgängerin der Klägerin geschlossenen Makler- und Beratungsvertrag beschränkte sich die Tätigkeit der Maklerin nicht auf die Vermittlung eines bestimmten Versicherungsvertrages bei einer bestimmten Versicherung. Sie umfasste vielmehr allgemein die Betreuung aller Versicherungen, wozu auch die Beratung über die auf die Bedürfnisse der Mandantin zugeschnittenen Versicherungsmöglichkeiten gehörte und die laufende Anpassung der bestehenden Versicherungsverträge an veränderte Bedürfnisse der Mandantin bzw. ihrer Mitglieder und an veränderte Marktverhältnisse. In diesem Rahmen ist die Freiheit nicht nur zur Änderung und Anpassung bestehender Verträge mit der Versicherung, sondern auch die Freiheit zur Kündigung bestehender Verträge und zum Wechsel der Versicherung überhaupt für die Wahrung der Interessen der Mandantin unerlässlich. Dies schliesst einen selbständigen rechtlichen Bestand

der Courtage-Vereinbarung zwischen Maklerin und Versicherung weitgehend aus. Da mit der Courtage keine selbständigen Interessen der zahlenden Versicherung entgolten werden, entfällt im Gegenteil die Courtage nicht nur bei Kündigung des Versicherungsvertrages (vgl. dazu BAUMANN, a.a.O., S. 184), sondern auch bei Beendigung des Auftrags zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsmaklerin. d) Bei einem wie hier auf Dauer angelegten und vom Gegenstand her umfassend definierten Mandat des Versicherungsmaklers liegt das Schwergewicht seiner Tätigkeit in der Verwaltung des Versicherungsportefeuilles und in der Beratung des Versicherungsnehmers. Demgegenüber erscheint als blosse Folge dieser primären Tätigkeit, ob neue Versicherungsverträge mit Versicherungsgesellschaften abgeschlossen werden, die bisher noch nicht Vertragspartner des Versicherungsnehmers waren. Zwar bildet der professionelle Überblick über Art und Preise der auf dem Markt angebotenen Versicherungsprodukte und allenfalls auch über die Möglichkeiten, bestimmte Risiken bei bestimmten Versicherungen zu versichern,

Voraussetzung der Maklertätigkeit, weshalb der Auftraggeber entsprechende Kenntnisse des Maklers erwarten darf. Die Identität der Versicherungen, die als mögliche Vertragspartner in Betracht fallen, ist aber in der Regel auch dem Auftraggeber bekannt. Ihm fehlt dagegen der Überblick über die Möglichkeiten der Gestaltung von bestimmten Versicherungsverträgen und über die Preisverhältnisse. Die Leistung des Versicherungsmaklers besteht daher wesentlich in der Auswahl des für die Bedürfnisse des Kunden optimalen Versicherungsschutzes aus den ihm bekannten Versicherungsprodukten. Ob sich der den Bedürfnissen des Kunden entsprechende Versicherungsvertrag im "Sortiment" der einen oder andern der an sich bekannten Versicherungsgesellschaften findet, erscheint in dieser Hinsicht nicht als ausschlaggebend. Nicht zu folgen ist deshalb der Lehrmeinung, welche im Fall eines im erwähnten Sinne umfassenden Versicherungsmaklervertrages der Vermittlungstätigkeit primäre Bedeutung zumisst und deswegen die Maklervergütung entscheidend in der Vermittlung neuer Versicherungsverträge begründet sieht (so BAUMANN, a.a.O., S. 198). Soweit die Vergütung des Maklers aus der Sicht der Versicherung nicht überhaupt als Preisnachlass oder Rabatt zugunsten des Versicherungsnehmers anzusehen ist, besteht ihr Interesse an der Maklertätigkeit - abgesehen von der erwähnten Förderung einer länger dauernden Bindung - vielmehr darin, dass ihr der fachkundige Makler die Beratung und Aufklärung seines Auftraggebers in Bezug auf Versicherungsfragen abnimmt und ihr damit Verwaltungsaufwand im Verkehr mit ihren Kunden erspart. Es ist daher folgerichtig, dass die in der Schweiz vorherrschende Geschäftspraxis die Courtage vom Auftrag zwischen dem Makler und dem Versicherungsnehmer abhängig macht und den Anspruch darauf als aufgehoben betrachtet, wenn dieser Vertrag beendet wird (vgl. BAUMANN, a.a.O., S. 195 f.). e) Wie bereits erwähnt, hat die "Grütli" der Maklerin eine "Broker-Entschädigung" von 3% der Jahresprämien zugesichert und diese Vergütung für die Zeit von 1991 bis Ende Januar 1994 auch bezahlt. Die Maklerin musste die hinsichtlich der zeitlichen Dauer unbestimmte Zusicherung der Beklagten nach Treu und Glauben so verstehen, dass ihr die im Verhältnis zu den eingehenden Prämien bemessene Courtage nur solange ausgerichtet werde, als der Vertrag zwischen ihr und dem SBPV Bestand haben würde. Sie durfte die Zusicherung nicht in dem Sinne verstehen, dass die Vergütung ausschliesslich von der Weiterführung des Kollektivvertrags abhängig sei und ihr bis zu dessen Beendigung bezahlt werde.

Die Vorinstanz hat somit kein Bundesrecht verletzt, wenn sie die Verpflichtung der Beklagten zur Bezahlung der Courtage an die Klägerin mit der Beendigung des Makler- und Beratungsvertrages zwischen der Klägerin und dem SBPV als beendet ansah, obwohl der Versicherungsvertrag zwischen der Beklagten und dem SBPV danach in der bestehenden oder in veränderter Form weitergeführt wurde.