

# GUTACHTEN

in Sachen

Ist die zwingende Entschädigungsordnung  
für Versicherungsbroker gemäss  
Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG  
mit der verfassungsrechtlich garantierten Wirt-  
schaftsfreiheit (Art. 27 BV) vereinbar?

**Prof. Dr. iur. Moritz W. Kuhn**

Professor für Privatrecht und Versicherungsrecht an der Universität Zürich  
Präsident des Kassationsgerichts des Kantons Zürich  
Rechtsanwalt

21. Juli 2009

## INHALTSVERZEICHNIS

<b>I.</b>	<b>Ausgangslage und Sachverhalt</b> .....	<b>1</b>
1.	Einleitung.....	1
2.	Dienstleistungen und Entschädigung der Versicherungsbroker.....	2
2.1	Terminologie: Versicherungsmakler, Versicherungsbroker, ungebundene Versicherungsvermittler .....	2
2.2	Typische Dienstleistungen der Versicherungsbroker.....	2
2.3	Übliches Entschädigungssystem der Versicherungsbroker (Courtagensystem).....	4
3.	Geltendes Recht der Versicherungsvermittler .....	5
4.	Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 21. Januar 2009 (E-VVG), inkl. Teilrevision VAG (E-VAG).....	7
<b>II.</b>	<b>Gutachtensfrage</b> .....	<b>9</b>
<b>III.</b>	<b>Zusammenfassung</b> .....	<b>9</b>
1.	Einleitung.....	9
2.	Vertragsfreiheit der Versicherungsbroker und deren Kunden tangiert.....	9
3.	Zwingender Charakter der Entschädigungsordnung .....	9
4.	Grundsatzwidrige Massnahme ohne ausdrückliche verfassungsmässige Grundlage .....	10
5.	Gesetzliche Grundlage: Genügende Bestimmtheit zweifelhaft .....	11
6.	Kein ausreichendes öffentliches Interesse.....	12
7.	Entschädigungsordnung ist unverhältnismässig .....	13
7.1	Nicht geeignet.....	13
7.2	Nicht erforderlich.....	14
7.3	Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung.....	15
8.	Gleichbehandlung mit direkten Konkurrenten nicht gewährleistet.....	16
9.	Fazit.....	17
<b>IV.</b>	<b>Begutachtung</b> .....	<b>18</b>
1.	Einleitung.....	18
2.	Persönlicher Schutzbereich .....	18
3.	Tangierung des Schutzobjekts .....	19
3.1	Schutzobjekt der Wirtschaftsfreiheit .....	19
3.2	Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit der Versicherungsbroker .....	20
3.3	Zwingende Natur der Entschädigungsordnung .....	20
3.4	Vertragsfreiheit der Versicherungsbroker und deren Kunden tangiert .....	22
4.	Einschränkungsvoraussetzungen: Übersicht.....	23

5.	Verfassungsvorbehalt bei grundsatzwidrigen Massnahmen.....	24
5.1	Grundsatzkonforme und grundsatzwidrige Massnahmen .....	24
5.2	Qualifikation der Massnahme: Eingriffszweck .....	25
5.2.1	Keine eindeutige Offenlegung des Eingriffszwecks .....	25
5.2.2	Entschädigungsordnung geht über BGE 132 III 460 hinaus.....	26
5.2.3	Lenkungsabsicht: Benachteiligung des Courtagenmodells zwecks Förderung des Direktentschädigungsmodells .....	27
5.2.4	Sollen aus den Versicherungsbrokern Versicherungsberater gemacht werden? .....	29
5.3	Qualifikation der Massnahme: Eingriffswirkung.....	30
5.3.1	Verschlechterung der Wettbewerbsposition der Versicherungsbroker.....	30
5.3.2	Unterminierung des Geschäftsmodells der Versicherungsbroker.....	31
5.3.3	Abnahme der Wettbewerbsintensität .....	32
5.4	Folgerung aus Eingriffszweck und –wirkung: Grundsatzwidrigkeit der Entschädigungsordnung .....	33
5.5	Keine ausdrückliche Verfassungsgrundlage für eine grundsatzwidrige Massnahme .....	34
5.6	Fazit.....	34
6.	Gesetzliche Grundlage .....	35
6.1	Anforderungen .....	35
6.2	Erfordernis der Gesetzesform .....	35
6.3	Erfordernis des Rechtssatzes: Bestimmtheitsgebot .....	35
7.	Öffentliches Interesse .....	38
7.1	Ausreichendes öffentliches Interesse erforderlich.....	38
7.2	Keine Angabe des öffentlichen Interesses als Indiz für dessen Fehlen.....	39
7.3	Kundenschutz als objektiv ermitteltes öffentliches Interesse.....	39
7.4	Blosse Vermutung der Schutzbedürftigkeit in Entschädigungssachen .....	40
7.5	Regelmässig keine Doppelentschädigungsproblematik analog BGE 132 III 460 .....	41
7.6	Keine Entschädigungsordnung für Versicherungsbroker im Gemeinschaftsrecht oder deutschen Recht .....	42
7.6.1	Gemeinschaftsrecht .....	42
7.6.2	Deutsches Recht.....	43
7.7	Fazit.....	46
8.	Verhältnismässigkeit: Anforderungen .....	46
9.	Verhältnismässigkeit: Geeignetheit.....	47
10.	Verhältnismässigkeit: Erforderlichkeit.....	48
10.1	Einleitung .....	48

10.2	Informationspflichten gemäss geltendem Recht.....	49
10.3	Standesregeln der Versicherungsbroker; Verzicht auf Contingent Commissions .....	50
10.4	Begründungs- und Dokumentationspflicht gemäss Art. 67 Abs. 3 E- VVG .....	52
10.5	Regelung analog FINMA-Mindeststandards für Vermögensverwalter wäre ausreichend .....	53
10.6	Geltungsbereich der Entschädigungsordnung zu umfassend.....	56
10.6.1	Persönlicher Geltungsbereich: Unternehmen.....	56
10.6.2	Sachlicher Geltungsbereich: Doppelentschädigungsproblematik .....	58
10.7	Nicht erforderlich gemäss Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht .....	59
10.8	Fazit.....	59
11.	Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung.....	59
11.1	Einleitung .....	59
11.2	Nicht oder schwach begründetes Kundenschutzziel.....	59
11.3	Schwerer Eingriff in das Geschäftsmodell der Versicherungsbroker .....	60
11.4	Wahlmöglichkeit der Kunden wird eingeschränkt.....	62
11.5	Fazit.....	62
12.	Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten .....	63
12.1	Genügende Wettbewerbsneutralität erforderlich .....	63
12.2	Versicherungsbroker, Versicherungsagenten und Versicherungsunternehmen als direkte Konkurrenten .....	64
12.3	Sachlich nicht begründete Schlechterstellung der Versicherungsbroker insbesondere im Vergleich zu den Versicherungsagenten .....	65
12.4	Netquoting würde umfassende Regulierung zulasten der Versicherungsunternehmen erfordern .....	68
12.5	Fazit.....	68
13.	Schlussfolgerung .....	69

## LITERATURVERZEICHNIS

Wo nicht anders angegeben, wird ein Werk mit dem Namen seines Autors bzw. seiner Autorin zitiert.

AUER ANDREAS / MALINVERNI GIORGIO / HOTTELIER MICHEL: Droit constitutionnel suisse, vol. II, Les droit fondamentaux, 2. A., Bern 2006

EHRENZELLER BERNHARD ET AL. (HRSG.): Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2. A., Zürich 2008 (zit. St. Galler Kommentar-AUTOR)

GAUCH PETER / SCHLUEP WALTER / SCHMID JÖRG: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I, 9. A., Zürich 2008 (zit. GAUCH / SCHLUEP)

HÄFELIN ULRICH / HALLER WALTER / KELLER HELEN: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. A., Zürich 2008

HONSELL HEINRICH ET AL. (HRSG.): Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1-529 OR, 4. A., Basel 2007 (zit. BSK OR I-AUTOR)

KÄSER SYBILLE / STUDER HELMUT: Versicherungsvermittlung, in: Jürg Waldmeier (Hrsg.), Versicherungsaufsicht, Zürich 2007, S. 285 ff.

KUHN MORITZ: Aufgaben und Entschädigung von Vermittlern beim Abschluss von Versicherungsverträgen, HAVE 2007 S. 384 f.

KUHN MORITZ / MÜLLER-STUDER LUKA / ECKERT MARTIN: Privatversicherungsrecht, Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und Aufsichtsrechts, 2. A. Zürich 2002

MÜLLER JÖRG PAUL / SCHEFER MARKUS: Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. A., Bern 2008

RHINOW RENÉ / SCHEFER MARKUS: Schweizerisches Verfassungsrecht, 2. A., Basel 2009

RICHLI PAUL: Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts, Bern 2007

SCHÖNBÄCHLER PATRICK: Wettbewerbsneutralität staatlicher Massnahmen, Zürich 1998

STUDER HELMUT: Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz, Zürich 2000

VALLENDER KLAUS / HETTICH PETER / LEHNE JENS: Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, Bern 2006

WEBER ROLF / UMBACH PATRICK: Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006

WYSS MARTIN: Öffentliche Interessen – Interessen der Öffentlichkeit? Das öffentliche Interesse im schweizerischen Staats- und Verwaltungsrecht, Bern 2001

## MATERIALIEN UND WEITERE UNTERLAGEN

BIPAR: Response to Interim Report, Business Insurance Sector Inquiry by EC DG Competition, Brüssel 2007 (zit. BIPAR RESPONSE)

BOTSCHAFT zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003, BBl 2003 S. 3789 ff. (zit. BOTSCHAFT VAG)

BOTSCHAFT über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1996 I S. 1 ff. (zit. BOTSCHAFT BV)

EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION: Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzprodukten, August 2008 (zit. EBK-BERICHT VERTRIEBSVERGÜTUNGEN)

EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION: Eckwerte zur Vermögensverwaltung, September 2008 (zit. EBK-BERICHT ECKWERTE VERMÖGENSVERWALTUNG)

ENTWURF eines Gesetzes zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts, Deutscher Bundestag Drucksache 16/1935 vom 23. Juni 2006 (ENTWURF NEUREGELUNG VERSICHERUNGSVERMITTLERRECHT)

EUROPEAN COMMISSION: Business insurance sector inquiry, Inquiry into the European business insurance sector pursuant to Article 17 of Regulation 1/2003, Interim Report, 2007 (zit. EU INSURANCE INQUIRY)

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT: Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, neue Fassung vom 24. Februar 2009 (zit. ERLÄUTERNDER BERICHT E-VVG)

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT: Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 21. Januar 2009 (inkl. Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes) (zit. E-VVG und E-VAG)

FINMA: Eckwerte zur Vermögensverwaltung (FINMA-Rundschreiben 09/1), vom 18. Dezember 2008, in Kraft seit 1. Januar 2009

SIBA: Berufsbild Schweizerischer Versicherungsbroker und Code of Conduct vom 29. Oktober 2008 (zit. SIBA BERUFSBILD UND CODE OF CONDUCT)

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs.	Absatz
Art.	Artikel
AVO	Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung; SR 961.011)
BBl	Bundesblatt
BGBL	(deutsches) Bundesgesetzblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BIPAR	Fédération Européene des Intermédiaires d'Assurances
Botschaft BV	Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
d-GewO	(deutsche) Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. April 2009 (BGBl. I S. 818)
Durchführungsrichtlinie MiFID	Richtlinie 2006/73/EG der Kommission vom 10. August 2006 zur Durchführung der Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf die organisatorischen Anforderungen an Wertpapierfirmen und die Bedingungen für die Ausübung ihrer Tätigkeit sowie in Bezug auf die Definition bestimmter Begriffe für die Zwecke der genannten Richtlinie
d-Vers-VermV	(deutsche) Versicherungsvermittlungsverordnung vom 15. Mai 2007 (BGBl. I S. 733), geändert durch die Verordnung vom 19. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2969)
d-VVG	(deutsches) Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 28. Mai 2008 (BGBl. I S. 874)
Erläuternder Bericht E-VVG	Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, neue Fassung vom 24. Februar 2009
E-VAG	Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes gemäss Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 21. Januar 2009 (erarbeitet vom Eidgenössischen Finanzdepartement)
E-VVG	Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 21. Januar 2009 (erarbeitet vom Eidgenössischen Finanzdepartement)
f. / ff.	folgende
FN	Fussnote

Hrsg.	Herausgeber
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive = Richtlinie 2004/39/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. April 2004 über Märkte für Finanzinstrumente
OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) (SR 202)
Rz	Randziffer
SIBA	Swiss Insurance Brokers Association
SIBA Berufsbild und Code of Conduct	SIBA: Berufsbild Schweizerischer Versicherungsbroker und Code of Conduct vom 29. Oktober 2008
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
Vermittler- richtlinie	Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung
VE-VAG	Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes gemäss Vorentwurf für ein neues Versicherungsvertragsgesetz vom 31. Juli 2006 (erarbeitet von einer vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission unter der Leitung von Prof. Dr. Anton K. Schnyder)
VE-VVG	Vorentwurf für ein neues Versicherungsvertragsgesetz vom 31. Juli 2006 (erarbeitet von einer vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission unter der Leitung von Prof. Dr. Anton K. Schnyder)
VAG	Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz; SR 961.01)
VVG	Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz; SR 221.229.1)

## I. Ausgangslage und Sachverhalt

### 1. Einleitung

- 1 Das Eidgenössische Finanzdepartement hat am 21. Januar 2009 einen Entwurf für ein totalrevidiertes Versicherungsvertragsgesetz vorgelegt (E-VVG). Dieses soll das *Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag*<sup>1</sup> (VVG) ablösen.
- 2 Der E-VVG sieht gleichzeitig vor, eine Reihe von Bestimmungen des geltenden *Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen*<sup>2</sup> (VAG) zu ändern. Vorgeschlagen wird also auch eine Teilrevision des VAG (E-VAG).
- 3 Der E-VVG enthält ein eigenes Kapitel über die Versicherungsvermittlung (9. Kapitel; Art. 67-71 E-VVG). Darin werden Regeln für Versicherungsmakler (Art. 67-69 E-VVG) und Versicherungsagenten (Art. 70-71 E-VVG) aufgestellt. Im geltenden VVG finden sich mit Ausnahme von Art. 34 VVG keine entsprechenden Bestimmungen.
- 4 Art. 68 E-VVG enthält für Versicherungsmakler (Versicherungsbroker<sup>3</sup>) eine Entschädigungsordnung, die zwingender Natur ist (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 1 E-VVG), soweit nicht Grossrisiken betroffen sind (Art. 2 Abs. 3 E-VVG).<sup>4</sup> Durch Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG sollen zudem neue aufsichtsrechtliche Informationspflichten verankert werden, die sich direkt auf die Entschädigungsordnung beziehen.
- 5 Gegenstand dieses Gutachtens ist die Frage, ob die – im umfassenden Sinne verstandene – Entschädigungsordnung für Versicherungsmakler gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG mit der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vereinbar ist.
- 6 Im Sinne einer Sachverhaltsdarstellung werden im Folgenden die typischen Dienstleistungen und das übliche Entschädigungssystem der Versicherungsbroker aufgezeigt. Danach wird das geltende Recht der Versicherungsbroker skizziert. Schliesslich wird die vorgeschlagene Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG dargestellt.

---

<sup>1</sup> SR 221.229.1.

<sup>2</sup> SR 961.01.

<sup>3</sup> Vgl. zur Terminologie, die in diesem Gutachten gebraucht wird, Rz 7 f.

<sup>4</sup> Zu beachten ist aber, dass Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG Unklarheiten schafft, soweit die Ausnahmeregelung für Grossrisiken Art. 68 E-VVG betrifft. Vgl. hierzu Rz 103 ff.

## 2. Dienstleistungen und Entschädigung der Versicherungsbroker

### 2.1 Terminologie: Versicherungsmakler, Versicherungsbroker, ungebundene Versicherungsvermittler

7 Der Entwurf verwendet in Art. 67-69 E-VVG sowie Art. 45 E-VAG die Bezeichnung „Versicherungsmakler“. Diese Bezeichnung ist in der Praxis nicht üblich. In der Praxis wird vielmehr von Versicherungsbrokern gesprochen,<sup>5</sup> weshalb nachfolgend diesem üblichen Sprachgebrauch gefolgt wird.

8 Alternativ werden die Versicherungsbroker als ungebundene Versicherungsvermittler bezeichnet. Diese Bezeichnung ist aus Art. 43 Abs. 1 VAG abgeleitet und hat sich im Aufsichtsrecht bzw. der Aufsichtspraxis eingebürgert.<sup>6</sup> Im Gegensatz dazu werden Versicherungsagenten als gebundene Versicherungsvermittler bezeichnet.

### 2.2 Typische Dienstleistungen der Versicherungsbroker

9 Die folgenden Dienstleistungen erachtet die *Swiss Insurance Brokers Association* (SIBA), der Verband der Schweizer Versicherungsbroker, als typisch für die Tätigkeit der Versicherungsbroker:<sup>7</sup>

#### „Risikoanalyse:

Die Risikoanalyse ist meist der Auftakt der Zusammenarbeit mit einem Versicherungsbroker. Dabei prüft der Versicherungsbroker unter Berücksichtigung aller Gegebenheiten, welche Risiken abgedeckt werden können und ob ein Versicherungsabschluss im konkreten Fall die richtige Lösung darstellt. Ziel der Analyse ist es, versicherbare Risiken zu erkennen und zu bewerten. Der Versicherungsbroker gibt Empfehlungen ab, welche Risiken vermieden oder reduziert werden können. Schliesslich legt der Kunde fest, in welchem Umfang Risiken selber getragen bzw. auf einen Dritten übertragen werden.

#### Festlegung Risiko-, Versicherungs- und Vorsorgepolitik

Der Versicherungsbroker legt zusammen mit dem Kunden, basierend auf der Risikoanalyse und der Risikofähigkeit, die zukünftige Risiko-, Versicherungs- und Vorsorgepolitik fest.

<sup>5</sup> Vgl. z.B. das SIBA BERUFSBILD UND CODE OF CONDUCT, wo ausschliesslich der Begriff Versicherungsbroker verwendet wird. Vgl. auch STUDER, S. 12.

<sup>6</sup> Vgl. z.B. [www.finma.ch](http://www.finma.ch), Verzeichnis „Beaufsichtigte“, Unterverzeichnis „Versicherungsvermittler“.

<sup>7</sup> Diese Darstellung ist dem SIBA BERUFSBILD UND CODE OF CONDUCT vom 29. Oktober 2008, Ziff. 3 (Rz 21-30) entnommen; das Layout wurde leicht angepasst. Vgl. zu den typischen Aufgaben des Versicherungsbrokers auch STUDER, S. 43 ff., sowie KUHN / MÜLLER / ECKERT, S. 130.

## **Umsetzung der Risiko-, Versicherungs- und Vorsorgepolitik**

Der Versicherungsbroker formuliert im Auftrag des Kunden Anforderungen an die Versicherungslösungen. Er vermittelt den Abschluss bei geeigneten Versicherern auf dem nationalen und gegebenenfalls auf dem internationalen Markt.

*Vertragsgestaltung:* Der Versicherungsbroker beeinflusst die konkrete Vertragsgestaltung und Versicherungsbedingungen zur optimalen Erfüllung der Kundenbedürfnisse. Er weist den Kunden auf die Folgen unzureichender Versicherungsdeckungen bzw. -summen und von Deckungslücken hin.

*Auswahl eines geeigneten Versicherers:* Der Versicherungsbroker untersucht den Versicherungsmarkt und strebt die bestmögliche Abdeckung der Angebote für die zu versichernden Risiken an. Er holt bei verschiedenen Versicherern Angebote ein, prüft und vergleicht diese miteinander. Dabei darf er für den Vertragsabschluss nur von der Aufsichtsbehörde zugelassene Versicherer empfehlen. Der Versicherungsbroker berücksichtigt bei der Auswahl des Versicherers insbesondere die im Markt bekannten aktuellen Informationen hinsichtlich Bonität, Qualität der Dienstleistungen und der Schadenerledigungskompetenz der verschiedenen Anbieter.

*Abschluss des Versicherungsvertrages:* Mit einer Vollmacht des Kunden kann der Versicherungsbroker im Namen des Kunden Verträge abschliessen, ändern oder kündigen.

*Prüfung von Deckungsbestätigung und Police:* Der Versicherungsbroker prüft den Inhalt der Schriftstücke und vergewissert sich, dass der dokumentierte Vertragsinhalt mit den zuvor getroffenen Absprachen übereinstimmt.

## **Laufende Betreuung**

Wird der Versicherungsbroker mit der Verwaltung und Betreuung der Versicherungsverträge beauftragt, entlastet er den Kunden weitgehend von zeitraubenden Abwicklungs- und Verwaltungsarbeiten. Sein besonderes Augenmerk gilt der laufenden Anpassung des Versicherungsschutzes an gesetzliche Vorgaben und veränderte Risiko- und Marktverhältnisse.

Die Betreuung durch den Versicherungsbroker kann im Rahmen seines Auftrages folgende Aufgaben umfassen:

- Beobachtung von Veränderungen des Risikos (in der Person des Kunden, seiner Versicherungsbedürfnisse, Neuanschaffungen, Wertsteigerungen, Akquisitionen, Verkauf von Unternehmensteilen etc.) und Beratung über die notwendige Anpassung des Versicherungsschutzes;
- Vergleich der bestehenden Deckung mit neuen Angeboten im Markt (andere Deckungskonzepte, neue Versicherer, Prämienveränderungen etc.);
- Beratung (ev. extern) über Sicherheits- und Schadenverhütungs-Massnahmen;
- Erstellen von Entscheidungsgrundlagen für die Fortsetzung oder Änderung von Verträgen;
- Überwachung von Fristen;
- Beobachtung der Solvabilität bzw. Solvenz und Bonität der Versicherer;
- Periodische Berichterstattung über das aktuelle Risikofinanzierungskonzept unter Einbezug der Schadenstatistik;
- Erstellen von Policenübersichten und Versicherungshandbüchern;
- Prüfung der Prämien- und Überschussabrechnungen.

### Schadenbegleitung

Die Begleitung des Kunden im Schadenfall kann eine weitere wichtige Aufgabe des Versicherungsbrokers sein. In diesem Fall unterstützt er den Kunden je nach Vereinbarung bei der Geltendmachung seines Versicherungsanspruchs. Er nimmt an Verhandlungen mit dem Versicherer teil, sucht bei Bedarf Sachverständige aus und bietet administrative Hilfe bis zur Erledigung des Schadens an.“

## 2.3 Übliches Entschädigungssystem der Versicherungsbroker (Courtagensystem)

10 Der Versicherungsbroker erbringt seine Dienstleistungen zugunsten des Versicherungsnehmers gegen Entgelt.<sup>8</sup>

11 Zwar werden Versicherungsbroker in der Regel nicht direkt durch die Versicherungsnehmer entschädigt. Hingegen erfolgt eine indirekte Entschädigung, indem die Versicherungsbroker regelmässig einen Anteil an den Versicherungsprämien erhalten, welche der Versicherungsnehmer zahlt. Dieser Anteil wird den Versicherungsbrokern durch die Versicherer ausgerichtet bzw. abgerechnet.

12 Der SIBA beschreibt dieses Entschädigungssystem im *SIBA Berufsbild und Code of Conduct* vom 29. Oktober 2008 folgendermassen:

„Die Entschädigung des Versicherungsbrokers bildet Teil der Versicherungsprämie bzw. ist in diese als Bestandteil der Kosten eingerechnet; die Auszahlung erfolgt durch den Versicherer an den Versicherungsbroker.“<sup>9</sup>

„Die Entschädigung des Versicherungsbrokers für seinen Einsatz im Interesse des Versicherungsnehmers umfasst in der Regel einen bestimmten Prozentsatz der Versicherungsprämien, Spareinlagen oder Versicherungssummen. Ihre Höhe wird in aller Regel in der Zusammenarbeitsvereinbarung mit dem Versicherer festgelegt.“<sup>10</sup>

13 In einer Sektoruntersuchung über die Geschäftsversicherung aus dem Jahr 2007 hielt die EU-Kommission fest:

“The traditional form of remuneration for intermediaries has been commissions [...]. Commissions are payments made by insurers (or reinsurers) to intermediaries where the amount payable is fixed as a percentage of the premium for the policy placed, including any subsequent additional revenues from the adjustment of premiums following the original placement. The insurance premium paid by the insured party consists, in this case, of the actual price for obtaining coverage of the risk as well as the fee for the mediation services, as both are bundled together.“<sup>11</sup>

<sup>8</sup> STUDER, S 49 f. und S. 94; KUHN / MÜLLER / ECKERT, S. 130.

<sup>9</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 58.

<sup>10</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 60.

<sup>11</sup> EU INSURANCE INQUIRY, S. 115, Ziff. 3.1.

- 14 Beim beschriebenen Entschädigungsmechanismus handelt es sich um das von den schweizerischen Versicherungsbrokern üblicherweise verwendete Entschädigungssystem. Im Folgenden wird es als Courtagensystem bzw. Courtagenmodell bezeichnet.
- 15 Nur ausnahmsweise erbringen die Versicherungsbroker ihre Dienstleistungen gegen eine direkte Entschädigung durch den Versicherungsnehmer, z.B. aufgrund eines Stundenhonorars. Ein solches Entschädigungssystem wird im Folgenden als Direktentschädigungssystem bzw. -modell bezeichnet.

### 3. Geltendes Recht der Versicherungsvermittler

- 16 Die Versicherungsvermittler unterstehen einem speziellen Aufsichtsregime, das in Art. 40-45 VAG („4. Kapitel: Versicherungsvermittler und Versicherungsvermittlerinnen“) verankert ist.<sup>12</sup>
- 17 Die Versicherungsbroker sind von diesen Aufsichtsregeln erfasst, da sie aufgrund ihrer Tätigkeit Versicherungsvermittler i.S.v. Art. 40 VAG sind. Art. 40 VAG lautet:

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

- 18 Als ungebundene Versicherungsvermittler sind die Versicherungsbroker verpflichtet, sich in das von der FINMA geführte Vermittlerregister eintragen zu lassen (Art. 43 Abs. 1 VAG). Die gebundenen Versicherungsvermittler (Agenten etc.) haben das Recht, aber nicht die Pflicht, sich eintragen zu lassen (Art. 43 Abs. 2 VAG). Der Eintrag setzt für alle Versicherungsvermittler, ob gebunden oder ungebunden, den Nachweis ausreichender beruflicher Qualifikationen und eine ausreichende Berufshaftpflichtversicherung voraus (Art. 44 VAG). Das Vermittlerregister ist öffentlich (Art. 42 Abs. 2 VAG).
- 19 Wie alle anderen Versicherungsvermittler muss auch der Versicherungsbroker beim ersten Kundenkontakt die folgenden Informationspflichten erfüllen (Art. 45 Abs. 1 und 2 VAG):

„Art. 45 VAG: Informationspflicht

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

- a. ihre Identität und ihre Adresse;
- b. ob die von ihnen in einem bestimmten Versicherungszweig angebotenen Versicherungsdeckungen von einem einzigen oder von mehreren Versiche-

---

<sup>12</sup> Vgl. zum geltenden Versicherungsrecht KÄSER / STUDER, S. 293 ff., WEBER / UMBACH, § 10 Rz 4 ff.

rungsunternehmen stammen und um welche Versicherungsunternehmen es sich handelt;

c. ihre Vertragsbeziehungen mit den Versicherungsunternehmen, für die sie tätig sind, sowie die Namen dieser Unternehmen;

d. die Person, die für Nachlässigkeit, Fehler oder unrichtige Auskünfte im Zusammenhang mit ihrer Vermittlungstätigkeit haftbar gemacht werden kann;

e. die Bearbeitung der Personendaten, insbesondere Ziel, Umfang und Empfänger der Daten sowie deren Aufbewahrung.

<sup>2</sup> Die Informationen nach Absatz 1 sind auf einem dauerhaften und für die Versicherten zugänglichen Träger abzugeben.“

- 20 Ändern die informationspflichtigen Tatsachen, so hat der Versicherungsvermittler dem Versicherungsnehmer diese Änderungen mitzuteilen (Art. 190 der *Verordnung vom 9. November 2005 über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen* [AVO]<sup>13</sup>).
- 21 Das Aufsichtsrecht unterwirft die Versicherungsvermittler also Zulassungsvorschriften (Qualifikationsnachweis; Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung) und verpflichtet sie zur Transparenz (Registereintrag; Informationspflichten).
- 22 In privatrechtlicher Hinsicht wurden für die Versicherungsbroker keine Sondervorschriften erlassen.<sup>14</sup> Für das vertragliche Verhältnis zwischen einem Versicherungsbroker und seinem Kunden ist das allgemeine Schuldrecht massgebend. Die Brokervereinbarung lässt sich nicht unter einen oder mehrere der gesetzlich geregelten Vertragstypen subsumieren. Bei der Brokervereinbarung handelt es sich vielmehr um einen Innominatvertrag.<sup>15</sup> Im Gegensatz dazu besteht zwischen den gebundenen Versicherungsvermittlern und den Versicherungsunternehmen regelmässig ein Agenturvertrag, Arbeitsvertrag, Handelsreisendenvertrag oder Auftrag.<sup>16</sup>
- 23 Das geltende Recht kennt demnach keine speziell für Versicherungsbroker erlassenen Entschädigungsregeln.
- 24 Damit stimmt das schweizerische Recht mit der *Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung* (Vermittlerrichtlinie) überein, das ebenfalls keine Entschädigungsregelung enthält.

---

<sup>13</sup> SR 961.011.

<sup>14</sup> Art. 34 VVG (Marginalie „Verantwortlichkeit des Versicherers für seine Vermittler“) ist auf Versicherungsagenten zugeschnitten. Art. 34 VVG lautet: „Gegenüber dem Versicherungsnehmer hat der Versicherer für das Verhalten seines Vermittlers wie für sein eigenes einzustehen.“

<sup>15</sup> Ausführlich STUDER, S. 60 ff., sowie insbesondere S. 86 ff. und S. 210. Vgl. auch KUHN / MÜLLER / ECKERT, S. 130.

<sup>16</sup> Kuhn / Müller / Eckert, S. 123.

#### 4. Entwurf zu einem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 21. Januar 2009 (E-VVG), inkl. Teilrevision VAG (E-VAG)

25 Der Entwurf regelt in Kapitel 9 die Versicherungsvermittlung. Der 1. Abschnitt des Kapitels 9 befasst sich mit dem „Versicherungsmakler“ (Art. 67-69 E-VVG). Der 2. Abschnitt des Kapitels 9 befasst sich mit dem „Versicherungsagenten“ (Art. 70-71 E-VVG).

26 Der Abschnitt über Versicherungsmakler enthält Bestimmungen über die Aufgaben (Art. 67 E-VVG), die Entschädigung (Art. 68 E-VVG) sowie die Vertretung und Haftung (Art. 69 VVG). Von Interesse sind vorliegend insbesondere Art. 67 E-VVG und Art. 68 E-VVG.

27 Art. 67 E-VVG (Marginalie „Aufgaben“) lautet:

„<sup>1</sup> Versicherungsmaklerinnen und Versicherungsmakler stehen in einem Treueverhältnis zu den Kundinnen und Kunden und handeln in deren Interesse.

<sup>2</sup> Sie sind verpflichtet, ihren Rat auf die Untersuchung einer hinreichenden Zahl von auf dem Markt angebotenen Verträgen zu stützen und eine fachkundige Empfehlung abzugeben, welcher Vertrag geeignet ist, die Bedürfnisse der Kundin oder des Kunden zu erfüllen.

<sup>3</sup> Sie halten die von ihnen erhobenen Bedürfnisse der Kundinnen und Kunden sowie die Gründe für jeden Rat schriftlich fest, den sie ihnen zu einem bestimmten Versicherungsprodukt erteilen.“

28 Gemäss Art. 2 Abs. 2 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 2 E-VVG darf diese Bestimmung nicht zu Ungunsten der versicherten Person abgeändert werden (halbzwingendes Recht).

29 Art. 67 E-VVG (Marginalie „Entschädigung“) lautet:

„<sup>1</sup> Die Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer entschädigen die Versicherungsmaklerinnen und Versicherungsmakler für ihre Vermittlungstätigkeit.

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

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

30 Gemäss Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 1 E-VVG ist diese Bestimmung zwingend.

31 Im Versicherungsaufsichtsgesetz soll die geltende Informationspflicht gemäss Art. 45 VAG folgendermassen geändert bzw. ergänzt werden (Art. 45 E-VAG):

„<sup>1</sup> Sobald eine Versicherungsvermittlerin oder ein Versicherungsvermittler mit einer Versicherungsnehmerin oder einem Versicherungsnehmer Kontakt aufnimmt, muss sie oder er die betreffende Person mindestens über Folgendes informieren: ...

f. ob sie als Versicherungsmaklerin oder als Versicherungsagentin beziehungsweise er als Versicherungsmakler oder Versicherungsagent tätig ist; und

g. ob sie oder er im Register eingetragen ist.

<sup>1bis</sup> Die Versicherungsmaklerin oder der Versicherungsmakler muss zudem über die Weitergabepflicht nach Artikel 68 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom ... über den Versicherungsvertrag und die Voraussetzungen informieren, unter denen auf die Weitergabe verzichtet werden kann.

<sup>1ter</sup> Erhält die Versicherungsmaklerin oder der Versicherungsmakler eine Leistung nach Artikel 68 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom ... über den Versicherungsvertrag, so muss sie oder er die Versicherungsnehmerin oder den Versicherungsnehmer vollständig und wahrheitsgetreu über deren Art, Höhe und Berechnung informieren.

<sup>2</sup> Die Informationen nach den Absätzen 1-1<sup>ter</sup> sind auf einem dauerhaften und für die Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer zugänglichen Datenträger abzugeben.“

- 32 Als öffentlich-rechtliche Norm ist diese Bestimmung zwingender Natur.
- 33 Gemäss Art. 2 Abs. 3 E-VVG gelten die zwingenden und halbzwingenden Bestimmungen des E-VVG für die Versicherung von Grossrisiken i.S.v. Art. 124 Abs. 6 E-VVG als dispositiv. Inwieweit diese Ausnahme für die Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG gilt, ist jedoch angesichts des für Art. 2 Abs. 1/2 geltend gemachten Regelungszwecks und der engen Verzahnung mit Art. 45 E-VAG nicht eindeutig. Dieser Frage wird im Rahmen der Begutachtung nachgegangen.<sup>17</sup>
- 34 Werden die Bestimmungen für die Versicherungsmakler mit denjenigen über die Versicherungsagenten verglichen, so fällt auf, dass für die Versicherungsagenten einzig Bestimmungen über die Aufgaben (Art. 70 E-VVG) sowie Vertretung und Haftung (Art. 71 VVG) erlassen werden sollen. Eine Entschädigungsregelung analog Art. 68 E-VVG ist dagegen nicht vorgesehen.

---

<sup>17</sup> Vgl. Rz 103 ff.

## II. Gutachtensfrage

- 35 Die Gutachtensfrage lautet: Ist die zwingende Entschädigungsordnung für Versicherungsbroker gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG mit der verfassungsrechtlich garantierten Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) vereinbar?

## III. Zusammenfassung

### 1. Einleitung

- 36 Die Begutachtung hat ergeben, dass die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) verletzt und damit verfassungswidrig ist. Nachfolgend werden die Gutachtensergebnisse zusammengefasst.

- 37 Als grundsatzwidrige Massnahme fehlt es der zwingenden Entschädigungsordnung an einer ausdrücklichen verfassungsmässigen Grundlage. Bezüglich bestimmter Regelungsgehalte ist sie zu wenig bestimmt. Es fehlt ihr zudem am ausreichenden öffentlichen Interesse. Schliesslich ist sie unverhältnismässig und missachtet das Gleichbehandlungsgebot unter Konkurrenten.

### 2. Vertragsfreiheit der Versicherungsbroker und deren Kunden tangiert

- 38 Die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG (die „Entschädigungsordnung“) tangiert die Vertragsfreiheit der Versicherungsbroker und deren Kunden (Versicherungsnehmer). Die Vertragsfreiheit ist als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit verfassungsrechtlich geschützt.<sup>18</sup>

- 39 Die zwingende Entschädigungsordnung schränkt die Versicherungsbroker – und damit auch deren Kunden – insbesondere in ihrer Freiheit ein, privatautonom über die Entschädigung der Brokerdienstleistungen zu entscheiden. An die Stelle einer freiheitlichen Entschädigungsordnung sollen zwingende Regeln treten.

### 3. Zwingender Charakter der Entschädigungsordnung

- 40 Die Entschädigungsordnung ist zwingender Natur. Für Art. 68 E-VVG ergibt sich der zwingende Charakter ausdrücklich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1

---

<sup>18</sup> Vgl. ausführlich Rz 92 ff. und Rz 117 ff.

Ziff. 1 E-VVG. Aufgrund ihrer öffentlich-rechtlichen Natur sind auch Art. 45 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG zwingend.

- 41 Gemäss Art. 2 Abs. 3 E-VVG gelten die zwingenden und halbzwingenden Bestimmungen für die Versicherung von Grossrisiken i.S.v. Art. 124 Abs. 6 E-VVG als dispositiv. Mit Bezug auf die Entschädigungsordnung von Art. 68 E-VVG schaffen jedoch Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG Unklarheiten, was den dispositiven Charakter dieser Bestimmung hinsichtlich Grossrisiken betrifft.<sup>19</sup>

#### **4. Grundsatzwidrige Massnahme ohne ausdrückliche verfassungsmässige Grundlage**

- 42 Die Wirtschaftsfreiheit darf nur durch grundsatzkonforme Massnahmen beschränkt werden. Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind dagegen nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind (Art. 94 Abs. 4 BV).
- 43 Die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG ist eine grundsatzwidrige Massnahme ohne ausdrückliche verfassungsmässige Grundlage. Damit verstösst sie gegen die Wirtschaftsfreiheit.<sup>20</sup>
- 44 Die Entschädigungsordnung schreibt den Versicherungsbrokern ein Entschädigungsregime vor, das die direkte Entschädigung durch den Versicherungsnehmer als Regelfall vorsieht (Art. 68 Abs. 1 E-VVG), beispielsweise durch die Vereinbarung von Stundenhonoraren (Direktentschädigungsmodell).
- 45 Art. 68 Abs. 1 greift damit in massiver Weise in die heutige Entschädigungspraxis ein, die auf dem Courtagensystem beruht. Das Courtagensystem, das offenbar einem Bedürfnis der Kunden entspricht (sonst hätte es sich kaum im Markt durchgesetzt), ist ein Grundpfeiler des Geschäftsmodells der Versicherungsbroker.
- 46 Der Entwurf duldet das Courtagenmodell nur noch unter strengen Voraussetzungen. Auch wenn in einer konkreten Kundenbeziehung die Entschädigung via Courtage erfolgen soll, muss der Versicherungsbroker seinem Kunden formell ein Honorar verrechnen. Nur so ist es zulässig, dass der Kunde auf die Herausgabe der Courtage verzichten und die Courtage „erfüllungshalber an die Entschädigung angerechnet“ werden kann (Art. 68 Abs. 3 E-VVG). Dem Courtagenmodell wird damit gleichsam das Direktentschädigungsmodell übergestülpt.

---

<sup>19</sup> Vgl. ausführlich Rz 103 ff.

<sup>20</sup> Vgl. ausführlich Rz 129 ff.

- 47 Entscheidet sich ein Versicherungsbroker infolge der neuen Regulierung, auf das Direktentschädigungsmodell i.S.v. Art. 68 Abs. 1 E-VVG umzusteigen, wird dadurch seine Dienstleistung verteuert. Zuzüglich zur Versicherungsprämie, durch welche bisher auch die Dienste des Versicherungsbrokers abgegolten werden, muss der Kunde ein Honorar bezahlen.
- 48 Will ein Versicherungsbroker am Courtagenmodell festhalten, so erleidet er dadurch ebenfalls Wettbewerbsnachteile. Trotz dem Courtagenmodell muss der Versicherungsbroker für jeden einzelnen Kunden ein Honorarabrechnungssystem einrichten und unterhalten, wo dies bisher nicht nötig war und das letztlich einzig dem formellen Zweck von Art. 68 Abs. 3 E-VVG dient. Dies ist administrativ aufwändig, verursacht zusätzliche Kosten und ist den Kunden schwer zu vermitteln.
- 49 Diese Auswirkungen beeinträchtigen das Geschäftsmodell der Versicherungsbroker in einem zentralen Aspekt. Davon profitiert die Konkurrenz der Versicherungsbroker, namentlich die Versicherungsagenten. Für sie sieht der E-VVG bzw. E-VAG jedenfalls keine Bestimmungen über die Entschädigung vor, die vergleichbare Wettbewerbsnachteile nach sich ziehen. Durch die Schwächung der Versicherungsbroker sinkt gleichzeitig die Wettbewerbsintensität im Markt für Versicherungsdienstleistungen.
- 50 Damit geht die Entschädigungsordnung über eine bloße Ordnungsvorschrift hinaus, die als Nebeneffekt Wettbewerbswirkungen zeitigt. Vielmehr ist die Entschädigungsordnung eine grundsatzwidrige Massnahme, d.h. eine Massnahme, die sie sich "gegen den Wettbewerb richtet" (Art. 94 Abs. 4 BV).
- 51 Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit sind nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen sind (Art. 94 Abs. 4 BV). Der Entwurf stützt sich aber nicht auf eine Kompetenznorm, welche eine solche Abweichung ausdrücklich erlaubt. Mangels Verfassungsvorbehalt ist die zwingende Entschädigungsordnung damit verfassungswidrig.

## 5. Gesetzliche Grundlage: Genügende Bestimmtheit zweifelhaft

- 52 Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen auf einer genügenden gesetzlichen Grundlage beruhen (Art. 36 Abs. 1 BV). Um dem Erfordernis der gesetzlichen Grundlage zu genügen, muss eine Norm u.a. genügend bestimmt sein.
- 53 Mit der offenen Formulierung von Art. 68 Abs. 2 E-VVG, der sowohl für das Direktentschädigungsmodell als auch für das Courtagenmodell von zentraler Bedeutung ist, nimmt der Entwurf aber in Kauf, dass die Versicherungsbroker systematisch falsch kalkulieren, was gravierende ökonomische Auswirkungen haben kann.

- 54 Es ist damit zweifelhaft, ob Art. 68 Abs. 2 E-VVG so präzise formuliert ist, dass ein Versicherungsbroker sein Verhalten nach dieser Bestimmung richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.<sup>21</sup>

## 6. Kein ausreichendes öffentliches Interesse

- 55 Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt sein (Art. 36 Abs. 2 BV).
- 56 Der Kundenschutz ist jedoch mit Bezug auf die zwingende Entschädigungsordnung kein ausreichendes öffentliches Interesse.<sup>22</sup> Ohnehin fragt sich, ob eine Entschädigungsordnung, die den Kunden die Wahlfreiheit nimmt und den bisherigen Kundenpräferenzen zuwiderläuft, überhaupt im Kundeninteresse sein kann.<sup>23</sup>
- 57 Die Konstruktion von Art. 68 E-VVG offenbart ein Misstrauen gegenüber dem Courtagenmodell. Das Courtagenmodell soll durch das Direktentschädigungsmodell ersetzt werden (Art. 68 Abs. 1 und 2 E-VVG) oder nur noch im Rahmen des Direktentschädigungsmodells Platz finden (Art. 68 Abs. 3 E-VVG).
- 58 Den Versicherungsbrokern wird wohl unterstellt, dass sie den Versicherer oder die Versicherungsdeckung nicht anhand der Bedürfnisse des Kunden auswählen bzw. empfehlen, sondern anhand der Höhe der Courtage (Interessenkonflikt). Der Erläuternde Bericht zur Vernehmlassungsvorlage benennt allerdings weder ein abstraktes Missbrauchspotential noch konkrete Missbrauchsfälle. Blosser Vermutungen reichen aber nicht aus, um ein öffentliches Interesse an einer umfassenden zwingenden Entschädigungsordnung zu begründen.
- 59 Gemäss Erläuterndem Bericht „knüpft“ Art. 68 E-VVG an den Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460 "an". BGE 132 III 460 betraf jedoch keine Brokervereinbarung, sondern die auftragsrechtliche Herausgabepflicht eines unabhängigen Vermögensverwalters. Die Doppelentschädigungsproblematik, die BGE 132 III 460 zugrunde lag, ist bei Versicherungsbrokern in der Regel nicht gegeben. Im Gegensatz zu den unabhängigen Vermögensverwaltern beziehen Versicherungsbrokern unter dem Courtagenmodell regelmässig kein zusätzliches, direktes Honorar von ihren Kunden.
- 60 Auch der europäische und der deutsche Gesetzgeber sahen keine Notwendigkeit, die Entschädigung der Versicherungsbroker aus Kundenschutzgrün-

---

<sup>21</sup> Vgl. ausführlich Rz 196 ff.

<sup>22</sup> Vgl. ausführlich Rz 218 ff.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu 61 ff., mit weiteren Verweisen.

den besonders zu regeln. Damit bestätigen diese beide Rechtsordnungen, dass an der vorgeschlagenen Entschädigungsregelung keines ausreichendes öffentliches Interesse besteht.

## **7. Entschädigungsordnung ist unverhältnismässig**

### **7.1 Nicht geeignet**

61 Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit müssen verhältnismässig sein (Art. 36 Abs. 3 BV). Verhältnismässig ist eine Massnahme nur, wenn sie geeignet ist, den verfolgten Zweck zu erreichen. Dies ist bei der zwingenden Entschädigungsordnung nicht der Fall.<sup>24</sup>

62 Der Entwurf geht offenbar davon aus, dass das Kundeninteresse durch das Direktentschädigungsmodell besser gewahrt wird als durch das Courtagenmodell.

63 Der Entwurf verkennt damit, dass dem Kunden mit dem Direktentschädigungsmodell ein Kostenrisiko überbunden wird, insbesondere wenn eine Abrechnung nach Aufwand erfolgt. Der Aufwand für die Kundenbetreuung ist im vornherein schwer abzuschätzen. Beim Courtagenmodell hat der Kunde dagegen Kostensicherheit. Unabhängig davon, wie gross der Aufwand des Versicherungsbrokers ist, hat der Kunde einzig die Versicherungsprämie zu bezahlen.

64 Indem er das Direktentschädigungsmodell als Grundsatz vorschreibt (Art. 68 Abs. 1 E-VVG) und das Courtagensystem nur noch im Rahmen des Direktentschädigungsmodells erlaubt (Art. 68 Abs. 3 E-VVG), besagt der Entwurf weiter, dass die Kunden im freien Markt die falsche Entschädigungsart bevorzugen und daher deren Wahlfreiheit eingeschränkt werden muss. Es ist zweifelhaft, ob die Kunden diese Bevormundung begrüssen.

65 Voraussehbare Folge der zwingenden Entschädigungsordnung ist zudem, dass die Wettbewerbsstellung der (dem Kundeninteresse verpflichteten) Versicherungsbroker geschwächt und diejenige der (an die Versicherer gebundenen) Versicherungsagenten gestärkt wird. Dies ist kaum im Kundeninteresse.

66 Damit ist die zwingende Entschädigungsordnung nicht zum Kundenschutz geeignet. Das Gegenteil trifft zu.

---

<sup>24</sup> Vgl. ausführlich Rz 272 ff.

## 7.2 Nicht erforderlich

- 67 Verhältnismässig ist eine Massnahme zudem nur, wenn sie erforderlich ist. Eine Massnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Zweck ausreichen würde.
- 68 Die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG ist nicht erforderlich.<sup>25</sup>
- 69 Bereits das geltende Recht verpflichtet die Versicherungsbroker, die Courtagen ihren Kunden auf Anfrage offenzulegen.
- 70 Der Branchenverband Swiss Insurance Brokers Association (SIBA) hat zudem am 29. Oktober 2008 ein *Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker und Code of Conduct* erlassen. Gemäss diesen Standesregeln müssen Versicherungsbroker ihre Kunden über das System der Entschädigung aufklären. Diese Standesregeln verbieten auch, dass die Versicherungsbroker volumen-, wachstums- oder schadenabhängige Zusatzentschädigungen (Contingent Commissions) von Versicherungsunternehmen annehmen. Als Ausdruck einer Berufsübung können diese Standesregeln nach Bundesgerichtspraxis zur Auslegung und Ergänzung von Brokervereinbarungen herangezogen werden.
- 71 In Anbetracht der geltenden Rechtslage und der Standesregeln ist die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG zum Kundenschutz nicht erforderlich. Insbesondere stellt das Verbot von volumen-, wachstums- oder schadenabhängige Zusatzentschädigungen (Contingent Commissions) eine viel zielsicherere Massnahme dar, um allfällige Interessenkonflikte zu vermeiden, als die generelle Anordnung des Direktentschädigungsmodells, wie es Art. 68 E-VVG vorsieht.
- 72 Weniger einschneidend als die zwingende Entschädigungsordnung ist auch Art. 67 Abs. 3 E-VVG. Diese Bestimmung sieht bezüglich des durch den Versicherungsbroker aufgrund der Kundenbedürfnisse erteilten Rates eine Begründungs- und Dokumentationspflicht vor. Diese Dokumentation gibt dem Kunden ein Kontrollmittel in die Hand, mittels dem er die Empfehlungen des Versicherungsbrokers nachprüfen (lassen) kann. Gleichzeitig erhält der Kunde ein Beweismittel, falls er gegen seinen Versicherungsbroker vorgehen möchte. Angesichts dieser Regelung ist eine umfassende zwingende Entschädigungsordnung zum Kundenschutz nicht mehr erforderlich.
- 73 Gemäss Erläuterndem Bericht knüpft die Entschädigungsordnung an den Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460 an, der einen unabhängigen Vermögensverwalter betraf. Die Eidgenössische Bankenkommision EBK (heute FINMA) hat am 18. Dezember 2008 *Eckwerte für die Anerkennung von Selbstregulierungen zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard* erlassen.

---

<sup>25</sup> Vgl. ausführlich Rz 283 ff.

- 74 Im Gegensatz zu Art. 68 E-VVG sind die Mindeststandards mit Bezug auf unterschiedliche Entschädigungsmodelle neutral. Insbesondere schreiben sie kein Entschädigungssystem vor, das dem üblichen Geschäftsmodell der Vermögensverwalter zuwiderläuft. Die Mindeststandards verlangen, dass die Parteien schriftlich vereinbaren sollen, welcher Partei welche Leistungen Dritter zustehen. Im Gegensatz zu Art. 68 E-VVG schreiben die Mindeststandards diesbezüglich also kein zwingendes Regime vor. Die Mindeststandards sehen zudem keine Verknüpfung des Honorars des Kunden mit allfälligen Leistungen Dritter vor, wie Art. 68 Abs. 3 E-VVG dies tut. Während Art. 68 E-VVG allfälligen Interessenkonflikten mit einer starren Entschädigungsregelung entgegen treten will, auferlegen die Mindeststandards die Pflicht, allfällige Interessenkonflikte offenzulegen.
- 75 Erachtet aber die EBK bzw. FINMA die obengenannten Regeln für Vermögensverwalter als ausreichend, so ist nicht ersichtlich, weshalb die viel weitergehende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG für Versicherungsbroker erforderlich ist. Dies gilt umso mehr, als der Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460 einen Vermögensverwalter betraf, nicht aber einen Versicherungsbroker.
- 76 Unabhängig davon geht die Entschädigungsregelung über das Erforderliche hinaus, soweit sie auch für Brokervereinbarungen mit kleineren und mittleren Unternehmen (KMU) Geltung beansprucht. Bei der Entschädigungsthematik im Rahmen einer Brokervereinbarung geht es nicht um eine Versicherungsfrage, sondern um die Frage nach dem Entgelt für eine Dienstleistung – ein Frage also, mit der jeder Unternehmer vertraut ist. Diesbezüglich sind KMU nicht besonders schutzbedürftig.
- 77 Im Unterschied zu den unabhängigen Vermögensverwaltern liegt bei den Versicherungsbrokern regelmässig auch keine Doppelentschädigungsgefahr vor. Die zwingende Entschädigungsordnung ist damit (wenn schon) nur insoweit erforderlich, als ein Versicherungsbroker im konkreten Fall tatsächlich aus zwei Quellen Leistungen erhält. Soweit dies nicht der Fall ist, geht die zwingende Entschädigungsregelung über das Notwendige hinaus.

### 7.3 Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung

- 78 Eine Massnahme ist schliesslich nur verhältnismässig, wenn das mit dem Eingriff verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zur dadurch bewirkten Freiheitsbeschränkung steht. Dies ist vorliegend nicht der Fall.<sup>26</sup>
- 79 Die zwingende Entschädigungsordnung ist ein massiver Eingriff in die Vertragsfreiheit und das Geschäftsmodell der Versicherungsbroker. Die zwingende Entschädigungsordnung beschwert das Courtagensystem mit rechtli-

---

<sup>26</sup> Vgl. ausführlich Rz 348 ff.

chen und administrativen Lasten, um das Direktentschädigungsmodell zu fördern. Damit wird ein zentrales Element des heute üblichen Geschäftsmodells der Versicherungsbroker angegriffen.

- 80 Dieser starke Eingriff in das heute übliche Entschädigungssystem der Versicherungsbroker stellt eine Regelung dar, deren Nutzen für den Kundenschutz ungewiss ist und welche das Kundeninteresse möglicherweise negativ tangiert. Damit wiegt der Eingriff in die Vertragsfreiheit der Versicherungsbroker schwerer als das Kundenschutzziel, das die zwingende Entschädigungsordnung verfolgt. Die Entschädigungsordnung ist damit unverhältnismässig.

## 8. Gleichbehandlung mit direkten Konkurrenten nicht gewährleistet

- 81 Eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit ist nur zulässig, wenn die Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten gewährleistet ist. Dieser Voraussetzung genügt die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG nicht.<sup>27</sup>

- 82 Unter dem Direktentschädigungsmodell gemäss Art. 68 Abs. 1 E-VVG bezahlt ein Kunde, der von einem Versicherungsbroker betreut wird, (i) ein Brokerhonorar und (ii) die Versicherungsprämie. In der Versicherungsprämie sind aber die Beratungs- und Betreuungskosten der Versicherungsagenten und Versicherungsunternehmen bereits einkalkuliert. Diese Dienstleistungen hat der Kunde des Versicherungsbrokers nun zusätzlich zu entschädigen. Bei Beibehaltung einheitlicher Versicherungsprämien über alle Vertriebskanäle hinweg führt Art. 68 Abs. 1 E-VVG damit zu einer Quersubventionierung der Versicherungsagenten.

- 83 Wird das Courtagenmodell unter den neuen Rahmenbedingungen beibehalten, so fallen zusätzliche Kosten an. Der Versicherungsbroker muss, um dem Anrechnungserfordernis von Art. 68 Abs. 3 E-VVG zu genügen, gleichwohl Direktentschädigungen abrechnen. Die administrativen Kosten, die dadurch verursacht werden, stellen Regulierungskosten zu Lasten der Versicherungsbroker (und letztlich deren Kunden) dar. Bei Beibehaltung einheitlicher Versicherungsprämien über alle Vertriebskanäle hinweg führt Art. 68 Abs. 3 E-VVG damit zu einer Privilegierung der Versicherungsagenten, denen keine entsprechenden Kosten aufgebürdet werden.

- 84 Für die Versicherungsagenten enthält der Entwurf keine Bestimmung über die Entschädigung. Ebenso wenig sieht er vor, für die Versicherungsagenten neue Informationspflichten im Versicherungsaufsichtsgesetz zu verankern.

- 85 Überzeugende sachliche Gründe für eine solche Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich. Damit hält die zwingende Entschädigungsordnung dem Ver-

---

<sup>27</sup> Vgl. ausführlich Rz 371 ff.

bot der Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten i.S.v. Art. 27 BV nicht stand.

## 9. Fazit

- 86 Die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG verletzt die Wirtschaftsfreiheit und ist damit verfassungswidrig.

## IV. Begutachtung

### 1. Einleitung

87 Art. 27 der *Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999* (BV)<sup>28</sup> gewährleistet die Wirtschaftsfreiheit mit folgenden Worten:

"<sup>1</sup> Die Wirtschaftsfreiheit ist gewährleistet.

<sup>2</sup> Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung."

88 Die Wirtschaftsfreiheit ist das zentrale wirtschaftliche Freiheitsrecht.<sup>29</sup> Im negatorischen Grundrechtsverständnis bedeutet dies, dass die Wirtschaftsfreiheit einen Abwehranspruch gegenüber dem Staat einräumt: Der Staat darf die freie wirtschaftliche Betätigung der Privaten grundsätzlich nicht beschränken. Im konstitutiv-institutionellen Grundrechtsverständnis bedeutet dies, dass der Staat die Voraussetzungen dafür schaffen muss, um die Wirtschaftsfreiheit der Privaten sicherzustellen; diese müssen sich wirtschaftlich frei betätigen können.<sup>30</sup>

### 2. Persönlicher Schutzbereich

89 Inländische, d.h. schweizerische juristische Personen des Privatrechts sind berechtigt, sich auf die Wirtschaftsfreiheit zu berufen.<sup>31</sup>

90 Ein Grossteil der hierzulande tätigen Versicherungsbroker sind als Aktiengesellschaften i.S.v. Art. 620 ff. OR oder als GmbH i.S.v. Art. 772 OR konstituiert.

91 Diese Versicherungsbroker sind damit ohne weiteres berechtigt, den Schutz der Wirtschaftsfreiheit in Anspruch zu nehmen.

---

<sup>28</sup> SR 101.

<sup>29</sup> BOTSCHAFT BV, S. 174.

<sup>30</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 256 ff. Vgl. auch St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 6.

<sup>31</sup> BGE 131 I 223, S. 226, mit Verweisen; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 656; MÜLLER / SCHEFER, S. 1064; RICHLI, Rz 160; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 39; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 11.

### 3. Tangierung des Schutzobjekts

#### 3.1 Schutzobjekt der Wirtschaftsfreiheit

- 92 Ausgangspunkt jeder Grundrechtsprüfung ist, ob der massgebliche Sachverhalt bzw. die massgebliche Norm den Schutzbereich des angerufenen Grundrechts tangiert.
- 93 Schutzobjekt der Wirtschaftsfreiheit ist jede privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit.<sup>32</sup> Das Schutzobjekt der Wirtschaftsfreiheit ist dabei umfassend.<sup>33</sup> Gemäss Botschaft zur Bundesverfassung „erfasst [die Wirtschaftsfreiheit] die privatwirtschaftliche Tätigkeit schlechthin, namentlich auch alle Aspekte der unternehmerischen Freiheit sowie die Vertragsfreiheit“.<sup>34</sup>
- 94 Die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet u.a. das Recht jedes Einzelnen, **uneingeschränkt von staatlichen Massnahmen jede privatwirtschaftliche Tätigkeit frei auszuüben** (Art. 27 Abs. 2 BV).
- 95 Das Bundesgericht hat auch die **Vertragsfreiheit** in konstanter Rechtsprechung als Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit anerkannt, wie es auch der Auffassung des Verfassungsgebers und der Lehre entspricht.<sup>35</sup>
- 96 Die Vertragsfreiheit ist gemäss Bundesgericht ein *“zentrales Element“* der Wirtschaftsfreiheit<sup>36</sup> und ein *„tragender Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten“*.<sup>37</sup> Auch in der Lehre wird herausgestrichen, dass die Wirtschaftsfreiheit ohne Vertragsfreiheit ins Leere laufe.<sup>38</sup> Oder es wird betont, dass mit der Vertragsfreiheit das juristische Hauptinstrument des privatwirtschaftlich organisierten Güter- und Dienstleistungsmarktes geschützt werde.<sup>39</sup>
- 97 Die Vertragsfreiheit umfasst u.a. die Freiheit, einen Vertrag zu schliessen oder nicht zu schliessen (Abschlussfreiheit), den Vertragspartner frei zu wählen (Partnerwahlfreiheit), einen abgeschlossenen Vertrag durch Vereinbarung

<sup>32</sup> BGE 132 I 97, S. 99; Auer / Malinverni / Hottelier, Rz 938; Häfelin / Haller / Keller, Rz 628; Müller / Schefer, S. 1053; St. Galler Kommentar-Vallender, Art. 27 BV Rz 7; Vallender / Hettich / Lehne, § 5 Rz 22.

<sup>33</sup> BGER 2P.55/2003, E. 4.3.2; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 7; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 22.

<sup>34</sup> BOTSCHAFT BV, S. 176.

<sup>35</sup> BGE 131 I 333, S. 339; BGE 131 I 223, S. 231; BGE 130 I 26, S. 41; BGE 113 IA 126, S. 139; BGE 102 IA 533, S. 542; BOTSCHAFT BV, S. 176; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Rz 916; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 630; MÜLLER / SCHEFER, S. 1054; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 38; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 24.

<sup>36</sup> BGE 131 223, S. 230; BGE 130 I 26, S. 42.

<sup>37</sup> BGE 129 III 276, S. 281.

<sup>38</sup> Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 38.

<sup>39</sup> Müller / Schefer, S. 1054.

wieder aufzuheben (Aufhebungsfreiheit) sowie den Inhalt eines Vertrags beliebig zu vereinbaren (Inhaltsfreiheit).<sup>40</sup>

98 Die Vertragsfreiheit liegt in der Privatautonomie begründet.<sup>41</sup> Privatautonomie bedeutet, dass die einzelnen Rechtssubjekte ihre Verhältnisse in Selbstbestimmung und Selbstverantwortung gestalten können.<sup>42</sup>

99 Wirtschaftsfreiheit bedeutet unter diesem Gesichtspunkt also, dass die privatwirtschaftlich tätigen Rechtssubjekte ihre Rechtsverhältnisse untereinander frei, d.h. ohne Einfluss des Staates, sollen regeln können.

### 3.2 Privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit der Versicherungsbroker

100 Die Versicherungsbroker bieten auf dem freien Markt, auf der Basis von Angebot und Nachfrage, Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beratung, dem Abschluss und der Betreuung von Versicherungsverträgen an. Sie betreiben damit eine privatwirtschaftliche Tätigkeit.

101 Die Tätigkeit der Versicherungsbroker ist auf Erwerb gerichtet. Ihre Dienstleistungen sind entgeltlich. Daran ändert nichts, dass die Versicherungsbroker in der Regel nicht direkt durch die Versicherungsnehmer entschädigt werden (Direktentschädigungsmodell), sondern durch den Versicherer (Courtage-Modell).<sup>43</sup>

102 Damit ist die Tätigkeit der Versicherungsbroker als privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit i.S.v. Art. 27 BV zu qualifizieren.

### 3.3 Zwingende Natur der Entschädigungsordnung

103 Die Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG ist zwingender Natur.

104 Für Art. 68 E-VVG ergibt sich der zwingende Charakter ausdrücklich aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 Ziff. 1 E-VVG. Aufgrund ihres öffentlich-rechtlichen Natur sind auch Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG zwingend.

<sup>40</sup> BGE 129 III 35, S. 42; BGE 102 Ia 533, S. 542; BGE 100 Ia 445, S. 449; AUER / MALINVERNI / HOTELIER, Rz 913 ; GAUCH / SCHLUEP, Rz 613 ff.

<sup>41</sup> BGE 129 III 35, S. 42: "Die Privatrechtsordnung beruht auf der Privatautonomie. Im Schuldrecht wird die Privatautonomie durch die Vertragsfreiheit konkretisiert." Vgl. auch Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 37.

<sup>42</sup> BSK OR I-BUCHER, Vorbemerkungen zu Art. 1-40 OR Rz 1. Vgl. auch Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 37.

<sup>43</sup> Vgl. zum heute üblichen Entschädigungssystem (Courtage-Modell), Rz 11 ff.

105 Zum Schutzzweck von Art. 2 Abs. 1 und 2 i.V.m. Anhang 1 E-VVG hält der Erläuternde Bericht fest:

„Das zentrale Anliegen des Entwurfs ist die Sicherstellung eines vernünftigen und realisierbaren Versicherungsschutzes. Mit Blick darauf ist das Eingreifen des Gesetzgebers dort geboten, wo ein Informations- oder Einflussgefälle zwischen den Vertragsparteien besteht. Vom Schutzbereich der zwingenden und halbzwingenden Bestimmungen dieses Gesetzes sollen daher nicht nur Verträge mit Konsumenten, sondern auch solche mit kleinen und mittleren Unternehmen erfasst werden. Bei diesen liegt die Schutzwürdigkeit nach Auffassung der Expertenkommission ebenfalls im spezifischen Charakter der Versicherungsmaterie begründet, welche aufgrund ihrer Eigenarten und Komplexität selbst für geschäftsgewandte Personen nur schwer zu beherrschen ist. Eine Ausnahme rechtfertigt sich lediglich mit Blick auf Grossrisiken gemäss Artikel 124 Absatz 6 E-VVG, da die betreffenden Versicherungsnehmer in der Regel über Strukturen (Rechtsabteilungen etc.) verfügen, die ihnen die ausreichende Wahrung der eigenen Interessen ermöglichen.“<sup>44</sup>

106 Es ist offensichtlich, dass diese Begründung das Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer bzw. Versicherten und Versicherer im Auge hat, also im Wesentlichen den Versicherungsvertrag. Mit Ausnahme der Bestimmungen über die Versicherungsvermittler befasst sich das Versicherungsvertragsgesetz auch (ausschliesslich) mit dieser Materie.

107 Die Beziehung zwischen dem Versicherungsbroker und dem Versicherungsnehmer ist dagegen eine vom Versicherungsvertrag unabhängige Beziehung, die rechtlich in der Brokervereinbarung ihren Ausdruck findet.

108 Bei der Entschädigungsthematik im Rahmen der Brokervereinbarung geht es nicht um eine Versicherungsfrage. Es handelt sich insbesondere nicht um eine „Versicherungsmaterie ... welche aufgrund ihrer Eigenarten und Komplexität selbst für geschäftsgewandte Personen nur schwer zu beherrschen ist“. Die Entschädigungsfrage ist die übliche Frage nach dem Entgelt für eine Dienstleistung, mit der jeder Konsument und Kaufmann vertraut ist.

109 Bei dieser Sachlage stellen sich ernsthafte Zweifel ein, wie durchdacht die zwingenden Ausgestaltung von Art. 68 E-VVG ist.

110 Gemäss Art. 2 Abs. 3 E-VVG gelten die zwingenden und halbzwingenden Bestimmungen des E-VVG für die Versicherung von Grossrisiken i.S.v. Art. 124 Abs. 6 E-VVG als dispositiv.

111 Unklar ist in dieser Hinsicht der sachliche Geltungsbereich von Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG. Diese Bestimmungen schreiben in zwingender Weise Informationspflichten vor, welche mit Art. 68 E-VVG unvereinbar sind, soweit Art. 68 E-VVG für Grossrisiken dispositiv ist.

---

<sup>44</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 17.

- 112 Gemäss Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> E-VAG muss der Versicherungsbroker den Versicherungsnehmer zwingend über die „Weitergabepflicht nach Artikel 68 Absatz 2 [E-VVG] und die Voraussetzungen informieren, unter denen auf die Weitergabe verzichtet werden kann“. Gemäss Art. 45 Abs. 1<sup>ter</sup> E-VAG besteht auch eine Informationspflicht über die Art, Höhe und Berechnung von Leistungen gemäss Art. 68 Abs. 2 E-VVG, soweit ein Versicherungsmakler solche Leistungen von einem Versicherungsunternehmen erhält.
- 113 Diese zwingenden Informationspflichten machen nur insoweit Sinn, als Art. 68 E-VVG ebenfalls zwingend ist. Der Wortlaut von Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG enthält aber keine entsprechende Einschränkung.
- 114 Gestützt auf den Zweck von Art. 2 Abs. 3 E-VVG lässt sich argumentieren, dass Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG nur zur Anwendung kommen, soweit Art. 68 VE-VVG zwingend ist, was bei Grossrisiken gemäss Art. 2 Abs. 3 nicht zutrifft (stillschweigender Vorbehalt).
- 115 Da der Wortlaut von Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG eine solche Einschränkung allerdings nicht explizit vorsieht, ist auch die Auffassung möglich, dass die Ausnahmeregelung gemäss Art. 2 Abs. 3 E-VVG für die Entschädigungsordnung nicht gelten soll.
- 116 Auf jeden Fall ist der Entwurf in dieser Hinsicht widersprüchlich. Für den Zweck der vorliegenden Begutachtung kann diese Frage aber offen bleiben.

### **3.4 Vertragsfreiheit der Versicherungsbroker und deren Kunden tangiert**

- 117 Im geltenden Recht untersteht die Brokervereinbarung, d.h. die vertragliche Beziehung zwischen dem Broker und dem Versicherungsnehmer, dem allgemeinen Vertragsrecht. Das geltende Recht kennt keine Sondervorschriften über die Entschädigung von Versicherungsbrokern.
- 118 Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG schreiben dagegen die Entschädigungsordnung für Versicherungsbroker neu in zwingender Weise vor.
- 119 Damit schränkt die vorgeschlagene Entschädigungsordnung die Freiheit der Versicherungsbroker, den Inhalt ihrer Verträge beliebig zu vereinbaren (Inhaltsfreiheit), ein. Im selben Masse ist auch die Vertragsfreiheit der Kunden der Versicherungsbroker betroffen.
- 120 Versicherungsbroker und Kunden ist damit die Privatautonomie, d.h. das Recht, ihre Verhältnisse in Selbstbestimmung und Selbstverantwortung gestalten können, in Entschädigungssachen weitgehend genommen.

- 121 Die Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG tangiert damit die Wirtschaftsfreiheit der Versicherungsbroker, und zwar insbesondere in ihrer Ausgestaltung als Vertragsfreiheit.

#### 4. Einschränkungsvoraussetzungen: Übersicht

- 122 Die Wirtschaftsfreiheit kann unter bestimmten Voraussetzungen (bis zu einem bestimmten Grad) eingeschränkt werden.<sup>45</sup>

- 123 Zunächst ist eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit nur zulässig, wenn die in Art. 36 BV ausdrücklich erwähnten Voraussetzungen erfüllt sind (Hervorhebungen hinzugefügt):<sup>46</sup>

„Art. 36 BV: Einschränkungen von Grundrechten

<sup>1</sup> Einschränkungen von Grundrechten bedürfen einer **gesetzlichen Grundlage**. Schwerwiegende Einschränkungen müssen im Gesetz selbst vorgesehen sein. Ausgenommen sind Fälle ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr.

<sup>2</sup> Einschränkungen von Grundrechten müssen durch ein **öffentliches Interesse** oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein.

<sup>3</sup> Einschränkungen von Grundrechten müssen **verhältnismässig** sein.

<sup>4</sup> Der **Kerngehalt** der Grundrechte ist **unantastbar**.“

- 124 Darüber hinaus hat das Bundesgericht für die Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit zwei weitere Voraussetzungen entwickelt. Diese ergeben sich daraus, dass die Wirtschaftsfreiheit nicht nur ein Individualrecht, sondern zugleich ein Ordnungsprinzip der schweizerischen Wirtschaftsordnung darstellt.

- 125 Zum einen bedürfen Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, welche grundsatzwidrig sind, einer Grundlage in der Bundesverfassung (**Verfassungsvorbehalt bei grundsatzwidrigen Einschränkungen**).<sup>47</sup> Diese Einschränkungsvoraussetzung ist heute in Art. 94 Abs. 4 BV kodifiziert.

- 126 Zum anderen muss das Prinzip der **Gleichbehandlung der Gewerbegeossen** gewährleistet sein.<sup>48</sup>

<sup>45</sup> Vgl. hierzu im Allgemeinen: BOTSCHAFT BV, S. 175; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Rz 953 ff.; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 657 ff.; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 48 ff.

<sup>46</sup> BGE 132 I 97, S. 100. Vgl. auch BOTSCHAFT BV, S. 194.

<sup>47</sup> BGE 132 I 97, S. 100; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 661; MÜLLER / SCHEFER, S. 1072 f.; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 52; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 82 f.

<sup>48</sup> BGE 132 I 97, S. 100; BGE 130 I 26, S. 43; BGE 128 I 136, S. 145; BGE 125 II 129, S. 149; BGE 123 I 12, S. 15; BGE 121 I 279, S. 283; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 692; MÜLLER / SCHEFER, S. 1056; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 26; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 71.

127 Den beiden letztgenannten Kriterien kommt eine Scharnierfunktion zu zwischen der Wirtschaftsfreiheit in ihrer Ausprägung als verfassungsmässiges Recht des Individuums und als grundlegendes Ordnungsprinzip einer auf marktwirtschaftlichen Prinzipien beruhenden Wirtschaftsordnung.<sup>49</sup>

128 Im Folgenden ist zu prüfen, ob die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG diesen Voraussetzungen standhält.

## 5. Verfassungsvorbehalt bei grundsatzwidrigen Massnahmen

### 5.1 Grundsatzkonforme und grundsatzwidrige Massnahmen

129 Art. 94 BV lautet (Hervorhebungen hinzugefügt):

"<sup>1</sup> Bund und Kantone halten sich an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. [...]

<sup>2</sup> ...

<sup>3</sup> ...

<sup>4</sup> **Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit**, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, sind nur zulässig, wenn sie **in der Bundesverfassung vorgesehen** oder durch kantonale Regalrechte begründet sind."

130 Aus Art. 94 Abs. 4 BV ergibt sich, dass für Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, eine Verfassungsgrundlage erforderlich ist. Solche Massnahmen werden in Anlehnung an den Wortlaut von Art. 94 Abs. 4 BV als **grundsatzwidrige Massnahmen** bezeichnet. Das Bundesgericht und die ältere Lehre bezeichnen diese Massnahmen als „wirtschaftspolitisch“.<sup>50</sup>

131 **Grundsatzkonforme Massnahmen** sind dagegen Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit nicht abweichen. Das Bundesgericht und die ältere Lehre bezeichnen diese Massnahmen als „wirtschaftspolizeilich“. Für solche Einschränkungen braucht es keinen Verfassungsvorbehalt.<sup>51</sup>

132 Grundsatzwidrige Massnahmen zeichnen sich dadurch aus, dass sie sich "gegen den Wettbewerb richten" (Art. 94 Abs. 4 BV). Grundsatzwidrig sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung „wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen“.

<sup>49</sup> BOTSCHAFT BV, S. 175 f. und S. 177 FN 266.

<sup>50</sup> BGE 130 I 26, S. 43; BGE 125 I 276, S. 27; BGE 125 I 209, S. 221; BOTSCHAFT BV, S. 195; AUER / MALINVERNI / HOTTELIER, Rz 962; MÜLLER / SCHEFER, S. 1068; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 52; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 657 f.; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 82 ff.

<sup>51</sup> Auer / Malinverni / Hottelier, Rz 958 ff.; St. Galler Kommentar-Vallender, Art. 27 BV Rz 49; Häfelin / Haller / Keller, Rz 657 f.; Vallender / Hettich / Lehne, § 5 Rz 76.

tigen“<sup>52</sup>. Grundsatzwidrige Eingriffe wollen den Marktmechanismus korrigieren.<sup>53</sup>

- 133 Die Abgrenzung zwischen grundsatzkonformen und grundsatzwidrigen Massnahmen ist anhand von zwei Kriterien vorzunehmen: (i) dem Eingriffszweck bzw. –motiv und (ii) dem Ausmass der Wettbewerbswirkung bzw. Wettbewerbsverzerrung.<sup>54</sup>
- 134 Bei grundsatzwidrigen Massnahmen verlangt Art. 94 Abs. 4 BV, dass die Abweichung „in der Bundesverfassung vorgesehen“ ist. Der Verfassungswortlaut verlangt also eine ausdrückliche Abweichungskompetenz. Solche Abweichungskompetenzen sind in einer Reihe von Verfassungsbestimmungen vorgesehen.<sup>55</sup> Vor diesem Hintergrund abzulehnen sind deshalb Lehrmeinungen, die „implizite“, d.h. durch Auslegung ermittelte, Abweichungskompetenzen genügen lassen wollen.<sup>56</sup>

## 5.2 Qualifikation der Massnahme: Eingriffszweck

### 5.2.1 Keine eindeutige Offenlegung des Eingriffszwecks

- 135 Der Erläuternde Bericht hält einleitend zu Art. 68 E-VVG fest:

„Die Bestimmung zur Entschädigung des Versicherungsmaklers knüpft an den BGE 132 III 460 zu den Retrozessionszahlungen an. In diesem Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass Retrozessionszahlungen der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht unterliegen und nur unter besonderen Voraussetzungen darauf verzichtet werden kann.“<sup>57</sup>

- 136 Weitere Ausführungen zum Eingriffszweck von Art. 68 E-VVG finden sich im Erläuternden Bericht nicht. Auch die Abschnitte über Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup>

<sup>52</sup> BGE 132 I 97, S. 100 (französisch); BGE 125 I 209, S. 221 (französisch); BGE 123 I 12, S. 15; BGE 118 Ia 175, S. 177, mit weiteren Verweisen.

<sup>53</sup> MÜLLER / SCHEFER, S. 1068; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 51.

<sup>54</sup> Rhinow / Schefer, Rz 3240; Richli, Rz 311. Vgl. auch Häfelin / Haller / Keller, Rz 659.

<sup>55</sup> Die in der Bundesverfassung verwendete Formel lautet, dass der Bund im Rahmen einer ihm zustehenden Kompetenz „nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen kann“. Vgl. die Verfassungsartikel zur Konjunkturpolitik (Art. 100 Abs. 2 BV), Aussenwirtschaftspolitik (Art. 101 Abs. 2), Landesversorgung (Art. 102 Abs. 2 BV), Strukturpolitik (Art. 103 Satz 2 BV) und Landwirtschaftspolitik (Art. 104 Abs. 2 BV). Weitere Abweichungsermächtigungen finden sich in der Bundesverfassung nicht.

<sup>56</sup> Kritisch gegenüber impliziten Abweichungskompetenzen: VALLENDER / HETTICH / LEHNE, Rz § 5 Rz 80. Nach diesen Autoren dürfen der Verfassung keine Abweichungskompetenzen „untergeschoben“ werden. Insbesondere dürfe nicht überall dort, wo dem Bund eine umfassende Bundeskompetenz zukommt, auf eine Abweichungskompetenz geschlossen werden. Im gleichen Sinn: St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 62. Dagegen weniger kritisch: HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 662; MÜLLER / SCHEFER, S. 1073.

<sup>57</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 64.

E-VAG, auf die der Erläuternde Bericht im Zusammenhang mit Art. 68 E-VVG verweist, enthalten keine zusätzlichen Anhaltspunkte.

- 137 Der Erläuternde Bericht spricht davon, dass die vorgeschlagene Entschädigungsordnung an den genannten Bundesgerichtsentscheid „anknüpft“. Er erläutert aber nicht, was unter dieser „Anknüpfung“ zu verstehen ist.
- 138 Damit legt der Erläuternde Bericht nicht eindeutig offen, was der Eingriffszweck der Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG ist.

## 5.2.2 Entschädigungsordnung geht über BGE 132 III 460 hinaus

- 139 Der Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460 betraf einen Vermögensverwaltungsvertrag und nicht eine Brokervereinbarung. Möglicherweise soll mit Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG der Regelungsgehalt dieses Entscheids auf Brokervereinbarungen übertragen werden.
- 140 Wird die zwingende Entschädigungsordnung mit dem Entscheidgehalt von BGE 132 III 460 verglichen, so wird indes deutlich, dass Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG wesentlich umfassender ist und weiter geht als der Bundesgerichtsentscheid.
- 141 Zentrales Element des Gesetzgebungsvorschlags ist die Bestimmung, dass der Versicherungsnehmer den Versicherungsbroker entschädigen soll (Art. 68 Abs. 1 E-VVG). Diese – zwingende – Verankerung des Direktentschädigungsprinzips findet keine Grundlage in BGE 132 III 460. Das Bundesgericht hat diese Thematik weder erörtert noch – mit Bezug auf die unabhängigen Vermögensverwalter – ein solche Entschädigungsregelung als zwingend beurteilt. BGE 132 III 460 schreibt nicht als Grundsatz vor, dass der Kunde den unabhängigen Vermögensverwalter entschädigen muss.
- 142 Weiteres wichtiges Element des Entwurfs ist die Regelung, dass der Versicherungsnehmer auf die Herausgabe von Leistungen, die der Versicherungsbroker vom Versicherer erhält, nur insoweit verzichten kann, als diese „erfüllungshalber auf die Entschädigung angerechnet werden“ (Art. 68 Abs. 3 E-VVG). BGE 132 III 460 sieht auch kein solches – zwingendes – Anrechnungsprinzip vor. Das Bundesgericht stellt vielmehr fest, dass „keine Gründe erkennbar [sind], welche gegen die dispositive Natur der Ablieferungspflicht sprechen. Mit der überwiegenden neueren Lehre ist daher grundsätzlich die Gültigkeit einer Vereinbarung zu bejahen, wonach der Auftraggeber auf die Ablieferung bestimmter, auch künftig anfallender Werte verzichtet“ (BGE 132 III 460, S. 465). Das Bundesgericht überlässt es den Vertragsparteien, über das Verhältnis von Direktentschädigung zu Leistungen Dritter privatautonom zu entscheiden.

143 Art. 68 Abs. 3 E-VVG sieht weiter vor, dass Verzichtserklärungen schriftlich erfolgen müssen. BGE 132 III 460 führt kein solches Formerfordernis ein, sondern verlangt einzig, dass der Wille des Auftraggebers, auf die Ablieferung von Retrozessionen zu verzichten, „aus der Vereinbarung entsprechend klar hervorgehen muss“ (BGE 132 III 460, S. 466).

144 Damit kann der Eingriffszweck der zwingenden Entschädigungsordnung nicht in der gesetzlichen Verankerung des Entscheidungsinhalts von BGE 132 III 460 bestehen.

### 5.2.3 Lenkungsabsicht: Benachteiligung des Courtagenmodells zwecks Förderung des Direktentschädigungsmodells

145 Ist nicht klar, worin der Eingriffszweck besteht, muss der Zweck nach objektiven Kriterien festgestellt bzw. ausgelegt werden. Dies kann dazu führen, dass der – objektiv verstandene – Zweck vom „geltend gemachten“ Zweck abweicht und letzteren verdrängt.<sup>58</sup>

146 Die allgemeinen Ausführungen im Erläuternden Bericht zum Schutzzweck von Art. 2 Abs. 1 und 2 E-VVG (halbzwingende und zwingende Bestimmungen) legen nahe, dass Art. 68 E-VVG wohl dem Kundenschutz<sup>59</sup> dienen soll.

147 Für die vorliegende Prüfung ist diese allgemeine Feststellung aber nicht genügend. Soll der Eingriffszweck im Hinblick auf die Grundsatzkonformität oder Grundsatzwidrigkeit der zwingenden Entschädigungsordnung untersucht werden, so ist eine spezifischere Analyse erforderlich.

148 Art. 68 Abs. 1 E-VVG bestimmt, dass die Entschädigung durch den Versicherungsnehmer erfolgt bzw. erfolgen muss. Es handelt sich dabei um den Grundsatz der gesamten Entschädigungsordnung, was sich dadurch zeigt, dass diese Norm in Abs. 1 von Art. 68 E-VVG verankert ist.

149 Eine systematische Auslegung von Art. 68 E-VVG ergibt, dass der Entwurf Entschädigungen, die im Rahmen des heute üblichen Courtagenmodells erfolgen, nicht als „Entschädigung durch den Versicherungsnehmer“ betrachtet. Zwar würde der Gesetzeswortlaut von Abs. 1 eine solche Interpretation zulassen. Gemäss heutigem Modell entschädigt der Versicherungsnehmer den Versicherungsbroker, indem er eine Versicherungsprämie bezahlt, in der

---

<sup>58</sup> Richli, Rz 311.

<sup>59</sup> Mit Bezug auf Art. 2 Abs. 1 und 2 E-VVG nennt der Erläuternde Bericht Konsumenten und KMU (kleinere und mittlere Unternehmen) ausdrücklich als schützbedürftige Personengruppen (ERLÄUTERNDER BERICHT E-VVG, S. 17). Da Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG Unsicherheiten betreffend den dispositiven Charakter von Art. 68 E-VAG hinsichtlich der Versicherung von Grossrisiken schaffen (Art. 2 Abs. 3 E-VVG; vgl. hierzu Rz 103 ff.), ist für den Zweck dieser Begutachtung der weiter gefasste Begriff Kundenschutz angebracht.

- das Entgelt der Versicherungsbrokers einkalkuliert ist. Wirtschaftlich betrachtet liegt damit eine Entschädigung durch den Versicherungsnehmer vor. Daran ändert nichts, dass das Entgelt dem Versicherungsbroker formell durch den Versicherer ausgerichtet wird.
- 150 Art. 68 Abs. 2 E-VVG macht indessen deutlich, dass die heutige Entschädigungspraxis keine „Entschädigung durch den Versicherungsnehmer“ i.S.v. Abs. 1 bewirkt. Abs. 2 schreibt zwingend vor, dass der Versicherungsbroker jeglichen geldwerten Vorteil, den er vom Versicherungsunternehmen erhält und der direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängt, an den Versicherungsnehmer herausgeben muss. Daraus ist zu schliessen, dass es für eine „Entschädigung durch den Versicherungsnehmer“ nicht genügt, dass der Versicherungsnehmer den Versicherungsbroker – in wirtschaftlicher Betrachtungsweise – entschädigt. Vielmehr ist auch ein direkter Zahlungsstrom zwischen Versicherungsnehmer und Versicherungsbroker erforderlich.
- 151 Im Ergebnis schreiben Art. 68 Abs. 1 Abs. 2 E-VVG damit als Grundprinzip für die Entschädigung der Versicherungsbroker ein System vor, das als **Direktentschädigungsmodell** bezeichnet werden kann.
- 152 Art. 68 Abs. 1 und Abs. 2 E-VVG steht damit im **Widerspruch zum heute üblichen Courtagensystem**, das ein Grundpfeiler des Geschäftsmodells der Versicherungsbroker ist.
- 153 Im Erläuternden Bericht heisst es, dass für den „Versicherungsmakler die Entschädigungsart vorgegeben [wird], wobei den tatsächlichen Gepflogenheiten im Markt Rechnung getragen werden.“<sup>60</sup> Die tatsächlichen Marktverhältnisse sollen offenbar (einzig) durch Art. 68 Abs. 3 E-VVG berücksichtigt werden. Bei Abs. 1 und 2 von Art. 68 E-VVG ist dies jedenfalls nicht der Fall.
- 154 Art. 68 Abs. 3 E-VVG lässt unter gewissen Voraussetzungen einen Verzicht auf die Erfüllung der Herausgabepflicht gemäss Abs. 2 zu, was einen gewissen Raum für das Courtagenmodell belässt.
- 155 Ein Verzicht ist allerdings nur insoweit möglich, wie die Leistungen nach Abs. 2 an die Entschädigung erfüllungshalber angerechnet werden. Dies bedeutet, dass auch bei Brokervereinbarungen, für die das Courtagenmodell vereinbart worden ist, das Direktentschädigungsmodell – zumindest formell – angewendet werden muss. Dem Courtagenmodell wird damit gleichsam das Direktentschädigungsmodell übergestülpt.
- 156 Diese restriktive Regelung offenbart die negative Einstellung des Entwurfs gegenüber dem heute üblichen Entschädigungssystem.
- 157 Weiter verlangt Art. 68 Abs. 3 E-VVG, dass ein Verzicht auf die Erfüllung der Herausgabepflicht (der für die Implementierung des Courtagenmodells erforder-

---

<sup>60</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 63.

derlich ist) schriftlich erfolgen muss. Offenbar soll allfälligen Verzichtserklärungen durch die Postulierung eines Formerfordernisses entgegengewirkt werden.

158 Auch die weitreichenden Informationspflichten gemäss Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG sollen die Versicherungsnehmer offenbar dazu bewegen, vom heutigen Entschädigungsmodell Abstand zu nehmen und auf eine direkte Entschädigung gemäss Abs. 1 zu bestehen.

159 Dass das Courtagenmodell bestenfalls geduldet wird, ergibt sich auch daraus, dass die dafür massgebliche Norm (Art. 68 Abs. 3 E-VVG) als Ausnahmebestimmung formuliert ist („nur so weit“) und systematisch der letzte Abschnitt des Gesetzesartikels über die Entschädigung ist.

160 Die zwingende Entschädigungsordnung bezweckt damit, den Versicherungsbrokern ein Entschädigungsregime vorzuschreiben, das die direkte Entschädigung des Versicherungsbrokers durch den Versicherungsnehmer als Regelfall vorsieht (Art. 68 Abs. 1 E-VVG), beispielsweise durch die Vereinbarung von Stundenhonoraren. Dass das heute übliche Courtagensystem nicht direkt verboten wird, ändert hieran nichts. Die vorgeschlagene Entschädigungsordnung weist eine klare Absicht auf, das Direktentschädigungsmodell zu begünstigen (Lenkungsabsicht). Dieses Ziel soll durch eine regulatorische Benachteiligung des Courtagenmodells erreicht werden.

#### 5.2.4 Sollen aus den Versicherungsbrokern Versicherungsberater gemacht werden?

161 Neben den Versicherungsagenten und den Versicherungsbrokern sind im schweizerischen Markt für Versicherungsdienstleistungen auch Versicherungsberater tätig.

162 Versicherungsberater erbringen – gegen ein Honorar – Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Risikobeurteilung und allenfalls auch mit der Prüfung einzelner Versicherungsverträge.

163 Im Vergleich zu den Versicherungsbrokern sind die Dienstleistungen der Versicherungsberater sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht weniger umfassend. Insbesondere erbringen die Versicherungsberater keine Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Abschluss und der Vermittlung von Versicherungsverträgen. Aus diesem Grund fallen die Versicherungsberater auch nicht unter die Definition der Versicherungsvermittler gemäss Art. 40 VAG, müssen sich nicht in das Vermittlerregister eintragen lassen und werden nicht beaufsichtigt.

164 Auffallend ist, dass Art. 68 Abs. 1 E-VVG dasjenige Entschädigungsprinzip für Versicherungsbroker verankern will, dass bei Versicherungsberatern üblich

ist (Beratung gegen Honorar). Es lässt sich deshalb fragen, ob die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG nicht bezweckt, aus Versicherungsbrokern Versicherungsberater zu machen. Jedenfalls ist nicht auszuschliessen, dass der Entschädigungsregelung das Bild des Versicherungsberaters, und nicht dasjenige des Versicherungsbrokers, zugrunde liegt.

### 5.3 Qualifikation der Massnahme: Eingriffswirkung

#### 5.3.1 Verschlechterung der Wettbewerbsposition der Versicherungsbroker

165 Es ist voraussehbar, dass die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG eine Reihe von Wirkungen entfaltet, falls sie Gesetz wird.

166 Entscheidet sich ein Versicherungsbroker infolge der neuen Regulierung, auf das Direktentschädigungsmodell i.S.v. Art. 68 Abs. 1 E-VVG umzusteigen, erleidet er dadurch Wettbewerbsnachteile. Seine Dienstleistung wird faktisch und in der Wahrnehmung der Kunden verteuert.

167 Faktisch verteuert wird seine Dienstleistung, weil er dem Kunden neu (z.B.) ein Stundenhonorar verrechnen muss, obwohl die vom Kunden zu bezahlende Versicherungsprämie die gleiche bleibt wie unter dem Courtagensystem. Auch in der Wahrnehmung des Kunden verteuert sich die Dienstleistung des Versicherungsbrokers, weil er den Versicherungsbroker nun für eine Dienstleistung direkt bezahlen muss, die er vom Versicherungsbroker bisher ohne Direktentschädigung erhielt und vom Versicherungsagenten weiterhin erhält.

168 Will ein Versicherungsbroker am Courtagenmodell festhalten, so erleidet er dadurch ebenfalls Wettbewerbsnachteile. Durch Art. 68 Abs. 1 E-VVG wird dem Courtagenmodell in jedem Fall des Direktentschädigungsmodell übergestülpt. Auch wenn in einer konkreten Kundenbeziehung die Entschädigung via Courtage erfolgen soll, muss der Versicherungsbroker seinem Kunden formell ein Honorar verrechnen. Nur so ist es zulässig, dass der Kunde auf die Herausgabe der Courtage verzichten und die Courtage „erfüllungshalber an die Entschädigung angerechnet“ werden kann (Art. 68 Abs. 3 E-VVG).

169 Dieser Mechanismus zieht eine Bürokratisierung des Geschäfts des Versicherungsbrokers nach sich und verursacht erhebliche administrative Kosten. Der Versicherungsbroker muss für jeden einzelnen Kunden ein Honorarabrechnungssystem einrichten und unterhalten, wo dies bisher nicht nötig war und das letztlich einzig dem formellen Zweck von Art. 68 Abs. 3 E-VVG dient.

170 Darüber hinaus wird es schwierig, wenn nicht unmöglich, sein, das Honorar im Voraus in einer Weise festzulegen, dass sich das Honorar und die Courtagen gegenseitig wertmässig entsprechen, wie es unter dem Courtagenmodell

angestrebt werden dürfte. Dies ist deshalb schwierig, weil sich im Voraus kaum abschätzen lässt, wie gross der zeitliche Aufwand für die Betreuung einer Kundenbeziehung sein wird. Wird das Honorar – im Vergleich zur Courtage – zu hoch angesetzt, muss der Kunde die Differenz begleichen, was dem Sinn des Courtagensystems widerspricht und die Brokerdienstleistung verteuert. Wird das Honorar zu tief angesetzt, muss der Broker die über das Honorar hinausgehende Courtage an den Kunden abliefern, womit für ihn das Geschäft ökonomisch uninteressant wird. Im Endeffekt ist dieser Mechanismus umständlich und dem Kunden schwierig zu vermitteln. Beim Kunden dürfte der Eindruck entstehen, dass sich die Brokerdienstleistungen verteuert haben.

- 171 Die zwingende Entschädigungsordnung verschlechtert also die Wettbewerbssituation für die Versicherungsbroker in jedem Fall. Dies gilt sowohl für Broker, die auf das Direktentschädigungssystem umsteigen, als auch für diejenigen, die am Courtagensystem unter den geänderten Rahmenbedingungen festhalten. In beiden Fällen dürfte die neue Entschädigungsordnung abschreckende Wirkung auf die Kunden haben.
- 172 Von der zwingenden Entschädigungsordnung profitiert die Konkurrenz der Versicherungsbroker, namentlich die Versicherungsagenten. Für sie sieht der E-VVG bzw. E-VAG jedenfalls keine Bestimmungen vor, die entsprechende Wettbewerbsnachteile nach sich ziehen.

### **5.3.2 Unterminierung des Geschäftsmodells der Versicherungsbroker**

- 173 Die vorgehend beschriebenen Auswirkungen beeinträchtigen das Geschäftsmodell der Versicherungsbroker erheblich.
- 174 Das Geschäftsmodell der Versicherungsbroker, das sich am Markt erfolgreich durchgesetzt hat, beruht auf dem Courtagensystem. Seit dem Markteintritt wurden und werden die Versicherungsbroker regelmässig via Courtage entschädigt. Andere Entschädigungssysteme haben sich nicht durchgesetzt. Die Entschädigung nach Aufwand wird nur in Ausnahmefällen vereinbart.
- 175 Das Courtagensystem ermöglicht es den Versicherungsbrokern u.a., die Versicherungsnehmer in unabhängiger Weise zu beraten, ohne dass die Versicherungsnehmer für die Kosten der Beratung eine Vorleistung erbringen müssten. Offenbar entsprach und entspricht dies einem Kundenbedürfnis. Ansonsten hätte sich das Courtagensystem, gemäss den Regeln von Angebot und Nachfrage, nicht etabliert.
- 176 Indem der Entwurf das Courtagensystem mit zusätzlichen Kosten und Auflagen beschwert, verliert das Geschäftsmodell der Versicherungsbroker nicht nur an Wettbewerbsfähigkeit, sondern wird es in einem zentralen Punkt angegriffen.

### 5.3.3 Abnahme der Wettbewerbsintensität

- 177 Infolge der vorgehend beschriebenen Auswirkungen sinkt auch die Wettbewerbsintensität im Markt für Versicherungsdienstleistungen.
- 178 Im Rahmen ihrer Wettbewerbsgesetzgebung und Wettbewerbspolitik hat die Europäische Kommission eine Untersuchung über den Versicherungssektor erarbeitet.<sup>61</sup>
- 179 Darin stellt die Europäischen Kommission fest, dass die Versicherungsbroker im Markt für Versicherungsprodukte eine wettbewerbsfördernde Rolle spielen. Gemäss der Kommission gibt es eine *“function of independent intermediaries, in particular brokers, in stimulating competition“*.<sup>62</sup>
- 180 Umgekehrt hat die Europäischen Kommission ein Vertriebssystem, das auf exklusiven Agenten beruht, als wettbewerbsbehindernd erkannt:

“Certain distribution structures (e.g. networks of exclusive agents) can, under specific circumstances, act as entry barriers. Conversely, the existence of a broker channel can facilitate market entry for foreign insurers that do not have their own or a sufficiently developed distribution network. According to the survey of insurers, access to distribution infrastructure is among the most important factors influencing insurers’ decision to enter a new market.”<sup>63</sup>

- 181 Auch die Fédération Européenne des Intermédiaires d’Assurances (BIPAR) betont in ihrer Stellungnahme<sup>64</sup> zum oben zitierten Bericht diesen Wettbewerbsaspekt:

„As noted in the interim report, business insurance intermediaries play an important role in fostering competition in the market for business insurance.

Firstly, the existence of insurance intermediaries allows insurance carriers to extend their geographical and client reach without having to incur the fixed costs of a fully-fledged distribution network. [...].

Secondly, insurance intermediaries overcome the information asymmetry faced by clients. This is because intermediaries are constantly in the marketplace and aware of the latest developments in terms of capacity, pricing, quality of carriers. [...].

Thirdly, having obtained a number of quotes, an intermediary will typically discuss with the client the pros and cons of the various options and the intermediary and the client decide in dialogue which option is chosen.

Intermediaries can thus help clients obtain the best insurance deal, either from the incumbent carrier or by switching the insurance policy to a new insurance provider. The superior information insurance intermediaries bring to the mar-

<sup>61</sup> EUROPEAN COMMISSION: Business insurance sector inquiry, Inquiry into the European business insurance sector pursuant to Article 17 of Regulation 1/2003, Interim Report, 2007.

<sup>62</sup> EU Insurance Inquiry, S. 4.

<sup>63</sup> EU Insurance Inquiry, S. 3, Ziff. 4.

<sup>64</sup> BIPAR: Response to Interim Report, Business Insurance Sector Inquiry by EC DG Competition, Brüssel 2007.

ketplace is a major driver of competition between carriers and helps overcome the clients' search costs, a major inhibitor of switching."<sup>65</sup>

182 Diese Feststellungen und Überlegungen treffen auch für die schweizerischen Verhältnisse zu.

183 Es kann damit als anerkannt gelten, dass den Versicherungsbrokern im Markt für Versicherungsdienstleistungen – insbesondere im Verhältnis zu Versicherungsagenten – eine wichtige wettbewerbsfördernde Rolle zukommt.

184 Die Entschädigungsordnung gemäss Entwurf verteuert die Dienstleistungen der Versicherungsbroker. Damit ist absehbar, dass die Konkurrenz, insbesondere die Versicherungsagenten, an Marktanteilen gewinnen wird, sollte der Entwurf Gesetz werden.

185 Als Folge können die Versicherungsbroker im Markt für Versicherungsdienstleistungen ihre wettbewerbsfördernde Wirkung nicht mehr wie bisher entfalten, was die Wettbewerbsintensität insgesamt senkt.

#### 5.4 Folgerung aus Eingriffszweck und –wirkung: Grundsatzwidrigkeit der Entschädigungsordnung

186 Wie die vorstehende Analyse gezeigt hat, greift die Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG in Lenkungsabsicht in das Entschädigungssystem ein: Das heute übliche Courtagenmodell soll durch regulatorische Auflagen in einer Weise beschwert und benachteiligt werden, die das Direktentschädigungsmodell begünstigen.

187 Der Eingriff in den Entschädigungsmechanismus zeitigt zudem Lenkungswirkungen: Die Wettbewerbsfähigkeit der Versicherungsbroker wird zugunsten der Versicherungsagenten geschwächt. Damit sinkt gleichzeitig die Wettbewerbsintensität im Markt für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beratung, dem Abschluss und der Betreuung von Versicherungsverträgen.

188 Die vorgeschlagene zwingende Entschädigungsordnung greift insbesondere in ein zentrales Element des Geschäftsmodells der Versicherungsbroker ein: in das Courtagenmodell, das sich am freien Markt für die Entschädigung der Versicherungsbroker herausgebildet hat.

189 Damit ist die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG Art. i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG nicht als blosse Entschädigungsregulierung zu qualifizieren, welche (als Nebenwirkung) Wettbewerbswirkungen zeitigt. Vielmehr bezweckt und bewirkt sie die Umgestaltung der Marktverhält-

---

<sup>65</sup> BIPAR Response, S. 5 f.

nisse, indem sie in ein zentrales Element des Geschäftsmodells der Versicherungsbroker eingreift.

- 190 Damit liegt eine Massnahme vor, die sich "gegen den Wettbewerb richtet" (Art. 94 Abs. 4 BV). bzw. im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine „wirtschaftspolitische oder standespolitische Massnahme, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen zu sichern oder zu begünstigen“.

## 5.5 Keine ausdrückliche Verfassungsgrundlage für eine grundsatzwidrige Massnahme

- 191 Der E-VVG stützt sich einzig auf Art. 122 Abs. 1 BV, also auf die verfassungsmässige Kompetenznorm, wonach „Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts und des Zivilprozessrechts [...] Sache des Bundes [ist].“

- 192 Diese Kompetenznorm sieht nicht vor, dass der Gesetzgeber vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen darf.

- 193 Eine andere Verfassungsgrundlage führt der E-VVG nicht an. Selbst wenn z.B. angenommen würde, dass sich die zwingende Entschädigungsordnung auf Art. 97 BV stützen würde (Konsumentenschutz), würde sich hieran nichts ändern. Auch Art. 97 BV sieht nicht vor, dass der Gesetzgeber vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen darf.

- 194 Damit fehlt der zwingenden Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG Art. i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG die verfassungsrechtliche Grundlage, die eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit erlauben würde.

## 5.6 Fazit

- 195 Die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG ist eine grundsatzwidrige Massnahme. Mangels verfassungsrechtlicher Grundlage ist sie verfassungswidrig.

## 6. Gesetzliche Grundlage

### 6.1 Anforderungen

196 Wird – entgegen dem bisherigem Begutachtungsergebnis – angenommen, dass die zwingende Entschädigungsordnung als grundsatzwidrige Massnahme auf einer genügenden Verfassungsgrundlage beruht oder gar eine grundsatzkonforme Massnahme ist, so ist die Eingriffsvoraussetzung der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) zu prüfen.

197 Das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) besteht aus zwei Elementen: dem Erfordernis des Rechtssatzes und – in gewissen Fällen – dem Erfordernis der Gesetzesform.<sup>66</sup>

### 6.2 Erfordernis der Gesetzesform

198 Mit dem Erfordernis der Gesetzesform wird verlangt, dass der Rechtssatz in Gesetzesform, d.h. auf Bundesebene von den eidgenössischen Räten in einem Gesetz im formellen Sinne erlassen wird. Zumindest schwerwiegende Beschränkungen von Grundrechten müssen in Gesetzesform erlassen sein (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV).<sup>67</sup>

199 Art. 68 E-VVG ist Bestandteil des totalrevidierten Versicherungsvertragsgesetzes. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG sind Bestimmungen des teilrevidierten Versicherungsaufsichtsgesetzes. Das Versicherungsvertragsgesetz und das Versicherungsaufsichtsgesetz sind Bundesgesetze i.S.v. Art. 163 Abs. 1 BV.

200 Die zwingende Entschädigungsordnung genügt damit der Anforderung der Gesetzesform.

### 6.3 Erfordernis des Rechtssatzes: Bestimmtheitsgebot

201 Das Erfordernis des Rechtssatzes verlangt, dass eine Grundrechtsbeschränkungen in einer generell-abstrakten Norm verankert sein muss, einer Norm also, die an eine unbestimmte Zahl von Adressaten gerichtet ist und die eine unbestimmte Zahl von Fällen regelt. Der Rechtssatz muss zudem genügend bestimmt sein, d.h. so präzise formuliert sein, dass der Adressat sein Verhal-

<sup>66</sup> BGE 132 I 49, S. 57 f.; BOTSCHAFT BV, S. 195 f.; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 307; MÜLLER / SCHEFER, Rz. 1198; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 36 BV Rz 10.

<sup>67</sup> BGE 132 I 97, S. 100; HÄFELIN / HALLER, Rz 310 f.; MÜLLER / SCHEFER, Rz 1200; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 36 BV Rz 12.

- ten danach richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.<sup>68</sup>
- 202 Art. 68 E-VVG regelt die Entschädigungsordnung der Versicherungsbroker als solche und für alle Versicherungsbroker. Damit liegt eine generell-abstrakte Regelung vor.
- 203 Was die genügende Bestimmtheit der Regelung betrifft, so ist Art. 68 E-VVG allerdings problematisch.
- 204 Art. 68 Abs. 3 E-VVG belässt – im Sinne einer Ausnahme vom Direktentschädigungsmodell – einen gewissen, streng regulierten Raum für das Courtagenmodell.
- 205 Will ein Versicherungsbroker das heute übliche Courtagenmodell unter der vorgeschlagenen Regelung praktizieren, muss er die – formellen Zwecken dienende – Direktentschädigung gemäss Art. 68 Abs. 1 E-VVG mit den erstattungspflichtigen Leistungen gemäss Abs. 68 Abs. 2 E-VVG genau abstimmen. Nur wenn sich Direktentschädigung und erstattungspflichtige Leistungen genau entsprechen, ist das heute übliche Courtagenmodell in sinnvoller Weise praktikierbar. Nur dann ermöglicht die von Art. 68 Abs. 3 E-VVG vorgesehene Regelung (Anrechnung der erstattungspflichtigen Leistungen auf die Direktentschädigung) das Courtagenmodell in seiner heutigen Ausprägung.
- 206 Trotz der restriktiven Regeln für das Courtagenmodell hält der Erläuternde Bericht fest, dass der Entwurf für den Versicherungsmakler die Entschädigungsart vorgibt, „wobei den tatsächlichen Gegebenheiten im Markt Rechnung getragen werden“.<sup>69</sup> Mit den tatsächlichen Gegebenheiten im Markt kann nur das Courtagenmodell gemeint sein.
- 207 Aus diesem Grund ist von entscheidender Bedeutung, welche Leistungen gemäss Abs. 68 Abs. 2 E-VVG erstattungspflichtig sind. Nur wenn diesbezüglich Klarheit herrscht, kann die Direktentschädigung gemäss Art. 68 Abs. 1 E-VVG in der richtigen Höhe angesetzt werden.
- 208 Art. 68 Abs. 2 E-VVG lässt aber die notwendige Klarheit vermissen. Gemäss Art. 68 Abs. 2 E-VVG erstatten die Versicherungsmakler den Versicherungsnehmern die ihnen vom Versicherungsunternehmen zugekommenen Leistungen wie Provisionen, Superprovisionen und andere geldwerte Vorteile, die direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängen.
- 209 Unklar ist, was unter Vorteilen, „die direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängen“, verstanden werden muss. Diese Formulierung kann restriktiv oder extensiv ausgelegt werden. Es handelt es sich bei den erstat-

---

<sup>68</sup> BGE 132 I 49, S. 58; 128 I 327, S. 339 f.; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 308; MÜLLER / SCHEFER, Rz. 1120; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 36 BV Rz 11.

<sup>69</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 63.

- tungspflichtigen geldwerten Vorteilen deshalb um einen unbestimmten Rechtsbegriff.
- 210 Der Erläuternde Bericht enthält ebenfalls keine Ausführungen, die Art. 68 Abs. 2 E-VVG Konturen verleihen. Der Erläuternde Bericht wiederholt im Wesentlichen den Gesetzeswortlaut.<sup>70</sup>
- 211 Unklar ist beispielsweise die Behandlung von Leistungen, die im folgenden Kontext erfolgen:
- „Verschiedene der vom Versicherungsbroker vor und während der Laufzeit des Versicherungsvertrags zu erbringenden Dienstleistungen führen zu einer Entlastung des Versicherers, der dadurch Personal, administrative Arbeiten und Kosten einsparen kann. Dazu gehören insbesondere die Analyse des Versicherungsbedarfs, die Erstellung von Risikoinformationen für die Versicherer, die Entwicklung von Versicherungskonzepten sowie die Unterstützung bei der laufenden Administration (inklusive Beantwortung von Kundenanfragen, Überprüfung und Anpassung des Versicherungsschutzes, Begleitung in Schadenfällen etc.).“<sup>71</sup>
- 212 Darüber hinaus kommt es mitunter vor, dass ein Versicherungsbroker gewisse Aufgaben für den Versicherer übernimmt:
- „Der Versicherer kann den Versicherungsbroker, der ausschliesslich die Interessen des Kunden bzw. Versicherungsnehmers wahrnehmen muss, in Ergänzung der Zusammenarbeitsvereinbarung, mit zusätzlichen Aufgaben betrauen (Ermächtigung zur Abgabe von vorläufigen Deckungszusagen, Prämieninkasso, Regulierung von Schadenfällen bis zu einer bestimmten Summe mit verpflichtender Wirkung für den Versicherer etc.). Für die Erledigung solcher vom Versicherer delegierten Aufgaben wird der Versicherungsbroker vom Versicherer zusätzlich entschädigt.“<sup>72</sup>
- 213 Werden dem Versicherungsbroker solche Leistungen durch einen Versicherer abgegolten, stellt sich die Frage, ob es sich dabei um geldwerte Vorteile, „die direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängen“, handelt, oder ob es am notwendigen „Zusammenhang“ fehlt, was für die Herausgabepflicht entscheidend ist.
- 214 Mit der offenen Formulierung von Art. 68 Abs. 2 E-VVG nimmt der Entwurf deshalb in Kauf, dass die Versicherungsbroker im Rahmen des Courtagenmodells systematisch falsch kalkulieren, was gravierende ökonomische Auswirkungen haben kann.
- 215 Aber auch im Zusammenhang mit dem Direktentschädigungsmodell i.S.v. Art. 86 Abs. 1 E-VVG ist die offene Formulierung von Art. 68 Abs. 2 VVG problematisch.

---

<sup>70</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 64.

<sup>71</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 50.

<sup>72</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 53.

tisch. Wird die Herausgabepflicht extensiv ausgelegt, so muss ein höheres Honorar verlangt werden als bei einer restriktiven Interpretation.

- 216 Es ist damit zweifelhaft, ob Art. 68 Abs. 2 E-VVG so präzise formuliert ist, dass ein Versicherungsbroker sein Verhalten nach dieser Bestimmung richten und die Folgen eines bestimmten Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.
- 217 Dies wiegt umso schwerer, da mit Art. 67-69 E-VVG erstmals auf dem Gesetzesweg vertragsrechtliche Regeln erlassen werden sollen, die explizit und ausschliesslich für Versicherungsbroker gelten. Unter diesen Umständen darf erwartet werden, dass der Entwurf dem Bestimmtheitsgebot angemessen Rechnung trägt.

## 7. Öffentliches Interesse

### 7.1 Ausreichendes öffentliches Interesse erforderlich

- 218 Wird – entgegen dem bisherigem Begutachtungsergebnis – angenommen, dass die zwingende Entschädigungsordnung die bisher geprüften Eingriffsvoraussetzungen erfüllt, so ist zu prüfen, ob ein öffentliches Interesse an dieser Regelung besteht.
- 219 Der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit muss – da er die Beschränkung eines Grundrechtes bewirkt – im öffentlichen Interesse erfolgen (Art. 36 Abs. 2 BV).
- 220 Der Begriff des öffentlichen Interesses ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der örtlich und zeitlich wandelbar ist.<sup>73</sup>
- 221 Damit die Voraussetzung des öffentlichen Interesses gemäss Art. 36 Abs. 2 BV keine blosse Leerformel bleibt, müssen öffentliche Interessen von einer gewissen Intensität, d.h. Dringlichkeit, gegeben sein (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Öffentliche Interessen verweisen auf einen **nachweisbaren gesellschaftlichen Handlungsbedarf**, mit dem sich der Staat konfrontiert sieht. Die in der Strassburger Praxis [zur EMRK] verwendete Formel des ‚**pressing social need**‘ innerhalb einer demokratischen Gesellschaft bringt deutlicher als die traditionelle Grundrechtslehre der Schweiz zum Ausdruck, dass öffentliche Interessen nur dann zur zulässigen Grundrechtsbeschränkung taugen können, wenn sie sich auf **manifeste Handlungserwartungen** zurückführen lassen und sich an (materiellen) Wertmassstäben einer demokratischen Gesellschaft ausrichten.“<sup>74</sup>

<sup>73</sup> BOTSCHAFT BV, S. 195; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 314 f. Vgl. auch RICHLI, Rz 280 ff., und MÜLLER / SCHEFER, Rz 1217 ff.

<sup>74</sup> WYSS, Rz 1/16.

222 Erforderlich ist damit ein ausreichendes öffentliches Interesse.<sup>75</sup>

## 7.2 Keine Angabe des öffentlichen Interesses als Indiz für dessen Fehlen

223 In den Ausführungen des Erläuternden Berichts zu Art. 68 E-VVG und Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG findet sich keine ausdrückliche Begründung dafür, warum die zwingende Entschädigungsregelung im öffentlichen Interesse sein soll.<sup>76</sup>

224 Die fehlende Geltendmachung eines öffentlichen Interesses ist rechtspolitisch bedenklich:

„Grundrechtskonflikte können nur dann befriedigend gelöst werden, wenn die grundrechtsbeschränkenden Motive offen gelegt und damit einer kritischen Nachprüfung zugänglich gemacht werden. Die Grundrechtsbindung allen staatlichen Handelns, der auch der Gesetzgeber unterworfen ist, riskiert zur Farce zu werden, wenn die Massgeblicherklärung öffentlicher Interessen durch den Gesetzgeber ohne weiteres Nachfragen hinzunehmen wäre.“<sup>77</sup>

225 Macht der Erläuternde Bericht kein bestimmtes öffentliches Interesse an der zwingenden Entschädigungsordnung geltend, so ist dies ein Beleg dafür, dass es an einem öffentlichen Interesse fehlt oder dieses zumindest nicht ausreichend sein kann.

## 7.3 Kundenschutz als objektiv ermitteltes öffentliches Interesse

226 Wird versucht, durch Auslegung des Gesetzestextes und des Erläuternden Berichts ein öffentliches Interesse an der zwingenden Entschädigungsordnung objektiv zu ermitteln,<sup>78</sup> so besteht das öffentliche Interesse wohl im Schutz der Kunden von Versicherungsbrokern.

227 Zu diesem Schluss haben bereits die Ausführungen betreffend Grundsatzwidrigkeit der zwingenden Entschädigungsordnung geführt.<sup>79</sup>

---

<sup>75</sup> RICHLI, Rz 280.

<sup>76</sup> Vgl. Erläuternder Bericht E-VVG, S. 64.

<sup>77</sup> WYSS, Rz 2/70.

<sup>78</sup> Betont werden muss, dass es eigentlich am Gesetzgeber liegt, die grundrechtsbeschränkenden Motive offen zu legen. Vgl. Wyss, Rz 2/70. Der Entwurf macht es sich also zu leicht, wenn er das öffentliche Interesse an der zwingenden Entschädigungsordnung nicht benennt und die objektive Ermittlung desselben den Normadressaten überlässt. Im Ergebnis läuft dies auf eine „Beweislastumkehr“ hinaus, was Sinn und Zweck von Art. 36 Abs. 2 BV zuwiderläuft.

<sup>79</sup> Vgl. Rz 146 mit Verweis auf Rz 105 ff.

- 228 Bestätigt wird dieses Ergebnis durch den Umstand, dass gemäss Erläuterndem Bericht der Entwurf ganz allgemein ein „gesamthaft neuzeitlicher und konsumentenfreundlicher Erlass“ sein will.<sup>80</sup> In diesem Zusammenhang verweist der Erläuternde Bericht auf die Beratungspflichten der Versicherungsmakler.<sup>81</sup>
- 229 In diese Richtung weist auch das Konzept der Bestimmungen über die Versicherungsvermittlung (9. Kapitel E-VVG), in welche die zwingende Entschädigungsordnung eingebettet ist. Die neuen Bestimmungen schreiben in erster Linie Pflichten der Versicherungsvermittler fest, wodurch deren Kunden offenbar geschützt werden sollen.
- 230 Im Folgenden ist zu prüfen, ob dieses öffentliche Interesse mit Bezug auf die Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG auch ausreichend ist.

#### 7.4 Blosser Vermutung der Schutzbedürftigkeit in Entschädigungssachen

- 231 Die Konstruktion von Art. 68 E-VVG offenbart ein Misstrauen gegenüber dem Courtagenmodell. Das Courtagenmodell soll nur noch im Rahmen des Direktentschädigungsmodell Platz finden.<sup>82</sup>
- 232 Wird Art. 68 E-VVG zusammen mit Art. 67 Abs. 1 E-VVG (Treuepflicht) und Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> (umfassende Informationspflichten) betrachtet, so wird den Versicherungsbrokern wohl unterstellt, dass sie den Versicherer oder die Versicherungsdeckung nicht anhand der Bedürfnisse des Kunden auswählen bzw. empfehlen, sondern anhand der Höhe der Courtage (Interessenkonflikt).
- 233 Der Erläuternde Bericht benennt allerdings weder ein abstraktes Missbrauchspotential noch konkrete Missbrauchsfälle, die eine solche Auffassung belegen würden. Vielmehr liegen dem fraglichen Gesetzestext entsprechende Vermutungen stillschweigend zugrunde.
- 234 Blosser Vermutungen reichen aber nicht aus, um ein öffentliches Interesse an einer umfassenden zwingenden Entschädigungsordnung zu begründen. Von einem „pressing social need“ kann in jedem Fall nicht gesprochen werden.

---

<sup>80</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 16.

<sup>81</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 16.

<sup>82</sup> Vgl. Rz 148 ff.

## 7.5 Regelmässig keine Doppelentschädigungsproblematik analog BGE 132 III 460

- 235 Gemäss Erläuterndem Bericht knüpft Art. 68 E-VVG, und damit die zwingende  
Entschädigungsordnung, am Bundesgerichtsurteil BGE 132 III 460 an.<sup>83</sup> Dies  
ist möglicherweise so zu verstehen, dass der Entwurf die Interessensituation,  
mit der sich der genannte Bundesgerichtsentscheid befasste, als Regelungs-  
grundlage für die zwingende Entschädigungsordnung unterstellt.
- 236 BGE 132 III 460 lag allerdings ein Sachverhalt und eine Interessensituation  
zugrunde, die bei Versicherungsbrokern regelmässig nicht vorliegt.
- 237 Im genannten Bundesgerichtsentscheid hatte das Bundesgericht einen Fall  
zu beurteilen, in dem ein unabhängiger Vermögensverwalter für dieselben  
Leistungen doppelt entschädigt worden war, und zwar sowohl durch seinen  
Kunden als auch durch die Depotbank.
- 238 Der unabhängige Vermögensverwalter hatte im Vermögensverwaltungsver-  
trag mit seinem Kunden vereinbart, dass der Kunde eine Verwaltungsgebühr  
zu entrichten hatte. Der Kunde zahlte diese Verwaltungsgebühr in der Folge  
auch vereinbarungsgemäss. Gleichzeitig liess sich der unabhängige Vermö-  
gensverwalter von der Depotbank sog. Retrozessionen auszahlen, d.h. Zah-  
lungen zwecks Honorierung des Vermögensvolumens, das der externe Ver-  
mögensverwalter der Depotbank im Zusammenhang mit dem fraglichen Kun-  
den zugeführt hatte. Der Vermögensverwalter weigerte sich, dem Kunden  
diese Retrozessionen herauszugeben.
- 239 Im Vermögensverwaltungsgeschäft ist die vom Bundesgericht beurteilte  
Doppelentschädigungsproblematik üblich: Ususgemäss lassen sich unab-  
hängige Vermögensverwalter für ihre Dienstleistungen vom Kunden direkt ent-  
schädigen. Üblich ist aber auch, dass die Depotbanken Retrozessionen oder  
vergleichbare Leistungen an die unabhängigen Vermögensverwalter ausrich-  
ten. Mit anderen Worten bedeutet dies, dass die Doppelentschädigungsge-  
fahr bei den unabhängigen Vermögensverwaltern real ist.
- 240 Im Unterschied dazu besteht bei den unabhängigen Versicherungsvermittlern  
diese Doppelentschädigungsgefahr in der Regel nicht. Üblicherweise ent-  
schädigen die Versicherungsnehmer den Versicherungsbroker indirekt, indem  
die Versicherungsbroker regelmässig einen Anteil an den Versicherungsprä-  
mien erhalten, welche der Versicherungsnehmer zahlt. Dieser Anteil wird den  
Versicherungsbrokern durch die Versicherer ausgerichtet bzw. abgerechnet  
(Courtagemodell). Eine direkte Entschädigung des Versicherungsbrokers  
durch den Versicherungsnehmer erfolgt dagegen nur ausnahmsweise.
- 241 Will die Entschädigungsordnung ein Doppelentschädigungsproblem bekämp-  
fen, so regelt sie einen Sachverhalt, der bei den Versicherungsbrokern übli-  
cherweise gar nicht vorliegt.

---

<sup>83</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 64.

- 242 Liegt die Doppelentschädigungsproblematik bei Versicherungsbrokern aber bloss ausnahmsweise vor, ist das öffentliche Interesse an einer zwingenden Entschädigungsordnung für alle Brokervereinbarungen jedenfalls nicht ausreichend.
- 243 Nicht einmal bei den unabhängigen Vermögensverwaltern, wo die Doppelentschädigungsgefahr real ist, sind Bestrebungen im Gange, Art. 68 E-VVG vergleichbare, ausschliesslich für unabhängige Vermögensverwalter geltende Sonderregeln zu erlassen.<sup>84</sup> Auch dies spricht gegen das öffentliche Interesse an dieser Bestimmung.

## 7.6 Keine Entschädigungsordnung für Versicherungsbroker im Gemeinschaftsrecht oder deutschen Recht

### 7.6.1 Gemeinschaftsrecht

- 244 Der Entwurf ist allgemein bestrebt, mit dem europäischen Versicherungsrecht kompatibel zu sein.<sup>85</sup> Dies bedeutet, dass der Entwurf das geltende Gemeinschaftsrecht in Versicherungssachen übernimmt (autonomer Nachvollzug) oder zumindest keine gegenteiligen Regelungen vorschreibt.
- 245 Auch mit Bezug auf die Tätigkeit der Versicherungsvermittler orientiert sich der Entwurf an der Vermittlerrichtlinie.<sup>86</sup> In seinen Ausführungen zu den Aufgaben des Versicherungsmaklers nimmt der Erläuternde Bericht auf die Vermittlerrichtlinie ausdrücklich Bezug.<sup>87</sup>
- 246 Aufschlussreich ist, dass die Vermittlerrichtlinie keine Bestimmung über die Entschädigung der ungebundenen Versicherungsvermittler enthält. Dies ist umso bedeutsamer, als die Vermittlerrichtlinie u.a. im Interesse des Verbraucherschutzes erlassen wurde.<sup>88</sup>
- 247 Zur Verwirklichung der Verbraucherschutzziele führte die Vermittlerrichtlinie ein Vermittlerregister ein, in das nur diejenigen gebundenen oder ungebundenen Vermittler eingetragen werden, welche gewisse berufliche Anforderungen erfüllen.<sup>89</sup> Darüber hinaus auferlegt die Vermittlerrichtlinie den Vermittlern weitreichende Informationspflichten.<sup>90</sup>

---

<sup>84</sup> Vgl. Rz 308 ff.

<sup>85</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 16.

<sup>86</sup> Unter dem Titel „Eurokompatibilität“ listet der Erläuternde Bericht u.a. die Vermittlerrichtlinie auf (ERLÄUTERNDER BERICHT E-VVG, S. 15).

<sup>87</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 64.

<sup>88</sup> Vermittlerrichtlinie, Erwägungen 18-22.

<sup>89</sup> Vermittlerrichtlinie, Art. 3 f.

<sup>90</sup> Vermittlerrichtlinie, Art. 12 f.

- 248 Der europäische Gesetzgeber sah dagegen keine Notwendigkeit, die Entschädigung der Versicherungsbroker – im Interesse des Verbraucherschutzes – besonders zu regeln. Insbesondere erachtete es der europäische Gesetzgeber nicht für erforderlich, den Versicherungsbrokern im Verbrauchergeschäft eine dem üblichen Geschäftsmodell zuwiderlaufende zwingende Entschädigungsordnung vorzuschreiben, wie es Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG tut.
- 249 Zumindest auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene wurde demnach kein konsumentenschützerisch motiviertes öffentliches Interesse für eine umfassende Entschädigungsregelung gesehen.
- 250 Warum dies für die schweizerischen Verhältnisse anders sein sollte, legt der Erläuternde Bericht nicht dar, obwohl der Entwurf im Übrigen Eurokompatibilität anstrebt.
- 251 Damit bestätigt das Gemeinschaftsrecht, dass das öffentliche Interesse an einer zwingenden Entschädigungsordnung fehlt.

## 7.6.2 Deutsches Recht

- 252 In Deutschland wurde die Vermittlerrichtlinie durch das *Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts vom 19. Dezember 2006*<sup>91</sup> in nationales Recht umgesetzt. Durch diesen Erlass wurden das Versicherungsvertragsgesetz, die Gewerbeordnung und das Versicherungsaufsichtsgesetz geändert.
- 253 Keine der genannten gesetzlichen Grundlagen des Vermittlerrechts enthält für die Versicherungsbroker – weder in der geänderten noch in der ursprünglichen Fassung – Bestimmungen, welche der zwingenden Entschädigungsordnung i.S.v. Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG vergleichbar sind.
- 254 Das neugefasste *Gesetz über den Versicherungsvertrag* (Versicherungsvertragsgesetz<sup>92</sup> – d-VVG) unterscheidet zwischen zwei Arten von Versicherungsvermittlern und dem Versicherungsberater (§ 59 d-VVG) (Hervorhebungen hinzugefügt):

„(1) Versicherungsvermittler im Sinn dieses Gesetzes sind Versicherungsvertreter und Versicherungsmakler.

<sup>91</sup> BGBl. 2006 I S. 3232.

<sup>92</sup> Versicherungsvertragsgesetz vom 23. November 2007 (BGBl. I S. 2631), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 28. Mai 2008 (BGBl. I S. 874).

(2) **Versicherungsvertreter** im Sinn dieses Gesetzes ist, wer von einem Versicherer oder einem Versicherungsvertreter damit betraut ist, gewerbsmässig Versicherungsverträge zu vermitteln oder abzuschließen.

(3) **Versicherungsmakler** im Sinn dieses Gesetzes ist, wer gewerbsmässig für den Auftraggeber die Vermittlung oder den Abschluss von Versicherungsverträgen übernimmt, ohne von einem Versicherer oder von einem Versicherungsvertreter damit betraut zu sein. [...]

(4) **Versicherungsberater** im Sinn dieses Gesetzes ist, wer gewerbsmässig Dritte bei der Vereinbarung, Änderung oder Prüfung von Versicherungsverträgen oder bei der Wahrnehmung von Ansprüchen aus Versicherungsverträgen im Versicherungsfall berät oder gegenüber dem Versicherer aussergerichtlich vertritt, ohne von einem Versicherer einen wirtschaftlichen Vorteil zu erhalten oder in anderer Weise von ihm abhängig zu sein.“

- 255 Bei Versicherungsvertretern handelt es sich nach schweizerischer Terminologie um Versicherungsagenten (bzw. gebundene Versicherungsvermittler). Die Versicherungsmakler werden in der Schweiz üblicherweise als Versicherungsbroker (bzw. ungebundene Versicherungsvermittler) bezeichnet.<sup>93</sup>
- 256 Versicherungsberater sind auf dem schweizerischen Versicherungsmarkt ebenfalls tätig. Sie fallen aber nicht unter das geltende schweizerische Aufsichtsrecht über die Versicherungsvermittler (Art. 40 ff. VAG). Dies ergibt sich daraus, dass die Tätigkeit der (reinen) Versicherungsberater nicht unter die Definition der Versicherungsvermittler gemäss Art. 40 VAG fällt, die lautet: „Versicherungsvermittler und -vermittlerinnen sind, unabhängig von ihrer Bezeichnung, Personen, die im Interesse von Versicherungsunternehmen oder anderen Personen Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen.“ (Reine) Versicherungsberater bieten keine Versicherungsverträge an oder schliessen solche ab.
- 257 Nach deutschem Recht bedürfen Versicherungsvertreter, Versicherungsmakler und Versicherungsberater einer – je unterschiedlichen – Gewerbeerlaubnis (§ 34d Abs. 1 und §34e Abs. 1 Gewerbeordnung<sup>94</sup> [d-GewO]). Sie alle müssen sich in das Vermittlerregister eintragen lassen (§34d Abs. 7 und 34e Abs. 2 i.V.m. 34d Abs. 7 d-GewO).
- 258 Weder für Versicherungsvertreter noch für Versicherungsmakler enthält die Gewerbeordnung eine besondere Entschädigungsregelung.
- 259 Reguliert ist dagegen die Entschädigung der Versicherungsberater. Gemäss §34e Abs. 3 d-GewO dürfen Versicherungsberater keine Provision von Versicherungsunternehmen entgegennehmen. Dieses Provisionsannahmeverbot für Versicherungsberater wurde mit dem *Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts* vom 19. Dezember 2006 indessen nicht neu eingeführt. Es bestand schon vor diesem Erlass und war im damaligen Rechtsbera-

<sup>93</sup> Vgl. Rz 7 f.

<sup>94</sup> Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Artikel 3 des Gesetzes vom 22. April 2009 (BGBl. I S. 818).

- tungsgesetz verankert. Anlässlich der Neuordnung des Vermittlerrechts wurde das Verbot dann in die Gewerbeordnung überführt.<sup>95</sup>
- 260 Gemäss den Materialien zur Gesetzesnovelle ist das Provisionsannahmeverbot der entscheidende Unterschied zwischen den Versicherungsvermittlern und dem Versicherungsberater. Danach zeichnet sich das Berufsbild des Versicherungsberaters durch seine Unabhängigkeit von der Versicherungswirtschaft aus. Insbesondere soll der Beruf des Versicherungsberaters mit demjenigen des Rechtsanwalts vereinbar sein.<sup>96</sup>
- 261 Auch die Aufgabenbereiche der Versicherungsvertreter und Versicherungsmaklern sind klar voneinander abgegrenzt. Die Materialien führen aus:
- „Während der Versicherungsvertreter das Interesse des Versicherers wahrzunehmen hat, steht der Versicherungsmakler im Verhältnis zum Versicherer auf der Seite des Kunden als dessen Interessenwahrer und Sachwalter.“<sup>97</sup>
- 262 Das deutsche Recht weist damit dem Versicherungsmakler die Rolle des Interessenvertreters des Versicherungsnehmers zu.
- 263 Gemäss deutschem Recht ist diese Rolle mit einer Provisionsannahme vereinbar. Der deutsche Gesetzgeber hat es jedenfalls nicht für erforderlich erachtet, für Versicherungsmakler eine besondere Entschädigungsordnung festzuschreiben oder die Provisionsannahme (analog zu den Versicherungsberatern) zu verbieten.
- 264 Darüber hinaus auferlegt das deutsche Recht den Versicherungsmaklern auch keine Informationspflichten, die mit Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> oder 1<sup>ter</sup> E-VAG vergleichbar sind.
- 265 Die Informationspflichten von Versicherungsvertretern, -maklern und -beratern sind in §11 der *Verordnung über die Versicherungsvermittlung und -beratung* geregelt (Versicherungsvermittlungsverordnung<sup>98</sup>; d-VersVermV). §11 d-VersVermV sieht keine Informationspflichten über Entschädigungsformen und -regelungen vor. Transparenz wird dadurch gewährleistet, dass die Gewerbetreibenden beim ersten Geschäftskontakt klar und verständlich in Textform mitteilen müssen, ob sie als Versicherungsvertreter, Versicherungsberater oder als Versicherungsberater tätig sind (§ 11 Nr. 3 d-VersVermV).

---

<sup>95</sup> Entwurf Neuregelung Versicherungsvermittlerrecht, S. 21.

<sup>96</sup> Entwurf Neuregelung Versicherungsvermittlerrecht, S. 21.

<sup>97</sup> Entwurf Neuregelung Versicherungsvermittlerrecht, S. 22 f.

<sup>98</sup> Versicherungsvermittlungsverordnung vom 15. Mai 2007 (BGBl. I S. 733), geändert durch die Verordnung vom 19. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2969).

266 Auch das deutsche Recht bestätigt damit, dass das öffentliche Interesse an einer zwingenden Entschädigungsordnung i.S.v. Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG fehlt.

267 Ganz allgemein sah der deutsche Gesetzgeber keine Notwendigkeit, die bestehenden Vertriebsstrukturen umzugestalten. Die Materialien halten fest:

„Um den Eingriff in die bestehenden Vermittlungsstrukturen möglichst gering zu halten, muss das Umsetzungsgesetz flexibel und differenziert die unterschiedlichen Vertriebsformen berücksichtigen.“<sup>99</sup>

268 Der deutsche Gesetzgeber erachtete damit die gewachsenen Vertriebsstrukturen als erhaltenswürdig. Da er von der Regulierung der Entschädigung der Versicherungsvermittler absah, hielt er auch die Versicherungsmakler für fähig, im Rahmen des bisherigen Geschäftsmodells im Interesse der Kunden zu handeln.

## 7.7 Fazit

269 Selbst wenn der Kundenschutz als Motiv für die Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG angenommen wird, ist dieses öffentliche Interesse nicht ausreichend.

## 8. Verhältnismässigkeit: Anforderungen

270 Wird – entgegen dem bisherigem Begutachtungsergebnis – angenommen, dass die zwingende Entschädigungsordnung die bisher geprüften Eingriffsvoraussetzungen erfüllt, so ist zu prüfen, ob diese Regelung verhältnismässig ist.

271 Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit umfasst gemäss Lehre und Rechtsprechung drei Elemente, die kumulativ gegeben sein müssen (Hervorhebungen hinzugefügt).<sup>100</sup> Die Botschaft fasste diese drei Elemente folgendermassen zusammen:

„Das Verhältnismässigkeitsprinzip enthält drei Elemente: Eine staatliche Massnahme muss geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen (**Geeignetheit**); staatliches Handeln darf in materieller, räumlicher, zeitlicher und persönlicher Hinsicht nicht schärfer einschränken, als dies für die Erreichung des Ziels nötig ist (**Erforderlichkeit**, 'geringstmöglicher' Eingriff); schliesslich muss die geeignete und erforderliche Massnahme in einem vernünftigen Verhältnis

<sup>99</sup> Entwurf Neuregelung Versicherungsvermittlerrecht, S. 13.

<sup>100</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 320; RICHLI, Rz 314; MÜLLER / SCHEFER, Rz. 1221; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 36 BV Rz 22; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 105.

zum angestrebten Ziel stehen (**Verhältnismässigkeit im engeren Sinn** oder Verhältnismässigkeit des geforderten Opfers).<sup>101</sup>

## 9. Verhältnismässigkeit: Geeignetheit

- 272 Die staatliche Massnahme muss zunächst geeignet sein, um den im öffentlichen Interesse verfolgten Zweck herbeizuführen (Eignung; Geeignetheit).<sup>102</sup> Um die Eignung einer Massnahme beurteilen zu können, muss nach ihrem Ziel gefragt werden. Die Eignung misst sich an der Zielsetzung.
- 273 Wird der objektiv ermittelte Zweck zugrunde gelegt, will die Entschädigungsordnung dem Kundenschutz dienen.<sup>103</sup>
- 274 Der Kundenschutz soll offenbar dadurch erreicht werden, dass anstelle des heute üblichen Courtagenmodells das Direktentschädigungsmodell als Grundprinzip vorgeschrieben wird. Das Courtagenmodell – im Sinne einer Ausnahme noch geduldet – wird dagegen mit regulatorischen Auflagen beschwert. Selbst wenn ein Versicherungsbroker das Courtagenmodell beibehalten will, sieht er sich gemäss der vorgeschlagenen Regelung gezwungen, das Direktentschädigungsmodell einzuführen. Das Courtagenmodell wird damit bürokratisiert und verteuert.<sup>104</sup>
- 275 Aus Kundensicht ist das Direktentschädigungsmodell im Vergleich zum Courtagensystem mit finanziellen Unwägbarkeiten verbunden.
- 276 Beim Courtagenmodell hat der Kunde Kostensicherheit. Unabhängig davon, wie gross der Aufwand des Versicherungsbrokers ist, erhält der Versicherungsbroker einen Anteil an der Versicherungsprämie. Der Kunde bzw. Versicherungsnehmer muss einzig die – fix feststehende – Prämie bezahlen.
- 277 Beim Direktentschädigungsmodell wird dem Kunden dagegen ein Kostenrisiko überbunden, insbesondere wenn nach Aufwand abgerechnet wird. Der Aufwand für die Kundenbetreuung ist im vornherein schwer abzuschätzen, insbesondere in der laufenden Betreuung und der Schadenbegleitung. Der Kunde kann also nicht oder nur schwer veranschlagen, wie viel er für die Dienstleistungen des Versicherungsbrokers künftig bezahlen muss.
- 278 Zudem ist bedeutsam, dass sich im freien Markt, insbesondere auch in den führenden europäischen Märkten (Deutschland, England, Frankreich, etc.) das Courtagenmodell, und nicht das Direktentschädigungsmodell durchge-

<sup>101</sup> BOTSCHAFT BV, S. 133 f. Ebenso BOTSCHAFT BV, S. 196.

<sup>102</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 321; RICHLI, Rz 314; MÜLLER / SCHEFER, Rz. 1222; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 36 BV Rz 23; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 105.

<sup>103</sup> Vgl. Rz 226 ff.

<sup>104</sup> Vgl. Rz 149 ff.

setzt hat. Dies kann so gedeutet werden, dass eine Mehrheit der Kunden das Courtagensystem will, oder jedenfalls nichts dagegen einzuwenden hat. Wenn dem nicht so wäre, wäre das Direktentschädigungssystem im Brokermarkt nicht die blosser Ausnahme.

279 Die vorgeschlagene Entschädigungsordnung läuft dieser Marktentwicklung zuwider. Indem Art. 68 Abs. 1 E-VVG das Direktentschädigungsmodell als Grundsatz vorschreibt und das Courtagensystem nur noch im Rahmen des Direktentschädigungsmodells geduldet ist (Art. 68 Abs. 3 E-VVG), besagt der Entwurf im Ergebnis, dass die Kunden die falsche Entschädigungsart bevorzugen und daher deren Wahlfreiheit eingeschränkt werden muss.

280 Diese beiden Aspekte spricht die *Fédération Européenne des Intermédiaires d'Assurances* BIPAR an, wenn sie festhält (Hervorhebungen hinzugefügt):

**“What compensation system is the best choice should be decided by the parties on a case-by-case basis and in a transparent dialogue about the various possibilities and this in relation to the related services. Issues to be considered in the choice are for example the fact that a commission payment is typically an “all in price” where a fee based compensation includes a factor of uncertainty about future costs.”**<sup>105</sup>

281 Weiter ist zu beachten, dass die zwingende Entschädigungsordnung die Versicherungsbroker als unabhängige Dienstleister im Interesse der Kunden voraussichtlich schwächt, dafür aber die im Interesse der Versicherer tätigen Versicherungsagenten stärkt.<sup>106</sup> Dies umso mehr, wenn letztere nicht zur Offenlegung ihrer Entschädigungen verpflichtet werden.

282 Wird die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG unter diesen Gesichtspunkten betrachtet, ist sie zum Kundenschutz nicht geeignet. Das Gegenteil trifft zu.

## 10. Verhältnismässigkeit: Erforderlichkeit

### 10.1 Einleitung

283 Zweites Element der Verhältnismässigkeitsprüfung ist, ob eine Massnahme im Hinblick auf den angestrebten Zweck erforderlich ist. Eine Massnahme hat zu unterbleiben, wenn eine gleich geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Zweck ausreichen würde. Der Eingriff darf in sachlicher,

<sup>105</sup> Vgl. das Verzeichnis „Role of Intermediaries“, Unterverzeichnis „Remuneration“, auf [www.bipar.eu](http://www.bipar.eu).

<sup>106</sup> Vgl. Rz 165 ff.

räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen (Erforderlichkeit) („geringstmöglicher Eingriff“).<sup>107</sup>

## 10.2 Informationspflichten gemäss geltendem Recht

284 Bereits unter dem geltenden Recht haben alle Versicherungsvermittler Informationspflichten gegenüber (potentiellen) Versicherungsnehmern bzw. Versicherten. Art. 45 Abs. 1 lit. b und c VAG bestimmt:

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

b. ob die von ihnen in einem bestimmten Versicherungszweig angebotenen Versicherungsdeckungen von einem einzigen oder von mehreren Versicherungsunternehmen stammen und um welche Versicherungsunternehmen es sich handelt;

c. ihre Vertragsbeziehungen mit den Versicherungsunternehmen, für die sie tätig sind, sowie die Namen dieser Unternehmen; ...“

285 Zu diesen Informationspflichten führte die Botschaft aus:

„Wesentliches Anliegen [der Informationspflicht] ist es zu gewährleisten, dass gegenüber den Konsumentinnen und Konsumenten Transparenz hinsichtlich der Frage der Abhängigkeit der sie beratenden Vermittlerinnen und Vermittler herrscht.“<sup>108</sup>

286 Weiss der Kunde aber um allfällige vertragliche Beziehungen zwischen Versicherungsbrokern und Versicherern, so erlaubt ihm dies, sich über die in seinen konkreten Fall anfallenden Courtagen Klarheit zu verschaffen. Wo er es für nötig erachtet, kann er daher in seinem Sinne auf die Entschädigungsvereinbarung einwirken. Gleichzeitig bewirkt diese Transparenz, dass auf Seiten des Versicherungsbrokers kein Raum mehr besteht, bezüglich der Courtagenzahlungen die Interessen seines Kunden seinen eigenen unterzuordnen.

287 Gestützt auf Art. 45 Abs. 1 lit. c VAG hat der künftige Versicherungsnehmer ein Auskunftsrecht über die Höhe der an Versicherungsvermittler ausbezahlten Courtage.<sup>109</sup> Die geltende Rechtslage verpflichtet die Versicherungsbroker also bereits heute, die Courtagen dem Kunden auf Anfrage offenzulegen. Diese Offenlegung ist sicher in gleicher Weise wie die vorgeschlagene Regelung geeignet, Transparenz gegenüber den Versicherten herzustellen und Interessenkonflikte zu vermeiden. In jedem Fall sind diese Informationspflichten aber weniger gravierend als die umfassende Entschädigungsregelung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG.

<sup>107</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 322; RICHLI, Rz 314; MÜLLER / SCHEFER, Rz 1222; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 36 BV Rz 24; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 105.

<sup>108</sup> BOTSCHAFT VAG, S. 3827.

<sup>109</sup> KÄSER / STUDER, S. 313; KUHN, S. 384.

### 10.3 Standesregeln der Versicherungsbroker; Verzicht auf Contingent Commissions

288 Der Branchenverband Swiss Insurance Brokers Association (SIBA) hat am 29. Oktober 2008 ein *Berufsbild Schweizer Versicherungsbroker und Code of Conduct* erlassen (SIBA Berufsbild und Code of Conduct). Mit diesem Regelwerk bezweckt der SIBA die Selbstregulierung der Branche. Es handelt sich dabei um Standesregeln.

289 Obwohl auf freiwilliger Basis erlassen, können Standesregeln rechtliche Wirkung entfalten. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts können Standesregeln als Ausdruck einer Berufsübung zur Auslegung und Ergänzung eines Vertrags beigezogen werden (BGE 133 III 460, E. 4.3).

290 Diese Standesregeln stellen zunächst die Interessenwahrungspflicht der Versicherungsbroker unmissverständlich klar:

„Der Versicherungsbroker vertritt ausschliesslich die Interessen des Kunden und ist dessen Vertreter. Er verhält sich dem Kunden gegenüber stets loyal und stellt die legitimen Interessen des Kunden über seine eigenen.“<sup>110</sup>

„Oberste Pflicht des Versicherungsbrokers ist es, die Versicherungs- und die damit verbundenen Vermögensinteressen seines Kunden wahrzunehmen.“<sup>111</sup>

291 Weiter sehen die Standesregeln Aufklärungspflichten vor:

„[Der Versicherungsbroker] erklärt seinem Kunden ... das System der Entschädigung ...“<sup>112</sup>

„Beim ersten Kontakt orientiert der Versicherungsbroker den Kunden insbesondere über folgende Punkte ... f) das System der vom Versicherer zu leistenden Entschädigungen.“<sup>113</sup>

292 Sodann enthalten die Standesregeln folgendes Verbot:

„Der Versicherungsbroker [...] verzichtet auf jegliche volumen-, wachstums- oder schadenabhängige Zusatzentschädigungen (Contingent Commissions) des Versicherers.“<sup>114</sup>

293 Mit volumenabhängigen Zuschatzentschädigungen will ein Versicherer erreichen, dass ein Versicherungsbroker ihm möglichst viele Versicherungsverträge vermittelt. Der Versicherungsbroker soll für das Gesamtvolumen der vermittelten Verträge (zusätzlich) honoriert werden. Ähnlich funktionieren wachstumsabhängige Zusatzentschädigungen. Anstatt des Gesamtvolumens

<sup>110</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 6.

<sup>111</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 40.

<sup>112</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 15.

<sup>113</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 7.

<sup>114</sup> SIBA Berufsbild und Code of Conduct, Rz 61.

- wird hier das Wachstum an Volumen honoriert. Mit schadenabhängigen Zusatzentschädigungen will der Versicherer erreichen, dass ihm der Versicherungsbroker möglichst gute Risiken vermittelt, d.h. Versicherungsverträge, bei denen die Eintrittswahrscheinlichkeit eines Schadenfalls gering ist.
- 294 Diese Zusatzentschädigungen sind von der Courtage zu unterscheiden. Mit Contingent Commissions will ein Versicherer ein Anreizsystem schaffen, das über den einzelnen vermittelten Vertrag hinausgeht und das den Interessen des Versicherers dienen soll. Die Courtage ist dagegen eine auf den einzelnen vermittelten Vertrag bezogene Grösse, der kein besonderes Anreizsystem innewohnt. Die Courtagen (Prozentsatz an der Versicherungsprämie), die infolge der Vertragsvermittlung erstmals und dann in der Folge üblicherweise jährlich wiederkehrend anfallen, unterscheiden sich jedenfalls nicht signifikant von Versicherer zu Versicherer. Die grossen Versicherer unterziehen die Versicherungsbroker einem internen Rating, wobei neben dem Produktionsvolumen auch die Fähigkeiten der Versicherungsbroker in die Wertung einbezogen werden.
- 295 Der Branchenverband hat sich mit dem Verbot von volumen-, wachstums- oder schadenabhängige Zusatzentschädigungen (Contingent Commissions) damit eine Regel gegeben, die das Problem allfälliger Interessenkonflikte an der Wurzel löst.
- 296 Zudem verpflichten die zitierten Standesregeln die Versicherungsbroker, den Kunden beim Erstkontakt das System der Entschädigung, also regelmässig das Courtagenmodell, zu erklären. Dies versetzt die Kunden in die Lage, sich für ein anderes Entschädigungssystem, insbesondere eine Entschädigung nach Aufwand, zu entscheiden, falls sie dies wünschen.
- 297 Diese Standesregeln beeinflussen die rechtliche Beurteilung der Brokervereinbarung, wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Rolle von Standesregeln deutlich macht. Damit werden die Kunden der Versicherungsbroker durch das *SIBA Berufsbild und Code of Conduct* in ihren Rechten gestärkt.
- 298 Diese Selbstregulierung ist für den Kundenschutz damit gleichermassen geeignet, aber auf jeden Fall weniger einschneidend als die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG.
- 299 Insbesondere stellt das Verbot von volumen-, wachstums- oder schadenabhängige Zusatzentschädigungen eine viel zielsicherere Massnahme dar, um allfällige Interessenkonflikte zu vermeiden, als die generelle Implementierung des Direktentschädigungsmodells, wie es Art. 68 E-VVG vorsieht. Zudem sind unter der vorgeschlagenen zwingenden Entschädigungsordnung volumen-, wachstums- oder schadenabhängige Zusatzentschädigungen nach wie vor erlaubt.

#### 10.4 Begründungs- und Dokumentationspflicht gemäss Art. 67 Abs. 3 E-VVG

- 300 Gemäss Art. 67 Abs. 1 E-VVG stehen Versicherungsmakler in einem Treueverhältnis zu ihren Kunden und handeln in deren Interesse. Damit wird der schon bisher allgemein anerkannt Grundsatz festgehalten, dass die Versicherungsbroker Interessenvertreter ihrer Kunden sind.
- 301 Art. 68 Abs. 2 und 3 E-VVG enthält Bestimmungen, die diesen Grundsatz umsetzen und überprüfbar machen wollen (Hervorhebungen hinzugefügt).
- „[Die Versicherungsbroker] sind verpflichtet, ihren Rat auf die Untersuchung einer hinreichenden Zahl von auf dem Markt angebotenen Verträgen zu stützen und eine fachkundige Empfehlung abzugeben, welcher Vertrag geeignet ist, die Bedürfnisse der Kundin oder des Kunden zu erfüllen.“ (Art. 68 Abs. 2 E-VVG)
- „[Die Versicherungsbroker] **halten die von ihnen erhobenen Bedürfnisse der Kundinnen und Kunden sowie die Gründe für jeden Rat schriftlich fest**, den sie ihnen zu einem bestimmten Versicherungsprodukt erteilen.“ (Art. 68 Abs. 3 E-VVG)
- 302 Bedeutsam ist, dass Art. 67 Abs. 3 E-VVG – bezüglich des erteilten Rates und der diesem zugrundeliegenden Kundenbedürfnisse – eine Begründungs- und Dokumentationspflicht vorsieht.
- 303 Diese Massnahme bewirkt, dass die Versicherungsbroker in transparenter Weise die Grundlagen ihrer Empfehlung offenlegen und schriftlich festhalten müssen.
- 304 Diese Dokumentation gibt dem Kunden ein Kontrollmittel in die Hand, mittels dem er die Empfehlungen des Versicherungsbrokers nachprüfen kann. Insbesondere wird nachprüfbar, ob der Rat von sachfremden Kriterien beeinflusst war. Solche sachfremden Kriterien würden infolge der Begründungs- und Dokumentationspflicht zu Tage treten.
- 305 Gleichzeitig dient diese Dokumentation als Beweismittel, falls ein Kunde gegen seinen Versicherungsbroker rechtlich vorgehen möchte. Die Beweissituation wird damit zugunsten des Kunden gestärkt.
- 306 Der Verankerung einer Begründungs- und Dokumentationspflicht kommt gleichzeitig eine präventive Wirkung zu. Die Begründungs- und Dokumentationspflicht verhindert eine Beratung, die von sachfremden Kriterien beeinflusst ist.
- 307 Die Begründungs- und Dokumentationspflicht gemäss Art. 67 Abs. 3 E-VVG ist damit sicher in gleicher Weise geeignet wie die zwingende Entschädigungsordnung, Transparenz gegenüber den Versicherten herzustellen und Interessenkonflikte zu vermeiden. In jedem Fall ist diese Massnahme aber weniger einschneidend als Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG.

## 10.5 Regelung analog FINMA-Mindeststandards für Vermögensverwalter wäre ausreichend

308 Gemäss Erläuterndem Bericht knüpft Art. 68 E-VVG, und damit die gesamte zwingende Entschädigungsordnung, an den Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460 an.<sup>115</sup>

309 Der genannte Bundesgerichtsentscheid betraf einen unabhängigen Vermögensverwalter. Es ist deshalb vorliegend von Interesse, ob der Gesetzgeber oder die Aufsichtsbehörden diesen Entscheid vom 22. März 2006 zum Anlass genommen hat, die Entschädigung der unabhängigen Vermögensverwalter zu regulieren.

310 Auf Gesetzesebene waren und sind keine Bestrebungen im Gange, mit Art. 68 E-VVG vergleichbare, ausschliesslich für unabhängige Vermögensverwalter geltende Sonderregeln zu erlassen.

311 Die Eidgenössische Bankenkommission EBK (heute FINMA) hat dagegen am 18. Dezember 2008 *Eckwerte für die Anerkennung von Selbstregulierungen zur Vermögensverwaltung als Mindeststandard* erlassen, die per 1. Januar 2009 in Kraft gesetzt wurden.<sup>116</sup>

312 Mit Bezug auf die Entschädigung enthalten diese Mindeststandards die folgende Bestimmungen (Hervorhebungen hinzugefügt):

### „C. Entschädigung des Vermögensverwalters

[Rz 27] Der Vermögensverwalter regelt in den schriftlichen Verträgen mit seinen Kunden (oder den Anhängen) Art, Modalitäten und Elemente seiner Entschädigung.

[Rz 28] Der Vermögensverwaltungsvertrag oder die Anhänge halten fest, wem allfällige Leistungen zustehen, die der Vermögensverwalter von Dritten im inneren Zusammenhang mit dem erteilten Auftrag zur Vermögensverwaltung oder bei Gelegenheit der Auftragsausführung erhält.

[Rz 29] Der Vermögensverwalter macht seine Kunden auf Interessenkonflikte aufmerksam, die sich aus der Annahme von Leistungen Dritter ergeben können.

[Rz 30] Der Vermögensverwalter informiert seine Kunden über die Berechnungsparameter oder die Bandbreiten von Leistungen, die er von Dritten erhält oder erhalten könnte. Dabei unterscheidet er die verschiedenen Produktklassen, soweit dies möglich ist.

[Rz 31] Auf Anfrage von seinen Kunden legt der Vermögensverwalter zudem die Höhe bereits erhaltener Leistungen Dritter offen, soweit sie sich einer einzelnen Kundenbeziehung mit vernünftigem Aufwand eindeutig individuell zuordnen lassen (wie z.B. „Finder's Fees“ sowie Retrozessionen auf Courtagen oder Depotkommissionen).“

<sup>115</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 64.

<sup>116</sup> FINMA-RS 09/1 Eckwerte zur Vermögensverwaltung, vom 18.12.2008, in Kraft seit 1.1.2009.

- 313 Zunächst fällt auf, dass die Mindeststandards kein Entschädigungssystem vorschreiben, das dem üblichen Geschäftsmodell der Vermögensverwalter entgegenläuft. Der Vermögensverwalter hat in seinen Verträgen einzig die „Art, Modalitäten und Elemente seiner Entschädigung“ zu regeln (Rz 27). Im Gegensatz zu Art. 68 E-VVG sind die Mindeststandards mit Bezug auf unterschiedliche Entschädigungsmodelle also neutral.
- 314 Bedeutsam ist auch, dass die Mindeststandards eine privatautonome Lösung bei der Zuteilung von Leistungen Dritter vorsehen. Im schriftlichen Vertrag soll vereinbart werden, welcher Partei welche Leistungen Dritter zustehen (Rz 28). Im Gegensatz zu Art. 68 E-VVG sehen die Mindeststandards also kein zwingendes Regime vor.
- 315 Die Mindeststandards sehen zudem keine Verknüpfung des Honorars des Kunden mit allfälligen Leistungen Dritter vor, wie Art. 68 Abs. 3 E-VVG dies tut. Die Parteien sind also frei, das Verhältnis dieser beiden Entschädigungselemente zu regeln.
- 316 Die Formulierung in Rz 28, dass im Vermögensverwaltungsvertrag festzuhalten ist, „wem allfällige Leistungen zustehen, die der Vermögensverwalter von Dritten im inneren Zusammenhang mit dem erteilten Auftrag ... erhält“, erscheint zudem weniger streng als Art. 68 Abs. 2 E-VVG. Art. 68 Abs. 2 E-VVG spricht von geldwerten Vorteilen, „die direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängen“.
- 317 Während Art. 68 E-VVG allfälligen Interessenkonflikten mit einer starren Entschädigungsregelung entgegen treten will, auferlegen die Mindeststandards die Pflicht, allfällige Interessenkonflikte offenzulegen (Rz 28).
- 318 Dazu kommt, dass die Informationspflichten der Mindeststandards weniger weitgehend sind als diejenigen des Entwurfs.
- 319 Eine Informationspflicht analog Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> E-VAG (Information über die Weitergabepflicht und die Voraussetzungen eines Verzichts) sehen die Mindeststandards nicht vor. Dies folgt zum einen aus dem Konzept der Mindeststandards (keine Verknüpfung von Honorar und Leistungen Dritter); zum anderen wird eine Information über die Weitergabepflicht offenbar für schlicht unnötig gehalten.
- 320 Die Informationspflichten gemäss Rz 30 und 31 sind zudem weniger weitreichend als Art. 45 Abs. 1<sup>ter</sup> E-VAG. Die letztgenannte Bestimmung verlangt eine „umfassende“ Information über die „Art, Höhe und Berechnung“ der Leistungen gemäss Art. 68 Abs. 2 E-VVG, und zwar beim ersten Kundenkontakt (Einleitungssatz zu Art. 45 Abs. 1 E-VAG). Rz 30 sieht dagegen vor, dass der Vermögensverwalter beim ersten Kundenkontakt von sich aus einzig über die „Bandbreite“ der Leistungen Dritter informieren muss.

321 Der EBK-Bericht *Eckwerte zur Vermögensverwaltung* vom September 2008 enthielt einen Kommentar zum Entwurf der Mindeststandards. Die Bestimmung über die Entschädigung ist in der Endfassung der Mindeststandards praktisch identisch mit derjenigen im Entwurf, weshalb dieser Kommentar als Auslegungshilfe herangezogen werden kann. Gemäss Kommentar muss die Information nach Rz 30 der Mindeststandards – im Unterschied zu Art. 45 Abs. 1<sup>ter</sup> E-VAG – nicht individualisiert erfolgen:

„Die Information der Kunden kann in standardisierter Form erfolgen, zum Beispiel mittels *Factsheets*.“<sup>117</sup>

322 Weitergehende Informationen über allfällig erhaltene Leistungen muss der Vermögensverwalter nur auf Anfrage offenlegen (Rz 31). Dies gilt aber nur unter dem Vorbehalt, dass sich diese Leistungen „einer einzelnen Kundenbeziehung mit vernünftigem Aufwand eindeutig individuell zuordnen lassen“ (Rz 31). Im Gegensatz hierzu kennt Art. 45 Abs. 1<sup>ter</sup> E-VAG weder den Anfragevorbehalt noch das Vernünftigkeitkriterium.

323 Damit wird deutlich, dass die vorgeschlagene zwingende Entschädigungsordnung für Versicherungsbroker viel einschneidender ist als die obengenannten Regeln für Vermögensverwalter.

324 Die EBK hat die genannten Mindeststandards als ausreichend erachtet, um Interessenkonflikten im Zusammenhang mit Vertriebsentschädigungen zu begegnen. In ihrem Bericht *Anreizsysteme und Interessenkonflikte beim Vertrieb von Finanzprodukten (EBK-Bericht ‚Vertriebsvergütungen‘)* vom August 2008 hielt sie fest: „Mit derartigen Vorgaben [gemeint sind die Mindeststandards, die sich damals noch im Entwurfsstadium befanden] würde nach Auffassung der EBK eine adäquate und produktneutrale Lösung am ‚Point of Sale‘ erreicht.“<sup>118</sup>

325 Gleichzeitig betonte die EBK die Eurokompatibilität des durch die Mindeststandards verfolgten Ansatzes.<sup>119</sup> Der EBK-Bericht verweist damit auf die Wertpapiergesetzgebung der EU, die ein Konzept der Offenlegung von Interessenkonflikten und Anreizsystemen durch die Wertpapierhändler vorsieht, soweit Interessenkonflikte nicht durch organisatorische Massnahmen vermieden werden können.<sup>120</sup> Eine direkte Regelung der Entschädigung der

<sup>117</sup> EBK-Bericht *Eckwerte zur Vermögensverwaltung*, S. 14.

<sup>118</sup> EBK-Bericht *Vertriebsvergütungen*, S. 84.

<sup>119</sup> EBK-Bericht *Vertriebsvergütungen*, S. 84.

<sup>120</sup> Art. 13 Abs. 3 MiFID: „Eine Wertpapierfirma muss auf Dauer wirksame organisatorische und verwaltungsmässige Vorkehrungen für angemessene Massnahmen treffen, um zu verhindern, dass Interessenkonflikte im Sinne des Artikels 18 den Kundeninteressen schaden“. Art. 18 Abs. 2 MiFID: „Reichen die von der Wertpapierfirma gemäss Artikel 13 Absatz 3 getroffenen organisatorischen oder verwaltungsmässigen Vorkehrungen zur Regelung von Interessenkonflikten nicht aus, um nach vernünftigem Ermessen zu gewährleisten, dass das Risiko der Beeinträchtigung von Kundeninteressen vermieden wird, so legt die Wertpapier-

Wertpapierhändler ist dagegen nicht vorgesehen. Eine Lösung, welche die Transparenz sicherstellt, wurde als genügend angesehen.

- 326 Erachtet aber die EBK bzw. FINMA die obengenannten Regeln für Vermögensverwalter als ausreichend, so ist nicht ersichtlich, warum die viel weitergehende Entschädigungsregelung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG für Versicherungsbroker erforderlich ist. Dies gilt umso mehr, als dass der Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460 einen Vermögensverwalter betraf, nicht aber einen Versicherungsbroker.
- 327 Hieraus kann einzig geschlossen werden, dass Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG über das Ziel hinauschießt und eine Überregulierung darstellt.
- 328 In jedem Fall aber ist die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG nicht die mindestmögliche Massnahme. Eine Regelung analog den Mindeststandards für Vermögensverwalter wäre ausreichend.

## 10.6 Geltungsbereich der Entschädigungsordnung zu umfassend

### 10.6.1 Persönlicher Geltungsbereich: Unternehmen

- 329 Selbst wenn die zwingende Entschädigungsordnung als grundsätzlich erforderlich betrachtet würde (was nicht der Fall ist), so wäre sie in persönlicher und sachlicher Hinsicht auf das Notwendige zu beschränken.

---

firma dem Kunden die allgemeine Art und/oder die Quellen von Interessenkonflikten eindeutig dar, bevor sie Geschäfte in seinem Namen tätigt.“

Art. 22 Abs. 4 Durchführungsrichtlinie MiFID: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass die Unterrichtung der Kunden gemäß Artikel 18 Absatz 2 [MiFID] auf einem dauerhaften Datenträger erfolgt und je nach Status des Kunden so ausführlich ist, dass dieser seine Entscheidung über die Wertpapier- oder Nebendienstleistung, in deren Zusammenhang der Interessenkonflikt auftritt, auf informierter Grundlage treffen kann.“

Art. 26 Bst. b Ziff. i Durchführungsrichtlinie MiFID: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür, dass Wertpapierfirmen nicht als ehrlich, redlich und professionell im bestmöglichen Interesse eines Kunden handelnd gelten, wenn sie im Zusammenhang mit der Erbringung von Wertpapierdienstleistungen oder Nebendienstleistungen für den Kunden eine Gebühr oder Provision zahlen oder erhalten oder wenn sie eine nicht in Geldform angebotene Zuwendung gewähren oder annehmen, es sei denn, b) es handelt sich um eine Gebühr, eine Provision oder eine nicht in Geldform angebotene Zuwendung, die einem Dritten oder einer in seinem Auftrag handelnden Person oder von einer dieser Personen gezahlt bzw. gewährt wird, sofern die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind: i) Die Existenz, die Art und der Betrag der Gebühr, Provision oder Zuwendung oder — wenn der Betrag nicht feststellbar ist — die Art und Weise der Berechnung dieses Betrages müssen dem Kunden vor Erbringung der betreffenden Wertpapier- oder Nebendienstleistung in umfassender, zutreffender und verständlicher Weise unmissverständlich offen gelegt werden.“

- 330 In persönlicher Hinsicht ist die Unterscheidung zwischen Unternehmen und Konsumenten zentral.
- 331 Was die Dienste von Versicherungsbrokern betrifft, ist die Schutzbedürftigkeit von Unternehmen wesentlich geringer als diejenige von Konsumenten. Dies hält beispielsweise die Vermittlerrichtlinie ausdrücklich fest, wenn sie attestiert, dass Unternehmenskunden einen kleineren Informationsbedarf haben als Verbraucher.<sup>121</sup>
- 332 Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Anhang 1 E-VVG erklärt Art. 68 E-VVG für zwingend. Damit ist die Entschädigungsordnung grundsätzlich auch auf Brokervereinbarungen mit Unternehmenskunden zwingend anzuwenden.
- 333 Der Erläuternde Bericht anerkennt zwar in seinen allgemeinen Ausführungen zu Art. 2 E-VVG, dass sich eine Ausnahme „mit Blick auf Grossrisiken gemäss Artikel 124 Absatz 6 E-VVG [rechtfertigt], da die betreffenden Versicherungsnehmer in der Regel über Strukturen (Rechtsabteilungen etc.) verfügen, die ihnen die ausreichende Wahrung der eigenen Interessen ermöglichen“.<sup>122</sup> Es bestehen indes berechnete Zweifel, ob diese Ausnahme für Grossunternehmen auch für die Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG gilt.<sup>123</sup> In dieser Hinsicht ist der Entwurf widersprüchlich, und es fehlt ihm zumindest an Klarheit.
- 334 Kleine und mittlere Unternehmen (KMU) erklärt der Erläuternde Bericht in seinen Ausführungen zu Art. 2 E-VVG für gleich schutzbedürftig wie Konsumenten. Diese Schutzbedürftigkeit sei „im spezifischen Charakter der Versicherungsmaterie begründet, welche aufgrund ihrer Eigenarten und Komplexität selbst für geschäftsgewandte Personen nur schwer zu beherrschen ist“.<sup>124</sup>
- 335 Wie ebenfalls bereits ausgeführt,<sup>125</sup> ist offensichtlich, dass diese Begründung das Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer bzw. Versicherten und Versicherer im Auge hat, also im Wesentlichen den Versicherungsvertrag. Die Beziehung zwischen dem Versicherungsbroker und dem Versicherungsnehmer ist dagegen eine vom Versicherungsvertrag unabhängige Beziehung, die rechtlich in der Brokervereinbarung ihren Ausdruck findet.
- 336 Bei der Entschädigungsthematik im Rahmen dieser Brokervereinbarung geht es nicht um eine Versicherungsfrage. Es handelt sich insbesondere nicht um eine „Versicherungsmaterie ... welche aufgrund ihrer Eigenarten und Komplexität selbst für geschäftsgewandte Personen nur schwer zu beherrschen ist“.

---

<sup>121</sup> Vermittlerrichtlinie, Erwägung 21.

<sup>122</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 17.

<sup>123</sup> Vgl. Rz 105 ff.

<sup>124</sup> Erläuternder Bericht E-VVG, S. 17.

<sup>125</sup> Vgl. Rz 105 ff.

Die Entschädigungsfrage ist die übliche Frage nach dem Entgelt für eine Dienstleistung, mit der jeder Unternehmer vertraut ist.

- 337 Weiter ist zu beachten, dass die Verfassung den Unternehmen im Rahmen der Wirtschaftsfreiheit das Recht, ihre Geschäftsbeziehungen frei zu gestalten, garantiert.<sup>126</sup> Damit setzt die Verfassung gleichzeitig voraus, dass Unternehmen im Regelfall hierzu auch in der Lage sind und keiner staatlichen Unterstützung, beispielsweise durch Schutzvorschriften, bedürfen. Dies muss auch für Geschäftskunden von Versicherungsbrokern gelten, selbst wenn es sich um KMU handelt.
- 338 Hieraus ergibt sich, dass die Entschädigungsregelung über das Erforderliche hinausgeht, soweit sie auch für Brokervereinbarungen mit Unternehmen, und insbesondere auch KMU, Geltung beansprucht.
- 339 Unter dem Aspekt des persönlichen Geltungsbereichs wäre die zwingende Entschädigungsregelung (wenn schon) auf das Verhältnis zwischen Versicherungsbroker und Konsumenten zu beschränken.

#### 10.6.2 Sachlicher Geltungsbereich: Doppelentschädigungsproblematik

- 340 Wie vorstehend ausgeführt, wurde Art. 68 E-VVG eine Sachverhalt- und Interessensituation zugrunde gelegt, die bei Versicherungsbrokern nur ausnahmsweise vorliegt: die Doppelentschädigungsproblematik.<sup>127</sup>
- 341 Im Gegensatz zu unabhängigen Vermögensverwaltern, wo die Doppelentschädigungsgefahr real ist, ist diese Gefahr bei Versicherungsbrokern als Folge des Courtagenmodells regelmässig nicht gegeben.
- 342 Damit ist aber die zwingende Entschädigungsregelung, soweit sie die Doppelentschädigungsproblematik bekämpft, nur insoweit erforderlich, als ein Versicherungsbroker im konkreten Fall tatsächlich aus zwei Quellen Leistungen erhält. Soweit dies nicht der Fall ist, geht die zwingende Entschädigungsregelung über das Erforderliche hinaus.
- 343 Unter dem Aspekt des sachlichen Geltungsbereichs wäre die zwingende Entschädigungsregelung (wenn schon) auf Doppelentschädigungssachverhalte zu beschränken.

---

<sup>126</sup> Häfelin / Haller / Keller, Rz 645.

<sup>127</sup> Vgl. Rz 235 ff.

## 10.7 Nicht erforderlich gemäss Gemeinschaftsrecht und deutschem Recht

344 Weder der europäische noch der deutsche Gesetzgeber sahen eine Notwendigkeit, die Entschädigung der Versicherungsbroker aus Kundenschutzgründen besonders zu regeln.<sup>128</sup>

345 Insbesondere kennen weder das Gemeinschaftsrecht noch das deutsche Recht eine Regelung, die Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG vergleichbar ist und damit dem üblichen Geschäftsmodell der Versicherungsbroker zuwiderläuft.

346 Damit bestätigen diese beide Rechtsordnungen, dass die vorgeschlagene Entschädigungsregelung im Interesse des Kundenschutzes nicht erforderlich ist.

## 10.8 Fazit

347 Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG ist im Interesse des Kundenschutzes nicht erforderlich.

## 11. Verhältnismässigkeit von Eingriffszweck und Eingriffswirkung

### 11.1 Einleitung

348 Weiter ist zu prüfen, ob das mit dem Eingriff verfolgte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zur dadurch bewirkten Freiheitsbeschränkung steht (Verhältnismässigkeit im engeren Sinn).

349 Eine Anordnung ist dann unverhältnismässig, wenn deren negative Wirkungen im konkreten Fall schwerer ins Gewicht fallen als das öffentliche Interesse daran, dass die Anordnung getroffen wird. Es geht hierbei um eine Abwägung der verfolgten öffentlichen und der betroffenen privaten Interessen.<sup>129</sup>

### 11.2 Nicht oder schwach begründetes Kundenschutzziel

350 Da der Erläuternde Bericht das öffentliche Interesse an der zwingenden Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG nicht eindeutig offengelegt, muss dieses durch Auslegung ermittelt werden. Die Auslegung legt nahe, dass die zwingenden Entschädigungsordnung

<sup>128</sup> Vgl. zum Gemeinschaftsrecht Rz 244 ff.; vgl. zum deutschen Recht Rz 252 ff.

<sup>129</sup> HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 323; RICHLI, Rz 314; MÜLLER / SCHEFER, Rz 1223; St. Galler Kommentar-SCHWEIZER, Art. 36 BV Rz 25; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 105.

wohl zum Schutz der Kunden von Versicherungsbrokern erlassen werden soll.<sup>130</sup>

351 Dass das öffentliche Interesse nicht eindeutig offengelegt wird, spricht von vornherein gegen einen dringenden rechtlichen Handlungsbedarf.<sup>131</sup>

352 Dasselbe gilt für den Umstand, dass die Schutzbedürftigkeit der Kunden in Entschädigungssachen bloss angenommen wird. Der Erläuternde Bericht benennt weder ein abstraktes Missbrauchspotential noch konkrete Missbrauchsfälle. Vielmehr beruht Art. 68 E-VVG stillschweigend auf entsprechenden Vermutungen.<sup>132</sup>

353 Auch die Doppelentschädigungsproblematik, die dem Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460 zugrunde lag, liegt bei Versicherungsbrokern (im Unterschied zu unabhängigen Vermögensverwaltern) bloss ausnahmsweise vor.<sup>133</sup>

354 Zudem belegt auch ein Vergleich mit dem Gemeinschaftsrecht und dem deutsche Recht, dass das öffentliche Interesse an einer Entschädigungsordnung für Versicherungsbroker nicht dringlich ist. Jedenfalls kennen beide Rechtsordnung keine Regelung, die Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG vergleichbar ist.<sup>134</sup>

### 11.3 Schwerer Eingriff in das Geschäftsmodell der Versicherungsbroker

355 Die Analyse der zwingenden Entschädigungsordnung hat gezeigt, dass diese mit Lenkungsabsicht in das Entschädigungssystem der Versicherungsbroker eingreift.

356 Die Entschädigungsordnung soll – zum Zwecke des Kundenschutzes – das heutige übliche Courtagenmodell rechtlich und administrativ beschweren und dadurch das heute wenig verbreitete Direktentschädigungsmodell fördern.

357 Aus Art. 68 Abs. 1 E-VVG ergibt sich, dass das Direktentschädigungsmodell zum Regelfall der Entschädigung gemacht werden soll. Wollen ein Versicherungsbroker und ein Kunde am Courtagenmodell festhalten, so ist dies nur im

---

<sup>130</sup> Vgl. Rz 226 ff.

<sup>131</sup> Vgl. Rz 223 ff.

<sup>132</sup> Vgl. Rz 231 ff.

<sup>133</sup> Vgl. Rz 235 ff.

<sup>134</sup> Vgl. Rz 244 ff.

- Rahmen des Direktentschädigungsmodells möglich, wie sich aus dem Anrechnungserfordernis gemäss Art. 68 Abs. 3 E-VVG ergibt.<sup>135</sup>
- 358 Art. 68 Abs. 1 und Abs. 2 E-VVG steht damit im Widerspruch zum heute üblichen Courtagensystem, das ein Grundpfeiler des Geschäftsmodells der Versicherungsbroker ist.
- 359 Entscheidet sich ein Versicherungsbroker infolge der neuen Regulierung, auf das Direktentschädigungsmodell i.S.v. Art. 68 Abs. 1 E-VVG umzusteigen, erleidet er dadurch Wettbewerbsnachteile. Seine Dienstleistung wird faktisch und in der Wahrnehmung der Kunden verteuert.
- 360 Faktisch verteuert wird seine Dienstleistung, weil der Versicherungsbroker dem Kunden neu (z.B.) ein Stundenhonorar verrechnen muss, obwohl die vom Kunden zu bezahlende Versicherungsprämie die gleiche bleibt wie unter dem Courtagensystem. Auch in der Wahrnehmung des Kunden verteuert sich die Dienstleistung des Versicherungsbrokers, weil er den Versicherungsbroker nun für eine Dienstleistung direkt bezahlen muss, die er vom Versicherungsbroker bisher ohne Direktentschädigung erhielt und vom Versicherungsagenten weiterhin erhält.
- 361 Will ein Versicherungsbroker am Courtagenmodell festhalten, so erleidet er dadurch ebenfalls Wettbewerbsnachteile. Durch Art. 68 Abs. 1 E-VVG wird dem Courtagenmodell in jedem Fall des Direktentschädigungsmodell übergestülpt. Auch wenn in einer konkreten Kundenbeziehung die Entschädigung via Courtage erfolgen soll, muss der Versicherungsbroker seinem Kunden formell ein Honorar verrechnen. Nur so ist es zulässig, dass der Kunde auf die Herausgabe der Courtage verzichten und die Courtage „erfüllungshalber an die Entschädigung angerechnet“ werden kann (Art. 68 Abs. 3 E-VVG).
- 362 Dieser Mechanismus zieht eine Bürokratisierung des Geschäfts des Versicherungsbrokers nach sich und verursacht erhebliche administrative Kosten. Der Versicherungsbroker muss für jeden einzelnen Kunden ein Honorarabrechnungssystem einrichten und unterhalten, wo dies bisher nicht nötig war und das letztlich einzig dem formellen Zweck von Art. 68 Abs. 3 E-VVG dient.
- 363 Darüber hinaus wird es schwierig, wenn nicht unmöglich sein, das Honorar im Voraus in einer Weise festzulegen, dass sich Honorar und Courtagen gegenseitig wertmässig entsprechen, wie es unter dem Courtagenmodell angestrebt werden dürfte. Dies ist deshalb schwierig, weil sich im Voraus kaum abschätzen lässt, wie gross der zeitliche Aufwand für die Betreuung einer Kundenbeziehung sein wird. Wird das Honorar – im Vergleich zur Courtage – zu hoch angesetzt, muss der Kunde die Differenz begleichen, was dem Sinn des Courtagensystems widerspricht und die Brokerdienstleistung verteuert. Wird das Honorar zu tief angesetzt, muss der Broker die über das Honorar hinausgehende Courtage an den Kunden abliefern, womit für ihn das Geschäft

---

<sup>135</sup> Ausführlich: Rz 145 ff.

ökonomisch uninteressant wird. Im Endeffekt ist dieser Mechanismus umständlich und dem Kunden schwierig zu vermitteln. Beim Kunden dürfte der Eindruck entstehen, dass sich die Brokerdienstleistungen verteuert haben.

364 Die zwingende Entschädigungsordnung verschlechtert also die Wettbewerbssituation für die Versicherungsbroker in jedem Fall. Dies gilt sowohl für Broker, die auf das Direktentschädigungssystem umsteigen, als auch für diejenigen, die am Courtagensystem unter den geänderten Rahmenbedingungen festhalten. In beiden Fällen dürfte die neue Entschädigungsordnung abschreckende Wirkung auf die Kunden haben.

365 Indem Art. 68 E-VVG das Courtagensystem mit zusätzlichen Kosten und Auflagen beschwert, verliert das Geschäftsmodell der Versicherungsbroker nicht nur an Wettbewerbsfähigkeit, sondern wird es in einem zentralen Punkt angegriffen.

#### 11.4 Wahlmöglichkeit der Kunden wird eingeschränkt

366 Ob diese Regulierung dem Kundeninteresse entspricht, darf bezweifelt werden. Die zwingende Entschädigungsordnung nimmt den Kunden (in jedem Fall den KMU und den Konsumenten) die Möglichkeit, zwischen dem traditionellen Courtagen- und Direktentschädigungsmodell frei zu wählen, da Art. 68 Abs. 3 E-VVG das Courtagenmodell nur noch im Rahmen des Direktentschädigungsmodells erlaubt.

#### 11.5 Fazit

367 Wie die vorstehenden Ausführungen belegen, wiegt der Eingriff in die Vertragsfreiheit der Versicherungsbroker damit schwerer als das Kundenschutzziel, das die zwingende Entschädigungsordnung verfolgt.

368 Der mit Art. 68 E-VVG beabsichtigte Eingriff in das heute übliche Entschädigungssystem der Versicherungsbroker ist massiv. Er stellt eine Regelung dar, deren Nutzen für den Kundenschutz ungewiss ist und das Kundeninteresse möglicherweise negativ tangiert.

369 In jedem Fall geht Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG weit über eine Regelung hinaus, welche (als Nebenwirkung) den Wettbewerb unter den Versicherungsbrokern verstärkt. Vielmehr beschwert die zwingende Entschädigungsordnung das Courtagensystem mit rechtlichen und administrativen Lasten mit dem prioritären Ziel, das Direktentschädigungsmodell zu fördern. Damit wird ein zentrales Element des heute üblichen Geschäftsmodells der Versicherungsbroker in Frage gestellt.

- 370 Aus dieser Interessenabwägung folgt, dass die zwingende Entschädigungsordnung unverhältnismässig ist.

## 12. Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten

### 12.1 Genügende Wettbewerbsneutralität erforderlich

- 371 Eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit ist nur zulässig, wenn die Gleichbehandlung der Konkurrenten (vom Bundesgericht oft als „Gewerbegeossen“ bezeichnet) gewährleistet ist.<sup>136</sup>

- 372 Das Bundesgericht umschreibt den Schutzgehalt dieser Einschränkungsvoraussetzung folgendermassen (Hervorhebungen hinzugefügt):

„Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verbietet Massnahmen, welche den **Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren** bzw. **nicht wettbewerbsneutral** sind.“<sup>137</sup>

„Sie [die Gleichbehandlung der Gewerbegeossen] gewährt einen Schutz vor staatlichen Ungleichbehandlungen, die zwar auf ernsthaften, sachlichen Gründen beruhen mögen, gleichzeitig aber, ohne in der Hauptstossrichtung wirtschaftspolitisch motiviert zu sein, einzelne Konkurrenten [gebundene Versicherungsvermittler] namentlich durch unterschiedliche Belastungen oder staatlich geregelten Marktzugang bzw. -ausschluss begünstigen oder benachteiligen.“<sup>138</sup>

- 373 Das Gebot der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten ist strenger als das allgemeine, in Art. 8 BV verankerte Rechtsgleichheitsgebot.<sup>139</sup>

„Staatliche Hoheitsakte können Unterscheidungen treffen, die zwar auf vernünftigen, sachlichen Gründen beruhen und damit vor dem Rechtsgleichheitsgebot standhalten, aber dennoch in unzulässiger Weise vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, weil die Differenzierung nicht genügend wettbewerbsneutral ist. Die Wirtschaftsfreiheit ergänzt somit das allgemeine Gleichbehandlungsgebot und bietet einen darüber hinausreichenden Schutz.“<sup>140</sup>

<sup>136</sup> BGE 132 I 97, S. 100; BGE 130 I 26, S. 43; BGE 125 II 129, S. 149; BGE 123 I 12, S. 15; HÄFELIN / HALLER / KELLER, Rz 692 ff.; RHINOW / SCHEFER, Rz 3204 ff.; RICHLI, Rz 327 f.; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 26; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 70. Vgl. hierzu auch SCHÖNBÄCHLER, Rz 292 ff.

<sup>137</sup> BGE 125 I 431, S. 435; BGE 125 II 129, S. 149, mit weiteren Verweisen. Im selben Sinn: BGE 130 I 26, S. 53; Urteil des Bundesgerichts vom 26.1.2006, 2P.83/2005, E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts vom 14.6.2005, 2A.26/2005, E. 4.2.

<sup>138</sup> BGE 125 I 431 S. 435.

<sup>139</sup> BGE 121 I 129, S. 135; St. Galler Kommentar-VALLENDER, Art. 27 BV Rz 28; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 70.

<sup>140</sup> Häfelin / Haller / Keller, Rz 693.

374 Nur sachlich begründete, besonders überzeugende Gründe können eine Ungleichbehandlung unter dem Gesichtspunkt von Art. 27 BV rechtfertigen. Die Rede ist auch von „triftigen Gründen“, die als gewichtige öffentliche Interessen verstanden werden. Doch in jedem Fall sind spürbare Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden, und es sollen möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden.<sup>141</sup>

## 12.2 Versicherungsbroker, Versicherungsagenten und Versicherungsunternehmen als direkte Konkurrenten

375 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gelten als direkte Konkurrenten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit den gleichen Angeboten an das gleiche Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen.<sup>142</sup>

376 Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Beratung, dem Abschluss und der Betreuung von Versicherungsverträgen werden im Wesentlichen von drei Marktakteuren angeboten:

- durch die Versicherungsunternehmen selbst, in der Regel vertreten durch (mittels Arbeitsvertrag angestellten) Aussendienstmitarbeiter<sup>143</sup>, neuerdings auch Direktvertrieb via Internet;
- durch Versicherungsagenten, die an einzelne Versicherungsunternehmen durch Agenturverträge i.S.v. Art. 418a OR ff. gebunden sind (gebundene Versicherungsvermittler); und
- durch Versicherungsbroker, welche vom Versicherungsunternehmen unabhängig sind (ungebundene Versicherungsvermittler)

377 Vorliegend lässt sich die bundesgerichtliche Definition folgendermassen ergänzen:

„Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche [vorliegend: Versicherungsbranche], die sich mit den gleichen Angeboten [vorliegend: Dienstleistungen betreffend Beratung, Abschluss und Betreuung von Versicherungsverträgen] an das gleiche Publikum [vorliegend: potentielle Versicherungsnehmer] richten, um das gleiche Bedürfnis (vorliegend: Deckung eines wirtschaftlichen Risikos) zu befriedigen.“

378 Damit sind Versicherungsbroker, Versicherungsagenten und die Versicherungsunternehmen direkte Konkurrenten im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

<sup>141</sup> RHINOW / SCHEFER, Rz 3207; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 70 („Wettbewerbsverzerrungsverbot“). Vgl. auch SCHÖNBÄCHLER, Rz 348 ff., insb. Rz 350 („möglichst wettbewerbsneutral“).

<sup>142</sup> BGE 132 I 97, S. 100; BGE 125 I 431 S. 436; BGE 125 II 129 S. 149.

<sup>143</sup> In welchem Vertragsverhältnis die gebundenen Versicherungsvermittler zum Versicherer stehen (Arbeits-, Agentur-, Handelsreisendenvertrag oder blosser Auftrag) ist unerheblich; vgl. KUHN, S. 123.

379 Auch die Vermittlerrichtlinie weist auf das Konkurrenzverhältnis zwischen Versicherungsbrokern und Versicherungsagenten hin und betont die Notwendigkeit, diese Konkurrenten gleich zu behandeln:

„Versicherungsprodukte können von verschiedenen Kategorien von Personen oder Einrichtungen wie Versicherungsagenten, Versicherungsmaklern und Allfinanzunternehmen<sup>1</sup> vertrieben werden. Aus Gründen der **Gleichbehandlung** all dieser Akteure [...] sollte sich diese Richtlinie auf all diese Personen oder Einrichtungen beziehen.“<sup>144</sup>

380 Hieraus folgt, dass die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG dem Gleichbehandlungsgebot i.S.v. Art. 27 BV standhalten muss.

### 12.3 Sachlich nicht begründete Schlechterstellung der Versicherungsbroker insbesondere im Vergleich zu den Versicherungsagenten

381 Der Entwurf enthält einzig für die Versicherungsbroker eine zwingende Entschädigungsordnung. Für Versicherungsagenten ist keine Regelung vorgesehen, die mit Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG vergleichbar ist.

382 Der Abschnitt über die Versicherungsagenten (Art. 70 und 71 E-VVG) enthält keine Bestimmung über die Entschädigung. Ebenso wenig sieht Art. 45 E-VAG vor, auch für die Versicherungsagenten eine Offenlegung der vom Versicherer erhaltenen Entschädigungen zu verlangen.

383 Wie die vorstehende Analyse gezeigt hat, verschlechtert die zwingende Entschädigungsordnung die Wettbewerbssituation für die Versicherungsbroker in jedem Fall. Dies gilt sowohl für Broker, die auf das Direktentschädigungssystem umsteigen, als auch für diejenigen, welche am Courtagensystem unter den geänderten Rahmenbedingungen festhalten. In beiden Fällen dürfte die neue Entschädigungsordnung eine negative bzw. gar abschreckende Wirkung auf die Kunden haben.<sup>145</sup>

384 Sollte sich ein Versicherungsbroker infolge von Art. 68 E-VVG dazu entscheiden, das Direktentschädigungsmodell anzuwenden, verteuert sich seine Dienstleistung im Vergleich zu den Versicherungsagenten und Versicherungsgesellschaften:

<sup>144</sup> Vermittlerrichtlinie, Erwägung 9.

<sup>145</sup> Ausführlich: Rz 145 ff. und Rz 165 ff.

	Beratung & Betreuung abgegolten durch...	Risikodeckung abgegolten durch...
<b>Versicherungsbroker</b>	<b>Entschädigung</b> durch den Kunden (Art. 68 Abs. 1 E-VVG) (Leistungen des Versicherers, die im Zusammenhang mit dem vermittelten Vertrag stehen, sind an den Kunden herauszugeben: Art. 68 Abs. 2 E-VVG)	Versicherungsprämie
<b>Versicherungsagenten</b>	„all inclusive“ Versicherungsprämie	
<b>Versicherungsunternehmen</b> (Aussendienst / Internetvertrieb)	„all inclusive“ Versicherungsprämie	

- 385 Ein Kunde, der durch einen Versicherungsbroker beraten wird, bezahlt demnach (i) das Brokerhonorar und (ii) die Versicherungsprämie. In der Versicherungsprämie sind aber die Beratungs- und Betreuungskosten der Versicherungsagenten und Versicherungsunternehmen bereits einkalkuliert. Diese Dienstleistungen hat der Kunde des Versicherungsbrokers nun zusätzlich zu entschädigen. Bei Beibehaltung einheitlicher Versicherungsprämien über alle Vertriebskanäle hinweg führt Art. 68 Abs. 1 E-VVG damit insbesondere zu einer Quersubventionierung der Versicherungsagenten.
- 386 Falls sich ein Versicherungsbroker als Folge von Art. 68 E-VVG dazu entscheidet, das Courtagenmodell unter den neuen Rahmenbedingungen beizubehalten, verteuert sich seine Dienstleistung im Vergleich zu den Versicherungsagenten und Versicherungsgesellschaften ebenso:

	Beratung & Betreuung abgegolten durch...	Risikodeckung abgegolten durch...
<b>Versicherungsbroker</b>	<p><b>Entschädigung</b> durch den Kunden (Art. 68 Abs. 1 E-VVG)</p> <p>wobei Leistungen des Versicherers an den Versicherungsbroker i.S.v. Art. 68 Abs. 2 E-VVG an die Entschädigung <b>angerechnet</b> werden dürfen (Art. 68 Abs. 3 E-VVG),</p> <p>was – um u.a. den Anforderungen von Art. 68 Abs. 3 VVG zu genügen – <b>zusätzliche Kosten</b> nach sich zieht, und beim Kunden – infolge der zusätzlichen Kosten und der grundsätzlichen Vereinbarung einer Entschädigung zu Anrechnungszwecken – <b>auch den Eindruck einer Kostensteigerung und Bürokratisierung</b> nach sich zieht.</p>	Versicherungsprämie
<b>Versicherungsagenten</b>	„all inclusive“ Versicherungsprämie	
<b>Versicherungsunternehmen</b> (Aussendienst / Internetvertrieb)	„all inclusive“ Versicherungsprämie	

- 387 Ein Kunde, der durch einen Versicherungsbroker beraten wird, bezahlt demnach einen durch Art. 68 Abs. 3 E-VVG bedingten Regulierungsaufschlag. Bei Beibehaltung einheitlicher Versicherungsprämien über alle Vertriebskanäle hinweg führt Art. 68 Abs. 3 E-VVG damit insbesondere zu einer klaren Privilegierung der Versicherungsagenten.
- 388 Überzeugende sachliche Gründe für eine solche Ungleichbehandlung sind nicht ersichtlich. Die vorgeschlagene Entschädigungsordnung widerspricht damit dem Gebot, dass Ungleichbehandlungen keine spürbaren Wettbewerbsverzerrungen bewirken dürfen und möglichst faire Wettbewerbsverhältnisse geschaffen werden sollen.<sup>146</sup> Nicht erfüllt wäre auch das Gebot, dass die Ungleichbehandlung auf ein Minimum reduziert werden muss.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> RHINOW / SCHEFER, Rz 3207; VALLENDER / HETTICH / LEHNE, § 5 Rz 70 („Wettbewerbsverzerrungsverbot“). Vgl. auch SCHÖNBÄCHLER, Rz 348 ff., insb. Rz 350 („möglichst wettbewerbsneutral“).

<sup>147</sup> BGE 132 I 97, S. 100; Urteil des Bundesgericht vom 26.1.2006, 2P.83/2005, E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts vom 14.6.2005, 2A.26/2005, E. 4.2.

#### 12.4 Netquoting würde umfassende Regulierung zulasten der Versicherungsunternehmen erfordern

389 Die Versicherungsunternehmen könnten sich durch Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG veranlasst sehen, das Netquoting einzuführen.

390 Beim Netquoting werden durch die Versicherungsprämie einzig die Kosten der Risikoabdeckung abgegolten, nicht jedoch die Beratungs- und Betreuungskosten.

391 Ein wettbewerbsneutrales Netquoting erfordert eine umfassende Regulierung der Prämienkalkulation auf Seiten der Versicherungsunternehmen. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Versicherungsunternehmen das Netquoting in einem Sinne ausgestalten, dass den Eigenvertrieb und die Versicherungsagenten begünstigt und die Versicherungsbroker gleichzeitig erheblich benachteiligt.

392 Den Versicherungsunternehmen wäre es nur schwer möglich, die notwendige Transparenz sicherzustellen. Die FINMA müsste strenge Transparenzvorschriften erlassen, welche die Versicherungsunternehmen verpflichten, die von ihren Versicherungsagenten verursachten Kosten vollständig offenzulegen.

393 Sowohl im E-VVG als auch im E-VAG fehlen entsprechende Transparenzvorschriften, sollten sich die Versicherungsunternehmen durch die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1 bis und 1ter E-VAG zu einem Netquoting veranlasst sehen.

#### 12.5 Fazit

394 Die zwingende Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und 1<sup>ter</sup> E-VAG hält dem Verbot der Ungleichbehandlung direkter Konkurrenten nicht stand. Die Versicherungsbroker würden gegenüber dem gebundenen Versicherungsvermittler im Wettbewerb erheblich bzw. in unzulässiger Weise benachteiligt, was zu Wettbewerbsverzerrungen führt.

### 13. Schlussfolgerung

395 Die Entschädigungsordnung gemäss Art. 68 E-VVG i.V.m. Art. 45 Abs. 1<sup>bis</sup> und  
1<sup>ter</sup> E-VAG verletzt die Wirtschaftsfreiheit und ist damit verfassungswidrig.

396 Für die Zusammenfassung wird auf III. verwiesen.<sup>148</sup>

Zürich, 21. Juli 2009

Prof. Dr. Moritz W. Kuhn

Dr. Philipp Sieber, LL.M.

---

<sup>148</sup> Rz 38 ff.