

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20200114_d_gr_u_01 vom 14. Januar 2020

FINMA Versicherungsrecht, 2020-01-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20200114_d_gr_u_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20200114_d_gr_u_01 du 14 janvier 2020

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20200114_d_gr_u_01 del 14 gennaio 2020

Volltext

-8 - lung verhielt sie sich erneut widersprüchlich, indem sie einerseits aufgrund der im Verfahren eingeholten Expertise ihre Bestreitung, dass die Anlagen den Neuwert von CHF 12 Mio. nicht erreicht hätten, nicht mehr aufrecht hielt, jedoch in der Folge die Unterdeckung weiterhin basierend auf einen Anlagewert von CHF 12 Mio. anstatt den gutachterlich festgestellten CHF 14'643'342.00 berechnete. Zudem kann es bereits grundsätzlich nicht angehen, vom Wert der Anlagen im Jahr 2016 einfach die getätigten Investitionen abzuziehen, um den Wert der Anlagen im Jahr 2004 zu berechnen. Bereits aufgrund der Inflation zwischen den Jahren 2004 und 2016 (LIK) ergibt sich eine Differenz von +3.4%. Davon abgesehen umfassen die von der Beklagten berücksichtigten Investitionen nur die Jahre 2005 bis 2016, womit allfällige Investitionen des Jahres 2004 überhaupt nicht berücksichtigt werden. Es ist denn auch nur schwer abschätzbar, welchen Wert die Anlagen der Klägerin beim Abschluss des Versicherungsvertrages hatten. Der behauptete Wert von CHF 7'056'816.12 ist jedoch wohl zu hoch gegriffen. Wie nachfolgend aufgezeigt wird, kann letztlich jedoch ohnehin offenbleiben, ob und in welcher Höhe zum Zeitpunkt des Versicherungsabschlusses im Jahr 2004 bereits eine Unterversicherung bestand. Während keine Anzeichen dafür bestehen, dass sich das Risiko eines Schadenfalls oder die Prämienbelastung in den Jahren nach Abschluss des Versicherungsvertrages in relevanter Weise veränderten, so änderte sich unbestrittenermassen der Wert der klägerischen Anlagen massiv. Selbst wenn davon ausgegangen würde, dass die Klägerin eine anfängliche Unterdeckung in geringem Umfang aufgrund der damit verbundenen Prämiensparnis noch hätte gutheissen können, so wurde die Unterdeckung mit jeder getätigten Investition, welche nicht zu einer entsprechenden Anpassung der Versicherungssumme führte, höher. Mit anderen Worten wurde mit jeder Investition das letztlich von der Klägerin zu tragende Risiko höher. Somit würde selbst eine anfängliche Bereitschaft der Klägerin, eine gewisse Unterversicherung von z.B. 10% selbst zu verantworten, nichts über die Bereitschaft der Klägerin aussagen, die später aufgrund der Investitionen entstandene Unterversicherung von über 75% zu tragen. Vorliegend ist unbestritten, dass die Beklagte die Klägerin trotz der aufgrund von Investitionen stetig steigenden Unterversicherung zu keinem Zeitpunkt darauf verwiesen oder aufgefordert hat, die Versicherungssumme anzupassen. Nachfolgend ist zu prüfen, ob die Beklagte einerseits die grundsätzliche Pflicht hatte, die Klägerin über die veränderte Risikolage zu informieren, und in der Folge, ob es der Beklagten im konkreten Fall vorgeworfen werden kann, dass dies nicht geschehen ist. 4. Wie bereits erwähnt, war die Beklagte unbestrittenermassen ab dem 28. September 2009 bis zum September 2016 Maklerin der Klägerin. Nachfolgend ist zu prüfen, wie der zwischen den Parteien abgeschlossene Vertrag zu qualifizieren ist, und welche Pflichten die Beklagte entsprechend zu erfüllen hatte. 4.1. Vorliegend erscheint klar, dass die Beklagte eine Versicherungsmaklerin ("Versicherungsbrokerin") i.S. von Art. 40 des Bundesgesetzes

betreffend die Aufsicht

-9 - über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01) darstellt. Es ist zu unterscheiden zwischen gebundenen (Versicherungsvermittler die an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind) und ungebundenen (Versicherungsvermittler die weder rechtlich noch wirtschaftlich noch auf andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind) Vermittlern, wobei die ungebundenen Versicherungsvermittler sich zwingend in das betreffende Register der Finanzmarktaufsicht (FINMA) einzutragen haben (vgl. Art. 43 Abs. 1 VAG). Die Beklagte hat sich als Versicherungsvermittlerin per 28. August 2009 (Datum erstmalige Registrierung) in das Register der FINMA eintragen lassen. Durch die Eintragung wird bezeugt, dass die Voraussetzungen für die Eintragung bestanden bzw. bestehen: Die juristische Person hat genügend Mitarbeiter, die ausreichende berufliche Qualifikationen besitzen und sie hat zudem eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen oder gleichwertige finanzielle Sicherheiten geleistet (Art. 44 Abs. 1 VAG). Gemäss Art. 186 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011) muss die Berufshaftpflichtversicherung mindestens 2 Millionen Franken für alle Schadenfälle eines Jahres betragen. 4.2. Das Bundesgericht musste sich bisher nicht zur Qualifikation eines Versicherungsmaklervertrages äussern, und hat diese deshalb offengelassen (vgl. BGE 142 III 657). In der Lehre wird die Ansicht geäussert, dass es sich beim Versicherungsmaklervertrag (auch "Broker"-Vertrag genannt) um einen einfachen Auftrag, allenfalls mit Beimischung untergeordneter Elemente aus weiteren Vertragstypen handelt (SCHMID, ZBJV 153/2017, S. 804). Andere Lehrmeinungen gehen dahin, dass es sich beim Vertrag zwischen dem Makler (bzw. Broker) am ehesten um einen Maklervertrag i.S. von Art. 412 Abs. 1 OR handelt, bzw. um einen Innominatvertrag, einem Vertrag sui generis mit Elementen des Maklervertrages, des einfachen Auftrages und allenfalls des Werkvertrages (GRASER, Diener zweier Herren? - Zur Rolle des Versicherungsbrokers, S. 2, in: Luterbacher [Hrsg.], Versicherungen und Broker, Tagungsband 2014; STUDER, Die Rechtsstellung des Versicherungsbrokers in der Schweiz, Diss. Zürich 2000, S. 209). Vorliegend kann offenbleiben, wie der Versicherungsmaklervertrag zu qualifizieren ist. Die Lehre ist sich einig, dass einzelne Teilbereiche des Versicherungsmaklervertrags jeweils verschiedenen Vertragstypen zugeordnet werden können. Im vorliegend relevanten Bereich der Haftung des Versicherungsbrokers geht nun eine Mehrheit der Lehre von einer normalen Haftung für getreue Ausführung i.S. von Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 OR (Haftung des Auftragnehmers) aus (FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, Rz. 7.83; SCHMID, a.a.O., S. 804, GRASER, a.a.O., S. 16, mit Hinweis auf FISCHERIZUBERBÜHLER, Die Haftung des Versicherungsbrokers, in: Luterbacher [Hrsg.], Versicherungen und Broker, Tagungsband 2013), was sachgerecht ist und sich auch im Hinblick auf Art. 412 Abs. 2 OR (subsidiäre Anwendung des Auftragsrechts beim Maklervertrag) rechtfertigt. 4.3. Durch die Annahme eines Auftrags verpflichtet sich der Beauftragte, die ihm übertragenen Geschäfte oder Dienste vertragsgemäss zu besorgen (Art. 394 Abs. 1

-10 OR). Der Beauftragte haftet im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis und er haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung der ihm übertragenen Geschäfte (Art. 398 Abs. 1 und 2 OR). Dabei obliegt dem Auftraggeber, der wegen mangelhafter Erfüllung des Auftrags Schadenersatz beansprucht

(Art. 97 Abs. 2 i.V.m. Art. 398 OR), die Behauptungs- und Beweislast hin sichtlich des Schadens, der Vertragsverletzung und des Kausalzusammenhangs zwischen der Vertragsverletzung und dem geltend gemachten Schaden (vgl. Art. 8 ZGB). Die Beklagte als Beauftragte hat dagegen darzutun, dass sie kein Verschulden trifft, bzw. dass ein Selbstverschulden der Klägerin vorlag, sowie allenfalls ein dadurch bewirkter Unterbruch des Kausalzusammenhangs. 4.4. Eine Vertragsverletzung liegt unter anderem dann vor, wenn die vertraglich geschuldete Leistung nicht gehörig erbracht oder eine sekundäre Nebenpflicht verletzt wird (vgl. WIEGAND, N 26 ff. zu Art. 97 OR, in: Basler Kommentar zum OR 1, Honsell/Nogt/Wiegand [Hrsg.], 7. Aufl., Basel 2019 [nachfolgend: BSK OR ! Bearbeiter, N . . . zu Art. . . . OR]). Gemäss dem zwischen der Klägerin und der Beklagten am 28. September 2009 abgeschlossenen Vertrag verpflichtete sich die Beklagte unter anderem ausdrücklich zur steten Überprüfung, Betreuung und Verwaltung des Versicherungsportfeuillees. Die Situation ist diesbezüglich praktisch deckungsgleich zu derjenigen, welche in BGE 124 III 481 zu beurteilen war. Zur Betreuung durch den Versicherungsmakler gehört gemäss E. 4c des genannten Entscheids auch die Beratung über die auf die Bedürfnisse der Mandantin zugeschnittenen Versicherungsmöglichkeiten und die laufende Anpassung der bestehenden Versicherungsverträge an veränderte Bedürfnisse der Mandantin bzw. an veränderte Marktverhältnisse (vgl. auch GRASER, a.a.O., S. 7 sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A_577/2015 E. 5.1 mit Hinweis auf das Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 19. Mai 2015). Die Beklagte war somit verpflichtet, bei Übernahme des Mandats zu überprüfen, ob die momentan vorhandenen Versicherungsverträge der Klägerin auf ihre Bedürfnisse zugeschnitten waren in Bezug auf Prämienbelastung, Risiko, Versicherungssumme etc., und ob allenfalls für die Mandantin bessere Versicherungsprodukte auf dem Markt vorhanden waren. Zudem war sie verpflichtet in regelmässigen Abständen zu überprüfen, ob die aktuellen Versicherungslösungen noch zweckmässig waren, damit diese allenfalls nach Rücksprache mit der Klägerin hätten angepasst werden können. Vorliegend kam die Beklagte dieser Pflicht zur periodischen Überprüfung bzw. dauernden Überwachung der Versicherungsverträge der Klägerin in keinsten Weise nach. Die Beklagte informierte die Klägerin zu keinem Zeitpunkt über den Bestand bzw. das Ausmass der vorhandenen Unterversicherung. Die Beklagte stellt sich in diesem Zusammenhang auf den Standpunkt, dass sie keine Kenntnis von einer Unterversicherung gehabt habe, und deshalb die Klägerin auch nicht entsprechend instruieren konnte.

-14 - chert waren. Der Neuwert der nicht bereits bei der Gebäudeversicherung versicherten Anlagen betrug somit zum fraglichen Zeitpunkt CHF 14'643'342.00. Wie aus KB 8 bzw. der Zeugenaussage von _____, dem damalig zuständigen Schadenexperten der C. Versicherungen vom 19. Juni 2018 ersichtlich ist, berechnete der Schadenexperte die Unterversicherung auf Basis des Verhältnisses zwischen der Versicherungssumme von CHF 3 Mio. und einem Neuwert von CHF 12 Mio. Die Klägerin macht geltend, dass ihr gesamthaft Kosten von CHF 515'529.85 entstanden sind, welche sich aus Wiederherstellungsarbeiten im Umfang von gesamthaft CHF 504'447.35, Eigenleistungen des Brunnenmeisters und dessen Stellvertreter von CHF 10'020.00 sowie Eigenleistungen der Vorstandsmitglieder der Klägerin von CHF 1'062.50 zusammensetzen. Ausgezahlt wurde von der C. Versicherungen schlussendlich eine Summe von CHF 260'000.00, womit die Klägerin einen Schaden von CHF 255'529.85 selber getragen hat. Grundsätzlich ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin die erwähnten Schadenspositionen in der Replik in ausführlicher Weise substantiiert hat. Die Beklagte hätte demnach diese Ausführungen in

ebenso ausführlicher Weise bestreiten müssen (BGE 141 III 433 E.2.6 mit weiteren Hinweisen). Die rein pauschale Bestreitung der Beklagten in der Duplik genügt diesen Anforderungen nicht. Davon abgesehen sind die behaupteten Aufwendungen (inkl. die geltend gemachten Eigenleistungen) durch die eingereichten Aufzeichnungen sowie die diversen Zeugenaussagen ohnehin in genügender Weise bewiesen. Entgegen den Einwendungen der Beklagten anlässlich der Hauptverhandlung ist es nicht relevant, ob die geltend gemachten Eigenleistungen tatsächlich bezahlt wurden, sondern einzig, ob eine entsprechende Bezahlung geschuldet ist. Wie die Klägerin zu Recht einbrachte, stellt auch eine Erhöhung der Passiven und nicht nur eine Reduktion der Aktiven einen Schaden i.S. von Art. 97 ff. OR dar. Entgegen den Einwendungen der Beklagten sind die Aussagen von I. diesbezüglich nicht vage: So sagte er anlässlich der Parteibefragung vom 12. September 2018 in glaubhafter Weise aus, dass die Vorstandsmitglieder im Rahmen des Spesenreglements bzw. der Brunnenmeister bzw. dessen Stellvertreter im Rahmen von Kompensation von Arbeitsstunden bezahlt worden seien. In beiden Fällen entstand somit ein Schaden durch Erhöhung der Passiven i.S. von Art. 97 ff. OR. Es ist somit erstellt, dass der Klägerin ein Schaden in behaupteter Höhe (CHF 515'529.85) entstanden ist. Die Versicherung ging aufgrund der Kostenschätzungen des Ingenieurbüros E. vom 26. August 2016 von einem Schaden an den Anlagen in der Höhe von CHF 126'000.00 sowie Neubaukosten von CHF 304'000.00, somit von einem Gesamtschaden von CHF 430'000.00 aus. Dazu kamen noch Freilegungs- und Aufräumungskosten in der Höhe von CHF 158'070.00. Die Versicherung ging damit von einem Gesamtbetrag von CHF 588'070.00 bzw. CHF 580'000.00 (Maximale Versicherungssumme von CHF 150'000.00 für Aufräumarbeiten) aus und berechnete die Entschädigungssumme entsprechend.

-19 - Beklagte ihr mitteilen würde, welche Informationen sie ihr zu welchem Zeitpunkt zu liefern habe, damit diese Informationen an die Versicherung weitergegeben werden könnten. Somit ist auch in diesem Bereich kein Selbstverschulden der Klägerin erkennbar. In Bezug auf die Schadensminderungspflicht ist anzumerken, dass die Klägerin eine nahezu 25% höhere Entschädigungssumme aushandeln konnte, als ihr eigentlich zu stand (CHF 260'000 anstatt CHF 214'611.90). Damit ist sie ihrer Schadensminderungspflicht ohne weiteres nachgekommen. Nicht nachvollziehbar wirkt der Einwand der Beklagten, dass die Klägerin hätte wissen sollen, dass bereits bei Vertragsabschluss eine Unterversicherung bestand und diese sich in der Folge stetig erhöhte. Die Beklagte wurde beauftragt, um die branchenfremde Klägerin auch in diesem Bereich zu beraten. Falls die Klägerin die entsprechenden Kenntnisse gehabt hätte, so hätte es von vorneherein keinen Sinn gemacht, überhaupt eine Versicherungsmaklerin zu beauftragen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Beklagte vorliegend ein schweres Verschulden trifft. Sie übernahm ein Maklermandat, obwohl sie zur vertragsgemässen Führung dieses Mandats allen Anschein nach weder gewillt noch befähigt war. Die Klägerin, die sich auf das Fachwissen der Beklagten abstützen durfte, trifft kein Selbstverschulden. Damit steht fest, dass die Beklagte in schuldhafter Weise eine Vertragsverletzung begangen hat, welche in der Folge dazu führte, dass bei der Klägerin ein Schaden in der Höhe von CHF 245'529.85 entstand, welcher durch eine vertragsgemässe Ausführung des Auftrags hätte verhindert werden können. Die Beklagte haftet demnach aus Vertrag für den von ihr verursachten Schaden von CHF 245'529.85, und die Klage ist im entsprechenden Umfang (inkl. dem beantragten Verzugszins seit Einreichung des Schlichtungsgesuches am 6. Juni 2017) gutzuheissen. 7. Die Gerichtskosten werden von Amtes wegen festgesetzt und verteilt {Art. 105 Abs. 1 ZPO). Die unterliegende Partei trägt sie (Art. 106 Abs. 1 ZPO); hat keine Partei obsiegt, so

werden die Gerichtskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO), in Forderungsklagen in der Regel, ausgehend von den Rechtsbegehren, nach dem numerischen Verhältnis von Obsiegen und Unterliegen. Gründe für ein Abweichen von diesen Verteilungsgrundsätzen im Sinne von Art. 107 ZPO sind nicht gegeben. Vorliegend hat die Klägerin ihr Forderungsbegehren von CHF 268'487.35 in der Replik auf CHF 255'529.85 reduziert. Zugesprochen werden ihr schlussendlich CHF 245'529.85, womit sie zu knapp über 90% obsiegt. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, die Gerichtskosten zu 1/10 (CHF 2'669.25) der Klägerin und zu 9/10 (CHF 24'023.40) der Beklagten aufzuerlegen (Art. 105 Abs. 1 und Art. 106 ZPO). Die Gerichtskosten von CHF 26'692.65 (Entscheidgebühre CHF 13'000.00, Kosten der Beweisführung CHF 13'692.65) werden dabei einerseits aus dem vom der Klägerin ge-

20 leisteten Vorschuss von CHF 24'000.00 bezogen (Art. 111 Abs. 1 ZPO); der darüber hinausgehende Teil der Gerichtskosten von CHF 2'692.65 ist andererseits direkt durch die Beklagte zu bezahlen. Im Umfang der Inanspruchnahme des Kostenvorschusses für den beklagten Gerichtsostenanteil ist der Klägerin der volle Rückgriff auf die Beklagte zu erteilen (Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Beklagte ist somit zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 21'645.75 (CHF 21'330.75 + CHF 315.00 [9/10 der Pauschale für das Schlichtungsverfahren von CHF 350.00, Art. 95 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 207 Abs. 2 ZPO]) zu erstatten/zu ersetzen. 7.1. Da die gesamten Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens zu verlegen sind, sind die ausseramtlichen Kosten der Parteien gemäss demselben Verteilungsschlüssel wie die Gerichtskosten zu verlegen. Die Berechnung der Parteientschädigung erfolgt nach der Quoten- beziehungsweise Bruchteilverrechnung. Dabei wird zunächst das anteilmässige Unterliegen und Obsiegen ermittelt. Die Quoten beziehungsweise Bruchteile des jeweiligen Obsiegens beider Parteien werden sodann gegenseitig verrechnet. Die mehrheitlich obsiegende Partei erhält als Parteientschädigung schliesslich die mit der Differenz der verrechneten Bruchteile beziehungsweise Quoten multiplizierte Honorarforderung (vgl. zum Beispiel Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden ZK1 17 66 vom 11. Juli 2018 E. 8, ZK1 15 21 vom 23. November 2017 E. 6.2 mit Hinweis). Die Beklagte hat die Klägerin somit mit 8/10 der von ihr geltend gemachten - und vom Gericht als angemessen beurteilten Honorarforderung zu entschädigen. 7.2. Gemäss Art. 2 Abs. 1 der Verordnung über die Bemessung des Honorars der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Honorarverordnung [HV]; BR 310.250) wird die Parteientschädigung zugunsten der obsiegenden Partei nach Ermessen des Gerichts festgesetzt. Die urteilende Instanz geht dabei vom Ansatz/Betrag aus, welcher der entschädigungsberechtigten Partei für die anwaltliche Vertretung in Rechnung gestellt wird, sofern der vereinbarte Stundenansatz zuzüglich allfällig vereinbartem Interessenwertzuschlag üblich ist und keine Erfolguszuschläge enthält (Art. 2 Abs. 2 Ziff. 1 HV). Als üblich gilt dabei ein Stundenansatz zwischen CHF 210.00 und CHF 270.00 (Art. 3 Abs. 1 HV). Ohne Honorarvereinbarung wird vom mittleren Stundenansatz von CHF 240.00 ausgegangen (vgl. Urteile der II. Zivilkammer des Kantonsgerichts von Graubünden ZK2 13 48 vom 8. Mai 2014 E. 2b mit Hinweisen; ZK1 15 5 vom 3. Februar 2015 E. 4). Die Klägerin reichte eine Honorarvereinbarung ein, welche einen üblichen Stundenansatz von CHF 250.00 enthält. Der ebenfalls vereinbarte und in Rechnung gestellte Interessenwertzuschlag ist ebenfalls als angemessen zu beurteilen, da er sich im von der Honorarverordnung vorgegebenen Rahmen bewegt (vgl. Art. 3 Abs. 2 HV, im Bereich des Streitwerts von CHF 100'000.00 bis 500'000.00 maximal 3%). Gesamthaft stellt die Rechtsvertreterin der Klägerin 63 Stunden und 20 Minuten bzw. CHF 26'197.15 inkl.

Spesen und Interessenwertzuschlag in Rechnung. Dieser detail

-21 - liert ausgewiesene Aufwand erscheint dem Umfang und der Schwierigkeit des vorliegenden Falles angemessen. Dies zeigt sich auch im Quervergleich zur Rechnung des Rechtsvertreters der Beklagten, welcher als beklagte Partei weniger Aufwand aufzu bringen hatte als die Klägerin, und entsprechend einen Aufwand von CHF 17'387.25 (ohne Interessenwertzuschlag) ausweist. Die Beklagte hat die Klägerin somit mit CHF 20'957. 70 (8/10 von CHF 26'197.15) aussergerichtlich zu entschädigen.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.