

Kommission für Wirtschaft und
Abgaben des Nationalrats
Herr Nationalrat Ch. Darbellay
Präsident
Parlamentsgebäude
3003 Bern

Rodersdorf, 19. Oktober 2012

11.057. Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes

Sehr geehrter Herr Präsident

sehr geehrte Damen und Herren Nationalrätinnen und Nationalräte

Ihrer Kommission obliegt die Vorberatung des Entwurfes des Bundesrates zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG). Die Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht befasst sich seit über 50 Jahren aus einer wissenschaftlichen Perspektive mit dem Versicherungsrecht. Auch an den Diskussionen rund um die laufende Totalrevision des VVG hat sich die Gesellschaft intensiv beteiligt. So wurde z.B. der erste ausformulierte Entwurf zur Totalrevision 1996 im Auftrag der SGHVR von Dr. ROLAND BREHM (publiziert in WEBER/FUHRER (Hrsg.): *Retouchen oder Reformen? Die hängigen Gesetzesrevisionen im Bereich Haftung und Versicherung auf dem Prüfstand*, Zürich 2004, S. 253 ff.) erstellt. Aktuell befasst sich eine Fachgruppe aus interessierten Juristinnen und Juristen mit den Fragen rund um die Totalrevision.

Es ist uns bewusst, dass es eher ungewöhnlich ist, dass wir uns als wissenschaftliche Vereinigung an eine Kommission des Parlaments wenden. Wir möchten Sie auf einige Punkte hinweisen, die im vorliegenden Entwurf vielleicht noch etwas klarer geregelt werden könnten. Im Vordergrund der Revisionsdiskussion steht selbstverständlich das politische Ringen um die inhaltlich beste Lösung. Daran konnten wir uns im Rahmen der Vernehmlassung ebenfalls beteiligen. Nun ist diesbezüglich das Parlament am Zuge. Mit unseren Hinweisen beschränken wir uns deshalb auf formelle Fragen. Es geht uns mit anderen Worten nicht darum, welche Lösung die richtige ist, sondern wie die als richtig erkannte Lösung am besten umgesetzt werden kann.

Hier also die Punkte, auf die wir Sie im Hinblick auf Ihre Beratung des Entwurfes hinweisen möchten:

1. Geltungsbereich

Der Bundesrat schreibt, dass er den Geltungsbereich des Gesetzes leicht erweitern wolle, in dem auch Versicherungsverträge, die von nicht der Aufsicht unterstellten Unternehmen abgeschlossen werden, dem Gesetz unterstellt werden sollen (Botschaft 7726). Dies stellt keine leichte Erweiterung, sondern einen veritablen Paradigmenwechsel dar. Der Versicherungsvertrag ist definiert als Austausch von Risikoübernahme gegen Prämienzahlung (wobei die Risikoübernahme durch die drei Elemente der versicherten Gefahr, des versicherten Interesses und der versicherten Leistungen charakterisiert wird). Erfolgt der Abschluss von Versicherungsverträgen selbständig (ohne Zusammenhang mit einem anderen Rechtsgeschäft) und planmässig (Ausgleich über das Gesetz der grossen Zahl), so liegt eine der Aufsicht unterstehende Versicherungstätigkeit vor. Somit kann jedermann als Versicherer Versicherungsverträge abschliessen, ohne der Aufsicht unterstellt zu sein, solange er dies nicht selbständig und planmässig tut. In der Praxis kommt dies häufig vor. Erwähnt seien z.B. entgeltliche Garantieverlängerungen, Brillenversicherungen oder bestimmte Serviceverträge. Wir möchten einfach die Frage stellen, ob es wirklich gewollt ist, dass auf all diese Verträge das VVG mit seinen zahlreichen zwingenden Bestimmungen anwendbar sein soll. Oft geht es dabei um Leistungen von geringem wirtschaftlichem Wert, für welche eine Anwendbarkeit des VVG aus Überlegungen des Konsumentenschutzes kaum erforderlich ist.

2. Widerruf eines Vertrages, aus dem Dritte noch Rechte geltend machen können

Art. 8 Abs. 3 regelt die Folgen eines Widerrufs, wenn Dritte trotz Widerruf Ansprüche gegen den Versicherer geltend machen können. Zu lösen ist (im Wesentlichen) folgendes Problem: Ein Kontrollschild für ein Motorfahrzeug wird nur abgegeben, wenn der Halter einen Versicherungsnachweis beim Strassenverkehrsamt hinterlegt. Damit ist der Versicherer geschädigten Dritten gegenüber leistungspflichtig und zwar unabhängig vom weiteren Schicksal des Vertrages. Widerruft nun der Versicherungsnehmer einen Vertrag, zu dem er bereits einen Versicherungsnachweis hinterlegt hat, so bewirkt dies das Erlöschen des Vertrages, nicht aber das Erlöschen der Leistungspflicht des Versicherers gegenüber geschädigten Dritten. Der Versicherer ist vielmehr gehalten, der Behörde das (durch den Widerruf bewirkte) Erlöschen des Vertrages anzuzeigen. Diese wird daraufhin die Kontrollschilder (notfalls polizeilich) einziehen lassen. Bis zum Zeitpunkt des Einzuges der Kontrollschilder (längstens während 60 Tagen seit dem Eingang der Meldung des Versicherers beim Strassenverkehrsamt) bleibt der Versicherer gegenüber geschädigten Drit-

ten leistungspflichtig. Da der Vertrag jedoch wegen des Widerrufs bereits erloschen ist, kann der Versicherer im Umfang der einem Dritten gegenüber erbrachten Leistung auf den Versicherungsnehmer zurückgreifen. Dieser Konsequenz dürfte sich der widerrufende Versicherungsnehmer kaum bewusst sein. Verursacht der Versicherungsnehmer nach dem Widerruf einen schweren Verkehrsunfall, so können die finanziellen Konsequenzen für ihn runinös sein.

Die Expertenkommission hat vorgeschlagen, die vertraglichen Pflichten (Prämienzahlung und Risikotragung) trotz Widerruf bis zu dem Zeitpunkt weiterlaufen zu lassen, an dem die Leistungspflicht des Versicherers Dritten gegenüber endet. Damit wäre für den Versicherungsnehmer das Risiko einer unkalkulierbaren Regresspflicht gebannt. Der Vorschlag lautete:

Solange aber geschädigte Dritte trotz eines Widerrufs Ansprüche gegenüber dem Versicherungsunternehmen geltend machen können, schuldet der Versicherungsnehmer die Prämie und kann das Versicherungsunternehmen dem Versicherten die Unwirksamkeit des Vertrages nicht entgegenhalten.

Der Entwurf sieht nun - wohl versehentlich - vor, dass der Versicherer *dem Geschädigten* die Unwirksamkeit des Vertrages nicht entgegen halten kann. Damit sind Tatbestand (d.h. Dritte können noch Ansprüche aus dem Vertrag geltend machen) und Rechtsfolge (die Unwirksamkeit des Vertrages kann dem Geschädigten nicht entgegen gehalten werden) identisch. Richtig müsste es heissen, dass der Versicherer *dem Versicherten* die Unwirksamkeit nicht entgegen halten kann (vgl. Art. 3 Abs. 4 in der Fassung des Entwurfs der Expertenkommission).

3. Kündigung im Teilschadenfall

Art. 42 Abs. 1 des geltenden Rechts sieht vor, dass im Teilschadenfall beide Parteien den Vertrag kündigen können. Ob dieses Recht belassen oder gestrichen werden soll, ist eine Ermessensfrage. Der Bundesrat will (unter Hinweis auf das neue allgemeine Kündigungsrecht nach drei Jahren nach Art. 53 seines Entwurfs) auf die Gewährung eines Kündigungsrechts verzichten (so explizit die Botschaft auf S. 7716). Dies kommt allerdings nicht restlos klar zum Ausdruck:

- Die blosse Streichung des Kündigungsrechts im Gesetz bewirkt kein Verbot eines solchen Rechts, sondern lediglich, dass die Frage vertraglich geregelt werden muss. Soll das Kündigungsrecht im Teilschadenfall wirklich ausgeschlossen werden, so muss dies im Gesetz explizit so geregelt werden.
- Art. 31 Abs. 2 lit. b des Entwurfs (entsprechend Art. 42 Abs. 3 des geltenden Rechts) sieht für den Fall einer Vertragskündigung im Teilschadenfall durch den Versicherungsnehmer im ersten Vertragsjahr die Folge der Unteilbarkeit der Prämie vor. Der Tatbestand passt schlecht zum Grundsatz, dass auf das Kündigungsrecht im Schadenfall verzichtet werden soll.

- In den Erläuterungen zu Art. 56 Abs. 1 des Entwurfs (S. 7767) wird die Kündigung im Teilschadenfall als Beispiel einer vorzeitigen Auflösung des Vertrages genannt.

Insgesamt verbleiben Zweifel, was mit der Streichung des Kündigungsrechts im Teilschadenfall bezweckt wird. Während die Erläuterungen zur Streichung eher darauf hindeuten, dass solche Kündigungen verunmöglicht werden sollen, lassen die übrigen zitierten Hinweise eher darauf schliessen, dass der status quo über eine dahingehende AVB-Bestimmung wiederhergestellt werden kann.

4. Pfandrecht des Geschädigten am Leistungsanspruch des Versicherten

Das geltende Recht sieht in Art. 60 ein Pfandrecht des Geschädigten am Leistungsanspruch des Versicherers vor. Der Entwurf will, dem Vorschlag der Expertenkommission folgend, dieses Pfandrecht durch ein direktes Forderungsrecht ersetzen. In der politischen Diskussion ist die Einführung eines direkten Forderungsrechts für freiwillige Versicherungen umstritten. Darauf möchten wir vorliegend nicht eingehen. Wir möchten jedoch darauf hinweisen, dass trotz der Einführung eines direkten Forderungsrechts am Pfandrecht festgehalten werden sollte. Noch wichtiger ist dieses Postulat für den Fall, dass das Parlament den Argumenten der Gegner eines direkten Forderungsrechts folgen sollte. In diesem Fall dürfte nicht einfach Art. 91 E-VVG ersatzlos gestrichen werden, es müsste vielmehr der aktuelle Rechtszustand wieder hergestellt werden.

Beim gesetzlichen Pfandrecht handelt es sich um ein Forderungspfandrecht nach Art. 899 ZGB. Nach Art. 906 Abs. 2 ZGB dürfen bei verpfändeten Forderungen Zahlungen an den einen nicht ohne Zustimmung des andern erfolgen. Davon weicht Art. 60 VVG ab, indem es Zahlungen des Versicherers an den Geschädigten ohne Zustimmung des Versicherten (nicht aber das Umgekehrte) zulässt. Damit soll verhindert werden, dass der Versicherte das Geld des Versicherers für eigene Zwecke verwendet oder dass es in seiner Konkursmasse versickern kann. Dieses Schutzbedürfnis besteht unabhängig davon, ob der Geschädigte in den Genuss eines direkten Forderungsrechts kommt. Sollte das direkte Forderungsrecht ins Gesetz aufgenommen werden, so müsste folglich entweder das Forderungsrecht ausschliesslich dem Geschädigten zustehen (was nach dem vorgeschlagenen Text nicht der Fall ist) oder die Bestimmung zum Pfandrecht ins neue Recht mit übernommen werden. Dass die Gesetze, die heute bereits ein direktes Forderungsrecht kennen (allen voran das SVG) weder das eine (ausschliessliches Forderungsrecht des Geschädigten) noch das andere (festhalten am Pfandrecht) regeln, entkräftet die vorstehenden Argumente nicht, da in all diesen Fällen Art. 60 VVG anwendbar bleibt.

5. Anzeigepflichtverletzung

Art. 19 Abs. 3 enthält für das Versicherungsunternehmen die Möglichkeit der gänzlichen Leistungsbefreiung, sofern es "bei richtiger Anzeige das verwirklichte Risiko nicht gedeckt hätte". Die Voraussetzungen dieser separat angeführten Leistungsfreiheit des Versicherungsunternehmens ergeben sich nicht aus dem Entwurfstext. Unklar bleibt insbesondere, ob die Leistungsfreiheit (nach erfolgter Kündigung) ein Verschulden und eine Kausalität i.S.v. Art. 19 Abs. 1 voraussetzt. In den Vorentwürfen (Art. 18 Abs. 2 lit. a Vernehmlassungsvorlage und Art. 10 Abs. 2 Expertenentwurf) wurde die Leistungsfreiheit des Versicherungsunternehmens von einer absichtlichen oder grobfahrlässigen Verletzung der Anzeigepflicht abhängig gemacht; eine Kausalität (zwischen unrichtig mitgeteilter Gefahrtatsache und Schaden) wurde dagegen nicht vorausgesetzt. Der Sondertatbestand von Art. 19 Abs. 3 sollte deshalb besser in die allgemeine Systematik der Regelung der Anzeigepflichtverletzung eingebunden werden.

6. Ergänzende Bemerkungen

Mit den obigen Bemerkungen haben wir Sie auf Fälle hingewiesen, bei denen unseres Erachtens der angestrebte Zweck mit der gewählten Regelung nur unvollständig erreicht wird. Nachfolgend möchten wir Sie noch auf einige Fälle hinweisen, bei denen die Schaffung der anzustrebenden rechtlichen Klarheit eine materielle Änderung des vorgeschlagenen Textes notwendig machen würde:

A. *Grossrisiko*

Der Entwurf des Bundesrates enthält zwei verschiedene Grossrisikodefinitionen: Art. 2 Abs. 3 und Art. 126 Abs. 3. Dies schafft Rechtsunsicherheit. Da es sich beim Grossrisiko um einen aus dem europäischen Richtlinienrecht übernommenen Begriff handelt, sollte nicht ohne Not von seinem europarechtlichen Inhalt abgewichen werden.

B. *Vermutungen*

Der Entwurf der Expertenkommission enthielt in Art. 28 drei Vermutungen. Ziel dieser Regelung waren nicht inhaltliche Vorgaben, sondern der Zwang zur Klarheit. Namentlich zur Frage, ob es sich bei einer konkreten Versicherungsleistung um eine Schaden- oder um eine Summenversicherung handelt, werden in der Praxis immer wieder Prozesse geführt. Diese könnten vermieden

werden, wenn das Gesetz bei Schweigen der AVB eine Zuordnung vornähme. Es geht also nicht darum, die Vertragsfreiheit zu beschränken, sondern lediglich darum, die Parteien, de facto die Versicherer, zu zwingen, eine von den Vermutungen abweichende Regelung in den AVB festzuhalten. Offen bleibt selbstverständlich, in welche Richtungen die Vermutungen zielen. Letztlich sollen mit den Vermutungen unnötige Prozesse (z.B. ob es sich bei einer Versicherung um eine Schaden- oder eine Summenversicherung handelt) vermieden werden.

Soll definitiv auf Vermutungen verzichtet werden, so fragt sich, ob mit zusätzlichen Informationspflichten im Rahmen von Art. 12 zwar nicht das Gleiche, aber doch ein ähnliches Resultat erzielen werden könnte.

C. *Zwingendes Recht*

Der Bundesrat schlägt vor, auf die Auflistung absolut zwingender Bestimmungen zu verzichten. Dies schaffe seines Erachtens mehr Verwirrung als Klarheit (Botschaft 7728). Gerade bei für die Praxis wichtigen Fragen (z.B. Handänderung, Art. 51 Abs. 1; direktes Forderungsrecht in der Haftpflichtversicherung, Art. 91; Entbindung vom Berufsgeheimnis, Art. 99) wird durch Auslegung zu entscheiden sein, ob der Gesetzgeber die Vertragsfreiheit beschränken wollte oder nicht. Die Gerichte werden zu entscheiden haben, welche Auslegung die Richtige ist. Bis diese Urteile vorliegen, besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit. Der Verzicht auf eine Auflistung der absolut zwingenden Bestimmungen schafft deshalb (zumindest in den ersten Jahren) mehr Verwirrung als Klarheit. Da es sich bei den Bestimmungen, bei denen ein zwingender Charakter überhaupt in Frage kommt, regelmässig um praktisch bedeutende Fragen handelt, besteht ein erhöhter Bedarf an Rechtssicherheit. Dies gilt umso mehr, als mit der vorliegenden Totalrevision die Stellung der Konsumenten verbessert werden soll. Wir empfehlen deshalb, den Verzicht auf eine Auflistung der zwingenden Bestimmungen nochmals zu hinterfragen.

Mit freundlichen Grüssen

Für die Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht



Prof. Dr. iur. Stephan Fuhrer
Präsident



PD Dr. iur. Pascal Grolimund
Mitglied des Vorstandsausschusses