

Bundesamt für Justiz
z.H. von Herrn Philipp Weber
Bundesrain 20
3003 Bern

Rodersdorf, 20. Dezember 2012

06.441 Parlamentarische Initiative. Mehr Konsumentenschutz und weniger Missbräuche beim Telefonverkauf

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für Ihre Einladung, zur geplanten Änderung des Obligationenrechts Stellung zu nehmen und machen gerne davon Gebrauch. Entsprechend unserem Tätigkeitsgebiet beschränken wir uns auf Ausführungen zum **Versicherungsvertrag**.

1. Gleichzeitige Revision des VVG vorderhand gescheitert

Mit Entwurf vom 07.09.2011 (BBl. 2011, 7705 ff.) beantragte der Bundesrat dem Parlament eine Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG). In den Art. 7 f. dieses Entwurfes schlägt er die Einführung eines Widerrufsrechts vor. In der Vernehmlassung wurde dies mehrheitlich kritisch aufgenommen (Bericht EFD, Okt. 2009, S. 11). Mit einer Zweidrittelmehrheit hat der Nationalrat am 13.12.2012 beschlossen, die Vorlage an den Bundesrat zurückzuweisen, verbunden mit dem Auftrag, eine Teilrevision vorzubereiten. Gegenstand dieser Teilrevision soll u.a. die Einführung eines Widerrufsrechts sein (vgl. Medienmitteilung der WAK-NR vom 22.10.2012). Angesichts der klaren Mehrheit im Rat geht die SGHVR davon aus, dass der Nationalrat auch nach einem allfällig anders lautenden Beschluss des Ständerates an der Rückweisung festhält, womit diese definitiv würde (Art. 87 ParlG).

Bei unseren nachfolgenden Ausführungen gehen wir deshalb vom aktuell geltenden VVG aus. Dies bedeutet insbesondere, dass wir nicht davon ausgehen, dass ein im VVG enthaltenes Widerrufsrecht nach Art. 40a Abs. 2 VE-OR Ihren Vorschlägen vorgehen kann. Der VE-OR sollte deshalb das Widerrufsrecht in Versicherungssachen abschliessend regeln, wobei dies sinnvollerweise im VVG geschieht (vgl. Ziff. 4).

2. Grundsatz

Die Gesellschaft unterstützt die Einführung eines Widerrufsrechts bei Versicherungsverträgen. Dieses soll allerdings auf Konsumentenverträge (und allenfalls auf Verträge mit KMU) beschränkt sein und den besonderen Gegebenheiten des Versicherungsgeschäfts Rechnung tragen. Dies sind im Wesentlichen:

- Verzicht auf ein Widerrufsrecht bei kurzfristigen Verträgen;
- Regelung der Rechtslage, wenn Dritte aus einem widerrufenen Vertrag noch Rechte geltend machen können;
- Verhinderung von möglichen Missbräuchen bei kostenintensiven vorvertraglichen Risikoabklärungen.

3. Anwendungsbereich

A. Allgemeines

Der Vorentwurf sieht ein Widerrufsrecht für *Haustür- und Fernabsatzverträge* vor (Art. 40a Abs. 1), nimmt davon aber die *Finanzdienstleistungsverträge* wieder aus, es sei denn, es handle sich um obligatorische Versicherungsverträge (Art. 40g Abs. 3).

B. Grundversicherung nach KVG

Dazu ist vorweg klarzustellen, dass sich alle Überlegungen zum Widerrufsrecht bei Versicherungsverträgen auf privatrechtliche, dem VVG unterstellte Verträge beziehen. Offenbar wollen die Autoren des Vorentwurfes mit dem Vorbehalt der obligatorischen Versicherungen in Art. 40g Abs. 3 sicherstellen, dass für den Abschluss einer Grundversicherung nach KVG das Widerrufsrecht erhalten bleibt (Erläuternder Bericht, S. 20 f.). Dieses Anliegen ist von jenem eines Widerrufsrechts beim Abschluss privater Versicherungsverträge zu unterscheiden. Da das Obligationenrecht auf die Rechtsverhältnisse nach KVG nicht anwendbar ist, könnte ein Widerrufsrecht beim Abschluss einer sozialen Grundversicherung im Rahmen dieser Vorlage durch eine dahingehende Änderung des KVG im Anhang zur OR-Revision vorgesehen werden. Die SGHVR ist jedoch der Auffassung, dass ein solches nicht erforderlich ist. In der sozialen Krankenversicherung werden die Deckung vorgeschrieben und die Prämien kontrolliert. Ferner können die Versicherten jährlich die Kasse wechseln, wobei ihnen dies durch einen Kontrahierungszwang deutlich erleichtert wird. Schliesslich sieht das Gesetz zur Sicherung des ununterbrochenen Versicherungsschutzes beim Wechsel des Versicherten ein spezielles Verfahren vor (Art. 7 KVG), dass durch die Gewährung eines Widerrufsrecht unnötig verkompliziert würde.

C. Ausnahme für Finanzdienstleistungen

Der Vorentwurf nimmt Finanzdienstleistungen vom Geltungsbereich des Widerrufsrechts aus. Die Erläuterungen definieren Finanzdienstleistungen u.a. mit *"jede Dienstleistung im Zusammenhang mit ... Versicherungen ..."* (Seite 20). Im Ergebnis führt dies dazu, dass ein Widerrufsrecht im Privatversicherungsbereich nur noch für obligatorische Versicherungen gilt. Dabei ist wohl davon auszugehen, dass sich das Obligatorium aus einem Gesetz ergeben muss. Damit verbleiben verschiedene obligatorische Haftpflichtversicherungen¹ sowie die Elementarschadenversicherung vom Widerrufsrecht erfasst. Für alle anderen Versicherungsverträge bleibt es beim status quo. Die vorgeschlagene Regelung bringt werden somit nur marginale Änderungen des geltenden Rechts. Diese sind aber nicht geeignet, der in der Lehre vorgebrachten Kritik am Ausschluss der Versicherungsverträge vom Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften (nach Art. 40a Abs 2 OR) Rechnung zu tragen (vgl. statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, OR Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, N 477).

Das Problem, dass mit der Vorlage die Mängel des geltenden Rechts nicht beseitigt werden, liesse sich auch mit einer Einschränkung der Definition der Finanzgeschäfte kaum lösen, denn man müsste die in Bezug auf das Widerrufsrecht wichtigen Lebensversicherungsverträge wohl mehrheitlich den Finanzgeschäften zuordnen, womit sie nach der Systematik der Vorlage vom Widerrufsrecht ausgeschlossen blieben. Gerade für diese hochpreisigen Versicherungsprodukte erscheint die Einführung eines Widerrufsrechts aber wichtig. Der Bundesrat plant den Erlass eines Finanzdienstleistungsgesetzes. Dort sollen u.a. Regeln zum Vertrieb von Finanzprodukten aufgenommen werden (vgl. FINMA-Vertriebsbericht 2010). In diesem Zusammenhang wird man nicht darum herumkommen, zu definieren, welche Versicherungsverträge als Finanzdienstleistungen gelten und welche nicht. Die SGHVR schlägt vor, vorliegend die Frage des Begriffes der Finanzdienstleistungen offen zu lassen und im Rahmen des Erlasses des Finanzdienstleistungsgesetzes zu klären.

Um der in der Lehre geäußerten Kritik am geltenden Recht Rechnung zu tragen, wird beantragt, auf die Ausnahme der Finanzdienstleistungen zu verzichten und das Widerrufsrecht für Versicherungsverträge auf diese Weise deutlich breiter auszugestalten, als dies im vorliegenden Entwurf der Fall ist.

4. **Änderung des VVG**

Die SGHVR schlägt vor, dass **eine Widerrufsbestimmung in das Versicherungsvertragsgesetz aufgenommen wird**. Eine solche Regelung würde nach Art. 40a Abs. 2 VE-OR als spezialgesetzliche Bestimmung dem OR vorgehen. Zu diesem Zweck soll das VVG durch einen neuen Artikel 8a und 8b ergänzt werden. Diese könnte sich eng an die mit der Totalrevision vorgeschlagene Ausgestaltung des Widerrufsrechts (in der Fassung des Entwurfs des Bundesrats) anlehnen.

¹ Vgl. dazu die Übersicht in den Erläuterungen zu dem von der SGHVR vorgeschlagenen Pflichtversicherungsgesetzes (Zürich 2012, ISBN 978-3-7255-6658-7).

A. Vorschlag

Art. 8a *Widerrufsrecht für Konsumentenverträge*

¹ *Konsumenten können ihren Antrag zum Abschluss oder zur Änderung des Vertrages oder dessen Annahme durch eine Erklärung schriftliche widerrufen.*

² *Das Widerrufsrecht erlischt zwei Wochen nach Abschluss oder Änderung des Vertrages.*

³ *Die Frist ist eingehalten, wenn die Erklärung dem Versicherer am letzten Tag zugegangen oder der schweizerischen Post übergeben worden ist.*

⁴ *Ausgeschlossen ist das Widerrufsrecht bei vorläufigen Deckungszusagen sowie bei Vereinbarungen mit einer Laufzeit von weniger als einem Monat.*

Art. 8b *Wirkung des Widerrufs*

¹ *Der Widerruf bewirkt, dass der Antrag oder die Annahmeerklärung von Anfang an unwirksam ist.*

² *Bereits erbrachte Versicherungsleistungen sind zurückzuerstatten. Sofern es die Umstände rechtfertigen, kann der Versicherungsnehmer verpflichtet werden, dem Versicherer allfällige Kosten aus besonderen Abklärungen, die es im Hinblick auf den Abschluss vorgenommen hat, zu erstatten.*

³ *Solange geschädigte Dritte trotz eines Widerrufs gutgläubig Ansprüche gegenüber dem Versicherer geltend machen können, schuldet der Versicherungsnehmer die Prämie und kann der Versicherer dem Versicherten die Unwirksamkeit des Vertrages nicht entgegenhalten.*

B. Erläuterungen

I. Konsumenten

Auf eine Definition des Begriffs des Konsumenten kann verzichtet werden². Im Vorschlag des Bundesrats zur Totalrevision des VVG wird das Widerrufsrecht (mit Ausnahme der sog. Grossrisiken) allen Versicherungsnehmern gewährt. Wollte man diese Lösung umsetzen, so müsste in Art. 8a Abs. 1 die *Konsumenten* durch *Versicherungsnehmer* ersetzt werden und in Art. 8a Abs. 4 als zusätzliche Ausnahme die Grossrisiken aufgenommen werden. Alternativ

² Vgl. KOLLER-TUMLER: Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumentenschutzes, in: Kramer (Hrsg.): Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band X, Basel 2008, 1-108, 57.

könnte erwogen werden, das Widerrufsrecht in Ergänzung zu den Konsumenten auch den Gewerbetreibenden (small businessmen) zu gewähren. Diese müssten dann allerdings im Gesetz definiert werden. Die SGHVR schlägt jedoch vor, **den Anwendungsbereich des Widerrufsrechts auf Konsumentenverträge zu beschränken.**

II. Versicherer

Vorliegend wird vom Versicherer und nicht - wie im Entwurf des Bundesrats - vom Versicherungsunternehmen gesprochen. Der Bundesrat wollte im Rahmen der Totalrevision den Begriff des Versicherers generell mit jenen des Versicherungsunternehmens ersetzen (dies in Anlehnung an die Terminologie des Versicherungsaufsichtsgesetzes). Nachdem die Totalrevision gescheitert ist, bleibt es aber beim geltenden VVG, das mit dem Begriff des Versicherers arbeitet. Es würde wenig Sinn machen, diesen Begriff ausschliesslich zur Regelung des Widerrufsrechts durch jenen des Versicherungsunternehmens auszutauschen. Es wird deshalb vorgeschlagen, im Rahmen der vorgeschlagenen Teilrevision des VVG **beim Begriff des Versicherers zu bleiben.**

III. Kurzfristige Verträge

Bei kurzfristigen Verträgen soll das Widerrufsrecht nicht gelten. Der Bundesrat führte dazu in seiner Botschaft zur Totalrevision Folgendes aus³:

"Im Gegensatz zum europäischen Richtlinienrecht, welches für das Widerrufsrecht bei Lebensversicherungen eine Vertragslaufzeit von mindestens sechs Monaten voraussetzt (Art. 35 Abs. 2 der RL 2002/83/EG vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen), räumt Absatz 1 das Widerrufsrecht bereits bei einer Laufzeit von lediglich einem Monat ein. Damit lehnt sich der Entwurf an Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe b der RL 2002/65/EG vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an, wonach das Widerrufsrecht bei Reise- und Gepäckversicherungen oder bei ähnlichen kurzfristigen Versicherungspolicen mit einer Laufzeit von unter einem Monat ausgeschlossen ist. Damit soll sichergestellt werden, dass lediglich Vereinbarungen, die aufgrund ihrer kurzen Laufzeit von untergeordneter Bedeutung sind, vom Widerrufsrecht ausgeschlossen werden."

Dem schliesst sich die SGHVR an.

IV. Vorläufige Deckungen

Was für kurzfristige Verträge gilt, muss *a fortiori* für vorläufige Deckungen gelten. Auch der Bundesrat schloss diese vom Anwendungsbereich des Widerrufsrechts aus.

³ BBl. 2011, 7705 ff., 7731.

V. Kollektive Personenversicherungen

Im Entwurf des Bundesrats waren kollektive Personenversicherungen ebenfalls vom Anwendungsbereich des Widerrufsrechts ausgenommen. Da solche Verträge praktisch ausschliesslich von Unternehmen abgeschlossen werden (Ausnahmen sind z.B. die Insassenversicherung oder kollektive Kinderunfallversicherungen für mehrere Kinder der gleichen Familie), bedarf es dieses Ausschlusses nicht mehr. Im typischen, vom Bundesrat anvisierten Fall der Firmenversicherung braucht es keinen solchen Ausschluss, da für Firmenversicherungen das Widerrufsrecht ohnehin nicht gilt. Soweit von Privaten kollektive Personenversicherungen abgeschlossen werden, erscheint es sachgerecht, diese auch dem Widerrufsrecht zu unterstellen.

VI. Verhinderung von Missbräuchen

Zur Verhinderung von Missbräuchen sollen in Ausnahmefällen dem Versicherten die vom Versicherer bezahlten Risikoabklärungen (z.B. ärztliche Untersuchungen) überbunden werden können. Der Bundesrat schreibt dazu⁴:

"Zudem ist eine Kostenerstattungspflicht der Versicherungsnehmerin und des Versicherungsnehmers vorgesehen, sofern und soweit sie durch die Umstände gerechtfertigt ist. Zu denken ist dabei etwa an kostspielige ärztliche oder technische Untersuchungen, die das Versicherungsunternehmen im Hinblick auf den Vertragsschluss veranlasst hat. Bei Vertragsänderungen können selbstverständlich nur die Leistungen zurückgefordert werden, welche gestützt auf die Änderung erbracht worden sind."

VII. Verträge mit direktem Forderungsrecht und Einredenausschluss

Art. 8 Abs. 3 E-VVG 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 Dritten 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 zurückgrei-

⁴ A.a.O. S. 7732.

fen. 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 ruinös 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 des Bundesrats sieht demgegenüber - 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 muss es heissen, dass der Versicherer dem Versicherten die Unwirksamkeit nicht entgegen halten kann.

Diese Korrektur gegenüber dem bundesrätlichen Entwurf wird vorliegend berücksichtigt.

5. Abschliessende Bemerkungen

Mit der vorgeschlagenen Lösung der Ausweitung des Widerrufsrecht auf alle von Konsumenten abgeschlossenen Versicherungsverträge entschärft sich auch ein anderes Problem, das sich bei der Beschränkung des Widerrufsrechts auf obligatorische Versicherungen gestellt hätte: Jenes des "Durchgriffs", d.h. die Behandlung von im Zusammenhang mit anderen, widerrufbaren Verträgen (z.B. Kauf-, Leasing- oder Pauschalreiseverträge) abgeschlossenen nicht widerrufbaren (weil nicht obligatorischen) Versicherungsverträgen.

Abschliessend gestatten wir uns noch den Hinweis, dass wir es sehr begrüssen, dass die Vorlage auf die den Lesefluss in hohem Masse beeinträchtigende geschlechtsneutrale Formulierung verzichtet.

Für die uns gewährte Möglichkeit zur Stellungnahme danken wir Ihnen bestens und verblei-
ben

mit freundlichen Grüssen

Für die Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht



Prof. Dr. Stephan Fuhrer
Präsident



PD Dr. Felix Schöbi, Bundesrichter
Mitglied des Vorstandes