SGHVR SDRCA
Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht
Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances

Eidgenössisches Finanzdepartement
Rechtsdienst Generalsekretariat
Bernerhof
3003 Bern

Rodersdorf, 9. Oktober 2014

Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (FIDLEG)

Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG)

Vernehmlassung

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

sehr geehrte Damen und Herren

Die Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht (SGHVR) bedankt sich für die Möglichkeit, sich im Rahmen der Vernehmlassung zu den oben erwähnten Gesetzesentwürfen äussern zu können. Entsprechend der Ausrichtung unserer Gesellschaft gilt unser primäres Interesse dem FIDLEG und den Auswirkungen, die dieses Gesetz für das Haftpflicht- und Versicherungsrecht hat.

I. Zur Opportunität der Vorlage in zeitlicher Hinsicht

Die SGHVR hat sich in der Vergangenheit für die Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) eingesetzt. Mit grosser Sorge haben wir zur Kenntnis genommen, dass das Parlament zwar auf diese Vorlage eingetreten ist, diese dann aber an den Bundesrat zur Überarbeitung zurückgewiesen hat. Die zeitliche Nähe der Behandlung des VVG und der Finanzmarktvorlagen stellt eine grosse Herausforderung sowohl für die Verwaltung als auch für das

Stephan Fuhrer | Prof. Dr. iur., Präsident | Oberdorfstrasse 16 | 4118 Rodersdorf | Tel: 061 731 16 26 | stephan.fuhrer@sghvr.ch

Parlament dar[1]. Deshalb möchten wir Ihnen beliebt machen, die Vorlagen dergestalt zu etappieren, dass die Behandlung des VVG durch jene des FINIG und des FIDLEG nicht verzögert wird.

Soweit im Versicherungsbereich in Bezug auf die mit dem FIDLEG angesprochenen Themen Handlungsbedarf besteht, ist diesem im Rahmen der anstehenden VVG-Revision Rechnung zu tragen. Eine Ausweitung des Geltungsbereichs des FIDLEG auf den Versicherungsbereich lehnen wir ab.

II. Zu Inhalt und Stossrichtung der Vorlage

Wir unterstützen voll und ganz das Anliegen, den Kundenschutz zu verbessern, und sind auch der Meinung, dass dies im Einklang mit der Rechtsentwicklung auf internationaler Ebene geschehen sollte. In diesem Zusammenhang anerkennen wir auch das Bedürfnis nach einer Konsolidierung bestehender rechtlicher Grundlagen. In diesem Sinn begrüssen wir die vorgeschlagene Aufhebung des BEHG und des BankG bzw. deren Überführung ins FinfraG, FINIG und FINLEG. Gleichzeitig bedauern wir, dass die vorgelegten Entwürfe dabei auf halbem Weg stehen geblieben sind. Im Einzelnen weisen wir auf die folgenden Punkte hin:

- Mit dem FIDLEG verbindet sich die Erwartung einer umfassenden Regelung sämtlicher Finanzdienstleistungen mit Ausnahme der Versicherungen (vgl. Ziff. I). Das FIDLEG enttäuscht diese Erwartungshaltung. So enthält Art. 3 Bst. d FIDLEG eine Umschreibung der Finanzdienstleistungen, die zur Folge hat, dass Kreditverträge aus dem Geltungsbereich des Gesetzes fallen. Eine solche Engführung des Geltungsbereichs des FIDLEG halten wir nicht für sinnvoll. Eine Bank kann sich nicht nur dann missbräuchlich verhalten, wenn sie

---

1 Wir erinnern in diesem Zusammenhang beispielsweise daran, dass die SGHVR im Zusammenhang mit der Vorlage zum Widerrufsrecht bei Telefonverträgen und beim Online-Handel die Einführung eines Widerrufsrechts auch beim Abschluss von Versicherungsverträgen im Fernabsatz verlangt hat. Die zuständige Kommission des Ständerats, die die Vorlage vorbereitet hatte, hat dies abgelehnt, um gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass ein solches Widerrufsrecht im FIDLEG Aufnahme finden könnte (BBl 2014 938). Wie der nun vorliegende FINLEG-Entwurf zeigt, trifft dies nicht einmal für Finanzdienstleistungen zu. Im aktuellen Text zur OR-Revision sind Verträge über Finanzdienstleistungen explizit ausgeschlossen.

Gelder entgegennimmt, sondern auch, wenn sie solche ausleiht. Der Kunde verdient in beiden Fällen angemessenen Schutz. Ein modernes Finanzdienstleistungsgesetz erfüllt nur dann seinen Zweck, wenn dieses alle Finanzdienstleistungen umfasst, die heute von Banken und anderen Finanzdienstleistern erbracht werden.

- Auch innerhalb seines Geltungsbereichs führt das FIDLEG nicht zur erhofften Konsolidierung der rechtlichen Grundlagen. So existieren neben dem FIDLEG weiterhin das Pfandbriefgesetz und das KAG. Unseres Erachtens sollte versucht werden, auch diese beiden Gesetze ins FIDLEG zu überführen. Die zutreffenden Überlegungen, die den Bundesrat dazu geführt haben, mit dem FINIG die Aufhebung des BEHG zu beantragen, gelten in gleicher Weise auch für das Pfandbriefgesetz und das KAG. Die Tatsache, dass es sich beim Pfandbriefgesetz um ein eher altes und beim KAG um ein noch junges Gesetz handelt, ist kein Argument, an diesen Gesetzen festzuhalten.

- Das FIDLEG präsentiert sich als Gesetz über die Aufsicht und damit als ein Erlass des öffentlichen Rechts. In einigen Punkten ist diese Qualifikation sicher zutreffend, so wenn das FIDLEG organisatorische Massnahmen vorschreibt (Art. 21-24 FIDLEG) oder wenn für bestimmte Finanzinstrumente ein Prospekt verlangt wird (Art. 38-51 FIDLEG), der von der Prüfstelle zu prüfen ist, bevor er publiziert werden darf (Art. 52-57 FIDLEG). Soweit das FIDLEG aber Verhaltensregeln aufstellt (Art. 6-20 FIDLEG), geht es dabei schlicht um Vertragsrecht. Viele Vorschläge laufen dabei auf eine Kodifizierung der (bundesgerichtlichen) Rechtsprechung zum Auftragsrecht hinaus und gehörten daher systematisch ins OR. Der Begleitbericht stellt das Verhältnis von Verwaltungsrecht und Zivilrecht auf den Kopf, wenn darin von einer "Ausstrahlungswirkung" der aufsichtsrechtlichen Regeln auf das Zivilrecht die Rede ist (vgl. zum Beispiel S. 14). Tatsächlich verhält es sich umgekehrt: Aufsichtsrechtlich relevant ist das im FINLEG geregelte Zivilrecht nur insofern, als Finanzdienstleister, die systematisch Zivilrecht verletzen, keine Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Im Extremfall droht dem Finanzdienstleister deshalb zu Recht der Entzug der Bewilligung. Es läge im Interesse der Rechtssicherheit, diese Zusammenhänge in der Botschaft ans Parlament korrekt darzulegen und dabei die erwähnten Teile des FIDLEG als ein weiteres Spezialgesetz zum OR auszuweisen.

III. Einbezug der Versicherungen

Mit einem Versicherungsvertrag wird ein Risiko gegen Entgelt auf einen Versicherer übertragen[2]. Der Finanzmarkt wird demgegenüber als "Oberkategorie des professionellen Umgangs mit Geld verstanden"[3]. Dies sind grundlegend verschiedene Tätigkeiten. Zielführend ist deshalb unseres Erachtens die klare Trennung von Versicherungen und Finanzdienstleistungen und nicht die Ausweitung des Geltungsbereichs von Regeln über Finanzdienstleistungen auf Versicherungen. Genau dies wird aber mit dem Entwurf des FIDLEG getan, indem das Gesetz integral auf alle kapitalbildenden Lebensversicherung anwendbar sein soll (Art. 3 lit. b Ziff. 6 FIDLEG).

Die klassische *gemischte Versicherung* kombiniert einen Risikotransfer mit einem Sparprozess. Aus unserer Sicht wäre es verfehlt, dieses Produkt als Finanzinstrument i.S. des FIDLEG zu definieren. Ohne Zweifel benötigt der Konsument auch bei diesem Produkt verschiedene Informationen, bevor er seine Vertragserklärung abgibt. Von Bedeutung sind im Wesentlichen die Überschüsse und die Rückkaufswerte. Über beides muss der Versicherer nach Art. 3 VVG vorvertraglich informieren. Mit einer Unterstellung dieser Produkte unter das FIDLEG wäre deshalb für den Konsumenten nichts gewonnen. Im Gegenteil: Er müsste die zusätzlichen Kosten, welche sich durch die Umsetzung des FIDLEG ergeben würden, in Form von zusätzlichen Prämien bezahlen.

Rückkaufsfähige Lebensversicherungen kommen auch im Bereich der *beruflichen Vorsorge* zwischen Vorsorgeeinrichtungen und Lebensversicherungsunternehmen vor. Diese dem FIDLEG zu unterstellen macht keinen Sinn. Dies nicht zuletzt auch deshalb, weil der Gesetzgeber solche Verträge bereits teilweise dem Recht der beruflichen Vorsorge unterstellt (vgl. z.B. Art. 41 Abs. 7 BVG).

Es gibt *rückkaufsfähige Lebensversicherungen, die ein Kapitalmarktrisiko beinhalten*. Dies sind die anteilgebundenen Lebensversicherungen nach Ziff. A2 des Anhangs I zur Aufsichts-

---

2 FUHRER, STEPHAN: Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, N 2.5 ff.

3 TAISCH, FRANCO: Finanzmarktrecht, Zürich 2006, 6.

verordnung. In Bezug auf diese Produkte schlagen wir vor, dass die Versicherer durch eine Ergänzung von Art. 3 VVG zu verpflichten sind, den Versicherungsnehmern vor Vertragsabschluss diejenigen Kundendokumente nach FIDLEG abzugeben, welche die jeweiligen Fondsleitungen zum Fonds, in dessen Anteilen der Sparprozess stattfinden soll, herausgegeben haben.

Ein besonderes Problem stellen die Kapitalisations- und Tontinengeschäfte nach den Ziff. A6 und A7 des Anhangs I zur AVO dar. Die beiden "Versicherungs"-Zweige wurden mit der Totalrevision des VAG neu in den Katalog der Versicherungszweige aufgenommen, um die Europakompatibilität des Aufsichtsrechts zu verbessern[4]. Kennzeichnend für diese Geschäfte ist, dass ein Risikotransfer und damit ein essentialia des Versicherungsvertrages fehlt. Die Verträge unterstehen deshalb auch nicht dem Versicherungsvertragsgesetz. Die Aufsichtsbehörde trägt diesen Besonderheiten dadurch Rechnung, dass diese Produkte nicht als "Versicherungen" bezeichnet werden dürfen[5]. Der besondere Charakter dieser Geschäfte rechtfertigt eine Unterstellung unter das FIDLEG. Wir schlagen Ihnen deshalb vor, Art. 3 lit. b Ziff. 6 FIDLEG wie folgt zu fassen:

Kapitalisations- und Tontinengeschäfte im Sinne des Versicherungsaufsichtsrechts.

Die Nichtunterstellung der "echten" Versicherungsverträge unter das FIDLEG sollte auch zur Folge haben, dass die Bestimmungen zur Aufsicht über die Versicherungsvermittler unverändert blieben. Ihre aus unserer Sicht notwendige Überarbeitung (insbesondere die Abgrenzung der Funktionen und Tätigkeitsbereiche von Agenten und Maklern) kann im Rahmen der VVG-Revision oder durch ein eigenes Projekt im Zusammenhang mit einer Angleichung der Vermittleraufsicht an die Neufassung der zur Zeit in Revision begriffenen Versicherungsvermittler-Richtlinie der EU erfolgen.

---

4 Art. 2 Ziff. 2 der konsolidierten Richtlinie Lebensversicherung (2002/83/EG vom 05.11.2002, ABl. L 345, 19.12.2002, 1 ff.) übernommen von Art. 2 Abs. 3 lit. b der Richtlinie Solvency II (2009/138/EG vom 25.11.2009, ABl. L 335, 17.12.2009, 1 ff.). Vgl. auch BSK-SCHULDEL TRÜB (2013) Art. 36 VAG N 20.

5 Finma-Rundschreiben 2008/40 zur Lebensversicherung, Randziffer 20. Ausführlich: SCHUDEL TRÜB (a.a.O., N 20 ff.).

IV. Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche

Besonders liegen die Dinge in Bezug auf die Vorschläge des FIDLEG zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche (Art. 72-116 FIDLEG). Auch diesbezüglich sind wir uns bewusst, dass die besten Rechte den Kunden nichts nützen, wenn er sie schliesslich nicht erfolgreich durchsetzen kann. Entsprechend begrüssen wir es, wenn sich der Bundesrat und das Parlament immer auch Gedanken über den Vollzug neuer Gesetze machen. Eine Spezialgesetzgebung erscheint uns aber nur dann sinnvoll, wenn sich im Finanzdienstleistungsbereich auch tatsächlich spezielle Probleme stellen. Davon sind wir im vorliegenden Zusammenhang nicht überzeugt. Die Schwächen des geltenden Rechts beim kollektiven Rechtsschutz bzw. die Kosten und Risiken der Prozessführung begegnen uns vielmehr auch ausserhalb des Finanzdienstleistungsbereichs, so beispielsweise im Zusammenhang mit mangelhaften Produkten oder wenn ein Unternehmen gegen das UWG und/oder das KG verstösst. Wir sind daher der Meinung, dass die Vorschläge betreffend Schiedsgericht (Art. 85-91 FIDLEG) bzw. Prozesskosten (Art. 85-100) sowie betreffend Verbandsklage und Gruppenvergleichsverfahren (Art. 101-116 FIDLEG) nur unter der Voraussetzung weiterverfolgt werden, dass sie sich verallgemeinern lassen. Eine Lösung nur für den Finanzdienstleistungsbereich lehnen wir ab. Sie lässt die schweizerische Rechtsordnung ein weiteres Mal nur bunter, aber nicht reicher werden. Ein isoliertes Vorgehen wäre umso unverständlicher, als die eidgenössische ZPO erst am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist und sie damit praktisch noch gar keine Chance gehabt hat, sich zu bewähren. Das Gesagte schliesst selbstverständlich nicht aus, dass Finanzdienstleister verpflichtet werden, Ombudsstellen zu schaffen und sie sich diesen anschliessen müssen (Art. 75-81 FIDEG).

V. Zu einzelnen Vorschlägen

Art. 3 Bst. b Ziff. 6 und Art. 60 FIDLEG

Versicherungsdienstleistungen fallen grundsätzlich nicht in den Geltungsbereich des FIDLEG. Eine Ausnahme macht Art. 3 Bst. b Ziff. 6 FIDLEG für rückkaufsfähige Lebensversicherungen.

Wie in Ziff. I erwähnt lehnen wir eine solche Erweiterung des Geltungsbereichs des FIDLEG ab. Soweit bei rückkaufsfähigen Lebensversicherungen ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, ist diesem im Rahmen der anstehenden VVG-Revision Rechnung zu tragen. Im Übrigen bleiben die Folgen der vorgeschlagenen Unterstellung rückkaufsfähiger Lebensversicherungen unter das FIDLEG unklar. So stellt sich beispielsweise die Frage, ob mit der Unterstellung unter das FIDLEG auch die vorgängig erwähnten Bestimmungen betreffend Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche (vgl. Ziff. IV) anwendbar sind.

Art. 30 Abs. 1 Bst. a FIDLEG

Als Kundenberater kann sich nur registrieren lassen, wer eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen hat oder gleichwertige finanzielle Sicherheiten leisten kann. Eine solche Regel macht nur dann Sinn, wenn Klarheit über die notwendige Versicherungsdeckung besteht und Versicherungsunternehmen in diesem Fall zum Vertragsabschluss bereit sind. Mit Blick auf die immensen Schäden, die von Bankmitarbeitern in der Vergangenheit angerichtet worden sind, kann dies nicht als sicher gelten. Wir erlauben uns in diesem Zusammenhang, auf die Motion Janiak 14.3043 „Obligatorische Haftpflicht. Einheitliche Regelung und Anpassungen" und das von uns vorgeschlagene Pflichtversicherungsgesetz hinzuweisen.

Art. 69 FIDLEG

Die vorgeschlagene Prospekthaftung ist im Grundsatz unbestritten. Es ist allerdings dafür Sorge zu tragen, dass die Regelung keine überschiessenden Effekte zeitigt. So ist sicherzustellen, dass nur jene für einen fehlerhaften Prospekt haften, die tatsächlich Einfluss auf den Inhalt des Prospekts nehmen können. Allein die Tatsache, am Entstehen des Prospekts „mitgewirkt" zu haben, reicht als Begründung für eine solidarische Haftung nicht aus. Zudem ignoriert ein solcher Vorschlag, dass die Prospekthaftung meist juristische Personen trifft. Die Sache liesse sich möglicherweise dadurch verdeutlichen, dass in der Norm explizit Finanz-

dienstleister als Haftpflichtige erwähnt werden. Sie, und nicht der Drucker, sind es, die für die Richtigkeit des Prospekts verantwortlich sind.

Art. 74 FIDLEG

Wir sind mit der vorgeschlagenen Verteilung der Beweislast einverstanden. Wunder darf man sich davon allerdings keine erhoffen. Eher ist damit zu rechnen, dass die Finanzdienstleister in Zukunft ihre Kunden mit noch mehr Informationen versorgen werden. Das Problem wird sich in der Folge auf die Frage verschieben, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen Erklärungen des Kunden Bestand haben, diese Informationen auch tatsächlich verarbeitet zu haben.

Art. 42 und 51 Abs. 2 Bst. g E-VAG

Heute müssen sich die ungebundenen Versicherungsvermittler (Makler) in ein von der FINMA geführtes Register eintragen lassen, ohne dass sie damit einer prudentiellen Aufsicht unterstehen. Neu wird darauf verzichtet (Art. 51 Abs. 2 Bst. g E-VAG). Im Gegenzug werden nun aber sämtliche Versicherungsvermittler (und damit auch die gebundenen) gezwungen, sich als Kundenberater registrieren zu lassen (Art. 42 E-VAG). Wir lehnen es auch ab, die Registrierung der Versicherungsvermittler aus der FINMA auszulagern. Registrierung und Beaufsichtigung der Versicherungsvermittler ist eine hoheitliche Tätigkeit, die von der FINMA wahrzunehmen ist. Eine Auslagerung führt zu einer unnötigen und unerträglichen Vermischung von Verantwortlichkeiten. Die Tatsache, dass die FINMA ihrer Aufgabe bereits heute nur bedingt nachkommt, ist kein Argument für die vorgeschlagene Lösung.

Auch die vorgeschlagene Ausdehnung der Registrierungspflicht auf die abhängigen bzw. gebundenen Versicherungsvermittler (Agenten) lehnen wir ab. Agenten sind im Auftrag eines Versicherungsunternehmens tätig. Dem Schutz des Kunden ist genüge getan, wenn dieses für Fehlleistungen ihrer Agenten wie für Fehlleistungen irgend einer anderen Hilfsperson

haften. Sofern in Bezug auf Treue- und Sorgfaltspflicht (Art. 43 E-VAG), Informationspflicht (Art. 45 E-VAG) und Verhaltensregeln (Art. 45a E-VAG) ein Handlungsbedarf besteht, kann diesem im Rahmen der anstehenden VVG-Revision entsprochen werden. Nur so finden die Besonderheiten von Versicherungen ihre adäquate Berücksichtigung, und auch nur so ist sichergestellt, dass alle Absatzkanäle gleich behandelt werden.

VI. Abschliessende Anmerkung

Zusammenfassend halten wir fest, dass wir der vorgeschlagenen grundsätzlichen Reform der Finanzmarktgesetzgebung offen gegenüberstehen. Wir möchten aber, dass die hängige VVG-Revision dadurch nicht verzögert wird. Dabei ist es ohne weiteres möglich, auch dem im Zusammenhang mit dem FIDLEG identifizierten Handlungsbedarf Rechnung zu tragen (vgl. Ziff. III). Ferner sollte die Reform nicht auf halbem Weg stehen bleiben und deshalb auch zur Aufhebung des Pfandbriefgesetzes und des KAG führen. Zu vermeiden ist schliesslich eine Revision, die zu einer unnötigen Rechtszersplitterung im Bereich des Prozessrechts und der kollektiven Rechtsverfolgung führt.

Mit freundlichen Grüssen

Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Felix Schöbi, PD Dr. iur.	Stephan Fuhrer, Prof. Dr. iur.
Mitglied des Vorstandes	Präsident