2.2.9.1.-4

Professor Dr. *Peter Gauch*, Freiburg

Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig![1]

Literatur (Auswahl): *Amstad Eduard*, Der Ombudsman der Privatversicherung (Was er tut und was er sieht), Strassenverkehrsrechts-Tagung 1990, Freiburg 1990 (Tagungsunterlage deutsch); *Brehm Roland*, Le contrat d'assurance RC, Lausanne 1983; *de Buren René*, La loi sur le contrat d'assurance doit-elle être revisée?, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 251 ff.; *Gärtner Rudolf*, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Neuwied 1980; *Guisan François*, Le contrat d'assurance et sa réglementation, institution rigide ou vivante?, in: SVZ *53* (1985) 233 ff.; *Keller Max*, Ein halbes Jahrhundert Versicherungsvertragsgesetz, in: SVZ *26* (1958) 3 ff.; *Keller Walter*, Die ausserordentliche Auflösung des Versicherungsvertrages: Gesetz und allgemeine Versicherungsbedingungen, Diss. Fribourg 1983; *Koenig Willy*, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit im Versicherungsvertrag, in: Grundprobleme des Versicherungsrechts, Festgabe für Hans Möller zum 65. Geburtstag (hrsg. Reimer Schmidt und Karl Sieg), Karlsruhe 1972, 361–381; *Koenig Willy*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967; *Koenig Willy*, Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 129 ff.; *Koenig Willy*, Schweizerisches Versicherungsvertragsrecht, Entstehung, Entwicklung, Ausblick, in: SVZ *42* (1974/75) 13 ff.; *Koenig Willy*, Der Versicherungsvertrag, in: SPR VII/2, Basel 1979; *Kuhn Moritz*, Grundzüge des Schweizerischen Privatversicherungsrechts, Zürich 1989, zit. *Kuhn*, Grundzüge; *Kuhn Moritz*, Der Einfluss der Harmonisierungsbestrebungen der EG und des Art. 31sexies BV auf eine künftige Gestaltung des Schweizerischen VVG, Bern 1986, zit. *Kuhn*, Harmonisierung; *Maurer Alfred*, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. Bern 1986; *Pétermann Pierre*, La prescription des actions, in: SVZ *27* (1959/60) 299 ff., 352 ff., 395 ff. und SVZ *28* (1960/61) 4 ff.; *Roelli Hans*, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. I: Die allgemeinen Bestimmungen, Bern 1914; *Roelli Hans/Jaeger Carl*, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. II: Art. 48–72, Bern 1932, zit. *Roelli/Jaeger* II; *Roelli Hans/Jaeger Carl*, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. III: Art. 73–103, Bern 1933, zit. *Roelli/Jaeger* III; *Roelli Hans/Keller Max*, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. I: Die allgemeinen Bestimmungen, Art. 1–47, 2. Aufl. Bern 1968; *Spiro Karl*, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen, Bd. 1: Die Verjährung von Forderungen, Bern 1975; *Tercier Pierre*, La Loi fédérale sur le contrat d'assurance: Ombres et Lumières, Strassenverkehrsrechts-Tagung 1990, Freiburg 1990 (Tagungsunterlage französisch).

Abkürzungen

Verwendet werden die üblichen Abkürzungen. Im einzelnen bedeuten:

AVB Allgemeine Versicherungsbedingungen
CODEFA Coopérative de Défense des Assurés
RLEVV Zweiter Richtlinienentwurf des Rates der Europäischen Gemeinschaften zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Versicherungsverträge (vom 31. Dezember 1980).

I. Einleitung

1. Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag[2] stammt aus dem *Jahre 1908*. Es ist über achtzig Jahre alt. Als es am 1. Januar 1910 in Kraft gesetzt wurde, hatten weder das ZGB noch das revidierte Obligationenrecht Gesetzeskraft. Somit kann mit Fug behauptet werden: *Das VVG ist ein altes Gesetz;* es wurde ausgedacht und redigiert in einer Zeit, die sich von der *heutigen* Zeit in manchem unterschied.

Seit *damals* haben sich die tatsächlichen Gegebenheiten, die Gesellschaft, die sozialen Bedürfnisse und auch die Rechtsauffassungen geändert[3]. Dennoch hat der Gesetzgeber sich bis anhin noch nicht an eine Revision des VVG gemacht[4], obwohl er sich, was die Revision anderer Gesetze betrifft, keine Zurückhaltung auferlegt.

[1] Der folgende Beitrag enthält die leicht überarbeitete Fassung einer Vortragsunterlage, die den Teilnehmern der *Freiburger Strassenverkehrsrechts-Tagung 1990* abgegeben wurde (veröffentlicht in der deutschsprachigen Tagungsunterlage). Die Sammlung des «Stoffes» hatte lic. iur. *Hansueli Brunner* besorgt, dem der Verfasser auch für die übrige Mithilfe herzlich dankt.

[2] Zum Anwendungsbereich des Gesetzes: *Tercier*, 5 ff.

[3] Vgl. dazu auch *Keller Max*, 5.

[4] Immerhin hat es an entsprechenden Vorstössen nicht gefehlt (Übersicht bei *Kuhn*, Harmonisierung, 272 ff.). Insbesondere lud Frau Nationalrätin *Jaggi* den Bundesrat im Jahre 1980 ein, das VVG im Sinne eines besseren Schutzes des Versicherungsnehmers zu ändern. Problematisch seien namentlich die aufdringlichen Verkaufsmethoden von Versicherungsagenten, die mangelnde Information der Konsumenten und die Unteilbarkeit der Prämie. Dem Antragsteller sollte eine Bedenkzeit eingeräumt werden.

2. Die Ursachen, weshalb eine Revision bis zum heutigen Tage unterblieben ist, sind vielfältig. Ein möglicher Grund liegt vielleicht in einem gewissen Widerstand der Versicherer, deren Betriebe und Betriebsangehörige auf das alte Gesetz eingespielt sind. Ein anderer Grund besteht darin, dass *die bisherige Gesamtbewertung des Gesetzes* im allgemeinen positiv ausfiel:

- Fünfzig Jahre nach Inkrafttreten des VVG befand *Max Keller:* «Das Versicherungsvertragsgesetz darf zu den besten unserer Gesetze gezählt werden. Die Geschicklichkeit, mit der hier schwierigste Probleme und schärfste Interessenkonflikte gemeistert wurden, wie auch die klare, verständliche Sprache des Gesetzestextes sind bewunderungswürdig.»[5]

- Am Schweizerischen *Juristentag 1962* (zum Thema: «Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?») erhielt das Gesetz fast durchwegs gute Noten. Die überwiegende Mehrzahl der Diskussionsteilnehmer[6] verneinte die Notwendigkeit einer Revision, ganz im Sinne des deutschsprachigen Referenten *Willy Koenig,* der keine «schwerwiegenden Übelstände» erkannt und das VVG («nach bestandener Bewährungsprobe») noch immer als «kraftvolles, dem Rechtsleben dienliches Gesetz» bewertet hat[7].

- Auch *nach* dem Juristentag 1962 unterstrich *Willy Koenig* die positiven Aspekte des VVG: Das VVG habe «sowohl der Gerechtigkeitsmaxime wie dem Postulat der Rechtssicherheit in reichlichem Masse Beachtung geschenkt...»[8]. Es habe sich «im ganzen durchaus bewährt», was «der weisen Zurückhaltung des Gesetzgebers zu verdanken» sei, «der den Vertragsparteien weitgehend Freiheit gelassen[9] und bewusst davon abgesehen» habe, «den Inhalt der einzelnen Versicherungszweige durch gesetzliche Begriffsbestimmungen zu begrenzen»[10].

- Zu den bereits Genannten kommen viele andere, die dem alten Gesetz bis in die neuste Zeit hinein mit ungebrochenem Wohlwollen begegnen. So vertritt *François Guisan* noch im Jahre 1985 die Ansicht, «que cette loi répond dans une mesure tout à fait satisfaisante aux critères du juste équilibre des forces entre parties au contrat d'assurance, de la bonne foi qui doit régir leurs rapports et de la sécurité du droit»[11]. Und im Jahre 1986 lehnt *Moritz Kuhn* den Gedanken einer Revision ab, unter anderem mit der Begründung, dass das VVG in seiner bewährten Struktur auch heute noch den Bedürfnissen der Versicherten und Versicherungsnehmer, der Versicherer und der Aufsichtsbehörden zu genügen vermöge[12].

3. Bei all dem Positiven, das über das VVG gesagt wurde, hat es aber doch nicht an *kritischen Stimmen* gefehlt, die mit einer negativen Gesamtbewertung die schöne Harmonie durchbrachen.

- Hauptzeuge ist *René de Buren.* In seinem französischsprachigen Referat zum Juristentag 1962 stellt er fest[13], «que notre LCA n'atteint pas toujours le but premier qui est le sien, ne saisit qu'imparfaitement la réalité de l'assurance moderne». «Il faut la reviser: l'entreprise est nécessaire, donc urgente aussi; une loi qui, dans son application, appelle constamment les corrections que l'assureur ou le juge se sentent obligés d'y apporter, ne remplit plus sa fonction ordonnatrice...». «Il faut *repenser* la loi.»

- Am gleichen Juristentag gab auch *Marcel Grossmann* zu bedenken, dass es nicht angezeigt wäre, «wenn ein für allemal oder für die nächsten Jahrzehnte die Revisionsbedürftigkeit des VVG grundsätzlich verneint würde mit dem Argument, dass ja eigentlich alles sehr gut gegangen sei. Denn die Welt und auch die Welt der Versicherung ist in einer Umwälzung begriffen, die noch durchaus nicht an ihrem Endpunkt angekommen ist»[14].

II. Kritische Würdigung des Gesetzes

Um es gleich vorwegzunehmen: Ich halte es mit denen, die *für eine Gesamtrevision des VVG* eintreten! Dabei bin ich mir bewusst, dass ein solcher Revisionsvorschlag, der in das eingespielte Versicherungsleben eingreift, auf vielfältige Ablehnung stösst. Auch weiss ich, dass das geltende VVG über lange Jahre hinweg gute Dienste geleistet hat. Trotzdem weist das alte Gesetz, *aus heutiger Sicht betrachtet,* so viele *Einzelmängel* auf, dass eine totale Reform sich aufdrängt. In kritischer Würdigung

[5] *Keller Max,* 4f.

[6] Vgl. das im zweiten Halbband der ZSR NF *81* (1962) abgedruckte Protokoll, und zwar: *U. Christinger,* 625; *H. Meyer,* 630; *P. Pétermann,* 632f.; *A. Matti,* 643; *H. F. Moser,* 647; *P. Renold,* 650; *E. Stark,* 654, 657; *Ch. Wyniger,* 657; *C. Martin,* 663f.

[7] *Koenig,* ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 609f. Ähnlich äusserte sich *Koenig* schon in seinem Referat, 175f., 247ff.

[8] *Koenig,* Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, 379.

[9] Was die von *Koenig* angesprochene «Freiheit der Vertragsparteien» angeht, mag die Bemerkung erlaubt sein, dass sie vor allem eine Freiheit des Versicherers ist. Für den Versicherungsnehmer wurde sie durch den massiven Einsatz vorformulierter Versicherungsbedingungen in ganz erheblichem Masse beschränkt.

[10] *Koenig,* SVZ *42* (1974/75), 18.

[11] *Guisan,* 240.

[12] *Kuhn,* Harmonisierung, 320; vgl. jetzt auch *Kuhn,* Grundzüge, 11.

[13] *de Buren,* ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 375f.

[14] *Grossmann,* ZSR NF *81* (1962), 2. Hb. 637.

des Gesetzes möchte ich auf einige dieser Mängel hinweisen. Sie betreffen zunächst die Systematik und die Sprache des Gesetzes:

1. Die Systematik und die Sprache des Gesetzes

1. Das VVG ist schon in formeller Hinsicht stark verbesserungsfähig. Die Systematik des Gesetzes lässt zu wünschen übrig [15]. Das gilt etwa für die zersplitterte Regelung der Fremdversicherung [16] und die oft willkürliche Art, wie die einzelnen Gesetzesartikel in ihrer Abfolge plaziert sind [17].

Der Hauptmangel der Systematik aber besteht gewiss in der disparaten *Unterscheidung zwischen Schadens- und Personenversicherung* (Art. 48ff./73ff. VVG) [18], die für die äussere Einteilung des «Besonderen Teils» verwendet wurde. In der praktischen Gesetzesanwendung hat diese Einteilung schon zu mancherlei Schwierigkeiten (und Missverständnissen) geführt [19]. Aber auch heute noch wird die Rechtsanwendung dadurch erschwert, dass der Gesetzgeber es unterliess, «systematisch» zwischen der *Personen-*, der *Sach-* und der *Vermögensversicherung* zu unterscheiden. Insbesondere stellt sich immer wieder die Frage, welche Bestimmungen der Schadensversicherung (Art. 48ff. VVG) auf die Vermögensversicherung Anwendung finden [20].

2. Auch die Sprache des Gesetzes ist in mancher Hinsicht unbefriedigend [21]. So wird durchwegs von «Rücktritt» gesprochen, selbst wenn es in Wirklichkeit um eine Kündigung geht [22]. Und ausserdem gibt es, über das ganze Gesetz verstreut, viele Vorschriften, die schwerfällig [23] oder ungenau formuliert sind [24]. Zusammen mit den Mängeln der *Systematik* erschweren diese *sprachlichen* Mängel das Verständnis des Gesetzes so sehr, dass sich darin praktisch nur noch «eingeweihte» Spezialisten zurechtfinden.

2. Der Inhalt des Gesetzes

Indem das VVG den Versicherungsvertrag besonders ordnet [25], enthält es *Vertragstypenrecht*. Dass ein solches Recht für den Versicherungsvertrag *geschaffen* wurde, war eine Notwendigkeit. Dass die Regelung in einem *Spezialgesetz* untergebracht (also nicht dem Besondern Teil des OR eingegliedert) ist, lässt sich mit Rücksicht auf den erforderlichen Regelungsumfang kaum beanstanden. Was dagegen *negativ* auffällt, ist eine Häufung gesetzlicher Regeln, die unklar oder sachlich unangemessen sind. Dazu kommt, dass verschiedene Regeln, die sachlich angemessen (und deshalb wünschbar) wären, im Gesetze völlig fehlen.

A. Unklare Regeln

1. Viele Regeln, die das VVG enthält, sind unklar, was zu mancherlei Unsicherheiten in der

[15] Vgl. auch *Tercier*, 13.

[16] Einschlägige Regeln finden sich sowohl im Allgemeinen Teil (z.B. Art. 16–18 VVG: «Versicherung für fremde Rechnung») als auch im Kapitel über die Personenversicherung (Art. 74 VVG: «Versicherung auf fremdes Leben»; Art. 87 VVG: «Kollektivunfallversicherung»). Unsicher ist, ob die Allgemeine Regelung der Art. 16f. VVG auch für die Personenfremdversicherung («Versicherung auf fremdes Leben»/«Fremdunfallversicherung») gilt und ob Art. 74 VVG auf die «Gruppenlebensversicherung» ebenfalls zur Anwendung kommt (vgl. *Koenig*, ZSR NF *81* [1962], 2. Hb., 189f., 196ff.; *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 407; *Maurer*, 300f. und 298). – In das Gebiet der «Dogmatik» fällt dagegen die umstrittene Frage nach der «Rechtsnatur» der Fremdversicherung. Handelt es sich um einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten (Art. 112 OR), wie z.B. *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, S. 234, annimmt? Oder handelt es sich um ein eigenes Rechtsinstitut, wie z.B. *Koenig*, SPR VII/2, 625f., und *Roelli/Keller*, 294, annehmen?

[17] Siehe die Beispiele bei *Koenig*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 191.

[18] Diese Unterscheidung führt zwei Versicherungsarten zusammen, die so nicht zusammengehören (*Koenig*, ZSR NF *81* [1962], 2. Hb., 186). Denn das Gegenstück zur «Schadensversicherung» ist in Wirklichkeit die «Summenversicherung»; der «Personenversicherung» hingegen stehen die «Sach»- und die «Vermögensversicherungen» gegenüber (*Maurer*, 405).

[19] Erinnert sei nur an die langjährige Anwendung des Art. 96 VVG auf sämtliche Personenversicherungen. Das Bundesgericht brauchte fast siebzig Jahre lang, um zu erkennen, dass auch eine Personenversicherung als Schadensversicherung ausgestaltet und Art. 72 VVG unterstellt sein kann (BGE *104* II 44ff.).

[20] Vgl. *Koenig*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 188f.; *Koenig*, SVZ *42* (1974/75), 19.

[21] Ebenso: *Tercier*, 13.

[22] *Koenig*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 221f.; *Maurer*, 214 Anm. 493f. Trotz dieser terminologischen Fehlleistung werde ich mich im vorliegenden Beitrag an die gesetzliche Ausdrucksweise halten, um sprachlich im Einklang mit dem Gesetz zu bleiben.

[23] Vgl. statt vieler: Art. 8 Ziff. 6, Satz 2.

[24] Siehe dazu: *Koenig*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 222. Beispiele: Art. 17 I («Genehmigung des Vertrages», obwohl es nicht um eine Vertragsgenehmigung geht); Marginalie zu Art. 34 («Verantwortlichkeit» zur Umschreibung einer Vertretungswirkung); Art. 47 («Erneuerung» des Versicherungsvertrages, obwohl der alte Vertrag fortgesetzt wird); Art. 62 («Ersatzwert» für Ersatzleistung).

[25] Beachte aber die in Art. 101 VVG erwähnten Vorbehalte.

Rechtsanwendung führt. Das gilt, um ein erstes Beispiel herauszugreifen, vor allem für die *Subrogationsbestimmung des Art. 72 VVG*, die im Abschnitt über die Schadensversicherung steht. Die Kontroversen, die sich um diese unklare Vorschrift entwickelt haben und zugleich auch das Verhältnis zu Art. 50/51 OR einschliessen, sind so zahlreich[26], dass hier nur auf wenige Streitfragen hingewiesen werden kann:

Was sind «Ersatzansprüche aus unerlaubten Handlungen» (Art. 72 I VVG), in die der Versicherer subrogiert? Umfassen sie nur die Ersatzforderungen aus deliktischer Verschuldenshaftung (Art. 41 OR)?[27] Oder kommt Art. 72 I VVG auch dann zur Anwendung, wenn der Dritte «kausal» (z. B. nach Art. 55 OR) oder aus Vertragsverletzung (Art. 97 ff. OR) haftet? Wie verhält es sich mit dem Regressrecht des Haftpflichtversicherers?[28] Und wie verhält es sich, wenn Art. 72 I VVG aus dem Spiele bleibt? Greift in diesem Fall die Bestimmung des Art. 51 OR ergänzend ein?[29] Gestattet Art. 51 OR dem Versicherer, auf einen Dritten zurückzugreifen, der dem Geschädigten aus Vertrag haftet?[30] Unter welchen Voraussetzungen hat der Richter (wenn überhaupt) einen solchen Regress zuzulassen?[31] Und wie verhält es sich mit dem Regress, wenn die Vertragshaftung des Dritten eine Hilfspersonenhaftung (OR 101) ist?[32]

2. Art. 72 VVG ist zwar ein wichtiges, aber bei weitem nicht das einzige Beispiel für eine unklare Regel. *Weitere Beispiele* betreffen:

- die *vorvertragliche Anzeigepflicht Dritter* bei der Versicherung auf fremde Rechnung (Art. 5 II VVG)[33],
- die *Verzugsregelung* der Art. 20/21 VVG[34],
- den *Begriff des Versicherungsagenten* (Art. 34 I)[35],
- den *Verjährungsbeginn* nach Art. 46 VVG[36],
- das *Verhältnis der verjährungsauslösenden Tatsache (Art. 46 VVG) zum Versicherungsfall*[37],
- die *Unteilbarkeit der Prämie* (Art. 24 f. VVG)[38],
- die *Prämienreduktion* nach Art. 23 VVG[39],

[26] Vgl. die systematische Zusammenstellung von *Hansueli Brunner*, Beilage 3 zu meinem Vortrag in der Tagungsunterlage der Strassenverkehrsrechts-Tagung 1990, Freiburg 1990.

[27] So die herrschende Meinung, zitiert bei *Hansueli Brunner* (Fn. 26), 2.

[28] Nach der herrschenden Meinung (z. B. BGE *95* II 338) kommt Art. 72 VVG sinngemäss zur Anwendung (vgl. *Hansueli Brunner* [Fn. 26], 2, mit weiteren Hinweisen).

[29] Auflistung der kontroversen Meinungen bei *Hansueli Brunner* (Fn. 26), 3.

[30] Auflistung der kontroversen Meinungen bei *Hansueli Brunner* (Fn. 26), 4 ff.

[31] Auflistung der kontroversen Meinungen bei *Hansueli Brunner* (Fn. 26), 6 f.

[32] Auflistung der kontroversen Meinungen bei *Hansueli Brunner* (Fn. 26), 7 f.

[33] *Unklar und streitig* ist, ob der Dritte nur dem *Antragsteller* gegenüber Auskunft zu geben hat, oder ob er selber verpflichtet ist, dem Versicherer Anzeige zu erstatten (vgl. darüber *Maurer, 305* Anm. 790 mit weiteren Hinweisen).

[34] *Unklar und streitig* sind vor allem zwei Fragen: *a)* Gilt Art. 108 Ziff. 1 OR auch im Anwendungsbereich der Art. 20/21 VVG, so dass eine «Mahnung» durch den Versicherer sich erübrigt, wenn der Tatbestand dieser OR-Bestimmung erfüllt ist? Offengelassen: BGE *48* II 408. Bejahend: *Roelli/Keller* 345. Contra: *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 122; *Koenig*, SPR VII/2, 545 f.; *Maurer*, 274; *Kuhn*, Harmonisierung, 183 (allerdings mit der Einschränkung, dass kein Mahnverfahren nötig sei, wenn der Versicherungsnehmer ausdrücklich auf die Mahnung verzichte). *b)* Spielt die Rücktrittsvermutung des Art. 21 I VVG sinngemäss auch dann, wenn der Versicherungsnehmer bei vereinbarter Einlösungsklausel mit der Bezahlung der ersten Prämie in Rückstand ist? Pro: BGE *66* II 283 f.; *Roelli/Keller*, 324, 335 Anm. 5, 358; *de Buren*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 315 Anm. lit. a; *Jaeger*, 180. Contra: *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 126 f.; vgl. auch Art. 6 II RLEVV.

[35] Jedenfalls zu eng: *Koenig*, SPR VII/2, 523, der verlangt, dass zwischen dem «Agenten» und dem Versicherer ein Agenturvertrag im Sinne der Art. 418 a ff. OR besteht.

[36] *Unklar und streitig* ist vor allem, wann die Verjährung des Versicherungsanspruchs gegenüber dem *Haftpflichtversicherer* zu laufen beginnt. Was heisst hier: «Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet»? Dazu gibt es verschiedene Theorien, namentlich die folgenden: «Ereignistheorie» (z. B. *Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht* 509; *Roelli/Keller*, 668 f. Anm. 7, 235 Anm. 2); «Kenntnistheorie» (z. B. *Pétermann*, 400); «Geltendmachungstheorie» (z. B. *Roelli*, N. 5 zu Art. 38 und N. 3b zu Art. 46); «Urteilstheorie» (z. B. *Roelli/Jaeger* II N. 34 ff. zu Art. 59 VVG; *Maurer*, 378 Anm. 1034; *Spiro*, § 38 S. 67, § 68 S. 145; *Brehm*, Nr. 784 ff.; jeweils mit gewissen Abweichungen). Nach BGE *61* II 197 ff. beginnt die Verjährung in der Haftpflichtversicherung mit der Verurteilung des Versicherten (wieder offengelassen in BGE *100* II 407 f.).

[37] *Unklar und streitig* ist, ob der «Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht» des Versicherers «begründet» (Art. 46 VVG), gleichzeitig auch den Versicherungsfall ausmacht, der (als «befürchtetes Ereignis») in mehrfacher Hinsicht (etwa für die Frage der Versicherungsdeckung, die Anzeigepflicht nach Art. 38 VVG oder für das Pfandrecht nach Art. 60 VVG) von rechtlicher Bedeutung ist. Wer die Frage bejaht, muss bei der Festlegung des Verjährungsbeginns auf diese Beziehung Rücksicht nehmen. Richtig aber erscheint mir, die massgeblichen Begriffe für jeden Zusammenhang gesondert zu bestimmen (vgl. auch *Spiro*, § 68 S. 144 f. Anm. 5), da der Tatbestand einer Norm immer auch im Hinblick auf seine spezifische Rechtsfolge zu interpretieren ist.

[38] *Unklar und streitig* ist, ob der Grundsatz der Unteilbarkeit (Art. 24/25 I VVG) auch dann gilt, wenn der Versicherungsvertrag nach den allgemeinen Bestimmungen über die «Mängel des Vertragsabschlusses» (Art. 23 ff. OR) dahinfällt (vgl. dazu *Koch Richard*, Das Synallagma im Versicherungsvertrag, Diss. Zürich 1958, 136 f.).

[39] *Unklar und streitig* sind zwei Fragen: *a)* Ist Art. 23 VVG auch dann anwendbar, wenn die «gefahrerhöhenden Umstände» nicht erst «im Laufe der Versicherung», sondern noch vor Abschluss des beantragten Versicherungsvertrages wegfallen oder ihre Bedeutung verlieren? Für eine Klarstellung im letztgenannten Sinne: *Diener Peter*, Verminderung von Gefahr und Schaden im Versicherungsvertragsverhältnis,

- die *Zurechnung von Obliegenheitsverletzungen durch Hilfspersonen*[40],
- die *Fälligkeit des Versicherungsanspruches* (Art. 41 VVG)[41].

Verschiedene Unklarheiten ergeben sich auch daraus, dass das VVG auf manche *Spezialfragen*, die sich stellen, keine ausdrückliche Antwort gibt. Fällt z. B. auch der Übergang einer vorläufigen Deckungszusage zur endgültigen (höheren) Deckungsbereitschaft unter Art. 2 III VVG?[42] Was geschieht mit dem Versicherungsvertrag, wenn die Gefahr im nachhinein entfällt?[43] Wem gehört der Versicherungsanspruch aus der Kollektivlebensversicherung?[44] Wann beginnen die Wirkungen des Versicherungsvertrages bei rechtzeitig angenommenem Antrag?[45] Und wem gehört der Anspruch aus einer Unfall(Kranken)versicherung, die zu Gunsten einer einzigen Drittperson abgeschlossen wurde?[46]

3. Die aufgezählten Beispiele zeigen, dass unser geltendes VVG in mehrfacher Beziehung zu verdeutlichen wäre. Und die Aufzählung ist keineswegs abschliessend. Unerwähnt blieb etwa *die Verweisungsnorm des Art. 100 VVG*, wonach «auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des Obligationenrechtes Anwendung» finden, soweit das VVG «keine Vorschriften enthält». Diese Norm ist schon deshalb ungenau, weil sie nur auf das Obligationenrecht (z. B. nicht auch auf das ZGB) verweist.

Dazu kommt, dass der Wortlaut des Art. 100 VVG eine *alternative* Anwendung von VVG- und OR-Bestimmungen generell auszuschliessen scheint. Ob aber die Bestimmungen des VVG ausnahmslos so beschaffen sind, dass sie den allgemeinen Teil des Obligationenrechts verdrängen, muss meines Erachtens durch *Auslegung der einzelnen Vorschriften* geprüft werden[47]. Eine solche Gesetzesauslegung könnte durchaus ergeben, dass nicht *alle* Regeln des VVG, die vom gemeinen Rechte abweichen, zugleich den Charakter einer «lex specialis» haben, die einer alternativen Anwendung des OR entgegensteht[48].

B. Unangemessene Regeln

1. Zu den unklaren Regeln kommen jene, die für den geregelten Sachverhalt *inhaltlich keine angemessene Lösung* bringen. Auch diesbezüglich muss sich die «Demonstration» auf

Diss. Bern 1970, 79. *b)* Gibt Art. 23 VVG dem Versicherungsnehmer ein Gestaltungsrecht oder «nur» einen obligatorischen Anspruch darauf, dass die Versicherung der «tarifgemässen» Herabsetzung der Prämie zustimmt? Im zweiten Fall müsste der Versicherungsnehmer zur Vertragsauflösung berechtigt sein, wenn der Versicherer die Zustimmung verweigert oder überlang hinauszögert (vgl. Art. 5 RLEVV).

[40] Was gilt diesbezüglich in den vom VVG nicht selbst geregelten Fällen? Unter welchen Voraussetzungen haben Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigte das Verhalten ihrer Hilfspersonen zu vertreten? Lösungsvorschläge: *a)* Es gilt Art. 101 OR *Roelli/Keller*, 645; *König*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht 142 f.; *Koenig*, SPR VII/2, 562 f.). *b)* Für den Versicherungsnehmer gilt Art. 101 OR, für den «nur» Anspruchsberechtigten gilt Art. 55 OR (*Maurer*, 290 ff.). *c)* Das Verhalten von Hilfspersonen bewirkt keine Rechtsnachteile für den Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigten («Selbstverschuldensprinzip»: *Roelli*, N. 1 zu Art. 14 und 15 S. 202 und N. 5 d zu Art. 45 S. 536).

[41] Sie tritt ein «mit dem Ablauf von vier Wochen, von dem Zeitpunkte an gerechnet..., in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen kann» (Art. 41 VVG). Abgesehen davon, dass sich die vierwöchige Karenzfrist kaum rechtfertigt, ist völlig unklar, wie viel «Überzeugungskraft» die erhaltenen Angaben haben müssen, damit die vierwöchige Frist zu laufen beginnt. Wie verhält es sich zum Beispiel, wenn sich über den Bestand des geltend gemachten Versicherungsanspruches in guten Treuen streiten lässt?

[42] Vgl. dazu BGE *112* II 256 f.

[43] In der Lehre finden sich verschiedene Antworten, vor allem die folgenden zwei: *a)* Der Versicherungsvertrag fällt in analoger Anwendung des Art. 9 VVG ipso iure dahin (*Schmitz Franz*, Veränderte Umstände und clausula rebus sic stantibus im schweizerischen Privatversicherungsrecht, Diss. Bern 1945, 79 ff.; *de Buren*, ZSR NF *81* [1962], 2. Hb., 365 ff., der allerdings auf den Zeitpunkt abstellt, da der Versicherer Kenntnis vom Wegfall der Gefahr erlangt). *b)* Der Vertrag fällt zwar nicht ipso iure dahin, kann aber vom Versicherungsnehmer durch einseitige Willenserklärung aufgelöst werden, sei es nach dem Grundgedanken des Art. 23 VVG (*Koenig*, ZSR NF *81* [1962], 2. Hb., 225; *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 164; *Kunz Markus*, Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Diss. Bern 1970, 61); oder sei es nach der allgemeinen Rechtsidee der «clausula rebus sic stantibus» (*Roelli*, N. 2 zu Art. 25 VVG 319 ff.).

[44] Für ein selbständiges Forderungsrecht des Versicherten: *Koenig*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 205 ff., 607; *Koenig*, SPR VII/2, 725 f.; vgl. auch *Maurer*, Anm. 330. Contra: BGE *112* II 251; *Matti*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 643 ff.; *Moser*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 647; *Kuhn*, Harmonisierung, 236 f. Diskussion der beiden Standpunkte: *Ganz Ronald*, Die Fremdversicherung in der Schadens-, Lebens- und Unfallversicherung, Diss. Zürich 1972, 193 ff.

[45] Meines Erachtens greift diesbezüglich Art. 10 I OR ein, wonach die Wirkungen des Vertrages schon mit der Absendung der Annahmeerklärung zu laufen beginnen. So auch *Roelli/Keller*, 320. Anders aber *Maurer*, 206 f.

[46] Für ein selbständiges Forderungsrecht des Versicherten: *Maurer*, 297; *Ganz*, 66 f., 156 f., 197 (beide in Analogie zu Art. 87 VVG); *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 475 f. (in Analogie zu Art. 17 VVG).

[47] Vgl. z. B. BGE *61* II 283 f.

[48] Vgl. auch *Tercier*, 10. In anderem Zusammenhang hat das Bundesgericht sich dafür ausgesprochen, dass mehrere Gesetzesbestimmungen, die den gleichen Sachverhalt unterschiedlich regeln, «vermutungsweise alternativ anwendbar» seien (BGE *114* II 136). Eine solche Vermutung gibt es meines Erachtens zwar nicht. Doch verdient der Gerichtssatz in dem Sinne Zustimmung, dass nicht jede Norm des Vertragstypenrechts zugleich eine Sonderbestimmung ist, die dem allgemeinen Vertragsrecht vorgeht.

eine Auswahl beschränken. Herausgreifen möchte ich zunächst die folgenden Punkte:

a) Die Bindung des Antragstellers an seinen Versicherungsantrag (Art. 1 VVG)

Wer dem Versicherer den Antrag zum Abschluss des Versicherungsvertrages stellt, bleibt vierzehn Tage (Normalfrist) oder (bei ärztlicher Untersuchung) vier Wochen gebunden (Art. 1 I und II VVG). Die Dauer dieser Bindung ist zwar kaum zu bemängeln, auch wenn für einfache Versicherungsgeschäfte die normale Frist von vierzehn Tagen eher an der oberen Grenze liegt. Trotzdem vermag die gesetzliche Ordnung aber nicht völlig zu überzeugen.

Unbefriedigend ist vor allem der Umstand, dass der Antragsteller (abgesehen von Art. 9 OR) *kein Recht* hat, *den einmal gestellten Antrag zu widerrufen.* Diese strikte Bindung des Offerenten widerspricht, wie die Erfahrung zeigt, einem offenbaren Schutzbedürfnis des Gebundenen, dem auch bei übereiltem Antrag kein Rückzug offen steht.

Was not tut, ist eine Gesetzesbestimmung, die dem Antragsteller eine angemessene Bedenkzeit mit entsprechender Widerrufsmöglichkeit einräumt[49]. Dem Antragsteller müsste es (nach dem Vorbild der Teilzahlungsgeschäfte[50]) gestattet sein, den eingereichten Versicherungsantrag in Ruhe nochmals zu überlegen, um gegebenenfalls (bei besserer Einsicht) darauf zurückzukommen. Die im Versicherungsgewerbe übliche Art der Akquisition[51], die schwere Verständlichkeit der vorformulierten Versicherungsbedingungen und die oft langzeitig-starke Belastung durch den abgeschlossenen Versicherungsvertrag sind Grund genug, um zumindest die Bindung des «privaten» Antragstellers entsprechend einzuschränken[52].

Die Vorbehalte, die man von Seiten der Versicherer gegen eine solche Einschränkung ins Feld führt[53], stellen dogmatische Vertragsideale, den reibungslosen Ablauf des Versicherungsbetriebes und die «Würde» der Versicherungen über die schützenswerten Interessen der Versicherungskunden. Richtig ist nur, dass man über die konkrete Ausgestaltung des postulierten Widerrufsrechts und über den Kreis der Schutzberechtigten[54] noch nachdenken müsste. Was allerdings trotz angemessener Limitierung der Schutzberechtigten bleibt, ist die unterschwellige Furcht der Versicherer, die Agenten ihrer Mitbewerber könnten das Widerrufsrecht der Geschützten missbrauchen, um bereits gewonnene Kunden wieder (und zwar zu ihren Gunsten) abspenstig zu machen. Ein solcher Missbrauch durch die Mitbewerber, der das Gebiet des unlauteren Wettbewerbes beschlägt (Art. 4 lit. d UWG, sinngemäss), darf aber nicht auf Kosten des Versicherungsnehmers unterbunden werden. Angezeigt sind vielmehr die Rechtsbehelfe des UWG.

b) Die Schutzbestimmung des Art. 3 VVG

Danach müssen «die allgemeinen Versicherungsbedingungen ... entweder in den vom Versicherer ausgegebenen Antragschein aufgenommen oder dem Antragsteller vor der Einreichung des Antragscheines übergeben werden» (Art. 3 I VVG). «Wird dieser Vorschrift nicht genügt, so ist der Antragsteller» nach Art. 3 II VVG «nicht gebunden».

Der Zweck der Vorschrift, den Antragsteller vor «unbekannten» Versicherungsbedingungen zu schützen, ist zwar lobenswert. In Wirklichkeit aber bietet das formelle Erfordernis des (ohnehin nur dispositiven) Art. 3 I VVG einen nur geringen Schutz[55]; denn es garantiert keineswegs, dass der (durchschnittliche) Antragsteller vom Inhalt der allgemeinen Versicherungsbedingungen in zumutbarer Weise

[49] Für Haustürgeschäfte vgl. Art. 40a ff. des bundesrätlichen Entwurfs über die Änderung des Obligationenrechts (BBl *1986* II 354 ff.). Dieser Revisionsvorschlag geht aber, was die Versicherungsverträge angeht, zu wenig weit. Ausserdem hat der Ständerat es abgelehnt, auf die vorgeschlagene Revision einzutreten (Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat 1987, 549 ff.). Und die Kommission des Nationalrates hat mehrheitlich vorgeschlagen, dass die Versicherungsverträge vom Widerrufsrecht auszunehmen seien.

[50] Art. 226c und 228 OR.

[51] «Der Versicherungsagent ... gibt sich öfters zu wenig Mühe, die besonderen Verhältnisse des Versicherungsnehmers abzuklären ... . Aus naheliegenden Gründen drängt er oft auf die sofortige Unterzeichnung des Versicherungsantrages, statt dem Versicherten ein paar Tage zum nochmaligen Überlegen der Lage einzuräumen.» So kommt es durchaus vor, dass der Ombudsmann der Privatversicherung gezwungen ist, bei Versicherungsgesellschaften einzugreifen, weil der Versicherungsnehmer «in einer ungehörigen oder gar stossenden Weise ... zur Unterzeichnung des Antrages überredet worden ist ... oder einer Ausgestaltung des Versicherungsverhältnisses zugestimmt hat, die offensichtlich seinen Interessen nicht entspricht» (*Amstad,* 11; beachte auch die Beispiele auf S. 13 f.).

[52] Vgl. auch *Tercier,* 15.

[53] Vgl. z. B. *Gmeiner Peter,* Gegen ein Widerrufsrecht im neuen Konsumentenschutzrecht, in: SVZ *54* (1986) 376 ff.; *Diehl* (an der Generalversammlung des Schweizerischen Versicherungsverbandes) NZZ Nr. 118, 23. 5. 1980, 19.

[54] Allenfalls würde es sich rechtfertigen, einzelne Kategorien von Versicherungskunden (z. B. die im Handelsregister Eingetragenen) vom Privileg des Widerrufsrechtes auszunehmen.

[55] Vgl. auch *Tercier,* 15 f.

Kenntnis nehmen oder die Bedingungen gar verstehen kann, bevor er den Versicherungsantrag stellt[56]. Ausserdem kommt der Versicherungsvertrag, auch wenn gegen das Erfordernis des Art. 3 I VVG verstossen wird, doch noch (und trotz Art. 3 II VVG) zustande, falls der Versicherungsnehmer die Unverbindlichkeit nicht geltend macht und sich später (z. B. durch die Bezahlung von Prämien) auf die Vertragsabwicklung einlässt[57]. Und schliesslich findet Art. 3 VVG überhaupt keine Anwendung, wenn der Antrag aufgrund eines bereits laufenden Vertrages gestellt wird[58].

c) *Die Vollmacht des Agenten (Art. 34 VVG)*[59]

Deren offene (für den Einzelfall konkretisierungsbedürftige) Umschreibung durch Art. 34 I VVG widerspricht dem Gebot der Rechtssicherheit[60], auf die der Versicherungsnehmer Anspruch hat[61]. Dazu kommt, dass Art. 34 II VVG die Vollmacht noch einschränkt, indem er bestimmt, dass der Agent keine Befugnis habe, von den allgemeinen Versicherungsbedingungen abzuweichen[62].

Diese Einschränkung (Art. 34 II VVG) verlangt vom Versicherungsnehmer, will er sich vor bösen Überraschungen hüten, eine umfassende Kenntnis der allgemeinen Versicherungsbedingungen schon im Stadium der Vertragsverhandlungen. Strikte angewendet, würde Art. 34 II VVG sogar verhindern, dass der Versicherungsnehmer in seinem Vertrauen auf Erläuterungen des Agenten über Sinn und Tragweite der Versicherungsbedingungen geschützt wäre. Das alles ist unerfreulich und wird noch verschlimmert, wenn man annimmt, dass zu den «unbefugten» Abweichungen auch blosse Ergänzungen gehören.

d) *Die Anzeigepflicht bei Vertragsabschluss (Art. 4 – 8 VVG)*

Diese Pflicht des Antragstellers beschränkt sich zwar auf die Beantwortung der vom Versicherer vorgelegten Fragen (Art. 4 I VVG).

Dennoch (und trotz Art. 8 VVG) hat die vorvertragliche Anzeigepflicht in ihrer konkret-gesetzlichen Ausgestaltung aber *fast nur die Interessen des Versicherers im Auge*[63]. Das zeigt zum Beispiel schon die gesetzliche Umschreibung der *«erheblichen»* Gefahrstatsachen (Art. 4 II VVG), die (anders als etwa Art. 24 I Ziff. 4 OR) eine ausdrückliche «Objektivierung» nach dem Kriterium von Treu und Glauben vermissen lässt[64]. Dazu kommt, dass die im Fragebogen des Versicherers aufgelisteten Gefahrstatsachen als «erheblich» *vermutet* werden (Art. 4 III VVG)[65], was dem Antragsteller selten bekannt ist, ihm aber dennoch die schwierige Beweislast für einen späteren Streitfall überbindet[66]. Im übrigen fehlt eine ausdrückliche Gesetzesbestimmung, die das Fragerecht des Versicherers durch das Persönlichkeitsrecht (Art. 27 ff. ZGB) der Betroffenen beschränken würde[67]. Und schliesslich ist die

[56] Um dies zu garantieren, müsste das Gesetz zum Beispiel auch verlangen, dass die allgemeinen Versicherungsbedingungen klar abgefasst, leicht lesbar, übersichtlich strukturiert und auch sonst nicht geeignet wären, den Versicherungsnehmer irrezuführen (vgl. schon *de Buren*, ZSR NF *81* [1962], 2. Hb., 309 ff.).

[57] Vgl. *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 70; *Koenig*, SPR VII/2, 509; *Maurer*, 198 f. Anm. 443; *Roelli/Keller*, 73.

[58] BGE *84* II 562.

[59] Art. 34 VVG setzt voraus, dass derjenige, der für den Versicherer handelt, tatsächlich auch dessen Agent ist. Diesbezüglich bestimmt sich der Gutglaubensschutz Dritter nach den allgemeinen Regeln der Art. 33 ff. OR.

[60] Zum Beispiel ist vielen Antragstellern schon die Tatsache unbekannt, dass ein Versicherungsagent entweder «Abschlussagent» oder blosser «Vermittlungsagent» sein kann. Umso weniger wissen sie darum, dass «die Agenten der Lebens- und Unfallversicherer ... blosse Vermittlungsagenten sind, selbst wenn sie den Titel Generalagent führen» (BGE *96* II 214).

[61] Vgl. *Tercier*, 17; *Keller Max*, 12; *Brunner Kurt*, Das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Vermittlungsagent und seine Drittwirkungen, Diss. Zürich 1981, 281 ff.

[62] Aufgrund von Art. 34 II VVG ist jedes rechtsgeschäftliche Handeln des Agenten unwirksam, soweit es von den AVB abweicht (*Roelli/Keller*, 517). Eine andere Auslegung des Art. 34 II VVG, die das Gesetz korrigieren möchte (z. B. *Koenig*, SPR VII/2, 526), widerspricht dem klaren Wortlaut des Gesetzestextes.

Möglich bleibt allerdings, dass der einzelne Versicherer seinen Agenten ausdrücklich oder stillschweigend ermächtigt, die Versicherungsbedingungen zugunsten des Versicherungsnehmers (Art. 98 VVG) abzuändern. Eine derartige Ermächtigung, die auf Rechtsgeschäft (nicht auf Art. 34 VVG) beruht, ist durchaus gültig (vgl. BGE *83* II 75 ff.).

[63] Kritisch auch *Tercier*, 19 f.

[64] Vgl. *Tercier*, 19 f.

[65] Ähnlich aber auch Art. 3 Ziff. 1 RLEVV, der im übrigen die Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nicht auf die vom Versicherer erfragten Gefahrstatsachen beschränkt und insoweit das VVG (Art. 4 I) an «Strenge» noch überbietet.

[66] Vgl. z. B. BGE *92* II 352 ff.; *75* II 163 f.

[67] Wer seinen Verhandlungspartner über *persönliche* Lebenssachverhalte (z. B. Konfession, Parteizugehörigkeit, sexuelle Präferenzen, Vorstrafen usw.) ausforscht, die unter dem Gesichtspunkt des konkret abzuschliessenden Vertrages *nicht von unmittelbar- objektivem Interesse* sind, hat nach Massgabe der Art. 27 ff. ZGB keinen Anspruch auf wahrheitsgetreue Beantwortung (*Gauch/Schluep*, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Zürich 1987, Nr. 647 a). Dieser Grundsatz gilt auch im Anwendungsbereich der Art. 4 ff. VVG, selbst wenn die betreffenden Lebenssachverhalte für den Abschlusswillen des Versicherers subjektiv von Bedeutung sind. Darauf sollte das VVG in einer ausdrücklichen Bestimmung hinweisen, damit Klarheit herrscht. Das entspricht einem Gebot der Rechtssicherheit, und zwar unabhängig davon, ob die persönlichkeitsrechtlichen Schranken des Fragerechts durch die gegenwärtige Praxis der Versicherer respektiert werden oder nicht.

gesetzliche Folge der Anzeigepflichtverletzung unangemessen hart[68].

Die *Rechtsfolge der Anzeigepflichtverletzung* besteht in einem Rücktrittsrecht des Versicherers (Art. 6 VVG). Der Versicherer hat das Recht, den Vertrag mit Rückwirkung auf den Vertragsabschluss[69], aber unter Aufrechterhaltung des Prämienanspruchs[70], aufzuheben[71]. Trotz dieser einschneidenden Wirkung, die das Gleichgewicht des synallagmatischen Versicherungsvertrages korrumpiert, setzt das Rücktrittsrecht des Versicherers weder eine Täuschungsabsicht des Anzeigepflichtigen noch ein sonstiges Verschulden[72] voraus. Das Gesetz verlangt nicht einmal, dass die erhebliche Gefahrstatsache, die unrichtig mitgeteilt oder die verschwiegen wurde, dem Anzeigepflichtigen tatsächlich (und richtig) bekannt war (vgl. dazu die Art. 5 und 6 VVG)[73].

Eine solche Ordnung lässt sich durch nichts rechtfertigen. Die undifferenziert-übertriebene «Bestrafung» des Anzeigepflichtigen verstösst vielmehr gegen das Gebot der Vertragsgerechtigkeit, auch wenn die Versicherer «von ihrem Rücktrittsrecht aus Gründen der Konkurrenz im allgemeinen bewusst keinen rigorosen Gebrauch» machen[74]. Richtig wäre demgegenüber ein differenziertes «Sanktionensystem»[75], abgestuft nach Art und Schwere der Verletzung, das den Vertrag, soweit angemessen, auch mit verändertem Inhalt fortbestehen liesse (vgl. jetzt schon Art. 75 VVG)[76]. Selbst bei gegebener Täuschungsabsicht kann es nicht Aufgabe des Privatrechts sein, den Täuschenden in der Weise zu pönalisieren, dass seine Prämien trotz aufgehobenem Versicherungsschutz dem Versicherer verfallen[77]. Da der Versicherer keine Strafinstanz ist, hat er richtigerweise nur Anspruch *darauf*, dass die Vertragsstörung beseitigt wird: nicht mehr und nicht weniger!

e) Die vorbehaltlose Annahme der Police (Art. 12 VVG)

Die Regel des Art. 12 I VVG, wonach der Inhalt einer unrichtigen Police bei Schweigen des Antragstellers als genehmigt gilt, enthält eine unwiderlegbare Vermutung[78]. Sie ist eine Fiktion.

Diese Fiktion stellt wiederum nur auf die Interessen des Versicherers ab[79]. Sie belastet den (meist überforderten) Antragsteller mit der Nachkontrolle der Police; und im Ergebnis pönalisiert sie den Versicherungskunden für einen Fehler, den der Versicherer begangen hat[80].

Um den Antragsteller auf die gesetzliche Folge seines Schweigens aufmerksam zu machen, verlangt zwar Art. 12 II VVG, dass «die Bestimmung ... in ihrem Wortlaute in jede Police aufzunehmen» sei. Das ist gut gemeint, wirkt aber weltfremd, wenn man bedenkt, wie wenig ein solcher Hinweis in den zumeist ungelesenen Policen nützt. Ausserdem sagt Art. 12 VVG mit keinem Wort, was rechtlich geschieht, wenn der Versicherer den Hinweis in der Police vorschriftswidrig unterlässt[81].

So wie Art. 12 VVG im Gesetze steht, enthält er insgesamt eine höchst unbefriedigende Regel. Ein Teil der Lehre versucht, die Regel etwas «aufzubessern», indem sie dem Versicherer eine (vom Gesetz ungenannte) Aufklärungspflicht über die in der Police enthaltenen Abweichungen überbindet[82]. Ausserdem wird gesagt, dem Versicherungsnehmer stehe, um sich gegen die gesetzliche Vermutung (Art. 12 I

[68] Statt vieler: *de Buren*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 345 ff.; *Koenig*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 210 f.; *Keller Walter* Nr. 80 ff.; *Maurer*, *236* Anm. 554; *Tercier*, 20. Zur schlichten Nichtbeantwortung einer Frage siehe aber Art. 8 Ziff. 6 VVG.

[69] Diese Rückwirkung bedeutet, dass der Versicherer auch berechtigt ist, bereits ausbezahlte Versicherungsleistungen zurückzuverlangen.

[70] Bis und mit der laufenden Periode: Art. 25 I VVG; *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 91 f.; *Maurer*, 215.

[71] Zur Kollektivversicherung beachte aber immerhin Art. 7 VVG.

[72] BGE *111* II 392; *109* II 62.

[73] Das Wort «verschwiegen», das Art. 6 VVG verwendet, ist insofern ungenau. Denn *«verschweigen»* kann man nur, was man kennt. Zu einer möglichen Ausdehnung der Anzeigepflicht durch Vertrag vgl. Art. 74 III VVG. Über die Belehrungspflicht eines Vermittlungsagenten siehe BGE *96* II 213 ff.

[74] *Maurer*, 236 Anm. 554.

[75] Vgl. z. B. Art. 3 RLEVV und *Keller Max*, 8 ff.

[76] Vorbehalten blieben weiterhin gewisse Ausnahmefälle, in denen sich eine Sanktionierung der Anzeigepflichtverletzung überhaupt nicht rechtfertigt. Der Katalog des Art. 8 VVG müsste (so oder anders) neu überdacht werden.

[77] So aber auch Art. 3 Ziff. 4 lit. b RLEVV. Vgl. demgegenüber Art. 28 OR, wonach die Unverbindlichkeit, auf die sich der Getäuschte berufen kann, den *ganzen* Vertrag erfasst.

[78] *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 78.

[79] BGE *56* II 314 ff. geht sogar so weit, dass er dem Versicherungsnehmer die Vermutung des Art. 12 I VVG selbst dann entgegenhält, wenn der Versicherer Art. 3 I VVG verletzt hat, weshalb die Zusendung der Police ein blosser Antrag ist.

[80] Bei absichtlicher Falschverurkundung durch den Versicherer muss Art. 12 I VVG allerdings aus dem Spiele bleiben; etwas anderes wäre mit dem Rechtsmissbrauchsverbot (Art. 2 II ZGB) unvereinbar.

[81] Eine zweckentsprechende Ergänzung des Gesetzes dürfte aber ergeben, dass dann die Vermutung des Art. 12 I VVG entfällt (offenbar unentschieden: BGE *56* II 316 f.).

[82] Zum Beispiel *Roelli/Keller*, 213 (anders aber noch *Roelli*, N. 4 zu Art. 12 S. 182). Vgl. auch BGE *41* II 467 ff.

VVG) zu schützen, immer noch die Berufung auf Willensmängel (Art. 23 ff. OR) offen[83]. Dieser «Ausweg» über die Willensmängel ist rechtlich aber nicht nur fragwürdig[84]; vielmehr führt er (wenn überhaupt) zum Wegfall des ganzen Versicherungsvertrages[85], auf den der Versicherungsnehmer sich verlassen hat.

f) Die Suspension der Versicherung bei Verzug des Versicherungsnehmers (Art. 20 III VVG)

Sie ist eine gesetzliche «Überreaktion» auf die Säumnis des Prämienschuldners und bildet den *Hauptmangel der im VVG enthaltenen Verzugsregeln*[86]. Das gilt um so mehr, als die Suspension nur den Versicherungsschutz, nicht auch die Prämienleistungspflicht erfasst (Art. 21 II VVG), was den synallagmatischen Charakter des Versicherungsvertrages pervertiert[87]. Volle zwei Monate lang befindet der Versicherer sich in der komfortablen Lage, bei ruhender Leistungspflicht (Art. 20 III VVG) darüber entscheiden zu können, ob er unter Verzicht auf die rückständige Prämie den Vertrag auflösen (Art. 21 I VVG) oder die Prämie rechtlich einfordern will (Art. 21 II VVG)[88]. Besonders stossend erweist sich die gesetzliche Verzugslage, wenn es versicherte *Dritte* sind, die durch das Ruhen der Leistungspflicht den Versicherungsschutz verlieren.

Schon mit Rücksicht auf die geschilderte Rechtslage ist es dringend geboten, das besondere Verzugsrecht des VVG zu überdenken. Die Suspension der Versicherung bildet aber nicht den einzigen Mangel, den es zu beseitigen gilt. So beginnt etwa die Mahnungsfrist von vierzehn Tagen (Art. 20 I VVG) schon mit der Absendung der Mahnung (nicht erst mit deren Zugang) zu laufen, was sachlich kaum gerechtfertigt ist. Überhaupt gibt es keinen Grund, die Verzugsregeln des VVG stärker vom gemeinen Rechte (Art. 102 ff. OR) abzusondern, als die Eigenart des Versicherungsvertrages dies tatsächlich erfordert.

g) Die Rechtslage bei Eintritt einer wesentlichen Gefahrserhöhung (Art. 28 – 32 VVG)

Sie ist verschieden: je nach dem, ob die Gefahrserhöhung «mit» oder «ohne Zutun des Versicherungsnehmers» eintritt (Art. 28 und 30 VVG). Schon diese Differenzierung erweist sich aber als fragwürdig; sie führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten in der Praxis und lässt sich auch sachlich kaum begründen[89]. Dazu kommt, dass die «Wesentlichkeit» einer Gefahrserhöhung (Art. 28 II VVG) von der Ausgestaltung des Fragebogens (Art. 4 VVG)[90] und damit einseitig vom Einfluss des Versicherers abhängt.

Der grösste Mangel allerdings besteht im *Rücktrittsrecht*, das dem Versicherer ohne weiteres (Art. 28 I VVG) oder bei verletzter Mitteilungspflicht (Art. 30 I VVG) zusteht[91]. Diese Macht des Versicherers, den Vertrag zu beseitigen, wird (auch wenn man die Ausnahmefälle des Art. 32 VVG berücksichtigt) der tatsächlichen Interessenlage nicht gerecht[92]. Um das Problem der wesentlichen Gefahrserhöhung vertragsrechtlich zu meistern, sind andere Lösungen erforderlich.

[83] Zum Beispiel *Roelli/Keller*, 211; *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 78; *Maurer*, 203 f.

[84] Denn: Dadurch dass der Inhalt der Police unwiderleglich als genehmigt gilt (Art. 12 I VVG), wird der massgebliche Inhalt des Versicherungsvertrages *von Gesetzes wegen* festgelegt. Diese Rechtsfolge des Schweigens beruht also nicht auf privatautonomer Gestaltung. Deshalb kann der Antragsteller, der geschwiegen hat, die eingetretene Rechtslage nicht durch Irrtumsanfechtung des Vertrages beseitigen. Vorbehalten bleibt höchstens der Fall, da der Antragsteller die nachkontrollierte Police falsch verstanden und in der Meinung, sie stimme mit dem Vereinbarten überein, vom Begehren einer Berichtigung bewusst abgesehen hat (zum Ganzen vgl. *Karl Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl., München 1989, 361 und 649; *Roelli/Jaeger* III, N. 11 zu Art. 100).

[85] *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 78.

[86] Nach *Koenig* (Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 120) würde «das *versicherungstechnische* Gleichgewicht zwischen den Leistungen ... empfindlich gestört, wenn der Versicherer seine Haftung gewähren müsste, ohne das notwendige Entgelt erhalten zu haben». Die «Störung» wäre jedoch kaum «empfindlich», wenn der Versicherer vorderhand zwar weiterhaften würde, die ausstehende Prämie bei Eintritt des Versicherungsfalles aber auf die von ihm geschuldete Versicherungsleistung anrechnen könnte.

[87] Kritisch auch *Tercier*, 23.

[88] Wird die Prämie vom Versicherer rechtlich eingefordert, so lebt seine Haftung erst dann wieder auf, wenn die rückständige Prämie (samt allfälligen Folgeprämien, Zinsen und Kosten) bezahlt ist (Art. 21 II VVG). Solange dies nicht zutrifft, ruht die Versicherung, selbst wenn die noch unbezahlten Kosten und Zinsen nur gering sind (BGE *112* II 463 f.) oder eine *später fällig gewordene* Prämie bezahlt wurde (BGE *103* II 204 ff.).

[89] Vgl. *Koenig*, SPR VII/2, 597; *de Buren*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 355 f.

[90] BGE *99* II 77.

[91] Der Rücktritt wirkt auf den Zeitpunkt der Gefahrserhöhung zurück (*Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 91), belässt aber dem Versicherer den Prämienanspruch bis und mit der laufenden Periode (Art. 25 I VVG). Nach einer ebenfalls vertretenen Lehrmeinung wird der Vertrag sogar ohne Rücktrittserklärung des Versicherers (ipso iure) aufgehoben (vgl. z. B. *Maurer*, 243, unter Hinweis auf BGE *99* II 77; vgl. aber die Formulierung in Art. 32 Ziff. 4 VVG und den Verweis in Art. 25 I VVG).

[92] Vgl. *Tercier*, 21. Beachte auch die abweichende Regelung der Gefahrserhöhung in Art. 4 RLEVV.

Denkbar ist ein Mehrfaches. *Eine* mögliche Lösung könnte darin bestehen, den Inhalt des Vertrages an die mitgeteilte Gefahrserhöhung[93] anzupassen[94] und den Versicherungsschutz vor erfolgter Mitteilung in reduziertem Umfange aufrechtzuerhalten[95]. Zumindest müsste dem Versicherer ein Rücktritt dann verwehrt sein, wenn der Versicherungsnehmer sich bereit erklärt, den Vertrag mit angepasstem Inhalt gelten zu lassen. Ein solcher Schutz gegen die einseitige Rücktrittsmacht des Versicherers drängt sich schon deshalb auf, weil im umgekehrten Fall, da die Gefahr sich *vermindert*, eine *Vertragsanpassung* Platz greift, ohne dass der Versicherungsnehmer sich vom Vertrage lösen könnte (Art. 23 VVG).

h) Das ausserordentliche Auflösungsrecht bei Teilschaden (Art. 42 VVG)

Dieses Recht der Parteien zur vorzeitigen Vertragsauflösung[96] ist sachlich nur schwer begründbar[97]. Denn im Rahmen eines Versicherungsvertrages stellt der Eintritt eines Teilschadens weder ein «unvorhergesehenes» Ereignis dar, noch ist er überhaupt ein Grund, der die Fortsetzung des Vertrages für die Parteien unzumutbar macht. Ausserdem werden die Interessen des Versicherten dadurch gefährdet, dass bei Auflösung des Vertrages der Versicherungsschutz schon kurzfristig (innerhalb von vierzehn Tagen) oder gar sofort entfällt (Art. 42 II und III VVG)[98].

Diese Kritik wird auch nicht durch den Umstand entkräftet, dass in der Praxis das Auflösungsrecht ein probates Mittel ist, um sich von einem Vertragspartner zu trennen, der sich bei der Schadenserledigung als «unangenehm» erwiesen hat. Eine solche Trennung zu ermöglichen, um auf dem Umweg des Teilschadens z. B. harte Verhandlungspartner «loszuwerden», ist nicht der Zweck des Art. 42.

i) Das «Alles oder Nichts»-Prinzip

Mit diesem Prinzip reagiert das VVG auf viele Obliegenheitsverletzungen des Versicherungsnehmers (vgl. z. B. Art. 6 ff., 28 ff., 38 III, 40, 68 II VVG). Danach hat die konkrete Obliegenheitsverletzung entweder keine nachteilige Rechtsfolge. Oder die Folge der Verletzung besteht gleich darin, dass der Versicherungsvertrag für den Versicherer unverbindlich ist, weshalb dieser im Versicherungsfall überhaupt nichts zu leisten hat.

Dieses «Alles oder Nichts», das der Vielfalt der möglichen Verletzungstatbestände mit einer «grobschlächtigen» Alternative begegnet, stösst allgemein auf berechtigte Kritik[99]. An die Stelle des überholten Prinzips sollte eine Regelung treten, die nicht nur in umfassender Weise auf die Lebenswirklichkeit Rücksicht nimmt, sondern (im Hinblick auf eine notwendige Harmonisierung) auch den Tatbestand des schuldhaft herbeigeführten Versicherungsfalles (Art. 14 VVG) miteinbezieht[100].

k) Die Verjährungsfrist des Art. 46 VVG

Gemäss Art. 46 VVG verjähren «Forderungen aus dem Versicherungsvertrage» schon *mit dem Ablauf von zwei Jahren* nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet.

Diese Verjährungsfrist ist eindeutig zu kurz[101]. Richtig wäre demgegenüber eine Regel, welche die Verjährung erst nach *zehn* Jahren (Art. 127 OR), bei periodischen Leistungen allenfalls nach *fünf* Jahren (Art. 128 Ziff. 1 OR), eintreten liesse[102]. Irgendein Grund, der die eklatante Differenz zwischen der Verjährungsfrist des Art. 46 VVG und den allgemeinen Verjährungsregeln rechtfertigt, ist nicht ersichtlich.

Das Gesagte gilt auch für den Versicherungsanspruch. Das Bedürfnis nach rascher Schadensregulierung reicht jedenfalls nicht aus, um die kurze Verjährung des Art. 46 VVG zu rechtfertigen[103]. Das zeigt schon Art. 127

[93] Sei sie «mit» oder «ohne Zutun des Versicherungsnehmers» eingetreten.

[94] Die Anpassung könnte in einer Herabsetzung der Versicherungsleistung oder in einer Erhöhung der Prämie bestehen, wobei eine Prämienerhöhung dem Versicherungsnehmer aber nicht aufgezwungen werden dürfte (*Keller Max*, 11). Vorbehalten blieben bestimmte Ausnahmefälle, in denen sich ein unveränderter Fortbestand des Vertrages rechtfertigt; der bisherige Katalog des Art. 32 VVG müsste (so oder anders) überdacht werden.

[95] Vgl. *de Buren*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 357.

[96] Zum Schicksal der Prämien: Art. 42 II und III VVG.

[97] Vgl. z. B. *de Buren*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 364; *Koenig*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 226 f.; *Koenig*, SPR VII/2, 645 f.; *Tercier*, 22.

[98] *Flückiger*, a. a. O., 62; *Keller Walter*, Nr. 221 f.

[99] Vgl. z. B. *Keller Max*, 7; *de Buren*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 320; *Harms Eduard*, Die Gefahrserhöhung im Versicherungsvertrag, Diss. Zürich 1956, 218 ff.; *Koenig*, ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 210 ff.; *Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 134, 136.

[100] Vgl. dazu *Gärtner*, 303 f.

[101] Zum Verjährungsbeginn vgl. bereits oben Fn. 36.

[102] Vgl. *Tercier*, 24 f.

[103] Pro memoria: Nach BGE *111* II 501 ff. verjährt die wegen Erwerbsunfähigkeit geschuldete Versicherungsrente in zwei Jahren seit dem Unglücksfall; das Recht, die einzelnen Leistungen zu erhalten, verjährt dagegen in der ordentlichen Frist von 10 Jahren.

OR, der sogar Ersatzansprüche aus *Vertragsverletzungen* erst in zehn Jahren verjähren lässt. Warum diese (zehnjährige) Frist nicht auch dann angezeigt wäre, wenn die Ersatzleistung von einem Versicherer *vertraglich versprochen* wurde, ist nur schwer einzusehen. Die Argumente, mit denen für die verkürzte Verjährung des Versicherungsanspruchs gefochten wird [104], vermögen denn auch kaum zu überzeugen. Sie berücksichtigen vor allem die Interessen des Versicherers, nicht aber jene, denen die Versicherung dient. Schon besser ist diesbezüglich die Verjährungsregel des Art. 83 I SVG, die (für den Direktanspruch des Geschädigten) eine relativ-zweijährige mit einer absolut-zehnjährigen Verjährung kombiniert.

2. Den bisher behandelten («ausgewählten») Regeln des VVG liessen sich *weitere Gesetzesbestimmungen* hinzufügen, die inhaltlich unangemessen sind. Sie betreffen zum Beispiel:

- die Zulässigkeit der *Einlösungsklausel* (Art. 19 II VVG) [105],
- die *Unteilbarkeit der Prämie* (Art. 24/25 I VVG) [106],
- die *Handänderung* (VVG 54) [107],
- die *Kürzung der Versicherungsleistung bei grobfahrlässiger Herbeiführung des befürchteten Ereignisses* (Art. 14 II VVG) [108],
- *die formell erschwerte Abtretung und Verpfändung von Ansprüchen aus Personenversicherung* (VVG 73 I) [109].

Ein eigenes Kapitel bilden die Vorschriften der Art. 97 und 98 VVG über *die «zwingenden Bestimmungen»*. Für verschiedene Regeln des VVG stellt sich die berechtigte Frage, ob deren Ausgestaltung als dispositives, zwingendes oder halbzwingendes Recht der gegebenen Interessenlage tatsächlich (noch) entspricht [110]. Die Zuordnung der einzelnen Gesetzesregeln zu dieser oder jener Kategorie (dispositives, zwingendes oder halbzwingendes Recht) bedarf einer gründlichen Überprüfung.

C. Fehlende Regeln

1. Wer das VVG materiell bewertet, wird sich rasch bewusst, dass das Gesetz nicht nur eine Reihe *mangelhafter* Regeln enthält. Vielmehr ist das VVG *in mancher Beziehung unvollständig,* indem es wünschbare Regeln, die es enthalten müsste, *nicht* enthält.

Das beginnt schon beim *Vertragsabschluss.* So mangelt es z. B. an einer Vorschrift, welche die Gültigkeit des Versicherungsantrages an die Form der einfachen Schriftlichkeit (Art. 12 ff. OR) binden würde [111]. Ausserdem

[104] Zum Beispiel *Koenig,* Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 108; *Roelli/Keller,* 663.

[105] Nach dem geltenden VVG ist die vereinbarte Einlösungsklausel gültig (Umkehrschluss aus Art. 19 II VVG; vgl. z. B. *Roelli/Keller,* 325). Im Einzelfall kann sie zur Folge haben, dass die Prämienpflicht zu laufen beginnt, noch bevor der Versicherer zur Gefahrtragung verpflichtet ist (umfassende Kritik mit begründeter Ablehnung des Einlöseprinzips: *Gärtner,* 288 f.).

[106] Dieses Prinzip der Unteilbarkeit ist ein historisches «Fossil» (vgl. *Röthlin Roland,* Der Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie im schweizerischen Versicherungsrecht, Aarau 1957, 60), das der heutigen Auffassung von Vertragsgerechtigkeit widerspricht (vgl. z. B. *Tercier,* 23; *Roelli/Keller,* 367 f.; *Koenig,* ZSR NF *81* [1962], 2. Hb., 213 ff.; *Maurer,* 271, und Art. 9 RLEVV). Zwar gilt das Prinzip nicht ausnahmslos. Doch bestätigen die gesetzlichen Ausnahmen höchstens die Einsicht, dass es für das Prinzip nicht einmal «versicherungstechnische» Argumente gibt, die überzeugen (*Koenig,* ZSR NF *81* [1962], 2. Hb., 213, 214 f.; *Koenig,* Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 118; *Röthlin,* a. a. O., 58; *Harms Eduard,* Die Gefahrserhöhung im Versicherungsvertrag, Diss. Zürich 1956, 174 f.). Praktische Beispiele, welche die Problematik illustrieren, bei *Amstad,* 14 f.

[107] Die Bestimmung des Art. 54 VVG ist in mehrfacher Hinsicht unbefriedigend. Insbesondere verletzt Art. 54 IV Ziff. 2 VVG die schutzwürdigen Interessen des Erwerbers, indem er die kurze (vierzehntägige) Frist, die dem Erwerber zur Ablehnung des Versicherungsüberganges zusteht, gleichzeitig mit der Handänderung (also ohne Rücksicht auf die Kenntnis vom Versicherungsvertrag) beginnen lässt (berechtigte Kritik: *Koenig,* ZSR NF *81,* [1962], 2. Hb., 234 f.; *Koenig,* Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 246 f.; *Keller Walter,* Nr. 291; *Maurer,* 261). Sodann knüpft Art. 54 III VVG das Rücktrittsrecht des Versicherers allein an die Tatsache der Handänderung, ohne eine Gefährdung der Prämienzahlung (Art. 83 OR), eine Gefahrserhöhung (Art. 54 IV Ziff. 1 VVG) oder eine sonstige Beeinträchtigung des Versicherers vorauszusetzen. Das aber ist eine «diskutable» Regel, mag sie sich auch am Grundsatz der Vertragsfreiheit (Partnerwahlfreiheit) orientieren.

[108] Das gesetzliche Kürzungsrecht des Versicherers bei «grobfahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalles» wird zwar weitgehend als «richtig» akzeptiert, was mit Rücksicht auf die Gemeinschaft der Versicherten durchaus verständlich ist. Als fragwürdig erscheint mir die Kürzungsregel aber dann, wenn man ihr einen verobjektivierten Begriff der «groben Fahrlässigkeit» (z. B. BGE *92* II 253) zugrunde legt (gleicher Meinung *Tercier,* 26). Warum soll der Versicherungsschutz entfallen, wenn dem Ansprecher (mag er auch die objektiv gebotene Sorgfalt verletzt haben) subjektiv nichts vorzuwerfen ist? Zumindest wäre gesetzlich klarzustellen, dass dies nicht der Sinn des Kürzungsrechtes sein kann.

[109] *Koenig,* ZSR NF *81* (1962), 2. Hb., 238 f.; *Koenig,* Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 154; *Koenig,* SPR VII/2, 564 f.

[110] Vgl. darüber *Markus Kunz,* Das absolut zwingende Recht des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Diss. Bern 1970; *Tercier, 8 f.*

[111] *Roelli/Keller,* 32 f. Der Zweck der hier postulierten Schriftform bestünde darin, den Antragsteller auf die Bedeutung seines Antrages hinzuweisen. Dass der Antragschein bereits jetzt in aller Regel unterschrieben wird, ist kein Argument, das gegen die Einführung einer gesetzlichen Gültigkeitsform spricht. Eine andere Frage dagegen ist, ob einzelne Versicherungsverträge von der Formvorschrift ausgenommen werden könnten und müssten.

fehlt es an einer gesetzlichen Verpflichtung des Versicherers, eine provisorische Dekkungszusage sofort zu bestätigen[112] und dem Antragsteller die in Art. 11 II VVG erwähnten Dokumente von sich aus, unverzüglich und unentgeltlich auszuhändigen. Mit dem möglichen Fall, da der Antrag vom Versicherer (statt vom Versicherungsnehmer) ausgeht, befasst das VVG sich überhaupt nicht, obwohl auch dieser Fall einer besondern Regelung bedarf.

Ist der Versicherungsvertrag einmal abgeschlossen, so führt *das Fehlen einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit* zu einer überstarken Bindung des Versicherungsnehmers[113]. Und nach Eintritt des befürchteten Ereignisses vermisst man eine Regel, die den Anspruchsberechtigten gegen *unzulängliche Vergleiche* schützt[114]. Vorbildlich und verallgemeinerungsfähig ist diesbezüglich z. B. *Art. 87 II SVG,* wonach «Vereinbarungen, die offensichtlich unzulängliche Entschädigungen festsetzen», anfechtbar sind, ohne dass es auf die Voraussetzungen der Übervorteilung (Art. 21 OR) ankommt[115].

2. In einem nur kurzen Beitrag ist es ausgeschlossen, die «Lücken» des VVG so umfassend aufzuzählen, dass ein abgerundetes Bild entsteht. Ausserdem fällt es natürlich leichter, das «Vorhandene» zu kritisieren, als im weiten Bereich des «Nichtvorhandenden» das «Erforderliche» herauszustellen. *Zwei Sonderprobleme* möchte ich abschliessend aber doch noch herausgreifen:

a) Das erste Problem betrifft die *Auswirkungen des gegen die Sachversicherer ergangenen Kartellentscheides*[116]. Die Richtigkeit des Entscheides steht hier nicht zur Debatte. Praktisch hat er aber zur Folge, dass die Versicherer nicht nur die Tarife, sondern auch die Versicherungsbedingungen (und zwar auch im Massengeschäft) unterschiedlich ausgestalten. Eine solche Differenzierung (etwa im Gebiete der Deckungsausschlüsse) beeinträchtigt die Markttransparenz, da nur wenige Versicherungsnehmer in der Lage sind, voneinander abweichende Versicherungsbedingungen richtig zu bewerten. Was dem Versicherungsnehmer, der auf die *Prämie* schaut, als die «billigste» Versicherung erscheint, kann in Wirklichkeit durchaus die «teuerste» sein!

Diese Situation führt zur Grundsatzfrage, ob das VVG den Versicherungsvertrag nicht detaillierter regeln müsste, um mit Hilfe zwingender Gesetzesbestimmungen eine wünschbare Einheitlichkeit der im Massenverkehr angebotenen Versicherungsleistungen zu gewährleisten. Vom Ziel her wäre man versucht, die Frage zu bejahen. Doch schon rasch kommt man zur Einsicht, dass auch ein revidiertes VVG kein taugliches Mittel ist, um den erwähnten Zweck zu erreichen.

b) Das zweite Sonderproblem betrifft *die Kontrahierungspflicht des Versicherers.* In der Literatur wird postuliert, der Versicherer sei gesetzlich zu verpflichten, Anträge zum Vertragsabschluss anzunehmen, sofern damit nicht der Rahmen seines Geschäftsplanes verlassen werde[117]. Eine derartige Verpflichtung ist dem traditionellen Versicherungsvertragsrecht fremd, was aber nicht heisst, dass das Postulat schon von vornherein (auch für obligatorische Versicherungen) falsch wäre. Ob, inwieweit und durch welches Gesetz das Postulat zu verwirklichen ist, ruft jedoch nach einer eingehenden Diskussion. Denn:

3. Der Grundsatz der Privatautonomie, der unser Vertragsrecht beherrscht, darf einerseits nicht leichtfertig beiseite geschoben werden. Anderseits darf der Grundsatz aber auch nicht

[112] Vgl. Art. 2 Ziff. 4 RLEVV und das Postulat CODEFA, zitiert bei *Kuhn,* Harmonisierung, 270 Anm. 273.

[113] Dem Versicherungsnehmer sollte es von Gesetzes wegen gestattet sein, den Vertrag nach Ablauf einer gewissen Zeit durch ordentliche Kündigung aufzulösen (vgl. auch *Tercier,* 22, und Art. 10 Ziff. 3 lit. c RLEVV). Die Kündigungsmöglichkeit, die Art. 42 VVG vorsieht, setzt den Eintritt eines Teilschadens voraus; und die Sonderregeln der Art. 89 und 90 VVG beziehen sich nur auf die Lebensversicherung. Was demgegenüber den Versicherer betrifft, so wird das Fehlen einer ordentlichen Kündigungsmöglichkeit dadurch «kompensiert», dass er (der Versicherer) in auffällig vielen Einzelfällen zum «Rücktritt» berechtigt ist (vgl. etwa Art. 6, 10 III, 28 I, 30 I, 38 III, 40, 51, 53 II, 68 II, 74 III, 75 I).

[114] Ebenso: *Tercier,* 24.

[115] Dass umgekehrt auch der Versicherer gegen mangelhafte (z. B. auf Täuschung beruhende) Vergleiche zu schützen ist, versteht sich von selbst. Doch scheint mir, dass der Schutz, den die allgemeinen Bestimmungen über die Willensmängel (Art. 23 ff. OR) gewähren, für den Versicherer ausreicht. Zur Anwendung dieser Bestimmungen auf aussergerichtliche Vergleiche: *Peter Gauch,* Der aussergerichtliche Vergleich, in FG Schluep, Zürich 1988, 20 ff.

[116] Verfügung des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartementes vom 31. Januar 1989 «in Sachen Schweizerischer Sachversicherungsverband». Darin wird der Sachversicherungsverband unter anderem angewiesen: a. «im Massengeschäft die Abrede, die eine verbindliche Festsetzung der Tarife für alle Verbandsgesellschaften vorsieht, aufzuheben»; b. «auf dem Markt von Industrie, Gewerbe und Handel die Abreden, welche die vom Verband ausgearbeiteten Tarife und Versicherungsbedingungen für alle Mitgliedgesellschaften verbindlich erklären, aufzuheben».

[117] Zum Beispiel *Gärtner,* 176 ff.

dazu dienen, sachlich angebrachte Eingriffe in die Vertragsfreiheit zu verhindern. Jedenfalls müsste das VVG (oder ein anderes Gesetz) ein ausdrückliches *Diskriminierungsverbot* enthalten. Dem Versicherer muss es untersagt sein, irgendwelche Antragsteller wegen ihres Geschlechtes, der sexuellen Präferenzen, der Religion, der politischen Anschauungen usw. «sachfremd» zu benachteiligen. Ein solches Diskriminierungsverbot lässt sich zwar schon aus den allgemeinen Grundsätzen des Persönlichkeitsschutzes (Art. 27 ff. ZGB) herleiten, bedarf jedoch, um wirksam zu sein, einer speziellen Regelung im Gesetz.

3. Die Schlechterstellung des Versicherungsnehmers

1. Die bisherigen Ausführungen haben unter anderem gezeigt, dass unser VVG (aus heutiger Sicht betrachtet) nicht ausreicht, um den angestrebten Schutz der Versicherungsnehmer (oder Anspruchsberechtigten) zu gewährleisten. Insgesamt besteht sogar die *Tendenz, den Versicherungsnehmer im Verhältnis zum Versicherer schlechter zu stellen.* Das ist eine Tatsache, der sich auch der Schweizerische Versicherungsverband nicht verschliessen konnte. Jedenfalls hat er seinen Mitgliedern schon seit längerer Zeit empfohlen, bestimmte Gesetzesregeln durch Vereinbarung «abzuändern» oder auf deren Durchsetzung zu verzichten, um «berechtigten Wünschen der Kunden Rechnung zu tragen»[118]. Die Empfehlungen beziehen sich auf die Bindung an den Versicherungsantrag, die Anzeigepflichtverletzung, die Leistungskürzungen bei grober Fahrlässigkeit, die Unteilbarkeit der Versicherungsprämie, den Teilschaden und die Handänderung.

2. Diese Empfehlungen des Schweizerischen Versicherungsverbandes sind begrüssenswert. Doch fehlt ihnen die Verbindlichkeit. Auch ändern sie weder den «Zustand» des Gesetzes, dessen Verbesserung in die Kompetenz des Gesetzgebers (nicht in das Belieben privater Anbieter) fällt; noch tragen die Empfehlungen dazu bei, *die vorformulierten Versicherungsbedingungen* nach Inhalt, Darstellung und Verständlichkeit entscheidend zu verbessern[119].

Das letztere ist deshalb bedeutsam, weil allgemeine Vertragsbedingungen (auch jene der Versicherer) die Privatautonomie in Frage stellen. Das verbreitete Unbehagen, das man darüber empfindet, hat in der Schweiz leider noch immer nicht zu einer umfassenden Missbrauchsgesetzgebung geführt. Dieses «Manko», das jetzt durch Art. 8 UWG etwas abgeschwächt wird, wirkt sich auch zum Nachteil der Versicherungsnehmer aus, die sich (nach der Feststellung des Ombudsmannes) «von dem gewaltigen administrativen Apparat der Versicherungsgesellschaften» ohnehin «an die Wand gedrückt» fühlen[120].

Hier Abhilfe zu schaffen, kann aber nur zum Teil eine Aufgabe des VVG sein. Im wesentlichen ist das Problem durch eine übergreifende Gesetzgebung zu lösen, die das Phänomen der vorformulierten Geschäftsbedingungen insgesamt erfasst. Eine «präventive Verwaltungskontrolle» genügt auf keinen Fall, wie gerade das Beispiel der Versicherungsbedingungen zeigt.

III. Das Postulat der Revision

1. Mein Beitrag hat sich im wesentlichen darauf beschränkt, «Negativpunkte» des VVG hervorzuheben. Selbst wenn ich aber das «Positive» in die Bewertung einbeziehe, bleibt es bei meiner Ansicht, dass eine *Gesamtrevision des VVG angebracht, ja geradezu notwendig* ist[121]. Warum viele Spezialisten des Versicherungsrechts eine andere Meinung vertreten, obwohl auch sie auf die zahlreichen Einzelmängel des VVG hinweisen[122], vermag ich nicht zu beurteilen. Vielleicht aber hängt dies mit der allgemeinen Erfahrungstatsache zusammen, wonach mit zunehmender Spezialisierung die Reformbereitschaft der Spezialisten abnimmt.

Bisweilen wird allerdings eingewendet, eine Revision erübrige sich deshalb, weil die Praxis der Versicherer besser sei als das Gesetz[123]. Dieser Einwand der «Insider», meist

[118] Empfehlungen des Schweizerischen Versicherungsverbandes vom Juli 1980, abgedruckt bei *Kuhn*, Harmonisierung, 278 ff.

[119] Auch der Ombudsmann der Privatversicherung stellt fest: «Die Allgemeinen und Speziellen Versicherungsbedingungen» haben sich «zu einem Dickicht verdichtet, in welchem es zu Missverständnissen kommen muss» (*Amstad*, 4).

[120] *Amstad*, 4.

[121] Ebenso: *Tercier*, 27.

[122] Vgl. die Zitate in den Fussnoten dieses Beitrages.

[123] So auch ein Votum an der Strassenverkehrsrechts-Tagung 1990.

verbunden mit dem bekannten Vorwurf, es fehle dem «Theoretiker» die Einsicht in die gelobte Praxis[124], geht an der Sache vorbei. Denn wie immer auch die *Praxis* ist – die Mängel des *Gesetzes* bleiben! In einem Rechtsstaat aber haben die Bürger, die Milliarden an Prämien aufbringen, Anspruch auf ein gutes Gesetz, damit sie nicht auf das Wohlwollen ihrer Versicherer angewiesen sind[125]. Dazu kommt, dass jedes Gesetz auf die Vertragspraxis zurückwirkt. Unter der Herrschaft des neuen UWG gilt dies sogar in verstärktem Masse, weil es die Missbräuchlichkeit Allgemeiner Vertragsbedingungen (unter anderem) am Standard der gesetzlichen Ordnung misst (Art. 8 lit. a UWG).

2. Die Revision des VVG, die ich postuliere, ist eine schwierige Aufgabe. Es muss manches überlegt, vieles bedacht und (mit dem Ziel einer wünschbaren Harmonisierung) auch auf die Gesetzgebung des Sozialversicherungsrechts Rücksicht genommen werden. Bereits jetzt steht aber fest, dass ein revidiertes Gesetz die *Anliegen des Konsumentenschutzes* in verstärktem Masse verwirklichen[126] und die *Entwicklungen im EG-Raum* zu berücksichtigen hat. Dazu erlaube ich mir, ein Zweifaches anzumerken:

- Der *Konsumentenschutz* ist eine verfassungsmässige Aufgabe (Art. 31^{sexies} BV) und schon deshalb ernst zu nehmen. Bei allem Willen, den einzelnen Versicherungskunden besser zu stellen, gilt es aber immer auch, die gesamtwirtschaftlichen Auswirkungen einer Gesetzesänderung zu beachten. «Verbesserter Versicherungsschutz» bedeutet «vermehrte Kosten», die über den Weg erhöhter Prämien auf die Gemeinschaft der Versicherungsnehmer (und von vielen Versicherungsnehmern wiederum auf andere Konsumenten) abgewälzt werden. Diese «Pulversierung» der Versicherungskosten wird *dann* bedenklich, wenn sie zu sozialen Ungerechtigkeiten führt.

- In welche Richtung *die Entwicklung im EG-Raum* tendiert, zeigt der einschlägige «Richtlinienentwurf vom 31.12.1980»[127]. Er enthält verschiedene Bestimmungen, die zentrale Fragen des Versicherungsvertrages regeln. Da aber die Lösungen, die er vorschlägt, zum Teil hinter den Anforderungen eines modernen Versicherungsgesetzes zurückbleiben, verbietet sich eine unbesehene Rezeption. Überhaupt darf (weder jetzt noch später) die europäische Harmonisierung als Vorwand dienen, um hierzulande an Rückständigem festzuhalten und den Fortschritt zu vertagen.

3. Natürlich hoffe ich, dass ich mit dem Postulat einer Gesamtrevision nicht nur auf taube Ohren stosse. Ich glaube, dass jetzt, da ja auch eine Revision des Haftpflichtrechts zur Diskussion steht, der Zeitpunkt gekommen ist, um mit der Überarbeitung des VVG zu beginnen[128]. *Die Zeit drängt.* Sie drängt um so mehr, als kaum einer annimmt, die Revisionsarbeiten würden, wenn man damit beginnt, schnell auch zu einem Ziel führen. Denn:

Die privatrechtlichen Mühlen des schweizerischen Gesetzgebers mahlen normalerweise langsam. Schon deshalb steht fest, dass wir uns noch für längere Zeit mit dem geltenden Gesetze abzufinden haben. Solange das VVG unverändert in Kraft bleibt, *obliegt es der Rechtsprechung und einer unabhängigen Lehre,* das gesetzte Recht des Versicherungsvertrages durch eine fortschrittliche Auslegung und Ergänzung den heutigen Rechtsauffassungen anzupassen.

Dabei versteht sich von selbst, dass der Richter sich an die Schranken des Art. 1 ZGB zu halten und bei der Beurteilung des Einzelfalles immer auch die Interessen der Allgemeinheit zu beachten hat. Das Gebot, auf die überindividuellen Auswirkungen des Einzelentscheides Rücksicht zu nehmen, ist für ein richtig verstandenes Privatrecht von grundlegender Bedeutung. Dieses Gebot beschränkt sich keineswegs auf den Versicherungsvertrag. Nur sind beim Versicherungsvertrag die überindividuellen Auswirkungen der Einzelentscheide besonders offenkundig, weil hinter jedem Versicherer, «institutionell» und unübersehbar, eine Gemeinschaft von Versicherungsnehmern steht[129].

[124] Auch dies ein Votum an der Strassenverkehrsrechts-Tagung 1990.
[125] Vgl. auch *Tercier,* 27.
[126] Ebenso: *Tercier,* 11.
[127] Vgl. darüber *Moritz Kuhn,* Der Einfluss der Harmonisierungsbestrebungen der EG und des Art. 31^{sexies} BV auf eine künftige Gestaltung des Schweizerischen VVG, Bern 1986.
[128] So auch die mündlich vorgetragene Ansicht des Ombudsmannes der Privatversicherung *(Eduard Amstad)* an der Strassenverkehrsrechts-Tagung 1990.
[129] Vgl. dazu *Keller Max,* 14.