

Der Online-Vertrieb von Versicherungen und der Schutz des Konsumenten*

Felix Schöbi**

Der Wunsch, Verträge auf elektronischem Weg zu schliessen und wo möglich auch zu erfüllen, macht auch vor Versicherungen nicht Halt. Neben der Lösung technischer und betriebswirtschaftlicher Probleme stellt sich dabei jeweils auch die Frage, wie sich die Rechtsordnung zu dieser meist neuen Vermarktungsmöglichkeit stellt.

Im Zentrum der rechtlichen Überlegungen stehen die Formvorschriften, wie sie sich recht zahlreich im Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG) finden. Deren Prüfung ergibt, dass sie, obwohl sehr alt, einer Kommunikation auf elektronischem Weg zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer nur selten im Wege stehen. Wo dies ausnahmsweise anders ist, sind die nötigen Gesetzesänderungen in Angriff genommen worden und bereits weit fortgeschritten.

Ferner wird geprüft, welche Regeln der Versicherer zu beachten hat, der seine Dienstleistungen auf elektronischem Weg anbieten will. Das Gemeinschaftsrecht wartet hier mit einer Fülle von besonderen Informationspflichten und einem Widerrufsrecht (für im Fernabsatz geschlossene Verträge) auf. Ob und in welchem Umfang die Schweiz diese Regeln übernehmen wird, ist Gegenstand laufender Diskussionen.

Le désir de conclure des contrats par la voie électronique, voire de les exécuter quand cela est possible, se manifeste également dans le domaine de l'assurance. Outre la solution des problèmes techniques et d'organisation d'entreprise se pose la question de la place qu'occupe cette possibilité de démarchage dans l'ordre juridique.

Au centre des considérations juridiques se situent les prescriptions de forme, nombreuses dans la Loi sur le contrat d'assurance (LCA). Bien qu'anciennes, leur examen démontre qu'elles font rarement obstacle à la communication entre assureurs et preneurs d'assurance. Lorsque cela est exceptionnellement le cas, les modifications législatives nécessaires ont été initialisées et leur réalisation est avancée.

En outre, sont examinées les règles que l'assureur qui veut offrir ses prestations par la voie électronique doit observer. Le droit de l'Union Européenne prévoit à cet égard une foule d'obligations d'information particulières ainsi qu'un droit de révocation (pour les contrats conclus à distance). La question de savoir si la Suisse réceptionnera ces règles est l'objet de discussions en cours.

I. Einleitung

Im Folgenden beschäftigen mich zwei Fragen. Erstens: Kann ein Versicherungsvertrag überhaupt *online* geschlossen werden? Oder entpuppt sich das Recht allenfalls als der ärgerliche Spielverderber, der die perfekte IT-Plattform und das schönste Geschäftsmodell zu Makulatur macht? Zweitens: Gibt es spezifische rechtliche Regeln, die beim Online-Vertrieb von Versicherungen zu beachten sind?

Meine Ausführungen gehen vom heute geltenden schweizerischen Recht aus. Zur Sprache kommen aber auch einige anstehende Revisionen und in diesem Zusammenhang das Recht der Europäischen Gemeinschaft (Gemeinschaftsrecht).

Der Einfachheit halber treffe ich im Übrigen die Annahme, dass sowohl der Versicherer (VR) als auch der Versicherungsnehmer (VN) den Sitz bzw. Wohnsitz in der Schweiz haben. Ausgeklammert bleiben so die besonders schwierigen Fragen rund um den grenzüberschreitenden Abschluss eines Versicherungsvertrags¹.

II. Begriffe: Konsument und Online-Vertrieb

Im Titel dieses Aufsatzes ist vom Konsumenten die Rede. Dieser Begriff ist schillernd² und, gerade was den Versicherungsbereich angeht, noch kaum geklärt:

* Überarbeitete Version eines Vortrags, den der Verfasser am 15. April 2003 an der Fachtagung «Versicherungs-IT» der Euroforum Handels-Zeitung Konferenz AG hielt.

** PD Dr. iur., Bundesamt für Justiz, Bern.<

¹ Vgl. ANDREAS FURRER, Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext, Europäisches Privatrecht, Bd. 1, Bern 2002, 327 ff., m.w.H.

² Allgemein MARLIS KOLLER-TUMLER, Der Konsumentenvertrag im schweizerischen Recht, Bern 1995.

Für die einen deckt sich der Begriff des Konsumenten (oder Verbrauchers) mit jenem des VN³. Andere befürworten einen engeren Konsumentenbegriff: Sei es, dass sie nur jenen VN im Auge haben, der zu einem privaten Zweck handelt, also beispielsweise seinen Hausrat gegen Feuer, Wasser und Diebstahl versichert⁴. Sei es, dass die Grenze zwischen Konsument und Nicht-Konsument «irgendwo zwischen der Grossindustrie und dem Kleingewerbe» gezogen wird⁵. Letztlich bleibt es müssig, über den «richtigen» Begriff des Konsumenten zu streiten: Immer liegt es am Gesetzgeber zu entscheiden, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen er gewisse VN – weil Konsumenten – besser schützen will als andere.

Ähnlich präsentiert sich die Sache mit Blick auf den Begriff des Online-Vertriebs. Auch hier hängt es wesentlich vom Interpretieren ab, was er darunter versteht. So kann man bei diesem Begriff zuerst an das seit Jahrzehnten praktizierte Telefonmarketing denken, was dem Phänomen selbstverständlich jede Novität nimmt. Im Rahmen dieses Aufsatzes meint Online-Vertrieb aber nicht das, sondern einen Vertragsabschluss, der mit Hilfe des Internets, gleichsam per Mausclick, zustande kommt. Angesprochen sind konkret Verträge, die auf den Austausch von E-Mails zurückgehen, und solche, bei denen im World Wide Web Versicherungsdienstleistungen beworben werden, mit dem Ziel, über diese Plattform dann auch den Vertrag zu schliessen.

III. Zulässigkeit des Online-Vertriebs von Versicherungen

1. Grundsatz

Der Jurist, der die Frage beantworten muss, ob ein Vertrag auch *online* geschlossen werden kann, sieht häufig nur ein Problem: Das Vorhandensein von Formvorschriften, die auf elektronischem Weg allenfalls nicht erfüllt werden können. Der diesbezügliche Befund in Sachen Versicherungsvertrag ist beruhigend: Das an erster Stelle zu erwähnende Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG) unterwirft

den Abschluss eines solchen keinen besonderen Vorschriften. Gestützt auf Artikel 100 Absatz 1 VVG findet damit subsidiär das Obligationenrecht Anwendung. Dieses baut auf dem Grundsatz der Formfreiheit auf (Art. 11 OR). Ein Versicherungsvertrag kann damit auch mündlich, beispielsweise am Telefon, sowie per Fax, Telex oder eben auch über das Internet abgeschlossen werden. Für den erfolgreichen Vertragsabschluss genügt es, dass sich der VR und der VN über die wesentlichen Vertragspunkte (*essentialia negotii*) verständigen (Art. 1 OR).

Selbstverständlich gibt es keine Regel ohne Ausnahme: Zeigt sich der VR beispielsweise bereit, eine (Einmal-)Prämie zu stunden und verlangt er dafür einen Zins, so gelangt man unweigerlich in den Geltungsbereich des Bundesgesetzes vom 23. März 2001 über den Konsumkredit (KKG). Verlangt für einen erfolgreichen Vertragsabschluss ist in diesem Fall Schriftlichkeit (Art. 9 Abs. 1 KKG). Nach Artikel 14 Absatz 1 OR zwingt dies den sich Verpflichtenden, den Vertrag eigenhändig zu unterzeichnen. Die Lehre ist sich für einmal einig, dass dies nicht *online* geschehen kann⁶. Entsprechend muss der Vertrag ausgedruckt, unterschrieben und zurückgeschickt⁷ werden.

Diese Restriktionen gelten zumindest für den VN. «Grosszügiger» zeigt sich das Obligationenrecht, wo es um die Unterschrift des VR geht. So sieht Artikel 14 Absatz 2 OR vor, dass die Nachbildung der eigenhändigen Unterschrift auf mechanischem Wege (Faksimile) der eigenhändigen Unterschrift gleichgestellt wird, wo dies im Verkehr üblich ist. Nichts spricht meines Erachtens dagegen, diese Gleichstellung auch bei einer Unterschrift zu bejahen, die eingescannt und einer Textdatei angehängt wird.

2. Antragsschein (Art. 3 Abs. 1 VVG)

Mit dem Hinweis, dass Versicherungsverträge nicht formbedürftig sind und daher in der Regel auch *online* geschlossen werden können, ist es nicht getan. Tatsächlich enthält das Versicherungsvertragsgesetz eine Reihe von «Formbestimmungen», bei denen man sich unweigerlich die Frage stellt, ob und wie ihnen auch auf elektronischem Weg entsprochen werden kann.

³ So sinngemäss MORITZ W. KUHN/R. LUKA MÜLLER-STUDER/MARTIN K. ECKERT, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2002, S. 90: «Das VVG darf daher aus heutiger Sicht als eigentliches Konsumentenschutzgesetz bezeichnet werden.»

⁴ Vgl. GERHARD STOESSEL, Basler-Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001, N. 76 zu Art. 1.

⁵ Vgl. STEPHAN FUHRER, Aktuelle Fragen des Konsumentenschutzes im Versicherungsrecht, HAVE 2002, 4 ff. (10). Dieser Konsumentenbegriff orientiert sich an der Art und Weise, wie im Anhang 2 des Bundesgesetzes vom 20. März 1992 über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (Schadenversicherungsgesetz, SchVG) Grossrisiken umschrieben werden.

⁶ Vgl. MICHEL JACCARD, *Forme, preuve et signature électronique*, in: *Aspects juridiques du commerce électronique*, Zürich 2001, 113 ff.; FELIX SCHÖBI, Vertragsschluss auf elektronischem Weg: Schweizer Recht heute und morgen, in: *Geschäftsplattform Internet*, Bd. 10, Zürich 2000, 95 ff. (99 f.).

⁷ Umstritten ist, ob der Empfänger der Willenserklärung dieses im Original erhalten muss oder ob es genügt, wenn er über eine Kopie verfügt. Letzteres machte es möglich, die unterzeichnete Erklärung zu faxen, ohne gegen das Schriftformerfordernis zu verstossen (so das Gutachten des Bundesamts für Justiz, *Digitale Signatur und Privatrecht [Vertragsrecht]*, VPB 1999, 441 ff. [453]).

Ich beschränke mich im Folgenden auf die allgemeinen Bestimmungen des Versicherungsvertragsgesetzes (Art. 1–47 VVG), ohne zu übersehen, dass auch die besonderen Bestimmungen über die Schadensversicherung (Art. 48–72 VVG) und über die Personenversicherung (Art. 73–96 VVG) für mein Thema von Bedeutung sind (Art. 53 Abs. 1, 54 Abs. 3 und 4, 73 Abs. 1, 74 Abs. 1, 77 Abs. 2, 89 Abs. 2, 89a Bst. a und 95 VVG).

Nach Artikel 3 Absatz 1 VVG setzt die Gültigkeit allgemeiner Versicherungsbedingungen (AVB) voraus, dass diese in den vom VR ausgegebenen Antragschein aufgenommen werden oder dem VN vor der Einreichung des Antragscheines übergeben werden.

Der in diesem Punkt sehr fortschrittliche historische Gesetzgeber ging also davon aus, dass AVB für den VN besondere Gefahren beinhalten, so dass dieser darüber vorgängig korrekt ins Bild gesetzt werden muss. Kann dieser Informationspflicht auch auf elektronischem Weg entsprochen werden?

Die Frage ist meines Erachtens zu bejahen⁸. Umstritten bleiben einige «Details», so beispielsweise die zulässige Verweistechnik (Links) oder die Frage, ob der VN die Möglichkeit haben muss, die AVB zu speichern und auszudrucken. Ich selber kann Artikel 3 Absatz 1 VVG keine solchen Auflagen an den Online-Vertrieb von Versicherungen entnehmen⁹. Ebensovienig kann

ich mir aber auch vorstellen, dass ein seriöser VR das Speichern und den Ausdruck seiner AVB zu unterdrücken sucht. Der VR ist sich selber lieb, wenn er dafür sorgt, dass sein Internet-Auftritt *state of the art* ist und ihm nicht den Vorwurf der Geheimniskrämerei und der Überrumpelung des Vertragspartners einträgt.

Weiter ist zu bedenken, dass der VN möglicherweise nur bei Vertragsabschluss Zugang zum Internet hatte. Allein die Angabe einer E-Mail-Adresse ist noch nicht in jedem Fall ein genügender Beleg dafür, dass der VN auch später auf elektronischem Weg in rechtsgenügender Weise angesprochen werden kann. Es gilt hier eine an Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) orientierte Zurückhaltung an den Tag zu legen: Schutz verdienen nicht nur jene, die am elektronischen Geschäftsverkehr teilnehmen, sondern auch jene, die damit nichts zu tun haben wollen.

3. Anzeigepflicht (Art. 4 Abs. 1 VVG)

In Artikel 4 Absatz 1 VVG ist der Gesetzgeber noch deutlicher geworden: Hier verlangt er vom VR, den Antragsteller schriftlich über alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen zu befragen, und auch die Antwort des VN muss schriftlich sein. Kann auch diesen Anforderungen des Gesetzes auf elektronischem Weg entsprochen werden?

Dagegen, dass der VR seine Fragen dem VN auf elektronischem Weg stellt, ist kaum etwas einzuwenden. Selbst wenn man darauf beharrte, dass die entsprechenden Fragen schriftlich zu stellen und diese daher vom VR zu unterzeichnen wären, handelte es sich beim Vorgang um ein Massengeschäft. Es ist gezeigt worden, dass sich der VR in diesem Fall auf Artikel 14 Absatz 2 OR berufen kann, sodass eine eingescannte Unterschrift genügt. Tatsächlich zielt Artikel 4 Absatz 1 VVG aber kaum auf das Aufstellen eines Formerfordernisses, was sich bereits daraus erhellt, dass das Gesetz neben dem «schriftlichen Befragen» auch einen «Fragebogen» genügen lässt.

Heikler präsentiert sich die Sache aus der Sicht des VN. Es ist nicht zu leugnen, dass die von ihm gelieferten Antworten für das weitere Schicksal des Versicherungsvertrags von grosser Bedeutung sein können. Sie wollen in diesem Sinn gut überlegt sein. Entsprechend scheint der Verzicht auf die eigenhändige Unterschrift auszuschneiden.

Betrachtet man die Sache näher, so kommen Zweifel auf, ob diese Sicht der Dinge wirklich die richtige ist. Tatsächlich ist es ja so, dass nicht gemachte bzw. falsche Aussagen dem VN schaden, bis hin zur Möglichkeit, dass der VR vom Vertrag mit Wirkung *ex tunc* zurücktritt und sämtliche Leistungen verweigert (Art.

⁸ Ebenso STOESSER (Fn 4), N. 15 zu Art. 3. Leicht sybillinisch der Bundesrat in der Botschaft zum Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (vgl. hinten Ziff. III/6/a; BBl 2001, 5691): «Nicht berücksichtigt wurde das Anliegen des Schweizerischen Versicherungsverbands, auch das Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) zu revidieren. Dabei sollte klargestellt werden, dass der Versicherer seinen vorvertraglichen Informationspflichten (Art. 1 VVG) und seiner Pflicht auf Aushändigung einer Police (Art. 11 VVG) auch auf elektronischem Weg entsprechen könne. Beide Anliegen weisen keinen unmittelbaren Bezug zum Schriftformerfordernis auf, sondern zielen auf den Datenträger, auf dem dem Versicherungsnehmer bestimmte Informationen und Erklärungen zur Verfügung gestellt werden sollen. In Ziffer 1.4.2.3 wurde gezeigt, dass es der Bundesrat der (aufsichtsrechtlichen) Praxis überlassen will, ob und unter welchen Voraussetzungen ein elektronischer Datenträger an die Stelle des Papiers treten kann. Dies schliesst nicht aus, die Frage bei der bevorstehenden Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes – in Würdigung aller auf dem Spiele stehenden Interessen – erneut aufzugreifen und positivrechtlich zu beantworten.»

⁹ Allgemein zum Einbezug von allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) in Online-Verträge: KARIN F. SCHWAB, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 2001; BARBARA M. NESTLÉ, Die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen bei Internetangeboten (nach schweizerischem, europäischem und amerikanischem Konsumentenschutzrecht), in: Geschäftsplattform Internet, Bd. 10, Zürich 2000, S. 249 ff. Zu den diesbezüglichen Besonderheiten beim M-Commerce: URS GASSER, Rechtliche Aspekte des M-Commerce, SZW 2002, 13 ff.; PATRICK HUNGER, Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) und M-Commerce: Die Zumutbarkeit der Kenntnisnahme von AGB im Spannungsverhältnis zwischen Technologie und Recht, SZW 2002, 161 ff.

6 VVG)¹⁰. Der VN hat daher alles Interesse daran, dass er seiner Anzeigepflicht auch dann korrekt nachkommt, wenn er es versäumt, seine Erklärung in der richtigen Form abzugeben, d.h. eigenhändig zu unterzeichnen. Anders zu entscheiden hiesse, den VR von Formvorschriften profitieren zu lassen, die gar nicht zu seinem Schutz aufgestellt worden sind, womit sich dann sofort die Frage nach dem allfälligen Rechtsmissbrauch stellen würde (Art. 2 Abs. 2 ZGB)¹¹.

Hält man es für zulässig, dass der VN seiner Anzeigepflicht auch auf elektronischem Weg nachkommen kann, stellen sich weitere, nicht minder heikle Fragen, die hier nur erwähnt, nicht aber beantwortet werden:

- Was geschieht, wenn der VN später bestreitet, eine Frage so beantwortet zu haben, wie der VR behauptet? Oder anders gefragt: Wie kann der VR den Richter davon überzeugen, dass er vom VN angelogen worden ist, wenn er über kein vom VN eigenhändig unterzeichnetes Dokument verfügt?
- Wie ist die Online-Übermittlung mitunter höchst sensibler Informationen über den VN datenschutzrechtlich zu würdigen? Muss die Kommunikation auf elektronischem Weg deswegen allenfalls verschlüsselt erfolgen? Welche Anforderungen sind an diese Verschlüsselung zu stellen?
- Wie reagieren schliesslich die Revisionsstellen, die Aufsichtsbehörden und insbesondere auch die Steuerbehörden auf die Tatsache einer Dokumentation, die möglicherweise nur noch in elektronischer Form verfügbar ist?

4. Police und Abschrift (Art. 11 VVG)

Bei Erlass des Versicherungsvertragsgesetzes vor 100 Jahren hat sich der Gesetzgeber auf einen Kompromiss verständigt. Er hat sich wie gesehen auf den Grundsatz gestellt, dass auch Versicherungsverträge ohne Beachtung besonderer Formvorschriften abgeschlossen werden können. Gleichzeitig aber hält Artikel 11 Absatz 1 VVG den VR an, dem VN eine Police auszuhändigen, welche die Rechte und Pflichten der Parteien festhält. Der VN ist mithin gehalten, das allenfalls auch mündlich gültig Vereinbarte schriftlich zu dokumentieren.

Erneut stellt sich die Frage, ob der VR dem Anspruch auf Ausstellung einer Police auch auf elektronischem Weg entsprechen kann. Dabei ist zu berücksichtigen,

dass Artikel 11 VVG unter jenen Bestimmungen figuriert, die als teilzwingend gelten. Sie dürfen mit anderen Worten nicht zu Ungunsten des VN abgeändert werden, sieht man vom Sonderfall der Transportversicherung ab (Art. 98 VVG). Diese Regel gilt auch (oder gerade) dann, wenn der VN mit der Abänderung zu seinen Lasten einverstanden wäre.

Daraus folgt für mich, dass zumindest jener VN einen unabdingbaren Anspruch auf eine traditionelle Police hat, der gleichzeitig Konsument ist. Als Konsument sehe ich dabei den VN, der einen Versicherungsvertrag ausserhalb seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit abschliesst. Mag sein, dass heute eine Generation von VN heranwächst, die mit einer digitalen Police routinierter umgehen als mit einer solchen, die ihnen der Briefträger bringt. So weit sind wir heute aber noch nicht. Vorläufig kann der «gewöhnliche» VN damit nur *de facto*, nicht aber *de iure* auf die Ausstellung einer traditionellen Police verzichten¹².

Zu diskutieren bleibt, ob an einer solchen Police auch dann festzuhalten ist, wenn (auch) der VN zu gewerblichen und beruflichen Zwecken handelt. In diesem Fall spricht meines Erachtens nichts dagegen, dass sich die Vertragsparteien auf ein Dokument als Police verständigen, das nur in elektronischer Form verfügbar ist. Namentlich die folgenden Überlegungen sprechen für diese Lösung:

- Die praktische Bedeutung der vom Gesetz verlangten Police ist gering. Sie hat im Wesentlichen bloss Beweisfunktion und auch diese darf nicht überschätzt werden. So geniesst die Police beispielsweise nicht den Beweiswert einer öffentlichen Urkunde (Art. 9 ZGB). Der VN erleidet mit anderen Worten keine nennenswerten Nachteile, wenn er Ansprüche gegen den VR geltend macht, ohne über eine Police zu verfügen.
- Der VN schuldet dem VR für das Ausfertigen der Police ausser dem Porto (und den hier nicht interessierenden Stempelkosten) eine Gebühr. Es kann daher kostenmässig für den VN interessant sein und durchaus in seinem Interesse liegen, sich mit einer elektronischen Police «zu begnügen». Dies gilt umso mehr, als es damit möglicherweise zu keinem Medienbruch kommt und sich der VN so weitere Kosten ersparen kann. Es macht doch einfach keinen Sinn, wenn der VN zuerst eine Police auf Papier erhält, um diese dann möglicherweise sofort einzuscannen und gleich fortzuwerfen – etwas, was er mit Blick auf die neuen Vorschriften über die kaufmännische Buchführung ohne weiteres tun darf (Art. 957 ff. OR).

¹⁰ Vgl. beispielsweise BGE 111 II 388 ff.

¹¹ Ich bin mir bewusst, dass damit die Grenze der Auslegung im Umgang mit Formvorschriften erreicht ist. So hat das Bundesgericht in anderem Zusammenhang entschieden, dass der Widerruf eines Abzahlungsvertrags durch den Käufer auch dann der traditionellen Schriftform bedürfe (Art. 226c Abs. 1 aOR), wenn damit nicht er, sondern im Ergebnis der Verkäufer geschützt werde (vgl. BGE 108 II 296 ff.).

¹² Vgl. FRANZ HASENBÖHLER, Basler-Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001, N. 56 f. zu Art. 11.

Vor diesem Hintergrund ist anzunehmen, dass das Interesse des professionellen VN in Zukunft weniger auf die Aushändigung einer traditionellen Police gerichtet sein wird als darauf, diese (auch) in elektronischer Form zu erhalten. Selbstverständlich gehe ich nicht so weit, einen solchen Anspruch bereits dem heutigen Versicherungsvertragsgesetz zu entnehmen¹³.

Was für die Police gesagt worden ist, gilt auch für die Abschrift der in den Antragspapieren enthaltenen oder anderweitig abgegebenen Erklärungen des Antragstellers (Art. 11 Abs. 2 VVG). Ergänzend ist diesbezüglich höchstens zu vermerken, dass sich solche Abschriften dann erübrigen dürften, wenn der VN über die nämlichen Informationen bereits verfügt. Man denke an E-Mail-Erklärungen: Sie befinden sich regelmässig nicht nur im «Postfach» des Adressaten, sondern auch in jenem des Absenders. Immerhin kann der VN mit Blick auf spätere Auseinandersetzungen daran interessiert sein, dass der VR ihm in diesem Fall den Eingang dieser Erklärungen bestätigt.

5. Weitere Formvorschriften in den allgemeinen Bestimmungen (Art. 20 Abs. 1, 30, 39 Abs. 2 Ziff. 2 und 44 Abs. 1 VVG).

a) Schriftliche Mitteilungen des VR

Laut Artikel 20 Absatz 1 VVG muss der VR den säumigen VN schriftlich mahnen. Die Bestimmung gibt zu keinen zusätzlichen Bemerkungen Anlass: Als Massengeschäft kann sich der VR auf Artikel 14 Absatz 2 OR berufen und der Mahnung eine eingescannte Unterschrift anfügen. Ob dieser «Umweg» allerdings nötig ist, scheint mir hingegen auch hier fraglich: Nach Artikel 20 Absatz 2 VVG ist nämlich auch eine mündliche Mahnung statthaft, falls abgemacht ist, dass der VR die Prämie beim VN abholt. Bei Artikel 20 Absatz 1 VVG dürfte es sich mithin erneut nicht um eine Formvorschrift im Sinne der einfachen Schriftlichkeit handeln.

Das Gesagte gilt *mutatis mutandis* auch für die Aufforderung des VR an den VN, Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen zu erteilen, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind.

Laut Artikel 39 Absatz 2 Ziffer 2 VVG hat die Mahnung erneut schriftlich zu sein.

b) Schriftliche Mitteilungen des VN

Schriftlich muss nach Artikel 30 Absatz 1 (und 32 Ziff. 4) VVG auch die Mitteilung des VN einer Gefahrserhöhung sein. Auch diesbezüglich besteht kein Grund, die Formvorschrift so zu verstehen, dass der VN seine Erklärung eigenhändig zu unterzeichnen hätte. Entsprechend ist es möglich, dass der VN den VR auf die Gefahrserhöhung per E-Mail aufmerksam macht. Die zu Artikel 4 VVG angestellten Überlegungen gelten sinngemäss.

Die gleiche Lösung drängt sich auf, soweit der Versicherungsvertrag eine schriftliche Anzeige des befürchteten Ereignisses verlangt (Art. 38 Abs. 1 VVG) oder wenn das Gesetz das Verzeigen eines Domizils davon abhängig macht, dass der VN seine Rechte beim Versicherer schriftlich angemeldet hat (Art. 44 Abs. 1 VVG).

6. Ausblick

a) Revision des Obligationenrechts

Die Analyse des geltenden Rechts zeigt, dass dieses den Online-Vertrieb von Versicherungen zwar selten, punktuell aber doch behindert. Wird sich daran in naher Zukunft etwas ändern? An zwei Projekte ist in diesem Zusammenhang zu erinnern.

Am 3. Juli 2001 hat der Bundesrat die Botschaft zu einem Bundesgesetz über Zertifizierungsdienste im Bereich der elektronischen Signatur (ZertES) verabschiedet¹⁴. Ein wichtiges Anliegen dieses Gesetzes ist es, die elektronische Signatur der eigenhändigen Unterschrift gleichzustellen. Zu diesem Zweck soll Artikel 14 OR um einen Absatz 2^{bis} ergänzt werden. Damit wird es möglich, dass ein Versicherungsvertrag in Zukunft auch dann auf elektronischem Weg geschlossen werden kann, wenn ihm ein Kreditelement eigen ist und der Vertrag deshalb schriftlich sein muss.

Zur Zeit befasst sich das Parlament mit der vorgeschlagenen Gleichstellung der elektronischen Signatur mit der eigenhändigen Unterschrift. Der Ausgang der Debatte ist offen. So sehr die vorgeschlagene Lösung in ihrer Einfachheit und Konsequenz besticht, so ernst gilt es auch jene Stimmen zu nehmen, die sich vor einer Übervorteilung des Konsumenten fürchten, wenn sich dieser in Zukunft nicht mehr auf das traditionelle

¹³ Dass «policenlose Versicherungen» keine Revolution bedeuten, erhellt vielleicht am besten ein Blick auf die Aktiengesellschaft. Historisch ist auch hier von der Papiergebundenheit der Aktie auszugehen. Heute ist es hingegen so, dass Aktiengesellschaften, die so verfahren, mitunter gar nicht mehr zur Börse zugelassen werden (vgl. PETER FORSTMOSER/ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER NOBEL, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996, § 43 N. 66: «Rechtlich ist der Titeldruck zwar nur *aufgeschoben*, tatsächlich soll er *aufgehoben* und durch die buchmässige Führung der Aktienbestände ersetzt sein.»).

¹⁴ BBI 2001, 5679 ff.; weiterführend GERALD SPINDLER, Die digitale Signatur und E-Banking – die Schweiz im europäischen Umfeld, in: E-Banking – Die einzelnen Rechtsgeschäfte, Berner Bankrechtstag 2002, Bern 2003, 17 ff.

Schriftformerfordernis berufen kann¹⁵. Die Angst vor einer Übervorteilung des Konsumenten bzw. einer Banalisierung von Formvorschriften wird auch dadurch nicht aus der Welt geschafft, dass nicht jede elektronische Signatur an die Stelle der eigenhändigen Unterschrift treten kann. Verlangt ist dafür vielmehr ein Produkt bzw. eine Dienstleistung von so hoher Qualität, dass bisher noch kein Zertifizierungsdiensteanbieter mit Erfolg um eine Anerkennung nachgesucht hat¹⁶.

b) Revision des Versicherungsvertragsgesetzes

Am 30. April 2003 hat der Bundesrat die Botschaft zur Teilrevision des Versicherungsvertragsgesetzes verabschiedet. Diese berührt Fragen des elektronischen Geschäftsverkehrs nur am Rande und eher zufällig. So soll beispielsweise der vorgängig erwähnte Antragschein durch eine allgemeine Pflicht des VR ersetzt werden, den VN über den wesentlichen Inhalt des Versicherungsvertrags zu informieren (Art. 3 E-VVG). Diese Informationspflicht wird neu – und in Abweichung vom Vorentwurf aus dem Jahr 1998 – bewusst «technikneutral» formuliert. Damit bestätigt der Bundesrat, was meines Erachtens bereits heute gilt: Versicherungsverträge können auf elektronischem Weg geschlossen und die diesbezüglichen Informationspflichten auf elektronischem Weg erfüllt werden.

Nicht beantwortet werden die Fragen nach der Form der vom VN verlangten Anzeigen und der Police. Man wird diesbezüglich also auf die in Angriff genommene Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes warten müssen oder darauf, dass die gerichtliche Praxis den elektronischen Geschäftsverkehr bei der Online-Vermarktung von Versicherungen in vernünftige Bahnen lenkt.

IV. Besonderheiten des Online-Vertriebs von Versicherungen

1. Ausgangslage

Das schweizerische Vertragsrecht unterscheidet nicht zwischen einem Online- und einem Offline-Vertrieb. Der Online-Vertrieb von Versicherungen untersteht damit grundsätzlich den gleichen Regeln, wie sie beim traditionellen Absatz von Versicherungen gelten, sieht man von den wenigen hier nicht weiter interessierenden Regeln über Willenserklärungen ab, je nachdem, ob ein Vertrag unter An- oder Abwesenden geschlossen

wird (Art. 4, 5, 9 und 10 OR). Deren Bedeutung hält sich allein schon deshalb in engen Grenzen, weil das Versicherungsvertragsgesetz besondere Regeln aufgestellt hat, was die Bindungswirkung von Offerte und Akzept angeht (Art. 1 Abs. 1 VVG). Diese gelten wiederum unabhängig davon, wie der Versicherungsvertrag geschlossen wird.

Das Gesagte gilt auch mit Blick auf die Bestimmungen über das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften und ähnlichen Verträgen (Art. 40a ff. OR), die dem Kunden das Recht geben, von einem solchen Vertrag innert sieben Tagen zurückzutreten (Art. 40e Abs. 2 OR). Nach ausdrücklicher Anordnung des Gesetzes finden diese Bestimmungen keine Anwendung auf Versicherungsverträge (Art. 40a Abs. 2 OR). Es braucht daher nicht abschliessend zur Frage Stellung genommen zu werden, ob der Online-Abschluss eines Versicherungsvertrags je die Qualität eines Haustürgeschäfts hat. Die Frage, die in der Lehre kontrovers diskutiert wird, ist meines Erachtens zu verneinen¹⁷.

2. Das Recht der Europäischen Gemeinschaft (Gemeinschaftsrecht)

a) Grundsätzlich

Anders ist der Befund, wenn der Blick auf das Gemeinschaftsrecht fällt. Hier befasst man sich schon seit einiger Zeit mit spezifischen Regeln zum Online-Vertrieb von Gütern und Dienstleistungen und damit auch von Versicherungen¹⁸.

Im Folgenden zeichne ich das Gemeinschaftsrecht nur insoweit nach, als es einen spezifischen Bezug zum Online-Vertrieb von Versicherungen erkennen lässt. Ausgeklammert bleiben so alle Richtlinien, die nicht zwischen dem Online- und dem Offline-Vertrieb von Versicherungen unterscheiden und die daher grundsätzlich auch dann zu beachten sind, wenn ein Versicherungsvertrag *online* geschlossen wird. Neben der Fülle von Richtlinien im Versicherungsbereich erwähne ich das Beispiel der Richtlinie 93/13/EWG vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹⁹, die auch auf Versicherungsverträge anwendbar ist.

¹⁵ Vgl. SIMON SCHLAURI, Elektronische Signaturen, Publikationen aus dem Zentrum für Informations- und Kommunikationsrecht der Universität Zürich, Bd. 19, Zürich 2002, 241 ff.

¹⁶ Vgl. FELIX SCHÖBI, Digitale Signatur: Stand der Gesetzgebung, digma 2002, 32 ff.

¹⁷ Vgl. FELIX SCHÖBI, Ein Vertragsrecht für das digitale Zeitalter, in: Aktuelle Rechtsfragen des E-Commerce, Zürich 2001, S. 47 ff. (50 ff.). Auf das 14-tägige Rücktrittsrecht bei Abschluss einer Lebensversicherung (Art. 89a VVG) braucht hier allein deshalb nicht eingegangen zu werden, weil diesbezüglich ein grenzüberschreitender Vertragsabschluss vorausgesetzt wird.

¹⁸ Vgl. Mitteilung der Kommission vom 7. Februar 2001 an den Rat und das Europäische Parlament, Elektronischer Geschäftsverkehr und Finanzdienstleistungen, KOM (2001) 66; HARALD HERRMANN, Bausteine eines europäischen Online-Versicherungsrechts, in: Gedächtnisschrift für Johann Helm, Berlin 2001, 717 ff.

¹⁹ ABl. Nr. L 95 vom 21. 4. 1993, 29 ff.

b) Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Gleichsam auf dem Höhepunkt der Interneteuphorie erliess die Europäische Gemeinschaft am 8. Juni 2000 die Richtlinie 2000/31/EG über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt («Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr»)²⁰.

In Artikel 9 Absatz 1 bekennt sich die Richtlinie zur Möglichkeit, Verträge (und damit auch Versicherungsverträge) auf elektronischem Weg zu schliessen. Dies geschieht nun aber nicht zum Nulltarif. Vielmehr hat der VR in diesem Fall verschiedene Informationspflichten zu erfüllen²¹. So muss der VR den VN über die einzelnen technischen Schritte aufklären, die zum Vertragsabschluss führen (Art. 10 Abs. 1 Bst. a), er muss angeben, ob der Vertragstext nach Vertragsabschluss von ihm gespeichert wird und ob der Vertrag zugänglich sein wird (Bst. b), er muss den VN vor Abgabe der Bestellung auf die technischen Mittel zur Erkennung und Korrektur von Eingabefehlern hinweisen (Bst. c) und schliesslich muss er deutlich machen, welche Sprachen für einen Vertragsabschluss zur Verfügung stehen (Bst. d).

Bemerkenswert ist ferner die Aufforderung an den VR, den Eingang der Bestellung eines VN unverzüglich auf elektronischem Weg zu bestätigen (Art. 11 Abs. 1). Auch wenn man in dieser Bestätigung nicht das Akzept im Sinn des Obligationenrechts sehen muss: Die Richtlinie greift mit einer solchen Regel tief in die nationale Rechtsordnung über die Entstehung von Verträgen ein.

Die erwähnten Informationsansprüche können (vertraglich) ausgeschlossen werden, sofern es sich beim Vertragspartner nicht um einen Verbraucher handelt (Art. 10 Abs. 1 und 2 sowie 11 Abs. 1 und 2). Als Verbraucher definiert Artikel 2 Buchstabe e der Richtlinie dabei «jede natürliche Person, die zu Zwecken handelt, die nicht zu ihren gewerblichen, geschäftlichen oder beruflichen Tätigkeiten gehören».

Folgt man dem Text der Richtlinie, so bleibt eine einzige Pflicht, die der VR auch gegenüber einem «Nicht-Verbraucher» zu erfüllen hat: Die Pflicht, die Vertragsbedingungen und die allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) dem Nutzer so zur Verfügung zu stellen, dass er sie speichern und reproduzieren kann (Art. 10 Abs. 3).

c) Die Fernabsatzrichtlinie

Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr ist nicht die einzige, die ein VR beim Online-Vertrieb von Versicherungen zu beachten hat. Im Gegenteil. Als viel gewichtiger entpuppt sich die Richtlinie 2002/65/EG vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher (und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7EG und 98/27/EG)²². Sie muss von den Mitgliedstaaten bis zum 9. Oktober 2004 in nationales Recht umgesetzt werden (Art. 21 Abs. 1).

Der Begriff des Fernabsatzes ist schillernd. «Historisch» ist damit der Versandhandel gemeint, d.h. eine Situation, wo der Kunde gestützt auf einen Katalog per Brief (Geschäftsantwortkarte) oder ausnahmsweise per Telefon bestellt. Erst im Verlaufe der Zeit rückten neue Kommunikationskanäle in den Vordergrund des Interesses. Heute ist es mitunter so, dass der Fernabsatz auf den Online-Vertrieb reduziert wird. Ganz besonders gilt dies für den Dienstleistungsbereich, wo das Internet häufig nicht nur die Plattform für den Vertragsabschluss, sondern auch für die Erfüllung eines Vertrags ist.

Der Online-Vertrieb von Versicherungen fällt unter die Fernabsatzrichtlinie. Dies folgt aus Artikel 2 Buchstabe b, wonach auch jede Versicherung als Finanzdienstleistung gilt. Für eine Unterstellung unter die Richtlinie ist allerdings verlangt, dass es sich beim VN um einen Verbraucher handelt (Art. 2 Bst. d). Der Verbraucherbegriff entspricht jenem der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Ferner fällt der VR nur dann unter die Richtlinie, wenn der Vertrag im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems geschlossen wird (Art. 2 Bst. a). Damit soll verhindert werden, dass der VR die Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie auch dann beachten muss, wenn er zwecks Abschlusses eines Vertrags nur ausnahmsweise auf Fernkommunikationstechniken zurückgreift. Dass die diesbezüglichen Grenzen fließend und entsprechend schwer zu ziehen sind, versteht sich von selbst.

Findet die Fernabsatzrichtlinie Anwendung, so verbinden sich damit zusätzliche Rechte und Pflichten für die Vertragsparteien und für Dritte. Die folgende Darstellung beansprucht nicht, vollständig zu sein.

Die Richtlinie entfaltet bereits weit im Vorfeld des Vertragsabschlusses Wirkungen. So muss der VR beispiels-

²⁰ ABl. Nr. L 178 vom 17.7.2000, 1 ff.

²¹ Zu beachten ist, dass die folgenden Regeln nicht auf jeden Vertrag Anwendung finden, der auf elektronischem Weg geschlossen wird. Ausgeklammert bleiben vielmehr alle «Verträge, die ausschliesslich durch den Austausch von elektronischer Post oder durch damit vergleichbare individuelle Kommunikation geschlossen werden» (Art. 10 Abs. 4 und 11 Abs. 3).

²² ABl. Nr. L 271 vom 9.10.2002, 16 ff.; dazu DOMINO BURKI, Fernabsatz von Finanzdienstleistungen in der EU, SJZ 2002, 391 ff. Der Richtlinie voraus ging die Richtlinie 97/7/EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. Nr. L 144 vom 4.6.1997, 19 ff.). Sie nahm den Finanzdienstleistungsbereich explizit aus (dazu FELIX SCHÖBI, Die Fernabsatzrichtlinie aus schweizerischer Sicht, in: Grenzüberschreitendes Vertragsrecht, Europäische Anwaltsvereinigung, Köln 1999, 1 ff.).

weise beachten, dass er den VN nur dann mittels Voice-Mail-System und Telefax ansprechen darf, wenn eine vorherige Einwilligung des potenziellen VN vorliegt (Art. 10 Abs. 1). In den übrigen Fällen liegt es an den Mitgliedstaaten, ob sie den Verbraucher von einer *opt in*- oder *opt out*-Regelung profitieren lassen wollen (Art. 10 Abs. 2)²³.

Hat der VR diese Klippe erfolgreich umschiffen, so hält ihn Artikel 3 Absatz 1 der Richtlinie an, dem VN rechtzeitig vor Vertragsschluss eine Fülle von Informationen zur Verfügung zu stellen: Diese betreffen den VR selber (Ziff. 1), die angebotene Versicherungsdienstleistung (Ziff. 2), den Fernabsatzvertrag (Ziff. 3) und die Möglichkeit des VN, sich zu wehren (Ziff. 4).

Bemerkenswert an diesen Informationen ist die Art und Weise ihrer Übermittlung: Artikel 5 Absatz 1 der Richtlinie verlangt, dass dies in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger geschieht, der dem VN zur Verfügung steht und zu dem er Zugang hat. Was ist damit gemeint? Im 20. Erwägungsgrund der Richtlinie heisst es dazu das Folgende: «Zu den dauerhaften Datenträgern gehören insbesondere Disketten, CD-ROMs, DVDs und die Festplatte des Computers des Verbrauchers, auf der die elektronische Post gespeichert wird, jedoch nicht Internet-Websites, es sei denn, sie erfüllen die in der Definition des Begriffs «dauerhaftes Medium» enthaltenen Kriterien.»

Eine Erklärung des Begriffs «dauerhaftes Medium» findet sich in der Richtlinie nun allerdings nicht. Vielmehr greift Artikel 2 Buchstabe f erneut den Begriff des «dauerhaften Datenträgers» auf und umschreibt diesen folgendermassen: «Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck «dauerhafter Datenträger» jedes Medium, das es dem Verbraucher gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann, und das die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht.»

²³ Vgl. auch Artikel 13 Absatz 1 der Richtlinie 2002/58/EG vom 12. Juni 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation; ABl. Nr. L 2001 vom 31.7.2002, 37). Danach setzt auch Direktwerbung mittels elektronischer Post (Spamming) grundsätzlich die vorgängige Einwilligung des Beworbenen voraus. In der Schweiz wird eine (ähnliche) Regelung im Rahmen der anstehenden Revision des Fernmeldegesetzes angestrebt (<http://www.bakom.ch/imperia/md/content/deutsch/telecomdienste/grundlagenundkonsultation/konsultationen/fmg-revision/3.pdf>). Konkret soll Artikel 3 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) um einen neuen Buchstaben n ergänzt werden. Danach handelt neu auch unlauter, wer Telekommunikationsmittel zu Werbezwecken bei Personen verwendet, die dem nicht ausdrücklich zugestimmt haben und mit denen er oder sie nicht schon in einer Geschäftsbeziehung steht.

Die Sache ist damit alles andere als geklärt bzw. der Begriff des «dauerhaften Datenträgers» bzw. «dauerhaften Mediums» wird gleichsam in sein Gegenteil verkehrt: Fakt ist nämlich, dass der VN heute wohl die meisten Informationen speichern kann, die ihm der VR *online* zur Verfügung stellt. Eine ganz andere Frage ist, ob diese Informationen damit auch für eine angemessene Dauer eingesehen und unverändert wiedergegeben werden können, wie dies die Richtlinie verlangt. Wer weiss, wie laienhaft der Umgang der Konsumenten mit Informationstechnologie heute in der Regel noch ist, wird hier ein grosses Fragezeichen setzen.

Offensichtlich ist auch der Gemeinschaftsgesetzgeber etwas über seinen eigenen Mut erschrocken: Nur so ist erklärbar, dass Artikel 5 Absatz 3 der Richtlinie dem VN das Recht einräumt, zu jedem Zeitpunkt des Vertragsverhältnisses die Vorlage der Vertragsbedingungen in Papierform zu verlangen. Gleichzeitig soll der VN berechtigt sein, anders als auf Papier mit dem VR zu verkehren, ausser dies sei mit dem geschlossenen Fernabsatzvertrag oder der erbrachten Versicherungsdienstleistung unvereinbar. Im Ergebnis und für den Regelfall räumt die Richtlinie dem VN damit ein Wahlrecht ein, wie er mit dem VR kommunizieren will, ob auf elektronischem Weg oder mittels traditioneller Briefpost.

Als eigentliche materiellrechtliche Novität wartet die Richtlinie mit dem Recht des Konsumenten auf, einen im Fernabsatz geschlossenen Vertrag innert 14 Kalendertagen zu widerrufen (Art. 6). Allerdings ist es sehr schwierig, die genaue Tragweite dieses Widerrufsrechts für Versicherungen zu erfassen. Zu berücksichtigen ist dabei nämlich unter anderem, dass das Widerrufsrecht dann nicht gilt, wenn der Vertrag auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers von beiden Seiten bereits «voll» erfüllt ist, bevor dieser sein Widerrufsrecht ausüben will (Art. 6 Abs. 2 Bst. c). Ferner gilt das Widerrufsrecht nicht für Reise- und Gepäckversicherungspolice oder bei ähnlichen kurzfristigen Versicherungspolice mit einer Laufzeit von weniger als einem Monat (Art. 6 Abs. 2). Schliesslich gilt es zu bedenken, dass der VN beim Widerruf des Versicherungsvertrags dem VR eine Entschädigung für die mitunter sehr kurze Laufzeit des Vertrags schuldet (Art. 7 Abs. 1). Vorbehalten bleibt der Fall des Mitgliedstaats, der bestimmt, dass der Verbraucher bei Kündigung (sic!) der Versicherungspolice nichts schuldet (Art. 7 Abs. 2).

Für den elektronischen Geschäftsverkehr von besonderem Interesse ist, welche Formvorschriften für die Ausübung des Widerrufsrechts gelten. Artikel 6 Absatz 6 der Richtlinie äussert sich dazu wie folgt: «Übt der Verbraucher sein Widerrufsrecht aus, so teilt er dies [dem VR] in einer Art und Weise mit, die einen Nachweis entsprechend den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften ermöglicht. Die Frist gilt als gewahrt, wenn die Mitteilung, so

fern sie in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften dem Empfänger zur Verfügung stehenden und ihm zugänglichen Datenträger erfolgt, vor Fristablauf abgesandt wird.»

Es ist offensichtlich, dass der Schwarze Peter damit wieder dem nationalen Gesetzgeber zugeschrieben worden ist. Er muss bzw. darf entscheiden, ob er für den Widerruf eines Versicherungsvertrags am traditionellen Schriftformanfordernis festhalten oder ob er auch dafür den elektronischen Weg auf tun will.

d) Verhältnis der Fernabsatzrichtlinie zur Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr

Soweit es um den Online-Vertrieb von Versicherungen geht, ist der Geltungsbereich der Fernabsatzrichtlinie und jener der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr häufig identisch. Entsprechend stellt sich die Frage nach dem Verhältnis der beiden Richtlinien zueinander. Als die jüngere Richtlinie beansprucht die Fernabsatzrichtlinie grundsätzlich den Vorrang (*lex posterior*). Meist wird es allerdings so sein, dass der VR sowohl den Ansprüchen der Fernabsatzrichtlinie als auch jenen der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr genügen kann und daher auch genügen muss. Entsprechend lautet die 6. Erwägung der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen: «Diese Richtlinie sollte im Einklang mit dem Vertrag und dem abgeleiteten Recht, einschliesslich der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, angewendet werden, wobei die genannte Richtlinie nur für die von ihr erfassten Transaktionen gilt».

Die Folge dieses Nebeneinanders von Fernabsatzrichtlinie und Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr führt im Ergebnis zu einer weitgehend unreflektierten Anhäufung verschiedenster Informationspflichten – eine Entwicklung, die in der Lehre zunehmend auf Skepsis stösst²⁴.

Zu beachten ist ferner, dass die Fernabsatzrichtlinie – anders als alle vorausgegangenen Richtlinien zum Verbraucherschutz – den Anspruch auf eine abschliessende Regelung erhebt. Das heisst, dass die Mitgliedstaaten im durch die Richtlinie «harmonisierten» Bereich keine Bestimmungen erlassen dürfen, die den Konsumenten besser schützen, als dies in der Richtlinie vorgesehen ist. Allerdings kommt diese Regel nicht explizit im Richtli-

nientext zum Ausdruck, sondern hat bloss (vorsichtigen) Eingang in den Erwägungsgrund 13 gefunden: «Mit der vorliegenden Richtlinie soll ein hohes Verbraucherschutzniveau gewährleistet werden, um den freien Verkehr von Finanzdienstleistungen sicherzustellen. Die Mitgliedstaaten sollen in den durch diese Richtlinie harmonisierten Bereichen keine anderen als die darin festgelegten Bestimmungen vorsehen dürfen, es sei denn, die Richtlinie sieht dies ausdrücklich vor.»

3. Umsetzung in der Schweiz?

a) Allgemein

Im Januar 2001 hat der Bundesrat einen Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr samt Begleitbericht in die Vernehmlassung geschickt²⁵. Dieser beinhaltet Vorschläge zur Revision des Obligationenrechts und des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Das Ziel des Bundesrats besteht darin, das schweizerische Recht im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs (und des Konsumentenschutzes) an das Gemeinschaftsrecht heranzuführen. Die Rede ist von autonomem Nachvollzug.

b) Unlauterer Wettbewerb

Unlauter handelt neu, wer Waren, Werke oder Leistungen im Fernabsatz, einschliesslich des elektronischen Geschäftsverkehrs, anbietet und es dabei unterlässt, klare und vollständige Angaben über seine Identität, seinen Sitz oder Wohnsitz, seine Adresse, die wesentlichen Eigenschaften der angebotenen Produkte, deren Preise, sämtliche zu Lasten des Kunden gehenden Kosten oder die Zahlungsbedingungen zu machen (Art. 3 Bst. b^{bis} VE-UWG).

Dazu gesellen sich spezifische Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr (Art. 6a VE-UWG). So muss der Anbieter unter anderem klare und vollständige Angaben über eine Kontaktadresse einschliesslich derjenigen der elektronischen Post machen (Bst. a), auf die einzelnen technischen Schritte hinweisen, die zu einem Vertragsschluss führen (Bst. b), und angemessene technische Hilfsmittel zur Verfügung stellen, mit denen der Kunde vor Abgabe der Bestellung Eingabefehler erkennen und korrigieren kann (Bst. a).

Es ist unbestritten, dass diese Ergänzungen des Lauterkeitsrechts – im Unterschied zum Gemeinschaftsrecht schützen diese nicht nur die Konsumenten – auch für den Online-Vertrieb von Versicherungen gelten. Der Praxis

²⁴ Statt vieler FLORIAN S. JÖRG, Informationspflichten im E-Commerce, in: Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern 2003, 15 ff. Er spricht in diesem Zusammenhang – in bemerkenswertem Crescendo – von «Blüten» (17), dann von «über die Stränge gehauen» (29) und schliesslich von «Overkill» (50). Diese Abqualifikation des Gemeinschaftsrechts ist umso bemerkenswerter, als dabei die Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen noch gar keine Beachtung fand (39, Anm. 142).

²⁵ Sowohl der Vorentwurf als auch die Erläuterungen sind auf dem Internet verfügbar: Vorentwurf (<http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ve-b-d.pdf>) – Begleitbericht (<http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/vn-ber-b-d.pdf>).

bleibt es dabei überlassen, beispielsweise die wesentlichen Eigenschaften einer Versicherung zu bestimmen, über die beim Online-Vertrieb aufzuklären ist. Decken sich diese mit den (vorvertraglichen) Informationen, welche das revidierte Versicherungsvertragsgesetz vom VR verlangt? Es bleibt zu hoffen, weil nur so der Proliferierung von Informationspflichten Einhalt geboten werden kann.

Die Verankerung von Informationspflichten im Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb bringt es mit sich, dass Verstösse dagegen primär strafrechtlich geahndet werden (Art. 23 UWG). Erneut der Praxis bleibt es überlassen, die adäquaten zivilrechtlichen Folgen zu bestimmen. Zu denken ist an die Nichtigkeit oder Teilnichtigkeit des Versicherungsvertrags (Art. 20 OR), an die Möglichkeit, den Vertrag mit Wirkung *ex nunc* anzufechten oder ihn zu kündigen, oder daran, Schadenersatz für nicht gelieferte oder mangelhafte Informationen zu verlangen (Art. 97 OR).

e) Obligationenrecht

Was die vorgeschlagene Revision des Obligationenrechts betrifft, steht das Widerrufsrecht im Zentrum des Interesses. Es soll dem Kunden erlauben, in Zukunft nicht nur bei Haustürgeschäften, sondern auch bei solchen, die im Fernabsatz geschlossen werden, innert sieben Tagen vom geschlossenen Vertrag zurückzutreten (Art. 40a ff. VE-OR). Im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht wird der Kunde dabei als Person gesehen, die zu einem persönlichen oder familiären Zweck handelt.

Ausdrücklich vom Widerrufsrecht ausgenommen bleiben alle Finanzdienstleistungen, worunter auch in diesem Fall Versicherungen fallen. Der Grund dafür ist einfach: Bei Verabschiedung des Vorentwurfs lag die definitive Fassung der Fernabsatzrichtlinie noch nicht vor. Der Bundesrat kündigte deshalb im Begleitbericht an, das Thema erst in der Botschaft wieder aufzugreifen²⁶.

In der Vernehmlassung hat sich gezeigt, dass die bundesrätlichen Vorschläge von Konsumentenseite begrüsst werden, bei vielen anderen aber auf Ablehnung stossen²⁷. Diese wird ganz unterschiedlich motiviert: Einige lehnen mehr Konsumentenschutz grundsätzlich ab. Andere tun sich nur mit der Vorstellung schwer, dass gerade Internet-Nutzer diesen Schutz nötig haben sollen. Und schliess-

lich wurde auch immer wieder Anstoss daran genommen, wie das Gemeinschaftsrecht interpretiert und ins schweizerische Recht umgesetzt worden ist²⁸. Trotz dieser Einwände hat der Bundesrat Ende 2002 entschieden, an der Vorlage im Grundsatz festzuhalten. Mit einer Botschaft ist allerdings erst 2004 zu rechnen.

V. Ergebnis

Die Auseinandersetzung mit den rechtlichen Aspekten des Online-Vertriebs von Versicherungen hinterlässt einen zwiespältigen Eindruck. Auf der einen Seite ist deutlich geworden, dass das geltende Recht dem Online-Abschluss von Versicherungsverträgen und der Abwicklung solcher Verträge keine unüberwindbaren Hindernisse in den Weg legt. Die dabei auftauchenden Schwierigkeiten können in der Regel durch eine vernünftige Auslegung des geltenden Rechts bewältigt werden. Wo dies ausnahmsweise nicht der Fall ist, sind die entsprechenden Gesetzesrevisionen eingeleitet worden und bisweilen weit fortgeschritten.

Deutlich geworden ist aber auch, dass den VR, der Versicherungen *online* vertreiben will, eine Fülle von «Auflagen» an seinen Marktauftritt und die Vertragsgestaltung erwartet. Deren genaue Konturen sind vorerst häufig noch recht vage; entsprechend schwierig ist es für den VR, sich darauf einzustellen. Dies gilt auch (und erst recht), wenn die Schweiz am verständlichen Ziel festhält, die hiesigen VN und Konsumenten nicht schlechter zu schützen, als sie in der Europäischen Gemeinschaft geschützt sind. Der Online-Vertrieb von Versicherungen stellt so nicht nur für die VR und ihre Informatiker, sondern auch für die Politik und die Juristen eine Herausforderung dar.

²⁶ Begleitbericht (Anm. 25), 32: «Hinzuweisen bleibt schliesslich auf die geplante Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7EG und 98/27/EG (ABl. Nr. C 385 vom 11.12.98, S. 10 ff.). Diese hat keinen Eingang in den vorliegenden Entwurf gefunden. Der Bundesrat wird diesen Standpunkt mit Blick auf die Botschaft überdenken, sollte der Richtlinienentwurf in den nächsten Monaten verabschiedet werden.»

²⁷ Vgl. <http://www.ofj.admin.ch/themen/e-commerce/ve-ber-bges.pdf> (Zusammenstellung der Vernehmlassungsantworten).

²⁸ Vgl. GERHARD SPINDLER, Bemerkungen zum geplanten Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, sic! 3/2001, 259 ff.; HEINRICH HONSELL/THOMAS PIETRUSZAK, Der Vernehmlassungsentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, AJP 2001, 771 ff.; WOLFGANG WIEGAND/MARIO MARTI, Das Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr – Die rechtliche Erfassung des E-Commerce, in: Nationale und internationale Bezüge des E-Commerce, Bern 2002, 37 ff.; MICHEL JACCARD, Les devoirs d'information précontractuelle et la vente à distance dans l'avant-projet de loi fédérale sur le commerce électronique, in: Implications nationales et internationales du commerce électronique, Bern 2002, 17 ff.; CHRISTIANA FOUNTOLAKIS, Der Vorentwurf zu einem Bundesgesetz über den elektronischen Geschäftsverkehr, in: Information & Recht, Basel 2002, 57 ff.; JÖRG (Fn 24), 54 ff.; HEINRICH HONSELL, Kaufrecht und elektronischer Geschäftsverkehr, in: Internet-Recht und Electronic Commerce Law, Bern 2003, 211 ff. (215 f.); RALF MICHAEL STRAUB, Fehlende und fehlerhafte Produktinformationen als Sachmangel im neuen europäischen und schweizerischen Warenkaufrecht, in: «Nur, aber immerhin», Festgabe für Anton K. Schnyder zum 50. Geburtstag, Zürich 2002, 167 ff.