

Eidg. Finanzverwaltung
Rechtsdienst
Bernerhof
CH-3003 Bern

Basel, 30. Juli 2009
J.2 / CWI/ISE

Vernehmlassung zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)

Sehr geehrter Herr Direktor
Sehr geehrte Damen und Herren

Mit Schreiben vom 22. Januar 2009 haben Sie eine Vernehmlassung zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) eröffnet und geben so auch uns Gelegenheit zur Stellungnahme. Dafür danken wir Ihnen und äussern uns nachstehend, soweit das Gesetz für den Bankenbereich von Bedeutung ist.

In Übereinstimmung mit *economiesuisse* und den unmittelbar betroffenen Verbänden schlagen wir vor, auf Art. 68 VVG betreffend Entschädigung der Versicherungsmakler zu verzichten.

Die Banken sind nicht im Versicherungsgeschäft aktiv und deshalb von der nun vorgeschlagenen Gesetzesrevision lediglich indirekt betroffen. Wir beschränken uns daher auf Bemerkungen zu **Art. 68 E-VVG** über die Entschädigung der Versicherungsmakler. Dessen Ausgestaltung und Begründung ist von präjudizieller Tragweite über den Versicherungsbereich hinaus und lautet wie folgt:

¹ Die Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer entschädigen die Versicherungsmaklerinnen und Versicherungsmakler für ihre Vermittlungstätigkeit.

² Die Versicherungsmaklerinnen und Versicherungsmakler erstatten den Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmern die ihnen vom Versicherungsunternehmen zugekommenen Leistungen wie Provisionen, Superprovisionen und andere geldwerte Vorteile, die direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängen.

³ Auf die Erfüllung der Herausgabepflicht kann die Versicherungsnehmerin oder der Versicherungsnehmer nur so weit verzichten, wie die Leistungen nach Absatz 2 erfüllungshalber an die Entschädigung angerechnet werden. Der Verzicht ist schriftlich zu erklären.“

Die **Erläuterung** zu Art. 68 E-VVG im Bericht lautet wie folgt (S. 64):

„Die Bestimmung zur Entschädigung des Versicherungsmaklers knüpft an den BGE 132 III 460 zu den Retrozessionszahlungen an. In dieser Entscheidung hat das Bundesgericht festgehalten, dass Retrozessionszahlungen der auftragsrechtlichen Ablieferungspflicht unterliegen und nur unter besonderen Voraussetzungen darauf verzichtet werden kann.

Absatz 1

Der Entwurf regelt zwingend den Grundsatz, wonach der Makler vom Versicherungsnehmer für seine Vermittlungstätigkeit nach Artikel 67 E-VVG entschädigt wird.

Absatz 2

Neben der Entschädigung durch den Versicherungsnehmer darf der Makler auch zukünftig durch das Versicherungsunternehmen provisioniert werden. Allerdings besteht eine Herausgabepflicht für Leistungen, die der Makler vom Versicherungsunternehmen erhält und direkt oder indirekt mit dem vermittelten Vertrag zusammenhängen. Als Leistungen gelten Provisionen, Superprovisionen und andere geldwerte Vorteile. Die Pflicht zur Herausgabe entsteht mit der Zuteilung der Leistung des Versicherungsunternehmens. Es wird nicht eine betragsmässig genaue Abrechnung verlangt. Dies wäre bei Superprovisionen und anderen geldwerten Vorteilen in der Regel auch nicht umsetzbar. Vielmehr geht es darum, die erhaltenen Leistungen den damit direkt oder indirekt zusammenhängenden, vermittelten Verträgen in einem rechnerischen Verfahren gerecht zuzuteilen. Die Bestimmung hat zwingenden Charakter.

Der Makler ist aufsichtsrechtlich gehalten, den Versicherungsnehmer bei Erhalt der Leistung vollständig und wahrheitsgetreu über die Art, die Höhe und die Berechnungen der Leistungen zu informieren (Art. 45 Abs. 1^{ter} E-VAG).

Absatz 3

Der Versicherungsnehmer kann nur schriftlich auf die Erfüllung der Herausgabepflicht verzichten. Ein Verzicht ist nur soweit möglich, wie die Leistungen nach Absatz 2 erfüllungshalber an die Entschädigungspflicht des Versicherungsnehmers angerechnet werden. Leistungen, welche die Höhe der Entschädigung betragsmässig übersteigen, verbleiben beim Makler.

Der Makler muss den Versicherungsnehmer bei der Kontaktaufnahme informieren über die Herausgabepflicht und die Voraussetzungen, unter denen darauf verzichtet werden kann (Art. 45 Abs. 1^{bis} E-VAG).“

Wir halten es für fragwürdig, hier beim Bundesgerichtsentscheid BGE 132 III 460 anzuknüpfen, mit dem wir uns bekanntlich seit längerer Zeit auch beschäftigen. Die dabei angesprochene Auslegung von Art. 400 OR kommt u.E. - aus bankgeschäftlicher Sicht - am Besten in den Arbeiten von Sandro Abegglen („Retrozession“ ist nicht gleich „Retrozession“: Zur Anwendbarkeit von Art. 400 Abs. 1 OR auf Entschädigungen, die an Banken geleistet werden, insbesondere im Fondsbetrieb, in: SZW 2007, S. 122-134; Der Verzicht auf Ablieferung von Retrozessionen - Einordnung und Anforderungen, Eine dogmatische Nachlese zu BGE 132 III 460 ff., in: recht 2007, S. 190-202), Peter Nobel und Isabel Stirnimann (Zur Behandlung von Entschädigungen im Vertrieb von Anlagefonds- und strukturierten Produkten durch Banken, in: SZW 2007, S. 343-356) zum Ausdruck.

Aus diesen Abklärungen ergibt sich, dass BGE 123 III 460 nur die Honorierung eines Auftrags im Sinne von Art. 400 OR betrifft, eine Zahlung somit, die im „inneren Zusammenhang“ mit dem Gegenstand des Auftrags steht, und hier ist Gegenstand des Auftrags die Vermittlung eines Versicherungsvertrags.

Die Erfahrung im Bankgeschäft lehrt uns, dass unter Art. 400 OR differenziert werden muss. Verwendet eine Bank in der Vermögensverwaltung für Kunden Produkte dritter Emittenten (z.B. Fondsanteile), deren Vertrieb sie unterstützt, ist zu unterscheiden:

- zwischen der Entschädigung für den Verkauf des Produkts an den Kunden auf der einen Seite
- und der Entschädigung für den Vertrieb des Produkts im Auftrag des Emittenten auf der anderen Seite. Es liegt auf der Hand, dass in diesem zweiten Fall Auftraggeber nicht der Kunde der Bank, sondern der Emittent des vertriebenen Produktes ist, also z.B. eine Fondsleitung. Eine dafür bezahlte Entschädigung steht der Bank, nicht ihrem Kunden zu.

In der Praxis erfolgt diese Unterscheidung nach dem Kriterium des „inneren Zusammenhangs“. Nun erscheint es uns verfehlt, im speziellen Zusammenhang einer Entschädigungsregel für Versicherungsmakler eine Formulierung zu verwenden, deren dogmatische Begründung und Auswirkung fragwürdig wären. Wir schlagen deshalb vor, auf Art. 68 VVG zu verzichten. Sollte der Artikel in einer überarbeiteten Form erhalten bleiben, wären wir für die Berücksichtigung unserer Überlegungen dankbar. Die erwähnte Differenzierung zwischen „Retrozessionen“ und Vertriebsentschädigungen ist übrigens keine Spezialität der Banken, sondern wird z.B. auch von der ESTV bei der Mehrwertsteuer entsprechend gehandhabt.

Schliesslich erscheint uns die in Abs. 3 statuierte Anrechnungspflicht fehl am Platz; auch hier sollte der informierte Verzicht möglich sein.

Unser Antrag lautet auf Streichung von Art. 68 VVG.

Für Ihre Rückfragen oder ein erläuterndes Gespräch stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse
Schweizerische Bankiervereinigung

Renate Schwob

Christoph Winzeler