

Bundesverwaltungsgericht B-2808/2009 f 25.03.2010 nicht publ.

Mietkautionsversicherung I

Leitsatz

Das Anbieten von Verträgen, mit denen sich der Anbieter gegen Entgelt verpflichtet, bis zu einer im Vertrag genannten Maximalsumme als Bürge des Vertragspartners gegenüber dessen Vermieter zu haften, stellt eine der Aufsicht unterstellte Versicherungstätigkeit dar.

Sachverhalt

Ein Unternehmen bietet Wohnungsmietern den Abschluss von Verträgen an, mit denen es sich gegen Entgelt verpflichtet, bis zu einer im Vertrag genannten Maximalsumme als Bürge des Mieters gegenüber dem Vermieter für dessen Forderungen aus dem Mietvertrag gegenüber dem Mieter zu haften. Im Gegenzug verzichtet der Vermieter auf die Hinterlegung der sonst geforderten Mietzinskaution. Die FINMA qualifizierte diese Verträge (zwischen Unternehmen und Mieter) als Versicherungsverträge und verfügte die Unterstellung des Unternehmens unter die Versicherungsaufsicht. Dieses wehrte sich dagegen. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte die Rechtsauffassung der FINMA.

Erwägungen

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts wird das Vorliegen einer Versicherungstätigkeit an Hand folgender Merkmale geprüft: *a.)* Risiko oder Gefahr; *b.)* Leistung des Versicherten (Prämie); *c.)* Leistung des Versicherers; *d.)* Selbständigkeit der Operation und *e.)* Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der grossen Zahl (planmässiger Geschäftsbetrieb).

Das Risiko wird definiert als Ereignis, dessen Eintritt möglich, aber ungewiss ist. Entscheidend ist das aleatorische Element. Vorliegend besteht die versicherte Gefahr darin, dass der Versicherer für Forderungen des Vermieters aus dem Mietvertrag eintreten muss. Dass der Eintritt dieser Gefahr vorliegend massgeblich vom Versicherungsnehmer selbst beeinflusst wird, ändert an der Qualifikation als versicherte Gefahr nichts. Die Problematik der schuldhaften Herbeiführung des versicherten Ereignisses durch den Versicherungsnehmer hat der Gesetzgeber in Art. 14 VVG geregelt.

Dass der Versicherungsnehmer für die Erteilung der Bürgschaft ein Entgelt (Prämie) bezahlt, war unbestritten.

Das Unternehmen bestritt das Vorliegen einer versicherten Leistung mit dem Argument, das Erteilen der Bürgschaft sei nicht an den Eintritt einer versicherten Gefahr geknüpft und die Versicherungsnehmer seien vertraglich verpflichtet, dem Unternehmen allfällige Leistungen an den Vermieter zurückzuerstatten. Dieser Argumentation ist das Bundesverwaltungsgericht nicht gefolgt. Es erblickte in der Organisation der Bürgschaft (Dienstleistung als versicherte Leistung) und in möglichen Zahlungen an den Vermieter im Leistungsfall (deren Rückerstattung an der Insolvenz des Mieters scheitern kann) eine versicherte Leistung im Sinne des Aufsichtsrechts.

Die Selbständigkeit der Verträge wurde mit ihrer Abhängigkeit vom Mietvertrag bestritten. Dem hielt das Bundesverwaltungsgericht entgegen, dass die Versicherungsverträge einzig die Frage der Bürgschaft regeln. Zwischen den an diesem Vertrag beteiligten Parteien besteht kein anderes Rechtsverhältnis. Es liegt deshalb ein selbständiges Rechtsgeschäft vor.

Ein planmässiger Geschäftsbetrieb erfordert keine versicherungsmathematische Grundlage des Geschäftsplans. Es genügt, wenn nach dem Geschäftsplan die Summe der Einnahmen die Summe der

Ausgaben deckt und eine Gewinnmarge verbleibt. Dies war vorliegend offensichtlich der Fall.

Gestützt auf diese Überlegungen kam das Bundesverwaltungsgericht zum Schluss, dass die FINMA das Unternehmen zu Recht der Versicherungsaufsicht unterstellt hatte.

Anmerkung

Das Bundesverwaltungsgericht geht zu Recht vom Vorliegen einer Versicherungstätigkeit aus. Es blendet allerdings aus, dass identische Rechtsgeschäfte auch von Banken abgeschlossen werden. Betrachtet man isoliert den Gesetzestext und das vorliegende Urteil, so müssten konsequenterweise die solche Verträge anbietenden Bankinstitute der Versicherungsaufsicht unterstellt werden. Das Urteil illustriert somit die unklare und unzureichende Abgrenzung der Tätigkeiten von Versicherungen und Banken. Wirtschaftlich wesentlich bedeutender als diese Versicherungstätigkeit der Banken ist die Bankentätigkeit der Versicherer im Bereich der Lebensversicherung. Nach Art. 15 BankG dürfen Spareinlagen nur von Banken entgegen genommen werden. Wer als "Nicht-Bank" (z.B. als Versicherer) Spareinlagen entgegen nimmt, müsste nach Art. 46 BankG bestraft werden. Ebenso wäre strafbar, in Geschäftsunterlagen den Ausdruck "sparen" zu verwenden (Art. 49 Abs. 1 lit. a BankG). Trotz dieser gesetzlichen Regelung lässt sich kaum bestreiten, dass Banken Garantieverträge und Versicherungen Sparverträge abschliessen dürfen. Dass der Rechtsunterworfenen dies auch so dem Gesetz sollte entnehmen können, stellt eigentlich eine selbstverständliche Anforderung an die Transparenz einer Rechtsordnung dar.

Mit Urteil 2C_410/2010 vom 21.01.2011 hat das Bundesgericht eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes abgewiesen.