Christoph Graber*/Anton K. Schnyder**

Bemerkungen zur VVG-Revision aus europäischer Sicht

I. Anstoss zu den schweizerischen Revisionsarbeiten

Vor über vierzig Jahren stellte Prof. Willy Koenig in einem in der Zeitschrift für Schweizerisches Recht erschienenen Aufsatz die Frage «Ist das Versicherungsvertragsgesetz revisionsbedürftig?». Er kam zum Ergebnis, dass eine Revision zum damaligen Zeitpunkt «jedenfalls als nicht dringlich zu bezeichnen» sei: «Trotz der aufgezeigten Mängel des Gesetzes ist sie [die Revision] so lange nicht notwendig, bis man die Überzeugung erhält, dass das Gesetz der weiteren Entwicklung des Versicherungswesens nicht mehr zu genügen vermag. Das ist aber heute noch nicht der Fall.»[1]

Weniger gnädig ging damals ein Vertreter der Versicherungsindustrie, René de Buren[2], mit dem VVG ins Gericht. Auch er stellte in der ZSR die Frage «La loi sur le contrat d'assurance doit-elle être revisée?», kam aber zu einem anderen Ergebnis: «Constatons que notre LCA n'atteint pas toujours le but premier qui est le sien, ne saisit qu'imparfaitement la réalité de l'assurance moderne. Parce-qu'elle exprime des conceptions et des vues que l'évolution du monde économique a rendues largement désuètes, parce-qu'elle est enserrée dans des catégories du droit commun, impropres à régir adéquatement les situations spécifiques qu'engendrent les rapports d'assurance, la réglementation de notre loi a considérablement perdu de sa valeur: le réel qu'elle est censée discipliner la déborde de toutes parts. 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 sentent obligés d'y apporter, ne remplit plus sa fonction ordonnatrice; il nous paraît, dès lors, inconcevable qu'elle puisse être maintenue.»[3]

* Dr. iur., Fürsprecher, Partner der Anwaltskanzlei Prager Dreifuss, Zürich.
** Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius an der Universität Zürich, Konsulent der Anwaltskanzlei Prager Dreifuss, Zürich.

1 ZSR 1962, 249.
2 Damals Vizedirektor der Genevoise Versicherungsgesellschaft.
3 ZSR 1962, 375.

Das VVG wurde *nicht* revidiert, und knapp dreissig Jahre später stellte Prof. Peter Gauch an der Strassenverkehrsrechtstagung 1990 unter dem Titel «Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig!» fest, dass eine Gesamtrevision des Gesetzes «angebracht, ja geradezu notwendig» sei[4]. Als besondere Anliegen der Revision nannte Gauch den Konsumentenschutz und die Berücksichtigung der Entwicklungen im EG-Raum.

Weitere zehn Jahre später ist das Verfahren zur Revision des Versicherungsvertragsgesetzes im Gang. Zusammen mit dem Entwurf für ein neues VAG legte das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement im August 1998 den Entwurf für eine Partialrevision des VVG vor. Der Vorentwurf für ein neues Versicherungsaufsichtsgesetz hielt an den Anliegen der traditionellen materiellen Aufsicht fest; auch sollten hauptsächlicher Gegenstand der Versicherungsaufsicht die Aufnahme und die Ausübung der Versicherungstätigkeit durch Versicherungsunternehmen bleiben. Indessen wurde ein neuer Schwerpunkt künftiger Aufsicht auf die *Kontrolle der Kapitalausstattung* von Versicherern gelegt. Erst mit Botschaft vom 9. Mai 2003 ist es allerdings dem Bundesrat gelungen, dem Parlament eine bereinigte Vorlage für eine Totalrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie zu Änderungen des Versicherungsvertragsgesetzes vorzulegen[5]. Wie der Botschaft entnommen werden kann, war ursprünglich vorgesehen, den Revisionsentwurf von 1998 (mit einzelnen, aus der Vernehmlassung resultierenden Anpassungen) bereits im Herbst 2001 dem Parlament zuzuführen. Die Vorlage wurde jedoch durch verschiedene Entwicklungen verzögert, welche zur Überarbeitung der ursprünglichen Entwürfe Anlass gaben. Verzögerungen im Blick auf die endgültige Gesetzesvorlage haben sich vor allem aus dem Umstand ergeben, dass seit einiger Zeit – über das Kerngebiet der Versicherungsaufsicht hinaus – auch eine *konsolidierte Beaufsichtigung* von Versicherungen, Banken und anderen Finanzdienstleistern angestrebt wird. Lange Zeit war offen, ob zunächst nicht die Verabschiedung eines – vor allem in organisatorischer Hinsicht bedeutsamen – Finanzmarktaufsichtsgesetzes abgewartet werden sollte. Da Letzteres, wie sich mittlerweile zeigt, höchst umstritten ist und der Bundesrat mit den Detailregelungen zu einer neuen Versicherungsaufsicht nicht mehr länger zuwarten wollte, hat er im Mai des letzten Jahres dem Parlament die Botschaft zu einer Totalrevision des VAG unterbreitet.

Im Unterschied zum Gesamtprojekt Versicherungsaufsicht war eine Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) im Jahr 1998 noch nicht möglich. Immerhin wurden durch eine weitere (kleinere) Expertenkommission Vorschläge für partielle Änderungen des VVG unterbreitet. Diese basierten einerseits auf erforderlichen Anpassungen zum VAG; andererseits sollten damit Postulate verwirklicht werden, wie sie insbesondere in parlamentarischen Vorstössen zum Ausdruck gekommen waren. In letzterem Zusammenhang waren vor allem das (neu geforderte) Prinzip der Teilbarkeit der Prämie sowie eine Neuregelung des Versicherungsrechts bei Handänderung des versicherten Objekts anzugehen. Hinzu kamen Bestimmungen zur verbesserten Information von Versicherten durch die Versicherungsunternehmen sowie verbraucherfreundlichere Regelungen bei einer Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht durch Versicherungsnehmer. Schliesslich wurden im Jahr 1998 die Einführung eines ordentlichen gesetzlichen Kündigungsrechts bei Versicherungsverträgen sowie – im Zug der aufsichtsrechtlichen Erfassung der Versicherungsvermittlung – eine entsprechende Anpassung des versicherungsvertragsrechtlichen Stellvertretungsrechts vorgeschlagen. Die Botschaft vom Mai 2003 hat einige der seinerzeit unterbreiteten Vorschläge berücksichtigt, namentlich die Informationspflicht des Versicherers und den Grundsatz der Teilbarkeit der Prämie; bei anderen Vorstössen folgte man diesen im Prinzip, hat jedoch im Einzelnen Verschärfungen vorgenommen, insbesondere bezüglich der Folgen der verletzten Anzeigepflicht; wiederum anderes (wie namentlich das Problemfeld der Kündigung von Verträgen) hat man einer späteren Revision des VVG überlassen.

Nach jahrelangen Kontroversen um die Frage einer *Gesamtrevision des schweizerischen Versicherungsvertragsgesetzes* wurde diesbezüglich zu Beginn des letzten Jahres eine entscheidende Weichenstellung vorgenommen. Am 11. Februar 2003 setzte nämlich die seinerzeitige Justizministerin eine Expertenkommission mit dem Auftrag ein, eine Totalrevision des VVG auszuarbeiten und (zusammen mit einem erläuternden Bericht) den Vorentwurf für ein neues Gesetz vorzulegen. Wie die Zusammensetzung der Kommission zeigt, sollte den betroffenen Interessengruppen umfassend Rechnung getragen und diese durch eine entsprechende Vertretung in der Kommission berücksichtigt werden[6]. In Übereinstimmung mit ihrem Auftrag strebt die Expertenkommission an, einen in sich geschlossenen, modernen Gesetzesentwurf auszuarbeiten, der einerseits neueren Entwicklungen des Verbraucherschutzes verpflichtet sein will und gleichzeitig Anforderungen, welche eine praxisnahe Versicherungstätigkeit stellt, nicht übergehen darf.

Auf *europäischer* Ebene wurde das Postulat einer Harmonisierung des materiellen Versicherungsvertragsrechts schon in den 1970er Jahren erhoben, indem Vorschläge für eine Richtlinie über die Koordinierung der Versicherungsvertrags-

4 recht 1990, 65 ff., 77.

5 Vgl. BBl 2003 3789.

6 Der Kommission gehören zu Beginn des Jahres 2004 folgende Personen an: Prof. Dr. Anton K. Schnyder (Präsident), Oberrichter Dr. Alexander Brunner; Prof. Dr. Vincent Brulhart; Rechtsanwalt Olivier Carré; PD Dr. Stephan Fuhrer; Prof. Dr. Peter Gauch; Prof. Dr. Franz Hasenböhler; Prof. Dr. Bettina Kahil-Wolff; Rechtsanwältin Dr. Andrea Kiefer; Dr. Matthias Nast; Fürsprecher Peter Pfund; Handelsrichter Stephan Weber.

rechte vorgelegt wurden[7]. Die Bemühungen um den Erlass einer einschlägigen Richtlinie sind jedoch vorläufig gescheitert. Die EU-Kommission gab ihren Versuch einer Harmonisierung des materiellen Versicherungsvertragsrechts auf und zog den unterbreiteten Entwurf zurück[8]. Das bedeutet jedoch nicht, dass es keine Bemühungen zur gesamteuropäischen Harmonisierung des Versicherungsvertragsrechts mehr gäbe. Zu nennen ist in erster Linie die Expertengruppe, welche auf Initiative von Prof. Fritz Reichert-Facilides seit rund fünf Jahren die Ausarbeitung eines *Restatement of European Insurance Contract Law* anstrebt. Ziel dieses Projektes ist es, das in Europa geltende Versicherungsvertragsrecht zu erfassen, auf gemeinsame Nenner zusammenzuführen, handhabbare Vorschriften zu formulieren und nötigenfalls Neuerungen vorzuschlagen, um die unbefriedigende Situation eines Nebeneinanders von mehr als einem Dutzend verschiedener Versicherungsvertragsrechte innerhalb der Europäischen Union zu verbessern[9].

Da der Schweizer Gesetzgeber im Interesse einer europäischen Wettbewerbsfähigkeit der Schweizer Assekuranz sowie einer reflektierten Auseinandersetzung mit den europaweiten Entwicklungen gut daran tut, die VVG-Revision nicht losgelöst von diesen europäischen Harmonisierungsbestrebungen zu betreiben, stellt sich die Frage, welche Revisionsanliegen aus europäischer Sicht im Vordergrund stehen und was sie für die Revision des schweizerischen VVG bedeuten.

II. Hinweis zu den Restatement-Arbeiten

Die *Restatement*-Expertengruppe ist mit einem Dilemma konfrontiert: Einerseits wäre es für den rechtsvergleichenden und den legislatorischen Diskurs höchst wünschenswert, dass die Diskussionen, Erkenntnisse und Formulierungsvorschläge des Gremiums laufend veröffentlicht würden – zumindest über Internet. Andererseits werden die ausformulierten Texte der Vorschriften und Begleitkommentare immer wieder überarbeitet, und ebenfalls in redaktioneller Hinsicht stellen sie eine Herausforderung dar. Indessen ist geplant, die ersten Vorentwürfe abschnittweise der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, um so auch für Revisionsvorhaben in einzelnen Ländern Inputs zu liefern. Zum Abschluss ist eine kohärente Normierung des zwingenden Versicherungsvertragsrechts auf rechtsvergleichender Basis geplant.

Wie der nachstehenden Inhaltsübersicht entnommen werden kann, sind die *ersten vier Kapitel* bereits weit gediehen; es handelt sich um Allgemeine (einleitende) Bestimmungen sowie um die Kapitel Vertragsabschluss und Dauer des Vertrages, Versicherungsvermittlung und Veränderungen beim versicherten Risiko (insbesondere Gefahrerhöhung). Zu folgenden Bestimmungen wurden ausformulierte Texte veröffentlicht, die über Internet abrufbar sind[10]:

Part One: Provisions Common to all Contracts Included in this Restatement

Chapter One: Introductory Provisions

Art. 1.101: Insurance Contract
Art. 1.102: Further Definitions
Art. 1.103: Scope of Application
Art. 1.104: Mandatory Chara[c]ter
Art. 1.105: Imputed Knowledge and Applicant's/Policyholder's Responsibility for Others
Art. 1.106: Reservation as to National Legislation

Chapter Two: Initial Stage and Duration of the Contract

Section One: Applicant's Precontractual Information Duty

Art. 2.101: Applicant's Precontractual Information Duty in General
Art. 2.102: Sanctions For Culpable Violation Of The Precontractual Information Duty
Art. 2.103: Precontractual Information Duty Violated Without Fault

Section Two: Precontractual Duties of the Insurer

Art. 2.201: Precontractual Duties
Art. 2.202: Sanctions

Section Three: Formation of the Insurance Contract

7 Schnyder, Reform des Versicherungsvertragsrechts – neue Anstösse auch in der Schweiz, in: FS Heinrich Honsell, Zürich 2002, 529 ff., 537.

8 Lenzing, in: Basedow/Fock (Hrsg.), Europäisches Versicherungsvertragsrecht, Band I, Tübingen 2002, 145.

9 Neben dem im Herbst 2003 leider verstorbenen Vorsitzenden Prof. Reichert-Facilides sind Mitglieder der internationalen Projektgruppe: Prof. Dr. Helmut Heiss, Greifswald (Vizepräsident und voraussichtlich neuer Vorsitzender); Prof. Dr. Jürgen Basedow, Hamburg; Prof. Dr. Juan Bataller Grau, Valencia; Prof. Dr. Zdzlaw Brodecki, Danzig; Prof. Dr. Diana Cerini, Mailand; Prof. Dr. Malcolm A. Clarke, Cambridge; Prof. Dr. Herman Cousy, Leuven; Prof. Dr. Bill W. Dufwa, Stockholm; Prof. Angelo Forte, Aberdeen; Prof. Dr. Jérôme Kullmann, Paris; Adv. Dr. Jorge Pegado Liz, Lissabon; Prof. Dr. Ioannis Rokas, Athen; Ass.-Prof. Dr. Bernhard Rudisch, Innsbruck; Prof. Dr. Anton K. Schnyder, Zürich; Prof. Dr. Manfred Wandt, Frankfurt; Prof. Dr. J. Han Wansink, Rotterdam. Vgl. auch die *Restatement*-Homepage unter http://www2.uibk.ac.at/fakultaeten/c3/c305/restatement/index.html.

10 Vgl. http://zivilrecht2.uibk.ac.at/restatement/text.html.

Section Four: Insurance Policy and Related Documents

Art. 2.401: Precontractual Documents
Art. 2.402: Insurance Policy
Art. 2.403: Constitutive Effects of Policy
Art. 2.404: Formal Requirements
Art. 2.405: Failure to Issue the Required Documents

Section Five: Duration of the Insurance Contract

Art. 2.501: Term of the Insurance Contract
Art. 2.502: Renewal
Art. 2.503: Adjustment of Terms and Conditions
Art. 2.504: Termination after Occurrence of an Insured Event

Chapter Three: Insurance Intermediaries

Section One: Insurance Agents

Art. 3.101: Powers of Insurance Agents

Section Two: Insurance Brokers

Art. 3.201: Duties of the Insurance Broker
Art. 3.202: Liability for Apparent Insurance Brokers

Chapter Four: Contract Provisions Relating to a Change of Risk

Art. 4.101: Aggravation of Risk: Generalities
Art. 4.102: Policyholder's Duty to Notify an Aggravation of Risk
Art. 4.103: Insurer's Right to Terminate the Contract in Case of an Aggravation of Risk
Art. 4.104: Policyholder's Contractual Duties to Prevent an Aggravation of Risk or to Reduce the Risk

Chapter Five: Insurance Premium

(...)

Chapter Six: Insured Event

(...)

Chapter Seven: Group Insurance and Insurance Based on Collective Agreement

(...)

Part Two: Provisions For Special Branches of Insurance

(...)

Soweit *allgemeine Prinzipien* des Vertragsrechts betroffen sind, soll nach Auffassung der Projektgruppe im *Restatement* zu Gunsten des allgemeinen europäischen Vertragsrechts auf besondere Bestimmungen für den Versicherungsvertrag verzichtet werden. Insbesondere gilt zu den sog. *Lando-Principles*[11] ein Verhältnis der Subsidiarität. Was in den *Lando-Principles* geregelt ist, wird im *Restatement* nicht thematisiert, um Disparitäten zwischen Generalnormen und versicherungsrechtlichen Sondernormen möglichst gering zu halten[12]. Dies ist ein Fragenkomplex, der bei Schaffung eines neuen schweizerischen VVG wohl anders zu behandeln sein wird. Zum einen wird sich die Revisionsvorlage – anders als das *Restatement* – nicht auf die Statuierung zwingender (und halbzwingender) Vorschriften beschränken können. Denn es sind im Hinblick auf – gewollte oder ungewollte – Lücken in den AVB sowie auch im Hinblick auf für die Praxis hilfreiche Definitionen Modellvorstellungen u.a. als dispositive Normen vorzusehen. Kommt hinzu, dass der Kreis zwingenden Rechts noch nicht feststeht (etwa hinsichtlich eines möglichen Einbezugs kleiner und mittlerer Unternehmen). Sodann mag es ratsam sein, die vom OR abweichend zu formulierenden Bestimmungen (oder auch nur die Klärung von Streitfragen) umfassend aufzunehmen.

III. Versicherung gewerblicher Risiken und Konsumentenschutz

Das VVG macht grundsätzlich keine Unterscheidung zwischen der Versicherung gewerblicher und industrieller Risiken auf der einen Seite und Versicherungsverträgen im privaten Bereich andererseits. Es schränkt die Vertragsfreiheit durch den Katalog der absolut zwingenden (vertraglich nicht abänderbaren)[13] und der relativ zwingenden (vertraglich nur zugunsten des Versicherungsnehmers abänderbaren)[14] Bestimmungen stark ein – ohne zu differenzieren, wer dem Versicherer als Kontrahierungspartner gegenüber steht und ob diese Partei besonderen Schutz benötigt. Nur für die Transportversicherung gelten Ausnahmen[15]. Das VVG kann mithin als ein eigentliches Konsumentenschutzgesetz bezeichnet werden, obwohl es sich nicht nur an Konsumenten richtet.

11 Allgemeine Prinzipien eines europäischen Vertragsrechts der «Commission on European Contract Law» unter dem Vorsitz von Prof. Ole Lando; siehe dazu Lando/Beale (Hrsg.), Principles of European Contract Law, Parts I and II Combined and revised (2000), sowie http://www.cbs.dk/departments/law/staff/ol/commission_on_ecl/index.html.

12 Marxer, Restatement of European Insurance Contract Law – Erste Schritte zu einem vereinheitlichten Versicherungsvertragsrecht für Europa, in: LJZ 3/01, 95 Anm. 24.

13 Art. 97 Abs. 1 VVG.

14 Art. 98 Abs. 1 VVG.

15 Art. 97 Abs. 2 und Art. 98 Abs. 2 VVG.

Die Vorschläge im aktuellen Entwurf des *Restatement*[16] unterscheiden an sich ebenfalls zwischen zwingenden und halbzwingenden Bestimmungen[17], enthalten jedoch nur zwingende oder halbzwingende Bestimmungen. Nach Ansicht der Projektgruppe sollen nämlich mit dem Restatement die zwingenden und halbzwingenden Normen der europäischen Versicherungsvertragsrechte zu Gunsten der Versicherungsnehmer harmonisiert werden[18], wogegen es einer Harmonisierung im Bereich des dispositiven Rechts – zumal mit Blick auf die *Principles* im Vertragsrecht – nach Auffassung der Projektgruppe nicht bedarf.

Vorbehalten sollen sodann die versicherungsnehmerfreundlicheren Bestimmungen der einzelnen nationalen Rechtsordnungen bleiben[19].

Das Ziel der Projektgruppe besteht also darin, einen europaweiten Grundstock materieller Schutzbestimmungen im Sinne eines ausbaufähigen Minimalstandards zu schaffen.

Der *Unterscheidung* zwischen der Versicherung gewerblicher und privater Risiken soll durch einen Ausnahmekatalog betreffend die halbzwingenden Normen Rechnung getragen werden[20]. Darin wird in Bezug auf den Bedarf an Konsumentenschutz nach Versicherungsnehmern differenziert, so wie das im europäischen Aufsichtsrecht schon lange der Fall ist. Die Grenze wird dort gezogen, wo die Kategorie der sog. *Grossrisiken* einsetzt[21]. Danach werden vom Schutzbereich der halbzwingenden Normen gewisse Risikoklassen wie Eisenbahnfahrzeuge, Flugzeuge, Schiffe oder Transportgüter ausgenommen. Gleiches gilt im Bereich der Kreditversicherung für berufliche oder gewerbliche Versicherungsnehmer und hinsichtlich gewisser Risikoklassen für Grossunternehmen als Versicherungsnehmer. Ob diese letztere Ausnahme Anwendung findet, ist aufgrund von Kennzahlen wie Bilanzsumme, Nettoumsatz oder Angestelltenzahl zu ermitteln. Die absolut zwingenden Bestimmungen sollen nach dem Vorschlag der Projektgruppe dagegen ohne Einschränkung für sämtliche Versicherungsnehmer, Versicherungsarten und Risikogrössen gelten.

Wie bereits ausgeführt wurde, erscheint es sinnvoll, dass die schweizerische VVG-Revision nicht nur zwingende, sondern auch dispositive Vorschriften in das Gesetz aufnimmt. Darüber hinaus mag es aber – in Übereinstimmung mit dem *Restatement* – angezeigt sein, bezüglich des «Verbraucher»schutzes zu differenzieren, indem für Versicherungsverträge über Industrierisiken grössere Privatautonomie zu eröffnen ist. Wo allerdings die *Grenze der Schutzbedürftigkeit* zu ziehen sein wird – ob und inwieweit auch KMU des zwingenden Schutzes bedürfen –, ist im gegenwärtigen Zeitpunkt noch offen.

[16] Entwurf vom 13.11.2002, http://zivilrecht2.uibk.ac.at/restatement/text.html.
[17] Art. 1.104 des Entwurfs.
[18] Jacobasch/Zobel, Tagungsbericht Konferenz in Greifswald «A Common Insurance Market in an Enlarged European Union» und 4. Tagung der Projektgruppe «Restatement of European Insurance Contract Law», in: VersR 2001, 1356 ff., 1358.
[19] Art. 1.106 des Entwurfs.
[20] Vgl. Art. 1.104 Abs. 3 des Entwurfs.
[21] Vgl. Abs. 3 von Art. 1.104 des Entwurfs i.V.m. dem Annex zu dieser Bestimmung; Anhang 1 zur schweizerischen Schadenversicherungsverordnung vom 8.9.1993 (SR 961.711).

IV. Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherers

Das VVG regelt die vorvertraglichen Pflichten des Versicherers nicht, sondern begnügt sich in Art. 3 VVG mit der Pflicht, dem Versicherungsnehmer die allgemeinen Versicherungsbedingungen vor Vertragsabschluss zu übergeben, andernfalls der antragstellende Versicherungsnehmer an seinen Antrag nicht gebunden ist. Demgegenüber sieht Art. 3 des Revisionsentwurfs VVG (2003) eine umfassende Informationspflicht des Versicherers vor, namentlich hinsichtlich des Umfangs des Versicherungsschutzes, der Prämienzahlung und weiterer Pflichten des Versicherungsnehmers sowie der Laufzeit und Beendigung des Vertrages. Gleiches gilt für Angaben über die Überschussbeteiligung und die Bearbeitung von Personendaten. Als Sanktion für eine Verletzung der Informationspflicht des Versicherers ist in Art. 3a des Entwurfs ein Kündigungsrecht des Versicherungsnehmers vorgesehen.

Dieser Revisionsvorschlag deckt sich in vielen, aber nicht in allen Punkten mit den bisher formulierten Postulaten der *Restatement*-Projektgruppe[22]. Im Gegensatz zum bestehenden VVG und zu den Entwürfen für eine schweizerische Revision aus den Jahren 1998 und 2003 sieht der *Restatement*-Entwurf auch eine Pflicht des Versicherers vor, den Versicherungsnehmer auf allfällige Deckungslücken aufmerksam zu machen:

> «The insurer shall warn the applicant of any inconsistencies between the coverage offered and the applicant's requirements which are apparent or can reasonably be expected; taking into account the circumstances and mode of contracting»[23].

Die Projektgruppe schlägt damit die Statuierung einer eigentlichen (vorvertraglichen) Beratungspflicht des Versicherers gegenüber seinem potentiellen Kunden vor. *De lege lata* lässt sich eine solche nach Schweizer Recht höchstens aus den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* ableiten.

[22] Siehe insb. Art. 2.401 des Entwurfs.
[23] Art. 2.201 des Entwurfs.

Der letzte Satzteil von Art. 2.201 des Entwurfes, wonach «the circumstances and mode of contracting» für die Bestimmung der Aufklärungspflicht zu berücksichtigen seien, lässt richtigerweise eine differenzierte Betrachtungsweise zu. Insbesondere sind die vorvertraglichen Pflichten des Versicherers nicht die gleichen, wenn sein potentieller Kunde durch einen professionellen Broker vertreten wird. In diesem Fall ist es am Broker, seinen Kunden vor allfälligen Deckungslücken zu warnen, während sich der Versicherer grundsätzlich auf den Sachverstand des Brokers, der dem Kunden zuzurechnen ist, verlassen darf.

Die Police muss gemäss Art. 2.404 des *Restatement*-Entwurfs schriftlich, stringent und in der Sprache der vorvertraglichen Verhandlungen abgefasst sein. Solange der Versicherungsnehmer nicht im Besitz sämtlicher ihm vom Versicherer zu übergebenden Dokumente ist, kann er gemäss Art. 2.405 des Entwurfs seinen Versicherungsantrag widerrufen oder vom bereits geschlossenen Vertrag zurücktreten. Allerdings kamen bei der Beratung letzterer Bestimmung in der Projektgruppe offenbar Zweifel über diese Sanktion auf, verliert doch damit der Versicherungsnehmer auch seinen Versicherungsschutz[24].

Die Versicherungspolice hat gemäss Art. 2.403 des *Restatement*-Entwurfs Konstitutivwirkung in dem Sinne, dass allfällige Abweichungen von vorvertraglichen Vereinbarungen ohne Widerspruch des Versicherungsnehmers innerhalb von vier Wochen seit Erhalt der Police als genehmigt gelten, sofern der Versicherungsnehmer klar und detailliert über sämtliche Änderungen und über sein Widerspruchsrecht informiert worden ist. Verletzt der Versicherer seine diesbezügliche Informationspflicht, so gilt die ursprünglich vereinbarte Fassung des Versicherungsvertrags.

Gemäss Art. 11 Abs. 1 VVG ist die Police ein Dokument, welches «die Rechte und Pflichten der Parteien feststellt». Die Police hat gemäss Art. 12 Abs. 1 VVG Konstitutivwirkung, worauf der Versicherungsnehmer explizit aufmerksam gemacht werden muss (Art. 12 Abs. 2 VVG). Über die Sprache der Police enthält das VVG keine Bestimmung; die Parteien sind grundsätzlich frei, in einer Sprache ihrer Wahl zu kontrahieren[25]. Der Versicherer ist zwar verpflichtet, dem Versicherungsnehmer eine Police auszuhändigen[26]; im Unterlassungsfall kann jedoch der Versicherungsnehmer nicht vom Versicherungsvertrag zurücktreten, sondern lediglich auf Erfüllung (Aushändigung der Police) klagen[27].

[24] Blaas, Harmonisierung des europäischen Versicherungsvertragsrechts, in: ZfRV 2000, 229 f., 230.
[25] Stoessel, Basler VVG-Kommentar, 2001, Vorbemerkungen zu Art. 1–3 N 9.
[26] Art. 11 VVG.
[27] Hasenböhler, Basler VVG-Kommentar, 2001, Art. 11 N 60.

Während der Entwurf des Bundesrates (vom Mai 2003) zu Art. 12 VVG keinen Änderungsvorschlag enthält, wurde im Vorentwurf 1998 die Aufhebung von Art. 12 angeregt; zur Begründung führte der erläuternde Bericht aus[28]:

> «An sich regeln der vorgeschlagene neue Artikel 3 und der bisher geltende Artikel 12 grundsätzlich verschiedene Fragen. Grundsätzlich würde sich daher gegenüber dem neu gefassten Artikel 3 keine Kollision ergeben. Angesichts der umfangreichen, schriftlich zu erfüllenden Informationspflichten des Versicherers ist es indessen nicht mehr angebracht, das Risiko einer falschen Dokumentation des vereinbarten Vertragsinhaltes einseitig dem Versicherungsnehmer zu überbinden. Vielmehr müsste es Sache des Versicherers sein, die von ihm erstellten Dokumente auf ihre sachliche Richtigkeit zu überprüfen (Prinzip der Ausgangskontrolle). Andererseits ist von einer Statuierung eines Günstigkeitsprinzips abzusehen, welches bei Differenz zwischen dem vereinbarten und dem dokumentierten Vertragsinhalt die jeweils für den Versicherungsnehmer günstigere Variante vorgehen lassen würde. Aufgrund der umfangreichen Informationspflichten des Versicherers, die u.a. den wesentlichen Inhalt des Versicherungsvertrages umfassen werden, sollte es in Zukunft generell einfacher sein, den Inhalt des vereinbarten Vertrages nachzuweisen. Es besteht deshalb kein Bedürfnis mehr, i[m] Gesetz eine Vermutung der richtigen Dokumentation der Vertragsvereinbarung durch die Police zu statuieren. Entsprechend soll Artikel 12 ersatzlos gestrichen werden.»

Die Expertenkommission für eine Gesamtrevision des VVG ist zur Zeit daran, den gesamten Fragenkomplex nochmals eingehend zu analysieren.

V. Vorvertragliche Informationspflichten des Versicherungsnehmers

Art. 2.101 des *Restatement*-Entwurfes sieht eine Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers nur hinsichtlich der für die Risikobeurteilung wesentlichen Punkte und ausschliesslich auf Anfrage des Versicherers vor. Die Gefahrerheblichkeit ist definiert, und die offensichtlich unvollständige Erfüllung der Antwortpflicht durch den Versicherungsnehmer wird geheilt, wenn der Versicherer den Versicherungsvertrag dennoch unterzeichnet. Insoweit bewegen sich die Vorschläge der Projektgruppe im Bereich dessen, was in der Schweiz nach Art. 4 Abs. 1 und Art. 8 Ziff. 6 VVG gilt. Einen Unterschied gibt es jedoch bezüglich der Art der Fragestellung und der Beantwortung der vom Versicherer gestellten Fragen. Ge-

[28] S. 28.

mäss Art. 4 Abs. 1 VVG müssen sowohl die Fragen schriftlich gestellt als auch die Antworten schriftlich erstattet werden; nach den Vorschlägen der *Restatement*-Projektgruppe sollen auch mündliche Fragen und Antworten genügen.

Die Sanktionen für eine Verletzung der Anzeigepflicht durch den Versicherungsnehmer werden in Art. 2.102 des *Restatement*-Entwurfs differenziert festgelegt, je nachdem, ob sie arglistig[29], schuldhaft (aber nicht arglistig)[30] oder ohne Verschulden des Versicherungsnehmers erfolgt ist.

Arglistige Täuschung durch den Versicherungsnehmer berechtigt den Versicherer zur Vertragsaufhebung, wobei ihm der Anspruch auf die Prämie für die laufende Versicherungsperiode gewissermassen als Schadenersatzpauschale gewahrt bleibt[31].

Bei schuldhafter, aber nicht arglistiger Anzeigepflichtverletzung kann der Versicherer entweder eine Vertragsanpassung verlangen oder den Vertrag «beenden». Für diesen Fall lässt der Entwurf offen, ob die Vertragsbeendigung auf den Vertragsschluss zurückwirkt oder *ex nunc* erfolgt.

Schuldlose Anzeigepflichtverletzung des Versicherungsnehmers lässt gemäss Art. 2.103 des Entwurfs den Versicherungsvertrag unberührt, ermächtigt den Versicherer aber zu einer angemessenen Vertragsanpassung und zu einer allfälligen Reduktion der Versicherungsleistung im Verhältnis der gezahlten zur risikogerecht geschuldeten Prämie.

Das ihm zustehende Gestaltungsrecht hat der Versicherer innerhalb von einem Monat nach Kenntnis der Anzeigepflichtverletzung auszuüben. Es ist dies (fast[32]) dieselbe (zu kurze!) Frist, wie sie auch Art. 6 VVG vorsieht.

Falls während der laufenden einmonatigen Frist ein versichertes Ereignis eintritt, soll es gemäss Art. 2.102 Abs. 6 des *Restatement*-Entwurfs von den Umständen abhängen, ob Versicherungsschutz gewährt werden muss oder nicht. Zu den Umständen gehören namentlich die Frage des Kausalzusammenhanges zwischen Anzeigepflichtverletzung und Schadenfall sowie der Grad des Verschuldens beim Versicherungsnehmer.

Anders der geltende Art. 6 VVG: Danach kann der Versicherer bei Anzeigepflichtverletzung durch den Versicherungsnehmer ohne Rücksicht auf die Schwere des Verschuldens vom Vertrag zurücktreten. Es handelt sich um einen «Rücktritt» *ex tunc*, was zur Folge hat, dass der Versicherer aus dem dahingefallenen Vertrag nicht leistungspflichtig wird und allenfalls bereits bezahlte Leistungen samt Zinsen zurückfordern kann. Dem Grundsatz der Unteilbarkeit der Prämie folgend kann der Versicherer gemäss Art. 25 Abs. 1 VVG die Prämie für die laufende Versicherungsperiode einbehalten.

Demgegenüber sieht Art. 6 Abs. 1 VVG-Entwurf ein eigentliches *Kündigungsrecht* des Versicherers vor, welches *ex nunc* wirkt, wobei dem Versicherer die bis zu diesem Zeitpunkt geschuldete Prämie erhalten bleibt. Während nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Art. 6 VVG dem Versicherer das Rücktrittsrecht auch dann zusteht, wenn den Versicherungsnehmer an der Anzeigepflichtverletzung überhaupt kein Verschulden trifft[33], sollte nach Art. 6 Abs. 1 des Vorentwurfs 1998 nur die *schuldhafte* Anzeigepflichtverletzung das Kündigungsrecht des Versicherers auslösen. Die Voraussetzung des «schuldhaften» unrichtigen Mitteilens oder Verschweigens einer erheblichen Gefahrstatsache ist im Entwurf des Bundesrates aus dem Jahr 2003 nicht mehr enthalten.

Für vor der Kündigung eingetretene Schäden soll die Leistungspflicht des Versicherers gemäss Art. 6 Abs. 3 Entwurf VVG entfallen, falls die unrichtig angezeigte Gefahrstatsache für den Schadenseintritt *kausal* war. Diesbezüglich stimmen die Entwürfe 1998 und 2003 überein.

Ein Vergleich zwischen den Vorschlägen für eine Revision des VVG und dem *Restatement*-Entwurf zeigt, dass die wesentlichen und kritischen Punkte der Anzeigepflichtverletzung erkannt sind und einer Neuregelung zugeführt werden sollen. Deutlich wird sodann, dass der *Restatement*-Text eine grössere Differenzierung beim Verschulden des Versicherungsnehmers vorsieht. Die Reform der Anzeigepflichtverletzung, welche überhaupt einen der umstrittensten Bereiche der VVG-Revision darstellt[34], beschäftigt qualifiziert auch die Expertenkommission für eine Gesamtrevision des Gesetzes. Je nach Wortlaut der Regelung, wie er nun vom Parlament verabschiedet wird, wird sich die Kommission erlauben, gegebenenfalls erneut auf die Thematik einzugehen.

VI. Ausblick

Die in den vorliegenden Bemerkungen gemachten Hinweise zum europäischen *Restatement* zeigen, dass zwischen der Arbeit der internationalen Projektgruppe und der schweizerischen Revision Parallelen bestehen, was von der Sache her

[29] «through fraudulent deception» (Art. 2.102 Abs. 1 des Entwurfs).
[30] «culpably but without fraud» (Art. 2.102 Abs. 3 des Entwurfs).
[31] Blaas, a.a.O., 229 f.
[32] Nach Art. 6 VVG beträgt die Frist vier Wochen.
[33] BGE 116 II 341; 111 II 392; 109 II 62 ff.
[34] Vgl. Kieffer, Anzeigepflichtverletzung nach VVG de lege lata und de lege ferenda, in: «nur, aber immerhin» – Festgabe für Anton K. Schnyder, Zürich 2002, 131 ff.

auch nicht überraschen sollte – im Gegenteil. Das wird ebenfalls offenkundig beim Studium weiterer bisher veröffentlichter *Restatement*-Vorschläge, die hier nicht thematisiert wurden (wie betreffend Dauer des Versicherungsvertrages, Anpassung der Vertragsbedingungen und Gefahrserhöhung sowie betreffend Versicherungsvermittlung). Die Teilnahme des Präsidenten der Schweizer Expertenkommission am *Restatement*-Projekt stellt des Weiteren sicher, dass Anstösse aus dem Letzteren in die hiesigen Arbeiten einfliessen können. So bleibt zu hoffen, dass in der Schweiz demnächst ein Revisionsentwurf vorliegen wird, der sich auch international sehen lassen kann.