

Der Begriff des versicherungsfremden Geschäfts im Versicherungsaufsichtsrecht

DISSERTATION
der Universität St. Gallen,
Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften
sowie Internationale Beziehungen (HSG)
zur Erlangung der Würde einer
Doktorin der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Jannick Koller

von

Appenzell (Appenzell Innerrhoden)

Genehmigt auf Antrag der Herren

Prof. Dr. Peter Hettich

und

Prof. Dr. Benjamin Schindler

Dissertation Nr. 4996

Dike Verlag AG Zürich/St. Gallen 2020

Die Universität St. Gallen, Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften sowie Internationale Beziehungen (HSG), gestattet hiermit die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

St.Gallen, den 18. Mai 2020

Der Rektor:

Prof. Dr. Bernhard Ehrenzeller

Die gleiche Arbeit ist erschienen als Band 43 der Schriftenreihe
«St. Galler Schriften zur Rechtswissenschaft», herausgegeben von
der Juristischen Abteilung der Universität St. Gallen
ISBN 978-3-03891-252-1

Meinen Eltern

Vorwort

Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte ist seit langem ein tragender Grundsatz des schweizerischen Versicherungsaufsichtsrechts. Obwohl das Verbot in verschiedener Hinsicht auslegungsbedürftig ist und deshalb vor allem im Grenzbereich des Versicherungsgeschäfts Abgrenzungsprobleme bestehen, wurde dieser Grundsatz von der Lehre bisher nicht näher beleuchtet. Die vorliegende Abhandlung, die im Mai 2020 von der Universität St. Gallen als Dissertation angenommen wurde, schliesst diese Lücke und will die Rechtssicherheit im Privatversicherungswesen – einem der bedeutsamsten Bereiche der Schweizer Volkswirtschaft – verbessern.

Das Gelingen dieser Abhandlung verdanke ich all jenen Menschen, die mich auf meinem bisherigen Lebensweg und während meines Dissertationsprojekts begleitet und unterstützt haben.

Besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater Prof. Dr. Peter Hettich für den thematischen Anstoss zur vorliegenden Arbeit, die mir gewährte wissenschaftliche Freiheit, seine fortwährende Unterstützung und nicht zuletzt für das inspirierende und fördernde Umfeld am Lehrstuhl für öffentliches Wirtschaftsrecht an der Universität St. Gallen. Für die Übernahme des Korreferats sowie die wertvollen Anregungen zur Verbesserung dieser Abhandlung danke ich Prof. Dr. Benjamin Schindler.

Gedankt sei sodann Dr. Hansjürg Appenzeller, Renato Degli Uomini, Dr. Stefanie Gey, Dr. Peter Hsu, Dr. Irene Klauer, Dr. Monica Mächler sowie Ulrich Marti für ihre Gesprächsbereitschaft. Ihre hilfreichen und fachkundigen Hinweise und Anregungen haben wesentlich zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Sie teilen aber nicht notwendigerweise die in dieser Abhandlung vertretenen Ansichten. Die formulierte Aussagen und die gezogenen Schlüsse stellen meine persönliche Einschätzung dar.

Simone Steiner danke ich für die kritische Durchsicht des Manuskripts und ihre wertvollen Anregungen.

Ebenso gebührt mein Dank Lenz & Staehelin, insbesondere Dr. Marcel Meinhardt, für das stetige Verständnis und die mir gewährte Flexibilität, die mir die Beendigung dieser Arbeit ermöglichte.

Für ihre unermüdliche Unterstützung, ihre motivierenden Worte und ihre Freundschaft danke ich von Herzen Melani Ilic, Fabienne Meienberger, Petra Pletscher und Simone Steiner.

Der grösste Dank gebührt meinen Eltern, Jeanette und Peter, sowie meiner Schwester Sabrina, die mich während meines Dissertationsprojekts sowie meines ganzen Lebens in jeder Hinsicht bedingungslos unterstützt haben. Ihr Beitrag lässt sich nicht in Worte fassen.

Schliesslich möchte ich Dr. Nicole Pohl für das sorgfältige Lektorat und Caroline Mendelin vom Dike Verlag für die angenehme Zusammenarbeit danken.

Zürich, Juli 2020

Jannick Koller

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Zusammenfassung.....	XIX
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
I. Einleitung	1
A. Aktualität, Problemaufriss und Fragestellung.....	1
B. Gang der Abhandlung.....	4
C. Methodisches Vorgehen	4
II. Grundlagen	23
A. Der Begriff des Risikos	23
B. Gründe für die Regulierung des Versicherungsmarktes	28
C. Rechtsgrundlagen der schweizerischen Versicherungsaufsicht	30
D. Zwischenfazit	53
III. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte.....	55
A. Das Versicherungsgeschäft.....	55
B. Konkretisierung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte	81
IV. Risikobasierte Beurteilung von Geschäften.....	167
A. Risiken aus dem Versicherungsgeschäft.....	167
B. Risiken aus Nichtversicherungsgeschäften	175
C. Abhängigkeiten der Risiken	176
D. Kriterien zur Beurteilung der Wirkung auf die Solvenz	178
E. Zwischenfazit	182
V. Beurteilung ausgewählter Fallgruppen.....	185
A. Vorbemerkungen	185
B. Assistance-Leistungen	186
C. Überlassen von vernetzten Geräten	192

D. Vermittlungstätigkeit	201
E. Beratungsdienstleistungen	207
VI. Schlussfazit und Ausblick	211
Literaturverzeichnis	217
Materialien und amtliche Publikationen.....	245

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Zusammenfassung.....	XIX
Summary.....	XX
Résumé	XXI
Abkürzungsverzeichnis	XXIII
I. Einleitung	1
A. Aktualität, Problemaufriss und Fragestellung.....	1
B. Gang der Abhandlung.....	4
C. Methodisches Vorgehen	4
1. Vorbemerkungen zur Auslegungsmethode.....	5
1.1. Subjektiv-historische, objektiv-historische oder objektiv-zeitgemässe Auslegung	5
1.2. Gewählter methodischer Ansatz	7
2. Angewendeter Methodenkanon.....	8
2.1. Klassisch juristischer Methodenkanon.....	9
a. Grammatikalisches Auslegungselement	9
b. Historisches Auslegungselement	10
c. Systematisches Auslegungselement.....	11
d. Teleologisches Auslegungselement.....	12
e. Funktionales Auslegungselement	14
(1) Rückgriff auf ökonomische Überlegungen.....	15
(2) Wirtschaftsverfassung – Grundsätzlich wettbewerbs- koordinierte Privatwirtschaft.....	17
(3) Das Aufsichtsrecht als Konkretisierung des ordnungspolitischen Grundentscheids.....	19
f. Anwendung der Auslegungselemente.....	20
2.2. Auslegungshilfen	21

II. Grundlagen	23
A. Der Begriff des Risikos	23
1. Im allgemeinen Sprachgebrauch	23
2. Im (Versicherungs-)Recht	24
3. In der Versicherungswirtschaft.....	25
4. In der Versicherungspraxis.....	26
5. Zwischenfazit und verwendeter Risikobegriff.....	26
B. Gründe für die Regulierung des Versicherungsmarktes	28
C. Rechtsgrundlagen der schweizerischen Versicherungsaufsicht	30
1. Staatsverträge	30
2. Verfassung	32
3. Bundesgesetze	33
3.1. Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Privatversicherungs- unternehmen	34
a. Grundzüge	34
b. Inhalt der Versicherungsaufsicht gemäss VAG	35
c. Insbesondere Solvenzaufsicht.....	37
(1) Versicherungstechnische Rückstellungen	37
(2) Gebundenes Vermögen	38
(3) Solvabilität	39
(4) Liquidität.....	43
(5) Risikomanagement.....	43
(6) Own Risk and Solvency Assessment	45
3.2. Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag.....	47
4. Behördenpraxis der FINMA.....	48
5. Die Internationale Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden.....	51
D. Zwischenfazit	53
III. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte.....	55
A. Das Versicherungsgeschäft.....	55
1. Versicherungsgeschäft im Schweizer Recht.....	56
1.1. Aufsichtsrechtlicher Versicherungsbegriff	57
a. Risiko	57
b. Leistung des Versicherten.....	57
c. Leistung des Versicherers.....	58
d. Selbstständigkeit der Operation	59

e. Planmässigkeit	60
f. Rechtsschutzversicherung gemäss Art. 161 AVO	61
1.2. Privatrechtlicher Versicherungsbegriff	61
1.3. Versicherungsgeschäft in der Praxis der FINMA	63
2. Versicherungsgeschäft in den Wirtschaftswissenschaften	65
2.1. Risikogeschäft als Transfer und Transformation von Risiken	66
a. Risikotransfer	66
b. Risikotransformation	67
2.2. Spar- und Entspargeschäft	71
2.3. Dienstleistungsgeschäft	71
2.4. Für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts notwendige betriebs- wirtschaftliche Funktionen	72
a. Beschaffung von Produktionsfaktoren	72
b. Leistungserstellung	73
c. Absatz	74
d. Finanzierung	75
e. Verwaltung und Risikomanagement	76
3. Zwischenfazit	77
B. Konkretisierung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte	81
1. Konkretisierung nach dem grammatikalischen Auslegungselement	81
1.1. Betreiben von Geschäften	81
1.2. Unmittelbarer Zusammenhang	82
1.3. Zwischenfazit	83
2. Konkretisierung nach dem historischen Auslegungselement	84
2.1. Das alte Versicherungsaufsichtsgesetz von 1885	84
2.2. Kein Verbot versicherungsfremder Geschäfte im alten Versicherungsaufsichtsgesetz von 1885	85
2.3. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der Dienstanweisung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) an das EVA von 1962	86
2.4. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der VAG-Revision 1978 ...	88
a. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Entwurf des Bundesrates vom 5. Mai 1976	89
b. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in den ständerätlichen Beratungen	90
c. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Bericht des EVA an die nationalrätliche Kommission	92

d.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in den nationalrätlichen Beratungen	94
e.	Die Verordnung über den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte durch die privaten Versicherungseinrichtungen vom 3. Dezember 1979 (VBvG)	96
2.5.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der VAG-Revision 2004...	97
a.	Historische Gesamtsituation der Versicherungswirtschaft bei Erlass des Versicherungsaufsichtsgesetzes von 2004	97
b.	Grundzüge der Gesetzesrevision	98
c.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Vorentwurf zum VAG 2004	101
d.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Expertenbericht ZUFFEREY	102
e.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Entwurf des Bundesrates vom 9. Mai 2003	103
f.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen	104
g.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im VAG vom 17. Dezember 2004	104
2.6.	Zwischenfazit	105
3.	Konkretisierung nach dem systematischen Auslegungselement	107
3.1.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im VAG	107
a.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der äusseren Systematik des VAG	107
b.	Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der inneren Systematik des VAG	109
c.	Beteiligungen an versicherungsfremden Unternehmen	110
d.	Beschränkung der Einlagen in Prämiendepots	111
3.2.	Weitere Geschäftsfeldbeschränkungen im Schweizer Aufsichtsrecht	113
a.	Geschäftsfeldbeschränkung von Rückversicherungsunternehmen	113
b.	Geschäftsfeldbeschränkung in der Banken- und Börsenaufsicht	114
c.	Geschäftsfeldbeschränkung der Fondsleitung nach dem Bundesgesetz über die Finanzinstitute	117
3.3.	Weitere Geschäftsfeldbeschränkungen im Schweizer Recht	121
a.	Spezialitätsprinzip bei öffentlichen Unternehmen	121
b.	Einschränkung des Gesellschaftszwecks nach Obligationenrecht	124
(1)	Hilfs- und Nebentätigkeiten	127

(2) Wirtschaftlich gebotene Geschäfte.....	128
(3) Kriterien zur Beurteilung des Anpassungsbedarfs des statutarischen Gesellschaftszwecks.....	128
3.4. Zwischenfazit.....	130
4. Konkretisierung nach dem teleologischen Auslegungselement.....	133
4.1. Versicherungsaufsichtsgesetz – Art. 1 Abs. 2: Zweck.....	133
a. Schutz der Versicherten.....	134
(1) Insbesondere vor Insolvenzrisiken	135
(2) Insbesondere vor Missbräuchen	136
b. Schutz weiterer öffentlicher Interessen.....	138
4.2. Der Zweck des Verbots versicherungsfremder Geschäfte	141
a. Verhinderung zusätzlicher Risiken	141
b. Wirksamkeit der staatlichen Aufsicht.....	144
c. Missbrauchsschutz.....	145
4.3. Zwischenfazit.....	146
5. Konkretisierung nach dem funktionalen Auslegungselement.....	149
5.1. Unvollkommenheit der Märkte.....	149
5.2. Insbesondere Informationsasymmetrien und Prinzipal- Agenten-Probleme	150
a. Im Allgemeinen	150
b. Auf dem Versicherungsmarkt.....	151
5.3. Staatliche Eingriffe in den Markt.....	153
a. Im Allgemeinen	153
b. Staatliche Eingriffe in den Versicherungsmarkt zur Reduktion von Informationsasymmetrien und Prinzipal-Agenten-Problemen.....	154
5.4. Zwischenfazit.....	156
6. Synthese der Auslegungselemente	158
6.1. Verhinderung solvenzgefährdender Risiken	158
6.2. Verhältnismässigkeit.....	161
6.3. Dynamisches Geschäftsfeld	163
6.4. Zusammenhang zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts.....	164
IV. Risikobasierte Beurteilung von Geschäften.....	167
A. Risiken aus dem Versicherungsgeschäft.....	167
1. Versicherungstechnisches Risiko	168
2. Marktrisiko	169
3. Kreditrisiko	170

4. Liquiditätsrisiko	171
5. Operationelles Risiko	172
6. Unternehmerisches Risiko	174
B. Risiken aus Nichtversicherungsgeschäften	175
C. Abhängigkeiten der Risiken	176
D. Kriterien zur Beurteilung der Wirkung auf die Solvenz	178
1. Funktionalität	178
2. Geschäftsumfang	180
3. Ähnlichkeit zum Versicherungsgeschäft	181
4. Nähe zum Versicherungsgeschäft	182
E. Zwischenfazit	182
V. Beurteilung ausgewählter Fallgruppen.....	185
A. Vorbemerkungen	185
1. Auswahl der Fallgruppen	185
2. Beurteilung der Fallgruppen	186
B. Assistance-Leistungen	186
1. Risiken aus den Assistance-Leistungen	188
2. Funktionalität	189
3. Nähe zum Versicherungsgeschäft	190
4. Fazit.....	191
C. Überlassen von vernetzten Geräten	192
1. Risiken aus dem Überlassen von vernetzten Geräten	193
2. Funktionalität	196
3. Nähe zum Versicherungsgeschäft	199
4. Fazit.....	200
D. Vermittlungstätigkeit	201
1. Risiko aus der Vermittlungstätigkeit	203
2. Funktionalität	204
3. Nähe zum Versicherungsgeschäft	205
4. Fazit.....	205

E. Beratungsdienstleistungen	207
1. Risiken aus Beratungsdienstleistungen.....	208
2. Funktionalität	209
3. Nähe zum Versicherungsgeschäft	209
4. Fazit.....	209
VI. Schlussfazit und Ausblick	211
Literaturverzeichnis	217
Materialien und amtliche Publikationen.....	245

Zusammenfassung

Nach Art. 11 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG) dürfen Versicherungsunternehmen neben dem Versicherungsgeschäft «nur Geschäfte betreiben, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen.» Die Bestimmung bedarf der Auslegung. Um den dynamischen Entwicklungen der Assekuranz sowie dem modernisierten Aufsichtssystem Rechnung zu tragen, wird in der vorliegenden Abhandlung der sachgerechte Sinn der Norm nach der objektiv-zeitgemässen Auslegungsmethode ermittelt. Neben dem grammatikalischen, dem historischen, dem systematischen und dem teleologischen wird auch das funktionale Auslegungselement angewendet. Zusätzlich werden rechtsvergleichende Überlegungen sowie die Realien und die Praxis der Aufsichtsbehörde im Sinne von Auslegungshilfen herangezogen.

Die Auslegung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte ergibt, dass jene Geschäfte nicht in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft stehen und damit gemäss Art. 11 Abs. 1 VAG unzulässig sind, die für die Versicherungsunternehmen solvenzgefährdende Risiken verursachen und deshalb die dauernde Erfüllbarkeit der Ansprüche der Versicherten gefährden. Die konsequente Ausrichtung der Geschäftsfeldbeschränkung auf den Schutz der Versicherten deckt sich mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip und ermöglicht eine dynamische Entwicklung des Geschäftsfelds der Versicherer.

Die Zulässigkeit von Geschäften beurteilt sich folglich anhand ihrer Wirkung auf die Solvenz eines Versicherungsunternehmens. Es ist zunächst danach zu fragen, welche Risiken das konkrete Geschäft birgt. Dieses ist aber nicht isoliert zu betrachten, sondern in den Zusammenhang der gesamten Geschäftstätigkeit des Versicherungsunternehmens zu stellen. Allfällige Risikokorrelations- und Risikodiversifikationseffekte sind dabei zu berücksichtigen. Das Risiko eines Geschäfts für die Solvenz eines Versicherungsunternehmens kann qualitativ anhand folgender Kriterien beurteilt werden: die Funktionalität, die Nähe und die Ähnlichkeit des Geschäfts zum Versicherungsgeschäft sowie der Umfang des Geschäfts im Verhältnis zum gesamten Geschäftsumfang des Versicherungsunternehmens.

Summary

According to Article 11(1) of the Swiss Insurance Supervision Act (ISA) insurance companies may only conduct the insurance business and businesses which are directly related thereto. This provision is subject to interpretation. In order to take into account the dynamic developments in the insurance industry as well as the modernised supervisory system, this thesis examines the objective meaning of the provision at the time being. Thus, in addition to the grammatical, the historical, the systematic, and the teleological interpretation, the functional interpretation is applied as well. Moreover, comparative legal considerations as well as the realia and the supervisory authority's practice are taken into account.

The interpretation of Article 11(1) ISA demonstrates that businesses are to be considered not directly related to insurance business and thus inadmissible if they cause risks for the solvency of an insurance company and therefore endanger its permanent ability to fulfill the claims of the insured. This strict focus on the protection of the insured corresponds with the principle of proportionality and allows a dynamic development of the insurers' business.

The question whether a specific business is admissible has to be assessed on the basis of its effect on an insurance company's solvency. First, the potential risks of a certain business have to be determined. These risks, however, should not be assessed individually, but rather be put into context of all of the insurance company's business activities. Potential effects of risk correlation and risk diversification have to be taken into account. The risk a certain business causes to the solvency of an insurance company may be assessed qualitatively according to the following criteria: the functionality, proximity, and similarity of the respective business to the insurance business and its size in relation to the company's overall volume of business.

Résumé

Les compagnies d'assurance peuvent, en sus des opérations d'assurance, «uniquement réaliser des opérations qui sont en rapport direct avec les opérations d'assurance», conformément à l'art. 11 alinéa 1 de la loi sur la surveillance des assurances (LSA). Il y a lieu d'interpréter ladite disposition. Dans la présente dissertation, le sens pertinent de la norme est déterminé selon la méthode actuelle d'interprétation objective, ceci afin de tenir compte de l'évolution dynamique de l'assureur ainsi que du système de surveillance modernisé. En sus des éléments d'interprétation d'ordre grammatical, historique, systématique et téléologique, l'élément d'interprétation fonctionnel entre également en ligne de compte. Par ailleurs, des réflexions comparatives, ainsi que les faits et les pratiques des autorités de surveillance sont utilisés en tant qu'outils d'interprétation.

Il ressort de l'interprétation de l'interdiction d'opérations autres que des opérations d'assurance que les opérations qui ne sont pas en rapport direct avec des opérations d'assurance et ne sont, par conséquent, pas autorisées au sens de l'art. 11 al. 1 LSA, représentent des risques de solvabilité pour les compagnies d'assurance, et sont par conséquent susceptibles de porter préjudice à l'exécution des droits des assurés. L'évolution conséquente des restrictions du champs d'activité visant la protection des assurés est en accord avec le principe de proportionnalité et permet une évolution dynamique du champ d'activité de l'assureur.

L'autorisation d'opérations s'évalue par conséquent en fonction de l'effet de ces opérations sur la solvabilité de la compagnie d'assurance. Il y a lieu, par conséquent, de rechercher le type de risques qui se cache concrètement derrière l'opération. Cela ne doit pas être fait de manière isolée mais dans le cadre de l'activité totale de la compagnie d'assurance. Les éventuels effets en matière de corrélation des risques et de diversification des risques doivent être pris en compte. Le risque d'une opération eu égard à la solvabilité de la compagnie d'assurance peut être qualitatif compte tenu des critères suivants: la fonctionnalité, la proximité et la similitude de l'opération par rapport à une opération d'assurance ainsi que le volume de l'opération par rapport au volume global de la compagnie d'assurance.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
aBV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, AS 1 1 (BS 1 3)
AFG	Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsgesetz, AFG), AS 1994 2523
AFV	Verordnung vom 19. Oktober 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsverordnung, AFV), AS 1994 2547
AG	Aktiengesellschaft; Amtsgericht
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich/St. Gallen)
amtl. Bull.	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung (NR: Nationalrat; StR: Ständerat)
Annales des Mines	Les Annales des Mines – Réalités industrielles (Paris)
Anwaltsrevue	Anwaltsrevue – Das Praxismagazin des schweizerischen Anwaltsverbandes (Bern)
ArG	Gesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, ArG) vom 13. März 1964, SR 822.11
ART	Alternativer Risikotransfer
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung des Bundesrechts; Acta Sociologica (Göteborg)
Aufl.	Auflage
aVAG 1885	Bundesgesetz betreffend Beaufsichtigung von Privatunternehmen im Gebiete des Versicherungswesens (VAG) vom 25. Juni 1885, AS 8 171
AVO	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO) vom 9. November 2005, SR 961.011
AVO-FINMA	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA, AVO-FINMA) vom 9. November 2005, SR 961.011.1.
BAKBasel	BAKBasel Economics AG
BAK Economics	BAK Economics AG

BankG	Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934, SR 952.0
BankV	Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV) vom 30. April 2014, SR 952.02
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BBl	Bundesblatt
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
Bd.	Band
BEHV	Verordnung über die Börsen und den Effektenhandel (Börsenverordnung, BEHV) vom 2. Dezember 1996, SR 954.11
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne)
BGer	Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BJ	Bundesamt für Justiz
BK	Berner Kommentar
BKK	Beck'scher Kurzkommentar
BPV	Bundesamt für Privatversicherungen
BSK	Basler Kommentar
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
Business Horizons	Business Horizons, The Journal of the Kelley School of Business, Indiana University (Bloomington)
BV	Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CHF	Schweizer Franken
CIPR	The Center for Insurance Policy and Research
ComFrame	Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups
d.h.	das heisst

D-VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG) vom 1. April 2015 (BGBl. I S. 434)
DANA	Datenschutznachrichten (Bonn)
digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
Diss.	Dissertation
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) vom 19. Juni 1992, SR 235.1
E.	Erwägung
E-	Entwurf
EBK	Eidgenössische Bankenkommission
EDI	Eidgenössisches Departement des Inneren
EF	Expert Focus (Der Schweizer Treuhänder), Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsprüfung, Steuern, Rechnungswesen und Wirtschaftsberatung (Zürich)
EFD	Eidgenössisches Finanzdepartement
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
eidg.	eidgenössisch(e)
En.	Endnote
ERV	Verordnung über die Eigenmittel und Risikoverteilung für Banken und Effektenhändler (Eigenmittelverordnung, ERV) vom 1. Juni 2012, SR 952.03
et al.	et alii/aliae (und andere)
etc.	et cetera (und so weiter)
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EVA	Eidgenössisches Versicherungsamt
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f./ff.	die folgende/die folgenden
FDP	FDP.Die Liberalen
FHB	Fachhandbuch
FIDLEG	Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vom 15. Juni 2018, SR 950.1
FinfraG	Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel (Finanzmarktinfrastukturgesetz, FinfraG), SR 958.1

FINIG	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstituts-gesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018, SR 954.1
FINIV	Verordnung über die Finanzinstitute vom 6. November 2019 (Finanzinstitutsverordnung, FINIV), SR 954.11
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
FINMA-AVO	Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungs-unternehmen (Versicherungsaufsichtsverordnung- FINMA, AVO-FINMA) vom 9. November 2005, SR 961.011.1
FINMAG	Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarkt-aufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007, SR 956.1
Fn.	Fussnote(n)
FS	Festschrift
FTC	Federal Trade Commission
GZ	Geschäftszeichen
h.L.	herrschende Lehre
Habil.	Habilitation
HAVE	Haftung und Versicherung, Eglisau (ZH)
HK	Handkommentar
HRegV	Handelsregisterverordnung (HRegV) vom 17. Oktober 2007, SR 221.411
Hrsg.	Herausgeber
i.c.	in casu (in dem Fall)
i.d.R.	in der Regel
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
I.VW-HSG	Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St. Gallen
IAIS	International Association of Insurance Supervisors
IAIS MMoU	IAIS Multilateral Memorandum of Understanding on Cooperation and Information Exchange, Basel 2007 (letzte Revision Juli 2014)
ICP	Insurance Core Principles
ICS	Insurance Capital Standards
inkl.	inklusive
IoT	Internet of Things

ISA	Swiss Insurance Supervision Act of 17 December 2004, SR 961.01
J. Econ.	Journal of Economics / Zeitschrift für National- ökonomie (Berlin/Heidelberg)
J. Fin.	The Journal of Finance (Durham)
J. Internet Law	The Journal of Internet Law (New York)
J. Risk Finance	The Journal of Risk Finance (Bingley)
JBR	Journal of Banking Regulation (Hampshire)
JFE	Journal of Financial Economics (Amsterdam)
JRI	Journal of Risk and Insurance (Hoboken)
Justice	Justice – Justiz – Giustizia (Bern)
KAG	Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG), SR 951.31
Kautionsgesetz	Bundesgesetz vom 4. Februar 1919 über die Kautio- nen der ausländischen Versicherungsgesellschaften (Kautionsgesetz) (AS 35 351)
KfZ	Kraftfahrzeug
KKV	Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagenverordnung, KKV) vom 2. November 2006, SR 951.311
Komm.	Kommentar
LeGes	LeGes – Gesetzgebung & Evaluation (Bern)
LeVG	Bundesgesetz vom 18. Juni 1993 über die direkte Lebensversicherung (Lebensversicherungsgesetz, LeVG), AS 1993 3221
LG	Landesgericht
lit.	litera
m.H.	mit Hinweisen
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
MüKo	Münchener Kommentar
N	Note
NAIC	National Association of Insurance Commissioners
Nr.	Nummer
NR	Nationalrat
NZZ	Neue Zürcher Zeitung (Zürich)
OFK	Orell Füssli Kommentar
OLG	Oberlandesgericht

OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 200
Organisationsreglement SUVA	Reglement über die Organisation der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (Organisationsreglement SUVA) vom 14. Juni 2002, SR 832.207
PB	Policy Brief
Pra	Die Praxis (Basel)
Prot. WAK NR	Protokoll der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Nationalrates
Prot. WAK StR	Protokoll der Kommission für Wirtschaft und Abgaben (WAK) des Ständerates
r+s	recht und schaden (München)
RBC	Risk Based Capital
recht	recht – Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis (Bern)
REPRAX	Reprax – Zeitschrift zur Rechtsetzung und Praxis in Gesellschafts- und Handelsregisterrecht (Zürich)
resp.	respektive
RL	Richtlinie
Rp.	Rappen
RS	Rundschreiben
Rs.	Rechtssache
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SBVg	Schweizerische Bankiervereinigung
SBVR	Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht
SchVG	Bundesgesetz vom 20. März 1992 über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (Schadenversicherungsgesetz, SchVG), AS 1992 2363
SECO	Staatssekretariat für Wirtschaft
Sicherstellungsgesetz	Bundesgesetz vom 25. Juni 1930 über die Sicherstellung von Ansprüchen aus Lebensversicherungen (Sicherstellungsgesetz), AS 47 617
SNB	Schweizerische Nationalbank
sog.	sogenannt(e)
Solvabilität II	Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die

	Aufnahme der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
St.	Sankt
StR	Ständerat
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband SVV
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift (Bern)
u.a.	unter anderem
u.U.	unter Umständen
Urt.	Urteil
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung (UVG) vom 20. März 1981, SR 832.20
v.	vom
v.a.	vor allem
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004, SR 961.01
VaR	Value at Risk
VBvG	Verordnung über den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte durch die privaten Versicherungseinrichtungen vom 3. Dezember 1979, AS 1980 53
VDSG	Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993, SR 235.11
VE-	Vorentwurf
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht (Karlsruhe)
VGer	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
Volkswirtschaft	Die Volkswirtschaft – Plattform für Wirtschaftspolitik (Bern)
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
vs.	versus
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908, SR 221.229.1
VW	Versicherungswirtschaft (Karlsruhe)

WAK	Kommission für Wirtschaft und Abgaben (des Nationalrates/des Ständerates)
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (Frankfurt a.M.)
WPZ	Wirtschaftspolitisches Zentrum
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschafts- recht (Frankfurt a.M.)
Ziff.	Ziffer(n)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Köln)
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht (Basel)
z.T.	zum Teil
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (Wiesbaden)

I. Einleitung

A. Aktualität, Problemaufriss und Fragestellung

Die schweizerischen Direktversicherungsunternehmen erzielten im Geschäftsjahr 2018 aggregiert einen Jahresgewinn von 8,1 Milliarden Schweizer Franken.¹ Mit rund 33,4 Milliarden Schweizer Franken Bruttowertschöpfung hat der Versicherungssektor im Jahr 2018 einen Anteil von 4,7 % der gesamten Bruttowertschöpfung der Schweiz erwirtschaftet.² Zudem sind die Versicherer³ bedeutende Arbeitgeber und Steuerzahler und gehören zu den grössten Investoren im In- und Ausland.⁴ Damit ist die Versicherungsbranche ein wichtiger Treiber der Volkswirtschaft. Gute Rahmenbedingungen im Versicherungssektor sind deshalb nicht nur für die Versicherer, sondern für die ganze Volkswirtschaft wichtig.⁵

Die Versicherungsbranche ist jedoch im Umbruch. Versicherungsprodukte werden aufgrund standardisierter Leistungen und verstärkter Preistransparenz zunehmend zu Massenprodukten.⁶ Der Preiswettbewerb wird deshalb immer intensiver und der Kostendruck höher.⁷ Zudem treten neue Wettbewerber in den Versiche-

¹ FINMA, Versicherungsmarkt 2018, 5. Dieses Ergebnis umfasst sowohl den Lebensversicherungs- als auch den Nichtlebensversicherungsbereich.

² SECO, BIP 2018 nominal gemäss Produktionsansatz. Darin enthalten sind auch die Rückversicherungsunternehmen.

³ In der Lehre wird teilweise zwischen den beiden Begriffen «Versicherer» und «Versicherungsunternehmen» differenziert. Während der Begriff «Versicherungsunternehmen» im Zusammenhang mit aufsichtsrechtlichen Fragen verwendet wird, wird im Kontext mit dem Versicherungsvertrag vom «Versicherer» gesprochen (so z.B. FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.2). In dieser Abhandlung werden die Begriffe synonym verwendet.

⁴ Der Versicherungssektor hat Ende 2018 in der Schweiz 74'400 Personen beschäftigt (BAK Economics, 5) und rund 1,3 Milliarden Schweizer Franken Steuern abgeführt (FINMA, Versicherungsmarkt 2018, 5). Im Jahr 2018 haben die Privatversicherer in der Schweiz fast 600 Milliarden Schweizer Franken investiert (FINMA, Versicherungsmarkt 2018, 7).

⁵ SVV, 13.

⁶ BAIN & COMPANY, 1; YODER/RAO/BAJOWALA, 12. Vgl. auch MAAS/BÜHLER, Industrialisierung, 33; OLIVER WYMAN, 9; ZIMMERMANN/RICHTER, 17.

⁷ ZIMMERMANN/RICHTER, 17.

rungsmarkt ein.⁸ Technologie-Giganten wie Google⁹ und Unternehmen aus anderen Wirtschaftsbereichen konkurrenzieren neu mit den klassischen Versicherungsunternehmen, indem sie einzelne Aspekte der Wertschöpfungskette der Versicherer übernehmen.¹⁰ Obwohl diese branchenfremden Unternehmen in der Regel nicht selbst Risikoträger sind,¹¹ beeinflussen sie den Versicherungsmarkt. Zusätzliche Konkurrenz droht auch durch junge Technologieunternehmen, die sich meist auf einzelne Aspekte der Wertschöpfungskette der Versicherer, wie bspw. den Vertrieb oder die Risikoprüfung, spezialisieren und einen Teil des Umsatzes aus dem Versicherungsmarkt abziehen.¹²

Zu den Hauptursachen für diesen Wandel zählen die technologischen Entwicklungen und das damit verbundene Erfassen, Speichern und Analysieren von Daten. Das Niedrigzinsumfeld sowie der demografische Wandel führen ebenfalls zu Veränderungen im Versicherungsmarkt.¹³

Dieses veränderte Wettbewerbsumfeld zwingt die Versicherer dazu, ihr Geschäftsfeld anzupassen. Neben dem Ausdehnen des Geschäfts auf bestehende Nichtversicherungsbereiche werden Innovation und zusätzliche Serviceleistungen zu wichtigen Treibern der Wettbewerbsfähigkeit. Die Ausweitung des Geschäftsfelds ist für Versicherungsunternehmen jedoch nur beschränkt möglich. Das Versicherungsaufsichtsgesetz¹⁴ enthält in Art. 11 Abs. 1 eine Geschäftsfeldbeschränkung, welche den Versicherern gebietet, neben dem Versicherungsgeschäft nur Geschäfte zu betreiben, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

⁸ BAIN & COMPANY, 3; MEIER/RHEINLÄNDER, 43; TEDESCHI/DELLA VECCHIA, 4.

⁹ Mit dem Preisvergleichsportal «Google Compare» hat sich Google bereits auf dem Markt für Motorfahrzeugversicherungen versucht und ist gescheitert. Zu den möglichen Gründen für das Scheitern von Google vgl. JERGLER.

¹⁰ So z.B. die Automobilhersteller Volkswagen und Tesla oder der Retailer Amazon (ELING/LEHMANN, 12).

¹¹ ELING/LEHMANN, 12 f.

¹² Sogenannte «Insurtechs» (vgl. CAPGEMINI/EFMA, World Insurance Report 2016, 28; PAIN/ANCHEN, 4 und 7 ff.). «Insurtech» kann vereinfacht als der innovative Einsatz von Technologie im Versicherungswesen beschrieben werden (so z.B. NAIC). Unternehmen, die sich auf derartige Lösungen fokussieren, werden als Insurtechs bezeichnet.

¹³ ELING, 6 und 8.

¹⁴ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 17. Dezember 2004, SR 961.01.

Der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 VAG bildet drei Gruppen von Geschäften: Versicherungsgeschäfte, Geschäfte, die in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft stehen, und Geschäfte ohne unmittelbaren Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft.

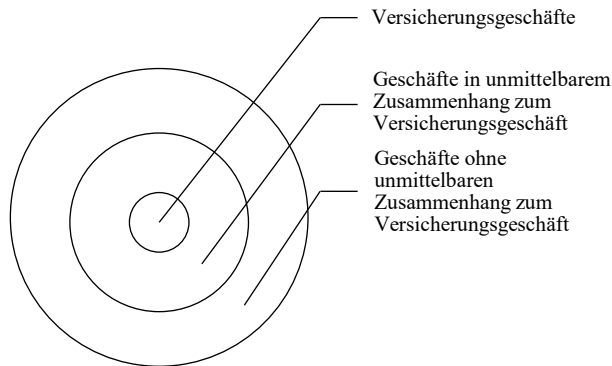


Abbildung 1:
Geschäftstätigkeiten von Versicherungsunternehmen gemäss Art. 11 Abs. 1 VAG
(Quelle: Eigene Darstellung in Anlehnung an ein vertrauliches Diskussionspapier
eines Schweizer Versicherers)

Der Kern der Bestimmung liegt somit in den Termini «Versicherungsgeschäft», «Geschäfte betreiben» und «unmittelbarer Zusammenhang». Aufgrund der Unbestimmtheit dieser Begriffe bereitet die Abgrenzung zulässiger von unzulässigen Tätigkeiten der Versicherungsunternehmen Schwierigkeiten.

Dieser Schwierigkeit nimmt sich die vorliegende Abhandlung an. Ziel ist es, das aufsichtsrechtliche Spezialitätsprinzip aus Art. 11 Abs. 1 VAG zu konkretisieren.¹⁵ Konkret sollen Kriterien definiert werden, anhand derer die Zulässigkeit der verschiedenen Geschäftsfelder qualitativ beurteilt werden kann. Die Kriterien sollen dabei so ausgestaltet sein, dass sie auch auf zukünftig entstehende Geschäftsfelder anwendbar sind.

¹⁵ AFFENTRANGER, 83, bezeichnet das Verbot versicherungsfremder Geschäfte als «aufsichtsrechtliches Spezialitätsprinzip».

B. Gang der Abhandlung

Zum Zweck der vorliegenden Abhandlung werden nach der anschliessenden Darlegung des methodischen Vorgehens zunächst (II.) die Grundlagen aufgezeigt, die für den weiteren Gang der Abhandlung essenziell sind. Dazu zählen der Begriff «Risiko», die Gründe für die Versicherungsaufsicht sowie die Rechtsgrundlagen der Versicherungsaufsicht in der Schweiz. Es werden sowohl nationale als auch internationale Vorgaben berücksichtigt. Anschliessend (III.) wird die Geschäftsfeldbeschränkung der Versicherer in Art. 11 Abs. 1 VAG konkretisiert. Einer Definition des Versicherungsgeschäfts sowohl aus rechtlicher als auch aus wirtschaftlicher Perspektive folgt die Auslegung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte mittels des nachfolgend beschriebenen methodischen Vorgehens. Basierend auf den aus der Auslegung gewonnen Indizien über den sachgerechten Inhalt des aufsichtsrechtlichen Spezialitätsprinzips werden sodann Kriterien zur Abgrenzung der zulässigen Geschäfte von unzulässigen Geschäften aufgestellt (IV.). Diese Kriterien werden dann auf ausgewählte Praxisbeispiele angewendet (V.). Dabei werden insbesondere die jüngeren Entwicklungen im Versicherungsmarkt berücksichtigt. Schliesslich wird ein Schlussfazit gezogen und *de lege ferenda* ein Ausblick auf die laufende Revision des VAG gegeben (VI.).

C. Methodisches Vorgehen

Die Geschäftsfeldbeschränkung für Versicherer ist in hohem Masse unbestimmt. Insbesondere den Begriffspaaren «unmittelbarer Zusammenhang» und «Geschäfte betreiben» kommt keine klare Bedeutung zu. Die Begriffe sind deshalb auszulegen. Ziel der Auslegung¹⁶ ist «die Ermittlung des Sinngehalts einer Norm»¹⁷; der

¹⁶ In der Lehre wird teilweise zwischen «Auslegung» und «Konkretisierung» unterschieden. Konkretisierung wird dabei als der Aufbau eines problembezogenen Normsinns verstanden (so z.B. BIAGGINI, Grundfragen, § 7 Rz. 46). In der vorliegenden Abhandlung werden die Begriffe als Synonyme verwendet.

¹⁷ Statt vieler BGE 125 II 326, E. 5; 133 II 263, E. 7.2; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 52; GMÜR, 35. A.A. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 725, nach denen der Normzweck das Ziel der Auslegung ist. Eher ergebnisorientiert das BGer in BGE 128 III 113, E. 2: «Ziel der Auslegung ist die sachlich richtige Entscheidung im normativen Gefüge, ausgerichtet auf ein befriedigendes Ergebnis aus der ratio legis».

massgebende Inhalt einer Norm ist durch Auslegung sachgerecht und objektiv zu ermitteln und anzuwenden.¹⁸

1. Vorbemerkungen zur Auslegungsmethode

1.1. Subjektiv-historische, objektiv-historische oder objektiv-zeitgemässe Auslegung

Welcher Sinngehalt bei der Auslegung rechtlich massgebend sein soll, ist in der juristischen Methodenlehre kontrovers. Es lassen sich im Wesentlichen drei methodische Ansätze unterscheiden: die subjektiv-historische¹⁹, die objektiv-historische und die objektiv-zeitgemässe Auslegung.²⁰

Einigkeit herrscht mittlerweile insofern, als die Methode eine objektive zu sein hat.²¹ Massgebend ist demnach, «was die vernünftigen und korrekten Gesetzesadressaten unter den ihnen erkennbaren Umständen aus der gesetzgeberischen Erklärung als Sinn herauslesen müssen».²² Umstritten ist aber weiterhin, ob der historische Normzweck (objektiv-historische Methode) oder zeitgemässe Zwecküberlegungen (objektiv-zeitgemässe Methode) massgebend sind.²³ Bei der objektiv-historischen Auslegung wird eine Norm nach ihrem Sinn im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes nach damaligem, allgemeinem Verständnis ausgelegt.²⁴ Nach der objektiv-zeitgemässen Interpretation ist das Ziel der Gesetzesauslegung

¹⁸ WALTER, 2007 bis 2009, 221 f.

¹⁹ Die subjektiv-historische Methode fragt nach dem wirklichen Willen des historischen Gesetzgebers (BK ZGB-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 167 zu Art. 1; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 168 zu Art. 168).

²⁰ Vgl. z.B. BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 166 zu Art. 1; KESHELAVA, 13. Ausführlich zur Kontroverse vgl. GELZER, 37 ff.

²¹ So z.B. BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 173 zu Art. 1; GMÜR, 44 ff.; HÄFELIN ET AL., Rz. 107; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 55; HÜRLIMANN-KAUP, 2010 bis 2013, 557; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 168 ff. zu Art. 1; RIEMER, § 4 Rz. 25 f.; STEINAUER, Rz. 317.

²² BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 144 zu Art. 1. Vgl. auch TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 5 Rz. 12; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 55.

²³ Vgl. dazu z.B. KRAMER, E., 128 ff.

²⁴ HÄFELIN ET AL., Rz. 111; HAUSHEER/JAUN, N 102 zu Art. 1 ZGB. Ähnlich auch BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 169 zu Art. 1.

die Ermittlung des Sinnes einer Norm im Zeitpunkt ihrer Anwendung.²⁵ Nach der wohl herrschenden Lehre ist diese Methode vorzuziehen, wenn sich die Auslegungsergebnisse der objektiv-zeitgemässen und der objektiv-historischen Auslegung unterscheiden.²⁶ Das Bundesgericht ist in seinen Entscheiden nicht besonders kohärent und legt sich auf keine der beiden Methoden fest.²⁷ Es kann aber

²⁵ BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 173 zu Art. 1. Ausführlich zur objektiv-historischen Auslegung KESHELAVA, 15 ff.

²⁶ So z.B. BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 173 zu Art. 1; BSK ZGB I-HONSELL, N 11 zu Art. 1; KRAMER, E., 154 ff., (der aber die Entstehungsgeschichte als keineswegs vernachlässigbar bezeichnet [155]); LOOSER, § 8 Rz. 12; RHINOW/SCHERFER/UEBERSAX, Rz. 491, die den Streit als überholt bezeichnen; ZIPPELIUS, 19 ff. A.A. STEINAUER, Rz. 325 f., nach dessen Ansicht eine historische Interpretation aufgrund der demokratischen Legitimation vorzuziehen ist; RIEMER, § 4 Rz. 56, welcher der objektiv-zeitgemässen Auslegung bei einer kritischen Würdigung und Berücksichtigung der Materialien den Vorrang gewähren will. Erschiene das Ergebnis überholt, müsse im Sinne einer Rechtsfortbildung eine entsprechende Abweichung erfolgen. Ähnlich auch HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 59, nach denen zunächst der objektiv-historische Sinn der Norm zu ergründen ist. In einem zweiten Schritt sei dann zu prüfen, ob eine Rechtsfortbildung vorgenommen werden muss, indem aus objektiven Gründen vom entstehungszeitlichen Sinn abzuweichen sei. Solche objektiven Gründe dürften jedoch nicht leichthin angenommen werden. Nach BYDLINSKI, Grundzüge, 35, sind ebenfalls beide Erkenntnismöglichkeiten heranzuziehen. Eine generelle Anerkennung der objektiv-zeitgemässen Auslegung ebenfalls ablehnend ZELLER, § 8 Rz. 283, der allerdings im Rahmen der grammatikalischen Auslegung auch den zeitgemässen Sprachgebrauch bei sprachlich offenen Ausdrucksweisen berücksichtigt (vgl. ZELLER, § 11 Rz. 96, § 16 Rz. 2 und § 21 Rz. 3).

²⁷ Vgl. BGE 102 Ib 26, E. 3c; 139 III 368, E. 3.2: Äusserungen in den Materialien sind insbesondere dann zu berücksichtigen, wenn sie Eingang in den Gesetzestext gefunden haben. BGE 116 II 411, E. 5b; 125 II 206, E. 4a: Die Materialien sind vor allem bei jüngeren Erlassen relevant. BGE 102 II 401, E. 3b; 141 II 262, E. 4.2: Gesetzesmaterialien können beigezogen werden, wenn sie eine klare Antwort auf die streitige Frage geben. BGE 34 II 815, E. I; 141 III 155, E. 4.2: Materialien sind blosser Hilfsmittel bei der Gesetzesauslegung. BGE 121 III 219, E. 1d.aa; 140 IV 28, E. 4.3.1: Die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die damit erkennbar getroffenen Wertentscheidungen sind eine besonders relevante Richtschnur. BGE 103 Ia 394, E. 3b.aa; 129 V 425, E. 4.6.2; 141 II 262, E. 4.2: Bei der objektiv-zeitgemässen Auslegung darf einer Gesetzesnorm ein Sinn gegeben werden, der für den historischen Gesetzgeber infolge eines Wandels der tatsächlichen Verhältnisse nicht voraussehbar war und in der bisherigen Anwendung auch nicht zum Ausdruck gekommen ist, wenn er noch mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar ist. BGE 94 II 65, E. 4; 116 Ia 359, E. 5c: Eine Norm ist so anzuwenden, dass sie den gegenwärtigen Gegebenheiten und Auffassungen möglichst entspricht. In BGE 116 II 525, E. 2b und 124 II 193, E. 5c scheint das BGer

wohl festgehalten werden, dass das Bundesgericht im Allgemeinen sowohl historische als auch geltungszeitliche Aspekte in die Auslegung einbezieht. Die historischen Materialien werden aber stets mit einer gewissen Zurückhaltung bzw. mit Vorbehalten in die Diskussion eingebracht:²⁸ So habe sich die Auslegung nicht ausschliesslich historisch zu orientieren, im Grundsatz aber dennoch auf die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und dessen Wertentscheidungen auszurichten. Auch die Gesetzesmaterialien seien zwar nicht unmittelbar entscheidend, aber sie könnten als Hilfsmittel dienen. Schliesslich seien Äusserungen von Stellen oder Personen, die bei der Vorbereitung mitgewirkt haben, bzw. Materialien allgemein nur dann massgebend, wenn sie Eingang in den Gesetzestext gefunden haben.²⁹

1.2. Gewählter methodischer Ansatz

In Bezug auf den Begriff der Versicherung geht aus den Materialien hervor, dass der Gesetzgeber absichtlich auf eine Legaldefinition verzichtet hat, um zukünftigen Entwicklungen Rechnung tragen zu können.³⁰ Damit muss auch das Verbot versicherungsfremder Geschäfte als anpassungsfähige Regelung verstanden werden, deren sachgerechter Inhalt nach den tatsächlichen Verhältnissen, also zeitgemäss, zu bestimmen ist. Der Fokus auf der zeitgemässen Bedeutung der Norm kann im Versicherungsaufsichtsrecht zudem mit der Dynamik des Versicherungsmarktes begründet werden. Eine Anlehnung an den historischen Sinn von Normen zur Regelung einer derart dynamischen Branche ist nur in beschränktem Masse sinnvoll.³¹ Mit der letzten Revision des VAG hat sich zudem das Konzept der Versicherungsaufsicht in der Schweiz gewandelt;³² dies ist beim Einbezug von Vor-

sowohl der objektiv-historischen als auch der zeitgemässen Auslegungsmethode Bedeutung beizumessen. (Dies ist nur eine beispielhafte, nicht abschliessende Aufzählung.) Ähnlich zur Inkohärenz der bundesgerichtlichen Rechtsprechung HÜRLIMANN-KAUP, 2010 bis 2013, 557; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 5 Rz. 13.

²⁸ Wobei die Entstehungsgeschichte und v.a. die Materialien gemäss der Analyse von HOTZ, 41, regelmässig eine gewichtige Rolle spielen.

²⁹ Vgl. dazu auch unten I.C.2.1.b Fn. 51.

³⁰ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VVG 1904, 258; HATZ, 62; SCHAER, § 4 Rz. 25. Nach MÄCHLER-ERNE, Bewegung, 61, bildet die Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe die Grundlage für die Weiterentwicklung des Versicherungsaufsichtsrechts. ZELLER, § 16 Rz. 2, bezeichnet unbestimmte Rechtsbegriffe allgemein als «Einfallstore für die Geltungszeit».

³¹ Ähnlich auch ein vertrauliches Diskussionspapier eines Schweizer Versicherers.

³² Vgl. dazu unten III.B.2.5.b.

bringungen, die bei der Entstehung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte und damit noch unter dem alten Aufsichtskonzept gemacht worden sind, zu berücksichtigen.³³

2. Angewendeter Methodenkanon

Zur Ermittlung des wirklichen, objektiven Sinnes einer Norm sind in der Lehre verschiedene Auslegungselemente entstanden, durch deren Anwendung unterschiedliche Aspekte eines Norminhalts aufgezeigt werden sollen.³⁴ Nach dem klassisch juristischen Methodenkanon, dessen Ursprünge auf SAVIGNY zurückzuführen sind,³⁵ werden neben dem grammatikalischen das systematische, das historische und das teleologische Auslegungselement berücksichtigt.³⁶

Die Elemente des klassischen Methodenkanons sind wichtige Gesichtspunkte einer Gesetzeskonkretisierung, bedürfen aber der Ergänzung.³⁷ Die Erkenntnisse aus einem Fachgebiet wie den Wirtschaftswissenschaften sowie aus Natur und Technik oder auch Sitten und Gebräuche können bei der Ermittlung des sachgerechten Sinnes einer Norm nicht einfach übergangen werden.³⁸ Im Wirtschaftsrecht sind vor allem Erkenntnisse aus den Wirtschaftswissenschaften zu berücksichtigen.³⁹ Dies geschieht im Rahmen des funktionalen Auslegungselements.

Die Elemente des angewendeten Methodenkanons werden im Folgenden aufgrund der umfangreichen Lehre in diesem Bereich nur insoweit skizziert, als dies für das Verständnis dieser Abhandlung notwendig ist.

³³ Ähnlich auch ein vertrauliches Diskussionspapier eines Schweizer Versicherers.

³⁴ HETTICH, Wettbewerb, Rz. 28.

³⁵ SAVIGNY, 212 f.

³⁶ HAUSHEER/JAUN, N 113 zu Art. 1 ZGB; HÜRLIMANN-KAUP, 2010 bis 2013, 558; KRAMER, E., 66.

³⁷ HETTICH, Wettbewerb, Rz. 43. Kritisch zur Erweiterung des klassischen Methodenkanons KUNZ, Wirtschaftsrecht, 3; WALTER, Methodenpluralismus, 163.

³⁸ Vgl. HETTICH, Wettbewerb, Rz. 44; HÖHN, 225; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 210 ff. zu Art. 1; RHINOW, Rechtsetzung, 72 ff.; RINCK, Wirtschaftsrecht, Rz. 5.

³⁹ Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 149; HETTICH, Wettbewerb, Rz. 44; NOBEL, Wirtschaftsrecht, 1221; RUFFNER, 38 f.

2.1. Klassisch juristischer Methodenkanon

a. Grammatikalisches Auslegungselement

Der Wortlaut ist Gegenstand⁴⁰ und Ausgangspunkt jeder Norminterpretation.⁴¹ Zum Wortlaut einer Norm gehören ihr Text, ihre Überschrift, eine allfällige Marginalie und Fussnoten.⁴²

Der durch Auslegung festgestellte «eindeutige» Wortlaut vermag die Vermutung zu begründen, dass der Sinn der Norm diesem eindeutigen Wortlaut entspricht.⁴³ Selbst ein scheinbar klarer Wortlaut lässt aber eine hinterfragende Auslegung zu,⁴⁴ doch darf gemäss Rechtsprechung vom klaren Gesetzestext nur abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Text nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt.⁴⁵ Insbesondere bei unklaren oder vagen Bestimmungen oder Bestimmungen, die verschiedene Deutungen zulassen, müssen weitere Auslegungselemente berücksichtigt werden.⁴⁶

⁴⁰ BSK ZGB I-HONSELL, N 1 und 3 zu Art. 1.

⁴¹ BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 206 zu Art. 1; BSK ZGB I-HONSELL, N 1 und 3 zu Art. 1; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 4; KRAMER, E., 67; LARENZ, 320; HÄFELIN ET AL., Rz. 92; HÖHN, 207; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 184 zu Art. 1; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 731.

⁴² ZK ZGB-DÜRR, N 65 zu Art. 1; FORSTMOSER/VOGT, § 19 Rz. 73 ff.; GELZER, 41; HÄFELIN ET AL., Rz. 94; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 72; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 97 und 184 zu Art. 1.

⁴³ HETTICH, Wettbewerb, Rz. 55; HÖHN, 208. Vgl. auch KRAMER, E., 86. Kritisch zum «klaren» Wortlaut und zur grammatikalischen Interpretation im Allgemeinen VAN HOECKE, 106 ff. Ähnlich auch RHINOW, Rechtsetzung, 144; RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 732 f.

⁴⁴ OFK ZGB-SCHWANDER, N 5 zu Art. 1. Wer eine vom klaren Wortlaut abweichende Auffassung vertritt, trägt die Begründungslast (HETTICH, Wettbewerb, Rz. 55; HÖHN, 208; KRAMER, E., 67 und 95).

⁴⁵ Vgl. z.B. BGE 131 III 314, E. 2.2; 139 V 82, E. 3.2.2; 140 II 289, E. 3.2; 140 III 550, E. 2.6. Das BGer weicht nach konstanter Rechtsprechung von einem an sich klaren Wortlaut ab, wenn das historische, das teleologische oder das systematische Auslegungselement den Schluss indizieren, der Gesetzgeber selbst habe seinerzeit die Norm abweichend vom Wortlaut verstanden (WALTER, 2007 bis 2009, 226 m.H. auf die Rechtsprechung).

⁴⁶ BGE 124 II 193, E. 5; 125 II 326, E. 5; 131 II 13, E. 7.1; 133 II 263, E. 7.2. Vage oder unbestimmt ist ein ein Gegenstand, wenn er von keinem Begriff unzweifelhaft erfasst bzw. gar nicht erfasst wird. Ausführlich zum sogenannten «Drei-Bereiche-Modell»

Abzustellen ist bei der grammatikalischen Auslegung grundsätzlich auf den allgemeinen Sprachgebrauch; verwendet der Gesetzgeber juristische Termini oder sonstige Ausdrücke des professionellen Sprachgebrauchs, ist deren fachsprachliche Bedeutung massgebend.⁴⁷

b. Historisches Auslegungselement

Bei der historischen Auslegung⁴⁸ ist zunächst die Entstehungsgeschichte der betreffenden Norm zu berücksichtigen.⁴⁹ Dabei sind die im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens und die in dessen Vorfeld gemachten Äusserungen im Hinblick auf den Inhalt der Norm zu untersuchen.⁵⁰ Als Erkenntnisquelle kommen die Gesetzesmaterialien, namentlich die Botschaft des Bundesrates, die Parlaments- und Kommissionsprotokolle sowie die Vorentwürfe, in Betracht.⁵¹

vgl. HÖHN 189 f.; KESHELAVA, 28 ff.; KRAMER, E., 68 ff. Die Ursprünge dieses Modells gehen auf die Unterscheidung zwischen Begriffskern und Begriffshof von HECK zurück (HECK, Gesetzesauslegung, 173).

⁴⁷ BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, N 212 ff. zu Art. 1; HÄFELIN ET AL., Rz. 91; HRUBESCH-MILLAUE/BOSSHARDT, § 2 Rz. 73; KRAMER, E., 97; LARENZ, 320. Kritisch zur Interpretation von nicht fachspezifischen Ausdrücken nach dem allgemeinen Sprachgebrauch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 742. Ausführlich dazu KESHELAVA, 27 f.

⁴⁸ Das historische Auslegungselement ist von der subjektiv- bzw. objektiv-historischen Auslegungsmethode zu unterscheiden (KESHELAVA, 34; HÜRLIMANN-KAUP/SCHMID, Rz. 147). Zur subjektiv- bzw. objektiv-historischen Auslegung vgl. oben I.C.1.

⁴⁹ HÖHN, 211; HRUBESCH-MILLAUE/BOSSHARDT, § 2 Rz. 92; KESHELAVA, 34; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 215 zu Art. 1.

⁵⁰ HÖHN, 211.

⁵¹ BSK ZGB I-HONSELL, N 9 zu Art. 1; HRUBESCH-MILLAUE/BOSSHARDT, § 2 Rz. 92; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 215 zu Art. 1. Vgl. auch LARENZ, 330. Zur umstrittenen Bedeutung der Gesetzesmaterialien vgl. HAUSHEER/JAUN, N 145 f. zu Art. 1 ZGB; HRUBESCH-MILLAUE/BOSSHARDT, § 2 Rz. 99 ff.; KESHELAVA, 36; TUOR/SCHNYDER/SCHMID, § 5 Rz. 18 ff.; WALTER, 2007 bis 2009, 227. SEILER, Rechtsanwendung, 44, weist auf die Problematik hin, dass aus Botschaften Folgerungen zum Willen des historischen Gesetzgebers gezogen werden. Die Botschaft gebe den Willen der sie verfassenden Verwaltungsstellen wieder. Ob dieser auch dem Willen des Bundesrates und der Bundesversammlung entspricht, sei unklar. Gemäss BGer sind die Materialien für die Auslegung weder verbindlich noch unmittelbar entscheidend, da ein in Kraft getretenes Gesetz ein eigenes Dasein entfalte, das vom Willen des Gesetzgebers unabhängig sei (vgl. z.B. BGE 136 I 297, E. 4.1; 137 V 167, E. 3.2; 139 III 368, E. 3.2). Es berücksichtigt die Vorarbeiten des Gesetzgebers bei der Auslegung, wenn sie eine klare Antwort geben und ihren Niederschlag im Gesetzestext gefunden haben (vgl. z.B.

Neben der Entstehungsgeschichte der konkreten Norm sind im Rahmen der historischen Auslegung auch die historischen Rahmenbedingungen, unter denen der betreffende Erlass zustande gekommen ist, zu würdigen.⁵² Die Kenntnis der sozialen und wirtschaftlichen Zusammenhänge sowie der gesellschaftlichen Anschauungen und Wertvorstellungen zur Zeit des Normerlasses ist unabdingbare Voraussetzung für das Normverständnis.⁵³

c. Systematisches Auslegungselement

«Der Sinn des einzelnen Rechtssatzes erschliesst sich zumeist erst dann, wenn man ihn als Teil der Regelung betrachtet, der er zugehört.»⁵⁴ Die systematische Stellung einer einzelnen Norm im Gefüge des Gesetzes, eines Teilgebiets der Rechtsordnung oder gar der Rechtsordnung als Ganzes kann folglich wichtige Aufschlüsse über den Normsinn geben.⁵⁵ Bei der systematischen Auslegung wird der Sinn einer Rechtsnorm oder eines Begriffs entsprechend durch ihr Verhältnis zu anderen Rechtsnormen und den systematischen Zusammenhang, in dem sie sich in einem Gesetz oder in der gesamten Rechtsordnung⁵⁶ befindet, bestimmt.⁵⁷ Das systematische Auslegungselement verlangt eine Betrachtung des Kontextes und eine widerspruchsfreie Interpretation.⁵⁸ Die Berücksichtigung des Kontextes fördert nicht nur das Verständnis einer Norm, sondern ist insofern noch von weiterer Bedeutung, «als zwischen den einzelnen Gesetzesbestimmungen eine sachliche Übereinstimmung angenommen werden kann».⁵⁹ Die Gesetzessystematik darf

BGE 122 III 469, E. 5a; 124 V 185, E. 3a; BGE 124 III 350, E. 2b; 135 III 112, E. 3.3.2). Gemäss KRAMER, E., 162, besteht aber auch hinsichtlich solcher, die Absicht des historischen Gesetzgebers klar zum Ausdruck bringender Materialien keine unbedingte Befolgungs-, sondern lediglich eine Konsultierungspflicht.

⁵² HÖHN, 212; KESHELAVA, 39; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 215 zu Art. 1.

⁵³ KESHELAVA, 39.

⁵⁴ LARENZ, 325.

⁵⁵ KRAMER, E., 99; RIEMER, § 4 Rz. 35. Vgl. auch HÖHN, 210, der selbst das Richterrecht einbezieht.

⁵⁶ Die Betrachtung der gesamten Rechtsordnung ist eine logische Folge des Prinzips der «Einheit der Rechtsordnung». Vgl. dazu z.B. KESHELAVA, 41 f.

⁵⁷ HÄFELIN ET AL., Rz. 97; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 77; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 188 zu Art. 1; RIEMER, § 4 Rz. 39; SEILER, Rechtsanwendung, 42; VAN HOECKE, Rz. 141.

⁵⁸ BK ZGB I-HONSELL, N 10 zu Art. 1.

⁵⁹ LARENZ, 325.

aber nicht überschätzt werden; Gesetze können systematisch unvollkommen sein, d.h. unvollständig und widersprüchlich.⁶⁰ Das systematische Element ist – wie auch die übrigen Elemente – also nur ein Indiz für den Normsinn.⁶¹ Unter mehreren möglichen Norminterpretationen ist derjenigen der Vorzug zu geben, welche die Wahrung der sachlichen Übereinstimmung mit anderen Normen desselben Erlasses ermöglicht.⁶²

Beim systematischen Element ist damit zum einen der systematische Aufbau eines Gesetzes massgebend (sog. äussere Systematik). Dabei ist auch die Systematik der Titel und der Sachüberschriften sowie der Marginalien zu berücksichtigen.⁶³ Zum anderen kann auch das Verhältnis zu Rechtsnormen anderer Erlasse von Bedeutung sein.⁶⁴ Neben der äusseren kann auch die innere Systematik einer Rechtsordnung bzw. eines Erlasses, also ein System von Wertentscheidungen und Rechtsprinzipien, für die Ermittlung des Normgehalts von Relevanz sein.⁶⁵ Das innere System ist dabei durch teleologische Auslegung zu ermitteln.⁶⁶

d. Teleologisches Auslegungselement

Das Recht verfolgt typischerweise einen Zweck⁶⁷ (griech. «*teleos*»).⁶⁸ Mit rechtlichen Anordnungen soll die staatliche Gemeinschaft zur Erreichung bestimmter

⁶⁰ FORSTMOSER/VOGT (4. Aufl.), § 19 Rz. 79; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 90; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 189 zu Art. 1. Vgl. auch KRAMER, E., 106.

⁶¹ BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 189 zu Art. 1.

⁶² HETTICH, Wettbewerb, Rz. 68; LARENZ, 325.

⁶³ BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Rz. 251 zu Art. 1; HÄFELIN ET AL., Rz. 98; KRAMER, E., 107.

⁶⁴ HÄFELIN ET AL., Rz. 98; HÖHN, 210. Nach HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 85, ist bei der systematischen Auslegung gar das europäische Recht zu berücksichtigen.

⁶⁵ Vgl. BK ZGB I-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Rz. 258 zu Art. 1; KRAMER, E., 104 und 110. Zum inneren System vgl. RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 142 ff. Die Differenzierung zwischen äusserer und innerer Systematik ist auf HECK, Begriffsbildung, 139, zurückzuführen.

⁶⁶ LARENZ, 327 f. Ähnlich auch BYDLINSKI, Methodenlehre, 443. Zur teleologischen Auslegung vgl. unten I.C.2.1.d.

⁶⁷ Der Norm-Zweck ist nicht mit dem Norm-Sinn zu verwechseln. Zur Unterscheidung vgl. HÖHN, 217 f.; KESHELAVA, 49 f.

⁶⁸ GERMANN, 77 f.; HAUSHEER/JAUN, N 155 zu Art. 1 ZGB; HÖHN, 217. Ähnlich RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 136 und 718.

Zwecke beeinflusst und gelenkt werden.⁶⁹ Es ist naheliegend, bei der Ermittlung des sachgerechten Sinnes einer Norm den ihr zugrunde liegenden Zweck zu berücksichtigen.⁷⁰ Dieser wird im Rahmen der teleologischen Auslegung untersucht.⁷¹ Das teleologische Auslegungselement hat bei der Auslegung verwaltungsrechtlicher Erlasse besondere Relevanz, da es dabei im Wesentlichen um die Erfüllung von Staatsaufgaben geht, die jeweils einem bestimmten Zweck dienen.⁷² Dies gilt auch für das Versicherungsaufsichtsrecht als Teil des besonderen Verwaltungsrechts.

Zum teleologischen Element gehören sowohl der Zweck der spezifisch auszulegenden Norm als auch der Zweck bzw. die Zwecke des ganzen Gesetzes, in welchem die Norm enthalten ist. Es sind also sowohl der Gesetzes- wie auch der Normzweck zu ermitteln.⁷³ Dem spezifischen Zweck der Norm kommt jedoch für das Verständnis mehr Bedeutung zu als den allgemeinen Gesetzeszwecken.⁷⁴ Es ist nicht allein der Zweck massgebend, den der historische Gesetzgeber mit einer Norm verfolgte. Vielmehr kann sich ein Normzweck in einem gewissen Rahmen wandeln und von den zeitgebundenen historischen Vorstellungen unterscheiden.⁷⁵ Entsprechend dem in der vorliegenden Abhandlung gewählten Fokus auf den zeitgemässen Sinn einer Norm, steht der Zweck der Norm zur Geltungszeit im Zentrum der Auslegung.⁷⁶

Primäre Quellen zur Ermittlung des Zwecks einer Norm sind die Materialien;⁷⁷ daneben kann aber auch die Gesetzessystematik sowie die Doktrin Aufschlüsse

⁶⁹ GERMANN, 77 f.; HÖHN, 217. Ähnlich RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 136. Die Rechtsnorm ist das Mittel zum Zweck (so KESHELAVA, 47).

⁷⁰ HÖHN, 219. Ähnlich HAUSHEER/JAUN, N 155 zu Art. 1 ZGB.

⁷¹ HAUSHEER/JAUN, N 113 und 155 ff. zu Art. 1 ZGB; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 103; KESHELAVA, 48; KRAMER, E., 170 f.; LARENZ, 332.

⁷² BVGer C-2263/2006 vom 7. November 2007, E. 5.1; B-2323/2009, vom 15. Oktober 2009, E. 4.3; C-7615/2007 vom 1. Februar 2010, E. 4.1; KARLEN, 122; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 25 Rz. 5; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 951.

⁷³ HÖHN, 217; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 199 zu Art. 1.

⁷⁴ HÖHN, 217.

⁷⁵ HÄFELIN ET AL., Rz. 121. Vgl. auch RÜTHERS/FISCHER/BIRK, Rz. 720 ff. KRAMER, E., 173, spricht von der «subjektiv-teleologischen Methode» und der «objektiv-teleologischen Methode».

⁷⁶ Vgl. oben I.C.1.2.

⁷⁷ HÖHN, 218. Vgl. auch LARENZ, 330.

geben.⁷⁸ Der Zweck des Gesetzes als Ganzes kann aus dem Titel, der Präambel, der Vorgeschichte, der Doktrin oder dem Zweckartikel hergeleitet werden.⁷⁹

e. Funktionales Auslegungselement

Gemäss dem funktionalen Auslegungselement, dessen Ursprünge auf SCHLUEP zurückgehen, ist bei der Interpretation jeder Norm deren Zweck «innerhalb eines sinnvollen übergeordneten Ganzen»⁸⁰ zum Tragen zu bringen.⁸¹ Im Rahmen der funktionalen Auslegung des Wirtschaftsrechts⁸² wird eine Norm folgeorientiert mit Blick auf die Ergebnisse konkretisiert, die von der geltenden Wirtschaftsverfassung für das Wirtschaftssystem zu erwarten sind.⁸³ Es wird nach dem Beitrag einer Norm zur Gestaltung der rechtlich anerkannten Wirtschaftsordnung gefragt.⁸⁴ «Mithin verdient in funktionaler Sicht von mehreren möglichen Normhypothesen diejenige den Vorzug, welche am ehesten zur Realisierung der gesollten Wirtschaftsverfassung beiträgt.»⁸⁵

⁷⁸ Die teleologische Auslegung hat somit Berührungspunkte mit anderen Auslegungselementen (vgl. HÄFELIN ET AL., Rz. 121; HÖHN, 218).

⁷⁹ HÖHN, 218.

⁸⁰ SCHLUEP, Markenrecht, 64.

⁸¹ FREIHALTER, 138 ff. Vgl. zum Wirtschaftsrecht BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, passim; HETTICH, Wettbewerb, Rz. 44 f.

⁸² Das Versicherungsaufsichtsrecht ist Teil des Wirtschaftsaufsichtsrechts. Über die Frage, ob Letzteres dem Wirtschaftsrecht zugehörig ist, ist sich die Lehre nicht einig. Bejahend: BIAGGINI ET AL., 1 f.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 2 Rz. 25 ff.; VALLENDER/VEIT, 7. So auch KUNZ, Sondermethodik, 142, in Bezug auf das Finanzmarktrecht. A.A. SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 11 f., nach dem das Wirtschaftsrecht die Verrechtlichung des Koordinationssystems durch Normierung des politischen Grundentscheids beinhaltet (Kordinationsrecht). Da das Aufsichtsrecht als Wirtschaftspolizeirecht regelt, wie gewirtschaftet werden soll, und damit eine Konkretisierung des ordnungspolitischen Grundentscheids darstellt (vgl. dazu unten I.C.2.1.e(3)), ist es m.E. dem Wirtschaftsrecht zugehörig. So auch VALLENDER/VEIT, 7 Fn. 4.

⁸³ HETTICH, Wettbewerb, Rz. 648. Vgl. auch BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 146; SCHLUEP, Kritik, 251. So jüngst auch HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 113. Kritisch zu dieser Ergebnisorientiertheit KUNZ, Sondermethodik, 152, der eine generelle Anwendung der funktionalen Auslegung ablehnt.

⁸⁴ Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 147; HETTICH, Wettbewerb, Rz. 648; SCHLUEP, Wirtschaftsrecht, 21.

⁸⁵ BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 147.

Die funktionale Auslegung ist nahe verwandt mit der teleologischen: Während es bei Letzterer um Entscheidungen bei Interessenkonflikten nach privatrechtlichen Massstäben geht, wird beim funktionalen Auslegungselement der Beitrag zu einem übergeordneten Ganzen berücksichtigt. Vereinfacht ausgedrückt fragt die teleologische Auslegung nach dem «Nahzweck» der Norm, bei der funktionalen Auslegung liegt der Fokus hingegen auf dem «Fernzweck» derselben.⁸⁶

(1) Rückgriff auf ökonomische Überlegungen

Da bei der funktionalen Betrachtungsweise eine wirtschaftsrechtliche Norm so ausgelegt werden soll, dass die vom Verfassungsgeber gewollte Wirtschaftsordnung zum Tragen gebracht wird, ist ein Rückgriff auf ökonomische Überlegungen unerlässlich.⁸⁷ Eine wirtschaftsrechtliche Begriffsbildung kann nicht ohne Rückgriff auf den wirtschaftlichen Begriff erfolgen.⁸⁸

Die ökonomischen Methoden und Erkenntnisse, die im Rahmen der funktionalen Auslegung herangezogen werden, entstammen der Mikroökonomie⁸⁹, die sich mit dem Verhalten und dem Zusammenwirken der einzelnen Wirtschaftssubjekte auf den Märkten befasst.⁹⁰ Der Terminus «Mikroökonomie» wird häufig mit der neoklassischen Wirtschaftstheorie gleichgesetzt. Diese beruht auf der Annahme, dass freie Wirtschaftssubjekte prinzipiell anstreben, den eigenen Nutzen mit den gegebenen Mitteln zu maximieren bzw. ein gegebenes Bedürfnis mit einem minimalen Mitteleinsatz zu erreichen (sog. *homo oeconomicus*)⁹¹, und dass sie damit die Gesamtwohlfahrt steigern.⁹² Die Mikroökonomie stellt jedoch kein homogenes Wis-

⁸⁶ Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 147.

⁸⁷ Vgl. BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 152; BAUDENBACHER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 92 f.; HETTICH, Wettbewerb, Rz. 649; RUFFNER, 38.

⁸⁸ BAUDENBACHER, Funktionale Anwendung, 149; HETTICH, Wettbewerb, Rz. 649.

⁸⁹ In der ökonomischen Doktrin werden die Begriffe «Ökonomie» und «Ökonomik» folgendermassen unterschieden: Die Ökonomie stellt den Gegenstand der Wirtschaftswissenschaft dar. Unter Ökonomik wird die Methodik verstanden, mit der das Untersuchungsobjekt Ökonomie analysiert wird (vgl. ERLEI/LESCHKE/SAUERLAND, 1 f.). In der vorliegenden Abhandlung werden die Begriffe hingegen als Synonyme verwendet.

⁹⁰ KRUGMAN/WELLS, 3; MANKIW/TAYLOR, 12; PINDYCK/RUBINFELD, 25.

⁹¹ Vgl. z.B. EIDENMÜLLER, 29 ff.; SCHÄFER/OTT, 95 ff. Ausführlich zum Ganzen vgl. KIRCHGÄSSNER, 11 ff. Einschränkend zum Rationalverhalten des Menschen vgl. MANKIW/TAYLOR, 371 ff.; SACKSOFSKY, Rz. 31 ff.

⁹² CREMER, Rz. 37; KINNE, 57 f.; KRUGMAN/WELLS, 2 f.; SMITH, 181. Vereinfacht ausgedrückt auch WATTER/SPILLMANN, 97.

senssystem dar,⁹³ vielmehr haben sich neben der grundlegenden Neoklassik weitere Teilbereiche und Denkschulen entwickelt.⁹⁴ Dazu zählt unter anderem die Neue Institutionenökonomik.⁹⁵

In dieser Arbeit wird der im Rahmen der funktionalen Auslegung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte durchgeführten Analyse des Versicherungsmarktes primär die neoklassische Mikroökonomie zugrunde gelegt. Diese untersucht, wie eine Gesellschaft die ihr zur Verfügung stehenden knappen Ressourcen einsetzen kann, damit ein möglichst hoher Grad an Bedürfnisbefriedigung erreicht wird (sog. Wohlfahrtsökonomie).⁹⁶ In dem Masse, wie dies gelingt, ist eine Volkswirtschaft effizient;⁹⁷ andernfalls verschwendet sie ihre Mittel.⁹⁸ In der neoklassischen Wirtschaftstheorie ist die Effizienz statisch, d.h. die Betrachtung erfolgt zeitpunktbezogen und geht von einer konstanten Güter- und Technologieausstattung aus.⁹⁹ Dynamische, auf den Zeitablauf bezogene Effekte wie Innovationen, technischer Wandel oder Investitionen bleiben unberücksichtigt.¹⁰⁰ Ebenfalls nicht berücksichtigt wird in der neoklassischen Wirtschaftstheorie die asymmetrische Informationsverteilung.¹⁰¹

Das Versicherungswesen erfüllt eine Transformationsfunktion, d.h. die intertemporale Ressourcenallokation – die Verteilung von Gütererwirtschaftung und Güterverbrauch über die Zeit – wird koordiniert.¹⁰² Zudem ist der Versicherungs-

⁹³ WALTHER, 10. Vgl. auch MANKIW/TAYLOR, 525.

⁹⁴ Vgl. z.B. DIETRICH/BIENERT, Rz. 21 ff.; JOSKOW, 1 ff.; LEPSIUS, Rz. 34. Vgl. auch HERRMANN-PILLATH, 21 ff. (Evolutionsökonomik); MANKIW/TAYLOR, 361 ff. (Informations- und Verhaltensökonomik) und 461 ff. (Spieltheorie und Ökonomik der Kooperation).

⁹⁵ Vgl. DIETRICH/BIENERT, Rz. 22 ff.; MANKIW/TAYLOR, 525 f.

⁹⁶ KRUGMAN/WELLS, 2 f.; MANKIW/TAYLOR, 225 f.; PINDYCK/RUBINFELD, 623 f.

⁹⁷ Als effizient wird eine Situation bezeichnet, wenn es keine Möglichkeit gibt, die Ressourcen so umzuverteilen, dass mindestens einer besser gestellt wird, ohne gleichzeitig andere schlechter zu stellen. Diese Situation wird auch als Pareto-Optimum bezeichnet (CREMER, Rz. 16; LESCHKE, Rz. 8 und 23; WATTER/SPILLMANN, 97 Fn. 30).

⁹⁸ LESCHKE, Rz. 24; MANKIW/TAYLOR, 240; SCHÄFER/OTT, XXXIII; WALTHER, 11.

⁹⁹ ERLEI/LESCHKE/SAUERLAND, 43; FRITSCH, 60; KINNE, 58 f.; SCHOTT, Rz. 47; SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE, 36 f.

¹⁰⁰ FRITSCH, 26; SCHOTT, Rz. 47 ff.; SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE, 37 f.

¹⁰¹ ERLEI/LESCHKE/SAUERLAND, 44; GÖBEL, 30.

¹⁰² Vgl. zum Finanzsystem im Allgemeinen DIETRICH/BIENERT, Rz. 5.

markt investitions- und informationsgetrieben. Es erscheint deshalb angezeigt, auch die dynamische Effizienz bzw. die zukünftige maximale Wohlfahrt sowie Ergebnisse aus der Analyse der Wirkung von Informationsasymmetrien zu berücksichtigen. Entsprechend wird die Perspektive der neoklassischen Mikroökonomie im Rahmen der funktionalen Auslegung durch Einsichten aus der Neuen Institutionenökonomik ergänzt. Die Neue Institutionenökonomik berücksichtigt zudem die Wirkung rechtlicher, politischer, sozialer und ökonomischer Institutionen auf die wirtschaftliche Leistung bzw. die Effizienz der Ressourcenallokation.¹⁰³ Formell gesetzliche Rahmenbedingungen bilden eine rechtliche Institution im Sinne der Institutionenökonomik mit Auswirkungen auf die Ressourcenallokation.¹⁰⁴

(2) *Wirtschaftsverfassung – Grundsätzlich wettbewerbskoordinierte Privatwirtschaft*

Den Grundrechten der schweizerischen Bundesverfassung kommen zwei Funktionen zu: Zum einen sind es Individualrechte, die als Abwehrrechte des Einzelnen gegenüber staatlichen Eingriffen primär eine negative Funktion aufweisen. Zum anderen haben die Grundrechte als Ordnungsprinzipien (Aufträge an den Staat) eine positive gestalterische Funktion.¹⁰⁵ In dieser Funktion sind die Träger staatlicher Aufgaben angehalten, zur Verwirklichung der in den Grundrechten enthaltenen Wertentscheidungen beizutragen.¹⁰⁶ Für den Gesetzgeber bedeutet dies unter anderem, dass er bei der Rechtsetzung die grundrechtlichen Vorgaben zu beachten und zu konkretisieren hat.

Art. 94 BV¹⁰⁷ enthält programmatische Gehalte der Wirtschaftsfreiheit^{108, 109} Unter der Überschrift «Grundsätze der Wirtschaftsordnung» statuiert die Norm, dass sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit halten (Abs. 1) und nur mit besonderer Verfassungsermächtigung davon abweichen dürfen (Abs. 4). Nach einhelliger Auffassung in Lehre und Rechtsprechung garantiert die

¹⁰³ ERLEI/LESCHKE/SAUERLAND, 20 ff.; JOSKOW, 5.

¹⁰⁴ Vgl. ERLEI/LESCHKE/SAUERLAND, 23.

¹⁰⁵ HETTICH ET AL., 17; RHINOW, Eigentumsverfassung, Rz. 16 ff.; SCHOTT, Rz. 610; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 172.

¹⁰⁶ Vgl. Art. 35 Abs. 2 BV.

¹⁰⁷ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

¹⁰⁸ Art. 27 BV.

¹⁰⁹ HETTICH ET AL., 17; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 172.

Bundesverfassung damit, zusammen mit der Eigentumsgarantie, der Wirtschaftsfreiheit und der Koalitionsfreiheit als Individualrechte, die Privatwirtschaft als Institut der schweizerischen Rechtsordnung.¹¹⁰ Mit Art. 94 BV sind dem Wirtschaftsgesetzgeber Schranken gesetzt, die sich nicht unbedingt schon aus der Wirtschaftsfreiheit als Abwehrrecht ergeben.¹¹¹ Ferner soll die Privatwirtschaft durch Wettbewerb koordiniert werden; dies stellen die Verfassungsaufträge hinsichtlich Wettbewerbspolitik¹¹² klar.¹¹³ Es ist unbestritten, dass sich die schweizerische Bundesverfassung im Grundsatz zu einer freiheitlich-marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung bekennt.¹¹⁴ Die schweizerische Bundesverfassung enthält demnach einen sogenannten ordnungspolitischen Grundentscheid zugunsten einer wettbewerbsgesteuerten Privatwirtschaft.¹¹⁵

¹¹⁰ BGE 124 I 25, E. 3g; 138 I 378, E. 6.1; 142 I 162, E. 3.2.1; BGer 2C_582/2016 vom 22. Mai 2017, E. 4.3; BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 3; BIAGGINI, Entwicklungsperspektiven, 227; BIAGGINI ET AL., 12; GYGI, 22; HÄFELIN ET AL., 187 und 623; HETTICH ET AL., 17; RHINOW, Eigentumsverfassung, Rz. 11; RHINOW ET AL., § 5 Rz. 17; SCHOTT, Rz. 610; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 172; VALLENDER, 683; SGK BV-VALLENDER, N 91 zu Art. 27 und N 4 zu Art. 94; Ähnlich HANGARTNER, 55.

¹¹¹ HETTICH ET AL., 17; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 172.

¹¹² Art. 96 BV.

¹¹³ HETTICH ET AL., 18. Vgl. auch SGK BV-VALLENDER, N 98 zu Art. 27 und N 7 zu Vorbemerkungen zur Wirtschaftsverfassung.

¹¹⁴ GYGI/RICHLI, 133 und 151 ff.; HÄFELIN ET AL., 627; HETTICH, Risikoversorge, Rz. 738 ff.; TRÜMLER/DE WECK, 27; SGK BV-VALLENDER, N 95 zu Art. 27 und N 16 zu Art. 94; VALLENDER/VEIT, 8 ff.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 2 Rz. 47. Relativierend BIAGGINI, Kommentar BV, N 1 zu Vorbemerkungen zu Art. 94–107; BIAGGINI, Entwicklungsperspektiven, 227, der von einer marktwirtschaftlichen Grundaussrichtung spricht. BIAGGINI, Wirtschaftsfreiheit, Rz. 18; BIAGGINI, Wettbewerb, 18 ff.; RHINOW, Eigentumsverfassung, Rz. 9 f., sprechen jeweils von einer Art «Systembekenntnis». Auch der BUNDESRAT, Botschaft BV, 294, erkennt in der Bundesverfassung eine «verfassungsrechtliche Grundentscheidung zugunsten einer freiheitlich marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung.» A.A. SCHOTT, Rz. 715; WEBER, Wettbewerb, 104 f., die der Verfassung keine Festlegung auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung bzw. Wettbewerbsordnung entnehmen. Die Details dieses Systembekenntnisses sind hingegen umstritten (HETTICH ET AL., 18. Vgl. auch HETTICH, Risikoversorge, Rz. 738 m.H. auf abweichende Lehrmeinungen).

¹¹⁵ HETTICH, Risikoversorge, Rz. 738; SGK BV-VALLENDER, N 96 zu Art. 27 und N 16 zu Art. 94; VALLENDER/VEIT, 8 ff.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 2 Rz. 47 und § 5 Rz. 172 ff. Relativierend BIAGGINI, Kommentar BV, N 1 zu Vorbemerkungen zu Art. 94–107, nach dem sich ein solcher Grundentscheid allenfalls mittels Interpretation mittelbar konstruieren lässt.

(3) *Das Aufsichtsrecht als Konkretisierung des ordnungspolitischen Grundentscheids*

Das Aufsichtsrecht dient der Gefahrenabwehr im Bereich der Wirtschaft.¹¹⁶ Die Gefahrenabwehr ist ein öffentliches Gut, das in einer rein marktwirtschaftlich organisierten Privatwirtschaft nicht bzw. nicht in ausreichendem Masse zur Verfügung gestellt wird, aber in einer auf Privatautonomie und Privateigentum gründenden Wirtschaftsordnung unerlässlich ist. Eine funktionsfähige Wirtschaftsaufsicht ist somit für die Privatwirtschaft als Koordinationssystem unentbehrlich.¹¹⁷ Der ordnungspolitische Grundentscheid für eine wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft wird durch das Wirtschaftsaufsichtsrecht insofern konkretisiert, als die für die Funktionsfähigkeit dieses Systems notwendige Prämisse der Abwehr von Gefahren geschaffen wird.

Das Aufsichtsrecht hat sich insbesondere am Verhältnismässigkeitsgrundsatz zu orientieren; namentlich hat die (Versicherungs-)aufsicht geeignet und erforderlich zu sein. Zudem hat eine angemessene Relation von Zweck und Mittel zu bestehen (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne).¹¹⁸ Eine Massnahme ist erforderlich, wenn sie nicht weiter in die Freiheitsrechte der Betroffenen eingreift, als dies für die Aufgabenerfüllung notwendig ist.¹¹⁹

Nach dem funktionalen Auslegungselement verdienen in einem System der wettbewerbsgesteuerten Privatwirtschaft diejenigen Normhypothesen den Vorzug, welche die erwarteten Ergebnisse des privatwirtschaftlichen Wettbewerbs am ehesten zu verwirklichen vermögen.¹²⁰ Auch im Bereich des Wirtschaftspolizeirechts ist dasjenige Normverständnis vorzuziehen, das zur Erhaltung des Systems der wettbewerbsgesteuerten Privatwirtschaft den grössten Beitrag leistet. Dabei besteht der Beitrag in der Abwehr der Gefahren, die den privatwirtschaftlichen Wettbewerb bedrohen.

¹¹⁶ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 17 Rz. 1; VALLENDER/VEIT, 35.

¹¹⁷ VALLENDER/VEIT, 35.

¹¹⁸ KARLEN, 57 ff.

¹¹⁹ Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 BV. Vgl. auch VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 18 Rz. 6. Zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. auch unten III.B.6.2.

¹²⁰ Vgl. BAUDENBACHER, Suggestivwerbung, 139.

f. Anwendung der Auslegungselemente

Die klassischen Auslegungselemente stehen gemäss Lehre¹²¹ und Rechtsprechung¹²² in keiner bestimmten Hierarchie zueinander, sondern werden parallel zueinander angewendet. Es sind Teilelemente der Auslegung, die zusammenzuwirken haben.¹²³ Dies gilt auch für den in dieser Abhandlung verwendeten erweiterten Methodenkanon.

Stimmen die Ergebnisse aus der Anwendung der einzelnen Auslegungselemente überein, ist die Auslegungsfrage beantwortet. Ergeben sich aber widersprüchliche Interpretationsmöglichkeiten, so sind die Ergebnisse gegeneinander abzuwägen.¹²⁴ Dabei ist nicht die Zahl, sondern das Gewicht der Elemente entscheidend.¹²⁵ Das Gewicht eines Auslegungselements hängt von dessen Ergiebigkeit im konkreten Fall ab.¹²⁶ Die im Einzelfall vorzunehmende Gewichtung enthält immer auch eine gewisse Wertung, bei der auf das Resultat der Auslegung – unter anderem auf ein befriedigendes, vernünftiges und praktikables Ergebnis – zu achten ist.¹²⁷ In diesem Sinne ist auch der vom Bundesgericht entwickelte sogenannte «pragmatische Methodenpluralismus» zu verstehen, nach dem die Kombination und Gewichtung der Auslegungselemente dem Einzelfall anzupassen sind.¹²⁸

¹²¹ HÄFELIN ET AL., Rz. 130; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 115, (nach denen jedoch das BGer das grammatikalische und das teleologische Auslegungselement in den Vordergrund rückt [Rz. 118]); KLEY, 17; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 25 Rz. 3. KRAMER, E., 201 f., spricht sich für eine Rangfolge der Elemente aus.

¹²² BGE 124 III 266, E. 4; 127 III 318, E. 2b; 137 V 369, E. 4.4.3.2; 139 II 173, E. 2.1; 145 III 63, E. 2.1.

¹²³ BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 180 zu Art. 1. Vgl. auch HAUSHEER/JAUN, N 114 und 117 zu Art. 1 ZGB; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 950. Ähnlich auch schon SAVGINY, 215.

¹²⁴ HÄFELIN ET AL., Rz. 133; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 121; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 950 und 952.

¹²⁵ Vgl. HRUBESCH-MILLAUER/BOSS-HARDT, § 2 Rz. 121; LARENZ, 343; BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N 181 zu Art. 1.

¹²⁶ LARENZ, 345.

¹²⁷ HÄFELIN ET AL., Rz. 134; HRUBESCH-MILLAUER/BOSSHARDT, § 2 Rz. 119; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 952. Kritisch zur Orientierung an einem praktikablen Ergebnis KUNZ, Sondermethodik, 149, gemäss dem die Auslegung immer ergebnisoffen zu erfolgen hat.

¹²⁸ Vgl. HETTICH, Wettbewerb, Rz. 52. Ähnlich WALTER, Methodenpluralismus, 163 f.

2.2. Auslegungshilfen

Neben den verschiedenen Auslegungselementen können zur Ermittlung des sachgerechten Inhalts einer Norm zusätzlich Auslegungshilfen beigezogen werden.¹²⁹ Solche Hilfsargumente werden in dieser Arbeit herangezogen, um die Ergebnisse aus den einzelnen Auslegungselementen zu unterstützen bzw. zu entkräften.¹³⁰

Obwohl auf eine systematische Rechtsvergleichung als Auslegungselement verzichtet wird, werden namentlich Überlegungen und Argumente aus ausländischen Rechtsordnungen herangezogen.¹³¹ Der Beizug von ausländischem Recht bietet sich an, weil der Ausschluss von Nichtversicherungstätigkeiten keine schweizerische Eigenheit darstellt. Sowohl das Recht der Europäischen Union (EU)¹³² als auch das Recht der Mitgliedstaaten der EU, namentlich Deutschland,¹³³ beschränken das Geschäftsfeld der Versicherer. Die Berücksichtigung der Regelungen in diesen Rechtsordnungen gebietet sich aufgrund ihrer Bedeutung und der wirtschaftlichen Verflechtung der Schweiz mit der EU; die Gleichwertigkeit der Aufsichtssysteme ist für die Schweiz von grosser Bedeutung. Zudem basieren die Aufsichtssysteme auf gemeinsamen Wurzeln: Die im 19. Jahrhundert neu entwickelten Konzepte der Versicherungsaufsicht beruhen in den europäischen Staaten auf vergleichbaren wirtschaftspolizeilichen Grundlagen, was traditionell zu einer ähnlichen Regulierung führte. Besonders innerhalb von Ländern desselben Sprachkreises wurden die Regelungen formell oder informell verglichen und häufig angepasst oder unverändert übernommen.¹³⁴ Zusammen mit dem Staatsvertrag im Bereich der Schadenversicherung mit der EU¹³⁵ bestehen deshalb legislative

¹²⁹ Vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1071 ff.

¹³⁰ Die hier als Auslegungshilfen bezeichneten Argumente werden von anderen Autoren auch als eigenständige Auslegungselemente systematisch angewendet.

¹³¹ Auch das BGer bezeichnet die Rechtsvergleichung als Hilfsmittel bei der Auslegung (vgl. BGE 141 III 155, E. 4.2).

¹³² Art. 18 Abs. 1 lit. a Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II).

¹³³ § 15 Gesetz über die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG) vom 1. April 2015 (BGBl. I S. 434).

¹³⁴ MÄCHLER, Dynamik, 353. Zur Entwicklung der Versicherungsaufsicht in der Schweiz vgl. unten III.B.2.1 m.w.H.

¹³⁵ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 10. Oktober 1989, SR 0.961.1. Vgl. dazu unten II.C.1.

Einfallstore in die Schweizer Rechtsordnung, welche die Berücksichtigung von Rechtsnormen der EU und von deren Mitgliedstaaten, insbesondere Deutschland, bei der Auslegung zu rechtfertigen vermögen.¹³⁶ Um der Internationalisierung des Finanzmarkts Rechnung zu tragen, werden auch nicht bindende internationale Standards als Hilfsargumente beigezogen.¹³⁷

Verwaltungsverordnungen, die dazu dienen, eine einheitliche und gleichmässige Verwaltungspraxis zu gewähren, können ebenfalls Hinweise auf den Inhalt einer Norm geben und als Hilfestellung bei der Auslegung beigezogen werden.¹³⁸ Im Zusammenhang mit der Auslegung von Normen des Versicherungsaufsichtsrechts sind dies namentlich die Rundschreiben und allenfalls weitere Publikationen der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA), mit denen die Versicherungsaufsichtspraxis vereinheitlicht werden soll.¹³⁹

Das aktuell geltende Recht kann ohne Realitätsbezüge nicht verstanden werden.¹⁴⁰ Die sogenannten Realien, d.h. ausserrechtliche Gegebenheiten, sind bei der Auslegung eines Rechtssatzes, insbesondere wenn dieser unbestimmt und entsprechend offen formuliert ist, deshalb ebenfalls zu berücksichtigen. Es ist ein Auslegungsergebnis anzustreben, das bei den gegebenen tatsächlichen Umständen in praktischer Hinsicht umsetzbar ist.¹⁴¹

¹³⁶ Zur Notwendigkeit von legislativen Einfallstoren in die Schweizer Rechtsnormen für die Berücksichtigung von ausländischem Recht bei der Auslegung vgl. KUNZ, Sondermethodik, 147.

¹³⁷ Zur Internationalisierung des Finanzmarktrechts vgl. ARQUINT, Internationalisierung, 131 ff.

¹³⁸ Vgl. WALTER, 2007 bis 2009, 228; WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1104 ff. Vgl. z.B. BGE 133 V 257, E. 3.2.

¹³⁹ Vgl. dazu unten II.C.4.

¹⁴⁰ BGE 131 II 13, E. 7.1.

¹⁴¹ Vgl. WIEDERKEHR/RICHLI, Rz. 1108 ff. Das BGer beruft sich in diesem Sinne in verschiedenen Entscheiden über die klassischen Auslegungselemente hinaus auf die Praktikabilität der gefundenen Lösung bzw. auf deren Fehlen bei einer verworfenen Lösung (HÜRLIMANN-KAUP, 2014 bis 2017, 96). Vgl. z.B. BGE 141 III 101, E. 2.9, wonach eine gewisse Lösung «wenig praktikabel» wäre, und BGE 142 II 388, E. 9.6.6, wo es in Bezug auf ein Auslegungsergebnis heisst: «Une telle démarche poserait immanquablement des difficultés pratiques quasi insurmontables.»

II. Grundlagen

A. Der Begriff des Risikos

Das Risiko ist sowohl aus der Perspektive des Versicherten¹⁴² als auch aus der Perspektive des Versicherers im Zentrum allen Geschehens.¹⁴³ Auch in der Versicherungsaufsicht ist das Risiko ein wesentlicher Begriff. Es ist deshalb unumgänglich, den Risikobegriff im Kontext der vorliegenden Abhandlung zu definieren.

Ein allgemeingültiges Begriffsverständnis von «Risiko¹⁴⁴» besteht nicht;¹⁴⁵ vielmehr wird der Begriff im allgemeinen Sprachgebrauch und in den verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen je nach Zweck der Umschreibung unterschiedlich verwendet.¹⁴⁶ Eine exakte Definition ist letztlich nur mathematisch möglich.¹⁴⁷

1. Im allgemeinen Sprachgebrauch

Im allgemeinen Sprachgebrauch ist der Begriff «Risiko» gleichbedeutend oder zumindest nahe verwandt mit demjenigen der «Gefahr».¹⁴⁸ Aber selbst im allgemeinen Sprachgebrauch werden mit Risiko unterschiedliche Umstände umschrieben: Einerseits wird das Risiko als zukünftig mögliches Eintreten eines Ereignisses mit negativen Folgen verstanden.¹⁴⁹ Andererseits werden auch Gefahren, die negative Ereignisse auslösen können, wie bspw. ein Feuer oder ein Sturm, umgangssprach-

¹⁴² Die Begriffe «Versicherter» und «Versicherungsnehmer» werden in dieser Abhandlung als Synonyme verwendet. Es fallen darunter neben dem Versicherten als eigentlichem Vertragspartner des Versicherungsunternehmens auch die Anspruchsberechtigten, die Geschädigten, die Versicherungsinteressenten und ganz allgemein die Konsumenten. Vgl. dazu unten ausführlich III.B.4.1.a m.w.H.

¹⁴³ BRAESS, 11. STAUB, 169, bezeichnet das Risiko als die Basis des Geschäfts der Versicherungsunternehmen. Vgl. auch unten III.A.2.1.

¹⁴⁴ Die Herkunft des Begriffs «Risiko» ist nicht eindeutig geklärt (NOBEL, Risikobegriff, 8). Ausführlich zur Herkunft und Wandelung des Begriffs vgl. BERNSTEIN, passim.

¹⁴⁵ HETTICH, Risikovorsorge, Rz. 21; KOCH, Versicherungswirtschaft, 2.

¹⁴⁶ BRAESS, 11; HELTEN, Erfassung, 127; HETTICH, Risikovorsorge, Rz. 21; NGUYEN/ROMEIKE, 4.

¹⁴⁷ BRAESS, 11.

¹⁴⁸ SEILER, Technische Risiken, 38; ZWEIFEL/EISEN, 34.

¹⁴⁹ BRAESS, 11.

lich als Risiko bezeichnet. Ein Wagnis, d.h. eine Tätigkeit, aus der negative Ereignisse resultieren können, wie z.B. Autofahren oder Fliegen, stellt umgangssprachlich ebenso ein Risiko dar wie ein Objekt oder ein Subjekt, das Gefahren birgt wie z.B. Kernkraftwerke oder Krankenhäuser.¹⁵⁰

2. Im (Versicherungs-)Recht

In rechtlicher Hinsicht geht es im Zusammenhang mit Risiken vorwiegend um die Vermeidung von Schäden.¹⁵¹ Im Versicherungsrecht bezeichnet der Begriff «Risiko» den möglichen Eintritt eines künftigen¹⁵² ungewissen Ereignisses.¹⁵³ Dabei muss wenigstens der Zeitpunkt des Ereigniseintritts ungewiss sein.¹⁵⁴ Tritt das definierte Ereignis ein, liegt ein Versicherungsfall vor,¹⁵⁵ der für den Versicherten in der Regel negative Konsequenzen hat.¹⁵⁶

¹⁵⁰ HELTEN, Erfassung, 127; SCHRADIN/MALIK, 6.

¹⁵¹ NOBEL, Risikobegriff, 554.

¹⁵² Der Umstand, dass das Ereignis zukünftig sein muss und nicht schon eingetreten sein darf, ergibt sich aus dem zwingenden Art. 9 Abs. 2 VVG, der die Rückwärtsversicherung verbietet (BANZ, 16; KOENIG, Privatversicherungsrecht, 160; ROELLI, Kommentar VVG I, N 1 zu Art. 9). Das VVG wird derzeit teilrevidiert. Der Bundesrat hat die entsprechende Botschaft im November 2017 verabschiedet. Seit Anfang 2018 befindet sich das teilrevidierte VVG in der parlamentarischen Beratung (EFD, Revision VVG 2017). Nach Art. 10 E-VVG 2017 sind Rückwärtsversicherungen ausdrücklich zulässig. Die Umsetzung dieses Entwurfs wäre eine Anpassung des Gesetzes an die Realien, da in der Praxis bereits heute Versicherungen abgeschlossen werden, deren Beginn sich auf einen Zeitpunkt vor Vertragsabschluss bezieht (THOMI, 436). Nationalrat und Ständerat haben dieser Anpassung zugestimmt (vgl. Amtl. Bull. NR 2019, 757; Amtl. Bull. StR 2019, 760). Die Gesetzesrevision ist aber noch am Laufen.

¹⁵³ BGE 92 I 126, E. 4; BANZ, 16; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 487 ff.; MAURER, 242; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 4.

¹⁵⁴ GUSS, 19; MEYER, Privatunternehmungen, 430.

¹⁵⁵ BANZ, 16; LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, Rz. 353.

¹⁵⁶ So WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 4; LAMBERT-FAIVRE/LEVENEUR, Rz. 353 f. Das BGer führt nicht explizit aus, was die Folgen des Eintritts dieses Ereignisses sein müssen. Die Entscheide und Äusserungen in der Lehre können aber dahingehend interpretiert werden, dass in irgendeiner Form eine Schädigung zu erfolgen hat (vgl. dazu KOENIG, Privatversicherungsrecht, 162; ROELLI/JAEGER, Kommentar VVG II, N 3 zu Art. 48). A.A. MAURER, 242 Fn. 520; ZIEGLER, 22 ff., nach denen eine versicherte Gefahr unabhängig von einem Schaden vorliegen kann. Als Beispiel nennt MAURER die Summenversicherung und führt dazu Folgendes aus: «Wenn die Bezahlung einer bestimmten

3. In der Versicherungswirtschaft

In der Versicherungswirtschaft wird Risiko als die Möglichkeit des Eintritts von Ereignissen mit negativen Folgen bezeichnet.¹⁵⁷ Diese negativen Folgen verwirklichen sich meist in Form von wirtschaftlichen Einbussen; d.h. als Verlust von Vermögenswerten oder als finanzielle Aufwendungen.¹⁵⁸ Der Versicherungswirtschaftler KARTEN beschreibt den Risikobegriff verstärkt entscheidungsorientiert als Unsicherheit über Entscheidungsergebnisse.¹⁵⁹ Ähnlich leitet FARNY die Definition des Risikos daraus ab, dass Handlungen nicht zu bestimmten Ergebnissen, sondern zu Wahrscheinlichkeitsverteilungen von Ergebnissen führen. Demnach stellt das Risiko die Wahrscheinlichkeitsverteilung von Ergebnismöglichkeiten einer Handlung dar.¹⁶⁰ FARNY umschreibt den Risikobegriff damit sowohl aus Sicht der Entscheidungstheorie – die Handlungen sind das Resultat von Entscheidungen – als auch mathematisch basierend auf der Wahrscheinlichkeitstheorie.

Gemessen wird das Risiko dabei als Erwartungswert von Schadenausmass und Eintrittswahrscheinlichkeit oder einfacher ausgedrückt als Wahrscheinlichkeitsverteilung von Schäden.¹⁶¹ Die Wahrscheinlichkeitsverteilung ist gekennzeichnet durch den Erwartungswert und die Streuung. Der Erwartungswert entspricht dabei dem mit den Wahrscheinlichkeiten gewichteten Durchschnitt aller Ergebnismög-

Summe im Alter 50 vereinbart ist (Erlebensfallversicherung), so stellt das Erreichen dieses Alters kein wirtschaftlich schädigendes Ereignis dar.» MAURER ist entgegenzuhalten, dass auch bei Summenversicherungen ein Schaden entsteht, der allerdings schwer messbar ist (BANZ, 16 Fn. 74).

¹⁵⁷ KOCH, Versicherungswirtschaft, 2. Ähnlich auch ALBRECHT, Versicherungslexikon, 755.

¹⁵⁸ KOCH, Versicherungswirtschaft, 2.

¹⁵⁹ KARTEN, Risikopolitik, 214.

¹⁶⁰ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 25.

¹⁶¹ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 26 ff.; ZWEIFEL/EISEN, 34. Verallgemeinert ausgedrückt ist ein Risiko die Wahrscheinlichkeitsverteilung von ungünstigen Ergebnisausprägungen. Da diese negativen Ergebnisausprägungen meist in wirtschaftlichen Grössen (z.B. Vermögensverluste oder Gewinnausfälle) gemessen werden, wird von Schäden gesprochen (FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 29). In der allgemeinen ökonomischen Literatur wird Risiko als Wahrscheinlichkeitsverteilung aller möglichen Ergebnisse bezeichnet (PINDYCK/RUBINFELD, 180). Nach MANKIW/TAYLOR, 768, erfasst der Begriff «Risiko» nur negative Ergebnisse. Sie definieren das Risiko als «[d]ie Möglichkeit, dass mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit etwas passiert, das zu einem Verlust oder zu einem Schaden führt.»

lichkeiten. Die Streuung stellt ein Mass für die Abweichung der einzelnen Ergebnisausprägungen vom Erwartungswert dar.¹⁶² Der versicherungsökonomische Risikobegriff ist damit weitgehend quantitativ.¹⁶³

4. In der Versicherungspraxis

Die Versicherungspraxis bezeichnet auch den Versicherungsnehmer oder den Versicherungsvertrag, der ihn repräsentiert, als Risiko.¹⁶⁴ Im Sprachgebrauch der Versicherungspraktiker fallen zudem das versicherte Subjekt oder Objekt, die versicherte Gefahr und auch das versicherte Interesse unter den Begriff «Risiko».¹⁶⁵

5. Zwischenfazit und verwendeter Risikobegriff

Den aufgeführten Risikodefinitionen gemein ist eine negative Konnotation. Der Begriff «Risiko» kann aber auch eine Handlungsoption beschreiben. Das Eingehen eines Risikos kann dann eine Chance bzw. einen Nutzen bringen.¹⁶⁶ Der Nutzen kann sich wie der Schaden einstellen oder nicht.¹⁶⁷ Aus ökonomischer Perspektive kann das Risiko in diesem Sinne beschrieben werden als Wahrscheinlichkeitsverteilung von günstigen Ergebnissen.¹⁶⁸

¹⁶² FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 26. Vgl. ausführlich zu den einzelnen Elementen PINDYCK/RUBINFELD, 180 ff.

¹⁶³ Vgl. NOBEL, Ökonomie, 554 f.

¹⁶⁴ ALBRECHT, Versicherungslexikon 756; HELTEN, Erfassung, 131; ZWEIFEL/EISEN, 34.

¹⁶⁵ ALBRECHT, Versicherungslexikon, 756; HELTEN, Erfassung, 131; KOCH, Versicherungswirtschaft, 2; SCHRADIN/MALIK, 6.

¹⁶⁶ HETTICH, Risikovorsonge, Rz. 21; SEILER, Technische Risiken, 39 f. Vgl. auch ALBRECHT, Versicherungslexikon, 756; HELTEN, Erfassung, 129; KARTEN, Schwankungsfonds, 15. Teilweise wird ein Risiko mit möglichen positiven und negativen Ergebnisausprägungen als spekulatives Risiko bezeichnet, während ein Risiko mit nur negativen Ergebnisausprägungen als reines Risiko bezeichnet wird (vgl. z.B. HAX, 26; KARTEN, Einzelrisiko, 201).

¹⁶⁷ HETTICH, Risikovorsonge, Rz. 21; LUHMANN, 29. Vgl. auch FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 28, der eine günstige Abweichung vom Erwartungswert als Chance bezeichnet.

¹⁶⁸ Vgl. FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 26 und 28; ZWEIFEL/EISEN, 34, die jeweils von der Wahrscheinlichkeitsverteilung von möglichen Ergebnissen sprechen. In den möglichen Ergebnissen sind auch die positiven enthalten.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die verschiedenen Definitionsansätze folgende Parameter enthalten:

- Unsicherheit;
- Ereignisse;
- Ergebnis in der Zukunft.

Bei Betrachtung der einzelnen Elemente wird ersichtlich, dass dem Risiko ein Informationsdefizit inhärent ist.¹⁶⁹ Es fehlen Informationen über das Ereignis bzw. die Handlungen sowie die künftigen Ergebnismöglichkeiten und deren Kausalitäten.¹⁷⁰ HELTEN definiert den Risikobegriff in diesem Sinne als «Informationsdefizit über das Erreichen von Zielen».¹⁷¹ Diese Definition erfasst sowohl negative als auch positive Abweichungen von einem Ziel bzw. von bestimmten Erwartungen.¹⁷²

Der in dieser Abhandlung verwendete Risikobegriff kann als Unsicherheit über das Erreichen von erwarteten Ergebnissen aufgrund von künftigen Ereignissen umschrieben werden. Die Unsicherheit ist dabei mittels Wahrscheinlichkeiten kalkulierbar. Entsprechend dem Schutzanliegen des Versicherungsaufsichtsrechts stehen im Folgenden die negativen Abweichungen vom Erwartungswert im Fokus. In der Versicherungswirtschaft geht es primär um Schäden – also negative Abweichungen vom erwarteten Ergebnis –, weshalb ein negativ konnotierter Risikobegriff für die Erklärung der Versicherung bzw. des Versicherungsgeschäfts ebenfalls sinnvoll ist.¹⁷³ Werden in dieser Abhandlung die Geschäftsfelder von Versicherungsunternehmen besprochen, ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Eingehen von Risiken auch Chancen und Nutzen bringen kann. Der verwendete Risikobegriff ist sowohl ursachen- als auch ergebnisorientiert: Betrachtet werden

¹⁶⁹ Vgl. auch HELTEN, *Erfassung*, 129 f. Vgl. dort auch ausführlich zum Informationsdefizit des Risikobegriffs.

¹⁷⁰ Ähnlich ALBRECHT, *Versicherungslexikon*, 755 ff.; BITTL/MÜLLER, 376 f.; NGUYEN/ROMEIKE, 5. Gemäss FARNY, *Versicherungsbetriebslehre*, 28, ist bereits die tatsächliche Wahrscheinlichkeitsverteilung eines Ergebnisses Teil der unvollkommenen Informationen.

¹⁷¹ HELTEN, *Versicherung*, 90. Er konkretisiert die Definition dahingehend, als es sich um ein Informationsdefizit über geplante (gesteckte) Ziele handelt (HELTEN, *Konstrukt*, 21).

¹⁷² JOST, 10.

¹⁷³ So auch FARNY, *Versicherungsbetriebslehre*, 29.

sowohl die Ursachen (Unsicherheit bzw. Informationsdefizite), welche dem Risiko inhärent sind, als auch dessen Wirkung – also die Zielabweichung.¹⁷⁴

B. Gründe für die Regulierung des Versicherungsmarktes

Allgemein wird die Staatsaufsicht über das Privatversicherungswesen mit dessen Besonderheiten begründet:¹⁷⁵ Zwischen dem Abschluss des Versicherungsvertrages und der Erfüllung der daraus entstehenden Verbindlichkeiten kann eine lange Zeitspanne liegen.¹⁷⁶ Zudem vertrauen die Versicherten den Versicherern vor allem im Bereich der Lebensversicherung grosse Summen von (Spar-)Geldern an.¹⁷⁷ Der Versicherungsvertrag beinhaltet damit eine starke Vertrauenskomponente.¹⁷⁸ Die Höhe der Verpflichtungen der Versicherungsunternehmen ist zudem in hohem Masse vom Zufall abhängig.¹⁷⁹ Das Versicherungsunternehmen kann das zur Erfüllung der Verpflichtungen erforderliche Kapital nicht abschliessend bestimmen, sondern muss dieses aufgrund von versicherungsmathematischen Methoden und Modellen schätzen. Die Schätzwerte der erwarteten versicherungstechnischen Verpflichtungen gehen unweigerlich mit einem Einschätzungs- und Modellrisiko einher. Zudem werden die effektiven Versicherungsleistungen von den erwarteten Versicherungsleistungen abweichen.¹⁸⁰ Ein Mangel an Gewissenhaftigkeit oder Sachkenntnis kann dazu führen, dass aus den eingenommenen Versicherungsprä-

¹⁷⁴ Zur Unterscheidung zwischen dem ursachen- und ergebnisorientierten Risikobegriff vgl. KUNZE, 14 ff.

¹⁷⁵ Ausführlich zur Begründung der Versicherungsaufsicht und den verschiedenen Aufsichtstheorien vgl. GEY, 113 ff. m.w.H.

¹⁷⁶ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1885, 117; BOSS, 15; CHRISTINGER, Interview, 342; DUMAS, 233 f.; HALLER/ACKERMANN, 6/9; HAYMANN, 16; LUDESCHER, 5; RHINOW ET AL., § 38 Rz. 11.

¹⁷⁷ BLATTNER, 100; DIEHL, 15; HALLER/ACKERMANN, 6/9; HAYMANN, 16; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 2; CHRISTINGER, Interview, 342, spricht von eigentlichen Krediten über sehr lange Zeit.

¹⁷⁸ BOSS, 15; LUDESCHER, 5 und 23. Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 1885, 117, (der von Treu und Glauben spricht); DUMAS, 234; BSK VAG-MÄCHLER, N 46 zu Art. 1, nach der das Vertrauen der Versicherten zu schützen ist.

¹⁷⁹ HALLER/ACKERMANN, 6/9; LUDESCHER, 5.

¹⁸⁰ RADICE, 21.

mien nicht genügend versicherungstechnische Rückstellungen gebildet werden, was die Versicherungsunternehmen in finanzielle Schwierigkeiten und schliesslich in die Insolvenz bringen kann.¹⁸¹ Im Zusammenhang mit versicherungstechnischen Rückstellungen besteht sodann auch die Gefahr, dass diese absichtlich zu tief ermittelt werden, um den Überschuss des Geschäftsjahres zu beeinflussen und dadurch den Gewinn kurzfristig «zu schönen».¹⁸² Für die Versicherungsunternehmen besteht zudem ein grosser Anreiz, ihr Kapital, das unter anderem aus den Prämieeneinnahmen der Versicherungsnehmer besteht, in risikoreiche Anlagen zu investieren und dadurch ihre Zahlungsfähigkeit zu gefährden.¹⁸³ Das starke Informationsgefälle zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem Versicherten erschwert oder verunmöglicht es Letzterem gar, die komplexe Materie des Versicherungswesens und die Geschäftspraktiken der Versicherungsunternehmen zu überblicken.¹⁸⁴

Diese besonderen Charakteristika des immateriellen und hochkomplexen Wirtschaftsguts Versicherungsschutz machen den Versicherten besonders schutzbedürftig.¹⁸⁵ Zu diesen Besonderheiten des Versicherungswesens tritt die volkswirtschaftliche Bedeutung, die dem Versicherungswesen zugemessen wird.¹⁸⁶ Der mögliche Zusammenbruch eines oder gar mehrerer Versicherungsunternehmen

¹⁸¹ LUDESCHER, 5. Zu den versicherungstechnischen Rückstellungen vgl. unten II.C.3.1.c(1).

¹⁸² ALDER, 105; LUDESCHER, 5 f. Anschaulich zur Problematik der Reservierungspolitik und der Gefahr einer Unterreservierung vgl. BUFFET, 10 ff.

¹⁸³ Vgl. BOSS, 16.

¹⁸⁴ BGE 76 I 234, E. 3; BUNDESRAT, Botschaft VAG 1885, 119; BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 892; BOSS, 16; LUDESCHER, 6. Ähnlich auch CHRISTINGER, Versicherungsaufsicht, 4; FLÜTSCH, 258; MAURER, 112 f.; PFUND, Konsumentenschutz, 3; STAEHELIN, 248; HALLER/ACKERMANN, 6/9; SGK BV-HETTICH, N 19 zu Art. 98; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 2. DIEHL, 15, spricht von der Laienhaftigkeit der Versicherten und der Undurchsichtigkeit des Versicherungsmarktes. Zu den Informationsasymmetrien zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer vgl. unten III.B.5.3.

¹⁸⁵ BLATTNER, 100; SGK BV-HETTICH, N 19 zu Art. 98; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 2.

¹⁸⁶ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 891; BPV, Amtsbericht 1995, 14; LUDESCHER, 7. Vgl. auch DUMAS, 236. Als besonders schutzbedürftig gelten die Versicherungsnehmer im Bereich der Lebensversicherung als Teil der Altersvorsorge.

wird deshalb als ein bedeutendes volkswirtschaftliches Risiko gesehen, das es mittels staatlicher Aufsicht zu verhindern gilt.¹⁸⁷

Aus der Erkenntnis heraus, dass der Staat seine Bürger vor finanziellen Verlusten infolge des Zusammenbruchs von Versicherungsunternehmen schützen müsse, ist die grundsätzliche Notwendigkeit bzw. ökonomische Rechtfertigung¹⁸⁸ der Regulierung und Aufsicht von Privatversicherungsunternehmen unbestritten.¹⁸⁹

C. Rechtsgrundlagen der schweizerischen Versicherungsaufsicht

In der Schweiz haben Verfassungs- und Gesetzgeber die zuvor besprochene Notwendigkeit zur Regulierung des privaten Versicherungswesens früh erkannt und dieses bereits in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts unter staatliche Aufsicht gestellt.¹⁹⁰ Um den beschriebenen Besonderheiten des Versicherungswesens gerecht zu werden, ist über die Zeit ein Aufsichtsregime mit Normen auf Ebene von Staatsvertrag, Verfassung, Gesetz und Verordnung entstanden. Nachfolgend werden die geltenden Rechtsgrundlagen der Aufsicht über das private Versicherungswesen in der Schweiz betrachtet. Die rechtliche Verortung des schweizerischen Versicherungsaufsichtswesens ist notwendige Grundlage für die anschliessende Auslegung des Begriffs des versicherungsfremden Geschäfts.

1. Staatsverträge

Die Schweiz hat drei Staatsverträge im Bereich des Versicherungsaufsichtsrechts abgeschlossen: Das Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweiz und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (Schadenversicherungsabkommen) sowie das Abkommen vom 19. Dezember 1996 zwischen der Schweiz und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Direktversicherung sowie die Versiche-

¹⁸⁷ LUDESCHER, 7; STAEHELIN, 248.

¹⁸⁸ Ausführlicher zur ökonomischen Rechtfertigung vgl. unten III.B.5.1.

¹⁸⁹ LUDESCHER, 7. Vgl. auch EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 12.

¹⁹⁰ Vgl. dazu ausführlich unten III.B.2.

rungsvermittlung¹⁹¹. Das Direktversicherungsabkommen mit dem Fürstentum Liechtenstein wird ergänzt durch das Elementarschadenversicherungsabkommen^{192, 193}.

Das Schadenversicherungsabkommen mit der EU regelt die Voraussetzungen der Tätigkeit von Schadenversicherern durch Zweigniederlassungen und Agenturen im Gebiet des Vertragspartners. Es enthält die Voraussetzungen der gegenseitigen Niederlassungsfreiheit für individuelle Schadenversicherungsunternehmen.¹⁹⁴ Ziel des Schadenversicherungsabkommens ist es, auf Grundlage der Gegenseitigkeit einen ausreichenden Schutz der Versicherten der beteiligten Mitgliedstaaten sicherzustellen.¹⁹⁵ Der Geltungsbereich des Abkommens ist in zweierlei Hinsicht begrenzt: Zum einen ist nur die Schadenversicherung, nicht aber die Lebensversicherung erfasst.¹⁹⁶ Zum anderen ist nur die Niederlassungsfreiheit verwirklicht; Dienstleistungsfreiheit besteht nicht.¹⁹⁷ Schweizer Direktversicherungsunternehmen haben gestützt auf das Schadenversicherungsabkommen die Möglichkeit, diskriminierungsfrei im Rahmen besonders formulierter Zulassungs- und Tätigkeitsbedingungen durch Agenturen und Zweigniederlassungen in der EU eine selbstständige Tätigkeit im Bereich der Direktversicherung aufzunehmen.¹⁹⁸ Neben den Voraussetzungen zur Zulassungserteilung schreibt das Schadenversicherungsabkommen auch diejenigen der laufenden Aufsicht und eines möglichen

¹⁹¹ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die Direktversicherung sowie die Versicherungsvermittlung vom 19. Dezember 1996, SR 0.961.514.

¹⁹² Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein betreffend die durch private Versicherungsunternehmen betriebene Elementarschadenversicherung vom 10. Juli 2015, SR 0.961.514.1.

¹⁹³ Die beiden Abkommen mit dem Fürstentum Liechtenstein sind für den Gang dieser Abhandlung nicht weiter beachtlich, es wird deshalb auf weitere Ausführungen dazu verzichtet.

¹⁹⁴ KUHN, Swisslex, 707; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 16; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 4.

¹⁹⁵ KUHN, Versicherungsrecht, 473.

¹⁹⁶ BRULHART, Rz. 97; WEBER/BAISCH, § 2 Rz. 63. Vgl. auch KUHN, Versicherungsconsumenten, 376; KUHN, Versicherungsrecht, 476.

¹⁹⁷ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.5 Fn. 13; WEBER/BAISCH, § 2 Rz. 63. Vgl. auch KUHN, Versicherungsconsumenten, 376.

¹⁹⁸ KUHN, Versicherungsrecht, 474; WEBER/BAISCH, § 2 Rz. 64. Dies gilt umgekehrt auch für Direktversicherer aus der EU, die sich in der Schweiz niederlassen wollen.

Zulassungsentzugs fest; dies unter der Solvabilität I¹⁹⁹.²⁰⁰ Der Swiss Solvency Test (SST) in der Schweiz und die neuen risikobasierten Kapitalanforderungen in der Solvabilität II²⁰¹ in der EU haben mittlerweile die Solvabilität I ersetzt. Es besteht deshalb Bedarf für eine Neubeurteilung des Abkommens.²⁰² Obwohl die Schweiz gestützt auf das bilaterale Abkommen nicht verpflichtet ist, die Weiterentwicklungen im Bereich des Versicherungsaufsichtsrechts der EU zu übernehmen, ist dies durch das neue VAG von 2004 in Form des sogenannten freiwilligen autonomen Nachvollzugs geschehen.²⁰³

2. Verfassung

Die Wirtschaftsaufsicht auf dem Gebiet des Versicherungswesens ist gemäss Art. 98 Abs. 3 BV Bundessache.²⁰⁴ Der Bund verfügt demnach im Privatversicherungswesen über eine umfassende Kompetenz mit nachträglich derogatorischer Wirkung.²⁰⁵ Der Bund ist nicht nur zum Erlass wirtschaftspolizeilicher Vorschriften ermächtigt, vielmehr ist er dazu verpflichtet.²⁰⁶ Die Kompetenz des Bundes erfasst nur die privaten Versicherungen.²⁰⁷

¹⁹⁹ Solvabilität I ist eine auf das Geschäftsvolumen bezogene Methode zur Ermittlung des erforderlichen Eigenkapitals. In der Schadenversicherung wird dabei das Geschäftsvolumen ausgedrückt in Prämien und Schadenbelastungen. In der Lebensversicherung bestimmt sich das Geschäftsvolumen aus den mathematischen Rückstellungen. Dem erforderlichen Eigenkapital wird die verfügbare Solvabilität, mithin das anrechenbare Eigenkapital, gegenübergestellt (vgl. Art. 22 Abs. 3 AVO; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.31).

²⁰⁰ MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 16.

²⁰¹ Art. 100 ff. Solvabilität II.

²⁰² MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 16.

²⁰³ WEBER/BAISCH, § 2 Rz. 71 f.

²⁰⁴ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 7. Vgl. auch ZEN-RUFFINEN, Kommentar aBV, N 5 zu Art. 34 Abs. 2.

²⁰⁵ BIAGGINI, Kommentar BV, N 12 zu Art. 98; HETTICH, Verfassungsrecht, § 1 Rz. 19; BSK BV-KAUFMANN/UTZ, N 26 zu Art. 98; SGK BV-HETTICH, N 19 zu Art. 98.

²⁰⁶ BSK BV-KAUFMANN/UTZ, N 26 zu Art. 98; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 7.

²⁰⁷ SGK BV-HETTICH, N 23 zu Art. 98. Eine Abgrenzung zwischen privaten und öffentlichen Versicherungen ist dem Verfassungstext nicht zu entnehmen. Abgrenzungsprobleme sind etwa in Fällen vorstellbar, in denen private Anbieter Versicherungsdienstleistungen in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erbringen wie z.B.

Inhaltlich geht es in Art. 98 Abs. 3 BV um Gefahrenabwehr, d.h. um den Schutz von Polizeigütern: Es soll einerseits der Versicherungsnehmer vor der Insolvenz des Versicherers geschützt werden, andererseits soll ein funktionierender Versicherungsmarkt (Funktionsschutz) gewährleistet werden.²⁰⁸ Art. 98 Abs. 3 BV enthält keine Ermächtigung zur Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit i.S.v. Art. 94 Abs. 4 BV.²⁰⁹ Gestützt auf Art. 98 Abs. 3 BV sind somit ausschliesslich grundsatzkonforme Massnahmen zulässig.²¹⁰

3. Bundesgesetze

Die Versicherungsaufsicht beruht in der Schweiz auf mehreren formellen Gesetzen. Materiell ist sie primär im Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen geregelt. Institutionelle Grundlage bildet das sektorübergreifende Finanzmarktaufsichtsgesetz²¹¹. Auch das Versicherungsvertragsgesetz²¹², das für das privatrechtliche Verhältnis zwischen den Versicherten und den Versicherungsunternehmen massgebend ist, enthält gewisse Normen mit aufsichtsrechtlicher Relevanz.

Krankenversicherungen (SGK BV-JACOBS, N 14 zu Art. 98 [2. Aufl.]). In der Lehre wurden hierfür relativ offene Kriterien entwickelt, wie die Begründung durch öffentliches Recht, die Wahrnehmung einer öffentlichen Aufgabe oder das Angebot privater Versicherungsverträge (MAURER, 96 f.; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 4; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 21).

²⁰⁸ VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 7. Nach WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 4; SGK BV-JACOBS, N 2 zu Art. 98 (2. Aufl.), geht der Funktionsschutz über den klassischen Polizeigüterschutz hinaus. In jüngerer Zeit wird dem Funktionsschutz hingegen polizeilicher Charakter zugeschrieben. So z.B. BGE 137 II 431, E. 4.1; kritisch noch RHINOW/BAYERDÖRFER, Rz. 126; differenzierend KLEINER/SCHWOB/KRAMER, Kommentar BankG, N 17 zu Art. 1.

²⁰⁹ BGE 99 Ib 51, E. 4b; HETTICH, Verfassungsrecht, § 1 Rz. 20; SGK BV-HETTICH, N 20 zu Art. 98; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.4; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 7; ZEN-RUFFINEN, Kommentar aBV, N 7 zu Art. 34 Abs. 2.

²¹⁰ VALLENDER/VEIT, 44. Vgl. auch VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 82.

²¹¹ Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG) vom 22. Juni 2007, SR 956.1.

²¹² Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908, SR 221.229.1.

3.1. Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Privatversicherungsunternehmen

a. Grundzüge

Die Aufsicht über Versicherungsunternehmen ist in der Schweiz im VAG geregelt, das der Bund gestützt auf Art. 98 Abs. 3 BV erlassen hat.²¹³ Das VAG hat gewerbepolizeilichen Charakter und ist auf Gefahrenabwehr begrenzt.²¹⁴

Das als Rahmengesetz konzipierte VAG enthält die Hauptregelungspunkte der Versicherungsaufsicht, überlässt deren Konkretisierung hingegen den Verordnungen und Weisungen.²¹⁵ Überdies baut das VAG auf der Prämisse der Selbstregulierung auf. Unternehmerische Regeln und Modelle sollen das staatliche Normenwerk ergänzen.²¹⁶ Konkretisiert wird das VAG durch die vom Bundesrat erlassene Aufsichtsverordnung.²¹⁷

Gegenstand der Versicherungsaufsicht sind in persönlicher Hinsicht gemäss Art. 1 Abs. 1 VAG die privaten Versicherungsunternehmen sowie die Versicherungsvermittler. Versicherungsgruppen und -konglomerate²¹⁸ werden gemäss Art. 2

²¹³ HETTICH, Verfassungsrecht, § 1 Rz. 23; SCHÜRMANN, 88.

²¹⁴ BGE 76 I 234, E. 2; 99 Ib 51, E. 4b; FLÜTSCH, 260; GEY, 130; HARTMANN, 31; KRAMER, A., 26; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 165 und 179; PFUND/BURKI/WALDMEIER, 7; SCHAER, § 5 Rz. 4; SCHÜRMANN, 88 f.; TSCHANNEN/LOCHER, 71 f. Vgl. auch BGer 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012, E. 2.7.

²¹⁵ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 1.34; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 23; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 23. Vgl. auch MÄCHLER-ERNE, Industrie, 31 f.

²¹⁶ MÄCHLER-ERNE, Industrie, 32 f.; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 23. Seit der AVO-Revision von 2015 genehmigt die FINMA die Verwendung eines internen Modells zur Berechnung des risikotragenden Kapitals nur, wenn kein Standardmodell sachgerecht erscheint (Art. 50c AVO).

²¹⁷ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Aufsichtsverordnung, AVO) vom 9. November 2005, SR 961.011.

²¹⁸ Eine Versicherungsgruppe setzt sich aus zwei oder mehreren Unternehmen zusammen, die eine wirtschaftliche Einheit bilden oder auf andere Weise durch Einfluss oder Kontrolle miteinander verbunden sind (Art. 64 lit. c und Art. 72 lit. d VAG); dabei ist mindestens eines dieser Unternehmen ein Versicherungsunternehmen (Art. 64 lit. a und Art. 72 lit. a VAG) und die Unternehmen sind in ihrer Gesamtheit hauptsächlich im Versicherungsbereich tätig (Art. 64 lit. b VAG). Eine Unternehmensgruppe wird sodann als Versicherungskonglomerat bezeichnet, wenn zusätzlich zu den Voraussetzungen für das Vorliegen einer Versicherungsgruppe eines der Gruppenunternehmen eine Bank oder ein Effektenhändler ist (Art. 72 lit. a–d VAG).

Abs. 1 lit. d VAG ebenfalls von der Versicherungsaufsicht erfasst. In sachlicher und örtlicher Hinsicht unterstehen Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz, welche die Direkt- oder Rückversicherung betreiben, sowie Direktversicherungsunternehmen mit Sitz im Ausland für ihr in der Schweiz oder von der Schweiz aus betriebenes Geschäft der schweizerischen Versicherungsaufsicht.²¹⁹ Davon bestehen verschiedene Ausnahmen.²²⁰ Die Rückversicherungsunternehmen unterstehen einer eingeschränkteren Aufsicht.²²¹

Nach Art. 1 Abs. 2 VAG bezweckt das VAG «insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen.»²²²

b. Inhalt der Versicherungsaufsicht gemäss VAG

Die Versicherungsaufsicht in der Schweiz kann weitgehend als prudentielles Regulierungskonzept²²³ charakterisiert werden.²²⁴ Es werden den Versicherungsunternehmen sowohl quantitative als auch qualitative Vorgaben zur finanziellen Ausstattung, der Unternehmenssteuerung und dem Risikomanagement gemacht.²²⁵ Das VAG enthält Bestimmungen zur Aufnahme²²⁶, zur Ausübung²²⁷ sowie zur Beendigung²²⁸ der Versicherungstätigkeit.

²¹⁹ Art. 2 Abs. 1 VAG.

²²⁰ Art. 2 Abs. 2 VAG.

²²¹ Vgl. Art. 35 VAG. Vgl. WEBER/BAISCH, § 8 Rz. 74 ff.

²²² Ausführlich zum Zweck des VAG vgl. unten III.B.4.1.

²²³ «Prudentielle Aufsicht» ist ein Sammelbegriff für das gesamte Instrumentarium in einem Aufsichtssystem, das insbesondere die Ziele des Gläubiger- und Versicherten-schutzes, der Transparenz und Gleichbehandlung der Anleger, des Funktionsschutzes und des Schutzes des Rufs des Finanzplatzes bezweckt. Der Begriff «prudentiell» kann mit «umsichtig» oder «vorsichtig» umschrieben werden (EXPERTENKOMMISSION ZIMMERLI, 9; LUDESCHER, 8 Fn. 169).

²²⁴ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.10. In der Vermittleraufsicht ist das Regulierungsinstrumentarium weniger weitgehend ausgeschöpft (MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 9).

²²⁵ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.10; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 9.

²²⁶ Art. 3–1 VAG.

²²⁷ Art. 16–39 VAG.

²²⁸ Art. 60–63 VAG.

Eines der wichtigsten Instrumente der Versicherungsaufsicht ist die zur Aufnahme der Versicherungstätigkeit vorgesehene Bewilligungspflicht^{229, 230}. Die Bewilligung wird für genau definierte Versicherungszweige erteilt; eine Erweiterung der Geschäftstätigkeit auf andere Versicherungszweige bedarf deshalb einer zusätzlichen Bewilligung.²³¹ Die Bewilligungsvoraussetzungen müssen auch nach Erhalt der Bewilligung dauernd eingehalten werden.²³²

Ein Unternehmen, das bei der FINMA um eine Bewilligung für den Betrieb eines Privatversicherungsunternehmens ersucht, hat zusammen mit dem Gesuch einen Geschäftsplan einzureichen.²³³ Im Geschäftsplan legt das Versicherungsunternehmen verbindlich fest, wie es gedenkt, sein Geschäft zu betreiben.²³⁴ Sensitive Änderungen am Geschäftsplan (Änderungen der Statuten, des verantwortlichen Aktuars, der Revisionsstelle, der Versicherungszweige und der Tarife im Bereich Krankenzusatzversicherung und der beruflichen Vorsorge) bedürfen der Genehmigung der FINMA.²³⁵ Zur Aufnahme der Versicherungstätigkeit hat ein Versicherungsunternehmen daneben noch zahlreiche weitere Voraussetzungen zu erfüllen.²³⁶

²²⁹ Art. 3 VAG.

²³⁰ MÄCHLER-ERNE, Perspektiven, 60 f. Es handelt sich bei der Bewilligung zur Ausübung der Versicherungstätigkeit um eine klassische Polizeibewilligung. Werden die im Gesetz genannten Voraussetzungen erfüllt (Art. 6 Abs. 1 VAG), besteht ein Rechtsanspruch auf deren Erteilung (GEMPERLE, 66; HETTICH, Verfassungsrecht, § 1 Rz. 23; KRAMER, A., 119; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 194; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.17).

²³¹ Art. 6 Abs. 3 VAG.

²³² Vgl. LACHER, Rz. 295.

²³³ Art. 4 FINMAG.

²³⁴ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.17. Die Themenbereiche des Geschäftsplans umfassen die statutarischen Grundlagen, die Organisation und Organe, die finanzielle Situation, die Versicherungstätigkeit sowie die Prozesse (im Risikomanagement und Outsourcing).

²³⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 1 VAG. Änderungen an allen übrigen Teilen des Geschäftsplans gelten hingegen als genehmigt, wenn nach erfolgter Mitteilung an die FINMA nicht innerhalb von vier Wochen eine Prüfung eingeleitet wird (Art. 5 VAG i.V.m. Art. 5 AVO).

²³⁶ Die Bestimmungen betreffen die Rechtsform (Art. 7 VAG), das Mindest- und Eigenkapital (Art. 8 VAG i.V.m. Art. 6–10 AVO bzw. Art. 9 VAG) sowie den Organisationsfonds (Art. 10 VAG i.V.m. Art. 11 AVO). Der Organisationsfonds dient primär dazu, die Kosten der Gründung und des Aufbaus des Unternehmens oder einer ausser-

c. Insbesondere Solvenzaufsicht²³⁷

Unter Solvenz²³⁸ wird gemeinhin die Fähigkeit verstanden, den eingegangenen Verbindlichkeiten sowohl kurzfristig durch ausreichend Liquidität als auch langfristig mit genügend Eigenkapital nachzukommen.²³⁹ Die Solvenz wird durch quantitative und qualitative Vorgaben sichergestellt. Der quantitativen Solvenzaufsicht dienen die Vorschriften über die finanzielle Ausstattung.²⁴⁰ Zu der qualitativen Solvenzaufsicht zählen Vorschriften, welche die sogenannte «non financial performance» betreffen, d.h. die Organisation, Struktur und Prozesse eines Versicherungsunternehmens.²⁴¹ Neben dem eigentlichen Risikomanagement erfasst das qualitative Risikomanagement die Corporate Governance mit der Aufgabenverteilung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, die Kontrollfunktionen und die Einhaltung des Rechtsrahmens.²⁴²

(1) Versicherungstechnische Rückstellungen

Das Versicherungsgeschäft ist «rückstellungsgetrieben»: Das Versicherungsunternehmen hat ausreichend versicherungstechnische Rückstellungen zu bilden, um der Leistungspflicht unter dem Versicherungsvertrag, die von einem ungewissen, in der Zukunft liegenden Ereignis abhängt, nachkommen zu können.²⁴³ Nach

gewöhnlichen Geschäftsausweitung zu decken (BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3813; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 207). Ausführlicher zum Organisationsfonds vgl. WEBER/BAISCH, § 5 Rz. 12 ff.

²³⁷ Unter «Solvenzaufsicht» sind hier alle Instrumente zu verstehen, die der Sicherung der Zahlungsfähigkeit der Versicherungsunternehmen dienen. Dagegen dienen die Instrumente der «Missbrauchsaufsicht» dem Schutz der Versicherungsnehmer vor Missbräuchen der Versicherungsunternehmen. Diese Unterscheidung ergibt sich aus dem Zweck des VAG (vgl. dazu unten III.B.4.1). So auch BANZ, 154 Fn. 779.

²³⁸ In der Literatur werden die Begriffe «Solvenz» und «Solvabilität» z.T. als Synonyme verwendet (so z.B. KELLER/LEUKERT, 136 Fn 1; ARQUINT, Bilanzrecht, 19 Fn. 168). In dieser Abhandlung wird jedoch mit «Solvenz» die Fähigkeit der Versicherer beschrieben, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Unter «Solvabilität» sind die ausreichenden Eigenmittel der Versicherer zu verstehen (so auch LACHER, Rz. 303).

²³⁹ LACHER, Rz. 302.

²⁴⁰ WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 1.

²⁴¹ BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO 2004, 4; FINMA; Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 7; KUHN, Entwicklungen, 184; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 111.

²⁴² EFD, Teilrevision AVO, 4. Auf die Corporate Governance, die Kontrollfunktionen und die Compliance wird im Folgenden nicht weiter eingegangen.

²⁴³ MORSCHER, Versicherungen, 70.

Art. 16 Abs. 1 VAG ist ein Versicherungsunternehmen verpflichtet, versicherungstechnische Rückstellungen für die gesamte Geschäftstätigkeit zu bilden. Es sind Rückstellungen für künftige Verbindlichkeiten aus abgeschlossenen Versicherungsverträgen.²⁴⁴ Je nach Versicherungssparte sind unterschiedliche Arten von versicherungstechnischen Rückstellungen zu bilden.²⁴⁵ Berechnet werden die versicherungstechnischen Rückstellungen anhand statistischer Methoden, Erfahrungswerten und Modellen.²⁴⁶ Trotzdem bleiben Unsicherheiten über die künftigen Entwicklungen und damit darüber bestehen, ob ausreichend versicherungstechnische Rückstellungen gebildet wurden.²⁴⁷ Sie müssen deshalb laufend angepasst werden.²⁴⁸ Die passivseitigen versicherungstechnischen Rückstellungen sind auf der Aktivseite der Bilanz eines Versicherungsunternehmens mit dem sogenannten gebundenen Vermögen zu decken.²⁴⁹

(2) *Gebundenes Vermögen*

Die Versicherer haben ihre Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen, d.h. die versicherungstechnischen Rückstellungen, mit freien unbelasteten Vermögenswerten zu bedecken.²⁵⁰ Dieses sogenannte gebundene Vermögen entspricht in der Höhe den versicherungstechnischen Rückstellungen sowie spartenspezifischen Zuschlägen.²⁵¹ Es dient als besonderes Haftungssubstrat der vorrangigen Befriedigung der Ansprüche der Versicherten im Konkursfall.²⁵² Zweck des ge-

²⁴⁴ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.26; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 65.

²⁴⁵ Art. 55 AVO (Lebensversicherung); Art. 69 AVO (Schadenversicherung).

²⁴⁶ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.26; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 65.

²⁴⁷ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.26.

²⁴⁸ MORSCHER, Versicherungen, 70 f.

²⁴⁹ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 26.28; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.27 und 3.29; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 65. Zur Bildung, Bewertung und Auflösung der versicherungstechnischen Rückstellungen vgl. FINMA-RS 2008/43 «Lebensversicherung»; FINMA-RS 2008/42 «Rückstellungen Sachversicherung». Vgl. auch BSK VAG-GEY, N 34 zu Art. 17.

²⁵⁰ BSK VAG-GEY, N 18 zu Art. 17; LACHER, Rz. 381; LUDESCHER, 20.

²⁵¹ Art. 18 VAG. MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.29; MORSCHER, Versicherungen, 71 f. Zu den Zuschlägen vgl. Art. 56 AVO (Lebensversicherung) und Art. 68 AVO (Schadenversicherung).

²⁵² Art. 54a Abs. 2 VAG. BPV, Jahresbericht 2006, 43; BSK VAG-GEY, N 39 zu Art. 17; LACHER, Rz. 382; LUDESCHER, 20; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.29; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 71. Vgl. auch FINMA-RS 2016/5 «Anlagerichtlinien – Versicherer».

gebundenen Vermögens ist mithin die materielle Sicherstellung der Versichertenansprüche und deren einheitliche Regelung für das Leben- und Nicht-Lebengeschäft.²⁵³

Um «eine gewisse Sicherheit in Bezug auf Bestand und Werthaltigkeit» des gebundenen Vermögens zu gewährleisten,²⁵⁴ haben die Versicherer spezielle Vorschriften bei der Anlage des gebundenen Vermögens zu beachten.²⁵⁵ Die Vorschriften regeln sowohl die Anlagegrundsätze (Sicherheit, finanzielle Lage sowie Struktur der zu erwarteten Entwicklung des Versicherungsbestandes)²⁵⁶ als auch die zulässigen Vermögenswerte,²⁵⁷ die Anforderungen an Organisation und Prozesse im Anlagebereich²⁵⁸ sowie die Bewertung²⁵⁹.²⁶⁰ Aktiven, die nicht dem gebundenen Vermögen zugewiesen werden, gehören zum sogenannten freien Vermögen. Diesem steht auf der Passivseite der Bilanz das Fremd- und Eigenkapital gegenüber.²⁶¹

(3) *Solvabilität*

Die Solvabilität des Versicherungsunternehmens, die in Art. 9 VAG geregelt ist, steht in unmittelbarem Zusammenhang mit dessen Zahlungsfähigkeit.²⁶² Es handelt sich dabei um eine Eigenmittelvorschrift, die im Grunde verlangt, dass das Versicherungsunternehmen mit ausreichenden freien und unbelasteten Eigenmitteln für seine gesamte Tätigkeit ausgestattet ist (Solvabilitätsspanne²⁶³).²⁶⁴ Die Eigenmittel stellen zusammen mit dem Mindestkapital und dem Organisations-

²⁵³ BSK VAG-GEY, N 18 und 21 zu Art. 17. Daneben dient das gebundene Vermögen der Erfüllung des Zwecks der Versicherungsaufsicht im Allgemeinen (vgl. LUDESCHER, 23 f.). Zum Zweck des VAG im Allgemeinen vgl. unten III.B.4.1.

²⁵⁴ WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 74.

²⁵⁵ Art. 70 ff. AVO.

²⁵⁶ Art. 76 Abs. 2 AVO.

²⁵⁷ Art. 79 ff. AVO.

²⁵⁸ Art. 78 AVO.

²⁵⁹ Art. 88 AVO.

²⁶⁰ Vgl. auch FINMA-RS 2016/5 «Anlagerichtlinien – Versicherer».

²⁶¹ BSK VAG-GEY, N 38 zu Art. 17.

²⁶² LUDESCHER, 14 f.

²⁶³ Vgl. Art. 9 Abs. 1 VAG.

²⁶⁴ MORSCHER, Versicherungen, 72.

fonds die Kapitalbasis eines Versicherungsunternehmens dar.²⁶⁵ Die Eigenmittel gehen über die versicherungstechnischen Rückstellungen hinaus und erfüllen dadurch eine «Pufferfunktion», falls Risiken eintreten, die mit den versicherungstechnischen Rückstellungen bzw. dem gebundenen Vermögen nicht aufgefangen werden können.²⁶⁶ Die Eigenmittelvorschriften stellen sicher, dass die eingegangenen Verpflichtungen stets in einem angemessenen Verhältnis zu den eigenen Mitteln stehen.²⁶⁷ Sie dienen damit der Sicherstellung der Ansprüche sämtlicher Gläubiger des Versicherungsunternehmens, d.h. nicht nur der Versicherungsnehmer²⁶⁸, und tragen (mittelbar) zum Schutz der Versicherungsnehmer vor Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen bei.²⁶⁹

Bis zur Einführung des SST mit der Totalrevision des VAG 2004 bildete die sogenannte Solvabilität I das Kapitalmass, mit dem formelhaft anhand des Volumens des Versicherungsgeschäfts das erforderliche Kapital bestimmt wurde.²⁷⁰ Aufgrund verschiedener Schwachstellen (unvollständige Abbildung der Risiken, statische Betrachtung, mangelnde Anreize zu prospektivem Risikomanagement und ökonomisch effizientem Kapitalmanagement)²⁷¹ wird die Solvabilität I nur noch im Bereich des Schadensversicherungsabkommens mit der EU angewendet.²⁷² Auch diese Pflicht wird mittelfristig dahinfallen, da das Schadenversicherungsabkommen seit Inkrafttreten der Solvabilität II neu auszuhandeln ist.²⁷³

Mit der Totalrevision des VAG von 2004 wurde der SST als risikobasierte Methode zur Ermittlung des erforderlichen ökonomischen Eigenkapitals einge-

²⁶⁵ BSK VAG-BESSON/FRIGO, N 1 zu Art. 9.

²⁶⁶ LACHER, Rz. 305; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.30.

²⁶⁷ BSK VAG-BESSON/FRIGO, N 1 zu Art. 9; ZOBL/BLÖCHLINGER, 57.

²⁶⁸ Vgl. LUDESCHER, 15.

²⁶⁹ BSK VAG-BESSON/FRIGO, N 1 zu Art. 9 WEBER/BLÖCHLINGER, 57. Zur Mittelbarkeit des Schutzes der Versicherten vor der Insolvenz der Versicherungsunternehmen vgl. BSK VAG-GEY, N 8 f. zu Art. 17.

²⁷⁰ MÄCHLER, Dynamik, 354. Vgl. auch WITZEL, 3 und 9 ff.

²⁷¹ Vgl. BPV, Jahresbericht 2006, 9; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 201; LACHER, Rz. 336; WITZEL, 17; WEBER/UMBACH, § 6 Rz. 52. Vgl. auch MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 76; KELLER/LEUKERT, 139.

²⁷² EFD, Teilrevision AVO, 6; SÜSSKIND, Versicherungsaufsicht, 376; WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 4. Bis zur Teilrevision der AVO 2015 wurden SST und Solvabilität I parallel angewendet.

²⁷³ Im Folgenden wird deshalb auf eine eingehende Erläuterung der Solvabilität I verzichtet.

führt.²⁷⁴ Ziel des SST ist der Schutz der Versicherungsnehmer sowie die Erhöhung der Transparenz.²⁷⁵ Durch ein transparentes System soll neben dem Schutz der Versicherungsnehmer auch das Risikomanagement der Versicherungsunternehmen verbessert werden.²⁷⁶ Der SST ist prinzipienbasiert:²⁷⁷ Die Aufsicht gibt gewisse Prinzipien vor, die von den Versicherungsunternehmen in Eigenverantwortung umzusetzen sind.²⁷⁸ Sie haben insbesondere den SST so durchzuführen, dass ihre Risikosituation angemessen berücksichtigt wird.²⁷⁹ Der SST stellt damit ein Instrument der Risikomessung dar.²⁸⁰

Nach dem SST wird das Zielkapital eines Versicherungsunternehmens dem risikotragenden Kapital gegenübergestellt.²⁸¹ Das Zielkapital muss mindestens so hoch sein, dass ein Versicherungsunternehmen mit einer gewissen vorgegebenen Sicherheit sein Geschäft auch nach Ablauf eines Jahres fortführen und mindestens seine Verpflichtungen gegenüber den Versicherten erfüllen kann.²⁸² Das Zielkapital bildet, vereinfacht ausgedrückt, die Höhe der Risiken eines Versicherungsunternehmens ab:²⁸³ Je höher die Risiken eines Versicherungsunternehmens sind,

²⁷⁴ ARQUINT, Bilanzrecht, 20 f.; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.32; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 77. Vgl. auch FINMA-RS 17/3 «SST», Rz. 6.

²⁷⁵ WITZEL, 2, nennt zusätzlich die Gewährleistung der Stabilität des Versicherungsmarktes. Er bezieht sich dabei aber nicht auf den SST sondern auf die Solvabilitätsanforderungen im Allgemeinen.

²⁷⁶ BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO 2004, 9; BPV, Weissbuch, 4 f.; WEBER/ISELI, 79.

²⁷⁷ BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO 2004, 9; KELLER, P., 98; LACHER, Rz. 349; LEUKERT, 109 f.; MÄCHLER-ERNE, Bewegung, 41 f.

²⁷⁸ KELLER/LEUKERT, 142. Vgl. dort (142 ff.) auch zu den einzelnen Prinzipien.

²⁷⁹ KELLER, P., 98.

²⁸⁰ LEUKERT, 116.

²⁸¹ BSK VAG-KELLER/SCHOTT, N 95 zu Art. 9; KUHN, Entwicklungen, 184.

²⁸² BPV, Weissbuch, 12; KELLER, P., 98; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.32; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 77. Art. 41 Abs. 1 AVO spricht vom «Value at Risk» (VaR) und dem «Expected Shortfall». Der Value at Risk bezeichnet einen Schwellenwert: 99 % der Verluste eines Versicherungsunternehmens fallen geringer aus als die Verlusthöhe des Value at Risk (BPV, Weissbuch, 13). D.h. mit einer Eintrittswahrscheinlichkeit von 99 % wird der VaR nicht überschritten (LACHER, Rz. 351). Der Expected Shortfall beschreibt, wie gross der Durchschnitt aller möglichen Verluste ist, die den Value at Risk übersteigen (BPV, Weissbuch, 13).

²⁸³ BPV, Technisches Dokument, 3; BPV, Weissbuch, 12; FINMA, Faktenblatt, 1; WEBER/ISELI, 81 f.

desto höher sind auch die Kapitalanforderungen.²⁸⁴ Berücksichtigt werden mindestens das Markt- und Kreditrisiko sowie das versicherungstechnische Risiko.²⁸⁵ Operationelle Risiken werden grundsätzlich quantitativ nicht einbezogen, können aber zu Zuschlägen führen.²⁸⁶ Weiter sind auch Konzentrationsrisiken mit Zuschlägen auf dem Zielkapital zu berücksichtigen.²⁸⁷ Damit ermöglicht der SST ein nahezu umfassendes Risikobild eines Versicherungsunternehmens.²⁸⁸ Rechtliche Risiken und Reputationsrisiken werden im SST nicht behandelt.²⁸⁹

Bei der Berechnung des Kapitalbedarfs werden nach Art. 46 AVO sämtliche Aktiven und Passiven des Versicherungsunternehmens berücksichtigt. Es werden also explizit auch nicht oder nicht typische versicherungstechnische Rechte und Pflichten bei der Ermittlung des Zielkapitals herangezogen.²⁹⁰

Das risikotragende Kapital bildet das verfügbare Kapital ab.²⁹¹ Ein Versicherungsunternehmen erfüllt die Solvenzanforderungen des SST, wenn das risikotragende

²⁸⁴ BPV, Weissbuch, 5; FINMA, Faktenblatt, 1. Vgl. auch BSK VAG-GEY, N 5 zu Art. 17.

²⁸⁵ BPV, Technisches Dokument, 6; FINMA-RS 2017/3 «SST», Rz. 182; BSK VAG-KELLER/SCHOTT, N 102 zu Art. 9; LACHER, Rz. 347 ff.; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.34. Zu den einzelnen Risikotypen vgl. unten IV.A.

²⁸⁶ BPV, Weissbuch, 34; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.34; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 80. Anders in der Solvabilität II, wo die operationellen Risiken quantifiziert werden. A.A. LAFITA, 401, nach der die FINMA basierend auf Art. 42 Abs. 2 AVO neben den Finanzrisiken weitere relevante Risiken für die Ermittlung des Zielkapitals festlegt, wozu auch die operationellen Risiken gehören. Auch das EFD führt im Erläuterungsbericht zur Teilrevision der AVO 2015 aus, dass neu die operationellen Risiken modelliert werden sollen. (EFD, Teilrevision AVO, 13). Im angepassten SST-Standardmodell der FINMA, das gemäss Art. 50a Abs. 1 AVO neu grundsätzlich von allen Versicherungsunternehmen anzuwenden ist (SÜSSKIND, Versicherungsaufsicht, 377), werden operationelle Risiken jedoch weiterhin nicht modelliert (vgl. FINMA, SST-Standardmodell Schadenversicherung, 9; FINMA, Wegleitung SST-Bericht, 16 f.).

²⁸⁷ Art. 50f lit. b AVO.

²⁸⁸ EFD, Teilrevision AVO, 3; KUHN, Entwicklungen, 184.

²⁸⁹ BSK VAG-KELLER/SCHOTT, N 104 zu Art. 9. Vgl. z.B. FINMA, Wegleitung SST-Bericht, 16 f.; FINMA-RS 2017/3 «SST», wo diese Risiken nicht erwähnt sind.

²⁹⁰ LAFITA, 401.

²⁹¹ Vgl. Art. 47 AVO. BSK VAG-KELLER/SCHOTT, N 95 zu Art. 9. Zur Ermittlung des Zielkapitals und des risikotragenden Kapitals vgl. BPV, Weissbuch, 11 ff.; FINMA-RS 2017/3 «SST», Rz. 55 ff.; LEUKERT, 111 ff.

Kapital mindestens so gross ist wie das Zielkapital.²⁹² Ist das risikotragende Kapital geringer als das Zielkapital, bedeutet dies jedoch nicht die Insolvenz des Versicherungsunternehmens. In diesen Fällen sind geeignete Massnahmen einzuleiten:²⁹³ Die Risiken müssen entweder reduziert oder das Kapital erhöht werden.²⁹⁴

(4) *Liquidität*

Eine ganzheitliche Solvabilitätsbetrachtung verlangt die Berücksichtigung der Liquidität. Die Versicherungsunternehmen haben qualitative und quantitative Liquiditätsanforderungen zu erfüllen. Quantitativ müssen sie jederzeit über so viel Liquidität verfügen, dass die Zahlungsverpflichtungen auch in Stresssituationen erfüllt werden können.²⁹⁵ Unter den qualitativen Liquiditätsanforderungen sind gemäss Art. 98a Abs. 2 AVO adverse Szenarien zu entwickeln und entsprechende Stresstests zur Ermittlung der Liquiditätspositionen durchzuführen. Zudem wird ein Notfallkonzept mit wirksamen Strategien im Umgang mit Liquiditätsengpässen gefordert.

(5) *Risikomanagement*

Von den Versicherungsunternehmen wird verlangt, alle wesentlichen Risiken des Unternehmens in einem Risikomanagement qualitativ zu erfassen.²⁹⁶ Art. 22 VAG bestimmt die Grundzüge des Risikomanagements; Verordnung und Rundschreiben konkretisieren die Gesetzesbestimmung, wobei die Wahl eines geeigneten Risikomanagement-Modells dem Versicherungsunternehmen überlassen wird.²⁹⁷ Damit soll den besonderen Bedürfnissen der einzelnen Unternehmen Rechnung getragen werden.²⁹⁸

Die Pflicht zur Implementierung eines Risikomanagements stellt eine weitere Massnahme der Solvenzaufsicht dar: Die Gefahr der Zahlungsunfähigkeit eines

²⁹² FINMA-RS 2017/3 «SST», Rz. 57; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.32.

²⁹³ BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO 2004, 9 und 10; KELLER, P., 98.

²⁹⁴ BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO 2004, 9; BSK VAG-KELLER/SCHOTT, N 96 und 184 zu Art. 9; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 201; MÄCHLER-ERNE, Industrie, 40; MÄCHLER-ERNE, Perspektiven, 62; WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 28.

²⁹⁵ Art. 98a Abs. 1 AVO.

²⁹⁶ Vgl. Art. 22 VAG; BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3818.

²⁹⁷ BSK VAG-BESSON/FRIGO, N 8 zu Art. 22; GSCHWIND/KARLEN, 190 f.; Vgl. auch FINMA-RS 2017/2 «Corporate Governance – Versicherer», Rz. 28 ff.

²⁹⁸ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3818.

Versicherungsunternehmens wird reduziert.²⁹⁹ Die Verankerung des Risikomanagements erhöht das Bewusstsein der Risikopotentiale im Unternehmen und dient damit einer risikoorientierten Geschäftstätigkeit.³⁰⁰ Durch das Risikomanagement und entsprechende interne Kontrollmechanismen muss das Versicherungsunternehmen deshalb sicherstellen, dass Risikopotentiale frühzeitig erkannt, beurteilt und Massnahmen ergriffen werden, die das Entstehen von erheblichen Risiken oder von Risikokumulation verhindern oder zumindest absichern.³⁰¹

Das Versicherungsunternehmen muss im Rahmen des Risikomanagements in der Lage sein, alle wesentlichen Risiken zu erfassen, begrenzen und überwachen.³⁰² Unter den Begriff «alle wesentlichen Risiken» fallen neben den versicherungstechnischen Risiken auf der Passivseite der Bilanz die finanziellen Risiken auf der Aktivseite, insbesondere Markt- und Kreditrisiken, auch die operationellen und die unternehmerischen Risiken, wie z.B. Prozess-, Projekt-, Rechts- oder Reputationsrisiken.³⁰³ Versicherungstechnische und finanzielle Risiken sind zu quantifizieren und gegebenenfalls zu limitieren, operationelle Risiken sind durch ein angemessenes qualitatives Risikomanagement zu steuern.³⁰⁴ Es sind sämtliche Tätigkeiten eines Versicherungsunternehmens im Risikomanagement abzudecken.³⁰⁵ Mittels Corporate Governance sollen die Risiken gesteuert werden; dabei sind klare Regeln bezüglich der Verantwortlichkeiten, der Qualifikation der Entscheidungsträger, der Kommunikation und der Überwachung wichtig.³⁰⁶

Die offene Formulierung von Art. 22 VAG lässt Raum, um weiteren Entwicklungen Rechnung zu tragen. Der Bundesrat hat in der AVO Ziel, Inhalt und Dokumentation des Risikomanagements sowie Anforderungen an das operationelle

²⁹⁹ WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 100.

³⁰⁰ BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO 2004, 30.

³⁰¹ Vgl. Art. 96 Abs. 1 AVO. WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 100.

³⁰² Der Bundesrat definiert Risikomanagement in diesem Sinne als «die Erfassung, Beurteilung und Berücksichtigung nicht nur der versicherungstechnischen Risiken (Passivseite der Bilanz) sondern auch der Risiken der Anlagen (Aktivseite der Bilanz)» (BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3818).

³⁰³ WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 101. Zu den einzelnen Risikotypen vgl. unten IV.A.

³⁰⁴ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3818; BSK VAG-BESSON/FRIGO, N 9 zu Art. 22; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 218.

³⁰⁵ BSK VAG-BESSON/FRIGO, N 9 zu Art. 22. Vgl. auch FINMA-RS 2017/02 «Corporate Governance – Versicherer», Rz. 28.

³⁰⁶ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3818.

Risikomanagement konkretisiert.³⁰⁷ Darin kommt zum Ausdruck, dass die Risikomanagement-Funktion unabhängig ist und nach Massgabe der Grösse, der Geschäfts- und Organisationskomplexität und der Risiken des Versicherungsunternehmens ausgestaltet wird.³⁰⁸ Die FINMA hat ihre Praxis zum Risikomanagement im Rundschreiben zur Corporate Governance von Versicherungsunternehmen festgeschrieben.³⁰⁹ Die Rahmenbedingungen des Risikomanagements sind im Versicherungsaufsichtsrecht damit deutlicher festgelegt als im Gesellschaftsrecht.³¹⁰

(6) Own Risk and Solvency Assessment

Mit der Revision der AVO im Jahr 2015 wurde in Art. 96a AVO die Pflicht der Versicherer normiert, die eigene künftige Risikomanagement- und Solvenzposition zu evaluieren.³¹¹ Damit wurde der internationale Standard «Own Risk and Solvency Assessment (ORSA)» eingeführt und umgesetzt.³¹² Das ORSA stellt eine Selbstbeurteilung durch die Versicherer dar.³¹³

Neben der Ermittlung des Gesamtrisikos in Form einer umfassenden Beschreibung und Einschätzung der Risikosituation ist in jedem Jahr der Planungsperiode die Kapitaladäquanz für verschiedene Szenarien zu bestimmen und zu beurteilen.³¹⁴ Das Gesamtrisikoprofil stellt die Gesamtsicht der Risiken dar, über einzelne Risiken hinaus und unter Berücksichtigung von Abhängigkeiten. Bei dessen Ermittlung sind sämtliche Risiken – qualitative und quantitative – sowie allfällige Risikokonzentrationen zu erfassen.³¹⁵ Die Pflicht bezieht sich nicht nur auf bestehende Risiken, sondern auch auf zukünftig möglicherweise entstehende Risiken.³¹⁶ In einem Szenario werden die Auswirkungen eines oder mehrerer spezifi-

³⁰⁷ Vgl. Art. 96 ff. AVO.

³⁰⁸ Art. 96 Abs. 4 AVO.

³⁰⁹ Vgl. FINMA-RS 2017/2 «Corporate Governance – Versicherer», Rz. 28.

³¹⁰ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.42.

³¹¹ LAFITA, 400; SÜSSKIND, Versicherungsaufsicht, 378.

³¹² EFD, Teilrevision AVO, 17; LAFITA, 400; WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 104.

³¹³ FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 9.

³¹⁴ FINMA-RS 2016/3 «ORSA», Rz. 21 und 26.

³¹⁵ FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 11; FINMA-RS 2016/3 «ORSA», Rz. 21; SÜSSKIND, Versicherungsaufsicht, 378.

³¹⁶ FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 10 f.; SÜSSKIND, Versicherungsaufsicht, 378. Vgl. auch FINMA-RS 2016/3 «ORSA», Rz. 17 ff.

scher Ereignisse auf das Unternehmen untersucht. Das Gesamtrisikoprofil ergibt sich aus der Auswertung der Szenarien über die Planungsperiode.³¹⁷ Der Kapitalbedarf des Versicherers wird gestützt auf das Gesamtrisikoprofil und unter Berücksichtigung der Risikotoleranz, der Geschäftsplanung und risikomindernder Massnahmen ermittelt.³¹⁸ Für den Kapitalbedarf sind zusätzlich zu den aufsichtsrechtlich vorgeschriebenen Sichtweisen (Solvabilitätsanforderungen) die vom Versicherungsunternehmen zur Geschäftssteuerung verwendeten Sichtweisen auf das Kapital zu berücksichtigen (z.B. verwendete Rechnungslegungsstandards, Anforderungen der Ratingagenturen, allfällige interne ökonomische Methoden).³¹⁹ Mögliche risikomindernde Massnahmen sind auf Basis des Gesamtrisikoprofils und des gesamten Kapitalbedarfs zu untersuchen.³²⁰ Das einmal jährlich durchzuführende ORSA soll Informationen über die Effektivität der risikomindernden Massnahmen liefern.³²¹ Daraus kann sich die Notwendigkeit zusätzlicher Massnahmen oder der Anpassung des Geschäftsplans ergeben.³²² Ein Bericht über die Ergebnisse des ORSA ist der FINMA einzureichen.³²³

Diese prospektive Selbsteinschätzung soll ein konsistentes Gesamtbild der Risikosituation, Kapitaladäquanz und der Zusammenhänge zwischen Risikoexposition und Kapitalbedarf bringen.³²⁴ Das ORSA soll dem Versicherungsunternehmen bzw. dessen leitenden Organen die aus der Geschäftstätigkeit herführenden Risiken und den gesamten Kapitalbedarf aufzeigen. Zudem soll es zur Verbesserung des Risikomanagements und zur Harmonisierung des Liquiditäts- und Kapitalmanagements beitragen. Basierend auf dem ORSA sollen risikomindernde

³¹⁷ FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 10 und 11. Als Beispiel für ein Szenario wird die unerwartete Erhöhung der Rückstellungen genannt, die zu einer Herabstufung durch die Ratingagenturen führt, was wiederum das Neugeschäft schmälert (FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 10).

³¹⁸ FINMA-RS 2016/3 «ORSA», Rz. 29.

³¹⁹ EFD, Teilrevision AVO, 17; FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 8 und 11. Vgl. auch FINMA-RS 2016/3 «ORSA», Rz. 27.

³²⁰ FINMA-RS 2016/3 «ORSA», Rz. 30.

³²¹ FINMA-RS 2016/3 «ORSA», Rz. 31 und 32; FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 12.

³²² FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 12.

³²³ FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 12. Vgl. auch FINMA-RS 2016/03 «ORSA», Rz. 37 ff.

³²⁴ EFD, Teilrevision AVO, 17; FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 8; SÜSSKIND, Versicherungsaufsicht, 378.

Massnahmen ausgearbeitet und implementiert werden.³²⁵ Anders als die rein quantitativen Solvenzvorschriften fordert das ORSA eine überwiegend qualitative Beurteilung des Verhältnisses zwischen Risiken und Kapital eines Unternehmens.³²⁶

3.2. Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag

Das Versicherungsvertragsgesetz regelt den privatrechtlichen Vertrag zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer. Es enthält Vertragsrecht im Sinne des Obligationenrechts.³²⁷ Das VVG ist damit hauptsächlich dem Privatrecht zuzuordnen³²⁸ und stützt sich auf die Kompetenz des Bundes zur Gesetzgebung im Zivilrecht³²⁹.³³⁰ Nach Art. 100 Abs. 1 VVG gilt für Versicherungsverträge subsidiär das Obligationenrecht. Gemeint ist damit das gesamte allgemeine Privatrecht.³³¹ Das VVG bildet somit die privatrechtliche Ergänzung zum öffentlich-rechtlichen VAG. Während das VAG auf verwaltungsrechtlichem Weg den Schutz der versicherten Personen bezweckt, schränkt das VVG die Vertragsfreiheit zum Schutz der versicherten Personen sowie der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit durch zwingende Vorschriften ein.³³²

Unter den Geltungsbereich des VVG fallen Versicherungsverträge, die ein der Aufsicht unterstehender Direktversicherer abschliesst.³³³ Verträge, die von Versicherern abgeschlossen werden, die keine Bewilligung zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts besitzen, aber einer solchen bedürfen würden, sind ebenfalls nach dem VVG zu beurteilen.³³⁴ Auf Versicherungsverträge, die zwischen einem Rückversicherer und einem Versicherungsunternehmen abgeschlossen werden, ist das

³²⁵ FINMA, Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht, 8.

³²⁶ LAFITA, 400.

³²⁷ KOENIG, Privatversicherungsrecht, 19; MAURER, 142.

³²⁸ KOENIG, Privatversicherungsrecht, 22.

³²⁹ Art. 122 BV.

³³⁰ Vgl. noch unter der alten Bundesverfassung von 1874 MAURER, 142; ZEN-RUFFINEN, Kommentar aBV, N 15 zu Art. 34 Abs. 2.

³³¹ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.105. Vgl. auch ERB, 27.

³³² KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 319. Nach KOENIG, Revisionsbedürftig, 137, dient das VVG entsprechend auch der Wahrung öffentlicher Interessen. Ausführlich zum Zweck des VAG vgl. unten III.B.4.1.

³³³ MAURER, 144. Zum Versicherungsbegriff nach VVG vgl. unten III.A.1.2.

³³⁴ MAURER, 144. So im Ergebnis auch ROELLI, Kommentar VVG I, N 6 zu Art. 7.

VVG nicht anwendbar.³³⁵ Für Verträge, die nicht dem VVG unterliegen, gelten die allgemeinen Bestimmungen des OR^{336, 337}

4. Behördenpraxis der FINMA

Die FINMA nimmt gemäss Art. 1 Abs. 1 FINMAG i.V.m. dem VAG die Aufsicht über das Privatversicherungswesen wahr. Sie übt die Aufsicht nach Massgabe der Finanzmarktgesetze, namentlich dem VAG, dem FINMAG sowie dem VVG, aus.³³⁸ Als Aufsichtsbehörde hat die FINMA keine selbstständige Rechtsetzungs-kompetenz.³³⁹ Sie reguliert den Finanzmarkt gemäss Art. 7 Abs. 1 FINMAG durch Verordnungen, wo dies in der Finanzmarktgesetzgebung vorgesehen ist (lit. a), und Rundschreiben über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung (lit. b).

Im Bereich der Versicherungsaufsicht konkretisiert die FINMA das VAG durch die Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA.³⁴⁰

³³⁵ Vgl. Art. 101 Abs. 1 Ziff. 1 VVG. ITEN, Rz. 59; KOENIG, Privatversicherungsrecht, 21; MAURER, 144. In der Rechtsprechung des BGer wird der Rückversicherungsvertrag mangels spezialgesetzlicher Regelung im VVG als Innominatvertrag behandelt (BGE 107 II 196, E. 2).

³³⁶ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911, SR 220.

³³⁷ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.98.

³³⁸ MÄCHLER-ERNE, FINMA, 20.

³³⁹ BUNDESRAT, Bericht Aufsichtstätigkeit, 25; BÜHLER, Gewährsartikel, 27; BÜHLER, Spannungsfeld, 475. Der Bundesrat hat am 13. Dezember 2019 eine Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz verabschiedet. Die Verordnung konkretisiert die Kompetenzen der FINMA in der Regulierung und im internationalen Bereich, die Regulierungsgrundsätze, die Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit, der Differenzierung und der internationalen Standards sowie die Zusammenarbeit und den Informationsaustausch zwischen der FINMA und dem EFD. Die Verordnung tritt am 1. Februar 2020 in Kraft (BUNDESRAT, Medienmitteilung Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz).

³⁴⁰ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsverordnung-FINMA, AVO-FINMA) vom 9. November 2005, SR 961.011.1.

In den Rundschreiben legt die FINMA fest, wie sie die Finanzmarktgesetzgebung in der Praxis auslegt und anwendet.³⁴¹ Die Rundschreiben bezwecken eine einheitliche und sachgerechte Praxis der Behörde bei der Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung. Sie enthalten zudem Vorgaben für die Ermessensausübung durch die FINMA.³⁴² Die FINMA kann folglich mittels Rundschreiben Transparenz über die Anwendung der Finanzmarktgesetzgebung schaffen.³⁴³

Bei der Rechtsanwendung ist die FINMA an die Rundschreiben³⁴⁴ gebunden; sie kann somit nicht ohne Weiteres von der darin festgelegten Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und weiteren Erläuterungen über die Aufsichtspraxis abweichen.³⁴⁵ Für die Gerichte sind Rundschreiben dagegen unverbindlich,³⁴⁶ sofern nicht das verwaltungsinterne Rechtsverhältnis selber beurteilt werden muss.³⁴⁷ Für die Beaufsichtigten ist die Bindungswirkung der Rundschreiben nur mittelbar.³⁴⁸ Die FINMA kann nur Verfügungen erlassen, die sich auf das anwendbare Finanzmarktrecht stützen, nicht aber solche, die auf den Rundschreiben beruhen.³⁴⁹ Die

³⁴¹ BUNDESRAT, Botschaft FINMAG, 2861; FINMA, Rundschreiben; BÜHLER, Spannungsfeld, 474; GERICKE, 366; UHLMANN/STOJANOVIC, 734; ZYSSET, Rz. 85.

³⁴² BUNDESRAT, Bericht Aufsichtstätigkeit, 27; BÜHLER, Corporate Governance, Rz. 816.

³⁴³ Vgl. Art. 5 Abs. 2 E-Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz.

³⁴⁴ Die Rundschreiben sind nach h.L. als Verwaltungsverordnungen zu qualifizieren (BUNDESRAT, Bericht Aufsichtstätigkeit, 27; BÜHLER, Gewährartikel, 27; UHLMANN/BINDER, 152; ZYSSET, Rz. 86).

³⁴⁵ BUNDESRAT, Bericht Aufsichtstätigkeit, 27; FINMA, Rundschreiben; UHLMANN/STOJANOVIC, 734; WEBER, Theorie, 578; ZYSSET, Rz. 87.

³⁴⁶ BGE 141 V 175 = Pra 104 (2015) Nr. 92, E. 4.1 (hinsichtlich eines Kreisschreibens der Ausgleichskasse des Kantons Jura). Vgl. auch BGE 142 V 380, E. 5.4; BUNDESRAT, Bericht Aufsichtstätigkeit, 27. *De facto* finden Verwaltungsverordnungen vor Gerichten unter dem Titel «Mitberücksichtigung» starke Beachtung (UHLMANN/BINDER, 157 und 164). So weicht das Gericht nicht ohne triftigen Grund von den Verwaltungsverordnungen ab (EGLI, 1161; HETTICH, Risikovorsorge, Rz. 432). Vgl. z.B. BGE 132 V 200, E. 5.1.2; 133 V 257, E. 3.2; 133 V 394, E. 3.3; 133 V 450, E. 2.2.4; 137 V 1, E. 5.3.1 f.; 144 V 195, E. 4.2.

³⁴⁷ BGE 137 II 284, E. 5.2.2.

³⁴⁸ FINMA, Leitlinien Finanzmarktregulierung, 3 Ziff. 2; BÜHLER, Corporate Governance, Rz. 816; HETTICH, Handlungsformen, Rz. 20.33; WEBER, Theorie, 578; ZYSSET, Rz. 87. Vgl. auch BUNDESRAT, Botschaft FINMAG, 2861; BUNDESRAT, Bericht Aufsichtstätigkeit, 27.

³⁴⁹ FINMA, Leitlinien Finanzmarktregulierung, 3 Ziff. 2; BUNDESRAT, Bericht Aufsichtstätigkeit, 27; ZYSSET, Rz. 87.

Rundschreiben enthalten denn auch keine rechtssetzenden Bestimmungen.³⁵⁰ Faktisch kommt den Rundschreiben aber trotz fehlender selbstständiger Rechtssetzungskompetenz der FINMA in einem gewissen Masse rechtsbindender Charakter zu.³⁵¹

Obwohl das Gesetz in Art. 7 Abs. 1 FINMAG nur Rundschreiben und Verordnungen als explizite Regulierungsform bzw. «Informationsquellen» nennt, existieren in der Praxis zahlreiche weitere FINMA-Publikationen.³⁵² Die FINMA veröffentlicht Erläuterungsberichte, FINMA-Stellungnahmen, Aufsichtsmitteilungen, Weisungen und weitere Publikationen.³⁵³ Art. 7 Abs. 5 FINMAG verpflichtet die FINMA zum Erlass von Leitlinien bei der Umsetzung der Regulierungsgrundsätze³⁵⁴. Sie ist dieser Pflicht durch die Veröffentlichung von Leitlinien zur Finanzmarktregulierung nachgekommen.³⁵⁵

³⁵⁰ Art. 5 Abs. 2 E-Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz.

³⁵¹ Vgl. BÜHLER, Spannungsfeld, 475; GERIKE, 366 f.; LANZ, Rz. 1.24. Relativierend HETTICH, Risikovorsorge, Rz. 385, nach dessen Ansicht Rundschreiben «lediglich Meinungsäusserungen der Vollzugsbehörde über die «richtige» Anwendung des Gesetzes» darstellen.

³⁵² UHLMANN/STOJANOVIC, 735. Gemäss BÜHLER, Gewährsartikel, 30, darf Art. 7 Abs. 1 FINMAG nicht als abschliessende Aufzählung der Regulierungsinstrumente verstanden werden.

³⁵³ Vgl. FINMA, Leitlinien Kommunikation, 5 ff.; BÜHLER, Spannungsfeld, 474, spricht von einem «Gestrüpp» von Richtlinien, Rundschreiben, Wegleitungen und Mitteilungen.

³⁵⁴ Vgl. Art. 7 Abs. 1–4 FINMAG.

³⁵⁵ Ob es sich bei Art. 7 Abs. 5 FINMAG um eine Pflicht handelt, wird nicht einheitlich beurteilt. Die FINMA selbst geht von einer blossen Aufforderung aus (FINMA, Leitlinien Finanzmarktregulierung, 3 Ziff. 4. So auch WEBER, Theorie, 578). ZYSSET, Rz. 96, spricht von einer Pflicht. Materiell verpflichtet sich die FINMA in den Leitlinien zur Finanzmarktregulierung jeweils selbst. Es handelt sich dabei deshalb typischerweise um Verwaltungsverordnungen (ZYSSET, Rz. 86).

5. Die Internationale Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden

Die Internationale Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden³⁵⁶ wurde 1994 als Dachorganisation der nationalen Aufsichtsbehörden gegründet.³⁵⁷ Mittlerweile sind die Aufsichtsbehörden aus beinahe 200 Jurisdiktionen und 140 Ländern Mitglieder der IAIS.³⁵⁸ Die IAIS erarbeitet Prinzipien und Standards für Versicherungen und die Versicherungsaufsicht. Zudem trifft sie Vorkehrungen für den gegenseitigen Beistand und Informationsaustausch zwischen den Aufsichtsbehörden.³⁵⁹ Die IAIS verfolgt dabei zwei Hauptziele: eine wirkungsvolle und global konsistente Aufsicht über das Versicherungswesen sowohl im Inland als auch auf internationaler Ebene sowie die globale Finanzstabilität.³⁶⁰ Damit sollen global ausgewogene, sichere und stabile Versicherungsmärkte zum Schutz der Versicherten gewährleistet werden.³⁶¹ Zudem will die IAIS zur globalen Finanzstabilität beitragen.³⁶²

Die IAIS hat ein Multilateral Memorandum of Understanding (IAIS MMoU), Kernprinzipien, Standards und Richtlinien erarbeitet. Das IAIS MMoU bezweckt in Zeiten integrierter Finanzmärkte und zahlreicher international tätiger Versicherungsunternehmen die Förderung der internationalen Zusammenarbeit und des grenzüberschreitenden Informationsaustauschs unter den nationalen Aufsichtsbehörden.³⁶³

Die 2011 veröffentlichten und im November 2019 letztmals überarbeiteten Kernprinzipien schreiben die fundamentalen Elemente vor, die bei der Versicherungsaufsicht vorhanden sein müssen, um einen finanziell gesunden Versicherungssektor zu fördern und einen angemessenen Schutz der Versicherungsnehmer zu gewährleisten.³⁶⁴ Es sind weltweit anwendbare allgemeine Empfehlungen in Form von *soft law* zur grundsätzlichen Ausgestaltung der Versicherungsaufsicht,

³⁵⁶ Auf Englisch «International Association of Insurance Supervisors» (IAIS).

³⁵⁷ IAIS, About the IAIS; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 Rz. 417.

³⁵⁸ FINMA, IAIS; IAIS, ICPs and ComFrame, 2.

³⁵⁹ NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 Rz. 421.

³⁶⁰ IAIS, Anniversary, 2; IAIS, Mission, 1.

³⁶¹ FINMA, IAIS; IAIS, Annual Report 2016, 9.

³⁶² NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 Rz. 421.

³⁶³ HEISS/ERNST, 340 f. Vgl. auch Art. 1 IAIS MMoU.

³⁶⁴ IAIS, ICPs and ComFrame, 6 Ziff. 3; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 Rz. 425.

die den Aufsichtsbehörden als Leitlinie bei der Ausgestaltung der lokalen Versicherungsaufsicht dienen.³⁶⁵ Die Kerngrundsätze sind damit nicht rechtsverbindlich und statuieren nur allgemeine Grundsätze, die von den lokalen Aufsichtsbehörden unterschiedlich ausgelegt werden können.³⁶⁶ Die IAIS-Standards basieren auf den Kernprinzipien und beschreiben die gängigen Praktiken der Versicherungsaufsichtsbehörden und legen die für die Umsetzung der Kerngrundsätze wichtigsten Vorgaben fest.³⁶⁷

Die Kernprinzipien und Standards der IAIS werden ergänzt durch verschiedene Richtlinien, welche die Aufsichtsbehörden bei ihrer Tätigkeit unterstützen und damit die Wirksamkeit der Aufsicht erhöhen sollen.³⁶⁸ Die Richtlinien setzen keine neuen Anforderungen, sondern erläutern die Kernprinzipien und Standards und liefern wenn möglich Beispiele dafür, wie Anforderungen umgesetzt werden können.³⁶⁹

Für international tätige Versicherungsgruppen hat die IAIS zudem qualitative und quantitative Anforderungen aufgestellt.³⁷⁰ Das sogenannte Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups (ComFrame) soll eine effektive regulatorische Aufsicht über international tätige Versicherungsgruppen sicherstellen.³⁷¹ Innerhalb dieses ComFrame wurden weitere Vorgaben erlassen, wie bspw. ein einheitliches Verfahren für die Bestimmung von Kapitalanforderungen und -rücklagen unter Berücksichtigung allfälliger Risiken (sogenannte Insurance Capital Standards; ICS).³⁷²

³⁶⁵ FINMA, IAIS.

³⁶⁶ IAIS, ICPs and ComFrame, 11 Ziff. 12.

³⁶⁷ IAIS, ICPs and ComFrame, 6 Ziff. 3; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 Rz. 427.

³⁶⁸ NOBEL, Finanzmarktrecht, § 3 Rz. 428.

³⁶⁹ IAIS, ICPs and ComFrame, 6 Ziff. 3.

³⁷⁰ IAIS, ICPs and ComFrame, 8 Ziff. 21. Für die Definition einer international tätigen Versicherungsgruppe vgl. IAIS, ICPs and ComFrame, 359 Ziff. 23a.

³⁷¹ IAIS, ICPs and ComFrame, 8 Ziff. 20.

³⁷² IAIS, ICPs and ComFrame, 9 Ziff. 22.

D. Zwischenfazit

Um den Besonderheiten des Versicherungswesens Rechnung zu tragen, hat sich in der Schweiz ein System der Versicherungsaufsicht entwickelt, das primär auf die Sicherstellung der Solvenz der Versicherungsunternehmen ausgerichtet ist. Die Versicherer haben sowohl quantitative als auch qualitative Vorgaben zur finanziellen Ausstattung, zur Unternehmenssteuerung und zum Risikomanagement einzuhalten.³⁷³ Diese quantitative und qualitative Solvenzaufsicht ist risikoorientiert,³⁷⁴ d.h., die Instrumente sind primär an den Risiken ausgerichtet, die von den Versicherungsunternehmen ausgehen. Die Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde umfasst eine eingehende materielle Prüfung der Betriebsverhältnisse der Versicherungsunternehmen sowohl bei der Zulassung zum Geschäftsbetrieb als auch während der gesamten Dauer der Geschäftstätigkeit.³⁷⁵

Der Fokus dieses als Solvenzaufsicht zu bezeichnenden Systems liegt auf der Kontrolle der Kapitalausstattung der Versicherungsunternehmen³⁷⁶ und dem Risikomanagement³⁷⁷. Dies wurde mit der Einführung des SST noch weiter verstärkt. Im Rahmen des SST werden die relevanten Risiken eines Versicherungsunternehmens (Markt-, Kredit- und Versicherungsrisiken)³⁷⁸ quantifiziert.³⁷⁹ Der SST stellt damit einen risikobasierten Solvenzstandard dar, der auf der tatsächlichen Risikosituation des Versicherungsunternehmens basiert. Während die Vorschriften zur Kapitalausstattung der Versicherungsunternehmen dem Schutz der Ansprüche sämtlicher Gläubiger dienen, werden mit den versicherungstechnischen Rückstellungen und deren Bedeckung mit dem gebundenen Vermögen unmittelbar die Ansprüche der Versicherten aus den Versicherungsverträgen sichergestellt. Die Schweizer Versicherungsaufsicht kann zusammenfassend als risikobasierte Sol-

³⁷³ MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.10; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 9.

³⁷⁴ Vgl. MÄCHLER-ERNE, FINMA, 26.

³⁷⁵ BANZ, 153; BRULHART, Rz. 199; EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 45; FLÜTSCH, 257; LACHER, Rz. 76; LUDESCHER, 12; NOBEL, Finanzmarktrecht (2. Aufl.), § 13 Rz. 10. Vgl. auch Art. 47 Abs. 1 VAG, wonach die FINMA ermächtigt ist, jederzeit eine Prüfung vorzunehmen.

³⁷⁶ LUDESCHER, 12 f.; SCHNYDER, Versicherungsrecht, § 4 Rz. 107.

³⁷⁷ WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 12.

³⁷⁸ Zu den Risiken aus dem Versicherungsgeschäft vgl. unten IV.A.

³⁷⁹ KUHN, Entwicklungen, 184.

venzaufsicht nach dem Prinzip der materiellen Staatsaufsicht beschrieben werden.³⁸⁰

Wahrgenommen wird diese risikoorientierte Solvenzaufsicht durch die FINMA, die den Versicherungsmarkt mittels Verordnungen reguliert, wo dies auf Gesetzesebene vorgesehen ist, und die ihre Behördenpraxis im Rahmen von Rundschreiben und anderen Publikationen festlegt.

Auch im internationalen Kontext ist die Versicherungsaufsicht risikobasiert mit Fokus auf die Solvenz der Versicherer. So sind sämtliche Empfehlungen, Standards und Grundsätze der IAIS auf die Reduktion der Risiken der Versicherer ausgerichtet.³⁸¹ Mit dem ComFrame und den ICS hat die IAIS – zwar nur für international tätige Versicherungsgruppen – zudem risikobasierte Kapitalstandards festgelegt. Den Erlassen der IAIS kommt zwar kein unmittelbarer rechtssetzender Charakter zu, als Mitglied der IAIS berücksichtigt die FINMA die Standards und Empfehlungen jedoch bei der Umsetzung des Versicherungsaufsichtsrechts. Sodann bringt die FINMA die Vorgaben der IAIS wohl im Rahmen von Rechtssetzungsverfahren ein.

³⁸⁰ Ähnlich GEY, 188; BSK VAG-GEY, N 2 zu Art. 17. Ausführlich zum System der materiellen Staatsaufsicht vgl. BOSS, 57 ff.

³⁸¹ Vgl. IAIS, ICPs and ComFrame, 7 Ziff. 9 f.

III. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte

A. Das Versicherungsgeschäft

Der Begriff «Versicherung» wird im allgemeinen Sprachgebrauch, aber auch innerhalb der Versicherungswissenschaft und -praxis zur Bezeichnung des Versicherungsunternehmens als wirtschaftliche Einheit verwendet. Darüber hinaus ist es ebenfalls üblich, die spezifischen Rechtsgeschäfte der Versicherungsunternehmen – die Versicherungsgeschäfte –, aber auch ihre Produktionstechnik als «Versicherung» zu bezeichnen.³⁸² Obwohl es terminologisch sauberer wäre, die Versicherung vom Versicherungsgeschäft abzugrenzen und Letzteres als das Anbieten von Versicherung als Produkt auf dem Markt³⁸³ bzw. die Versicherung als Hauptgegenstand von Versicherungsverträgen³⁸⁴ zu verstehen, wird im Folgenden auf diese Abgrenzung verzichtet. Die Unterscheidung ist für den Gang der vorliegenden Abhandlung nicht weiter erheblich. Soweit also im Folgenden von Versicherung oder vom Versicherungsgeschäft die Rede ist, ist – sofern nichts anderes angemerkt wird – dasselbe gemeint.

Versicherung ist ein Produkt der Wirtschaft und als solches nicht vom Verfassungs- oder Gesetzgeber «erfunden». Verfassungs- und Gesetzgeber haben vielmehr versucht, das wirtschaftliche Phänomen Versicherung rechtlich zu erfassen.³⁸⁵ Obwohl die juristische Begriffsbildung eigenständig zu erfolgen hat,³⁸⁶ reicht eine rein rechtliche Perspektive nicht aus, um den Terminus «Versicherung» zu greifen; der Einbezug der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist unentbehrlich.³⁸⁷

³⁸² SCHRADIN, Perspektiven, 592.

³⁸³ Vgl. RIMLE, § 4 Rz. 18.

³⁸⁴ GEY, 227.

³⁸⁵ Vgl. SCHAER, § 4 Rz. 26. Ähnlich auch GEY, 230, die darin die Ursache der Schwierigkeit der Begriffsbildung sieht. In dieser Arbeit wird auf die Darstellung der historischen Entwicklung des Versicherungsgeschäfts und des Versicherungsbegriffs verzichtet. Vgl. dazu FARNY/HELTEN/KOCH, 861 ff.; BRINKMANN, 8 ff.

³⁸⁶ HETTICH, Wettbewerb, Rz. 60.

³⁸⁷ Ähnlich GEY, 230 f. und 245.

1. Versicherungsgeschäft im Schweizer Recht

Eine Legaldefinition der Versicherung fehlt im schweizerischen Recht. Die Verfassung definiert den Versicherungsbegriff nicht.³⁸⁸ Auch der Gesetzgeber hat – sowohl im VAG als auch im VVG – auf eine Legaldefinition verzichtet und überlässt die Umschreibung der Praxis.³⁸⁹ Damit wurde der Begriff den tatsächlichen (wirtschaftlichen) Entwicklungen offen gelassen.³⁹⁰

Bei der Festsetzung der Definitionsmerkmale des Versicherungsbegriffs sind Funktion und Zweck des betreffenden Gesetzes zu berücksichtigen.³⁹¹ Der Begriff der Versicherung ist folglich für jedes Gesetz besonders zu definieren. Dies bedeutet, dass der Versicherungsbegriff in jedem Gesetz grundsätzlich ein anderer sein kann.³⁹²

In der Doktrin wird zum Teil die Meinung vertreten, dass es sich bei der Versicherung nicht um einen Begriff, sondern um einen Typus handelt. Im Gegensatz zum Begriff, bei dem sämtliche Merkmale zur Subsumtion erfüllt sein müssten, komme es beim Typus nur auf die grundlegenden, d.h. typischen Merkmale an, die geeignet sind, dieses Rechtsverhältnis von anderen abzugrenzen.³⁹³

³⁸⁸ BIAGGINI, Kommentar BV, N 12 zu Art. 98; HETTICH, Verfassungsrecht, Rz. 22; SGK BV-HETTICH, N 22 zu Art. 98.

³⁸⁹ BRULHART, Rz. 113; RAIMONDI, 41; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 2; ZEN-RUFFINEN, Kommentar aBV, N 22 zu Art. 34 Abs. 2. Für das VAG: BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3808; BURKI/PFUND/WALDMEIER, 46. Für das VVG: BSK VVG 2012-STOESSEL, ad N 1 zu Allgemeine Einleitung; BGer 4P.52/2000 vom 29. Juni 2000, E. 3a/bb; BVGer B-2808/2009 vom 25. März 2010, E. 6; FINMA, Bulletin 1/2010, 128, Rz. 26.

³⁹⁰ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VVG 1904, 258; HATZ, 62; SCHAER, § 4 Rz. 25.

³⁹¹ KOENIG, Privatversicherungsrecht, 29; KOENIG, Versicherungsunternehmung, 182. Ähnlich auch BANZ, 14. Allgemein dazu vgl. LARENZ, 482 ff., der von einem funktionsbestimmten Rechtsbegriff spricht.

³⁹² KOENIG, Versicherungsunternehmung, 182. Vgl. auch MAURER (1. Aufl.), 110.

³⁹³ So SCHAER, § 4 Rz. 27. Ähnlich MAURER (1. Aufl.), 109 f. Zur Differenzierung zwischen Begriff und Typus im Allgemeinen vgl. LARENZ, 303 f. Die Lehre des Typus ablehnend KOCH/RÜSSMANN, 75 ff. und 210.

1.1. Aufsichtsrechtlicher Versicherungsbegriff

Das VAG definiert den Begriff der Versicherung nicht, sondern überlässt die Umschreibung der Praxis.³⁹⁴ So hat denn das Bundesgericht in konstanter Rechtsprechung die folgenden fünf Begriffsmerkmale der Versicherung entwickelt: Risiko oder Gefahr, Leistung des Versicherten (Prämie), Leistung des Versicherers, Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik (planmässiger Geschäftsbetrieb) sowie Selbstständigkeit der Operation.³⁹⁵ Die Merkmale sind gemäss Rechtsprechung und Schrifttum kumulativ zu erfüllen.³⁹⁶

a. Risiko

Gegenstand der Versicherung ist grundsätzlich ein Risiko oder eine Gefahr.³⁹⁷ Die beiden Begriffe werden im Versicherungsaufsichtsrecht als Synonyme verwendet.³⁹⁸ Für die Definition des Risikos im versicherungsrechtlichen Sinne kann auf die Ausführungen unter II.A.2. verwiesen werden.

b. Leistung des Versicherten

Die Prämie ist das Entgelt für die Leistung des Versicherers.³⁹⁹ Gemäss dem versicherungstechnischen Äquivalenzprinzip hat die Versicherungsprämie in einem

³⁹⁴ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3808; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 13. Für weitere Hinweise vgl. oben III.A.1 Fn. 389.

³⁹⁵ BGE 58 I 256, E. 2; 76 I 362, E. 3; 107 Ib 54, E. 1a; 114 Ib 244, E. 4a, jeweils noch unter dem aVAG 1978. Das BGer bezieht sich in diesen Urteilen auf Entscheide des Bundesrates vom 7. Juni 1926 und 18. Februar 1927, die sich ihrerseits an der damals h.L. zum Privatrecht orientierten. Diese Praxis wurde unter dem geltenden VAG von 2004 unverändert beibehalten. Vgl. dazu in der jüngeren Rechtsprechung: BGer 2C_506/2007 vom 13. Februar 2008 = Pra 97 (2008) Nr. 128, E. 6.2; BGer 2C_410/2010 vom 21. Januar 2011, E. 3.

³⁹⁶ ZEN-RUFFINEN, Kommentar aBV, N 22 zu Art. 34 Abs. 2.

³⁹⁷ RAIMONDI, 42; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 4. So auch LAMBERT-FAIVRE/LEVEUR, Rz. 356, zum französischen Recht.

³⁹⁸ KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 484; MAURER, 94 und 167.

³⁹⁹ BANZ, 17; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 503 ff; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 9. BSK VVG 2012-STOESSEL, ad N 8 zu Allgemeine Einleitung, definiert die Prämie als Gegenleistung für die Sicherheit, die der Versicherer durch die Übernahme des Risikos gewährt. So auch LAMBERT-FAIVRE/LEVEUR, Rz. 476, zum französischen Recht. Ähnlich auch MAURER, 288, der die Prämie als Gegenleistung für die Gewährung des Versicherungsschutzes sieht. Das BGer bejahte in BGE 107 Ib 54 das Vorliegen einer

angemessenen Verhältnis zur Leistung des Versicherers zu stehen.⁴⁰⁰ In technischer Hinsicht entspricht die Prämie den Kosten zur Deckung des Risikos.⁴⁰¹

Der Versicherer hat mittels der erhaltenen Prämien sowie allfälliger Kapitalerträge aus der Anlage der Prämien seine administrativen Kosten (Abschluss-, Verwaltungs- und Betriebskosten) zu decken sowie die Versicherungsleistungen zu erbringen.⁴⁰²

c. Leistung des Versicherers

Im Versicherungsfall hat der Versicherer eine Leistung zu erbringen.⁴⁰³ Der Versicherungsfall begründet somit eine Leistungspflicht des Versicherers und einen Rechtsanspruch des Versicherten.⁴⁰⁴ Die Leistung des Versicherers liegt üblicherweise in einer Geldleistung.⁴⁰⁵ Der Versicherte erhält vom Versicherungsunternehmen eine Entschädigung für die entstandenen Kosten, die Versicherung deckt einen Schaden oder zahlt dem Versicherten – bei der Summenversicherung⁴⁰⁶ – eine im Voraus bestimmte Versicherungssumme aus.⁴⁰⁷ Denkbar sind aber auch Natural-⁴⁰⁸ und andere Dienstleistungen.⁴⁰⁹

Prämie aufgrund von Rückstellungen für allfällige Garantieleistungen, die das betreffende Unternehmen aus einem Teil des Verkaufspreises tätigte (E. 3).

⁴⁰⁰ Zur Prämienberechnung aus ökonomischer Perspektive vgl. HALLER/ACKERMANN, 4/28 ff. Zum versicherungstechnischen Äquivalenzprinzip HUNGERBÜHLER, *passim*, insbesondere 38 ff.; KOENIG, *Privatversicherungsrecht*, 96 f.; MAURER, 212.

⁴⁰¹ BRULHART, Rz. 168; BSK VVG 2012-STOESSEL, ad N 8 zu Allgemeine Einleitung.

⁴⁰² WEBER/UMBACH, § 4 Rz. 11.

⁴⁰³ WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 11. Zum Theorienstreit über die Hauptleistung des Versicherers vgl. unten III.A.1.2.

⁴⁰⁴ BÜRER, Rz. 1100; MAURER, 95; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 11.

⁴⁰⁵ BOSSARD, 71; KOENIG, *Privatversicherungsrecht*, 94; KUHN, *Privatversicherungsrecht*, Rz. 498; BSK VVG-STOESSEL, N 7 zu Allgemeine Einleitung; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 12.

⁴⁰⁶ Zur Summenversicherung vgl. z.B. MAURER, 180 f. Vgl. auch GUSS, 40, der die Summen- von der Schadenversicherung abgrenzt.

⁴⁰⁷ WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 12.

⁴⁰⁸ BOSSARD, 71; KOENIG, *Privatversicherungsrecht*, 94; KOENIG, *Gegenstand*, 90; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 12. Eine Naturalleistung kann z.B. in der Reparatur einer kaputten Sache oder einem Forderungsverzicht des Versicherers bestehen (BANZ, 17).

⁴⁰⁹ BRULHART, Rz. 165. Dazu ausführlich BSK VVG-STOESSEL, N 7 zu Allgemeine Einleitung m.w.H. Vor allem in der Haftpflicht- und Rechtsschutzversicherung erbringen

d. Selbstständigkeit der Operation

Die Selbstständigkeit der Operation bedeutet, dass Versicherungsverträge als eigenständige Verträge und nicht als Nebenabrede eines anderen Hauptvertrages abgeschlossen werden.⁴¹⁰ Das Merkmal entfällt aber nicht bereits dann, wenn die Versicherungsleistung mit einem anderen Vertrag verbunden ist. Auch bei einem gemischten Geschäft kann ein Teil als Versicherung i.S. des VAG qualifiziert werden, sofern den darin enthaltenen Versicherungsleistungen eine gewisse Bedeutung zukommt und sie nicht als bloße Nebenabrede oder Modalität des anderen Vertragsbestandteils erscheinen.⁴¹¹ Umgekehrt kann die Selbstständigkeit der Operation fehlen, «wo formell zwar mehrere selbstständige Verträge abgeschlossen werden, derjenige, mit dem die Versicherungsleistung versprochen wird, aber gleichwohl als Nebenabrede im Rahmen des gesamten Vertragswerks erscheint [...]».⁴¹² Ob einer Abrede für die Qualifikation als Versicherung eine ausreichende Bedeutung zukommt, ist nach deren innerem Zusammenhang mit dem anderen Vertragsbestandteil zu beurteilen.⁴¹³ Nicht ausschlaggebend ist das wirtschaftliche Gewicht der einzelnen Vertragsbestandteile.⁴¹⁴

die Versicherer Dienstleistungen, indem sie ungerechtfertigte Ansprüche Dritter gegen den Versicherten abwehren bzw. die durch diese Abwehr entstehenden Kosten (z.B. Anwaltshonorare) zahlen (ERB, 65). Wobei es sich bei der Übernahme von Kosten wohl eher um eine Geldleistung handelt. Nach KELLER/TÄNNLER, 16, stellen bloße Dienstleistungen keine Versicherungsleistung dar. Als Beispiele nennen sie Beratung, Auskünfte, anwaltliche Vertretung und Inkasso.

⁴¹⁰ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.27. Vgl. BGE 114 Ib 244, E. 4c. KELLER/TÄNNLER, 21, nennen Beispiele für Nebenabreden eines Hauptvertrages: Die Übernahme des Delkredere durch den Bankier, Agenten oder Kommissionär; die Versicherung, die der Frachtführer selbst, kraft Transportvertrag, für den Fall des Verlustes, der Beschädigung oder der verspäteten Ablieferung des Frachtgutes übernimmt; die vom Fabrikanten übernommene Verpflichtung, Bruchschäden an seinen Produkten zu ersetzen, oder die Übernahme des an sich nebensächlichen Prozesskostenrisikos durch eine Gesellschaft, die sich verpflichtet, ihre Kundschaft über juristische Fragen zu beraten und zu dokumentieren.

⁴¹¹ KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 540.

⁴¹² BGE 114 Ib 244, E. 4c.

⁴¹³ BGE 58 I 256, E. 5; 76 I 362, E. 5a; 107 Ib 54, E. 4.

⁴¹⁴ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.27; BSK VVG 2012-STOESSEL, ad N 9 zu Allgemeine Einleitung.

e. Planmässigkeit

Nach dem Kriterium des planmässigen Geschäftsbetriebs liegt eine Versicherung i.S. des VAG nur vor, wenn die Übernahme des Risikos durch das Versicherungsunternehmen planmässig erfolgt.⁴¹⁵ Grundsätzlich fordert das Bundesgericht, dass eine Kompensation der übernommenen Risiken nach den Gesetzen der Statistik – also dem Gesetz der grossen Zahlen⁴¹⁶ – vorgenommen wird (Risikoausgleich).⁴¹⁷ Vereinfacht ausgedrückt, hat das Versicherungsunternehmen das Risiko in der einen oder anderen Form zu kompensieren, z.B. durch den Abschluss einer Vielzahl von entsprechenden Geschäften.⁴¹⁸ Nicht vorausgesetzt ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass die Versicherung versicherungsmathematischen Kriterien genügt.⁴¹⁹ Das Bundesverwaltungsgericht hat präzisiert, dass es genügt, wenn ein Geschäftsplan vorsieht, dass die Summe der Einnahmen die Ausgaben deckt und eine Gewinnmarge beinhaltet.⁴²⁰ Ein Versicherungsunternehmen geht dabei planmässig vor, weil es die Prämie als Deckungsbeitrag für den Erwartungswert der Schäden berechnet. Da daraus eine Verlustwahrscheinlichkeit von 50 % resultieren würde, wird zusätzlich ein Sicherheitszuschlag als Ausgleich für das versicherungstechnische Risiko sowie ein Betriebskostenzuschlag und ein Gewinnzuschlag erhoben. Die Formulierungen des planmässigen Geschäftsbetriebs des Bundes- und Bundesverwaltungsgerichts sind so offen, dass neben dem Ausgleich im Kollektiv weitere Formen des Risikomanagements als planmässig betrachtet werden können, wenn diese nach dem allgemeinen Handelsbrauch in der Finanzwirtschaft als geeignet erscheinen, das unternehmerische Gesamtrisiko zu reduzieren.⁴²¹

⁴¹⁵ WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 17.

⁴¹⁶ Zum Gesetz der grossen Zahlen vgl. unten III.A.2.1.b.

⁴¹⁷ BGE 58 I 256, E. 6; 107 Ib 54, E. 5. Vgl. auch BANZ, 18, insbesondere Fn. 84; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.27; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 538 f.

⁴¹⁸ RAIMONDI, 42; WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 17. Vgl. z.B. BGE 107 Ib 54, E. 5. Das Kriterium der Planmässigkeit wird von der Lehre insofern kritisiert, als gerade bei Unternehmen, welche Risiken gegen Prämien ohne entsprechende Kompensation übernehmen, der aufsichtsrechtliche Schutz besonders notwendig ist (BANZ, 19 f.; MAURER, 95 f.; zustimmend WEBER/BAISCH, § 4 Rz. 17). Diese Kritik ist m.E. gerechtfertigt.

⁴¹⁹ BGE 92 I 126, E. 3; 107 Ib 54, E. 5.

⁴²⁰ BVGer B-2808/2009 vom 25. März 2010, E. 7.5.

⁴²¹ BANZ, 18.

f. Rechtsschutzversicherung gemäss Art. 161 AVO

Auf Verordnungsstufe wird in Art. 161 AVO einzig die Rechtsschutzversicherung definiert. Danach verpflichtet sich das Versicherungsunternehmen, gegen Bezahlung einer Prämie, durch rechtliche Angelegenheiten verursachte Kosten zu vergüten oder in solchen Angelegenheiten Dienste zu erbringen. Diese Legaldefinition enthält zwei der vom Bundesgericht entwickelten Definitionsmerkmale einer Versicherung: Prämie des Versicherungsnehmers und Leistung des Versicherers. Das Merkmal des Risikos im oben umschriebenen Sinn ist in Art. 161 AVO aber nicht enthalten.⁴²² Es geht nicht hervor, dass die durch rechtliche Angelegenheiten verursachten Kosten vom Eintritt eines Risikos, d.h. von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis, abhängig sind. Konsequenterweise geht auch das Merkmal der Planmässigkeit des Geschäftsbetriebs bzw. der Übernahme der Risiken nach dem Gesetz der grossen Zahlen nicht aus der Definition der Rechtsschutzversicherung in Art. 161 AVO hervor. Auch das Merkmal der Selbstständigkeit der Operation fehlt.⁴²³ Dies bedeutet aber nicht, dass die den Risikotransfer charakterisierenden Merkmale bei der Rechtsschutzversicherung nicht relevant sind. Die Definition des Verordnungsgebers greift lediglich zu kurz und spezifiziert nur die Leistungen der Parteien des Versicherungsvertrages. Dies macht insofern Sinn, als in Art. 161 AVO nicht das Versicherungsgeschäft bzw. die Versicherung als solche, sondern der Gegenstand der Rechtsschutzversicherung als einer bestimmten Form der Versicherung definiert wird.

1.2. Privatrechtlicher Versicherungsbegriff

Ein Versicherungsvertrag kommt durch den Austausch übereinstimmender Willenserklärungen in den wesentlichen Punkten zustande (Art. 1 OR). Die wesentlichen Punkte eines Versicherungsvertrages sind Risikotransfer und Prämie^{424 425}.

⁴²² Zum Risiko im versicherungsaufsichtsrechtlichen Sinne vgl. oben II.A.2.

⁴²³ So auch BSK VAG-FUHRER, N 9 zu Art. 32, der diese Elemente als den Risikotransfer charakterisierend bezeichnet.

⁴²⁴ Es genügt die Bestimmbarkeit der Prämienhöhe in objektiver und subjektiver Hinsicht, wobei die subjektive Bestimmbarkeit durch Art. 27 ZGB begrenzt wird (EISNER-KIEFER, 32). Nach KELLER/TÄNNLER, 17, muss die Prämie objektiv bestimmbar sein.

⁴²⁵ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.5; BRULHART, Rz. 89 f. Nach der wohl h.L. beinhaltet der Versicherungsvertrag folgende Merkmale: den zu versichernden Gegenstand (Interesse), die versicherte Gefahr, die Leistung des Versicherers, die Prämie und die Dauer des Vertrages (so z.B. KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 483 ff.; MAURER [1. Aufl.], 112 f.; SCHAER, § 10 Rz. 26). Der Unterschied ist aber ohne praktische Kon-

Diese beiden Punkte stellen die vertragsbestimmenden Merkmale des Versicherungsvertrages dar.⁴²⁶ Das Merkmal des Risikotransfers beinhaltet neben dem Grundsatz des Transfers auch dessen Modalitäten: die versicherte Gefahr⁴²⁷, das versicherte Interesse⁴²⁸ und die versicherte Leistung.⁴²⁹ Realisiert sich die versicherte Gefahr, spricht man vom Eintritt des versicherten Ereignisses (Versicherungsfall). Zwischen der versicherten Gefahr und dem versicherten Ereignis bedarf es eines adäquaten Kausalzusammenhangs.⁴³⁰

Der Versicherungsvertrag ist ein Dauerschuldverhältnis,⁴³¹ das sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung dadurch charakterisiert, dass der Umfang der Gesamtleistung von der Länge der Zeit abhängt, während der die Leistungen fortgesetzt werden. Massgebend ist dabei die vertragstypische Hauptleistung.⁴³² Die Frage nach der Hauptleistungspflicht des Versicherers ist umstritten.⁴³³ Es werden insbesondere die Gefahrentragungs- und die Geldleistungstheorie einander gegenübergestellt.⁴³⁴ Nach der Geldleistungstheorie besteht die Hauptleistung des Versicherers in der im Versicherungsfall zu erbringenden – und damit bedingten –

sequenz, da vorliegend die Merkmale des versicherten Interesses, der versicherten Gefahr und der versicherten Leistung zum übergeordneten Merkmal des Risikotransfers zusammengefasst werden. Die Dauer des Vertrages stellt zudem kein typenbestimmendes Merkmal dar.

⁴²⁶ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.7. Gemäss KOENIG, Privatversicherungsrecht, 31 und 33, ist die Anbindung der Leistungspflicht an den Eintritt des Versicherungsfalles ebenfalls ein begriffliches Merkmal, das für den Versicherungsvertrag charakteristisch ist. So auch MAURER (1. Aufl.), 113.

⁴²⁷ KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 490. Ausführlich zur Gefahr als Vertragsbestandteil vgl. KELLER/TÄNNLER, 15 f.

⁴²⁸ Jedes wirtschaftliche Interesse, das jemand am Ausbleiben eines befürchteten Ereignisses hat, kann Gegenstand der Schadenversicherung sein (Art. 48 VVG). Über das Interesse als Gegenstand der Versicherung herrscht in der Lehre Uneinigkeit. Vgl. dazu z.B. BANZ, 22 f.; EHRENBURG, passim.; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 4.8 ff.; KOENIG, Gegenstand, passim.

⁴²⁹ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.5.

⁴³⁰ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.8.

⁴³¹ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.15; KIEFER, Prämienzahlungsverzug, 9 ff.

⁴³² BGE 128 III 428, E. 3a.

⁴³³ ARQUINT, Bilanzrecht, XLVI; HUNGERBÜHLER, 12; KIEFER, Prämienzahlungsverzug, 6 f., jeweils mit einer Übersicht über das Problem.

⁴³⁴ Ausführlich dazu MAURER, 212 f.

Leistung.⁴³⁵ Analog der Gefahrentragungstheorie besteht die Hauptleistung des Versicherers hingegen in der Übernahme eines Risikos während der gesamten Laufzeit des Versicherungsvertrages.⁴³⁶ Da dieser Lehrstreit für den Gang dieser Abhandlung – wie wohl auch in der Praxis – unerheblich ist, wird im Folgenden auf eine vertiefte Darstellung verzichtet.

Von einem Teil der Doktrin wird die Auffassung vertreten, dass ein Vertrag nur dann unter das VVG zu subsumieren ist, wenn er im planmässigen Geschäftsbetrieb abgeschlossen wird. Danach wäre die Planmässigkeit⁴³⁷ ein Merkmal des Versicherungsvertragsbegriffs.⁴³⁸ Diese Auffassung ist abzulehnen. Für die Beteiligten (Versicherungsnehmer, Versicherter und auch Gerichte) lässt sich kaum bestimmen, wie gross der Versichertenbestand in einem Versicherungszweig sein muss, damit das Gesetz der grossen Zahlen⁴³⁹ zum Tragen kommt bzw. zum Tragen kommen kann. Es bestünde somit völlige Rechtsunsicherheit darüber, ob der einzelne Vertrag unter das VVG fällt oder nicht.⁴⁴⁰ Die von bewilligungspflichtigen Versicherungsunternehmen abgeschlossenen Versicherungsverträge fallen unter das VVG, unabhängig davon, ob das Gesetz der grossen Zahlen erfüllt ist.⁴⁴¹

1.3. Versicherungsgeschäft in der Praxis der FINMA

Der Begriff des Versicherungsgeschäfts, den die FINMA ihrer Aufsichtspraxis zugrunde legt, geht namentlich aus dem Rundschreiben «Outsourcing – Banken und Versicherer»⁴⁴² hervor. Das Rundschreiben legt die aufsichtsrechtlichen Anforder-

⁴³⁵ EICHLER, 27 ff.; HUNGERBÜHLER, 13 und 20; KIEFER, Prämienzahlungsverzug, 7; KOENIG, Privatversicherungsrecht, 93 f. und 97 f.; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 626; MAURER, 212.

⁴³⁶ BANZ, 25; HUNGERBÜHLER, 14 ff.; KIEFER, Prämienzahlungsverzug, 6; KOENIG, Privatversicherungsrecht, 97.

⁴³⁷ Zur Planmässigkeit des Geschäftsbetriebs vgl. oben III.A.1.1.e.

⁴³⁸ So z.B. ROELLI, Kommentar VVG I, N 7 zu Art. 1–3.

⁴³⁹ Zum Gesetz der grossen Zahlen vgl. unten III.A.2.1.b.

⁴⁴⁰ MAURER (1. Aufl.), 115. Zur Kritik am Planmässigkeitskriterium für den Versicherungsbegriff nach VAG vgl. oben III.A.1.1.e.

⁴⁴¹ MAURER (1. Aufl.), 115.

⁴⁴² FINMA-RS 2018/3 «Outsourcing». Die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Auslagerung von Dienstleistungen für Banken waren vor Erlass des geltenden FINMA-RS 2018/3 «Outsourcing» vom 5. Dezember 2017 bereits im FINMA-RS 2008/7 «Outsourcing Banken» festgehalten. Für Versicherer war die Auslagerung im

rungen an die Auslagerung fest, indem es Vorgaben zu deren Organisation macht. Mit dem Rundschreiben sollen die mit der Auslagerung verbundenen Risiken begrenzt werden.⁴⁴³

Das Outsourcing von wesentlichen Funktionen und die beschränkt zulässige Auslagerung von Kontrollfunktionen sind im Bereich der Privatversicherung gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. j VAG geschäftsplanrelevant und damit genehmigungspflichtig.⁴⁴⁴ Was unter wesentlichen Funktionen der Versicherer zu verstehen ist, beschreibt das VAG nicht, sondern überlässt dies der Praxis. Die FINMA hat die wesentlichen Funktionen im Rundschreiben 2018/3 «Outsourcing – Banken und Versicherer» konkretisiert.

Outsourcing im Sinne des Rundschreibens liegt vor, wenn ein «Unternehmen einen Dienstleister beauftragt, selbständig und dauernd eine für die Geschäftstätigkeit des Unternehmens wesentliche Dienstleistung ganz oder teilweise zu erfüllen.»⁴⁴⁵ Der Entwurf zum geltenden Rundschreiben bezeichnete jene Funktionen als wesentlich, die untrennbar mit dem Betrieb des Versicherungsunternehmens verbunden sind, und führte die folgenden Beispiele an:

- die Produktion (Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozzeichnung),
- die Bestandesverwaltung (Policenverwaltung),
- die Schadenregulierung (Leistungsbearbeitung),
- das Rechnungswesen (Finanzbuchhaltung und -controlling),
- die Vermögensanlage und -verwaltung sowie
- die IT (Informations- und Datenverarbeitung).⁴⁴⁶

Daneben hat die FINMA im Entwurf zum geltenden Rundschreiben auch Risikomanagement und Compliance als wesentliche Dienstleistungen von Versicherungsunternehmen qualifiziert.⁴⁴⁷ Es sind dies alles Tätigkeiten, die zwingend zu einem Versicherungsunternehmen gehören.⁴⁴⁸ Nach Ansicht der FINMA enthält

FINMA-RS 2017/5 «Geschäftspläne – Versicherer» sowie in FINMA, Mitteilung 63 (2014), sehr restriktiv geregelt.

⁴⁴³ FINMA-RS 2018/3 «Outsourcing», Rz. 1.

⁴⁴⁴ FINMA-RS 2018/3 «Outsourcing», Rz. 10.

⁴⁴⁵ FINMA-RS 2018/3 «Outsourcing», Rz. 3.

⁴⁴⁶ FINMA, Entwurf RS Outsourcing, Rz. 7.

⁴⁴⁷ FINMA, Entwurf RS Outsourcing, Rz. 7.

⁴⁴⁸ LACHER, Rz. 239.

der Begriff der Wesentlichkeit aber auch ein quantitatives Element, das unabhängig vom Übergang der unternehmerischen Funktionen zu beurteilen ist. Die Frage der Wesentlichkeit einer Teilfunktion ist deshalb nach Praxis der FINMA danach zu beurteilen, ob durch die Übertragung die Interessen der Versicherten tangiert sind.⁴⁴⁹ In der definitiven Version des Rundschreibens hat die FINMA in diesem Sinne darauf verzichtet, konkrete unternehmerische Funktionen als wesentlich zu bezeichnen. Sie hält generisch fest, dass jene Funktionen wesentlich sind, «von denen die Einhaltung der Ziele und Vorschriften der Finanzmarktaufsichtsgesetzgebung signifikant abhängt.»⁴⁵⁰ Trotz dieser generischen Umschreibung der wesentlichen Funktionen kann davon ausgegangen werden, dass die im Entwurf genannten Funktionen dennoch als wesentlich gelten. Dies auch, weil die Praxis der FINMA zum Geschäftsplan die gleichen Funktionen als wesentlich bzw. als Kernfunktionen bezeichnet.⁴⁵¹

2. Versicherungsgeschäft in den Wirtschaftswissenschaften

Eine einheitliche Definition der Versicherung besteht auch in den Wirtschaftswissenschaften nicht.⁴⁵² Durchgesetzt hat sich wohl die von GOBBI⁴⁵³ begründete Bedarfstheorie, die vom Versicherungswirtschaftler MANES⁴⁵⁴ sowie den Be-

⁴⁴⁹ FINMA, Erläuterungsbericht Entwurf RS Outsourcing, 8.

⁴⁵⁰ FINMA-RS 2018/3 «Outsourcing», Rz. 4.

⁴⁵¹ In den Erläuterungen zum Geschäftsplan unterscheidet die FINMA zwischen den Kernfunktionen (Produktion, Bestandesverwaltung und Schadenregulierung) und den übrigen wesentlichen Funktionen (Rechnungswesen, Vermögensanlage/-verwaltung, IT/EDV) (vgl. FINMA, Erläuterungen zum Geschäftsplan, 17).

⁴⁵² Vgl. FARNY/HELTEN/KOCH, 667 ff.; FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 8; NGUYEN/ROMEIKE, 16 f.; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 34.

⁴⁵³ GOBBI definierte die Versicherung ursprünglich als ein Institut, das «bezweckt bei geringen Kosten und bei genügender Sicherheit das erforderliche Kapital zur Verfügung zu stellen (zur Befriedigung eines eventuellen Bedürfnisses), im Falle das Ereignis eintritt, welches das Bedürfnis selbst hervorruft.» (GOBBI, ULYSSES, *Theorie der Versicherung*, in: *Zeitschrift für Versicherungsrecht und -wissenschaft*, Bd. 2, 1896, 465 ff., zitiert nach SCHUG, 36 [Originalquelle nicht auffindbar]).

⁴⁵⁴ Die ursprüngliche Definition von MANES lautete: «Denn unter Versicherung versteht man: auf Gegenseitigkeit beruhende wirtschaftliche Verwaltungen zwecks Deckung zufälligen schätzbaren Vermögensbedarfs» (MANES, 3).

triebswirtschaftlern HAX⁴⁵⁵ und FARNY modifiziert wurde.⁴⁵⁶ Nach dieser ist Versicherung «[d]ie Deckung eines im einzelnen ungewissen, insgesamt geschätzten Mittelbedarfs auf der Grundlage des Risikoausgleichs im Kollektiv und in der Zeit».⁴⁵⁷ Danach besteht die Aufgabe der Versicherer darin, Mittel für einen möglicherweise entstehenden bezifferbaren Geldbedarf bereitzuhalten.⁴⁵⁸

Diese wirtschaftliche Funktion der Versicherung vorausgesetzt, wird im Folgenden das Versicherungsgeschäft betrachtet. Die Versicherung bildet dabei das Produkt dieses Versicherungsgeschäfts. Das Versicherungsgeschäft selbst lässt sich in drei Teilelemente unterteilen: das Risikogeschäft, das Spar- und Entspargeschäft sowie das Dienstleistungsgeschäft.⁴⁵⁹

2.1. Risikogeschäft als Transfer und Transformation von Risiken

Das Risikogeschäft bildet den Kern des Gesamtversicherungsgeschäfts.⁴⁶⁰ Dieses besteht aus Risikotransfer und Risikotransformation.⁴⁶¹

a. Risikotransfer

Der Risikotransfer besteht in der Übertragung von Risiken vom Versicherten auf den Versicherer.⁴⁶² Der Transfer des Risikos ist entgeltlich; der Versicherer erhält

⁴⁵⁵ Die ursprüngliche Definition von HAX lautete (kurze Fassung): «Versicherung ist die Deckung eines im Einzelnen ungewissen, insgesamt schätzbaren Mittelbedarfs auf der Grundlage des Risikoausgleichs im Kollektiv und in der Zeit» (HAX, 22).

⁴⁵⁶ KOCH, Versicherungswirtschaft, 25.

⁴⁵⁷ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 8 f. Für einen Überblick über die verschiedenen Definitionsansätze, deren Unterschiede und Gemeinsamkeiten vgl. VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 34 f.; KÖHNE, 152 ff.; MÜLLER, W., 64 ff.

⁴⁵⁸ KOCH, Versicherungswirtschaft, 26.

⁴⁵⁹ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 22; KARTEN ET AL., 4; ROSENBAUM/WAGNER, 116; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 24.

⁴⁶⁰ ALBRECHT, Versicherung, 22; FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 22; NGUYEN/ROMEIKE, 10; SCHRADIN/MALIK, 10; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 24.

⁴⁶¹ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 1 ff.; FALLEGGER, 16 f.; HALLER/ACKERMANN, 4/21 ff.; SCHRADIN/MALIK, 10. Vgl. auch GRÜNBICHLER/ZINNÖCKER, 207 f.

⁴⁶² ALBRECHT, Versicherung, 23; ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 3; FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 22; NGUYEN/ROMEIKE, 11; SCHRADIN/MALIK, 11. Vgl. auch TROWBRIDGE, 3.

für die Risikoübernahme eine Prämie.⁴⁶³ Als Folge dieses Risikotransfers hat das Versicherungsunternehmen dem Versicherungsnehmer bei Realisation des Versicherungsfalles die Versicherungsleistung (Geld- oder Sachleistung) zu entrichten.⁴⁶⁴

Neben der Entrichtung der Prämie ist dem Risikotransfer ein Transfer von Informationen vom Versicherungsnehmer auf das Versicherungsunternehmen vorausgesetzt. Diese Informationen werden benötigt, um bspw. das transferierte Risiko in die entsprechende Tarifgruppe einordnen zu können.⁴⁶⁵ Die Informationsbeschaffung stellt damit ein Instrument der Risikopolitik des Versicherungsunternehmens dar.⁴⁶⁶ Umgekehrt induziert der Abschluss einer Versicherung auch Informationen beim Versicherungsnehmer wie etwa über die finanziellen Konsequenzen des Eintritts des Versicherungsfalles.⁴⁶⁷

Der Risikotransfer erfolgt unter Einsatz verschiedener versicherungstechnischer Instrumente: der Risikoidentifikation (rechtgeschäftliche Abgrenzung des transferierten Risikos), der Risikoselektion (Annahme bzw. Ablehnung von Risiken unter bestimmten Bedingungen⁴⁶⁸), der Gestaltung des Deckungsumfanges (Deckungsgrenzen, Selbstbeteiligung), der Tarifstruktur und der Prämienhöhe.⁴⁶⁹

b. Risikotransformation

Das Versicherungsunternehmen übernimmt die Risiken vieler Versicherungsnehmer geschäftsmässig. Durch die Zusammenfassung einer Vielzahl von Risiken von einer Vielzahl von Versicherungsnehmern versucht das Versicherungsunternehmen, einen Risikoausgleich im Kollektiv zu erzeugen.⁴⁷⁰ Der Ausgleich-im-Kollektiv-Effekt wird in der Versicherungsliteratur auch als Wirkung des «Geset-

⁴⁶³ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 34; FARNY, Entwicklungen, 592; NGUYEN/ROMEIKE, 11; SCHRADIN/MALIK, 11. Ausführlich zur Prämie vgl. FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 58 ff.; HALLER/ACKERMANN, 4/28 ff.

⁴⁶⁴ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 3.

⁴⁶⁵ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 3.

⁴⁶⁶ KARTEN, Risikopolitik, 221; KARTEN ET AL., 183.

⁴⁶⁷ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 5.

⁴⁶⁸ Die Übernahme (Zeichnung) der Risiken wird auch als Underwriting bezeichnet (PICKEL, Versicherungslexikon, 943).

⁴⁶⁹ SCHRADIN/MALIK, 11. Ausführlich zu den risikopolitischen Instrumenten vgl. KARTEN/NELL/RICHTER/SCHILLER, 183 ff.

⁴⁷⁰ GRÜNBICHLER/ZINNÖCKER, 208; NGUYEN/ROMEIKE, 21; ROSENBAUM/WAGNER, 116.

zes der grossen Zahlen» bezeichnet.⁴⁷¹ Dieses besagt, dass die Zufallsschwankungen (d.h. die Abweichung des effektiven Schadens vom erwarteten Schaden) von gleichartigen⁴⁷², aber unabhängigen Risiken erfahrungsgemäss umso geringer ausfallen, je grösser die Anzahl der übernommenen Risiken bzw. das Versicherungskollektiv ist. Das Gesamtrisiko wächst dabei degressiv und nicht linear mit zunehmender Kollektivgrösse.⁴⁷³ Der Versicherer beurteilt die übernommene Schadenverteilung, d.h. das übernommene Risiko, als «weniger gefährlich» als der einzelne Versicherungsnehmer.⁴⁷⁴ Zudem weisen die Schadenereignisse Regelmässigkeiten auf. Aus der Beobachtung der Häufigkeit bestimmter Schadenereignisse können Aussagen über die Wahrscheinlichkeit des einzelnen Schadeneintritts abgeleitet werden. Diese Aussagen sind umso adäquater, je grösser die Zahl der beobachteten Fälle ist.⁴⁷⁵ Der tatsächlich eingetretene Gesamtschaden nähert sich folglich dem erwarteten Gesamtschaden an⁴⁷⁶ und das versicherungstechnische Risiko⁴⁷⁷ des Versicherungsunternehmens nimmt in der Folge ab.⁴⁷⁸ Die Schadenschwankungen werden dabei absolut nicht geringer, aber die Konsequenzen können günstiger getragen werden.⁴⁷⁹ Die Erhaltung eines vordefinierten versicherungstechnischen Gesamtrisikos (Sicherheitsniveau) für alle Einzelrisiken insgesamt ist deshalb zu geringeren Kosten möglich als bei individueller Risiko-

⁴⁷¹ Vgl. FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 47; HALLER/ACKERMANN, 4/21; NGUYEN/ROMEIKE, 33 f; SCHWEBLER, 300; Ausführlich dazu mit mathematischer Herleitung ALBRECHT, Gesetze, 501 ff. Über die Wirkungsweise des Gesetzes der grossen Zahlen bestehen in der Versicherungsliteratur unterschiedliche Erklärungsansätze (vgl. z.B. ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 20 ff.; FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 46 ff.; HELTEN, Erfassung, 175 ff.). Zum Zweck der vorliegenden Abhandlung reicht eine vereinfachte Darstellung.

⁴⁷² Z.T. wird vertreten, dass der Risikoausgleich auch bei nicht gleichartigen Risiken wirkt. So z.B. HAX, 19. Vgl. auch EISEN/MÜLLER/ZWEIFEL, 44. A.A. HALLER/ACKERMANN, 4/22 und 4/23; LINDENBAUM, 85. Ausführlich dazu vgl. KARTEN ET AL., 95 ff.

⁴⁷³ NGUYEN/ROMEIKE, 33. Ausführlich dazu mit mathematischer Herleitung vgl. FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 45 ff.

⁴⁷⁴ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 47.

⁴⁷⁵ HALLER/ACKERMANN, 4/23; SCHWEBLER, 300; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 32 und 36. Vgl. auch ALBRECHT, Gesetze, 504 ff.

⁴⁷⁶ KOCH, Versicherungswirtschaft, 29.

⁴⁷⁷ Zum versicherungstechnischen Risiko vgl. unten IV.A.1.

⁴⁷⁸ KARTEN ET AL., 86; KLEIN, Introduction, 7; NGUYEN/ROMEIKE, 33f.

⁴⁷⁹ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 20.

tragung.⁴⁸⁰ Wird das Konzept um die Prämie erweitert, die der Versicherungsnehmer für den Risikotransfer bezahlt, kann der Effekt wie folgt beschrieben werden: Fordert der Versicherer nach dem versicherungstechnischen Äquivalenzprinzip nur die Nettorisikoprämie⁴⁸¹, d.h. nur den Erwartungswert des Schadens, impliziert dies eine Verlustwahrscheinlichkeit von 50 %. Rein technisch gesehen würde das Versicherungsunternehmen in diesem Fall jedes zweite Jahr einen Totalausfall erleiden. Um dies zu vermeiden, wird zusätzlich auf die Nettorisikoprämie ein Sicherheitszuschlag für rein zufällige Abweichungen gefordert.⁴⁸² Dieser Sicherheitszuschlag soll ein vordefiniertes Sicherheitsniveau des Versicherungsunternehmens gewährleisten. Unter der Bedingung weitgehender Unabhängigkeit der Risiken bedeutet eine wachsende Kollektivgrösse, dass der durchschnittliche Sicherheitszuschlag, d.h. der Sicherheitszuschlag pro Versicherungsnehmer, sinkt.⁴⁸³ Bei einem grossen Kollektiv wird deshalb pro Versicherungsnehmer ein tieferer Sicherheitszuschlag benötigt, um dasselbe Sicherheitsniveau zu erreichen.⁴⁸⁴ Für den Versicherungsnehmer wird der Versicherungsschutz durch den Risikoausgleich daher günstiger.⁴⁸⁵

Dieser Ausgleich-im-Kollektiv-Effekt ist wesentlicher Bestandteil der Risikotransformation und bildet den Kern der Produktionstechnik der Versicherung.⁴⁸⁶ Daneben bestehen noch andere Ausgleichseffekte. Zu nennen ist insbesondere der Risikoausgleich in der Zeit. Dieser beschreibt Ausgleichseffekte in einer periodenübergreifenden Betrachtung. Vereinfacht ausgedrückt stellt der Risikoausgleich in der Zeit die Abfolge mehrerer einperiodischer Risikoausgleiche im Kol-

⁴⁸⁰ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 20 f.; HALLER/ACKERMANN, 4/25; KLEIN, Introduction, 7; SCHRADIN/MALIK, 13.

⁴⁸¹ Die Nettorisikoprämie (auch reine Risikoprämie genannt) entspricht dem Deckungsbeitrag für den Erwartungswert der Schäden (FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 61; KARTEN, Einzelrisiko, 240 und 246 ff. Formelhaft vgl. HALLER/ACKERMANN, 4/29).

⁴⁸² Zum Sicherheitszuschlag vgl. KARTEN, Einzelrisiko, 241; MEHRING, 1130.

⁴⁸³ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 20; HALLER/ACKERMANN, 4/25 f.; FALLEGGER, 17 f.

⁴⁸⁴ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 20; FALLEGGER, 17 f.; HALLER/ACKERMANN, 4/25 f.; SCHRADIN/MALIK, 13; SCHWEBLER, 300.

⁴⁸⁵ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 20; SCHRADIN/MALIK, 13; SCHWEBLER, 300.

⁴⁸⁶ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 20; FALLEGGER, 17 f. Nach KARTEN, Risikopolitik, 218, ist der Risikoausgleich im Kollektiv das technische Prinzip der Versicherungsproduktion. Vgl. auch IAIS, Financial Stability, 11.

lektiv dar.⁴⁸⁷ Auch durch die Rückversicherung wird ein Risikoausgleicheffekt erzielt. Sie ist grundsätzlich nichts anderes als eine Kollektivbildung über die einzelnen Versicherungsunternehmen hinaus.⁴⁸⁸

Obwohl das Gesetz der grossen Zahlen auf grosse Einzelrisiken nicht anwendbar und der Risikoausgleich im Kollektiv deshalb nicht gegeben ist, können diese versichert werden. Elemente der Risikobewältigung, vor allem eine sorgfältige technische Risikoanalyse, eine systematische Schadenforschung sowie Formen der Rück- und Mitversicherung⁴⁸⁹ machen dies möglich.⁴⁹⁰

Die unternehmerische Leistung des Versicherungsunternehmens besteht in der Herbeiführung der Risikotransformation.⁴⁹¹ Die Risikotransformationseffekte stellen sich aber nicht quasi von selbst ein, sondern müssen durch den Einsatz eines risikopolitischen Instrumentariums⁴⁹² – der planmässigen Organisation von Risikokollektiven – gefördert werden.⁴⁹³ Zu denken ist dabei an die Risikoselektion, die Produktgestaltung (Risikobegrenzung), die Reserve- und Kapitalanlagepolitik, die Rück- und Mitversicherung, die Preisbildung oder die Vertragsabwicklung im Schadenfall.⁴⁹⁴

⁴⁸⁷ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 22; FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 51. Ausführlich zum Risikoausgleich in der Zeit vgl. KARTEN ET AL., 99 ff.

⁴⁸⁸ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 22.

⁴⁸⁹ Mitversicherung ist die gemeinsame Versicherung eines bestimmten Risikos durch das Zusammenwirken mehrerer Versicherer (KOCH, Versicherungswirtschaft, 219; MANES, 112).

⁴⁹⁰ SCHWEBLER, 300. Vgl. auch MEHRING, 1127.

⁴⁹¹ HALLER/ACKERMANN, 4/25; FALLEGGER, 18. Ähnlich auch ALBRECHT, 33, der die Risikotransformation neben der Organisation des Risikotransfers als die zweite wesentliche Hauptleistung eines Versicherungsunternehmens bezeichnet.

⁴⁹² Als risikopolitische Instrumente werden Massnahmen zur Reduktion des versicherungstechnischen Risikos bezeichnet (SCHRADIN, Perspektiven, 578).

⁴⁹³ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 21, 33 und 35; MÜLLER, W., 71; SCHWEBLER, 300.

⁴⁹⁴ Für einen ausführlichen Überblick über die möglichen Instrumente der Risikopolitik vgl. EISEN/MÜLLER/ZWEIFEL, 71; KARTEN, Risikopolitik, 221 ff.; ZWEIFEL/EISEN, 187 f.

2.2. Spar- und Entspargeschäft

Das Risikogeschäft ist in gewissen Versicherungszweigen, insbesondere im Bereich der Lebensversicherung, rechtlich oder faktisch mit Spar- und Entspargeschäften verbunden. Ein Spargeschäft liegt vor, wenn der Versicherungsnehmer einmalig oder laufend Sparbeträge an den Versicherer zahlt, der sich verpflichtet, das daraus gebildete Sparkapital zu verzinsen und zu bestimmten Zeiten oder unter anders definierten Voraussetzungen an den Versicherungsnehmer zurückzuzahlen. Die Rückzahlung kann dabei in Form eines Einmalbetrags (Kapitalzahlung) oder von laufenden Renten erfolgen.⁴⁹⁵

Von einem Entspargeschäft spricht man, wenn der Versicherungsnehmer dem Versicherer Kapital überlässt, welches samt Zinseszinsen planmässig in Form von Rentenzahlungen während eines bestimmten oder unbestimmten Zeitraums verzehrt wird.⁴⁹⁶

Die Spar- und Entspargeschäfte der Versicherungen sind aus ökonomischer Perspektive mit einigen funktionsgleichen Bank- oder Finanzgeschäften vergleichbar. Der Versicherer nimmt die einmaligen oder laufenden Prämienzahlungen entgegen und verpflichtet sich zur Rückzahlung der verzinsten Spareinlagen zu bestimmten Terminen oder bei Eintritt von genau definierten Ereignissen. Zur Erwirtschaftung der Deckungsbeiträge für die Verzinsung legt der Versicherer das einbezahlte Sparkapital in Ertrag bringende Kapitalanlagen an.⁴⁹⁷ Dies entspricht wirtschaftlich gesehen im Grunde dem Aktiv- und Passivgeschäft von Kreditinstituten.⁴⁹⁸

2.3. Dienstleistungsgeschäft

Zahlreiche Dienstleistungen des Versicherungsunternehmens sind notwendig, damit die Risiko-, Spar- und Entspargeschäfte zu einem austauschfähigen Wirtschaftsgut werden.⁴⁹⁹ Das Dienstleistungsgeschäft ist damit Bestandteil des Ge-

⁴⁹⁵ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 53; NGUYEN/ROMEIKE, 12; ROSENBAUM/WAGNER, 121.

⁴⁹⁶ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 53; NGUYEN/ROMEIKE, 13.

⁴⁹⁷ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 55.

⁴⁹⁸ KÖHNE, 158.

⁴⁹⁹ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 55; NGUYEN/ROMEIKE, 13; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 25.

samtversicherungsgeschäfts und ergänzt das abstrakte Risikogeschäft zu einem am Markt absetzbaren Produkt.⁵⁰⁰ Diese häufig als Geschäftsprozesse bezeichneten Dienstleistungen können in Beratungs- und Abwicklungsleistungen unterteilt werden.⁵⁰¹

Beratungsleistungen sind sämtliche Leistungen, mit welchen dem Kunden das Wesen der Risiko-, Spar- und Entspargeschäfte, deren Eignung zur Bedarfsdeckung sowie die Abwicklung der Geschäfte erklärt werden. Die Beratungsleistungen stehen in sachlichem und zeitlichem Zusammenhang mit dem Absatz sowie der Bearbeitung der Versicherungsverträge und der Versicherungsfälle.⁵⁰² Ebenfalls zu den Dienstleistungsgeschäften zählen die Risikoversorge sowie die Risikovermeidung.⁵⁰³

Abwicklungsgeschäfte betreffen das Risiko-, das Spar- und Entspargeschäft von der Abwicklung des Absatzes bis zum Vertragsabschluss, der sich anschliessenden Erstbearbeitung, der Folgebearbeitung während der Laufzeit des Vertrages, der Schlussbearbeitung bei dessen Ende sowie der Abwicklung eintretender Versicherungsfälle. Abzuwickeln sind auch sämtliche Zahlungsvorgänge.⁵⁰⁴

2.4. Für den Betrieb des Versicherungsgeschäfts notwendige betriebswirtschaftliche Funktionen

Zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts hat ein Versicherungsunternehmen diverse betriebswirtschaftliche Funktionen zu erfüllen. Die Beschaffung der Produktionsfaktoren, die Leistungserstellung, der Absatz, die Finanzierung sowie die Verwaltung sind notwendige Prozesse im Versicherungsunternehmen und damit eigentliches Versicherungsgeschäft.

a. Beschaffung von Produktionsfaktoren

Allgemein wird unter der Beschaffung die Bereitstellung der erforderlichen Produktionsfaktoren aller Art durch Übernahme aus Beschaffungsmärkten verstan-

⁵⁰⁰ KÖHNE, 176.

⁵⁰¹ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 55; NGUYEN/ROMEIKE, 13.

⁵⁰² FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 55.

⁵⁰³ NGUYEN/ROMEIKE, 13.

⁵⁰⁴ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 56; NGUYEN/ROMEIKE, 13. Für eine nicht abschliessende Auflistung möglicher Abwicklungsdienstleistungen vgl. FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 56.

den.⁵⁰⁵ Zu den Produktionsfaktoren gehören im Versicherungsunternehmen unter anderem die Arbeitsleistungen der Mitarbeiter, Dienst- und Werkleistungen (z.B. Versicherungsvermittler) sowie Rückversicherungsschutz. Eine Besonderheit des Versicherungswesens ist es, dass Informationen einen der bedeutendsten Produktionsfaktoren bilden. Geld für Versicherungsleistungen wird grundsätzlich nicht auf den Beschaffungsmärkten bezogen, sondern fließt den Versicherern aus dem Absatz, d.h. durch die Prämien zu. Die Beschaffung von Geld auf den Finanzmärkten kommt lediglich bei nicht ausreichender Liquidität in Frage.⁵⁰⁶

b. Leistungserstellung

Im Rahmen der Leistungserstellungsfunktion werden innerbetriebliche Leistungen und Absatzleistungen im Versicherungsgeschäft durch den Einsatz und die Kombination der Produktionsfaktoren erzeugt.⁵⁰⁷ Resultat dieses Prozesses sind die Produkte, die am Markt abgesetzt werden, insbesondere der Versicherungsschutz.⁵⁰⁸ Als Besonderheit im Versicherungsgeschäft sind die gesamten Leistungserstellungsprozesse sowohl im Risiko- als auch im Dienstleistungsgeschäft als Informationsverarbeitungsprozesse zu verstehen: Informationen werden gesammelt, transformiert und gespeichert.⁵⁰⁹

Zum Leistungserstellungsprozess zählen namentlich die Produktentwicklung und -pflege in Form der Versicherungsschutzgestaltung, die Entwicklung von Grundsätzen des Underwritings, die Festlegung der Rückversicherung sowie des versicherungstechnischen Risikos⁵¹⁰. Schliesslich hat ein Versicherungsunternehmen im Rahmen der Leistungserstellung auch Vertrags-, Schaden- und Rückversicherungsbearbeitung sowie Leistungen zur Abwicklung des Versicherungsgeschäfts im Kundenkontakt wie z.B. Vertrags- und Schadenbearbeitung zu erbringen.⁵¹¹

Unter die Folgebearbeitung, die häufig auch als Bestandesverwaltung bezeichnet wird, fallen Änderungen der bestehenden Versicherungsgeschäfte sowie Auskunft

⁵⁰⁵ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 661.

⁵⁰⁶ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 662.

⁵⁰⁷ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 671; NGUYEN/ROMEIKE, 460. SCHRADIN/MALIK, 54, bezeichnen diese Funktionen zusammenfassend als Betrieb.

⁵⁰⁸ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 671.

⁵⁰⁹ NGUYEN/ROMEIKE, 485.

⁵¹⁰ Zum versicherungstechnischen Risiko vgl. unten IV.A.1.

⁵¹¹ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 672. Vgl. auch HALLER/ACKERMANN, 4/17.

und Beratung des Kunden während der Kundenbeziehung.⁵¹² Im Rahmen der Schlussbearbeitung werden die Leistungen erbracht, die notwendig sind, um das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer zu beenden.⁵¹³ Die Schadenbearbeitung wird in der Praxis auch als Schadenregulierung bezeichnet und umfasst die Leistungsprozesse nach Eingang einer Schadenmeldung. Die Schadenbearbeitung umfasst diverse Schadenbearbeitungsdienstleistungen sowie die Auszahlung der Versicherungsleistung.⁵¹⁴ Schliesslich umfasst die Rückversicherungsbearbeitung sämtliche Rückversicherungsmassnahmen bezüglich konkreter Versicherungsgeschäfte wie die Ermittlung des Selbstbehalts bzw. des Rückversicherungsanteils bei der Vertragsbearbeitung und der Schadenbearbeitung und unter Umständen die Forderung von Bareinschüssen bei Grossschäden.⁵¹⁵

c. Absatz

Der Absatz ist die Verwertung der im Leistungsprozess des Versicherungsunternehmens erstellten Leistungen am Markt.⁵¹⁶ Er umfasst zunächst die Produktgestaltungspolitik, im Rahmen derer sämtliche Aktivitäten auf die materielle und formale Gestaltung der einzelnen Produkte gerichtet sind.⁵¹⁷ Im Risikogeschäft ist die Produktgestaltungspolitik auch ein Instrument der Risikopolitik: Die Festlegung der Merkmale des Versicherungsschutzes hat einen unmittelbaren Einfluss auf das versicherungstechnische Risiko des Versicherungsunternehmens.⁵¹⁸ Im Rahmen der Sortimentsgestaltung hat das Versicherungsunternehmen zu entscheiden, welche Produkte es auf dem Absatzmarkt anbieten will.⁵¹⁹ Neben den Produkten und dem Sortiment sind die Preise für die Versicherungsprodukte im Rahmen der Preispolitik zu bestimmen. Die Prämie spiegelt zunächst die Kosten des

⁵¹² Für eine beispielhafte Auflistung der Teilaufgaben vgl. FARNY, *Versicherungsbetriebslehre*, 676; HALLER/ACKERMANN, 4/18; NGUYEN/ROMEIKE, 462.

⁵¹³ FARNY, *Versicherungsbetriebslehre*, 676; NGUYEN/ROMEIKE, 462, jeweils mit einer beispielhaften Auflistung der einzelnen Teilaufgaben.

⁵¹⁴ FARNY, *Versicherungsbetriebslehre*, 677; HALLER/ACKERMANN, 4/19; NGUYEN/ROMEIKE, 462 f.; SCHRADIN/MALIK, 55. Vgl. auch KLEIN, *Introduction*, 28 f.

⁵¹⁵ FARNY, *Versicherungsbetriebslehre*, 680 f.

⁵¹⁶ NGUYEN/ROMEIKE, 442.

⁵¹⁷ NGUYEN/ROMEIKE, 445. Ausführlich dazu auch ESSER, 260.

⁵¹⁸ KÖHNE, *Versicherungslexikon*, 697 f.

⁵¹⁹ FARNY, *Versicherungsbetriebslehre*, 707. Vgl. auch ESSER, 240.

Versicherungsunternehmens wider.⁵²⁰ Die Preise für die Produkte im Risikogeschäft sind insbesondere durch die Risikokosten determiniert, also die Kosten, die beim Versicherer aus der Übernahme des Risikos anfallen.⁵²¹ Die Prämiendifferenzierung ist ein Prinzip der Prämienkalkulation, bei dem verschiedene Risikomerkmale genutzt werden, um Aussagen über den Schadenerwartungswert und das versicherungstechnische Risiko zu treffen sowie um die Risikoprämie zu kalkulieren.⁵²² Das Versicherungsunternehmen hat im Rahmen des Absatzes die Informationen zu gestalten, die es an seine Umwelt und an einzelne Anspruchsgruppen abgibt.⁵²³ Dazu gehören unter anderem Werbung, Öffentlichkeitsarbeit sowie Massnahmen zur Absatzförderung im Allgemeinen.⁵²⁴ Schliesslich stellt auch der Vertrieb als Verkauf von (Versicherungs-)Produkten über verschiedene Absatzkanäle eine Teilfunktion des Absatzes eines Versicherungsunternehmens dar.⁵²⁵

d. Finanzierung

Die Finanzierung umfasst die Gesamtheit der auf Nominalgüter-(Geld)-ströme und -bestände gerichteten Aufgaben und Prozesse. Sie betrifft Einzahlungen, Auszahlungen und die Bewirtschaftung von Beständen an Geld und Geldverpflichtungen im weitesten Sinne.⁵²⁶ In der Regel nimmt das Versicherungsunternehmen die Prämien zu Beginn einer Versicherungsperiode ein, die Auszahlung der Versiche-

⁵²⁰ Vgl. KLEIN, Introduction, 19; NGUYEN/ROMEIKE, 450; ROSENBAUM/WAGNER, 124 und 125.

⁵²¹ Die Risikokosten umfassen die Versicherungsleistungen für eigene Leistungen (Schadenkosten), die Rückversicherungskosten sowie die Kosten für die Kapitalanlagen in der Höhe der für den vorhandenen Versicherungsbestand künftig erwarteten Auszahlungen für Versicherungsleistungen sowie zusätzliche Sicherheitsmittel (FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 59). Ausführlich zur Kalkulation der Risikoprämie vgl. FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 58 ff.; KARTEN, Einzelrisiko, 240 ff.; KOCH, Versicherungswirtschaft, 124 ff.

⁵²² ROSENBAUM/WAGNER, 126; WAGNER, Versicherungslexikon, 674. Ausführlich zur Prämiendifferenzierung vgl. KARTEN, Einzelrisiko, 262 ff.; SCHRADIN, Versicherungsmanagement, 382 ff. Zum versicherungstechnischen Risiko vgl. unten IV.A.1.

⁵²³ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 728; ROSENBAUM/WAGNER, 158.

⁵²⁴ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 728 ff.; NGUYEN/ROMEIKE, 452 ff.; ROSENBAUM/WAGNER, 127 f.

⁵²⁵ Für eine Übersicht über die möglichen Absatzkanäle vgl. KLEIN, Introduction, 25 ff.; NGUYEN/ROMEIKE, 296 ff.; SCHRADIN/MALIK, 52 f.

⁵²⁶ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 793; ROSENBAUM/WAGNER, 163.

rungsleistung erfolgt dagegen erst später bei Eintritt des Versicherungsfalls bzw. nach dessen Regulierung.⁵²⁷ Aus dieser zeitlichen Differenz von Einnahmen und Ausgaben ergeben sich aus dem Risikogeschäft üblicherweise Kapitalüberschüsse.⁵²⁸ Die Kapitalüberschüsse werden dann renditeorientiert in Kapitalanlagen investiert.⁵²⁹ Die Kapitalanlagen von Versicherungsunternehmen erfüllen einen eigentlichen Betriebszweck, indem die Kapitalerträge zusammen mit den Prämieeneinnahmen die Erfüllung der Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen ermöglichen.⁵³⁰

e. Verwaltung und Risikomanagement

Die Verwaltung eines Versicherungsunternehmens kann negativ umschrieben werden als alle Aufgaben, die sich nicht auf Produktionsfaktoren, die Produktionsfaktorenkombination, die Produkte oder auf Geld beziehen.⁵³¹ Das Rechnungswesen ist ein besonders wichtiger Teil der Verwaltung, daneben sind die Personal- und Betriebsmittelverwaltung zu nennen.⁵³²

Das Versicherungsgeschäft ist geprägt von Risiken: Zum einen übernehmen und transformieren die Versicherer die Risiken der Versicherungsnehmer, zum anderen birgt aber auch das Geschäft der Versicherer selbst – wie jede wirtschaftliche Tätigkeit – Risiken.⁵³³ Diese Risiken hat das Versicherungsunternehmen im Rahmen des Risikomanagements zu überwachen und zu steuern.⁵³⁴ Das Risikomanagement ist deshalb eine zentrale Funktion eines betriebswirtschaftlich geführten Versicherungsunternehmens und darüber hinaus gesetzlich vorgeschrieben.⁵³⁵

⁵²⁷ NGUYEN/ROMEIKE, 464; ROSENBAUM/WAGNER, 168. Vgl. auch ARQUINT, Bilanzrecht, 9.

⁵²⁸ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 796 und 797; NGUYEN/ROMEIKE, 464; ROSENBAUM/WAGNER, 168 f.; SCHRADIN/MALIK, 55 f.

⁵²⁹ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 917; NGUYEN/ROMEIKE, 464; ROSENBAUM/WAGNER, 169.

⁵³⁰ ARQUINT, Bilanzrecht, 59. Vgl. auch KLEIN, Introduction, 29 f.

⁵³¹ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 916.

⁵³² NGUYEN/ROMEIKE, 441.

⁵³³ Zu den Risiken eines Versicherungsunternehmens vgl. unten IV.A.

⁵³⁴ GISIN/GREBER/LUCAS, 16.

⁵³⁵ Zum Risikomanagement gemäss VAG vgl. oben II.C.3.1.c(5).

3. Zwischenfazit

Die Definitionen der Versicherung bzw. des Versicherungsgeschäfts weichen je nach Perspektive voneinander ab. Dies erklärt sich insbesondere dadurch, dass die Auswahl der Definitionsmerkmale wesentlich durch den Zweck mitbestimmt wird, den die betreffende Wissenschaft mit ihrer Begriffsbildung verfolgt.⁵³⁶ Aber selbst innerhalb der einzelnen Wissenschaftsgebiete (Rechts- und Wirtschaftswissenschaft) hat sich keine Definition durchsetzen können. Die Versicherung ist derart vielgestaltig und unterliegt ständigen Entwicklungen, dass eine einheitliche Begriffsbildung schwierig ist.⁵³⁷

Aus juristischer Sicht kann festgehalten werden, dass Verfassungs- und Gesetzgeber absichtlich auf eine Definition der Versicherung verzichtet haben, um den Begriff den tatsächlichen Entwicklungen offen zu lassen. In Lehre und Rechtsprechung zum VAG und VVG hat sich ein beinahe einheitlicher Versicherungsbegriff entwickelt.⁵³⁸ Ein materieller Unterschied liegt darin, dass das versicherte Interesse als Gegenstand des Versicherungsvertrages begriffsnotwendiges Merkmal des privatrechtlichen – nicht aber des aufsichtsrechtlichen – Versicherungsbegriffs ist. Bei den vom Bundesgericht entwickelten Merkmalen der Versicherung ist das versicherte Interesse als solches nicht explizit enthalten. Es kann daraus aber nicht geschlossen werden, dass das Bundesgericht den Abschluss von Verträgen ohne versichertes Interesse als Versicherungstätigkeit im aufsichtsrechtlichen Sinne qualifizieren möchte.⁵³⁹ Vielmehr ist das versicherte Interesse bereits in der Übertragung des Risikos, dem Risikotransfer, enthalten. Trifft ein zukünftiges ungewisses Ereignis – ein Risiko im aufsichtsrechtlichen Sinne – das versicherte Interesse als Gegenstand der Versicherung, erleidet der Versicherte einen Vermögensnachteil.⁵⁴⁰ Dieses Risiko wird auf den Versicherer übertragen bzw. transferiert. Durch die Übertragung des Risikos auf den Versicherer wird das wirtschaftliche Interesse am Ausbleiben eines befürchteten Ereignisses⁵⁴¹ geschützt.⁵⁴² Ein

⁵³⁶ LARENZ, 432 (3. Aufl.); MAURER, 93.

⁵³⁷ MAURER, 93.

⁵³⁸ BANZ, 15.

⁵³⁹ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.29.

⁵⁴⁰ BANZ, 23.

⁵⁴¹ Vgl. Art. 48 VVG.

⁵⁴² Ähnlich auch BANZ, 26 f., der die Interessentheorie, also die Theorie des wirtschaftlichen Interesses, als Gegenstand der Versicherung als obsolet bezeichnet.

weiterer Unterschied des Begriffs der Versicherung nach VAG und VVG liegt darin, dass im privatrechtlichen Bereich ein stärkerer Fokus auf den Inhalt und die Natur des einzelnen Versicherungsvertrages gelegt wird. Abgesehen davon entsprechen sich die beiden Versicherungsbegriffe. Die Ähnlichkeit der Definitionen überrascht wenig, da beide Gesetze primär den Schutz der Versicherungsnehmer bezwecken.⁵⁴³ Eine einheitliche Begriffsauffassung verwirklicht den gesetzgeberischen Willen und entspricht dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und der Einheit der Rechtsordnung.⁵⁴⁴ Die Ähnlichkeit des Versicherungsbegriffs in VAG und VVG ist zudem darauf zurückzuführen, dass die langjährige Praxis des Bundesgerichts zum Versicherungsbegriff im VAG auf den Vorarbeiten der mehrheitlich privatrechtlichen Lehre basiert.⁵⁴⁵ Die Unterschiede der Begriffe können ebenfalls auf die Unterschiede in der Zweckausrichtungen der beiden Gesetze zurückgeführt werden: Während das VVG direkt den Schutz des einzelnen Versicherten bezweckt und sich deshalb mit dem einzelnen Versicherungsvertrag befasst, beschäftigt sich das VAG mit dem Betrieb der Versicherungstätigkeit im Allgemeinen und schützt den individuellen Versicherungsnehmer nur indirekt.⁵⁴⁶ Der Inhalt der vertraglichen Leistung ist für das VAG deshalb von untergeordneter Bedeutung.

Aus ökonomischer Perspektive wird das Risikogeschäft als Kernprodukt des Gesamtversicherungsgeschäfts bezeichnet. Dieses besteht aus zwei Effekten: Der Versicherungsnehmer überträgt eine ungewisse Schadenverteilung auf den Versicherer (Risikotransfer), der unter Zuhilfenahme verschiedener Instrumente Risikoausgleicheffekte erzeugt und die Deckung eines im Einzelnen ungewissen, insgesamt aber abschätzbaren Mittelbedarfs günstiger sicherstellt als der Einzelne (Risikotransformation).⁵⁴⁷ Daneben wird das Spar- und Entspargeschäft sowie Dienstleistungen in Form von Beratungs- und Abwicklungsdienstleistungen aus betriebswirtschaftlicher Perspektive zum Versicherungsgeschäft gezählt.

Trotz der Schwierigkeit einer prägnanten Erfassung des Terminus «Versicherung» sind den diskutierten Begriffsumschreibungen zwei Merkmale gemein: der Risikotransfer und der Risikoausgleich gegen Entgelt. Dies scheinen die entscheidenden

⁵⁴³ BAZ, 15 und 19. Zum Zweck des VAG vgl. unten III.B.4.1.

⁵⁴⁴ BAZ, 15.

⁵⁴⁵ Vgl. BGE 58 I 256, E. 2 und 76 I 362, E. 3, mit Verweisen auf die privatrechtliche Literatur. Vgl. auch FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.29.

⁵⁴⁶ Vgl. FRIEDRICH, 9.

⁵⁴⁷ HALLER/ACKERMANN, 4/27 f. Vgl. auch den Definitionsvorschlag ALBRECHT, Risiko-transformationstheorie, 25.

den Merkmale der Versicherung zu sein.⁵⁴⁸ Vereinfacht ausgedrückt kann Versicherung folglich sowohl aus juristischer als auch aus ökonomischer Perspektive als Risikotransfer und Risikoausgleich (Risikotransformation) gegen Entgelt bezeichnet werden.⁵⁴⁹ Sind diese versicherungstechnischen Merkmale erfüllt, ist deshalb von einem Versicherungsgeschäft auszugehen und die allenfalls damit einhergehenden Spar- und Entspargeschäfte sowie die zu deren Erbringung notwendigen Dienstleistungsgeschäfte sind ebenfalls als Versicherungsgeschäft zu qualifizieren. Fehlen einem Geschäft hingegen diese Merkmale der Versicherungstechnik, kann nicht von einem Versicherungsgeschäft ausgegangen werden.

Für das Betreiben des Versicherungsgeschäfts hat ein Versicherungsunternehmen neben den versicherungstechnischen noch weitere, für ein betriebswirtschaftlich geführtes Unternehmen wesentliche, innerbetriebliche Geschäftsprozesse auszuführen.⁵⁵⁰ Es hat Produktionsmittel wie Informationen und Rückversicherungsschutz zu beschaffen, diverse Leistungen zu erstellen (z.B. Vertrags- und Schadenbearbeitung oder Grundsätze für das Underwriting), den Absatz zu gestalten, die Finanzierung und das Risikomanagement sicherzustellen sowie auf die Verwaltung bezogene Prozesse zu organisieren. Diese Funktionen und die entsprechenden Teilaufgaben sind dem eigentlichen Versicherungsgeschäft zugehörig. Einige der beschriebenen Elemente sind versicherungsspezifisch wie bspw. die Risikoprüfung und -beurteilung im Rahmen der Erstbearbeitung oder die Schadenbearbeitung.

Die FINMA bezeichnet die versicherungsspezifischen Funktionen in den Erläuterungen zum Geschäftsplan als Kernfunktionen der Versicherungsunternehmen. Es sind dies namentlich die Produktentwicklung, der Vertrieb, die Risikozeichnung, die Bestandesverwaltung und die Schadenregulierung.⁵⁵¹ Diese Kernfunktionen sowie weitere wesentliche Funktionen eines Versicherungsunternehmens können nur unter bestimmten Voraussetzungen an einen Dritten übertragen werden. Sie haben deshalb als Versicherungsgeschäft zu gelten. Es wäre widersprüchlich, wenn die Versicherungsunternehmen diese Funktionen nur unter bestimmten Voraussetzungen auslagern könnten, die Funktionen aber gleichzeitig gar nicht als Versicherungsgeschäft gelten würden.

⁵⁴⁸ So auch BAZ, 27; GRANDI, 44.

⁵⁴⁹ Vgl. auch BAZ, 24 und 27.

⁵⁵⁰ So BK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, N 22 f. zu Art. 11.

⁵⁵¹ FINMA, Erläuterungen zum Geschäftsplan, 17.

Während der Risikotransfer und die Risikotransformation gegen Entgelt in dieser Abhandlung als Versicherungsgeschäft im engeren Sinne bezeichnet wird, umfasst das Versicherungsgeschäft im weiteren Sinne zusätzlich die notwendigen innerbetrieblichen Geschäftsfunktionen. Sowohl das Versicherungsgeschäft im engeren als auch das Versicherungsgeschäft im weiteren Sinne muss vom Versicherungsgeschäftsbegriff in Art. 11 Abs. 1 VAG erfasst sein.

Für den Versicherungsnehmer erfüllt das Versicherungsgeschäft i.e.S. eine bestimmte Funktion: Das finanzielle Risiko des Versicherungsnehmers, verstanden als Informationsdefizit über negative Abweichungen von finanziellen Erwartungen, wird reduziert.⁵⁵² Der Versicherungsnehmer erwirbt letztlich Sicherheit bzw. Schutz vor finanziellem Risiko.⁵⁵³

⁵⁵² Nach MÜLLER, W., 73 ff., reduziert die Versicherung das Informationsdefizit des Versicherungsnehmers über seine zukünftige finanzielle Situation. Vgl. auch STAUB, 169, der die Risikoabdeckung als das Wesen der Versicherung bezeichnet.

⁵⁵³ Vgl. PFUND, Wettbewerb, 21, der Versicherung als das Vermitteln von Sicherheit beschreibt und Sicherheit als den Schutz vor finanziellem Risiko konkretisiert. Auch in der ökonomischen Literatur wird die Funktion der Versicherung teilweise als Produktion von Sicherheit bezeichnet (so z.B. FALLEGGER, 13; FARNY, Entwicklungen, 576; KÖHNE, 150; SCHWEBLER, 300; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 32).

B. Konkretisierung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte

1. Konkretisierung nach dem grammatikalischen Auslegungselement

1.1. Betreiben von Geschäften

Gemäss dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 VAG unter der Überschrift «Unternehmenszweck» darf ein Versicherungsunternehmen neben dem Versicherungsgeschäft nur Geschäfte betreiben, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Die Verwendung des Verbs «betreiben» in Art. 11 Abs. 1 VAG könnte so verstanden werden, dass einzelne Geschäfte trotz fehlendem unmittelbarem Zusammenhang und damit versicherungsfremde Geschäfte zulässig sind.⁵⁵⁴ Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch setzt das «Betreiben von Geschäften» eine gewisse Dauerhaftigkeit, Intensität und Planmässigkeit voraus.⁵⁵⁵ Einzelne Geschäfte werden getätigt, nicht aber betrieben.⁵⁵⁶ Auch aus der Verwendung des «Betriebs von Geschäften» im Plural schliesst ein Teil der Lehre, dass der Abschluss von einzelnen Geschäften oder Verträgen nicht vom Wortlaut erfasst ist.⁵⁵⁷ Zur Unterstützung dieses Arguments wird weiter die Überschrift «Unternehmenszweck» vorgebracht und ausgeführt, dass einzelne Rechtsgeschäfte alleine keinen Unternehmenszweck bilden und deshalb von der Norm nicht erfasst würden.⁵⁵⁸

Weiter impliziert der Wortlaut des «Betreibens von Geschäften» eine gewisse Entgeltlichkeit. Sowohl im allgemeinen Sprachgebrauch als auch in der wirtschaftlichen Fachsprache stellt ein Geschäft eine Austauschbeziehung zwischen mindestens zwei Parteien dar. Das Entgelt muss dabei nicht zwingend in Geld geleistet

⁵⁵⁴ So Banz, 165; ENTZIAN, 88; KAULBACH (separatum); MICHAEL/KAULBACH, 1162, Letztere jeweils zum deutschen Recht. A.A. BÜRER, Rz. 1128.

⁵⁵⁵ So ENTZIAN, 88, zum deutschen Recht. Im Duden (27. Aufl.) wird «ausüben» als Synonym für «betreiben» angeführt, welches ebenfalls eine gewisse Regelmässigkeit voraussetzt. In diesem Sinne wird auch das Nomen «Betrieb» mit «Einrichtung» gleichgesetzt. Auch dies impliziert eine gewisse Infrastruktur und damit Dauerhaftigkeit.

⁵⁵⁶ So KAULBACH (separatum), zum deutschen Recht.

⁵⁵⁷ So MICHAEL/KAULBACH, 1162, zum deutschen Recht.

⁵⁵⁸ So ENTZIAN, 88 f.; KAULBACH (separatum), jeweils zum deutschen Recht mit Verweis auf die Geschäftsfeldbeschränkung im europäischen Recht.

werden und kann auch verdeckt, d.h. nicht offen ausgewiesen, geleistet werden. In der juristischen Fachsprache können (Rechts-)Geschäfte hingegen auch unentgeltlich sein. Rechtsgeschäfte im juristischen Sinne werden jedoch nicht betrieben, sondern getätigt.⁵⁵⁹ Es ist deshalb in Art. 11 Abs. 1 VAG nicht von einem Rechtsgeschäft im juristischen Sinne auszugehen, das auch unentgeltlich sein könnte.

1.2. Unmittelbarer Zusammenhang

Im allgemeinen Sprachgebrauch wird das Adjektiv «unmittelbar» als Synonym zu «direkt» bzw. «eng» verwendet;⁵⁶⁰ wobei darunter das Fehlen eines sachlichen, zeitlichen oder räumlichen Abstandes verstanden wird. Mit anderen Worten wird mit «unmittelbar» die Tatsache umschrieben, dass zwei Dinge nicht durch etwas Drittes getrennt werden.⁵⁶¹ Ist bspw. ein Umstand die unmittelbare Folge einer Ursache, tritt zwischen Ursache und Folge kein weiterer Umstand. Der Begriff «Zusammenhang» wird im Duden umschrieben als eine innere Beziehung oder Verbindung.⁵⁶² Somit kann nach dem allgemeinen Sprachverständnis dann von einem unmittelbaren Zusammenhang gesprochen werden, wenn zwischen zwei Dingen eine direkte, mindestens aber eine enge Verbindung oder eine Kausalität besteht.

In welcher Hinsicht der unmittelbare Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft bestehen muss, ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen. Denkbar wäre bspw. ein funktionaler (Neben- und Hilfgeschäfte), ein inhaltlicher (versicherungssähnliche Geschäfte) oder ein historischer Zusammenhang (Vermittlergeschäfte).⁵⁶³

Art. 11 Abs. 1 VAG spricht allgemein vom unmittelbaren Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft. Es ist dem Wortlaut nicht zu entnehmen, dass der unmittelbare Zusammenhang zum eigenen Versicherungsgeschäft bestehen muss.⁵⁶⁴ Gemäss dem Wortlaut liegt also ein Geschäft auch dann im zulässigen Unternehmenszweck eines Versicherungsunternehmens, wenn es unmittelbar mit dem Ver-

⁵⁵⁹ So KAULBACH (separatum), zum deutschen Recht.

⁵⁶⁰ Im französischen Text wird das Wort «direct» und im italienischen Text «direttamente» verwendet. Dies verdeutlicht, dass die Begriffe «unmittelbar» und «direkt» synonym verwendet werden können.

⁵⁶¹ Duden (27. Aufl.).

⁵⁶² Duden (27. Aufl.).

⁵⁶³ Vgl. ENTZIAN, 84 ff., zum deutschen Recht.

⁵⁶⁴ ENTZIAN, 85; PRÄVE, 497, jeweils zum deutschen Recht.

sicherungsgeschäft eines anderen Versicherers zusammenhängend ist. Ebenfalls geht aus dem Wortlaut nicht hervor, dass ein Geschäft in unmittelbarem Zusammenhang zu einem konkreten Versicherungsvertrag stehen muss.

1.3. Zwischenfazit

Der Wortlaut liefert erste Indizien auf den sachgerechten Inhalt des Verbots versicherungsfremder Geschäfte:

- Ein unmittelbarer Zusammenhang ist gegeben, wenn eine direkte, mindestens aber eine nahe Verbindung besteht.
- Der unmittelbare Zusammenhang kann auch zum Versicherungsgeschäft eines anderen Versicherungsunternehmens bestehen.
- Der unmittelbare Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft ist nicht von einem konkreten Vertragsverhältnis abhängig.

Der Wortlaut impliziert sodann, dass ein Verstoss gegen Art. 11 Abs. 1 VAG nur bei planmässig wiederholten Geschäftsaktivitäten vorliegt und dass ein ausnahmsweise, sporadisch wiederholtes Abschliessen von versicherungsfremden Geschäften den Tatbestand hingegen nicht erfüllt. Wie noch zu zeigen sein wird, ist ein derartiges Normverständnis nicht haltbar.⁵⁶⁵ Weiter geht aus dem Wortlaut des Betriebens von Geschäften eine gewisse Entgeltlichkeit hervor. Es geht dabei um entgeltliche Austauschbeziehungen zwischen mindestens zwei Parteien.

Damit liefert die grammatikalische Konkretisierung zwar Indizien auf den sachgerechten Gehalt von Art. 11 Abs. 1 VAG, doch bestehen immer noch verschiedene Deutungsmöglichkeiten der Bestimmung. Insbesondere ist unklar, in welcher Hinsicht der unmittelbare Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft gegeben sein muss. Aus dem Gesagten geht hervor, dass der Wortlaut der Bestimmung zum Unternehmenszweck der Versicherungsunternehmen in hohem Masse unbestimmt ist. Es sind deshalb im Folgenden weitere Auslegungselemente zu berücksichtigen.

⁵⁶⁵ Vgl. unten III.B.6.1.

2. Konkretisierung nach dem historischen Auslegungselement

2.1. Das alte Versicherungsaufsichtsgesetz von 1885

Bis zur Totalrevision der Bundesverfassung war die Versicherungsaufsicht Sache der Kantone.⁵⁶⁶ Der Aufschwung des schweizerischen Privatversicherungsgewerbes in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts,⁵⁶⁷ die damit verbundene zunehmende Bedeutung dieses Wirtschaftszweiges für die Schweizer Volkswirtschaft, das missbräuchliche Verhalten der Versicherungswirtschaft⁵⁶⁸ sowie die teilweise mangelnden technischen und finanziellen Mittel⁵⁶⁹ der Versicherungsunternehmen zeigten die Notwendigkeit schweizweit einheitlicher aufsichtsrechtlicher Regeln.⁵⁷⁰ Mit der Bundesverfassung von 1874 erhielt der Bund in Art. 34 Abs. 2 aBV⁵⁷¹ die Kompetenz zur Aufsicht und Gesetzgebung über «Privatunternehmungen im Gebiet des Versicherungswesens». ⁵⁷² Erst elf Jahre später, am 25. Juni 1885, erliess der Gesetzgeber schliesslich ein eidgenössisches Aufsichtsgesetz

⁵⁶⁶ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1885, 107 f.; BLATTNER, 98 f.; DIEHL, 11; HATZ, 7.

⁵⁶⁷ Zur Entwicklung der Versicherung insbesondere in der Schweiz vgl. BREIDING/SCHWARZ, 143 ff.; KOCH, Versicherungswesen, 310 ff.; LENGWILER, 144 ff.

⁵⁶⁸ Es kam bspw. vor, dass Lebensversicherungsgesellschaften nur zur persönlichen Bereicherung gegründet wurden. Die Geschäftsführer sahen die Prämien der Versicherten als persönliches Einkommen an (BURKI/PFUND/WALDMEIER, 16; PFUND, Allfinanz, 69; PFUND, Konsumentenschutz, 3).

⁵⁶⁹ Vgl. dazu das Beispiel in PFUND, Allfinanz, 69.

⁵⁷⁰ Ausführlich zu den Gründen für die Einführung einer schweizerischen Versicherungsaufsicht vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 1885, 104 ff.; PFUND, Allfinanz, 68 f. Ausführlich zur Entwicklung der Versicherungsaufsicht in der Schweiz vgl. KRAMER, A., 11 ff.

⁵⁷¹ Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, AS 1 1 (BS 1 3) (aBV).

⁵⁷² BLATTNER, 99; BURKI/PFUND/WALDMEIER, 17; GEY, 24; MAURER, 46; MÄCHLER, Dynamik, 353; PFUND, Allfinanz, 70; SCHNEITER, 40. Art. 34 Abs. 2 aBV lautete wie folgt: «Der Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen und Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens unterliegt der Aufsicht und der Gesetzgebung des Bundes».

über das Privatversicherungswesen^{573, 574}. Um den technischen und rechtlichen Besonderheiten des Versicherungswesens Rechnung zu tragen, aber auch um der komplexen Materie und der hieraus für den Konsumenten resultierenden Beurteilungsproblematik gerecht zu werden, folgte das neu geschaffene Aufsichtsgesetz einem System der materiellen Staatsaufsicht.⁵⁷⁵ Es enthielt im Wesentlichen keine materiellen Vorschriften über die Versicherungsaufsicht; den Gesellschaften wurden keine detaillierten Verpflichtungen im Hinblick auf die Art und Weise ihrer Geschäftstätigkeit auferlegt.⁵⁷⁶ Zur Überwachung der Einhaltung des neuen Rechtsrahmens schuf der Bund noch im Jahr 1885 das Eidgenössische Versicherungsamt (EVA).⁵⁷⁷ Primäre Ziele der Aufsicht waren der Schutz der Versicherten und die Verhinderung von Risikokumulation.⁵⁷⁸

2.2. Kein Verbot versicherungsfremder Geschäfte im alten Versicherungsaufsichtsgesetz von 1885

Vor der Einführung des Versicherungsaufsichtsgesetzes von 1885 verstanden sich Versicherer und Banken als Finanzdienstleister, die beide Finanzprodukte anboten. Das erste Aufsichtsgesetz von 1885 enthielt zwar keine explizite Bestimmung betreffend versicherungsfremde Geschäfte, dennoch wurde das Banken- und Versicherungsgeschäft dadurch, dass nur das Versicherungsgeschäft von der Aufsicht erfasst wurde, aufsichtsrechtlich klar getrennt. Banken und Versicherungen mussten separat voneinander betrieben werden: Die Versicherer durften keine Bankgeschäfte mehr machen und den Banken blieb das Versicherungsgeschäft verwehrt.⁵⁷⁹ Mit dieser Trennung von Banken- und Versicherungsgeschäft hat der

⁵⁷³ Bundesgesetz betreffend die Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885, AS 8 171 (aVAG 1885).

⁵⁷⁴ BURKI/PFUND/WALDMEIER, 17; GEY, 24; HATZ, 12; MAURER, 46; WEBER/BAISCH, § 1 Rz. 1.

⁵⁷⁵ BRULHART, 199; BURKI/PFUND/WALDMEIER, 17; CHRISTINGER, Versicherungsaufsicht, 4; GEY, 28. Vgl. auch BUNDESRAT, Botschaft VAG 1885, 119; HATZ, 31. Zur Beurteilungsproblematik vgl. auch BUNDESRAT, Nachtrag zur Botschaft VAG 1885, 565.

⁵⁷⁶ HATZ, 13; HAYMANN, 29 f.; MOSER, 115. Vgl. auch BUNDESRAT, Botschaft VAG 1885, 120.

⁵⁷⁷ CHRISTINGER, Interview, 341; DIEHL, 12; GEY, 24 f.; SCHNEITER, 40.

⁵⁷⁸ BREIDING/SCHWARZ, 154; FLÜTSCH, 258; SWISS RE CORPORATE HISTORY, 15. Zu den Zielen des Aufsichtsgesetzes vgl. auch Art. 9 Abs. 1 und 2 aVAG 1885.

⁵⁷⁹ SWISS RE CORPORATE HISTORY, 15 und 16; BREIDING/SCHWARZ, 155.

Gesetzgeber bereits in den Anfängen der Versicherungsaufsicht zu erkennen gegeben, dass sich Versicherer auf das Versicherungsgeschäft zu konzentrieren haben und eine Ausdehnung ihres Geschäftsfelds insbesondere auf Bankgeschäfte unerwünscht ist.⁵⁸⁰

2.3. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der Dienstanweisung des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (EJPD) an das EVA von 1962

Gemäss einem Bericht des EVA im Gesetzgebungsverfahren zur Totalrevision des VAG aus dem Jahr 1976 hat die schweizerische Aufsichtsbehörde – damals noch das Eidgenössische Versicherungsamt – den Betrieb von versicherungsfremden Geschäften noch nie zugelassen.⁵⁸¹ Das EVA leitet dies aus Publikationen von HAYMANN und DUMAS ab, beides ehemalige Direktoren des EVA. Während nach HAYMANN Versicherungsunternehmen «ne peut pas faire d'autres opérations commerciales»,⁵⁸² spricht DUMAS nicht von versicherungsfremden Geschäften durch Versicherungsunternehmen.⁵⁸³ Er betont zunächst die Bedeutung der Aufsicht über den gesamten Versicherungsbetrieb. Kreditversicherungen und Versicherungen zur Rückzahlung von Wertschriften zum Nennwert würden aber nicht von der Aufsichtsbehörde beaufsichtigt, obwohl diese grundsätzlich unter das Aufsichtsgesetz fielen. Letzteres begründet DUMAS damit, dass die Aufsichtsbehörde ansonsten «bankanalogue» Tätigkeiten zu überwachen hätte und der Gesetzgeber dies offensichtlich nicht gewollt hätte. Hätte der Gesetzgeber die Überwachung der Banktätigkeit gewünscht, hätte er sie der Aufsicht unterstellt, so DUMAS. Die Ausnahme der Kreditversicherung von der Versicherungsaufsicht begründet DUMAS mit der mangelnden Fachkompetenz der Aufsichtsbehörde in diesem Bereich. Unter diesen Umständen wäre eine wirksame staatliche Aufsicht nicht möglich.⁵⁸⁴ Entgegen der Auffassung des EVA im Jahr 1976 kann daraus nicht unmittelbar geschlossen werden, dass die Aufsichtsbehörde versicherungsfremde Geschäfte schon immer als unzulässig qualifizierte. Die Ausführungen besagen, dass nach Ansicht der Aufsichtsbehörde bankanalogue Tätigkeiten aufgrund ihrer fehlenden Fachkompetenz nicht der Aufsicht unterstellt waren. Nur mittelbar ist diese Aus-

⁵⁸⁰ Vgl. DUMAS, 246.

⁵⁸¹ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 6.

⁵⁸² HAYMANN, 62.

⁵⁸³ DUMAS, 247 f.

⁵⁸⁴ DUMAS, 247 ff.

sage für sämtliche Nichtversicherungsgeschäfte verallgemeinerbar. Abgesehen davon ist das Argument von DUMAS betreffend fehlende Fachkompetenz der Aufsichtsbehörde im Bereich der Kreditversicherung nicht überzeugend. So fügt er im nächsten Satz an, dass die versicherungseigenen Kreditabteilungen sehr wohl beaufsichtigt würden.⁵⁸⁵

Die schweizerische Aufsichtsbehörde hatte sich erstmals mit dem Tatbestand des versicherungsfremden Geschäfts zu befassen, als einzelne Lebensversicherungen dazu übergingen, Anlagegesellschaften und Anlagefonds zu gründen oder sich daran zu beteiligen.⁵⁸⁶ «Durch die enge finanzielle, personelle und organisatorische Verbindung einer beaufsichtigten Versicherungsunternehmung mit einer der Aufsicht nicht unterstehenden Unternehmung entstand die Gefahr, dass die Grundlagen der materiellen Staatsaufsicht in Frage gestellt würden.»⁵⁸⁷ Aus diesem Grund hätten die Aufsichtsbehörden anfangs der sechziger Jahre des letzten Jahrhunderts Massnahmen ergriffen, damit eine Versicherungseinrichtung nicht die Verwaltung und die Geschäftsführung einer versicherungsfremden Unternehmung oder eines Anlagefonds übernimmt oder eine solche Unternehmung oder einen Anlagefonds personell oder finanziell beherrscht. Das EJPD habe sich deshalb im Jahre 1962 veranlasst gesehen, eine interne Dienstanweisung an das EVA für die Genehmigung der Geschäftspläne der beaufsichtigten Versicherungseinrichtungen zu erlassen. Danach durften Versicherungsunternehmen keine versicherungsfremden Geschäfte betreiben.⁵⁸⁸ Es wurde ihnen namentlich verweigert, Anlagegesellschaften zu betreiben oder sich am Aktienkapital von Anlagegesellschaften in einem vom EVA nicht genehmigten Umfang zu beteiligen. Zudem wurde hinsichtlich der personellen Beteiligung verfügt, dass die Mitglieder der Verwaltung und der Direktion eines Versicherungsunternehmens auf die Geschäftsführung der Anlagegesellschaft keinen massgebenden Einfluss ausüben oder auszuüben in der Lage sein dürfen. Das EJPD erliess im Anschluss an dieses Verfahren eine interne Dienstanweisung an das EVA und verpflichtete das Amt darin, «bei der Prüfung des Geschäftsplans der beaufsichtigten Versicherungseinrichtungen verschiedene Grundsätze zu beachten, die das Verbot des Betriebs versicherungsfremder Ge-

⁵⁸⁵ DUMAS, 248.

⁵⁸⁶ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 6.

⁵⁸⁷ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 6.

⁵⁸⁸ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 6.

schäfte sicherstellen sollen.»⁵⁸⁹ Als Beispiel für versicherungsfremde Geschäfte nennt Ziff. 1 der Dienstweisung Bank- und Inkassogeschäfte.

2.4. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der VAG-Revision 1978

Das als Rahmengesetz ausgestaltete erste Versicherungsaufsichtsgesetz hatte bis zu seiner Totalrevision eine Lebensdauer von fast 100 Jahren.⁵⁹⁰ Anstoss zur Totalrevision gaben verschiedene parlamentarische Vorstösse bezüglich der Frage, welche Institutionen der Aufsichtspflicht unterliegen.⁵⁹¹ In den 50er-Jahren des letzten Jahrhunderts waren Unternehmensgebilde entstanden, deren Aufsichtspflicht unklar war.⁵⁹² Die präzisere Abgrenzung der Unterstellungspflicht unter die Versicherungsaufsicht war deshalb eines der Hauptanliegen der Revision.⁵⁹³ Hinzu kam die Notwendigkeit, das Aufsichtsgesetz an die veränderten wirtschaftlichen Anforderungen anzupassen.⁵⁹⁴ Weitere wichtige Revisionspunkte waren die aufsichtsrechtliche Koordination mit der in der Entstehungsphase befindlichen beruflichen Vorsorge und die Schaffung einer aufsichtsrechtlichen Sonderstellung der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung.⁵⁹⁵

Im Gegensatz zu dem als Rahmengesetz ausgestalteten Versicherungsaufsichtsgesetz von 1885 sollte das totalrevidierte Versicherungsaufsichtsgesetz alle we-

⁵⁸⁹ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 6 f. Vgl. Weisungen EJPD vom 30. August 1962 «Verbot des Betriebs versicherungsfremder Geschäfte durch beaufsichtigte Versicherungsunternehmungen».

⁵⁹⁰ GEMPERLE, 47 f.; GEY, 25.

⁵⁹¹ Motion von Nationalrat Dietschi vom 1. Oktober 1958; Motion vom 17. März 1965; Postulat vom 24. März 1966 von Nationalrat Cadruvi; Postulat von Nationalrat Renschler vom 16. Juni 1971. Die Vorarbeiten zum VAG von 1978 dauerten vom Anstoss durch die parlamentarischen Vorstösse bis zum Inkrafttreten am 1. Januar 1979 relativ lange. Für einen Abriss über den gesamten Revisionsprozess vgl. MAURER, 46 f. Ausführlich dazu auch BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 873 ff.

⁵⁹² SCHNEITER, 42.

⁵⁹³ CHRISTINGER, Versicherungsaufsichtsrecht, 8; GEY, 28; MEYER, Abgrenzung, 347. Vgl. auch BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 881 ff.

⁵⁹⁴ BRULHART, Rz. 56; CHRISTINGER, Interview, 343; GEY, 28; KUHN, Harmonisierungsbestrebungen, 248.

⁵⁹⁵ GEY, 28; MAURER, 47. Vgl. auch BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 889 ff.

sentlichen Grundsätze der Versicherungsaufsicht enthalten.⁵⁹⁶ Mit der Revision nicht geändert wurde das System der materiellen Staatsaufsicht.⁵⁹⁷

a. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Entwurf des Bundesrates vom 5. Mai 1976

Der Entwurf der Expertenkommission zum Versicherungsaufsichtsgesetz enthielt keine Bestimmung bezüglich versicherungsfremder Geschäfte. Nach Abschluss der Beratungen der Expertenkommission hat das EVA dem Bundesrat deshalb vorgeschlagen, diesen Grundsatz der Aufsichtspraxis in den bundesrätlichen Entwurf aufzunehmen.⁵⁹⁸ Der Bundesrat ist diesem Begehren nachgekommen.

Mithin findet sich der Begriff des versicherungsfremden Geschäfts in der schweizerischen Versicherungsaufsichtsordnung auf gesetzlicher Ebene zum ersten Mal im bundesrätlichen Gesetzesentwurf zum totalrevidierten VAG vom 5. Mai 1976 (E-aVAG 1978). Die Bestimmung lautete:⁵⁹⁹

Art. 12 Versicherungsfremdes Geschäft

Versicherungseinrichtungen dürfen keine versicherungsfremden Geschäfte betreiben oder versicherungsfremde Unternehmungen gründen oder beherrschen. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen.

Der Bundesrat begründet die Bestimmung damit, dass der Aufsichtsgesetzgebung, den erteilten Bewilligungen zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts sowie den Weisungen und Verfügungen der Aufsichtsbehörde implizit der Gedanke zugrunde liege, «dass die zum Geschäftsbetrieb zugelassenen Versicherungseinrichtungen sich nur mit Versicherungsgeschäften befassen.»⁶⁰⁰ Der Bundesrat beruft sich dabei auf die 1962 vom EJPD erlassenen internen Dienstanweisungen betreffend die Genehmigung des Geschäftsbetriebs, gemäss derer Versicherungsunternehmen ausdrücklich keine versicherungsfremden Geschäfte betreiben dürfen.⁶⁰¹

⁵⁹⁶ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 1.

⁵⁹⁷ BUNDES RAT, Botschaft VAG 1978, 884; MEYER, Abgrenzung, 348. Vgl. auch KUHN, Harmonisierungsbestrebungen, 248 f.

⁵⁹⁸ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 1.

⁵⁹⁹ BUNDES RAT, Botschaft VAG 1978, 930.

⁶⁰⁰ BUNDES RAT, Botschaft VAG 1978, 900.

⁶⁰¹ BUNDES RAT, Botschaft VAG 1978, 900. Zur internen Dienstanweisung des EJPD vgl. oben III.B.2.3.

Auch seien sie nicht berechtigt, versicherungsfremde Unternehmen oder Anlagefonds zu gründen oder zu beherrschen.⁶⁰²

Durch die finanzielle, personelle und organisatorische Verbindung einer beaufsichtigten Versicherungseinrichtung mit einem der Aufsicht nicht unterstehenden Unternehmen entstehe die Gefahr, dass die Grundlagen der staatlichen Aufsicht in Frage gestellt würden. Eine wirksame Aufsicht könne nur sichergestellt werden, wenn sich diese auf den gesamten Geschäftsbetrieb erstrecken könne. Dies setze voraus, dass sich die Versicherungseinrichtung auf den Betrieb von Versicherungsgeschäften beschränke und sich nicht mit anderen nicht beaufsichtigten versicherungsfremden Unternehmen verflechte.⁶⁰³ Nur so könne Gewähr dafür bestehen, dass dem Versicherten kein zusätzliches Risiko aus einer versicherungsfremden Tätigkeit auferlegt wird.⁶⁰⁴ Diesen Grundsatz der Aufsichtspraxis wollte der Bundesrat mit der Totalrevision des VAG gesetzlich verankern.⁶⁰⁵

Eine Definition des versicherungsfremden Geschäfts findet sich weder im Gesetzesentwurf noch in der Botschaft. Als Beispiele dafür nennt der Bundesrat – wie schon die Dienstanweisung des EJPD an das EVA aus dem Jahr 1962 – Bank- und Inkassogeschäfte.⁶⁰⁶

b. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in den ständerätlichen Beratungen

Art. 12 E-aVAG 1978 hat in den parlamentarischen Beratungen zu eingehenden Diskussionen geführt. Im Ständerat war die Mehrheit der ratseigenen Kommission der Auffassung, dass der vom Bundesrat vorgeschlagene Art. 12 aVAG 1978 unverhältnismässig sei und deshalb gegen die Handels- und Gewerbefreiheit verstosse (heute Wirtschaftsfreiheit; Art. 27 BV). Vielmehr dürfe davon ausgegangen werden, dass bei traditionell vorsichtig geführten und vom Staat überwachten Versicherungseinrichtungen eine versicherungsfremde Aktivität die Solvenz des Versicherers nicht beeinträchtigen werde. Eine lediglich theoretische Gefahr gebe keineswegs das Recht, «die Aktivität eines sehr wichtigen Geschäfts-

⁶⁰² BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901.

⁶⁰³ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901.

⁶⁰⁴ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901.

⁶⁰⁵ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901.

⁶⁰⁶ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901.

zweiges unserer Volkswirtschaft rigoros zu beschränken.»⁶⁰⁷ Überdies habe das EVA die Kompetenz, zur Erhaltung der Solvenz von Versicherungseinrichtungen einzugreifen. Der Privatversicherer solle die Möglichkeit behalten, «durch angemessene Diversifikation seine wirtschaftliche Basis zur Erhaltung seines Geschäfts und zur Verbilligung seiner Leistung, auf andere Branchen ausweiten zu können.»⁶⁰⁸

Die Kommission stimmte einem Kompromissvorschlag zu, der es den Versicherern zwar verbot, versicherungsfremde Geschäfte direkt zu betreiben, hingegen die Gründung von versicherungsfremden Gesellschaften oder die Beherrschung solcher zuliesse, soweit dies die Solvenz des Unternehmens nicht beeinträchtigte.⁶⁰⁹

Der Minderheit der ständerätlichen Kommission ging der Kompromissvorschlag der Mehrheit zu wenig weit. Sie empfahl dem Ständerat, den Vorschlag des Bundesrates anzunehmen und damit auch die Gründung und Beherrschung versicherungsfremder Unternehmen durch Versicherungsgesellschaften gesetzlich zu untersagen. Als Argument dafür brachte sie das Versagen von Versicherungsgesellschaften in Deutschland und Grossbritannien vor, die neben dem Versicherungsgeschäft noch andere Aktivitäten wie Bankgeschäfte betrieben hatten. In der Schweiz sei es zwar noch zu keinem solchen Fall gekommen, dies sei jedoch der Aufsichtspraxis zu verdanken, die basierend auf der internen Dienstanweisung des EJPD keine versicherungsfremden Aktivitäten zulasse.⁶¹⁰

Der Bundespräsident wies darauf hin, dass nicht habe nachgewiesen werden können, dass die Versicherungsunternehmen durch die bisherige Aufsichtspraxis eingeschränkt würden. Die bundesrätliche Norm sehe, wie die bisherige Praxis des EVA, Ausnahmen vor, die gewährt werden können, wenn Gewähr dafür geboten werde, dass mit der Aufnahme eines versicherungsfremden Geschäfts keine Risiken zulasten der Versicherungsnehmer entstehen. Der Bundespräsident führte sodann noch einmal den Grund für die Einführung des Verbots in das Aufsichtsgesetz an, der schon in der Botschaft genannt wurde: der Schutz der Versicherungsnehmer vor zusätzlichen Risiken aus versicherungsfremden Geschäften und aus Beteiligungen an versicherungsfremden Unternehmen, insbesondere unter dem Aspekt der Solvenz. Eine wirksame materielle Staatsaufsicht sei nur möglich,

⁶⁰⁷ Amtl. Bull. StR 1977 I, 38.

⁶⁰⁸ Amtl. Bull. StR 1977 I, 38.

⁶⁰⁹ Amtl. Bull. StR 1977 I, 38.

⁶¹⁰ Amtl. Bull. StR 1977 I, 38.

wenn sich diese auf den gesamten Geschäftsbetrieb erstrecken könne, was voraussetze, dass sich die Versicherungseinrichtungen im «Kernbetrieb» auf das Versicherungsgeschäft beschränken. Den Versicherungsaufsichtsbehörden sei es nicht zuzumuten, versicherungsfremde Geschäfte so zu überwachen, dass sie die Verantwortung für das Nichteintreten der Insolvenz übernehmen könnten. Der bundesrätliche Sprecher fügte sodann an, dass das Verbot, versicherungsfremde Geschäfte zu betreiben, durch Beteiligungen an versicherungsfremden Unternehmen leicht umgangen werden könne und deshalb auch derartige Beteiligungen nicht zulässig sein sollten. Damit die im Vorschlag der Mehrheit vorgesehene Einschränkung der Beteiligungen an versicherungsfremden Unternehmen bei Insolvenzgefährdung Sinn machen würde, müsste die Solvenz in einem frühen Stadium geprüft werden. Dazu sei das Versicherungsamt aber ausserstande. Der Bundespräsident empfahl deshalb, den Antrag des Bundesrates anzunehmen.⁶¹¹

c. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Bericht des EVA an die nationalrätliche Kommission

Die nationalrätliche Kommission beauftragte das EVA damit, einen Bericht zum Problem versicherungsfremder Geschäfte auszuarbeiten und gleichzeitig den Inhalt einer allfälligen Verordnung zu Art. 12 E-aVAG 1978 bekannt zu geben.⁶¹² Das EVA hat in diesem Bericht vor allem seine Aufsichtspraxis festgehalten.

Gemäss EVA lassen die Aufsichtsbehörden den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte deshalb nicht zu, weil er geeignet sein könne, die Interessen der Versicherten zu gefährden. Dies gelte selbst dann, wenn die Solvenz des Versicherers nicht beeinträchtigt sei.⁶¹³ Der Betrieb von Versicherungsgeschäften sei an sich schon risikoreich, das Versicherungsunternehmen solle deshalb neben dem Versicherungsrisiko nicht noch andere, versicherungsfremde Betriebsrisiken eingehen.⁶¹⁴ Die beaufsichtigten Versicherungseinrichtungen sollen aber auch nicht durch das «Vorschlagen» von versicherungsfremden Unternehmen (Anlagegesellschaften, Anlagefonds, Verwaltungsgesellschaften o.Ä.) diesen Grundsatz umgehen oder Verflechtungen und Verschachtelungen schaffen, die nicht mehr klar überblickbar seien. Eine materielle Aufsicht kann nach Ansicht des damaligen EVA nur wirksam sein, wenn die beaufsichtigten Unternehmen nicht wirtschaftliche Risiken in

⁶¹¹ Amtl. Bull. StR 1977 I, 38.

⁶¹² EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 1.

⁶¹³ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 17 f.

⁶¹⁴ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 3.

versicherungsfremden Bereichen eingehen bzw. sich nicht in massgebender Weise an versicherungsfremden Unternehmen beteiligen, für deren Beurteilung die Aufsichtsbehörde nicht mehr zuständig ist. Nur wenn sich die Aufsicht über den gesamten Geschäftsbetrieb erstrecke, könne sie Gewähr dafür geben, dass nicht etwa durch Rückwirkungen aus einer anderen, nichtbeaufsichtigten Tätigkeit, die Versicherten mit zusätzlichen Risiken belastet würden. Die Aufsichtsgesetzgebung, die Verordnung des Bundesrates und die Verfügungen der Aufsichtsbehörden sowie die vom EJPD erteilten Bewilligungen gingen deshalb von der Prämisse aus, dass sich der Geschäftsbetrieb zugelassener Versicherungseinrichtungen nur mit Versicherungsgeschäften befasst.⁶¹⁵

Die Interessen der Versicherten seien auch nicht durch die technischen Rückstellungen ausreichend gewahrt, da diese unter Umständen nicht ausreichen würden, um die Verpflichtungen gegenüber den Versicherten zu decken. Für den Fall solcher Deckungslücken sollen den Versicherungen weitere Mittel in Form von freiem Vermögen zur Verfügung stehen. Das freie Vermögen solle deshalb nicht weitgehend in Beteiligungen investiert werden. Die schweizerischen Aufsichtsbehörden hätten Erfahrungen mit Fällen, in denen sich Fehlbeträge an technischen Rückstellungen mit Verlusten aus Beteiligungen kumuliert hätten.⁶¹⁶

Als versicherungsfremd sollen nach Ansicht des EVA jene Geschäfte gelten, «die nicht nach den herkömmlichen Regeln der Versicherungstechnik einem bestimmten, von der Versicherungseinrichtung betriebenen Versicherungszweig zuzurechnen sind oder der Betreuung der Mitarbeiter oder der Versicherten (Ferien- und Erholungsheime) oder der Verwaltung des Vermögens dienen.»⁶¹⁷

Das EVA nannte sodann Beispiele von Geschäften, die es im Rahmen ihrer Aufsichtspraxis als versicherungsfremd qualifiziert hatte. So hatte es den Betrieb von Restaurants und Hotels durch Lebensversicherungsgesellschaften für versicherungsfremd gehalten. In einem Fall hatte es jedoch eine Ausnahme gemacht, als die Übernahme und Führung eines Hotels in Eigenregie, d.h. durch das Versicherungsunternehmen selbst, wegen Verpachtungsschwierigkeiten nicht zu umgehen war.⁶¹⁸ Die Beteiligung von Versicherungsunternehmen an Unternehmen, die den Verkauf von Investment-Sparplänen zum Ziel hatten, wurde von der Aufsichtsbe-

⁶¹⁵ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 3.

⁶¹⁶ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 4.

⁶¹⁷ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 2, m.H. auf PRÖLSS, Kommentar zum deutschen VAG (5. Aufl.), 158 f.

⁶¹⁸ In diesem Fall war das Versicherungsunternehmen wohl Eigentümerin der Immobilie.

hörde ebenfalls als Betrieb versicherungsfremder Geschäfte bzw. als Beteiligung an einem Unternehmen, das versicherungsfremde Geschäfte betreibt, gewertet. Unter gewissen Bedingungen hatte das EVA diese Beteiligungen jedoch zugelassen.⁶¹⁹ Als mit dem Betrieb des Kollektivlebensversicherungsgeschäfts im Zusammenhang stehend und somit nicht als versicherungsfremd hatte das EVA die Vorsorgeberatung beurteilt. Auch der Betrieb einer Reparaturwerkstätte für Unfallfahrzeuge durch einen Schadenversicherer betrachtete das EVA nicht als versicherungsfremd.⁶²⁰ Abschliessend wurde festgehalten, dass es sich beim Verbot versicherungsfremder Geschäfte um einen bedeutenden Grundsatz der schweizerischen Versicherungsaufsicht handle, der gesetzlich verankert werden sollte.⁶²¹

d. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in den nationalrätlichen Beratungen

Das Verbot zum Betrieb versicherungsfremder Geschäfte war in der nationalrätlichen Beratung unbestritten. Ein derartiges Verbot sei sinnvoll und entspreche dem «Anliegen auf Schutz der Versicherten». Wage sich ein Versicherungsunternehmen in eigenem Namen auf ein fremdes Gebiet, sei die finanzielle Kontrolle schwierig. Dies sei deshalb lediglich als Ausnahme zu gestatten. In Einzelfällen könne der Betrieb versicherungsfremder Geschäfte durchaus sinnvoll sein. Als Beispiel wurden Computeraufträge für Dritte zur Auslastung der Computerinfrastruktur angeführt.⁶²²

In der nationalrätlichen Debatte wurde unter anderem geltend gemacht, dass nicht nur die Interessen der Prämienzahler, sondern auch andere Kriterien zu berücksichtigen seien, die im Grundsatz des Verbots versicherungsfremder Geschäfte zum Ausdruck kommen würden: «[m]öglichst grosse Sicherheit und Rentabilität bei jederzeitiger Liquidität der Versicherungsunternehmung, unter Wahrung angemessener Mischung und Streuung der Kapitalanlage.»⁶²³ Es wurde ferner darauf hingewiesen, dass durch die Gründung eines selbstständigen Unternehmens oder durch die Beteiligung an einem solchen das Verbot zum Betrieb versicherungsfremder Geschäfte umgangen werden könne. Absatz 2 des Entwurfs der Kommis-

⁶¹⁹ Das EVA führte aber nicht weiter aus, unter welchen Bedingungen solche Beteiligungen zulässig sind.

⁶²⁰ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 7.

⁶²¹ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 16.

⁶²² Amtl. Bull. NR 1978 I, 46.

⁶²³ Amtl. Bull. NR 1978 I, 46.

sion normiere deshalb, dass «massgebende» Beteiligungen einer Bewilligung bedürfen, wobei deren Voraussetzungen in einer Verordnung konkretisiert würden. Eine Bewilligung werde nur erteilt, wenn die Beteiligung nach Art und Umfang nicht geeignet sei, die Interessen der Versicherten zu gefährden (Abs. 3 des Kommissionsentwurfs). Letzteres sei schliesslich das entscheidende Kriterium der materiellen Staatsaufsicht. Die Versicherungsunternehmen sollen neben dem ohnehin risikoreichen Versicherungsgeschäft nicht noch weitere Risiken übernehmen, so dass der gesamte Versicherungsbetrieb im Interesse der Versicherten überwacht werden könne. Es handle sich um ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt.⁶²⁴

Als eindeutig versicherungsfremde und daher als unzulässige Geschäfte wurde das Betreiben von Anlagegesellschaften, Fonds, Bank- und Inkassogeschäften, der Verkauf von Investment-Sparplänen sowie der Betrieb eines Industrieunternehmens genannt.⁶²⁵ Als Beispiel für eine zulässige Ausnahme wurde der Betrieb einer Autoreparaturwerkstätte durch einen Unfall- und Schadenversicherer angeführt. Die Errichtung einer Immobiliengesellschaft als Kapitalanlage sei ebenfalls zulässig.⁶²⁶

Der bundesrätliche Sprecher lehnte sich sowohl bei der Definition dessen, was als versicherungsfremd zu gelten hat, als auch in seiner Argumentation an den Bericht des EVA an: Da ein Versicherungsunternehmen neben dem Versicherungsrisiko nicht noch weitere betriebsfremde Risiken eingehen soll, sollen nur jene Geschäfte zulässig sein, die nach den herkömmlichen Regeln der Versicherungstechnik einem bestimmten Versicherungszweig zuzurechnen sind oder der Verwaltung des Vermögens oder der Betreuung von Mitarbeitern oder Versicherten dienen. Zudem brachte der Sprecher des Bundesrates vor, dass eine wirksame materielle Aufsicht über eine Versicherungseinrichtung nur möglich sei, wenn diese keine übertriebenen, wirtschaftlichen Risiken eingehe, für deren Beurteilung die Aufsichtsbehörde nicht zuständig sei. Zudem würden das Verbot versicherungsfremder Geschäfte und die Einschränkung versicherungsfremder Beteiligungen den Aufsichtsgesetzen bzw. der Aufsichtspraxis vergleichbarer Staaten entsprechen.⁶²⁷

⁶²⁴ Amtl. Bull. NR 1978 I, 47.

⁶²⁵ Amtl. Bull. NR 1978 I, 47.

⁶²⁶ Amtl. Bull. NR 1978 I, 47.

⁶²⁷ Amtl. Bull. NR 1978 I, 48.

e. Die Verordnung über den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte durch die privaten Versicherungseinrichtungen vom 3. Dezember 1979 (VBvG)⁶²⁸

Nach den beschriebenen eingehenden Debatten im Parlament wurde in der Schlussabstimmung folgende Bestimmung in das VAG vom 23. Juni 1978⁶²⁹ (aVAG 1978) aufgenommen:

Art. 12 Versicherungsfremdes Geschäft

¹ Versicherungseinrichtungen dürfen keine versicherungsfremden Geschäfte betreiben. Der Bundesrat kann Ausnahmen vorsehen.

² Massgebende Beteiligungen von Versicherungseinrichtungen an versicherungsfremden Unternehmen bedürfen einer Bewilligung. Der Bundesrat regelt die Einzelheiten.

³ Die Bewilligung wird erteilt, wenn die Beteiligung nach Art und Umfang die Interessen der Versicherten nicht gefährdet. Die Bewilligung kann an Bedingungen geknüpft werden.

Der Gesetzgeber verzichtete in aVAG 1978 bewusst auf eine Definition des Begriffs des versicherungsfremden Geschäfts und überliess diese den Vollzugsbehörden.⁶³⁰ Der Bundesrat machte davon Gebrauch und erliess eine Verordnung über den Betrieb von versicherungsfremden Geschäften. In Art. 1 Abs. 1 der betreffenden Verordnung bezeichnete er jene Geschäfte als versicherungsfremd, «die mit dem Betrieb der Versicherungseinrichtung in keinem direkten Zusammenhang stehen, wie Bank- und Inkassogeschäfte sowie der Betrieb von Anlagegesellschaften und Anlagefonds.» Diese Formulierung lud zu einer sehr engen Sichtweise ein: Insbesondere durch die Betonung des «Betriebs der Versicherungseinrichtung» konnte die Bestimmung so gelesen werden, dass die fragliche Tätigkeit einen direkten Nutzen für das einzelne Versicherungsunternehmen haben und für den Betrieb des einzelnen Unternehmens notwendig sein muss, um nicht als versicherungsfremd zu gelten.⁶³¹ Danach wären sämtliche Dienstleistungen, welche nicht für das eigene Versicherungsunternehmen erbracht werden,

⁶²⁸ AS 1980 53.

⁶²⁹ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) vom 23. Juni 1978, AS 1978 1836.

⁶³⁰ FLÜTSCH, 263.

⁶³¹ WEBER/BAISCH, § 5 Rz. 20.

potenziell versicherungsfremd, selbst wenn es sich um eine Tätigkeit aus dem Kernbereich der Versicherungsexpertise handelt.⁶³²

Absatz 2 von Art. 1 VBvG zählte Geschäfte auf, die nach herkömmlichem Verständnis nicht einem bestimmten, von der Versicherungseinrichtung betriebenen Versicherungszweig zuzuordnen sind, aber dennoch nicht als versicherungsfremd gelten sollten und damit keiner Bewilligung bedurften.⁶³³ Dazu gehörten folgende Tätigkeiten:

- Beteiligungen an Immobiliengesellschaften mit Anlagezweck, deren Aktien sich im ausschliesslichen Eigentum einer oder mehrerer Versicherungseinrichtungen befinden;
- Betrieb von Rechenzentren, die einer einzelnen oder einer Gruppe von Versicherungseinrichtungen dienen;
- Beteiligungen an Beratungsgesellschaften für Pensionskassen;
- Betrieb von Motorfahrzeug-Reparaturwerkstätten, die der Unfall- und Materialforschung sowie der Ausbildung von Experten dienen.

2.5. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der VAG-Revision 2004

a. Historische Gesamtsituation der Versicherungswirtschaft bei Erlass des Versicherungsaufsichtsgesetzes von 2004

In den 1990er-Jahren befand sich die Versicherungswirtschaft in der Schweiz in einer Wachstumsphase. Verluste aus dem technischen Geschäftsbetrieb⁶³⁴ wurden mit Börsengewinnen kompensiert. Die Abhängigkeit von den Entwicklungen an der Börse wurde bewusst in Kauf genommen.⁶³⁵ Gleichzeitig vernachlässigten die Versicherer das Risikomanagement.⁶³⁶

Als Folge des Zusammenbruchs der Aktienmärkte im Jahr 2001⁶³⁷ schmolzen die Eigenmittel dahin und überhöhte Aktienbestände mussten kurzfristig abgestossen

⁶³² Vertrauliches Diskussionspapier eines Schweizer Versicherers.

⁶³³ FLÜTSCH, 263 f.

⁶³⁴ Was hier als Versicherungsgeschäft im technischen Sinne bezeichnet wird, entspricht dem Versicherungsgeschäft i.e.S. gemäss dieser Abhandlung. Vgl. dazu oben III.A.3.

⁶³⁵ SCHAER, § 5 Rz. 17; SWISS RE CORPORATE HISTORY, 42; WALDMEIER, 7.

⁶³⁶ KOLLER, 142.

⁶³⁷ WALDMEIER, 7.

werden.⁶³⁸ Einzelne Gesellschaften hatten Mühe, die gesetzlich vorgeschriebenen Eigenmittel bzw. die Solvabilitätsvorschriften zu erfüllen.⁶³⁹ Nach den Terroranschlägen auf das World Trade Center in New York im Jahr 2001 sahen sich einige Nicht-Lebensversicherer zudem veranlasst, ihre Risikoprämien zu erhöhen.⁶⁴⁰ Die Versicherungswirtschaft befand sich zu Beginn des 21. Jahrhunderts in einer ernsthaften Krise.⁶⁴¹

Neben den üblichen Sanierungsmassnahmen wie Prämien erhöhungen und Leistungskürzungen wurden Kostensenkungsmassnahmen ergriffen und eine selektive Zeichnungspolitik betrieben.⁶⁴² Die Versicherungsunternehmen besannen sich zudem wieder auf ihr Kerngeschäft.⁶⁴³

In den Jahren vor der letzten Totalrevision des VAG ist es zwischen Versicherungen und anderen Finanzdienstleistungsunternehmen, insbesondere Banken, zudem vermehrt zu Verflechtungen gekommen. Finanzdienstleistungsgruppen und -konglomerate sind entstanden.⁶⁴⁴

b. Grundzüge der Gesetzesrevision

Anfang des 21. Jahrhunderts war das Versicherungsaufsichtsrecht auf fünf Gesetze⁶⁴⁵ verteilt und deshalb unübersichtlich, lückenhaft und teilweise widersprüchlich geworden.⁶⁴⁶ Zudem verlangten strukturelle Veränderungen im Versicherungs- und Finanzmarkt die Umgestaltung des Aufsichtsrechts.⁶⁴⁷ Neu gewachsene Finanzkonglomerate und Versicherungsgruppen, Corporate Governance, globale Geschäftstätigkeiten sowie die Vernetzung der Versicherer mach-

⁶³⁸ KUHN, Versicherungsaufsicht, 36; KUHN, Neupositionierung, 559.

⁶³⁹ KUHN, Versicherungsaufsicht, 36; KUHN, Neupositionierung, 559. Vgl. auch SWISS RE CORPORATE HISTORY, 46.

⁶⁴⁰ KUHN, Versicherungsaufsicht, 36 f.

⁶⁴¹ LÜTHY, 18; MÄCHLER, Systemrisiken, 495. Vgl. auch BPV, Weissbuch, 3; KOLLER, 142.

⁶⁴² KUHN, Versicherungsaufsicht, 36 f.

⁶⁴³ MÄCHLER, Systemrisiken, 495; SWISS RE CORPORATE HISTORY, 46.

⁶⁴⁴ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3803; Amtl. Bull. StR 2003, 1222.

⁶⁴⁵ Das aVAG 1978, das Schadenversicherungsgesetz (SchVG), Kautionsgesetz, das Sicherstellungsgesetz, das Lebensversicherungsgesetz (LeVG).

⁶⁴⁶ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3792. Vgl. auch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 6 ff.; SCHNYDER, Gesamtrevision, 203.

⁶⁴⁷ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3803. Vgl. auch Amtl. Bull. NR 2004, 375.

ten die Totalrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes notwendig.⁶⁴⁸ Die Ereignisse auf dem Versicherungsmarkt nach dem Zusammenbruch der Aktienmärkte haben zudem gezeigt, dass starre Solvenzvorschriften, die unabhängig von der effektiven Risikosituation eines Versicherungsunternehmens festgelegt werden,⁶⁴⁹ nicht ausreichen, um die Solvenz der Versicherungsunternehmen zu gewährleisten.⁶⁵⁰ Die Kontrolle der Solvenz sollte zukünftig den versicherungstechnischen Risiken, den Anlagerisiken sowie den operationellen Risiken Rechnung tragen.⁶⁵¹

Mit der Revision des Versicherungsaufsichtsrechts wurden deshalb folgende drei Hauptziele verfolgt:

- Neuausrichtung der Aufsicht weg von der präventiven hin zu einer nachträglichen Produkteprüfung verbunden mit einer verstärkten Aufsicht über die Solvenz der Unternehmen;
- verbesserte Europakompatibilität;
- Zusammenführen des Aufsichtsrechts in einem Erlass.⁶⁵²

Die risikobasierte Neuausrichtung des Aufsichtsrechts zielte auf eine vorausschauende Erfassung neuartiger Versicherungs- und finanztechnischer Risiken der Versicherungsunternehmen, die in die Ermittlung der Kapitalanforderungen einzubeziehen sind.⁶⁵³ Im Zentrum des neuen VAG standen die Solvenz der Versicherungsunternehmen und der Schutz der Versicherten vor Missbräuchen.⁶⁵⁴

⁶⁴⁸ SCHNEITER, 43.

⁶⁴⁹ Das über die versicherungstechnischen Rückstellungen hinaus erforderliche Kapital wurde hauptsächlich in Abhängigkeit vom Geschäftsvolumen (Prämieneinnahmen und Schadenbelastungen) berechnet (BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3800). Vgl. dazu auch oben II.C.3.1.c(3) Fn. 199.

⁶⁵⁰ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3801; Amtl. Bull. StR 2004, 1223. Vgl. auch BURKI/PFUND/WALDMEIER, 38; MÄCHLER, Systemrisiken, 495.

⁶⁵¹ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3801. Ausführlich dazu KUHN, Neupositionierung, 562 f.

⁶⁵² BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3798; Amtl. Bull. NR 2004, 374. Vgl. auch SCHNYDER, Gesamtrevision, 203 ff.

⁶⁵³ EFD, Revision Versicherungsaufsichtsrecht, 1; LÜTHY, 18.

⁶⁵⁴ Prot. WAK StR vom 14. August 2003, 6; LÜTHY, 18.

Mit der neuen Aufsichtsordnung wurde der Schweizer Solvenzttest als Modell zur Ermittlung der Risikotragfähigkeit der Versicherer und als zentrales Element eines moderneren Risikomanagements eingeführt (insbesondere Art. 9 VAG).⁶⁵⁵

Mit der Einführung des VAG 2004 wurde mit Ausnahmen in den sozial sensiblen Bereichen der beruflichen Vorsorge und der Krankenversicherung⁶⁵⁶ die präventive Tarif- und Produktkontrolle abgeschafft. Die verschärften Solvenzvorschriften sollten den Wegfall teilweise kompensieren.⁶⁵⁷

Sodann wurde 2004 mit dem neuen VAG eine explizite Rechtsgrundlage für eine Gruppen- und Konglomeratsaufsicht eingeführt.⁶⁵⁸ Kernbereich bildeten die Vorschriften zur Risikoüberwachung und zu den Eigenmitteln der Gruppe bzw. des Konglomerats. Letztlich sollte dadurch sichergestellt werden, dass die Solvenz eines Versicherungsunternehmens nicht durch seine Abhängigkeiten und Verpflichtungen gegenüber anderen Unternehmen beeinträchtigt wird.⁶⁵⁹

An die Versicherungsunternehmen wurden zudem wesentlich höhere Anforderungen in Bezug auf Corporate Governance gestellt.⁶⁶⁰ Die Versicherer haben einen Aktuar zu bestellen, der dafür verantwortlich ist, dass die Solvabilitätsspanne richtig berechnet wird, das gebundene Vermögen den aufsichtsrechtlichen Vorschriften entspricht, sachgerechte Rechnungsgrundlagen verwendet und ausreichende technische Rückstellungen gebildet werden.⁶⁶¹ Sodann wurde allgemein ein grösseres Gewicht auf die Transparenz und den Konsumentenschutz gelegt.⁶⁶²

⁶⁵⁵ Vgl. insbesondere Art. 9 VAG. Ausführlicher zum SST vgl. oben II.C.3.1.c(1).

⁶⁵⁶ Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG i.V.m. Art. 38 VAG.

⁶⁵⁷ Prot. WAK StR vom 14. August 2003, 8; EFD, Revision Versicherungsaufsichtsrecht, 1; KUHN, Versicherungsaufsicht, 39.

⁶⁵⁸ Art. 64 ff. VAG; Art. 72 ff. VAG.

⁶⁵⁹ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3834.

⁶⁶⁰ Amtl. Bull. NR 2004, 373.

⁶⁶¹ Art. 23 f. VAG. Die Funktion wird im Gesetz als «verantwortlicher Aktuar» bezeichnet.

⁶⁶² KIEFER, Zukunft. Diese Bestimmungen finden sich aber vor allem im ebenfalls 2004 (teil-) revidierten VVG (vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3794; Amtl. Bull. NR 2004, 373). Weitere Neuerungen des VAG von 2004 betrafen die Unterstellung der Versicherungsvermittler unter das VAG (Art. 1 Abs. 1; Art. 2 Abs. 1 lit. c; Art. 40 ff. VAG) sowie Strafandrohungen für Verstösse gegen das VAG (vgl. Art. 86 f. VAG; BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3802).

Trotz der risikobasierten Aufsicht mit verstärktem Fokus auf die Solvenz der Versicherungsunternehmen wurde der Grundsatz der materiellen Staatsaufsicht auch im totalrevidierten Versicherungsaufsichtsgesetz von 2004 beibehalten.⁶⁶³

c. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Vorentwurf zum VAG 2004

Der Bundesrat hat 1998 einen Vorentwurf zu einem neuen Versicherungsaufsichtsgesetz in die Vernehmlassung geschickt. Bereits dieser Vorentwurf (Vernehmlassungsentwurf) ist in Bezug auf das versicherungsfremde Geschäft vom damals geltenden Art. 12 aVAG 1978 abgewichen: Anstelle eines formellen Verbots versicherungsfremder Geschäfte statuierte der Vernehmlassungsentwurf ein positives Gebot zum Betrieb von Geschäften mit unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft. Die Überschrift zur Bestimmung der Geschäftsfeldbeschränkung wurde ebenfalls von «Versicherungsfremdes Geschäft» zu «Unternehmenszweck» geändert.

Der Bundesrat macht im Bericht zum Vernehmlassungsentwurf klar, dass trotz des Verzichts auf ein formelles Verbot versicherungsfremder Geschäfte Versicherungsunternehmen weiterhin nur solche Geschäfte betreiben dürfen, «die gegenüber der Versicherungstätigkeit einen unmittelbaren Zusammenhang aufweisen».⁶⁶⁴ Mit der Verwendung des Wortes «weiterhin» bringt der Bundesrat zum Ausdruck, dass in Bezug auf versicherungsfremde Tätigkeiten insofern keine Änderung zur damalig bestehenden Rechtslage angestrebt wurde, als diese nach wie vor nicht erlaubt sein sollten. In der Vernehmlassung zum Vorentwurf war das Aufrechterhalten des Verbots der direkten Ausübung versicherungsfremder Geschäfte strittig.⁶⁶⁵

⁶⁶³ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3793; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 14; SCHNEITER, 43. A.A. SCHAER, § 5 Rz. 6, der die materielle Aufsicht nur noch in den Bereichen mit präventiver Prämien- und Produktkontrolle bejaht. Das materielle Aufsichtssystem hängt jedoch nicht von einer allfälligen Produktkontrolle ab und ist auch bei einem risikobasierten Aufsichtssystem nicht ausgeschlossen. Es kann ein materielles risikobasiertes Aufsichtssystem vorliegen.

⁶⁶⁴ BUNDESRAT, Bericht VE-VAG 1998, 11.

⁶⁶⁵ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3799.

d. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Expertenbericht ZUFFEREY

Das EJPD beauftragte 1998 eine Expertengruppe damit, die Stärken und Schwächen der Schweizer Finanzmarktaufsicht zu untersuchen und Empfehlungen abzugeben.⁶⁶⁶ Die Expertengruppe beschäftigte sich eingehend mit dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte.

Sie war der Ansicht, dass sich bei Versicherungsunternehmen der Bedarf gezeigt habe, über das reine Versicherungsgeschäft hinausgehende oder damit zusammenhängende Dienstleistungen zu erbringen. Während im Bankenbereich den gleichen Entwicklungen keine Beschränkungen entgegenstünden, schränke das Verbot versicherungsfremder Geschäfte die Entwicklungsmöglichkeiten der Versicherungsunternehmen ein.⁶⁶⁷ Unter der Voraussetzung, dass die Solvenz der Versicherungsunternehmen durch einen Zugang zum versicherungsfremden Geschäft nicht gefährdet wird, hielt die Expertengruppe die Geschäftsfeldbeschränkung für nicht gerechtfertigt. Sie regte daher an, «auch die Aufhebung des Verbots des direkten versicherungsfremden Geschäfts im Rahmen der Revision des Versicherungsaufsichtsrechts ernsthaft zu prüfen.»⁶⁶⁸ Zwar scheine insbesondere der Wortlaut des Versicherungsabkommens zwischen der Schweiz und der EU einer Aufhebung des Verbots des direkten versicherungsfremden Geschäfts entgegenzustehen. Die Grundlagen dieser gemeinschaftsrechtlichen Regelung entsprächen aber nicht mehr der Rechtswirklichkeit. Wichtig sei es, die Solvenz zur Erfüllung der Verbindlichkeiten aus der regulierten Tätigkeit sicherzustellen.⁶⁶⁹ Solange dies gewährleistet ist, «soll es einem Unternehmen nach Ansicht der Expertenkommission frei stehen, die zu erbringenden Finanzdienstleistungen selbst zu bestimmen.»⁶⁷⁰

⁶⁶⁶ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3804; EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 6.

⁶⁶⁷ EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 47.

⁶⁶⁸ EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 48. Mit dem «direkten» versicherungsfremden Geschäft ist der Betrieb des versicherungsfremden Geschäfts durch das Versicherungsunternehmen selbst gemeint. Ein «indirektes» versicherungsfremdes Geschäft betrifft hingegen das Betreiben eines solchen durch eine Beteiligungs- oder Tochtergesellschaft (vgl. EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 47).

⁶⁶⁹ EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 48.

⁶⁷⁰ EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 53.

e. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Entwurf des Bundesrates vom 9. Mai 2003

Wie bereits der Vorentwurf enthielt der Entwurf des Bundesrates kein ausdrückliches Verbot versicherungsfremder Geschäfte mehr, sondern erklärte nur Aktivitäten als zulässig, die einen unmittelbaren Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft aufweisen.⁶⁷¹ Die Bestimmung lautete wie folgt:

Art. 11 Unternehmenszweck

¹ Ein Versicherungsunternehmen darf neben dem Versicherungsgeschäft nur Geschäfte betreiben, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen.

² Die Aufsichtsbehörde kann den Betrieb anderer Geschäfte bewilligen, wenn diese die Interessen der Versicherten nicht gefährden.

Der Bundesrat verzichtete damit zwar auf ein explizites Verbot versicherungsfremder Geschäfte; das positive Gebot zum alleinigen Betrieb von Geschäften in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft kommt *de facto* jedoch einem Verbot gleich.⁶⁷² Nach Ansicht des Bundesrates entspricht diese Regelung dem Recht der EU, dessen völkerrechtliche Verbindlichkeit sich für die Schweiz aus Art. 10.1 lit. b des Schadenversicherungsabkommens ergebe.⁶⁷³ Der Bundesrat setzte damit die Empfehlung der Expertengruppe ZUFFEREY, das Verbot versicherungsfremder Geschäfte aufzuheben, bewusst nicht um.

Der indirekte Betrieb versicherungsfremder Geschäfte durch Beteiligungen an Versicherungsunternehmen wurde im Entwurf des Bundesrates nicht mehr ausdrücklich eingeschränkt, sondern den allgemeinen Regeln zum Erwerb von Beteiligungen – unabhängig davon, ob an Versicherungsbetrieben oder an versicherungsfremden Betrieben – unterworfen.⁶⁷⁴

⁶⁷¹ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3814.

⁶⁷² Vgl. BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, N 17 zu Art. 11.

⁶⁷³ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3814 und vgl. auch 3804.

⁶⁷⁴ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3814 und 3817. Zu den Vorschriften betreffend Beteiligungen vgl. unten III.B.3.1.c.

f. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in den Beratungen der parlamentarischen Kommissionen

Der Inhalt der Norm gemäss bundesrätlichem Entwurf wurde in den zuständigen Kommissionen des Stände- und Nationalrates nicht in Frage gestellt.⁶⁷⁵ In den ständerätlichen Beratungen wurde der Sinn der direkten Geschäftsfeldeinschränkung diskutiert, wenn es Versicherungsunternehmen offen stehe, grundsätzlich uneingeschränkt versicherungsfremde Unternehmen zu gründen oder sich daran zu beteiligen und dadurch indirekt versicherungsfremde Geschäfte zu betreiben. Darauf wurden zwei Argumente vorgebracht: Zum einen seien die «Garantien» in unterschiedlichen Gesellschaften klar getrennt und zum anderen verlange die Europakompatibilität das Verbot versicherungsfremder Geschäfte. Die EU-Richtlinien würden die Ausübung versicherungsfremder Geschäfte verbieten, woran auch die Schweiz durch das Schadenversicherungsabkommen gebunden sei.⁶⁷⁶ Zudem wurde vorgebracht, dass klare Zuordnungen darüber bestehen müssten, wenn eine Gesellschaft sowohl Versicherungsgeschäfte als auch andere Geschäfte betreibe.⁶⁷⁷

In den Beratungen der nationalrätlichen Kommission wurden die Vereinbarkeit des Allfinanzgeschäfts mit dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte sowie allfällige Widersprüche zur Konglomeratsaufsicht angesprochen. Darauf wurde erwidert, dass das Verbot die Kooperation einer Versicherung mit einer Bank nicht tangiere. Eine Versicherung als Gesellschaft solle lediglich nicht noch weitere, geschäftsfremde Tätigkeiten ausüben.⁶⁷⁸

g. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im VAG vom 17. Dezember 2004

Sowohl im Ständerat als auch im Nationalrat wurde der Vorschlag des Bundesrates diskussionslos angenommen.⁶⁷⁹ Obwohl die Expertengruppe im Gesetzge-

⁶⁷⁵ Vgl. Prot. WAK StR vom 14. August 2003, 25; Prot. WAK NR vom 16. Februar 2004, 19.

⁶⁷⁶ Vgl. Prot. WAK StR vom 14. August 2003, 25. Mit «Garantien» sind wohl nicht Garantien im obligationenrechtlichen Sinne (vgl. Art. 111 OR) gemeint. Vielmehr geht es hier allgemein um das Entstehen für Verbindlichkeiten.

⁶⁷⁷ Prot. WAK StR vom 14. August 2003, 25.

⁶⁷⁸ Prot. WAK NR vom 16. Februar 2004, 19.

⁶⁷⁹ Vgl. Amtl. Bull. StR 2003, 1227; Amtl. Bull. NR 2004, 384.

bungsverfahren die Aufhebung der Geschäftsfeldbeschränkung empfohlen hatte, folgte der Gesetzgeber dem Bundesrat und behielt die Einschränkung bei.

Ein Versicherungsunternehmen darf also nach geltendem Versicherungsaufsichtsrecht «neben dem Versicherungsgeschäft nur Geschäfte betreiben, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen.» Das neue Recht knüpft damit nicht mehr an den Betrieb einer bestimmten Versicherungseinheit, sondern am Versicherungsgeschäft an. Die fragliche Tätigkeit muss einen unmittelbaren Bezug zum Versicherungsgeschäft aufweisen.⁶⁸⁰

Anders als die Verordnung über den Betrieb von versicherungsfremden Geschäften, die mit Inkrafttreten des totalrevidierten VAG von 2004 am 1. Januar 2006 aufgehoben wurde,⁶⁸¹ verwendet das VAG vom 17. Dezember 2004 nicht mehr den Begriff «direkter Zusammenhang», sondern spricht vom «unmittelbaren Zusammenhang» zum Versicherungsgeschäft. Zudem wurde die Überschrift der Geschäftsfeldbeschränkung von «Versicherungsfremdes Geschäft» in «Unternehmenszweck» geändert.

2.6. Zwischenfazit

Mit dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte, wollte der historisch Gesetzgeber verhindern, dass zum Versicherungsgeschäft zusätzliche betriebsfremde Risiken hinzutreten, welche von der Versicherungsaufsicht nicht erfasst werden und die Solvenz des Versicherers gefährden könnten. Das Versicherungsgeschäft sollte nicht kontaminiert werden. Das Risiko für die Solvenz des Versicherers war der erstmaligen Einführung einer Geschäftsfeldbeschränkung für Versicherer aus Sicht des Gesetzgebers entscheidungsrelevant.

Die Entstehungsgeschichte der Geschäftsfeldbeschränkung zeigt, dass der historische Gesetzgeber bewusst auf die Definition dessen, was als versicherungsfremd zu gelten hat, verzichtet hat. Bereits in den parlamentarischen Debatten zur Normierung von Art. 12 aVAG 1978, der noch explizit von versicherungsfremden Geschäften sprach, wurde die Begriffsdefinition bewusst der Vollzugsgesetzgebung überlassen und damit einer flexiblen Begriffsbestimmung zugänglich gemacht. Mit dem Ausserkrafttreten der bundesrätlichen Verordnung zur Konkretisierung des versicherungsfremden Geschäfts und dem modifizierten Wortlaut in Art. 11

⁶⁸⁰ Vertrauliches Diskussionspapier eines Schweizer Versicherungsunternehmens.

⁶⁸¹ AS 2005 5305.

Abs. 1 VAG, der auf den Terminus «versicherungsfremdes Geschäft» verzichtet, geht wohl ein noch flexibleres Normverständnis einher.

Der modifizierte Wortlaut im geltenden Art. 11 Abs. 1 VAG impliziert sodann eine gewisse Öffnung des Verbots: Er setzt nicht mehr am Betrieb einer bestimmten Versicherungseinheit, sondern am Versicherungsgeschäft an. Entsprechend impliziert Art. 11 Abs. 1 VAG, anders als noch der altrechtliche Art. 12 aVAG 1978, nicht mehr, dass die fragliche Tätigkeit einen direkten Nutzen für das einzelne Versicherungsunternehmen haben soll und für den Betrieb dieses einzelnen Unternehmens notwendig sein muss. Jede Tätigkeit, unabhängig davon, für welchen Betrieb sie erbracht wird, ist zulässig, sofern sie in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft steht. Mit der Neuformulierung der Geschäftsfeldbeschränkung im Rahmen der Totalrevision hat der Gesetzgeber die Bestimmung einem funktionalen Verständnis zugänglich gemacht.

Keine Lockerung bringt hingegen die Abweichung vom formellen Verbot versicherungsfremder Geschäfte zum positiven Gebot zum Betrieb von Geschäften mit unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft. *De facto* intendierte der Gesetzgeber keine materiellen Änderungen. Er hat aus Gründen der Europarechtskompatibilität entgegen den Empfehlungen der Expertengruppe ZUFFEREY bewusst auf eine Lockerung des Verbots verzichtet. Am *de facto* Verbot versicherungsfremder Geschäfte vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass das vormals geltende Recht zur Abgrenzung der zulässigen von unzulässigen Geschäften den Begriff «direkter Zusammenhang» verwendete, das geltende Recht hingegen von einem «unmittelbaren Zusammenhang» spricht. Zwischen einem «direkten Zusammenhang» und einem «unmittelbaren Zusammenhang» besteht kein rechtlich relevanter Unterschied.⁶⁸²

Ebenfalls keine materielle Änderung der Geschäftsfeldbeschränkung hat wohl die Anpassung der Überschrift von «Versicherungsfremdes Geschäft» im aVAG 1978 zu «Unternehmenszweck» im geltenden VAG gebracht. Diese Anpassung ist wohl im Zuge des allgemeinen Verzichts auf den Begriff des versicherungsfremden Geschäfts entstanden. Die Überschrift von Art. 11 Abs. 1 VAG (Unternehmenszweck) wird nachfolgend bei der systematischen Konkretisierung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte berücksichtigt.

Im Rahmen der entstehungsgeschichtlichen Konkretisierung ist schliesslich festzuhalten, dass sich das Aufsichtssystem von der präventiven Produkt- und Preis-

⁶⁸² BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, N 17 zu Art. 11. Vgl. auch oben III.B.1.2.

kontrolle hin zu einer risikobasierten Solvenzaufsicht entwickelt hat. Insbesondere durch die Einführung des SST als Solvabilitätsstandard, der nicht mehr nur die Versicherungsrisiken sondern (beinahe) alle Risiken eines Versicherungsunternehmens quantitativ berücksichtigt, ist die Risikosituation der Versicherungsunternehmen mit dem VAG 2004 in den Fokus der schweizerischen Versicherungsaufsicht gerückt. Diese Entwicklung ist auch im Rahmen der Konkretisierung von Art. 11 Abs. 1 VAG zu berücksichtigen.

3. Konkretisierung nach dem systematischen Auslegungselement

3.1. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im VAG

a. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der äusseren Systematik des VAG

Die aufsichtsrechtliche Geschäftsfeldbeschränkung trägt die Überschrift «Unternehmenszweck» und ist im VAG den Voraussetzungen für die Aufnahme der Versicherungstätigkeit zugeordnet. Die Stellung der Norm im Gesetz würde den Schluss nahelegen, dass die Geschäftsfeldbeschränkung eine blosser Zulassungsvoraussetzung ist, die das Unternehmen nur bei der Festlegung des Gesellschaftszwecks zu beachten hat. Es ist aber unumstritten, dass die Voraussetzungen für den Erhalt der Bewilligung zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts dauerhaft erfüllt sein müssen.⁶⁸³ Eine nähere Konkretisierung des Norminhalts wird damit nicht gegeben.

Die Überschrift von Art. 11 VAG macht deutlich, dass die Bestimmung den Unternehmens- bzw. Gesellschaftszweck einschränkt.⁶⁸⁴ Damit knüpft Art. 11 Abs. 1 VAG an die Bestimmung hinsichtlich des Geschäftsplans an.⁶⁸⁵ Ein Versicherungsunternehmen hat mit dem Gesuch um Bewilligung zur Versicherungstätigkeit auch einen Geschäftsplan bei der FINMA einzureichen.⁶⁸⁶ Dem Geschäftsplan sind unter anderem die Statuten beizulegen. Diese richten sich nach den Bestim-

⁶⁸³ So auch BSK VAG-DEGLI-UOMINI/GSCHWIND, N 1 zu Art. 11.

⁶⁸⁴ Vgl. HEINRICH (seperatum), zum europäischen Recht.

⁶⁸⁵ Vgl. Kommentar D-VAG-KAULBACH (5. Aufl.), N 13 zu § 7; BKK D-VAG-PRÄVE, N 6 zu § 15, jeweils zum deutschen Recht.

⁶⁸⁶ Art. 4 Abs. 1 VAG.

mungen des OR⁶⁸⁷ und haben folglich den Gesellschaftszweck genau zu umschreiben.⁶⁸⁸ Die FINMA kann die Bewilligung zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs untersagen, wenn der Zweck des Unternehmens nicht mit den gesetzlichen Bestimmungen übereinstimmt oder sonst die Interessen der Versicherten verletzt.⁶⁸⁹ Für die Zulassung des Zwecks des Versicherungsunternehmens ist also die Wahrung der Interessen der Versicherten zentral.

Absatz 2 von Art. 11 VAG enthält die Möglichkeit einer Ausnahmegewilligung. Danach kann die FINMA den Betrieb anderer Geschäfte – also von Geschäften ohne unmittelbaren Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft und damit von versicherungsfremden Geschäften – bewilligen, wenn diese die Interessen der Versicherten nicht gefährden. Die Bestimmung ist ihrerseits auslegungsbedürftig. Unklar ist, wann ein Geschäft die Interessen der Versicherten nicht gefährdet. Hinsichtlich der altrechtlichen Ausnahmegewilligung für Beteiligungen an versicherungsfremden Unternehmen⁶⁹⁰ hat APPENZELLER die Ansicht vertreten, dass die Interessen der Versicherten dann nicht gefährdet sind und die Voraussetzung für eine Ausnahmegewilligung damit erfüllt ist, wenn die Solvenz des Versicherungsunternehmens nicht beeinträchtigt wird und mithin die Ansprüche der Versicherten sichergestellt sind.⁶⁹¹ Gemäss DEGLI UOMINI und GSCHWIND – beides (ehemalige) Vertreter der FINMA – setzt eine Bewilligung eine plausible Begründung für das versicherungsfremde Geschäft, namentlich betriebswirtschaftlicher Art, sowie eine quantitative und qualitative Risikobeurteilung des Geschäfts durch das gesuchstellende Unternehmen voraus. Die FINMA prüfe, ob das Geschäft in die Ri-

⁶⁸⁷ FINMA, Erläuterungen zum Geschäftsplan, 7.

⁶⁸⁸ Versicherungsunternehmen müssen von Gesetzes wegen die Rechtsform der Aktiengesellschaft oder der Genossenschaft haben. Die gesellschaftsrechtliche Zweckbegrenzung richtet sich deshalb nach Art. 626 OR (Aktiengesellschaft) und Art. 832 OR (Genossenschaft).

⁶⁸⁹ BSK VAG-GERSPACHER/STAUFFER VON MAY, N 9 zu Art. 4. Die FINMA verweist hier auf Art. 11 VAG (FINMA; Erläuterungen zum Geschäftsplan, 7).

⁶⁹⁰ Art. 12 Abs. 3 aVAG 1978 sah die Möglichkeit einer Ausnahmegewilligung für Beteiligungen von Versicherungsunternehmen an versicherungsfremden Unternehmen vor. Danach setzte die Erteilung der Ausnahmegewilligung ebenfalls voraus, dass die Interessen der Versicherten nicht gefährdet sind.

⁶⁹¹ APPENZELLER, Rz. 35. Vgl. auch FLÜTSCH, 264; MAURER, 111. KEUSEN, 30, übernimmt dieses Argument für die Auslegung von Art. 11 Abs. 2 VAG. BÄNZ, 166, sieht die Interessen der Versicherten zusätzlich als gefährdet, wenn ein Interessenkonflikt zwischen dem Versicherungsunternehmen und dem versicherungsfremden Unternehmen vorliegt.

sikomanagement-Organisation und den Risikomanagement-Prozess des Versicherungsunternehmens eingebunden ist, ob Kontrollmechanismen vorgesehen sind, wie sich Haftpflicht- und Reputationsrisiken auswirken können und ob ausreichende Vorsichtsmassnahmen definiert sind. Zudem sei der Umfang des beantragten versicherungsfremden Geschäfts unter Einbezug allfälliger bereits früher bewilligter versicherungsfremder Geschäfte im Verhältnis zum gesamten Volumen des Versicherungsgeschäfts für die Beurteilung eines Bewilligungsgesuchs von wesentlicher Bedeutung. Lediglich Geschäftstätigkeiten mit untergeordneter Bedeutung würden für eine Ausnahmegewilligung in Betracht kommen.⁶⁹² Anzu merken ist, dass es sich bei Art. 11 Abs. 2 VAG um eine Kann-Vorschrift handelt: Die Zulassung versicherungsfremder Geschäfte liegt damit im Ermessen der FINMA.⁶⁹³

b. Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte in der inneren Systematik des VAG

Die schweizerische Versicherungsaufsicht folgt dem System der materiellen Staatsaufsicht.⁶⁹⁴ Die Kontrolle durch die Aufsichtsbehörde umfasst dabei eine eingehende materielle Prüfung der Betriebsverhältnisse der Versicherungsunternehmen sowohl bei der Zulassung zum Geschäftsbetrieb als auch während der gesamten Dauer der Geschäftstätigkeit.⁶⁹⁵ Die Bewilligung zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit wird einem Versicherer nur erteilt, wenn er die aufsichtsrechtlichen Bewilligungsvoraussetzungen⁶⁹⁶ erfüllt.⁶⁹⁷ Die Einhaltung dieser Vorschriften muss während der gesamten Dauer der Geschäftstätigkeit gewährt sein.⁶⁹⁸ Die FINMA kann während der gesamten Betriebsdauer der Versicherungsunternehmen Massnahmen treffen. Kommt ein Versicherer den aufsichtsrechtlichen Vor-

⁶⁹² BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, N 43 zu Art. 11.

⁶⁹³ BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, N 42 zu Art. 11. So auch BAZ, 166.

⁶⁹⁴ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3793; BURKI/PFUND/WALDMEIER, 17; BSK VAG-GEY, N 2 Art. 17; GSCHWIND, 183; GSCHWIND/KARLEN, 188; LACHER, Rz. 76; MÄCHLER-ERNE, Perspektiven, 64; MÄCHLER-ERNE, Industrie, 50; SCHNEITER, 43.

⁶⁹⁵ BAZ, 153; EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 45; FLÜTSCH, 257; LACHER, Rz. 76; LUDESCHER, 12; NOBEL, Finanzmarktrecht (2. Aufl.), § 13 Rz. 10. Vgl. auch Art. 47 Abs. 1 VAG, wonach die FINMA ermächtigt ist, jederzeit eine Prüfung vorzunehmen.

⁶⁹⁶ Art. 7 ff. VAG und Art. 6 ff. AVO.

⁶⁹⁷ LUDESCHER, 11 f.

⁶⁹⁸ LUDESCHER, 13. Vgl. auch BURKI/PFUND/WALDMEIER, 18; EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 108; LACHER, 76.

schriften nicht nach oder erscheinen die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet, kann die FINMA nach Art. 51 Abs. 1 VAG sichernde Massnahmen treffen, die zur Wahrung der Interessen der Versicherten erforderlich erscheinen.

Der Fokus der materiellen Versicherungsaufsicht in der Schweiz liegt auf der Kontrolle der Kapitalausstattung der Versicherungsunternehmen.⁶⁹⁹ Die Versicherer sind verpflichtet, zu jeder Zeit über ausreichend Solvabilitätskapital⁷⁰⁰ zu verfügen. Damit soll sichergestellt werden, dass sie jederzeit in der Lage sind, im Versicherungsfall ihren finanziellen Verpflichtungen nachzukommen.⁷⁰¹ Im Rahmen des SST werden die relevanten Risiken eines Versicherungsunternehmens (Markt-, Kredit- und Versicherungsrisiken) quantifiziert; der daraus resultierende Kapitalbedarf (Zielkapital) wird dem tatsächlich verfügbaren Kapital gegenübergestellt (risikotragendes Kapital).⁷⁰² Der SST stellt einen risikobasierten Solvenzstandard dar, der auf der tatsächlichen Risikosituation des Versicherungsunternehmens basiert.⁷⁰³ Die Schweizer Versicherungsaufsicht kann somit als risikobasierte Solvenzaufsicht nach dem Prinzip der materiellen Staatsaufsicht beschrieben werden.⁷⁰⁴

c. Beteiligungen an versicherungsfremden Unternehmen

Das Halten von massgeblichen Beteiligungen an einem Unternehmen ausserhalb des Versicherungssektors durch ein Versicherungsunternehmen bedurfte nach dem aVAG 1978 der Bewilligung des damaligen BPV.⁷⁰⁵ Die Bewilligungspflicht zum sogenannten «indirekten Betrieb» versicherungsfremder Geschäfte wurde mit der Totalrevision des VAG 2004 aufgehoben.⁷⁰⁶ Unter geltendem Recht unterliegen die Beteiligungen an Unternehmen ausserhalb des Versicherungssektors den

⁶⁹⁹ LUDESCHER, 13; SCHNYDER, § 4 Rz. 107.

⁷⁰⁰ Als Solvabilitätskapital wird das Kapital bezeichnet, das notwendig ist, um die Risiken, welche während eines Jahres entstehen, abzufedern. Zusammen mit einem Kapitalkostenzuschlag bildet es das Zielkapital (KELLER/LEUKERT, 146).

⁷⁰¹ LUDESCHER, 13. Vgl. auch MAURER, 113; EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 45 f. und 103.

⁷⁰² KUHN, Entwicklungen, 184. Ausführlicher zum SST vgl. oben II.C.3.1.c(1).

⁷⁰³ BPV, Weissbuch, 4 und 5; BPV, Jahresbericht 2007, 10. Ausführlich zur Solvenzaufsicht vgl. oben. II.C.3.1.c, insbesondere zum SST vgl. II.C.3.1.c(3).

⁷⁰⁴ Ähnlich GEY, 188; BSK VAG-GEY, N 2 zu Art. 17; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 12.

⁷⁰⁵ Art. 12 Abs. 2 aVAG. Die Massgeblichkeitsschwellen wurde in Art. 4 f. VBvG statuiert.

⁷⁰⁶ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3814; AS 2005 5269.

allgemeinen Vorschriften betreffend Beteiligungen in Art. 21 VAG.⁷⁰⁷ Nach Art. 21 Abs. 1 VAG hat ein Versicherungsunternehmen mit Sitz in der Schweiz, das beabsichtigt sich an einem anderen Unternehmen zu beteiligen, dies der FINMA mitzuteilen, wenn die Beteiligung 10, 20, 33 oder 50 % des Kapitals oder der Stimmrechte des Unternehmens erreicht oder überschreitet. Obwohl die Norm bloss von einer Meldepflicht spricht, kann die FINMA gestützt darauf eine Beteiligung untersagen oder an Bedingungen knüpfen, wenn die Beteiligung nach Art und Umfang das Versicherungsunternehmen oder die Interessen der Versicherten gefährden kann.⁷⁰⁸ Die FINMA hat entsprechend eine prudentielle Prüfung durchzuführen, die insbesondere die Kapitalausstattung, die versicherungstechnischen Reserven und deren Abdeckung mit Aktiven (gebundenes Vermögen) sowie das Risikomanagement betrifft.⁷⁰⁹ In der Praxis orientiert sich die Prüfung primär an den Interessen der Versicherten; nur gelegentlich geht es um den Schutz des Versicherungsunternehmens selbst.⁷¹⁰ Die Interessen der Versicherten gelten insbesondere dann als gefährdet, wenn ihnen durch die Beteiligung finanzielle Nachteile drohen.⁷¹¹ Dies ist dann der Fall, wenn die Erfüllung der Ansprüche aus den Versicherungsverträgen gefährdet ist.⁷¹²

d. Beschränkung der Einlagen in Prämiendepots

Gemäss Art. 119 AVO darf der Totalbetrag der vom Versicherungsunternehmen pro Versicherungsnehmer geführten Prämiendepots die Summe der künftigen Prämien nicht übersteigen. In Prämiendepots werden Vorauszahlungen von Prämien des Versicherten verzinslich gesammelt und laufend zum Fälligkeitszeitpunkt vom Versicherungsunternehmen entnommen.⁷¹³

⁷⁰⁷ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3814; BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, N 15 zu Art. 11.

⁷⁰⁸ Vgl. Art. 21 Abs. 4 VAG.

⁷⁰⁹ Vgl. BPV, Jahresbericht 2007, 18.; LACHER, Rz. 33; MÄCHLER-ERNE, Mergers, 206.

⁷¹⁰ LACHER, Rz. 32; MÄCHLER-ERNE, Mergers, 208; BSK VAG-ROTH/PELLANDA, N 39 zu Art. 21.

⁷¹¹ LACHER, Rz. 32; BSK VAG-ROTH/PELLANDA, N 39 zu Art. 21. Vgl. auch KUHN, Allfinanz, 227, mit Verweis auf die Bewilligung des Erwerbs der Banca del Gottardo durch Swiss Life im März 1999. Das damalige BPV bewilligte den Beteiligungserwerb mit der Begründung, dass durch die Akquisition keine finanziellen Nachteile drohten.

⁷¹² Vgl. BANZ, 166; PFUND, Allfinanz, 74, beide noch zu Art. 12 Abs. 2 aVAG 1978.

⁷¹³ HK D-VAG-BRAND, N 38 zu § 15. Nach WEBER/BAISCH, § 5 Rz. 21, ist fraglich, ob Art. 119 AVO auf einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage beruht.

Die Beschränkung der Einlagen in Prämiendepots dient gemäss Bundesrat der Abgrenzung des Versicherungsgeschäfts vom unzulässigen versicherungsfremden Bankgeschäft.⁷¹⁴ Wesentliches Element des Bankbegriffs ist gemäss Art. 1a lit. a und b BankG⁷¹⁵ die Entgegennahme von Publikumseinlagen. Die Bankenverordnung⁷¹⁶ geht grundsätzlich davon aus, dass sämtlichen Verbindlichkeiten gegenüber den Kunden Einlagencharakter zukommt,⁷¹⁷ zählt aber in Art. 5 Abs. 2 und 3 BankV abschliessend Ausnahmen von diesem Grundsatz auf.⁷¹⁸ Gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. d BankV gelten Gelder, deren Entgegennahme in einem untrennbaren Zusammenhang mit einem Lebensversicherungsvertrag steht, nicht als Einlagen im Sinne des Bankengesetzes. Das Entgegennehmen der Einzahlungen in die Prämiendepots ist damit unter dem Bankengesetz – unabhängig von deren Höhe – nicht als Banktätigkeit zu qualifizieren.⁷¹⁹ Dem widerspricht der Bundesrat insofern, als er die Entgegennahme der Gelder ab einer bestimmten Höhe – der Summe der künftigen Prämien – als Banktätigkeit beurteilt.⁷²⁰

Das Abstellen auf die Höhe des Saldos des Depots im Verhältnis zu den künftigen Prämien pro Versicherungsnehmer kann m.E. für die Abgrenzung der zulässigen von unzulässigen Geschäften nicht massgebend sein. Bedeutete dies doch, dass der unmittelbare Zusammenhang zu einem spezifischen Versicherungsvertrag vorausgesetzt ist. Dies widerspricht dem Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 VAG. Danach hat der unmittelbare Zusammenhang nicht zu einem konkreten Versicherungsvertrag, sondern zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts im Allgemeinen zu bestehen.⁷²¹

⁷¹⁴ BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO, 37.

⁷¹⁵ Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) vom 8. November 1934, SR 952.0.

⁷¹⁶ Verordnung über die Banken und Sparkassen (Bankenverordnung, BankV) vom 30. April 2014, SR 952.02.

⁷¹⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 1 BankV.

⁷¹⁸ Vgl. zum Einlagebegriff nach BankG z.B. SCHÖNKNECHT, 300 ff. Zu den Ausnahmen vgl. auch FINMA-RS 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken», Rz. 10 ff.

⁷¹⁹ Vgl. Art. 1a BankG i.V.m. Art. 5 BankV. Gemäss Ansicht der FINMA sind die Anlagen gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. d BankV aufgrund anderer Bundesgesetze zulässig (FINMA-RS 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken», Rz. 18). A.A. WEBER/BAISCH, § 5 Rz. 21, nach denen die Bildung von Prämiendepots eine Entgegennahme von Publikumseinlagen darstellt und insofern gegen Art. 1a BankG verstösst.

⁷²⁰ BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO, 37.

⁷²¹ Vgl. dazu oben III.B.1.2 und III.B.2.6.

Prämiendepots werden auch im deutschen Aufsichtsrecht unter dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte behandelt. Nach Auffassung der deutschen Aufsichtsbehörde ist der unmittelbare Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft bei Prämiendepots unter drei Voraussetzungen gegeben: (i) die Depots übersteigen den Barwert der künftigen Beiträge abgezinst mit dem gültigen Depotzins nicht; (ii) die Depots bieten keinen höheren Zins, als für die Prämienzahlung garantiert wurde und (iii) die Depots werden gleichzeitig mit dem Versicherungsvertrag gekündigt.⁷²² Bei Fehlen dieser Voraussetzung würden die Belange der übrigen Versicherungsnehmer gefährdet, da sie die günstigeren Bedingungen für die Prämiendepots quersubventionieren müssten.⁷²³ Das Kriterium der Zinshöhe als Voraussetzung für den unmittelbaren Zusammenhang wird im deutschen Schrifttum jedoch kritisiert.⁷²⁴

3.2. Weitere Geschäftsfeldbeschränkungen im Schweizer Aufsichtsrecht

a. Geschäftsfeldbeschränkung von Rückversicherungsunternehmen

Rückversicherer unterliegen einer eingeschränkten Aufsicht.⁷²⁵ Gemäss Art. 35 Abs. 2 VAG *e contrario* gilt die Geschäftsfeldbeschränkung nach Art. 11 Abs. 1 VAG allerdings sinngemäss auch für Rückversicherer.⁷²⁶ Auch sie dürfen nur Rückversicherungsgeschäfte oder damit zusammenhängende Geschäfte betreiben. Gemäss NEBEL wird das Verbot versicherungsfremder Geschäfte bei Rückversicherungen jedoch enger ausgelegt.⁷²⁷ Es wird lediglich ein Zusammenhang, nicht jedoch ein unmittelbarer Zusammenhang, vorausgesetzt. NEBEL lehnt sich dabei an das europäische Recht an,⁷²⁸ nach dem die Beschränkung der Geschäftstätigkeit auf die Rückversicherer weniger strikt anzuwenden ist als im Bereich der Erstversicherer.⁷²⁹ So wird in Art. 18 Abs. 1 lit. b Solvabilität II bei Rückversicherungs-

⁷²² BAV, Geschäftsbericht 1996 Teil A, 44; ENTZIAN, 141; PRÄVE, 493 f.

⁷²³ BAV, Geschäftsbericht 1996 Teil A, 44; HK D-VAG-BRAND, N 38 zu § 15.

⁷²⁴ ENTZIAN, 140.

⁷²⁵ Vgl. Art. 35 VAG.

⁷²⁶ BSK VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, N 14 zu Art. 11; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 133.

⁷²⁷ BSK VAG-NEBEL, N 6 und 47 zu Art. 35.

⁷²⁸ Vgl. Art. 18 Abs. 1 lit. a und b Solvabilität II.

⁷²⁹ BSK VAG-NEBEL, N 47 zu Art. 35.

unternehmen kein unmittelbarer Zusammenhang zum Rückversicherungsgeschäft verlangt; Rückversicherungsunternehmen können auch mit dem Rückversicherungsgeschäft lediglich «verbundene Tätigkeiten» ausüben.

b. Geschäftsfeldbeschränkung in der Banken- und Börsenaufsicht

Das Bankenaufsichtsrecht kennt kein explizites Verbot bankfremder Geschäfte. Es ist Banken somit grundsätzlich erlaubt, neben dem begriffsdefinierenden Zinsdifferenzgeschäft⁷³⁰ weitere, aus rechtlicher Sicht bankfremde Geschäfte bzw. Dienstleistungen zu betreiben.⁷³¹ Der konkrete Tätigkeitskreis einer Bank wird über die Statuten und das Organisationsreglement gesteuert.⁷³² Gemäss Praxis der Aufsichtsbehörde wird zur Ausübung bankfremder Geschäfte «eine ausdrückliche Grundlage in den Bankenstatuten und eine dem erweiterten Aufgabenkreis angepasste Organisation sowie personelle und finanzielle Dotierung» verlangt.⁷³³ Die Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten für bankfremde Geschäfte sind in einem Reglement klar abzugrenzen.⁷³⁴ Damit soll sichergestellt werden, dass auch in diesen bankfremden Geschäftsbereichen die nötige Verwaltungsorganisation gegeben ist.⁷³⁵ Die Geschäfte sind sodann als ergänzende Angaben in der Jahresrechnung auszuweisen und unterliegen der Prüfung durch die Revisionsstelle.⁷³⁶

⁷³⁰ Unter dem Zinsdifferenzgeschäft wird vereinfacht ausgedrückt das Erzeugen von Gewinn aus der Differenz von Aktiv- und Passivzinsen verstanden (GEISSBÜHLER, 349 f.; FAVRE, Rz. 2.7). Die Bank nimmt gewerbsmässig Publikumseinlagen entgegen (Passivgeschäft), um diese an ihre Kunden auszuleihen (Aktivgeschäft). Die Zinsdifferenz besteht dabei darin, dass die Bank im Aktivgeschäft höhere Zinsen von ihren Kunden verlangt, als sie für die entgegengenommenen Publikumsgelder bezahlt (EMCH/RENN/ARPAGAU, 4 Rz. 6).

⁷³¹ EBK, Jahresbericht 1980, 19; BANZ, 155; EMMENEGGER/GEIGER, Rz. 70; EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 47; KLEIN/SCHWOB, Kommentar BankG, N 35 zu Art. 3; MÄCHLER-ERNE, Zusammenwirken, 120; RIMLE, § 1 Rz. 3; EICHORN, Rz. 46; BSK BankG-WINZELER, N 5 zu Art. 3; ZOBL/KRAMER, Rz. 593. Vgl. auch BGE 125 IV 35, E. 8; SCHÜRMANN, 348; WINZELER, 18 f. A.A. KUHN, Risikobewältigung, 273, nach dessen Ansicht das Verbot bankfremder Geschäfte zwar nicht explizit gesetzlich festgelegt ist, aber der Praxis der Aufsichtsbehörde entspricht. Diesem Verständnis folgend können die Banken keine bankfremden Geschäfte betreiben.

⁷³² Vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. a BankG. Ähnlich ZUBERBÜHLER, 40.

⁷³³ EBK, Jahresbericht 1980, 19.

⁷³⁴ EBK, Jahresbericht 1980, 19.

⁷³⁵ EMMENEGGER/GEIGER, Rz. 70.

⁷³⁶ EBK, Jahresbericht 1980, 19.

Was unter «bankfremden Geschäften» zu verstehen ist, hat die Aufsichtsbehörde nicht weiter konkretisiert. Im EBK-Jahresbericht hat sie sich auf das Warendermingeschäft bezogen.⁷³⁷ Warendermingeschäfte weisen als Anlageprodukte zwecks Diversifikation immerhin einen sehr nahen Bezug zur typischen Bank- bzw. Effektenhändlerstätigkeit auf.⁷³⁸ Was als «bankfremd» zu qualifizieren ist, kann sich aber mit der Zeit ändern.⁷³⁹ Eine allgemeine und absolute Ausscheidung gewisser Geschäfte ist heutzutage im Finanzmarkt nicht mehr möglich. Mit der Konzipierung von Derivaten auf den verschiedensten Basiswerten sind Geschäftsarten entstanden, die es zunehmend schwieriger machen, ganze Geschäftsbereiche als «bankfremd» zu bezeichnen.⁷⁴⁰

Trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit bankfremder Aktivitäten ist zu beachten, dass die hauptsächliche Tätigkeit im Finanzbereich das Begriffsmerkmal einer Bank ist.⁷⁴¹ Dasselbe gilt auch für Effektenhändler.⁷⁴² Daraus folgt, dass der finanzfremde Teil einer Bank bzw. eines Effektenhändlers nicht überwiegen darf.⁷⁴³ Im Finanzbereich tätig ist, wer gewerbsmässig Geldmittel zur Verfügung stellt, vermittelt oder aufnimmt.⁷⁴⁴ Hauptsächlich bedeutet dabei, dass die Tätig-

⁷³⁷ Ein Termingeschäft ist ein Vertrag über den Kauf oder Verkauf eines Vermögenswertes (bei Warendermingeschäften sind es Waren) zu einem bestimmten Preis und zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft. Abschluss und Erfüllung des Vertrages fallen zeitlich auseinander (BANZ, 90; HÄUSLER, 81). Ausführlich zu Termingeschäften vgl. HÄUSLER, 81 ff.

⁷³⁸ KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 27 zu Art. 3 (hinsichtlich des Wesens von Warendermingeschäften).

⁷³⁹ Das EBK, Rundschreiben Eigenmittelunterlegung von Marktrisiken vom 22. Oktober 1997 (geändert am 1. Oktober 1999), das in Ziff. 4 Bestimmungen über Rohstoffrisiken vorsieht, implizierte, dass schon 1997 Warendermingeschäfte nicht mehr als bankfremd qualifiziert wurden (vgl. KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 27 zu Art. 3). Rohwarenderivate gehören heute unbestrittenermassen zu den Bankgeschäften (vgl. FINMA-RS 2008/20 «Marktrisiken Banken», Rz. 145 ff.).

⁷⁴⁰ KLEINER/SCHWOB, Kommentar BankG, N 27 und 35 zu Art. 3.

⁷⁴¹ Art. 2 Abs. 1 BankV. Vgl. RIMLE, § 1 Rz. 16 und 17.

⁷⁴² Art. 2 Abs. 1 BEHV.

⁷⁴³ Gemäss Auskunft der FINMA.

⁷⁴⁴ Vgl. Art. 4 Abs. 1 BankV. BÜRER, Rz. 938; Komm.-BEHG-KÜNG/HUBER/KUSTER, N 65 zu Art. 2; ZOBL/KRAMER, Rz. 595.

keit gegenüber allfälligen anderen Aktivitäten deutlich überwiegt.⁷⁴⁵ Die betreffende Tätigkeit hat gegenüber anderen Aktivitäten eines Unternehmens den Rahmen einer blossen Hilfstätigkeit zu übersteigen und als Selbstzweck zu erscheinen.⁷⁴⁶ Dies ist unter Würdigung aller Umstände im Einzelfall zu ermitteln; zu berücksichtigen sind insbesondere die Art des übrigen Geschäfts, der Umsatz, die Gewinnzahlen und das Personal.⁷⁴⁷ Als Beispiele für andere, finanzfremde Tätigkeiten werden Industrie- und Gewerbeunternehmen genannt.⁷⁴⁸ Mit dieser Einschränkung soll vermieden werden, dass Handels- und Industrieunternehmen, die nebenbei Finanzgeschäfte tätigen (bspw. Erwerb von Beteiligungen, Anlage liquider Mittel, Leasing, Kundenfinanzierung etc.), der Banken- oder Börsenaufsicht unterstellt werden.⁷⁴⁹

Die sich aus Art. 2 Abs. 1 BankV bzw. Art. 2 Abs. 2 BEHV ergebenden Geschäftsfeldbeschränkungen für Banken und Effektenhändler gehen sehr viel weniger weit als jene für Versicherungsunternehmen nach Art. 11 Abs. 1 VAG. Zum einen erfasst der Terminus «Tätigkeiten im Finanzbereich» einen ganzen Wirtschaftsbereich. Zum anderen haben Banken und Effektenhändler «hauptsächlich» in diesem Bereich aktiv zu sein, d.h. sie können auch anderen Tätigkeiten nachgehen, solange diese im Kontext ihrer gesamten Geschäftsaktivitäten nicht zum Selbstzweck werden.

Zu beachten ist, dass die Einschränkungen im Banken- und Börsenbereich einen anderen Zweck verfolgen als das Verbot versicherungsfremder Geschäfte. Mittels des Begriffsmerkmals «hauptsächliche Tätigkeit im Finanzbereich» wird die Unterstellung unter das BankG bzw. das BEHG eingegrenzt; es ist nicht Zweck dieser

⁷⁴⁵ FINMA-RS 2008/5 «Effektenhändler», Rz. 7. Vgl. auch BGE 136 II 43, E. 4.1; BGer 2C_898/2010 vom 29. Juni 2011, E. 2.1; BVGer B-7861/2008 vom 29. September 2004, E. 6.1.5.

⁷⁴⁶ ARTER, Rz. 2.10; BÜRER, Rz. 938; ZOBL/KRAMER, Rz. 595.

⁷⁴⁷ EFD, Erläuterungen E-BEHV, Rz. 12; BSK BEHG/FINMAG-HUBER/HSU, N 27 zu Art. 2 lit. d BEHG; BÜRER, Rz. 985. Vgl. auch NOBEL, Finanzmarktrecht (3. Aufl.), § 9 Rz. 93. BVGer B-7861/2008 vom 29. September 2004, E. 6. 1.5.

⁷⁴⁸ FINMA-RS 2008/5 «Effektenhändler», Rz. 8.

⁷⁴⁹ Hinsichtlich der Unterstellung unter das BankG: BANZ, 38; BAUEN/ROUILLER, 5 und En. 14; BÜRER, Rz. 938; KLEINER/SCHWOB/KRAMER, Kommentar BankG, N 18 zu Art. 1; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 Rz. 110. Hinsichtlich der Unterstellung unter das BEHG: FINMA-RS 2008/5 «Effektenhändler», Rz. 8; BORENS, Rz. 4.65; BSK BEHG/FINMAG-HUBER/HSU, N 26 zu Art. 2 lit. d BEHG; BVGer B-7861/2008 vom 24. September 2009, E. 6.1.5.

Normen, zugelassene Banken oder Effektenhändler in ihrem Geschäftsfeld zu beschränken. Die aufsichtsrechtlich unterschiedliche Behandlung von Banken und Versicherungen ist zudem historisch bedingt: Versicherungen werden aufgrund der Komplexität ihres Geschäfts und der erhöhten Schutzbedürftigkeit der Versicherungsnehmer seit jeher stärker reguliert als Banken.⁷⁵⁰ CHRISTINGER, ehemaliger Direktor des EVA, führt dazu aus: «Zwar sind auch im Bankgewerbe ausserordentliche Kapitalien involviert, und auch der Bankkunde vertraut das Geld einem Dritten an. Das Rechtsverhältnis ist aber für den Bankkunden leichter überblickbar. Die Spareinlagen sind jederzeit abrufbar oder doch mindestens kurzfristig kündbar; für die Bank besteht eine jederzeitige vertragliche Rückzahlungspflicht.»⁷⁵¹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass im Extremfall bei Banken viele Gelder innert kürzester Zeit abgezogen werden können und damit die Solvenz der Bank gefährdet werden kann. Dies kann die Interessen des einzelnen Bankkunden ebenfalls gefährden.

c. Geschäftsfeldbeschränkung der Fondsleitung nach dem Bundesgesetz über die Finanzinstitute

Das Bundesgesetz über die Finanzinstitute⁷⁵² regelt die prudentielle Aufsicht über sämtliche Finanzinstitute⁷⁵³, die in irgendeiner Form Vermögensverwaltungsgeschäfte betreiben, in einem einheitlichen Erlass.⁷⁵⁴ Es ergänzt das Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen⁷⁵⁵, das als produktspezifisches Gesetz weiterhin die vertragsrechtlich und gesellschaftsrechtlich organisierten kollektiven Kapitalanlagen regelt.⁷⁵⁶ Sowohl das FINIG als auch das KAG sind Teil des

⁷⁵⁰ NOBEL, Aktienrecht, § 5 Rz. 85. Die Versicherungsbranche ist schon historisch die am stärksten regulierte Branche im Finanzmarkt (vgl. z.B. Amtl. Bull. NR 1978 I, 25. Ähnlich auch EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 102).

⁷⁵¹ CHRISTINGER, Interview, 342.

⁷⁵² Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG) vom 15. Juni 2018, SR 54.1.

⁷⁵³ Zum Begriff der Finanzinstitute vgl. Art. 2 Abs. 1 FINIG.

⁷⁵⁴ BUNDESRAT, Botschaft FINIG, 8903.

⁷⁵⁵ Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG), SR 951.31.

⁷⁵⁶ BUNDESRAT, Botschaft FINIG, 8928.

schweizerischen Finanzmarktrechts.⁷⁵⁷ Kollektive Kapitalanlagen sind Vermögen, die von Anlegern zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage aufgebracht und fremdverwaltet werden.⁷⁵⁸ Das KAG sah bis zum Inkrafttreten des FINIG am 1. Januar 2020 unter anderem eine Bewilligungspflicht für Fondsleitungen vor.⁷⁵⁹ Mit dem Inkrafttreten des FINIG sind die Bestimmungen zur Fondsleitung materiell praktisch unverändert vom KAG ins FINIG übergegangen.⁷⁶⁰ Das FINIG bezweckt wie das KAG hauptsächlich den Schutz der Anleger.⁷⁶¹

Die Fondsleitung verwaltet in eigenem Namen und für die Rechnung der Anleger selbstständig deren kollektive Kapitalanlagen (Anlagefonds).⁷⁶² Den Fondsleitungen wird die Ausübung des Fondsgeschäfts als Hauptzweck gesetzlich vorgeschrieben.⁷⁶³ Die Aufgaben, welche zum Fondsgeschäft gehören, sind im Gesetz festgeschrieben und in der Verordnung⁷⁶⁴ konkretisiert.⁷⁶⁵ Weiter gibt das Gesetz vor, welche Dienstleistungen die Fondsleitung neben der Ausübung des Fondsgeschäfts erbringen darf.⁷⁶⁶

Die Tätigkeit der Fondsleitung war bereits vor Inkrafttreten des KAG und des geltenden FINIG aus Gründen des Anlegerschutzes auf die Verwaltung von Anlagefonds beschränkt.⁷⁶⁷ Durch die Einschränkung sollte eine Gefährdung der Solvenz der Fondsleitung wegen Geschäften, die mit dem Fondsgeschäft in keinem Zu-

⁷⁵⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 lit. e FINMAG. Das KAG enthält aber nicht nur aufsichtsrechtliche, sondern auch zivilrechtliche Normen (JUTZI, 66; JUTZI/SCHÄREN, § 2 Rz. 12; KÜHNE, Kapitalanlagen, Rz. 4).

⁷⁵⁸ Vgl. Art. 7 KAG. Ausführlich zum Begriff vgl. JUTZI, 61 ff.; LEZZI, Rz. 106 ff.

⁷⁵⁹ Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. a KAG (in der Fassung vom 01.07.2006).

⁷⁶⁰ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft FINIG, 8926.

⁷⁶¹ Vgl. Art. 1 Abs. 2 FINIG und Art. 1 KAG. Zum Zweck des KAG vgl. BUNDESRAT, Botschaft KAG, 6435; JUTZI, 67. Ausführlich zum Anlegerschutz nach KAG vgl. JUTZI/SCHÄREN, § 2 Rz. 24 ff. Vgl. auch BUNDESRAT, Botschaft FINIG, 9017. Weitere Zwecke des KAG sind die Transparenz und die Funktionsfähigkeit des Marktes (BUNDESRAT, Botschaft KAG, 6435).

⁷⁶² Art. 32 FINIG. BUNDESRAT, Botschaft FINIG, 9030.

⁷⁶³ Art. 33 Abs. 4 FINIG.

⁷⁶⁴ Verordnung über die Finanzinstitute vom 6. November 2019 (Finanzinstitutsverordnung, FINIV), SR 954.11.

⁷⁶⁵ Art. 32, 33 und 34 FINIG sowie Art. 49 und 54 FINIV.

⁷⁶⁶ Art. 34 FINIG i.V.m. Art. 55 FINIV.

⁷⁶⁷ Vgl. Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Art. 11 AFG. Das AFG wurde mit Inkrafttreten des KAG auf den 1. Januar 2007 aufgehoben (AS 2006 5379).

sammenhang stehen, ausgeschlossen werden.⁷⁶⁸ Schon im vormalig geltenden Art. 10 AFV⁷⁶⁹ waren weitere Tätigkeiten aufgezählt, welche als dem Fondsgeschäft zugehörig erachtet wurden, wie namentlich die Führung von Investmentkonten und administrative Dienstleistungen im Bereich der kollektiven Kapitalanlagen. Diese Tätigkeiten wurden aber nicht zum Kerngehalt der Fondsleitungstätigkeit gezählt.⁷⁷⁰ Zu den zulässigen administrativen Dienstleistungen für Dritte zählten auch die von einer anderen Fondsleitung delegierten administrativen Aufgaben wie die Führung der Buchhaltung, die Berechnung des Nettoinventarwerts oder der Betrieb der EDV-Systeme.⁷⁷¹ Mit der Einführung des KAG wurde das zulässige Geschäftsfeld der Fondsleitungen auf Geschäfte neben der Fondstätigkeit erweitert. Namentlich kann die Fondsleitung gemäss Art. 29 Abs. 1 lit. a–c KAG neben der Fondstätigkeit Dienstleistungen im Bereich der individuellen Vermögensverwaltung, Anlageberatung, Aufbewahrung und technischen Verwaltung kollektiver Kapitalanlagen erbringen.⁷⁷² Die Erweiterung der erlaubten Tätigkeiten wurde damit begründet, dass sich die Fondsleitungen als Kompetenzzentren für kollektive Vermögensanlagen positionieren und damit Synergieeffekte nutzen können.⁷⁷³ Damit sollte die Konkurrenzfähigkeit insbesondere von kleineren Fondsleitungen gestärkt werden.⁷⁷⁴

Wie die Geschäftsfeldbeschränkung für Versicherungsunternehmen ist auch diejenige für Fondsleitungen durch eine Zweckumschreibung begrenzt. Art. 33 Abs. 4 FINIG geht davon aus, dass das Fondsgeschäft Hauptzweck der Fondsleitung bleiben muss. Gemeint ist der statutarische Hauptzweck.⁷⁷⁵ Zudem muss die

⁷⁶⁸ BUNDESRAT, Botschaft KAG, 6419; BSK KAG-MAURENBRECHER, N 1 zu Art. 29.

⁷⁶⁹ Verordnung vom 19. Oktober 1994 über die Anlagefonds (Anlagefondsverordnung, AFV), AS 1994 2547. Die AFV wurde mit Inkrafttreten des KAG auf den 1. Januar 2007 aufgehoben (AS 2006 5787).

⁷⁷⁰ BUNDESRAT, Botschaft KAG, 6419.

⁷⁷¹ KÜHNE, Bewilligungspflicht, 33.

⁷⁷² BUNDESRAT, Botschaft KAG, 6420.

⁷⁷³ BUNDESRAT, Botschaft KAG, 6420. Die mit dem KAG eingeführte Zulässigkeit weiterer Tätigkeiten beruht zudem auch auf einer Angleichung an die regulatorische Situation in der EU (JUTZI/SCHÄREN, § 20 Rz. 886).

⁷⁷⁴ BSK KAG-MAURENBRECHER, N 2 zu Art. 29.

⁷⁷⁵ So zum altrechtlichen Art. 29 KAG BSK KAG-MAURENBRECHER, N 3 zu Art. 29. Nach JUTZI, 68, muss das Fondsgeschäft statutarischer und tatsächlicher Hauptzweck sein. So auch KÜHNE, Bewilligungspflicht, 33; KÜHNE, Kapitalanlagen, Rz. 427. Diese Überlegungen gelten wohl unverändert auch für Art. 33 Abs. 4 FINIG.

Tätigkeit als Fondsleitung bzw. die Ausübung weiterer Tätigkeiten, die nach dem KAG der Fondsleitung vorbehalten sind, zur regulären Geschäftstätigkeit des Bewilligungsträgers gehören.⁷⁷⁶ Nicht erforderlich ist hingegen, dass das Fondsgeschäft überwiegt.⁷⁷⁷ Schon unter dem KAG wurden Geschäfte ausserhalb des Finanzbereichs wie z.B. Handelsgeschäfte oder Unternehmensberatung als zulässig erachtet.⁷⁷⁸ Art. 34 FINIG enthält eine nicht abschliessende Aufzählung von Tätigkeiten, welche die Fondsleitung neben dem Fondsgeschäft erbringen darf.⁷⁷⁹ Aufgrund des Ziels des Anlegerschutzes ist die FINMA gemäss MAURENBRECHER allgemein dann zum Einschreiten berechtigt, wenn eine Erweiterung des Geschäftszwecks bzw. eine Tätigkeit für die Fondsleitung mit unüblichen oder ausgeprägten Risiken verbunden ist.⁷⁸⁰

Mit der Einführung des FINIG scheint eine weitere Öffnung des zulässigen Geschäftsfelds von Fondsleitungen einhergegangen zu sein. Seit dem 1. Januar 2020 dürfen Fondsleitungen neben dem Fondsgeschäft und den in Art. 34 FINIG explizit genannten sowie weiteren, nicht genannten Tätigkeiten im Finanzmarktbereich (z.B. Anlageberatung) auch alle weiteren Tätigkeiten wahrnehmen, solange diese mit der bewilligungspflichtigen Tätigkeit vereinbar sind; vorbehalten ist eine separate Bewilligungspflicht gemäss den Finanzmarktgesetzen.⁷⁸¹

⁷⁷⁶ So zum altrechtlichen Art. 29 KAG: BSK KAG-MAURENBRECHER, N 3 zu Art. 29. Diese Überlegungen gelten wohl unverändert auch für Art. 33 Abs. 4 FINIG.

⁷⁷⁷ So zum altrechtlichen Art. 29 KAG: D'AMELIO, 186; BSK KAG-MAURENBRECHER, N 3 zu Art. 29. A.A. JUTZI, 68; KÜHNE, Bewilligungspflicht, 33; KÜHNE, Kapitalanlagen, Rz. 427. Dieser Ansicht kann schon deshalb nicht gefolgt werden, weil die Umsatz- und Ertragsanteile der verschiedenen von der Fondsleitung angebotenen Dienstleistungen stark schwanken können und insbesondere die Vermögensverwaltung unter Umständen einen Grossteil des Geschäfts ausmachen kann (BSK KAG-MAURENBRECHER, N 3 zu Art. 29). Diese Überlegungen gelten wohl unverändert auch für Art. 33 Abs. 4 FINIG.

⁷⁷⁸ BSK KAG-MAURENBRECHER, N 19 zu Art. 29.

⁷⁷⁹ Vgl. Art. 34 FINIG. Die Liste ist weit weniger ausführlich als diejenige im altrechtlichen Art. 29 KAG.

⁷⁸⁰ So zum altrechtlichen Art. 29 KAG: BSK KAG-MAURENBRECHER, N 19 zu Art. 29. Diese Überlegungen gelten wohl unverändert auch für Art. 33 Abs. 4 FINIG.

⁷⁸¹ EFD, Erläuternder Bericht FINIV, 97 f.

3.3. Weitere Geschäftsfeldbeschränkungen im Schweizer Recht

a. Spezialitätsprinzip bei öffentlichen Unternehmen

Die Frage nach einem unmittelbaren bzw. engen Zusammenhang wird auch bei der Zulässigkeit wirtschaftlicher Nebentätigkeiten von öffentlichen Unternehmen beleuchtet.⁷⁸² Wirtschaftliche Nebentätigkeiten von öffentlichen Unternehmen sind Zusatzaktivitäten, die nicht mehr vom gesetzlichen Hauptzweck erfasst werden.⁷⁸³ Unter bestimmten Voraussetzungen sind derartige Tätigkeiten zulässig.⁷⁸⁴

Grundsätzlich haben öffentliche Unternehmen das sogenannte Spezialitätsprinzip zu wahren. Danach muss der zu erfüllende Zweck eines staatlichen Unternehmens in einer gesetzlichen Grundlage umschrieben sein.⁷⁸⁵ Diese Geschäftsfeldbeschränkung öffentlicher Unternehmen dient der Wahrung der demokratischen Legitimation.⁷⁸⁶ Obwohl mit dem aufsichtsrechtlichen Spezialitätsprinzip ein anderer Zweck verfolgt wird,⁷⁸⁷ können die Überlegungen zu den öffentlichen Unternehmen Indizien für dessen Inhalt liefern.

Wirtschaftliche Nebentätigkeiten von öffentlichen Unternehmen werden als zulässig erachtet, wenn sie einen unmittelbaren bzw. engen sachlichen Zusammenhang zur angestammten Tätigkeit aufweisen⁷⁸⁸ bzw. «Vor- oder Nachleistungen zu verfassungsrechtlich abgestützten Haupttätigkeiten darstellen [...]».⁷⁸⁹ Ebenfalls als noch zulässig gelten Leistungen, die zwar keine derartigen Annex- oder Konnexttätigkeiten darstellen, sich aber im Rahmen der bestehenden Infrastruktur zur Erfüllung der Hauptleistung betreiben lassen.⁷⁹⁰ Umgekehrt lässt sich daraus ableiten, dass im Kontext von Nebentätigkeiten öffentlicher Unternehmen ein unmittelbarer bzw. enger Zusammenhang bei Tätigkeiten bejaht wird, die eine Vor- oder Nachleistung der Haupttätigkeit darstellen. Bei Tätigkeiten, die sich im Rahmen der

⁷⁸² Vgl. z.B. UHLMANN, 245 ff.; VOGEL, 162 ff.

⁷⁸³ MÜLLER/VOGEL, 6; VOGEL, 162 f.

⁷⁸⁴ Vgl. SCHLATTER, 32 ff.; VOGEL, 162 f.

⁷⁸⁵ BGE 138 I 378, E. 7.2; HETTICH, Risikovorsorge, Rz. 291; HETTICH/SCHELKER, 130; KRÄHENMANN, 203; RHINOW ET AL., § 18 Rz. 112; VOGEL, 162.

⁷⁸⁶ HETTICH/SCHELKER, 130 f.; RHINOW ET AL., § 18 Rz. 112; SCHLATTER, 32 f.; UHLMANN, 245 f.; STOFFEL, 295; VOGEL, 162.

⁷⁸⁷ Zum Zweck von Art. 11 Abs. 1 VAG vgl. unten III.B.4.2.

⁷⁸⁸ UHLMANN, 247 f.; VOGEL, 163 f.

⁷⁸⁹ BJ, Gutachten Nebentätigkeiten, 5; MÜLLER/VOGEL, 13.

⁷⁹⁰ BJ, Gutachten Nebentätigkeiten, 5.

bestehenden Infrastruktur betreiben lassen, ist der enge Zusammenhang zur Kerntätigkeit – trotz deren Zulässigkeit – hingegen nicht unbedingt gegeben.

Im Kontext mit der Frage des unmittelbaren Zusammenhangs einer Tätigkeit zur Versicherungstätigkeit sind namentlich die zulässigen wirtschaftlichen Tätigkeiten der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) von besonderer Relevanz. Die SUVA ist als Anstalt des öffentlichen Rechts⁷⁹¹ für die Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung und für die Aufsicht über die Einhaltung der Vorschriften über die Arbeitssicherheit geschaffen worden.⁷⁹² Obwohl die SUVA als selbstständiges Unternehmen des öffentlichen Rechts nicht der Privatversicherungsaufsicht untersteht,⁷⁹³ entspricht ihre Kerntätigkeit (das Versichern von Personen) grundsätzlich jener der Privatversicherungen. Die Frage der Zulässigkeit verschiedener wirtschaftlicher Nebentätigkeiten der SUVA wurde im Rahmen der Revision des Unfallversicherungsgesetzes ausführlich debattiert.⁷⁹⁴ Bei Tätigkeiten, bei welchen der enge Zusammenhang zur Hauptleistung der SUVA bejaht wird, liegt die Vermutung nahe, dass sie auch in unmittelbarem Zusammenhang zur Versicherungstätigkeit von Privatversicherungen stehen.

Der Gesetzgeber hat bei folgenden Tätigkeiten einen engen Zusammenhang zur Kerntätigkeit der SUVA als gegeben erachtet und im Rahmen der jüngsten Revision des UVG eine explizite gesetzliche Grundlage für diese geschaffen: Führen von Rehabilitationskliniken, Schadenabwicklung für Dritte, Entwicklung von Sicherheitsprodukten und deren Verkauf sowie Beratung und Ausbildung im Bereich der betrieblichen Gesundheitsförderung⁷⁹⁵. Bevor die explizite gesetzliche Grundlage für das Führen einer Rehabilitationsklinik eingeführt wurde, wurde das in Art. 10 UVG verankerte Naturalleistungsprinzip⁷⁹⁶ herangezogen. Danach müssen die Unfallversicherer den Versicherten die notwendigen medizinischen Leistungen direkt zur Verfügung stellen und schulden für diese Leistungen keine Kostenvergütung. Dies wurde bei Erlass des UVG 1981 als ausreichende gesetzliche Grundlage erachtet und die Führung der Rehabilitationskliniken wurde deshalb

⁷⁹¹ Vgl. Art. 61 Abs. 1 UVG und Art. 1 Abs. 1 Organisationsreglement SUVA.

⁷⁹² BAG, Zusatzbotschaft UVG, 35.

⁷⁹³ Vgl. SGK BV-HETTICH, N 23 zu Art. 98.

⁷⁹⁴ Vgl. z.B. EDI, Revision UVG, 45; EJPd, Nebentätigkeiten SUVA, 1 ff.

⁷⁹⁵ Art. 67a Abs. 1 lit. a-d UVG.

⁷⁹⁶ Zum Naturalleistungsprinzip vgl. HEINE, Kommentar UVG, N 1 ff. zu Art. 10.

nicht ausdrücklich im UVG erwähnt.⁷⁹⁷ Der enge Zusammenhang der Führung von Rehabilitationskliniken zur Haupttätigkeit der SUVA wird mit der engen Verbindung von Versicherung und Wiedereingliederung in den Arbeitsprozess begründet.⁷⁹⁸ Bei der Schadenabwicklung für Dritte geht es darum, dass die SUVA für andere Versicherer die operative Durchführung eines Versicherungsfalls übernimmt. Der enge Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft der SUVA wird dabei durch die Tatsache begründet, dass das versicherungstechnische Risiko⁷⁹⁹ in jedem Fall beim auftraggebenden Versicherer bleibt⁸⁰⁰ und die SUVA langjährige Erfahrung im Bereich der Unfallabwicklung aufweist.⁸⁰¹ Die Entwicklung von Sicherheitsprodukten und deren Verkauf bzw. deren enger Zusammenhang zur Kerntätigkeit der SUVA wird mit den gesetzlichen Präventionsaufgaben der SUVA⁸⁰² legitimiert.⁸⁰³ Durch den Verkauf der entwickelten Sicherheitsprodukte sollen zudem die Entwicklungskosten finanziert und so ein Anreiz für die Entwicklung geschaffen werden.⁸⁰⁴ Die Expertenkommission bezeichnete diese Tätigkeit als administrative Hilfstätigkeit.⁸⁰⁵ Obwohl der betriebliche Gesundheitsschutz nicht Gegenstand des UVG sondern des Arbeitsgesetzes⁸⁰⁶ ist, legt das EJPD in seinem Gutachten über die Zulässigkeit von kommerziellen Nebentätigkeiten der SUVA dar, dass Unfallverhütung und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz komplementär seien und sich in der Praxis kaum eindeutig voneinander trennen liessen. Weil auch Massnahmen des Gesundheitsschutzes zur Unfallprävention beitragen können, liege es deshalb nahe, die Beratung und Ausbildung im Bereich der betrieblichen Gesundheitsförderung als Annextätigkeit zur Unfallprävention zu qualifizieren und den engen Zusammenhang damit zu bejahen.⁸⁰⁷ Verallgemeinert ausgedrückt wird bei der SUVA ein unmittelbarer Zusammenhang

⁷⁹⁷ EDI, Revision UVG, 45 und 51.; EXPERTENKOMMISSION UVG-Revision, 39; ERNI, Kommentar UVG, N 7 zu Art. 67a.

⁷⁹⁸ EJPD, Nebentätigkeiten SUVA, 9.

⁷⁹⁹ Zum versicherungstechnischen Risiko vgl. unten IV.A.1.

⁸⁰⁰ EJPD, Nebentätigkeiten SUVA, 10.

⁸⁰¹ BUNDESRAT, Botschaft UVG 2008, 5457; EXPERTENKOMMISSION UVG-Revision, 40.

⁸⁰² Art. 85 und 88 UVG.

⁸⁰³ EJPD, Nebentätigkeiten SUVA, 10.

⁸⁰⁴ BUNDESRAT, Botschaft UVG 2008, 5457.

⁸⁰⁵ EXPERTENKOMMISSION UVG-Revision, 41.

⁸⁰⁶ Vgl. Art. 6 ArG.

⁸⁰⁷ EJPD, Nebentätigkeiten SUVA, 10.

einer Tätigkeit zum gesetzlichen Auftrag dann bejaht, wenn sie diesem entweder dient oder wenn das Wissen, das die SUVA im Rahmen der Durchführung der Unfallversicherung erwirbt, nutzbringend in Bereichen ausserhalb des gesetzlichen Auftrags angewendet werden kann.⁸⁰⁸

b. Einschränkung des Gesellschaftszwecks nach Obligationenrecht

Der Gesetzgeber beschränkt das Geschäftsfeld von Versicherern durch eine Begrenzung und gesetzliche Fixierung des Unternehmenszwecks.⁸⁰⁹ Eine Beschränkung des (Unternehmens-)Zwecks durch eine Zweckbestimmung findet sich auch im Gesellschaftsrecht.⁸¹⁰

Das Gesellschaftsrecht beschränkt den Zweck einer Gesellschaft⁸¹¹ indirekt durch die Pflicht, diesen statutarisch festzulegen.⁸¹² Der statutarische Gesellschaftszweck umschreibt das vorgesehene Tätigkeitsfeld der Gesellschaft.⁸¹³ Er zeigt in allgemeiner Weise, «was eine Gesellschaft im Besonderen zu tun und zu erreichen beabsichtigt, um ihren Endzweck zu fördern.»⁸¹⁴ Eine zu allgemeine Formulierung ist jedoch unzulässig.⁸¹⁵ Häufig wird der Hauptzweck, d.h. die eigentliche Tätigkeit, durch Nebenzwecke (Hilfs- und Nebengeschäfte wie z.B. der Erwerb und Verkauf von Liegenschaften oder Beteiligungen an anderen Gesellschaften) ergänzt.⁸¹⁶ Der Zweck ist so zu umschreiben, dass das Tätigkeitsfeld für Dritte klar

⁸⁰⁸ Vgl. EDI, Revision UVG, 50 f.

⁸⁰⁹ So z.B. ENTZIAN, 89 f.; SCHANZE, 545 m.w.H., jeweils zum deutschen Recht.

⁸¹⁰ So z.B. ENTZIAN, 89; SCHANZE, 545 f., jeweils zum deutschen Recht.

⁸¹¹ Der Verständlichkeit halber wird im Folgenden nur von der (Versicherungs-)Gesellschaft gesprochen. Wird nichts anderes angemerkt, kann das Gesagte *mutatis mutandis* auf die (Versicherungs-)Genossenschaft übertragen werden.

⁸¹² Art. 626 Ziff. 2 OR (Aktiengesellschaft); Art. 832 Ziff. 2 OR (Genossenschaft).

⁸¹³ Statt vieler BGE 95 II 442, E. 2; 96 II 439, E. 3b; BÖCKLI, § 1 Rz. 474; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 4 Rz.10.

⁸¹⁴ FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 8 N 47. Ähnlich auch VON DER CRONE, § 2 Rz. 48. Als Endzweck wird die Zielsetzung im weiteren Sinne, also die Gewinnstrebigkeit oder die Wirtschaftlichkeit, verstanden (BÖCKLI, § 1 Rz. 474; VON DER CRONE, § 2 Rz. 47).

⁸¹⁵ BÖCKLI, § 1 Rz. 474; ZK Aktiengesellschaft I-JUNG, N 70 zur Art. 620 OR; BSK OR II-SCHENKER, N 9 zu Art. 626; VON DER CRONE, § 2 Rz. 48. Ausführlich hinsichtlich Dienstleistungen vgl. ZIHLER, 60 ff.

⁸¹⁶ ZK Aktiengesellschaft I-JUNG, N 70 zu Art. 620 OR.

erkennbar ist.⁸¹⁷ Eine Gesellschaft kann jeden Zweck verfolgen, der rechtlich zugelassen, also nicht widerrechtlich, sittenwidrig oder unmöglich ist.⁸¹⁸

Der statutarische Gesellschaftszweck begrenzt die Vertretungsmacht⁸¹⁹: Die handelnden Organe können nur Rechtshandlungen vornehmen, die der Gesellschaftszweck mit sich bringt.⁸²⁰

Lehre⁸²¹ und Rechtsprechung⁸²² legen die Zweckgrenze weit aus. Zweckkonform sind sämtliche Rechtsgeschäfte, die sich irgendwie mit dem Gesellschaftszweck in Zusammenhang bringen lassen, die also nicht geradezu vom Zweck ausgeschlossen sind. Die Beurteilung hat dabei objektiv und generell abstrakt nach der Natur und dem Typ des fraglichen Rechtsgeschäfts zu erfolgen.⁸²³

⁸¹⁷ Art. 118 Abs. 1 HRegV.

⁸¹⁸ Vgl. Art. 52 Abs. 3 ZGB. BÖCKLI, § 1 Rz. 474; ZK Aktiengesellschaft I-JUNG, N 63 zu Art. 620 OR. Ausführlich dazu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 1 Rz. 133 ff. Die Unmöglichkeit wird in Art. 52 Abs. 3 ZGB zwar nicht explizit genannt, nach der h.L. ist aber ein unmöglicher Zweck ebenfalls unzulässig (vgl. BSK ZGB-HUGUENIN/REITZE, N 15 zu Art. 52; KICK, 79 ff.; BK ZGB-RIEMER, N 27 zu Art. 52).

⁸¹⁹ Die Vertretungsmacht ist von der Vertretungsbefugnis abzugrenzen. Die Vertretungsmacht umschreibt das rechtliche Können im Aussenverhältnis. Die Vertretungsbefugnis bezieht sich hingegen auf das rechtliche Dürfen des Organvertreters im Innenverhältnis. (BGE 95 II 442, E. 2 f.; BGer 4A_357/2007 vom 8. April 2008, E. 4.2; BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.1; BÖCKLI, § 13 Rz. 497 f.; VON DER CRONE/REICHMUTH, 425 ff.). BSK OR II-WATTER, N 19 zu Art. 718, trifft hingegen keine Unterscheidung zwischen Vertretungsmacht und -befugnis.

⁸²⁰ RÜEGER, Rz. 11.4.

⁸²¹ BÖCKLI, § 13 N 497; ZK Aktiengesellschaft III-BÜHLER, N 3 zu Art. 718a OR; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 21 N 5; MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER/SETHE, § 9 Rz. 10.

⁸²² BGE 96 II 439, E. 3b; 111 II 284, E. 3b; 116 II 320, E. 3a; BGer 4A_617/2013 vom 30. Juni 2014, E. 5.1; BGer 4A_147/2014 vom 19. November 2014, E. 3.1.1; BGer 4A_46/2016 vom 20. Juni 2016, E. 5.2.

⁸²³ BGE 111 II 284, E. 3b; BGer 4C.259/2000 vom 1. Februar 2001, E. 2a; BÜHLER/SPICHTIN, 153; FORSTMOSER/MEIER-HAYOZ/NOBEL, § 21 Rz. 5; VON DER CRONE, § 4 Rz. 218 f.; OFK Aktienrecht-WIDMER, N 1 zu Art. 718a OR. Ähnlich auch BSK OR II-WATTER, N 4 zu Art. 718a, nach dem von den für den Verkehr erkennbaren Merkmalen eines Geschäfts auszugehen ist. Diese Merkmale seien an einem weit interpretierten Zweck zu messen. In BGE 99 II 442 argumentiert das BGer hingegen, dass der Zweck das konkret in Frage stehende Einzelgeschäft mit sich zu bringen hat (E. 3).

Der Zweck wird geändert, wenn die Gesellschaft eine im Gesellschaftszweck umschriebene Tätigkeit aufgibt oder eine wichtige Tätigkeit aufnimmt, die vom statutarisch festgelegten Gesellschaftszweck klar nicht erfasst wird.⁸²⁴ Rechtsgeschäfte, welche den Wesensgehalt einer Gesellschaft ändern, sind nicht mehr vom ursprünglichem Zweck gedeckt und führen zu dessen Änderung.⁸²⁵ Keine Änderung des Gesellschaftszwecks liegt vor, wenn ein Unternehmen seine Ziele, Mittel, Prioritäten oder Tätigkeitsfelder den veränderten Marktverhältnissen anpasst.⁸²⁶

Versicherungsunternehmen unterliegen sowohl der statutarischen als auch der aufsichtsrechtlichen Geschäftsfeldbeschränkung nach Art. 11 Abs. 1 VAG. Aufgrund des sehr weiten Zweckverständnisses im Gesellschaftsrecht erwächst daraus für die Versicherungsunternehmen aber keine stärkere Beschränkung. Widersprüchlich wäre es, wenn ein bei der Bewilligungserteilung im statutarischen Gesellschaftszweck des Versicherungsunternehmens explizit enthaltenes Geschäft, später von der FINMA als versicherungsfremd und damit unzulässig qualifiziert werden würden. So heisst es in der Zweckbestimmung der Statuten der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG bspw.: «Die Gesellschaft kann Liegenschaften erwerben, belehnen, verwalten und veräussern [...]» Es wäre widersprüchlich, wenn die FINMA die Liegenschaftsverwaltung plötzlich als versicherungsfremd erachten würde, obwohl sie die Statuten und damit die statutarische Zweckumschreibung im Rahmen des Bewilligungsverfahrens gutgeheissen hat.

Die *ratio legis* der gesellschaftsrechtlichen Zweckbeschränkung liegt im Schutz der Gesellschaft, der Aktionäre, der übrigen Organe sowie im Minderheitenschutz.⁸²⁷ Gewissermassen bildet sie eine Massnahme zur Minderung des Risikos zweckwidriger Vertretungshandlungen, die die Interessen der genannten An-

⁸²⁴ BÖCKLI, § 1 Rz 478; RÜEGER, Rz. 11.5.

⁸²⁵ ZK Aktiengesellschaft III-BÜHLER, N 4 zu Art. 718a OR; BÜHLER/SPICHTIN, 153. So z.B. bei der Umwandlung einer Betriebsgesellschaft in eine Verwaltungs- und Holdinggesellschaft (vgl. BGer 4A_485/2008 vom 4. Dezember 2008, E. 2.1).

⁸²⁶ BÖCKLI, § 1 Rz. 478.

⁸²⁷ ZK Aktiengesellschaft I-JUNG, 75 zu Art. 620; KUNZ, Minderheitenschutz, § 14 Rz. 83 f.; RUSCH, 29 f. und 31, hinsichtlich Minderheitenschutz und Schutz der übrigen Organe. VON DER CRONE, § 4 Rz. 219, spricht von Verkehrsschutz bzw. vom Schutz des Rechtsverkehrs. Dritte dürfen davon ausgehen, dass Vertretungsberechtigte im Umfang des im Handelsregister festgeschriebenen Unternehmenszwecks die Gesellschaft vertreten können (VON DER CRONE/REICHMUTH, 410). Art. 718a Abs. 1 OR dient gemäss BGer nicht dem Schutz der bestehenden Gläubiger (BGE 126 II 362, E. 5a).

spruchsgruppen gefährden.⁸²⁸ Obwohl sich die *ratio legis* der gesellschaftsrechtlichen Zweckbeschränkung von derjenigen der aufsichtsrechtlichen Beschränkung⁸²⁹ unterscheidet, können durch eine rechtssystematische Analyse Indizien auf den Inhalt der aufsichtsrechtlichen Geschäftsfeldbeschränkung gewonnen werden. Überschreitet eine Versicherungsgesellschaft den statutarischen Zweck, ist wohl auch der aufsichtsrechtlich zulässige Unternehmenszweck überschritten. Das Geschäft wäre als versicherungsfremd zu qualifizieren.⁸³⁰ Umgekehrt liegt jedoch nicht jedes Geschäft, das noch vom weit ausgelegten statutarischen Gesellschaftszweck gedeckt ist, innerhalb des aufsichtsrechtlich zulässigen Unternehmenszwecks von Versicherungsunternehmen.

(1) *Hilfs- und Nebentätigkeiten*

Der statutarische Zweck prägt zwar das Wesen eines Unternehmens, stellt aber nur einen Ausschnitt der Unternehmensaktivitäten dar, zu denen die handelnden Personen befugt sind. Daneben können sie auch Geschäfte abschliessen, mit denen die konkreten Voraussetzungen der Tätigkeiten im Bereich des Unternehmenszwecks geschaffen werden.⁸³¹ Solche sogenannten Hilfs- und Nebengeschäfte werden angesichts der weitgefassten Zweckgrenze zweifellos vom Gesellschaftszweck erfasst.⁸³² Geschäfte zur Organisation, Kapitalisierung und Finanzierung des Unternehmens sowie zur Erhaltung seiner Vermögenswerte oder der Anlage von Erlösen und Gewinnen stellen grundsätzlich Rechtsgeschäfte dar, die der statutarische Gesellschaftszweck mit sich bringt.⁸³³ Diese Hilfs- und Nebengeschäfte sind aber wohl nur dann vom Gesellschaftszweck gedeckt, wenn sie diesen för-

⁸²⁸ Vgl. JUCHLI, 314, hinsichtlich der Aktionäre.

⁸²⁹ Zur *ratio legis* von Art. 11 Abs. 1 VAG vgl. unten III.B.4.2.

⁸³⁰ Ähnlich auch ENTZIAN, 97; SCHANZE, 546, beide zum deutschen Recht.

⁸³¹ So ENTZIAN, 92; Kommentar AktG-D-HÖLTERS/WEBER, N 18 zu § 82; BKK AktG D-HÜFFER/KOCH, N 9 zu § 82; MüKO AktG-D-SPINDLER, N 35 zu § 82. Vgl. auch BGH Urt. v. 15. Mai 2000 – II ZR 359/98, in: ZIP 2000, 1162, 1163 f., jeweils zum deutschen Recht. Hinsichtlich Dienstleistungen so auch ZIHLER, 60.

⁸³² Vgl. ZIHLER, 60, nach dem solche Hilfs- und Nebentätigkeiten nicht noch explizit in der Zweckumschreibung genannt werden müssen, da sie dem Hauptzweck inhärent sind. Vgl. auch BGE 128 III 129, E. 1b)aa, danach ist die Einstellung und Entlassung von Mitarbeitern «ohne Zweifel» vom Gesellschaftszweck erfasst. Vgl. auch BSK OR II-WATTER, N 4 zu Art. 718a.

⁸³³ Vgl. z.B. GERICKE/WALLER, 306, die das aktive Bewirtschaften von Bargeldreserven durch gewisse Anlagen als vom Gesellschaftszweck einer Baufirma gedeckt bezeichnen.

dern; nicht zulässig ist hingegen die entgeltliche Erbringung solcher Hilfsleistungen an Dritte.⁸³⁴

Die Beurteilung, ob eine blossе Hilfstätigkeit vorliegt, ist unter Umständen schwierig. Kann die fragliche Tätigkeit für sich alleine einen potenziellen Unternehmensgegenstand bilden, ist anzunehmen, dass der ursprüngliche Unternehmensgegenstand durch die Tätigkeit verlassen wird. Ist es hingegen nicht denkbar, dass ein Unternehmen ausschliesslich die fraglichen Geschäfte tätigt, spricht dies für das Vorliegen blosser Hilfsgeschäfte, die innerhalb des eigentlichen Unternehmenszwecks liegen.⁸³⁵

(2) *Wirtschaftlich gebotene Geschäfte*

Die weite Auslegung des statutarischen Gesellschaftszwecks führt dazu, dass Geschäfte, die nicht mehr als Hilfs- oder Nebengeschäfte gelten, durchaus zulässig und zum Teil sogar geboten sein können. So etwa, wenn mit ihnen die Erwerbschancen sonst brachliegender Mittel wahrgenommen werden. Mithin kann die Vermietung oder Verpachtung derzeit nicht benötigter Grundstücke oder Gebäude, das Gewähren von Darlehen oder das Anlegen von Reserven in festverzinsliche Wertpapiere zulässig sein.⁸³⁶ Ferner können auch Geschäfte zu Sicherungszwecken, wie etwa Termingeschäfte zur Kurssicherung bei Auslandsgeschäften in fremder Währung, erlaubt sein. Ebenfalls zulässig können Rand- oder Annexbereiche sein, mit denen die für den Gesellschaftszweck aufgebauten Einrichtungen besser ausgelastet werden. Bspw. können Überkapazitäten der IT-Infrastruktur oder sonstiger Betriebsabteilungen entgeltlich Dritten überlassen werden.⁸³⁷

(3) *Kriterien zur Beurteilung des Anpassungsbedarfs des statutarischen Gesellschaftszwecks*

Die Grenzen des Gesellschaftszwecks sind nicht immer einfach auszumachen und oft fliessend.⁸³⁸ Die Einordnung eines Geschäfts inner- oder ausserhalb des statutarischen Gesellschaftszwecks macht eine wertende Beurteilung des Einzelfalls

⁸³⁴ So TIEVES, 212, zum Unternehmensgegenstand nach deutschem Recht.

⁸³⁵ So ENTZIAN, 92; TIEVES, 209 f., beide zum deutschen Recht.

⁸³⁶ So VISCHER/WIESNER, 234, hinsichtlich marktkonformer Darlehen.

⁸³⁷ So ENTZIAN, 93, zum deutschen Recht.

⁸³⁸ Vgl. GERICKE/WALLER, 306.

notwendig.⁸³⁹ Anders als in Deutschland wurden in der Schweiz weder von der Lehre noch von der Rechtsprechung Kriterien zur Beurteilung der Frage entwickelt, ob der Gesellschaftszweck eine Rechtshandlung mit sich bringt. In Anlehnung an das deutsche Schrifttum zum Unternehmensgegenstand⁸⁴⁰ können die folgenden Beurteilungskriterien Hinweise auf die Zuordnung liefern:⁸⁴¹

- Wirtschaftlicher Zusammenhang der Tätigkeit zum eigentlichen Gesellschaftszweck;
- Verhältnis von Art, Umfang, unternehmerischen Anforderungen, Organisationserfordernissen, Ergebnissen und Risiken der Tätigkeit im Verhältnis zu denjenigen Aktivitäten, die dem statutarischen Zweck der Gesellschaft entsprechen;
- Dauer der geplanten Aktivitäten;
- Auswirkungen der geplanten Geschäfte auf den Charakter des Unternehmens in der Öffentlichkeit⁸⁴².

Im schweizerischen Gesellschaftsrecht muss jedoch beachtet werden, dass die Beschränkung der Vertretungsmacht auf Rechtsgeschäfte, die der Zweck der Gesellschaft mit sich bringen kann, im Aussenverhältnis dem Verkehrsschutz dient.⁸⁴³ Es kann Dritten wohl kaum zugemutet werden, vor dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts eine Abwägung nach den genannten Kriterien vorzunehmen. Vielmehr können die Kriterien dazu dienen, zu eruieren, ob der statutarische Zweck anzu-

⁸³⁹ So ENTZIAN, 95, BKK AktG-D-HÜFFER/KOCH, N 9 zu § 82; AktG-Kommentar, N 14 zu § 82, jeweils zum deutschen Recht.

⁸⁴⁰ Im deutschen Recht wird zwischen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck unterschieden. Nach der h.L. beschreibt der Gesellschaftszweck den finalen Sinn einer Gesellschaft (i.d.R. die Gewinnerzielung). Der Unternehmensgegenstand bezeichnet hingegen die für diesen Sinn eingesetzten Mittel (MüKo AktG-PENTZ, N 71 zu § 23 m.w.H. insbesondere auf den diesbezüglichen Meinungsdisput). Was im Sprachgebrauch der Deutschen als «Gegenstand» bezeichnet wird, entspricht dem «Zweck» im Schweizer Recht (BÖCKLI, § 1 Rz. 474). STÖCKLI, 312, trifft hingegen auch für das Schweizer Recht eine Unterscheidung zwischen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck.

⁸⁴¹ So ENTZIAN, 95 f.; HÖLTERS/WEBER, Kommentar D-AktG, N 17 zu § 82; BKK D-AktG-HÜFFER/KOCH, N 9 zu § 82; KK D-AktG-MERTENS/CAHN, N 23 ff. zu § 82; TIEVES, 209 ff., jeweils zum deutschen Recht.

⁸⁴² Vgl. ZK Aktiengesellschaft III-BÜHLER, N 4 zu Art. 718a OR; BÜHLER/SPICHTIN, 153.

⁸⁴³ Vgl. dazu oben III.B.3.3.b.

passen ist. Wird ein Anpassungsbedarf evident, ist auch der versicherungsaufsichtsrechtlich zulässige Unternehmenszweck eindeutig überschritten.

3.4. Zwischenfazit

Aus der Stellung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte im VAG unter den Voraussetzungen zur Aufnahme der Geschäftstätigkeit können keinerlei Hinweise auf dessen Inhalt entnommen werden. Die Überschrift «Unternehmenszweck» von Art. 11 VAG stellt den Bezug zum Geschäftsplan in Art. 4 VAG her. Wird das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Zusammenhang mit der Bestimmung zum Geschäftsplan gelesen, wird deutlich, dass der Schutz der Interessen der Versicherten für den Inhalt der Bestimmung zentral ist. Anders verhält es sich bei Berücksichtigung der Ausnahmegewilligung in Art. 11 Abs. 2 VAG: Eine Ausnahmegewilligung kann nur erteilt werden, wenn das entsprechende versicherungsfremde Geschäft die Interessen der Versicherten nicht gefährdet. Setzt die ausnahmsweise Zulassung eines versicherungsfremden Geschäfts den Schutz der Interessen der Versicherten voraus, würde dies den Schluss nahelegen, dass die Interessen der Versicherten für das Vorliegen eines unmittelbaren Zusammenhangs und damit für die Zulässigkeit einer Tätigkeit unter Art. 11 Abs. 1 VAG unerheblich sind. Andernfalls wäre die Ausnahmegewilligung in Art. 11 Abs. 2 VAG obsolet. Wie noch zu zeigen sein wird, ist ein derartiges Verständnis der Geschäftsfeldbeschränkung abzulehnen.⁸⁴⁴ Das innere System der Versicherungsaufsicht als materielle Staatsaufsicht mit Fokus auf eine risikobasierte Solvenzaufsicht indiziert die Berücksichtigung des Risikos bei der Beurteilung von Geschäften unter Art. 11 Abs. 1 VAG.

Im Zusammenhang mit dem indirekten Betrieb versicherungsfremder Geschäfte hat dieses System der risikobasierten Solvenzaufsicht explizit im Gesetzestext Ausdruck gefunden. Unter geltendem Recht untersteht das Halten von Beteiligungen an Unternehmen ausserhalb des Versicherungssektors keinen besonderen Bestimmungen mehr; es gelten die allgemeinen Vorschriften betreffend Beteiligungen nach Art. 21 VAG. Die FINMA kann dennoch einschreiten und den Erwerb von Beteiligungen an Auflagen und Bedingungen knüpfen, wenn die Beteiligung das Versicherungsunternehmen oder die Interessen der Versicherten gefährdet. Der Prüfungsmassstab richtet sich in der Praxis an der Gefährdung der

⁸⁴⁴ Vgl. dazu unten III.B.6.1.

Interessen der Versicherten, insbesondere der Erfüllung ihrer Ansprüche aus den Versicherungsverträgen.

Die Beschränkung der Einlagen in Prämiendepots pro Versicherungsnehmer, die gemäss Bundesrat der Abgrenzung des Versicherungsgeschäfts vom versicherungsfremden Bankgeschäft dient, gibt dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte kaum mehr Inhalt. Zum einen widersprechen sich Art. 119 AVO und die bankenrechtliche Gesetzgebung insofern, als das Versicherungsaufsichtsrecht die Prämiendepots ab einer gewissen Höhe als Bankgeschäft qualifiziert, dies aber keine Banktätigkeit i.S.v. Art. 1a BankG i.V.m. Art. 5 BankV darstellt. Zum anderen bezieht sich die Einlagenbeschränkung auf den einzelnen Versicherungsnehmer und damit auf einen einzelnen Versicherungsvertrag. Dies ist entgegen dem Wortlaut von Art. 11 Abs.1 VAG, der nicht am einzelnen Versicherungsvertrag, sondern am Versicherungsgeschäft im Allgemeinen anknüpft.⁸⁴⁵ Vielmehr wäre also der Gesamtbetrag der eingenommenen Prämien für eine Qualifikation der Tätigkeit als Versicherungs- oder Banktätigkeit massgebend. Wobei eine Banktätigkeit im Sinne des Bankengesetzes wie ausgeführt ohnehin zu verneinen ist.

Die Geschäftsfeldbeschränkung ist für Rückversicherungsunternehmen weniger restriktiv als für Erstversicherer. Verlangt wird nur ein Zusammenhang, nicht aber ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen dem Rückversicherungsgeschäft und anderen Geschäften. Daraus kann geschlossen werden, dass der vorausgesetzte Zusammenhang einer gewissen Abstufung zugänglich zu sein hat.

Der Einbezug des Banken- und Börsenaufsichtsrechts hat nur bedingt Indizien auf den sachgerechten Inhalt des Verbots versicherungsfremder Geschäfte ergeben: Bankfremde Tätigkeiten sind grundsätzlich erlaubt, wenn sichergestellt ist, dass auch in diesen Bereichen eine ausreichende Verwaltungsorganisation gegeben ist. Es hat sich sodann gezeigt, dass sich das Verständnis von bankfremd mit den Entwicklungen im Bankgeschäft über die Zeit ändert. Ein dynamisches Geschäftsfeldverständnis erscheint nicht nur bei Banken, sondern auch in Bezug auf die Versicherungsunternehmen angebracht.

⁸⁴⁵ Vgl. dazu oben III.B.1.2.

Versicherungsunternehmen sind aufgrund der Besonderheiten des Versicherungsmarktes stärker reguliert als Fondsleitungen.⁸⁴⁶ Die schrittweise Öffnung der Geschäftsfeldbeschränkung für Fondsleitungen ist für die Auslegung des Verbots versicherungsfremder Tätigkeiten dennoch insofern interessant, als auch das FINIG – wie schon das KAG – den Anlegerschutz bezweckt. Auch der Schutz vor der Gefährdung der Solvenz der Fondsleitung aufgrund von Geschäften, die mit dem Fondsgeschäft in keinem Zusammenhang stehen, bleibt als Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung unverändert. Nach Einschätzung des Bundesrats ist die Erweiterung des Geschäftsfelds wohl nicht zwingend mit zusätzlichen solvenzgefährdenden Risiken verbunden. Anzumerken ist sodann, dass wettbewerbliche Überlegungen bei der Einführung des KAG zur Erweiterung der erlaubten Tätigkeiten der Fondsleitungen geführt haben. Es sollte dadurch die Wettbewerbsfähigkeit kleinerer Fondsleitungen gestärkt werden.

Freilich können die im Rahmen der Ausweitung der systematischen Konkretisierung auf andere Bereiche des Bundesrechts – das Spezialitätsprinzip bei öffentlichen Unternehmen sowie die gesellschaftsrechtliche Geschäftsfeldbeschränkung – gewonnenen Erkenntnisse nicht ohne Weiteres auf die aufsichtsrechtliche Geschäftsfeldbeschränkung übertragen werden. Dennoch können daraus gewisse Indizien für deren sachgerechten Inhalt abgeleitet werden:

- Bei Vor- und Nachleistungen ist ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang anzunehmen.
- Ein enger Zusammenhang ist bei den Geschäften zu bejahen, die die Durchführung des «Ursprungsgeschäfts» fördern oder sichern (Hilfs- und Nebengeschäfte).
- Wird das Wissen, das im Rahmen der Durchführung des «Ursprungsgeschäfts» erworben wird, nutzbringend in anderen Bereichen eingesetzt, wird ein enger Zusammenhang ebenfalls bejaht. Im Versicherungsbereich betrifft dies wohl insbesondere das Schadenmanagement oder die Schadenprävention sowie die Anlagetätigkeit.
- Wirtschaftlich gebotene Geschäfte, z.B. zur Auslastung der bestehenden Infrastruktur oder Geschäfte zu Sicherungszwecken, liegen wohl noch innerhalb der aufsichtsrechtlichen Zweckgrenze.

⁸⁴⁶ Die Versicherungsbranche ist schon historisch die am stärksten regulierte Branche im Finanzmarkt (vgl. z.B. Amtl. Bull. NR 1978 I, 25; ähnlich auch EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 102). Zu den Besonderheiten des Versicherungsmarktes vgl. oben II.B.

- Passt ein Unternehmen das Tätigkeitsfeld den veränderten Marktverhältnissen an, ist die Zweckgrenze wohl nicht überschritten.

4. Konkretisierung nach dem teleologischen Auslegungselement

4.1. Versicherungsaufsichtsgesetz – Art. 1 Abs. 2: Zweck

Art. 1 Zweck

¹ [...].

² Es bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen.

Das VAG bezweckt gemäss Art. 1 Abs. 2 VAG insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen. Bei der Zweckbestimmung handelt es sich um eine direktionale Finalnorm.⁸⁴⁷ Selbstständig können aus Art. 1 Abs. 2 VAG keine normativen Anordnungen abgeleitet werden. Die Zweckbestimmung wird deshalb als «nicht direkt justiziabel», aber als Richtschnur für die Auslegung und Anwendung der einzelnen Bestimmungen des VAG – auch des Verbots versicherungsfremder Geschäfte – angesehen.⁸⁴⁸

Ausgestaltet als Gewerbepolizeirecht⁸⁴⁹ beschränkt sich der Zweck des VAG auf den Schutz der öffentlichen Ordnung, die Wahrung von Sicherheit und Sittlichkeit sowie von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.⁸⁵⁰ Dementsprechend steht der Schutz im Zentrum der Zweckbestimmung des VAG.⁸⁵¹

Art. 1 Abs. 2 VAG enthält mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe und ist deshalb seinerseits auslegungsbedürftig.⁸⁵² Die Versicherten sollen «insbesondere» vor

⁸⁴⁷ LACHER, Rz. 92; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 27; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 14.

⁸⁴⁸ LACHER, Rz. 92; MAURER, 91; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 27; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 14.

⁸⁴⁹ Vgl. oben II.C.3.1.a. m.w.H.

⁸⁵⁰ BGE 99 Ib 51, E. 4b; FLÜTSCH, 260.

⁸⁵¹ MAURER, 91, spricht von einem «Schutzgesetz». So auch NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 19 und WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 14. GEY, 131 f., spricht vom Schutzcharakter des VAG.

⁸⁵² BSK VAG-MÄCHLER, N 3 zu Art. 1.

«Missbrauch» und «Insolvenz» der Versicherer geschützt werden. Wie die Verwendung des Wortes «insbesondere» impliziert, können neben dem Versicherten-schutz noch weitere, im VAG nicht ausdrücklich erwähnte, Ziele verfolgt werden.⁸⁵³ In diesem Sinne führte der Bundesrat aus, dass sich der Zweck der Aufsicht nicht abschliessend umschreiben lässt.⁸⁵⁴ Mit der Offenheit der Zweckbestimmung soll sichergestellt werden, dass auch zukünftig auftretende Regulierungsbedürfnisse unter das VAG subsumiert werden können.⁸⁵⁵ In Anlehnung an PFUND⁸⁵⁶ ist festzuhalten, dass sich der Zweck der Versicherungsaufsicht mit den Änderungen in Wirtschaft und Gesellschaft wandelt.

a. Schutz der Versicherten

Das VAG bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten, bzw. die Wahrung der Interessen der Versicherten.⁸⁵⁷ Der Begriff der zu schützenden Versicherten nach Art. 1 Abs. 2 VAG ist weit auszulegen. Er umfasst neben dem Versicherten als eigentlichem Vertragspartner des Versicherungsunternehmens auch die Anspruchsberechtigten, die Geschädigten, die Versicherungsinteressenten und ganz allgemein die Konsumenten.⁸⁵⁸

⁸⁵³ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3808; CHRISTINGER, Interview, 342; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 26.4; GANZ, 30; GSCHWIND, 182; GSCHWIND/KARLEN, 188; MÄCHLER, Versicherung, Rz. 3.8; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 26.

⁸⁵⁴ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3807. Beim Erlass des VAG von 1978 wurde die Sinnhaftigkeit eines so offen formulierten Zweckartikels eingehend diskutiert; vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 892 mit Verweis auf ein Gutachten von Prof. Huber (dieses ist selbst im Bundesarchiv nicht auffindbar).

⁸⁵⁵ NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 20; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 15 BSK FINMAG/FinfraG-WINZELER, N 7 zu Art. 5 FINMAG. Kritisch zur offenen Formulierung vgl. LACHER, Rz. 92; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 15. Gemäss GSCHWIND, 183, zeigt Art. 5 FINMAG, dass im Wirtschaftsrecht eine abschliessende Zweckformulierung möglich ist.

⁸⁵⁶ PFUND, Konsumentenschutz, 4.

⁸⁵⁷ EGGLI, 14; GSCHWIND, 182; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 24.

⁸⁵⁸ BGE 108 Ib 286, E. 2d; BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3808; BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 892; BURKI/PFUND/WALDMEIER, 44; FLÜTSCH, 258 Fn. 10; GSCHWIND, 183; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 164; MAURER, 91; RIMLE, § 4 Rz. 5. Vgl. auch LACHER, Rz. 94, mit weiteren Ausführungen.

(1) *Insbesondere vor Insolvenzrisiken*

Mit dem VAG 2004 wurde der Fokus des schweizerischen Versicherungsaufsichtsrechts ausdrücklich auf die Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen gelegt.⁸⁵⁹ Als Insolvenzrisiken sind sämtliche Risiken zu verstehen, die sich unter Umständen aus der finanziellen Verfassung des Versicherers ergeben und die Leistungsfähigkeit des Versicherungsunternehmens beeinträchtigen können. Im Fokus stehen damit Reservierung, Anlagen, Kapitalsituation sowie Liquidität.⁸⁶⁰ Aber auch die qualitativen Instrumente der Versicherungsaufsicht tragen zum Schutz vor Insolvenz bei.⁸⁶¹

Mit der Fokussierung auf Insolvenzrisiken hat die Versicherungsaufsicht die langfristige Stabilität der Versicherungsgesellschaften sicherzustellen.⁸⁶² Es darf daraus aber nicht geschlossen werden, dass durch die Versicherungsaufsicht die Insolvenz von Versicherungsunternehmen verhindert werden soll.⁸⁶³ Vielmehr wollte der Gesetzgeber (indirekt) sicherstellen, dass die Leistungsansprüche der Versicherten jederzeit gesichert sind.⁸⁶⁴ Die Versicherungsaufsichtsbehörde kann aber nicht erst bei Eintritt der Insolvenz von Versicherungsunternehmen einschreiten, sondern hat präventiv tätig zu werden.⁸⁶⁵ Ebenfalls bedeutet die Sicherstellung der dauernden Erfüllbarkeit der versprochenen Versicherungsleistungen nicht, dass es Ziel der Versicherungsaufsicht ist, die individuellen Ansprüche der einzel-

⁸⁵⁹ MÄCHLER-ERNE, Industrie, 36; BSK VAG-MÄCHLER, N 49 zu Art. 1; WEBER/BAISCH, § 13 Rz. 13.

⁸⁶⁰ MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 25.

⁸⁶¹ Vgl. LACHER, Rz. 97.

⁸⁶² LÜTHY, 18.

⁸⁶³ Gemäss ARQUINT, Bilanzrecht, 51, hat die Aufsichtsbehörde dafür zu sorgen, dass das Versicherungsunternehmen «mit hoher Wahrscheinlichkeit solvent» bleibt.

⁸⁶⁴ EXPERTENKOMMISSION JANSSEN, Teil I, 10; EXPERTENKOMMISSION JANSSEN, Teil II, 7; EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 103; FLÜTSCH, 258; KRAMER, A., 26; LACHER, Rz. 96; BSK VAG-MÄCHLER, N 50 zu Art. 1. Vgl. auch BGE 76 I 234, E. 2; SGK BV-HETTICH, N 19 zu Art. 98; LUDSCHER, 11 und 13; MAURER, 113; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 18 f.; ZEN-RUFFINEN, Kommentar aBV, N 6 zu Art. 34 Abs. 2. Da der Versicherte Gläubiger der versprochenen Leistung ist, wird z.T. auch von Gläubigerschutz gesprochen (ZOBL/BLÖCHLINGER, 37. Vgl. auch BGE 76 I 234, E. 3).

⁸⁶⁵ ARQUINT, Bilanzrecht, 51; MÄCHLER, Versicherungen, Rz. 3.8. GSCHWIND, 183, führt diesbezüglich aus, dass nach restriktiver Auslegung die Versicherten im Falle einer Insolvenz des Versicherungsunternehmens zu schützen seien. Er bestätigt aber, dass die extensive Auslegung, nach der die Aufsicht die Insolvenz der Versicherungsunternehmen präventiv zu verhindern hat, gängiger ist.

nen Versicherten durchzusetzen.⁸⁶⁶ Dies hat auf dem zivilrechtlichen Weg zu erfolgen.⁸⁶⁷ Die versicherungsaufsichtsrechtlichen Normen werden zwar im Interesse der einzelnen Versicherten erlassen, deren Schutz ist jedoch ein indirekter. Die Aufsicht handelt im Gesamtinteresse der Versichertengemeinschaft.⁸⁶⁸

(2) *Insbesondere vor Missbräuchen*

Das VAG bezweckt sodann den Schutz der Versicherten vor Missbräuchen durch die Versicherungsunternehmen. Mit dieser generalklauselartigen Bestimmung zum Schutz vor Missbräuchen soll ein gesetzeskonformes und faires Verhalten der Versicherungsunternehmen und der Vermittler⁸⁶⁹ gegenüber den Versicherten sichergestellt werden.⁸⁷⁰ So sollen die Versicherten vor Übervorteilung, insbesondere vor zu hohen Prämien oder unvorteilhaften Bedingungen, bewahrt werden.⁸⁷¹ Sie dient damit der Wahrung von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr einer Vielzahl von Marktteilnehmern.⁸⁷²

Der Begriff «Missbrauch» ist unbestimmt und daher selbst auslegungsbedürftig.⁸⁷³ Nach Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG hat die FINMA die Versicherten vor Missbräuchen der Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittler zu schützen. Gestützt auf Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG i.V.m. Art. 88 Abs. 1 VAG hat der Bundesrat den Missbrauchsbegriff in Art. 117 AVO konkretisiert.⁸⁷⁴ Nach Art. 117 Abs. 1

⁸⁶⁶ GSCHWIND, 190.

⁸⁶⁷ HARTMANN, 31. LANZ, Rz. 1.8, sagt in diesem Sinne, dass die Aufgabe der FINMA öffentlich-rechtlicher und wirtschaftspolizeilicher Natur ist und die Gläubiger (bzw. die Versicherten) deshalb keinen Anspruch auf ein Tätigwerden der FINMA haben.

⁸⁶⁸ KOENIG, Privatversicherungsrecht, 18. Hinsichtlich des Schutzes vor Missbrauch vgl. auch GSCHWIND, 190. Ähnlich auch HARTMANN, 31; SCHAEER, § 5 Rz. 31.

⁸⁶⁹ Das VAG gilt gemäss Art. 1 Abs. 1 VAG auch für Versicherungsvermittler.

⁸⁷⁰ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3828; BURKI/PFUND/WALDMEIER, 65; LACHER, Rz. 101; TSCHANNEN/LOCHER, 83; WEBER/BAISCH, § 11 Rz. 28.

⁸⁷¹ EXPERTENKOMMISSION JANSSEN, Teil II, 13 hinsichtlich der Krankenzusatzversicherung.

⁸⁷² BSK VAG-MÄCHLER, N 51 zu Art. 1; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 26.

⁸⁷³ BVGer B-7407/2009 vom 7. Juli 2011, E. 3.2; BVGer B-1242/2016 vom 20. Juni 2017, E. 3.5 (angefochten beim BVGer); BSK VAG-DU PASQUIER/MENOUD, N 36 zu Art. 46; HARTMANN, 31; WEBER/BAISCH, § 11 Rz. 28. Vgl. auch BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO, 32, der den Begriff als «konkretisierungsbedürftig» bezeichnet.

⁸⁷⁴ Die gesetzliche Ermächtigung (Art. 46 Abs. 3 VAG) zur Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs ist in der Lehre umstritten. Kritisch: BURKI/PFUND/WALDMEIER, 66; KALBERMATTEN, 89 f. Kritisch auch das BVGer in BVGer B-7407/2009 vom 7. Juli

AVO stellt die Benachteiligung von Versicherten einen Missbrauch dar, wenn sie sich wiederholt oder einen breiten Personenkreis betrifft.⁸⁷⁵ Ein Verhalten eines Versicherers qualifiziert nur als Missbrauch, wenn es die Versicherungsgemeinschaft oder eine Mehrzahl von Versicherten geschädigt hat oder dazu geeignet ist.⁸⁷⁶ Damit sind vom Missbrauchsbegriff nur Fälle von qualifiziertem, systematischem Fehlverhalten der Versicherungsunternehmen und Vermittler erfasst.⁸⁷⁷ Einzelfälle stellen keinen Missbrauch im versicherungsaufsichtsrechtlichen Sinne dar.⁸⁷⁸ Nach Art. 117 AVO ist zwischen zwei Grundtatbeständen des Missbrauchs mit einer nicht abschliessenden Aufzählung von einzelnen Missbrauchstatbeständen (Abs. 1) und einem Sondertatbestand (Abs. 2) zu unterscheiden. Im nicht abschliessenden Beispielskatalog in Art. 117 Abs. 1 AVO nennt der Verordnungsgeber ein Verhalten des Versicherungsunternehmens bzw. des Versicherungsvermittlers missbräuchlich, das geeignet ist, Versicherte oder Anspruchsberechtigte erheblich zu schädigen (lit. a). Die Folgen dieses Verhaltens müssen eine gewisse Schwere aufweisen.⁸⁷⁹ Vertragsbestimmungen, die geeignet sind, gegen das VVG

2011, E. 3.4. In diesem Entscheid hält das BVGer fest, dass dem Bundesrat nur eine Vollzugskompetenz zukommt, nicht aber die Befugnis, den Begriff des Missbrauchs näher zu konkretisieren. In BVGer B-1566/2007 vom 14. Juli 2008, E. 2.4.2 und jüngst auch in BVGer B-1242/2016 vom 20. Juni 2017, E. 3.9 ff., bejaht es aber das Vorliegen einer ausreichenden gesetzlichen Grundlage. Letzterer Entscheid wurde beim BGer angefochten, so dass die Frage der ausreichenden gesetzlichen Grundlage von Art. 117 AVO bald auch höchststrichterlich beantwortet sein dürfte.

⁸⁷⁵ Kritisch zum Missbrauchsbegriff in der AVO FUHRER, Aufsichtsverordnung, 91 f.; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 26.37 ff.

⁸⁷⁶ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3828; GSCHWIND, 191.

⁸⁷⁷ BSK VAG-DU PASQUIER/MENOUD, N 36 zu Art. 46; FUHRER, Privatversicherungsrecht, § 26 Rz. 39; HARTMANN, 31; SCHNEITER, 60.

⁸⁷⁸ FUHRER, Aufsichtsverordnung, 91; GROLIMUND, 154; HARTMANN, 31; LACHER, Rz. 104; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 37; WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 168 und § 11 Rz. 28. Der BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO, 33, relativiert die Notwendigkeit des systematischen Verhaltens, indem er krasse Einzelfälle von Ungleichbehandlung bereits als missbräuchlich im Sinne des VAG qualifiziert.

⁸⁷⁹ BURKI/PFUND/WALDMEIER, 68; BSK VAG-DU PASQUIER/MENOUD, N 45 zu Art. 46; FUHRER, Aufsichtsverordnung, 92. Ähnlich auch BUNDESRAT, Erläuterungen VE-AVO, 33. Ein Einschreiten der FINMA basierend auf Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG ist nur durch ein öffentliches Interesse gerechtfertigt und damit nur zulässig, wenn nicht nur die Folgen des Fehlverhaltens eine bestimmte Intensität haben, sondern auch das Fehlverhalten des Versicherungsunternehmens oder des Versicherungsvermittlers eine gewisse Schwere und Systematik aufweist. Aus diesem Grund wird bei den exemplarischen Missbrauchstatbeständen nach Art. 117 Abs. 1 AVO zusätzlich vorausgesetzt,

oder andere Erlasse, die auf den Vertrag anwendbar sind, zu verstossen, sind gemäss Art. 117 Abs. 1 lit. b AVO ebenfalls missbräuchlich.⁸⁸⁰ Als missbräuchlich gilt auch eine der Vertragsnatur widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten (lit. c).⁸⁸¹ In Absatz 2 wird sodann generell die juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Benachteiligung einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person als Missbrauch qualifiziert.⁸⁸²

b. Schutz weiterer öffentlicher Interessen

Die Formulierung der Zweckbestimmung des VAG lässt Raum für die Verfolgung weiterer (Schutz-)Ziele.⁸⁸³ Es sind dies Ziele zum Schutz öffentlicher Interessen.⁸⁸⁴ Im Vordergrund stehen entsprechend dem gewerbepolizeilichen Charakter⁸⁸⁵ des VAG die klassischen Polizeigüter, insbesondere der Schutz von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.⁸⁸⁶ Daneben können aber auch noch weitere öffentliche Interessen verfolgt werden. Nach MÄCHLER kann das VAG sämtliche öffentlichen Interessen, die nach Art. 5 Abs. 2 BV eine Voraussetzung für staatli-

dass sich das Verhalten wiederholt oder einen breiten Personenkreis betrifft (BSK VAG-DU PASQUIER/MENOUD, N 46 zu Art. 46).

⁸⁸⁰ Nach Ansicht des Bundesrates können im Rahmen der Missbrauchsbestimmung neben den versicherungsvertraglichen und -aufsichtsrechtlichen Bestimmungen auch andere Bundesgesetze mit materiell versicherungsrechtlichem Inhalt, die das Verhältnis zwischen Versicherer und Versichertem tangieren, von Bedeutung sein. Als Beispiele nennt er die Bereiche Kernenergie, Datenschutz oder Strassenverkehr (BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3828.). Kritisch dazu FUHRER, Aufsichtsverordnung, 93.

⁸⁸¹ Ausführlich zu den einzelnen Missbrauchstatbeständen vgl. HARTMANN, 32 ff.

⁸⁸² In welchem Umfang eine Ungleichbehandlung zulässig ist und inwieweit Art. 117 Abs. 2 AVO eine privatrechtliche Pflicht zur Gleichbehandlung begründet, ist in der Lehre umstritten. Vgl. dazu HARTMANN, 33; FUHRER, Aufsichtsverordnung, 94 f.; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 26.43; WEBER/BAISCH, § 6 Rz. 170 ff. Vgl. auch BGer 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, E. 3.3.

⁸⁸³ Vgl. dazu oben III.B.4.1. m.w.H.

⁸⁸⁴ BGE 99 Ib 51, E. 4b; 114 Ib 244, E. 5b; BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 893; HARTMANN, 31; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 165; LACHER, Rz. 111; WEBER/BAISCH, § 4 N 54.

⁸⁸⁵ Vgl. dazu oben II.C.3.1.a. m.w.H.

⁸⁸⁶ FLÜTSCH, 260; KUHN, Privatversicherungsrecht, Rz. 165 und 179; LUDESCHER, 9 Fn. 171; BSK VAG-MÄCHLER, N 52 zu Art. 1; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 26; SCHAER, § 5 Rz. 4.

ches Handeln darstellen, bezwecken.⁸⁸⁷ Nicht zulässig ist das Verfolgen wirtschafts- oder standespolitischer Interessen (sog. grundsatzwidrige Massnahmen⁸⁸⁸), da Art. 98 Abs. 3 BV keine Kompetenz zur Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit enthält.⁸⁸⁹

Neben dem Schutz der Versicherten bezweckt die Versicherungsaufsicht ein «ordnungsgemäss funktionierendes Versicherungswesen».⁸⁹⁰ Das Bundesgericht erkannte schon unter aVAG 1978, dass ein Zusammenbrechen blosser Teile des Versicherungswesens eine unabsehbare Zahl von Versicherten treffen würde und deshalb das VAG auch «die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des gesamten Versicherungswesens» bezweckt.⁸⁹¹ Nach der Formel des Bundesrates stellt der Funktionsschutz die Wahrung der «Stärke, Integrität und Vertrauenswürdigkeit der Versicherungswirtschaft in der Schweiz» dar.⁸⁹² Diese Elemente bilden die Basis für zahlreiche Bestimmungen des VAG.⁸⁹³ Dem Funktionsschutz wird heute überwiegend polizeilicher Charakter zugeschrieben.⁸⁹⁴ Langfristig dient der Schutz der

⁸⁸⁷ BSK VAG-MÄCHLER, N 52 zu Art. 1.

⁸⁸⁸ Grundsatzwidrig sind Massnahmen, die den freien Wettbewerb behindern, um gewisse Gewerbebezüge zu sichern oder zu begünstigen (BGE 131 I 223, E. 4.2). Sie sind Bund und Kantonen grundsätzlich verboten (Art. 94 Abs. 4 BV). Ausführlich dazu vgl. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 82 ff.

⁸⁸⁹ BGE 99 Ib 51, E. 4b; FLÜTSCH, 259; GEMPERLE, 50; SGK BV-HETTICH, N 5 und N 20 zu Art. 98; LACHER, Rz. 87; MÄCHLER, Versicherungsaufsicht, Rz. 14; TSCHANNEN/LOCHER, 69; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 7; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 5. Vgl. auch GEY, 130; CHRISTINGER, Interview, 344; BGer 2C_94/2012 vom 3. Juli 2012, E. 2.7.

⁸⁹⁰ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3808 m.H. auf dass Gutachten von Prof. Hans Huber von 1974 (dieses ist selbst im Bundesarchiv nicht auffindbar); GEY, 131; TSCHANNEN/LOCHER, 70; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 19 Rz. 9. A.A. GSCHWIND, 182, nach dessen Ansicht das VAG selbst neben dem deklarierten Schutzziel keine konkreten Hinweise für weitere Zielsetzungen, wie etwa den Funktionsschutz, den System- oder den Reputationsschutz enthält.

⁸⁹¹ BGE 114 Ib 244, E. 5d (noch zum aVAG 1978).

⁸⁹² BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3808.

⁸⁹³ BUNDESRAT, Botschaft VAG 2004, 3808.

⁸⁹⁴ BGE 137 II 431, E. 4.1 (hinsichtlich BankG); SGK BV-HETTICH, N 3 zu Art. 98; BSK FINMAG/FinfraG-WINZELER, N 13 zu Art. 5 FINMAG; ZOBL, Kommentar BEHG, N 24 zu Art. 1 (hinsichtlich BEHG). Kritisch in Bezug auf das BankG RHINOW/BAYERDÖRFER, Rz. 126 und differenzierend KLEIN/SCHWOB/KRAMER, Kommentar BankG, N 17 zu Art. 1. Nach WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 4, geht der Funktionsschutz über den Schutz der klassischen Polizeigüter hinaus. Art. 98 Abs. 3 BV gehe aber auch über die

Funktionsfähigkeit des Versicherungswesens dem Versicherten und stellt damit mittelbar «Versichertenschutz» dar.⁸⁹⁵ Umgekehrt dient aber der Schutz der Versicherten auch dem Funktionsschutz.⁸⁹⁶

Seit Inkrafttreten des FINMAG 2007 ist der Funktionsschutz als Ziel der Versicherungsaufsicht explizit in Art. 4 FINMAG gesetzlich verankert.⁸⁹⁷ Er beinhaltet mehrere Ziele: den Systemschutz⁸⁹⁸, verstanden als Schutz der Stabilität des schweizerischen Finanzsystems,⁸⁹⁹ den Schutz der Vertrauenswürdigkeit der schweizerischen Versicherungswirtschaft⁹⁰⁰ sowie die Gewährleistung eines in-

Gefahrenabwehr bzw. den Schutz der klassischen Polizeigüter hinaus und begründe die Zuständigkeit für gesetzliche Anordnungen zum Funktionsschutz, weil ein funktionierendes und vertrauenswürdiges Versicherungssystem eine wichtige Voraussetzung für die wirtschaftliche Wohlfahrt sei und der Schutz des Systems gleichzeitig auch dem Individualschutz diene. Im Ergebnis ändert diese Würdigung jedoch nichts an der Zulässigkeit des Funktionsschutzes. Allgemein zur Kontroverse über die Zulässigkeit des Funktionsschutzes als Zweck des BankG vgl. ZULAUF, Rz. 21 ff.

⁸⁹⁵ AUBERT, *Petit Commentaire*, N 9 zu Art. 98 BV; TSCHANNEN/LOCHER, 70. Vgl. auch SGK BV-HETTICH, N 3 zu Art. 98. Ähnlich auch ARQUINT, *Bilanzrecht*, 50, nach deren Ansicht die Gesamtheit der aktuellen und potenziellen Versicherungsnehmer im Zentrum des Funktionsschutzes steht. Vgl. auch BGer 2A.230/1999 vom 2. Februar 2000, E. 5a (hinsichtlich der Bankenaufsicht).

⁸⁹⁶ Vgl. BÜRLI-BORNER, 243; MEIER-SCHATZ, 119; TAUFER, 1122; ZOBL/KRAMER, Rz. 31, alle hinsichtlich Anlegerschutz. So auch ZULAUF, Rz. 19 ff., nach dem sich Gläubiger- und Funktionsschutz in der Bankenaufsicht gegenseitig bedingen. Ähnlich auch die EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 45, nach der der Individualschutz eine Kollektivwirkung entfaltet. Differenzierend WERLEN, 274 ff.

⁸⁹⁷ MÄCHLER-ERNE, FINMA, 21; NOBEL, *Finanzmarktrecht*, § 12 Rz. 98.

⁸⁹⁸ SGK BV-HETTICH, N 3 zu Art. 98; KAUFMANN, 423; LUDESCHER, 8 Fn. 166; NOBEL/ZIMMERMANN, 62; ZOBL/BLÖCHLINGER, 40; die EXPERTENKOMMISSION JANSSEN, Teil I, 10, spricht vom Systemschutz als externem Effekt des Funktionsschutzes. WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 9, werten den Systemschutz als eigenständiges, übergeordnetes Schutzkonzept.

⁸⁹⁹ HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 933; LACHER, Rz. 112; WEBER/BAISCH, § 1 Rz. 32 f. und § 3 Rz. 9; ZOBL/BLÖCHLINGER, 40. Die Systemrelevanz der Assekuranz ist jedoch stark zu relativieren. Es bestehen keine derart engen Verflechtungen, wie sie bei Banken durch den Intrabankenhandel begründet werden (EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 45). Vgl. dazu MÄCHLER, *Systemrisiken*, 493 ff.; RADICE, 1 ff.; EXPERTENKOMMISSION «Too big to fail», 16 ff.; IAIS, *Financial Stability*, 1 ff., insbesondere 30 f., alle m.w.H.

⁹⁰⁰ WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 9. Vgl. auch SGK BV-HETTICH, N 3 zu Art. 98.

tegren Finanzplatzes (Reputationsschutz)⁹⁰¹. Schliesslich wird auch die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Versicherungswesens zum Funktionsschutz gezählt.⁹⁰² Neu enthält der Zielkatalog des FINMAG die Förderung der Zukunftsfähigkeit als weitere Reflexwirkung des Individual- und Funktionsschutzes;⁹⁰³ somit bezweckt auch das VAG die Förderung der Zukunftsfähigkeit des schweizerischen Versicherungsmarktes. Eine eigenständige Bedeutung wird diesem Zweck wohl kaum zukommen.⁹⁰⁴

Nach MÄCHLER werden mit dem VAG noch weitere Zwecke verfolgt. Sie leitet diese auf das Abstützen des VAG auf die jeweilige Sachkompetenz des Bundes ab: Interessen der öffentlichen Sicherheit⁹⁰⁵, soziale und sozialpolitische Interessen⁹⁰⁶. Ferner bilde auch die Kompetenz des Bundes in Zivil- und Zivilprozesssachen⁹⁰⁷ verfassungsrechtliche Grundlage für das VAG. Bei der Beurteilung dieser Interessen könne es möglicherweise zu Interessenkonflikten kommen, die eine Güterabwägung notwendig machen würden.⁹⁰⁸

4.2. Der Zweck des Verbots versicherungsfremder Geschäfte

a. Verhinderung zusätzlicher Risiken

Der Bundesrat ist bei der Einführung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte in das aVAG 1978 davon ausgegangen, dass eine wirksame, die Ansprüche der

⁹⁰¹ PFUND/BURKI/WALDMEIER, 7. Vgl. auch WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 10. Der Reputationsschutz stellt eine Reflexwirkung der übrigen Aufsichtsziele dar (HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 934; SGK BV-HETTICH, N 4 zu Art. 98; ZOBL/BLÖCHLINGER, 41 f.). EXPERTEN-KOMMISSION JANSSEN, Teil I, 10, spricht vom Reputationsschutz als externem Effekt des Funktionsschutzes. So auch LUDSCHER, 8. KUNZ, Finanzmarktregulierung, Rz. 133, nennt den Reputationsschutz ein Sekundärziel.

⁹⁰² PFUND/BURKI/WALDMEIER, 7; WEBER/BAISCH, § 3 Rz. 10. Auch die Wettbewerbsfähigkeit ist eine Reflexwirkung des Markt- und Versichertenschutzes (HÄNNI/STÖCKLI, Rz. 934). Vgl. BSK FINMAG/FinfraG-WINZELER, N 14 zu Art. 5 FINMAG, der allgemein vom Kundenschutz spricht. KUNZ, Finanzmarktregulierung, Rz. 134, bezeichnet die Wettbewerbsfähigkeit als Sekundärziel.

⁹⁰³ EFD, Bericht FinTech, 38.

⁹⁰⁴ Vgl. BERTSCHINGER, 841.

⁹⁰⁵ Art. 82 BV: Kompetenz im Strassenverkehr.

⁹⁰⁶ Art. 117 Abs. 1 BV: Kompetenz im Bereich Kranken- und Unfallversicherung.

⁹⁰⁷ Art. 122 Abs. 1 BV.

⁹⁰⁸ BSK VAG-MÄCHLER, N 52 zu Art. 1.

Versicherten schützende Versicherungsaufsicht nur möglich ist, wenn sich die Aufsicht über das gesamte Geschäftsfeld erstrecken kann. Dies setze voraus, dass sich Versicherungsunternehmen auf den Betrieb von Versicherungsgeschäften beschränken.⁹⁰⁹ Damit sollte sichergestellt werden, dass den Versicherten nicht ein zusätzliches Risiko aus nicht beaufsichtigten Aktivitäten des Unternehmens auferlegt wird.⁹¹⁰ Der historische Gesetzgeber wollte mit der Geschäftsfeldbeschränkung für Versicherer verhindern, dass das an sich schon risikoreiche Versicherungsgeschäft mit Risiken aus anderen, nichtbeaufsichtigten Geschäftsaktivitäten kontaminiert wird.⁹¹¹ Beim Betrieb versicherungsfremder Geschäfte gehe das Versicherungsunternehmen – neben den dem Versicherungsgeschäft eigenen Versicherungsrisiken – zusätzliche versicherungsfremde Betriebsrisiken ein.⁹¹² Negative Entwicklungen bei einer nichtbeaufsichtigten Tätigkeit könnten die Solvenz der Versicherungsunternehmen beeinträchtigen und die Ansprüche der Versicherten gefährden.⁹¹³ In diesem Zusammenhang gelte es, die Besonderheit der Versicherungsbranche zu berücksichtigen: In der Assekuranz wird das unternehmerische Risiko vorwiegend auf der Passivseite der Bilanz getragen. Expandiere ein Versicherungsunternehmen in Nichtversicherungsgeschäfte, sei dies mit zusätzlichen Risiken auf der Aktivseite verbunden. Dies könne zu einer Risikokumulation zu Lasten der Versicherten führen.⁹¹⁴

In Anlehnung an den historischen Gesetzgeber wird in der Lehre die *ratio legis* der Geschäftsfeldbeschränkung ähnlich umschrieben: Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte solle verhindern, dass zusätzliche Risiken aus anderen, häufig nicht beaufsichtigten Wirtschaftsbereichen Rückwirkungen auf das an sich schon risikoreiche Versicherungsgeschäft haben.⁹¹⁵ Konkret gehe es darum, zu verhindern, dass finanzielle Probleme eines anderen Unternehmensbereichs auf den Versicherungsbereich überspringen und die Solvenz des Versicherungsunternehmens

⁹⁰⁹ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901. So auch der Gesetzgeber in der parlamentarischen Debatte: Amtl. Bull. StR 1977 I, 39; Amtl. Bull. NR 1978 I, 47 und 48.

⁹¹⁰ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901.

⁹¹¹ Amtl. Bull. StR 1977 I, 39; Amtl. Bull. NR 1978 I, 47; Amtl. Bull. NR 1978 I, 47 und 48.

⁹¹² EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 3.

⁹¹³ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901; Amtl. Bull. NR 1978 I, 48.

⁹¹⁴ EGGLI, 23; GROSS, 7; PRAXMARER, 85.

⁹¹⁵ FLÜTSCH, 264; KRAMER, A., 44; LACHER, Rz. 279; WEBER/BAISCH, § 5 Rz. 15. Ausführlich zu den Ausprägungen einer Ansteckung durch verschiedene Risikopositionen vgl. EGGLI, 43 f. (jedoch hinsichtlich Finanzkonglomeraten).

dadurch gefährden.⁹¹⁶ Die letzte Finanzmarktkrise ab 2007 habe gezeigt, dass dieses Risiko durchaus real sei. Alle staatlichen Interventionen zugunsten eines Versicherungskonglomerats seien auf Probleme im Bankenbereich zurückzuführen gewesen.⁹¹⁷ Mit dem Verbot solle damit letztlich verhindert werden, dass die Ansprüche der Versicherten durch Risiken aus nicht beaufsichtigten Tätigkeiten der Versicherer gefährdet werden.⁹¹⁸

Auch nach der Lehre zum deutschen Aufsichtsrecht liegt der Zweck des Verbots versicherungsfremder Geschäfte in der Vermeidung zusätzlicher finanzieller Risiken, die nicht notwendigerweise mit dem Versicherungsgeschäft verbunden sind.⁹¹⁹ Die Versicherungsunternehmen seien vor den betreffenden Risiken zu schützen, um Rückwirkungen auf die dauernde Erfüllbarkeit der Verpflichtungen zu vermeiden. Daraus schliesst EILERT weiter, dass der Hauptzweck der Geschäftsfeldbeschränkung im Schutz der finanziellen Interessen der Gesamtheit der

⁹¹⁶ BELL/KELLER, 8 ff.; LACHER, Rz. 279. WEBER/MENOUD, 23 f. Fn. 43 und 30 f., sprechen im Zusammenhang mit dem Zweck der konsolidierten Aufsicht über Finanzkonglomerate von der Ansteckungsgefahr («contagion risk») eines nichtbeaufsichtigten Unternehmens auf ein beaufsichtigtes Unternehmen. Auch MÄCHLER-ERNE, FINMA, 27, hält eine Ansteckung zwischen unterschiedlichen Finanzmarktaktivitäten für möglich. Ähnlich auch KUHN, Risikobewältigung, 275, hinsichtlich Allfinanzkonzernen. Nach KOENIG, Versicherungsunternehmung, 181, sollen «die besonderen Sicherungen, mit denen das Versicherungsgeschäft zugunsten der Versicherten ausgestattet ist, nicht durch eine anderweitige Tätigkeit [...] illusorisch gemacht werden können».

⁹¹⁷ LACHER, Rz. 279. Hinsichtlich Versicherungskonglomeraten in der Finanzmarktkrise von 2007 vgl. BELL/KELLER, 6 und 7: «Indeed classic insurance was not at the origin of the current crisis.» So hatte sich der amerikanische Versicherer AIG durch seine Tochtergesellschaft AIG Financial Products (AIGFP) am Markt für Immobiliendarlehen und mit Kreditausfallderivaten (Credit Default Swaps, CDS) sowie mit gebündelten Krediten (Collateralized Debt Obligations, CDOs) verspekuliert. Vgl. dazu ausführlich z.B. HARRINGTON, 9 ff.; KLEIN, Regulation, 933 f. Beaufsichtigt wurde die AIGFP von einem Bankenregulator (GRÜNBICHLER/ZINNÖCKER, 211).

⁹¹⁸ BÜRER, Rz. 1125.

⁹¹⁹ Kommentar D-VAG-POHLMANN, N 7 zu § 15; HK D-VAG-BRAND, N 3 zu § 15. Ähnlich auch MÜLLER, H., Versicherungsbinnenmarkt, Rz. 388, nach dem das an sich schon risikoreiche Versicherungsgeschäft nicht noch durch Hinzutreten anderer Geschäftsaktivitäten im Risiko zusätzlich belastet werden soll. So auch EILERT, § 5 Rz. 38; HEINRICH (separatum); NK D-VAG-LAARS/BOTH, N 2 zu § 15; PLATZER, 49; PRÄVE, 494; BKK D-VAG-PRÄVE, N 2, 11 zu § 15; SCHOENFELDT/KALIS (separatum); WOLF, 1060. Vgl. auch EuGH vom 21. September 2000, Rs C-109/99, Rz. 58 zu Art. 8 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 73/239/EWG, der vor Inkrafttreten von Solvabilität II die Grundlage von § 7 VAG a.F. bildete.

Versicherten vor den mit versicherungsfremden Geschäften verbundenen zusätzlichen Risiken liegt. Die Vorschrift bezwecke somit einen kollektiven Funktionsschutz.⁹²⁰

b. Wirksamkeit der staatlichen Aufsicht

Wie bereits erwähnt, ist der historische Gesetzgeber davon ausgegangen, dass eine wirksame materielle Staatsaufsicht die Kontrolle des gesamten Geschäftsbetriebs bedingt. Folglich wurde es als Notwendigkeit erachtet, dass sich die Versicherer auf das Versicherungsgeschäft beschränken.⁹²¹ Gemäss dem historischen Gesetzgeber lag die Aufsicht über versicherungsfremde Geschäfte ausserhalb der fachlichen Kompetenz der Aufsichtsbehörde.⁹²² Es sei dieser deshalb nicht zuzumuten, die Risiken aus ausserhalb der Versicherungsbranche liegenden Geschäftsfeldern abzuschätzen⁹²³ und die Solvenzgefährdung zu kontrollieren.⁹²⁴ Durch den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte würde somit die Effektivität der Aufsicht gefährdet, so dass keine Gewähr mehr für die Erfüllung der Ansprüche der Versicherten bestünde.⁹²⁵ Mithin bezweckte der historische Gesetzgeber mit dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte eine wirksame staatliche Aufsicht.⁹²⁶

⁹²⁰ EILERT, § 5 Rz. 44. So auch Kommentar D-VAG-POHLMANN, N 3 zu § 15.

⁹²¹ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901; Amtl. Bull. StR 1977 I, 39; Amtl. Bull. NR 1978 I, 47 und 48; EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 3.

⁹²² Vgl. Amtl. Bull. StR 1977 I, 39; KOENIG, Versicherungsunternehmung, 181.

⁹²³ Vgl. Amtl. Bull. NR 1978 I, 47, wo als Beispiele eine Spaghettifabrik und ein Fitnesszentrum genannt werden.

⁹²⁴ Amtl. Bull. StR 1977 I, 39; Amtl. Bull. NR 1978 I, 48.

⁹²⁵ BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901; Amtl. Bull. StR 1977 I, 39; Amtl. Bull. NR 1978 I, 47 und 48.

⁹²⁶ Auch FLÜTSCH, 264, nimmt Bezug auf die Wirksamkeit der staatlichen Aufsicht. Diese sei nur gewährleistet, wenn die beaufsichtigten Versicherungseinrichtungen in allen Bereichen keine übertriebenen Risiken eingingen. Vgl. auch KRAMER, A., 136. Das BGer führt noch vor Einführung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte und ohne auf eine Geschäftsfeldbeschränkung der Versicherungsunternehmen Bezug zu nehmen, Folgendes aus: «Werden in der [Jahres-]Rechnung diese Ausgaben [Ausgaben aus dem Versicherungsgeschäft] mit «versicherungsfremden» Aufwendungen vermengt, [...] kann die Aufsichtsbehörde die finanzielle Lage der Versicherungsunternehmung nicht genügend überblicken und daher ihre Aufgabe, die Interessen der Versicherten zu wahren, nicht einwandfrei erfüllen» (BGE 94 I 616, E. 3). Diesem Entscheid lag ein Sachverhalt zugrunde, bei dem eine Rechtsschutzversicherung neben den eigenen Aufwendungen auch Aufwendungen eines Inkassounternehmens in der

Das Sicherstellen der Effektivität der Aufsicht wird auch im Schrifttum zum deutschen Recht als Zweck des Verbots versicherungsfremder Geschäfte angeführt.⁹²⁷ ENTZIAN äussert sich zur These der überforderten Aufsichtsbehörde und der Wirksamkeit der staatlichen Aufsicht als Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung kritisch. Weder den Gesetzesmaterialien noch der Praxis seien Anhaltspunkte für diese Rechtfertigung zu entnehmen.⁹²⁸ Letzteres kann in Bezug auf das schweizerische Recht nicht als Argument gegen die Wirksamkeit der staatlichen Aufsicht als Zweck angeführt werden, da dies – wie ausgeführt – bei Einführung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte vom Gesetzgeber vorgebracht wurde.⁹²⁹

c. Missbrauchsschutz

Einen weiteren Zweck des Verbots versicherungsfremder Geschäfte sieht MAURER sodann in der Missbrauchsaufsicht. Mit dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte soll seiner Ansicht nach verhindert werden, dass finanzielle Mittel dem für die Versicherung bestimmten Zweck entfremdet werden oder bestimmte Interessenkollisionen entstehen und dadurch der Schutz der Versicherten beein-

Jahresrechnung aufführte. Die einzige Verbindung zwischen dem Versicherungs- und dem Inkassogeschäft bestand darin, dass das Inkassounternehmen Leistungen für die Versicherungsnehmer des Versicherungsunternehmens erbrachte und das Inkassounternehmen von der Ehefrau des Mehrheitsinhabers des Versicherungsunternehmens geleitet wurde. Die Aufwendungen und somit die Einwände des BGer betrafen also nicht ein allenfalls versicherungsfremdes Geschäft des Versicherungsunternehmens, sondern die Aufwendungen eines «fremden Unternehmens». Nach Einführung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte führte das BGer in BGE 108 Ib 286 aus, dass die Solvenz einer Versicherungseinrichtung nur aufgrund des gesamten Geschäftsbetriebs beurteilt werden kann (E. 2e). In dem zugrundeliegenden Sachverhalt ging es jedoch nicht um ein allfälliges versicherungsfremdes Geschäft, sondern darum, dass ein im Ausland domiziliertes Versicherungsunternehmen auch in der Schweiz Versicherungstätigkeiten durchführte. Die Erwägung des BGer bezieht sich folglich auf den gesamten Betrieb des Versicherungsgeschäfts, das zu beaufsichtigen ist, und nicht auf einen allfälligen versicherungsfremden Betriebsteil.

⁹²⁷ Vgl. MÜLLER, H., Versicherungsbinnenmarkt, Rz. 388.

⁹²⁸ ENTZIAN, 18; ablehnend auch HK D-VAG-BRAND, N 3 zu § 15.

⁹²⁹ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VAG 1978, 901; Amtl. Bull. StR 1977 I, 39; Amtl. Bull. NR 1978 I, 47 und 48.

trächtigt wird.⁹³⁰ Letzteres führt MAURER wiederum auf die Gefährdung der Solvenz der Versicherer zurück.⁹³¹

4.3. Zwischenfazit

In Konkretisierung von Art. 1 Abs. 2 VAG liegt dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte unumstritten der Schutzzweck zugrunde, die Interessen der Versicherten sicherzustellen.⁹³²

Der historische Gesetzgeber ging davon aus, dass eine wirksame Versicherungsaufsicht zum Schutz der Versicherten nur möglich ist, wenn Versicherungsunternehmen sich auf den Betrieb von Versicherungsgeschäften beschränken. Diese Annahme ist heute so nicht mehr gültig. Seit der Totalrevision des VAG 2004 unterliegen auch nichtversicherungstechnische Risiken der Versicherungsaufsicht. So werden seit der Einführung des SST bei der Berechnung des Solvenzkapitals nicht mehr nur die Versicherungsrisiken berücksichtigt, sondern nahezu alle Risiken, die ein Versicherungsunternehmen eingeht.⁹³³ Operationelle Risiken, die derzeit noch nicht quantitativ im SST berücksichtigt werden, werden im Rahmen des Risikomanagements und des ORSA erfasst.⁹³⁴ Auch ist es Versicherungsunternehmen seit dem Wegfall des indirekten Verbots versicherungsfremder Geschäfte – im Rahmen der allgemeinen Regelungen betreffend Beteiligungen⁹³⁵ und Anlagevorschriften⁹³⁶ – erlaubt, sich an versicherungsfremden Unternehmen zu beteiligen. Damit werden indirekt auch versicherungsfremde Risiken beaufsichtigt. Nichtversicherungsrisiken sind der Aufsicht deshalb nicht mehr fremd.⁹³⁷ Eine wirksame Aufsicht ist somit auch hinsichtlich versicherungsfremder Geschäfte gewährleistet.

⁹³⁰ MAURER, 110.

⁹³¹ MAURER, 111, hinsichtlich Beteiligungen an versicherungsfremden Unternehmen.

⁹³² So auch BK Aktienrecht-NOBEL, § 5 Rz. 85.

⁹³³ Zum SST vgl. oben II.C.3.1.c(1).

⁹³⁴ Zur qualitativen Solvenzaufsicht im Rahmen des Risikomanagements und des ORSA vgl. oben II.C.3.1.c(5) und II.C.3.1.c(6).

⁹³⁵ Art. 21 VAG. Vgl. dazu oben III.B.3.1.c.

⁹³⁶ Art. 70 ff. AVO. Vgl. auch oben II.C.3.1.c(2).

⁹³⁷ ENTZIAN, 50 f., spricht in Bezug auf das deutsche Aufsichtsrecht von der «Aufsichtsfremdheit» als Zweck des Verbots versicherungsfremder Geschäfte.

Der historische Gesetzgeber ging weiter davon aus, dass der Versicherungsaufsichtsbehörde (damals das EVA) die Fachkompetenz für die Aufsicht über Nicht-versicherungsgeschäfte bzw. Geschäfte ohne unmittelbaren Zusammenhang fehlt und die Effektivität der Aufsicht deshalb nicht gewährt ist. Das Verhindern der Unwirksamkeit der Aufsicht aufgrund fehlender Fachkompetenz als Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung und damit als Grund für die starke Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der Versicherungsunternehmen überzeugt nicht. Mit der Schaffung der FINMA wurde in der Schweiz das Konzept der integrierten Finanzmarktaufsicht eingeführt. Finanzmarktintermediäre werden seither von einer einzigen Aufsichtsbehörde beaufsichtigt.⁹³⁸ Diese Ausweitung der Kompetenz der Aufsichtsbehörde auf weitere Bereiche des Finanzmarktes würde bei der Begründung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte mit der fehlenden Fachkompetenz der Aufsichtsbehörde und der fehlenden Effektivität der staatlichen Aufsicht den Schluss nahe legen, dass seither das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Bereich des Finanzmarktes weniger restriktiv auszulegen ist. Danach müssten sämtliche Geschäfte innerhalb der von der FINMA beaufsichtigten Märkte zulässig sein bzw. zumindest in einem unmittelbaren Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft stehen. DEGLI UOMINI und GSCHWIND lehnen eine derartige Ausdehnung des zulässigen Geschäftsfeldes von Versicherern jedoch ab. Die Überlegungen zum Zweck der Norm hätten sich nicht verändert. Zudem habe auch vor der Einführung der integrierten Aufsicht die Möglichkeit der Koordination der Behörden bestanden.⁹³⁹ Damit bestätigen DEGLI UOMINI und GSCHWIND, dass die fehlende Fachkompetenz der Behörde nicht Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung ist.

Der von MAURER als Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung vorgebrachte Missbrauchsschutz ist ebenfalls nicht überzeugend. Die versicherungstechnischen Rückstellungen und das gebundene Vermögen dienen der Sicherstellung der Ansprüche aus den Versicherungsverträgen. Für die Verwendung des gebundenen Vermögens bestehen restriktive Vorschriften;⁹⁴⁰ eine Zweckentfremdung der Mittel der Versicherungsnehmer ist bereits dadurch ausgeschlossen.

⁹³⁸ BUNDES RAT, Bericht Aufsichtstätigkeit, 8; BPV, Jahresbericht 2007, 44; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 12 Rz. 97.

⁹³⁹ BSK-VAG-DEGLI UOMINI/GSCHWIND, N 8 zu Art. 11.

⁹⁴⁰ Zu den versicherungstechnischen Rückstellungen und dem gebundenen Vermögen vgl. oben II.C.3.1.c(1) und II.C.3.1.c(2).

Einzig der Schutz der Ansprüche der Versicherten vermag als Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung zu überzeugen. Die Interessen der Versicherten liegen insbesondere in der dauernden Erfüllung ihrer Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag.⁹⁴¹ Dies setzt die Solvenz des Versicherungsunternehmens voraus. Der Schutz der Versicherten bzw. der Interessen der Versicherten, wie er durchgehend als Zweck genannt wird, bedeutet letztlich, dass der Zweck von Art. 11 Abs. 1 VAG in der Vermeidung solvenzgefährdender Risiken liegt, die nicht dem Versicherungsgeschäft selbst entstammen.⁹⁴² Der so umschriebene Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung entspricht auch dem Zweck des VAG zum Schutz vor Insolvenzrisiken, der in Art. 1 Abs. 2 VAG festgeschrieben ist.

Ein allfälliger Einwand, dass die Interessen der Versicherten auch dann gefährdet sein können, wenn die Solvenz des Versicherungsunternehmens nicht tangiert ist, aber dieses bspw. aufgrund eines schlechten Geschäftsergebnisses die Prämien erhöht, kann nicht gehört werden. Mit dem Inkrafttreten des geltenden VAG ist die präventive Preis- und Produktkontrolle abgeschafft und die risikobasierte Solvenzaufsicht eingeführt worden. Es kann deshalb nicht Zweck der aufsichtsrechtlichen Geschäftsfeldbeschränkung sein, die Prämien der Versicherungsunternehmen quasi durch die «Hintertüre» und entgegen dem geltenden Aufsichtssystem zu kontrollieren. Sollte die Geschäftstätigkeit eines Versicherungsunternehmens die Missbrauchsschwelle überschreiten, ohne aber die Solvenz des Versicherungsunternehmens zu gefährden, hat die FINMA mithin die Möglichkeit, gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG i.V.m. Art. 117 AVO einzuschreiten.

⁹⁴¹ Vgl. BÜRER, Rz. 1125; MÄCHLER-ERNE, Zusammenwirken, 122. Ähnlich auch APPENZELLER, Rz. 35; BANZ, 166; KEUSEN, 30, alle aber in Bezug auf die Ausnahmegewilligung in Art. 11 Abs. 2 VAG.

⁹⁴² So auch der EuGH zur Geschäftsfeldbeschränkung zum europäischen Recht (EuGH C-241/97 vom 20. April 1999, Rz. 47; EuGH C-109/99 vom 21. September 2000, Rz. 58). Vgl. auch MÄCHLER-ERNE, Zusammenwirken, 122; SCHNYDER, Gesamtrevision, 208. Ähnlich schon FLÜTSCH, 264; KRAMER, A., 135, beide aber im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Verflechtung mit versicherungsfremden Unternehmen. APPENZELLER, Rz. 35; BANZ, 166 und KEUSEN, 30, hinsichtlich der Ausnahmegewilligung in Art. 11 Abs. 2 VAG. So auch zum deutschen Recht: EILERT, § 5 Rz. 44; D-VAG-POHLMANN, N 3 zu § 16.

5. Konkretisierung nach dem funktionalen Auslegungselement

5.1. Unvollkommenheit der Märkte

In einem grundsätzlich wettbewerbskoordinierten Wirtschaftssystem erfolgt die Güterallokation primär durch den Markt. Die gesellschaftlichen Akteure können ihre knappen Mittel entsprechend ihrem individuellen Gewinn- und Nutzenkalkül einsetzen und steigern dadurch die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt.⁹⁴³ Dies gilt grundsätzlich auch für den Versicherungsmarkt.⁹⁴⁴

Der Marktmechanismus funktioniert perfekt und führt unter den folgenden Voraussetzungen zum ökonomischen Wohlfahrtsoptimum: Es bestehen sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite viele kleine Akteure, die rational handeln; die Güter auf dem Markt sind homogen und der Markt vollständig transparent; es besteht eine konstante Ressourcenausstattung; die Reaktionsgeschwindigkeiten sind unendlich schnell und die Transaktionen verursachen keine Kosten.⁹⁴⁵ Diese Grundvoraussetzungen vollkommener Konkurrenz sind nicht herstellbar und der Zustand vollkommener Konkurrenz damit unerreichbar.⁹⁴⁶ Fehlen einzelne der genannten Voraussetzungen, führt dies zwar im Vergleich zu einem vollkommenen Markt zu gewissen Wohlfahrtsverlusten, aber Wettbewerb in einem unvollkommenen Markt kann dennoch funktionieren und höhere Wohlfahrtsgewinne hervorbringen als andere Koordinationsmechanismen.⁹⁴⁷ Sind jedoch zentrale Annahmen des Modells vollständiger Konkurrenz verletzt, kann eine gravierende Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Marktes mit entsprechenden Wohlfahrtsverlusten entstehen.⁹⁴⁸ Der Marktmechanismus ist in dieser Situation selbstgesteuert nicht mehr zu einer effizienten Ressourcenallokation

⁹⁴³ FRITSCH, 23 f.; KRUGMAN/WELLS, 2 f.; MANKIW/TAYLOR, 225 f.; PINDYCK/RUBINFELD, 623 f.

⁹⁴⁴ HALLER/ACKERMANN, 6/15.

⁹⁴⁵ FRITSCH, 25 f.; SCHOTT, Rz. 33; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 1 Rz. 9; WALTHER, 25.

⁹⁴⁶ So z.B. BÜHLER, Spannungsfeld, 470; FRITSCH, 58; KILGUS, Rz. 367; SCHOTT, Rz. 44 f.; WALTHER, 25.

⁹⁴⁷ CREMER, Rz. 18 und 94; FRITSCH, 75; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 1 Rz. 11; WALTHER, 25 f. Vgl. auch LESCHKE, Rz. 63, im Zusammenhang mit Informationsdefiziten; SKIPPER/KLEIN, 489.

⁹⁴⁸ FRITSCH, 71 f. Vgl. auch KLEIN, Introduction, 108.

fähig.⁹⁴⁹ Die Ursachen eines solchen Marktversagens können in der Marktmacht eines Marktakteurs⁹⁵⁰, in unvollständigen Informationen,⁹⁵¹ externen Effekten⁹⁵² oder im Vorliegen öffentlicher Güter⁹⁵³ liegen.⁹⁵⁴

5.2. Insbesondere Informationsasymmetrien und Prinzipal-Agenten-Probleme

a. Im Allgemeinen

Asymmetrische Informationsverteilung ist eine Form von Informationsdefizit.⁹⁵⁵ Informationen sind asymmetrisch verteilt, wenn eine Marktseite besser informiert ist als die andere bzw. die Kosten der Informationsbeschaffung für die eine Marktseite höher sind als für die andere.⁹⁵⁶

Die Prinzipal-Agenten-Theorie stellt einen analytischen Rahmen für die mit asymmetrisch verteilten Informationen verbundenen Probleme dar.⁹⁵⁷ Die Prinzipal-Agenten-Beziehung wird dadurch definiert, dass eine Partei, der Prinzipal, eine

⁹⁴⁹ CREMER, Rz. 94; LESCHKE, Rz. 24; MANKIW/TAYLOR, 11. Vgl. auch KLEIN, Introduction, 108. Eine Ressourcenallokation ist effizient, wenn die Gesamtrente aller Mitglieder der Gesellschaft maximiert wird, d.h. wenn keine Ressourcenallokation existiert, mit der eine höhere Gesamtwohlfahrt erzielt werden könnte (KLEIN, Introduction, 8; MANKIW/TAYLOR, 241; VARIAN, 15 f.).

⁹⁵⁰ Zur Marktmacht als Ursache von Marktversagen vgl. z.B. FRITSCH, 159 ff.; PINDYCK/RUBINFELD, 369 ff.; SCHÄFER/OTT, 79.

⁹⁵¹ Bei unvollständiger Information leiden die Entscheidungsträger unter Unsicherheit, d.h. sie haben Informationsdefizite über Tatbestände der Gegenwart und der Zukunft (VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 352 f. und 376. Vgl. auch SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE, 104).

⁹⁵² Zu externen Effekten als Ursache für Marktversagen vgl. z.B. FRITSCH, 80 ff.; MANKIW/TAYLOR, 323 ff.; PINDYCK/RUBINFELD, 675 ff.; SCHÄFER/OTT, 81; SCHOTT, Rz. 62 ff.

⁹⁵³ Zu öffentlichen Gütern als Ursache von Marktversagen vgl. z.B. MANKIW/TAYLOR, 306 ff.; PINDYCK/RUBINFELD, 705 ff.; SCHÄFER/OTT, 79; SCHOTT, 102 ff.

⁹⁵⁴ Vgl. PINDYCK/RUBINFELD, 638 ff.; SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE, 38 ff.; WALTHER, 26.

⁹⁵⁵ RODI, 43; SCHOTT, Rz. 90 f.; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 376.

⁹⁵⁶ MANKIW/TAYLOR, 362; SKIPPER/KLEIN, 489; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 377; VARIAN, 821.

⁹⁵⁷ FRITSCH, 260; RODI, 44.

andere Partei, den Agenten, mit der Ausführung einer Aufgabe betraut.⁹⁵⁸ Der Prinzipal delegiert die dafür notwendigen Entscheidungskompetenzen an den Agenten.⁹⁵⁹ Die Art und Weise, wie der Agent die ihm übertragene Aufgabe erfüllt, hat Auswirkungen auf beide, den Prinzipal und den Agenten.⁹⁶⁰ Typischerweise bestehen zwischen diesen zwei Akteuren Zielkonflikte und Informationsasymmetrien.⁹⁶¹ Der Agent kann seine Fähigkeiten, Kenntnisse, Anstrengungen und Motive besser beurteilen als der Prinzipal. Letzterer kann die Handlungen und Informationen des Agenten weder vollständig noch kostenlos beobachten und beurteilen. Dies räumt dem Agenten Handlungs- und Entscheidungsspielräume ein.⁹⁶² Unter der Annahme, dass der Agent seine Handlungs- und Entscheidungsspielräume im Eigeninteresse ausnutzt, entsteht für den Prinzipal ein Risiko: Es ist anzunehmen, dass der Agent den Informationsvorsprung ausnutzt, um sich auf Kosten des Prinzipals Vorteile zu verschaffen.⁹⁶³

b. Auf dem Versicherungsmarkt

Der Finanzmarkt im Allgemeinen und der Versicherungsmarkt im Besonderen sind geprägt von asymmetrisch verteilten Informationen.⁹⁶⁴ Diese zum Teil schwerwiegenden Informationsdisparitäten sind meist Ursache für das Versagen des Versicherungsmarktes.⁹⁶⁵

In der ökonomischen Literatur wird das Verhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer häufig als Prinzipal-Agenten-Problem bezeichnet. Dabei wird

⁹⁵⁸ MANKIW/TAYLOR, 361; MILGROM/ROBERTS, 170; VOIGT, 84.

⁹⁵⁹ JENSEN/MECKLING, 308; RODI, 44.

⁹⁶⁰ PETERSEN, 277; SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE, 451. Vgl. auch JENSEN/MECKLING, 308.

⁹⁶¹ GÖBEL, 100; MILGROM/ROBERTS, 170; VOIGT, 84 und 85.

⁹⁶² HUNZIKER, 33.

⁹⁶³ ERLEI/LESCHKE/SAUERLAND, 71; GÖBEL, 100; HUNZIKER, 33 f.; SCHUMANN/MEYER/STRÖBELE, 451.

⁹⁶⁴ Vgl. BUNDESRAT, Botschaft VVG 2017, 48; BÜHLER, Corporate Governance, Rz. 34; KILGUS, Rz. 391; MORSCHER, Finanzmärkte, 80 ff.; THEIS, 6.

⁹⁶⁵ KLEIN, Introduction, 109. So auch unverändert in seinen jüngeren Werken: KLEIN, Insurance Industry (2009), 26; KLEIN, Principles (2012), 177; KLEIN, Regulation (2013), 911 (enthalten die Publikationen von KLEIN identische Aussagen, wird nachfolgend jeweils nur die älteste Fundstelle angegeben). Vgl. auch KLEIN/BROWN, 243; SKIPPER/KLEIN, 489; BUNDESRAT, Botschaft VVG 2017, 48.

der Versicherer als Prinzipal und der Versicherungsnehmer als Agent behandelt.⁹⁶⁶ In Bezug auf die Versicherungsregulierung im Allgemeinen sowie das Verbot versicherungsfremder Geschäfte im Speziellen ist das Verhältnis umgekehrt. Beim Versicherungsgeschäft überträgt der Versicherungsnehmer sein Risiko gegen Entgelt auf den Versicherer und erwartet im Gegenzug, dass dieser im Versicherungsfall seinen Schaden bzw. zumindest einen Teil davon trägt. Der Versicherungsnehmer wird damit zum Prinzipal. Er überträgt die Verwaltung seines Geldes in Form einer Prämie dem Versicherer als Agent.⁹⁶⁷ Dabei verfolgen der Versicherer bzw. dessen Eigentümer (die Aktionäre oder Genossenschafter) und die Versicherungsnehmer unterschiedliche Interessen.⁹⁶⁸ Während Erstere ihren Gewinn maximieren wollen, streben Letztere die Deckung ihres Schadens im Versicherungsfall an. Die Versicherungsunternehmen haben einen Anreiz, mit ihren Mitteln – unter anderem den Prämieinnahmen – höhere Risiken einzugehen, als es für die Versicherungsnehmer wünschenswert ist.⁹⁶⁹ Dies ist insbesondere darauf zurückzuführen, dass die Versicherungsnehmer im Falle der Insolvenz des Versicherungsunternehmens die negativen Konsequenzen der erhöhten Risikolage der Versicherungsunternehmen zu tragen haben, von einer positiven Entwicklung jedoch nicht profitieren.⁹⁷⁰ Für die Versicherten ist es mit hohem Aufwand verbunden und aufgrund der fehlenden Fachkenntnisse auch nur beschränkt möglich, sich die für den Entscheid zum Abschluss eines Versicherungsvertrages mit einem Versicherungsunternehmen relevanten Informationen zu beschaffen. Dies gilt namentlich für die finanzielle Stabilität und die dauerhafte Zahlungsfähigkeit des Versicherungsunternehmens.⁹⁷¹ Hinzu kommt der sogenannte «inverse Produktionsprozess» im Versicherungsbereich: Die Zahlung der Prämie erfolgt vorab; die Leistungsfähigkeit des Versicherers im Zeitpunkt des Versicherungsfalls hängt aber stark von Unternehmensentscheidungen während der Vertragslaufzeit ab. Das Versicherungsunternehmen könnte im Verlauf der Vertragslaufzeit sein finanzielles Risiko derart erhöhen, dass seine Zahlungsfähigkeit und damit die Ansprüche

⁹⁶⁶ So z.B. KIENER, 21; MANKIW/TAYLOR, 367; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 315 f.

⁹⁶⁷ Vgl. KLEIN, Introduction, 109; SKIPPER/KLEIN, 490.

⁹⁶⁸ VAUGHAN, 13 f. Vgl. auch KLEIN, Introduction, 109.

⁹⁶⁹ ELING/ROBERT/SCHMIT, 22; KLEIN/BROWN, 243; VAUGHAN, 13 f.

⁹⁷⁰ Vgl. VAUGHAN, 13 f.

⁹⁷¹ SWISS RE, Herausforderungen, 13; THEIS, 6. Vgl. auch HOLZMÜLLER, 56 und 62; KLEIN, Transition, 365; KLEIN/BROWN, 243; KOCHENBURGER/SALVE, 221; SKIPPER/KLEIN, 489 und 490; STAEHELIN, 248; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 355.

der Versicherungsnehmer aus dem Versicherungsvertrag beeinträchtigt sind.⁹⁷² Die Informationsbeschaffungs- und Verarbeitungskosten sind für die Versicherungsnehmer dabei so hoch, dass es höchst ineffizient wäre, wenn jeder einzelne Versicherungsnachfrager neben den Informationen über das nachgefragte Versicherungsprodukt zusätzlich umfangreiche Informationen über die Zahlungsfähigkeit der Anbieter beschaffen und verarbeiten müsste.⁹⁷³

5.3. Staatliche Eingriffe in den Markt

a. Im Allgemeinen

In der wirtschaftlichen Lehre werden regulatorische Eingriffe in den (Versicherungs-)Markt mit dem Konzept des Marktversagens begründet.⁹⁷⁴ Ökonomisch gerechtfertigt sind die staatlichen Eingriffe in den Markt aber nur, wenn dadurch das Marktversagen behoben und die Effizienz des Marktes und damit die Gesamtwohlfahrt gesteigert werden kann.⁹⁷⁵ Die regulatorischen Eingriffe sollten denn auch nicht weiter gehen, als für die Beseitigung des Marktversagens und die Steigerung der Gesamtwohlfahrt notwendig.⁹⁷⁶ Solche ökonomisch gerechtfertigten Eingriffe zur Korrektur von Marktversagen liegen im öffentlichen Interesse.⁹⁷⁷

⁹⁷² Vgl. KLEIN, Transition, 365; KLEIN/BROWN, 243. CUMMINS, 823, führt auf, dass ein Versicherungsunternehmen Anreize hat, nach Einnahme der Prämien hohe Anlage Risiken einzugehen.

⁹⁷³ THEIS, 7. Vgl. auch KLEIN, Regulation, 911. Versicherungsbroker können dazu beitragen, die Solvenz der Versicherungsunternehmen auf private Initiative zu überwachen. Auch dies ist aber mit Kosten für die Versicherungsnehmer verbunden (vgl. CUMMINS, 823).

⁹⁷⁴ Vgl. z.B. SPULBER, 8 ff., 22 ff. und 53 ff., insbesondere zum Marktversagen durch Informationsdefizite; VISCUSI/HARRINGTON/SAPPINGTON, 454 ff., insbesondere zum Marktversagen aufgrund von Externalitäten.

⁹⁷⁵ KLEIN, Regulation, 911. Vgl. auch FRITSCH, 74; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 10 Rz. 13.

⁹⁷⁶ SKIPPER/KLEIN, 496 und 500. Vgl. auch BAUMOL/BLINDER, 316, nach denen «markt-ähnliche» Instrumente eingesetzt werden sollten.

⁹⁷⁷ ZWEIFEL/EISEN, 360 f.

b. Staatliche Eingriffe in den Versicherungsmarkt zur Reduktion von Informationsasymmetrien und Prinzipal-Agenten-Problemen

Die Korrektur von Marktversagen verursacht durch schwerwiegende Informationsdisparitäten und Prinzipal-Agenten-Probleme kann einen legitimen Grund für staatliche Markteingriffe darstellen.⁹⁷⁸ So wird der Abbau der dem Markt immanenten Informationsasymmetrien als wichtigstes Ziel der Finanzmarktregulierung bezeichnet.⁹⁷⁹

Zur Überwindung des Prinzipal-Agenten-Problems ist die asymmetrische Informationsverteilung zu reduzieren. Zudem sind die Interessen bzw. die Risikobereitschaft von Prinzipal und Agenten durch das Setzen geeigneter Rahmenbedingungen und Anreize einander anzugleichen.⁹⁸⁰ Grundsätzlich können Private auch ohne Staat bis zu einem gewissen Grad ihre Informationsdefizite beheben. Informationsmängel können durch sogenanntes Screening abgebaut werden. Dabei beschaffen sich die Privaten unter Kostenaufwand die Informationen selbst, oder Sachverständige – im Versicherungsmarkt sind es Broker – bieten die Informationen entgeltlich an.⁹⁸¹ Können aber die staatlichen Behörden die Versicherungsunternehmen kostengünstiger und damit effizienter überwachen als die privaten Versicherungsnehmer, können staatliche Überwachung und andere regulatorische Massnahmen zur Steigerung der Gesamtwohlfahrt führen.⁹⁸²

Das aufsichtsrechtliche Spezialitätsprinzip ist ein Instrument zur Reduktion des Prinzipal-Agenten-Problems. Es wird dem Versicherer der Anreiz genommen bzw. ihm wird verboten, neben dem Versicherungsgeschäft in weitere Geschäftsfelder ohne unmittelbaren Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft zu investieren und dadurch seine finanzielle Stabilität zu riskieren. Die Interessen und die Risikobereitschaft von Versicherer und Versicherungsnehmer werden dadurch einander angeglichen. Ebenfalls wird durch das Verbot die Informationsdisparität

⁹⁷⁸ ELING/KLEIN/SCHMIT, 22; LESCHKE, Rz. 60. Vgl. auch REES/GRAVELLE/WAMBACH, 66.

⁹⁷⁹ BÄRTSCHI/HIRSCHI, 784.

⁹⁸⁰ GÖBEL, 110; KERN, 20.

⁹⁸¹ FRITSCH, 265 f.; LESCHKE, Rz. 62; RODI, 44; SCHOTT, Rz. 94. Zur privaten Informationsbeschaffung im Versicherungsmarkt vgl. auch CUMMINS, 823.

⁹⁸² KLEIN, Principles, 178. Vgl. auch CUMMINS, 823, der das effizientere Monitoring durch den Staat als Begründung für die (Solvenz-)Regulierung des Versicherungsmarktes anführt. So *e contrario* auch REES/GRAVELLE/WAMBACH, En. 13, nach denen von der Regulierung des Versicherungsmarktes abgesehen werden soll, wenn die Privaten die Informationen günstiger bereitstellen können als der Staat.

zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer reduziert. Die Versicherungsnehmer erhalten indirekt über die Aufsicht der FINMA die Information, dass der Versicherer seine Mittel nicht für Geschäftsaktivitäten einsetzt, welche zwar seine Rendite steigern und damit im Interesse des Versicherers liegen, aber die Interessen der Versicherten – die Erfüllung ihrer Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen – gefährden. Durch das Verbot versicherungsfremder Geschäfte wird den Versicherungsunternehmen auch der Anreiz genommen, in Geschäftsfelder zu investieren, die Renditechancen eröffnen. Sie können ihre Mittel nicht effizient allozieren. Gesamtwirtschaftlich wünschenswerte Innovationen werden durch das Verbot ebenfalls verhindert. Gesamthaft entsteht ein Wohlfahrtsverlust.

Der Reduktion der Informationsdisparität zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer über die finanzielle Situation der Versicherungsunternehmen dient auch die Solvenzaufsicht.⁹⁸³ Durch die branchenweit einheitlichen Techniken zur Bewertung der Solvenz von Versicherungsunternehmen wie den SST wird die Transparenz im Versicherungsmarkt erhöht.⁹⁸⁴ Die Versicherungsnehmer erhalten indirekt und zentralisiert durch die staatliche Aufsicht Informationen über die finanzielle Stabilität der Versicherungsunternehmen.⁹⁸⁵ Die asymmetrische Informationsverteilung nimmt in der Folge ab. Auch andere Instrumente der schweizerischen Versicherungsaufsicht liefern den Versicherungsnehmern Informationen über die Risikobereitschaft der Versicherungsunternehmen und ihr Geschäftsgebar und reduzieren dadurch die Informationsasymmetrie. So signalisieren die Anlagevorschriften für das gebundene Vermögen, dass der Versicherer die Mittel, mit denen die Ansprüche der Versicherten aus den Versicherungsverträgen gesichert werden, nicht durch das Eingehen grosser Anlagerisiken gefährdet. Zu nennen sind in diesem Zusammenhang auch die Instrumente der qualitativen Solvenzaufsicht: das Risikomanagement und das ORSA.

Die Regulierung der Solvenz der Versicherungsunternehmen schafft zudem Anreize, keine zu hohen Risiken einzugehen. Unter der materiellen Solvenzaufsicht in der Schweiz haben die Versicherungsunternehmen zum einen Kapitalanforde-

⁹⁸³ Vgl. KLEIN, Regulation, 912; MUNCH/SMALLWOOD, 119. Vgl. auch REES/GRAVELLE/WAMBACH, 66, nach denen die Informationsasymmetrien eine Form der Solvenzaufsicht rechtfertigen.

⁹⁸⁴ Vgl. HOLZMÜLLER, 60. Die Erhöhung der Transparenz ist eines der Ziele, das mit der Einführung des SST verfolgt worden ist (vgl. oben II.C.3.1.c(1)).

⁹⁸⁵ Vgl. CUMMINS, 825. Nach REES/GRAVELLE/WAMBACH, 64 und 67, sollte die Information der Versicherungsnehmer über die Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen der einzige Zweck der Versicherungsaufsicht sein.

rungen zu erfüllen. Bei der Ermittlung des Zielkapitals im Rahmen des SST werden beinahe sämtliche Risiken der Versicherungsunternehmen berücksichtigt. Je höher die Risiken sind, die ein Versicherungsunternehmen eingeht, desto höher sind auch die Kapitalanforderungen.⁹⁸⁶ Will oder kann ein Versicherungsunternehmen nicht unendlich viel Kapital bereitstellen, hat es die Risiken zu reduzieren. Zum anderen bestehen Anlagevorschriften für das gebundene Vermögen, durch die die Interessen von Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmer einander angeglichen werden. Der Versicherer ist veranlasst, das gebundene Vermögen sicher anzulegen und die Ansprüche der Versicherten nicht zu gefährden. Die Verankerung des Risikomanagements erhöht das Bewusstsein für die Risikopotentiale einer Tätigkeit im Unternehmen und schafft dadurch Anreize für eine risikoorientierte Geschäftstätigkeit. Dasselbe gilt für das ORSA.⁹⁸⁷

5.4. Zwischenfazit

Im Rahmen der funktionalen Betrachtungsweise einer wirtschaftsrechtlichen Norm ist diese so auszulegen, dass das von der Wirtschaftsverfassung gesollte System der wettbewerbskoordinierten Privatwirtschaft am ehesten zum Tragen kommt. Die Funktionsfähigkeit einer wettbewerbsgesteuerten Privatwirtschaft im Sinne des ordnungspolitischen Grundentscheids bedarf im Versicherungswesen der Gefahrenabwehr.⁹⁸⁸ Namentlich die Funktionsfähigkeit des Marktes sowie die Ansprüche der Versicherungsnehmer aus den Versicherungsverträgen sind als zu schützende wirtschaftliche Interessen zu bezeichnen.⁹⁸⁹ Eingriffe in die grundsätzlich wettbewerbsgesteuerte Privatwirtschaft zum Schutz dieser wirtschaftlichen Interessen sollten aber auch nur insofern ergriffen werden, als sie ökonomisch gerechtfertigt sind.

Eingriffe in einen Markt sind ökonomisch gerechtfertigt und liegen im öffentlichen Interesse, wenn dadurch ein Marktversagen korrigiert und die Gesamtwohlfahrt gesteigert werden kann. Die Ursachen eines Marktversagens auf dem Versicherungsmarkt liegen insbesondere in Informationsdisparitäten, namentlich Prinzipal-Agenten-Problemen. Das aufsichtsrechtliche Spezialitätsprinzip dient

⁹⁸⁶ Vgl. dazu oben II.C.3.1.c(1).

⁹⁸⁷ Zu diesen beiden Instrumenten der qualitativen Solvenzaufsicht vgl. oben II.C.3.1.c(5) und II.C.3.1.c(6).

⁹⁸⁸ Vgl. dazu oben I.C.2.1.e. Zu den Gründen der Versicherungsaufsicht vgl. oben II.B.

⁹⁸⁹ Vgl. Art. 4 FINMAG. Ausführlich dazu vgl. oben III.B.4.1.

der Reduktion dieser Probleme. Die Interessen und die Risikobereitschaft von Versicherungsnehmer und Versicherer werden einander angeglichen. Es wird dem Versicherer verunmöglicht, in risikoreiche Geschäfte ohne unmittelbaren Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft zu investieren und in der Folge die Solvenz des Unternehmens zu gefährden. Der Versicherungsnehmer erhält durch das Verbot zudem indirekt die Information, dass der Versicherer seine Mittel nicht in risikoreiche Nichtversicherungsgeschäfte investiert und damit seine Zahlungsfähigkeit im Versicherungsfall gefährdet.

Die schweizerische Solvenzaufsicht stellt insgesamt ein Set von Instrumenten zur Reduktion von Informationsasymmetrien und insbesondere Prinzipal-Agenten-Problemen dar. Der SST als branchenweit einheitliche Technik zur Bewertung der Solvenz eines Versicherungsunternehmens liefert den Versicherten Informationen über die finanzielle Stabilität der Versicherungsunternehmen. Auch durch die Anlagevorschriften für das gebundene Vermögen, das ORSA und das Risikomanagement erhalten die Versicherungsnehmer zentralisiert über die FINMA Informationen über die Risiken, denen ein Versicherungsunternehmen ausgesetzt ist. Durch die genannten Massnahmen der Solvenzaufsicht werden auch die Interessen von Versicherungsnehmern und Versicherungsunternehmen einander angeglichen. Die Kapitalanforderungen des SST schaffen Anreize, keine zu hohen Risiken einzugehen, da hohe Risiken zu höheren Kapitalanforderungen führen. Das finanzielle Risiko, das mit den Mitteln eingegangen wird, die auf der Aktivseite der Bilanz die Prämieinnahmen bedecken (das gebundene Vermögen), wird durch die Anlagevorschriften direkt gesteuert. Risikomanagement und ORSA erhöhen das Bewusstsein für die Risikopotentiale einer Tätigkeit und schaffen dadurch Anreize für eine risikoorientierte Geschäftstätigkeit.

Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte ist ein relativ starker Eingriff in den Versicherungsmarkt bzw. in die (Wirtschafts-)Freiheit der Versicherungsunternehmen. Renditechancen und gesellschaftlich wünschenswerte Innovationen werden verhindert. Es entsteht ein Wohlfahrtsverlust. Je extensiver das Verbot ausgelegt wird, d.h. je häufiger ein unmittelbarer Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft verneint wird, desto grösser ist der Wohlfahrtsverlust. Die funktionale Betrachtung der Norm, bei der die wettbewerbskoordinierte Marktwirtschaft zum Tragen gebracht werden soll, spricht deshalb für eine restriktive Auslegung des Verbots bzw. für eine extensive Auslegung des unmittelbaren Zusammenhangs, so dass den Versicherungsunternehmen grösstmöglicher wirtschaftlicher Freiraum belassen wird. Dies insbesondere auch, da im Rahmen der schweizerischen Solvenzaufsicht andere, weit weniger stark eingreifende Instrumente einge-

setzt werden, um die Ursachen des Marktversagens im Versicherungsmarkt zu beseitigen. Die Kosten für die Gesamtwohlfahrt sind bei diesen Instrumenten deshalb geringer als bei einem Verbot bestimmter Geschäfte.

Auch bei der funktionalen Auslegung der Geschäftsfeldbeschränkung ist das Risiko von zentraler Bedeutung. Das Verbot soll das Marktversagen verhindern, das dadurch entsteht, dass der Versicherte das Risikoverhalten des Versicherers und dessen Zahlungsfähigkeit im Versicherungsfall nicht beobachten kann. Damit ist das Solvenzrisiko angesprochen, das die risikobasierte Solvenzaufsicht zu verhindern bezweckt. Bei der Reduktion des Prinzipal-Agenten-Problems ist die Art der Risiken, mit welchen die Zahlungsfähigkeit gefährdet wird, unerheblich. Relevant ist lediglich, dass die Interessen bzw. die Risikobereitschaft von Versicherer und Versicherungsnehmer einander angeglichen werden und der Versicherungsnehmer Informationen über das Solvenzrisiko des Versicherungsunternehmens erhält.

6. Synthese der Auslegungselemente

6.1. Verhinderung solvenzgefährdender Risiken

Bei der historischen, der teleologischen sowie der funktionalen Auslegung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte hat sich gezeigt, dass das Risiko einen zentralen Inhalt von Art. 11 Abs. 1 VAG bildet. Grundsätzlich birgt jedoch jedes Geschäft Risiken.⁹⁹⁰ Es kann nicht Sinn der Norm sein, sämtliche Geschäfte zu verhindern. Bereits bei Einführung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte in das aVAG 1978 wurde das Argument des solvenzgefährdenden Risikos angeführt: Das an sich schon risikoreiche Geschäft soll nicht zusätzlich mit betriebsfremden Risiken belastet werden, welche die Solvenz des Versicherers gefährden könnten. Der Schutz der Interessen der Versicherten bzw. ihrer Ansprüche, welcher unumstritten den Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung bildet, setzt die Solvenz der Versicherer voraus. Der Zweck von Art. 11 Abs. 1 VAG liegt demnach in der Vermeidung solvenzgefährdender Risiken, die nicht dem Versicherungsgeschäft selbst entstammen. Der so umschriebene Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung entspricht auch dem Zweck des VAG im Allgemeinen zum Schutz der Versicherten vor Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen, der in Art. 1 Abs. 2 VAG festgeschrieben ist. Auch bei funktionaler Konkretisierung der Geschäftsfeldbeschränkung, im Rahmen derer mikroökonomische Theorien über die

⁹⁹⁰ JUCHLI, 308; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 165. Vgl. auch BGE 118 Ib 241, E. 9b.

Funktionsfähigkeit des Versicherungsmarktes berücksichtigt werden, zeigt sich, dass das Risiko bei der Beurteilung von Geschäften eine bedeutende Rolle spielt. Als Instrument zur Reduktion der Informationsasymmetrien, insbesondere des Prinzipal-Agenten-Problems zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer, dient die Geschäftsfeldbeschränkung der Verhinderung des Marktversagens auf dem Versicherungsmarkt. Sie schafft Anreize, dass die Versicherer keine Risiken eingehen, denen sich die Versicherungsnehmer nicht bewusst sind, und dadurch deren Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag gefährden.

Der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 VAG enthält hingegen den Begriff des Risikos in keiner Form. Er spricht vom «Betreiben von Geschäften» und impliziert damit eine gewisse Dauerhaftigkeit, Intensität und Planmässigkeit. Auch wird nicht von einem «Geschäft» sondern von «Geschäften» in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft im Plural gesprochen. Der so streng verstandene Wortlaut würde gar bedeuten, dass ein einmaliges Geschäft zulässig ist, unabhängig vom Risikos, das davon ausgeht.

Die systematische Auslegung der Geschäftsfeldbeschränkung legt zunächst ebenfalls ein Normverständnis nahe, das die Risiken eines Geschäfts für die Beurteilung der Zulässigkeit nach Art. 11 Abs. 1 VAG unberücksichtigt liesse. So deutet die Möglichkeit einer ausnahmsweisen Bewilligung eines versicherungsfremden Geschäfts bei Nichtgefährdung der Interessen der Versicherten gemäss Art. 11 Abs. 2 VAG darauf hin, dass die Gefährdung der Ansprüche der Versicherten und letztlich der Solvenz der Versicherungsunternehmen nur bei der Frage relevant ist, ob ein versicherungsfremdes Geschäft ausnahmsweise bewilligt werden kann, nicht aber bei der Beurteilung, ob ein Geschäft versicherungsfremd ist oder nicht. Dies würde bedeuten, dass selbst bei einem Geschäft, das die Solvenz des Versicherers beeinträchtigt, dennoch ein unmittelbarer Zusammenhang und damit die Zulässigkeit des Geschäfts bejaht werden könnte.⁹⁹¹ Schon bei Berücksichtigung der inneren Systematik des VAG zeigt sich, dass ein derart risikounabhängiges Normverständnis der Geschäftsfeldbeschränkung nicht haltbar ist. Die mit der Totalrevision des VAG 2004 eingeführte risikobasierte Solvenzaufsicht, die als in-

⁹⁹¹ Ein derartiges Verständnis scheint der EuGH zu vertreten. Er führt dazu in C-109/99 Urt. vom 21. September 2000, Rz. 62 aus: «[...] wie sich aus dem Zweck dieser Bestimmung ergibt [...], ist eine [versicherungsfremde] Geschäftstätigkeit im Sinne dieser Bestimmung, jede wirtschaftliche Tätigkeit, die Verluste mit sich bringen kann, die die Solvabilität des Versicherungsunternehmens beeinträchtigen können, mit Ausnahme der Versicherungstätigkeit und der Geschäfte, die unmittelbar hiermit im Zusammenhang stehen.»

neres System der schweizerischen Versicherungsaufsicht bezeichnet werden kann, ist auch bei der Auslegung von Art. 11 Abs. 1 VAG zu berücksichtigen. Hinsichtlich der Ausnahmegewilligung sei am Rande angemerkt, dass diese in der Praxis für einen international tätigen Schadenversicherer nicht tauglich ist. Art. 10.1.b) 2. Spiegelstrich des Schadenversicherungsabkommens enthält eine Beschränkung der Versicherungsunternehmen auf die Versicherungstätigkeit, die von der inländischen Aufsichtsbehörde – der FINMA in der Schweiz – zu attestieren ist. Eine Ausnahmegewilligung kennt das Schadenversicherungsabkommen nicht. Einem schweizerischen Schadenversicherungsunternehmen, das im EU-Raum die Versicherungstätigkeiten durch eine Zweigniederlassung oder Agentur aufnehmen will oder diese bereits betreibt, kann deshalb in der Schweiz keine Ausnahmegewilligung nach Art. 11 Abs. 2 VAG erteilt werden.

Obwohl Art. 11 Abs. 2 VAG bei einem risikobasierten Verständnis der Geschäftsfeldbeschränkung wohl zu einem toten Buchstaben verkommt, überwiegt ein solches Verständnis unter Berücksichtigung der Ergebnisse aus den übrigen Auslegungselementen. So ist denn auch das Risikopotential der Aktivitäten und nicht – wie es der Wortlaut impliziert – die Anzahl der Transaktionen für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Geschäfts massgebend.⁹⁹² Die erwähnte Praxisuntauglichkeit der Ausnahmegewilligung nach Art. 11 Abs. 2 VAG für im EU-Raum tätige Schadenversicherer entfällt bei einem risikobasierten Normverständnis.

Zusammenfassend ist Art. 11 Abs. 1 VAG also so zu verstehen, dass diejenigen Geschäfte nicht in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft stehen und damit unzulässig sind, die für das Versicherungsunternehmen solvenzgefährdende Risiken verursachen und damit die dauernde Erfüllbarkeit der Ansprüche der Versicherungsnehmer gefährden.⁹⁹³ Die konsequente Ausrichtung des Inhalts der Geschäftsfeldbeschränkung auf den Schutz der Versicherungsnehmer

⁹⁹² Vgl. auch BÜRER, RZ. 1128; PRÄVE, 493, zum deutschen Recht. A.A. BANZ, 165, nach dem das Tätigen einzelner Rechtsgeschäfte, die mit dem Versicherungsgeschäft nicht in direktem Zusammenhang stehen, erlaubt ist. So auch KAULBACH (separatum), zum deutschen Recht.

⁹⁹³ Ähnlich MÜLLER, H., Versicherungsbinnenmarkt, RZ. 388 f.; MÜLLER, H., Allfinanzkonzept, 22, zum deutschen Recht. Wobei er selbst die Nichtversicherungsgeschäfte in unmittelbarem Zusammenhang trotz deren Zulässigkeit als «versicherungsfremd» bezeichnet.

bzw. ihrer Ansprüche und damit auf die Solvenz der Versicherer deckt sich denn auch mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip.⁹⁹⁴

6.2. Verhältnismässigkeit

Schon bei Einführung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte wurde im Ständerat vorgebracht, dass eine lediglich theoretische Gefahr keineswegs das Recht gebe, die Aktivität eines derart wichtigen Zweigs der schweizerischen Volkswirtschaft so stark zu beschränken.⁹⁹⁵ Damit ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von staatlichen Eingriffen angesprochen. Zwar wurde das Verbot versicherungsfremder Geschäfte trotz des ständerätlichen Einwands eingeführt, dem Verhältnismässigkeitsprinzip kann aber im Rahmen der Auslegung der Bestimmung Rechnung getragen werden.⁹⁹⁶

Nach dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz haben staatliche Massnahmen geeignet, erforderlich und zumutbar (Verhältnismässigkeit im engeren Sinne) zu sein. Zumutbar ist eine Massnahme, wenn Zweck und Mittel in einem angemessenen Verhältnis stehen.⁹⁹⁷ Erforderlich ist ein Eingriff, wenn er in sachlicher, räumlicher, zeitlicher und personeller Hinsicht nicht weiter in die Freiheitsrechte der Betroffenen eingreift, als es für die Aufgabenerfüllung notwendig ist.⁹⁹⁸ Die aufsichtsrechtliche Geschäftsfeldbeschränkung nach Art. 11 Abs. 1 VAG ist ein Eingriff in die verfassungsmässig garantierte Wirtschaftsfreiheit⁹⁹⁹, der nur unter den Anforderungen von Art. 36 BV und insbesondere unter Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips zulässig ist.¹⁰⁰⁰ Im Bereich der Finanzmarktaufsicht wird der Verhältnismässigkeitsgrundsatz (wie auch die Berücksichtigung der Risiken der Tätigkeiten) sodann in Art. 7 Abs. 2 FINMAG konkretisiert. Die

⁹⁹⁴ So auch BAZ, 166, aber hinsichtlich Ausnahmegewilligung in Art. 11 Abs. 2 VAG. Zum Verhältnismässigkeitsprinzip vgl. unten III.B.6.2.

⁹⁹⁵ Amtl. Bull. StR 1977 I, 38.

⁹⁹⁶ Vgl. FLÜTSCH, 260 f.

⁹⁹⁷ Vgl. Art. 5 Abs. 2 BV; HÄFELIN ET AL., Rz. 320 ff.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 521 ff.; KARLEN, 57 ff.; SGK BV-SCHINDLER, N 48 zu Art. 5.

⁹⁹⁸ Vgl. HÄFELIN ET AL., Rz. 322; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 530; KARLEN, 59 f.; SGK BV-SCHINDLER, N 48 zu Art. 5; VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 18 Rz. 6.

⁹⁹⁹ Art. 27 BV. Zum Inhalt der Wirtschaftsfreiheit und deren Einschränkung vgl. z.B. VALLENDER/HETTICH/LEHNE, § 5 Rz. 9 ff.

¹⁰⁰⁰ So SCHMID, 488 f., im Allgemeinen zur Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmen.

FINMA reguliert demnach nur, soweit dies mit Blick auf die Aufsichtsziele nötig ist, und berücksichtigt dabei insbesondere die Risiken der Beaufsichtigten (lit. c).¹⁰⁰¹ Gemäss dem Verhältnismässigkeitsprinzip ist der Eingriff nur soweit zulässig, als dies der rechtlich relevante Zweck – der Schutz der Ansprüche der Versicherten vor solvenzgefährdenden Risiken der Versicherungsunternehmen – erfordert.¹⁰⁰² Verhältnismässig ist es somit nur, den unmittelbaren Zusammenhang bei jenen Geschäften zu verneinen, welche zu einem Insolvenzrisiko für die Versicherungsunternehmen führen könnten.

Zum Schutz der Funktionsfähigkeit des Versicherungsmarktes und der Ansprüche der Versicherungsnehmer im Sinne einer wettbewerbsgesteuerten Privatwirtschaft sind staatliche Eingriffe in den Versicherungsmarkt aus ökonomischer Perspektive ebenfalls nur in dem Masse gerechtfertigt, als dies für die Beseitigung des Marktversagens und die Steigerung der Gesamtwohlfahrt notwendig ist. Die Ursache des Marktversagens, das durch das Verbot versicherungsfremder Geschäfte behoben werden soll, liegt in Informationsasymmetrien, insbesondere Prinzipal-Agenten-Problemen. Durch die Geschäftsfeldbeschränkung werden die Interessen und die Risikobereitschaft von Versicherern und Versicherungsnehmern einander angeglichen. Zudem werden die Informationsdisparitäten reduziert: Der Versicherungsnehmer erhält die Information, dass der Versicherer nicht in solvenzgefährdende Nichtversicherungsgeschäfte investiert. Es soll jedoch nicht stärker in den Markt eingegriffen werden, als zur Korrektur des durch Informationsasymmetrien bzw. Prinzipal-Agenten-Problemen verursachten Marktversagens notwendig ist. Je stärker in den Markt eingegriffen wird, d.h. je öfter ein unmittelbarer Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft verneint und ein Geschäft deshalb verboten wird, desto grösser ist der Wohlfahrtsverlust. Renditechancen für Versicherungsunternehmen und gesellschaftlich wünschenswerte Innovationen werden verhindert. Da das schweizerische Versicherungsaufsichtsrecht verschiedene weitere Instrumente zur Reduktion der Prinzipal-Agenten-Probleme bereithält (Anforderungen an die finanzielle Ausstattung, das Risikomanagement und das ORSA), ist bei der Anwendung eines so starken Eingriffs in die unternehmerische Freiheit der Versicherungsunternehmen wie der Geschäftsfeldbeschränkung Zurückhaltung

¹⁰⁰¹ Vgl. GSCHWIND/KARLEN, 194; BSK FINMAG/FinfraG-WINZELER, N 74 ff. zu Art. 7; ZYSSET, Rz. 557.

¹⁰⁰² Vgl. FLÜTSCH, 261. So auch MAURER, 114 f.; SCHMID, 488 f., im Allgemeinen zur Aufsicht über die privaten Versicherungsunternehmen. Vgl. auch BANZ, 164; BÜRER, Rz. 1128, nach denen die starke Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit der Versicherungsunternehmen bei der Auslegung zu berücksichtigen ist.

geboten. Aus ökonomischer Perspektive ist der Begriff des versicherungsfremden Geschäfts deshalb möglichst restriktiv bzw. der Begriff des unmittelbaren Zusammenhangs möglichst extensiv zu verstehen und das Verbot damit zurückhaltend anzuwenden; weitergehende Eingriffe sind ökonomisch nicht rechtfertigbar.

6.3. Dynamisches Geschäftsfeld

Sowohl die Entstehungsgeschichte des Verbots versicherungsfremder Geschäfte als auch dessen Einordnung in die gesetzliche Systematik sprechen sodann für ein Normverständnis, das den dynamischen Entwicklungen der Wirtschaft zugänglich ist. Der historische Gesetzgeber hat bewusst auf die Definition von versicherungsfremden Geschäften verzichtet. Die Konkretisierung wurde der Vollzugsgesetzgebung überlassen und der Begriff damit einem flexiblen, dynamischen Verständnis zugänglich gemacht. Die altrechtliche bundesrätliche Verordnung über den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte durch die privaten Versicherungseinrichtungen hat den Begriff «versicherungsfremd» weiter konkretisiert. Mit deren Ausserkrafttreten ist die Konkretisierung entfallen und die Norm wurde damit einem noch flexibleren Verständnis zugänglich gemacht. Bei der Betrachtung aufsichtsrechtlicher Geschäftsfeldbeschränkungen anderer Institute im Finanzmarkt im Rahmen des systematischen Auslegungselements zeigt sich ebenfalls, dass die Geschäftsfeldbeschränkung dynamisch unter Berücksichtigung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse zu interpretieren ist. So hat sich gezeigt, dass sich das Verständnis von bankfremd mit den Entwicklungen im Bankgeschäft über die Zeit ändert. Auch die Geschäftsfeldbeschränkung der Fondsleitungen, die in Bezug auf die Anleger den gleichen Schutzzweck verfolgt wie das Verbot versicherungsfremder Geschäfte hinsichtlich der Versicherungsnehmer, ist durch deren Öffnung über die Zeit flexibler geworden. Fondsleitungen dürfen neben dem Fondsgeschäft und den in Art. 34 FINIG explizit genannten weiteren Tätigkeiten inner- und ausserhalb des Finanzbereichs wahrnehmen, solange diese mit der bewilligungspflichtigen Tätigkeit vereinbar sind. Wettbewerbliche Überlegungen haben zu dieser Flexibilisierung geführt. Ein dynamisches Geschäftsfeldverständnis erscheint bei einer rechtssystematischen Betrachtung nicht nur bei Banken und Fondsleitungen, sondern auch bei Versicherungen angebracht.

Die Zukunftsfähigkeit des schweizerischen Finanz- und damit auch des Versicherungsmarktes ist neu explizit als Ziel der Finanzmarktaufsicht in Art. 4 FINMAG festgeschrieben. Selbst wenn der Zukunftsfähigkeit als Reflexwirkung des Funktionsschutzes wohl keine eigenständige Bedeutung zukommt, ist sie bei der Ermittlung des Inhalts einer Norm zu berücksichtigen. In diesem Zusammenhang ist

auch die Innovationsfähigkeit als Regulierungsgrundsatz der FINMA zu erwähnen.¹⁰⁰³ Danach berücksichtigt die FINMA, wie sich die Regulierung auf die Innovationsfähigkeit des Finanzplatzes Schweiz auswirkt. Ein dynamisches Verständnis des zulässigen Geschäftsfelds der Versicherer vermag den zukünftigen Entwicklungen des Versicherungsmarktes und damit der Zukunfts- und Innovationsfähigkeit des schweizerischen Versicherungsmarktes am besten Rechnung zu tragen.¹⁰⁰⁴

Ein dynamisches Verständnis des unmittelbaren Zusammenhangs bzw. des zulässigen Geschäftsfelds eines Versicherungsunternehmens ist auch aufgrund der Definition des Versicherungsbegriffs angebracht. Der Begriff des Versicherungsgeschäfts hat sich im Laufe der Zeit entwickelt und ist wandelbar. Die Geschäftsfeldbeschränkung hat solche Wandelungen nachzuvollziehen. In der deutschen Lehre und Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang auf die «Verkehrsauffassung» verwiesen.¹⁰⁰⁵ Die Verkehrsauffassung sei dynamisch und unterliege einem ständigen Wandel, der durch die Europäisierung und Globalisierung der Märkte beschleunigt worden sei.¹⁰⁰⁶

Um die Entwicklungen der Versicherungsunternehmen im Marktumfeld nicht zu behindern, sollte der Begriff der Geschäfte in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft im Sinne eines dynamischen Geschäftsfelds extensiv ausgelegt werden.¹⁰⁰⁷

6.4. Zusammenhang zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts

Bereits der Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 VAG impliziert, dass der dort geforderte Zusammenhang nicht zu einem bestimmten Versicherungsvertrag, sondern zum «Betrieb» des Versicherungsgeschäfts im Allgemeinen zu bestehen hat. So spricht

¹⁰⁰³ Art. 7 Abs. 2 lit. b FINMAG.

¹⁰⁰⁴ FINMA, Strategische Ziele, 10, wonach die FINMA die wettbewerbsbehindernden Regulierungshürden für innovative Geschäftsmodelle abbaut und geeignete Rahmenbedingungen schafft.

¹⁰⁰⁵ BORMANN, 66; EILERT, § 5 Rz. 31; HEINRICH (separatum); PRÄVE, 492; SCHOENFELDT/KALIS (separatum); BKK D-VAG-PRÄVE, N 10 zu § 15. Vgl. auch OLG Hamburg Ur. vom 15. Februar 2000. 9 U 174/98, Rz. 28.

¹⁰⁰⁶ PRÄVE, 492; BKK D-VAG-PRÄVE, N 10 zu § 15.

¹⁰⁰⁷ Zur weiten Auslegung des Begriffs der Geschäfte in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft, um die Anpassungsfähigkeit der Versicherungsunternehmen an den Markt sicherzustellen, schon MÄCHLER-ERNE, Zusammenwirken, 138.

die Norm nicht von einem unmittelbaren Zusammenhang zu «einem Versicherungsvertrag» oder zu «einem Versicherungsgeschäft», sondern allgemein vom unmittelbaren Zusammenhang zum «Versicherungsgeschäft». Dieses Normverständnis wird durch Indizien bestätigt, die sich aus der Anwendung des systematischen Auslegungselements ergeben haben. Die Geschäfte, die Fondsleitungen neben dem Fondsgeschäft betreiben dürfen, sind nicht an ein bestimmtes Geschäftsverhältnis der Fondsleitung, sondern allgemein an den Betrieb des Fondsgeschäfts bzw. an das Fondsgeschäft geknüpft.¹⁰⁰⁸ Gleiches gilt für das Spezialitätsprinzip bei öffentlichen Unternehmen: Nebentätigkeiten sind zulässig, wenn sie einen engen Zusammenhang zur gesetzlich verankerten Haupttätigkeit aufweisen.¹⁰⁰⁹ Schliesslich ist auch die sich aus dem statutarischen Gesellschaftszweck ergebende Geschäftsfeldbeschränkung nicht an einzelne Vertragsverhältnisse der Gesellschaft geknüpft, sondern an eben diesen statutarisch festgelegten Zweck im Allgemeinen.

Anders als noch Art. 12 aVAG 1978 knüpft die geltende Geschäftsfeldbeschränkung nicht mehr am Betrieb einer bestimmten Versicherungseinheit an. So ist gemäss Wortlaut von Art. 11 Abs. 1 VAG nicht mehr vorausgesetzt, dass der Zusammenhang zum Betrieb des eigenen Versicherungsgeschäfts zu bestehen hat; ein Geschäft kann entsprechend auch dann zulässig sein, wenn es in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft eines anderen Versicherungsunternehmens steht. Ein derartiges Verständnis widerspricht denn auch nicht dem in dieser Abhandlung vertretenen risikobasierten Norminhalt.¹⁰¹⁰ Das Risiko, das ein Geschäft für die Solvenz eines Unternehmens verursacht, ist weder abhängig vom Leistungsempfänger noch davon, ob es an ein spezifisches Vertragsverhältnis anknüpft.¹⁰¹¹

¹⁰⁰⁸ Vgl. dazu oben III.B.3.2.c.

¹⁰⁰⁹ Vgl. dazu oben III.B.3.3.a.

¹⁰¹⁰ Vgl. dazu oben III.B.6.1.

¹⁰¹¹ Zur Beurteilung des Risikos, das ein Geschäft für ein Versicherungsunternehmen verursacht vgl. unten IV.

IV. Risikobasierte Beurteilung von Geschäften

Die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 VAG hat ergeben, dass der Sinn der Geschäftsfeldbeschränkung in der Verhinderung von Geschäften liegt, die zusätzliche, nicht dem Versicherungsgeschäft entstammende, solvenzgefährdende Risiken bergen. Die Zulässigkeit von Geschäften beurteilt sich folglich anhand ihrer Wirkung auf die Solvenz eines Versicherungsunternehmens. Verursacht ein Nichtversicherungsgeschäft ein Risiko, das die Solvenz des Versicherungsunternehmens zu gefährden vermag, ist es unzulässig. Es ist deshalb zunächst danach zu fragen, welche Risiken ein konkretes Geschäft birgt. Dieses ist aber nicht isoliert zu betrachten, sondern in den Zusammenhang der gesamten Geschäftstätigkeit des Versicherungsunternehmens zu stellen. Es sind allfällige Risikokorrelations- und -diversifikationseffekte zu berücksichtigen. Zu diesem Zweck werden im Folgenden zunächst die dem Versicherungsgeschäft inhärenten Risiken sowie die Risiken aus Nichtversicherungsgeschäften betrachtet. Anschliessend werden mögliche Zusammenhänge und Wechselwirkungen dieser Risiken aufgezeigt. Schliesslich werden Kriterien aufgestellt, mit Hilfe derer, die Wirkung eines Geschäfts auf die Solvenz eines Versicherungsunternehmens ermittelt werden kann.

A. Risiken aus dem Versicherungsgeschäft

Es gibt zahlreiche Ansätze, um die Risiken eines Versicherungsunternehmens zu gliedern. Deren Zweckmässigkeit hängt vom Erklärungsziel ab. Die nachfolgende Gliederung lehnt sich an diejenige der schweizerischen Versicherungsaufsicht an. So werden das Markt- und Kreditrisiko sowie das versicherungstechnische Risiko im Rahmen des SST berücksichtigt und operationelle Risiken führen zu Kapitalzuschlägen.¹⁰¹² Um ein umfassendes Risikobild zu erhalten, werden zusätzlich unternehmerische Risiken sowie Liquiditätsrisiken berücksichtigt.¹⁰¹³

¹⁰¹² Vgl. oben II.C.3.1.c(3).

¹⁰¹³ Vgl. BEHRENS, 118 ff. Die FINMA bzw. das ehemalige BPV zählt die Liquiditätsrisiken zu den Marktrisiken (vgl. BPV, Weissbuch, 14).

1. Versicherungstechnisches Risiko

Für die Risikosituation der Versicherungsunternehmen wird neben den allgemeinen unternehmerischen Risiken ein arteigenes Risiko, das sogenannte versicherungstechnische Risiko, reklamiert. Es kann darunter die Unsicherheit über den Verlauf bzw. das Ergebnis aus dem Risikogeschäft eines Versicherungsunternehmens verstanden werden.¹⁰¹⁴ Im Wesentlichen ergibt sich das versicherungstechnische Risiko aus dem inversen Produktionsprozess, also dem Umstand, dass zum Zeitpunkt der Preisfestsetzung und des Absatzes ein Grossteil der Kosten des Versicherungsunternehmens, insbesondere die Schadenkosten, noch unbekannt ist.¹⁰¹⁵ Hinzu kommt die den Versicherungsleistungen inhärente Zufallskomponente.¹⁰¹⁶ Über die exakte Definition und die Komponenten des versicherungstechnischen Risikos bestehen in der ökonomischen Literatur unterschiedliche Auffassungen.¹⁰¹⁷ Für den Zweck der vorliegenden Abhandlung ist es ausreichend, das versicherungstechnische Risiko als die Gefahr zu beschreiben, dass der periodische Gesamtschaden des versicherten Kollektivs die Summe aus den vereinnahmten Prämien zur Deckung des Risikos (Risikoprämien) und dem vorhandenen Sicherheitskapital übersteigt.¹⁰¹⁸ Die Tragung dieses Restrisikos aus dem Risikoausgleich im Kollektiv bildet die unternehmerische Kernleistung eines Versicherers, für die er neben der reinen Risikoprämie einen Sicherheitszuschlag als Entgelt erhält.¹⁰¹⁹ In der Bilanz ist das versicherungstechnische Risiko in den versiche-

¹⁰¹⁴ KOCH/NELL/RICHTER/SCHILLER, 69; ZWEIFEL/EISEN, 240.

¹⁰¹⁵ Vgl. FALLEGGER, 18; FARNY, Kostentheorie, 19; SCHRADIN, Versicherungsmanagement, 37; SCHWAKE, 62. Ähnlich ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 5; JANNOTT, 408, der von der Unbekanntheit der Schadenleistungen als Herstellungskosten spricht.

¹⁰¹⁶ ALBRECHT, Risikotransformationstheorie, 5; ALBRECHT, Versicherungslexikon, 731.

¹⁰¹⁷ Vgl. z.B. ALBRECHT, Dimensionen, 330 ff.; BRAESS, 15 ff.; FALLEGGER, 18 ff.; FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 79 ff.; HELTEN, Erfassung, 135 und 183 ff.; JANNOTT, 408 ff.; KARTEN, Schwankungsfonds, 15 f.; KARTEN ET AL., 69 ff.; SCHRADIN/MALIK, 7 ff.; SCHWAKE, 68 ff.; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 62 ff.

¹⁰¹⁸ So nach ALBRECHT, Dimensionen, 330. So auch FALLEGGER, 20. Das Sicherheitskapital wird bei der Bestimmung des versicherungstechnischen Risikos nicht von allen Stimmen miteinbezogen. Nicht berücksichtigt wird es z.B. bei BRAESS, 15 f.; HELTEN, Erfassung, 135; JANNOTT, 408; SCHRADIN/MALIK, 7; SCHWAKE, 68.

¹⁰¹⁹ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 78 f.; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 63.

rungstechnischen Rückstellungen abgebildet; es wird damit auf der Passivseite bilanziert.¹⁰²⁰

Das versicherungstechnische Risiko ist vom versicherten Risiko zu unterscheiden. Als solches wird das reale Ursachensystem für Schäden bezeichnet. Es stellt das Risiko bzw. die Gefahr dar, welches mit dem Versicherungsvertrag vom Versicherten auf den Versicherer übertragen wird. Beispiele sind die Haftung des Versicherten gegenüber Dritten bei der Haftpflichtversicherung oder Krankheit bei der Krankenversicherung.¹⁰²¹

2. Marktrisiko

Das Marktrisiko bezeichnet die Möglichkeit von Verlusten aufgrund volatiler Marktfaktoren, insbesondere der Preise.¹⁰²² Aktienkurse, Zinsen, Wechselkurse und Rohstoffpreise sind typische Marktrisikofaktoren.¹⁰²³ Neben den ungünstigen Preisentwicklungen wird das Marktrisiko auch durch die Unsicherheiten hinsichtlich Volumen und Korrelation der Marktfaktoren beeinflusst.¹⁰²⁴

Versicherungen sind diesem Risikotyp vor allem im Bereich ihrer Anlagetätigkeit ausgesetzt.¹⁰²⁵ Die Marktrisiken sind deshalb auf der Aktivseite der Bilanz der Versicherungsunternehmen abgebildet.¹⁰²⁶

Dem Asset-Liability-Management-Risiko¹⁰²⁷, das ebenfalls Teil des Marktrisikos ist, kommt im Versicherungswesen eine besondere Bedeutung zu: Die Verbind-

¹⁰²⁰ KUHN, Versicherungsaufsicht, 40; WENNINGER, 18. Vgl. auch MÖBIUS/PALLENBERG, 57.

¹⁰²¹ KÖHNE, Versicherungslexikon, 697.

¹⁰²² BEHRENS, 119; MÖBIUS/PALLENBERG, 35; NOBEL, Finanzmarktrecht (3. Aufl.), § 8 Rz. 206. Vgl. auch Art. 14 Ziff. 31 Solvabilität II.

¹⁰²³ BPV, Technisches Dokument, 6; BAUEN/ROUILLER, 62; BEHRENS, 119; NOBEL, Finanzmarktrecht (3. Aufl.), § 8 Rz. 206; WENNINGER, 25. Vgl. auch ZOBL/BLÖCHLINGER, 19, die das Aktienkursrisiko, das Währungsrisiko und sämtliche Arten von Rohstoffrisiken als Beispiele für Marktrisiken nennen.

¹⁰²⁴ HEINEN, Versicherungslexikon, 570; ZOBL/BLÖCHLINGER, 19.

¹⁰²⁵ Vgl. EXPERTENKOMMISSION JANSSEN, Teil II; EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, 45.

¹⁰²⁶ STAUB, 191; WENNINGER, 18. Vgl. auch ARQUINT, Bilanzrecht, 56 ff.

¹⁰²⁷ Als Asset-Liability-Management wird die Abstimmung von Kapitalanlagen und Verbindlichkeiten bezeichnet. Es zielt auf die Optimierung von Liquiditäts- und Bilanzstruktur ab (ARQUINT, Bilanzrecht, 63).

lichkeiten der Versicherungen gegenüber den Versicherungsnehmern haben teilweise sehr lange Laufzeiten, während am Finanzmarkt kaum Wertpapiere mit einer solch langen Laufzeit gehandelt werden. Die Verbindlichkeiten können deshalb nicht fristenkongruent abgesichert werden; für die Versicherungsunternehmen entstehen bedeutende Mismatch-Risiken.¹⁰²⁸ Hinzu kommt, dass den aktivseitigen Anlagen auf der Passivseite der Versicherungsbilanz keine klar definierten Einlageposten gegenüberstehen, sondern versicherungsmathematisch geschätzte Rückstellungen für künftige Eventualitäten.¹⁰²⁹ Das Mismatch-Risiko ist gerade im Lebensversicherungsbereich besonders hoch. Lebensversicherungen können eine Komponente enthalten, welche die Auszahlung der Versicherungsleistungen an die Entwicklungen des Aktienmarktes knüpft. Diese Optionen laufen ebenfalls über eine lange Periode und müssen am Finanzmarkt abgesichert werden.¹⁰³⁰ Bei den früher weitverbreiteten Lebensversicherungen mit Zinsgarantie ist das Mismatch-Risiko verstärkt. Der Versicherer trägt das Risiko, dass die erwirtschaftete Rendite unter die geforderte Mindestverzinsung sinkt.¹⁰³¹ Aufgrund des Niedrigzinsumfelds werden heute jedoch kaum mehr Lebensversicherungen mit Zinsgarantie angeboten.

3. Kreditrisiko

Das Kreditrisiko – auch Ausfall- oder Gegenparteirisiko genannt – kann umschrieben werden als Unsicherheit über die Fähigkeit oder den Willen einer Person, eine von ihr geschuldete Verbindlichkeit zu begleichen.¹⁰³² Neben Geldforderungen können sämtliche Arten von Verpflichtungsgeschäften mit Kreditrisiken behaftet sein.¹⁰³³ Das Kreditrisiko ist deshalb wie das Marktrisiko auf der Aktivseite der Bilanz enthalten.¹⁰³⁴

¹⁰²⁸ BEHRENS, 119.

¹⁰²⁹ ARQUINT, Bilanzrecht, 63; HERI, 29.

¹⁰³⁰ BEHRENS, 119.

¹⁰³¹ ARQUINT, Bilanzrecht, 63; FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 555. Dieses Zinsrisiko wird durch die Begrenzung des technischen Zinssatzes relativiert. Vgl. Art. 36 Abs. 1 VAG i.V.m. Art. 121 AVO.

¹⁰³² BAUEN/ROUILLER, 62; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 7 Rz. 566.

¹⁰³³ ZOBL/BLÖCHLINGER, 16.

¹⁰³⁴ MORSCHER, Versicherungen, 73; STAUB, 191; WENNINGER, 18.

Die Ursachen dafür liegen zum einen in der Gefahr von Verlusten aufgrund von Schuldnerausfällen, zum anderen führt meist schon die Verschlechterung der Kreditwürdigkeit von Schuldnern zu einer Veränderung des Marktwertes einer Forderung.¹⁰³⁵ Versicherungen sind insbesondere bei ihren Rückversicherungsverträgen (das Risiko, dass eine Forderung durch die Rückversicherung nicht beglichen wird) einem Kreditrisiko ausgesetzt, können ein solches aber auch im Rahmen des Anlagegeschäfts übernehmen (das Risiko, dass eine Partei z.B. bei einem Absicherungsgeschäft der geschuldeten Zahlung nicht nachkommt).¹⁰³⁶ Hingegen vergeben schweizerische Versicherungen in der Regel keine direkten Kredite. Ausgenommen ist das Hypothekargeschäft: Forderungen, die durch ein in der Schweiz gelegenes Grundstück pfandgesichert sind, können dem gebundenen Vermögen zugewiesen werden.¹⁰³⁷ Aufgrund der Pfandsicherung sind die mit den Hypothekendarlehen verbundenen Kreditrisiken als gering einzuschätzen.¹⁰³⁸

4. Liquiditätsrisiko

Das Liquiditätsrisiko ist die Unsicherheit über die Fähigkeit des Versicherers, den fälligen Zahlungsverpflichtungen vollständig und fristgerecht nachzukommen.¹⁰³⁹ Das Liquiditätsrisiko realisiert sich, wenn die ausgehenden Zahlungsströme die Einnahmen während einer Periode übersteigen und die Aktiven (Finanzanlagen) nicht hinreichend schnell oder nur mit einem Verlust verkauft werden können.¹⁰⁴⁰ Dem Liquiditätsrisiko kommt im Versicherungssektor ein geringer Stellenwert zu, da die Vermögenswerte meist kurzfristig liquidierbar sind und sich die Verbindlichkeiten überwiegend aus Schadenrückstellungen zusammensetzen, die ausschliesslich bei Eintritt eines zuvor definierten Schadenereignisses zu erfüllen sind.¹⁰⁴¹ Ein erhöhtes Liquiditätsrisiko besteht einzig bei einigen Lebensversicherungsprodukten, bei denen eine frühzeitige Rückzahlung möglich ist. Die Kündigung dieser Lebensversicherungen ist jedoch üblicherweise mit hohen Abschlägen

¹⁰³⁵ BEHRENS, 120; MÖBIUS/PALLENBERG, 35; WENNINGER, 139.

¹⁰³⁶ BEHRENS, 120; STAUB, 170.

¹⁰³⁷ STAUB, 170. Vgl. Art. 79 Abs. 1 lit. g AVO.

¹⁰³⁸ STAUB, 170.

¹⁰³⁹ Vgl. FINMA-RS 2013/5 «Liquidität Versicherer», Rz. 6; Art. 14 Ziff. 34 Solvabilität II.

¹⁰⁴⁰ BEHRENS, 119; ZOBL/BLÖCHLINGER, 27.

¹⁰⁴¹ GRÜNBICHLER/ZINNBÖCKER, 209; SWISS RE, Herausforderungen, 7.

zu Lasten des Versicherungsnehmers verbunden und kann nicht ohne Weiteres vorgenommen werden.¹⁰⁴²

5. Operationelles Risiko

In Anlehnung an den Basler Ausschuss für Bankenaufsicht (BCBS) können operationelle Risiken definiert werden als die Unsicherheit über Verluste, die infolge der Unzulänglichkeit oder des Versagens von internen Verfahren, Menschen und Systemen oder infolge von externen Ereignissen eintreten.¹⁰⁴³ Die Definition erfasst sämtliche Rechtsrisiken samt Bussen der Aufsichtsbehörden und Vergleichen. Reputationsrisiken gehören hingegen nicht zu den operationellen Risiken.¹⁰⁴⁴ Operationelle Risiken sind sehr heterogen. Als Beispiele können interner oder externer Betrug, Beschädigung der Infrastruktur sowie Haftpflichtklagen gegenüber Mitarbeitern und Kunden genannt werden.¹⁰⁴⁵ Das Ausmass der operationellen Risiken ist ebenfalls sehr unterschiedlich. Es reicht von täglich auftretenden Kleinverlusten, die bspw. durch Fehler in Routineabläufen entstehen, über Geschäftsunterbrüche durch ausgefallene IT-Systeme bis hin zu existenzbedrohenden Grossverlusten durch betrügerisches Handeln.¹⁰⁴⁶ Die operationellen Risiken sind darüberhinaus nur schwer quantifizierbar.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴² SWISS RE, Herausforderungen, 7.

¹⁰⁴³ Vgl. BCBS, Basel III, 126; Art. 89 ERV; Art. 13 Ziff. 33 Solvabilität II; BAUEN/ROUILLER, 62; MÖBIUS/PALLENBERG, 190; ZOBL/BLÖCHLINGER, 20. Basel III verwendet nicht den Begriff «Unzulänglichkeit» sondern «Unangemessenheit». Hier wird bewusst von der Unzulänglichkeit gesprochen, um die negativen Erwartungen eines daraus resultierenden Ereignisses zu betonen (MÖBIUS/PALLENBERG, 190).

¹⁰⁴⁴ Vgl. BCBS, Basel III, 128; FINMA-RS 2008/21 «Operationelle Risiken Banken», Rz. 2; Art. 89 ERV; BAUEN/ROUILLER, 62; BEHRENS, 120. A.A. ZOBL/BLÖCHLINGER, 23 f., nach deren Ansicht Reputationsrisiken in direktem Zusammenhang mit der operativen Geschäftstätigkeit stehen und deshalb zu den operationellen Risiken zu zählen sind bzw. das Reputationsrisiko die Folgeerscheinung der Verwirklichung operationeller Risiken ist.

¹⁰⁴⁵ BEHRENS, 120; IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 18; MÖBIUS/PALLENBERG, 35 f.

¹⁰⁴⁶ IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 18.

¹⁰⁴⁷ MÖBIUS/PALLENBERG, 36. Zur schwierigen Quantifizierbarkeit vgl. auch BPV, Weissbuch, 33.

Gemein ist den verschiedenen Erscheinungsformen des operationellen Risikos – mit Ausnahme der externen Ereignisse – ihre Endogenität.¹⁰⁴⁸ Anders als Markt- oder Kreditrisiken sind operationelle Risiken bedingt durch die intern verwendeten Systeme, die interne Struktur der Prozesse, die Mitarbeiter und die mit der Geschäftstätigkeit verbundenen externen Gefahren.¹⁰⁴⁹ Entsprechend können Massnahmen zur Senkung operationeller Risiken, insbesondere deren Eintrittswahrscheinlichkeit, getroffen werden.¹⁰⁵⁰

Operationelle Risiken entstehen bereits durch die bloße Aufnahme einer Geschäftstätigkeit.¹⁰⁵¹ Sie werden typischerweise nicht bewusst eingegangen, um einen zusätzlichen Ertrag zu erwirtschaften. Vielmehr müssen sie getragen werden, um die Grundvoraussetzungen für die Geschäftstätigkeit zu schaffen. Die operationellen Risiken nehmen jedoch durch zusätzliche Geschäftstätigkeiten zu.¹⁰⁵²

Zwischen den operationellen Risiken und den übrigen Risikotypen wie Markt-, Kredit- oder Versicherungsrisiken bestehen grosse Abhängigkeiten.¹⁰⁵³ Operationelle Risiken zeitigen sich meist als Verluste in der Versicherungstechnik (Leistungen, Schadenaufwand, Regulierungsaufwand), in den Verwaltungskosten oder im Kapitalanlagebereich. Bilanziell sind die operationellen Risiken deshalb häufig bereits im versicherungstechnischen Risiko, im Markt- oder im Kreditrisiko erfasst.¹⁰⁵⁴ Zudem kann es zur Korrelation¹⁰⁵⁵ zwischen den im Versicherungsgeschäft übernommenen Risiken der Versicherungsnehmer und den eigenen operationellen Risiken kommen. Denkbar ist bspw., dass ein Versicherer Katastrophen-

¹⁰⁴⁸ SCHIERENBECK/GRÜTER/KUNZ, 45 f.; ZOBL/BLÖCHLINGER, 20.

¹⁰⁴⁹ SCHIERENBECK/GRÜTER/KUNZ, 45 f.

¹⁰⁵⁰ Vgl. HETTICH, Risikovorsorge, Rz. 26; SCHIERENBECK/GRÜTER/KUNZ, 45 f.

¹⁰⁵¹ KUNZE, 20.

¹⁰⁵² IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 18; SCHÄL, 14.

¹⁰⁵³ IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 17. Wobei anzumerken ist, dass bei Versicherungen zwischen den operationellen Risiken und den Marktrisiken geringere Abhängigkeiten bestehen als bei Banken, da die Transaktionen im Anlagebereich häufig über Banken abgewickelt werden (IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 19).

¹⁰⁵⁴ MÖBIUS/PALLENBERG, 191 f.

¹⁰⁵⁵ Zur Korrelation vgl. unten IV.C. insbesondere Fn. 1069, Fn. 1071 und Fn. 1074.

risiken übernommen hat und im Ereignisfall selbst von einem Erdbeben betroffen ist.¹⁰⁵⁶

Versicherer sind den Umgang mit operationellen Risiken grundsätzlich aus ihrem Kerngeschäft gewohnt. Die meisten Risiken, die die Versicherungsnehmer auf die Versicherungsunternehmen übertragen, sind operationeller Natur.¹⁰⁵⁷ Es gehört zum Kerngeschäft der Versicherer, diese Risiken zu tarifieren, die Schäden aus deren Verwirklichung zu erfassen sowie das Portfolio operationeller Risiken zu strukturieren und zu verwalten.¹⁰⁵⁸

6. Unternehmerisches Risiko

Ein Versicherungsunternehmen ist wie jedes wirtschaftlich geführte Unternehmen einem unternehmerischen Risiko ausgesetzt.¹⁰⁵⁹ Darunter fallen die Auswirkungen aus unternehmerischen Fehlentscheidungen, d.h. Verluste aus Abweichungen von bewusst gesetzten Zielen und Erwartungen. Beispiele sind Fehlinvestitionen in Märkte, Personal oder Infrastruktur.¹⁰⁶⁰ Diese strategischen Risiken treten in der Regel zusammen mit anderen, bspw. versicherungstechnischen Risiken auf und sind deshalb nur schwer kalkulierbar.¹⁰⁶¹ Neben den strategischen Risiken ergeben sich unternehmerische Risiken aus der Veränderung der Rahmenbedingungen wie z.B. einer Veränderung der politischen Situation oder regulatorischer Vorgaben.¹⁰⁶² Oft wird eine Negativdefinition des unternehmerischen Risikos verwendet. Danach stellt das unternehmerische Risiko den «Verlust des Finanzinstituts nach Berücksichtigung aller übrigen Risikotypen» dar.¹⁰⁶³

¹⁰⁵⁶ IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 20.

¹⁰⁵⁷ IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 17.

¹⁰⁵⁸ IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 17.

¹⁰⁵⁹ SCHÄL, 23.

¹⁰⁶⁰ HALLER/ACKERMANN, 5/2; GATZERT/SCHMEISER, 162; MÖBIUS/PALLENBERG, 35. Ähnlich auch KUNZE, 20.

¹⁰⁶¹ MÖBIUS/PALLENBERG, 35 und 36. Zum Zusammenhang mit anderen Risikoarten vgl. auch SCHÄL, 24.

¹⁰⁶² BEHRENS, 120; GATZERT/SCHMEISER, 162; HALLER/ACKERMANN, 5/2.

¹⁰⁶³ BEHRENS, 120.

B. Risiken aus Nichtversicherungsgeschäften

Wie bereits erwähnt, ist ein Wirtschaften ohne Risiken nicht möglich.¹⁰⁶⁴ Jedes Nichtversicherungsgeschäft ist folglich mit gewissen Risiken verbunden. Grundsätzlich wohnen diesen Geschäften dieselben Risikotypen inne wie dem Versicherungsgeschäft: Markt-, Kredit- und Liquiditätsrisiken sowie operationelle und unternehmerische Risiken. Vom versicherungstechnischen Risiko sind die Nichtversicherungsgeschäfte hingegen nicht betroffen. Welche Risikoarten konkret von einem Geschäft ausgehen, hängt vom Einzelfall ab. Unter alleiniger Berücksichtigung der Risikokategorien erscheinen Nichtversicherungsgeschäfte jedoch weniger risikoreich als Versicherungsgeschäfte. Es ist natürlich zu beachten, dass das Gesamtrisiko einer Geschäftsaktivität nicht nur von den Risikokategorien, sondern auch vom Ausmass – Eintrittswahrscheinlichkeit und Schadenausmass – der einzelnen Risiken abhängt. So kann bspw. ein Markt- oder ein Kreditrisiko aus einem Nichtversicherungsgeschäft so schwer wiegen, dass die Solvenz des Versicherungsunternehmens gefährdet wird.

Im Zusammenhang mit dem Zweck der Geschäftsfeldbeschränkung wird teilweise vorgebracht, dass die Risiken aus dem Versicherungsgeschäft die Passivseite der Bilanz des Versicherungsunternehmens betreffen, die Risiken aus dem Nichtversicherungsgeschäften hingegen auf der Aktivseite enthalten sind. Eine zusätzliche «Belastung» der Aktivseite sei zu verhindern, da dies zu einer Risikokumulation zu Lasten der Versicherten führe.¹⁰⁶⁵ Dem ist entgegenzuhalten, dass es aus ökonomischer Perspektive keinen Unterschied macht, ob die Risiken die Aktiv- oder die Passivseite einer Bilanz betreffen.¹⁰⁶⁶ Auf die Risikoexposition des Versicherungsunternehmens hat es keinen Einfluss, auf welcher Bilanzseite ein einzelnes Risiko getragen wird.

¹⁰⁶⁴ JUCHLI, 308; NOBEL, Finanzmarktrecht, § 1 Rz. 165. Vgl. auch BGE 118 Ib 241, E. 9b.

¹⁰⁶⁵ EGGLI, 23; GROSS, 7; PRAXMARER, 85.

¹⁰⁶⁶ Vgl. BÜRER, Rz. 1131.

C. Abhängigkeiten der Risiken

Ein Nebeneinander von verschiedenen Geschäften führt nicht in jedem Fall zu zusätzlichen Risiken bzw. zu einer Erhöhung der Gesamtrisikoeexposition eines Unternehmens. Dies würde im Grunde dem Konzept der Risikodiversifikation widersprechen und bedeuten, dass ein hoch spezialisiertes Unternehmen wesentlich geringeren Risiken ausgesetzt ist, als ein Unternehmen, das ein breites Dienstleistungs- oder Produktespektrum anbietet.¹⁰⁶⁷

Es ist deshalb bei der Beurteilung eines Geschäfts nicht nur das Risiko des einzelnen Geschäfts isoliert zu betrachten; vielmehr ist zu evaluieren, wie sich das Risiko dieses einen Geschäfts zu den übrigen Risiken des Unternehmens verhält. So können sich Risiken gegenseitig verstärken, abschwächen oder fortpflanzen.¹⁰⁶⁸ Diese Abhängigkeiten werden auch als Korrelation¹⁰⁶⁹ bezeichnet.¹⁰⁷⁰ Führen zwei Risiken zusammen zu einer Steigerung des Gesamtrisikos wird von einer positiven Korrelation gesprochen.¹⁰⁷¹ So kann vor allem im Nichtlebenbereich zwischen dem Kernversicherungsgeschäft und gewissen operationellen Risiken des Versicherungsunternehmens eine positive Korrelation bestehen. Denkbar ist dies z.B. bei der Abwicklung von Grossschadenereignissen wie einer Flut oder einem Erdbeben, von denen das Versicherungsunternehmen selbst betroffen ist.¹⁰⁷² Ein derartiges Verhältnis wird auch zwischen einigen Bankgeschäften und bestimmten Versicherungssparten angenommen, sofern sie konjunkturabhängigen Risiken ausgesetzt sind. Es ist sehr wahrscheinlich, dass konjunkturell schlechte Zeiten bspw. sowohl zu einer Verschlechterung der Schadenverteilung bei der Kreditversicherung als auch zu vermehrten Ausfällen im Kreditgeschäft der Banken führen.¹⁰⁷³

¹⁰⁶⁷ ENTZIAN, 21.

¹⁰⁶⁸ GRZEBIELA, 42 Fn. 58.

¹⁰⁶⁹ Die Korrelationen beschreibt den Zusammenhang zwischen zwei Zufallsvariablen (i.c. Risiken) (SCHMIDT, Versicherungslexikon, 503. Vgl. dort auch für die Berechnung der Korrelation).

¹⁰⁷⁰ Vgl. GRZEBIELA, 42 Fn. 58.

¹⁰⁷¹ ZWEIFEL/EISEN, 38. Eine positive Korrelation bezeichnet den Fall, dass der Eintritt eines Risikos tendenziell assoziiert ist mit dem Eintritt eines anderen Risikos bzw. mit der Vergrößerung eines anderen Risikos (vgl. VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 33, im Zusammenhang mit Versicherungsfällen).

¹⁰⁷² IMFELD/SCHWEIGER/WEGMANN, 20.

¹⁰⁷³ ENTZIAN, 21 f. Vgl. auch HÄUSELE, 588 f.

Eine negative Risikokorrelation führt dagegen zu einer Risikoreduktion.¹⁰⁷⁴ Das versicherungstechnische Risiko eines Schadenversicherers dürfte grundsätzlich immer mit den entsprechenden unternehmerischen Risiken eines «Schadenbeseitigungsunternehmens» (z.B. einer Reparaturwerkstätte) negativ korrelieren.¹⁰⁷⁵ Weiter ist es denkbar, dass durch den Betrieb anderer Geschäfte der Schadenverlauf und damit das versicherungstechnische Risiko gesenkt werden kann, so z.B. durch die Tätigkeit von Krankenversicherern auf dem Gebiet der Gesundheitsprävention.¹⁰⁷⁶

Korrelieren die Risiken weder positiv noch negativ miteinander, kommt es lediglich zu einer Diversifikation. Die Gesamtrisikosituation bleibt unverändert.¹⁰⁷⁷ In den Beratungen zum aVAG von 1978 wurde die Diversifikationsmöglichkeit erkannt und angeführt, dass dem Versicherer die Möglichkeit zugestanden werden sollte, «durch angemessene Diversifikation seine wirtschaftliche Basis zur Erhaltung seines Geschäfts und zur Verbilligung seiner Leistungen auf andere Branchen ausweiten zu können.»¹⁰⁷⁸

Liegt der Sinn von Art. 11 Abs. 1 VAG darin, diejenigen Geschäfte zu verhindern, die solvenzgefährdende Risiken verursachen, sind insbesondere jene Geschäfte zulässig, die negativ mit den versicherungstechnischen Risiken eines Versicherungsunternehmens korrelieren. Diese reduzieren die Gesamtrisikosituation eines Versicherers. Positiv korrelierende Risiken sind hingegen, sofern sie zu einer Gefährdung der Solvenz des Versicherungsunternehmens führen, gemäss Art. 11 Abs. 1 VAG als unzulässig zu qualifizieren. Die Wechselwirkungen zwischen den einzelnen Risiken hängen von den spezifischen versicherungstechnischen und nicht-versicherungstechnischen Risiken ab. Eine pauschale Aussage ist folglich nicht möglich.

¹⁰⁷⁴ NGUYEN, 90, hinsichtlich versicherter Risiken. Eine negative Korrelation bezeichnet den Fall, dass der Eintritt eines Risikos tendenziell assoziiert ist mit dem Nicht-Eintritt bzw. mit der Verminderung eines anderen Risikos (vgl. KARTEN, Einzelrisiko, 212; VON DER SCHULENBURG/LOHSE, 33, im Zusammenhang mit Versicherungsfällen).

¹⁰⁷⁵ ENTZIAN, 22.

¹⁰⁷⁶ ENTZIAN, 22 Fn. 80.

¹⁰⁷⁷ So HÄUSELE, 594 f. und 600, hinsichtlich Bank- und Versicherungsgeschäften.

¹⁰⁷⁸ Amtl. Bull. StR 1977 I, 38.

D. Kriterien zur Beurteilung der Wirkung auf die Solvenz

Die Beurteilung des Risikos eines Geschäfts auf die Solvenz eines Versicherungsunternehmens hat wie bereits erwähnt im Einzelfall und unter Berücksichtigung sämtlicher Risiken des entsprechenden Versicherungsunternehmens zu erfolgen. Versicherungsmathematische Modelle wie der SST berücksichtigen die Kapitalausstattung des Versicherungsunternehmens und mögliche Risikokorrelationen. Nur auf ihrer Basis kann eine konkrete Einschätzung der Solvenzgefährdung erfolgen.¹⁰⁷⁹ Nachfolgend sollen dennoch einzelne Kriterien dargestellt werden, die bei der Beurteilung der Wirkung eines Geschäfts auf die Risikolage bzw. die Solvenz eines Unternehmens herangezogen werden können. Anhand dieser Kriterien kann die Zulässigkeit eines Geschäfts unter Art. 11 Abs. 1 VAG *prima facie* qualitativ bewertet werden.

1. Funktionalität

Ein funktionaler Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft ist zu bejahen, wenn ein Geschäft die rationale und zweckmässige Ausführung der Versicherungstätigkeit fördert. Zum einen sind es Geschäfte, die für die ordnungsgemässe Erfüllung der Versicherungsleistung gegenüber den Versicherten sowie für die Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs des Versicherers notwendig sind.¹⁰⁸⁰ Ein funktionaler Zusammenhang ist somit bei allen für die Aufrechterhaltung des ordnungsgemässen Versicherungsbetriebs notwendigen Hilfs- und Nebengeschäften gegeben.¹⁰⁸¹ Zum anderen besteht ein funktionaler Zusammenhang bei Geschäften, welche die Effizienz der Versicherungstätigkeit steigern. Dem rationalen und zweckmässigen Versicherungsgeschäft dienlich sind damit auch Geschäfte, welche das (versicherungstechnische) Risiko des Versicherungsunternehmens verringern. So ist ein funktionaler Zusammenhang bei der Bereitstellung von

¹⁰⁷⁹ Im SST werden die Risikokorrelationen berücksichtigt (HOLZMÜLLER, 66).

¹⁰⁸⁰ Vgl. HK D-VAG-BRAND, N 28 zu § 15, zum deutschen Recht

¹⁰⁸¹ So OLG Hamm I -2 U 111/09 111/09 Urt. vom 1. Dezember 2009, in: VersR 2010, 609, 610; HK D-VAG-BRAND, N 28 zu § 15; EILERT, § 5 Rz. 32.; ENTZIAN, 84; KLIMKE, 221; Kommentar D-VAG-POHLMANN, N 12 zu § 15; BKK D-VAG-PRÄVE, N 24 zu § 15; SCHANZE, 539, jeweils zum deutschen Recht. NK D-VAG-LAARS/BOTH, N 2 zu § 15 (ebenfalls zum deutschen Recht), nennen den Kauf, die Miete oder das Leasing von Geschäftsgrundstücken und EDV als Beispiele.

Schadenprävention anzunehmen.¹⁰⁸² Auch Geschäfte zur Verbesserung der Risikobewertung fördern die rationale Durchführung des Versicherungsgeschäfts: Das versicherungstechnische Risiko wird durch die bessere Kalkulierbarkeit der Eintrittswahrscheinlichkeit eines negativen Ereignisses reduziert. Als Beispiele sind Geschäfte zu nennen, welche die Informationslage des Versicherers hinsichtlich der zu übernehmenden oder der bereits übernommenen Risiken verbessern. Das versicherungstechnische Risiko ist definitionsgemäss auf mangelnde Informationen bzw. auf die Unsicherheit über die zukünftige Lage zurückzuführen. Mehr Informationen verringern somit das versicherungstechnische Risiko. Als Realbeispiele können die vergünstigte Abgabe von Wearables¹⁰⁸³, welche den Gesundheitszustand der Versicherten überwachen, bei der Krankenversicherung oder die Abgabe von Telematikgeräten zur Verfolgung des Fahrverhaltens bei der Haftpflichtversicherung genannt werden.¹⁰⁸⁴

Dieser funktionale Zusammenhang zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts ist bei der Beurteilung des Risikos eines Nichtversicherungsgeschäfts zu berücksichtigen. Geschäfte, die der rationalen und zweckmässigen Ausführung des Versicherungsgeschäfts dienlich sind, können die Gesamtrisikolage des Versicherungsunternehmens reduzieren. Sie können sowohl das unternehmerische Betriebsrisiko aufgrund von Kosteneinsparungen bei einem effizienten Geschäftsbetrieb als auch das versicherungstechnische Risiko durch Reduktion der Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadenereignisses oder des Schadenausmasses verringern.

Ein funktionaler Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft liegt auch vor, wenn das Nichtversicherungsgeschäft der rationalen und zweckmässigen Durchführung der Versicherungstätigkeit eines anderen Versicherungsunternehmens dient.¹⁰⁸⁵ Es ist deshalb unter Art. 11 Abs. 1 VAG grundsätzlich zulässig, dass ein Versicherungsunternehmen seine Kompetenz im Zusammenhang mit dem Betrieb des Versicherungsgeschäfts anderer Versicherungsunternehmen entgeltlich anbietet. Aus wirtschaftlicher Perspektive können solche Dienstleistungen für andere Ver-

¹⁰⁸² Vgl. ENTZIAN, 85, zum deutschen Recht. So wird denn auch bei der SUVA bei Präventionsmassnahmen ein unmittelbarer Zusammenhang zum Kerngeschäft des Betriebs der Unfallversicherung bejaht (vgl. dazu oben III.B.3.3.a).

¹⁰⁸³ Wearables sind tragbare Minicomputer zur Aufzeichnung von biometrischen und medizinischen Daten (BECHER, 563. Vgl. auch SWISS RE, Lebensversicherung, 12).

¹⁰⁸⁴ Vgl. dazu unten V.C.

¹⁰⁸⁵ Vgl. dazu oben III.B.6.4. So auch ENTZIAN, 85; PRÄVE, 497, jeweils zum deutschen Recht.

sicherungsunternehmen gar geboten sein, da brachliegende Ressourcen ausgeschöpft werden. Das bei diesen Geschäften entstehende Haftungsrisiko ist aufgrund der Expertise des Versicherungsunternehmens in diesen Bereichen wohl als gering einzustufen. Zudem kann es durch die Bereitstellung von zusätzlichen Mitteln, den Abschluss einer entsprechenden Haftpflichtversicherung oder andere risikopolitischen Massnahmen weiter reduziert werden.¹⁰⁸⁶

2. Geschäftsumfang

Bei der Beurteilung des Risikos eines Geschäfts ist auch dessen Umfang massgeblich. Ausschlaggebend ist dabei das Verhältnis zwischen dem Umsatz aus dem Versicherungsgeschäft, also Prämieinnahmen abzüglich Schadenaufwände, und dem Ertrag bzw. dem erwarteten Ertrag aus dem Nichtversicherungsgeschäft. Der Umsatz aus dem Nichtversicherungsgeschäft hat relativ zum Ertrag aus dem Versicherungsgeschäft von untergeordneter Bedeutung zu sein. Beträgt der Umsatz aus dem Nichtversicherungsgeschäft maximal 10 % des Umsatzes aus dem Versicherungsgeschäft, ist das Geschäft von so untergeordneter Bedeutung für den Versicherungsbetrieb, dass das daraus resultierende Risiko kaum solvenzgefährdend sein kann.¹⁰⁸⁷ Jedoch können viele quantitativ kleine Geschäfte eine negative oder gar eine solvenzgefährdende Wirkung auf die Gesamtrisikoeexposition des Versicherers haben. Bei der Beurteilung des Risikos für die Solvenz eines Versicherungsunternehmens sind deshalb sämtliche Geschäftsaktivitäten des Versicherers zu berücksichtigen.

Durch die Begrenzung des Umsatzes aus Nichtversicherungsgeschäften wird sichergestellt, dass der Charakter der Unternehmen als Versicherung nicht tangiert wird. So sollte ein Versicherer einen Kapazitätsüberhang an IT-Diensten oder Ähnlichem vermarkten dürfen. Es sollte aber aus dem Versicherer kein florierendes IT-Unternehmen mit Versicherungsannex werden.¹⁰⁸⁸

Die Berücksichtigung des relativen Umfangs eines Nichtversicherungsgeschäfts im Verhältnis zum Versicherungsgeschäft ist denn auch unter Verhältnismässigkeitsgesichtspunkten angebracht. Grosse Versicherer können ihr Geschäftsfeld

¹⁰⁸⁶ Vgl. zum deutschen Recht ENTZIAN, 85 f., zum deutschen Recht.

¹⁰⁸⁷ Die FINMA hat in der Vergangenheit schon Ausnahmegewilligungen nach Art. 11 Abs. 2 VAG bei einer Begrenzung des Umsatzes aus den versicherungsfremden Geschäften auf 10 % des Umsatzes aus dem Versicherungsgeschäft erteilt.

¹⁰⁸⁸ So auch ein vertrauliches Diskussionspapier eines Schweizer Versicherers.

weiter ausdehnen, da sie besser in der Lage sind, die damit einhergehenden Risiken zu tragen.

3. Ähnlichkeit zum Versicherungsgeschäft

Ein Geschäft steht in inhaltlichem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft, wenn dessen wirtschaftliche Funktionsweise jener der Versicherung entspricht. Bei diesen «versicherungsgähnlichen Geschäften» findet wie beim Versicherungsgeschäft ein entgeltlicher Risikotransfer statt.¹⁰⁸⁹ Für die Versicherungsnehmer dienen diese Geschäfte wie das Versicherungsgeschäft dem Schutz vor finanziellem Risiko. Es fehlt den versicherungsgähnlichen Geschäften in der Regel an mindestens einem Definitionsmerkmal des rechtlichen Versicherungsbegriffs¹⁰⁹⁰, so dass aus (aufsichts-)rechtlicher Perspektive kein Versicherungsgeschäft vorliegt. Das Risiko für das Versicherungsunternehmen ist bei dieser Art von Geschäften grundsätzlich nicht höher als beim klassischen Risikogeschäft. Die Kalkulation sowie das Verwalten von Risiken gehört zum Kerngeschäft der Versicherungsunternehmen, so dass sie in diesem Bereich über eine grosse Expertise verfügen, was ihr eigenes Risiko aus diesen Geschäften reduziert.

Dieses Kriterium ist zur Beurteilung von Instrumenten des Alternativen Risikotransfers¹⁰⁹¹ sowie weiterer Finanzdienstleistungen und parametrischer Produkte¹⁰⁹² einschlägig. Als Beispiele versicherungsgähnlicher Geschäfte können folglich Katastrophenderivate oder Kreditderivate genannt werden, die den Erst- und Rückversicherungsunternehmen als (alternative) Risikotransferinstrumente dienen.¹⁰⁹³

¹⁰⁸⁹ ENTZIAN, 86, zum deutschen Recht.

¹⁰⁹⁰ Vgl. dazu oben III.A.1.

¹⁰⁹¹ Unter dem Begriff «Alternativer Risikotransfer» werden innovative Lösungen zur Absicherung und Übertragung von Risiken abseits der klassischen Erst- und Rückversicherung zusammengefasst (BEER/BRAUN, 152). Ausführlich dazu vgl. BANZ, passim.

¹⁰⁹² Bei parametrischen Produkten werden Schäden basierend auf einer einfachen vordefinierten Messgrösse reguliert (Parameter, Index). Die Auszahlung hängt vom Auftreten eines auslösenden Ereignisses ab und ist unabhängig vom tatsächlich erlittenen Schaden (BIASON, 4). Parametrische Produkte sind keine Versicherungen im rechtlichen Sinne, da es ihnen am versicherten Interesse fehlt.

¹⁰⁹³ So liegt den Credit Default Derivaten bspw. kein versichertes Interesse zugrunde. Wobei jedoch einzelne Kreditderivate auch als Versicherungsgeschäft i.S. des VAG qualifiziert werden können (Credit Spread Options und Credit Default Derivate). Ausführ-

4. Nähe zum Versicherungsgeschäft

Als «versicherungsnahе Geschäfte» werden in dieser Abhandlung Geschäfte verstanden, die wie das Versicherungsgeschäft der finanziellen Sicherheit des Abnehmers dienen. Bei dieser Art von Geschäften kommt es aber zu keinem Risikotransfer: Es wird kein Risiko vom Versicherungsnehmer auf den Versicherer übertragen. Das Risiko der versicherungsnahen Geschäfte ist für die Versicherungsunternehmen mithin geringer als bei Versicherungsgeschäften.¹⁰⁹⁴ Als Beispiel eines versicherungsnahen Geschäfts kann der Verkauf von Contingent Capital¹⁰⁹⁵ genannt werden.¹⁰⁹⁶

E. Zwischenfazit

Bei einer risikobasierten Beurteilung der Zulässigkeit von Geschäften unter Art. 11 Abs. 1 VAG ist zu prüfen, welche Risiken das Geschäft verursacht und welche Wirkung diese Risiken auf die Solvenz des Versicherungsunternehmens haben. Ein Versicherungsunternehmen ist im Versicherungsgeschäft Markt-, Kredit-, Liquiditätsrisiken, operationellen sowie unternehmerischen Risiken ausgesetzt. Hinzu kommt das arteigene versicherungstechnische Risiko, das vereinfacht ausgedrückt als die Gefahr beschrieben werden kann, dass der periodische Gesamtschaden des versicherten Kollektivs die Summe der vereinnahmten Risikoprämien und des vorhandenen Sicherheitskapitals übersteigt. Das Betreiben von

lich zu den Instrumenten des Alternativen Risikotransfers BANZ, 253 ff. Zu den Kreditderivaten vgl. auch STAUB, 206; SWISS RE, Herausforderungen, 12.

¹⁰⁹⁴ So wird denn auch bei der SUVA ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der operativen Durchführung eines Versicherungsfalles für einen anderen Versicherer und der Kernaufgabe der SUVA (der Durchführung der obligatorischen Unfallversicherung) mit dem Argument bejaht, dass das versicherungstechnische Risiko beim auftraggebenden Versicherer verbleibt (EJPD, Nebentätigkeiten SUVA, 10).

¹⁰⁹⁵ Unter dem Begriff «Contingent Capital» werden verschiedene Erscheinungsformen einer ergebnisbedingten Finanzierung verstanden, bei denen eine Partei von einer anderen für eine begrenzte Zeit das Recht erwirbt, unter bestimmten Voraussetzungen Kapital in einem festgelegten Umfang zu vorbestimmten Konditionen zu erhalten. Grundsätzlich ist das Geschäft mit der Abrede verbunden, dass das eingeschossene Kapital innert einer bestimmten Frist zurückzuzahlen ist. Aufgrund des Rückzahlungsanspruchs des Kapitalgebers kommt es zu keinem Risikotransfer. Ein eigentliches Versicherungsgeschäft ist deshalb nicht gegeben (BÜRER, Rz. 66 und 1120 ff.).

¹⁰⁹⁶ Vgl. BÜRER, Rz. 1131.

Nichtversicherungsgeschäften ist immer mit einem gewissen Risiko verbunden. Mit Ausnahme des versicherungstechnischen Risikos sind die Nichtversicherungsgeschäfte denselben Risikokategorien ausgesetzt wie das Versicherungsgeschäft. Ob sich die Risikolage des Versicherungsunternehmens so verändert, dass die Solvenz beeinträchtigt wird, hängt nicht allein vom Risiko ab, das das einzelne Nichtversicherungsgeschäft verursacht. Vielmehr hat die Beurteilung unter Berücksichtigung sämtlicher Risiken des Versicherungsunternehmens zu erfolgen. Dabei sind insbesondere die Risikokorrelationseffekte zu beachten. Die Prüfung hat im Einzelfall zu erfolgen. Nur versicherungsmathematische Modelle wie der SST, die die Kapitalausstattung des Versicherungsunternehmens berücksichtigen, können eine konkrete Einschätzung der Solvenzgefährdung des Unternehmens liefern. Dennoch können folgende Kriterien als qualitative Richtschnur für die Beurteilung der Wirkung der Nichtversicherungsgeschäfte auf die Gesamtrisikoeexposition des Versicherungsunternehmens herangezogen werden: die Funktionalität für das Versicherungsgeschäft, der Umfang des Nichtversicherungsgeschäfts im Verhältnis zum Versicherungsgeschäft sowie die Nähe und Ähnlichkeit des betreffenden Geschäfts zum Versicherungsgeschäft.

V. Beurteilung ausgewählter Fallgruppen

A. Vorbemerkungen

1. Auswahl der Fallgruppen

Unter den dynamischen Entwicklungen im Versicherungsmarkt ändert sich die Rolle der Assekuranz. Die Leistung der Versicherung entwickelt sich immer mehr weg vom Ersatz eines eingetretenen Schadens hin zu proaktivem Schutz.¹⁰⁹⁷ Zudem werden zusätzliche Leistungen in Form von klassischen Assistance-Dienstleistungen oder weiteren Serviceleistungen für Versicherte immer bedeutender, um sich im Wettbewerb mit der bestehenden und der neu eintretenden Konkurrenz behaupten zu können.¹⁰⁹⁸ Die nachfolgend zu diskutierenden Fallgruppen wurden praxisorientiert unter Berücksichtigung dieser Entwicklungen im Versicherungsmarkt ausgewählt. Die Auswahl stellt keine abschliessende Übersicht über die Aktivitäten der Versicherte dar, die auf ihre Zulässigkeit unter Art. 11 Abs. 1 VAG zu beurteilen sind. Dies ist schon allein aufgrund der Dynamik des Versicherungsmarktes und des Versicherungsbegriffs nicht möglich.

Häufig werden im Zusammenhang mit dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte Bankgeschäfte sowie Formen des sogenannten «Alternativen Risikotransfers»¹⁰⁹⁹ diskutiert. Auf einzelne dieser Geschäfte wurde bei der Erarbeitung der Beurteilungskriterien hingewiesen. Da diese Geschäfte in der Literatur bereits eingehend diskutiert worden sind und der Fokus der vorliegenden Abhandlung auf den Entwicklungen im Versicherungsmarkt liegt, werden sie nachfolgend nicht vertiefter besprochen.

¹⁰⁹⁷ Vgl. CAPGEMINI/EFMA, World Insurance Report 2019, 21 und 29 ff.; REIFEL ET AL., 1, hinsichtlich Internet of Things (zum Begriff «Internet of Things» vgl. unten V.C). Ähnlich ANCHEN/PAIN, 5; BAIN & COMPANY, 4; SCHAER, § 2 Rz. 42 f.; VÖLLER, 20 (hinsichtlich Krankenversicherern); YODER/RAO/O'HEARN, 12.

¹⁰⁹⁸ Ähnlich ESSER, 225, nach der Zusatzleistungen zu einer nachhaltigen Differenzierung im Wettbewerb sowie einer Erhöhung der Kundenbindung beitragen können. Ausführlich auch ESSER/HELMBERGER/HERTEL, 61 ff.

¹⁰⁹⁹ Unter dem Begriff «Alternativer Risikotransfer» werden innovative Lösungen zur Absicherung und Übertragung von Risiken abseits der klassischen Erst- und Rückversicherung zusammengefasst (BEER/BRAUN, 152). Vgl. dazu BANZ, 199 ff.; HEISS/ERNST, 352 ff.

2. Beurteilung der Fallgruppen

Die ausgewählten Fallgruppen werden anhand der oben erarbeiteten Kriterien – mit Ausnahme des Geschäftsumfangs und der Ähnlichkeit zum Versicherungsgeschäft – auf ihre Zulässigkeit unter dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte geprüft. Es wird qualitativ anhand der Funktionalität der Geschäfte sowie aufgrund von deren Nähe zum Versicherungsgeschäft untersucht, welche Wirkungen die Geschäfte auf die Risikoexposition der Versicherungsunternehmen haben können. Eine quantitative Beurteilung kann unabhängig von einem konkreten Sachverhalt nicht vorgenommen werden. Risikoberechnungen sind zudem den Versicherungsmathematikern zu überlassen.

Nicht in die Beurteilung miteinbezogen wird der Geschäftsumfang des Nichtversicherungsgeschäfts bzw. die Relation des Umsatzes aus dem Nichtversicherungsgeschäft zum Umsatz aus dem Versicherungsgeschäft sowie das Kriterium der Ähnlichkeit zum Versicherungsgeschäft. Die Relation zwischen dem Umsatz aus dem Versicherungsgeschäft und jenem aus dem Nichtversicherungsgeschäft kann noch weniger als die anderen Kriterien unabhängig von einem konkreten Fall beurteilt werden. Es ist diesbezüglich pauschal festzuhalten, dass ein Versicherer seinen Unternehmenscharakter keinesfalls verlieren und zu einem Dienstleister mit Versicherungsannex verkommen darf. Diese Beurteilung hat unter Berücksichtigung des gesamten Versicherungs- und Nichtversicherungsgeschäfts eines Versicherers stattzufinden. Die Nichtberücksichtigung der Versicherungsähnlichkeit hängt mit der Auswahl der Fallgruppen zusammen. Die Ähnlichkeit zum Versicherungsgeschäft ist bei der Beurteilung der verschiedenen Formen des Alternativen Risikotransfers relevant. Wie bereits dargelegt, wird der Alternative Risikotransfer in dieser Abhandlung nicht weiter untersucht.

B. Assistance-Leistungen

Mit Assistance-Leistungen bieten die Versicherer ihren Kunden die Bewältigung der materiell-dinglichen Schadenauswirkungen an.¹¹⁰⁰ Im Vordergrund steht die unmittelbare Hilfe in Notlagen.¹¹⁰¹ Die Versicherer bieten mit Assistance-Leistungen nicht mehr den reinen Risikotransfer gegen Entgelt an, sondern sie werden zu

¹¹⁰⁰ JARA/ZINSLI, 251.

¹¹⁰¹ ESSER, 14; JOOST, 3; WAGNER, Versicherungslexikon, 49.

Partnern für Sicherheit.¹¹⁰² Es handelt sich bei der Assistance um Beistands-, Hilfs-, Notfall- und Problemlösungsleistungen bei oder nach Eintritt eines Schadensfalles.¹¹⁰³ Die Leistungen können unterschiedlichster Natur sein (z.B. 24h-Servicehotlines, Dolmetscherdienste zur Kommunikation mit den Behörden, Ärzten und Werkstätten im Ausland oder der Betrieb von Notrufzentralen).¹¹⁰⁴ Im Bereich der Motorfahrzeugversicherung erfolgt eine Assistance-Leistung bspw. in der Organisation des Abschleppens eines Pannenfahrzeugs oder der Bereitstellung eines Ersatzwagens.¹¹⁰⁵ Es werden heute zusätzliche allgemeine Serviceleistungen unter die Assistance subsumiert, die losgelöst von einem ersatzpflichtigen Versicherungsfall und teilweise unabhängig vom Bestehen eines Versicherungsvertrages erbracht werden.¹¹⁰⁶ Zu nennen sind Informations- und Auskunftsdienste, z.B. über das Wetter oder die Verkehrslage. Darüber hinaus werden vermehrt auch Convenience-Services wie das Vermitteln von Freizeitaktivitäten oder Reisen angeboten.¹¹⁰⁷ Versicherer werden somit immer mehr zu «Problemlösern» in den unterschiedlichsten Lebensbereichen.¹¹⁰⁸ Die Ausweitung der Assistance-Leistungen hat sich im Zuge der Digitalisierung weiter verstärkt. So stellt der Versicherer bei Telematik-Konzepten¹¹⁰⁹ dem Versicherten neben der Bewertung des Fahrstils zum Teil weitere Funktionen wie eine Unfalldatenspeicherung, einen automati-

¹¹⁰² Vgl. BAIN & COMPANY, 4. In der Lebensversicherung bieten Versicherer bspw. Vorsorgeuntersuchungen, Präventionsberatungen, Rabattkarten für Apotheken und weitere Arten von Unterstützung in der Gesundheitsvorsorge an, um sich als Anbieter von Familien-, Gesundheits- und Vorsorgedienstleistungen zu positionieren (SWISS RE, Lebensversicherung, 30).

¹¹⁰³ Vgl. FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 379 f.; WAGNER, Versicherungslexikon, 48.

¹¹⁰⁴ Vgl. ESSER/HELMBERGER/HERTEL, 19; JOOST, 3. Ausführlicher zu den einzelnen Arten der Assistance vgl. ESSER, 74 ff.; ESSER/HELMBERGER/HERTEL, 48 ff.

¹¹⁰⁵ JARA/ZINSLI, 251.

¹¹⁰⁶ ESSER/HELMBERGER/HERTEL, 19. Vgl. auch JOOST, 3.

¹¹⁰⁷ FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 380. Ausführlich ESSER, 84 ff. Zu den Vermittlungsgeschäften vgl. unten V.D.

¹¹⁰⁸ Ähnlich BAIN & COMPANY, 4; CAPGEMINI/EFMA, World Insurance Report 2019, 21 und 29 ff.; FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 381; JOOST, 1; SCHAER, § 2 Rz. 42 f.

¹¹⁰⁹ Telematik ist ein Mischbegriff aus Telekommunikation und Informatik (PETROVS, 7). Bei Telematik-Konzepten werden mittels Sensoren im Fahrzeug eine Reihe von Risikofaktoren wie Geschwindigkeit, Beschleunigungs- und Bremsverhalten, Route, Tageszeit etc. an den Versicherer gesendet, der dadurch den Risikogehalt der Fahrt bewerten kann (vgl. dazu unten V.C.2.). Technisch können die Telematiklösungen auf unterschiedliche Arten umgesetzt werden. Für einen Überblick vgl. NAIC/CIPR, 9 f.

schen Notruf oder ein Fahrzeug-Monitoring zum Wiederauffinden gestohlener Fahrzeuge zur Verfügung.¹¹¹⁰

Von den Assistance-Leistungen abzugrenzen sind Beratungsdienstleistungen, bspw. in den Bereichen Risk Management, Kapital- und Vermögensbildung, Vorsorge oder Schadenverhütung, sowie Werk- und Dienstleistungen zur realen Schadenbeseitigung wie namentlich Leistungen in Krankenhäusern oder Reparaturwerkstätten.¹¹¹¹

Die Assistance- Leistungen sind nicht unentgeltlich; die Gegenleistung wird mehr oder weniger transparent in die Prämie einkalkuliert. Zum Teil werden die Leistungen sogar mit einem separaten Preis angegeben.¹¹¹² Werden die Assistance-Leistungen losgelöst von einem Versicherungsvertrag erbracht, werden sie den Abnehmern selbstverständlich dennoch verrechnet.

1. Risiken aus den Assistance-Leistungen

Je nach (vertraglicher) Ausgestaltung der Assistance-Leistungen können für die Versicherungsunternehmen unterschiedliche Risiken entstehen, die möglicherweise geeignet sind, die Solvenz des Versicherungsunternehmens zu gefährden.

Nimmt ein Versicherer mittels Assistance-Leistungen unmittelbar Einfluss auf den Leistungsprozess, kann er unter Umständen bei Schlechterfüllung haftbar gemacht werden. Denkbar ist etwa, dass der Versicherer im Pannenfall ein Abschleppunternehmen beauftragt. Daraus können je nach Ausgestaltung des konkreten Vertragsverhältnisses Haftungsrisiken entstehen.¹¹¹³ Allfällige Haftungsrisiken kön-

¹¹¹⁰ KLIMKE, 221. Z.B. enthält das Telematikangebot der Axa einen automatischen Notruf als Zusatzfunktion. Mithilfe eines Beschleunigungssensors stellt das verwendete Telematikgerät eine Kollision fest und erkennt deren Schweregrad. Es meldet dies automatisch der Notrufzentrale, wenn die als Fahrer hinterlegte Person nicht erreicht werden kann (vgl. <https://axa.ch/de/ueber-axa/blog/mobilitaet/telematik-smartcar-auto-connected-sicherheit-komfort.html>).

¹¹¹¹ Eine ausführlichere Liste findet sich bei FARNY, Versicherungsbetriebslehre, 377; ESSER, 243.

¹¹¹² ESSER, 273 f.

¹¹¹³ Die Qualifikation der einzelnen Vertragsverhältnisse und die Definition der sich daraus ergebenden Haftungsgrundlagen sind komplex. Häufig dürfte wohl Auftragsrecht (Art. 394 ff. OR) anwendbar sein. Werden aber z.B. Reparaturarbeiten selbst durchgeführt, kann auch Werkvertragsrecht zur Anwendung kommen (Art. 364 ff. OR). Eine genaue Vertragsqualifikation würde über den Rahmen der vorliegenden Abhandlung

nen jedoch vertraglich eingeschränkt oder ausgeschlossen werden.¹¹¹⁴ Erbringen die Versicherer die Assistance-Leistung selbst, indem sie bspw. selbst ein Abschleppunternehmen betreiben, besteht ebenfalls ein Haftungsrisiko. Wird jedoch reiner Kostenersatz für benötigte Assistance-Leistungen anderer Anbieter geleistet, trifft den Versicherer kein Haftungsrisiko für Schlechterfüllung.¹¹¹⁵

Neben diesen rechtlichen Risiken besteht wie bei jedem Geschäft auch ein gewisses unternehmerisches Risiko, dass das geplante Geschäft nicht den erwarteten Erfolg bringt und sich die getätigten Investitionen als Fehlinvestitionen herausstellen.¹¹¹⁶ Sind die Assistance-Leistungen der Versicherungsunternehmen nicht bereits in die Prämie eingerechnet bzw. werden sie unabhängig von einem bestehenden Versicherungsvertrag geleistet, besteht sodann ein Risiko, dass der Kunde das Entgelt nicht leistet.

Handelt es sich bei den Abnehmern der Assistance-Leistung um Versicherungsnehmer, korrelieren die Risiken aus den Assistance-Geschäften teilweise mit dem versicherungstechnischen Risiko: Werden Assistance-Leistungen aufgrund eines Schadenfalls beansprucht, hat der Versicherer in der Regel auch eine Versicherungsleistung zu erbringen.

2. Funktionalität

Im Zusammenhang mit der Beurteilung der Funktionalität der Assistance-Leistungen ist zu unterscheiden zwischen jenen Assistance-Leistungen, die im Zusam-

hinausgehen und kann aufgrund der Vielfältigkeit der Assistance-Leistungen abstrakt auch kaum vorgenommen werden.

¹¹¹⁴ Wobei die obligationenrechtlichen Schranken zu beachten sind (Art. 100 f. OR). Zudem trägt der Gläubiger für eine Haftung nach Art. 97 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR die Beweislast für die Vertragsverletzung. Dies gilt auch für den Werkvertrag (Art. 97 i.V.m. Art. 368 Abs. 1 und 2 OR). Der Beweis dürfte in der Regel schwierig zu erbringen sein.

¹¹¹⁵ So hat das AG München unter deutschem Recht entschieden, dass eine Schutzbriefversicherung nicht für Schäden haftet, die beim Abschleppen eines Fahrzeugs entstanden sind, wenn bei der Schutzbriefversicherung der Versicherer zwar das Abschleppen durch ein Abschleppunternehmen veranlasst, er aber lediglich zu Kostenersatz verpflichtet ist (AG München, Urt. vom 11. Januar 2016 – 251 C 18763/15). Bei der Schutzbriefversicherung handelt es sich um die Versicherung der Kosten von Assistance-Leistungen (ESSER, 43).

¹¹¹⁶ Zu den Kosten, die Assistance-Leistungen verursachen vgl. ESSER, 192 ff.

menhang mit einem Schaden- bzw. einem Versicherungsfall stehen, und anderen, weitergehenden Leistungen.

Erstere dienen durchaus der zweckmässigen und rationalen Durchführung des Versicherungsgeschäfts. Je früher ein Versicherer Einfluss auf den Schadenregulierungsprozess nimmt, desto geringer sind die Kosten, die er aus dem Risikogeschäft zu übernehmen hat. Der Aufwand für die Schadenregulierung und die Schadenaufwände der Versicherer können dadurch reduziert werden, was schliesslich einen positiven Einfluss auf das versicherungstechnische Risiko hat.¹¹¹⁷

Aus versicherungsbetriebswirtschaftlicher Sicht sind die Assistance-Leistungen deshalb für die Ausführung des Versicherungsgeschäfts zweckmässig, da der Versicherer nicht mehr nur reiner Kostenerstatter in Schadenfällen ist. Die Wahrnehmung der Versicherungsunternehmen als reine Kostenerstatter wird von den Versicherungsbetriebswirten als ein Problem der Versicherungsbranche bezeichnet.¹¹¹⁸

Bei den übrigen Geschäften ist dieser funktionale Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft schwieriger bis nicht begründbar. Allenfalls kann argumentiert werden, dass die Leistungen absatzfördernd wirken und deshalb einem rational geführten Versicherungsbetrieb dienlich sind. Denkbar ist dies bspw., wenn ein Anbieter von Reiseversicherungen Auskunftsdienste über die Wetter- und Verkehrslage anbietet. Würde aber die Absatzförderung alleine zur Erstellung eines funktionalen Zusammenhangs zum Versicherungsgeschäft ausreichen, wäre er bei praktisch jedem Geschäft gegeben. Die meisten Geschäfte wirken in irgendeiner Form absatzfördernd, sei es auch nur durch verstärkte Markenpräsenz. Die Absatzförderung alleine reicht m.E. deshalb nicht aus, um einen funktionellen Zusammenhang zu bejahen.

3. Nähe zum Versicherungsgeschäft

Insbesondere bei den Assistance-Leistungen, die ein Versicherer bei Eintritt eines Schadenfalls zur Beseitigung der materiell-dinglichen Schadenauswirkungen anbietet, steht der Schutzgedanke bzw. die finanzielle Sicherheit im Vordergrund. Selbst wenn der Versicherer nicht für den Schaden aufkommen muss, da er das

¹¹¹⁷ Vgl. hinsichtlich Telematik KELLER/TRANSCHEL, 11; PETROVS, 10.

¹¹¹⁸ Vgl. z.B. MAAS/BÜHLER, Industrialisierung, 33; SWISS RE, Lebensversicherung, 26; VÖLLER, 12.

entsprechende Risiko nicht übernommen hat – der eingetretene Schadenfall ist nicht gedeckt oder es besteht überhaupt kein Versicherungsvertrag –, ist der Empfänger der Assistance-Leistung vor den finanziellen Konsequenzen des Schadenfalls insofern geschützt, als der Versicherer hilft, die finanziellen Auswirkungen möglichst gering zu halten.

4. Fazit

Assistance-Leistungen verursachen insbesondere operationelle Risiken in Form von Haftungsrisiken, die durch geeignete Massnahmen und eine entsprechende vertragliche Ausgestaltung reduziert werden können. Zwischen der Assistance, die infolge eines Schadenfalls geleistet wird, und dem Versicherungsgeschäft besteht insofern ein funktionaler Zusammenhang, als die Assistance-Leistungen das versicherungstechnische Risiko des Versicherungsunternehmens reduzieren. Allfällige positive Risikokorrelationseffekte zwischen den Assistance-Leistungen und dem Risikogeschäft können dadurch relativiert werden. Zudem sind diese Assistance-Leistungen auch als versicherungsnah zu bezeichnen, da sie wie das Risikogeschäft einen Schutzeffekt für die Abnehmer haben, indem sie deren finanzielle Sicherheit stärken. Abhängig von den Investitionen, die ein Versicherungsunternehmen zu tätigen hat, scheinen Assistance-Leistungen zur Beseitigung der materiell-dinglichen Auswirkungen im Schadenfall bei einer risikobasierten Betrachtung in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft zu stehen und unter Art. 11 Abs. 1 VAG zulässig zu sein.¹¹¹⁹

Beim Anbieten der übrigen Assistance-Leistungen bestehen grundsätzlich dieselben operationellen und unternehmerischen Risiken. Erstere können wiederum mit entsprechenden risikomindernden Massnahmen begrenzt werden. Zudem ist ein gewisses Kreditrisiko gegeben. Bei diesen von einem Schadens- bzw. Versicherungsfall unabhängigen Leistungen ist ein funktionaler Zusammenhang, durch welchen die Risiken relativiert werden könnten, schwierig begründbar. In der Regel geht es bei diesen Geschäften denn auch nicht darum, den Abnehmer in irgendeiner Form zu schützen; vielmehr sind es Convenience-Leistungen. Sie können deshalb kaum als versicherungsnah bezeichnet werden. Die Solvenzgefährdung und damit letztlich die Zulässigkeit unter Art. 11 Abs. 1 VAG hängt von der konkreten Höhe der operationellen und unternehmerischen Risiken ab, welche diese schadenfallunabhängigen Assistance-Leistungen verursachen. Dabei ist ins-

¹¹¹⁹ So im Ergebnis auch JOOST, 4.

besondere der Umfang relevant, in welchem diese Leistungen angeboten werden.¹¹²⁰

C. Überlassen von vernetzten Geräten

Die Digitalisierung hat unter anderem zur Entwicklung des sogenannten «Internets der Dinge» (engl. Internet of Things; IoT) geführt.¹¹²¹ Als IoT wird vereinfacht ausgedrückt die Ausweitung des Internets auf physische Objekte des alltäglichen Gebrauchs bezeichnet.¹¹²² Ausgerüstet mit Sensoren, Elektrochips oder Ähnlichem und einer entsprechenden Software können von diesen Objekten Daten gesammelt, gespeichert und an andere Objekte übermittelt werden.¹¹²³ Vermehrt werden solche Geräte und die entsprechenden Programme unter anderem zur Ermöglichung der nutzungsbasierten Versicherung an die Versicherungsnehmer abgegeben.¹¹²⁴ Insbesondere in der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung sind derartige Versicherungskonzepte schon relativ weit verbreitet.¹¹²⁵ Die Geräte und die entsprechenden Programme werden in der Regel nicht unentgeltlich zur Verfügung gestellt. Das Entgelt ist in der Versicherungsprämie enthalten.¹¹²⁶

¹¹²⁰ JOOST, 4, qualifiziert schadenfallunabhängige Assistance-Leistungen ohne weitere Begründung als versicherungsfremd.

¹¹²¹ Vgl. NOELLE, 9.

¹¹²² Vgl. CIRANI/FERRARI/PICONE/VELTRI, 1; WEILL/SOUISSI, 90; NAQVI/HASSAN/HUSSAIN, 45. Ausführlich zum Konzept IoT vgl. HUSSAIN, 1 ff.

¹¹²³ BRITTON, 3; FTC, IoT, 6; HUSSAIN, 2.

¹¹²⁴ Vgl. SWISS RE, Vertrieb, 20; KLIMKE, 218 ff., hinsichtlich Telematikgeräten.

¹¹²⁵ In der Schweiz setzten z.B. die Mobiliar bei einer Autoversicherung für Junglenker unter 26 Jahren Telematikgeräte ein (vgl. <https://www.mobiliar.ch/versicherungen-und-vorsorge/angebote-fuer-junge-bis-26-jahre/fahrzeuge-und-reisen/autoversicherung-cleverdrive-fuer-junge-bis-26-jahre>) und die Vaudoise für Junglenker bis 30 Jahren (<https://www.vaudoise.ch/de/privatperson/auto/autoversicherungen/autoversicherung-fur-neulenker-bis-30>).

¹¹²⁶ So KLIMKE, 221; NIKLOWITZ, 44 ff., stellt die Versicherer gar als Vertreiber von IoT-Geräten dar, insbesondere von Wearables im Krankenversicherungsbereich. Teilweise wird der Mietzins auch offen ausgewiesen (vgl. SIEDENBIEDEL, 24).

1. Risiken aus dem Überlassen von vernetzten Geräten

Aus dem Überlassen der Geräte können den Versicherern finanzielle Risiken aufgrund von Haftpflichten gegenüber dem Versicherungsnehmer oder Dritten entstehen.¹¹²⁷ Ist das Gerät an sich mangelhaft, haftet der Versicherer grundsätzlich dafür.¹¹²⁸ Fehlfunktionen an vernetzten Geräten können ferner auch zu physischen Schäden wie etwa zur Explosion angeschlossener Geräte oder einer sonstigen Beeinträchtigung von anderen Rechtsgütern führen.¹¹²⁹ Denkbar ist z.B., dass sich bei einem Unfall der Schaden vergrößert, weil der automatische Notruf versagt und die Rettungskräfte deshalb verspätet am Unfallort eintreffen, oder dass ein Unfall erst durch das mangelhafte IoT-Gerät verursacht wird.¹¹³⁰ Hat der Versicherer für den infolge des Mangels aufgetretenen Schaden bzw. die Vergrößerung des ohnehin eingetretenen Schadens aus dem Versicherungsvertrag einzustehen, erhöhen sich die Schadenaufwendungen und damit das versicherungstechnische Risiko des Versicherers.¹¹³¹ Die Haftpflicht für die Schäden an den Geräten selbst sowie für die Mangelfolgeschäden kann auf unterschiedlichen Rechtsgrundlagen basieren.¹¹³² Die haftungsrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit den vernetzten Geräten sind entsprechend komplex.¹¹³³ Ihre Beantwortung setzt eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem schweizerischen Haftpflichtrecht voraus und ist

¹¹²⁷ Beim unentgeltlichen Überlassen haftet der Versicherer analog Art. 248 Abs. 1 OR nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit.

¹¹²⁸ Beim dauerhaften Überlassen nach Kaufrecht (Art. 197 ff. OR; vgl. dazu EGGEN, 1137 f.) und beim Überlassen auf Zeit nach Mietrecht (Art. 259 ff. OR).

¹¹²⁹ WEBER, Haftungsrecht, Rz. 7.

¹¹³⁰ Vgl. PETROVS, 31.

¹¹³¹ KLIMKE, 222.

¹¹³² In Frage kommen Vertragsrecht, Deliktsrecht oder Gefährdungsrecht (insbesondere Produkthaftung und Produktsicherheitshaftung). Es ergeben sich bei vernetzten Geräten jedoch eine Vielzahl haftungsrechtlich ungeklärter Fragen (für einen Überblick vgl. WEBER, Haftungsrecht, Rz. 5 ff.). Zur Produkthaftung vgl. KUPFERSCHMIED, 359 f., aber im Zusammenhang mit automatisierten Fahrsystemen. Diese Überlegungen können jedoch *mutatis mutandis* auf sämtliche vernetzten Geräte übertragen werden. Allein schon die Qualifikation der Vereinbarung zum Erwerb des IoT-Gegenstandes ist äusserst komplex und umstritten (vgl. dazu EGGEN, 1132 ff.).

¹¹³³ Die Einschätzung von KLIMKE, 221 f., zum deutschen Recht, wonach die Versicherer die Haftungsansprüche von vornherein relativ sicher bewerten und bei der Prämienkalkulation berücksichtigen können bzw. aufgrund eines fehlenden Verschuldens keine Haftung begründet werden kann, erscheint verkürzt.

stark abhängig von der jeweiligen vertraglichen Ausgestaltung. Die Beurteilung hat deshalb im Einzelfall zu erfolgen und ist anderen zu überlassen.

Ein weiteres operationelles Risiko im Zusammenhang mit den IoT-Geräten ergibt sich aus dem Sammeln, Bearbeiten und Speichern von Daten. Diese Vorgänge bergen Risiken für die Sicherheit der Daten. Die Komplexität der Prozesse und die zunehmende Vernetzung von digitaler und realer Welt schaffen zusätzliche Angriffspunkte auf die Daten.¹¹³⁴ Sogenannte Cyberrisiken entstehen. Dabei handelt es sich vereinfacht ausgedrückt um die Risiken, die aus den technologischen Entwicklungen für die Daten entstehen.¹¹³⁵ In diesem Zusammenhang ist auch das datenschutzrechtliche Risiko zu nennen. Als solches wird hier das Risiko eines Verstosses gegen Normen des Datenschutzrechts verstanden. Dieser Verstoß kann zu zivilrechtlichen Haftungsansprüchen der Betroffenen führen. Das datenschutzrechtliche Risiko stellt damit gewissermassen ein Haftungsrisiko dar.¹¹³⁶ Im Zusammenhang mit Versicherungsverträgen ist Art. 3 Abs. 1 lit. g VVG zu berücksichtigen. Danach trifft den Versicherer die Pflicht, vor Abschluss des Versicherungsvertrages den Versicherungsnehmer über den Zweck und die Art der Bearbeitung der Personendaten, die Speicherung in Datensammlungen, die Kategorien der Datenempfänger, denen voraussichtlich Informationen weitergegeben werden, sowie die Aufbewahrung in verständlicher Weise zu orientieren. Als Zweck der Bearbeitung kommen primär die Risikoprüfung (Prüfung der im Antrag gemachten Angaben), die Vertragsverwaltung nach Abschluss des Versicherungsvertrages sowie die Schadenabwicklung in Betracht.¹¹³⁷ Denkbare Datensammlungen sind insbesondere Kundendateien, Verwaltungssysteme (Policenablagen,

¹¹³⁴ BRITTON, 4. Vgl. auch FTC, IoT, 11; PETROVS, 21, veranschaulicht die Schnittstellen der Datenübertragung im Kommunikationssystem vernetzter Geräte am Beispiel von Telematikgeräten.

¹¹³⁵ Eine einheitliche Definition des Cyberrisikos gibt es jedoch nicht. Für eine Übersicht der verschiedenen Definitionsansätze vgl. BIENER/ELING/WIRFS, 2 f.

¹¹³⁶ Vgl. Art. 15 DSGVO i.V.m. Art. 28 ZGB. Eine ausführliche Analyse der datenschutzrechtlichen Implikationen von IoT-Geräten übersteigt den Rahmen dieser Abhandlung und ist anderen zu überlassen. Vgl. dazu z.B. GORDON, 70 ff.; WIDMER, 166 ff. Einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht stellte das BVGer jüngst bei einem App-gestützten Bonusprogramm der Helsana Zusatzversicherungs AG fest. Das BVGer wies die Helsana Zusatzversicherungs AG an, die unrechtmässig Entgegennahme und Weiterbearbeitung von Personendaten zu unterlassen. Einen Haftungsanspruch hatte das BVGer nicht zu beurteilen (vgl. BVGer A-3548/2018 vom 19. März 2019, insbesondere E. 4.9).

¹¹³⁷ SÜSSKIND, Datenschutz, 195.

Risiko- und Inkassodatenbanken) und Schadenapplikationssysteme. Neben den elektronischen Ablagesystemen sind auch konventionelle Datensammlungen (physische Schadendossiers) zu bedenken. Mögliche Datenempfänger sind Behörden, andere Versicherer (Mit- oder Rückversicherer), Vertrauens- und beratende Ärzte sowie externe Fachspezialisten.¹¹³⁸ Verletzt der Versicherer diese Informationspflicht, kann der Versicherungsnehmer den Vertrag binnen vier Wochen ab Kenntnisnahme der Pflichtverletzung schriftlich kündigen.¹¹³⁹ Eine Verletzung der vorvertraglichen Informationspflicht stellt aber nicht *eo ipso* einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht dar. Vielmehr bezieht sich die Rechtsfolge einer Verletzung von Art. 3a Abs. 1 und 2 VVG auf das Schicksal des abgeschlossenen Versicherungsvertrages.¹¹⁴⁰ Das Risiko aus Art. 3 Abs. 1 VAG ist damit an das Risikogeschäft geknüpft und wird durch das Überlassen der IoT-Geräte lediglich verstärkt. Die oben beschriebenen Risiken sind allesamt unter die operationellen Risiken zu subsumieren.

Den zusätzlichen Risiken, die durch die Digitalisierung für die Daten entstehen, insbesondere den Cyberrisiken, wird zudem eine positive Korrelation attestiert. Grund dafür sei, dass die verwendeten IT-Systeme häufig ähnlich aufgebaut sind und deshalb auf die gleichen Vorfälle anfällig sind.¹¹⁴¹

Das Entgelt für das Überlassen der Geräte ist in der Prämie für das Risikogeschäft enthalten. Folglich beinhaltet das Kreditrisiko aus dem Risikogeschäft auch das Kreditrisiko aus dem Überlassen der Geräte. Dem Versicherungsnehmer ist es nicht möglich, die Prämienbestandteile zu differenzieren. Marktrisiken bestehen aus dem Überlassen von IoT-Geräten wohl kaum.¹¹⁴²

Die Höhe des unternehmerischen Risikos, das das Versicherungsunternehmen aus dem Überlassen der vernetzten Geräte eingeht, ist abhängig von den notwendigen Investitionen. Der Investitionsbedarf hängt wiederum vom Geschäftsmodell ab, das das Versicherungsunternehmen im Zusammenhang mit den vernetzten Geräten betreibt. Entwickelt es die Geräte sowie die entsprechenden Programme und

¹¹³⁸ SÜSSKIND, Datenschutz, 195.

¹¹³⁹ Art. 3a Abs. 1 und 2 VVG.

¹¹⁴⁰ SÜSSKIND, Datenschutz, 196 Fn. 17.

¹¹⁴¹ Vgl. dazu z.B. BÖHME/KATARIA, 4 ff.; BIENER ET AL., 62 f.; GRZEBIELA, 58.

¹¹⁴² Marktrisiken können in Form von Währungsrisiken allenfalls dann relevant sein, wenn der Versicherer die Geräte importiert und sich der Schweizer Franken abschwächt.

Plattformen selbst, sind grosse Investitionen notwendig.¹¹⁴³ Überlässt es jedoch die Geräte anderer Hersteller, halten sich die notwendigen Investitionen in Grenzen.¹¹⁴⁴ Ferner besteht im Zusammenhang mit den betroffenen Daten ein Reputationsrisiko. Die Reaktion der Öffentlichkeit spielt in der Praxis eine bedeutende Rolle bei der Beurteilung des datenschutzbezogenen Risikos eines Geschäfts oder Projekts. Die Reputation eines Versicherungsunternehmens kann unabhängig von einem Verstoß gegen das Datenschutzrecht beeinträchtigt werden.¹¹⁴⁵

2. Funktionalität

Beim Überlassen der IoT-Geräte geht es primär um die risikogerechte Prämienkalkulation.¹¹⁴⁶ So unterstützen z.B. Telematikgeräte die Versicherer in der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung bei der Produkt- und Preisgestaltung auf Grundlage individueller Risikofaktoren wie Häufigkeit der Fahrzeugnutzung, gefahrene Kilometer, die Art der befahrenen Strassen, Zeitpunkt der Fahrten sowie das Fahrverhalten des Versicherungsnehmers.¹¹⁴⁷ Auf Basis dieser Daten kann der Versicherer das Risiko und damit die Prämie jedes Versicherten individuell berechnen.¹¹⁴⁸ Zudem können stark segmentierte, homogene Risikopools gebildet werden.¹¹⁴⁹ Auch in anderen Geschäftssparten entstehen nutzungsbasierte Versi-

¹¹⁴³ Vgl. PAIN/ANCHEN, 21, gemäss denen die Investitionen, die für Integration innovativer Technologien und zur Erreichung von Skalenerträgen notwendig sind, nicht unterschätzt werden dürfen. Vgl. auch JUBRAJ/MONETA/SUMMERHAYES, 11.

¹¹⁴⁴ Zu den möglichen Geschäftsmodellen im Zusammenhang mit Telematikgeräten vgl. KELLER/TRANSCHEL, 7.

¹¹⁴⁵ Vgl. ROSENTHAL, Rz. 7.77 f.

¹¹⁴⁶ Vgl. NOELLE, 9; PAIN/ANCHEN, 2; KELLER/TRANSCHEL, 8; KLIMKE, 221, jeweils hinsichtlich Telematikgeräten; EY, 6, hinsichtlich Wearables.

¹¹⁴⁷ Vgl. ACKERMANN, 28; BRAUN/SCHREIBER, 57; KELLER/TRANSCHEL, 8; NAIC/CIPR, 19 und 43; SWISS RE, Vertrieb, 20. Ausführlich zur Frage, wie das Risiko aus den erhaltenen Daten ermittelt wird, vgl. KELLER/TRANSCHEL, 8 ff.

¹¹⁴⁸ ACKERMANN, 28. Vgl. auch BRAUN/SCHREIBER, 44; KELLER/TRANSCHEL, 8; PETROVS, 13 f. und 25 f.; SWISS RE, Gegenseitigkeit, 35.

¹¹⁴⁹ Vgl. ELING/LEHMANN, 11 und 16. Eine zu starke Risikosegmentierung kann jedoch unerwünscht sein, wenn dadurch der Effekt des Risikoausgleichs im Kollektiv gefährdet wird (vgl. z.B. BAKBASEL, 74; BECHER, 565; WEBER, Insurance Industry, Rz. 16) oder die Versicherer gewisse Personen nicht mehr versichern (so z.B. WEBER, Insurance Industry, Rz. 42 und Rz. 47, im Zusammenhang mit Big Data im Versicherungswesen).

cherungsprodukte auf Grundlage der Interkonnektion von Geräten, so z.B. in der Kranken- und Lebensversicherung. Sensoren in Gegenständen, die am Körper getragen werden, sammeln und übermitteln dabei biometrische und medizinische Daten über die körperliche Aktivität, die Ernährungsgewohnheiten und das allgemeine Gesundheitsverhalten des Versicherungsnehmers.¹¹⁵⁰ Aufgrund der generierten Informationen¹¹⁵¹ können individualisierte Kranken- und Lebensversicherungslösungen erstellt werden.¹¹⁵² Auch in Wohnungen und Gebäuden können Sensoren angebracht werden, um veränderte Risikobedingungen zu erkennen.¹¹⁵³ Die verbesserten Kenntnisse über die Risikofaktoren reduzieren das Informationsdefizit des Versicherers und damit das versicherungstechnische Risiko.

Ferner können die vernetzten Geräte zu einer Reduktion des Risikos bei verhaltensbasierten Versicherungen führen. Zum einen erzeugt der Datenaustausch zwischen dem Gerät und der Aussenwelt einen Überwachungseffekt, der den Versicherungsnehmer dazu verleiten kann, sein Verhalten anzupassen.¹¹⁵⁴ Zum anderen erhält der Versicherungsnehmer Informationen über sein Risikoverhalten, die Anreize schaffen können, dieses anzupassen.¹¹⁵⁵ Schadenhäufigkeit und Schaden ausmass können sich deshalb reduzieren.¹¹⁵⁶

¹¹⁵⁰ BECHER, 564; BRAUN/SCHREIBER, 56.

¹¹⁵¹ Die Termini «Daten» und «Informationen» werden in dieser Abhandlung als Synonyme verwendet. Präziser wäre es, die beiden Ausdrücke begrifflich zu unterscheiden und Daten als Grundelement der Information zu sehen, wobei ein Informationswert erst durch die Menge der Beziehungen zwischen den Daten generiert wird (vgl. dazu WEBER/WILLI, 4). Für den Zweck dieser Abhandlung ist diese Differenzierung unerheblich.

¹¹⁵² PUSCHMANN/WEBER, 91 f. So bieten z.B. die Krankenversicherer CSS ein solches verhaltensbasiertes Prämienmodell an. Dabei wird anhand der täglich zurückgelegten Schritte ein Prämienrabatt errechnet. Die entsprechenden Daten werden mittels eines Wearables erfasst (vgl. https://www.css.ch/de/home/privat/personen/kontakt_service/mycss/mystep.html).

¹¹⁵³ SWISS RE, Vertrieb, 21.

¹¹⁵⁴ PETROVS, 11, hinsichtlich Telematik.

¹¹⁵⁵ Z.B. zu sichererem Fahren (KELLER/TRANSCHEL, 5; NAIC/CIPR, 24 und 43; SWISS RE, Vertrieb, 21) oder einem gesünderen Lebensstil (EY, 7). Hinsichtlich Meldungen über den Gesundheitszustand in der Krankenversicherung vgl. YODER/RAO/O'HEARN, 9.

¹¹⁵⁶ Vgl. GERPOTT/BERG, 16; KELLER/TRANSCHEL, 5; NAIC/CIPR, 44; PETROVS, 3, jeweils hinsichtlich Telematik; EY, 7, hinsichtlich Wearables.

Die IoT-Geräte können sodann potenziell schadenmindernd wirken. So können mit Zusatzfunktionen wie einem automatischen Notruf und Unfallmelder oder einem Car Finder, mit dem ein gestohlenen Fahrzeug geortet werden kann, die negativen Auswirkungen eines Versicherungsfalles – der Schaden – reduziert oder gar vermieden werden.¹¹⁵⁷ Durch ein Notrufsystem könnte die Reaktionszeit im Schadenfall verkürzt und damit das Schadenmanagement unmittelbar nach Schadeneintritt gesteuert werden. Die Schadenabwicklung wird effizienter und damit kostengünstiger.¹¹⁵⁸ Telematikgeräte zeichnen zudem die Unfalldaten auf. Die Aufzeichnung der Unfalldaten bietet die Möglichkeit einer umfassenden Schadenbearbeitung auf Grundlage der konkreten Unfalldaten.¹¹⁵⁹ Schäden können präziser beurteilt und Betrug kann besser erkannt werden.¹¹⁶⁰

Ferner können die IoT-Geräte auch der Schadenprävention dienen. Im Immobilienbereich können die vernetzten Geräte bspw. dazu eingesetzt werden, die Einbruchsicherheit zu erhöhen, Wasserschäden vorzubeugen oder Feuer frühzeitig zu bekämpfen, indem bei erhöhter Gefahr eine Meldung an den Besitzer der Immobilie, die Versicherung oder eine Notrufzentrale abgegeben wird, die dann die nötigen Schritte zur Vermeidung des Schadeneintritts treffen können.¹¹⁶¹

Versicherungsunternehmen transferieren ihre Risiken auf Rückversicherungsunternehmen. Die Rückversicherungsprämien orientieren sich dabei je nach Ausgestaltung an der Höhe der ursprünglichen Prämie bzw. an den Schäden im Erstversicherungsgeschäft oder an einer vorab definierten Deckungsgrenze. Da durch

¹¹⁵⁷ KLIMKE, 221. Vgl. auch KELLER/TRASCHEL, 6 und 11; NOELLE, 9. Zum automatischen Notruf des Telematik-Konzepts der Axa vgl. oben V.B.

¹¹⁵⁸ So KELLER/TRASCHEL, 11; PETROVS, 10, jeweils hinsichtlich Telematik.

¹¹⁵⁹ PETROVS, 11, m.H. auf ein von ihm geführtes persönliches Interview.

¹¹⁶⁰ CAPGEMINI/EFMA, World Insurance Report 2016, 22; GERPOTT/BERG, 17; NAIC/CIPR, 44; NICOLETTI, 236; SWISS RE, Gegenseitigkeit, 35, jeweils hinsichtlich Telematik.

¹¹⁶¹ Vgl. OLIVER WYMAN, 18. Ähnlich CAPGEMINI/EFMA, World Insurance Report 2016, 25, die allgemein Meldungen bei veränderter Gefahrenlage im Haushalt beschreiben. YODER/RAO/O'HEARN, 24, nennen ein Beispiel aus der Hausratsversicherung, bei dem Sensoren im Boiler eines Hauses einen Defekt ermitteln. Dies löst eine automatische Meldung an den Versicherungsnehmer, die Versicherung und den Handwerker aus. Bis der Versicherungsnehmer am Abend nach Hause kommt, ist der Defekt bereits durch den Handwerker repariert worden.

IoT-Geräte Risiken genauer kalkuliert werden können und das Risikoniveau abnimmt, sinken letztlich auch die Rückversicherungskosten.¹¹⁶²

Schliesslich eröffnen die IoT-Geräte den Versicherern die Möglichkeit, vom Kunden verstärkt wahrgenommen zu werden.¹¹⁶³ Der fehlende Kundenkontakt wird in der Versicherungsbetriebslehre häufig als Problem der Versicherer thematisiert.¹¹⁶⁴ So kann ein Versicherungsunternehmen mit den IoT-Geräten dem Versicherungsnehmer bspw. Rückmeldungen über sein Risikoverhalten oder basierend auf den individuellen Risikofaktoren Hinweise geben, wie er sein Risiko reduzieren kann.

Zusammengefasst können die Versicherer durch das Überlassen der vernetzten Geräte den Versicherungsschutz kostengünstiger, profitabler und näher am Kunden anbieten.¹¹⁶⁵ Die Geräte fördern damit eine rationale und zweckmässige Ausführung des Versicherungsgeschäfts, so dass beim Überlassen der IoT-Geräte ein funktionaler Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft zu bejahen ist.

3. Nähe zum Versicherungsgeschäft

Die Zusatzfunktionen der IoT-Geräte bieten den Versicherungsnehmern in der Regel in irgendeiner Form Schutz bzw. fördern deren finanzielle Sicherheit. Zum einen können Schadenfälle – unabhängig davon, ob der tatsächlich eingetretene Schaden vom Versicherer zu tragen wäre – verhindert werden. So z.B. wenn dem Hausbesitzer ein drohender Wasserschaden gemeldet wird und dieser verhindert werden kann. Zum anderen ermöglichen die Zusatzfunktionen ein frühzeitiges Eingreifen in den Schadenregulierungsprozess. Wie bereits ausgeführt, sind die Kosten der Schadenbehebung geringer, je früher der Versicherer darauf Einfluss nimmt.¹¹⁶⁶ Selbst wenn ein Schaden schlussendlich nicht vom Versicherer getragen wird, weil er z.B. vom Versicherungsvertrag nicht gedeckt ist, können die Zusatzleistungen zu einem tieferen finanziellen Schaden für die Versicherungs-

¹¹⁶² So GERPOTT/BERG, 18, hinsichtlich Telematik.

¹¹⁶³ Vgl. EY, 7; KELLER/TRANSCHEL, 11; NAIC/CIPR, 44; PAIN/ANCHEN, 15; PETROVS, 10; SWISS RE, Lebensversicherung, 26 f.; TEDESCHI/DELLA VECCHIA, 3.

¹¹⁶⁴ Vgl. z.B. MAAS/BÜHLER, Industrialisierung, 33; SWISS RE, Lebensversicherung, 26; VÖLLER, 12.

¹¹⁶⁵ Ähnlich KROTSCH.

¹¹⁶⁶ Vgl. dazu oben V.B.3 und V.C.2.

nehmer führen.¹¹⁶⁷ Die finanzielle Sicherheit, die damit gefördert wird, rückt das Überlassen der vernetzten Geräte in seiner Wirkung für den Versicherungsnehmer in die Nähe des Versicherungsgeschäfts.

4. Fazit

Aus dem Überlassen der vernetzten Geräte können für die Versicherungsunternehmen erhebliche Risiken entstehen. Es sind dies insbesondere operationelle Risiken, die mit den geeigneten Massnahmen und einer entsprechenden vertraglichen Ausgestaltung wie z.B. Haftungsbeschränkungen reduziert werden können. Besonders relevant sind wohl die datenbezogenen Risiken. Das Versicherungsgeschäft bringt definitionsgemäss das Bearbeiten einer grossen Menge an (Personen-)Daten mit sich.¹¹⁶⁸ Die Risiken aus dem Umgang mit Daten stellen für die Versicherer deshalb keine neue Risikokategorie dar. Durch die technologischen Entwicklungen nimmt das Risiko aber neue Dimensionen an.¹¹⁶⁹ Die Expertise der Versicherungsunternehmen im Umgang mit Daten vermag dieses Risiko jedoch zu relativieren. Im Risikogeschäft übernehmen die Versicherungsunternehmen sodann vermehrt Cyberrisiken.¹¹⁷⁰ Die Versicherer verfügen deshalb aus dem Risikogeschäft über Know-how zur Bewertung dieser datenbezogenen Risiken und können Massnahmen zu deren Reduktion ergreifen.¹¹⁷¹ Anzumerken ist jedoch, dass die positive Korrelation zwischen dem versicherungstechnischen Risiko aus der Übernahme der Cyberrisiken und den unternehmenseigenen Cyberrisiken zu einer Steigerung der Gesamtrisikosituation des Versicherungsunternehmens führt.

¹¹⁶⁷ Vgl. NAIC/CIPR, 46.

¹¹⁶⁸ WEBER, Insurance Industry, Rz. 3; ZITTEL, Rz. 12.1. Personendaten sind alle Angaben, die sich auf eine bestimmte oder bestimmbare Person beziehen (Art. 3 lit. a DSGVO). Zu den Arten von bearbeiteten Personendaten in der Privatversicherung vgl. ebenfalls ZITTEL, Rz. 12.24.

¹¹⁶⁹ Ähnlich FTC, IoT, 10, hinsichtlich IoT; SHACKELFORD, 350, hinsichtlich Digitalisierung im Allgemeinen.

¹¹⁷⁰ ELING/SCHNELL, 476 f. So z.B. die Mobiliar oder die Zürich Versicherung. Zum Begriff «Cyberrisiko» vgl. oben V.C.1.

¹¹⁷¹ Vgl. SHACKELFORD, 355; WEBER/WILLI, 31 f., hinsichtlich IT-Sicherheit. Wobei im heutigen Umfeld Cyberrisiken nicht vollständig beseitigt werden können (BÖHME/KATARIA, 3).

Der funktionale Zusammenhang des Überlassens der IoT-Geräte zum Versicherungsgeschäft (risikogerechte Prämienkalkulation, genauere Aufklärung des Versicherungsfalles, Senkung des Schadens, Schadenprävention und vermehrter Kundenkontakt) vermag die erwähnten Risiken weiter zu relativieren. Hinsichtlich der Schadenprävention sei am Rande angemerkt, dass diese auch bei der SUVA als unmittelbar mit dem Betreiben der obligatorischen Unfallversicherung im Zusammenhang stehend erachtet wird.¹¹⁷²

Zusatzfunktionen der IoT-Geräte wie bspw. der automatische Notruf im Pannenfalle oder bei Einbrüchen fördern die (finanzielle) Sicherheit des Versicherungsnehmers. Das Überlassen der Geräte rückt damit in die Nähe des Versicherungsgeschäfts, was wiederum risikorelativierende Wirkung hat.

Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, dass die Risiken, die aus dem Überlassen der vernetzten Geräte für ein Versicherungsunternehmen entstehen, wohl kaum dessen Solvenz gefährden können und dass eine derartige Leistung deshalb unter Art 11 Abs. 1 VAG zulässig ist.¹¹⁷³

D. Vermittlungstätigkeit

Versicherungsunternehmen verfügen meist über ein ausgebautes Vertriebsnetz und äusserst grosse Expertise in der Vermittlungstätigkeit. Die Erhaltung und Schaffung möglichst vielfältiger Vertriebskanäle ist im Versicherungsmarkt denn auch zentral.¹¹⁷⁴ Über diese Vertriebskanäle können nicht nur Versicherungsprodukte i.e.S. abgesetzt werden, vielmehr können grundsätzlich jegliche Arten von

¹¹⁷² Vgl. dazu oben III.B.3.3.a.

¹¹⁷³ So im Ergebnis auch KLIMKE, 222, zum deutschen Recht. Gemäss PETROVS, 32, (ebenefalls zum deutschen Recht) sind die Telematiklösungen hingegen spätestens dann versicherungsfremd, wenn automatische Notrufleistungen erbracht werden. Er begründet dies damit, dass gemäss D-VAG jedes zusätzliche finanzielle Risiko zur Versicherungsfremdheit eines Nichtversicherungsgeschäfts führt. Gemäss § 15 Abs. 1 D-VAG ist ein unmittelbarer Zusammenhang anzunehmen, wenn ein Geschäft nicht zu einem zusätzlichen finanziellen Risiko führt. Anders als PETROVS legt die Mehrheit des deutschen Schrifttums diesen Passus jedoch dahingehend aus, dass es ein zusätzliches solvenzgefährdendes Risiko zu sein hat. So z.B. Kommentar D-VAG/KAULBACH (5. Aufl.), N 18 zu § 7; KLIMKE, 221; MÜLLER, H., Versicherungsbinnenmarkt, Rz. 388 f.; MÜLLER, H., Allfinanzkonzept, 22.

¹¹⁷⁴ Vertrauliches Diskussionspapier eines Schweizer Versicherers.

Produkten und Dienstleistungen vertrieben und vermittelt werden. Umgekehrt werden teilweise auch Versicherungsprodukte am Bankschalter angeboten. Die Banken werden dabei aber nicht zum Risikoträger, sondern vermitteln die Versicherungsprodukte eines Versicherungsunternehmens.¹¹⁷⁵ Im Zusammenhang mit dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte stellt sich die Frage, ob das Vermitteln von Produkten und Dienstleistungen aus Branchen ausserhalb des Versicherungssektors durch Versicherungsunternehmen unter Art. 11 Abs. 1 VAG zulässig ist. Da die Kunden heute nach umfassenden Lösungen suchen,¹¹⁷⁶ kann es auch für Versicherungsunternehmen lukrativ sein, neben dem eigenen Versicherungsprodukt weitere Kundenbedürfnisse durch das Vermitteln von Dienstleistungen oder Produkten anderer Anbieter zu befriedigen. Der Vertrag über das Nichtversicherungsgeschäft wird dabei zwischen dem Erbringer der Nichtversicherungsleistung und dem Abnehmer, nicht aber zwischen dem Abnehmer und dem Versicherungsunternehmen abgeschlossen.¹¹⁷⁷ In der Praxis geht es häufig um die Vermittlung von Finanzdienstleistungen. Viele der Lebensversicherungsprodukte weisen Ähnlichkeiten zu klassischen Anlageprodukten anderer Finanzdienstleister auf, so z.B. die fondsgebundenen Lebensversicherungen.¹¹⁷⁸ Die Mitarbeiter der Versicherungsunternehmen sind in der Regel gut ausgebildet und verfügen über vertiefte Finanzkenntnisse aus ihrer Kerntätigkeit, der Vermittlung von Versicherungsprodukten. Durch die Vermittlung weiterer Finanzdienstleistungen wie klassischen Anlageprodukten (z.B. Anteile an kollektiven Kapitalanlagen) können deshalb Synergieeffekte geschaffen werden.¹¹⁷⁹

Der Trend zu sogenannten «Ökosystemen» zeigt aber, dass ein Bedürfnis der Versicherer besteht, auch Leistungen und Produkte ausserhalb des Finanzbereichs zu

¹¹⁷⁵ Vgl. BRAUN/PETER/XU, 1 ff.; KUHN, Zukunft, 19; MÄCHLER-ERNE, Zusammenwirken, 117. Die Aufnahme von Versicherungsprodukten in das Produktprogramm der Banken war die erste Stufe der sogenannten Allfinanz (KELLER, U., 93). Mit dem Begriff «Allfinanz» wurde Ende der 1990er-Jahre der Trend des Zusammenwachsens von Banken und Versicherungen umschrieben. Vereinfacht ausgedrückt ist Allfinanz das Angebot einer breiten Palette von Finanzdienstleistungen aus einer Hand (KUHN, Zukunft, 12). Dieser Trend konnte sich nicht im angenommenen Ausmass durchsetzen.

¹¹⁷⁶ MEIER/RHEINLÄNDER, 44.

¹¹⁷⁷ MÄCHLER-ERNE, Zusammenwirken, 122.

¹¹⁷⁸ Als fondsgebunden werden Lebensversicherungen bezeichnet, die neben der Risikodeckung für den Versicherungsnehmer Investitionsoptionen, unter anderem in Aktien, Anleihen oder Fonds, bieten (BRAUN/PETER/XU, 5).

¹¹⁷⁹ Vgl. BRAUN/PETER/XU, 1, aber hinsichtlich Vermittlung von Versicherungsprodukten durch Bankmitarbeiter.

vermitteln. Die Versicherungsunternehmen sind in einem Ökosystem Teil eines Netzwerks von Leistungen, die dem Kunden bei der Lösung verschiedener Probleme bzw. der Befriedigung verschiedener Bedürfnisse innerhalb unterschiedlicher Themenkreise dienen.¹¹⁸⁰ Die Versicherer können in diesem Ökosystem als Anbieter von Versicherungsgeschäften, insbesondere Risikogeschäften, oder als Erbringer oder Vermittler anderer Leistungen oder Produkte auftreten. Die Entwicklung der Ökosysteme wurde insbesondere durch die fortschreitende Digitalisierung angetrieben.¹¹⁸¹ Beispiele solcher Ökosysteme sind Mobilität, Wohnen, Besitz, Arbeiten oder Freizeit.¹¹⁸² So werden im Themenfeld Mobilität Produkte verkauft und Leistungen erbracht, die in irgendeiner Form im Zusammenhang mit dem Auto oder anderen Mitteln der Fortbewegung stehen. Im Ökosystem Mobilität können bspw. die Telematikgeräte von Partnerunternehmen vermittelt werden, anstatt diese selbst zu überlassen.¹¹⁸³ Anstatt die Assistance-Leistungen selbst zu erbringen, können ebenfalls die Leistungen von Dritten vermittelt werden. So kann im Pannenfalle ein Assistance-Dienstleister eingeschaltet werden, der den Versicherungsnehmer im Schadenfall unterstützt. Als weiteres Beispiel kann das Vermitteln von Alarmanlagesystemen eines Partnerunternehmens im Ökosystem Wohnen genannt werden. Denkbar ist ferner die Vermittlung von Mitgliedschaften in einem Fitnessstudio bei der Krankenversicherung bzw. im Ökosystem Gesundheit oder von Fahrtrainings bei der Motorfahrzeugversicherung respektive im Ökosystem Mobilität.

1. Risiko aus der Vermittlungstätigkeit

Die Vermittlung von Produkten und Leistungen ausserhalb des Versicherungsektors wird in der Regel über die bestehenden Absatzkanäle der Versicherer erfolgen, so dass dafür kaum Investitionen getätigt werden müssen. Das unternehmerische Risiko aufgrund von Fehlinvestitionen ist deshalb bei der Vermittlungstätigkeit vernachlässigbar. Ähnlich verhält es sich mit dem Kreditrisiko. Die finanziellen Aufwendungen der Versicherer für die Vermittlungstätigkeit sind wohl gering. Das Schadenausmass aus dem Umstand, dass die Kunden das Entgelt für die Vermittlung nicht bezahlen, ist deshalb klein und das Risiko gering. Treten die

¹¹⁸⁰ Vgl. TEDESCHI/DELLA VECCHIA, 7; MAAS/BÜHLER, Wettbewerbsvorteile, 183.

¹¹⁸¹ Vgl. MAAS/BÜHLER, Wettbewerbsvorteile, 188 f.

¹¹⁸² MAAS/BÜHLER, Wettbewerbsvorteile, 188. Vgl. auch BAIN & COMPANY, ii und 2.

¹¹⁸³ Zu den Telematikgeräten vgl. oben V.C.

Versicherungsunternehmen als Vermittler auf, treffen sie Haftungsrisiken: Sie können sowohl gegenüber den Abnehmern als auch gegenüber dem Erbringer der Nichtversicherungsleistung haftbar sein.¹¹⁸⁴ Marktrisiken ergeben sich selbst aus der Vermittlung von Finanzdienstleistungen für den Versicherer keine; diese werden vom Erbringer der vermittelten Dienstleistung wie z.B. der Bank selbst getragen. Risikokorrelationseffekte sind bei der reinen Vermittlungstätigkeit keine zu erwarten.

2. Funktionalität

Die Frage, ob ein funktionaler Zusammenhang besteht, d.h. ob die Vermittlungstätigkeit der zweckmässigen und rationalen Ausführung des Versicherungsgeschäfts dient, hängt von der Art des vermittelten Produkts oder der vermittelten Dienstleistung ab. Jedenfalls bei der Vermittlung von IoT-Geräten wie z.B. Telematikgeräten ist der funktionale Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft zu bejahen.¹¹⁸⁵ Dies gilt auch für die Vermittlung von Assistance-Leistungen, welche unmittelbar der Beseitigung der materiell-dinglichen Schadenauswirkungen dienen.¹¹⁸⁶ Ein funktionaler Zusammenhang ist weiter bei der Vermittlung von Leistungen zur Schadenprävention zu bejahen: Das Schadenausmass wird reduziert und das Versicherungsgeschäft kann in der Folge zweckmässiger und rationaler ausgeführt werden.

Bei der Vermittlung von Finanzdienstleistungen ist ein funktionaler Zusammenhang nur schwerlich zu bejahen. Im Lebensversicherungsbereich kann allenfalls argumentiert werden, dass das Anbieten von komplementären Finanzdienstleistungen absatzfördernde Wirkung haben kann und damit für den Betrieb des Ver-

¹¹⁸⁴ Je nach vertraglicher Ausgestaltung und Vermittlungsgegenstand handelt es sich bei der Vermittlung um einen Auftrag (Art. 394 ff. OR), einen Mäklervertrag (Art. 412 ff. OR;), einen Kommissionsvertrag (Art. 425 ff. OR [nur bei beweglichen Sachen]), einen Agenturvertrag (Art. 418a ff. OR) oder eine Mischform. In der Regel wird insbesondere im Zusammenhang mit der Haftung gegenüber dem Abnehmer das Auftragsrecht anwendbar sein. Vgl. dazu unten V.E.1 (Beratungshaftung).

¹¹⁸⁵ Vgl. dazu oben V.C.2. Bei der risikogerechten Prämienkalkulation ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Partnerunternehmen, welches die Daten mittels IoT-Geräten erhebt, diese aus Gründen des Datenschutzes nicht ohne Weiteres an das Versicherungsunternehmen übermitteln darf. Es ist eine entsprechende Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer abzuschliessen.

¹¹⁸⁶ Vgl. dazu oben V.B.2.

sicherungsgeschäfts rational und zweckmässig ist. Die Absatzförderung alleine reicht m.E. nicht zur Begründung eines funktionalen Zusammenhangs.¹¹⁸⁷

3. Nähe zum Versicherungsgeschäft

Bei der Vermittlung von Leistungen und Produkten übernimmt der Versicherer kein Risiko des Versicherungsnehmers. Es kommt also zu keinem Risikotransfer. Dennoch sind die versicherungsnahen Geschäfte geeignet, dem Versicherungsnehmer Schutz in Form von finanzieller Sicherheit zu bieten. Für die Nähe zum Versicherungsgeschäft von Vermittlungsgeschäften im Zusammenhang mit Assistance-Leistungen und IoT-Geräten kann *mutatis mutandis* auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.¹¹⁸⁸ Für den Sicherungseffekt beim Versicherungsnehmer macht es keinen Unterschied, ob der Versicherer die Leistung selbst erbringt oder das Produkt selbst anbietet. Bei Leistungen und Produkten zur Schadenprävention wird die Versicherungsnähe im Allgemeinen ebenfalls zu bejahen sein. Diese schützen den Versicherungsnehmer vor dem Eintritt eines Schadenfalls und dienen damit seiner finanziellen Sicherheit.

Das breite Angebot an Anlage- und Versicherungsprodukten zielt darauf ab, die finanzielle Situation der Kunden zu verbessern.¹¹⁸⁹ Komplementäre Anlage- und Versicherungsprodukte können dem Versicherungsnehmer umfassende finanzielle Absicherung bieten.

4. Fazit

Insbesondere im Finanzbereich erscheinen die Risiken aus der Vermittlungstätigkeit für die Versicherer beherrschbar. Allfällige Beratungsrisiken sind aufgrund der Expertise der Versicherer in diesem Bereich als gering einzustufen. Die unternehmerischen sowie die operationellen Risiken sind zwar gewissermassen abhängig vom Umfang der Vermittlungstätigkeit, doch erscheinen sie kaum derart hoch, dass sie die Solvenz eines Versicherungsunternehmens zu gefährden vermögen. Häufig sind die Finanzdienstleistungen als versicherungsnah zu bezeichnen: Sie

¹¹⁸⁷ Vgl.dazu oben V.B.2.

¹¹⁸⁸ Vgl. hinsichtlich Assistance-Leistungen oben V.B.3 und hinsichtlich der IoT-Geräte oben V.C.3.

¹¹⁸⁹ So BRAUN/PETER/XU, 7, hinsichtlich Vertrieb von Versicherungsprodukten durch Banken.

dienen der finanziellen Absicherung der Versicherungsnehmer. Durch die Nähe der Dienstleistungen zum Versicherungsgeschäft und die Tatsache, dass der Versicherer bei der Vermittlung dieser Leistungen kein zusätzliches Risiko vom Versicherungsnehmer übernimmt, wird das Risiko der Versicherungsunternehmen weiter relativiert. Trotz des wohl fehlenden funktionalen Zusammenhangs der Vermittlung von Finanzdienstleistungen zum Versicherungsgeschäft ist bei einer risikobasierten Beurteilung die Vermittlung von Finanzdienstleistungen durch einen Versicherer unter Art. 11 Abs. 1 VAG als zulässig zu erachten.¹¹⁹⁰

Die Vermittlungstätigkeit im Finanzbereich sollte auch aus Gleichbehandlungsüberlegungen zulässig sein. Andernfalls würden die Versicherungen bei der Vermittlung von Finanzdienstleistungen den Banken gegenüber benachteiligt: Banken dürften Versicherungsprodukte vermitteln; umgekehrt wäre es den Versicherern aber verwehrt, Bankprodukte zu vermitteln.¹¹⁹¹ Dem entspricht auch die Wertung des KAG, wonach Versicherungen keine Vertriebsbewilligung der FINMA für den Vertrieb in- oder ausländischer kollektiver Kapitalanlagen benötigen.¹¹⁹²

Auch bei der Vermittlung anderer Leistungen und Produkte erscheinen die Risiken überschaubar. Die unternehmerischen Risiken sind als eher gering einzustufen und Marktrisiken entstehen für den Versicherer keine. Der funktionale Zusammenhang

¹¹⁹⁰ Unter deutschem Aufsichtsrecht wird denn auch die Vermittlung von Bausparverträgen aus historischen Gründen unter dem Verbot versicherungsfremder Geschäfte als zulässig erachtet. Vgl. z.B. BAV, Geschäftsbericht 1972, 32 f.; BKK D-VAG/PRÄVE, N 48 § 15.

¹¹⁹¹ So auch ein vertrauliches Diskussionspapier eines Schweizer Versicherers.

¹¹⁹² Vgl. Art. 13 und 19 KAG i.V.m. Art. 8 KKV. Die deutsche Aufsichtsbehörde hält die Vermittlung von Anteilen an Investmentfonds hingegen für versicherungsfremd und damit unzulässig. Die BaFin 2013 hat aufgrund einer verschärfen Haftung aus der Vermittlung von Anteilen an Investmentfonds eine Verlautbarung entworfen, nach der stets ein versicherungsfremdes Geschäft anzunehmen ist. Sie begründet diese Praxisänderung mit dem zusätzlichen finanziellen Risiko für Versicherungsunternehmen, das durch die verschärfte Haftung aus der Vermittlung von Investmentfonds entstanden ist (BaFin, Konsultation 05/2013). Der Ansicht der BaFin wird entgegengehalten, dass Investmentanteile schon den Produkten der Personenversicherung, insbesondere in der fondsgebundenen Lebens- und Rentenversicherung, immanent sind. Dort erfolgt der Ansparprozess über Investmentanteile. Im Übrigen sind Investmentfonds eine typische Wiederanlagemöglichkeit für die Versicherungssumme und damit Teil der Vermögensverwaltung. Weiter wird angeführt, dass nach deutschem Recht die Kapitalanlagegesellschaft, deren Investmentfonds der Versicherer vermittelt, für allfällige Beratungsfehler hafte und der Versicherer in der Regel im Innenverhältnis von der Haftung befreit sei (GDV, 3 ff.).

der Vermittlungsgeschäfte hängt von der Art des vermittelten Produkts oder der vermittelten Dienstleistung ab. Bei der Vermittlung der IoT-Geräte sowie der Assistance-Leistungen zur Beseitigung der materiell-dinglichen Schadenauswirkungen ist er jedenfalls zu bejahen. Diese Geschäfte können denn auch als versicherungsnah bewertet werden: Sie dienen der finanziellen Sicherheit der Versicherungsnehmer, ohne dass ein Risiko auf den Versicherer übertragen wird.¹¹⁹³ Diese Geschäfte scheinen damit keine Risiken zu erzeugen, welche die Solvenz eines Versicherungsunternehmens zu gefährden vermögen, und sind deshalb bei einer risikobasierten Beurteilung unter Art. 11 Abs. 1 VAG als zulässig zu erachten.¹¹⁹⁴

E. Beratungsdienstleistungen

Denkbar ist sodann, dass die Versicherer ihr Know-how in Form von Beratungsdienstleistungen kommerzialisieren. Ein Rechtsschutzversicherer wäre bspw. prädestiniert, Rechtsberatung unabhängig von einem Versicherungsvertrag auch Dritten anzubieten. Gleiches gilt für Beratungsleistungen im Bereich des Risikomanagements: Versicherungen prüfen Risiken im Rahmen des Underwritings eingehend und haben Praktiken und Techniken zur Risikobegrenzung entwickelt.¹¹⁹⁵ Diese Kenntnisse können sie in Form von Beratungsdienstleistungen entgeltlich auf dem Markt anbieten. Anderen Versicherungsunternehmen können sie ferner Beratung in versicherungstechnischer und statistischer Hinsicht offerieren. Weitere Beratungsdienstleistungen sind bei der Vorsorge- oder Finanzplanung denkbar.

¹¹⁹³ Vgl. dazu oben V.B.3 hinsichtlich Assistance-Leistungen und V.C.3 hinsichtlich der IoT-Geräte.

¹¹⁹⁴ So im Ergebnis auch MÄCHLER-ERNE, Zusammenwirken, 122, nach der der Vertrieb von versicherungsfremden Produkten aber überhaupt nicht vom Verbot des Betriebs versicherungsfremder Geschäfte erfasst ist. Vgl. zum deutschen Recht auch NK D-VAG-LAARS/BOTH, N 2 zu § 15.

¹¹⁹⁵ Vgl. SCHMID, 482.

1. Risiken aus Beratungsdienstleistungen

Bieten die Versicherer ihr Know-how als Beratungsdienstleistungen am Markt an, entsteht dabei ein gewisses Haftungsrisiko. Grundlage für eine mögliche Haftung für fehlerhafte Beratung bildet in der Regel das Auftragsrecht.¹¹⁹⁶ Die Haftungsordnung ist aber dispositiver Natur, so dass sie vertraglich eingeschränkt oder ausgeschlossen werden kann.¹¹⁹⁷

Das Versicherungsunternehmen wird die Beratungsleistungen meist im Rahmen der bestehenden Infrastruktur anbieten: Es werden insbesondere die Kapazitäten der Mitarbeiter und allfällige Arbeitsmittel, insbesondere IT-Programme, die im Kernbereich des Versicherungsgeschäfts verwendet werden, ausgenutzt. Anstelle neuer Investitionen werden folglich vielmehr die bestehenden Ressourcen ausgelastet.

Des Weiteren besteht ein gewisses Risiko, dass die Abnehmer das Entgelt für die Dienstleistungen nicht bezahlen. Da sich die Kosten für das Erbringen der Leistungen in der Regel im Rahmen halten werden, ist das Schadenausmass allfälliger ausbleibender Entgelte wohl bescheiden und das Risiko entsprechend gering. Marktrisiken dürften bei der Erbringung von Beratungsleistungen durch Versicherungsunternehmen hingegen keine entstehen. Ebenfalls sind keine Risikokorrelationseffekte erkennbar.

¹¹⁹⁶ Vgl. MÜLLER-CHEN, 1 f. Die Haftung setzt demnach eine Vertragsverletzung (z.B. Verletzung einer Sorgfaltspflicht), einen Schaden, den adäquaten Kausalzusammenhang sowie das Scheitern des Exkulpationsbeweises voraus (vgl. Art. 97 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR). Wobei die Qualifikation als Auftrag nicht immer eindeutig ist. So qualifiziert das BGer die Finanzplanung z.B. als Mischung zwischen Auftrag und Werkvertrag (BGer 4A_398/2011 vom 1. Dezember 2011, E. 4).

¹¹⁹⁷ Wobei die obligationenrechtlichen Schranken zu beachten sind (Art. 100 f. OR). Zudem trägt der Gläubiger für eine Haftung nach Art. 97 i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR die Beweislast für die Vertragsverletzung. Dies dürfte in der Regel schwierig nachzuweisen sein. Weitere Schwierigkeiten ergeben sich beim adäquaten Kausalzusammenhang: Der Berater liefert u.U. zwar die fehlerhafte Entscheidungsgrundlage, doch bildet dies nur eine Teilursache des Schadens. Der Auftraggeber (Geschädigter) leistet durch seinen Entscheid schliesslich eine weitere Ursache für den Schaden. Je nach Höhe des Selbstverschuldens des Geschädigten wird denn eine allfällige Haftung auch reduziert (vgl. im Zusammenhang mit der Haftung für unentgeltliche Beratung und Auskunft BGer 4C-193/2000 vom 26. September 2001, E. 4d und 6a; WERRO, 16).

2. Funktionalität

Ein funktionaler Zusammenhang der Beratungsdienstleistungen zum Versicherungsgeschäft ist nicht ohne Weiteres erstellt. Es ist nur schwerlich zu argumentieren, dass das Erbringen von Beratungsleistungen die rationale und zweckmässige Ausführung des Versicherungsgeschäfts fördert. Wie bei der Vermittlung von Leistungen im Finanzbereich kann die absatzfördernde Wirkung vorgebracht werden. Obwohl die Absatzförderung alleine m.E. noch nicht ausreicht, um einen funktionalen Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft zu etablieren, ist dieses Argument bei den Beratungsleistungen etwas überzeugender. Wird ein Kunde bspw. im Bereich der Finanz- und Vorsorgeplanung beraten, bezweckt das Versicherungsunternehmen in der Regel, dass der Kunde schliesslich vom Abschluss entsprechender Vorsorgeprodukte des Versicherungsunternehmens überzeugt werden kann. Die absatzfördernde Wirkung von Beratungsdienstleistungen ist m.E. durchaus gegeben, doch reicht diese nicht aus, um den funktionalen Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft zu erstellen.

3. Nähe zum Versicherungsgeschäft

Die Nähe der Beratungsdienstleistungen zum Versicherungsgeschäft ist abhängig von deren Inhalt. Dienen die Leistungen der finanziellen Sicherheit des Abnehmers, ist die Versicherungsnähe zu bejahen. Dies ist z.B. bei Beratungen im Risikomanagement oder in der Vorsorge- und Finanzplanung der Fall. Diese Leistungen helfen dem Kunden, sich abzusichern, ohne dass ein Risiko auf den Versicherer übertragen wird.

4. Fazit

Aus dem Gesagten geht hervor, dass Beratungsdienstleistungen in Bereichen, in denen die Versicherer aus dem Versicherungsgeschäft ein umfassendes Know-how aufweisen, wohl keine Risiken erzeugen, welche die Solvenz des Unternehmens gefährden könnten. Die Haftungsrisiken erscheinen aufgrund der grossen Expertise der Versicherer in diesen Bereichen bescheiden. Sie können zudem vertraglich eingeschränkt werden. Allfällige weitere operationelle Risiken können ebenfalls durch geeignete Massnahmen beschränkt werden. Sofern es sich um Leistungen im Rahmen der Expertise des Versicherers handelt, werden die bestehenden Ressourcen ausgeschöpft, so dass kaum Investitionen notwendig sind und

das unternehmerische Risiko folglich als gering einzuschätzen ist. Dasselbe gilt für das Kreditrisiko. Die Kommerzialisierung des Know-hows der Versicherer als Beratungsdienstleistungen erscheint damit bei einer risikobasierten Beurteilung nicht versicherungsfremd und ist somit unter Art. 11 Abs. 1 VAG als zulässig zu erachten.¹¹⁹⁸ Zu diesem Ergebnis ist auch schon das ehemalige EVA gekommen, das die Vorsorgeberatung als mit dem Kollektivlebensversicherungsgeschäft in unmittelbarem Zusammenhang stehend beurteilte.¹¹⁹⁹ Für das Bestehen des unmittelbaren Zusammenhangs bei Beratungsdienstleistungen spricht ferner, dass bei der SUVA bei jenen Geschäften ein unmittelbarer Zusammenhang zu ihrer Kern-tätigkeit, der Durchführung der Unfallversicherung, bejaht wird, bei denen sie das in diesem Bereich erworbene Wissen nutzbringend in anderen Bereichen anwendet.

Bei Beratungsdienstleistungen ausserhalb des Expertise-Bereichs der Versicherer ist eine differenziertere Beurteilung vorzunehmen. In diesen Bereichen müsste zunächst Know-how aufgebaut werden und Investitionen wären zu tätigen. Damit ist das unternehmerische Risiko entsprechend grösser. Zudem ist auch das Haftungsrisiko aufgrund des fehlenden Fachwissens erhöht. Es dürfte aber äusserst unwahrscheinlich sein, dass ein Versicherungsunternehmen in Bereichen beraten will, in denen es nicht über Fachexpertise verfügt. Es geht den Unternehmen bei diesen Leistungen darum, die vorhandenen Kapazitäten effizient auszuschöpfen und nicht neue zu binden.

¹¹⁹⁸ So im Ergebnis auch PRÄVE, 499; SCHOENFELDT/KALIS (separatum), beide zum deutschen Recht. Sie nennen ein Beispiel aus dem Bereich der privaten Krankenversicherung und führen sowohl die geänderte Verkehrsauffassung als auch die fehlende Gefährdung der Versichertenbelange an. Versicherungsnehmer würden Krankenversicherer als sachkundige Partner in Gesundheitsfragen wahrnehmen und sich bei gesundheitlichen Fragen zunehmend an die Versicherer wenden. Für den unmittelbaren Zusammenhang von Beratungs- und Informationsdienstleistungen zum Versicherungsgeschäft spreche sodann die *ratio legis* des Verbots. Diese Geschäfte dienen überwiegend dazu, die Entstehung bzw. den Umfang eines allfälligen Schadens zu reduzieren. Dies stabilisiere die Prämienhöhe und liege somit im Interesse des Versicherten. Ein finanzielles Risiko für den Versicherer, das die Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge gefährdet, sei nicht ersichtlich.

¹¹⁹⁹ EVA, Bericht versicherungsfremdes Geschäft, 7.

VI. Schlussfazit und Ausblick

Das Wettbewerbsumfeld im Versicherungsmarkt hat sich intensiviert. Preis- und Kostendruck sind gestiegen, die Kunden verlangen personalisierte Lösungen und neue branchenfremde Konkurrenz tritt in den Markt ein. Die Digitalisierung und das damit verbundene Erfassen, Speichern und Analysieren von Daten ist nur einer der Treiber dieses Wandels. Um bei diesen veränderten Wettbewerbsverhältnissen weiterhin erfolgreich auf dem Markt bestehen zu können, haben die Versicherungsunternehmen ihr Geschäftsfeld über das eigentliche Versicherungsgeschäft – den Risikotransfer und die Risikotransformation gegen Entgelt – hinaus anzupassen. Die Ausweitung des Geschäftsfelds ist für Versicherungsunternehmen jedoch aufgrund des Verbots versicherungsfremder Geschäfte in Art. 11 Abs. 1 VAG nur beschränkt möglich. Versicherungsunternehmen dürfen neben dem Versicherungsgeschäft nur Geschäfte betreiben, die damit in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Der Betrieb des Versicherungsgeschäfts besteht dabei aus sämtlichen Funktionen, die in einem wirtschaftlich geführten Unternehmen notwendig sind. Dieses Versicherungsgeschäft i.w.S. umfasst neben den versicherungstypischen Funktionen wie Produktentwicklung, Vertrieb, Risikozeichnung, Bestandesverwaltung sowie Schadenregulierung weitere, nicht versicherungsspezifische Funktionen. Dazu zählen z.B. das Rechnungswesen und die Informations- und Datenverarbeitung (IT).

In höchstem Masse unbestimmt ist hingegen, welche Geschäfte in unmittelbarem Zusammenhang zum Betrieb des Versicherungsgeschäfts stehen. Die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 VAG hat ergeben, dass sich die Zulässigkeit von Nichtversicherungsgeschäften anhand ihrer Wirkung auf die Solvenz eines Versicherungsunternehmens beurteilt. Verursacht ein Nichtversicherungsgeschäft ein Risiko, das die Solvenz des Versicherungsunternehmens zu gefährden vermag, kann es nicht in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft stehen und ist folglich unter Art. 11 Abs. 1 VAG unzulässig. Als Risiko ist dabei ein Informationsdefizit über die negativen Erwartungsabweichungen zu verstehen. Versicherungsökonomisch ausgedrückt spiegelt sich dies in der Wahrscheinlichkeitsverteilung von Schäden. Die konsequente Ausrichtung des Inhalts der Geschäftsfeldbeschränkung auf den Schutz der Solvenz der Versicherer deckt sich mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip, an dem sich auch die Aufsichtstätigkeit der FINMA zu messen hat. Die Beschränkung des Geschäftsfelds der Versicherer ist damit nur soweit zulässig, als dies der Schutz der Ansprüche der Versicherten vor solvenzgefährdenden Risiken der Versicherungsunternehmen erfordert. Verhält-

nismässig ist es somit nur, den unmittelbaren Zusammenhang bei jenen Geschäften zu verneinen, welche zu einem Insolvenzrisiko für die Versicherungsunternehmen führen könnten. Diese risikobasierte Betrachtung des aufsichtsrechtlichen Spezialitätsprinzips ermöglicht den Versicherern eine dynamische Entwicklung ihres Geschäftsfelds. Die Auslegung von Art. 11 Abs. 1 VAG hat denn auch ergeben, dass es den Versicherern möglich sein muss, ihr Geschäftsfeld den wirtschaftlichen Entwicklungen anzupassen.

Grundsätzlich können die Versicherungsunternehmen – vorbehaltlich der allgemeinen Vorschriften zu den Beteiligungen in Art. 21 VAG – mittelbar über Tochter- oder Beteiligungsunternehmen in neue Geschäftsfelder vordringen. Die Gründung einer Tochtergesellschaft oder der Erwerb von Beteiligungen ist jedoch teilweise aufwendig und deshalb zeit- und kostenintensiv. Da der Markterfolg der Geschäftsideen zunächst häufig im Rahmen von Pilotprojekten getestet wird, ist die Gründung von bzw. die Beteiligung an versicherungsfremden Gesellschaften meist nicht praktikabel. Gleiches gilt für die Ausnahmegewilligung für den Betrieb von versicherungsfremden Geschäften in Art. 11 Abs. 2 VAG. Weder das Schadenversicherungsabkommen noch das europäische Recht enthält eine entsprechende Ausnahmegewilligung. Den Versicherungsunternehmen, die über Zweigniederlassungen und Agenturen im EU-Raum tätig sind oder dies planen, kann deshalb keine entsprechende Bewilligung zum Betrieb versicherungsfremder Geschäfte gewährt werden. Eine risikobasierte Beurteilung der Geschäftsfelder unter Art. 11 Abs. 1 VAG, welche dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung trägt und dynamische Geschäftsfeldentwicklungen zulässt, ist deshalb sachgerechter. Für die Zulässigkeit eines Geschäfts unter Art. 11 Abs. 1 VAG ist damit zu prüfen, welche Risiken das Geschäft verursacht und welche Wirkung diese Risiken auf die Gesamtrisikoeexposition und letztlich die Solvenz des Versicherungsunternehmens haben.

Das Versicherungsgeschäft selbst bringt Markt-, Kredit- und Liquiditätsrisiken sowie operationelle und unternehmerische Risiken mit sich. Zudem birgt es ein art-eigenes sogenanntes versicherungstechnisches Risiko. Dieses besteht vereinfacht ausgedrückt in der Gefahr, dass die kollektiven Gesamtschadenaufwendungen die kollektiven Prämieineinnahmen zur Deckung der übernommenen Risiken zuzüglich des Sicherheitskapitals innerhalb einer bestimmten Periode übersteigen. Nichtversicherungsgeschäfte sind mit Ausnahme des versicherungstechnischen Risikos von denselben Risikokategorien betroffen wie das Versicherungsgeschäft selbst. Nicht jedes zusätzliche Risiko führt zu einer Verschlechterung der Gesamtrisikosituation und damit zu einer Gefährdung der Solvenz des Versicherungs-

unternehmens. Vielmehr sind Risikokorrelationseffekte zu berücksichtigen. Während eine positive Risikokorrelation zu einer Steigerung der Gesamtrisikoeexposition führt, heben sich negativ korrelierte Risiken gewissermassen gegenseitig auf und führen so zu einer Reduktion der Gesamtrisikosituation. Ob ein Geschäft solvenzgefährdende Risiken für ein Versicherungsunternehmen verursacht, ist nur unter Berücksichtigung der gesamten Geschäftsaktivitäten dieses Unternehmens zu beurteilen. Nur versicherungsmathematische Modelle wie der SST, die die Kapitalausstattung des Versicherungsunternehmens berücksichtigen, können eine konkrete Einschätzung der Solvenzgefährdung des Unternehmens liefern. Dennoch kann das Risiko einer Geschäftsaktivität und damit letztlich deren Zulässigkeit unter Art. 11 Abs. 1 VAG qualitativ anhand der folgenden vier Kriterien beurteilt werden:

- Funktionalität: Dient das Geschäft einer rationalen und zweckmässigen Durchführung des Versicherungsgeschäfts?
- Umfang: Ist das Geschäft relativ zum Versicherungsgeschäft von untergeordneter Bedeutung?
- Ähnlichkeit zum Versicherungsgeschäft: Entspricht die wirtschaftliche Funktionsweise des Geschäfts derjenigen des Versicherungsgeschäfts insofern, als Risikotransfer und Risikotransformation gegen Entgelt stattfindet?
- Nähe zum Versicherungsgeschäft: Dient das Geschäft dem Schutz des Abnehmers in Form von finanzieller Sicherheit, ohne dass ein Risiko auf das Versicherungsunternehmen übertragen wird?

Daneben erscheint es angebracht, wenn bei der Prüfung der Gefährdung der Ansprüche der Versicherten bzw. der Solvenz des Versicherungsunternehmens auch die Kriterien berücksichtigt werden, nach denen die FINMA unter Art. 21 Abs. 4 VAG die Zulässigkeit des Haltens von Beteiligungen beurteilt: die Kapitalausstattung, die versicherungstechnischen Reserven und deren Abdeckung mit Aktiven (gebundenes Vermögen) sowie das Risikomanagement.¹²⁰⁰ Der Prüfungsmassstab und die Anforderungen haben unter Art. 11 Abs. 1 VAG aufgrund des direkten Einflusses der Geschäfte auf die finanzielle Lage des Versicherungsunternehmens wohl strenger zu sein.

¹²⁰⁰ Vgl. dazu oben III.B.3.1.c.

Entwicklungen der letzten Jahre – insbesondere die Gesetzgebungsarbeiten zum Finanzdienstleistungsgesetz¹²⁰¹ – haben Anpassungsbedarf in der Versicherungsaufsicht gezeigt.¹²⁰² Der Bundesrat hat deshalb am 14. November 2018 einen Vorentwurf zur Revision des VAG in die Vernehmlassung geschickt. Die Teilrevision betrifft vorwiegend die Sanierung von Versicherungsunternehmen, die Verhaltensregeln für Versicherungsvermittler sowie das Ombudswesen. Zudem soll das Aufsichts- und Regulierungskonzept noch stärker auf den Kundenschutz ausgerichtet werden. Der Vorentwurf des Bundesrates enthält auch eine Anpassung hinsichtlich der Bewilligung zum Betrieb versicherungsfremder Geschäfte in Art. 11 Abs. 2 VAG. Die Kann-Vorschrift im geltenden VAG soll gemäss dem Vorentwurf zu einer Bewilligungspflicht werden: Die FINMA hat den Betrieb versicherungsfremder Geschäfte zu bewilligen, wenn sie die Interessen der Versicherten nicht gefährden und von untergeordneter Bedeutung sind.¹²⁰³ Die Bewilligungspflicht stellt gewissermassen eine Öffnung der Geschäftsfeldbeschränkung dar und ist damit zu begrüßen. Wie der Bundesrat richtig erkennt, kann aber für ein Versicherungsunternehmen, das unter dem Schadenversicherungsabkommen im EU-Raum tätig ist, eine solche Ausnahme zum Betrieb versicherungsfremder Geschäfte auch bei einer grundsätzlichen Bewilligungspflicht nicht ohne Weiteres erteilt werden.¹²⁰⁴

Die Voraussetzungen zur Erteilung der Ausnahmbewilligung gemäss Vorentwurf entsprechen den in dieser Abhandlung statuierten Kriterien zur Beurteilung, ob Nichtversicherungsgeschäfte in unmittelbarem Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft stehen und damit zulässig sind. Aufgrund der Schwierigkeiten, die sich im internationalen Verhältnis mit der Ausnahmbewilligung stellen, wäre es zweckmässiger, dem Vorschlag dieser Abhandlung zu folgen und die Kriterien bei der Beurteilung von Geschäften unter Art. 11 Abs. 1 VAG zu berücksichtigen. Die Bestimmung zur Ausnahmbewilligung in Absatz 2 könnte dann im Rahmen der laufenden Revision des VAG aufgehoben werden.

Der Vorschlag des Bundesrates zur Anpassung der Einschränkung des Unternehmenszwecks wurde denn auch in den Stellungnahmen zum Vernehmlassungsentwurf thematisiert. Von verschiedenen Anspruchsgruppen wird eine weitere

¹²⁰¹ Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG) vom 15. Juni 2018, SR 950.1.

¹²⁰² EFD, Erläuternder Bericht VE-VAG 2018, 2 und 3.

¹²⁰³ EFD, Erläuternder Bericht VE-VAG 2018, 19.

¹²⁰⁴ EFD, Erläuternder Bericht VE-VAG 2018, 19 f.

Lockerung der Geschäftsfeldbeschränkung verlangt, um den veränderten Kundenbedürfnissen und neuen Geschäftsmodellen Rechnung tragen zu können.¹²⁰⁵ Es wird sich im Rahmen des laufenden Gesetzgebungsverfahrens zeigen, inwiefern den Forderungen der Anspruchsgruppen nach einer Öffnung der Geschäftsfeldbeschränkung entsprochen wird. Zum Zeitpunkt der Drucklegung dieser Abhandlung werden der Entwurf und die Botschaft zum teilrevidierten VAG für Herbst 2020 erwartet. Anschliessend haben sich National- und Ständerat mit der Vorlage zu beschäftigen. Wie sich im Rahmen vergangener Gesetzgebungsverfahren gezeigt hat, verfügt die Versicherungsbranche in der Schweiz über eine starke Lobby, so dass eine gewisse Öffnung der Geschäftsfeldbeschränkung spätestens im Rahmen der parlamentarischen Diskussionen auf Druck der Versicherungsunternehmen nicht ausgeschlossen ist.

Der in dieser Abhandlung vertretene risikobasierte Ansatz zur Auslegung des Verbots versicherungsfremder Geschäfte in Art. 11 Abs. 1 VAG ermöglicht es den Versicherungsunternehmen auch schon unter geltendem Recht innovative und zukunftsfähige Geschäftsmodelle zu realisieren. So können die Versicherungsunternehmen bei einer risikobasierten Auslegung des geltenden Art. 11 Abs. 1 VAG ihre Tätigkeit auf all jene innovativen Geschäfte ausweiten, die keine solvenzgefährdenden Risiken verursachen. Jenen Nichtversicherungsgeschäften – ob innovativ oder nicht –, welche die Solvenz eines Versicherers zu gefährden vermögen, fehlt es am unmittelbaren Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft und sie sind somit unter Art. 11 Abs. 1 VAG unzulässig.

¹²⁰⁵ Vgl. Stellungnahme der FDP vom 4. März 2019, 4; Stellungnahme des Schweizerischen Versicherungsverbands vom 28. Februar 2019, 4 und 12; Stellungnahme von Bär & Karrer vom 28. Februar 2019, 6.

Literaturverzeichnis

Hinweis zur Zitierweise:

Die Werke werden nur mit dem Namen des Verfassers/der Verfasserin und, sofern notwendig, mit einem kennzeichnenden, im Literaturverzeichnis *kursiv* gesetzten Stichwort zitiert.

ACKERMANN, WALTER, Versicherungsunternehmen im Kräftefeld ihrer Umwelt, in: Ackermann, Walter/Schmeiser, Hato (Hrsg.), Versicherungswirtschaft & Versicherungsmanagement, Bern 2012, 21 ff.

AFFENTRANGER, MARKUS, Hauptpunkte des neuen schweizerischen Anlagefondsrechts und ihre Bedeutung für die Versicherungswirtschaft, in: SVZ 63 (1995), 76 ff.

ALBRECHT, PETER, *Dimensionen* des versicherungstechnischen Risikos, in: Hesberg, Dieter/Nell, Martin/Schott, Winfried (Hrsg.), Risiko Versicherung Markt, FS für Walter Karten zur Vollendung des 60. Lebensjahrs, Karlsruhe 1994, 325 ff.

- Zur *Risikotransformationstheorie* der Versicherung: Grundlagen und ökonomische Konsequenzen, Karlsruhe 1992
- *Gesetze der Grossen Zahlen und Ausgleich im Kollektiv* – Bemerkungen und Grundlagen der Versicherungsproduktion, in: ZVersWiss 71 (1982), 501 ff.
- Was ist *Versicherung?*, Erklärungsbeiträge der Risikotheorie, in: Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) (Hrsg.), Was ist Versicherung?, Schriftenreihe des Ausschusses Volkswirtschaft, Nr. 8, Karlsruhe 1987, 22 ff.

ALDER, ARTHUR, Begriff und Bezeichnung des Deckungskapitals in der Lebensversicherung, in: Alder, Arthur/Dumas, Sandro/Friedli, Werner (Hrsg.), Festgabe Moser, Versicherungswissenschaftliche, juristische und mathematische Untersuchungen, Bern 1931, 103 ff.

APPENZELLER, HANSJÜRG, Fusionen von Versicherungsgesellschaften, in: Jusletter vom 7. Juni 2004

ARQUINT, NINA, *Internationalisierung* der Finanzmarktaufsicht, in: GesKR 2/2014, 131 ff.

- *Bilanzrecht* für Lebensversicherungsunternehmen, Diss. Zürich, Zürich 2010

ARTER, OLIVER, Finanzmarkt: *Banken*, in: Biaggini, Giovanni/Häner, Isabelle/Saxer, Urs (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS/MAHON, PASCAL, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zürich/Basel/Genf 2003 (zitiert: AUTOR, *Petit Commentaire, N ... zu Art. ... aBV*)

AUBERT, JEAN-FRANÇOIS ET AL. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Basel 1987–1996 (zitiert: AUTOR, *Kommentar aBV, N ... zu Art. ...*)

BÄRTSCHI, HARALD/HIRSCHI, YANNICK, Vertrauen im Kapitalmarkt, in: SZW 89 (2017), 771 ff.

- BAIN & COMPANY (Hrsg.), Customer Behavior and Loyalty in Insurance: Global Edition 2017, Building connections – and profits – with ecosystem services, verfügbar auf <<https://www.bain.com/insights/customer-behavior-loyalty-in-insurance-global-2017/>>
- BAK ECONOMICS (Hrsg.), Volkswirtschaftliche Bedeutung des Schweizer Finanzsektors, Studie im Auftrag der Schweizerischen Bankiervereinigung SBVg und des Schweizerischen Versicherungsverbandes SVV, Ergebnisse 2019, Basel 2019
- BAKBASEL, Standortanalyse für das Schweizer Versicherungsgewerbe, Eine Studie im Auftrag des Schweizerischen Versicherungsverbandes, Basel 2013
- BANZ, OLIVER, Rechtsprobleme der Allfinanz, Unter besonderer Berücksichtigung des Alternativen Risiko Transfers (ART), Diss. Zürich, Zürich 1999
- BASLER AUSSCHUSS FÜR BANKENAUF SICHT (BCBS), *Basel III* Finalising post-crisis reforms, Basel 2017 (Inkrafttreten geplant für 2022)
- BAUDENBACHER, CARL, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der *Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, Habil. Zürich, Zürich 1983
- Zur *funktionalen Anwendung* von § 1 des deutschen und Art. 1 des schweizerischen UWG, in: ZHR (1980), 145 ff.
 - *Suggestivwerbung* und Lauterkeitsrecht, Zürich 1978
- BAUEN, MARC/ROUILLER, NICOLAS, Schweizer Bankkundengeschäft, Einführung für Bankkunden und ihre Berater, Zürich 2010
- BAUMOL, WILLIAM J./BLINDER, ALAN S., Economics, Principles and Policy, 13. Aufl., Boston 2015
- BECHER, STEPHAN, Wearables – A new Chance for Private Insurance, in: ZVersWiss 105 (2016), 563 ff.
- BEER, SIMONE/BRAUN, ALEXANDER, Alternatives Kapital in der Assekuranz, Institut für Versicherungswirtschaft Universität St. Gallen (I.VW HSG) (Hrsg.), Assekuranz 2025: Quo vadis?, St. Gallen 2017, 149 ff.
- BEHRENS, JÖRG, Risikomanagement, in: Waldmeier, Jürg (Hrsg.), Versicherungsaufsicht, Solvenz, Risikomanagement, Verantwortlicher Aktuar, Kontrollsysteme, Gruppen & Konglomerate, Versicherungsvermittler, Zürich 2007, 111 ff.
- BELL, MARIAN/KELLER, BENNO, Insurance and stability, The reform of insurance regulation, Zurich Financial Services Group Working Paper, Zürich 2009
- BERNSTEIN, PETER, Against the Gods, The Remarkable Story of Risk, New York 1996
- BERTSCHINGER, URS, Das Finanzmarktaufsichtsrecht vom vierten Quartal 2016 bis ins vierte Quartal 2017, in: SZW 89 (2017), 831 ff.
- BIAGGINI, GIOVANNI, Bundesverfassung der schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2017 (zitiert: *Kommentar BV, N ... zu Art. ...*)
- *Grundfragen* der Verfassungsstaatlichkeit, in: BIAGGINI, GIOVANNI/GÄCHTER, THOMAS/KIENER, REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, Zürich 2015, 79 ff.
 - *Wettbewerb* und Staatsverantwortung aus verfassungs- und wirtschaftsrechtlicher Sicht, in: Ehrenzeller, Bernhard/Waldburger, Robert (Hrsg.), Wettbewerb und Staats-

- verantwortung: Kolloquium anlässlich der Emeritierung von Prof. Dr. Klaus A. Vallerder, Zürich 2009, 7 ff.
- *Wirtschaftsfreiheit*, in: Thürer, Daniel/Aubert, Jean-François/Müller, Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 779 ff.
 - Von der Handels- und Gewerbefreiheit zur Wirtschaftsfreiheit – *Entwicklungsperspektiven* unter der neuen Bundesverfassung, in: ZBI 102 (2001), 225 ff.
- BIAGGINI, GIOVANNI ET AL., Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, 6. Aufl., Basel 2016
- BIASON, GIANNI, Parametric Solutions, verfügbar auf <https://www.swissre.com/dam/jcr:60f4d4cf-5cae-49de-8c95-54d06b8666e8/Parametrische_Losungen_schnell_objektiv_effizient.pdf>
- BIENER, CHRISTIAN/ELING, MARTIN/WIRFS, JAN HENDRIK, Insurability of Cyber Risk: An Empirical Analysis, Institut für Versicherungswirtschaft Universität St. Gallen (I.VW-HSG), St. Gallen 2015
- BIENER, CHRISTIAN ET AL., Cyber Risk: Risikomanagement und Versicherbarkeit, Institut für Versicherungswirtschaft Universität St. Gallen (I.VW-HSG), St. Gallen 2015
- BITTL, ANDREAS/MÜLLER, BERND, Das versicherungstechnische Risiko im Zentrum versicherungswirtschaftlicher Betätigung, in: ZVersWiss 87 (1998), 369 ff.
- BLATTNER, EMIL, Die Entwicklung der schweizerischen Staatsaufsicht über das private Versicherungswesen, in: SVZ 7 (1939), 97 ff.
- BÖCKLI, PETER, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich 2009
- BÖHME, RAINER/KATARIA, GAURAV, Models and Measures for Correlation in Cyber Insurance, Cambridge 2006
- BORENS, PHILIPPE, Effektenhändler, in: Biaggini, Giovanni et al. (Hrsg.) Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 145 ff.
- BORMANN, MARKUS, Organschaftliche Verflechtungen bei Kreditinstituten und Versicherungsunternehmen, Göttingen 1999
- BÖSCH, RENÉ ET AL. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Kollektivanlagegesetz, 2. Aufl., Basel 2016 (zitiert: *BSK KAG-AUTOR, N ... zu Art. ...*)
- BOSS, PETER, Systeme der Staatsaufsicht über Versicherungsunternehmen, Diss. Bern, Berlin 1955
- BOSSARD, DAMIAN, Beitrag zur Versicherungsvertragstheorie, Diss. Bern, Bern 1950
- BRAESS, PAUL, Versicherung und Risiko, Wiesbaden 1960
- BRAND, OLIVER/BAROCCH CASTELLVI, MANUEL (Hrsg.), Versicherungsaufsichtsgesetz, Handkommentar, Baden-Baden 2018 (zitiert: *HK D-VAG-AUTOR, N ... zu § ...*)
- BRAUN, ALEXANDER/SCHREIBER, FLORIAN, The Current InsurTech Landscape: Business Models and Disruptive Potential, Institut für Versicherungswirtschaft Universität St. Gallen (I.VW HSG), St. Gallen 2017
- BRAUN, ALEXANDER/PETER, WILLI/XU, JIAHUA, Einführung in die Bancassurance, Institut für Versicherungswirtschaft Universität St. Gallen (I.VW HSG), St. Gallen 2019

- BREIDING, R. JAMES/SCHWARZ, GERHARD, *Wirtschaftswunder Schweiz, Ursprung und Zukunft eines Erfolgsmodells*, 3. Aufl., Zürich 2016
- BRINKMANN, THEODOR, *Versicherung – Was sie ist und was sie leistet*, in: Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) (Hrsg.), *Was ist Versicherung?*, Schriftenreihe des Ausschusses Volkswirtschaft, Nr. 8, Karlsruhe 1987, 7 ff.
- BRITTON, KATHERINE, *Handling Privacy and Security in the Internet of Things*, in: *Journal of Internet Law* 19 (10/2016), 3 ff.
- BRULHART, VINCENT, *Droit des assurances privées*, 2. Aufl., Bern 2017
- BUFFET, WARREN E., *Chairman's Letter*, in: *Berkshire Hathaway Inc., 2001 Annual Report*, Omaha 2002, 3 ff.
- BÜHLER, CHRISTOPH B., *Gewährsartikel: Regulierung der FINMA an der Grenze von Rechtsetzung und Rechtsanwendung*, in: *SJZ* (110) 2014, 25 ff.
- *Finanzmarktregulierung im Spannungsfeld von Recht und Politik*, in: *SJZ* (106) 2010, 469 ff.
 - *Regulierung im Bereich der Corporate Governance*, Habil. Zürich, Zürich 2009
- BÜHLER, CHRISTOPH B./SPICHTIN, NICOLAS, *Vertretungsmacht bei nicht statutenkonformer Zusammensetzung und Interessenkonflikt des Verwaltungsrates*, in: *GesKR* 10 (2015), 115 ff.
- BÜRER, CHRISTOPH, *Contingent Capital: Contingent Debt und Contingent Equity aus der Perspektive des schweizerischen Rechts und der Finanztheorie*, Diss. Zürich, Zürich 2010
- BURKI, ANDREAS/PFUND, PETER/WALDMEIER, JÜRIG, *Rechtliches*, in: Waldmeier, Jürg (Hrsg.), *Versicherungsaufsicht, Solvenz, Risikomanagement, Verantwortlicher Aktuar, Kontrollsysteme, Gruppen & Konglomerate, Versicherungsvermittler*, Zürich 2007, 1 ff.
- BÜRLI-BORNER, SANDRA, *Anlegerschutz bei kollektiven Kapitalanlagen in der Schweiz*, Diss. Basel, Zürich 2003
- BYDLINSKI, FRANZ, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. Aufl., Wien/New York 1991
- *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, 3. Aufl., Wien 2018
- CAPGEMINI/EFMA (Hrsg.), *World Insurance Report 2019*, verfügbar auf <<https://www.capgemini.com/de-de/research/world-insurance-report/>>
- *World Insurance Report 2016*, verfügbar auf <http://riskinfo.com.au/news/files/2016/03/WIR_2016.pdf>
- CHRISTINGER, ULRICH, *SVZ-Interview mit Herrn Dr. Ulrich Christinger, Direktor des Eidgenössischen Versicherungsamtes*, Bern, in: *SVZ* 46 (1978), 341 ff.
- *Das schweizerische Versicherungsaufsichtsrecht*, in: *SVZ* 41 (1974/75), 3 ff.
- CIRANI, SIMONE ET AL., *Internet of Things, Architectures, Protocols and Standards*, Hoboken 2019
- CREMER, HANS-JOACHIM, *Regulierung und Freiheit*, in: Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, Tübingen 2010, 212 ff.

- CUMMINS, DAVID J., Risk-Based Premiums for Insurance Guaranty Funds, in: *The Journal of Finance* 43 (1988), 823 ff.
- D'AMELIO, ISAIA, Les placements collectifs en investissements alternatifs, Réglementation et surveillance des hedge funds en droit suisse et comparé, Diss. Freiburg, Genf 2011
- DIEHL, WALTER, Die Rechnungslegung der privaten Versicherungs-Unternehmungen unter besonderer Berücksichtigung der staatlichen Aufsicht, Diss. St. Gallen, Zürich/St. Gallen 1955
- DIETRICH, ANDREAS/BIENERT, HORST, Theorien des Finanzmarktrechts, in: Abegg, Andreas/Bärtschi, Harald/Andreas, Dietrich (Hrsg.), *Prinzipien des Finanzmarktrechts*, 2. Aufl., Zürich 2019, 1 ff.
- DUMAS, SAMUEL, La surveillance des sociétés d'assurances par la Confédération, in: Burckhardt, Walther (Hrsg.), *Politisches Jahrbuch der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, 26. Jahrgang, Bern 1912, 233 ff.
- EGGEN, MIRIAM, Home Smart Home, Eine privatrechtliche Einordnung von Lösungen für intelligentes Wohnen, in: *AJP* 9/2016, 1131 ff.
- EGGLI, ANGELO M., Aufsichtsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit dem Zusammenschluss von Bank und Versicherung, Veröffentlichungen aus dem Nachdiplomstudium Internationales Wirtschaftsrecht der Universität Zürich und dem Europa Institut Zürich, Zürich 1999
- EGLI, PATRICIA, Verwaltungsverordnungen als Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, in: *AJP* 9/2011, 1159 ff.
- EHRENBERG, VICTOR, *Das «Interesse» im Versicherungsrecht*, München/Leipzig 1915
- EHRENZELLER, BERNHARD ET AL. (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung*, St.Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014 (zitiert: SGK BV-AUTOR, *N ... zu Art. ...*)
- EICHHORN, ALEXANDER, Kollektive Kapitalanlagen für qualifizierte Anlegerinnen und Anleger nach dem Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (KAG), Diss. St. Gallen, Zürich 2014
- EICHLER, HERMANN, *Versicherungsrecht*, Karlsruhe 1966
- EIDENMÜLLER, HORST, Effizienz als Rechtsprinzip, Diss. München, 4. Aufl., München 2015
- EILERT, HERGEN, Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte nach § 7 Abs. 2 VAG, in: Bähr, Gunne W. (Hrsg.), *Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts*, München 2011, 97 ff.
- EISEN, ROLAND/MÜLLER, WOLFGANG/ZWEIFEL, PETER, *Unternehmerische Versicherungswirtschaft, Konsequenzen der Deregulierung für Wettbewerbsordnung und Unternehmensführung*, Wiesbaden 1990
- EISNER-KIEFER, ANDREA, Die Versicherungsprämie, in: Schnyder, Anton K. (Hrsg.), *Gesamtrevision des Versicherungsvertragsgesetzes: Erste Analyse der bundesrätlichen Botschaft*, Zürich 2012, 31 ff.
- ELING, MARTIN, Aktuelle strategische Herausforderungen der Versicherungswirtschaft, WPZ Analyse Nr. 11: Zukunft Versicherungswirtschaft, Wien/St. Gallen 2016

- ELING, MARTIN/KLEIN, ROBERT W./SCHMIT, JOAN T., Insurance Regulation in the United States and the European Union, A Comparison, Independent Policy Reports, Oakland 2009
- ELING, MARTIN/LEHMANN, MARTIN, The Impact of Digitalization on the Insurance Value Chain and Insurability of Risks, The Geneva Papers, Geneva 43 (2017), 359 ff.
- ELING, MARTIN/SCHNELL, WERNER, What do we know about cyber risk and cyber risk insurance?, in: The Journal of Risk Finance, 17 (2016), 474 ff.
- EMCH, URS/RENZ, HUGO/ARPAGAU, RETO (Hrsg.), Das Schweizerische Bankgeschäft, 7. Aufl., Zürich 2011
- EMMENEGGER, SUSAN/GEIGER, HANSUELI, Bank-Aktiengesellschaften, Statuten und Reglemente mit Mustern, Bern 2004
- ENTZIAN, TOBIAS, Versicherungsfremde Geschäfte, Die Geschäftskreisbeschränkung der Versicherungsunternehmen, Diss. Köln, Karlsruhe 1999
- ERB, HEINZ, Grundzüge des Versicherungswesens, 5. Aufl., Bern 1986
- ERLEI, MATHIAS/LESCHKE, MARTIN/SAUERLAND, DIRK, Institutionenökonomik, 3. Aufl., Stuttgart 2016
- ESSER, MARTINA, *Assistance* in der Versicherungswirtschaft, Ein marketingorientierter Ansatz zur Unternehmenswertsteigerung, Karlsruhe 2004
- ESSER, MARTINA/HELMBERGER, NORBERT/HERTEL, ACHIM, *Assistance: Neue Serviceleistung der Assekuranz*, München 1999
- EY (Hrsg.), Introducing 'Pay as you live' (PAYL) insurance, Insurance that rewards healthier lifestyles, verfügbar auf <[https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-introducing-pay-as-you-live-payl-insurance/\\$FILE/EY-introducing-pay-as-you-live-payl-insurance.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY-introducing-pay-as-you-live-payl-insurance/$FILE/EY-introducing-pay-as-you-live-payl-insurance.pdf)>
- FALLEGGER, GEORG, Die Selbsttragung des versicherungstechnischen Risikos durch Erstversicherer – Modell und mögliche Auswirkungen, Diss. St. Gallen, 1994
- FARNY, DIETER, *Versicherungsbetriebslehre*, 5. Aufl., Karlsruhe 2011
- *Entwicklungen* der Versicherungsbetriebslehre – Rückschau und Versuch einer Vorschau, in: ZVersWiss 88 (1999), 569 ff.
 - *Produktions- und Kostentheorie* der Versicherung, Karlsruhe 1965
- FARNY, DIETER/HELTEN, ELMAR/KOCH, PETER, Handwörterbuch der Versicherung, Karlsruhe 1988
- FLÜTSCH, JÜRG, Versicherungsaufsicht und versicherungsfremdes Geschäft, in: SJZ 84 (1988), 257 ff.
- FORSTMOSER, PETER/MEIER-HAYOZ, ARTHUR/NOBEL, PETER, Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1995
- FORSTMOSER, PETER/VOGT, HANS-UELI, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012
- FREIHALTER, GERD ULRICH, Gewissensfreiheit, Aspekte eines Grundrechts, Diss. Berlin 1973

- FRIEDRICH, KARSTEN, Der Rechtsbegriff der Versicherung und die Praxis des Versicherungsaufsichtsamts, Diss. Freiburg, Bern 1974
- FRITSCH, MICHAEL, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns, 10. Aufl., München 2018
- FUHRER, STEPHAN, Schweizerisches *Privatversicherungsrecht*, Zürich 2011
- Neuerungen in der *Aufsichtsverordnung*, Eine erste Beurteilung ausgewählter Fragen aus der Sicht der Versicherungswirtschaft, in: Waldmeier, Jürg/Weber, Stephan (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich/Basel/Genf 2005, 83 ff.
- GANZ, ALEXANDER FELIX, Ausländische Versicherungsunternehmen und staatliche Aufsicht in der Schweiz, Diss. Zürich 1979
- GATZERT, NADINE/SCHMEISER, HATO, Strategisches Risikomanagement eines Versicherers: in: Ackermann, Walter/Schmeiser, Hato (Hrsg.), Versicherungswirtschaft & Versicherungsmanagement, Bern 2012, 158 ff.
- GAUCH, PETER/SCHMID, JÖRG (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd., Einleitung – Personenrecht, Zürich 1998 (zitiert: *ZK ZGB-AUTOR, N ... zu Art. ...*)
- GEISSBÜHLER, ALEX, Bankengesetz, in: Abegg, Philipp et al., Schweizerisches Bankrecht, Handbuch für Finanzfachleute, 4. Aufl., Zürich 2019, 347 ff.
- GELZER, PHILIPP, Plädoyer für ein objektiv-historisches Verständnis des Gesetzes, in: recht 22 (2004), 37 ff.
- GEMPERLE, MARKUS, Das Zusammenspiel zwischen Versicherungsaufsicht und Kartellaufsicht im schweizerischen Recht, Diss. St. Gallen, St. Gallen 1990
- GERICKE, DIETER, Funktioniert der Rechtsstaat im Kapitalmarkt?, in: von der Crone, Hans-Caspar et al. (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Bank- und Finanzmarktrechts, FS für Dieter Zobl zum 60. Geburtstag, Zürich 2004, 359 ff.
- GERICKE, DIETER/WALLER, STEFAN, Business Judgement oder Judge's Business – Die Überprüfung von Geschäftsentscheidungen im Lichte der Praxis des Bundesgerichts, in: Kunz, Peter V./Jörg, Florian S./Arter, Oliver (Hrsg.), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht IX, Bern 2014, 287 ff.
- GERMANN, OSKAR, Grundlagen der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Bern 1975
- GERPOTT, TORSTEN J./BERG, SABRINA, Pay-As-You-Drive Angebote von Erstversicherern für Privatkunden, Eine betriebswirtschaftliche Analyse, in: ZVersWiss 101 (2012), 3 ff.
- GESAMTVERBAND DER DEUTSCHEN VERSICHERUNGSWIRTSCHAFT E. V. (GDV), Stellungnahme zum Entwurf einer Verlautbarung über die Vermittlung von Anteilen an Investmentfonds durch Angestellte eines Versicherungsunternehmens – Konsultation 05/2013 der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht VA 52-I 5005-2013/0002
- GEY, STEFANIE, Aufgaben und Bedeutung der staatlichen Aufsicht über die schweizerischen Privatversicherungen zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Diss. Bern, Bern 2003

- GISIN, SANDRA/GREBER, DANIEL/LUCAS, ANDRÉ, Risikomanagement, Produktmanagement und Underwriting, Bern 2012
- GMÜR, MAX, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 1908
- GÖBEL, ELISABETH, Neue Institutionenökonomik, Konzeption und betriebswirtschaftliche Anwendungen, Stuttgart 2002
- GOETTE, WULF/HABERSACK, MATHIAS/KALSS, SUSANNE (Hrsg.), Münchner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, 4. Aufl., München 2016 (zitiert: *MüKO AktG-D-AUTOR, N ... zu § ...*)
- GORDON, CLARA-ANN, Daten aus Selbstvermessung, in: *digma* 16 (2016), 70 ff.
- GRANDI, MARCEL, Rahmenbedingungen der Allfinanz-Konzeption aus aufsichtsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, Diss. Berlin, Berlin 1990
- GRZEBIELA, TORSTEN, Versicherbarkeit und Alternativer Risikotransfer, Diss. Freiburg, Wiesbaden 2002
- GROLIMUND, PASCAL, Aufsichtsrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen für die Überprüfung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, in: *HAVE* 2007, 145 ff.
- GROSS, HORST, Volkswirtschaftliche Konsequenzen der Allfinanz, Diss. Darmstadt, Frankfurt a.M. 1992
- GRÜNBICHLER, ANDREAS/ZINNÖCKER ANDREA, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Corporate Governance in der Assekuranz, in: Waldburger, Robert et al. (Hrsg.), *Law & Economics*, FS für Peter Nobel zum 70. Geburtstag, Bern 2015, 201 ff.
- GSCHWIND, HANS-PETER, Ombudsmann oder Finma?, in: Fuhrer, Stephan/Chappuis, Christine (Hrsg.), *Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, Bern 2012, 179 ff.
- GSCHWIND, HANS-PETER/KARLEN, URS, Unternehmerischer Freiraum der Versicherungsunternehmen oder wirkungsvolle Versicherungsaufsicht, in: Fuhrer, Stephan (Hrsg.), *Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht*, FS zum fünfzigjährigen Bestehen, Zürich 2010, 181 ff.
- GUSS, WILLI, Versicherungswirtschaft, 5. Aufl., Zürich 1982
- GYGI, FRITZ, Wirtschaftsverfassungsrecht, Bern 1981
- GYGI, FRITZ/RICHLI, PAUL, Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., Bern 1997
- HÄFELIN, ULRICH ET AL., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9. Aufl., Zürich 2016
- HÄFELIN, ULRICH/MÜLLER, GEORG/UHLMANN, FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich 2016
- HALLER, MATTHIAS/ACKERMANN, WALTER, Versicherungswirtschaft – kundenorientiert, Zürich 1992
- HANDSCHIN, LUKAS ET AL. (Hrsg.), Die Aktiengesellschaft, Generalversammlung und Verwaltungsrat, Mängel in der Organisation, Art. 698-726 und 731b OR, Zürcher Kommentar, Zürich 2018 (zitiert: *ZK Aktiengesellschaft III-AUTOR, N ... zu Art. ...*)
- Die Aktiengesellschaft, Allgemeine Bestimmungen, Art. 620–659b OR, Zürcher Kommentar, Zürich 2016 (zitiert: *ZK Aktiengesellschaft I-AUTOR, N ... zu Art. ...*)

- HANGARTNER, YVO, Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit, in: recht 20 (2002), 53 ff.
- HÄNNI, PETER/STÖCKLI, ANDREAS, Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bern 2013
- HARRINGTON, SCOTT E., The Financial Crisis, Systemic Risk and the Future of Insurance Regulation, A Public Policy Paper of the National Association of Mutual Insurance Companies, Indianapolis 2009
- HARTMANN, STEPHAN, Der Schutz der Versicherten vor Missbräuchen im revidierten Aufsichtsrecht, in: HAVE 2007, 30 ff.
- HATZ, HEINZ, Entwicklung, Aufgaben und Abgrenzung der Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsunternehmen in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 1951
- HÄUSELE, STEFAN, Aufsicht über Finanzkonglomerate, in: ZVersWiss 83 (1994), 563 ff.
- HAUSHEER, HEINZ/JAUN, MANUEL, Die Einleitungsartikel des ZGB, Art. 1–10 ZGB, Bern 2003
- HAUSHEER, HEINZ/WALTER, HANS PETER (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. 1, Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung Einleitung Art. 1–9 ZGB, Bern 2012 (zitiert: *BK ZGB I-AUTOR, N ... zu Art ...*)
- HÄUSLER, TOM, Die vertraglichen Grundlagen im Bereich des Handels mit derivativen Finanzinstrumenten, Unter besonderer Berücksichtigung des Schweizer Rahmenvertrages für Over the Counter (OTC) Derivate, Zürich 1996
- HAX, KARL, Grundlagen des Versicherungswesens, Wiesbaden 1964
- HAYMANN, ERWIN, La surveillance des sociétés d'assurances en Suisse et la juridiction administrative du tribunal fédéral, Diss. Genf, Genf 1932
- HECK, PHILIPP, *Gesetzesauslegung* und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914
- *Begriffsbildung* und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932
- HEINRICH, HERBERT, § 7 Abs. 2 S. 1 VAG – ein gesetzliches Verbot?, in: VersR 48 (1997), 1169 ff.
- HEISS, HELMUT/ERNST, ARIANE, Finanzinnovationen im Versicherungsrecht – Ein Überblick, in: Möslein, Florian (Hrsg.), Finanzinnovation und Rechtsordnung, Zürich 2014, 336 ff.
- HELTEN, ELMAR, Ist Risiko ein *Konstrukt*?, Zur Quantifizierung des Risikobegriffs, in: Hespberg, Dieter/Nell, Martin/Schott, Winfried (Hrsg.), Risiko Versicherung Markt, FS für Walter Karten zur Vollendung des 60. Lebensjahrs, Karlsruhe 1994, 19 ff.
- Die *Erfassung* und Messung des Risikos, in: Grosse, Walter/Müller-Lutz, Heinz Leo/Schmidt, Reimer (Hrsg.), Versicherungszyklopädie, Bd. 2, Versicherungsbetriebslehre, 4. Aufl., Wiesbaden 1991, 127 ff.
- HERI, ERWIN, Sind die Versicherungen Aktienspekulanten?, Schwieriger Balanceakt bei der Anlage von Prämiegeldern, NZZ vom 8. März 2003, 27
- HERRMANN-PILLATH, CARSTEN, Grundriss der Evolutionsökonomik, München 2002

- HERTIG, GÉRARD ET AL. (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über die Börse und den Effektenhandel, 1. Lieferung, Zürich 2000 (zitiert: AUTOR, *Kommentar BEHG, N ... zu Art. ...*)
- HETTICH, PETER, *Verfassungsrecht*, in: Sester, Peter et al. (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht und Finanzmarktinfrastrukturen, Zürich/St. Gallen 2018, 3 ff.
- *Handlungsformen*, in: Biaggini, Giovanni et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 823 ff.
 - *Kooperative Risikovorsorge*, Habil. St. Gallen, Zürich 2014
 - *Wirksamer Wettbewerb*: Theoretisches Konzept und Praxis, Diss. St. Gallen, Bern 2003
- HETTICH, PETER ET AL., Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt, St. Gallen/Zürich 2017
- HETTICH, PETER/SCHELKER, MARK, Medien im digitalen Zeitalter, Neugestaltung des Programmauftrags aus ökonomischer und rechtlicher Sicht, Zürich 2016
- HÖHN, ERNST, Praktische Methodik der Gesetzesauslegung, Zürich 1993
- HÖLLER, JÜRGEN, Versicherungstechnologie, Ein Beitrag zur Diskussion theoretischer Grundlagen, Diss. Frankfurt, Karlsruhe 1997
- HÖLTERS, WOLFGANG (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl., München 2014 (zitiert: AUTOR, *Kommentar D-AktG, N ... zu § ...*)
- HOLZMÜLLER, INES, The United States RBC Standards, Solvency II and the Swiss Solvency Test: A Comparative Assessment, The Geneva Papers on Risk and Insurance, 34 (2009), 56 ff.
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/GEISER, THOMAS (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 6. Aufl., Basel 2016 (zitiert: *BSK ZGB I-AUTOR, N ... zu Art. ...*)
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K., Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz (VVG), Basel 2001 (zitiert: *BSK VVG-AUTOR, N ... zu Art. ...*)
- Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basel 2012 (zitiert: *BSK VVG 2012-AUTOR, ad N ... zu Art. ...*)
- HONSELL, HEINRICH/VOGT, NEDIM PETER/WATTER, ROLF (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Aufl., Basel 2016 (zitiert: *BSK OR II-AUTOR, N ... zu Art. ...*)
- HOTZ, KASPAR, Richterrecht zwischen methodischer Bindung und Beliebigkeit, Plädoyer für eine offene Anerkennung richterlicher Rechtsmitgestaltungspflicht und eine verstärkte öffentliche Begleitung richterlicher Rechtsgewinnung, Zürich 2008
- HRUBESCH-MILLAUER, STEPHANIE/BOSSHARDT, MARTINA, Die Einleitungsartikel des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–9 ZGB), Bern 2019
- HSU, PETER CH./STUPP, ERICH (Hrsg.), Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2013 (zitiert: *BSK VAG-AUTOR, N ... zu Art. ...*)

- HÜFFER, UWE/KOCH, JENS (Hrsg.), Aktiengesetz, Beck'scher Kurzkommentar, Erstes Buch, Aktiengesellschaft, 12. Aufl., München 2016 (zitiert: *BKK D-AktG-AUTOR, N ... zu § ...*)
- HUNGERBÜHLER, ADRIAN, Die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung im Versicherungsvertrag, Diss. Bern, Bern 1972
- HUNZIKER, SILVIA, Das Prinzipal-Agent-Problem im schweizerischen Vertragsrecht, Informationsasymmetrien und Verhaltenssteuerung, Diss. Zürich, Zürich 2007
- HÜRLIMANN-KAUP, BETTINA, Die Rechtsprechung des BGer zum Einleitungsartikel im ZGB in den Jahren 2014 bis 2017 (1/2), in: ZBJV 155 (2019), 79 ff.
- Die Rechtsprechung des BGer zum Einleitungsartikel im ZGB in den Jahren 2010 bis 2013, in: ZBJV 150 (2014), 555 ff.
- HÜRLIMANN-KAUP, BETTINA/SCHMID, JÖRG, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 3. Aufl., Zürich 2016
- HÜRZELER, MARC/KIESER, UELI (Hrsg.), Bundesgesetz über die Unfallversicherung, Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Bern 2018 (zitiert: *AUTOR, Kommentar UVG, N ... zu Art. ...*)
- HUSSAIN, FATIMA, Internet of Everything, in: Hussain, Fatima (Hrsg.), The Internet of Things: Building Blocks and Business Models, Berlin 2017, 1 ff.
- IMFELD, DANIEL/SCHWEIGER, NORBERT/WEGMANN, PATRICK, Operationelles Risikomanagement in der Versicherung: Möglichkeiten und Grenzen der Übernahme von Banklösungen, Institut für Versicherungswirtschaft der Universität St. Gallen (I-VW-HSG) (Hrsg.), Trendmonitor I.2006, 17 ff.
- INTERNATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE SUPERVISORS (IAIS), 20 years, 1994–2014, *Anniversary booklet*, Basel 2014
- IAIS *Mission* and 2015–2019 Strategic Goals, Basel 2014
- Insurance and *Financial Stability*, Basel 2011
- Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups, Basel 2011 (letzte Revision November 2019) (zitiert: *ICPs and ComFrame*)
- *About the IAIS*, verfügbar auf <<http://www.iaisweb.org/page/about-the-iais>>
- ITEN, MICHAEL, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Diss. Freiburg, Freiburg 1999
- JANNOTT, HORST K., Zufalls- und Änderungsrisiko, in: Reichert-Facilides, Fritz/Rittner, Fritz/Sasse, Jürgen (Hrsg.), FS für Reimer Schmidt, Karlsruhe 1976, 407 ff.
- JARA, MARTIN/ZINSLI, JÖRG, Schaden- und Leistungsmanagement: in: Ackermann, Walter/Schmeiser, Hato (Hrsg.), Versicherungswirtschaft & Versicherungsmanagement, Bern 2012, 245 ff.
- JENSEN, MICHAEL C./MECKLING, WILLIAM M., Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, in: Journal of Financial Economics, 4 (1976), 305 ff.

- JERGLER, DON, Insurance Industry Analyzes Google's Failed Online Insurance Experiment, verfügbar auf <<https://www.insurancejournal.com/news/national/2016/02/23/399632.htm>>
- JOOST, KATHLEEN, Assistanceleistungen – Neue Wege zum Kunden, Versicherungsforen Leipzig, Leipzig 2008
- JOSKOW, PAUL J., Introduction to New Institutional Economics: A Report Card, in: Brousseau, Eric/Glachant, Jean-Michel (Hrsg.), New Institutional Economics, Cambridge 2008, 1 ff.
- JOST, CHRISTIANE, Asset-Liability Management bei Versicherungen, Organisation und Techniken, Diss. München, Wiesbaden 1995
- JUBRAJ, PREYA/ANDREA, MONETA/SUMMERHAYES, VICKI, Accenture (Hrsg.), The Digital Insurer, Insurance Telematics: A game-changing opportunity for the industry, London 2014
- JUCHLI, PHILIPP, Sicherheit als rechtliches Phänomen, Unternehmensrisiken und Aktionärsicherheit – Das Aktienrecht als Mittel der Risikoallokation und Risikotransparenz, in: Juchli, Philipp/Würmli, Marcel/Hauenreiter, Diego (Hrsg.), Sicherheit als wirtschaftliches, rechtliches und kulturelles Phänomen, Bern 2008, 308 ff.
- JUTZI, THOMAS, Der öffentliche Vertrieb kollektiver Kapitalanlagen – Illustration am Beispiel des vertraglichen Anlagefonds, in: recht 29 (2011), 60 ff.
- JUTZI, THOMAS/SCHÄREN, SIMON, Grundriss des schweizerischen Kollektivanlagenrechts, Bern 2014
- KALBERMATTEN, SILVIA, Gleichbehandlungsgebot in der Privatversicherung, Diss. Basel, Zürich 2010
- KARLEN, PETER, Schweizerisches Verwaltungsrecht, Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes, Zürich 2018
- KARTEN, WALTER, Das *Einzelrisiko* und seine Kalkulation, in: Grosse, Walter/Müller-Lutz, Heinz Leo/Schmidt, Reimer (Hrsg.), Versicherungsenzyklopädie, Bd. 2, Versicherungsbetriebslehre, 4. Aufl., Wiesbaden 1991, 199 ff.
- *Risikopolitik* der Versicherer, Grundlagen der Risikopolitik – Überblick, in: ZVersWiss 72 (1983), 213 ff.
 - Grundlagen eines risikogerechten *Schwankungsfonds* für Versicherungsunternehmen, Berlin 1966
- KARTEN ET AL., Risiko und Versicherungstechnik, Eine ökonomische Einführung, Wiesbaden 2018
- KAUFMANN, CHRISTINE, SNB und FINMA in neuen Rollen?, in: SZW 81 (2009), 418 ff.
- KAULBACH, DETLEF, Patronatserklärungen in der Versicherungsaufsicht, in: VersR 48 (1997), 286 ff.
- KAULBACH, DETLEF ET AL. (Hrsg.), Versicherungsaufsichtsgesetz – VAG – mit Solvabilität II, Anlageverordnung und Kapitalausstattungsverordnung, Kommentar, 6. Aufl., München 2019 (zitiert: *Kommentar D-VAG-AUTOR, N ... zu § ...*)
- KELLER, ANDREA/TRANSCHEL, FABIAN, Swiss Re (Hrsg.), Telematics: Connecting the dots, Swiss Re telematics solutions for better risks and fairer premiums, Zürich 2016

- KELLER, MAX, TÄNNLER, KARL, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. I, 2. Aufl., Bern 1968
- KELLER, PHILIPP, Der Schweizer Solvenzttest, in: Waldmeier, Jürg/Weber, Stephan (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich 2005, 73 ff.
- KELLER, PHILIPP/LEUKERT, RENATE, Solvenz, in: Waldmeier, Jürg (Hrsg.), Versicherungsaufsicht, Solvenz, Risikomanagement, Verantwortlicher Aktuar, Kontrollsysteme, Gruppen & Konglomerate, Versicherungsvermittler, Zürich 2007, 135 ff.
- KELLER, URS, Die wirtschaftliche Bedeutung von Allfinanz, in: Zobl, Dieter (Hrsg.), Rechtsprobleme der Allfinanz, Zürich 1997, 85 ff.
- KERN, ALEXANDER, Corporate Governance and banks: The role of regulation in reducing the principal-agent problem, in: Journal of Banking Regulation, 7/2006, 17 ff.
- KESHELAVA, TORNIKE, Der Methodenpluralismus und die ratio legis, Eine sprachkritische Untersuchung, Diss. Freiburg, Basel 2012
- KEUSEN, CHRISTIAN, Regulatorische Knacknüsse bei der Akquisition von Unternehmen durch Versicherungsunternehmen, in: HAVE 2011, 27 ff.
- KICK, MARKUS, Die verbotene juristische Person, Unter besonderer Berücksichtigung der Vermögensverwendung nach Art. 57 Abs. 3 ZGB, Diss. Freiburg, Freiburg 1993
- KIEFER, ANDREA, Die *Zukunft* des Versicherungsaufsichtsrechts, verfügbar auf <<https://www.finma.ch/FinmaArchiv/bpv/d/dokumentation/00920/01216/index.html?lang=de>>
- *Prämienzahlungsverzug* nach VVG, Überblick, Kritik und neue Ansätze, Diss. Basel, Basel 2000
- KIENER, STEFAN, Die Principal-Agent-Theorie aus informationsökonomischer Sicht, Diss. Regensburg, Heidelberg 1990
- KILGUS, SABINE, Effektivität von Regulierung im Finanzmarktrecht, Habil. Zürich, Zürich 2007
- KINNE, KONSTANZE, Effizienzvorteile in der Zusammenschlusskontrolle, Eine vergleichende Analyse der deutschen, europäischen und US-amerikanischen Wettbewerbspolitik, Diss. Hamburg, Baden-Baden 2000
- KIRCHGÄSSNER, GEBHARD, Homo Oeconomicus, The Economic Model of Behaviour and Its Applications in Economics and Other Social Sciences, New York 2008
- KLEIN, ROBERT W., Insurance market *regulation*: Catastrophe risk, competition and systemic risk, in: Dionne, Georges (Hrsg.): Handbook of insurance, 2. Aufl., New York 2013, 909 ff.
- *Principles for Insurance Regulation: An Evaluation of Current Practices and Potential Reforms*, in: The Geneva Papers on Risk and Insurance, 37 (2012), 175 ff.
- *The Insurance Industry and Its Regulation: An Overview*, in: Grace, Martin F./Klein, Robert W. (Hrsg.), The Future of Insurance Regulation in the United States, Washington 2009, 13 ff.
- *A Regulator's Introduction to the Insurance Industry*, 2. Aufl., Kansas City 2005

- Insurance Regulation in *Transition*, in: Journal of Risk and Insurance, 62 (3/1995), 363 ff.
- KLEIN, ROBERT W./BROWN, F. ELIZABETH, Insurance solvency regulation: A new world order? in: Schwarcz, Daniel/Siegelman, Peter (Hrsg.), Research Handbook on the Economics of Insurance Law, Cheltenham/Northampton 2015, 241 ff.
- KLEY, ANDREAS, Anwendung und Auslegung des Verwaltungsrechts, in: Anwaltsrevue 4 (2001), 15 ff.
- KLIMKE, DOMINIK, Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung, in: r+s (42) 2015, 217 ff.
- KOCH, PETER, *Versicherungswirtschaft*, Ein einführender Überblick, 7. Aufl., Karlsruhe 2013
- Der schweizerische Beitrag zur Entwicklung des *Versicherungswesens*, in: SVZ 53 (1985), 310 ff.
- KOCH, HANS-JOACHIM/RÜSSMANN, HELMUT, Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München 1982
- KOCHENBURGER, PETER/SALVE, PATRICK, An introduction to insurance regulation, in: Burling, Julian/Lazarus, Kevin (Hrsg.), Research Handbook on International Insurance Law and Regulation, Cheltenham/Northampton 2011, 221 ff.
- KÖHNE, THOMAS, Zur Konzeption des Versicherungsproduktes – neue Anforderungen in einem deregulierten Markt, in: ZVersWiss (87) 1998, 143 ff.
- KOLLER, MICHAEL, Die neue Solvenzaufsicht und ihre Bedeutung für die Volkswirtschaft, Aufgabe der Versicherung, in: Waldmeier, Jürg/Weber, Stephan (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich 2005, 141 ff.
- KOENIG, WILLY, Schweizerisches *Privatversicherungsrecht*, System des Versicherungsvertrages und der einzelnen Versicherungsarten, 3. Aufl., Bern 1967
- Ist das Versicherungsvertragsgesetz *revisionsbedürftig*? in: ZSR 81/1962 III, 129 ff.
- Studie zum Begriff der *Versicherungsunternehmung*, in: Klingmüller, Ernst (Hrsg.), Rechtsfragen in der Individualversicherung, Betrachtungen und Probleme in internationaler Sicht, Festgabe für Erich R. Prölss, Karlsruhe 1957, 174 ff.
- *Gegenstand der Versicherung*, Eine systematische Begründung des Versicherungsrechts ohne den Interessensbegriff, Habil. Bern, Bern 1931
- KRÄHENMANN, BEAT, Privatwirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens, Diss. Basel, Basel 1989
- KRAMER, ANDREAS, Die Kompetenzen des Eidgenössischen Versicherungsamtes, Diss. Zürich, Zürich 1977
- KRAMER, ERNST A., Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019
- KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA ET AL. (Hrsg.), ZGB Kommentar, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2016 (zitiert: *OFK ZGB-AUTOR, N ... zu Art. ...*)

- KROTSCH, STEFFEN, Das Internet der Dinge im Versicherungsbereich, verfügbar auf <<https://digitaleweltmagazin.de/2018/03/02/das-internet-der-dinge-im-versicherungsbereich/>>
- KRUGMAN, PAUL/WELLS, ROBIN, Economics, 5. Aufl., New York 2018
- KUHN, MORITZ W., *Entwicklungen* im Versicherungs- und Haftpflichtrecht, in: SJZ (112) 2016, 180 ff.
- R. Müller-Studer, Luka/K. Eckert, Martin (Hrsg.) *Privatversicherungsrecht*, Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtsrechts, 3. Aufl., Zürich 2010
 - *Neupositionierung* der Versicherungsaufsicht, in: Waldburger, Robert et al. (Hrsg.), *Wirtschaftsrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, FS für Peter Nobel zum 60. Geburtstag, Bern 2005, 555 ff.
 - *Versicherungsaufsicht* (inkl. 2. Säule) und Finanzmarktaufsicht – Standortbestimmung, in: Nobel, Peter (Hrsg.), *Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz*, 12/2004, Bern 2005, 33 ff.
 - Allfinanz und moderne Finanzmarktaufsicht, Neuer Ansatz zur *Risikobewältigung*, in: SJZ 97 (2001), 269 ff.
 - Welches ist die beste Rechtsform in der Schweiz zur Betreibung von *Allfinanz*, in: SVZ 67 (1999), 224 ff.
 - Allfinanz – Ein Konzept mit *Zukunft*, in: Zobl, Dieter (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Allfinanz*, Tagungsveranstaltung vom 26. Mai 1997, Zürich 1997, 5 ff.
 - *Swisslex* und Versicherung, in: AJP 3/1994, 706 ff.
 - *Versicherungsrecht*, in: Schindler, Dietrich et al. (Hrsg.), *Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts*, Zürich 1990, 461 ff.
 - Einfluss des EG-Binnenmarktes 1992 auf den Schutz des *Versicherungskonsumenten*, in: Habscheid, Walter J. et al. (Hrsg.), *Freiheit und Zwang, Rechtliche, wirtschaftliche und gesellschaftliche Aspekte*, FS zum 60. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. phil. Hans Giger, Bern 1989, 351 ff.
 - Der Einfluss der *Harmonisierungsbestrebungen* der EG und des Art. 31^{sexies} BV auf eine künftige Gestaltung des Schweizerischen VVG, Bern 1986
- KÜHNE, ARMIN, *Recht der kollektiven Kapitalanlagen* in der Praxis, Unter Berücksichtigung von Anlagestiftungen und strukturierten Produkten, 2. Aufl., Zürich 2015
- *Bewilligungspflicht* gemäss Anlagefondsgesetz, Diss. Zürich, Zürich 2002
- KÜNG, MANFRED/HUBER, FELIX M./KUSTER, MATTHIAS, *Kommentar zum Börsengesetz*, Bd. II, Loseblattsammlung, Zürich 1998 (zitiert: Komm. BEHG-KÜNG/HUBER/KUSTER, N ... zu Art. ...)
- KUNZ, PETER V., *Sondermethodik* zur wirtschaftsrechtlichen Rechtsanwendung, in: recht 36 (2018), 141 ff.
- *Finanzmarktregulierung*, Basel 2016
 - Methodische Besonderheiten bei Rechtsanwendungen im *Wirtschaftsrecht* – Überblick sowie Kritik, in: Justice 2/2012, 1 ff.

- Der *Minderheitenschutz* im schweizerischen Aktienrecht, Eine gesellschaftsrechtliche Studie zum aktuellen Rechtszustand verbunden mit Rückblick und mit Vorausschau sowie mit rechtsvergleichenden Hinweisen, Habil. Bern, Bern 2001
- KUNZE, BRITTA, Überwachung operationeller Risiken bei Banken, Interne und externe Akteure im Rahmen qualitativer und quantitativer Überwachung, Diss. Bremen, Wiesbaden 2007
- KUPFERSCHMIED, BASIL D., Autonome Fahrzeuge – Die Haftung im Strassenverkehr der Zukunft, in: HAVE 2015, 356 ff.
- LAARS, REINHARD/BOTH, DAVID, Versicherungsaufsichtsgesetz, Nomos Bundesrecht, Erläuterungen, 4. Onlineaufl., Baden-Baden 2017 (zitiert: *NK D-VAG-LAARS/BOTH, N ... zu § ...*)
- LACHER, ALEXANDER, Umstrukturierungen aus versicherungsaufsichtsrechtlicher Sicht, Bestandesübertragungen, Fusionen, Spaltungen und Umwandlungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, Diss. Zürich, Zürich 2010
- LAFITA, DIANA, Versicherer bald Banken? Neueste Entwicklungen in der Versicherungsaufsicht, in: GesKR 10 (2005), 396 ff.
- LAMBERT-FAIVRE, YVONNE/LEVENEUR, LAURENT, Droit des assurances, 14. Aufl., Paris 2017
- LANZ, MARTIN, Finanzmarkt: Aufsichtsregime, in: Biaggini, Giovanni et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 3 ff.
- LARENZ, KARL, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1991
- LENGWILER, MARTIN, Switzerland: Insurance and The Need to Export, in: Borscheid, Peter/Haueter, Niels Viggo (Hrsg.), World Insurance: The Evolution of a Global Risk Network, Oxford 2012, 144 ff.
- LEPSIUS, OLIVER, Ziele der Regulierung, in: Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 1055 ff.
- LESCHKE, MARTIN, Regulierungstheorie aus ökonomischer Sicht, in: Fehling, Michael/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Regulierungsrecht, Tübingen 2010, 281 ff.
- LEUKERT, RENATE, Der Swiss Solvency Test: Kernelemente und Umsetzung in Unternehmen, in: Waldmeier, Jürg/Weber, Stephan (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich 2005, 109 ff.
- LEZZI, LUKAS, Regulierung und Aufsicht über kollektive Kapitalanlagen für alternative Anlagen, Diss. Zürich, Zürich 2012
- LINDENBAUM, J., Ein Vierteljahrhundert der Bedarfstheorie der Versicherung, Eine kritische Untersuchung, in: Journal of Economics, Bd. 2, 1 (1930), 75 ff.
- LOOSER, MARTIN E., Verfassungsrechtliche Rechtskontrolle gegenüber schweizerischen Bundesgesetzen, Diss. St. Gallen, Zürich, 2011
- LUDESCHER, TOM, Das gebundene Vermögen gemäss Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG), Diss. St. Gallen, Zürich 2007

- LUHMANN, NIKLAS, Soziologie des Risikos, Berlin/New York 2003
- LÜTHY, HERBERT, Neues im Schweizer Versicherungsaufsichtsrecht aus der Perspektive der Aufsicht (RevVAG/FINMA/Folgearbeiten), in: Waldmeier, Jürg/Weber, Stephan (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich 2005, 17 ff.
- MAAS, PETER/BÜHLER, STEPHAN, Gelebte Tradition versus digitale Transformation: *Wettbewerbsvorteile* durch innovative Value- und Organisationsdesigns, in: Institut für Versicherungswirtschaft Universität St. Gallen (I.VW HSG) (Hrsg.), Assekuranz 2025: Quo vadis?, St. Gallen 2017, 173 ff.
- *Industrialisierung* der Assekuranz in einer digitalen Welt, St. Gallen, 2015
- MÄCHLER, MONICA, Versicherungsaufsicht in europäischer *Dynamik*, in: Notter, Markus et al. (Hrsg.), Europäische Idee und Integration – mittendrin und nicht dabei? Liber amicorum für Andreas Kellerhals, Zürich 2018, 351 ff.
- *Versicherungsaufsicht*, in: Bovet, Christian (Hrsg.), Finanzmarktaufsicht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht (SBVR), Bd XV, Basel 2016, 697 ff.
 - *Versicherungen*, in: Biaggini, Giovanni et al. (Hrsg.), Fachhandbuch Verwaltungsrecht, Zürich 2015, 81 ff.
 - Gelten die Überlegungen zu *Systemrisiken* im Bankenbereich auch für den Versicherungssektor?, in: SZW 82 (2010), 493 ff.
- MÄCHLER-ERNE, MONICA, Versicherungsaufsicht in der *FINMA* – Neuer Wein in noch neueren Schläuchen, in: GesKR 4 (2009), 20 ff.
- *Mergers & Acquisitions* im Versicherungsgeschäft, Perspektive der schweizerischen Versicherungsaufsicht, in: GesKR 2 (2007), 206 ff.
 - Versicherungsaufsicht in *Bewegung*, in: Nobel, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz 2005, Bern 2006, 27 ff.
 - Finanzmarktrecht und Versicherungen: Stand und *Perspektiven*, in: AJP 1/2005, 53 ff.
 - Versicherungsaufsicht und künftige Finanzmarktregulierung – Perspektive der *Industrie*, in: Waldmeier, Jürg/Weber, Stephan (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, Auf dem Weg zur interdisziplinären Zusammenarbeit in der Steuerung von Versicherungsunternehmen, Zürich 2005, 27 ff.
 - Mögliche Formen des *Zusammenwirkens* zwischen Banken, Versicherungen und weiteren Erbringern von Finanzleistungen, in: Zobl, Dieter (Hrsg.), Rechtsprobleme der Allfinanz, Tagungsveranstaltung vom 26. Mai 1997, Zürich 1997, 111 ff.
- MANES, ALFRED, Versicherungswesen, I. Bd. Allgemeine Versicherungslehre, 3. Aufl., Wiesbaden 1922
- MANKIW GREGORY N./TAYLOR, MARK P., Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 7. Aufl., Stuttgart, 2017
- MAURER, ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995
- MEHRING, JOHANNES, Versicherungstechnik, in: Farny, Dieter et al. (Hrsg.), Handwörterbuch der Versicherung, Karlsruhe 1988, 1127 ff.

- MEIER, DEGENHARD/JÖRG, RHEINLÄNDER, New Mobility World – Herausforderungen in der Autoversicherung, in: Völler, Michael (Hrsg.), Sozialisiert durch Google, Apple, Amazon, Facebook und Co. – Kundenerwartungen und -erfahrungen in der Assekuranz, Proceedings zum 20. Kölner Versicherungssymposium am 5. November 2015 in Köln, Köln 2016, 43 ff.
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR, Art. 1 ZGB, in: Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.), Berner Kommentar, Bd. I – Einleitung und Personenrecht, Bern 1966 (zitiert: *BK ZGB-MEIER-HAYOZ, N ... zu Art. 1*)
- MEIER-HAYOZ, ARTHUR/FORSTMOSER, PETER/SETHE, ROLF, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. Aufl., Bern 2018
- MEIER-SCHATZ, CHRISTIAN J., Wirtschaftsrecht und Unternehmenspublizität, Zur wirtschaftsrechtlichen Regulierung von Unternehmen mittels Publizitätsnormen, dargestellt anhand veröffentlichungspflichtiger, finanzieller und gesellschaftsbezogener Rechnungslegungen, Habil. Zürich, Zürich 1989
- MEYER, HEINZ, *Abgrenzung* und Umfang der Versicherungsaufsicht, in: SVZ 46 (1978), 347 ff.
- Der Begriff der *Privatunternehmungen* im Gebiete des Versicherungswesens, in: SVZ 19 (1951/52), 421 ff.
- MICHAEL, LOTHAR/KAULBACH, DETLEF, Ein Darlehen an einen Versicherungsvertreter zum Aufbau einer Vertriebsstruktur stellt weder ein verbotenes Versicherungsgeschäft noch ein verbotenes Bankgeschäft dar, Anmerkungen zu LG Dortmund, Urteil vom 29.4.2009 (7 O 13/09), in: VersR 61 (2010), 1161 ff.
- MILGROM, PAUL/ROBERTS, JOHN, Economics, Organization and Management, New Jersey 1992
- MÖBIUS, CHRISTIAN/PALLENBERG, CATHERINE, Risikomanagement in Versicherungsunternehmen, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg, 2016
- MORSCHER, LUKAS, Kauf von *Versicherungen*, in: Tschänni, Rudolf (Hrsg.), Mergers & Acquisitions XI, Zürich 2009, 61 ff.
- Die Regulierung der schweizerischen *Finanzmärkte*, Eine wirtschaftsrechtliche Untersuchung zum Verhältnis von hoheitlicher Regulierung und Selbstregulierung, Diss. Basel, Basel 1992
- MOSER, H.F., Bemerkungen zu zwei Entscheiden des Bundesgerichts über die Versicherungsaufsicht, in: SVZ 19 (1951/52), 114 ff.
- MÜLLER, HELMUT, *Versicherungsbinnenmarkt*, Die europäische Integration im Versicherungswesen, München 1995
- Möglichkeiten und Grenzen von *Allfinanzkonzepten* aus Sicht des Versicherungsaufsichtsrechts, in: Kollhossner, Helmut (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen von Allfinanzkonzepten, Karlsruhe 1990, 20 ff.
- MÜLLER, WOLFGANG, Theoretical Concepts of Insurance Production, The Geneva Papers on Risk and Insurance, 6 (1981), 63 ff.

- MÜLLER, GEORG/VOGEL, STEFAN, Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Randnutzung von Software im Verwaltungsvermögen, insbesondere der Veröffentlichung und Verarbeitung von Open-Source-Software durch Träger von Bundesaufgaben, Zürich 2014
- MÜLLER-CHEN, MARKUS, Vertragliche Haftung und Freizeichnungsmöglichkeiten des Beraters, in: Tercier, Pierre (Hrsg.), Gauchs Welt: Recht, Vertragsrecht und Baurecht – FS für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, 507 ff.
- MUNCH, PATRICIA/SMALLWOOD, DENNIS, Theory of Solvency Regulation in the Property and Casualty Insurance Industry, in: Fromm, Gary (Hrsg.), Studies in Public Regulation, Cambridge 1981, 119 ff.
- NAQVI, SYED AHMED RAZA/HASSAN, SYED ALI/HUSSAIN, FATIMA, IoT Applications and Business Models, in: Hussain, Fatima (Hrsg.), The Internet of Things: Building Blocks and Business Models, Berlin 2017, 45 ff.
- NATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE COMMISSIONERS (NAIC), Insurtech, verfügbar auf <http://www.naic.org/cipr_topics/topic_insurtech.html>
- NATIONAL ASSOCIATION OF INSURANCE COMMISSIONERS (NAIC)/THE CENTER FOR INSURANCE POLICY AND RESEARCH (Hrsg.), CIPR Study, Usage-Based Insurance and Vehicle Telematics: Insurance Market and Regulatory Implications, Kansas City 2015
- NICOLETTI, BERNARDO, The Future of FinTech, Integrating Finance and Technology in Financial Services, Cham 2017
- NGUYEN, TRISTAN, Grenzen der Versicherbarkeit von Katastrophenrisiken, Erweiterungsmöglichkeiten durch Rückversicherung, Katastrophenanleihen und Versicherungsderivate, Habil. Hagen, Wiesbaden 2007
- NGUYEN, TRISTAN/ROMEIKE, FRANK, Versicherungswirtschaftslehre, Grundlagen für Studium und Praxis, Wiesbaden 2013
- NIKLOWITZ, Problemzone Datenschutz, in: Schweizer Versicherung 1/2016, 44 f.
- NOBEL, PETER, Schweizerisches *Finanzmarktrecht*, 4. Aufl., Bern 2019
- *Wirtschaftsrecht* und wirtschaftliche Betrachtungsweise, in: Grolimund, Pascal et al. (Hrsg.), FS für Anton K. Schnyder, Zürich 2018, 1217 ff.
 - Das Obligationenrecht, Das *Aktienrecht*: Systematische Darstellung, Aebi-Müller, Regina E./Müller, Christoph (Hrsg.), Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bern 2017
 - Risikobegriff in *Ökonomie* und Recht, in: SZW 88 (2016), 551 ff.
 - *Risikobegriff* und rechtliche Risiken, in: ZSR 129/2010 I, 3 ff
- NOBEL, PETER/ZIMMERMANN, HEINZ, Regulierung – Überregulierung – Selbstregulierung – aus juristischer und ökonomischer Sicht, in: Nobel, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Finanz- und Börsenplatzes Schweiz, Bern 2005, 53 ff.
- NOELLE, CHRISTIAN-HENDRIK, Digitalisierung: Risiken präziser einschätzen, in: DAV Deutsche Aktuarvereinigung e.V./DGVFM Deutsche Gesellschaft für Versicherungs- und Finanzmathematik e.V. (Hrsg.), Zukunftsthemen Digitalisierung und Big Data, Fakten Meinungen zur DAV/DGVFM Jahrestagung 2016, Köln 2016, 9 f.

- OLIVER WYMAN, Zukunft von InsurTech in Deutschland, Der InsurTech-Radar 2016, München 2016, verfügbar auf <<https://www.oliverwyman.de/our-expertise/insights/2016/jul/insurtech-2016.html>>
- PAIN, DARREN/ANCHEN, JONATHAN, Swiss Re (Hrsg.), Technology and insurance: themes and challenges, Zürich 2017
- PETERSEN, TROND, The Economics of Organizations: The Principal-Agent Relationship, in: Acta Sociologica (1993) 36, 277 ff.
- PETROVS, VLADIMIR, Telematik-Produktmodelle für die deutsche Kfz-Versicherung, Diss. Köln, Köln 2016
- PFUND, PETER, *Allfinanz* aus versicherungsaufsichtsrechtlicher Sicht, in: Zobl, Dieter (Hrsg.), Rechtsprobleme der Allfinanz, Tagungsveranstaltung vom 26. Mai 1997, Zürich 1997, 67 ff.
- *Konsumentenschutz* in der Assekuranz, in: SVZ 56 (1988), 4 ff.
 - Privatassekuranz zwischen Aufsicht und *Wettbewerb*, in: Volkswirtschaft 3/1988, 21 ff.
- PINDYCK, ROBERT/RUBINFELD, DANIEL, Microeconomics, 9. Aufl., Harlow 2018
- PLATZER, ALEXANDER MAXIMILIAN, Versicherungsaufsicht in der Europäischen Union, Baden-Baden 2015
- PRÄVE, PETER, Das Verbot versicherungsfremder Geschäfte, in: Bielefeld, Thomas/Marlow, Sven (Hrsg.), Ein Leben mit der Versicherungswissenschaft, FS für Helmut Schirmer, Karlsruhe 2005, 489 ff.
- PRAXMARER, MARC A., Allfinanzstrategien aus der Sicht der Banken, Rahmenbedingungen und Geltungsansätze unter besonderer Berücksichtigung der Universalbanken in der Schweiz, Bank- und Finanzwirtschaftliche Forschungen, Diss. St. Gallen, Bern 1993
- PRÖLSS, ERICH R./DREHER, MEINRAD (Hrsg.), Beck'scher Kurzkommentar, Versicherungsaufsichtsgesetz: VAG, 13. Aufl., München 2018 (zitiert: *BKK D-VAG-AUTOR, N ... zu § ...*)
- PUSCHMANN, THOMAS/WEBER, ROLF H., Neuerfindung des Finanzsektors?, in: SZW 89 (2017), 79 ff.
- RADICE, MARC PHILIPPE, in: FINMA (Hrsg.), Systemische Risiken im Versicherungssektor?, Betrachtungen mit Fokus auf die schweizerische Assekuranz, FINMA, Bern 2010
- RAIMONDI, CHRISTOPH H. L., Praxis zum Finanzmarktaufsichtsrecht – November 2009 bis November 2010, in: GesKR 6 (2011), 30 ff.
- REES, RAY/GRAVELLE, HUGH/WAMBACH, ACHIM, Regulation of Insurance Markets, The Geneva Papers on Risk and Insurance, 24 (1999), 55 ff.
- REIFEL, JOSEPH ET AL., ATKearney (Hrsg.), The Internet of Things: Opportunity for Insurers, IoT will accelerate existing pressures and disrupt traditional insurance models – while opening new frontiers for growth, Can an old industry learn new tricks, Chicago 2014
- RHINOW, RENÉ, Wirtschafts- und Eigentumsverfassung, in: Thürer, Daniel/Aubert, Jean-François/Müller, Jörg Paul (Hrsg.), Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, 565 ff.

-
- *Rechtsetzung* und Methodik, Rechtstheoretische Untersuchungen zum gegenseitigen Verhältnis von Rechtsetzung und Rechtsanwendung, Habil. Basel, Basel 1979
 - RHINOW, RENÉ/BAYERDÖRFER, MANFRED, Rechtsfragen der Schweizerischen Bankenaufsicht: Die Aufsichtsbefugnisse der Bankenkommission im Rahmen der Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit, Basel/Frankfurt a.M. 1990
 - RHINOW, RENÉ/SCHEFER, MARKUS/UEBERSAX, PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016
 - RHINOW, RENÉ ET AL., Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Basel 2011
 - RIMLE, ALOIS, Recht des schweizerischen Finanzmarktes, Ein Grundriss für die Praxis, Zürich 2004
 - RIEMER, HANS MICHAEL, Die *Einleitungsartikel* des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Art. 1–10 ZGB), 2. Aufl., Bern 2003
 - Art. 52–59 ZGB, Die juristischen Personen: Allgemeine Bestimmungen, Bd. I: Einleitung und Personenrecht. 3. Abteilung: Die juristischen Personen. 1. Teilband: Allgemeine Bestimmungen – Systematischer Teil und Kommentar zu Art. 52–59 ZGB, Bern 1993 (zitiert: *BK ZGB-RIEMER, N ... zu Art. ...*)
 - RIECK, GERD, Wirtschaftsrecht, Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Wettbewerbs- und Kartellrecht, 5. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1977
 - ROELLI, HANS, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. I, Allgemeine Bestimmungen (Art. 1–47 VVG), Bern 1914 (zitiert: *ROELLI, Kommentar VVG I, N ... zu Art. ...*)
 - ROELLI, HANS/JAEGER, CARL, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Bd. II, Art. 48–72, Bern 1932 (zitiert: *ROELLI/JAEGER, Kommentar VVG II, N... zu Art. ...*)
 - RODI, MICHAEL, Ökonomische Analyse des Öffentlichen Rechts, Berlin Heidelberg 2014
 - ROSENBAUM, MARKUS/WAGNER, FRED, Versicherungsbetriebslehre, 3. Aufl. Wiesbaden 2006
 - ROSENTHAL, DAVID, § 7 Sanktionierung von Datenschutzverstößen, in: Passadelis, Nicolas/Rosenthal, David/Thür, Hanspeter (Hrsg.), Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung, Zürich 2015, 203 ff.
 - RÜEGER, ANNALISE, Gesellschaftszweck, in: Fischer, Willi et al. (Hrsg.), Handbuch Schweizer Aktienrecht, Musterdokumente, Checklisten und Übersichten für die Praxis, Basel 2014, 152 ff.
 - RUFFNER, MARKUS, Funktionale Konkretisierung der Schlüsselartikel des neuen schweizerischen Kartellgesetzes – Diagnosemethoden von Wettbewerbsbeschränkungen und dogmatische Konzeption von Art. 6/7 und Art. 29 KG, Diss. Zürich, Zürich 1990
 - RUSCH, ARNOLD, Interzession im Interesse des Aktionärs, Sicherheitenbestellung für Verbindlichkeiten von Mutter- und Schwestergesellschaften in der Schweiz, Diss. Zürich, Zürich 2004
 - RÜTHERS, BERND/FISCHER, CHRISTIAN/BIRK, AXEL, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018

- SACKSOFSKY, UTE, Anreize, in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Assmann, Eberhard/Vosskuhle, Andreas (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts – Informationsordnung, Verwaltungsverfahren, Handlungsformen, Bd. II, 2. Aufl., München 2012, 1577 ff.
- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1840
- SCHAER, ROLAND, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007
- SCHÄFER, HANS-BERND/OTT, CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 5. Aufl., Berlin Heidelberg 2012
- SCHÄL, INGO, Management von operationellen Risiken, Kategorisierung – Bewertung – Steuerung, Diss. Karlsruhe, Wiesbaden 2011
- SCHANZE, TORSTEN W., Die Grenzen des Verbots versicherungsfremder Geschäfte nach § 7 II VAG, in: Drees, Holger/Koch, Robert/Nell, Martin (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Versicherungsvertrags-, Versicherungsaufsichts- und Vermittlerrechts, Bd. 7, Karlsruhe 2016, 527 ff.
- SCHIERENBECK, HENNER/GRÜTER, MARC D./KUNZ, MICHAEL J., Controlling des operationellen Risikos in Banken, in: Schierenbeck, Henner (Hrsg.), Risk Controlling in der Praxis, Rechtliche Rahmenbedingungen und geschäftspolitische Konzeptionen in Banken, Versicherungen und Industrie, 2. Aufl., Stuttgart 2006, 43 ff.
- SCHLATTER, ELIANE, Grundrechtsgeltung beim wirtschaftlichen Staatshandeln, Diss. Zürich, Zürich 2009
- SCHLUEP, WALTER R., *Wirtschaftsrecht*: Wesen, Aufbau, Merkmale, Formen und Stellung im Rechtssystem, in: Meier-Hayoz, Arthur (Hrsg.), Zum Wirtschaftsrecht – Eine Sammlung von Aufsätzen, Bern 1978, 1 ff.
- Über *Kritik* im wirtschaftsrechtlichen Wettbewerb, in: Brügger, Paul (Hrsg.), Homo Creator, FS für Alois Troller, Basel/Stuttgart 1976, 225 ff.
 - Das *Markenrecht* als subjektives Recht, Basel 1964
- SCHMID, GERHARD, Risiken des Versicherungsgeschäfts und deren Eingrenzung, in: Sutter-Somm, Thomas et al. (Hrsg.), Risiko und Recht, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2004, Bern 2004, 481 ff.
- SCHNEITER, KURT, Der Weg zur modernen Versicherungsaufsicht, in: Jahresbericht 2007 des Bundesamtes für Privatversicherungen BPV, Bern 2008, 40 ff.
- SCHNYDER, ANTON K., Europäisches Banken- und *Versicherungsrecht*, Heidelberg 2005
- Die *Gesamtrevision* des schweizerischen Versicherungsaufsichtsrechts, in: Reichert-Facilides, Fritz/Schnyder, Anton K. (Hrsg.), Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts, Referate und Diskussionsbeiträge eines in Basel am 24./25. September 1998 durchgeführten internationalen Symposiums, Basel/Genf/München 2000, 201 ff.
- SCHOENFELDT, CHRISTIAN/KALIS, BERNHARD, Rechtliche Rahmenbedingungen des Gesundheitsmanagements in der Privaten Krankenversicherung, in: VersR 52 (2001), 1325 ff.

- SCHÖNKNECHT, FLORIAN, Der Einlagebegriff nach Bankengesetz, in: GesKR 3 (2016), 300 ff.
- SCHOTT, MARKUS, Staat und Wettbewerb, Der Schutz des institutionellen und des wirtschaftlichen Wettbewerbs vor staatlichen Beeinträchtigungen in der Schweiz und der Europäischen Union, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2010
- SCHRADIN, HEINRICH R., *Perspektiven der Lebens-Rückversicherung in Deutschland – zugleich ein Beitrag zur Diskussion der Frage: «Was ist Versicherung»*, Albrecht, Peter/Lorenz, Egon/Rudolph, Bernd (Hrsg.), Risikoforschung und Versicherung, FS für Elmar Helten zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 2004, 577 ff.
- Erfolgsorientiertes *Versicherungsmanagement*, Betriebswirtschaftliche Steuerungskonzepte auf risikotheorietischer Grundlage, Karlsruhe 1994
- SCHRADIN, HEINRICH R./MALIK, ALEXANDER, Betriebswirtschaftslehre der Versicherung (Versicherungsbetriebslehre), Mitteilungen, Institut für Versicherungswissenschaft an der Universität zu Köln, Nr. 1/2008
- SCHUG, ALBERT, Der Versicherungsgedanke und seine historischen Grundlagen, Göttingen 2011
- SCHUMANN, JOCHEN/MEYER, ULRICH/STRÖBELE, WOLFGANG, Grundzüge der mikroökonomischen Theorie, 9. Aufl., Berlin 2011
- SCHÜRMAN, LEO, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., Bern 1994
- SCHWAKE, EDMUND, Das versicherungstechnische Risiko als arteigenes Risiko der Versicherungsunternehmen, in: ZVersWiss (77) 1988, 61 ff.
- SCHWEBLER, ROBERT, Was leistet eigentlich die Versicherung?, in: VW 42(05), 300 ff.
- SCHWEIZERISCHER VERSICHERUNGSVERBAND SVV, Zahlen und Fakten 2019 der privaten Versicherungswirtschaft, verfügbar auf <<https://www.svv.ch/de/newsroom/zahlen-und-fakten-2019-alles-auf-einen-blick>>
- SEILER, HANSJÖRG, Praktische *Rechtsanwendung*, in: Müller, Markus/Tschannen, Pierre (Hrsg.), Bern 2009, 42 ff.
- Recht und *technische Risiken*, Grundzüge des technischen Sicherheitsrechts, Polyprojekt Sicherheit und Risiko, Zürich 1997
- SHACKELFORD, SCOTT, J., Should your firm invest in cyber insurance?, in: Business Horizons (2012) 55, 349 ff.
- SIEDENBIEDEL, CHRISTIAN, Belohnung für vorbildliche Autofahrer, in: DANA 38 (1/2015), 24 ff.
- SKIPPER, HAROLD D./KLEIN, ROBERT W., Insurance Regulation in the Public Interest: The Path Towards Solvent, Competitive Markets, The Geneva Papers on Risk and Insurance, 25 (2000), 482 ff.
- SMITH, ADAM, An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations, Book IV, vol. II, 4. Aufl., London 1786
- SFULBER, DANIEL D., Regulation and Markets, Cambridge/London 1989

- STAEHELIN, DAVID, Der Schutz der Versicherten im Insolvenzrecht, in: Reichert-Facilides, Fritz/Schnyder, Anton K. (Hrsg.), Versicherungsrecht in Europa – Kernperspektiven am Ende des 20. Jahrhunderts, Referate und Diskussionsbeiträge eines in Basel am 24./25. September 1998 durchgeführten internationalen Symposiums, Basel 1998, 247 ff.
- STAUB, CHRISTIAN, Kreditrisikotransfer – Schweizerisches Aufsichtsrecht im Wandel, Diss. St. Gallen, Zürich 2009
- STEINAUER, PAUL-HENRI, Le Titre préliminaire du Code civil, von Büren, Roland/Tercier, Pierre (Hrsg.), Traité de droit privé suisse, Bd. II/1, Basel 2009
- STÖCKLI, ANDREAS, Behördenmitglieder in den obersten Führungs- und Aufsichtsgremien von öffentlichen Unternehmen, Ein Beitrag zum Organisationsrecht öffentlicher Unternehmen, Bern 2012
- STOFFEL, WALTER, A., Wettbewerbsrecht und staatliche Wirtschaftstätigkeit, Diss. Freiburg, Freiburg 1994
- SÜSSKIND, MARCEL, Anpassung der Regeln zur *Versicherungsaufsicht*, in: HAVE 2015, 375 ff.
- *Datenschutz* in der Versicherungswirtschaft, in: HAVE 2004, 193 ff.
- SWISS RE, sigma Nr. 4/2016, Versicherung auf *Gegenseitigkeit* im 21. Jahrhundert: Zurück in die Zukunft, Zürich 2016
- sigma Nr. 6/2015, *Lebensversicherung* im digitalen Zeitalter: Ein grundlegender Wandel steht bevor, Zürich 2015
 - sigma Nr. 2/2014, Digitaler *Vertrieb* von Versicherungen: Eine stille Revolution, Zürich 2014
 - sigma Nr. 3/2010, *Herausforderungen* in der Versicherungsregulierung, Zürich 2010
- SWISS RE CORPORATE HISTORY, Die Geschichte der Versicherung in der Schweiz, Zürich 2013
- TAUFER, MARTIN, Allgemeine Bemerkungen über Ad-hoc-Publizitätsvorschriften nach Artikel 72 des Kotierungsreglements der Schweizer Börse (SWX), in: AJP 9/2000, 1120 ff.
- TEDESCHI, GIONATA/DELLA VECCHIA, AMATO, Accenture (Hrsg.), Are you ready to be an Insurer of Things?, How the Internet of Things is changing the rules of the game for insurers, Mailand 2015
- THEIS, ANJA, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV) (Hrsg.), Regulierung und Versicherungswirtschaft: Chancen und Herausforderungen aus ökonomischer Perspektive, Berlin 2015
- THOMI, CÉCILE, Das Revisionsvorhaben VVG aus Sicht des Konsumentenschutzes, in: HAVE 2017, 435 ff.
- TIEVES, JOHANNES, Der Unternehmensgegenstand in der Kapitalgesellschaft, Diss. Heidelberg, Köln 1988
- TROWBRIDGE, CHARLES, L., Insurance as a Transfer Mechanism, The Journal of Risk and Insurance, 42 (1/1975), 1 ff.

- TRÜMLER, RALPH/DE WECK, FANNY, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Repetitorium, Zürich 2016
- TSCHANNEN, PIERRE/LOCHER, THOMAS, Aufsicht über das Versicherungsgeschäft kantonalen Gebäudeversicherungen ausserhalb des Monopols, in: Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht SVVOR (Hrsg.); Verwaltungsorganisationsrecht – Staatshaftungsrecht – Öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch 2013, Bern 2014, 61 ff.
- TSCHANNEN, PIERRE/ZIMMERLI, ULRICH/MÜLLER, MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- TUOR, PETER/SCHNYDER, BERNHARD/SCHMID, JÖRG, Die Rechtsanwendung, in: Tuor, Peter et al. (Hrsg.), Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, 28 ff.
- UHLMANN, FELIX, Gewinnorientiertes Staatshandeln, Möglichkeiten und Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher Eigenbetätigung aus wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht, Diss. Basel, Basel 1997
- UHLMANN, FELIX/BINDER, IRIS, Verwaltungsverordnungen in der Rechtsetzung: Gedanken über Pechmarie, in: LeGes 2/2009, 151 ff.
- UHLMANN, FELIX/STOJANOVIC, JANA, Vertrauen im Finanzmarktrecht aus öffentlich-rechtlicher Sicht, in: SZW 89 (2017), 732 ff.
- VALLENDER, KLAUS A, Grundzüge der «neuen» Wirtschaftsverfassung, in: AJP 6/1999, 677 ff.
- VALLENDER, KLAUS A./HETTICH, PETER/LEHNE, JENS, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. Aufl., Bern 2006
- VALLENDER, KLAUS A./VEIT, MARCO D., Skizze des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts, ZBJV Sonderband 135ter, Bern 1999
- VAN HOECKE, MARK, Norm, Kontext und Entscheidung, Die Interpretationsfreiheit des Richters, Leuven/AJ Amersfoort 1988
- VARIAN, HAL R., Grundzüge der Mikroökonomik, 9. Aufl., München 2016
- VAUGHAN, THERESE M., The Implications of Solvency II for U.S. Insurance Regulation, in: PB 2009/03, 1 ff.
- VISCHER, MARKUS/WIESNER, VALENTIN, Die Gewährung von Upstream- und Crossstream-Darlehen, in: EF 2016/4, 233 ff.
- VISCUSI, W. KIP/HARRINGTON, JOSEPH E./SAPPINGTON, DAVID E. M., Economics of Regulation and Antitrust, 5. Aufl., Cambridge/London 2018
- VOGEL STEFAN, Der Staat als Marktteilnehmer, Voraussetzungen der Zulässigkeit wirtschaftlicher Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz zu Privaten, Diss. Zürich, Zürich 2000
- VOIGT, STEFAN, Institutionenökonomik, 2. Aufl., Paderborn 2009
- VÖLLER, MICHAELE, Der Kunde in der digitalen Welt, in: Völler, Michael (Hrsg.), Sozialisiert durch Google, Apple, Amazon, Facebook und Co. – Kundenerwartungen und -erfahrungen in der Assekuranz, Proceedings zum 20. Kölner Versicherungssymposium am 5. November 2015 in Köln, Köln 2016, 1 ff.

- VON DER CRONE, HANS CASPAR, Aktienrecht, Bern 2014
- VON DER CRONE, HANS CASPAR/REICHMUTH, PATRICIA, Aktuelle Rechtsprechung zum Aktienrecht, in: SZW 90 (2018), 406 ff.
- VON DER SCHULENBURG, J.-MATTHIAS/LOHSE, UTE, Versicherungsökonomik, Ein Leitfaden für Studium und Praxis, 2. Aufl., Karlsruhe 2014
- WAGNER, FRED (Hrsg.), Gabler Versicherungslexikon, 2. Aufl., Wiesbaden 2017 (zitiert: AUTOR, *Versicherungslexikon*)
- WALDMANN, BERNHARD/BELSER, MARIA/EPINEY, ASTRID (Hrsg.), Basler Kommentar zur Bundesverfassung, Basel 2015 (zitiert: *BSK BV*-AUTOR, *N ... zu Art. ... BV*)
- WALDMEIER, JÜRG, Aufsichtsrechtliche Entwicklungen im Umfeld der Versicherungswirtschaft – eine Auslegeordnung zu aktuellen Fragestellungen, in: Waldmeier, Jürg/Weber, Stephan (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im schweizerischen Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2005, 7 ff.
- WALTER, HANS PETER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Einleitungsartikel des ZGB in den Jahren 2007 bis 2009 – Veröffentlicht in den Bänden 133 bis 135, in: ZBJV 147/2011, 222 ff.
- Der *Methodenpluralismus* des Bundesgerichts bei der Gesetzesauslegung, in: recht 5/1999, 157
- WALTHER, SIMONE, Kooperative Steuerungsinstrumente im schweizerischen Stromversorgungsrecht, Diss. St. Gallen, Zürich 2014
- WATTER, ROLF/BAHAR, RASHID (Hrsg.), Basler Kommentar zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, Finanzmarktinfrastukturgesetz, 3. Aufl., Basel 2019 (zitiert: *BSK FINMAG/FinfraG*-AUTOR, *N ... zu Art. ...*)
- WATTER, ROLF/SPILLMANN, TILL, Corporate Social Responsibility – Leitplanken für den Verwaltungsrat Schweizerischer Aktiengesellschaften, in: GesKR 1 (2006), 94 ff.
- WATTER, ROLF/VOGT, NEDIM PETER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Börsengesetz und Finanzmarktgesetz, 2. Aufl., Basel 2010 (zitiert: *BSK BEHG/FINMAG*-AUTOR, *N ... zu Art. ...*)
- WATTER, ROLF ET AL. (Hrsg.), Basler Kommentar zum Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013 (zitiert: *BSK BankG*-AUTOR, *N ... zu Art. ...*)
- WEBER, ROLF H., Braucht die digitale Welt ein neues *Haftungsrecht*, Jusletter IT vom 21. September 2017
- Big Data in the *Insurance Industry*, Jusletter 12. Dezember 2016
- *Theorie* und Praxis in der Finanzmarktregulierung, in: SZW 86 (2014), 577 ff.
- WEBER, ROLF H./BAISCH, RAINER, Versicherungsaufsichtsrecht, 2. Aufl., Bern 2017
- WEBER, ROLF H./ISELI, THOMAS, Solvenzaufsicht als Risikokontrollinstrument im Versicherungsbereich – Swiss Solvency Test, Solvency II und Parallelen zu Basel II, in: Weber, Rolf H./Zobl, Dieter (Hrsg.), Risikomanagement durch Recht im Banken- und Versicherungsbereich, Zürich 2006, 76 ff.

- WEBER, ROLF H./MENOUD, VALÉRIE A., Financial Conglomerates: Consolidated Supervision in the Light of the Basel II Implementation, in: SZW 78 (2006), 20 ff.
- WEBER, ROLF H./UMBACH, PATRICK, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006
- WEBER, ROLF H./WILLI, ANNETTE, IT-Sicherheit und Recht, Grundlagen eines integrativen Gestaltungskonzepts, Zürich 2006
- WEILL, MATHIEU/SOUISSI, MOHSEN, L'internet des objets: Concepts ou réalité?, in: Annales des Mines 2010/4, 90 ff.
- WENNINGER, CHRISTIAN, Markt- und Kreditrisiken für Versicherungsunternehmen, Quantifizierung und Management, Diss. Augsburg, Wiesbaden 2004
- WERLEN, THOMAS, Kapitalmarktrecht als Anlegerschutzrecht?, in: SZW 67 (1995), 270 ff.
- WERRO, FRANZ, Haftung für fehlerhafte Auskunft und Beratung – braucht es die Rechtsfigur der Vertrauenshaftung?, in: recht 21 (2003), 12 ff.
- WIBMER, JEANNETTE K (Hrsg.), Aktienrecht Kommentar, Aktiengesellschaft, Rechnungslegungsrecht, VegüV, GeBüV, VASR, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2016 (zitiert: *OFK Aktienrecht-AUTOR, N ... zu Art. ... OR*)
- WIDMER, BARBARA, Das vernetzte Automobil und der Datenschutz, in: Probst, Thomas/Werro, Franz (Hrsg.), Strassenverkehrsrechts-Tagung 21.-22. Juni 2016, Bern 2016, 166 ff.
- WIEDERKEHR, RENÉ/RICHLI, PAUL, Praxis des allgemeinen Verwaltungsrechts, Bd. I, Bern 2012
- WINZELER, CHRISTOPH, Banken- und Börsenaufsicht, Aspekte des öffentlichen Banken- und Kapitalmarktrechts in der Schweiz, Basel 2000
- WITZEL, RUPRECHT, Aktuarielles Controlling II Solvenz Teile 1 & 2, Basel 2015
- WOLF, MARTIN, Die Beteiligung von Versicherungsunternehmen an Gesellschaften anderer Wirtschaftszweige – Eine Untersuchung zur Reichweite des Verbots «versicherungsfremder Geschäfte» auf Basis der neueren EuGH-Rechtsprechung am Beispiel von Beteiligungen an Finanzdienstleistungsgesellschaften, in: WM 2003, 1058 ff.
- YODER, JAMIE/RAO, ANAND/BAJOWALA, MANSOOR, PWC (Hrsg.), Insurance 2020: Turning change into opportunity, Dezember 2012, verfügbar auf <<https://www.pwc.com/gx/en/insurance/pdf/insurance-2020-turning-change-into-opportunity.pdf>>
- YODER, JAMIE/RAO, ANAND/O'HEARN, STEPHEN, PwC (Hrsg.), Insurance 2020 and beyond: Necessity is the mother of reinvention, 2015, verfügbar auf <<https://www.pwc.com/gx/en/insurance/publications/assets/pwc-insurance-2020-and-beyond.pdf>>
- ZELLER, ERNST, Auslegung von Gesetz und Vertrag, Methodenlehre für die juristische Praxis, Habil. Zürich, Zürich 1989
- ZIEGLER, OTTO, Untersuchungen über die Begriffe «befürchtetes Ereignis» und «Versicherung», Diss. Bern, Bern 1935
- ZIHLER, FLORIAN, Zweckumschreibung bei Dienstleistungserbringern, in: REPRAX 1/2009, 56 ff.

- ZIMMERMANN, GABRIELE/RICHTER, SARAH-LOUISE, Gründe für die Veränderungsaversion deutscher Versicherungsunternehmen, in: Zimmermann, Gabriele (Hrsg.), *Change Management in Versicherungsunternehmen, Die Zukunft der Assekuranz erfolgreich gestalten*, Wiesbaden 2015, 11 ff.
- ZIPPELIUS, REINHOLD, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012
- ZITTEL, NIGGI, Datenschutz in der Privatversicherung, in: Passadelis, Nicolas/Rosenthal, David/Thür, Hanspeter (Hrsg.), *Datenschutzrecht, Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung*, Basel 2015, 407 ff.
- ZOBL, DIETER/BLÖCHLINGER, CHRISTOPH, Risiken, Ziele und Massnahmen in der schweizerischen Kapitalmarktgesetzgebung, in: Weber, Rolf H./Zobl, Dieter (Hrsg.), *Risikomanagement durch Recht im Banken- und Versicherungsbereich*, 15 ff.
- ZOBL, DIETER/KRAMER, STEFAN, *Schweizerisches Kapitalmarktrecht*, Zürich 2004
- ZOBL, DIETER ET AL. (Hrsg.), *Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen*, Grundwerk inkl. Lieferung 1–25, Zürich 2015 (zitiert: AUTOR, *Kommentar BankG, N ... zu Art. ...*)
- ZÖLLNER, WOLFGANG/NOACK, ULRICH (Hrsg.), *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, §§ 76–94 AktG, Bd. 2/1, 3. Aufl., Köln 2010 (zitiert: *KK D-AktG-BEARBEITER, N ... zu § ...*)
- ZUBERBÜHLER, DANIEL, Allfinanz aus bankaufsichtsrechtlicher Sicht, in: Zobl, Dieter (Hrsg.), *Rechtsprobleme der Allfinanz*, Tagungsveranstaltung vom 26. Mai 1997, Zürich 1997, 37 ff.
- ZULAUF, URS, Gläubigerschutz und Vertrauensschutz – zur Sorgfaltspflicht der Bank im öffentlichen Recht der Schweiz, in: ZSR 113/1994 II, 356 ff.
- ZWEIFEL, PETER/EISEN, ROLAND, *Versicherungsökonomie*, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York/Hongkong/London/Mailand/Paris/Tokyo, 2003
- ZYSSET, PASCAL, *Selbstregulierung im Finanzmarktrecht, Grundlagen, Verwaltungsrechtliche Qualifikationen und rechtsstaatlicher Rahmen*, Diss. Bern, Zürich 2017

Materialien und amtliche Publikationen

Schweiz

BUNDESAMT FÜR GESUNDHEIT (BAG), Vernehmlassungsvorlage zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (Zusatzbotschaft), Bern Mai 2014 (zitiert: *Zusatzbotschaft UVG*)

BUNDESAMT FÜR JUSTIZ (BJ), Kommerzielle Nebentätigkeiten von Verwaltungseinheiten und öffentlich-rechtlichen Unternehmungen, Gutachten vom 1. Juni 1995, Anhang 23 zum Leitfaden für die Ausarbeitung von Erlassen des Bundes (Gesetzgebungsleitfaden), Bern 1995 (zitiert: *Gutachten Nebentätigkeiten*)

BUNDESAMT FÜR PRIVATVERSICHERUNG (BPV), Jahresbericht 2007, Bern 2008 (zitiert: *Jahresbericht 2007*)

- Jahresbericht 2006, Bern 2007 (zitiert: *Jahresbericht 2006*)
- Technisches Dokument zum Swiss Solvency Test, Version vom 2. Oktober 2006 (zitiert: *Technisches Dokument*)
- Weissbuch des Schweizer Solvenztests, Bern November 2004 (zitiert: *Weissbuch*)
- Die privaten Versicherungseinrichtungen in der Schweiz 1995, 110. Bericht (Amtsbericht 1995), Bern 1996, (zitiert: *Amtsbericht 1995*)

EIDGENÖSSISCHE BANKENKOMMISSION (EBK), Rundschreiben der Eidg. Bankenkommision: Richtlinien zur Eigenmittelunterlegung von Marktrisiken Art. 121-12p BankV vom 22. Oktober 1997 mit Änderungen vom 1. Oktober 1999 (zitiert: *Rundschreiben Eigenmittelunterlegung von Marktrisiken*)

- Jahresbericht 1980 der Eidgenössischen Bankenkommision, Bern 1981 (zitiert: *Jahresbericht 1980*)

EIDGENÖSSISCHES DEPARTEMENT DES INNEREN (EDI), Vernehmlassungsvorlage zur Revision des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung, Bern 2006 (zitiert: *Revision UVG*)

EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT (EJPD), Teilmonopol, Zusatzversicherungen und Nebentätigkeiten der SUVA, in: VPB 1/2009 vom 4. März 2009, 1 ff. (zitiert: *Nebentätigkeiten SUVA*)

EIDGENÖSSISCHES FINANZDEPARTEMENT (EFD), Revision des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), Bern November 2019, verfügbar auf <<https://www.efd.admin.ch/efd/de/home/themen/wirtschaft--wahrung--finanzplatz/finanzmarktpolitik/totalrevision-des-versicherungsvertragsgesetzes--vvg-.html>> (zitiert: *Revision VVG 2017*)

- Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 14. November 2018 (zitiert: *Erläuternder Bericht VE-VAG 2018*)
- Finanzdienstleistungsverordnung (FIDLEV), Finanzinstitutsverordnung (FINIV) und Aufsichtsorganisationenverordnung (AOV), Erläuternder Bericht zur Eröffnung des

Vernehmlassungsverfahren vom 24. Oktober 2018 (zitiert: *Erläuternder Bericht FINIV*)

- Änderung des Bankengesetzes und der Bankenverordnung (FinTech), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsverordnung vom 1. Februar 2017 (zitiert: *Bericht FinTech*)
 - Teilrevision der Aufsichtsverordnung AVO, Erläuterungsbericht vom 31. Oktober 2014 (zitiert: *Erläuterungsbericht Teilrevision AVO*)
 - Faktenblatt Revision des Versicherungsaufsichtsrechts, Bern März 2008 (zitiert: *Revision Versicherungsaufsichtsrecht*)
 - Erläuterungen des EFD zum Entwurf vom 22. September 1995 für die Verordnung des Bundesrates über die Börsen und den Effektenhandel (zitiert: *Erläuterungen E-BEHV*)
- EIDGENÖSSISCHE FINANZMARKTAUFSICHT (FINMA), Bericht über den Versicherungsmarkt 2018, Direktversicherer, Bern Juli 2019 (zitiert: *Versicherungsmarkt 2018*)
- Faktenblatt «Der Schweizer Solvenztest», Stand 1. Februar 2018 (zitiert: *Faktenblatt*)
 - Rundschreiben 2018/3 «Outsourcing – Banken und Versicherer» vom 21. September 2017 (zitiert: *FINMA-RS 2018/3 «Outsourcing»*)
 - SST-Standardmodell Versicherungen, Technische-Beschreibung für das SST-Standardmodell Schadenversicherung vom 31. Oktober 2019 (zitiert: *SST-Standardmodell Schadenversicherung*)
 - Wegleitung für die Erarbeitung des SST-Berichts 2018, Ausgabe vom 31. Oktober 2017 (zitiert: *Wegleitung SST-Bericht*)
 - Rundschreiben 2017/5 «Geschäftspläne – Versicherer» Anforderungen an die Geschäftspläne von Versicherungsunternehmen vom 7. Dezember 2016 (zitiert: *FINMA-RS 2017/5 «Geschäftspläne – Versicherer»*)
 - Rundschreiben 2017/3 «Schweizer Solvenztest (SST)» vom 7. Dezember 2016 (zitiert: *FINMA-RS 2017/3 «SST»*)
 - Rundschreiben 2017/2 «Corporate Governance – Versicherer», Corporate Governance, Risikomanagement und internes Kontrollsystem bei Versicherern vom 7. Dezember 2016 (zitiert: *FINMA-RS 2017/2 «Corporate Governance – Versicherer»*)
 - Rundschreiben 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer», Erläuterungsbericht, Bern 2016 (Anhörungsentwurf) (zitiert: *Erläuterungsbericht Entwurf RS Outsourcing*)
 - Rundschreiben 2017/xx «Outsourcing – Banken und Versicherer», Bern 2016 (Anhörungsentwurf) (zitiert: *Entwurf RS Outsourcing*)
 - Strategische Ziele 2017 bis 2020, 16. November 2016, Bern 2016 (zitiert: *Strategische Ziele*)
 - Rundschreiben zur Versicherungsaufsicht, Erläuterungsbericht, 31. Mai 2016, Bern 2016 (zitiert: *Erläuterungsbericht Versicherungsaufsicht*)
 - Erläuterungen zum Geschäftsplan von Versicherungsunternehmen vom 21. April 2016, Bern 2016 (zitiert: *Erläuterungen zum Geschäftsplan*)

- Rundschreiben 2016/5 «Anlagerichtlinien – Versicherer», Anlagen im Gesamtvermögen und im gebundenen Vermögen von Versicherungsunternehmen vom 3. Dezember 2015 (zitiert: *FINMA-RS 2016/5 «Anlagerichtlinien – Versicherer»*)
- Rundschreiben 2016/3 «ORSA», Grundlagen für die Durchführung einer Selbstbeurteilung der Risikosituation und des Kapitalbedarfs (ORSA) und für die Berichterstattung an die FINMA vom 3. Dezember 2015 (zitiert: *FINMA-RS 2016/3 «ORSA»*)
- Leitlinien zur Kommunikation, 25. September 2014, Bern 2014 (zitiert: *Leitlinien Kommunikation*)
- FINMA-Mitteilung 63 (2014) «Auslagerung von Kernfunktionen durch Versicherungsunternehmen an Vermittler» vom 5. Juni 2014, Bern 2014 (zitiert: *Mitteilung 63 (2014)*)
- Leitlinien zur Finanzmarktregulierung, 3. Juli 2013, Bern 2013 (zitiert: *Leitlinien Finanzmarktregulierung*)
- Rundschreiben 2013/5 «Liquidität Versicherer», Grundlagen für die Erfassung von Liquiditätsrisiken sowie für die Berichterstattung zur Liquidität durch Versicherer vom 5. Dezember 2012 (zitiert: *FINMA-RS 2013/5 «Liquidität Versicherer»*).
- Bulletin 1/2010, Bern 2010 (zitiert: *Bulletin 1/2010*)
- Rundschreiben 2008/43 «Rückstellungen Lebensversicherung», Versicherungstechnische Rückstellungen in der Lebensversicherung vom 20. November 2008 (zitiert: *FINMA-RS 2008/43 «Rückstellungen Lebensversicherung»*)
- Rundschreiben 2008/42 «Rückstellungen Schadenversicherung», Versicherungstechnische Rückstellungen in der Schadenversicherung vom 20. November 2008 (zitiert: *FINMA-RS 2008/42 «Rückstellungen Schadenversicherung»*)
- Rundschreiben 2008/21 «Operationelle Risiken Banken», Eigenmittelanforderungen und qualitative Anforderungen für operationelle Risiken bei Banken vom 20. November 2008 (zitiert: *FINMA-RS 2008/21 «Operationelle Risiken»*)
- Rundschreiben 2008/20 «Marktrisiken Banken», Eigenmittelanforderungen für Marktrisiken bei Banken vom 20. November 2008 (zitiert: *FINMA-RS 2008/20 «Marktrisiken Banken»*)
- Rundschreiben 2008/7 «Outsourcing Banken», Auslagerung von Geschäftsbereichen bei Banken vom 20. November 2008 (zitiert: *FINMA-RS 2008/7 «Outsourcing Banken»*)
- Rundschreiben 2008/5 «Effektenhändler», Erläuterungen zum Begriff Effektenhändler vom 20. November 2008 (zitiert: *FINMA-RS 2008/5 «Effektenhändler»*)
- Rundschreiben 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken», Gewerbsmässige Entgegennahme von Publikumseinlagen durch Nichtbanken im Sinne des Bankengesetzes vom 20. November 2008 (zitiert: *FINMA-RS 2008/3 «Publikumseinlagen bei Nichtbanken»*)
- Rundschreiben, verfügbar auf <https://www.finma.ch/de/dokumentation/rundschreiben/> (zitiert: *Rundschreiben*)

- Die Internationale Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden, verfügbar auf <<https://www.finma.ch/de/finma/internationale-zusammenarbeit/policy-und-regulierungszusammenarbeit/iaais/>> (zitiert: *IAIS*)
- EIDGENÖSSISCHES VERSICHERUNGSAMT (EVA), Beaufsichtigung privater Versicherungseinrichtungen, Bericht an die nationalrätliche Kommission zu Art. 12 E-VAG (versicherungsfremdes Geschäft) vom 20. Oktober 1977, Bern 1977 (zitiert: *Bericht versicherungsfremdes Geschäft*)
- EXPERTENKOMMISSION «TOO BIG TOO FAIL», Schlussbericht der Expertenkommission zur Limitierung von volkswirtschaftlichen Risiken durch Grossunternehmen, Bern 2010
- EXPERTENKOMMISSION UVG-REVISION, Bericht vom 27. Februar 2006, Bern 2006
- EXPERTENGRUPPE ZUFFEREY, Finanzmarktregulierung und –aufsicht in der Schweiz (Banken, Versicherungen, Allfinanz und Finanzkonglomerate, andere Finanzdienstleistungen), Schlussbericht, Freiburg 2000
- EXPERTENKOMMISSION JANSSEN, Expertenbericht, Aufsichtstätigkeit des Bundesamts für Privatversicherungen: Beurteilung aus Sicht der Kommission «Transparenz» unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Martin Janssen, *Teil I: Bereich Lebensversicherung* vom 18. September 2002, Zürich 2002
- Expertenbericht, Aufsichtstätigkeit des Bundesamts für Privatversicherungen: Beurteilung aus Sicht der Kommission «Transparenz» unter dem Vorsitz von Prof. Dr. Martin Janssen, *Teil II: Sachversicherungen* vom 15. Dezember 2002, Zürich 2002
- EXPERTENKOMMISSION ZIMMERLI, Erweiterung prudentielle Aufsicht, Folgearbeit zum Schlussbericht der Expertengruppe Finanzmarktaufsicht; Expertengruppe Frey, III. Teilbericht der vom Bundesrat eingesetzten Expertenkommission, Februar 2005, Bern 2005
- KOMMISSION FÜR WIRTSCHAFT UND ABGABEN DES NATIONALRATES (WAK NR), Protokoll der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Nationalrates vom 14. August 2003 (zitiert: *Prot. WAK NR vom 16. Februar 2004*)
- KOMMISSION FÜR WIRTSCHAFT UND ABGABEN DES STÄNDERATES (WAK StR), Protokoll der Kommission für Wirtschaft und Abgaben des Ständerates vom 16. Februar 2004 (zitiert: *Prot. WAK StR vom 14. August 2003*)
- SCHWEIZERISCHER BUNDESRAT, Bundesrat verabschiedet neue Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz, Medienmitteilung vom 13. Dezember 2019, Bern 2019, verfügbar auf <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-77531.html>>
- Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 (zitiert: *Botschaft VVG 2017*)
- Botschaft zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG) vom 4. November 2015, BBl 2015 8901 (zitiert: *Botschaft FINIG*)
- Die FINMA und ihre Regulierungs- und Aufsichtstätigkeit, Bericht des Bundesrates in Erfüllung der Postulate 12.4095 Graber Konrad, 12.4121 de Courten, 12.4122 Schneeberger und 13.3282 de Buman vom 18. Dezember 2014 (zitiert: *Bericht Aufsichtstätigkeit*)

- Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (Unfallversicherung und Unfallverhütung; Organisation und Nebentätigkeiten der SUVA) vom 30. Mai 2008, BBl 2008 5395 (zitiert: *Botschaft UVG 2008*)
 - Botschaft zum Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz; FINMAG) vom 1. Februar 2006, BBl 2006 2829 (zitiert: *Botschaft FINMAG*)
 - Botschaft zum Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen (Kollektivanlagengesetz) vom 23. September 2005, BBl 2006 5805 (zitiert: *Botschaft KAG*)
 - Erläuterungen zum Vorentwurf der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (Vorentwurf Aufsichtsverordnung [VE-AVO]) vom 11. August 2004 (zitiert: *Erläuterungen VE-AVO 2004*)
 - Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003, BBl 2003 3789 (zitiert: *Botschaft VAG 2004*)
 - Revision des Aufsichtsrechts betreffend die privaten Versicherungsunternehmen, Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, Erläuternder Bericht zu den Vorentwürfen August 1998 (zitiert: *Bericht VE-VAG 1998*)
 - Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1 (zitiert: *Botschaft BV*)
 - Botschaft des Bundesrates zu einem neuen Bundesgesetz über die Beaufsichtigung privater Versicherungseinrichtungen vom 5. Mai 1975, BBl 1976 II 873 (zitiert: *Botschaft VAG 1978*)
 - Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. Februar 1904, BBl 1094 I 18 (zitiert: *Botschaft VVG 1904*)
 - Nachtrag zur Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Gesetzes über den Geschäftsbetrieb von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 6. März 1885, BBl 1885 I 564 ff. (zitiert: *Nachtrag zur Botschaft VAG 1885*)
 - Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend den Entwurf eines Gesetzes über den Geschäftsbetrieb von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 13. Januar 1885, BBl 1885 I 101 (zitiert: *Botschaft VAG 1885*)
- STAATSEKRETARIAT FÜR WIRTSCHAFT (SECO), BIP gemäss Produktionsansatz, saison- und kalenderbereinigt, November 2019, verfügbar auf <<https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/wirtschaftslage---wirtschaftspolitik/Wirtschaftslage/bip-quartalsschaetzungen-/daten.html>> (zitiert: *BIP 2018 nominal gemäss Produktionsansatz*)

Deutschland

BUNDESANSTALT FÜR FINANZDIENSTLEISTUNGSAUFSICHT (BAFIN), Konsultation 05/2013, Entwurf einer Verlautbarung, Vermittlung von Anteilen an Investmentfonds durch Angestellte eines Versicherungsunternehmens, GZ: VA 52-I 5005-2013/0002 (zitiert: *Konsultation 05/2013*)

BUNDESAUFSICHTSAMT FÜR DAS VERSICHERUNGSWESEN (BAV), Geschäftsbericht 1996, Teil A, vorgelegt gemäss § 103 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen (zitiert: *Geschäftsbericht 1996 Teil A*)

- Geschäftsbericht 1972, vorgelegt gemäss § 103 des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen (zitiert: *Geschäftsbericht 1972*)

Vereinigte Staaten von Amerika

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC), Internet of Things, Privacy & Security in a Connected World, FTC Staff Report, Washington DC 2015 (zitiert: *IoT*)

Curriculum Vitae

Jannick Koller

08.10.1989, Schweizer Staatsbürgerin

Ausbildung

08/2015 – 05/2020	Universität St. Gallen Doktoratsstudium in Rechtswissenschaft
05/2017 – 08/2018	Berkman Klein Center for Internet & Society at Harvard University, Cambridge MA Forschungsaufenthalt
09/2013 – 08/2015	Universität St. Gallen Master-Studium in Rechtswissenschaft
09/2009 – 09/2013	Universität St. Gallen Bachelor-Studium in Rechtswissenschaft
02/2012 – 07/2012	University of Otago, Dunedin Austauschsemester

Arbeitstätigkeit

06/2020 –	Lenz & Stachelin, Zürich Juristische Mitarbeiterin
04/2019 – 09/2019	Zürich Versicherungs-Gesellschaft, Zürich Legal Counsel
03/2018 – 04/2019	Lenz & Stachelin, Zürich Rechtsanwaltssubstitutin
09/2013 – 11/2017	Universität St. Gallen Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl für öffentliches Wirtschaftsrecht, Prof. Dr. Peter Hettich