



Diana Lafita*

Versicherer bald Banken? Neueste Entwicklungen in der Versicherungsaufsicht

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Konjunktur
- III. Die Schweiz im internationalen Umfeld
 1. International Association of Insurance Supervisors (IAIS)
 2. Die Schweiz und die EU – Gleichwertigkeit im Gange
- IV. Teilrevision der Aufsichtsverordnung (AVO)
 1. Qualitatives Risikomanagement
 - 1.1 Gewähr
 - 1.2 Ziel und Inhalt des Risikomanagements
 - 1.3 Selbstbeurteilung der Risikosituation und des Kapitalbedarfs
 - 1.4 Liquiditätsmanagement
 2. Offenlegung
 3. Solvabilität I und SST
 - 3.1 Abschaffung von Solvabilität I
 - 3.2 Ausfall der Ausnahmeregelung vom SST
 - 3.3 Erweiterung der Risikokategorien
 - 3.4 Ermittlung des Zielkapitals
 - 3.5 Modelle
 - 3.6 Stresstests
 4. Risikoabsorbierende Kapitalinstrumente
 - 4.1 Berücksichtigung unter dem SST
 - 4.2 Eigenschaften der risikoabsorbierenden Kapitalinstrumente und Modalitäten
 - 4.3 Fehlende Konkretisierung
- V. FIDLEG
 1. Allgemeines
 2. Internationaler Vergleich
 3. Auswirkungen auf Versicherungsunternehmen
 - 3.1 Anwendungsbereich
 - 3.2 Verhaltensregeln
 - 3.3 Informationspflicht
 - 3.4 Eignungs- und Angemessenheitsprüfung sowie Kundensegmentierung
 - 3.5 Dokumentation und Rechenschaft
 - 3.6 Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen
 - 3.7 Organisation, Interessenkonflikte und Unabhängigkeit
 - 3.8 Registrierungspflicht der Kundenberater
 - 3.9 Verhaltensregeln für Versicherungsvermittler
- VI. Steuerkonformität und FINIG
- VII. Sanierung sowie Abwicklungsstrategie und FinfraG

I. Einleitung

Die Finanzindustrie erlebt auf nationaler und internationaler Ebene starke Veränderungen in ihrem Umfeld. Einen wichtigen Teil davon bilden die in Folge der letzten Krise und der einhergehenden Skandale erlassenen Regelwerke. Die starke Regulierung scheint immer noch in hohem Tempo voranzuschreiten. Die Entwicklungen an der Regulierungsfront gehen Institute im Finanzbereich, einschliesslich Versicherungen, immer homogener an. Obschon dies in gewissen Fällen aufgrund der globalen Vernetzung der Märkte sowie der Substituierbarkeit gewisser Finanzdienstleistungen sinnvoll ist, bestehen in den einzelnen Geschäftsbereichen oft Besonderheiten, welche in Berücksichtigung des Verhältnismässigkeitsprinzips eine differenzierte Regelung erfordern.

Der vorliegende Beitrag zeigt die wesentlichen aktuellen Entwicklungen im Schweizer Versicherungsaufsichtsrecht auf und bringt diese mit den internationalen Standards sowie anderen finanzmarktrechtlichen Entwicklungen in Verbindung. Aufgrund der breiten Thematik wird nicht auf Vollständigkeit gezielt. Vielmehr soll dieser Aufsatz einen Überblick mit einzelnen Schwerpunkten bieten. Die Ausführungen zum Finanzdienstleistungsgesetz beziehen sich auf den Vorentwurf vom 25. Juni 2014 (VE-FIDLEG) sowie die dazugehörigen Vernehmlassungsergebnisse und stehen unter Vorbehalt der definitiven Regelungen. Das Sozialversicherungsrecht, die berufliche Vorsorge und die Krankenversicherung sind nicht Bestandteil dieses Aufsatzes.

II. Konjunktur

Die Bedingungen in der Versicherungsindustrie werden vorwiegend durch das aktuelle konjunkturelle Umfeld bestimmt. Das tiefe Zinsniveau sorgt schon lange für grosse Herausforderungen bei der Anlage von Geldern¹. Während generell erhöhte Risiken eingegangen werden müssen, um eine positive Rendite zu erzielen, steigen die

* Diana Lafita, Rechtsanwältin, Zürich.

¹ FINMA Jahresbericht 2014, 50.

regulatorischen Erfordernisse rund ums Risikomanagement und die Solvenz.

Die welt- und landesweiten Skandale in der Finanzbranche und die daraus folgende Regulierungswelle wirken sich auf die Versicherungsbranche aus, obschon diese generell deutliche Unterschiede zur Bankenindustrie aufweist².

Eine lockere Geldpolitik unterstützt die Weiterentwicklung der Globalisierung und damit auch die Stärkung der weltweit tätigen Konzerne. Dies führt einerseits zu einem steigenden Angebot an Gütern und Dienstleistungen, andererseits zu erhöhter Sorge um die Kleinkunden und Konsumenten. Der Schutz von Kleinkunden und Konsumenten wird verstärkt, und Massnahmen zur Minimierung der Risiken eines Ausfalls grösserer *systemrelevanter* Unternehmungen werden ständig auf nationaler und internationaler Ebene geschaffen.

Im Grosskundengeschäft müssen Dienstleister die Anforderungen von mächtigen Grosskunden mit erheblicher Verhandlungsmacht erfüllen, welche immer mehr globale Effizienzsteigerungen anstreben. Versicherer sind trotz dieser Kundenwünsche an die immer noch sehr lokalen Gegebenheiten der Regulierung gebunden.

Sowohl für Gross- als auch für Kleinkunden wird es immer einfacher, bei sich ändernden wirtschaftlichem, sozialem und politischem Umfeld, den Standort zu verlegen. Um zu überleben, müssen Dienstleister entsprechend flexibel werden. Insbesondere die grenzüberschreitenden Tätigkeiten oder die Errichtung von Tochtergesellschaften und Zweigniederlassungen im Ausland sind, soweit zulässig, zur meist benutzten Lösung geworden.

Die Tätigkeit von supranationalen Organisationen zur Vereinheitlichung der Regulierung wird mit dem Ziel einer globalen Finanzstabilität intensiviert, jedoch genügt die Festlegung von internationalen Standards den nationalen Behörden nicht, um einen freien Dienstleistungsverkehr zu ermöglichen. Die Anerkennung von Drittlandregulierungen zwecks Vereinfachung der Aufsicht ist für im Finanzbereich «exportierende» Länder³ wie die Schweiz zur grössten Knacknuss geworden.

Während die Bankindustrie im letzten Jahr immer noch grosse Einbussen aufgrund von Rechtsfällen sowie Investitionen in Rechts- und Compliancefunktionen hinnehmen musste, zeigt sich die Gewinnstruktur der Versicherungen generell frei von solchen Einbussen. Die boomende Wirtschaft generiert weiterhin trotz niedriger Zinsen gute Resultate für die Versicherer⁴. Somit sind

die verschiedenen *Stakeholders* bisher mit der Versicherungswirtschaft generell zufrieden.

Nachfolgend sollen die neuen Regulierungsansätze vor dem Hintergrund dieses wirtschaftlichen und politischen Umfelds verstanden, aber auch evaluiert werden.

III. Die Schweiz im internationalen Umfeld

1. International Association of Insurance Supervisors (IAIS)

Schon seit langer Zeit arbeiten internationale Gremien wie das Basel Committee for Banking Supervision (BCBS) und die International Association for Insurance Supervisors (IAIS)⁵ an der Definition von internationalen Standards zur Stabilität der Finanzmärkte und für den Kundenschutz. Für beide, die Versicherungs- und die Bankenindustrie, sind sog. *Core Principles of Supervision*⁶ erarbeitet worden, welche als globales Rahmenwerk die Grundsätze der Regulierung in nicht bindender Form festlegen.

Basierend auf den Insurance Core Principles (ICP) hat die IAIS für die Aufsicht von international tätigen Versicherungsgruppen (IAIGs) das *Common Framework of Internationally Active Insurance Groups* (sog. ComFrame) entwickelt⁷. Dieses schafft zusätzliche Rahmenbedingungen, welche die besonderen Risiken einer Versicherungsgruppe adressieren und von den ICP nicht genügend berücksichtigt werden. Für die IAIGs wird die IAIS einen gruppenweiten Solvenzstandard entwickeln (sog. *Insurance Capital Standard*), welcher ab 2019 gelten soll. Die Kategorie der IAIGs bezieht sich nicht auf Systemrelevanz⁸.

Unter der vom Financial Stability Board (FSB) geleiteten Initiative, globale systemrelevante Finanzunternehmen (*systemically important financial institutions – SIFIs*) zu identifizieren⁹, hat die IAIS eine Methodologie entwickelt, um systemrelevante Versicherer (*global systemically important insurers, G-SIIs*) zu definieren¹⁰. In den Jahren 2013 und 2014 wurden neun systemrelevante Versicherer identifiziert¹¹. Im November 2015 wird die

² Dazu ausführlich Insurance Europe, Why insurers differ from banks, Brüssel, Oktober 2014.

³ Gemäss Schweizer Versicherungsverband (SVV), Facts and Figures 2015, arbeiteten im Jahr 2014 von den 117'068 Mitarbeitern der Schweizer Privatassekuranz 69'236 im Ausland.

⁴ Siehe FINMA Jahresbericht 2014, 50 ff. (Versicherungen).

⁵ Das BCBS wurde im Jahr 1974 gegründet; die IAIS im Jahr 1994.

⁶ Siehe BCBS Core Principles for Effective Banking Supervision (<<http://www.bis.org/bcbs/>>) sowie IAIS Insurance Core Principles (<<http://www.iaisweb.org>>).

⁷ Siehe IAIS, ComFrame Revised Draft, September 2014 (Entwurf ComFrame).

⁸ Siehe Definition von IAIGs bei Entwurf ComFrame, 8f.

⁹ Siehe Medienmitteilung FSB, Policy Measures to Address Systemically Important Financial Institutions (SIFIs), 4. November 2011.

¹⁰ IAIS, Global Systemically Important Insurers: Initial Assessment Methodology, 18. Juli 2013.

¹¹ Siehe FSB Medienmitteilung vom 6. November 2014, Anhang I, Liste der G-SIIs: Allianz SE, American International Group, Inc.,

nächste Überprüfung erwartet, in der auch Rückversicherer sowie weitere im Versicherungssektor tätige Unternehmen berücksichtigt werden.

Auf die G-SIIs sollen von der IAIS erarbeitete besondere Massnahmen Anwendung finden. Zur Konkretisierung solcher Massnahmen werden über die Eigenmittelanforderungen (*Basic Capital Requirement – BCR*) weitere Massnahmen entwickelt, wie die ab 2019 geltende höhere Verlustfähigkeit (*higher loss absorbing capacity – HLA*) und das noch nicht bestehende *Insurance Capital Standard (ICS)*¹².

In der Schweiz spricht man von einer systemrelevanten Bank oder Finanzgruppe, wenn deren Ausfall die Volkswirtschaft sowie das schweizerische Finanzsystem (d.h. den Geld- bzw. Kapitalverkehr einschliesslich der Realwirtschaft¹³) erheblich schädigen würde¹⁴. Anders als beim Ausfall einer Bank ist beim Ausfall eines typischen Versicherers ein solcher Effekt m.E. schwieriger vorstellbar, u.a. weil sich Versicherer nicht in gleichem Mass wie Banken an Zahlungs- und Abwicklungssystemen beteiligen. Insofern Versicherer, abgesehen von der typischen Versicherungstätigkeit, weitere untypische Tätigkeiten ausüben, sog. *non-traditional oder non-insurance (NTNI) activities*, ist jedoch nicht auszuschliessen, dass ab einem gewissen Mass bzw. infolge gewisser Abhängigkeiten systemische Risiken entstehen¹⁵.

2. Die Schweiz und die EU – Gleichwertigkeit im Gange

Während die EU das Prinzip der Berechnung von Solvenz unter einer marktkonformen Bewertung der Bilanz und Berücksichtigung aller wirtschaftlichen Risiken erst mit der Solvency II Richtlinie¹⁶ per 1. Januar 2016 in Kraft setzen wird¹⁷, sind die erwähnten Prinzipien unter dem *Swiss Solvency Test (SST)* bereits im Jahr 2006 entwickelt worden und werden seit dem Jahr 2011 angewendet. Die Schweiz hat somit als hochspezialisiertes Land in der Versicherungsaufsicht eine Vorreiterrolle eingenommen.

Assicurazioni Generali S.p.A., Aviva plc, AXA S.A., MetLife, Inc., Ping An Insurance (Group) Company of China, Ltd., Prudential Financial, Inc., Prudential plc.

¹² IAIS, *Basic Capital Requirements for Global Systemically Important Insurers*, 23. Oktober 2014.

¹³ BSK BankG-REUTTER/RAUN, Art. 11 N 1.

¹⁴ Art. 7 Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG), SR 952.0.

¹⁵ BSK VAG-MÄCHLER, Art. 1 N 69 ff. sowie IAIS, *G-SII and MPS FAQs*, 17. Dezember 2014, 4.

¹⁶ Richtlinie 2009/138/EG vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvency II Richtlinie).

¹⁷ Richtlinie 2013/58/EU vom 11. Dezember 2013 zur Änderung der Solvabilität II Richtlinie hinsichtlich des Zeitpunkts ihrer Umsetzung und des Zeitpunkts ihrer Anwendung sowie des Zeitpunkts der Aufhebung bestimmter Richtlinien.

Mittlerweile hat die EU die Solvency II Richtlinie entwickelt und aufgrund der in der EU herrschenden wirtschaftlichen Konjunktur durch die sog. *Omnibus-II-Richtlinie*¹⁸ geändert, sodass die Schweiz im Sinne des autonomen Nachvollzugs einige Anpassungen in Bestrebung der Äquivalenz vornehmen musste. Die EU hat am 5. Juni 2015 die *Äquivalenz des Schweizer Systems im Bereich Rückversicherungen, Solvenzberechnung und Versicherungsgruppenaufsicht* mit Wirkung ab dem 1. Januar 2016 anerkannt¹⁹. Die Äquivalenz ist insbesondere für Schweizer Rückversicherer von Relevanz, damit diese in der EU grenzüberschreitend tätig sein können, ohne dafür finanzielle Sicherheiten hinterlegen zu müssen. Darüber hinaus können Versicherungsgruppen in der Aufsicht auf die Erfüllung doppelter Vorschriften verzichten²⁰.

Im Bereich der Direktversicherung dagegen gewährt die Äquivalenzanerkennung Schweizer Unternehmungen keine Möglichkeit, grenzüberschreitend in der EU tätig zu werden. Es besteht aber die Möglichkeit, eine Niederlassung in der EU zu gründen, und von dort aus grenzüberschreitend Versicherungen zu vermarkten. Die Erfahrungen zeigen jedoch, dass eine solche Niederlassung i.d.R. lokale Vorschriften und praktische Usancen jedes entsprechenden EU-Mitgliedsstaats erfüllen muss²¹, welche noch immer voneinander abweichen.

Ein Finanzdienstleistungsabkommen mit der EU scheint noch weit entfernt²². Es ist jedoch aufgrund der erwähnten Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten unklar, wie gross die Vorteile für den Schweizer Versicherungssektor wären. Darüber hinaus ist es bemerkenswert, dass aufgrund der schwächeren Regulierung der EU im Bereich Solvenz bei einem freien Dienstleistungsverkehr Schweizer Unternehmungen zur Zeit einem Wettbewerbsnachteil ausgesetzt wären²³.

Als allgemeine Lösung für die grenzüberschreitende Tätigkeit haben Versicherungskonzerne Methoden ent-

¹⁸ Richtlinie 2014/51/EU vom 16. April 2014 zur Änderung der Richtlinien 2003/71/EG und 2009/138/EG und der Verordnungen (EG) Nr. 1060/2009, (EU) Nr. 1094/2010 und (EU) Nr. 1095/2010 im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung) und der Europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde).

¹⁹ FINMA Medienmitteilung vom 5. Juni 2015.

²⁰ Siehe Art. 172 Solvency II Richtlinie für Rückversicherer mit Sitz in der Schweiz, welche in der EU tätig sind; Art. 227 Solvency II Richtlinie für Schweizer Tochtergesellschaften einer Gruppe mit Sitz im EWR und Art. 260 Solvency II Richtlinie für EWR Tochtergesellschaften einer Schweizer Gruppe.

²¹ Sog. *general goods rules*.

²² Am 18. März 2015 führten die Schweiz und die EU erste exploratorische Gespräche über die Machbarkeit und Wünschbarkeit eines Finanzdienstleistungsabkommens, siehe <<http://www.news.admin.ch>>, 19. März 2015. Siehe auch Schlussbericht der Expertengruppe zur Weiterentwicklung der Finanzmarktstrategie, 1. Dezember 2014, 27 ff.

²³ Marc Chuard, Leiter Ressort Finanz und Regulierung, SVV, Gespräch vom 3. Juli 2015.

wickelt, um ihre Produkte zusammen mit lokalen Anbietern der gleichen Versicherungsgruppe oder mit Versicherungspartnern in einem Paket für in verschiedenen Ländern ansässige Grosskunden anzubieten (sog. Versicherungsprogramme). Dies erlaubt die Erfüllung lokaler Voraussetzungen aller Art, und gleichzeitig eine effiziente Zusammenfassung der Risiken evtl. mit Rückversicherung in einem Captive zur Realisierung von Kosteneffizienzen aufgrund von Diversifikationseffekten. Solange lokale Differenzen im regulatorischen, privatrechtlichen und sogar kulturellen Bereich bestehen, wirkt eine solche Lösung möglicherweise realitätsnäher für das internationale Versicherungsgeschäft als die rein grenzüberschreitende Tätigkeit.

IV. Teilrevision der Aufsichtsverordnung (AVO)

Die am 1. Juli 2015 in Kraft getretene revidierte Fassung der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen (AVO)²⁴ reflektiert mehrheitlich die aufgrund internationaler Entwicklungen angestrebten Anpassungen in der Versicherungsaufsicht. Die Revision wurde insbesondere mit dem Ziel einer Anerkennung der Äquivalenz mit der Solvency II Richtlinie in Angriff genommen²⁵. Aufgrund der Änderungen in der AVO wird die FINMA als Nächstes verschiedene Rundschreiben (FINMA-RS) anpassen. Nachstehend folgt eine Übersicht der wichtigsten Änderungen in der AVO.

1. Qualitatives Risikomanagement

1.1 Gewähr

Die qualitativen Anpassungen bei den Gewährsvorschriften des Verwaltungsrats reflektieren mehrheitlich die bisherige Aufsichtspraxis. Nach dem neuen Wortlaut²⁶ muss jedes Verwaltungsratsmitglied über das notwendige Fachwissen und ausreichende Zeit für die Erfüllung seiner Aufgaben verfügen²⁷.

Von grösserer Tragweite ist die Änderung in Art. 13 AVO bezüglich *Doppelfunktionen*, für welche eine Umsetzungsfrist von drei Jahren festgelegt wird. Demgemäss wird nicht nur wie bisher die Trennung zwischen

dem Vorsitzenden der Geschäftsleitung und dem Verwaltungsratspräsidenten, sondern die *absolute Trennung zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung*, vorgeschrieben. Die Regel gleicht sich den bankregulatorischen Vorschriften an²⁸, jedoch wurde sie nicht durch internationale Standards vorgeschrieben²⁹. Es wäre zu begrüssen, wenn kleinere Unternehmungen von der Ausnahmeregelung nach Art. 13 Abs. 3 AVO profitieren könnten.

1.2 Ziel und Inhalt des Risikomanagements

Die *Compliancefunktion* wird als notwendiger Bestandteil des internen Kontrollsystems eingegliedert³⁰. Bisher war die Einsetzung einer Compliancefunktion nur erforderlich, soweit dies aufgrund der Grösse und Komplexität des Geschäfts angemessen war³¹. Die neue Bestimmung adressiert einen der von EIOPA festgestellten Vorbehalte in ihrer Äquivalenzbeurteilung zur Solvency II Richtlinie³². Es stellt sich insbesondere bei kleineren Unternehmungen, welche mit entsprechend erhöhten Personalausgaben rechnen müssen, die Frage, ob der Angemessenheit genügend Rechnung getragen wird. Die Externalisierung von Aufgaben der Compliancefunktion innerhalb der erlaubten Grenzen könnte als mögliche Lösung betrachtet werden³³.

Weiterhin werden erhöhte Anforderungen an die Organisation der Compliancefunktion gestellt. Diese muss, gleichermassen wie die Risikomanagementfunktion, unabhängig und verhältnismässig nach Grösse und Risikoprofil des Unternehmens ausgestattet sein.

Unter *Unabhängigkeit* versteht man u.a. eine Funktionstrennung zwischen der operativen und der Kontrollaktivität zur Vermeidung von Interessenkonflikten³⁴. Weiterhin können die hierarchischen *Reportinglines* so ausgestaltet sein, dass Risikomanagement und Compliance sowohl der Geschäftsleitung als auch dem Verwal-

²⁴ Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO), SR 961.011.

²⁵ EIOPA Advice to the European Commission, Equivalence Assessment of the Swiss Supervisory System in Relation to Articles 172, 227 and 260 of the Solvency II Directive (EIOPA Advice on Equivalence), 19. Dezember 2014.

²⁶ Art. 12 Abs 2 AVO. ICP 5 Suitability of Persons bezieht sich allgemein auf diversifizierte Wissen und Fähigkeiten.

²⁷ Dies war bereits im FINMA-RS 2008/32 Corporate Governance Versicherer, N 10 statuiert.

²⁸ Art. 11 Abs. 2 Verordnung über die Banken und Sparkassen vom 30. April 2014 (Bankenverordnung, BankV), SR 952.02.

²⁹ ICP 7 Corporate Governance erlaubt sog. *one-tier* oder *two-tier boards*.

³⁰ Art. 96 Abs. 3 und Abs. 4 AVO.

³¹ FINMA-RS 2008/32 Corporate Governance Versicherer, N 9.

³² EIOPA Advice on Equivalence, N 103.

³³ Gemäss Dokument FINMA Erläuterungen zum Geschäftsplan von Versicherungsunternehmen vom 25. Januar 2012, Ziff. 4.10, muss eine intern verantwortliche Person für die ausgelagerten Funktionen bezeichnet werden. Die Kontrollen auf Ebene des Verwaltungsrats und der Geschäftsführung dürfen nicht ausgelagert werden. Siehe auch FINMA-RS 2008/7 Outsourcing Banken, Anhang, N 6, gemäss welchem unter ähnlichen Voraussetzungen die Auslagerung der Aufgaben der Compliance Funktion bejaht wird. Siehe auch BCBS, Compliance and the Compliance Function by Banks, Arpil 2005, Principle 10: «Specific tasks of the compliance function may be outsourced, but they must remain subject to appropriate oversight by the head of compliance.» Gründe für eine abweichende Regelung zum Bankensektor sind nicht ersichtlich.

³⁴ FINMA-RS 2008/32 Corporate Governance Versicherer, N 32.

tungsrat Bericht erstatten³⁵. Dazu sollte das Entschädigungssystem der Kontrollfunktionen keine direkte Verbindung zu den Geschäftsergebnissen einer operativen Tätigkeit aufweisen.

Auf Ebene einer *Gruppe* oder eines *Konglomerats* soll es neu eine getrennte Risikomanagement- und Compliancefunktion mit *gruppenweiter Verantwortung* geben³⁶. Dies lässt sich aufgrund des massgebenden Einflusses erklären, welchen die Muttergesellschaft eines Konzerns auf die Strategie der darunter liegenden Einheiten ausübt. Zu vermeiden sind z.B. Situationen, in welchen Ziele einer Gruppe in unangemessenem Verhältnis zu den Risiken der Gruppengesellschaften stehen. Technisch gesehen lassen sich jedoch m.E. die Grundsätze über die Verantwortlichkeit einer natürlichen Person oder eines Organs innerhalb einer Unternehmung im zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Sinne durch diese Bestimmung der AVO nicht ändern. Eine Regelung, gemäss welcher die Organe der Muttergesellschaft einer Versicherungsgruppe für die Erfüllung der Pflichten ihrer Tochtergesellschaften rechtlich einstehen müssten, sollte auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen. Die Verantwortung der Muttergesellschaft und ihrer Organe als *faktisches Organ* einer Tochtergesellschaft lässt sich gemäss geltendem Recht nur bei Erfüllung gewisser Voraussetzungen rechtfertigen³⁷. Daher ist Art. 195 Abs. 2 AVO vielmehr in Zusammenhang mit der Erstellung vom ORSA³⁸ zu verstehen.

1.3 Selbstbeurteilung der Risikosituation und des Kapitalbedarfs

Als eine der wesentlichsten Änderungen bei der Revision der AVO gilt die in Art. 96a eingeführte Umsetzung des internationalen Standards *Own Risk and Solvency Assessment (ORSA)*. Gemäss diesem Standard muss ein Versicherer die eigene künftige Risikomanagement- und Solvenzposition evaluieren³⁹. Anders als die rein quantitativen Solvenzvorschriften erfordert diese Pflicht mehrheitlich eine qualitative Beurteilung des Verhältnisses zwischen Risiken und Kapital eines Versicherungsunternehmens. Letztlich sollte diese Selbstbeurteilung in die Unternehmensstrategie einbezogen werden und nicht eine reine Berichterstattungspflicht darstellen. Die Ausführungsbestimmungen werden wohl in einem neuen FINMA-RS erlassen.

1.4 Liquiditätsmanagement

Nachdem die FINMA die Grundlagen für die Liquiditätsberichterstattung im FINMA-RS 2013/05 Liquidität Versicherer erlassen hat, werden im Art. 98a AVO die Grundsätze für eine konkretisierende Regelung durch die FINMA festgelegt.

Im Wesentlichen geht es darum, nachteilige Szenarien für die Liquiditätslage zu definieren, Stresstests diesbezüglich durchzuführen und entsprechende Massnahmen zur Risikominimierung festzulegen. Dabei sollte m.E. der Fokus zugunsten der Verhältnismässigkeit auf die Ausübung von liquiditätsgefährdenden Aktivitäten gesetzt werden, insbesondere Finanztransaktionen ausserhalb des Versicherungsgeschäfts⁴⁰. Im Rahmen dieser Massnahmen ist organisatorisch ein *Notfallkonzept* aufzustellen. Diese Regulierung scheint derjenigen im Bankenbereich zu folgen⁴¹.

2. Offenlegung

Art. 111a AVO statuiert die Pflicht der jährlichen Veröffentlichung eines *Berichts über die Finanzlage* des Versicherungsunternehmens. Die Bestimmung folgt den geltenden internationalen Standards, insbesondere der Gleichwertigkeit mit der Solvency II Richtlinie⁴².

Der Bericht über die Finanzlage beinhaltet grundsätzlich Informationen über die Solvabilität und das Risikomanagement. Die Transparenz in diesem Bereich ist als positiv zu beurteilen. Zusammen mit der Prämienhöhe und der Qualität der Schadensabwicklung zählt die Solvabilität des Versicherers zu den wesentlichen Kriterien bei der Unterscheidung von Konkurrenten.

Nach Art. 111b AVO wird die FINMA Ausführungsbestimmungen zur *Mindestgliederung der Jahresrechnung* erlassen, welche in Abweichung vom OR⁴³ die Besonderheiten des Versicherungsgeschäfts reflektieren. Des Weiteren besteht bei der FINMA ein Projekt zur strukturellen *Neugestaltung des Aufsichtsreportings*⁴⁴.

3. Solvabilität I und SST

3.1 Abschaffung von Solvabilität I

Bisher hatten in der Schweiz zwei Solvenzmethode kumulative Geltung. Die älteste Methode (sog. Solvabilitätsspanne oder Solvabilität I gemäss Art. 9 Abs. 1

³⁵ So z.B. FINMA-RS 2008/24 Überwachung und interne Kontrolle Banken, N 111-112.

³⁶ Art. 195 Abs. 2 AVO.

³⁷ Siehe dazu bspw. BGE 124 III 297.

³⁸ Siehe sogleich unten IV.1.3 Selbstbeurteilung der Risikosituation und des Kapitalbedarfs.

³⁹ Siehe ICP 16 Enterprise Risk Management for Solvency Purposes.

⁴⁰ Siehe EFD Erläuterungsbericht AVO, 18, Art. 98a.

⁴¹ Siehe Art. 10 Verordnung über die Liquidität der Banken vom 30. November 2012 (Liquiditätsverordnung, LiqV), SR 952.06.

⁴² ICP 20 Public Disclosure sowie Art. 51 und Art. 256 Solvency II Richtlinie.

⁴³ Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (Obligationenrecht, OR), SR 220.

⁴⁴ Siehe FINMA Jahresbericht 2014, 51.

VAG⁴⁵) berechnete das erforderliche Kapital aufgrund des Geschäftsumfangs und berücksichtigte Elemente wie das Prämienvolumen oder die versicherungstechnischen Rückstellungen⁴⁶. Diese Methode entspricht dem bisher herrschenden System in der EU, Solvency I. Der im Jahr 2011 in Kraft getretene⁴⁷ *Schweizer Solvenztest (SST)* berechnet das erforderliche Kapital auf der Basis einer marktkonsistenten Bewertung von Aktiven und Passiven und berücksichtigt die Risiken, denen das Versicherungsunternehmen als Ganzes ausgesetzt ist⁴⁸.

Nachdem der SST in der Schweiz Schritt für Schritt eingesetzt wurde und beide Systeme, Solvabilität I und der SST, in den letzten Jahren kumulativ angewendet worden sind, sieht die AVO die Abschaffung von Solvabilität I vor⁴⁹. Die Änderung folgt den Entwicklungen in der EU, in der die Solvency II Richtlinie ab 2016 angewendet werden soll. Diesbezüglich ist bemerkenswert, dass die internationalen Standards höhere Anforderungen an die Solvenz setzen als die Solvency II Richtlinie⁵⁰.

3.2 Ausfall der Ausnahmeregelung vom SST

Bisher war der SST gemäss Art. 2 aAVO auf *Rückversicherungscaptives* grundsätzlich nicht anwendbar. Mit dem Wegfall von Solvabilität I und aufgrund der Schlussfolgerungen des EIOPA Advice betr. Äquivalenz des SST und der Solvency II Richtlinie ist es nötig geworden, auch Rückversicherungscaptives dem SST zu unterstellen.

Um dem Verhältnismässigkeitsprinzip Rechnung zu tragen, wird der FINMA gleichzeitig in Art. 50e AVO die Kompetenz eingeräumt, Vereinfachungen im Einzelfall zu gestatten. Bei den Rückversicherungscaptives ist hervorzuheben, dass diese als interne Gruppengesellschaften grösserer Konzerne für die eigenen Risiken solcher Unternehmungen entstehen. Kunden sind daher die eigenen Gruppengesellschaften eines grösseren Konzerns, was die Schutzbedürftigkeit der Versicherungsaufsicht relativiert. Dies wurde bereits im FINMA-RS 2008/33 berücksichtigt und sollte m.E. weiterhin als Kriterium beibehalten werden⁵¹.

3.3 Erweiterung der Risikokategorien

Die FINMA kann neu nicht nur Finanz- (neu präzisiert durch Markt- und Kreditrisiken), sondern auch weitere relevante Risiken für die Ermittlung des Zielkapitals festlegen⁵². Damit wird die schon längst von EIOPA geforderte Berücksichtigung der *operationellen Risiken* eingeführt⁵³. Diese wurden bisher in der quantitativen SST-Berechnung nicht mitberücksichtigt⁵⁴. Sie wurden jedoch unter den Massnahmen betr. Risikomanagement berücksichtigt und von der FINMA beaufsichtigt⁵⁵. Weiterhin sind auch *Konzentrationsrisiken* zu berücksichtigen⁵⁶.

Für den Fall, dass die operationellen und Konzentrationsrisiken nicht im Standard- bzw. im internen Modell reflektiert sind, kann die FINMA gemäss Art. 50f AVO Auf- und Abschläge auf dem risikotragenden Kapital oder dem Zielkapital anordnen. Der Erläuterungsbericht zur Teilrevision der Aufsichtsverordnung (EFD Erläuterungsbericht AVO⁵⁷) deutet an, dass sich die Auf- und Abschläge an einem objektiven Mass orientieren sollen, damit dem Rechtsgleichheitsgebot Rechnung getragen wird. Dementsprechend sollten solche Risiken *nicht als Pauschale*, sondern konkret von jedem Unternehmen gemessen werden können. Ihre Einführung ins ORSA scheint daher vernünftig.

3.4 Ermittlung des Zielkapitals

Art. 46 AVO folgt dem Prinzip der Berechnung des Kapitalbedarfs nach einer gesamten und ökonomischen Berechnung der Aktiven und Passiven. Nicht oder nicht typisch versicherungstechnische Rechte und Pflichten werden somit bei der Ermittlung des Zielkapitals zur Berechnung explizit herangezogen.

Wesentliche in Versicherungsverträgen eingebettete *Optionen und Garantien sowie Eventualverpflichtungen* werden nicht nur im Bereich der Lebensversicherungen, sondern allgemein berücksichtigt. Wie in der Einführung erwähnt, werden Verträge komplexer und weniger standardisiert, da Grosskunden öfters einen grösseren Einfluss auf die Ausgestaltung der Versicherungsverträge ausüben, und womöglich individuelle Ansprüche durchsetzen. Es wird entsprechend anspruchsvoller für einen Versicherer, eine genaue Übersicht der eingegangenen Verbindlichkeiten zu behalten.

Auf *Gruppen und Konglomerate* finden die obigen Ausführungen betr. Ermittlung des Zielkapitals sinnigere Anwendung. Der massgebende Unterschied für Grup-

⁴⁵ Bundesgesetz über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG), SR 961.01.

⁴⁶ BSK VAG-BESSON/FRIGO, Art. 9 N 2 ff.

⁴⁷ Siehe FINMA-RS 2008/44 SST und geregelte Übergangsfristen. Die FINMA hat im FINMA-RS 2013/02 aufgrund des tiefen Zinsumfelds temporäre Erleichterungen zum SST eingeführt. Diese gelten bis zum 31. Dezember 2015.

⁴⁸ BSK VAG-BESSON/FRIGO, Art. 9 N 85 ff.

⁴⁹ Art. 22 AVO.

⁵⁰ Siehe <<http://www.svv.ch>> Dossier Solvenz.

⁵¹ Siehe FINMA-RS 2008/33 Kapitalbedarf Rückversicherungscaptives, N 11.

⁵² Art. 42 Abs. 2 AVO.

⁵³ Art. 50f lit. b AVO.

⁵⁴ Vgl. FINMA-RS 2008/44 SST, N 93.

⁵⁵ Art. 98 AVO.

⁵⁶ Art. 50f lit. b AVO.

⁵⁷ EFD Erläuterungsbericht AVO vom 31. Oktober 2014, 12–13, Art. 50f.

pen ist, dass diese aufgrund ihrer komplexen Risikosituation weiterhin ein internes Modell verwenden werden.

Neu wird der *granulare Gruppen-SST* eingeführt und somit die bestehende Aufsichtspraxis gefestigt⁵⁸. Eine Versicherungsgruppe kann die Solvabilität alternativ⁵⁹ zur konsolidierten Form und mit *Genehmigung der FINMA* durch einen SST jeder juristischen Einheit bestimmen oder sogar in Form einer Zusammenfassung von mehreren juristischen Einheiten (sog. *Cluster*).

Die ICPs erlauben beides, eine granulare und eine gruppenweite Berechnung der Solvenz, jedoch weisen sie darauf hin, dass eine gruppenweite Berechnung nur insofern möglich sei, als sich die Gruppe wie eine einzelne juristische Einheit verhalten kann. Sollte es dazu Beschränkungen geben, müssen die entsprechenden Anpassungen vorgenommen werden⁶⁰. Dies ist mit den neuen Bestimmungen der AVO vereinbar, da die FINMA eine granulare Darstellung des SSTs anordnen kann.

3.5 Modelle

Art. 50a–50d AVO stellen eine Abwendung von den bisher stark benutzten internen Modellen hin zum Standardmodell dar. Wie bis anhin bedürfen interne Modelle der Genehmigung der FINMA. Diese wird jedoch voraussichtlich nur in wenigen begründeten Fällen erteilt werden.

Jedenfalls werden auch unter der AVO zurecht weiterhin interne Modelle bestehen, da die Standardmodelle die spezifische Risikosituation von komplexeren Versicherungsunternehmen, insbesondere von Versicherungsgruppen, nicht widerspiegeln.

In der Praxis hat die FINMA bisher die internen Modelle gefördert⁶¹. Die Versicherer, welche ein internes Modell entwickelt haben, wendeten dafür erhebliche Kosten auf. Um das Vertrauensprinzip nicht zu verletzen, sieht die AVO Übergangsmodalitäten vor. Umso wichtiger scheint dementsprechend eine Ausgestaltung der Standardmodelle, welche von den Unternehmungen konkret entwickelte Ansätze in begründeten Fällen zulässt, sofern diese Ansätze eine genauere Modellierung erlauben und deren Resultate wesentlich von demjenigen des Standardmodells abweichen.

3.6 Stresstests

Die FINMA kann zum Marktvergleich zusätzliche standardisierte SST-Berechnungen (sog. Stresstests) verlangen⁶². Im Unterschied zu den Szenarien, welche als hy-

pothetische Ereignisse mit einer negativen Auswirkung für das Versicherungsunternehmen zur Ermittlung des Zielkapitals ausgewertet werden müssen⁶³, sind Stresstests nicht relevant für die Berechnung des Zielkapitals gemäss dem SST. Es geht darum, die Auswirkungen bestimmter Ereignisse auf die Bilanz verschiedener Versicherer zu testen.

4. Risikoabsorbierende Kapitalinstrumente

4.1 Berücksichtigung unter dem SST

Abgesehen von der terminologischen Einordnung der «hybriden Instrumente» unter dem Oberbegriff «risikoabsorbierende Kapitalinstrumente», werden die Voraussetzungen für die Anrechnung solcher Instrumente neu auch für den SST explizit geregelt und gleichzeitig leicht ausgebaut. Die FINMA wird ermächtigt, die «Kriterien für die Anrechnung» von solchen Instrumenten an Solvabilität I und den SST auszuführen.

Bisher hat die aAVO in Art. 39 die Voraussetzungen für eine Anrechnung solcher Instrumente an die Solvabilität I festgelegt und für den SST lediglich vorgesehen, dass solche Instrumente mit Zustimmung der FINMA an das Kernkapital angerechnet werden können⁶⁴. Die Voraussetzungen für die Anrechnung werden mehrheitlich von Art. 39 aAVO übernommen. Das Mass der Anrechnung von solchen Kapitalinstrumenten als ergänzendes Kapital bleibt bestehen⁶⁵.

Weiter wird statuiert, dass risikoabsorbierende Kapitalinstrumente, welche die Voraussetzungen von Art. 22a–22c AVO nicht erfüllen, gesamthaft bis zur Höhe von 50 % des Kernkapitals zu Beginn des Jahres für die Ermittlung des Zielkapitals berücksichtigt werden können⁶⁶. Mangels einer weitgehenden Regulierung ist davon auszugehen, dass jedes Instrument berücksichtigt werden kann, solange sich dieses auf die marktbewertete Bilanz des Versicherers in einer verlustabsorbierenden Weise auswirken kann⁶⁷.

Risikoabsorbierende Kapitalinstrumente können entweder das risikotragende Kapital erhöhen oder das Zielkapital reduzieren⁶⁸.

4.2 Eigenschaften der risikoabsorbierenden Kapitalinstrumente und Modalitäten

Aus Art. 22a Abs. 1 lit. c AVO ergeben sich zwei Gestaltungsoptionen: a) die Nachrangigkeit gegenüber den Forderungen aller übrigen Gläubiger im Fall des Kon-

⁵⁸ EFD Erläuterungsbericht AVO, 14, Art. 198a.

⁵⁹ Art. 198c AVO.

⁶⁰ ICP 17 Capital Adequacy, 17.1.14.

⁶¹ EFD Erläuterungsbericht AVO, 11, Art. 50a.

⁶² Art. 53a AVO.

⁶³ Art. 44 AVO.

⁶⁴ Art. 48 Abs. 3 aAVO.

⁶⁵ Art. 47 AVO.

⁶⁶ Art. 46 Abs. 5 AVO.

⁶⁷ Ähnlich EFD Erläuterungsbericht AVO, 9–10, Art. 46 Abs. 5.

⁶⁸ Siehe Art. 22a Abs. 1 AVO.

kurses; oder b) die Wandlung in Eigenkapital «nach Eintreten von Bedingungen».

Option a) bestand bereits nach Art. 39 aAVO und bezeichnet den übrigen Gläubigern nachrangige Kapitalinstrumente. Darunter fallen klarerweise u.a. *Anleihen mit Forderungsverzicht* sowie allgemein die sog. *Subordinated Debt*. Anleihen mit (bedingtem) Forderungsverzicht oder sog. *write down* oder *write-off* Bonds werden nicht in Eigenkapital umgewandelt, sondern bei Eintritt des sog. *Triggers* teilweise oder gänzlich abgeschrieben. Solche Instrumente sind im Markt bereits zulässig⁶⁹, jedoch waren die Voraussetzungen für eine Anrechnung unter dem SST nicht deutlich geregelt. Weiterhin fallen unter diese Kategorie die bisher von der Versicherungsindustrie meist benutzten risikoabsorbierenden Kapitalinstrumente, d.h. die sog. *Perpetual Bonds*.

Option b) beinhaltet einen neuen Zusatz und bezieht sich auf *bedingte Pflichtwandelanleihen*, oder, wie man sie in der Bankindustrie nennt, sog. *Contingent Convertible Bonds* oder *CoCos*. Man kann sagen, dass diese vom bisherigen Wortlaut der AVO ebenfalls gedeckt waren, da diese im Konkurs ebenfalls nachrangig zu den Forderungen aller übrigen Gläubiger sind. Eine solche Kategorie wurde jedoch bisher nicht ausdrücklich erwähnt. Bedingte Pflichtwandelanleihen werden ebenfalls bei Auslösen des sog. *Triggers* in Eigenkapital umgewandelt.

Sowohl bei den bedingten Pflichtwandelanleihen wie auch bei den Anleihen mit Forderungsverzicht sollte der Trigger m.E. eine *Situation drohender Insolvenz* darstellen. Eine Abweichung zur bankgesetzlichen Regelung ist hier nicht ersichtlich. Dabei sollte der Trigger, damit das Instrument als anrechenbar gilt, definiert werden als der Moment des Unterschreitens einer bestimmten SST Ratio⁷⁰.

Bisher hat die Versicherungsindustrie nur sehr selten von den CoCos Gebrauch gemacht⁷¹. Grund dafür ist wohl die geringere Notwendigkeit für die Versicherer, auf entsprechend teure Finanzierungsmöglichkeiten zurückgreifen zu müssen. Man kann jedoch nicht ausschliessen, dass sich in Zukunft die Situation ändert, und solche Instrumente häufiger ausgegeben werden. Insbesondere, falls ein Schweizer Versicherer in Zukunft als G-SII qualifizieren würde, könnte die HLA gemäss den internationalen Standards eine entsprechende Lösung verlangen.

Schweizer Versicherer haben bisher i.d.R. sog. *Perpetuals*, *Undated Subordinated Notes* oder andere hybride Instrumente ausgegeben, bei welchen die Rückzahlung und der Zins in einem sog. *solvency event* unbeschränkt

aufgeschoben werden können⁷². Ob die CoCos in Zukunft mehr benutzt werden, wird sich weisen.

4.3 Fehlende Konkretisierung

Es wäre sinnvoll gewesen, wenn die Bestimmungen zu den risikoabsorbierenden Kapitalinstrumenten grundsätzlich von den Erfahrungen mit der entsprechenden Regulierung im Bankenbereich profitiert hätten. Dies scheint im Entwurf der AVO nicht der Fall zu sein. Den Bestimmungen fehlt es an der gewünschten Konkretisierung. Es leuchtet ebenfalls nicht ein, weshalb die grundsätzlichen Bestimmungen in der AVO auf Verordnungstufe zu finden sind, währenddem das Bankengesetz und inskünftig das Finanzinstitutsgesetz⁷³ die analogen Bestimmungen auf Gesetzesstufe regeln⁷⁴.

Obschon Art. 22a AVO eine Reihe von Voraussetzungen für die Anrechnung der risikoabsorbierenden Kapitalinstrumente auflistet, ist die Qualität der Vorschriften (allein sowie im Vergleich zu den Bestimmungen im Bankenbereich) nicht durchwegs befriedigend. Folgende Aspekte sind weder auf Verordnungs- noch auf Gesetzesstufe geregelt:

- Es fehlt eine klare *gesellschaftsrechtliche Basis* für die Ausgabe der risikoabsorbierenden Kapitalinstrumente. Damit könnte die im Bankengesetz angestrebte Flexibilität gegenüber dem OR erreicht werden⁷⁵. Die Vorschriften betr. bedingte Wandelanleihen im OR⁷⁶ finden bspw. beim bankenrechtlichen Wandlungskapital mit wenigen Ausnahmen keine Anwendung⁷⁷. *De lege ferenda* wäre auch wünschenswert, wenn der Ausschluss des Bezugsrechts von Aktionären in solchen Fällen von Gesetzes wegen möglich wäre⁷⁸. Dies wird erfreulicherweise in der Aktienrechtsrevision für börsenkotierte Aktien statuiert⁷⁹.
- Es besteht keine klare Definition des *Triggers*. Somit verfügt der Verwaltungsrat über einen relativ grossen Spielraum bei der Bestimmung des entsprechenden Zeitpunkts. Der Trigger sollte m.E. jedoch nur zur Verhinderung einer Krise ausgelöst werden können⁸⁰.
- Ebensovienig geht aus den neuen Bestimmungen der AVO hervor, ob eine *Konzernobergesellschaft* zur Anrechnung fähige risikoabsorbierende Kapitalinstrumente ausgeben kann.

⁷² Bspw. CHF 200 M 2,75 % Fixed Rate Capital Notes ausgegeben von Zürich Versicherungs-Gesellschaft am 19. Mai 2014.

⁷³ Siehe Vorentwurf zum Finanzinstitutsgesetz vom 25. Juni 2014 (VE-FINIG). Näheres dazu unten VI Steuerkonformität und FINIG.

⁷⁴ Siehe Art. 11-13 BankG sowie Art. 54 ff. VE-FINIG.

⁷⁵ Siehe BSK BankG-BöSCH, Art. 13 N 1 und N 9.

⁷⁶ Art. 653 ff. OR.

⁷⁷ Siehe Art. 13 Abs. 8 BankG sowie Art. 59 VE-FINIG.

⁷⁸ Vgl. Art. 653c Abs. 2 OR und Art. 13 Abs. 4 BankG.

⁷⁹ Art. 653c Abs. 3 Ziff. 2 Vorentwurf zur Änderung des OR vom 28. November 2014.

⁸⁰ Vgl. Art. 11 Abs. 3 BankG.

⁶⁹ Vgl. auch BSK BankG-REUTTER/RAUN, Art. 11 N 6.

⁷⁰ Analog zu den bankgesetzlichen Anforderungen, siehe bspw. BSK BankG-REUTTER/RAUN, Art. 11 N 4.

⁷¹ USD 750 M 6,375 % CoCos Ausgabe durch Swiss Re am 5. März 2013.

Als Grund für die mangelnde Konkretisierung ist vorstellbar, dass die Regelung betreffend risikoabsorbierende Kapitalinstrumente auf internationaler Ebene im Moment auch noch nicht so detailliert ist wie im Bankenbereich⁸¹. Es ist zu erwarten, dass die FINMA gemäss Art. 22a Abs. 2 AVO die Kriterien für die Anrechnung ausführen wird.

V. FIDLEG

1. Allgemeines

Eine der wesentlichsten Entwicklungen in der Aufsicht über die Versicherungsindustrie stellt der *Vorentwurf zum Finanzdienstleistungsgesetz* (VE-FIDLEG) dar. Dieser wurde am 25. Juni 2014 vom Bundesrat, zusammen mit dem entsprechenden Erläuterungsbericht des EFD (EFD Erläuterungsbericht FIDLEG), verabschiedet. Am 17. Oktober 2014 wurde die Vernehmlassung abgeschlossen und die entsprechenden Ergebnisse sind am 15. März 2015 in einem Bericht des EFD (EFD Vernehmlassungsbericht FIDLEG) veröffentlicht worden. Die Botschaft wird voraussichtlich per Ende 2015 erwartet. Es ist vorgesehen, dass die Vorlage zwischen 2017 und 2018 in Kraft tritt.

Die rege Teilnahme an der Vernehmlassung zeigt, dass der VE-FIDLEG auf dem Schweizer Finanzplatz grosse Resonanz hervorgerufen hat. Obschon einige grundlegende Elemente sowie die Stossrichtung *Erhöhung des Kundenschutzes* für die verschiedenen Teilnehmer zugunsten einer EU-Gleichwertigkeit und Verbesserung der Reputation des Finanzplatzes mehrheitlich akzeptiert werden, ist die ungewöhnliche, in bestehende Gesetzesstrukturen eingreifende Ausgestaltung des Gesetzes allgemein auf grosse Kritik gestossen⁸².

Die grösste Kritik wird in Bezug auf die *Verhältnismässigkeit* der Bestimmungen geübt⁸³. Aufgrund dessen, dass der VE-FIDLEG sektorübergreifende Normen für Finanzdienstleister einschliesslich Versicherer vorsieht, bestehen bedeutsame Unklarheiten in Bezug auf die konkrete Anwendung der Vorschriften. Der Slogan *same business, same risks, same rules* ist nicht neu auf dem Schweizer Finanzplatz. Die im VE-FIDLEG als Finanzinstrumente bezeichneten Produkte sind jedoch nicht unbedingt als *same business* zu qualifizieren. Entsprechend wäre zu begrüssen, wenn die Ausführungsbestimmungen, insbesondere im Versicherungsbereich,

den Unterschieden der betroffenen Geschäfte Rechnung tragen würden.

Die weitgreifenden Schutzmassnahmen für Konsumenten und KMU könnten das Geschäft der Finanzdienstleister für solche Kunden weniger attraktiv machen⁸⁴. Dies könnte dazu führen, dass sich Finanzdienstleister möglicherweise immer mehr auf ihr Grosskundengeschäft konzentrieren werden⁸⁵. Als ungewollter Nebeneffekt⁸⁶ würde das Angebot für Kleinkunden entsprechend verringert. Für sie bliebe eine kleinere Palette an Investitionsmöglichkeiten mit entsprechenden Auswirkungen auf ihre Ertragschancen übrig.

Ebenfalls erwähnenswert ist, dass die Vorschriften oft nicht an die geltenden Gesetze angepasst sind. So stellt sich insbesondere im Versicherungsbereich die Frage der Vereinbarkeit mit den Bestimmungen des VVG⁸⁷ und des OR, einschliesslich des Zusammenspiels von Aufsichts- und Privatrecht.

Ein weiterer Grund zur Sorge ist die übermässige Verwendung von Delegationsnormen. Dies verhindert in gewissen Bereichen eine genügende Mitwirkung des Volkes bei der Ausgestaltung der Vorlage sowie eine ausreichend abschätzbare Vorstellung für die Betroffenen.

Was die Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche und Beweislastnormen angeht, widerspricht der Vorentwurf wesentlichen Grundsätzen des Prozessrechts. Es ist jedoch zu erwarten, dass die Bestimmungen aufgrund der Vernehmlassungsergebnisse in diesem Bereich wesentlich geändert werden, sowie z.T. in die eidgenössische Zivilprozessordnung als geeigneter Erlass einfließen. Aufgrund der vom EFD angekündigten Neuausrichtung wird an dieser Stelle auf dieses Thema nicht weiter eingegangen⁸⁸.

2. Internationaler Vergleich

Obschon der VE-FIDLEG eine Angleichung an die internationalen Regulierungsentwicklungen verfolgt⁸⁹, ist dieses Ziel in Bezug auf die Versicherungsregulierung nicht klar ersichtlich. Weder die Richtlinie 2014/65/EU vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente (MiFID II)⁹⁰ noch die Mehrheit der nationalen Regu-

⁸¹ Das von der IAIS entwickelte BCR sieht sehr generelle Voraussetzungen für die Anrechnung von risikoabsorbierenden Kapitalinstrumenten vor. Siehe IAIS, BCR for G-SIIs, 23. Oktober 2014, Annex D Qualifying Capital Resources.

⁸² Siehe EFD Vernehmlassungsbericht FIDLEG, 8-9.

⁸³ SVV Vernehmlassungsantwort zum FIDLEG und FINIG, 28. Oktober 2014 (SVV Vernehmlassungsantwort FIDLEG), 4.

⁸⁴ Hinsichtlich der Erhöhung der Kosten siehe auch SVV Vernehmlassungsantwort FIDLEG, 9.

⁸⁵ Siehe z.B. Michael Ferber, NZZ vom 21. April 2015, «Die UBS setzt auf institutionelle Anleger», 1, sowie «Die Entdeckung der Performance», 19.

⁸⁶ Der gewollte Effekt wäre gemäss EFD Erläuterungsbericht FIDLEG, 35: «...insbesondere soll es den Kunden unbenommen bleiben, mit allen auf den Finanzmärkten erhältlichen Finanzinstrumenten zu handeln.»

⁸⁷ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG), SR 221.229.1.

⁸⁸ Siehe EFD Mitteilung vom 24. Juni 2015 betr. Grundsätze für die konkrete Ausgestaltung des FIDLEGs.

⁸⁹ EFD Erläuterungsbericht FIDLEG, 9-10, 13.

⁹⁰ Art. 2 MiFID II.

lierungen der wesentlichen Finanzplätze⁹¹ regeln den Vertrieb von Versicherungsprodukten in gleicher Form wie die restlichen Finanzdienstleistungen⁹². Die Versicherungsvermittlung ist in der EU in der Vermittlerrichtlinie⁹³ geregelt. Das VAG beinhaltet bisher analoge Bestimmungen zwecks EU-Kompatibilität⁹⁴. MiFID II adressiert die Problematik der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen zwischen Ersatzprodukten, indem rückkaufsfähige Lebensversicherungen der Vermittlerrichtlinie unterstellt werden, da Versicherungsverträge im Vergleich zu Bankverträgen *unterschiedliche Marktstrukturen und Produktmerkmale* aufweisen⁹⁵. In Zukunft wird die Vermittlerrichtlinie durch die Richtlinie über den Versicherungsvertrieb (*Insurance Distribution Directive* – IDD) ersetzt⁹⁶. Diese erhöht den Kundenschutz durch Ausweitung der Verhaltenspflichten. Der Europäische Rat betont in diesem Zusammenhang erneut die Wichtigkeit einer eigenständigen Regelung für den Versicherungsbereich⁹⁷.

Die verschiedenen Materialien, welche sich mit der FIDLEG-Vorlage befassen, scheinen den Versicherungsprodukten nur in geringem Mass Beachtung zu schenken⁹⁸. Dies lässt sich m.E. damit erklären, dass die meisten Probleme, welche Anlass zur Schaffung des FIDLEG gaben, sich in anderen Bereichen des Finanzmarktes ereignet

haben⁹⁹. Die Erklärung für die Erfassung von rückkaufsfähigen Lebensversicherungen durch den VE-FIDLEG beruht grundsätzlich auf der Schaffung gleicher Wettbewerbsbedingungen im Finanzbereich. Ein entsprechender *risikobasierter Ansatz in der Aufsicht*¹⁰⁰ und *entsprechende Ausführungsbestimmungen*¹⁰¹ wären daher angemessen.

3. Auswirkungen auf Versicherungsunternehmen

Nachfolgend wird auf die wesentlichen, durch den VE-FIDLEG vorgesehenen, Änderungen eingegangen, von welchen die Versicherungsunternehmen in Zukunft betroffen sein könnten.

3.1 Anwendungsbereich

Dadurch, dass rückkaufsfähige Lebensversicherungen als Finanzinstrumente definiert werden¹⁰², gelten Vermittlung an, sowie Erwerb oder Veräusserung von solchen Produkten für Kunden, als Finanzdienstleistung¹⁰³ und diejenigen, die sie gewerbsmässig erbringen, als dem FIDLEG unterstellte Finanzdienstleister¹⁰⁴.

Sowohl die Übermittlung von Aufträgen als auch die Erteilung von persönlichen Empfehlungen in Bezug auf rückkaufsfähige Lebensversicherungen gelten als Finanzdienstleistungen, was bedeuten würde, dass Versicherungsagenten sowie -makler¹⁰⁵ dem FIDLEG unterstellt wären.

3.2 Verhaltensregeln

Versicherer und Versicherungsvermittler müssen gemäss VE-FIDLEG verschiedene Verhaltensregeln beachten. Obwohl viele von diesen Pflichten bereits im Zivilrecht, z.B. im Auftragsrecht, verankert sind, werden sie teilweise im VE-FIDLEG wiederholt, dabei aber als Aufsichtsrecht qualifiziert. Entsprechend ist vorgesehen, dass die Aufsichtsbehörde grundsätzlich die Organisation des Finanzdienstleisters prüft, nicht aber, ob sich Finanzdienstleister gegenüber einzelnen Kunden an die Regeln halten¹⁰⁶. Gemäss dem EFD haben diese Verhaltenspflichten jedoch eine «Ausstrahlungswirkung» auf das Zivilrecht, und ein Zivilrichter «könne» diese zur

⁹¹ Bspw. USA, Luxemburg, Deutschland, Frankreich, Italien, Dänemark.

⁹² Siehe Rechtsvergleich unter EFD, Regulierungsfolgenabschätzung zum Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG und zum Finanzinstitutsgesetz FINIG, 26. Juni 2014 (EFD Regulierungsfolgenabschätzung FIDLEG), 59.

⁹³ Richtlinie 2002/92/EG vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung.

⁹⁴ Swiss Insurance Brokers Association (SIBA), Vernehmlassung zum FIDLEG, 17. Oktober 2014, 6.

⁹⁵ Erwägung 87 der MiFID II lautet wie folgt: «Anlagen, die Versicherungsverträge enthalten, werden oft als Alternative zu Finanzinstrumenten, die unter dieser Richtlinie fallen, oder als Ersatz dafür Kunden angeboten. Um allen Kleinanlegern den gleichen Schutz zu bieten und für ähnliche Produkte gleiche Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten, müssen Anlageprodukte aufgrund von Versicherungen angemessenen Anforderungen unterliegen. Zwar sollten die Anforderungen dieser Richtlinie in Bezug auf Anlegerschutz daher auch für Anlagen aufgrund von Versicherungsverträgen gelten, *wegen ihrer unterschiedlichen Marktstrukturen und Produktmerkmale ist es aber sachgerechter, detaillierte Anforderungen lieber im Rahmen der laufenden Überarbeitung der Richtlinie 2002/92/EG als in dieser Richtlinie festzulegen [...]»*. (Hervorhebung hinzugefügt)

⁹⁶ Das Europäische Parlament und der Rat werden im Herbst 2015 über den finalen Text abstimmen. Die Umsetzung ist auf Anfang 2018 vorgesehen.

⁹⁷ Note from the Council of the European Union to the Permanent Representatives Committee on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on insurance mediation – Confirmation of the final compromise text with a view to agreement, 16. Juli 2015, 4.

⁹⁸ Vgl. bspw. EFD Regulierungsfolgenabschätzung FIDLEG, 33, wo die Problematik der Retrozessionen in Bezug auf die Vermögensverwaltung dargestellt wird; sowie EFD Erläuterungsbericht FIDLEG, 9, wo sich die Erklärung betr. die Erforderlichkeit einer sektorübergreifenden Regulierung auf das Vermögensverwaltungsgeschäft bezieht.

⁹⁹ So auch SVV Vernehmlassungsantwort FIDLEG, 2.

¹⁰⁰ Siehe FINMA Strategische Ziele 2013-2016.

¹⁰¹ Gemäss Art. 7 Abs. 1 lit. c Bundesgesetz über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht vom 22. Juni 2007 (Finanzmarktaufsichtsgesetz, FINMAG), SR 956.1.

¹⁰² Art. 3 lit. b Ziff. 6 VE-FIDLEG.

¹⁰³ Art. 3 lit. d VE-FIDLEG.

¹⁰⁴ Art. 3 lit. e VE-FIDLEG.

¹⁰⁵ Beide werden in diesem Aufsatz generell als Versicherungsvermittler bezeichnet.

¹⁰⁶ EFD Erläuterungsbericht FIDLEG, 42.

Auslegung des Zivilrechts beziehen¹⁰⁷. Dies ist höchst umstritten, da die Bestimmungen im Aufsichts- und im Privatrecht unterschiedlicher Natur sind und anderweitige Ziele verfolgen. Eine solche Durchlässigkeit wäre wohl mit Rechtsunsicherheiten verbunden¹⁰⁸.

3.3 Informationspflicht

Art. 7 VE-FIDLEG schreibt die wesentlichen Informationen vor, welche dem Kunden vor Abschluss des Vertrags über den Finanzdienstleister und die Finanzdienstleistung abzugeben sind.

Die meisten gemäss Art. 7 Abs. 1 VE-FIDLEG in Bezug auf rückkaufsfähige Lebensversicherungen anzugebenden Informationen sind materiell bereits gemäss bestehender Gesetzgebung bekannt zu geben. So finden sich im geltenden VVG wesentliche, konkret bezüglich eines Lebensversicherungsvertrags für einen Kunden relevante Informationspflichten¹⁰⁹. Darunter fallen z.B. die Informationen über die Rückkaufs- und Umwandlungswerte. Die Verletzung solcher Informationspflichten verleiht nicht nur dem Kunden ein Kündigungsrecht, sondern kann bei einem wiederholten missbräuchlichen Verhalten des Versicherers aufsichtsrechtliche Folgen mit sich bringen¹¹⁰.

Des Weiteren statuieren bisher sowohl das FINMA-RS 2008/40 Lebensversicherung, als auch das FINMA-RS 2008/39 Anteilgebundene Lebensversicherung, a) Informationspflichten für fondsanteilgebundene Lebensversicherungen i.S.v. Art. 75–77 KAG¹¹¹ (Prospektinhalt) und die entsprechenden Bestimmungen in der KKV¹¹² sowie b) vorvertragliche Informationspflichten in Bezug auf die Abfindungswerte und schliesslich c) Informationen über die Überschussbeteiligung gemäss Art. 130 AVO.

Es war bisher bereits geltende Praxis, dass der Kunde im Antrag vor Vertragsabschluss die Abgabe solcher Informationen bestätigen musste¹¹³. Die Folgen einer Verletzung wären jedoch gemäss dem VE-FIDLEG anderer Natur als im VVG¹¹⁴.

Die grösste Veränderung dürfte Art. 7 Abs. 2 VE-FIDLEG nach sich ziehen. Demgemäss sind Versicherer bzw. Vermittler, welche in der Anlageberatung tätig sind, zusätzlich dazu verpflichtet, dem Kunden a) über ihre *Unabhängigkeit*¹¹⁵, sowie b) darüber, ob eine laufende Beurteilung der *Eignung* der Finanzinstrumente erfolgt, und c), ob eine *Marktanalyse* durchgeführt wird, zu informieren. Der VE-FIDLEG definiert die Anlageberatung als die Erteilung von persönlichen Empfehlungen, die sich auf Geschäfte mit Finanzinstrumenten beziehen¹¹⁶. Somit ist die Erteilung von persönlichen Empfehlungen in Bezug auf rückkaufsfähige Lebensversicherungen unter dem VE-FIDLEG als *Anlageberatung* zu qualifizieren und die erwähnten Informationspflichten fänden darauf Anwendung.

Über die gemäss VE-FIDLEG abzugebenden Informationen ist dem Kunden auch bei rückkaufsfähigen Lebensversicherungen ein *Basisinformationsblatt (BIB)* abzugeben¹¹⁷. Bei fondsanteilgebundenen Lebensversicherungen muss das BIB ebenfalls die Informationen über die kollektivanlagespezifischen Komponenten (als weiteres Finanzinstrument) abdecken. In der Praxis werden vermutlich alle den Kunden aufgrund des VVGs und des FIDLEGs abzugebenden Informationen zusammen abgegeben, um sicherzustellen, dass die Informationsmenge für den Kunden möglichst übersichtlich bleibt.

3.4 Eignungs- und Angemessenheitsprüfung sowie Kundensegmentierung

Sofern der Kundenberater persönliche Empfehlungen in Bezug auf die rückkaufsfähigen Lebensversicherungsprodukte erteilt, fällt diese Tätigkeit unter die Anlageberatung, und eine *Eignungsprüfung* ist durchzuführen¹¹⁸. Sollte keine persönliche Empfehlung abgegeben werden, wäre zumindest eine *Angemessenheitsprüfung* durchzuführen¹¹⁹, ausser das Geschäft käme ausschliesslich auf Veranlassung oder Auftrag des Kunden (*execution only*) zustande¹²⁰. Letzteres wäre bei einer Lebensversicherung eher ungewöhnlich, ist jedoch nicht *per se* auszuschliessen.

Bisher fanden für anteilgebundene Lebensversicherungen bereits die Informationspflichten aus dem KAG und der KKV betr. Prospektinhalt Anwendung¹²¹. Darunter fällt z.B. die Abgabe von Informationen über das Profil typischer Anleger, für welche die jeweilige kollekti-

¹⁰⁷ EFD Erläuterungsbericht FIDLEG, 15.

¹⁰⁸ Gemäss dem bisher bestehenden System mussten Beauftragte in Erfüllung des Erfordernisses der einwandfreien Geschäftstätigkeit generell die privatrechtlichen Pflichten einhalten. Umgekehrte Schlüsse wirken konzeptuell verwirrend.

¹⁰⁹ Sowohl Art. 3 wie auch Art. 91 Abs. 2 VVG bestimmen den Inhalt dieser Pflichten.

¹¹⁰ Art. 1 Abs. 2 und Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG sowie Art. 117 Abs. 1 AVO. Siehe dazu BSK VAG-MÄCHLER, Art. 1 N 58 und N 59.

¹¹¹ Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG), SR 951.31.

¹¹² Art. 106–107e sowie Anhang 1 und Anhang 3 der Verordnung über die kollektiven Kapitalanlagen vom 22. November 2006 (Kollektivanlagenverordnung, KKV), SR 951.311, welche durch den VE-FIDLEG aufgehoben werden.

¹¹³ BSK VVG-KUHN/GEIGER-STEINER, Art. 3a N 6.

¹¹⁴ Art. 119–121 VE-FIDLEG.

¹¹⁵ Siehe weitere Erläuterungen unten V.3.7 Organisation, Interessenkonflikte und Unabhängigkeit.

¹¹⁶ Art. 3 lit. d Ziff. 3 und Ziff. 4 VE-FIDLEG.

¹¹⁷ Art. 8 Abs. 2 i.V.m. Art. 60 VE-FIDLEG.

¹¹⁸ Art. 10 VE-FIDLEG.

¹¹⁹ Art. 11 VE-FIDLEG.

¹²⁰ Art. 14 VE-FIDLEG.

¹²¹ FINMA-RS 2008/39 Anteilgebundene Lebensversicherung, N 56 Information des Versicherungsnehmers, wonach Art. 75–77 KAG, Art. 106–107e KKV sowie Anhänge 1–3 KKV auf anteilgebundene Lebensversicherungen Anwendung fanden.

ve Kapitalanlage konzipiert ist¹²². Der Anleger konnte daher seinem Anlageentscheid entnehmen, ob er die zu seinem Profil angemessene Anlage ausgewählt hatte oder nicht. Diese Regelung verschärfend sieht der VE-FIDLEG in Art. 13 Abs. 1 eine Warnungspflicht vor, sollten die Eignung oder Angemessenheit nicht mit dem Anlageentscheid übereinstimmen.

Die Eignungs- und Angemessenheitsprüfung ist für professionelle Kunden weniger stark ausgestaltet. Finanzdienstleister können *ohne gegenteilige Anhaltspunkte* davon ausgehen, dass solche Kunden über die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen verfügen.

In Bezug auf die Kundensegmentierung besteht die sog. Opting-Out Möglichkeit. Danach können *vermögende Privatkunden* erklären, dass sie als professionelle Kunden behandelt werden möchten. Die bisherige Definition der *vermögenden Privatperson* gemäss Art. 6 KKV sollte keine wesentliche Änderungen erfahren¹²³.

3.5 Dokumentation und Rechenschaft

Die Abgabe der oben genannten Informationen an Kunden sowie der detaillierte Ablauf der Finanzdienstleistung sind schriftlich festzuhalten und dem Kunden auf Anfrage zu übergeben. Weiterhin sollen die Kunden über die mit der Dienstleistung verbundenen Entwicklungen regelmässig informiert werden¹²⁴. Die bisherige Praxis hat diesen Grundsatz im Wesentlichen auch schon verfolgt.

3.6 Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen

Bezüglich Transparenz und Sorgfalt bei Kundenaufträgen folgt der VE-FIDLEG im Wesentlichen den bereits anwendbaren Vorschriften des Auftragsrechts. Das Prinzip von Treu und Glauben sowie die Ausführung eines Auftrags im Interesse des Kunden sind in den bereits im Zivilrecht geltenden Treue- und Sorgfaltspflichten konzeptionell inbegriffen. Art. 18 VE-FIDLEG beinhaltet dazu eine explizite Regel betr. «*best execution*».

In Bezug auf die Versicherer und Versicherungsagenten, welche im Unterschied zu Banken und Vermögensverwaltern nicht im Auftrag des Kunden handeln, ist diese Regelung sachfremd. Der VE-FIDLEG sollte m.E. eine Unterscheidung zwischen dem an einen Versicherer gebundenen Versicherungsmakler und dem ungebundenen Versicherungsvermittler machen¹²⁵. Nur bei den ungebundenen Versicherungsvermittlern sind die Regeln zum Auftragsrecht passend. Bei gebundenen Vermittlern reicht es, wenn der Kunde über ihren Zustand informiert

ist. Der Schutz der Versicherten vor Missbräuchen ist bereits in Art. 1 des geltenden VAG geregelt.

3.7 Organisation, Interessenkonflikte und Unabhängigkeit

Mitarbeiter von Finanzdienstleistern sowie Dritte, die von diesen beauftragt werden, sollen unter Verantwortung des Finanzdienstleisters über die notwendigen Kenntnisse, Fähigkeiten und ausreichende Erfahrung verfügen¹²⁶.

Für die Versicherungswirtschaft dürften die Bestimmungen betr. die *Unabhängigkeit und Annahme von Vorteilen*¹²⁷ zu einer deutlichen Umstellung des Geschäfts führen. Grundsätzlich geht es darum, dass die Struktur der Versicherungsprämie üblicherweise die Entschädigung des Versicherungsvermittlers beinhaltet und gesamthaft dem Kunden durch den Versicherer in Rechnung gestellt wird. Dieser gibt solche Entschädigungen dem Vermittler weiter. Die neue Regelung versucht, den bei einem Vermittler potentiell entstehenden Interessenkonflikt zu beseitigen.

Falls Provisionen oder sog. *Courtagen* als *Vorteile* i.S. des VE-FIDLEG gelten¹²⁸, dürfte ein Vermittler diese in Anlehnung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Retrozessionen¹²⁹ nur annehmen, wenn der Kunde vorgängig darauf ausdrücklich verzichtet hat, oder diese vollumfänglich an den Kunden weitergegeben werden¹³⁰. Im letzteren Fall würde die Entschädigung des Vermittlers, so wie sie heute konzipiert ist, entfallen. Im ersteren Fall (Verzicht durch den Kunden) wäre der Vermittler zwar entschädigt, er dürfte sich jedoch nicht als unabhängig bezeichnen – und dies auch, wenn es sich um einen ungebundenen Vermittler handelt¹³¹.

Zusammengefasst müssten unter dem VE-FIDLEG die heute als *ungebunden* bezeichneten Versicherungsvermittler ihre Vergütungsstruktur stark ändern. Damit sie als *unabhängig* gelten könnten, müssten sie ihre *Entschädigung direkt vom Kunden erhalten*. Dies könnte mit praktischen Problemen verbunden sein. Heutzutage gilt die Entschädigung des Vermittlers i.d.R. als eine Erfolgsentschädigung, da der Vermittler in der Praxis oft nur entschädigt wird, wenn sich der Kunde dafür entscheidet, einen Versicherungsvertrag abzuschliessen. Somit bezahlt der Kunde in gewissen Fällen keine Entschädigung, wenn er keinen Versicherungsvertrag abschliesst. Die Provision ist i.d.R. ein Prozentsatz der Prämie. Würde der Kunde die Entschädigung direkt dem Vermittler

¹²² Ziff. 6.2 Anhang 1 KKV (Mindestinhalt des Prospekts).

¹²³ EFD Erläuterungsbericht FIDLEG, 41.

¹²⁴ Art. 15 und Art. 16 VE-FIDLEG.

¹²⁵ So auch SVV Vernehmlassungsantwort FIDLEG, 4 f.

¹²⁶ Art. 22 und Art. 23 VE-FIDLEG.

¹²⁷ Art. 25 ff. VE-FIDLEG.

¹²⁸ Kritisch hierzu SIBA, Vernehmlassung zum FIDLEG, 17. Oktober 2014, 16–17.

¹²⁹ BGE 4A_427/2011 vom 29. November 2011.

¹³⁰ Art. 26 VE-FIDLEG.

¹³¹ Art. 7 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 9 VE-FIDLEG.

bezahlen, wäre es empfehlenswert, diese vor dessen Tätigwerden zu vereinbaren. Das wäre auch für den Kunden unüblich, da er zu diesem Zeitpunkt noch keine Anhaltspunkte für ein erfolgreiches Leistungsergebnis hat. Die Kunden müssten bereit sein, für die Unabhängigkeit der Vermittlung einer Versicherungsdienstleistung zu zahlen. Jedenfalls schuldet der Kunde dem ungebundenen Versicherungsvermittler eine Entschädigung für seine Arbeit, welche nicht durch das Aufsichtsrecht wegbedungen werden sollte¹³².

Auch für die *gebundenen Versicherungsvermittler* ist die Regelung betr. Annahme von Vorteilen und Unabhängigkeit weniger sinnvoll, da diese *nicht im Auftrag des Kunden*, sondern des Versicherers, tätig werden. Für sie besteht gegenüber dem Kunden keine Rechenschaftspflicht i.S.v. Art. 400 OR, sondern sie haben als Agenten des Versicherers das Recht auf eine Vermittlungs- und Abschlussprovision gegenüber der Versicherungsgesellschaft¹³³. Es ist wohl nicht die Absicht, durch das Aufsichtsrecht die einem Agenten zustehende Entschädigung vom ausdrücklichen Verzicht des Kunden abhängig zu machen. Auch die Kunden könnten aufgrund dieser Regelung irritiert sein, wenn ihnen die Ansicht vermittelt wird, dass sie auf etwas verzichten, was ihnen ansonsten zustehen würde.

Wie sich das Vermittlergeschäft in Zukunft ausgestalten wird, bleibt offen. Erwähnenswert dabei ist, dass sich die zivilrechtliche Rechtsprechung momentan in die gleiche Richtung wie im Bankensektor zu entwickeln scheint¹³⁴.

3.8 Registrierungspflicht der Kundenberater

Als Kundenberater gelten natürliche Personen, welche Finanzdienstleistungen im Namen eines Finanzdienstleisters oder selbst als Finanzdienstleister erbringen¹³⁵. Darunter sind beide, Mitarbeiter von Versicherungsunternehmen, welche direkten Kundenkontakt haben und im Vertrieb arbeiten, sowie gebundene und ungebundene Versicherungsvermittler, erfasst¹³⁶. Ausgeschlossen vom Begriff der Kundenberater sind andere Mitarbeiter, die nicht in den Erwerb und die Veräusserung von Finanzinstrumenten involviert sind und daher

auch keine Aufträge für sie ausführen (z.B. sog. Claims-Handler). Kundenberater müssen über das notwendige Fachwissen verfügen und bei Erfüllung der nötigen Voraussetzungen im neuen Kundenberaterregister eingetragen werden¹³⁷.

3.9 Verhaltensregeln für Versicherungsvermittler

Die *Verhaltenspflichten* für Versicherungsvermittler werden konkret im VAG als *lex specialis*¹³⁸ definiert und stellen eine wesentliche Änderung zum aktuellen Regulierungskonzept dar. Durch die vorgeschlagene Anpassung des VAG wird der Anwendungsbereich der FIDLEG-Normen enorm erweitert, da die neuen Bestimmungen auf *alle Versicherungsvermittler* Anwendung finden, und nicht nur auf solche, die nach dem VE-FIDLEG geregelte Finanzinstrumente vermitteln, nämlich die rückkaufsfähigen Lebensversicherungen.

Die Informationspflichten umfassen neu Informationen über die *Interessenlage* der Vermittler sowie die Frage, ob sie ihren Rat auf eine *ausgewogene Untersuchung* stützen, entsprechend den im VE-FIDLEG statuierten Pflichten. Falls ja, müssen Vermittler ihren Rat gegenüber Kunden auf die Untersuchung einer *hinreichenden Zahl von Versicherungsverträgen* stützen¹³⁹. Ein neuer Art. 45a E-VAG über Verhaltensregeln wird eingeführt, der eine Art *Eignungs- und Angemessenheitsprüfung* für Versicherungsvermittler reflektiert. Sie müssen die Ziele und Bedürfnisse der Versicherten ermitteln und die Gründe für den erteilten Rat erläutern.

Für alle Vermittler gelten auch die Bestimmungen des FIDLEGs über die *Eintragung im Kundenberaterregister*¹⁴⁰, die Handlung im *bestmöglichen Interesse*, die *Unabhängigkeit* sowie die *Organisation*¹⁴¹.

Des Weiteren wird die Bestimmung des VE-FIDLEGs über *Vergütungen*¹⁴² im VAG für alle Versicherungsvermittler anwendbar erklärt¹⁴³.

Obwohl es positiv zu beurteilen ist, dass die Änderungen im VAG als *lex specialis* eingeführt werden, bleiben verschiedene Interpretationsfragen offen. Erstens die Frage, ob die restlichen Bestimmungen des VE-FIDLEG, welche nicht im VAG übernommen worden sind, auf Vermittler, die rückkaufsfähige Lebensversicherungen vermitteln, Anwendung finden¹⁴⁴, und zweitens, ob das FIDLEG für Mitarbeiter eines Versicherers als Kunden-

¹³² Gemäss Art. 412 lit. a Ziff. 1 OR ist beim Abschluss eines Mäklervertrags eine Vergütung geschuldet.

¹³³ Art. 418g OR.

¹³⁴ Siehe Entscheid des Zivilgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 30. Oktober 2014 (noch nicht rechtskräftig), gemäss welchem die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu den Retrozessionen auch auf die Courtagen des Versicherungsbrokers anwendbar sei. Demgemäss sei die Entschädigung des Vermittlers für die geleistete Arbeit geschuldet, sie müsse jedoch auf einer hinreichend bestimmten Vereinbarung der Parteien beruhen und sei nicht mit dem Betrag einer vom Versicherer bezahlten Courtage zu verwechseln, welche der Herausgabepflicht unterstehen würde.

¹³⁵ Art. 3 lit. f VE-FIDLEG.

¹³⁶ Siehe EDF Erläuterungsbericht FIDLEG, 119.

¹³⁷ Art. 28 ff. VE-FIDLEG.

¹³⁸ Art. 42 ff. E-VAG.

¹³⁹ Art. 45 und 45a E-VAG.

¹⁴⁰ Art. 42 Abs. 1 E-VAG.

¹⁴¹ Art. 43 E-VAG.

¹⁴² Art. 45a Abs. 3 E-VAG.

¹⁴³ Siehe weitere Ausführungen unter V.3.7 oben, Organisation, Interessenkonflikte und Unabhängigkeit.

¹⁴⁴ Vgl. EFD Erläuterungsbericht FIDLEG, 120 *in fine*.

berater gilt, obwohl die entsprechenden Regeln für die Vermittler speziell im VAG enthalten sind¹⁴⁵.

Versicherungsvermittler werden nicht mehr wie gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG der Aufsicht der FINMA in Bezug auf den Schutz von Versicherungsnehmern gegen Missbräuche unterstellt sein¹⁴⁶.

VI. Steuerkonformität und FINIG

Das ebenfalls als Vorentwurf vom 25. Juni 2014 vorliegende Finanzinstitutsgesetz findet keine Anwendung auf Versicherer¹⁴⁷. Der VE-FINIG hat ursprünglich den Versicherern mittels einer Änderung im VAG die erweiterte Sorgfaltspflichten betr. Steuerkonformität auferlegt. Der Bundesrat hat jedoch auf die Steuerkonformitätsregelung im FINIG verzichtet, um diese ins Geldwäschereigesetz¹⁴⁸ einfliessen zu lassen¹⁴⁹. Demgemäss wären Versicherer dazu verpflichtet, das *Risiko einer Verletzung der Steuerpflicht* durch die Kunden in Bezug auf die angenommenen Vermögenswerte zu prüfen¹⁵⁰. Von der Prüfung ausgeschlossen wären Kunden, welche in einem Land steuerpflichtig sind, das mit der Schweiz ein Abkommen zum automatischen Informationsaustausch in Steuersachen getroffen hat, sowie Werte, welche als *gering* definiert werden. Im Versicherungsbereich sollte die Sparte *Nichtleben* m.E. vom Anwendungsbereich ausgeschlossen werden, da sich diese für die Anlage von un versteuerten Geldern nicht eignet und der Aufwand für die Versicherer komplett unverhältnismässig wäre. In Bezug auf die Lebensversicherung wäre eine Übergangsregelung für bestehende Kunden zu begrüssen.

VII. Sanierung sowie Abwicklungsstrategie und FinfraG

Gemäss geltendem VAG kann die FINMA im Falle einer Gefährdung der Interessen der Versicherten die in Art. 51 aufgelisteten sichernden Massnahmen treffen. Der Entwurf zum Finanzmarktinfrakstrukturgesetz (E-FinfraG) sieht eine Ausweitung der Verfügungsmacht der FINMA auf Muttergesellschaften einer beaufsichtigten Versicherungsgruppe vor¹⁵¹. Weiterhin wird die Be-

schwerde gegen FINMA-Verfügungen im Konkursbereich auf Verwertungshandlungen beschränkt¹⁵².

Es ist fraglich, inwiefern weitere Aspekte aus den bankregulatorischen Standards über die Sanierung, wie z.B. das gesetzliche *bail-in*, d.h. die Wandelbarkeit von Fremd- in Eigenkapital¹⁵³, Gegenstand weiterer Anpassungen im Versicherungsbereich bilden werden¹⁵⁴.

¹⁴⁵ Vgl. SVV Vernehmlassungsantwort FIDLEG, 14 ff.

¹⁴⁶ EFD Erläuterungsbericht FIDLEG, 121.

¹⁴⁷ Art. 2 Abs. 2 lit. e VE-FINIG.

¹⁴⁸ Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung im Finanzsektor vom 10. Oktober 1997, SR 955.0.

¹⁴⁹ Siehe Botschaft zur Änderung des Geldwäschereigesetzes, Erweiterte Sorgfaltspflichten zur Verhinderung der Annahme nicht versteuerter Vermögenswerte, 5. Juni 2015.

¹⁵⁰ Art. 11 VE-FINIG.

¹⁵¹ Neuer Art. 71^{bis} und Art. 79^{bis} E-VAG gemäss E-FinfraG. Analog zum vorgeschlagenen Art. 2^{bis} E-BankG.

¹⁵² Neuer Art. 54e E-VAG gemäss E-FinfraG. Vgl. Art. 24 Abs. 2 BankG.

¹⁵³ Vgl. Art. 48 ff. Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Effektenhändlern vom 30. August 2012 (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA), SR 952.05.

¹⁵⁴ Siehe IMF, Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions, 15. Oktober 2014, II-Annex 2, Resolution of Insurers.