



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:
Hansjürg Appenzeller/Monica Mächler

VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?

Tagungsband 2022



EuropaInstitut

AN DER UNIVERSITÄT ZÜRICH

Assoziiertes Institut der Universität Zürich & Kooperationspartner der ETH Zürich
RECHT BERATUNG WEITERBILDUNG

Herausgeber:

Hansjürg Appenzeller/Monica Mächler

VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?

Tagungsband 2022

EIZ  Publishing



VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution? von Hansjürg Appenzeller und Monica Mächler wird unter [Creative Commons Namensnennung-Nicht kommerziell-Keine Bearbeitung 4.0 International](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/) lizenziert, sofern nichts anderes angegeben ist.

© 2023 – CC BY-NC-ND (Werk), CC BY-SA (Text)

Herausgeber: Dr. Hansjürg Appenzeller, Dr. Monica Mächler – Europa Institut an der Universität Zürich

Verlag: EIZ Publishing (eizpublishing.ch)

Produktion, Satz & Vertrieb: buchundnetz.com

ISBN:

978-3-03805-561-7 (Print – Softcover)

978-3-03805-562-4 (PDF)

978-3-03805-563-1 (ePub)

DOI: <https://doi.org/10.36862/eiz-561>

Version: 1.01 – 20230213

Das Werk ist als gedrucktes Buch und als Open-Access-Publikation in verschiedenen digitalen Formaten verfügbar: <https://eizpublishing.ch/publikationen/vag-avo-revision-evolution-oder-revolution/>.

Vorwort

Reflektieren die am 18. März 2022 verabschiedete Vorlage zur Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) sowie der am 17. Mai 2022 publizierte Entwurf zur Teilrevision der Aufsichtsverordnung (AVO) eine graduelle Entwicklung oder einen tief(er)greifenden Umbruch? Eine Evolution oder eine Revolution? Ein *rebalancing* oder *more dramatic measures* im Sinne von Olivier J. Blanchard und Lawrence H. Summers?¹ Lassen sich derartige Phänomene und Schattierungen dazwischen in der vorliegenden Revision des VAG und der AVO identifizieren?

Antworten auf diese Fragestellungen zu finden, war Gegenstand einer Tagung des Europa Instituts an der Universität Zürich am 25. August 2022. Verschiedene Mitwirkende haben in Teilbereichen nach Antworten gesucht.

Im ersten Teil der Tagung stellte *Monica Mächler* zunächst den internationalen Kontext der Revision dar. *Birgit Rutishauser Hernandez Ortega* erläuterte die gesetzgeberischen Ziele und Kernpunkte aus der Sicht der FINMA. Weitere Schwerpunkte des ersten Teils bildeten die Referate zu Innovation und Kundenschutz von *Irene Klauer* sowie zu Governance, Risikomanagement und Gruppenaufsicht von *Katja Roth Pellanda* und *Olivier Hirsbrunner*. Eine Diskussionsrunde zu diesen Vorträgen, welche durch *Rolf H. Weber* moderiert wurde, schloss den ersten Teil ab.

Der zweite Teil war den regulatorischen Kapitalthemen im weiteren Sinne gewidmet. Zuerst wurden die Regeln zur Kapitalausstattung (Solvabilität) durch *Petra Ginter* und *Daniel Bell* präsentiert, welche von erheblicher praktischer Bedeutung für Versicherungsunternehmen sind und im Fokus der Aufsichtsbehörden stehen. Im Anschluss daran stellte *Hansjürg Appenzeller* das neue Institut der Versicherungszweckgesellschaft vor, mit dem Versicherungsunternehmen ihre Versicherungsrisiken kapitalschonend auf den Kapitalmarkt transferieren können. Daran anschliessend ordnete *Peter Ch. Hsu* die ebenfalls neuen Regeln zur Sanierung ein, womit eine Lücke im Vergleich zur Bankenregulierung geschlossen werden soll. Abgeschlossen wurde der zweite Teil ebenfalls durch eine Diskussionsrunde unter der Leitung von *Michel Kähr*.

Um die so gewonnenen Erkenntnisse einer weiteren Leserschaft zugänglich zu machen, liegen nun auf den Vorträgen beruhende Artikel und Berichte über

¹ Rethinking Stabilization Policy: Evolution or Revolution, 2017, NBER Working Papers 24179, National Bureau of Economic Research, Inc.

die beiden Diskussionsrunden im vorliegenden Tagungsband vor. Die Herausgeber danken zunächst den Referenten und Referentinnen sowie den Moderatoren der Diskussionsrunden für ihre Mitwirkung bei der Tagung und die Niederschriften der Beiträge. Zugleich gebührt besonderer Dank dem EIZ Publishing, insbesondere Tobias Baumgartner und Sue Osterwalder, für die wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung dieser Publikation. Die Ausführungen sind auf dem Stand von November 2022.

Zürich, im November 2022

Hansjürg Appenzeller

Monica Mächler

Inhaltsübersicht

VAG/AVO Reform im internationalen Kontext 9

Dr. MONICA MÄCHLER, Rechtsanwältin, Mitglied des Verwaltungsrats
der Zurich Insurance Group AG, Zürich

Ziele und Kernpunkte der VAG/AVO Revision 23

BIRGIT RUTISHAUSER HERNANDEZ ORTEGA, Stellvertreterin des Direktors und
Leiterin Geschäftsbereich Versicherungen, Eidgenössische
Finanzmarktaufsicht FINMA, Bern

Innovation und Kundenschutz 33

Dr. IRENE KLAUER, Rechtsanwältin, Leiterin Legal & Compliance,
Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft, Zürich

Governance und Risikomanagement 57

Dr. KATJA ROTH PELLANDA, Rechtsanwältin, LL.M., Group General Counsel,
Zurich Insurance Group, Zürich
OLIVIER HIRSBRUNNER, Rechtsanwalt, Group Head Regulatory Affairs,
Zurich Insurance Group, Zürich

Paneldiskussion „VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?“ – Grundzüge des neuen Rechts 75

Prof. Dr. ROLF H. WEBER, Rechtsanwalt, Konsulent, Bratschi AG, Zürich

Capital Resources (Kapitalausstattung) 85

Dr. PETRA GINTER, Rechtsanwältin, Head Capital Markets Finance,
Legal & Compliance, Swiss Re Management AG, Zürich
DANIEL BELL, Rechtsanwalt, Head of Funding, Group Treasury,
Swiss Re Management AG, Zürich

Versicherungszweckgesellschaften 103

Dr. HANSJÜRG APPENZELLER, Rechtsanwalt, Partner bei Homburger AG, Zürich

Sanierung – eine Einordnung 125

Dr. PETER CH. HSU, Rechtsanwalt, LL.M., Partner bei Bär & Karrer AG, Zürich

Paneldiskussion

„VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?“ –

Kapitalausstattung, Versicherungszweckgesellschaft und Sanierung 147

Dr. MICHEL KÄHR, Rechtsanwalt, EMBA, Vizedirektor,
Bundesamt für Justiz, Bern

VAG/AVO Reform im internationalen Kontext

Monica Mächler*

Inhalt

I.	Ziel und Vorgehensweise	9
II.	Globales Standardsetting und (supra)nationale Regulierungsaktivitäten	10
	1. Kapitalausstattung	11
	2. Recovery and Resolution (Sanierung und Abwicklung)	14
	3. Digitalisierung	15
	4. Environmental Social Governance (ESG)	16
	5. Conduct und Schutz der Konsumierenden	19
III.	Fazit	20

I. Ziel und Vorgehensweise

Um zu beurteilen, ob die am 18. März 2022 in den Eidgenössischen Räten verabschiedete Teilrevision des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (VAG, SR 961.01)¹ sowie der am 17. Mai 2022 in Vernehmlassung gegebene Entwurf zur Teilrevision der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (AVO; SR 961.011)² eine *Evolution oder eine Revolution* darstellen, ist es zweckdienlich, die ins Auge gefassten Neuerungen im Kontext des globalen Standardsettings sowie der Entwicklungen in der Europäischen Union (EU) und in ausländischen Jurisdiktionen zu betrachten und zu analysieren. Dieser Vergleich erlaubt es, die schweizerischen Revisionsbestrebungen einzuordnen.

* Die folgenden Ausführungen sind der Autorin persönlich zuzurechnen, nicht den Institutionen, für die sie tätig ist oder war.

¹ BBl 2022, 704.

² Eidgenössisches Finanzdepartement, EFD eröffnet Vernehmlassung zur Änderung der Aufsichtsverordnung, 17. Mai 2022, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88844.html>>, samt Entwurf der Verordnung und Erläuterndem Bericht.

Das bedingt, im Folgenden die Aktivitätsfelder des globalen Standardsettings und der Regulierung der EU sowie ausgewählter ausländischer Jurisdiktionen grob zu skizzieren (vgl. dazu [II.](#)), ohne allerdings auf die Einzelheiten eingehen zu können, und mit dem neuen schweizerischen Regelwerk zu vergleichen. Danach soll ein Fazit gezogen werden (vgl. [III.](#)).

II. Globales Standardsetting und (supra)nationale Regulierungsaktivitäten

Zwar ist die intensive Regulierungswelle nach der Grossen Finanzkrise etwas verebbt. Dennoch werden gegenwärtig auf verschiedenen Regulierungsebenen versicherungsaufsichtsrechtliche Vorgaben umgesetzt, fertiggestellt oder überarbeitet sowie neue Themen aufgegriffen.

Diese Dynamik lässt sich im *globalen Standardsetting* gut erkennen. So binden die Konkretisierung und Umsetzung des *Holistic Framework for Systemic Risk in the Insurance Sector (Holistic Framework)*³ sowie des *Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups (ComFrame)*,⁴ die beide im Jahre 2019 durch die *International Association of Insurance Supervisors (IAIS)*⁵ verabschiedet wurden, nach wie vor Kräfte sowohl auf der Ebene der IAIS als auch der Mitgliedstaaten. Gleichzeitig sind die Arbeiten zur Vollständigkeit und Validierung des *Insurance Capital Standard (ICS)*⁶ voll im Gang. Sie werden ergänzt durch einen vermehrten Fokus auf *Conduct*,⁷ mithin dem Verhalten der Versicherungsunternehmen gegenüber den Konsumierenden. Und schliesslich haben neuere Themen wie Digitalisierung sowie *Environmental Social Governance (ESG)* unter Einschluss von *Diversity, Equity and Inclusion (DE&I)* an Fahrt gewonnen.⁸

³ IAIS, *Holistic Framework for Systemic Risk in the Insurance Sector*, November 2019, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/191114-Holistic-Framework-for-Systemic-Risk.pdf>>.

⁴ IAIS, *Insurance Core Principles and ComFrame*, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/activities-topics/standard-setting/icps-and-comframe/>>.

⁵ Abrufbar unter <[International Association of Insurance Supervisors \(iaisweb.org\)](https://www.iaisweb.org/)>.

⁶ IAIS, *Insurance Capital Standard*, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/activities-topics/standard-setting/insurance-capital-standard/>>.

⁷ Vgl. unten, [Fn. 54 f.](#)

⁸ IAIS, *2022-2023 Roadmap*, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/03/2022-2023-Roadmap.pdf>>.

Eine vergleichbare Dynamik, wenn auch mit unterschiedlichen Schwerpunkten und Intensitäten, lässt sich auf der *supranationalen Ebene der EU* erkennen. Im Vordergrund steht in der EU im Versicherungsbereich die *Solvency II Review*, welche auch Arbeiten zu *Recovery and Resolution* umfasst.⁹ Daneben wird die Regulierungsagenda in den Bereichen Digitalisierung und ESG¹⁰ sektorübergreifend kräftig vorangetrieben. Entsprechend den Politiken der EU nimmt auch der Konsumentenschutz¹¹ einen grossen Raum ein.

Auf der Ebene *nationaler Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden* lassen sich rund um den Globus diverse Reformbestrebungen erkennen. Zu erwähnen sind, ohne Anspruch auf Vollständigkeit, Aktivitäten in Australien, China, Grossbritannien (insbesondere nach Brexit), Japan und den Vereinigten Staaten.¹² Der Reformprozess in der Schweiz stellt somit keineswegs einen Sonderfall dar.

Angesichts dieser Entwicklungen sollen im Folgenden fünf Themenkreise herausgegriffen und unter Einbezug aller drei Ebenen des globalen Standardsetting und der supranationalen sowie nationalen Regulierung beleuchtet werden, nämlich Kapitalausstattung ([II.1](#)), *Recovery and Resolution* ([II.2](#)), Digitalisierung ([II.3](#)), ESG unter Einschluss von *Diversity Equity & Inclusion* (DE&I, [II.4](#)) sowie *Conduct* und Schutz der Konsumierenden ([II.5](#)). Den (internationalen) Entwicklungen werden die Kernpunkte der schweizerischen Revision gegenübergestellt.

i. Kapitalausstattung

Seit Beginn des 21. Jahrhunderts hat sich das Prinzip der risikoorientierten Bemessung des erforderlichen Kapitals zunehmend verfestigt und ist heute kaum mehr wegzudenken, auch wenn um Teilaspekte dieser Kapitalausstattung immer wieder teilweise heftige Diskussionen geführt werden.

⁹ European Commission, *Reviewing EU insurance rules: encouraging insurers to invest in Europe's future*, 22. September 2021, abrufbar unter <https://ireland.representation.ec.europa.eu/news-and-events/news/reviewing-eu-insurance-rules-encouraging-insurers-invest-europes-future-2021-09-22_en>.

¹⁰ Siehe dazu unten, [Fn. 31 ff.](#) sowie [Fn. 43 ff.](#)

¹¹ Siehe dazu unten, [Fn. 56 ff.](#)

¹² Vgl. dazu die Ausführungen unten, [II.](#)

Gegenwärtig ist die IAIS intensiv mit dem Monitoring der Umsetzung der Version 2.0 und der Bereinigung des ICS für *Internationally Active Insurance Groups* (IAIGs) beschäftigt.¹³ Zugleich befasst sie sich damit, Kriterien zur Beurteilung von *Comparable outcomes* bei der Verwendung einer *Aggregation Method* (z.B. US-amerikanische *Capital Aggregation Method*) zu entwickeln, die erlauben, andere Solvenzsysteme als im Resultat vergleichbar zum ICS einzustufen.¹⁴

Auf *supranationaler Ebene* wird in der EU erwogen, die Kapitalanforderungen mindestens teilweise zu reduzieren.¹⁵ In *Grossbritannien* soll nunmehr eine Verringerung der Kapitalanforderungen angegangen werden, verbunden mit dem Wunsch, die Neuallokation von Kapital auf Investitionen in *Green Finance* zu verlagern.¹⁶ Gelegentlich mag sich darin auch ein Wettbewerb zwischen Finanzplätzen manifestieren.

Es ist bemerkenswert zu beobachten, wie einzelne Jurisdiktionen das Verhältnis ihrer Kapitalanforderungen zum ICS angehen. So hat die *Financial Services Agency* von Japan verlauten lassen, dass der ICS 2025 für alle Versicherungsunternehmen, nicht nur für die IAIGs, gelten solle, und damit das bestehende nationale Regime ersetze.¹⁷ Es zeichnet sich demgegenüber ab, dass die *Eu-*

¹³ IAIS, Level 1 Document: ICS Version 2.0 for the monitoring period, November 2019, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/191120-Level-1-Document-for-ICS-Version-2.0-for-the-monitoring-period1.pdf>>.

¹⁴ Mit Pressemitteilung vom 19. Oktober 2022 wurde eine Zusatzfrist für die Entwicklung weiterer Szenarien eingeräumt, was bewirkt, dass die Kriterien erst im März 2023 definitiv bewertet werden sollen. Es wird indessen erwartet, dass damit das *Comparability Assessment*, das in der zweiten Hälfte 2023 beginnen soll, nicht verzögert werde, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/2022/10/iais-to-provide-additional-opportunity-for-stakeholder-engagement-for-scenario-development-related-to-the-aggregation-method-comparability-assessment/>>.

¹⁵ Zur andauernden Diskussion um die künftige Bemessung der Kapitalanforderungen in der EU vgl. EIOPA, *Solvency II review: main aims, topics for negotiation and remaining challenges*, September 2022, abrufbar unter <<https://www.eiopa.europa.eu/media/speeches-presentations/contribution/solvency-ii-review-main-aims-topics-negotiation-and>>.

¹⁶ Bank of England, *FS1/22 – Potential Reforms to Risk Margin and Matching Adjustment within Solvency II*, 17. November 2022, abrufbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/prudential-regulation/publication/2022/november/fs1-22-potential-reforms-to-risk-margin-and-matching-adjustment-within-solvency-ii>>; dazu auch Sam Woods, *Solvency II – striking the balance*, July 2022, abrufbar unter <<https://www.bis.org/review/r220708d.htm>>.

¹⁷ FSA Japan, *The outline of an economic value-based solvency framework, etc.*, 30th of June 2022, abrufbar unter <<https://www.fsa.go.jp/en/newsletter/weekly2022/496.html>>.

ropean Insurance and Occupational Pensions Authority (EIOPA) davon ausgeht, ihre Kapitalanforderungen als eine im Resultat vergleichbare Umsetzung des ICS zu betrachten.¹⁸

In verschiedenen Jurisdiktionen finden zudem Diskussionen zur Frage statt, wie die Risiken des Klimawandels auf die Kapitalposition modellgestützt zu erfassen sind und was die Folge davon sein soll.¹⁹

Parallel zur Verfeinerung der Kapitalanforderungen ist sowohl in der IAIS im Rahmen des *Global Monitoring Exercise*²⁰ als auch in der EU²¹ ein Ausbau der Liquiditätsvorschriften in die Wege geleitet worden.

Auch in der Schweiz wird konsequent am risikoorientierten Konzept des SST festgehalten. Gleichzeitig wird der SST eingehender auf der Stufe des Gesetzes im formellen Sinn und der Verordnung verankert und optimiert.²² Steuerungsanliegen betreffend *Green Finance* sind bislang nicht in die Regeln zur Kapitalbemessung eingeflossen. Mit Art. 9c revVAG ist die gesetzliche Grundlage geschaffen worden, um internationale Kapitalstandards wie den ICS ergänzend oder alternativ zu den schweizerischen Solvabilitätsvorschriften namentlich für international tätige Versicherungsgruppen und -konglomerate anzuwenden; das dürfte auch Raum beinhalten, um den SST als im Resultat vergleichbare Umsetzung des ICS zu behandeln. Mit den Offenlegungsvorschriften betreffend Klimarisiken, die sich nur an Versicherungsgesellschaften der Aufsichtskategorie 2 und Versicherungskonzerne mit derartigen einzelnen Versicherungsunternehmen richten, ist auch verbunden, die „kurz-, mittel- und langfristigen klimabezogenen Finanzrisiken“ und „quantitative Informationen (Kennzahlen und Ziele) zu klimabezogenen Finanzrisiken sowie die

¹⁸ EIOPA, ICS: The time to engage is now!, April 2021, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/media/speeches-presentations/contribution/ics-time-engage-now_en>.

¹⁹ Als Beispiel ist etwa herauszugreifen: Bank of England/Prudential Regulation Authority, Climate-related financial risk management and the role of capital, Climate Change Adaptation Report 2021, abrufbar unter <<https://www.bankofengland.co.uk/-/media/boe/files/prudential-regulation/publication/2021/october/climate-change-adaptation-report-2021.pdf>>.

²⁰ IAIS, Liquidity metrics as an ancillary indicator Level 2 Document, 18. November 2022, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/11/Level-2-document-Liquidity-Metrics-as-an-ancillary-indicator.pdf>>. Zum Global Monitoring Exercise vgl. unten, Fn. 26.

²¹ EIOPA, Methodological principles of insurance stress testing, Liquidity component, 13th of January 2021, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/document-library/methodology/methodological-principles-of-insurance-stress-testing-liquidity_en>.

²² Art. 9, 9a und 9b revVAG; Art. 21 ff. E-AVO.

verwendete Methodologie“ zu veröffentlichen.²³ Schliesslich sind die Liquiditätsanforderungen in der Schweiz ebenfalls Gegenstand von punktuellen Revisionsvorschlägen.²⁴

2. *Recovery and Resolution* (Sanierung und Abwicklung)

Auf internationaler Ebene sind in diesem Bereich die FSB *Key Attributes of effective resolution regimes for financial institutions* von 2014²⁵ weiter konkretisiert worden. Bei der IAIS betrifft das etwa – als Detaillierung des *Holistic Framework* – die Ausgestaltung und Durchführung des *Global Monitoring Exercise*,²⁶ beispielsweise hinsichtlich Liquidität.²⁷ Gleichzeitig wird durch die IAIS geprüft, wie Mitgliedstaaten das *Holistic Framework* umgesetzt haben.²⁸ Von den regionalen und nationalen Umsetzungen ist etwa der von der Europäischen Kommission am 22. September 2021 im Zusammenhang mit der *Solvency II Review* verabschiedete Entwurf einer *Insurance Recovery and Resolution Directive*²⁹ zu nennen.

In der Schweiz wurden mit der Revision des VAG gesetzliche Grundlagen zur Umsetzung der internationalen Standards geschaffen: Zunächst ist Art. 2b rev VAG zu nennen, welcher dazu dient, zur Umsetzung internationaler Standards bei Versicherungsunternehmen und -konzernen Daten zu erheben, auszuwerten und zum Zweck der Aufsicht zu verwenden, um Risiken für die Finanzstabilität zu erfassen. Weiter gehört dazu der Art. 22a rev VAG betreffend Stabilisierungspläne von wirtschaftlich bedeutenden Versicherungsunternehmen; sie sollen zeigen, wie diese Versicherungsunternehmen sich in einer

²³ FINMA RS 2016/2 Offenlegung – Versicherer (*Public Disclosure*), Rz. 13.1 ff.

²⁴ Art. 98a E-AVO.

²⁵ Abrufbar unter <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/r_141015.pdf>.

²⁶ IAIS *Holistic Framework for Systemic Risk in the Insurance Sector: Global Monitoring Exercise*, November 2019, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/191114-Global-Monitoring-Exercise1.pdf>>.

²⁷ IAIS, *Liquidity metrics as an ancillary indicator Level 2 Document*, 18. November 2022, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/11/Level-2-document-Liquidity-Metrics-as-an-ancillary-indicator.pdf>>.

²⁸ IAIS, *Holistic framework implementation assessment*, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/activities-topics/implementation-assessment/holistic-framework-implementation-assessment/>>.

²⁹ European Commission, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of insurance and reinsurance undertakings and amending Directives (EC) 202/47, (EC) 2004/25, (EU) 2017/1132 and Regulations (EU) 1094/2010 and (EU) 648/2012 vom 22. September 2021, COM(2021) 582 final.*

Krise nachhaltig stabilisieren und damit die Geschäftstätigkeit eigenständig oder durch private Fremdfinanzierung weiterführen können. Versicherungskonzerne sind gemäss Art. 67 Abs. 4 sowie Art. 75 Abs. 4 revVAG verpflichtet, Stabilisierungspläne zu erarbeiten. Dazu kommt die in Art. 67 Abs. 5 revVAG sowie in Art. 75 Abs. 5 revVAG vorgesehene Ermächtigung der FINMA, für Versicherungsgruppen und – konglomerate Auflösungspläne zu erstellen, welche den Abwicklungsprozess vorzeichnen. Schliesslich sind die weitestgehend neu geschaffenen Regeln zu Schutzmassnahmen, Massnahmen bei Insolvenzgefahr und Liquidation sowie zur Sanierung von Versicherungsunternehmen in den Art. 51 ff. bzw. Art. 52a revVAG von grosser Bedeutung.

3. Digitalisierung

Während im *globalen Standardsetting* nach wie vor die Auslegeordnung erweitert wird,³⁰ lässt sich erkennen, dass die EU eine Vorreiterrolle anstrebt. Mit ihrer sektorübergreifenden *Data Strategy*³¹ sowie den darauffolgenden Entwürfen des *Data Governance Act*³² und des *Data Act*³³ sind grundlegende Regelungen vorgelegt worden. Ebenso wegweisend sind die Entwürfe zum *Artificial Intelligence Act*³⁴ sowie zum *Digital Operational Resilience Act (DORA)*.³⁵ Gestützt auf diese Entwicklungen hat EIOPA im Jahr 2021 die *Digital Transformation Strategy*³⁶ erlassen. Dass dieser Gesetzgebung der EU eine Signalwirkung zukommen kann, hat sich bereits am Beispiel der *General Data Protection*

³⁰ IAIS, Digital innovation, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/activities-topics/digital-innovation/>>.

³¹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European strategy for data vom 19. Februar 2020, COM(2020) 66 final.

³² Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council on European data governance (Data Governance Act) vom 25. November 2020, COM(2020) 767 final.

³³ Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council on harmonized rules on fair access to and use of data (Data Act) vom 23. Februar 2022, COM(2022) 68 final.

³⁴ Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonized rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain union legislative acts vom 21. April 2021, COM(2021) 206 final.

³⁵ Proposal for the Regulation of the European Parliament and of the Council on digital operational resilience for the financial sector and amending Regulations (EC) No 1060/2009, (EU) No 648/2012, (EU) No 600/2014 and (EU) No 909/2014 vom 24. September 2020, COM(2020) 595 final.

³⁶ EIOPA, Digital Transformation Strategy, Promoting sound progress for the benefit of the European Union economy, its citizens and businesses, EIOPA(2021)0060407 vom 10. Dezember 2021, abrufbar unter <https://www.eiopa.europa.eu/sites/default/files/publications/reports/digital_transformation_strategy_-_final.pdf>.

Regulation (GDPR)³⁷ gezeigt, welche mittlerweile weltweit in zahlreichen Jurisdiktionen³⁸ übernommen wurde. Gleichzeitig befassen sich auch viele nationale Gesetzgeber und Aufsichtsbehörden mit der Erfassung und Bewältigung von Cyber-Risiken und der Förderung von Innovation insbesondere durch Digitalisierung.

In der Schweiz ist bislang keine sektorübergreifende Digitalgesetzgebung geschaffen worden.³⁹ In der Versicherungsregulierung wird zur Erfassung der Digitalisierung und der damit verbundenen Risiken auf die Bestimmungen zum Risikomanagement insbesondere in Art. 22 VAG sowie dessen Ausführungsvorschriften abgestellt. Es gibt in der revidierten Versicherungsgesetzgebung auch keine eigentliche Norm für Innovationserleichterungen, aber mit Art. 2 Abs. 5 Bst. b revVAG ist eine Grundlage für eine umfassende oder teilweise Befreiung von versicherungsaufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Wahrung der Zukunftsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes geschaffen worden; die Hürden sind in Art. 1c-1g im Vernehmlassungsentwurf zur Revision der AVO (E-AVO) detailliert und teilweise recht hoch angesetzt worden. Eine gewisse Bedeutung entfalten in diesem Kontext auch die Regeln zum Geschäft neben dem Versicherungsgeschäft in Art. 11 revVAG, ebenfalls mit tendenzmässig nicht unbedeutenden Schranken gemäss Art. 5b und 5c E-AVO.

4. *Environmental Social Governance (ESG)*

Weitreichende Anerkennung geniessen die Empfehlungen der *Task Force on Climate-related Financial Disclosure (TCFD)*, welche für Aufsichtszwecke durch die IAIS weiter operationalisiert⁴⁰ und in verschiedene nationale Ge-

³⁷ Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive (EC) 95/46 (General Data Protection Regulation), OJ L 119 vom 4. Mai 2016, 1.

³⁸ Comforte Blog, 17 Countries with GDPR-like Data Privacy Laws, 13th of January 2022, abrufbar unter <<https://insights.comforte.com/countries-with-gdpr-like-data-privacy-laws>>.

³⁹ Einen interessanten Teilbereich regelt das Bundesgesetz vom 25. September 2020 zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register, BBl 2020, 7801.

⁴⁰ IAIS, Application Paper on the Supervision of Climate-related Risks in the Insurance Sector, May 2021, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/210525-Application-Paper-on-the-Supervision-of-Climate-related-Risks-in-the-Insurance-Sector.pdf>>.

setzungen und Regelwerke übernommen wurden.⁴¹ Daran schliessen sich weiterführende Arbeiten zur Vereinheitlichung der Offenlegungsvorschriften etwa durch das IFRS International Sustainability Standards Board (ISSB) an.⁴²

Weit darüber hinaus gehen die regulatorischen Entwicklungen in der EU. Sie stützen sich vor allem auf den *EU Action Plan for Financing Sustainable Growth* von 2018⁴³ sowie den *Green Deal* von 2019.⁴⁴ Eine bedeutende Rolle nehmen die *Taxonomy Regulation*⁴⁵ und die darauf abgestützten Erlasse betreffend Offenlegung zum Verhältnis der taxonomiekonformen Aktivitäten zu den Gesamtaktivitäten ein (z.B. taxonomiekonforme Kapitalanlagen zu den gesamten Kapitalanlagen in der Lebensversicherung; taxonomiekonforme Bruttoprämien zu den gesamten Bruttoprämien in der Nichtlebens- und Rückversicherung).⁴⁶ Wie sich das auf die Kapitalanforderungen nach Solvency II auswirkt, bleibt

⁴¹ US Securities and Exchange Commission, SEC Proposes Rules to Enhance and Standardize Climate-Related Disclosures for Investors, 21st of March 2021, abrufbar unter <<https://www.sec.gov/news/press-release/2022-46>>; China Dialogue, How should China improve climate disclosure in the finance sector?, 19. April 2022, abrufbar unter <<https://chinadialogue.net/en/business/how-should-china-improve-climate-disclosure-in-the-finance-sector/>>.

⁴² IFRS Sustainability, Exposure Draft IFRS Sustainability Disclosure Standard, [Draft] IFRS S1 General Requirements for Disclosure of Sustainability-related Financial Information, March 2022, abrufbar unter <<https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/general-sustainability-related-disclosures/exposure-draft-ifrs-s1-general-requirements-for-disclosure-of-sustainability-related-financial-information.pdf>> und [Draft] IFRS S2 Climate-related Disclosures, March 2022, abrufbar unter <<https://www.ifrs.org/content/dam/ifrs/project/climate-related-disclosures/issb-exposure-draft-2022-2-climate-related-disclosures.pdf>>.

⁴³ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee on the Regions, Financing Sustainable Growth vom 8. März 2018, COM(2018) 97 final.

⁴⁴ Communication from the Commission to the European Parliament, the European Council, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee on the Regions, The European Green Deal vom 11. Dezember 2019, COM(2019) 640 final.

⁴⁵ Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council of 18 June 2020 on the establishment of a framework to facilitate sustainable investment (Taxonomy Regulation), OJ L 198 vom 22. Juni 2020, 13.

⁴⁶ Commission Delegated Regulation (EU) 2021/2178 of 6 July 2021 supplementing Regulation (EU) 2020/852 of the European Parliament and of the Council by specifying the content and presentation of information to be disclosed by undertakings subject to Articles 19a or 29a of Directive (EU) 2013/34 concerning environmentally sustainable economic activities, and specifying the methodology to comply with that disclosure obligation, OJ L 443 vom 10. Dezember 2021, 9, insbesondere Anhang IX.

abzuwarten. Eine sukzessive Ausweitung der Offenlegung wird in der EU auch mit der NFRD von 2014,⁴⁷ der SFDR von 2019⁴⁸ sowie der nunmehr verabschiedeten CSRD⁴⁹ vorangetrieben.

In jüngster Zeit sind auch Anliegen zu *Diversity, Equity & Inclusion* durch die IAIS⁵⁰ oder etwa das NY Department of Financial Services⁵¹ in den Zielkatalog aufgenommen worden.

In der Schweiz sind die TCFD Empfehlungen in das FINMA Rundschreiben 16/02 Offenlegung Versicherer (Public Disclosure) eingeflossen, welche indessen nur auf Versicherungsunternehmen der Kategorie 2 sowie auf Versicherungskonzerne mit Versicherungsunternehmen der Kategorie 2 Anwendung finden; ihre Umsetzung durch die betroffenen Unternehmen wurde in der Aufsichtsmitteilung 03/2022 der FINMA kommentiert und damit auch weiteren Unternehmen zugänglich gemacht. Neu sind Pflichten zur Berichterstattung in nicht-finanziellen Belangen gemäss Art. 964a ff. OR samt, ab 2024, der noch offiziell zu publizierenden Verordnung über die Berichterstattung über Klimabelange auf grössere Unternehmen aller Sektoren anwendbar. In der Aufsichtsmitteilung 05/2021 der FINMA gibt es zudem, mit Fokus auf die Kollektivanlagen, Ausführungen zur Bekämpfung von *Greenwashing*. Sie werden

⁴⁷ Directive (EU) 2014/95 of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU as regards disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups, OJ L 330 vom 15. November 2014, 1.

⁴⁸ Regulation (EU) 2019/2088 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 on sustainability-related disclosures in the financial services sector, OJ L 317 vom 9. Dezember 2019, 1.

⁴⁹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending the Directive (EU) 2013/34, Directive (EC) 2004/109, Directive (EC) 2006/43 and Regulation (EU) 537/2014, as regards corporate sustainability reporting vom 21. April 2021, COM(2021) 189 final. Am 28. November 2022 hat der Rat den Text der Richtlinie endgültig gebilligt, abrufbar unter <[Rat gibt endgültiges grünes Licht für die Richtlinie über die Nachhaltigkeitsberichterstattung von Unternehmen – Consilium \(europa.eu\)](#)>, wobei die offizielle Publikation bei Abschluss der Redaktion dieses Artikels noch nicht erfolgt ist.

⁵⁰ IAIS, The Importance of Diversity, Equity and Inclusion (DE&I) considerations in insurance regulations, 16. November 2021, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/211116-IAIS-Statement-on-Diversity-Equity-and-Inclusion.pdf>> und Statement vom 9. November 2022, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/activities-topics/diversity-equity-and-inclusion/>>.

⁵¹ NY Department of Financial Services, Diversity, Equity, Inclusion and Corporate Governance, Industry letter, 29th of July 2021, abrufbar unter <https://www.dfs.ny.gov/industry_guidance/industry_letters/il20210729_diversity_equity_incl_corpgov>.

durch die vom Bundesrat lancierten *Swiss Climate Scores*⁵² ergänzt, deren Anwendung durch die betroffenen Unternehmen auf freiwilliger Basis erfolgt. Gleichstellung bildet Gegenstand der verfassungsrechtlichen und allgemein anwendbaren Gesetzgebung.⁵³

5. *Conduct* und Schutz der Konsumierenden

Der Trend, das Verhalten bzw. den *Conduct* der Finanzmarktanbieter zu regeln sowie den Schutz der Konsumierenden zu stärken, führt weltweit zu immer neuen Regulierungsbestrebungen. Die IAIS als globaler Standardsetter hat in der jüngsten Zeit ihren Fokus auf die Umsetzung der *Conduct* Vorgaben in der Aufsicht⁵⁴ sowie die Förderung der Inklusion⁵⁵ gerichtet.

Von wesentlicher Tragweite sind die Arbeiten in der EU, die auf dem *Capital Market Union Action Plan* von 2020⁵⁶ fussen und durch die zu erlassende *Retail Investment Strategy*⁵⁷ weiter konkretisiert werden. Damit in Zusammenhang stehen auch die Überarbeitungen der *Insurance Distribution Directive (IDD)*⁵⁸ sowie der *Packaged Retail and Insurance-based Investment Products Regulation (PRIIPs)*.⁵⁹

⁵² Der Bundesrat, Bundesrat lanciert „Swiss Climate Scores“ für Klimatransparenz bei Finanzanlagen, 29. Juni 2022, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-89524.html>>.

⁵³ Art. 8 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 19. April 1999 (BV, SR 101); Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz, GlG, SR 151.1).

⁵⁴ IAIS, Supervisors' use of key indicators to assess insurer conduct, June 2022, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/06/Report-on-Supervisors-Use-of-Key-Indicators-to-Assess-Insurer-Conduct.pdf>>.

⁵⁵ Vgl. IAIS, Financial Inclusion, abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/activities-topics/financial-inclusion>>.

⁵⁶ COM(2020) 590 final.

⁵⁷ Aus der Sicht der Lebensversicherung: EIOPA, The Retail Investment Strategy: Unlocking its full potential for life insurance, September 2022, abrufbar unter <<https://www.eiopa.europa.eu/media/speeches-presentations/contribution/retail-investment-strategy-unlocking-its-full-potential>>.

⁵⁸ Directive (EU) 2016/97 of the European Parliament and of the Council of 20 January 2016 on insurance distribution, OJ L 26 vom 2. Februar 2016, 19.

⁵⁹ Regulation (EU) 1286/2014 of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on key information documents for packaged retail and insurance-based investment products (PRIIPs), OJ L 352 vom 9. Dezember 2014, 1.

Stellvertretend für zahlreiche *nationale Reformbestrebungen* im Bereich des Schutzes der Konsumierenden sind hier die umfassenden Arbeiten der australischen APRA⁶⁰ und ASIC⁶¹ im Gefolge der Untersuchungen der *Royal Commission into Misconduct in the Banking, Superannuation and Financial Services Industry* von 2017⁶² zu erwähnen.

Es ist bemerkenswert, dass in der Schweiz der Zweck des Versicherten-schutzes in Art. 1 Abs. 2 revVAG mit den Worten „nach Massgabe ihrer Schutzbedürftigkeit“ präzisiert wurde. Damit ist die Grundlage für ein massgeschneidertes Schutzkonzept gelegt worden, das neben schutzbedingten (verschärften) Regulierungen auch Erleichterungen unter anderem für Versicherungsunternehmen, die professionelle Versicherungsnehmer und -nehmerinnen versichern (Art. 30a revVAG) oder die konzerninterne Direkt- und Rückersicherung (Art. 30d revVAG) betreiben, vorsieht. Den Schutz der Konsumierenden verstärken etwa eingehende Informationspflichten zu qualifizierten Lebensversicherungen (Art. 39a ff. revVAG), Klarstellungen im Vertriebsrecht (Art. 40 ff. revVAG) sowie Vorschriften zur Vermeidung bzw. Offenlegung von Interessenkonflikten und Entschädigungen (Art. 14a und 45a f. revVAG).

III. Fazit

Betrachtet man die (*inter*)nationalen *Reformbestrebungen* im Überblick, ergibt sich ein Bild, das von Optimierung vor allem im Bereich der prudenziellen Aufsicht sowie des Schutzes der Konsumierenden und von Vervollständigung besonders in den bislang noch nicht behandelten Themen Digitalisierung und ESG gekennzeichnet ist. Potenzial für Umwälzungen über Zeit haben etwa die Definition der regulatorischen Ziele im Bereich von ESG, die Interaktion zwischen nationalen bzw. supranationalen Kapitalsystemen mit dem ICS, mögliche Reduktionen von Kapitalanforderungen (unter anderem zur Förderung von *Green Finance*) und die Weiterentwicklung der *Conduct* Aufsicht. Diese Entwicklungen und ihr Potenzial lassen sich aus gegenwärtiger Warte insgesamt immer noch als „evolutiv“ bezeichnen, revolutionäre Züge sind bislang kaum erkennbar.

⁶⁰ Abrufbar unter <<https://www.apra.gov.au/>>.

⁶¹ Abrufbar unter <<https://asic.gov.au/>>.

⁶² Abrufbar unter <<https://www.royalcommission.gov.au/banking>>; mit einem Überblick über die Erkenntnisse und resultierenden Massnahmen Parliament of Australia/Philip Hawkins, Financial Services Royal Commission, abrufbar unter <https://www.aph.gov.au/About_Parliament/Parliamentary_Departments/Parliamentary_Library/pubs/Briefing-Book46p/FinancialServicesRC>.

Aus der vorangegangenen Gegenüberstellungen ergibt sich, dass die Schweiz in der Versicherungsregulierung mit den globalen und ausländischen Entwicklungen vorsichtig abwägend mitzieht, ohne dass sie im internationalen Vergleich in jüngerer Zeit Vorreiterprojekte lanciert hätte. Bis zum jetzigen Zeitpunkt hat sie auch keinen sektorübergreifenden und umfassenden regulatorischen Rahmen für neue Technologien – wie etwa in der EU mit dem *Data Act*, dem *Artificial Intelligence Act* und DORA – geschaffen.

Aus dieser Dynamik ergibt sich einmal mehr, wie wichtig es ist, dass die Schweiz beim internationalen Standardsetting als prägende Stimme mitwirkt und auch bilateral mit supranationalen und ausländischen Regulatoren einen regen Austausch pflegt, um ihre Positionen frühzeitig in die Meinungsbildung einfließen lassen zu können.

Ziele und Kernpunkte der VAG/AVO Revision

Birgit Rutishauser Hernandez Ortega

Inhalt

I.	Ziel der VAG Revision	23
II.	Kernpunkte der VAG Revision	24
	1. Kundenschutzbasierte Aufsicht	24
	2. Sanierungsrecht	26
	3. Internationale Entwicklungen	28
	4. Vermittleraufsicht	29
	5. Anpassungen nach FIDLEG	31
	6. Schlussfolgerung	32

Disclaimer: Die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA ist eine Aufsichtsbehörde. Die Zuständigkeit für den Erlass des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie der Aufsichtsverordnung liegt beim Parlament respektive beim Bundesrat. Die FINMA unterstützt wie andere betroffene und interessierte Behörden und Institutionen den Regulierungsprozess mit ihrer fachlichen Expertise. Der vorliegende Artikel gibt die Einschätzung der Autorin wieder.

I. Ziel der VAG Revision

Das geltende Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) stammt aus dem Jahre 2004 und wurde 2006 in Kraft gesetzt. Es regelt seither die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen und die Registrierung von Versicherungsvermittlerinnen und -vermittlern. Auch wenn verschiedentlich punktuelle Anpassungen vorgenommen wurden, enthält das aktuelle VAG viele Bestimmungen, welche nicht mehr zeitgemäss sind. Ein Beispiel hierfür sind die Solvenzbestimmungen, die sich im VAG nach wie vor an den inzwischen überholten Solvency I-Bestimmungen orientieren. Zudem fehlen im heutigen VAG verschiedene Bestimmungen, insbesondere mit Blick auf internationale Aufsichtsstandards und die Gruppenaufsicht. Mit der Revision hat der Gesetzgeber das VAG (revVAG) nun an die veränderten Gegebenheiten und die nationalen wie internationalen Entwicklungen der letzten Jahre angepasst.

Ziel der Teilrevision des VAG ist, einen differenzierten Regulierungs- und Aufsichtsrahmen zu schaffen, der „gleichzeitig die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizerischen Versicherungssektors stärkt und den Kundenschutz verbessert“¹.

II. Kernpunkte der VAG Revision

In folgenden fünf Kernpunkten werden im revVAG entscheidende Änderungen vorgenommen:

- Kundenschutzbasierte Aufsicht
- Sanierungsrecht
- Internationale Entwicklungen
- Vermittleraufsicht
- Anpassungen nach Finanzdienstleistungsgesetz FIDLEG

i. Kundenschutzbasierte Aufsicht

Traditionell wird in der Aufsichtspraxis unterschieden zwischen den Risiken und Kunden eines Erstversicherers, eines Rückversicherers und einer Captive-Gesellschaft. Neu unterscheidet das revVAG nun im Bereich der Erstversicherungsgesellschaften zwischen Versicherern, welche private oder gewerbliche Kunden als Kundenbasis haben, und solchen mit sogenannten professionellen Gegenparteien. Als professionelle Gegenpartei gelten dabei Versicherungsnehmer nach Art 98a Abs 2 des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG).

Neu werden auch Versicherungszweckgesellschaften der Aufsicht der FINMA unterstellt. Bei Niederlassungen von ausländischen Rückversicherungsgesellschaften hat der Bundesrat gemäss revVAG nun die Möglichkeit, diese der Aufsicht zu unterstellen, soweit dies zur Erfüllung von internationalen Standards erforderlich ist. Hier ist anzumerken, dass der Bundesrat das in der sich zurzeit noch im Entwurf befindenden Aufsichtsverordnung (E-AVO) nicht vorsieht. Diese Zweigniederlassungen bleiben somit nach heutigem Wissensstand von der Aufsicht durch die FINMA weiterhin befreit. Ebenfalls von der Aufsicht befreit sind Institute, welche Versicherungsprodukte im Bereich der Sach-, Kredit-, Kautions-, Rechtsschutz-, Reiseschutzversicherungen oder verschiede-

¹ Botschaft des Bundesrats vom 21. Oktober 2020 zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), BBl 2020, 8967 ff., 8970.

ner finanzieller Verluste entwickeln und direkt vertreiben, sofern deren Geschäftsvolumen unter 5000 Policen, respektive einem gesamten Prämienvolumen von fünf Millionen Franken liegt.

Neben der gänzlichen Befreiung von der Aufsicht sieht das revVAG auch das Konzept einer erleichterten Aufsicht vor. Dies gilt für Versicherungsunternehmen der Kategorie vier und fünf², insbesondere bei Art, Umfang und Frequenz der Berichterstattung. Erstversicherer dieser beiden Kategorien müssen quantitativ höhere Vorgaben beim SST, der Bedeckung des Sollbetrages des gebundenen Vermögens und des Minimumkapitals erfüllen, um von einer erleichterten Aufsicht zu profitieren. Bei Rückversicherungsunternehmen der Kategorien vier und fünf kann die FINMA entsprechende Erleichterungen gewähren, sofern sie bei einem Institut bisher weder aufsichtsrechtliche Massnahmen ergreifen musste noch ein Verfahren hängig ist. Dass die Rückversicherungsunternehmen die erwähnten quantitativen Vorgaben nicht erfüllen müssen, wird mit dem tieferen Schutzbedürfnis der Kunden eines Rückversicherers begründet.

Auch im revVAG steht „der Schutz des Kunden vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen“³ im Zentrum.

Das darin verankerte Konzept der kundenschutzbasierten Aufsicht geht jedoch davon aus, dass bei Verträgen mit professionellen Gegenparteien ein tieferes aufsichtsrechtliches Schutzniveau erforderlich ist als bei Verträgen im Massengeschäft mit Konsumentinnen oder gewerblichen Kunden. Denn bisherige Erfahrungen haben gezeigt, dass sich professionelle Gegenparteien im Versicherungsmarkt selbst effektiv zu schützen vermögen. Auf diese unterschiedliche Schutzbedürftigkeit der Versicherten wird neu auch bei der Zweckbestimmung des revVAG eingegangen. So steht denn im revidierten Art. 1 Abs. 2 revVAG: „Es bezweckt [...] den Schutz der Versicherten nach Massgabe ihrer Schutzbedürftigkeit“.

Wie lässt sich diese „Schutzbedürftigkeit“ nun beschreiben? Und was bedeutet das nun für die Regulierung und die Aufsicht über die verschiedenen Versicherungsbranchen und Institute im Schweizer Versicherungsmarkt?

² Aufsichtskategorien bei Versicherungen, abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/ueberwachung/versicherungen/kategorisierung/>>.

³ Art. 1 Abs. 2 des Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01).

Für private oder gewerbliche Kundinnen und Kunden von Schaden- oder Lebensversicherungen gilt eine hohe Schutzbedürftigkeit. Das bedeutet, dass Schaden- und Lebensversicherungsunternehmen sowohl strenger reguliert wie auch intensiver beaufsichtigt werden. Damit wird der Kundenschutz gestärkt.

Die Schutzbedürftigkeit von professionellen Versicherungseinkäuferinnen oder -einkäufern, die über gewisse Kenntnisse von Versicherungsdeckungen und -verträgen verfügen, oder wo von einem eigenen Risikomanagement ausgegangen werden kann, wird die Schutzbedürftigkeit hingegen tiefer eingeschätzt. In der Konsequenz werden Versicherungsunternehmen, die im Wesentlichen Industrieversicherungen und -deckungen verkaufen, respektive deren Kunden zum Kreis der professionellen Versicherten zählen, weniger streng reguliert und auch weniger intensiv beaufsichtigt. Dasselbe gilt für professionelle Rückversicherungsunternehmen, deren Kunden Erstversicherungsunternehmen sind und damit unter den Begriff der professionellen Gegenpartei fallen.

So entfällt zum Beispiel im Bereich der Erstversicherung die Vorschrift der Stellung eines gebundenen Vermögens. Für die konzerninterne Direkt- oder Rückversicherung wird auf gewisse Anforderungen wie beispielsweise auf die Anforderung zur Stellung eines Organisationsfonds verzichtet.

Als besonders gering wird die Schutzbedürftigkeit von Erst- und Rückversicherungs-Captives eingestuft, da die einzige Versicherte am Ende der „Versicherungskette“ die Eigentümerin der Captive ist und damit gleichzeitig die Entscheidungsträgerin, die im Falle eines Insolvenzrisikos bei der Captive Gesellschaft entscheidet, ob die Gesellschaft fortbestehen oder abgewickelt werden soll. Auch wenn sich die Regulierungsvorschriften von Captive Gesellschaften nicht von denjenigen von Rückversicherungsgesellschaften unterscheiden, ist die Intensität der Aufsicht in Anlehnung an die Schutzbedürftigkeit in diesem Bereich noch eine Stufe geringer.

Insgesamt sollen die Ansätze im Bereich der Industrie- und Rückversicherung die Attraktivität des Versicherungsstandorts Schweiz stärken und allgemein zur Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Versicherungsmarktes beitragen.

2. Sanierungsrecht

Das geltende Recht sieht vor, dass ein Konkurs durch die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA angeordnet werden muss, sollte ein Versicherungsunternehmen überschuldet sein oder ernsthafte Liquiditätsprobleme haben.

Dies hat die Auflösung der bestehenden Versicherungsverträge zur Folge. Mit der Revision des VAG wurde im Versicherungsbereich nun erstmals ein Sanierungsrecht eingeführt. Dies ermöglicht es, dass insolvente Versicherungsunternehmen gegebenenfalls saniert werden können und nicht direkt liquidiert werden müssen, falls dies im Krisenfall im Interesse der Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer ist. Insbesondere in der Lebens- und Krankenzusatzversicherung besteht in der Regel ein höheres Interesse an der Weiterführung der Versicherungsverträge, da es für Versicherte in der Lebens- oder Krankenzusatzversicherung oftmals nur erschwert möglich ist, von einem anderen Versicherer eine vergleichbare Versicherungsdeckung zu erhalten. Dies gilt vor dem Hintergrund, dass neue Versicherer Vorbehalte wegen möglicher vorbestehender Krankheiten oder des Alters haben sowie bei Versicherungsverwechseln höhere Prämien anfallen können. Für die Versicherten kann somit eine erfolgreiche Sanierung eines Versicherungsunternehmens besser sein als die Eröffnung des Konkurses über das Versicherungsunternehmen und damit der Verlust der Versicherungsdeckung.

Entsprechend dem Zweck des revVAG steht auch bei einem Sanierungsverfahren der Schutz der Versicherten und der Fortbestand ihrer Versicherungspolicen im Vordergrund. Der Fortbestand des Versicherungsunternehmens ist hingegen nicht das Ziel einer Sanierung. Das Sanierungsrecht sieht denn auch verschiedene Massnahmen vor, die Versicherer aber auch die Versicherten in ihren Rechten beschneiden zu können. Eine milde Form der Sanierung ist das Verbot von Neugeschäft. Diese Massnahme kann die FINMA ergreifen, wenn die vorhandenen finanziellen Mittel genügen, um die bestehenden Verpflichtungen zu erfüllen. Dadurch wird das Versicherungsunternehmen in den ordentlichen Run-Off geführt und abgewickelt mit dem Ziel der Entlassung aus der Aufsicht oder dem Verkauf des Portfolios an eine professionelle Run-Off Gesellschaft.

Weiter kann die FINMA das Portfolio oder Teile davon sowie weitere Teile des Versicherungsunternehmens mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger (dies können auch andere Versicherungsunternehmen sein) übertragen.

Sind die finanziellen Mittel sehr eingeschränkt und ungenügend, um das Portfolio ordentlich abzuwickeln oder auf einen anderen Rechtsträger zu übertragen, steht der FINMA die Möglichkeit der Herabsetzung des bisherigen und die Schaffung neuen Eigenkapitals, die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital sowie die Reduktion von Forderungen zur Verfügung. Die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital und die Reduktion von Forderungen aus den Versicherungsverträgen wird im revVAG detailliert vorgegeben.

Auch materielle Anpassungen von Versicherungsverträgen, namentlich die Einschränkung der Rechte der Versicherten aus dem Versicherungsvertrag oder den Ausschluss solcher Rechte, sind möglich. Sofern der Sanierungsplan dies vorsieht und dies im Gesamtinteresse der Versicherten liegt, können die Versicherungsverträge verschiedener Vertrags-Kategorien auch unterschiedlich angepasst werden. Bei Anpassung resp. Kürzung von Versicherungsleistungen an die Versicherten bemessen sich allfällige Rückversicherungsleistungen an den Forderungen vor der Kürzung.

Da die Versicherten und deren Ansprüche aber auch in einer Sanierung möglichst geschützt sein sollten, darf davon ausgegangen werden, dass die FINMA diese Massnahme der Kürzung der Versichertenansprüche nur als letzte Möglichkeit zur Abwendung eines Konkurses in Betracht ziehen wird.

Ein von der FINMA erstellter Sanierungsplan über ein Versicherungsunternehmen muss von den Gläubigerinnen und Gläubigern mit einem Stimmenanteil von 50% gutgeheissen werden. Ist dies nicht der Fall und lehnt eine Mehrheit den Sanierungsplan ab, so kommt es zum Konkurs.

3. Internationale Entwicklungen

Im revVAG wurden einige wichtige Themen aus der internationalen Entwicklung im Bereich der Aufsicht von Versicherungsunternehmen aufgenommen. In Art. 2b revVAG erhält die FINMA beispielsweise die Kompetenz, Daten zum Zwecke der Analyse von sektor- oder systemweiten Risiken zu erheben. Um auch in der Versicherungsaufsicht zur Stabilität des schweizerischen Finanzplatzes beizutragen, ist es für die Aufsichtsbehörde wichtig, Risiken erkennen zu können, welche von einzelnen Versicherern ausgehen und den gesamten Versicherungssektor oder gar das Finanzsystem beeinträchtigen können. Darunter gehören auch Risiken, die von Versicherungsunternehmen ausgehen und die aufgrund von Verknüpfungen der Finanzinstitute, Wechselwirkungen oder Aktionen der Kunden dann zu Krisen bei anderen Finanzdienstleistern oder dem gesamten Finanzplatz führen können.

Die *International Association of Insurance Supervisors (IAIS)* ist daran, einen internationalen Kapitalstandard (ICS) zu entwickeln. Mit dem ICS bezweckt sie, die Kapitalausstattung der international tätigen Versicherungsgruppen – sogenannte *International Active Insurance Groups (IAIG)* – vergleichbar zu machen. Wird künftig der ICS auf internationaler Ebene als Kapitalanforderung etabliert, braucht es auch in der Schweiz eine entsprechende gesetzliche Grundlage. Mit der Revision des VAG wurde die Möglichkeit geschaffen, den ICS alternativ oder ergänzend zum SST als Kapitalanforderung auf Gruppenebene für international tätige Versicherungsgruppen vorzugeben.

Zwei weitere wichtige neue Vorgaben sind im internationalen Kontext zu sehen. So sieht das revVAG die Etablierung von Stabilisierungsplänen (*recovery plans*) für Versicherungsgruppen und -konglomerate sowie für wirtschaftlich bedeutende Versicherungsunternehmen vor. Auflösungspläne (*resolution plans*) kann die FINMA für Gruppengesellschaften vorsehen. Diese Auflösungspläne dienen vor allem im Falle von Sanierung oder Liquidation als Grundlage, um möglichst viele Kunden vor finanziellen Einbussen zu schützen.

Im internationalen Bereich hat sich über die letzten Jahre das Konzept des Holistic Frameworks und Common Frameworks etabliert, bei welchen eine holistische Risikosicht auf die Versicherungsmärkte eingenommen wird und Massnahmen, um den Risiken zu begegnen, in erster Linie auf der Ebene der international aktiven Versicherungsgruppen ergriffen werden. Damit die Schweiz auch künftig den internationalen Ansätzen und Regulierungsstandards soweit sinnvoll gerecht werden kann, enthält das revVAG einen allgemeinen Ermächtigungsartikel⁴, der es dem Bundesrat erlaubt, in der E-AVO weitere international anerkannte Grundsätze für die IAIGs zu erlassen. Diese Flexibilität trägt zur internationalen Kompatibilität und Wettbewerbsfähigkeit bei und unterstützt einen einfacheren internationalen Marktzugang für Schweizer Gruppen.

4. Vermittleraufsicht

Mit dem revVAG werden neu die Versicherungsvermittlerinnen und Versicherungsvermittler einer Aufsicht der FINMA unterstellt. Dadurch wird der Schutz der Versicherten vor Missbräuchen gestärkt.

Wie schon das geltende Recht unterscheidet auch das revVAG zwischen sogenannten ungebunden Vermittlern, die gemäss Definition⁵ in einem Treueverhältnis mit den Kundinnen und Kunden stehen und in deren Interessen handeln, und den gebundenen Vermittlern, die in einem Treueverhältnis mit einem Versicherungsunternehmen stehen und demnach die Interessen des Versicherers wahrnehmen. Während Vermittler bis anhin fallweise im Interesse des Kunden und der Kundin oder jenem des Versicherungsunternehmens handeln konnten, ist diese Konstellation unter dem revVAG nicht mehr zulässig. Damit muss sich jeder Vermittler – ob juristische oder natürliche Person – für eine der beiden Formen des Vermittlerstatus entscheiden. Von der FINMA registriert und direkt beaufsichtigt werden künftig nur noch die ungebunde-

⁴ Art. 67 Abs. 6 revVAG.

⁵ Art 40 revVAG.

nen Vermittler, während die gebundenen Vermittler zwar auch dem revVAG unterstehen, die Aufsicht der FINMA aber indirekt über die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen wahrgenommen wird.

Die Registrierung für ungebundene Vermittler ist zwingend. Das Register wird von der FINMA geführt. Folgende Voraussetzungen müssen für eine erfolgreiche Registrierung erfüllt sein:

- Der Vermittler oder die Vermittlerin muss einen Sitz, Wohnsitz oder eine Niederlassung in der Schweiz haben.
- Der Vermittler oder die Vermittlerin muss einen guten Ruf haben und die Gewähr für die Erfüllung der Pflichten bieten.
- Der Vermittler oder die Vermittlerin muss eine entsprechende Aus- und Weiterbildung vorweisen können.
- Der Vermittler oder die Vermittlerin muss eine Berufshaftpflichtversicherung abgeschlossen haben.

Bei der Entwicklung der Gesetzesartikel wurde auf Technologieneutralität geachtet, um sowohl herkömmliche wie auch künftig sich verändernde Vertriebsmodelle den gleichen aufsichtsrechtlichen Anforderungen zu unterstellen. Dies bedeutet, dass zum Beispiel auch Internetplattformen, welche im Interesse der Versicherten Versicherungspolicen offerieren und anbieten, obige Voraussetzungen erfüllen müssen, um durch die FINMA registriert zu werden.

Um der Problematik der unzulässigen Tätigkeit durch nicht registrierte ungebundene Versicherungsvermittler zu begegnen, nimmt der Gesetzgeber auch die Versicherungsunternehmen in die Pflicht und verbietet ihnen die Zusammenarbeit mit ungebundenen Versicherungsvermittlern, welche nicht gemäss revVAG über die notwendige Registrierung verfügen⁶

Das Mandat der FINMA in Bezug auf die Vermittleraufsicht wird gegenüber den heutigen Aufgaben markant ausgeweitet. Stand bis anhin im Wesentlichen die Registrierungspflicht im Vordergrund, wird die FINMA künftig eine laufende Aufsicht über die Versicherungsvermittler wahrnehmen. Insbesondere muss sie prüfen, ob keine Interessenskonflikte bestehen, der Vermittler oder die Vermittlerin über einen guten Ruf verfügt und entsprechend Gewähr bietet, die Kundinnen und Kunden gemäss den Vorgaben aus dem revVAG und der E-AVO informiert werden und ob die ungebundenen Vermittlerinnen und Vermittler ihre Provisionen richtig offenlegen. Neu ist auch, dass die FINMA Aus- und Weiterbildungsstandards anerkennen muss. Auch bei der laufenden Aufsicht durch die FINMA gelten aufgrund der technologieneutralen Formu-

⁶ Art. 44 Abs. 2 revVAG.

lierungen die Bestimmungen nicht nur für den personellen Vertrieb, sondern finden ihre Anwendung auch bei Internetplattformen oder anderweitigen Vertriebskonzepten.

5. Anpassungen nach FIDLEG

Im Bereich der qualifizierten Lebensversicherung werden im revVAG nun auch die Bestimmungen analog zum FIDLEG implementiert. Unter qualifizierten Lebensversicherungen versteht man „Lebensversicherungen, bei denen die Versicherungsnehmerin oder der Versicherungsnehmer im Sparprozess ein Verlustrisiko trägt, sowie Kapitalisations- und Tontinengeschäfte“⁷.

Zu den neuen Bestimmungen gehören das Basisinformationsblatt, eine Angemessenheitsprüfung und Ausführungen zur Dokumentation und Rechenschaftsablage des Versicherungsunternehmens.

Das Basisinformationsblatt muss den Versicherungsnehmerinnen und -nehmern physisch oder über eine Website zur Verfügung gestellt werden und folgende Informationen beinhalten:

- Angaben zu Art und Eigenschaften des Produktes sowie zu den versicherten Leistungen;
- Informationen zum Sparprozess, zu allfälligen Garantien oder Sicherheiten sowie über die Garantieträgerinnen resp. Kapitalschutzgeberinnen;
- Ausführungen in Bezug auf den maximalen Verlust, gegebenenfalls auch zur maximal zu erzielenden Rendite;
- Informationen zu den Gesamtkosten und der Zusammensetzung der Gesamtkosten; und
- Angaben zur vorzeitigen Auflösung des Versicherungsvertrages.

Eine Mustervorlage für den Inhalt und die Struktur dieses Basisinformationsblattes ist im Anhang 5 der E-AVO zu finden.

Bei der Angemessenheitsprüfung muss das Versicherungsunternehmen folgende Aspekte prüfen:

- Ist die qualifizierte Lebensversicherung für die Versicherungsnehmerin oder den Versicherungsnehmer finanziell tragbar?
- Entspricht das Risikoprofil der qualifizierten Lebensversicherung der Risikofähigkeit der Versicherungsnehmerin oder des Versicherungsnehmers?
- Ist die Laufzeit der qualifizierten Lebensversicherung mit der Lebenssituation und den Anlagezielen der Versicherungsnehmerin oder des Versicherungsnehmers vereinbar?

⁷ Art. 39a revVAG.

Schliesslich müssen das Beratungsgespräch und die Entscheidungsfindung des Kunden oder der Kundin dokumentiert werden. Die Versicherungsunternehmen sowie Versicherungsvermittlerinnen und -vermittler müssen die Dokumentation so ausgestalten, dass sie in der Lage sind, gegenüber den Versicherungsnehmerinnen und -nehmern innerhalb von zehn Arbeitstagen Rechenschaft abzulegen. Folgende Punkte müssen in der Dokumentation festgehalten werden:

- Für welches Produkt hat sich die Kundin oder der Kunde entschieden?
- Falls keine Angemessenheitsprüfung erfolgte: Welche Kenntnisse und Erfahrungen hat die Versicherungsnehmerin respektive der Versicherungsnehmer?

Auf Anfrage muss Rechenschaft über die Bewertung und die Entwicklung der von qualifizierten Lebensversicherungen umfassten Finanzinstrumente und über die mit diesem allenfalls verbundenen Kosten informiert werden.

Die Rechenschaft erfolgt zu den mit den Versicherungsnehmerinnen und -nehmern vereinbarten Zeitintervallen oder auf deren Anfrage hin.

6. Schlussfolgerung

Es gibt noch zahlreiche weitere Anpassungen kleineren und grösseren Ausmasses. Die fünf dargelegten Kernpunkte enthalten jedoch die zentralen Elemente, welche in ihrer Gesamtheit einerseits den Kundenschutz verbessern, andererseits aber auch die Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Versicherungsmarktes stärken. Ersteres lässt sich insbesondere beim Sanierungsrecht, der Vermittleraufsicht und den Bestimmungen nach FIDLEG ausmachen. Die Stärkung der Attraktivität und Wettbewerbsfähigkeit des schweizerischen Versicherungsstandortes findet sich zum einen im kundenschutzbasierten Aufsichtsansatz respektive den Erleichterungen für Versicherungsunternehmen mit professionellen Gegenparteien, andererseits unterstützen aber auch die neuen, wenn auch zusätzlichen, Vorgaben für international tätige Versicherungsunternehmen einen erleichterten Marktzugang und schaffen Vertrauen und Glaubwürdigkeit in die Schweizer Regulierung und Aufsicht über die Versicherungsunternehmen.

Innovation und Kundenschutz

Irene Klauer

Inhalt

I.	Die Ziele der VAG und AVO Revision	34
II.	Überblick Innovation	35
III.	Kundenkategorisierung	35
	1. Schutzbedürftigkeit der Versicherungsnehmer	35
	2. Wirkung des Wegfalls des gebundenen Vermögens	38
	3. Definition des professionellen Versicherungsnehmers	38
	4. Meldefrist	39
	5. Deregulierung für Captives	40
IV.	Aufsichtserleichterungen – Kleinversichererregime	41
	1. Grundsatz	41
	2. Sandbox mit Aufsichtsbefreiung	41
	3. Aufsichterleichterung	42
V.	Geschäfte neben der Versicherung	43
	1. Liberalisierung des versicherungsnahen Geschäfts	43
	2. Grenzen des versicherungsnahen Geschäfts	45
	3. Bewilligung versicherungsfremder Geschäfte	46
VI.	Überblick Kundenschutz	47
VII.	Versicherungsvertrieb	47
	1. Definition Versicherungsvermittlung	48
	2. Unterscheidung gebundene und ungebundene Vermittler	49
	3. Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten	50
VIII.	Lebensversicherung	52
	1. Definition der qualifizierten Lebensversicherung	52
	2. Basisinformationsblatt	52
	3. Beratungsprozess mit Angemessenheitsprüfung	53
	Literaturverzeichnis	55

I. Die Ziele der VAG und AVO Revision

Das Thema Innovation und Kundenschutz spannt einen weiten Bogen. Die meisten grösseren Themen der Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes (revVAG)¹ und der Aufsichtsverordnung (E-AVO)² lassen sich entweder unter „Innovation“ oder unter „Kundenschutz“ subsumieren.

In seiner Medienmitteilung zur Botschaft zum revidierten VAG vom 21. Oktober 2020 umschreibt der Bundesrat die gesetzgeberischen Ziele wie folgt:³

„Die Teilrevision des VAG nimmt Entwicklungen im Versicherungsmarkt auf und setzt Vorgaben des Parlaments aus der Beratung des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) um. Die Vorlage hat zudem zum Ziel, durch gezielte Anpassungen den Verschertenschutz im Einklang mit internationalen Entwicklungen zu stärken. Insgesamt soll ein differenzierter Regulierungs- und Aufsichtsrahmen geschaffen werden, der gleichzeitig die Wettbewerbsfähigkeit des Schweizerischen Versicherungssektors stärkt und den Kundenschutz verbessert“.

Die Revision verfolgt also vier grosse Ziele:

1. Umsetzung der FIDLEG Vorgaben auf die Versicherungsvermittlung;
2. Anpassung an internationale Entwicklungen;
3. Schaffung eines differenzierteren Regulierungs- und Aufsichtsrahmens; und
4. Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit des Schweizerischen Versicherungssektors.

Das erste Ziel dient der Verbesserung des Kundenschutzes, das zweite kann unterschiedlichen Zielen dienen. Die Schaffung des differenzierteren Regulierungs- und Aufsichtsrahmens kann verschärfend oder deregulierend wirken. Die deregulierenden Wirkungen ermöglichen oft Innovationen und stärken damit die Wettbewerbsfähigkeit des Versicherungssektors.

¹ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01).

² Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO, SR 961.011).

³ Abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-80800.html>>.

II. Überblick Innovation

Die wichtigsten Innovationshebel liegen insbesondere in der Deregulierung:

- mit Blick auf *nicht* schutzbedürftige, d.h. professionelle Versicherungskunden;
- bei der Lizenzierung und Aufsicht über kleine Versicherer und Captives; und
- beim versicherungsfremden Geschäft.

In der inhaltlichen Analyse gelangt man rasch zu dem Ergebnis, dass die Deregulierungsthemen massvoll, wenn nicht gar vorsichtig umgesetzt sind. Dennoch ist der Schritt mutig und begrüßenswert. Sollte sich in der Praxis erweisen, dass einzelne der neuen Regeln noch zu restriktiv ausgestaltet sind und daher die Erwartungen nicht erfüllen, so sollte dies möglichst zeitnah durch punktuelle weitere Anpassungen in VAG oder AVO angegangen werden.

Neben den unten behandelten Themen tragen auch die neuen Bestimmungen zu Versicherungszweckgesellschaften zu weiteren Innovationen auf dem Versicherungsmarkt bei. Die Versicherungszweckgesellschaften werden im Beitrag von *Hansjürg Appenzeller* vertieft behandelt.

III. Kundenkategorisierung

I. Schutzbedürftigkeit der Versicherungsnehmer

Art. 1 Abs. 2 revVAG lautet:

„Es [das VAG] bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten nach Massgabe ihrer *Schutzbedürftigkeit*⁴ vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen“.

Künftig sollen die Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer also nicht mehr pauschal geschützt werden, sondern nur noch dann, wenn es ihre Schutzbedürftigkeit erfordert. Die Botschaft begründet die mangelnde Schutzbedürftigkeit wie folgt:

⁴ Hervorhebung durch Verfasserin.

„(...) weil professionelle Versicherungsnehmer von sich aus entsprechende Sicherheitsmassnahmen ergreifen können. Ausserdem sind professionelle Versicherungsnehmer in der Lage, die finanzielle Stabilität ihrer Versicherungsunternehmen und die Einzelheiten des Versicherungsvertrags zu beurteilen“⁵.

Die Differenzierung zwischen professionellen Versicherungskunden und Privatkund ist im Versicherungsvertragsrecht (VVG) bekannt.⁶ Im Aufsichtsrecht ist sie nicht nur in der Schweiz, sondern – soweit der Autorin bekannt – auch international ein Novum.⁷

Art. 30a Abs. 1 revVAG lautet:

„Versicherungsunternehmen, die ausschliesslich die Versicherung professioneller Versicherungsnehmer betreiben, werden auf Antrag durch die FINMA von der Einhaltung der Artikel 10, 17-20, 52e Absatz 2 und 54abis befreit“.

Für Industrieversicherer fallen dementsprechend die Vorschriften zum Organisationsfonds, zum gebundenen Vermögen sowie die mit dem gebundenen Vermögen zusammenhängenden Bestimmungen des neuen Sanierungsrechts weg.

Selbstverständlich müssen auch Industrieversicherer weiterhin ausreichende versicherungstechnische Reserven bilden. Der Ausnahmekatalog umfasst nicht Art. 16 VAG. Die Neuerung liegt darin, dass Industrieversicherer künftig in der Anlage der Vermögenswerte, die diese Reserven bedecken, frei sind. Die einschränkenden Vorgaben in Art. 70 bis 95 AVO und in den Anlagerichtlinien für Versicherer gemäss FINMA Rundschreiben 2016/5 gelten nicht mehr.

Intellektuell ist diese Deregulierung bestechend. Die bestehenden, strengen Anlagevorschriften kosten die Versicherer Renditepunkte bei ihren Anlagen. Die Liberalisierung ermöglicht, in stärker risikobehaftete Anlagen zu investieren. Dazu dürften Infrastrukturprojekte gehören, für die die Versicherungsindustrie seit längerem lobbyiert. Höhere Anlagerenditen sollten Preisnachlässe

⁵ „Kundenschutzbasiertes Aufsichtskonzept“ gemäss der Botschaft des Bundesrates vom 21. Oktober 2020 zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), BBl 2020, 9892 ff. (zit. Botschaft VAG).

⁶ Art. 98a des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1904 (Versicherungsvertragsgesetz, VVG, SR 221.229.1).

⁷ Eine Differenzierung gestützt auf Kundencharakteristika hat es in der Versicherungsaufsicht bereits für die Rückversicherung gegeben, da die Erstversicherer beim Einkauf von Rückversicherung tatsächlich keines besonderen Schutzes bedürfen. Inhaltlich wurden die Erleichterungen der Rückversicherer für professionelle Kunden weiterentwickelt.

bei den Versicherungsprämien erlauben, von denen die professionellen Versicherungskunden profitieren. Dies wiederum sollte die Wettbewerbsfähigkeit der schweizerischen Industrieversicherung verbessern. Allerdings unterliegt das Industrieversicherungsgeschäft ausgeprägten Marktzyklen. Harte Märkte, die Prämienhöhungen seitens der Versicherer zulassen, wechseln sich mit weichen Märkten ab, in denen ein intensiver Preiswettbewerb herrscht. Es bleibt zu beobachten, ob die Deregulierung zu einer spürbaren Senkung des Prämienniveaus über die Marktzyklen hinweg beiträgt. Hinzu kommt ein weiteres Deregulierungselement, dessen Effekte und mögliche Interaktion mit der Kundenkategorisierung schwer abschätzbar sind. Art. 20 revVAG lockert nämlich die Anlagevorschriften für alle Versicherungsunternehmen und ersetzt die mechanischen Anlagevorschriften mit ihren fixen Limiten durch den „Grundsatz der unternehmerischen Vorsicht“ nach europäischem Vorbild.

Nach dem Motto *every little bit helps* bringt die Kundenkategorisierung für reine Industrieversicherer sicher Vorteile. Anders ist die Situation für gemischte Versicherer, die sowohl das Unternehmensgeschäft als auch das Privatkundengeschäft betreiben. Gemäss Art. 30a Abs. 3 revVAG können auch gemischte Versicherer von der Deregulierung profitieren, wenn sie das Geschäft mit professionellen Kunden vom KMU- und Privatkundengeschäft trennen. Die Einbringung in eine separate Tochtergesellschaft ist dafür nicht erforderlich. Um die Anlagen getrennt zu bewirtschaften ist jedoch eine Trennung der Portfolien erforderlich.⁸ Dies ist mit operativem Aufwand verbunden und für kleinere Grosskundenportfolios lohnt sich eine separate Anlagestrategie nicht. Sollte die Kundenkategorisierung zu spürbaren Preissenkungen führen, so dürften Unternehmen mit kleinem Anteil an Grosskundengeschäft mehr Schwierigkeiten haben, im Preiswettbewerb mit den grossen Industrieversicherern zu bestehen. Es sei denn, den kleineren Versicherern gelingt es, ihre Kunden davon zu überzeugen, dass sie aus dem gebundenen Vermögen relevante Vorteile ziehen.

Das Versicherungsunternehmen muss den Status des Kunden dokumentieren und den Kunden informieren, wenn er als professioneller Kunde ohne gebundenes Vermögen geführt wird (Art. 30b und 30c revVAG).

⁸ Gemäss der Botschaft VAG „soll es nicht Ziel der Anpassungen sein, den Versicherungsunternehmen neue Konzernstrukturen aufzuzwingen“, Botschaft VAG, 8976.

2. Wirkung des Wegfalls des gebundenen Vermögens

Wie oben ausgeführt, sollte die Deregulierung Preisvorteile für die professionellen Kunden ermöglichen. In einem Sanierungs- oder Liquidationsfall führt der Wegfall des gebundenen Vermögens allerdings zu einschneidenden Nachteilen. Denn ein professioneller Kunde verliert das Recht auf vorrangige Befriedigung aus dem gebundenen Vermögen des Versicherers. Die Forderungen nicht professioneller Versicherungsnehmer werden noch vor den privilegierten Gläubigern des Versicherungsunternehmens aus diesem gebundenen Vermögen befriedigt.⁹ Versicherungsforderungen professioneller Kunden dürften als neue Klasse 2b Forderungen rangieren. Sie werden zwar noch vor den übrigen Drittklassforderungen, aber nach allen anderen Versicherungsnehmern und nach den höher privilegierten Gläubigern befriedigt.

Zur Information über den Status des Kunden gehören ebenfalls die Rechtsfolgen aus dem Wegfall des gebundenen Vermögens.

3. Definition des professionellen Versicherungsnehmers

Gemäss Art. 30a Abs. 2 revVAG gelten die Personen nach Art. 98a Abs. 2 Buchstaben b-g des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) als professionelle Versicherungsnehmer. Dies sind insbesondere:

- Banken, Finanzintermediäre und Versicherer;
- öffentlich-rechtliche Körperschaften, öffentlich-rechtliche Anstalten und öffentlich-rechtliche Stiftungen mit professionellem Risikomanagement;
- Unternehmen mit professionellem Risikomanagement;
- Unternehmen, die zwei der drei folgenden Grössen überschreiten:
 - CHF 20 Mio. Bilanzsumme;
 - CHF 40 Mio. Nettoumsatz;
 - CHF 2 Mio. Eigenkapital.

In der Praxis dürfte regelmässig die letztgenannte Definition Anwendung finden, da sie einfach handhabbare betragliche Schwellenwerte vorsieht.

Wesentlich subjektiver und schwieriger ist es hingegen festzustellen, ob ein Unternehmen oder eine öffentlich-rechtliche Einheit ein professionelles Risikomanagement besitzt oder nicht. Gemäss Art. 111c E-AVO soll es dafür darauf ankommen, ob intern oder extern auf Dauer eine fachlich ausgewiesene, im Finanzbereich erfahrene Person mit der Erfassung, Messung, Bewertung von aus dem Versicherungsverhältnis fliessenden Risiken, insbesondere von Ge-

⁹ Art. 54a Abs. 2 VAG.

genparteilichen, betraut ist. Damit dürfte ein Risikomanager bzw. eine Risikomanagementfunktion gemeint sein, die intern oder extern besetzt sein kann. Aus der Erwähnung der externen Personen wurde vereinzelt geschlossen, dass nunmehr jedes von einem Versicherungsbroker vertretene Unternehmen als professioneller Versicherungsnehmer qualifizieren müsse. M.E. geht dies zu weit und lässt sich nur schwer mit dem Gesetzeszweck vereinbaren. Angesichts der einschneidenden Folgen im Sanierungs- und Liquidationsfall sollte ein Handwerksunternehmen nicht allein deswegen als professioneller Versicherungsnehmer qualifizieren, weil der Inhaber für den Versicherungseinkauf einen Broker beigezogen hat.

Schliesslich legt Art. 30a Abs. 4 revVAG Fallkonstellationen fest, in denen auf jeden Fall ein gebundenes Vermögen zu bilden ist. Dies ist der Fall, wenn aus einem Geschäft mit einem professionellen Versicherungsnehmer Ansprüche aus Pflichtversicherungen zugunsten von nicht professionellen Versicherungsnehmern resultieren können, z.B. bei der Haftpflichtversicherung einer Fahrzeugflotte eines Grossunternehmens. Ebenso gelten Vorsorgeeinrichtungen aufgrund der besonderen Schutzbedürftigkeit des Vorsorgevermögens der Versicherten nie als professionelle Versicherungsnehmer.

4. Meldefrist

Gemäss Art. 90a Abs. 1 revVAG muss jedes Versicherungsunternehmen, das von der Neuregelung Gebrauch machen möchte, der FINMA binnen 6 Monaten nach Inkrafttreten des revidierten VAG eine geschäftsplanmässige Erklärung auf Formular K einreichen.

Die Botschaft nennt keinen Grund für diese Fristsetzung. Plausibel ist, dass es für die bereits versicherten professionellen Kunden einen klaren Zeitpunkt geben soll bis zu dem sie Gewissheit haben, ob das Versicherungsunternehmen für sie weiterhin ein gebundenes Vermögen führt oder nicht (siehe Art. 30b und 30c revVAG).

Andererseits führt die Frist dazu, dass kleineren Industrieversicherern und den gemischten Versicherern praktisch keine Zeit bleibt, um zu beobachten, ob die Neuregelung relevante Auswirkungen auf das Prämienniveau im Markt hat.

Unklar ist auch, welche Folgen es hat, wenn ein Versicherungsunternehmen die Frist verstreichen lässt. Es kann nicht gänzlich ausgeschlossen sein, dass ein Versicherer auch später noch eine geschäftsplanmässige Erklärung zugunsten der Kundenkategorisierung einreichen kann. Schliesslich ist dies für neu gegründete Versicherungsunternehmen jederzeit möglich und die Ge-

schäftsfelder bestehender Versicherer können sich ändern. Welche Bedeutung soll die Frist dann haben? Führt das Verstreichen der Sechsmonatsfrist dazu, dass nunmehr das gebundene Vermögen nur für die Neukunden wegfällt und für alle Bestandskunden weitergeführt werden muss? Diese – juristisch durchaus plausible – Unterscheidung dürfte in der Praxis zu massiven und wenig wünschenswerten Komplexitäten führen.

5. Deregulierung für Captives

Art. 30d revVAG enthält eine weitreichende Deregulierung für die konzerninterne Direkt- und Rückversicherung (Erst- bzw. Rückversicherungscaptives). Captives sind Versicherungsunternehmen, die von einem Unternehmen oder einer Unternehmensgruppe ausserhalb des Versicherungssektors gehalten werden, um die Erst- oder Rückversicherungsbedürfnisse der Unternehmensgruppe zu decken. Bisher müssen Erstversicherungscaptives alle regulatorischen Anforderungen an ein lizenziertes Versicherungsunternehmen erfüllen. Nunmehr entfällt auch für Erstversicherungscaptives die Pflicht, ein gebundenes Vermögen zu bilden. Sie benötigen keinen Organisationsfonds, keinen Ombudsmann und unterliegen nicht den neuen Normen des Sanierungsrechts.¹⁰

Zusammen mit den oben beschriebenen Erleichterungen sollte dies die – zwischenzeitlich geschwundene – Attraktivität des schweizerischen Marktes für Captives wieder steigern.

Die Erleichterungen für Captives gelten nicht, wenn und soweit die Captive Drittversicherungsgeschäft mit Kunden ausserhalb der Unternehmensgruppe betreibt. Für solche Drittgeschäfte unterliegt die Captive in nachvollziehbarer Weise denselben regulatorischen Anforderungen wie jedes andere Versicherungsunternehmen.

¹⁰ Auf Versicherungsunternehmen, welche die konzerninterne Direkt- oder Rückversicherung (Direkt- oder Rückversicherungscaptive) betreiben, sind gemäss Art. 30d Abs. 1 revVAG die Artikel 10, 13, 15 Absatz 1 Buchstabe d, 17–20, 32–34, 36–39, 52e Absatz 2, 54a^{bis}, 57–59 und 62 revVAG nicht anwendbar.

IV. Aufsichtserleichterungen – Kleinversichererregime

1. Grundsatz

Zur Wahrung der Zukunftsfähigkeit des Schweizer Finanzplatzes und zur Förderung der Innovation im Versicherungsbereich führt das revidierte VAG ein Kleinversichererregime mit einer aufsichtsbefreiten Sandbox ein. Die Aufsichtsbefreiung richtet sich gemäss Art. 2 Abs. 5 lit. b revVAG nach folgenden Faktoren:

- dem Geschäftsmodell;
- der geringen wirtschaftlichen Bedeutung und den geringen Risiken des Versicherungsprodukts für die Versicherungsnehmer;
- dem Geschäftsvolumen; und
- dem Kreis der Versicherten.

Die AVO öffnet das Kleinversichererregime für alle Versicherungen und verzichtet auf den Nachweis eines besonders innovativen Geschäftsmodells. Ein solcher Nachweis wäre auch kaum justiziabel.

2. Sandbox mit Aufsichtsbefreiung

Die Sandbox steht nur bestimmten Versicherungszweigen der Schadenversicherung offen. Sie gilt weder für die Lebensversicherung noch für die Unfall- oder Krankenversicherung.¹¹ Das Geschäft darf gemäss Art. 1f lit.e und f E-AVO maximal einen Gesamtbestand von 5000 Policen und ein gesamtes Prämienvolumen von maximal CHF 5 Mio. umfassen. Die Sandbox für die volle Aufsichtsbefreiung ist also extrem klein. Sie dürfte auch dem innovativsten Versicherungsunternehmen auf Dauer keinen erfolgreichen Geschäftsbetrieb erlauben.

Die Aufsichtsbefreiung kann jedoch in der Startphase hilfreich sein.¹² Wenn der Geschäftsbetrieb sofort auf kleiner Flamme gestartet werden kann, reduziert dies die kostentreibende „Time-to-Market“. Das Lizenzverfahren bei der FINMA kann parallel bzw. um ein Jahr zeitversetzt absolviert werden (Art. 1g

¹¹ Zu den weiteren Anforderungen siehe Art. 1f E-AVO.

¹² Allenfalls hilft dort auch Art. 1e E-AVO weiter, der für drei Jahre Erleichterungen beim SST und der Organisation für Versicherer der Aufsichtskategorie 5 vorsieht, die einen Umsatz von max. CHF 100 Mio. (statt den für die Sandbox einmalig verfügbaren CHF 5 Mio.) erzielen.

revVAG). Falls rasch nach der Einführung klar wird, dass der Markterfolg nicht den Erwartungen entspricht, so lassen sich die Kosten für die Lizenzierung ganz sparen.

Gemäss Art. 2c revVAG müssen die Kunden darüber informiert werden, dass das Versicherungsunternehmen nicht der Aufsicht der FINMA unterliegt.

3. Aufsichterleichterung

Art. 1c und 1d E-AVO sehen für kleine Erst- und Rückversicherer Erleichterungen bei Art, Umfang und Frequenz der Berichterstattung an die FINMA vor. Angesichts der unbestimmten Begrifflichkeit von „Art, Umfang und Frequenz der Berichterstattung“ lässt sich die Attraktivität dieser Erleichterungen in der Praxis derzeit nur schwer abschätzen.¹³

Die Anforderungen für die Aufsichtserleichterung sind für die Erstversicherer so gestaltet, dass nur sehr solide Erstversicherer sie erfüllen.¹⁴ Das betreffende Versicherungsunternehmen muss im Wesentlichen

- den Aufsichtskategorien 4 oder 5 angehören;¹⁵
- im Dreijahresschnitt eine SST Quote von mindestens 250% aufweisen;
- einen Deckungsgrad für das gebundene Vermögen von mindestens 130% aufweisen;
- ihr aufsichtsrechtliches Mindestkapital dauernd zu 150% gedeckt halten;
- und es dürfen keine sonstigen Erleichterungen oder aufsichtsrechtliche Massnahmen bestehen.

Für kleine Rückversicherer sind die Anforderungen an die Aufsichtserleichterung grosszügiger. Sie müssen lediglich den Aufsichtskategorien 4 oder 5 angehören und der FINMA jährlich eine Bestätigung zur Einhaltung der Anforderungen zur Corporate Governance, zum Risikomanagement und internen Kontrollsystem sowie zur internen Revision einreichen. Ebenfalls dürfen keine aufsichtsrechtlichen Massnahmen gegen sie bestehen.

¹³ Es ist zu vermuten, dass es um Erleichterungen bei der SST-Berichterstattung, beim Bericht über die Finanzlage und bei den Corporate Governance- und Risiko-Self Assessments geht. Unsicher ist, ob es auch Erleichterungen beim Geschäftsplan geben wird und mit welcher Strenge die nach wie vor bestehenden Anforderungen von der FINMA kontrolliert werden, wenn die Berichterstattung wegfällt.

¹⁴ Dies betrifft insbesondere die Anforderungen zum SST und zum gebundenen Vermögen.

¹⁵ Die Bilanzsumme für Risikokategorie 5 liegt unter CHF 100 Mio. Für Kategorie 4 liegt sie zwischen CHF 100 Mio. und 1 Mrd.

Zusammen mit dem oben erwähnten Wegfall des gebundenen Vermögens für Captives ([III. Ziffer 5](#)) sieht die Revision insgesamt eine weitreichende Deregulierung für Captives vor, welche die Schweiz zu einem deutlich attraktiveren Standort machen sollte. Es bleibt zu beobachten, wie sich diese Innovation im Aufsichtsrecht auf die Zahl der Captives schweizerischer und ausländischer Unternehmensgruppen in der Schweiz auswirkt und welche Auswirkungen dies auf den Rückversicherungsmarkt sowie den Markt für Industrieversicherungen hat.

V. Geschäfte neben der Versicherung

I. Liberalisierung des versicherungsnahen Geschäfts

Die vielleicht wichtigste Änderung aus dem Themenkreis Innovation betrifft die Liberalisierung des Verbots des versicherungsfremden Geschäfts. Im Versicherungsbereich finden Innovationen vor allem an der Kundenschnittstelle statt und weniger im Kernbereich der Risikoabsicherung gegen Prämie.

Aus Sicht des Kunden ist eine Versicherung ein typisches Sekundärprodukt. Primär geht es um das neue Auto, die grosse Reise, den Umzug in eine neue Wohnung, die Gründung einer Familie oder den Kauf einer Wertsache. Die Absicherung dessen, was einem im Leben lieb und teuer ist, ist zwar wichtig, sie ist aber selten das Emotionen auslösende Primäreignis. Für Versicherungsunternehmen ist es daher wichtig, möglichst nah an den Lebensereignissen der Kunden zu sein.

Das überkommene Verbot des versicherungsfremden Geschäfts ist ein Hemmschuh, der mit zunehmender Digitalisierung stärker spürbar wurde. Nun erfolgt ein wichtiger Liberalisierungsschritt. Das revidierte VAG verzichtet nunmehr darauf, die Versicherer auf das Versicherungsgeschäft und solche Geschäfte zu begrenzen, die mit dem Versicherungsgeschäft „in unmittelbarem Zusammenhang“ stehen. Neu sind alle Geschäfte erlaubt, bei denen ein Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft besteht. Art. 11 revVAG lautet:

„Art. 11 Geschäfte neben dem Versicherungsgeschäft

¹ Versicherungsunternehmen dürfen neben dem Versicherungsgeschäft:

- a. Geschäfte betreiben, die mit dem Versicherungsgeschäft in einem Zusammenhang stehen;
- b. mit Bewilligung der FINMA Geschäfte betreiben, die in keinem Zusammenhang mit dem Versicherungsgeschäft stehen.

² Der Bundesrat bestimmt die Einzelheiten und berücksichtigt dabei namentlich die mit dem Geschäft verbundenen Risiken für das Versicherungsunternehmen und die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer⁴.

Die Neuregelung ermöglicht es den Versicherungsunternehmen – mit oder ohne innovativem Partnerunternehmen – neue Geschäftsideen an der Kundenschnittstelle zu lancieren und zu testen, ohne dafür gleich eine separate Tochtergesellschaft gründen zu müssen.¹⁶

Gemäss Art. 5b Abs. 1 lit. a E-AVO ist der weiterhin notwendige Zusammenhang zum Versicherungsgeschäft funktional zu bestimmen.¹⁷ Es ist also nicht relevant, ob ein Bezug zum Abschluss eines konkreten Versicherungsvertrages besteht oder ob an eine konkrete Prämienkalkulation angeknüpft werden kann. Relevant ist der Bezug zu einer wesentlichen Funktion des Versicherungsunternehmens, z.B. weil das Geschäft eine Ergänzung zum Versicherungsgeschäft darstellt oder sich aus diesem ergibt.¹⁸

Die wesentlichen Funktionen eines Versicherungsunternehmens wurden in der Aufsichtspraxis zum Outsourcing definiert und werden neu in Art. 1a E-AVO aufgelistet. Dazu gehört namentlich

- das Zeichnen von Risiken (Underwriting),
- das Risikomanagement,
- die Bestandesverwaltung,
- die Schadenregulierung,
- das Rechnungswesen,
- das Personalwesen,¹⁹
- die Informationstechnologie und
- die Vermögensanlage.

Der Erläuternde Bericht zur AVO bejaht den funktionalen Zusammenhang beispielhaft für die folgenden Tätigkeiten:

¹⁶ Der Betrieb versicherungsfremder Geschäfte über eine separate Tochtergesellschaft ist seit der Revision des VAG vom 17. Dezember 2004 erlaubt und wird über Art. 21 VAG (Beteiligungen) kontrolliert.

¹⁷ Umfassend hierzu Koller.

¹⁸ Erläuternder Bericht des Eidg. Finanzdepartements EFD vom 17. Mai 2022 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betr. Änderung der Aufsichtsverordnung (Aufsicht, Solvenz, gebundenes Vermögen, Verhaltensregeln und Versicherungsvermittlung), 10, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/71494.pdf>>.

¹⁹ Das Personalwesen galt in der Outsourcingpraxis bisher nicht als wesentliche Funktion des Versicherungsunternehmens und wurde in Art. 1a E-AVO im Gruppen- und Konglomeratskontext erstmals aufgenommen.

„Zu denken ist dabei bspw. ans *Risk Engineering*, eine Cyber-Beratung²⁰, die Vorsorgeberatung oder die Vermögensberatung. Auch soll es Versicherern unter diesem Titel möglich sein, ein für die Versicherung entwickeltes IT-System an andere Versicherer oder interessierte Unternehmen zu verkaufen oder zu lizenzieren. Denkbar wäre auch, dass das Call-Center eines Versicherers seine Leerlaufkapazitäten dazu nutzt, um Valet-Services für Nichtversicherungskunden anzubieten. Schliesslich sollte auch etwa das reine Vermitteln von Produkten und Dienstleistungen Dritter dem Versicherungsunternehmen innerhalb enger Grenzen offenstehen“²¹.

Mögliche Beispiele aus dem Rückversicherungsumfeld sind Wetterderivate, CAT Bonds, parametrische Versicherungen etc.²²

2. Grenzen des versicherungsnahen Geschäfts

Der Gesetzgeber beauftragt den Bundesrat in Art. 11 Abs. 2 revVAG damit, im Rahmen der Ausführungsbestimmungen der AVO die „mit dem Geschäft verbundenen Risiken für das Versicherungsunternehmen und die Versicherungsnehmerinnen und -nehmer zu berücksichtigen“. Der Verordnungsgeber hat dies in Art. 5b Abs. 1 lit. b AVO mit dem Gebot umgesetzt, dass der Umfang versicherungsnaher Geschäfte „eng begrenzt“ sein müsse. Der Erläuternde Bericht begründet dies damit, dass Versicherungsunternehmen nicht zum „Gemischtwarenanbieter mit Versicherungsannex“ werden dürfen.²³ Als Daumenregel gilt, dass solche Geschäfte eng begrenzt sind, wenn „die daraus erwirtschafteten Gebühren in der Regel im tiefen einstelligen Prozentbereich des Umsatzes eines Versicherungsunternehmens bleiben“²⁴. Damit wären versicherungsnaher Geschäfte zumindest bis mindestens 5% des Umsatzes des Versicherungsunternehmens unproblematisch.

Die Einschränkung des Verordnungsgebers zum Umfang des versicherungsnahen Geschäfts ist nachvollziehbar, wenn man auf die lange Historie des Verbots des versicherungsfremden Geschäfts in der Schweiz und in der EU blickt. Dennoch ist eine Beschränkung nicht deswegen richtig, weil es sie schon im-

²⁰ Die Unterstützung der Kunden bei der Prävention vor Cyberattacken ist bereits heute eine wichtige Komponente der Cyber-Versicherungsprodukte. Künftig wird sie auch für Kunden möglich, die nur diese Unterstützung, aber keine Versicherungsdeckung wünschen.

²¹ EFD, Erläuternder Bericht, 10.

²² Selbstverständlich sind bei solchen Finanzprodukten die Vorschriften für die relevante Anleiheobligation oder das betroffene Derivat zu beachten.

²³ EFD, Erläuternder Bericht, 10 f

²⁴ EFD, Erläuternder Bericht, 10 f.

mer gegeben hat. Es muss daher die Frage erlaubt sein, ob die umfangmässig enge Begrenzung des versicherungsnahen Geschäfts in der AVO nicht dem Willen des Gesetzgebers und dem klar ohne umfangmässige Beschränkung formulierten Gesetzestext in Art. 11 Abs. 1 lit. a revVAG widerspricht.

Weniger problematisch als die umfangmässige Begrenzung sind die auf Risiko- und Solvenzkontrolle ausgerichteten Vorgaben in Art. 5b Abs. 2 E-AVO. Diese lassen sich unschwer auf den gesetzlichen Auftrag in Art. 11 Abs. 2 rev VAG zur Berücksichtigung des mit dem Geschäft verbundenen Risiken zurückführen.

Schliesslich sei erwähnt, dass Dienstleistungen eines Versicherungsunternehmens für andere Unternehmen derselben Versicherungsgruppe bzw. desselben Versicherungskonglomerats -- im Einklang mit der bisherigen Aufsichtspraxis der FINMA -- immer als versicherungsnah gelten, unabhängig davon, um welche Leistungen es sich handelt und welchen Umfang diese Leistungen haben.²⁵

3. Bewilligung versicherungsfremder Geschäfte

Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit b revVAG bedarf es für Geschäfte, die *in keinem Zusammenhang* mit dem Versicherungsgeschäft stehen, einer Bewilligung der FINMA. Art. 5c E-AVO formuliert die Ausführungsbestimmungen dazu.

Es ist zu erwarten, dass – wie in der bisherigen Bewilligungspraxis der FINMA – solche Ausnahmegewilligungen im Lebensversicherungsbereich eher möglich sind als in der Schadenversicherung. Dies ist aus einer Risikoperspektive nicht besonders naheliegend, da das Schutzbedürfnis der Kunden in der Lebensversicherung regelmässig grösser ist als das der Kunden in der Schadenversicherung. Die Praxis hat ihren Ursprung darin, dass das Schadenversicherungsabkommen mit der EU in Art. 10.1 lit b ebenfalls ein ausdrückliches Verbot des versicherungsfremden Geschäfts enthält.²⁶ Eine ähnlich enge Formulierung findet sich auch in Art. 18 Abs. 1 lit. a Solvency II-Richtlinie der EU.²⁷

²⁵ EFD, Erläuternder Bericht, 10.

²⁶ Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EWG betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung vom 10. Oktober 1989 (SR.0.961.1 („daraus unmittelbar ergebende Geschäfte“).

²⁷ Richtlinie (EG) 2009/138 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl L 335 vom 17. Dezember 2009, 1.

Es ist zu hoffen, dass die im digitalen Umfeld erforderliche Liberalisierung des versicherungsfremden Geschäfts demnächst auch unter Solvency II umgesetzt wird.²⁸ Es ist begrüßenswert, dass der Schweizer Gesetzgeber diesbezüglich den ersten Schritt macht.

VI. Überblick Kundenschutz

Wie eingangs erwähnt, war der unmittelbare Anlass für die VAG-Revision die Umsetzung des Finanzdienstleistungsgesetzes (FIDLEG) und seine Anpassung auf den Versicherungssektor, mit dem Ziel, ein *Level Playing Field* für Anlageprodukte zu erreichen. Vom FIDLEG Gedanken erfasst sind solche Versicherungsprodukte, die eine Nähe zu Anlageprodukten aufweisen. Dies sind die sogenannten qualifizierte Lebensversicherungen und der Vertrieb dieser Produkte.

Unter dem Eindruck der Versicherungsvertriebsrichtlinie der EU (Insurance Distribution Directive – IDD)²⁹ wurde die Vermittlungen von Versicherungen im revidierten VAG nicht nur für die qualifizierten Lebensversicherungen, sondern umfassend für alle Versicherungsprodukte neu geregelt.

VII. Versicherungsvertrieb

In den Artikeln 40 bis 46 revVAG und den Artikeln 182 bis 190c E-AVO wird die Versicherungsvermittlung umfassend neu geregelt. Inhaltlich geht es um eine klarere Definition des Vermittlerbegriffs, eine Verschärfung der Aufsicht für die ungebundenen Vermittler (Broker) sowie um die Anforderungen an das Verhalten und die Aus- und Weiterbildung der Versicherungsvermittler. Für nebenberufliche Vermittler finden sich Sonderregelungen in Art. 2 Abs. 2 lit. f., Abs. 4 lit. c revVAG sowie Art. 1h E-AVO (Annexvermittlung).

²⁸ Bericht der Expert Group on Regulatory Obstacles to Financial Innovation (ROFIEG) der EU-Kommission von 2019, Empfehlung 24, 82 f., abrufbar unter: <<https://europa.eu/!yu87Xf>>.

²⁹ Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über Versicherungsvertrieb (Neufassung) Versicherungsvertriebsrichtlinie, ABl L 26 vom 2. Februar 2016, 19.

1. Definition Versicherungsvermittlung

Die Definition der Versicherungsvermittlung in Art. 40 revVAG und Art. 182a E-AVO ist sehr weit. Sie erfasst neben dem Anbieten und Abschliessen von Versicherungsprodukten auch das Ausführen wesentlicher Vorbereitungstätigkeiten und das Erstellen einer Rangliste von Versicherungsprodukten über eine Website, einschliesslich eines Preis- oder Produktevergleichs.

Bei den Vorbereitungstätigkeiten muss es sich um kundenbezogene Tätigkeiten handeln. Nicht erfasst werden Mitarbeiter im Innendienst einer Generalagentur oder eines Versicherungsbrokers, die keine Kundenverantwortung haben.³⁰

Umstritten ist die Regelung in Art. 182a Abs. 2 E-AVO, die das Bereitstellen von Informationen über Versicherungen auf einer Website oder das Erstellen von Ranglisten als Versicherungsvermittlung erfasst. Damit qualifizieren Vergleichsplattformen wie Comparis als ungebundene Vermittler. Sie unterliegen den strengen Vorschriften für Broker, einschliesslich der Aus- und Weiterbildungspflichten, der Pflicht zur Offenlegung der Entschädigungen und der Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten. Aus dem Erläuternden Bericht ergibt sich, dass der Einbezug der Vergleichsplattformen mit Verweis auf das EU-Recht bewusst gewollt ist. Leider wird nicht erklärt, welchen Risiken dadurch vorgebeugt werden soll. Auch ist nicht klar, wie die Vermittlerregeln konkret auf die Vergleichsplattformen erstreckt werden sollen: welches sind die Mitarbeiter einer Vergleichsplattform, die am „Point of Sale“ arbeiten und daher ausgebildet sein müssen? Wohl nicht die IT-Entwickler. Geht es um die Personen, die das Design der Kundenführung zu verantworten haben? Ums Marketing?

Wie bisher fällt die reine Adressvermittlung nicht unter den Vermittlungsbegriff, sofern keine Unterstützung beim Abschluss des Versicherungsvertrags geleistet wird. In der Praxis sind die Grenzen fließend und die Abgrenzung schwierig. Eine Autoverkäuferin, die ihren Kunden lediglich informiert, mit welcher Versicherung der Hersteller der Automarke kooperiert und wie die Versicherung abgeschlossen werden kann, unterliegt als Adressvermittlerin (oder neudeutsch „Leadvermittlerin“) nicht den Vorschriften für Versicherungsvermittler. Überschreitet sie die Schwelle zur Versicherungsvermittlung, wenn sie dem Kunden hilft, sich durch die Versicherungswebsite zu klicken? Kommt es darauf an, ob das Versicherungsprodukt in die Website des Autoherstellers integriert ist oder ob die Versicherung – in einer für den Kunden

³⁰ EFD, Erläuternder Bericht, 64.

weniger kundenfreundlichen Form – separat abgeschlossen werden muss? Wird die Autoverkäuferin spätestens in dem Moment zur Vermittlerin, in dem sie den Rabatt erwähnt, den es bei der einen oder anderen Versicherung gibt?

Nicht als Versicherungsvermittler gelten Annexvermittler gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. f revVAG und Art. 1h E-AVO (Annexvermittlung).

Annexvermittler sind Personen, die hauptsächlich andere Produkte oder Dienstleistungen verkaufen und Versicherungen nur als Nebentätigkeiten vermitteln. Die Versicherung muss dabei im gesamten Geschäft eine untergeordnete Leistung darstellen und die jährliche Prämie darf CHF 600 (ohne Steuern) nicht überschreiten. Die Ausnahme greift also für Brillen-, Handy- und Veloversicherungen, jedoch regelmässig nicht für die Autoverkäuferin und die Motorfahrzeugversicherung im obigen Beispiel.

2. Unterscheidung gebundene und ungebundene Vermittler

Die Unterscheidung zwischen gebundenen und ungebundenen Vermittlern (Brokern) ist wesentlich. Broker stehen im Treueverhältnis zum Kunden und handeln ausschliesslich im Kundeninteresse. Alle übrigen Vermittler gelten als gebunden; dies unabhängig davon, ob sie ein einziges Versicherungsunternehmen vertreten oder als Mehrfachvermittler die Produkte verschiedener Versicherer vermitteln.³¹

Die Anforderungen für ungebundene Vermittler steigen mit dem revidierten VAG signifikant. Broker müssen künftig ihre Entschädigung offenlegen.³² Für sie gelten detaillierte Anforderungen an die Unternehmensführung (Corporate Governance). Dazu gehört u.a. die Überwachung der Aus- und Weiterbildung ihrer Mitarbeiter und ein ausgebautes und dokumentiertes internes Kontrollsystem.³³ Künftig werden nur noch Broker im FINMA Register erfasst und die FINMA wird ihre Vermittleraufsicht deutlich aktiver und intensiver ausüben.³⁴

Neu ist auch die Ausschliesslichkeit des Status als gebundener oder ungebundener Vermittler. Bisher konnte eine Kundenberaterin je nach Versicherungssparte einen unterschiedlichen Status führen. Sie konnte z.B. als gebundene Vermittlerin für die Motorfahrzeugversicherung und Krankenversicherung agieren und gleichzeitig im Lebensversicherungsgeschäft als ungebundener

³¹ Art. 40 Abs. 3 revVAG.

³² Art. 45 b revVAG.

³³ Art. 41 Abs. 2 lit b revVAG und 188 E-AVO.

³⁴ Die FINMA hat sich bisher auf die Registerführung konzentriert und reaktiv reagiert, sobald Beschwerden vorlagen. Die FINMA plant eine deutliche Personalaufstockung, um ihren künftigen aktiven Aufsichtspflichten gerecht zu werden.

Vermittlerin auftreten. Voraussetzung war lediglich, dass die Kunden korrekt über die jeweilige Rolle aufgeklärt wurden. Nach Art. 40 Abs. 3 und 44 Abs. 1 lit. b revVAG fällt die Unterscheidung nach Versicherungszweig weg. Der Status als gebundener und ungebundener Vermittler ist einheitlich und gegenseitig ausschliessend.

Für viele kleinere und mittlere selbständige Vermittler dürfte der mit den zusätzlichen Anforderungen und der verschärften FINMA Aufsicht einhergehende Aufwand und die damit verbundenen Kosten zu gross sein, um den Broker-Status zu halten. Es ist zu erwarten, dass die Zahl der gebundenen Mehrfachvermittler zunehmen wird. Denn neu ist die Mehrfachstätigkeit als gebundener Vermittler für viele Versicherer zahlenmässig unbeschränkt möglich.³⁵ Aus Sicht des Vermittlers wird die Mehrfachvermittlung zu einer günstigen Alternative zum Brokerstatus. Da die Versicherungsunternehmen für ihre gebundenen Vermittler haften, hat die Branche ein hohes Eigeninteresse daran, gute Mindeststandards für die Aus- und Weiterbildung der Versicherungsvermittler zu definieren und durch ein geeignetes Registrierungs- bzw. Nachweissystem sicherzustellen, dass nur mit solchen Vermittlern zusammengearbeitet wird, die alle Anforderungen an die Ausbildung und im Beratungsprozess erfüllen.

3. Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten

Wie das FIDLEG betont auch das neue Versicherungsaufsichtsrecht zum Zwecke des Kundenschutzes die Pflicht von Versicherungsunternehmen und Versicherungsvermittlern, Interessenkonflikte zu vermeiden und diesbezüglich organisatorische Vorkehrungen zu treffen.³⁶

Art. 45b revVAG löst den inhärenten Interessenkonflikt zwischen Verdiensterwartung des Brokers und dem Kundeninteresse, der sich aus dem Courtagesystem ergibt. Broker erhalten für ihre Vermittlung neben der Entschädigung durch den Kunden regelmässig auch eine Courtage vom Versicherungsunternehmen. Künftig muss der Broker die Courtage und etwaige weitere Entschädigungskomponenten dem Kunden offenlegen. Der Broker darf sie nur behalten, wenn der Kunde ausdrücklich auf die Weitergabe verzichtet. Der Begriff der Entschädigung ist weit gefasst und umfasst u.a. auch Rabatte.

³⁵ Heute wirkt Art. 183 Abs. 1 lit a AVO („mehrheitlich mit einem oder zwei Versicherungsunternehmen“) begrenzend.

³⁶ Art. 14a revVAG enthält die Pflichten für die Versicherungsunternehmen, Art. 45a VAG und 182c und 182d E-AVO die Vorgaben für das Verhältnis zwischen Brokern und Versicherern.

Gemäss Art. 182c E-AVO ist zur Vermeidung von Interessenkonflikten im Verhältnis zwischen Brokern und Versicherungsunternehmen insbesondere Folgendes verboten:

- eine exklusive Zusammenarbeitsvereinbarung zwischen Broker und Versicherungsunternehmen;
- direkte oder indirekte Beteiligungen am Gesellschaftskapital des Brokers durch das Versicherungsunternehmen von mehr als 10% und vice-versa;
- die Übernahme einer leitenden Funktion beim Broker durch ein Mitglied der Geschäftsleitung oder des Verwaltungsrats des Versicherungsunternehmens (oder anderweitige Einflussnahme aufs Geschäft) und vice-versa.

Es liegt auf der Hand, dass die exklusive Zusammenarbeit eines Brokers mit einem Versicherungsunternehmen der Unabhängigkeit des Brokers diametral entgegensteht und daher untersagt ist. Dies sollte jedoch nicht so weit interpretiert werden, dass es Brokern künftig verboten wird, sich ein auf spezielle Kundenbedürfnisse massgeschneidertes Versicherungsprodukt entwickeln zu lassen, auch wenn als Risikoträger naturgemäss nur ein Versicherungsunternehmen fungieren kann. Im Zweifelsfall sollte es darauf ankommen, ob der Broker in der Beratungssituation unabhängig abklärt, ob das vorgefertigte Produkt oder ein ähnliches Produkt eines anderen Versicherungsunternehmens die beste Lösung für die konkreten Bedürfnisse des Kunden ist.

Abschliessend sei die Bemerkung erlaubt, dass die Pflichten, welche für die Versicherer aus der Pflicht zur Vermeidung von Interessenkonflikten abgeleitet werden, weit gehen. Der Erläuternde Bericht³⁷ zählt zu den verlangten organisatorischen Massnahmen u.a. die „kundenorientierte Vertriebssteuerung“, bei der die Provisionierung nicht nur die üblichen quantitativen Kriterien (Anzahl Abschlüsse, Stornoquote, etc.), sondern auch qualitative Kriterien berücksichtigt. Es ist fraglich, ob sich in einem Provisionsreglement eine ausreichend klare und praktisch handhabbare Regelung für die qualitative Unterscheidung zwischen „guter“ und „schlechter“ Beratung entwickeln und umsetzen lässt. Auch müssen vertriebliche Wettbewerbe und Rabattaktionen weiterhin möglich bleiben, obwohl sie naturgemäss die Kunden, welche von der Rabattaktion profitieren, besser stellen als Bestandskunden, die vor oder nach der Rabattaktion eine Police abschliessen.

³⁷ EFD, Erläuternder Bericht, 12 f.

VIII. Lebensversicherung

Die Regulierung der sogenannten „qualifizierte Lebensversicherung“ ergibt sich direkt aus dem parlamentarischen Auftrag³⁸ aus dem FIDLEG, wonach für Versicherungsprodukte, die Anlageprodukten ähnlich sind, gleich lange Spieße zwischen Versicherern und Finanzinstituten geschaffen werden sollen. Im Folgenden werden aus der umfassenden Neuregelung nur einige wenige Punkte hervorgehoben.

1. Definition der qualifizierten Lebensversicherung

Als qualifiziert gelten Lebensversicherungsprodukte, bei denen der Kunde im Sparprozess ein Verlustrisiko aus Marktschwankungen trägt.³⁹ Nicht qualifiziert sind reine Risikoprodukte für den Todes- oder Invaliditätsfall. Auch reicht eine blossе Überschussbeteiligung nicht aus, um eine (Risiko-)Lebensversicherung zu einer qualifizierten Lebensversicherung zu machen, selbst wenn sie die Anlagen für den Überschussanteil Marktschwankungen unterliegen.⁴⁰ Es ist davon auszugehen, dass der überwiegende Teil der gängigen Einzellebensversicherungsprodukte als qualifizierte Lebensversicherungsprodukte gelten wird.

Das Kernanliegen der Revision ist es, die Transparenz der Kundeninformation und eine gute Beratung sicherzustellen.

2. Basisinformationsblatt

Künftig muss für jedes Lebensversicherungsprodukt ein Basisinformationsblatt (BIB) nach einem vorgegebenen Raster erstellt werden. Das BIB muss dem Kunden vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt werden.⁴¹ Wesentliche Inhalte des BIB sind die Art und Merkmale, das Risiko- und Renditeprofil sowie die Kosten des Produkts.

Mehr Transparenz und Information ist ein anerkanntes Ziel, das der Stossrichtung des FIDLEG entspricht. Auch ist wünschenswert, dass die Kunden in der Lage sind, Produkte verschiedener Anbieter miteinander zu ver-

³⁸ Art. 39b revVAG.

³⁹ Art. 39a revVAG. Ebenfalls qualifiziert sind Kapitalisations- und Tontinengeschäfte.

⁴⁰ Botschaft VAG, 9003.

⁴¹ Art. 39b-h revVAG. Die Mustervorlage für das BIB findet sich in Anhang 5 zur AVO.

gleichen.⁴² Neu soll es ein Basisinformationsblatt geben, das den Anspruch hat, „leicht verständlich“ zu sein.⁴³

Allerdings fühlen sich viele Kunden bereits heute von der geballten Information, die sie beim Abschluss einer Lebensversicherung erhalten, mehr verunsichert als geschützt.

Und die Vorgaben für die Struktur des Basisinformationsblatts nehmen – ohne Inhalt desselben – bereits sieben Seiten im Anhang 5 zur E-AVO in Anspruch. Es muss zu denken geben, wenn das Konsumentenforum in seiner Vernehmlassungseingabe zur E-AVO die Beispielrechnungen fürs Renditeprofil mit der Begründung kritisiert, die kumulative Informationspflicht (VVG, VAG, AVO) habe ein Komplexitätsniveau erreicht, welches dem Kunden weder einen Mehrwert bringe noch zu einer höheren Transparenz führe.⁴⁴ Die Kunst des Weglassens am richtigen Ort bleibt eine Aufgabe für die Verbesserung des Konsumentenschutzes nicht nur in der Schweiz, sondern auch in der EU, wo für den Beratungsprozess und die Basisinformationsblätter ähnliche, bzw. noch umfangreichere Vorgaben bestehen.⁴⁵

3. Beratungsprozess mit Angemessenheitsprüfung

Eine qualitativ gute Beratung ist wichtig für den Kundenschutz. Dies gilt insbesondere für all diejenigen Kunden, deren Verhalten nicht ganz dem Idealbild des *Homo Oeconomicus* entspricht, der sämtliche verfügbaren Unterlagen liest, versteht, analysiert und vergleicht.

Art. 10 FIDLEG verpflichtet Finanzdienstleister, die eine Anlageberatung oder eine Vermögensverwaltung erbringen, dazu, eine Angemessenheits- bzw. eine Eignungsprüfung im Hinblick auf die Produkte durchzuführen, die sie dem Kunden empfehlen. Bei der Angemessenheitsprüfung geht es darum, ob die Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden ausreichen, um zu verstehen, was für ein Finanzprodukt er oder sie erwirbt (Art. 11 FIDLEG). Bei der Eignungsprüfung geht es darum, ob das Finanzprodukt zu den finanziellen Verhältnissen

⁴² Art. 39b nennt die Vergleichbarkeit als Richtschnur dafür, welche Informationen wesentlich fürs Basisinformationsblatt sind.

⁴³ Art. 39d revVAG.

⁴⁴ Abrufbar unter <<https://konsum.ch/wp-content/uploads/2022/09/VNL-AVO-Stellungnahme-kf.pdf>>.

⁴⁵ Siehe die Richtlinie (EU) 2016/97 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Januar 2016 über den Versicherungsvertrieb (IDD) und die Verordnung (EU) 1286/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. November 2014 über Basisinformationsblätter für verpackte Anlageprodukte für Kleinanleger und Versicherungsanlageprodukte (PRIIP), ABl L 352 vom 9. Dezember 2014, 1.

und Anlagezielen des Kunden passt. Art. 39j revVAG statuiert die Pflicht des Versicherungsunternehmens bzw. des Vermittlers, sich nach den Kenntnissen und Erfahrungen des Kunden zu erkundigen und zu prüfen, ob das Lebensversicherungsprodukt für den Kunden angemessen ist. Von einer Eignungsprüfung ist nicht die Rede.⁴⁶ Lässt sich daraus ableiten, dass es im Versicherungsbereich nicht relevant ist, ob das Produkt für den Kunden geeignet ist? Soll es in der Lebensversicherung als gute Beratung gelten, wenn einem 70-jährigen ohne Hinweis oder Rückfrage eine 30-jährige Lebensversicherung mit einem hohem Sparanteil verkauft wird?⁴⁷

Dem Ordnungsgeber ist das Problem der fehlenden Erwähnung des Eignungsbegriffs im revidierten VAG aufgefallen. Mit dem Argument, der Gesetzgeber habe schliesslich klar manifestiert, dass für den Vertrieb von Anlageprodukten im gesamten Finanzmarkt gleich lange Spiesse gelten sollen, interpretiert der Erläuternde Bericht die Eignungsprüfung kurzerhand in die Angemessenheitsprüfung hinein.⁴⁸ Diese Herleitung ist gesetzestechisch gewagt, um nicht zu sagen abenteuerlich. Notwendig wäre vielmehr eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob ein Kunde, der zwar versteht, was für eine Versicherung er abschliesst (Angemessenheitsprüfung), sich diese aber bei objektiver Betrachtung nicht leisten kann oder aus anderen Gründen besser ein anderes Produkt wählen würde, den in der Eignungsprüfung implizit vorgesehenen „Schutz vor sich selbst“ bekommen sollte, und ob in diesem Punkt ein Unterschied zwischen Anlageprodukten und Versicherungen besteht.

Die Lösung für Extremfälle wie im obigen Beispiel mit dem 70-jährigen Kunden dürfte in der Rückbesinnung auf allgemeine Rechtsgrundsätze wie den Grundsatz von Treu und Glauben liegen. Die Angemessenheits- und die Eignungsprüfung sind Konkretisierungen dieses allgemeinen Rechtsgrundsatzes für den Vertragsschluss und die Vertragserfüllung und werden sowohl vom Gesetzgeber als auch vom Ordnungsgeber erwähnt wird.⁴⁹ Das Abstellen auf Treu und Glauben ermöglicht die Berücksichtigung der spezifischen Eigen-

⁴⁶ Die Botschaft zu Art. 39j führt aus, dass die Regelungen sich an denjenigen orientieren, die hinsichtlich Prüfung der Angemessenheit und Eignung im Bereich der Finanzdienstleistungen gelten (Art. 10-14 des Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, SR 950.1), um dann fortzufahren, dass es sich um Pflichten handelt, die sich schon heute grundsätzlich aus den allgemeinen gegenseitigen Rechten und Pflichten nach Treu und Glauben in einem Dienstleistungsvertrag ergeben, Botschaft VAG, 9006. Die Unterscheidung zwischen Angemessenheit und Eignung war dem Gesetzgeber also bewusst.

⁴⁷ Es sei denn, dies entspricht dem ausdrücklichen Kundenwunsch (Art. 39j Abs. 4 revVAG).

⁴⁸ EFD, Erläuternder Bericht, 64.

⁴⁹ Botschaft, 9006; EFD, Bericht zur Vernehmlassung, 61.

heiten der Versicherung, um gleich lange Spiesse im Beratungsprozess zu erreichen, ohne dass die Lebensversicherungsprodukte mechanisch über den Kamm der Anlageberatung geschert werden (was ebenfalls dem Willen des Gesetzgebers entspricht).

Literaturverzeichnis

Koller Jannick, Der Begriff des versicherungsfremden Geschäfts im Versicherungsaufsichtsrecht, Diss., St. Gallen 2020.

Governance und Risikomanagement

Katja Roth Pellanda/Olivier Hirsbrunner

Inhalt

I.	Einführung	57
1.	Internationaler Standard	57
2.	Schweizerisches Versicherungsaufsichtsrecht	58
a)	Revision der AVO von 2015	59
b)	FINMA Aufsichtspraxis	59
c)	Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG) von 2018	60
d)	Teilrevision des VAG	60
e)	Teilrevision der AVO	60
II.	Teilrevision von 2022	61
1.	Organisation (Art. 14a E-AVO)	61
2.	Gewähr zur einwandfreien Geschäftsführung	63
a)	Einzelaufsicht	63
b)	Konzernaufsicht	66
3.	Qualitatives Risikomanagement	67
a)	Ziel und Inhalt (Art. 96 E-AVO)	68
b)	ORSA (Art. 96a E-AVO)	69
c)	Dokumentation (Art. 97 E-AVO)	70
d)	Operationelle Risiken (Art 98 E-AVO)	71
e)	Liquiditätsanforderungen (Art. 98a E-AVO)	71
f)	Konzernaufsicht (Art. 67 und Art. 75 revVAG)	72
g)	Aktuarsfunktion auf Konzernstufe (Art. 195 E-AVO)	73
	Literaturverzeichnis	73

I. Einführung

i. Internationaler Standard

Die Insurance Core Principles and the Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups (ICPs and ComFrame) der International Association of Insurance Supervisors (IAIS) halten als internationalen Standard für die Versicherungsaufsicht u.a. fest, dass Versicherungsunternehmen ein Corporate Governance Framework implementieren müssen, welches eine einwandfreie Geschäftsführung gewährleistet und die Interessen

der Versicherungsnehmer angemessen berücksichtigt und schützt.¹ Weiter haben Versicherungsunternehmen als Teil ihres Corporate Governance Frameworks über ein wirksames Risikomanagementsystem und internes Kontrollsystem zu verfügen, einschliesslich wirksamer Funktionen für Risikomanagement, Compliance, Aktuariat und interne Revision.²

2. Schweizerisches Versicherungsaufsichtsrecht

In der schweizerischen Versicherungsaufsicht ist die Corporate Governance nicht als eigenständiger Bereich auf Stufe Gesetz oder Verordnung geregelt, sondern ergibt sich aus aufsichtsrechtlichen Anforderungen zur Unternehmensgewähr.³ Grundlagen bestehen im VAG zum Risikomanagement, zum internen Kontrollsystem, zur internen Revision und zum Aktuariat.⁴ Punktuell finden sich weitere Governance-relevante Organisationsvorschriften in der AVO verteilt, z.B. zur Unabhängigkeit der Risikomanagement-Funktion und der Compliance-Funktion, das Verbot der Doppelfunktion von Mitgliedern des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung oder die Unvereinbarkeit der Funktion der internen Revision mit derjenigen des verantwortlichen Aktuars oder der verantwortlichen Aktuarin.⁵

¹ IAIS, Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups, Updated November 2019, abrufbar unter <<https://www.iais-web.org/uploads/2022/01/191115-IAIS-ICPs-and-ComFrame-adopted-in-November-2019.pdf>>. ICP 7 lautet wie folgt: „The supervisor requires insurers to establish and implement a corporate governance framework which provides for sound and prudent management and oversight of the insurer’s business and adequately recognises and protects the interests of policyholders“.

² ICP 8: „The supervisor requires an insurer to have, as part of its overall corporate governance framework, effective systems of risk management and internal controls, including effective functions for risk management, compliance, actuarial matters and internal audit“.

³ Art. 14 Abs. 1 des Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01); Erläuternder Bericht des Eidg. Finanzdepartements EFD vom 17. Mai 2022 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betr. Änderung der Aufsichtsverordnung (Aufsicht, Solvenz, gebundenes Vermögen, Verhaltensregeln und Versicherungsvermittlung), 12, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/71494.pdf>>.

⁴ Art. 22-24 und 27 VAG.

⁵ Art. 96 Abs. 4 der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO, SR 961.011); Art. 13 AVO; Mächler, 264.

a) *Revision der AVO von 2015*

Mit der Revision der AVO im Jahr 2015 wurden die Bestimmungen zum Risikomanagement überarbeitet, da die Schweiz mit dem damals geltenden Versicherungsaufsichtsrecht einzig minimale Bestimmungen zum Risikomanagement hatte, welche die internationalen Standards nicht mehr erfüllten. Auf AVO-Stufe fehlten dannzumal insbesondere Bestimmungen zur Selbstbeurteilung der Risikosituation und des Kapitalbedarfs (Own Risk and Solvency Assessment ORSA), zur Compliance-Funktion sowie zur Liquidität⁶.

Neue Bestimmungen zu diesen Bereichen wurden mit der Revision 2015 gestützt auf die rechtliche Grundlage von Art. 22 VAG zum Risikomanagement in die AVO aufgenommen.⁷ Zusätzlich wurden auch Bestimmungen zur Liquidität aufgenommen, welche das Versicherungsunternehmen verpflichten, ein Liquiditäts-Risikomanagement zu implementieren. Dabei wurde richtigerweise – nicht zuletzt mangels einer gesetzlichen Grundlage – darauf verzichtet, aufsichtsrechtlich eine allgemeinverbindliche Liquiditätsquote zu beziffern bzw. der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA die Ermächtigung zu erteilen, eine solche zu definieren.⁸

b) *FINMA Aufsichtspraxis*

Die Aufsichtspraxis der FINMA im Corporate Governance Bereich fand in den Rundschreiben FINMA-RS 2017/2 Corporate Governance – Versicherer, FINMA-RS 2013/5 Liquidität – Versicherer und FINMA-RS 2016/05 ORSA sowie FINMA-RS 2017/04 Verantwortlicher Aktuar, welche nach der AVO Revision im Jahr 2015 konkretisiert bzw. neu erlassen wurden, ihren Niederschlag.

Diese Weiterentwicklungen der Aufsichtspraxis wurden über Jahre – ohne dass das VAG revidiert wurde – durch Revisionen der AVO und der Rundschreiben aufgenommen, nicht zuletzt auch in Anlehnung an die Entwicklung internationaler Standards. Aus diesem Grund sollte jeweils geprüft werden, ob die erforderliche Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn vorhanden ist.⁹

⁶ Erläuterungsbericht des Eidg. Finanzdepartements EFD vom 31. Oktober 2014 zur Teilrevision der Aufsichtsverordnung AVO, 4, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/37325.pdf>>.

⁷ EFD, Erläuterungsbericht AVO 2014, 17 ff.

⁸ EFD, Erläuterungsbericht AVO 2014, 4 und 18 (was teilweise nicht umgesetzt wurde); Mächler, 262.

⁹ Mächler, 265.

c) *Bundesgesetz über die Finanzinstitute (FINIG) von 2018*

Personen, die für Oberleitung, die Aufsicht und die Kontrolle sowie für die Geschäftsführung des Versicherungsunternehmens verantwortlich sind (Gewährspersonen), sowie das Versicherungsunternehmen als Institut selbst (Unternehmensgewähr) müssen Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten. Mit der Verabschiedung des Bundesgesetzes über die Finanzinstitute (FINIG) im Jahr 2018 wurden die Gewährsbestimmungen des VAG mit den Bestimmungen der übrigen Finanzmarktgesetze und der Aufsichtspraxis harmonisiert, indem explizit festgehalten wurde, dass zusätzlich zu den Gewährspersonen auch das Versicherungsunternehmen selbst Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten muss.¹⁰ Zu den inhaltlichen Bestimmungen zu Gewähr – Siehe unten, [II.2.](#)

d) *Teilrevision des VAG*

Mit der am 18. März 2022 verabschiedeten Teilrevision des VAG werden die Bestimmungen zur Gewähr und zum Risikomanagement in zweifacher Hinsicht angepasst. Einerseits werden Gewährsvorschriften für qualifizierte Beteiligte an Versicherungsunternehmen aufgenommen (Aktionärsgewähr), in Anlehnung an die Bestimmungen in den anderen Finanzmarktaufsichtsgesetzen.¹¹ Andererseits wird die Konzernaufsicht bezüglich Versicherungsgruppen und -konglomerate (Versicherungskonzerne) gestärkt, indem neu Gewährspersonen auf Konzernstufe der Genehmigungspflicht durch die FINMA unterstehen. Eine weitere Stärkung der Konzernaufsicht erfolgt, indem die allgemeinen Gesetzeswortlaute der Einzelaufsicht zur Gewähr und zum Risikomanagement mit dem identischen Wortlaut auf Konzernaufsichtsstufe wiederholt werden. Der im bisherigen Gesetz benutzte Analogieansatz wird aufgegeben.¹²

e) *Teilrevision der AVO*

Mit der am 17. Mai 2022 eröffneten Vernehmlassung zur Revision der AVO wird neben den Folgeanpassungen aufgrund der VAG Revision zusätzlich beabsichtigt, die Aufsichtspraxis in der AVO stufengerecht zu verankern, indem regu-

¹⁰ Art. 14 Abs. 1 VAG; Botschaft des Bundesrats vom 4. November 2015 zum Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) und zum Finanzinstitutsgesetz (FINIG), BBl 2015, 8901 ff., 177, siehe auch 117 (zit. Botschaft FINIG 2015).

¹¹ Art. 14 Abs. 3 revVAG; Botschaft des Bundesrats vom 21. Oktober 2020 zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), BBl 2020, 8967 ff., 8992 (zit. Botschaft VAG 2020).

¹² BBl 2020, 9037; Art. 67 Abs. 1-3 revVAG.

lierender Inhalt aus den FINMA Rundschreiben auf Verordnungsstufe gehoben wird. Die FINMA hat dazu in den Vorbereitungsarbeiten zur AVO Revision Vorschläge eingebracht, welche die Aufsichtspraxis im Risikomanagement sowie die Verankerung einer allgemeinen Bestimmung zur Organisation auf AVO Stufe erreichen soll. Dieser Vorstoss ist auch vor dem Hintergrund des gesetzlichen Auftrags an die FINMA, die Rundschreiben bis 2025 auf deren Stufengerechtigkeit zu überprüfen, zu betrachten.¹³ Teilweise werden bei dieser Gelegenheit auch vereinzelt weitere Anpassungen aus Aufsichtspraxis, internationalen Standards sowie terminologischen und systematischen Gründen vorgeschlagen.

Die FINMA hat zudem angekündigt, dass die von den Revisionen betroffenen Rundschreiben zeitnah überarbeitet und kurz nach Inkrafttreten des VAG und der AVO zur Vernehmlassung veröffentlicht werden sollen.

Diese hier angesprochenen Aspekte der Revision im Bereich Corporate Governance und Risikomanagement werden im Folgenden einzeln aufgezeigt und erläutert.

II. Teilrevision von 2022

I. Organisation (Art. 14a E-AVO)

Wie bereits ausgeführt, ist die Corporate Governance in der Versicherungsaufsicht nicht als eigenständiger Bereich auf Stufe Gesetz oder Verordnung geregelt, sondern ergibt sich aus der aufsichtsrechtlichen Anforderung zur Unternehmensgewähr. Auf dieser Grundlage wird im Entwurf zur Revision der AVO der Aspekt der Unternehmensführung in einer allgemeinen Bestimmung zur Organisation verankert, die wie folgt lautet:¹⁴

Art. 14a Organisation

¹ Das Versicherungsunternehmen muss über eine der Tätigkeit angemessene und dokumentierte Organisation verfügen.

² Es muss für eine hinreichende Unabhängigkeit der mit der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle betrauten Personen sorgen, namentlich dafür, dass lediglich eine Minderheit dieser Personen gleichzeitig in anderen Organen oder wichtigen Funktionen des Versicherungsunternehmens tätig ist.

¹³ Art. 16 der Verordnung zum Finanzmarktaufsichtsgesetz vom 13. Dezember 2019 (SR 965.11); EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 3.

¹⁴ Siehe oben, [L2](#); EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 12; Art. 14a E-AVO.

³ Es muss angemessene Regeln und Prozesse zur Unternehmensführung und -kontrolle festlegen.

Der Abs. 1 und 3 kodifizieren damit den Grundsatz, dass ein Versicherungsunternehmen über eine seiner Geschäftstätigkeit angemessene und dokumentierte Organisation verfügen sowie angemessene Regeln und Prozesse zur Unternehmensführung und -kontrolle festlegen muss. Das FINMA-RS 2017/2 Corporate Governance – Versicherer gibt einen Überblick über die in der bisherigen Aufsichtspraxis erwarteten Corporate Governance Prinzipien für die Gesamtsteuerung des Versicherungsunternehmens.¹⁵

Einerseits umfasst dies eine klare Zuweisung und Dokumentation von Aufgaben, Kompetenzen, Verantwortlichkeiten sowie Berichterstattung. Dazu gehört die klare Trennung zwischen operativen Tätigkeiten und Kontrolltätigkeiten sowie die Errichtung von internen Berichterstattungsprozessen zur Weitergabe von Informationen an alle relevanten Stellen. Andererseits wird gefordert, dass ein wirksames unternehmensweites Risikomanagementsystem und ein wirksames internes Kontrollsystem einschliesslich der Kontrollfunktionen (Risikomanagement, Compliance und interne Revision) zu errichten ist. Die Kontrollfunktionen sind periodisch auf deren Angemessenheit durch eine interne oder externe unabhängige Partei zu überprüfen. Weiter sind Grundsätze, Prozesse und Strukturen zur Einhaltung von gesetzlichen, regulatorischen und internen Vorschriften (Compliance) wie auch dem von Mitarbeitenden zu erwartenden Verhaltens (Conduct) festzulegen. Schlussendlich sind Prozesse zu etablieren, die gewährleisten, dass die für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle sowie die Geschäftsführung verantwortlichen Personen dauerhaft über die notwendige berufliche Erfahrung, das Fachwissen und die persönliche Eignung verfügen.¹⁶

Mit Abs. 2 wird die in der Aufsichtspraxis geforderte Unabhängigkeit der mit der Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle betrauten Personen auf AVO Stufe verankert. Im Vordergrund steht in der Aufsichtspraxis der Verwaltungsrat, der primär für die Oberleitung, Aufsicht und Kontrolle verantwortlich ist.¹⁷ Nach geltender Aufsichtspraxis der FINMA hat grundsätzlich ein Drittel der Mitglieder des Verwaltungsrates unabhängig zu sein, indem diese nicht bzw. mindestens während der letzten zwei Jahren nicht in einer Funktion beim Versicherungsunternehmen, bei der Prüfgesellschaft oder als leitender Prüfer

¹⁵ Erläuternder Bericht FINMA-RS 2017/2, 11; siehe auch BSK VAG-Appenzeller, Art. 14, N 41 ff.

¹⁶ FINMA-RS 2017/2, Rz. 6 ff.

¹⁷ BSK VAG-Appenzeller, Art. 14, N 11.

beschäftigt waren. Und weiter gilt, dass diese keine Interessenskonflikte aus geschäftlicher Beziehung aufweisen oder keine qualifiziert Beteiligten am Versicherungsunternehmen oder Vertreter eines solchen sind.¹⁸

Die Industrie fordert in ihrer Stellungnahme zur AVO Vernehmlassung, dass der vorgeschlagene Zusatz im Absatz 2 des Art 14a E-AVO, „dass lediglich eine Minderheit dieser Personen gleichzeitig in anderen Organen oder wichtigen Funktionen des Versicherungsunternehmens tätig ist“, zu streichen sei, da dieser unverständlich ist und eine solche Konstellation in der Praxis schwer vorstellbar ist. Dazu steht er in unklarem Verhältnis zur Bestimmung, welche die Doppelfunktion von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung untersagt.¹⁹ Klar muss sein, dass der Begriff „Versicherungsunternehmen“ keinesfalls als Versicherungsgruppe oder-konglomerat bzw. Konzerngesellschaft ausgelegt werden kann, da dies praxisfremd wäre und eine unnötige Verschärfung der heutigen Aufsichtspraxis darstellen würde, wofür weder eine gesetzliche Grundlage besteht noch irgendeine Notwendigkeit.²⁰

2. Gewähr zur einwandfreien Geschäftsführung

a) Einzelaufsicht

Art 14 revVAG verlangt, dass Personen, welche mit der Oberleitung, der Aufsicht und der Kontrolle sowie mit der Geschäftsführung betraut sind (Gewährspersonen) sowie das Versicherungsunternehmen als Institut selber (Unternehmensgewähr) *Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit* bieten müssen. Gewährspersonen haben einen *guten Ruf* zu geniessen. Bei natürlichen Personen sind berufliche Erfahrung, fachliche Fähigkeiten und persönliche Eignung massgebend. Bei der Unternehmensgewähr muss das Versicherungsunternehmen aus institutioneller Sicht die Organe ordnungsgemäss aufgestellt haben und eine angemessene Organisation aufweisen. Da ein Versicherungsunternehmen als juristische Personen tatsächlich durch seine Organe handelt, liegt regelmässig bereits eine Verletzung der Unternehmensgewähr vor, wenn die Gewährspersonen ihre persönlichen Anforderungen an die Gewähr nicht erfüllen.²¹

¹⁸ FINMA-RS 2017/2, Rz. 18 ff.; Art. 4 Abs. 2 Bst. f VAG (10% Beteiligung an Kapital oder Stimmen).

¹⁹ Art. 13 AVO.

²⁰ Zum Ganzen Vernehmlassungsantwort SVV, abrufbar unter <https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2021/116/cons_1>.

²¹ FINMA-RS 2017/2, Rz. 15; BSK VAG-Appenzeller, Art. 14, N 18 ff.

Die Gewährsvorschriften mit teilweise Governance-relevanten organisatorischen Bestimmungen sind bereits heute in den Art. 12-14 AVO weiter detailliert und im FINMA-RS 2017/2 Corporate Governance – Versicherer weiter konkretisiert. Namentlich muss der Verwaltungsrat so zusammengesetzt sein, dass er seine Aufgaben einwandfrei wahrnehmen kann. Insbesondere muss ausreichendes Versicherungswissen im Verwaltungsrat vorhanden sein. Er muss zudem in seiner Gesamtheit über Berufserfahrungen und ausreichende Kenntnisse in der Geschäftsführung, im strategischen Management, in der Risikosteuerung und im Finanz- und Rechnungswesen verfügen.²² Dabei sind gemäss Bewilligungspraxis der FINMA nicht sämtliche fachlichen Qualifikationsanforderungen von jedem einzelnen Mitglied des Verwaltungsrats zu erfüllen. Fachliche Qualifikationen sind jeweils von einer einzelnen Person entsprechend ihrer Funktion und Verantwortung und insgesamt vom jeweiligen Gremium als Ganzem erwartet.²³ Gleiches gilt für die Verwaltungsratsausschüsse. Jeder Ausschuss muss in seiner Gesamtheit über die notwendigen Kenntnisse und Erfahrungen im jeweiligen Aufgabenbereich verfügen. Der Vorsitzende eines Ausschusses muss über spezifische Kenntnisse in seinem Aufgabenbereich verfügen.²⁴

Zudem muss jedes Mitglied des Verwaltungsrats über ausreichend Zeit zur Erfüllung seiner Aufgabe verfügen.²⁵ Hier stellen sich in der Praxis häufig Fragen betreffend die zeitliche Verfügbarkeit einzelner Verwaltungsratsmitglieder. Für börsennotierte Unternehmen werden nicht nur von den Aufsichtsbehörden entsprechende Fragen gestellt, sondern auch von Proxy Advisors, welche durch ihre Voting Guidelines den Unternehmen Empfehlungen abgeben. Erschwerend kommt dazu, dass verschiedene Proxy Advisors ihre Vorgaben jährlich anpassen. Gleichzeitig ist dies aber auch ein Beispiel dafür, dass im Bereich der Corporate Governance die Entwicklungen nicht primär aufsichtsrechtlich und lokal getrieben sind, sondern weitgehend von internationalen Strömungen beeinflusst werden. In diesem Bereich der Corporate Governance Praxis ausserhalb der schweizerischen Aufsichtspraxis hat sich gesamthaft in der letzten Zeit einiges bewegt, indem heute namentlich ein Fokus auf genügend Diversität im Gremium gelegt wird.

²² Art. 12 Abs. 1 AVO; FINMA-RS Governance Versicherer, Rz. 16.

²³ Botschaft FINIG 2015, 118.

²⁴ Art. 12. Abs. 2 AVO; FINMA-RS Governance Versicherer, Rz. 27.

²⁵ Art. 12 Abs. 2 VAG.

Von den Mitgliedern der Geschäftsleitung wird erwartet, dass sie für die Leitung der ihnen unterstellten Bereiche die erforderlichen Kenntnisse aufweisen.²⁶

Des Weiteren sind wie bereits erwähnt Doppelfunktionen zwischen Verwaltungsrat und Geschäftsleitung oder zwischen interner Revision und dem verantwortlichen Aktuar oder der verantwortlichen Aktuarin grundsätzlich unzulässig.²⁷

Gewährsträger müssen einen guten Leumund haben und sich im Geschäftsverkehr korrekt verhalten. Zunächst geht es um die Beachtung der Vorschriften, insbesondere der Rechtsordnung durch die umfassende Einhaltung von Gesetzen und Verordnungen, aber auch der internen Regeln der Versicherungsunternehmen und von Standesregeln, sowie die Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben im Geschäftsverkehr. Gewährsrelevant sind dabei nicht nur die beruflichen Tätigkeiten, sondern können vielmehr auch darüberhinausgehende berufliche Aktivitäten, etwa in einem freien Beruf oder als Organ einer anderen Gesellschaft, geeignet sein, aufsichtsrechtlich relevante Tatbestände zu schaffen.²⁸

Die Überprüfung der Gewähr von Individuen und der Unternehmensgewähr ist Teil des Bewilligungsverfahrens zur Aufnahme der Versicherungstätigkeit und der laufenden Aufsicht der FINMA. Zudem unterstehen neu ernannte Verwaltungs- und Geschäftsleitungsmitglieder einer Melde- und Genehmigungspflicht durch die FINMA.²⁹ In diesem Zusammenhang sei darauf hingewiesen, dass mit der am 17. Dezember 2020 erlassenen Revision der Richtlinie der SIX Exchange Regulation AG zur Ad hoc-Publizität für börsenkotierte Unternehmen, welche am 1. Juli 2021 in Kraft getreten ist, eine organisatorische Vereinfachung mit sich gebracht hat.³⁰ Neu werden nicht mehr alle Wechsel auf Geschäftsleitungs- und Verwaltungsratsebene von börsenkotierten Gesellschaften als ad hoc Auslöser einer Meldepflicht betrachtet. Das vereinfacht den ganzen Prozess, weil nicht sämtliche personellen Änderungen auf dieser Ebene bereits publik gemacht werden müssen, bevor eine Genehmigung

²⁶ Art. 14 Abs. 1 AVO.

²⁷ Art. 13 AVO.

²⁸ Mächler, 222 m.V.a. Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27. November 2013 B-798/2012 E. 4.1; BSK VAG-Appenzeller, Art. 14, N 25 ff.

²⁹ Art. 4 Abs. 2 Bst. b und g i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG; Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 und Art. 14 VAG und Art. 46 Abs. 1 Bst. b VAG; FINMA-RS 2017/5 Geschäftspläne – Versicherer.

³⁰ SIX Exchange Regulation AG, Richtlinie betr. Ad hoc-Publizität (RLAhP) vom 10. März 2021, abrufbar unter <https://www.ser-ag.com/dam/downloads/regulation/listing/directives/DAH-de.pdf>.

durch die FINMA vorliegt. Andererseits müssen börsenkotierte Unternehmen selbst entscheiden, ob ein Wechsel auf Verwaltungsrats- bzw. Geschäftsleitungsebene ad hoc relevant ist oder nicht. Zumeist bejahen Unternehmen dies für den Verwaltungsratspräsidenten und den CEO, teilweise auch für den CFO oder die Leiter wesentlicher Geschäftsbereiche, wobei dies eher vom konkreten Sachverhalt abhängig gemacht wird.

Mit der Revision des VAG werden neu auch qualifiziert Beteiligte, die sich an einem Versicherungsunternehmen beteiligen, explizit in die Gewährbestimmungen aufgenommen (Aktionärsgewähr). Das entspricht den heutigen Bestimmungen für die anderen beaufsichtigten Finanzmarktinstitute.³¹ Als qualifiziert Beteiligte gelten diejenigen Personen, welche direkt oder indirekt an mindestens zehn Prozent des Kapitals oder Stimmrechte beteiligt sind oder die Geschäftstätigkeit des Versicherungsunternehmens auf andere Weise massgebend beeinflussen können.³² Diese müssen neu auch Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung bieten. Mit der Regelung wird sichergestellt, dass die Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit nicht durch die Einflussnahme qualifiziert Beteiligter gefährdet wird, selbst wenn die Personen im Verwaltungsrat und der Geschäftsleitung ihre Gewährspflicht erfüllen. Qualifiziert Beteiligte sind der FINMA zu melden und unterstehen bereits unter bestehendem Recht der Genehmigungspflicht.³³

b) Konzernaufsicht

Die gleichen Bestimmungen, wonach die Gewährspersonen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen und Versicherungskonzerne selbst Gewähr für eine einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten müssen, gelten wie bis anhin unter bisherigem Recht auch für Versicherungskonzerne. Neu werden die Gewährbestimmungen mit dem gleichen Gesetzeswortlaut der Einzelaufsicht auf Konzernstufe kodifiziert. Der im bisherigen Gesetz benutzte Analogieansatz wird aufgegeben.³⁴

³¹ Vgl. Art. 9 des Bundesgesetz über die Finanzmarktinfrastrukturen und das Marktverhalten im Effekten- und Derivatehandel vom 19. Juni 2015 (Finanzmarktinfrastrukturgesetz, FinfraG, SR 958.1), Art. 3 des Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 (Bankengesetz, BankG, SR 952.0) und Art. 11 des Bundesgesetz über die Finanzinstitute (Finanzinstitutsgesetz, FINIG, SR 954.1).

³² Botschaft VAG 2020, 8992; Art. 14 Abs. 3 revVAG.

³³ Art. 21 VAG; Art. 4 Abs. 2 Bst. f i.V.m. Art. 5 Abs. 2 VAG; Art. 3 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 VAG; FINMA-RS 2017/5 Geschäftspläne – Versicherer.

³⁴ Art. 14 Abs. 1 und 2 revVAG; Art. 67 Abs. 1. und 2 sowie 75 Abs. 1 und 2 revVAG.

Neu wird die Konzernaufsicht gestärkt, indem Ernennungen und Mutationen von Gewährsträgern, welche für die Oberleitung, die Aufsicht und die Kontrolle sowie für die Geschäftsführung der obersten Konzerngesellschaft der Gruppe verantwortlich sind, durch die FINMA wie bei der Einzelaufsicht zu bewilligen sind. Im Übrigen kann die FINMA neu auch für die Gewährspersonen von wesentlichen Gruppengesellschaften nach Artikel 2a revVAG eine Genehmigungspflicht anordnen.³⁵ Dies führt zu einer einheitlichen und konsistenten Regelung bei Einzel- und Konzernaufsicht und steht im Einklang mit internationalen Standards.³⁶ Unter bisherigem Aufsichtsrecht bestand für die Ernennung von Gewährspersonen auf Konzernstufe einzig eine Informationspflicht an die FINMA.³⁷ Wesentliche Beteiligungsverhältnisse am Versicherungskonzern sind gemäss Aufsichtspraxis der FINMA im Sinne von Art. 29 Abs. 2 FINMAG zu melden. Eine Bewilligungspflicht der FINMA besteht für diese jedoch nicht.³⁸

3. Qualitatives Risikomanagement

Das Versicherungsunternehmen hat so organisiert zu sein, dass es insbesondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann.³⁹ Diese Bestimmung im VAG bleibt mit der Revision unangetastet. Der Erlass der Vorschriften über Ziel, Inhalt und Dokumentation des Risikomanagements ist an den Bundesrat delegiert.

Mit der AVO Revision wird beabsichtigt, die Bestimmungen zum Risikomanagement zu überarbeiten. Wie bereits ausgeführt steht hier im Vordergrund der Nachvollzug auf AVO Stufe von über die letzten Jahre entwickelter Aufsichtspraxis, um die Stufengerechtigkeit in der Regulierung wieder herzustellen – Siehe oben, [1.2.e](#)). Dabei soll eine Stärkung der Aufsicht im Interesse der Versicherten und im Sinne des Funktionsschutzes und zur Stärkung des Standortes erfolgen.⁴⁰ Zu letzterem Punkt wird punktuell eine weitere Angleichung an den internationalen Regulierungsstandard verfolgt, wie z.B. mit der Bestimmung zur Förderung der Risikokultur, nicht zuletzt auch im Hinblick auf zukünftige Länder-Assessments wie sie z.B. der Internationale Währungsfonds (IWF) über die Einhaltung von internationalen Standards vornimmt.

³⁵ Art. 71^{bis} revVAG.

³⁶ Botschaft VAG 2020, 9037.

³⁷ Art. 192 Abs. 2 AVO; FINMA-RS 2016/04 Versicherungsgruppen und -konglomerate, Rz. 20.

³⁸ FINMA-RS 2016/04 Versicherungsgruppen und -konglomerate, Rz. 24 ff.

³⁹ Art. 22 Abs. 1 VAG.

⁴⁰ EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 42.

a) *Ziel und Inhalt (Art. 96 E-AVO)*

In Art. 96 AVO wird das Ziel und der Inhalt des Risikomanagements aufsichtsrechtlich definiert. Dort ist festgehalten, dass das Risikomanagement Risikopotentiale erkennen und beurteilen sowie Massnahmen zur Verminderung oder Absicherung erheblicher Risiken einleiten soll. Das soll erreicht werden über eine Risikostrategie, eine Absicherungspolitik und mit einer in die Geschäftsorganisation integrierten Risikoüberwachung, welche die Identifikation, Überwachung, Quantifizierung und Steuerung der wesentlichen Risiken sowie eine interne Berichterstattung beinhaltet.⁴¹

In der Revisionsvorlage wird neu der in der Praxis grundsätzlich anerkannte Umstand festgehalten, wonach das Risikomanagement sicherstellen soll, dass die Geschäftstätigkeit im Rahmen der gegebenen Risikotragfähigkeit erfolgt.⁴²

Weiter wird der Begriff der *Risikopolitik* anstelle der Absicherungspolitik eingeführt, um zu präzisieren, dass das Risikomanagement nicht nur die Absicherung, sondern generell den Umgang mit Risiken betrifft. Zudem wird präzisiert, dass nicht nur eine Quantifizierung, sondern eine generelle Beurteilung der Risiken gefordert ist, indem der Begriff *Quantifizierung* durch *Beurteilung* ersetzt wird. Die Risikobeurteilung kann richtigerweise mit verschiedenen geeigneten Methoden – quantitativ, qualitativ oder kombiniert – erfolgen.⁴³

Neu wird in die Revisionsvorlage die Bestimmung aufgenommen, wonach die Risikomanagement-Funktion die Förderung einer Risikokultur innerhalb des gesamten Unternehmens unterstützen können muss.⁴⁴ Als Ziel soll der bewusste Umgang mit Risiken erreicht und sichergestellt werden, dass Entscheidungsprozesse unter Berücksichtigung einer ausgewogenen Risikoeinschätzung erfolgen.⁴⁵ Diese Anforderung ist als Programmartikel zu verstehen, angelehnt an die IAIS ICPs and ComFrame, womit erreicht werden soll, dass eine angemessene Risikokultur bewusst gefördert wird.⁴⁶ Der Inhalt der Kultur wird nicht vorgegeben. Vielmehr muss jedes Versicherungsunternehmen selbst festlegen, welche Risikokultur es in Bezug auf seine Strategie und Geschäftstätigkeit sinnvollerweise fördern möchte.

⁴¹ Art. 96 Abs. 1 und 2 AVO.

⁴² Art. 96 Abs. 1 Bst. c E-AVO.

⁴³ EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 43.

⁴⁴ Art. 96 Abs. 4 E-AVO.

⁴⁵ EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 43.

⁴⁶ IAIS ICPs and ComFrame, Ziff. 8.4.

Weiter wird neu ergänzt, dass mit der Risikokommunikation nicht nur eine interne, sondern auch eine externe gemeint ist. Die Art und Weise, die Adressaten und die inhaltliche Risikokommunikation hat das Versicherungsunternehmen selbst festzulegen, soweit dazu nicht anderweitig Offenlegungspflichten bestehen. Eine geeignete Kommunikation ist relevant, damit das Risikomanagement über das gesamte Unternehmen Wirkung entfalten kann, z.B. in Bezug auf die soeben genannte Förderung der Risikokultur.⁴⁷

Vollständigkeitshalber ist zu erwähnen, dass die internen Kontrollmechanismen zudem eine wirksame Compliance-Funktion und wirksame Compliance-Prozesse umfassen, welche in ihrer Gesamtheit die Einhaltung von Rechtsnormen und internen Vorschriften sicherstellen. Die Risikomanagement-Funktion und die Compliance-Funktion müssen unabhängig sein.⁴⁸ Dies ändert sich mit der Revision nicht.

b) ORSA (Art. 96a E-AVO)

Mit dem sogenannten Own Risk and Solvency Assessment (ORSA) nimmt das Versicherungsunternehmen vorausschauend eine Selbstbeurteilung der Risikosituation und des Kapitalbedarfs vor. Damit ist aufsichtsrechtlich unter Betrachtung des Gesamtrisikoprofils über die gesamte Planungsperiode und unter Verwendung von Szenarien die Angemessenheit der Kapitalausstattung zu prüfen. Die Ergebnisse des ORSA sind in der Gesamtstrategie sowie in der Geschäftsplanung zu berücksichtigen.

Die bestehenden Bestimmungen der AVO zum ORSA werden mit der Revision weitgehend beibehalten und im Wesentlichen einzig durch die Einfügung von Bestimmungen mit regulierendem Inhalt aus dem FINMA-Rundschreiben 2016/13 ORSA ergänzt.⁴⁹

Das beinhaltet zum einen, dass die Selbstbeurteilung über die gesamte Planungsperiode, welche die aktuelle Situation des laufenden Geschäftsjahres sowie mindestens zwei weitere Jahre umfasst, zu erfolgen hat. Zum anderen, dass die Selbstbeurteilung anhand verschiedener Szenarien, wovon mindestens eines ein existenzbedrohendes sein muss, auszuwerten ist. Zudem wird neu auf AVO Stufe festgehalten, dass die Prinzipien der Selbstbeurteilung mittels interner Weisungen zu erfassen und angemessen zu dokumentieren sind und dass der der FINMA jährlich einzureichende ORSA Bericht vom Verwal-

⁴⁷ EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 43.

⁴⁸ Art. 96 Abs. 3 und 4 AVO.

⁴⁹ EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 43.

tungsrat zu genehmigen ist.⁵⁰ Schliesslich wird die Aufsichtspraxis, wonach wirtschaftlich verbundene Gesellschaften bei der Selbstbeurteilung zu berücksichtigen sind, auf die AVO Stufe gehoben. Versicherungskonzerne haben dabei alle wesentlichen regulierten und nicht regulierten Einheiten und Bereiche im In- und Ausland sowie die wesentlichen ausserbilanziellen und nicht konsolidierten Bereiche zu berücksichtigen.⁵¹

Die heutige Regelung sieht vor, dass im ORSA auch die Angemessenheit und Wirksamkeit des Risikomanagements zu beurteilen ist.⁵² Neu wurde in der Vernehmlassungsvorlage der AVO zusätzlich die Bestimmung vorgeschlagen, dass das ORSA „die Einhaltung der Anforderungen an ein den Geschäftsverhältnissen angemessenes und wirksames internes Kontrollsystem“ zu beurteilen hat. Sinn und Zweck dieser Regelung ist unklar. Die Industrie hat entsprechend beantragt, dass dieser Einschub gestrichen oder angepasst wird, falls damit die Bestimmung aus dem FINMA-RS 2016/03 ORSA auf AVO Stufe gehoben werden soll, wonach das ORSA den Vorgaben und Anforderungen des internen Kontrollsystems unterliegt.⁵³

c) *Dokumentation (Art. 97 E-AVO)*

Versicherungsunternehmen haben ihr Risikomanagement zu dokumentieren und die Dokumentation aktuell zu halten. Die AVO listet die zu dokumentierenden Bereiche des Risikomanagements auf.⁵⁴

Die Revisionsvorschläge in Art. 97 E-AVO sind terminologischer Natur oder vervollständigen die bisherigen Beschreibungen. Hervorzuheben ist, dass die bisherige AVO Bestimmung den Begriff der Risikotoleranz im Sinne der Risikotragfähigkeit verwendete. In der Praxis wird die Risikotoleranz oft mit dem Risikoappetit gleichgestellt, obwohl es zwei unterschiedliche Definitionen sind. Die Risikotoleranz definiert das Maximum an Risiko, das ein Unternehmen tragen kann, oder begrifflich anders ausgedrückt, die Risikotragfähigkeit des Unternehmens. Mit dem Risikoappetit wird das akzeptierte unternehmerische Gesamtrisiko festgelegt. Zur besseren Abgrenzung wird neu festgehalten, dass die Risikodokumentation die Risikopolitik einschliesslich Risikotragfähigkeit und -appetit zu umfassen hat, was international geläufiger Terminologie entspricht.⁵⁵

⁵⁰ Art. 96a Abs. 1, 3-5 E-AVO; FINMA-RS 2016/03 ORSA, Rz. 17 ff., 34 ff. und 48.

⁵¹ Art. 96a Abs. 2 E-AVO; FINMA-RS 2016/03 ORSA, Rz. 15ff.

⁵² Art. 96a Abs. 1 Bst. d AVO.

⁵³ Stellungnahme des SVV zur E-AVO.

⁵⁴ Art. 97 Abs. 2 AVO; Art. 97 Abs. 2 Bst. a und c E-AVO.

⁵⁵ Art. 97 Abs. 2 Bst. c E-AVO; Erläuternder Bericht AVO 2022, 43.

d) *Operationelle Risiken (Art 98 E-AVO)*

Der Artikel zu den operationellen Risiken wird mit der Revision umfassend neu aufgesetzt. Er enthält heute mehrheitlich Bestimmungen zu den Aufsichtstätigkeiten der FINMA, welche aus systematischen Gründen gestrichen werden, da die FINMA dazu ein generelles Aufsichtsmandat besitzt.

Der neue Artikel hält grundsätzlich fest, dass Versicherungsunternehmen die operationellen Risiken identifizieren, beurteilen, überwachen, dokumentieren und evaluieren müssen. Dazu muss es die Daten zu Schäden aus operationellen Risiken sammeln und analysieren.

Neu wird auch festgehalten, dass adverse Szenarien analysiert und entsprechende Tests zur Ermittlung der Risikoexponierung durchzuführen sind. Operative Schutzmassnahmen sind zu implementieren. Dazu gehört ein Notfallkonzept mit wirksamen Strategien und Massnahmen zur Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebes inklusive geeigneter Kommunikationswege (Business Continuity Management).⁵⁶

Die Industrie hat in ihrer Stellungnahme zur Vernehmlassung angeregt, dass der neu vorgeschlagene Absatz zu den adversen Szenarien und Tests offener formuliert wird, damit die Möglichkeit besser abgedeckt ist, andere geeignete Risikomanagement-Methoden durchzuführen, wo Szenarioanalysen oder Tests der risikomindernden Massnahmen nicht geeignet sind. Zudem hat die Industrie einen Formulierungsvorschlag unterbreitet, der die Vorgaben zum Business Continuity Management verständlicher macht.⁵⁷

e) *Liquiditätsanforderungen (Art. 98a E-AVO)*

Das Versicherungsunternehmen muss jederzeit über so viel Liquidität verfügen, dass es seinen Zahlungsverpflichtungen auch in Stresssituationen nachkommen kann. Dazu hat es in eigener Regie über adverse Szenarien und Stresstests zur Ermittlung der Liquiditätsposition sowie über ein Notfallkonzept zum Umgang mit Liquiditätsengpässen zu verfügen.⁵⁸

Die bestehenden Bestimmungen zum Liquiditäts-Risikomanagement sollen beibehalten und mit Bestimmungen aus dem FINMA-RS 2013/05 Liquidität Versicherer, welche regulierenden Inhalt haben, ergänzt werden, um auch hier ein Stufengerechtigkeit zu erreichen. Dies umfasst, dass eine jährliche Liquiditätsplanung zu erstellen ist, wobei die bisherigen expliziten Anforderungen zu

⁵⁶ EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 43.

⁵⁷ Stellungnahme des SVV zur E-AVO.

⁵⁸ Art. 98a Abs. 1 AVO; FINMA-RS 2013/05 Liquidität - Versicherer.

den Szenarien, Stresstests und Liquiditätsabflüssen aus ausserbilanziellen Geschäftsvorgängen neu auf AVO Stufe als Anforderungen im Rahmen der Liquiditätsplanung definiert werden. Weiter wird auf Stufe AVO die Berichterstattung an die FINMA aufgenommen, die bislang einzig auf Stufe Rundschreiben festgeschrieben war.⁵⁹

f) Konzernaufsicht (Art. 67 und Art. 75 revVAG)

Gemäss Art. 67 und 75 VAG gilt der Art. 22 VAG aus der Einzelaufsicht für das Risikomanagement des Versicherungskonzerns sinngemäss. Mit der Revision wird nun diese sinngemässe Anwendung aufgegeben und die Anforderung an das Risikomanagement werden mit dem gleichen Wortlaut wie in der Einzelaufsicht für Versicherungsgruppen kodifiziert. Der Versicherungskonzern muss so organisiert sein, dass er insbesondere alle wesentlichen Risiken erfassen, begrenzen und überwachen kann.⁶⁰

Die Regelung entspricht den Bestimmungen für Bankengruppen und soll damit zu einer Harmonisierung der Finanzmarktaufsicht in einem Gebiet führen, in welchem eine solche Angleichung auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Geschäftsmodelle von Versicherungen und Banken sinnvoll erscheint.⁶¹

Das Risikomanagement der Versicherungskonzerne ist dabei wie bereits unter heutiger Aufsichtspraxis umfassend zu verstehen und betrifft grundsätzlich alle Aspekte, die auch in der Einzelaufsicht für das Risikomanagement massgebend sind. Zu erwähnen sind insbesondere das Risikomanagement gemäss Artikel 22 VAG und die ausführenden Bestimmungen in der AVO, die interne Überwachung der Geschäftstätigkeit gemäss Artikel 27 VAG inklusive der Kontrollfunktionen und des Aktuariats. In den ICPs and ComFrame wird das qualitative Risikomanagement gleichermassen umfassend auf Gruppenstufe gefordert.⁶²

⁵⁹ EFD, Erläuternder Bericht AVO 2022, 44.

⁶⁰ Art. 67 Abs. 2 und Art. 75 Abs. 3 revVAG; Botschaft VAG 2020, 9037.

⁶¹ Art. 3 f. BankG.

⁶² Botschaft VAG 2020, 9037.

g) *Aktuarsfunktion auf Konzernstufe (Art. 195 E-AVO)*

Die Botschaft zum revVAG führt aus, dass das Risikomanagement auch die aktuarielle Funktion auf Konzernstufe umfasst.⁶³ Entsprechend soll auf AVO Stufe neu die Bestimmung eingeführt werden, dass Versicherungskonzerne eine Aktuarsfunktion mit gruppenweiter Verantwortung und Aufgaben zu unterhalten haben.⁶⁴

Im internationalen Kontext wird die Aktuarsfunktion auf Konzernstufe bereits gefordert⁶⁵ und bei Versicherungskonzernen in der Praxis auch umgesetzt.

Literaturverzeichnis:

Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz in: Hsu/Stupp (Hrsg.), 1. A., Basel 2013 (zit. BSK VAG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Mächler Monica, Versicherungsaufsicht, Resilienz und Zukunftsfähigkeit, Schulthess Verlag, Zürich 2021 (zit. Mächler).

⁶³ Botschaft VAG 2020, 9037 ff.

⁶⁴ Art. 195 Abs. 3 E-AVO

⁶⁵ IAIS ICPs and ComFrame, Ziff. 8.6.a.

Paneldiskussion „VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?“ – Grundzüge des neuen Rechts

Rolf H. Weber*

Der nachfolgende Bericht über die Paneldiskussion stellt nicht eine wörtliche Wiedergabe des Meinungsaustausches dar, sondern bezweckt die Darstellung der wesentlichen Überlegungen zu einzelnen ausgewählten Themen.

Weber: Die Tagung läuft unter dem Titel „Revolution oder Evolution?“. Ich habe die Reihenfolge bewusst jetzt gekehrt. Nach dem ersten Referat von Frau Mächler, die von graduellen Schritten gesprochen hat, wurde ja bereits ein Aspekt diagnostiziert, der möglicherweise etwas mehr als nur Evolution ist, nämlich die risikobezogene Einschätzung der Schutzbedürftigkeit der Kunden. Ich würde eigentlich gerne von den Panelstimmen ganz kurz in einer Minute hören, ob es weitere Elemente gibt im Kontext dieser Revision, die man vielleicht als ein wenig revolutionär bezeichnen könnte.

Klauer: Ich würde die Liberalisierung des versicherungsnahen Geschäfts als – zumindest gut schweizerisch – revolutionär bezeichnen. Dies insbesondere, wenn wir die zuvor geäußerte Idee aufnehmen, wonach die in der E-AVO geforderte umfangmässige enge Begrenzung des versicherungsnahen Geschäfts aufgrund mangelnder Rechtsgrundlage im revVAG wegfallen muss. Bei dieser Interpretation würde ich sagen, das ist eine mutige Neuregelung.

Weber: Dann haben wir schon einen zweiten Punkt, das funktional verstandene versicherungsfremde Geschäft. Sieht auch die *Zurich* Versicherung leicht revolutionäre Ansätze?

Hirsbrunner: Ja, vielleicht der Umstand, wie man eine gewisse Stufengerechtigkeit geschaffen hat. Man könnte als revolutionären Ansatz sehen, dass von unten nach oben reguliert worden ist. Wenn man z.B. die Unabhängigkeit des Verwaltungsrats nimmt, so wurde diese zuerst auf Rundschreiben-Stufe festgehalten und ist jetzt in der E-AVO verankert. Man könnte sich fragen, ob diese Regelung nicht in das revVAG gehörte, aber vielleicht ist es eine Evolution der Praxis, die Zeit braucht.

* Mitwirkende: Monica Mächler, Birgit Rutishauser Hernandez Ortega, Irene Klauer, Katja Roth Pellanda, Olivier Hirsbrunner.

Weber: Dieses Stichwort der stufenbezogenen Regulierung geht bewusst am Ende an die Regulatorin: Haben Sie den Eindruck, dass Sie etwas leicht Revolutionäres geschaffen haben mit dieser Vorlage?

Rutishauser: Die FINMA ist nicht der Regulator, sie hat weder das VAG noch die AVO geschaffen, der Regulator ist das Parlament und für die AVO ist der Bundesrat zuständig; die FINMA hat wie auch die Industrie ihr fachliches Know-how und ihre Meinung, was man anpassen müsste, in die beiden Gesetzesgefässe eingebracht. So betrachtet, was wurde vom Parlament, von der Politik als revolutionäres Element neben den schon genannten Punkten aufgenommen? Vielleicht könnte man die Aufsicht über die Versicherungsvermittler nennen, die wirklich neu ist, darin ist wohl ein schweizerisch abgemildertes revolutionäres Element zu sehen.

Weber: Nun möchte ich zu einem ersten Themenblock kommen, der im Referat von Frau Klauer schon angesprochen worden ist und den wir vielleicht noch etwas vertiefen können. Fragen ergeben sich etwa mit Bezug auf die geplante massgeschneiderte Entlastung kleinerer Versicherungsunternehmen: Ist die neue Regulierung geglückt? Ist es denkbar, dass der Trend der letzten Jahre, wonach sich Captives aus der Schweiz zurückziehen bzw. die entsprechenden Gesellschaften liquidiert werden, sich umkehren lässt? Oder Frage: Ist die versicherungsrechtliche Innovationsförderung vergleichbar mit der Sandbox-Regulierung im Bankenbereich und geschieht vielleicht etwas Ähnliches wie im Bankenbereich, dass die Rahmenbedingungen so eng sind, dass fast niemand mehr sie beanspruchen möchte?

Mächler: Ich finde es zunächst einmal wirklich bemerkenswert, dass die Orientierung an der Schutzbedürftigkeit des Kunden ihren Eingang in das Gesetz gefunden hat, nämlich in den Zweckartikel der Versicherungsaufsicht, und dass dieses Thema im Hinblick auf einen erhöhten Schutz, aber auch im Hinblick auf einen geringeren Schutz betrachtet wird. Man kann dann immer noch über die einzelnen Massnahmen diskutieren, aber diese Öffnung auf beide Seiten erscheint mir als ein sehr wertvoller und auch zukunftsweisender sowie leicht revolutionärer Ansatz. Ob die Befreiungsvorschriften für die ganz kleinen Startups wirklich die Innovation zu fördern vermögen, ist wahrscheinlich eine Frage, die uns alle beschäftigt, und die durch die Praxis beantwortet werden wird; 5000 Policen oder CHF 5 Millionen Prämienvolumina sind Schwellenwerte, die im Versicherungsbereich sehr schnell erreicht werden müssten, denn das Versicherungsgeschäft lebt davon, dass die Bestände eine gewisse Grösse haben, um eben auch einen Vergleich oder einen Ausgleich im Kollektiv zu erlangen. Dies dann als Sandbox zu porträtieren, mag wahrscheinlich etwas schwierig sein. Die massgeschneiderten Ansätze für die kleineren Versiche-

rungsunternehmen könnten vielleicht eine gewisse Attraktivität haben, denn es gibt, wir wissen das alle, in der Schweiz eine grosse Zahl von ganz kleinen Versicherungsunternehmen, die eine sehr solide Geschäftsführung haben, und da könnten die Erleichterungsmöglichkeiten einen gewissen Anwendungsbereich haben, sofern denn auch wirklich eine effektive Entlastung von aufsichtsrechtlichen Verpflichtungen, z.B. in der Berichterstattung, vorgenommen wird. Die Differenzierung nach der Grösse ist ein Fortschritt im gedanklichen Ansatz, der in der Versicherungsregulierung nun vorgenommen wird.

Rutishauser: Ich glaube, die Sandbox bei den Banken fungierte als Grundlage, als man diesen Innovationsartikel im Versicherungsbereich entwickelt hat. Der Vorteil bei der Formulierung der Sandbox bei den Banken war, dass dieser auf bereits bestehenden innovativen Geschäftsmodellen aufbauen konnte. Im Versicherungsbereich fehlte bei der Formulierung des Innovationsartikels wie auch noch heute ein ähnlich neuartiges Geschäftsmodell. Daher versuchte man, einen Artikel im Gesetz aufzunehmen, über den sich mögliche Innovationen abbilden lassen. Ob das gelungen ist, wird sich erst zeigen, wenn neuartige Ideen auftauchen.

Klauer: Was wir als Innovation empfinden, findet häufig an der Kundenschnittstelle statt. Dafür ist es nicht nötig, den Versicherungsbetrieb an sich oder die Versicherungsprodukte besonders innovativ zu gestalten. Wir empfinden es schon als innovativ, wenn die Schadenaufnahme nach einem Unfall einfach und elektronisch abläuft oder wenn ich den Schaden fotografieren kann und dann umgehend über E-Mail, SMS oder WhatsApp meine Kostengutsprache und einen Termin bei der Reparaturgarage bekomme. Das revolutioniert das dahinterliegende Versicherungsbusiness nicht, aber es vereinfacht den Prozess für den Kunden. Dasselbe gilt für die digitalen Antragsstrecken, die immer einfacher werden. Für die Aufsichtsbefreiung und die dafür definierten Schwellenwerte muss man einfach den Mut haben, sie zu ändern, wenn man nach zwei bis drei Jahren sieht, dass sie zu klein sind oder aus einem anderen Grund nicht funktionieren.

Mächler: Versicherungsunternehmen denken heute auch alle intensiv darüber nach, ob denn eigentlich nur Versicherungsdienstleistungen im engeren Sinne Gegenstand ihrer Bemühungen sind oder ob diese sich auch mit anderen Dienstleistungen kombinieren lassen. Diese Services-Orientierung, die ist ein ganz zentrales Element und wird wahrscheinlich in jedem Hause in einer gewissen Art diskutiert. Da kommt die neue Formulierung des Geschäfts neben dem Versicherungsgeschäft zum Tragen. Die in der E-AVO vorgeschlagene

stärkere Ausrichtung auf „funktional“ statt „unmittelbar“ müsste ggf. nochmals überdacht werden; die Orientierung auf die Erbringung von Dienstleistungen ist aber sicher eine Entwicklung, die sich abzeichnet.

Weber: Gerne würde ich nun einen anderen Themenbereich noch ansprechen, nämlich Corporate Governance und Risikomanagement. Reflektieren die im revVAG verabschiedeten bzw. in der E-AVO vorgesehenen Bestimmungen die internationalen Entwicklungen, die einen grenzüberschreitend tätigen Konzern wie die *Zurich* betreffen? Können Sie etwaige Probleme bei der Äquivalenzprüfung voraussehen oder scheint dieser Aspekt nicht relevant zu sein, weil die schweizerische Ausgestaltung sehr nahe an den internationalen Vorgaben ist?

Hirsbrunner: Ich denke schon, die Ausgestaltung ist nahe genug daran, dass Gleichwertigkeit gegeben ist. Die Gleichwertigkeit ist ja schon heute gegeben, und es war gerade ein Ziel der Revision, diese im Einklang mit internationalen Standards und in Anerkennung der Äquivalenz mit der EU auszugestalten. Ein Punkt, der im Risikomanagement diskutiert wurde, ist die Risikokultur. Da wurde stark argumentiert, dass diese in die AVO aufzunehmen sei, und zwar bewusst auch im Hinblick auf zukünftige internationale Länder Assessments.

Roth Pellanda: Ich kann mich dem nur anschliessen, aber ich hätte noch ganz gerne etwas zum vorhergehenden Punkt gesagt. Ich finde die Diskussion sehr interessant, eben auch aus der Sichtweise eines grossen Unternehmens. Ist die Grösse, wie z.B. die der *Zurich*, vorteilhaft für Innovationen oder hindert sie Innovationen, und weshalb besteht landläufig die Ansicht, dass ein Startup innovativer ist als grössere Unternehmen? Ich finde, dahinter steckt eigentlich auch noch ein wenig eine philosophische Frage, oder eine grössere Frage. Wo können Innovation und neue Ideen am schnellsten generiert werden?

Mächler: Die Diskussion um Insurtechs, die vielleicht vor sechs/sieben Jahren einen grösseren Raum eingenommen hat als heute, hat sich in eine etwas andere Dimension verschoben: Es gibt Insurtechs, die selbstständig gegründet werden, aber oftmals wird im Verlaufe der Entwicklung, auch von den Insurtechs selbst, eine Integration oder Anlehnung an einen bestehenden Versicherer gesucht. Die klare Trennung zwischen dem kleinen, innovationsfreudigen Startup und dem grossen Unternehmen, das sich wie ein Dinosaurier durch die Welt bewegt, ist damit längst überholt. Es gibt die verschiedensten Innovationsgefässe in der Versicherungsbranche.

Weber: Ein weiterer wichtiger Punkt betrifft die „Schutzbedürftigkeit“ der Kunden bzw. die „Umsetzung“ dieses neuen Konzepts in der Praxis. Im Bankaufsichtsrecht (FIDLEG) muss man ja differenzieren zwischen der Angemes-

senheitsprüfung für die einen Kunden und der Eignungsprüfung für die anderen Kunden. Im revVAG hat man den Eindruck, es sei eine Angemessenheitsprüfung vorgesehen, doch Frau Klauer hat ausgeführt, dass wenn man die E-AVO anschaut, es in Tat und Wahrheit eine Eignungsprüfung sei. Wird im Versicherungsrecht jetzt nicht mehr getrennt und ist es möglich, dass die E-AVO die Kriterien der Angemessenheit auf die Eignung ausweitet?

Rutishauser: Ich denke, man hat versucht, die Bestimmungen aus dem FINIG/FIDLEG entsprechend in das revVAG und dann auch in die E-AVO zu bringen und die Inputs aus der Industrie aufzunehmen, die auch immer wieder betont hat, dass Versicherungen nicht gleich Banken sind und eine Lebensversicherungspolice nicht einer Finanzanlage oder einem Anlagefonds bei einer Bank entspricht. Was wir heute haben, ist der Versuch, die Bestimmungen aus dem FINIG/FIDLEG an die Lebensversicherungsunternehmen anzupassen, oder an die Risiken, die dann der Kunde hat, wenn er eine Lebensversicherungspolice abschliesst. Schon als man die Versicherungen nicht dem FINIG/FIDLEG unterstellte, hatte man offenbar im Hinterkopf, dass die Bestimmungen nicht deckungsgleich im revVAG übernommen werden sollten.

Weber: Ich würde jetzt gerne die Diskussion öffnen, um die Vormittagsthemen zu besprechen.

Peter Hsu aus Publikum: Eine Bemerkung zur Unterscheidung von Angemessenheits- und Eignungsprüfung: Hier muss man differenzieren zwischen den Produkten der Lebensversicherung und der Beratung, z.B. in der Vermittlungstätigkeit. Ähnlich wie bei den Banken liegt bei „*Execution only*“ eine limitierte Tätigkeit vor, während in Bezug auf die Vermögensverwaltung auch die Eignung geprüft werden muss.

Klauer: Ich habe Verständnis dafür, dass das Thema der Eignung eine Rolle spielt: Man sollte nicht einem 70-Jährigen eine 30-jährige Lebensversicherungspolice verkaufen; da muss man schon schauen. Es ist einfach passiert, dass das Wort Eignung im revVAG nicht drin steht, und in der E-AVO kommen solche Themen nun hin; wir Juristen sind gut genug ausgebildet, um Brücken zu bilden und um Situationen zu interpretieren.

Frage aus Publikum: Sie haben Insurtechs angesprochen, diese Welle ist wieder etwas verebbt. Kann man jetzt sagen, dass die Gefahr, dass die Googles dieser Welt Versicherer werden, gebannt ist?

Mächler: Das ist eine Frage, die man mit grossem Interesse beobachtet. Was wird mit diesen Tech-Giganten passieren, werden sie wirklich in die Versicherungstätigkeit einsteigen? In der jüngeren Vergangenheit hat sich gezeigt, dass Tech-Giganten davor zurückschrecken, eine derart intensiv regulierte Tätig-

keit aufzunehmen, angesichts insbesondere der Kapitalien, die dann gebunden werden, wenn sie als Versicherungsunternehmen auftreten. Dies bedeutet nicht, dass in der Zukunft entsprechende Entwicklungen auszuschliessen sind. Ich höre immer wieder Hinweise, dass die Googles dieser Welt jetzt auch Versicherungsspezialisten einstellen; was das genau bedeutet, werden wir mit der Zeit sehen. Wenn ich vielleicht noch etwas sagen darf zum vorhergehenden Thema: Diese Stufengerechtigkeit der Gesetzgebung und auch das Verhältnis von Gesetz und Verordnung, das ist vielleicht schon ein Juristenhobby, und ich nehme an, dass die Ökonomen/innen unter Ihnen, auch Frau Rutishauser, das wahrscheinlich mit einem leichten Schmunzeln konstatieren. Dennoch möchte ich darauf hinweisen, dass diese Konsistenz, was auf welcher Stufe geregelt wird, bzw. die Konsistenz von Gesetz und Verordnung für die Praxis ausserordentlich wichtig und hilfreich ist. Es erspart viele Diskussionen und es erspart Friktionen in Verfahren, etc. So wäre es auch vorstellbar, dass die Grundlage der Organisationspflichten von Versicherungsunternehmen im Gesetz in einem Satz – ähnlich wie Art. 22 revVAG für das Risikomanagement – geregelt würden. Es wird zu beobachten sein, ob der Gesetzgeber bei einschneidenden Ereignissen diesbezüglich neu reguliert oder ob gewisse Grenzen durch die Gerichtspraxis gezogen werden.

Stefan Bonda aus Publikum: Ich habe eine Frage zur Entlastung für kleine Versicherungsunternehmen. Der juristische Aufwand für Dokumentationen, Weisungen, Reportingpflichten ist hoch; nicht zu unterschätzen ist auch der Aufwand, der beim aktuariellen Reporting zum SST anfällt, das sind enorme Kosten. Bei kleinen Versicherungsgesellschaften lässt sich sagen, dass kein neues Produkt, keine Erweiterung im Portfolio ohne aktuariellen Input gemacht wird, weil Veränderungen immer auch Auswirkungen auf den SST haben. Gibt es Überlegungen, den aktuariellen Aufwand zu reduzieren und somit auch die Kosten für die Versicherungsgesellschaft zu senken?

Rutishauser: Sie fragen mich nach dem aktuariellen Aufwand für ein Versicherungsunternehmen. Wir sind hier im Bereich der kleinen Versicherungsunternehmen (bzw. des Kleinversichererregimes). Dort gibt es, wie aufgezeigt, zwei Schwellenwerte, ein gebundenes Vermögen und den SST. Damit ich weiss, ob mein SST über 250 ist, muss ich rechnen; inwieweit da Erleichterungen möglich sind, ist wohl schwierig festzulegen. Des Weiteren muss ich sagen, dass ein Versicherungsunternehmen genau dann funktioniert, wenn die Reserven stimmen. Das ist genau der Job eines Aktuars, und aus den Reserven leiten sich nachher neben den operativen Kosten die Prämien ab; deshalb wäre es unverantwortlich, gerade bei diesen Aktivitäten, die eigentlich zentral für das Bestehen eines Versicherungsunternehmens sind, Erleichterungen zu gewähren. Wo ich weniger Probleme sehe, ist bei gewissen Anforderungen zu Public

Disclosure oder auch bei den IKS oder den Corporate Governance Reportings, aber die aktuarielle Funktion bleibt eine zentrale Funktion, und darum sehe ich da nicht viele Möglichkeiten für Erleichterungen. Generell sind wir bei der FINMA daran zu überlegen, wie eine Entlastung in diesem Bereich der kleinen Versicherungen aussehen könnte, damit das Unternehmen wirklich spürt: „ich habe tiefere Kosten, ich muss weniger rapportieren“. Gleichzeitig dürfen die Erleichterungen im Reporting aber nicht dazu führen, dass die FINMA plötzlich nicht mehr merkt, wenn das Unternehmen die finanziellen Anforderungen gar nicht mehr erfüllt. Wir sind daher daran auszuloten, wie diese Erleichterungen ausgestaltet sein können, ohne dass die FINMA Gefahr läuft, plötzlich von einem finanziellen Erdbeben überrascht zu werden. Bei den kleinen Versicherungen braucht es wenig, um in den Zustand der Instabilität zu geraten.

Rochus Gassmann aus Publikum: Ich habe eine Frage im Zusammenhang mit der Innovation. Ich glaube eigentlich, dass die Innovation im Versicherungsbereich wahrscheinlich ihren Erfolg im Bereich der Daten hat. Wenn ich Daten anschau, Technologie und Services, wenn ich das alles zusammennehme, dann wird es dazu führen, dass ich das Risiko immer mehr durchleuchten und tarifieren und das Risiko bei Gross- und Einzelkunden immer individueller einschätzen kann. Diese Entwicklung führt doch eigentlich zu einer Entsolidarisierung bis zu einem gewissen Mass, indem ich, wie bei der individualisierten Medizin, zur individualisierten Versicherung komme für den Kunden, deckungsmässig und auch risiko-, assessment- und tarifmässig. Das müsste sich ja dann auswirken auf Kapitalisierung, Vertrieb, Underwriting. Ist dies ein neuer Trend oder sieht man das nicht so?

Rutishauser: Man sieht, dass es Bestrebungen gibt, zu einem viel stärker datenbasierten Underwriting zu kommen – differenziertes Pricing nennt sich das. Schaut man sich das Pricing in der Motorfahrzeugversicherung in der Schweiz an, stellt man fest, dass das dort grundsätzlich bereits seit Jahren stattfindet, und zwar mit traditionellen Methoden. Andererseits sieht man aber auch, dass die Versicherungen zwar sehr viele Daten haben; diese aber unstrukturiert sind und sich die Arbeit, die Daten zuerst zu strukturieren, sehr aufwändig gestaltet. Das Strukturieren der Daten und die Datenanalyse kann man auch outsourcen, das ist das eine; und das andere ist die Anwendung von künstlicher Intelligenz auf diese Daten. Um ein wirklich datenbasiertes Pricing basierend auf Methoden der künstlichen Intelligenz zu machen, sind die Schweizer Daten in vielen Bereichen zudem nicht ausreichend, wir sind schlicht und einfach zu wenig Einwohner. Das heisst, man muss Daten einkaufen, z.B. aus Deutschland, und dann braucht es wieder eine Bereinigung dieser

Daten. Der Trend geht schon in diese Richtung, aber es ist nach wie vor ziemlich aufwändig für die Unternehmen, v.a. auch die Datenbereinigung, um die Modelle darüber laufen zu lassen.

Mächler: Der theoretische Aspekt hier betrifft die Frage, ob das Versicherungskonzept ausgehebelt wird. Ich habe mir diese Frage schon oft überlegt, und ich denke, es bleiben auch mit einer zunehmend vertiefteren Analyse der Daten noch erhebliche Unsicherheitsmomente bei der Beurteilung bestehen. So stellt der Zeitpunkt des Eintritts des einzelnen Schadens einen wesentlichen Unsicherheitsfaktor dar. Dann gibt es sehr viele Risiken mit mannigfaltigen Interaktionen. Denken Sie insbesondere an die grösseren Risiken, bei denen vermutlich die Datenmenge nie so gross sein wird, damit man hier eine flächendeckende Auswertung machen kann. Insofern ist mein Zwischenfazit, dass noch sehr viel Raum bleibt für das Versicherungsgeschäft, eben orientiert an diesen Unsicherheitsfaktoren. Die Versicherungen haben sich zudem mit neuen Risiken zu befassen. Da bestehen noch wenige Datengrundlagen. Daher besteht sicherlich noch sehr viel mehr Raum für Versicherungslösungen, als man gelegentlich in dieser Diskussion um Datenevaluation, insbesondere im Massengeschäft, annimmt.

Weber: Wenn ich ganz kurz meine Moderatorenrolle verlassen darf und eine inhaltliche Aussage anfüge. Die Wissenschaft beschäftigt sich schon recht intensiv mit Ihrer Frage, und da wird auch über Modelle theoretischer Natur nachgedacht, wie man einer völligen Entsolidarisierung entgegenwirken könnte. Gibt es noch eine letzte Frage?

Frage aus Publikum: Was mich noch interessieren würde, wie wäre die Rechtslage bei den Maklern? Ich arbeite bei AAG in der Schweiz. Wir haben v.a. grosses Industriekundengeschäft. In der Praxis ist es so, dass ein substantieller Anteil dieser Programme direkt aus London gemanagt und von den grossen Brokerhäusern vermittelt wird. Was heisst das jetzt konkret für diese Players, wenn grundsätzlich neu eine stärkere Regulierung in der Schweiz verlangt werden wird, z.B. mit Bezug auf das Thema Wohnsitzbescheinigung. Irgendwo steht wohl, dass der Bundesrat gewisse Ausnahmen vorsehen kann; es kann ja auch nicht sein, dass irgendjemand in der Schweiz auf dem Papier das Programm betreut, aber materiell wird eigentlich alles in London gemacht. Am Schluss geht es darum, wer die Courtagage kassiert, das steht letztlich im Zentrum, und in London möchte man das natürlich in London behalten.

Rutishauser: Ja, das ist richtig. Der Wohnsitz muss in der Schweiz sein, der Bundesrat kann Ausnahmen gewähren. Die Frage ist auch, was die FINMA noch genauer definieren kann; z.B. im Rückversicherungsgeschäft, in dem es eigentlich üblich ist, dass der Broker irgendwo anders als in der Schweiz sitzt und

das Geschäft vermittelt, d.h. ob man hier eben die entsprechenden Ausnahmen gewähren kann, um nicht allzu stark ins Vermittlergeschäft, insbesondere im Industrie- und im Rückversicherungsbereich, einzugreifen. Aber auch dafür müssen wir zuerst die finale AVO abwarten, die eben jetzt immer noch ein Moving Target ist.

Weber: Besten Dank an die Panelistinnen und Panelisten sowie an die Teilnehmenden für die spannende Diskussion.

Capital Resources (Kapitalausstattung)

Petra Ginter/Daniel Bell

Table of contents

I.	Introduction	86
1.	Are the amendments to the capital resources (Kapitalausstattung) provisions as suggested with the revision of the Swiss Insurance Supervision Act (VAG) and the draft of the implementing Swiss Insurance Supervision Ordinance (AVO) an evolution or a revolution?	86
2.	But why do we need these concepts of “risk-absorbing capital instruments” and “bail-in”? Why can’t insurers and reinsurers fail and be liquidated like any other company in Switzerland?	87
II.	Core Capital (Kernkapital)	87
1.	What are the key components of the new concepts of “Core Capital”, “SST Net Assets” and “Tier 1 risk-absorbing capital instruments”?	87
a)	Recap of the key SST principles	87
b)	New Core Capital definition	88
c)	SST Net Assets definition uses new terminology	89
d)	New concept of eligibility of Tier 1 Instruments as Core Capital	90
e)	Supplementary Capital (ergänzendes Kapital) becomes Tier 2 Capital	90
2.	How does the new Swiss (re)insurance capital structure compare with the Solvency II capital structure?	91
a)	Tiering and limits	91
b)	Tier 1 Instruments	92
3.	What does this mean in practice? Are we going to see a wave of Tier 1 Instrument issuances from Swiss (re)insurers as was the case for Swiss banks?	93
III.	Creditor Hierarchy	94
1.	There appears to be a change in the creditor hierarchy where senior debt will effectively become subordinated to all (re)insurance claims. Can you explain that further?	94
2.	How does this new creditor hierarchy compare with the position in other jurisdictions, in particular within the European Union?	95
3.	What does this mean from a market perspective? Will senior debt become more expensive? What about subordinated debt?	95
IV.	Bail-in	96
1.	Bail-in is a concept seen in banking regulations and it is now being introduced for Swiss (re)insurers. Could you please explain when and how it applies and how it compares with Swiss banking regulations?	96
2.	Is there something similar in Europe or is Switzerland an outlier?	98

3.	Will bail-in impact demand for and/or pricing of debt issued by Swiss (re)insurers?	98
V.	Transition	99
1.	What is the fate of existing instruments that don't meet the new requirements regarding bail-in? Is there a transition framework and are there any exceptions to it?	99
2.	What do you see as the market implications of the transition framework and this unusual relationship between old and new instruments?	100
VI.	Other important changes	100
1.	Are there any other changes to highlight such as amendments to the Swiss Code of Obligations?	100
2.	Do you see any market impact arising from this?	101
VII.	Conclusion	102
1.	Coming back to the opening question. Is there anything you want to point out specifically on the capital resources which have at least some revolutionary elements?	102
	Bibliography	102

I. Introduction

- i. **Are the amendments to the capital resources (*Kapitalausstattung*) provisions as suggested with the revision of the Swiss Insurance Supervision Act (VAG)¹ and the draft of the implementing Swiss Insurance Supervision Ordinance (AVO)² an evolution or a revolution?**

The Swiss Solvency Test (SST) (*Schweizer Solvenztest*) was one of the first economic risk-based solvency standards to be applied to insurance and reinsurance companies in Europe. Its adoption in 2006 should be seen as somewhat revolutionary.

¹ Federal Act on the Supervision of Private Insurance Companies (*Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen*) dated 17 December 2004 (SR 961.01). The amendments were approved by the Federal Parliament on 18 March 2022 and are published in BBl 2022, 704. When referring to the revised VAG, the abbreviation “rev VAG” is used.

² Federal Ordinance on the Supervision of Private Insurance Companies (*Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen*) dated 9 November 2009 (SR 961.011). The draft for a partial revision is published under Bundesrat, Privatversicherungen: EFD eröffnet Vernehmlassung zur Änderung der Aufsichtsverordnung, 17 May 2022, can be downloaded under <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-88844.html>>. When referring to the revised AVO, the abbreviation “E-AVO” is used.

Many of the concepts in the rev VAG and E-AVO relating to capital resources – such as risk-absorbing capital instruments (*risikoabsorbierende Kapitalinstrumente*) and bail-in (*Wandlung von Fremd- in Eigenkapital und Forderungsreduktion*) – have their origins in international banking and European insurance regulation and so, in our view, are rather evolutionary.

2. **But why do we need these concepts of “risk-absorbing capital instruments” and “bail-in”? Why can’t insurers and reinsurers fail and be liquidated like any other company in Switzerland?**

The short answer is to avoid disruptions to the financial system. While it is open to debate, some see (re)insurers as so important to the financial system that their failure might lead to a financial crisis or at least significant disruptions. Consequently, there needs to be special rules in place to ensure their continuity. These special rules are embodied in the regulatory capital regime of the VAG and the AVO which applies to (re)insurers and which modifies the statutory capital requirements that are applicable to all Swiss domiciled corporations according to the Swiss Code of Obligations (*Schweizerisches Obligationenrecht*) (CO)³.

On the following pages, we will discuss some of the key legal and technical changes in the rev VAG and E-AVO relating to the capital resources of Swiss (re)insurers, as well as the practical market implications of those changes. In line with our presentation at the seminar, we will continue with the Q&A format throughout this article.

II. Core Capital (*Kernkapital*)

1. **What are the key components of the new concepts of “Core Capital”, “SST Net Assets” and “Tier 1 risk-absorbing capital instruments”?**

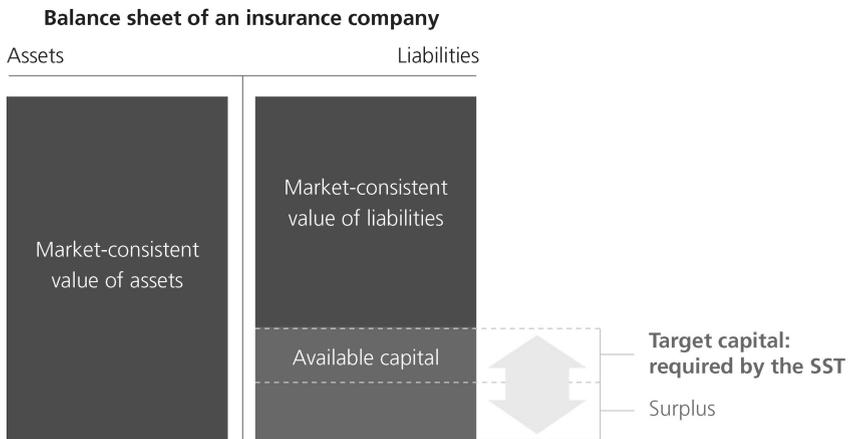
- a) *Recap of the key SST principles*

SST adopts a risk-based total balance sheet approach which quantifies, among others, the market, credit and underwriting risks to which the (re)insurer is exposed. (Re)insurance companies are required to provide a balance sheet with a market-consistent valuation of their assets and liabilities. Possible

³ Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) (*Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*) dated 30 March 1911 (OR, SR 220); in particular Art. 725 et seqq. CO.

changes to these balance sheet positions are modelled over a one-year period in order to arrive at the Target Capital (*Zielkapital*) or Required Capital (*gefordertes Kapital*) respectively.⁴

The solvency requirement is met if the available capital (Risk-Bearing Capital) (*risikotragendes Kapital*) exceeds the Target Capital. The extent to which the solvency requirement is met is expressed by way of the SST ratio, i.e. the ratio of the Risk-Bearing Capital to the Target Capital in any given year. The SST ratio should always be 100% or more.⁵



Source: <<https://www.finma.ch/en/-/media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/faktenblaetter/faktenblatt-schweizer-solvenztest-sst.pdf>>

b) *New Core Capital definition*

The Risk-Bearing Capital of a (re)insurance company is the sum of its Core Capital (*Kernkapital*) and Supplementary Capital (*ergänzendes Kapital*). This basic principle won't change with the revision.⁶

Under the current AVO, Core Capital consists of the SST Net Assets (SST-Nettoaktiven) plus the Market Value Margin (MVM) (*Mindestbetrag*), which is also included in the determination of the market-consistent value of

⁴ Further details can be downloaded under <<https://www.finma.ch/en/supervision/insurers/cross-sectoral-tools/swiss-solvency-test-sst/>>.

⁵ Further details can be downloaded under <<https://www.finma.ch/en/supervision/insurers/cross-sectoral-tools/swiss-solvency-test-sst/>>.

⁶ Art. 47 para. 1 AVO; Art. 32 para. 1 E-AVO.

liabilities.⁷ In simple, conceptual terms, the MVM is the minimum amount of Risk-Bearing Capital needed to run-off the existing portfolio of insurance liabilities.⁸

Under the E-AVO, Core Capital consists of the SST Net Assets⁹ (in respect of which there is no limit) plus Tier 1 risk-absorbing capital instruments (Tier 1 Instruments) (in respect of which there is a limit of eligibility equal to 20% of Core Capital)¹⁰. The MVM will no longer be added to the Core Capital (but is still considered in the determination of the market-consistent value of liabilities¹¹), which makes the calculation of the Core Capital simpler and more comparable with other solvency regimes.¹²

c) *SST Net Assets definition uses new terminology*

Under the current regime, SST Net Assets (which is not a defined term) are the result of the difference between the mark to market (*marktnah*) value of the assets and the mark to market value of the liabilities,¹³ to which, as mentioned, the MVM will be added to arrive at the Core Capital.¹⁴

Under the new regime, SST Net Assets are explicitly defined as the difference between the market-consistent (*marktkonform*) value of the assets and the market-consistent value of the liabilities (including the risk-absorbing capital instruments according to the new Art. 37 E-AVO), excluding own corporate taxes.¹⁵

While different terms are used for describing the valuation methodology to determine the value of the assets and liabilities shown in the SST balance sheet under the current and the new regime, no major deviations in the valuation of the (re)insurance undertaking's assets and liabilities are expected in practice.

⁷ Art. 48 para. 1 AVO; Art. 41 para. 3 and Annex 3 of the AVO.

⁸ Art. 41 para. 3 AVO.

⁹ Art. 32 para. 3 E-AVO.

¹⁰ Art. 32 para. 2 E-AVO; Art. 34 para. 5 E-AVO.

¹¹ Art. 30 para. 4 E-AVO.

¹² See 21 of the "Erläuternder Bericht des Eidg. Finanzdepartements EFD zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens – Änderung der Aufsichtsverordnung (Aufsicht, Solvenz, gebundenes Vermögen, Verhaltensregeln und Versicherungsvermittlung)" dated 17 May 2022 ("Erläuternder Bericht"), can be downloaded under <<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/71494.pdf>>.

¹³ Annex 3 to the AVO.

¹⁴ Art. 48 para. 1 AVO.

¹⁵ Art. 32 para. 3 E-AVO.

Under both regimes, Core Capital is calculated on the basis of a market value balance sheet which takes into account all economically relevant positions (total balance sheet approach).¹⁶

Deductions from the SST Net Assets, or the Core Capital respectively, are essentially the same under the current AVO and E-AVO (planned dividends, capital reductions, own shares, intangible assets, and some tax positions).¹⁷

d) New concept of eligibility of Tier 1 Instruments as Core Capital

The eligibility of Tier 1 Instruments as a separate category within Core Capital of the Risk-Bearing Capital of a (re)insurer is a new concept under the new regime largely following the Solvency II Directive. Under the current AVO, instruments with a write off or conversion trigger are not prohibited, however, in the absence of Tier 1 Capital Requirements and rules on the eligibility of such instruments as Risk-Bearing Capital, there is currently no regulatory benefit in issuing such instruments.¹⁸ Tier 1 Instruments differ from Tier 2 instruments (described further below) in that the former irrevocably specify in their contractual terms that they will be fully written off (with a possible future reinstatement under certain circumstances) or converted into equity upon breaching the contractually agreed triggers, which must be at least, upon falling below the threshold of 80% SST ratio, in case of an insolvency threat as well as upon withdrawal of the (re)insurance license.¹⁹

e) Supplementary Capital (ergänzendes Kapital) becomes Tier 2 Capital

Both, the current and draft regulation, allow a (re)insurance company to supplement its regulatory capital by adding so-called Supplementary Capital, which is called Tier 2 Capital under the E-AVO, to the Core Capital.²⁰ The Supplementary Capital (or Tier 2 Capital) consists of subordinated bonds and loans, which have certain prescribed features that provide the (re)insurance company with greater payment flexibility, i.e. the right and (in case of a Solvency Event e.g. the SST ratio falls below 100% or there is a threat of insolvency) the obligation to postpone the repayment of the instrument and payment of accrued interest.²¹ The important change under the new regime

¹⁶ Art. 48 para. 2 AVO; Art. 32 para. 3 E-AVO.

¹⁷ Art. 48 para. 1 AVO; Art. 32 para. 4 E-AVO; see also "Erläuternder Bericht", 21.

¹⁸ "Erläuternder Bericht", 25.

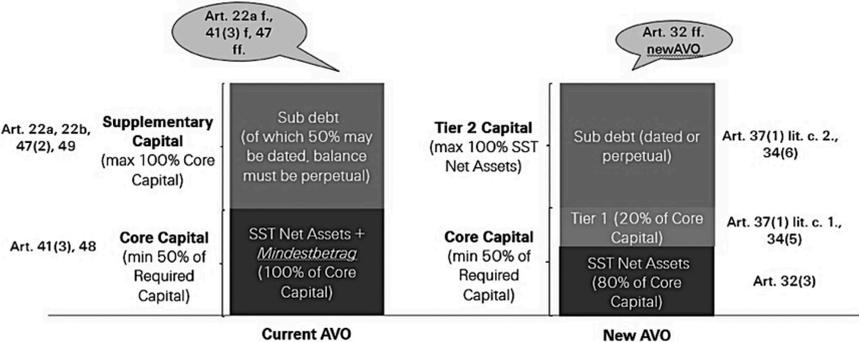
¹⁹ Art. 37 para. 1 lit. c ciph. 1 E-AVO; "Erläuternder Bericht", 25.

²⁰ Art. 47 para. 2 AVO; Art. 37 para. 1 lit. c ciph. 2 E-AVO.

²¹ Art. 22a para. 1 lit. d AVO; Art. 37 para. 1 lit. c ciph. 2 E-AVO.

is that the contract has to ensure that the requirements of the new Art. 51a para. 4 rev VAG are fulfilled, i.e. the Tier 2 Instrument won't be included in the assessment of over-indebtedness and thereby won't cause or expedite the over-indebtedness of the (re-)insurer (see below [VI.1.](#)).²²

Swiss (re)insurance capital stack – AVO current vs new



2. How does the new Swiss (re)insurance capital structure compare with the Solvency II capital structure?

The new Swiss regime will come closer, and consequently become more comparable, to the Solvency II Directive.²³

a) Tiering and limits

An important difference between the two regimes impacting the capital structure of Swiss and other European (re)insurance companies is that the limit on eligibility of Tier 2 Instruments under the Solvency II Directive is calculated based on the Target (or Required) Capital, i.e. up to 50% of the Target (or Required) Capital can be covered by Tier 2 Instruments,²⁴ whereas under both, the current AVO and the E-AVO, the limit on Tier 2 Instruments will be calculated based on, and eligible up to 100% of, the SST Net Assets.²⁵

²² Art. 37 para. 1 lit. c ciph. 2 E-AVO; for a more detailed analysis on the changes to the Supplementary Capital, see Appenzeller/Isler; "Erläuternder Bericht", 25 et seq.
²³ Directive (EC) 2009/138 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Directive (EC) 2009/138), OJ L 335 of 17 December 2009, 1.
²⁴ Art. 98 of Directive (EC) 2009/138.
²⁵ Art. 34 para. 6 E-AVO.

This different approach to the Tier 2 Instrument limit is important in a stress scenario because a stressed (re)insurer would likely be taking either one or both of the following actions: (i) reducing Target (or Required) Capital by de-risking the asset and/or liability portfolio and/or (ii) increasing Risk-Bearing Capital by issuing ordinary equity.

Reducing Target (or Required) Capital would not reduce the Tier 2 Instrument limit under the current AVO or E-AVO but it would reduce under the Solvency II Directive. This could lead to Tier 2 Instruments under Solvency II becoming ineligible resulting in a negative feedback loop, i.e. ineligibility of Tier 2 Instruments may require more de-risking which may lead to ineligibility of further Tier 2 Instruments. Increasing Risk-Bearing Capital by issuing ordinary equity would create more Tier 2 Instrument capacity under the current AVO and E-AVO enabling the (re)insurer to achieve a lower cost of capital by issuing more Tier 2 Instruments alongside the ordinary equity. However, increasing Risk-Bearing Capital under Solvency II would not increase Tier 2 Instrument capacity leaving Solvency II (re)insurers with a potentially higher cost of capital.

b) Tier 1 Instruments

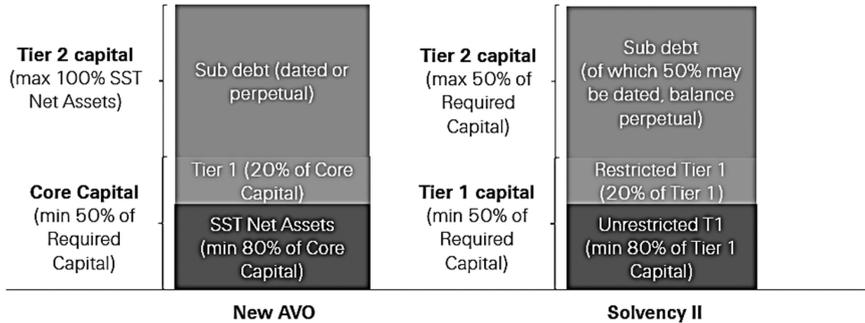
The required features of Tier 1 Instruments under the E-AVO are very similar to those required under the Solvency II Directive, with the most notable difference being the loss absorption trigger point.

Under both regimes, the Tier 1 Instrument loss absorption must be achieved through an automatic write down of the liability or conversion to ordinary shares, however under the Solvency II Directive, this must occur where the (re)insurer holds eligible capital that is less than (i) 75% of its Solvency Capital Requirement (SCR) (*Solvenzkapitalanforderung*), (ii) its Minimum Capital Requirement (MCR) (*Mindestkapitalanforderung*) or (iii) 100% of its SCR for more than 3 months,²⁶ whereas under the E-AVO, it must occur if the SST ratio falls below 80%.²⁷

²⁶ Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35 of 10 October 2014 supplementing Directive (EC) 2009/138 of the European Parliament and of the Council on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35), OJ L12 of 17 January 2015, 1 et seq., Art. 71 ciph. 8.

²⁷ Art. 37 para. 1 lit. c ciph. 1 E-AVO.

Swiss (re)insurance capital stack – new AVO vs Solvency II



3. What does this mean in practice? Are we going to see a wave of Tier 1 Instrument issuances from Swiss (re)insurers as was the case for Swiss banks?

From a corporate finance point of view, both banks and (re)insurers strive for the lowest cost of capital, and they can do this with Tier 1 or Tier 2 Instruments. However, in our view, it is unlikely that the E-AVO will lead to a wave of issuance of Tier 1 Instruments by (re)insurers like we saw with banks, principally because of a key difference between banking and insurance regulation.

This key difference is that banks have a Tier 1 Capital Requirement that can be met with shareholders equity and Tier 1 Instruments and so it makes sense to use Tier 1 Instruments to reduce their cost of Tier 1 Capital. Banks also have a Total Capital Requirement that can be met with Tier 1 and Tier 2 Instruments and so, again, it makes sense to use Tier 1 and Tier 2 Instruments to reduce their cost of Total Capital.

(Re)insurers, on the other hand, don't have a Tier 1 Capital Requirement but do have a Total Capital Requirement and so can use Tier 1 and Tier 2 Instruments to reduce their cost of Total Capital. However, because Tier 1 Instruments pose a higher risk to investors due to the going concern loss absorption trigger, they typically come at a higher cost than Tier 2 Instruments (the amount will vary depending on the market demand), so it makes more economic sense to issue as much Tier 2 Instruments as is permitted before considering Tier 1 Instruments.

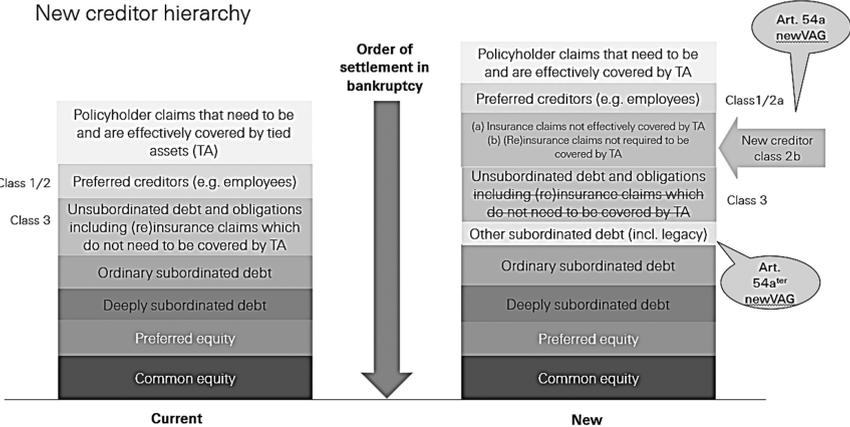
Where it may make sense to issue Tier 1 Instruments is if rating agencies attribute greater "equity credit" for Tier 1 Instruments than for Tier 2 Instruments. The rating agencies Moody's and Fitch already do so, and this has been

one of the main drivers for Solvency II Tier 1 Instrument issuances to date. If Standard & Poor's (S&P) were to do the same, then Tier 1 Instrument issuances from Swiss, as well as Solvency II, (re)insurers would likely rise.

III. Creditor Hierarchy

1. There appears to be a change in the creditor hierarchy where senior debt will effectively become subordinated to all (re)insurance claims. Can you explain that further?

The rev VAG will introduce a new creditor class (class "2b") which includes (a) insurance claims not effectively covered by tied assets although so required, and (b) (re)insurance claims that do not need to be covered by tied assets, and ranks it ahead of (and respective claims are settled prior to) other unsubordinated claims and obligations, such as senior funding.²⁸ Insurance claims which need to be covered by tied assets but are in fact not (fully) covered, rank ahead of (re)insurance claims for which no tied assets need to be set aside.²⁹



²⁸ Art. 54a para. 1 rev VAG.

²⁹ Art. 17 in conjunction with Art. 54a para. 1 rev VAG.

2. **How does this new creditor hierarchy compare with the position in other jurisdictions, in particular within the European Union?**

The Solvency II Directive requires that EU member states grant *insurance* claims a priority over other ordinary creditor claims against the insurance company in a bankruptcy. This can be done either in the form of an absolute priority over assets representing technical provisions (tied assets), or of a relative priority over the whole of the insurance company's assets. In the latter case, claims on salaries, social security, taxes and assets subject to rights in rem retain priority over insurance claims.³⁰

However, *reinsurance* claims are not clearly covered within the definition of "insurance claims" giving Member States the flexibility to not give reinsurance claims a similar priority over ordinary creditor claims.³¹ The rev VAG goes further in the protection of reinsurance policyholders by mandatorily providing reinsurance claims with a priority over senior debt.

3. **What does this mean from a market perspective? Will senior debt become more expensive? What about subordinated debt?**

We think this is an important change that may lead to a higher cost of senior debt if the rating agencies view it as increasing the non-payment risk (given that all (re)insurance claims rank in any case ahead of senior debt). The magnitude of the increase in costs will depend on the issuer but where, for example, it means the senior debt rating will fall into a different rating band, the cost could be relatively higher than one that remains within the same band but a notch lower, e.g. AA- to A might see a higher relative increase than A to A because investors with mandates that limit investment to AA- or better rated products would become forced sellers resulting in a reduction in demand and a higher cost.

Rating agencies typically rate subordinated debt 2-notches lower than senior debt: one notch to reflect subordination and another notch to reflect the issuer's right to defer principal and interest payments. While there should not be any higher non-payment risk given all (re)insurance policyholder claims currently rank ahead of subordinated debt, rating agencies may (although we think it unlikely) consider preserving the 2-notch differential between senior and subordinated debt, in which case there could also be an increase in subordinated debt costs.

³⁰ Art. 275 para. 1 of the Directive (EC) 2009/138.

³¹ Art. 268 para. 1 (g) of Directive (EC) 2009/138.

It is also worth mentioning that the E-AVO requires new ordinary subordinated and deeply subordinated debt (such as new Tier 2 and Tier 1 Instruments, respectively) to rank junior to all other subordinated and non-subordinated debt, such as legacy Tier 2 Instruments.³² Such absolute subordination needs to be applied in a liquidation (*freiwillige Liquidation*), bankruptcy (*Konkurs*) and restructuring (*Sanierung*) of the relevant (re)insurer including any application of bail-in powers, which are discussed further below.³³

IV. Bail-in

- i. **Bail-in is a concept seen in banking regulations and it is now being introduced for Swiss (re)insurers. Could you please explain when and how it applies and how it compares with Swiss banking regulations?**

Bail-in is one of the restructuring measures that will be available to FINMA under the rev VAG.³⁴ Restructuring measures may be initiated as an alternative to the opening of bankruptcy if there is a reasonable expectation of an effective restructuring of the (re)insurance undertaking or of select insurance services, despite concerns that the (re)insurance company is overindebted or has serious liquidity problems.³⁵

The new regime provides some protection for creditors in that FINMA is only permitted to order the restructuring if no creditor is worse off than in the bankruptcy of the (re)insurance company, the so called “no creditor worse off principle”.³⁶ As a consequence of this principle, the sequence of eligible liabilities to be bailed-in mirrors the ranking that would apply in the bankruptcy.³⁷ It is for this reason that grandfathered Tier 2 Instruments will need to rank ahead of new ordinary subordinated and deeply subordinated debt in a restructuring – if they do not, the no creditor worse off principle would not be met where new Tier 2 Instruments are bailed-in and grandfathered Tier 2 Instruments are not.

³² Art. 51a para. 4 and Art. 54a^{ter} rev VAG; Art. 37 para. 1 lit. c ciph. 2 E-AVO.

³³ Art. 51a para. 4 and Art. 54a^{ter} rev VAG; Art. 37 para. 1 lit. c ciph. 2 E-AVO.

³⁴ Art. 52 para. 1 lit. b rev VAG.

³⁵ Art. 51a para. 1 lit. b and Art. 52a rev VAG; see last chapter in this book [Peter Ch. Hsu, “Sanierung – eine Einordnung”, 125.](#)

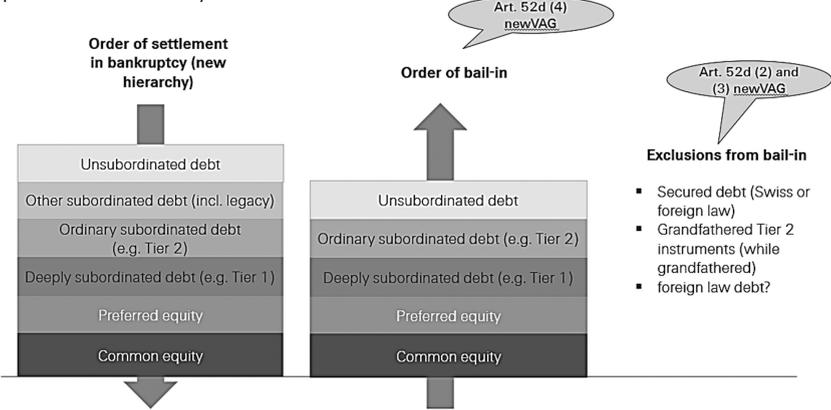
³⁶ Art. 52j para. 1 lit. c rev VAG.

³⁷ Art. 52j para. 1 lit. d rev VAG.

Bail-in is only applicable to “eligible liabilities” which are (i) any unsecured debt that (A) remains outstanding after the end of the transitional (or “grandfathering”) period or (B) is issued after the commencement of the new regime. Excluded from bail-in are secured debt, debt that is sufficiently covered by tied assets, debt that is subject to set-off, debt that was entered into during a protective measure or restructuring procedure for which FINMA or any authorized restructuring agent has provided its approval³⁸ as well as grandfathered Tier 2 Instruments for as long as the grandfathering applies³⁹. Creditor claims arising from non-Swiss law governed agreements are potentially subject to bail-in too. Our expectation is, however, that any attempts to implement bail-in measures in respect of such foreign law governed instruments that do not include an explicit incorporation of the restructuring measures into their terms will be fiercely challenged in particular by foreign investors and authorities. It, therefore, remains to be seen how FINMA will deal with the challenge, and whether they will require a respective recognition wording in the terms of the foreign law governed instruments.

Bail-in is not a novel concept in Switzerland as the banking regulation knows the tool as well⁴⁰; the basic concept is that the order in which liabilities are bailed-in is the opposite to the order of settlement that would apply in a bankruptcy.

Capital bail-in hierarchy



³⁸ Art. 52d para. 2 lit. a, b and c rev VAG.

³⁹ Art. 216c para. 2 E-AVO.

⁴⁰ Art. 48 et seq. of the Ordinance of the Swiss Financial Market Supervisory Authority on the Insolvency of Banks and Securities Firms dated 30 August 2012 (BIV-FINMA, SR 952.05; note that the respective banking provisions are currently under revision too).

2. Is there something similar in Europe or is Switzerland an outlier?

The European Commission published its draft Insurance Recovery and Resolution Directive (IRRDR) in September 2021 which is expected to be debated in the European Parliament and the Council in 2023.⁴¹ Once enacted, it would create an EU-wide harmonized recovery and resolution framework for EU based insurers, reinsurers and holding companies. The draft IRRDR includes a bail-in mechanism as one of various restructuring tools.⁴²

It is interesting to note that under the IRRDR proposal, insurance claims are not subject to bail-in⁴³ which is different to the Swiss regime that only excludes insurance claims that need to be, and are effectively, covered by tied assets (*gebundenes Vermögen*).⁴⁴

3. Will bail-in impact demand for and/or pricing of debt issued by Swiss (re)insurers?

Bail-in as a concept is well understood by the credit market because it has been a feature of banking regulation in most jurisdictions since the 2008 financial crisis. In our view, the key to whether bail-in impacts demand and/or pricing for Swiss (re)insurance debt, depends on two things: preservation of the creditor hierarchy and ratings.

Preservation of the creditor hierarchy is the basic assumption of investors when pricing new transactions. Anything that poses a risk to this (such as a regulator that is intransparent in its application of restructuring measures) will result in a premium. Another risk to the preservation of the creditor hierarchy concerns contractual bail-in provisions, i.e. terms that do not simply incorporate the statutory restructuring measures but rather contractually implement a write down or some other restructuring of the claim. The market perception is that the use of statutory bail-in rights is a higher hurdle than enforcing contractual rights, so contractual bail-in provisions are at risk of being applied before statutory bail-in provisions, thereby increasing the risk that the creditor hierarchy may not be preserved.

⁴¹ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council establishing a framework for the recovery and resolution of insurance and reinsurance undertakings and amending [...] dated 22 September 2021 ("Draft IRRDR"), COM(2021) 582 final.

⁴² See section 4 (The Write-down and Conversion Tool) of the Draft IRRDR.

⁴³ Art. 34 para. 5 (b) Draft IRRDR.

⁴⁴ Art. 52d para. 2 lit. d rev VAG.

In terms of ratings, although we have not seen the major rating agencies publish anything on the proposed Swiss regime, they have commented on the EU IRRD proposal in September 2021. All three major agencies (Moody's, S&P and Fitch) were neutral on the impact of resolution frameworks (including bail-in) on their ratings provided there is no change to the creditor hierarchy and that resolution powers are exercised at a point close to insolvency.

Provided these principles are observed in the application of the Swiss bail-in power, we don't envisage any material negative impact on demand or pricing, but if there is an initial reaction, we expect it to fade over time.

V. Transition

- i. **What is the fate of existing instruments that don't meet the new requirements regarding bail-in? Is there a transition framework and are there any exceptions to it?**

The E-AVO will provide grandfathering for Tier 2 Instruments that were approved by FINMA under the current AVO, but don't comply with the requirements for Tier 2 Instruments under the E-AVO (including the provisions relating to restructuring measures such as bail-in), up to the earlier of (1) the final maturity of the respective instruments or (2) 10 years from the entry into force of the new regime.⁴⁵

According to the new Art. 216c para. 2 E-AVO, grandfathered instruments are also not subject to statutory bail-in for the duration of the grandfathering period. FINMA can extend this period in justified cases.⁴⁶

As a consequence, Tier 1 and Tier 2 Instruments, issued and approved under the E-AVO, will be subject to bail-in, whereas Tier 2 Instruments, issued and approved under the current AVO, will not be subject to bail-in for the duration of the grandfathering period. For non-compliant or "legacy" instruments (i.e. those that do not contain provisions relating to restructuring measures) that remain outstanding after the grandfathering period ends, there is still a question as to whether those governed by foreign law would be subject to enforceable bail-in.

⁴⁵ Art. 216c para. 1 E-AVO.

⁴⁶ Art. 216c para. 2 E-AVO.

2. **What do you see as the market implications of the transition framework and this unusual relationship between old and new instruments?**

Capital instruments typically contain a provision that entitles the issuer to redeem it early at its face amount if it is no longer eligible to be counted as part of the Risk-Bearing Capital.

For instruments trading at a market value higher than the face value the exercise of such a right could impose large losses on investors which, in turn, impacts the issuer's market reputation and future access to funding. Conversely, for instruments trading at a market value below the face value, the exercise of such a right would lead to a windfall gain for investors. In both cases, the issuer would presumably want to urgently replace the non-compliant instrument with a compliant one to ensure its capital remains eligible and so would need to compensate investors by offering a replacement on more favourable terms for the investors, which means less favourable terms for the issuer.

Grandfathering is, therefore, essential because it removes the urgency for replacements and thus helps to smooth the cost impact for both, the issuer and investors.

What is interesting here from a market perspective is that once the rev VAG and E-AVO take effect, there will be two types of instruments in the market: non-compliant "legacy" instruments that are likely not subject to bail-in and are therefore less risky AND compliant instruments that are subject to bail-in and are therefore more risky.

This will be a source of arbitrage leading to some distortions in demand for the different instruments that will require greater vigilance by those trading them, i.e. they need to pay close attention to which is which.

VI. Other important changes

1. **Are there any other changes to highlight such as amendments to the Swiss Code of Obligations?**

The working group that was tasked with the implementation of the solvency topics in the E-AVO considered options to resolve the issue that Tier 2 Instruments under the current AVO are not necessarily risk-absorbing in a gone concern scenario, as Art. 22a para. 1 of the current AVO requires. Indeed,

such instruments may themselves cause or expedite an overindebtedness as they qualify as liabilities under Art. 725 para. 2 of the CO which, in turn, would require FINMA to initiate restructuring and/or bankruptcy measures.

It was also recognised that the AVO position is different to the requirements under the Solvency II Directive, where equivalent instruments must not include features that may cause or expedite the bankruptcy of the (re)insurance company.⁴⁷

The working group identified various options to correct this issue. Amongst others, it looked into the German regulation which dealt with the requirements under the Solvency II Directive by requesting a qualified declaration of subordination (*qualifizierte Rangrücktrittsvereinbarung*) for such instruments.⁴⁸

The discussions lead to the introduction of the new para. 4 of Art. 51a rev VAG which provides the legal basis for risk-absorbing instruments as approved by the FINMA not counting as liabilities when determining whether a (re)insurer is overindebted provided that certain conditions are met, such as, ranking subordinated to all other senior and subordinated claims in case of a liquidation, bankruptcy and restructuring.⁴⁹

2. Do you see any market impact arising from this?

No, we expect this to be uncontroversial.

Investors in capital instruments understand that they are buying-in to the capital of the (re)insurer and therefore have limited creditor rights. They are paid for that risk via a higher interest rate.

It is likely to be in the interests of creditors (particularly subordinated creditors) that the (re)insurer is restructured via one of the restructuring tools (other than bail-in, of course) and allowed to recover, rather than be immediately put into bankruptcy.

⁴⁷ Art. 71 1. (b), Art. 73 1. (b) and Art. 77 1. (b) of the Commission Delegated Regulation (EU) 2015/35.

⁴⁸ In Germany, Tier I and Tier II Instruments are excluded from the gone concern balance sheet by submitting such instruments under § 39 of the Insolvenzordnung (InsO) dated 5 October 1994; see also BGH IX ZR 133/14 which confirmed the position.

⁴⁹ The same rule applies to guarantees provided by a group company (often the Swiss parent) to the benefit of the noteholders in connection with the issuance of the instrument by a group company other than the guarantor: Art. 198d para. 1 lit. c and para. 2 lit. d E-AVO; for more details on the topic, see Appenzeller/Isler.

VII. Conclusion

- i. Coming back to the opening question. Is there anything you want to point out specifically on the capital resources which have at least some revolutionary elements?

We believe that the novel element of the creditor hierarchy, i.e. the fact that all (re)insurance claims, irrespective of any requirement to be covered by tied assets, are to be honored before senior debt, has some revolutionary elements as it goes beyond the regulation in most of the European jurisdictions.

Bibliography

Appenzeller Hansjürg/Isler Vanessa, Risk-Absorbing Capital Instruments under the Revised Insurance Regulations, Caplaw 22, 2 ff.

Versicherungszweckgesellschaften

Hansjürg Appenzeller

Inhalt

I.	<u>Übersicht</u>	104
1.	<u>Entstehungsgeschichte</u>	104
2.	<u>Wirtschaftliche Bedeutung</u>	106
II.	<u>Begriff und Errichtung</u>	107
1.	<u>Begriff</u>	107
a)	<u>Kein Versicherungsunternehmen</u>	108
aa)	<u>Ausübung einer Versicherungstätigkeit</u>	109
bb)	<u>Abgrenzung von Direktversicherern</u>	109
cc)	<u>Abgrenzung von Rückversicherern</u>	109
b)	<u>Risikoübernahme von Versicherungsunternehmen</u>	110
aa)	<u>Zedentinnen und Basisrisiken</u>	110
bb)	<u>Risikotransfervertrag</u>	111
c)	<u>Vollständige Absicherung der Risiken durch Ausgabe von Finanzinstrumenten</u>	111
2.	<u>Errichtung</u>	111
a)	<u>Anwendbarkeit von VAG/AVO</u>	111
b)	<u>Rechtsform der Versicherungszweckgesellschaft</u>	112
c)	<u>Bewilligung der FINMA</u>	113
d)	<u>Praxis</u>	114
III.	<u>Struktur der Versicherungszweckgesellschaft</u>	114
1.	<u>Umwandlung von Versicherungsrisiken in Finanzmarktprodukte</u>	114
a)	<u>Zedentin</u>	115
b)	<u>Risikotransfervertrag</u>	115
c)	<u>Risikoübernahme</u>	117
d)	<u>Risikofinanzierung</u>	117
e)	<u>Vermögensanlage</u>	118
2.	<u>Wesentliche Elemente der Risikotransformation</u>	119
a)	<u>Wirksame Risikoübertragung</u>	119
b)	<u>Vollständige Kapitaldeckung</u>	120
c)	<u>Rechtsstellung der Anlegerinnen</u>	120
IV.	<u>Risikogruppen und Teilvermögen</u>	121
1.	<u>Risikogruppen</u>	121
a)	<u>Hintergrund</u>	121
b)	<u>Wesen einer Risikogruppe</u>	122
c)	<u>Errichtung</u>	123

I. Übersicht

i. Entstehungsgeschichte

Versicherungszweckgesellschaften werden bei Transfers von versicherungstechnischen Risiken an den Kapitalmarkt¹ eingesetzt.² Im Unterschied zu ausländischen Jurisdiktionen (z.B. Deutschland, Vereinigtes Königreich) sieht das geltende schweizerische Versicherungsaufsichtsgesetz keine Spezialbestimmungen für Versicherungszweckgesellschaften vor. Deshalb gelten sie in der Regel als Versicherungsunternehmen und unterstehen den allgemeinen Aufsichtsregeln des Versicherungsaufsichtsgesetzes. Aufgrund ihrer Funktion und Struktur ist eine solche Unterstellung nicht sachgerecht.

Der Bundesrat hat bereits in den Nullerjahren die Kombination von Versicherungs- und Kapitalmarktlösungen vor allem im Bereich der Naturkatastrophen-, Wetter- und Langlebighkeitsrisiken als Wachstumsmöglichkeiten bzw. neue Geschäftsfelder für Versicherer identifiziert. Für die Realisierung dieser neuen Geschäftsfelder bedürfe es der Regelung von Zweckgesellschaften, die für die Verbriefung von Versicherungsrisiken auf dem Kapitalmarkt notwendig seien.³

Am 14. November 2018 hat der Bundesrat die Vernehmlassung für eine Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes eröffnet. Die Vernehmlassungsvorlage enthielt noch keine Regeln über Zweckgesellschaften.⁴ In der Vernehm-

¹ Kapitalmarkt wird als Teil des Finanzmarkts verstanden, vgl. Zobl/Kramer, 3 f.; Finanzmarkt wird als Oberbegriff für den Markt für die Geldaufnahme und -anlage bezeichnet.

² BSK VAG-Nebel, Art. 35, N 7.

³ Vgl. dazu Schweizerischer Bundesrat, Strategische Stossrichtungen für die Finanzmarktpolitik der Schweiz vom 16. Dezember 2009, 29, abrufbar unter <<http://www.news.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/35856.pdf>>.

⁴ Erläuternder Bericht des Bundesrats vom 14. November 2018 zur Vernehmlassungsvorlage betr. Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), abrufbar unter <[https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/54506.pdf](https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/54506.pdf)>.

lassung wurde eine solche Regelung angeregt. Stossrichtung des Vorschlags war, dass die Zweckgesellschaften im Vergleich zu herkömmlichen Versicherungsunternehmen weniger strengen Aufsichtsregeln unterstehen sollen.⁵

Der Bundesrat hat dann am 21. Oktober 2020 die Botschaft zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) verabschiedet. Versicherungszweckgesellschaften werden darin zwar adressiert, der Bundesrat wollte jedoch mangels Schutzbedürftigkeit von Versicherten auf eine Unterstellung verzichten.⁶ Allerdings hätte diese Nichtunterstellung zu einer Rechtsunsicherheit geführt. Denn die Versicherungszweckgesellschaften hätten je nach Ausgestaltung als kollektive Kapitalanlagen qualifizieren und dem Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (SR 951.31) unterstehen können. Ausserdem wäre die Nichtunterstellung nicht mit den internationalen Standards vereinbar gewesen, welche die *International Association of Insurance Supervisors* (IAIS) für den Risikotransfer an den Kapitalmarkt gesetzt hat. Nach diesen Standards sollen die Aufsichtsbehörden die Struktur und Funktionsweise solcher Risikotransferstrukturen verstehen und überprüfen.⁷

Eine Regelung der Versicherungszweckgesellschaften wurde erst im Verlauf der parlamentarischen Beratung aufgenommen.⁸ Gesetzlich geregelt werden neu der Begriff der Versicherungszweckgesellschaft (Art. 30e revVAG) und die Risikogruppen (Art. 30f revVAG). Der Entwurf zur Revision der Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (AVO; SR 961.011)⁹ enthält Detailregeln.

⁵ Vgl. Stellungnahme der Homburger AG vom 28. Februar 2019, 2, abrufbar unter <<https://comm.homburger.ch/29/321/uploads/begleitschreiben-stellungnahme-vernehmlassungsvorlage-vag.pdf>> und <<https://comm.homburger.ch/29/321/uploads/de-taillierte-kommentierung-vernehmlassungsvorlage-vag.pdf>>.

⁶ Botschaft des Bundesrats vom 21. Oktober 2020 zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), BBl 2020, 8967 ff., 8978.

⁷ Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups (IAIS ICPs and ComFrame) – November 2019, Ziff. 13.6, 150 ff., abrufbar unter <<https://www.iaisweb.org/uploads/2022/01/191115-IAIS-ICPs-and-Com-Frame-adopted-in-November-2019.pdf>>.

⁸ Amtliches Bulletin Nationalrat vom 3. Mai 2021, 753.

⁹ Erläuternder Bericht des Eidg. Finanzdepartements EFD vom 17. Mai 2022 zur Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens betr. Änderung der Aufsichtsverordnung (Aufsicht, Solvenz, gebundenes Vermögen, Verhaltensregeln und Versicherungsvermittlung), abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/71494.pdf>>, und Entwurf der Verordnung, abrufbar unter <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/71491.pdf>>.

2. Wirtschaftliche Bedeutung

Der Transfer von Versicherungsrisiken an den Kapitalmarkt ergänzt als alternativer Risikotransfer (*Alternative Risk Transfer*) die klassische Rückversicherung und erfolgt in mannigfaltigen Ausprägungen.¹⁰ Im Zentrum steht die Verwendung einer Versicherungszweckgesellschaft, die für diese Zwecke speziell errichtet wird.¹¹ Sie übernimmt Versicherungsrisiken und transferiert sie mittels Emission von Finanzinstrumenten (*insurance-linked securities, ILS*) an den Kapitalmarkt. Mit dem Emissionserlös finanziert die Versicherungszweckgesellschaft die Risikoübernahme und somit bei Risikoeintritt die Schadenzahlungen.

Grund für solche Risikotransfers und somit die Einschaltung einer Zweckgesellschaft ist oftmals, dass eine entsprechende Deckung auf dem Rückversicherungsmarkt mangels Kapazität nicht eingekauft werden kann oder nur zu unattraktiven Bedingungen. Letzteres vor allem deshalb, weil die Kosten einer Zweckgesellschaft, welche in der Regel Fremdkapital zur Finanzierung der Versicherungsrisiken aufnimmt, deutlich geringer sind als die Kapitalkosten eines Rückversicherers, der in der Regel Eigenkapital oder eigenkapitalähnliche Instrumente einzusetzen hat.

Die Verbriefung von Versicherungsrisiken nimmt seit den 1990er Jahren kontinuierlich zu. Im Jahr 2021 erzielte die Neuausgabe von ILS im Gesamtbetrag von USD 12.8 Mrd. einen neuen Rekord. Ende 2021 waren insgesamt ILS im Nominalbetrag von USD 33.8 Mrd. ausstehend. Seit Ende 2012 erzielte der Markt für Katastrophenanleihen ein *compound annual growth rate (CAGR)* von 9.4%.¹²

Besonders hohes Wachstum zeigt sich in Perioden, die Ereignissen mit hohen Versicherungsschäden folgen. In diesen Fällen sind die Kapazitäten im Rückversicherungsmarkt oft eingeschränkt, weil die Rückversicherungsunternehmen ihre Risikokapazitäten reduzieren oder gewisse Risiken nicht mehr oder nur zu erhöhten Prämien zeichnen (sog. *hard market*).¹³ Auf der anderen Seite steigen in solchen Perioden die Nachfrage nach Versicherungsdeckung.

¹⁰ Zu den Vorteilen des Risikotransfers über Kapitalmärkte aus ökonomischer Sicht, vgl. Zimmermann, 574 f.

¹¹ IAIS ICPs and ComFrame, Ziff. 13.6.6 ff., 151 f.

¹² Swiss Re, Insurance-Linked Securities Market Insights Volume XXXVI, Februar 2022, 6, abrufbar unter <<https://www.swissre.com/dam/jcr:ae1719d5-cc7a-435c-8363-eb3b37a220d8/ils-market-insights-feb-2022.pdf>>.

¹³ Financial Times; Heiss/Helmut, 344.

Versicherungszweckgesellschaften sind mehrheitlich in *off-shore*-Jurisdiktionen (z.B. Bermuda, Cayman Islands) angesiedelt. In diesen Jurisdiktionen sind die regulatorischen Anforderungen an die Errichtung und den Betrieb von Versicherungszweckgesellschaften weniger streng. Ausserdem bieten diese Jurisdiktionen ein attraktives steuerliches Umfeld.

Allerdings werden diese Jurisdiktionen als Steueroasen perzipiert, welche aggressive Steuerplanungen erlauben oder gar Steuerhinterziehung fördern. Je länger, je mehr sind die etablierten Marktakteure aus Reputationsgründen zurückhaltend, wenn es um die Ausnutzung solcher regulatorischen und steuerlichen Schlupflöcher geht.

Um im internationalen Standortwettbewerb zu bestehen, müsste die Schweiz neben den regulatorischen Rahmenbedingungen auch attraktive Steuerbedingungen anbieten. Dem Standort Schweiz könnte zum Nachteil gereichen, dass Finanzinstrumente, welche von Zweckgesellschaften ausgegeben werden, in der Schweiz steuerlich oftmals als Obligationen gelten. Zinszahlungen auf Obligationen eines Schweizer Emittenten, die nicht als ausländische Anleihen qualifizieren, unterliegen der 35%-igen Verrechnungssteuer. Dies macht den Erwerb z.B. von Katastrophenanleihen durch ausländische Investoren unattraktiv.

II. Begriff und Errichtung

I. Begriff

Der Begriff „Versicherungszweckgesellschaft“ lehnt sich an die gängige Terminologie in der europäischen Gesetzgebung an,¹⁴ präjudiziert jedoch nicht deren Rechtsform. Gemäss Art. 111j E-AVO kann die Versicherungszweckgesellschaft die Rechtsform einer Aktiengesellschaft, Genossenschaft oder Stiftung aufweisen.

¹⁴ Art. 211 der Richtlinie (EG) 2009/138 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl L 335 vom 17. Dezember 2009, 1 ff.; Art. 318 ff. der Delegierten Verordnung (EU) 2015/35 der Kommission vom 10. Oktober 2014 zur Ergänzung der Richtlinie (EG) 2009/138 des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. L12/1 vom 17. Januar 2015, 1 ff.; § 168 des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 1. April 2015 (BGBl. I, 434).

Ein Unternehmen gilt gemäss Art. 30e Abs. 1 revVAG als Versicherungszweckgesellschaft, wenn die folgenden Begriffselemente erfüllt sind:

- kein Versicherungsunternehmen;
- Risikoübernahme von Versicherungsunternehmen; und
- vollständige Absicherung der Risiken über die Ausgabe von Finanzinstrumenten.

a) *Kein Versicherungsunternehmen*

Hauptmerkmal einer Versicherungszweckgesellschaft ist, dass sie nicht als Versicherungsunternehmen qualifiziert. Mithin gilt die Versicherungszweckgesellschaft nicht als Versicherungsunternehmen im eigentlichen Sinn, d.h. nach Art. 2 Abs. 1 lit. a revVAG und Art. 2 Abs. 1 lit. b VAG.

aa) *Ausübung einer Versicherungstätigkeit*

Die Versicherungszweckgesellschaft übernimmt – ähnlich wie Rückversicherer – versicherungstechnische Risiken von Versicherungsunternehmen gegen Prämienzahlungen. Somit übt sie eine der Versicherungstätigkeit ähnliche Rolle aus.

Ein solches Geschäft gilt nicht als versicherungsfremd.¹⁵ Vielmehr erfüllt es die begriffsnotwendigen Kriterien einer Versicherung, die von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁶ und der überwiegenden Lehre¹⁷ entwickelt wurden: (1) Übernahme bzw. Transfer von Risiken oder Gefahren, (2) Leistung des Versicherten (Prämie), (3) Leistung des Versicherers (Schadenzahlung), (4) Selbstständigkeit der Operation und (5) Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik (planmässiger Geschäftsbetrieb). Daraus folgt, dass eine Versicherungszweckgesellschaft Versicherungsgeschäfte betreibt. Trotzdem gilt sie nicht als Versicherungsunternehmen im Sinne von Art. 2 Abs. 1 lit. a revVAG und Art. 2 Abs. 1 lit. b VAG. Versicherungszweckgesellschaften sind der Aufsicht gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. e revVAG selbständig unterstellt. Entsprechend finden die Bestimmungen des VAG auch nur sinngemäss auf Versicherungszweckgesellschaften Anwendung (Art. 30e Abs. 2 revVAG).

¹⁵ BSK VAG-Nebel, Art. 35, N 7; Banz, 259 ff.; zum versicherungsfremden Geschäft, vgl. Koller, 1 ff.

¹⁶ BGE 114 Ib 244 E. 4a S. 247; Urteil des Bundesgerichts vom 20. Februar 2019 2C_833/2016 E. 3.3.2; Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 2011 2C_410/2010 E. 3; Urteil des Bundesgerichts vom 13. Februar 2008 2C_506/2007 E. 6.2.

¹⁷ BSK VAG-Heiss/Mönnich, Art. 2, N 12 ff.; Mächler, 20 f.; Weber/Baisch, § 4 N 2.

bb) Abgrenzung von Direktversicherern

Abgrenzen lässt sich die Versicherungszweckgesellschaft ohne Weiteres vom Direktversicherer. Letzterer bietet die Risikoübernahme direkt dem Publikum (Privatpersonen, Unternehmen und Gemeinwesen) an. Demgegenüber tätigt die Versicherungszweckgesellschaft – wie ein Rückversicherer – Geschäfte nur mit Direktversicherern oder anderen Rückversicherern.

Im Direktversicherungsgeschäft werden die Versicherten als Versicherungsnehmerinnen oder Anspruchsberechtigte bezeichnet. Im Kontext einer Versicherungszweckgesellschaft werden die Versicherten Zedentinnen genannt.¹⁸

cc) Abgrenzung von Rückversicherern

Die Versicherungszweckgesellschaft ist auch kein Rückversicherer.¹⁹ Funktional lassen sich eine Versicherungszweckgesellschaft und ein Rückversicherer jedoch kaum unterscheiden. Beide übernehmen Risiken von Direkt- oder Rückversicherern, was zu einer Kapitalentlastung beim Risikoübertragenden führt.²⁰

Im Unterschied zum Rückversicherer hat die Versicherungszweckgesellschaft indessen einen eingeschränkten Geschäftsumfang und ist oft zeitlich begrenzt. Sie übernimmt einzelne spezifische Versicherungsrisiken oder mehrere solcher spezifischer Versicherungsrisiken und transferiert diese an den Kapitalmarkt. Ein weiteres wichtiges Unterscheidungsmerkmal besteht darin, dass die Versicherungszweckgesellschaft die Risikoübernahme mittels Ausgabe von Finanzinstrumenten vorfinanziert und deshalb die Risiken, denen sie ausgesetzt ist, nicht mit Kapital unterlegen muss. Wirtschaftlich bzw. solvenzrechtlich hält die Versicherungszweckgesellschaft – im Gegensatz zum Rückversicherer, der nach der Praxis der FINMA einen Prozentsatz der Risiken selbst tragen muss und nicht retrozedieren darf – keine versicherungstechnischen Risiken auf den eigenen Büchern. Vielmehr sind diese Risiken vollständig an den Kapitalmarkt transferiert.

Diese strukturellen Merkmale bieten den Zedentinnen, die Risiken an eine Versicherungszweckgesellschaft abtreten, ein hohes Mass an Schutz. Daher sind viele der aufsichtsrechtlichen Überlegungen, die normalerweise für die Überwachung der Sicherheit und Solvabilität von Versicherungsunternehmen

¹⁸ EFD, Erläuternder Bericht, 47; Weber/Baisch, § 4 N 18.

¹⁹ BSK VAG-Nebel, Art. 35, N 3.

²⁰ BSK VAG-Heiss/Mönnich, Art. 2, N 5 ff.

gelten, weniger relevant. Immerhin kann ein Rückversicherungsunternehmen die Funktion einer Versicherungszweckgesellschaft ausüben,²¹ aber aus regulatorischen Gründen nicht umgekehrt.

Die übrigen Tätigkeiten, die zwingend zu einem Versicherungsunternehmen gehören (z.B. Produktion, Bestandesverwaltung, Schadenregulierung),²² übt die Versicherungszweckgesellschaft ebenfalls aus, wenn auch in einem viel geringeren Umfang.

b) *Risikoübernahme von Versicherungsunternehmen*

aa) *Zedentinnen und Basisrisiken*

Ein weiteres Begriffsmerkmal der Versicherungszweckgesellschaft ist die Risikoübernahme von Versicherungsunternehmen. In diesem Zusammenhang ist der Begriff des Versicherungsunternehmens weit zu verstehen. Insbesondere fallen darunter die Direkt- und Rückversicherer nach Art. 2 Abs. 1 lit. a rev-VAG und Art. 2 Abs. 1 lit. b VAG. Darüber hinaus muss es auch zulässig sein, wenn eine Versicherungszweckgesellschaft Risiken einer anderen Versicherungszweckgesellschaft übernimmt.

Die übernommenen Risiken, die sog. Basisrisiken, sind vielfältig. Dem Risikotransfer können Naturkatastrophen-, Wetter-, Betriebsunterbruch-, Kreditausfall-, Langlebigkeit-, Pandemie- oder operationelle Risiken zugrunde liegen. In der Regel werden Versicherungszweckgesellschaften bei Risiken involviert, die sich mit geringer Häufigkeit (*low frequency*), jedoch mit besonderer Schwere (*high severity*) materialisieren.²³

Der Risikotransfer hat für die Zedentin risikomindernde Wirkung. Deshalb muss die Zedentin die übertragenen Risiken nicht mehr mit Kapital unterlegen. Der Risikotransfer wird in der Ermittlung des Zielkapitals der Zedentin vollumfänglich berücksichtigt (Art. 46 Abs. 2 AVO, Art. 40 Abs. 2 E-AVO), mithin wirkt er zielkapitalmindernd. Voraussetzung dazu ist jedoch unter anderem, dass die allfälligen Ausfallrisiken des Risikotransfers in der Risikomodellierung berücksichtigt werden (Art. 46 Abs. 2 AVO, Art. 40 Abs. 3 lit. c E-AVO).

²¹ Vgl. in diesem Zusammenhang die innovative Risikotransfertransaktion der Swiss Re, bei der Versicherungsrisiken der gesamten Swiss Re Gruppe an institutionelle Investoren übertragen wurden, Pressemitteilung vom 14. April 2022, abrufbar unter <https://www.swissre.com/media/press-release/pr-20220414-swiss-re-secures-significant-alternative-capital-via-innovative-hybrid-transaction.html>.

²² Koller, 64.

²³ Heiss/Ernst, 353 f.

bb) Risikotransfervertrag

Die Risikoübernahme erfolgt mittels eines Risikotransfervertrags zwischen der Versicherungszweckgesellschaft und der Zedentin.²⁴ Im Rahmen der Vertragsfreiheit kann der Risikotransfervertrag beliebig ausgestaltet werden.

c) Vollständige Absicherung der Risiken durch Ausgabe von Finanzinstrumenten

Die Versicherungszweckgesellschaft transferiert die übernommenen Risiken mittels Ausgabe von Finanzinstrumenten an Anlegerinnen. Die Anlegerinnen werden damit Inhaberinnen bzw. Gläubigerinnen von Finanzinstrumenten, welche die Versicherungszweckgesellschaft zur Risikofinanzierung ausgibt (Art. 111e Abs. 3 E-AVO). Finanzinstrumente sind unter anderem Beteiligungspapiere (z.B. Aktien), Forderungspapiere (z.B. Darlehen), Derivate oder Anleiensobligationen (z.B. *cat bonds*) (Art. 111e Abs. 1 E-AVO i.V.m. Art. 3 lit. a FIDLEG).

Mit Ausgabe von Finanzinstrumenten wird die Risikoübernahme vorfinanziert. Zentral ist dabei, dass ein Gleichlauf von übernommener Risikoverpflichtung und vorhandenen Vermögenswerten besteht, mithin die übernommenen Basisrisiken vollständig abgesichert sind. Die Erlöse aus der Ausgabe von Finanzinstrumenten müssen somit mindestens der Höhe der maximalen Risikoexposition der Versicherungszweckgesellschaft entsprechen.

Ein weiterer Aspekt der vollständigen Risikoübernahme besteht darin, dass die Aus- bzw. Rückzahlungsansprüche der Anlegerinnen den Risikoübernahmeverpflichtungen der Versicherungszweckgesellschaft nachgeordnet sind. Diese Nachordnung muss in den Finanzinstrumenten abgebildet werden.

2. Errichtung

a) Anwendbarkeit von VAG/AVO

Auf Zweckgesellschaften sind die Bestimmungen des VAG und der AVO sinngemäss anwendbar (Art. 30e Abs. 2 revVAG; Art. 111d Abs. 2 E-AVO). Von diesem Grundsatz gibt es bedeutende Ausnahmen, vor allem im Zusammenhang mit der Errichtung einer Versicherungszweckgesellschaft.

²⁴ Siehe unten, [III.1.b](#)).

So sind die Mindestkapitalanforderungen gemäss Art. 8 VAG, wonach ein Versicherungsunternehmen je nach den betriebenen Versicherungszweigen ein Mindestkapital von CHF 3-20 Mio. aufweisen muss, auf Zweckgesellschaften nicht anwendbar. Stattdessen beträgt das Mindestkapital CHF 100'000 (Art. 111k E-AVO).

Ebensowenig finden die Vorschriften zur Solvabilität (Art. 9 ff. revVAG) Anwendung. Mithin muss eine Zweckgesellschaft nicht über eine ausreichende Solvabilität verfügen. Allerdings müssen die Zweckgesellschaften angemessene finanzielle Mittel aufweisen (Art. 111g Abs. 1 lit. c E-AVO), was die FINMA im Rahmen des Bewilligungsprozesses prüft.

Sodann müssen Zweckgesellschaften keinen verantwortlichen Aktuar stellen (Art. 111d Abs. 1 E-AVO). Diese Regel ist sachgerecht, da die Zweckgesellschaften aufgrund der Begrenzung ihrer Risikopositionen und deren Vorfinanzierung nicht denselben Risiken wie ein Versicherungsunternehmen ausgesetzt sind.

Und schliesslich sind die neuen Vorschriften im Zusammenhang mit Sanierungen, Schutzmassnahmen und Versicherungskonkurs nicht anwendbar (Art. 111d Abs. 1 E-AVO). Unbestritten ist jedoch, dass die Zweckgesellschaften der Konkurszuständigkeit der FINMA und nicht derjenigen des Zivilrichters unterstehen. Dies wurde nicht nur in der parlamentarischen Beratung ausdrücklich festgehalten,²⁵ sondern ergibt sich auch aus Artikel 173b Abs. 2 SchKG, wonach Schuldner der Konkurszuständigkeit der FINMA unterstehen, die über eine Bewilligung der FINMA verfügen.

b) Rechtsform der Versicherungszweckgesellschaft

Was die Rechtsform der Zweckgesellschaft betrifft, zeigt sich die revidierte AVO sehr liberal. Die Versicherungszweckgesellschaft kann gemäss Art. 111j E-AVO die Rechtsform einer Aktiengesellschaft, Genossenschaft oder Stiftung aufweisen.

Gemeinsam ist diesen Rechtsformen, dass sie zur Verfolgung bestimmter Zwecke errichtet werden können. Als selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten ist die Versicherungszweckgesellschaft ein eigenes Rechtssubjekt bzw. mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet. Mit diesen Rechtsformen lassen sich unternehmerische Tätigkeiten ausüben, insbesondere ein Unternehmen betreiben.²⁶

²⁵ EFD, Erläuternder Bericht, 49.

²⁶ Zur Unternehmensstiftung vgl. Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 23 N 18 ff.

Der Hauptunterschied dieser Rechtsformen liegt in der Art der Zusammensetzung des Rechtsträgers. Die Aktiengesellschaft und die Genossenschaft sind eine Vereinigung von Personen, die einen selbstgesetzten Zweck verfolgt und sich eine zweckdienliche Organisation gibt.²⁷ Die Stiftung ist demgegenüber eine nicht in einem Personenverband bestehende, als juristische Persönlichkeit anerkannte Organisation zur Verfolgung bestimmter Zwecke. Es ist ein verselbständigtes, mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattetes Zweckvermögen, das – wie Körperschaften – von einer eigenen Organisation verwaltet wird.²⁸

Eine weitere Unterscheidung liegt darin, dass der Zweck einer Stiftung – wie auch ihre Organisation – gemäss dem Willen des Stifters in der Stiftungsurkunde für die Stiftungsorgane bindend festgesetzt ist (Art. 80 ZGB).²⁹ Eine Änderung des Stiftungszwecks und der Organisation setzt eine Zustimmung der zuständigen Behörde voraus (Art. 86 f. ZGB). Demgegenüber sind der Zweck und die Organisation der Aktiengesellschaft und der Genossenschaft in den Statuten geregelt, die von den Gesellschaftern unter Einhaltung der rechtlichen Formvorschriften jederzeit geändert werden können.

c) *Bewilligung der FINMA*

Trotz dieser eher lockeren Regulierung braucht die Zweckgesellschaft für ihre Geschäftstätigkeit eine Bewilligung der FINMA (Art. 111f E-AVO). Für eine Bewilligung der FINMA müssen die Voraussetzungen nach VAG und AVO eingehalten werden, die jedoch im Vergleich zu jenen bei den Versicherungsunternehmen erleichtert sind.

Zu nennen sind folgende: Wie bei Versicherungsunternehmen müssen die mit der Verwaltung und Geschäftsführungen betrauten Personen einen guten Ruf geniessen und Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit bieten (Art. 30e Abs. 3 lit. d revVAG). Zudem ist ein angemessenes Risikomanagement und eine wirksame interne Kontrolle vorausgesetzt, die unter anderem die Einhaltung der rechtlichen und unternehmensinternen Vorschriften gewährleistet (Compliance) (Art. 30e Abs. 3 lit. b revVAG).

Im Unterschied zu den klassischen Versicherungen ist jedoch eine weitgehende Auslagerung von Führungs- und Kontrollfunktionen zulässig (Art. 111l E-AVO). Mit Ausnahme der Oberleitung, Oberaufsicht und Kontrolle durch das Oberleitungsorgan (vgl. Art. 111l Abs. 1 Satz 2; z.B. der Verwaltungsrat bei der

²⁷ Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 2 N 62 f.

²⁸ Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 2 N 66 f.

²⁹ Meier-Hayoz/Forstmoser/Sethe, § 2 N 71.

Aktiengesellschaft) können gemäss Art. 111l Abs. 2 E-AVO die Geschäftsführung und Verwaltung nach Massgabe eines Organisationsreglements ganz oder zum Teil einzelnen Mitgliedern oder Dritten, seien es juristische oder natürliche Personen, übertragen werden.

Und schliesslich muss die Zweckgesellschaft über angemessene finanzielle Mittel verfügen (Art. 30e Abs. 3 lit. c revVAG). Bei der Beurteilung der Angemessenheit werden das Geschäftsmodell, die Grösse, die Komplexität und das Risikoprofil entscheidend sein.

d) Praxis

Errichtet werden die Versicherungszweckgesellschaften in der Regel von Versicherungsunternehmen, Versicherungsvermittler oder anderen Sponsoren,³⁰ die Risiken an den Kapitalmarkt transferieren wollen. Diese Sponsoren sind jedoch oftmals nicht Eigentümerinnen der Versicherungszweckgesellschaften. Vielmehr wird in der Praxis ein „orphan status“ präferiert, bei dem eine Wohltätigkeitsorganisation oder ein gemeinnütziger Trust – soweit es sich um eine Gesellschaft handelt – die stimmberechtigten Anteile an der Versicherungszweckgesellschaft hält.

Bei der Strukturierung ist entscheidend, dass die Versicherungszweckgesellschaft von der Sponsorin nicht konsolidiert werden muss. Andernfalls muss sie die übernommenen Risiken allenfalls auf Gruppenebene mit Kapital unterlegen bzw. profitiert sie nicht von der risikomindernden Wirkung.

III. Struktur der Versicherungszweckgesellschaft

1. Umwandlung von Versicherungsrisiken in Finanzmarktprodukte

Die Ausgestaltung von Versicherungszweckgesellschaften ist in der Praxis mannigfaltig.³¹ Die Zweckgesellschaft ist als Risikomittlerin im Zentrum einer Risikotransferkette bei der Umwandlung von Versicherungsrisiken in Finanzmarktprodukte.

³⁰ Vgl. z.B. die Regierung von Jamaika: Swiss Re, Insurance-Linked Securities Market Insights Volume XXXVI, February 2022, 5, abrufbar unter <<https://www.swissre.com/dam/jcr:ae1719d5-cc7a-435c-8363-eb3b37a220d8/ils-market-insights-feb-2022.pdf>>.

³¹ Artemis Q2 2022 Catastrophe Bond & ILS Market Report, abrufbar unter <https://www.artemis.bm/wp-content/uploads/2022/06/catastrophe-bond-ils-market-report-q2-2022.pdf?utm_source=ReportsPage&utm_medium=Link&utm_content=Q22022Report&utm_campaign=Report>.

a) *Zedentin*

Ausgangspunkt der Risikoumwandlung ist die Zedentin. Sie transferiert die von ihr gezeichneten versicherungstechnischen Risiken teilweise über eine Versicherungszweckgesellschaft an den Kapitalmarkt. Dies als Alternative zur klassischen Rückversicherung.³²

Der Risikotransfer hat für die Zedentin risikomindernde Wirkung. Deshalb muss die Zedentin die übertragenen Risiken insbesondere nicht mit Eigenmitteln unterlegen.

Grund für die Einschaltung einer Versicherungszweckgesellschaft ist oftmals, dass die Deckung für solche Risiken auf dem Rückversicherungsmarkt mangels Kapazität nicht eingekauft werden kann oder nur zu unattraktiveren Bedingungen. Aus dieser Sicht dient diese Struktur als alternativer Risikotransfer (*Alternative Risk Transfer*), welcher die klassische Rückversicherung ergänzt. Zudem kann die Beschaffung von Mitteln auf den Finanzmärkten durch die Versicherungszweckgesellschaft wesentlich billiger und einfacher sein als die Beschaffung von Eigenmitteln durch ein Rückversicherungsunternehmen für die gleichen Zwecke (z. B. Katastrophenrisiken).³³

b) *Risikotransfervertrag*

Die Risikoübernahme erfolgt mittels eines Risikotransfervertrags zwischen der Versicherungszweckgesellschaft und der Zedentin. Der Risikotransfervertrag qualifiziert als Rückversicherungsvertrag oder entspricht einer andere Risikotransferstruktur (z.B. Derivat). Die Natur des Risikotransfervertrags hat unter Umständen auch eine aufsichtsrechtliche Bedeutung. Während der Abschluss eines Derivats nicht notwendigerweise eine regulierte Tätigkeit darstellt, dürfen Rückversicherungsverträge nur zwischen Unternehmen abgeschlossen werden, die über eine Bewilligung als Direkt- bzw. Rückversicherungsunternehmen verfügen.³⁴

Der Inhalt des Risikotransfervertrags kann im Rahmen der Vertragsfreiheit frei gestaltet werden. Wesentliche Punkte des Risikotransfervertrags sind neben der Umschreibung des übernommenen Risikos und der Laufzeit vor allem die

³² In der Fachsprache spricht man bei Direktversicherungsunternehmen auch von *zedieren* bzw. bei Rückversicherungsunternehmen, welche von ihnen bereits rückversicherten Risiken ihrerseits weitergeben, von *retrozedieren*.

³³ Siehe oben, [L2](#).

³⁴ Bürer, 507 ff.

Definition des Auslöseereignisses (*Trigger*).³⁵ Mit Eintritt des Auslöseereignisses (d.h. Materialisierung des übernommenen Risikos) entsteht die Zahlungsverpflichtung der Versicherungszweckgesellschaft gegenüber der Zedentin.

Unterschieden wird zwischen entschädigungsbezogenen Auslöseereignissen („*indemnity*“-Trigger) und nicht-entschädigungsbezogenen Auslöseereignissen („*non-indemnity*“-Trigger).³⁶ Entschädigungsbezogen bedeutet, dass die Höhe der Zahlungsverpflichtung der Versicherungszweckgesellschaft vom Eintritt eines Schadens bei der Zedentin (d.h. von der Entschädigungszahlung an deren Versicherten) abhängt. Demgegenüber leitet sich die Zahlungsverpflichtung der Versicherungszweckgesellschaft bei einem „*non-indemnity*“-Trigger nicht vom Eintritt eines Schadens bei der Zedentin ab, sondern von definierten Parametern (z.B. Regenmenge, Windgeschwindigkeit oder Stärke eines Erdbebens nach der Richterskala), Schadenindices oder modellierten Schäden.³⁷

Der Risikotransfervertrag enthält oftmals weitere Klauseln, welche den Risikotransfer absichern. Festgelegt wird einmal die Anlagestrategie, welche die Versicherungszweckgesellschaft für ihre Finanzmittel umsetzen soll. Für die risikomindernde Wirkung muss die Versicherungszweckgesellschaft jederzeit ihren Zahlungspflichten gegenüber der Zedentin nachkommen können. Ausserdem kann der Risikotransfervertrag in „*limited recourse*“-Klauseln regeln, dass die Haftung der Versicherungszweckgesellschaft gegenüber der Zedentin bzw. den Anlegerinnen auf die Vermögenswerte beschränkt ist, die für das übernommene Risiko am Kapitalmarkt aufgenommen wurden.³⁸

Die Versicherungszweckgesellschaft kann einen oder mehrere Risikotransferverträge abschliessen. Dabei muss aber sichergestellt werden, dass die Risikotransferverträge gesondert behandelt und die unterliegenden Vermögenswerte nicht für andere Risikotransferverträge haften.

³⁵ Schaal, 22.

³⁶ IAIS ICPs and ComFrame, Ziff. 13.6.15, 154; Schaal, 22 ff.; BSK VAG-Nebel, Art. 35, N 7; Swiss Re: The fundamentals of insurance-linked securities vom 7. September 2011, 10, wonach fünf verschiedene Typen von Auslösemechanismen unterschieden werden: „*industry index, pure parametric, parametric index, modelled loss and indemnity*“, abrufbar unter <<https://www.swissre.com/our-business/alternative-capital-partners/ils-the-fundamentals-of-insurance-linked-securities.html>>.

³⁷ Schaal, 18 ff.; BSK VAG-Nebel, Art. 35, N 7.

³⁸ Siehe unten, III.2.c).

c) *Risikoübernahme*

Die Versicherungszweckgesellschaft übernimmt versicherungstechnische Risiken von der Zedentin und transferiert diese Risiken an den Kapitalmarkt bzw. an Anlegerinnen. Formell ist die Versicherungszweckgesellschaft Risikoträgerin und finanziert diese Risiken mittels Ausgabe von Finanzinstrumenten. Wirtschaftlich hält die Versicherungszweckgesellschaft keine Risiken, vielmehr transferiert sie die übernommenen Risiken *tel quel* an die Anlegerinnen. Entsprechend wird die Versicherungszweckgesellschaft auch „Risiko-Transformer“ genannt, da sie Versicherungsrisiken in Finanzmarktprodukte umwandelt.³⁹

In dieser Risikotransferkette nimmt die Versicherungszweckgesellschaft die Stellung einer Risikomittlerin⁴⁰ bzw. Risikointermediärin ein, und die Anlegerin diejenige einer Kapitalgeberin bzw. Risikoträgerin. Würde die Anlegerin die Risiken direkt halten, dann würde sie unter Umständen selbst ein Versicherungsgeschäft betreiben und wäre entsprechend der Aufsicht nach VAG unterstellt.

d) *Risikofinanzierung*

Die Rolle der Versicherungszweckgesellschaft besteht darin, das Versicherungsrisiko in ein Finanzmarktprodukt zu wandeln. Die Versicherungszweckgesellschaft muss genügend Kapital zur Deckung des übernommenen Versicherungsrisikos beschaffen, damit sie ihren Zahlungspflichten bei Eintritt des *Trigger* nachkommen kann.

In der Praxis erfolgt die Kapitalbeschaffung bzw. Finanzierung insbesondere über die Ausgabe von Anleihen (z.B. „*cat bonds*“). Diesfalls wird von einer Verbriefung der Versicherungsrisiken gesprochen.⁴¹ Denkbar sind aber auch andere Finanzierungsformen wie beispielsweise die Ausgabe von Aktien, Darlehen oder Derivaten.⁴²

³⁹ Bürer, 510.

⁴⁰ Schaal, 205.

⁴¹ Zimmermann, 579.

⁴² BSK VAG-Nebel, Art. 35, N 7.

Unterschieden wird weiter in der Art, wie die Finanzinstrumente angeboten werden. Bei öffentlich angebotenen Finanzinstrumenten spricht man von „*insurance-linked securities*“. Werden die Finanzinstrumente nicht öffentlich angeboten, sondern bei einem kleinen Kreis von Anlegerinnen privat platziert, wird von „*collateralized reinsurance*“⁴³ gesprochen.

Die Gläubiger oder Inhaber der platzierten Finanzinstrumente sind die Anlegerinnen. Die Anlegerinnen sind wirtschaftlich die Risikoträgerinnen, da die Versicherungszweckgesellschaft die übernommenen Risiken *tel quel* an sie transferiert. Für diese Risikoübernahme erhalten die Anlegerinnen am Ende der Laufzeit das eingesetzte Kapital und eine Rendite darauf abzüglich allfälliger Zahlungen an die Zedentin aus dem Risikotransfervertrag. Die Rechte der Anlegerinnen sind stets nachrangig gegenüber den Rechten der Zedentin aus dem Risikotransfervertrag.

Obwohl alle Anlegerkategorien denkbar sind, handelt es sich meistens um qualifizierte Anlegerinnen.⁴⁴ Für sie können solche Investitionen attraktiv sein, da sie damit ihre Portfolios diversifizieren können. Insbesondere erzielen sie deshalb einen Diversifikationseffekt, weil die Versicherungsrisiken in der Regel nicht mit den Anleihe- oder Aktienmarktrisiken oder mit Konjunkturzyklen korrelieren. Ein weiterer Diversifikationsvorteil besteht in der Investition in ein reines Versicherungsrisiko, ohne dass weitere Unternehmensrisiken wie bei der Investition in ein (Rück-)Versicherungsunternehmen übernommen werden (z.B. Anlagerisiken, Marktrisiken, operationelle Risiken). Und schliesslich offerieren solche Investitionen oft höhere Renditen als ähnlich bewertete Finanzinstrumente.⁴⁵

e) Vermögensanlage

Die Versicherungszweckgesellschaft muss ihr Vermögen anlegen. Es setzt sich aus den Prämienzahlungen der Zedentin und der Risikofinanzierung der Anlegerinnen zusammen.

Im Risikoprofil der Versicherungszweckgesellschaft kommt der Vermögensanlage eine besondere Bedeutung zu. Das Vermögen soll möglichst „mündelsicher“ angelegt werden, damit Anlagerisiken ausgeschaltet werden und das Haftungssubstrat für die Zahlungen unter dem Risikotransfervertrag nicht vermindert wird.

⁴³ Zimmermann, 579.

⁴⁴ Zum Begriff, vgl. Art. 10 Abs. 3 des Bundesgesetz über die Finanzdienstleistungen vom 15. Juni 2018 (Finanzdienstleistungsgesetz, FIDLEG, SR 950.1).

⁴⁵ Heiss/Ernst, 354 f.

Am Ende der Versicherungsperiode zahlt die Zweckgesellschaft ihr Vermögen an die Anlegerinnen zurück. Der Rückzahlungsbetrag entspricht dem Nominalwert des Finanzinstruments plus die vereinbarte Rendite abzüglich allfälliger Schadenzahlungen an die Zedentin.

Um das Ziel eines sicheren Risikotransfers zu erreichen, einigen sich die Zedentin und die Versicherungszweckgesellschaft oftmals im Risikotransfervertrag über eine Anlagestrategie und gegebenenfalls über die Auslagerung der Vermögensverwaltung an einen externen Dritten. Dies ist für die Zedentin bedeutsam, da mit einer risikoreichen Anlagestrategie die risikomindernden Effekte und damit die reduzierten Kapitalanforderungen unterlaufen werden könnten.

2. Wesentliche Elemente der Risikotransformation

Die vollständige Absicherung der Risiken ist für die Zedentin zentral. Spannend wird bleiben, inwieweit die FINMA die Gültigkeit und Durchsetzbarkeit der vollständigen Absicherung der Risiken prüft. Insbesondere fragt sich, ob die FINMA bereits im Rahmen des Bewilligungsverfahrens einen Nachweis oder allenfalls eine externe Bestätigung z.B. in einem Rechtsgutachten verlangt, um die Gültigkeit und Durchsetzbarkeit zu beurteilen.

Hervorzuheben für die vollständige Absicherung der Risiken sind drei Elemente: wirksame Risikoübertragung, vollständige Kapitaldeckung und Rechtsstellung der Anlegerinnen.

a) *Wirksame Risikoübertragung*

Erstes Element ist die wirksame Risikoübertragung, die im Risikotransfervertrag bestimmt werden muss.⁴⁶ Der Risikotransfervertrag muss entsprechend das Basisrisiko⁴⁷ im Detail identifizieren und umschreiben, z.B. ob und welche Erdbeben- oder Mortalitätsrisiken transferiert werden. Sodann muss der Risikotransfervertrag den Umfang der Risikoübertragung, wie die Art der Versicherung (z.B. Exzedent, Stop Loss) und die maximale Versicherungsdeckung, also die Summe der maximalen Zahlungen (Schaden und Kosten), definieren. Ausserdem muss für die wirksame Risikoübertragung das Entstehen der Zahlungspflicht, d.h. der Trigger,⁴⁸ bestimmt werden.

⁴⁶ Siehe oben, [III.1.b](#)).

⁴⁷ Siehe oben, [II.1.b\)aa](#)).

⁴⁸ Siehe oben, [III.1.b](#)).

Und zu guter Letzt gehört dazu auch die Festlegung der Höhe der Prämie. Diese Prämie dient primär zur Finanzierung der Renditeerwartungen der Anlegerinnen und der erwarteten Kosten der Zweckgesellschaft.

b) *Vollständige Kapitaldeckung*

Für die vollständige Absicherung der Risiken ist zweitens die vollständige Kapitaldeckung der Zweckgesellschaft erforderlich. Eine vollständige Kapitaldeckung, die ebenfalls im Risikotransfervertrag geregelt wird, ist gegeben, wenn die folgenden Elemente vorliegen:

- Verfügbarkeit der Mittel, um die entstandenen Schäden und Kosten bei Fälligkeit zu zahlen (vgl. Liquiditätsmanagement); in diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Mittel vollständig eingezahlt werden müssen oder ob eine Garantie durch die Anlegerinnen ausreicht;
- Gleichlauf der Risikoposition (d.h. maximale Versicherungsdeckung) und der Höhe der vorhandenen Vermögenswerte; und
- Modalitäten für das Halten der Vermögenswerte (z.B. *Collateral Account*) sowie die Anlagestrategie bezüglich der Vermögenswerte; und
- „*limited-recourse*“- und „*non-petition*“-Klauseln.⁴⁹

c) *Rechtsstellung der Anlegerinnen*

Und schliesslich ist für eine vollständige Absicherung der Risiken die Rechtsstellung der Anlegerinnen bedeutsam. Die Rechte und Pflichten der Anlegerinnen müssen im Finanzierungsvertrag zwischen der Zweckgesellschaft und den Anlegerinnen geregelt werden.

Zentral dabei sind:

- die Nachordnung der Ansprüche der Anlegerinnen gegenüber den Zahlungspflichten der Zweckgesellschaft, d.h. die Rück- oder Auszahlungsansprüche der Anlegerinnen müssen den Risikoübernahmeverpflichtungen der Versicherungszweckgesellschaft nachgeordnet sein (Art. 30e Abs. 1 lit. c revVAG);
- der fehlende Rückgriff der Anlegerinnen auf die Zedentin; und
- die Beschränkung der Ansprüche der Anlegerinnen auf den realisierbaren Wert der unterliegenden Aktiven durch „*limited-recourse*“-Klauseln (Gewährleistung der vollständigen Kapitaldeckung der Zweckgesellschaft trotz Zahlungen an die Anlegerinnen) und „*non-petition*“-Klauseln (Verzicht auf die Einleitung der Betreibung oder des Konkurses der Zweckgesellschaft);

⁴⁹ Siehe unten, [III.2.c](#)).

solche Klauseln sollen vertraglich gewährleisten, dass die Ansprüche der Zedentin und der Anlegerinnen nur aus dem Vermögenspool gezahlt werden, welcher für die entsprechenden Ansprüche vorgesehen ist (unter Vorbehalt von vor- oder gleichrangigen Forderungen Dritter).

IV. Risikogruppen und Teilvermögen

I. Risikogruppen

a) Hintergrund

In der Praxis besteht das Bedürfnis, dass eine Versicherungszweckgesellschaft gleichartige Risiken von verschiedenen Versicherungsunternehmen oder verschiedenartige Risiken desselben Versicherungsunternehmens übernehmen kann, damit nicht jedes Mal dafür ein neuer Rechtsträger errichtet werden muss.

Kennzeichnend für solche Risikogruppen ist, dass sie wie eigenständige Unternehmen behandelt werden, denen jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Dieses Konzept ist in der Schweizer Rechtslandschaft nicht unbekannt. So lässt das Kollektivanlagengesetz kollektive Kapitalanlagen mit Teilvermögen zu, die nur für ihre jeweiligen eigenen Verbindlichkeiten haften.⁵⁰ Gleiches gilt im Recht der Anlagestiftungen, bei denen eine Unterteilung in verschiedene Anlagegruppen zulässig ist. Das Vermögen der Anlagegruppen wird jeweils rechtlich gesondert behandelt.⁵¹

Rechtsvergleichend ist auf die *protected cell company* im Vereinigten Königreich⁵² und auf die segmentierten Verbandspersonen nach liechtensteinischem Recht⁵³ hinzuweisen. Die Risikogruppen beruhen auf dem Konzept dieser Rechtsformen.

⁵⁰ Vgl. Art. 92-94 des Bundesgesetz über die kollektiven Kapitalanlagen vom 23. Juni 2006 (Kollektivanlagengesetz, KAG, SR 951.31).

⁵¹ Art. 38 ff. der Verordnung über die Anlagestiftungen vom 10. und 22. Juni 2011 (ASV, SR 831.403.2).

⁵² „The Risk Transformation Regulation 2017“.

⁵³ Art. 243 ff. des Personen- und Gesellschaftsrechts vom 20. Januar 1926 (PGR).

b) *Wesen einer Risikogruppe*

Mit den Risikogruppen führt der Gesetzgeber die Möglichkeit der Segmentierung der Versicherungszweckgesellschaft ein.⁵⁴ Eine Risikogruppe bezieht sich auf ein spezifisches Risiko,⁵⁵ das die Versicherungszweckgesellschaft von einer bestimmten Zedentin übernimmt und vollständig über die Emission von entsprechenden Finanzinstrumenten absichert (Art. 30f Abs. 1 Satz 4 revVAG).

Eine Risikogruppe wird im Rechtsverkehr wie ein unabhängiges, eigenständiges Unternehmen behandelt, ohne dass ihr eine eigene Rechtspersönlichkeit zukommt. Die Unabhängigkeit und Eigenständigkeit einer Risikogruppe zeigt sich in drei Bereichen: im Teilvermögen, im Aussenauftritt und in der Haftung.

Jede Risikogruppe ist rechnerisch selbstständig geführt, wirtschaftlich unabhängig und stellt ein rechtlich verselbstständigtes Teilvermögen dar (Art. 30f Abs. 1 Satz 3 revVAG). Das Teilvermögen ist vom Vermögen der Zweckgesellschaft und von den Teilvermögen der anderen Risikogruppen getrennt. Diese getrennten Vermögensmassen erlauben es den einzelnen Risikogruppen, ihre Geschäfte unabhängig voneinander zu betreiben.

Eine Risikogruppe tritt sodann im Aussenverhältnis eigenständig auf. Die Risikogruppen haben zwar keine eigenen Organe. Jedoch treten gegen aussen die vertretungsberechtigten Personen der Zweckgesellschaft für eine Risikogruppe auf. Dieser Aussenauftritt muss jedoch mit dem ausdrücklichen Hinweis erfolgen, dass für eine bestimmte Risikogruppe gehandelt wird.⁵⁶

Die Eigenständigkeit der Risikogruppen zeigt sich schliesslich im Haftungsregime. Eine Risikogruppe haftet nur mit ihren eigenen Vermögenswerten (Art. 30f Abs. 2 revVAG). Somit haftet eine Risikogruppe nur für diejenigen Risiken, welche ihr zugeordnet werden. Anlageseitig sind die Anlegerinnen nur am Vermögen und am Ertrag derjenigen Risikogruppe berechtigt, in die sie investiert haben bzw. an der sie beteiligt sind. Dieser Grundsatz ist auch im Konkurs der Versicherungszweckgesellschaft umgesetzt. Denn die Sachen und Rechte einer Risikogruppe werden im Konkurs der Versicherungszweckgesellschaft grundsätzlich abgesondert (Art. 30f Abs. 3 revVAG).⁵⁷

⁵⁴ Art. 30f revVAG; EFD, Erläuternder Bericht, 51.

⁵⁵ Zum Begriff „spezifisches Risiko“, vgl. Art. 111e Abs. 2 E-AVO, wonach als spezifisches Risiko im Sinne von Artikel 30f Abs. 1 revVAG gleichartige oder verschiedenartige Risiken aus einem oder mehreren Versicherungszweigen eines oder mehrerer Versicherungsunternehmen gelten.

⁵⁶ EFD, Erläuternder Bericht, 51.

⁵⁷ Vgl. die Ausnahmen von der Absonderung in Art. 30f Abs. 3 lit. a-c revVAG.

c) Errichtung

Für die Errichtung einer Risikogruppe sind bestimmte Transparenz- und Offenlegungspflichten einzuhalten. Eine Risikogruppe kann nur errichtet werden, wenn die Statuten die Oberleitungsorgane dazu ermächtigen (Art. 111m Abs. 1 E-AVO).

Die Errichtung einer Risikogruppe erfolgt nach Massgabe eines Risikoreglements, das gewisse Bestimmungen zwingend enthalten muss (Art. 111m Abs. 2 E-AVO). Es muss insbesondere für die einzelne Risikogruppe den Geschäftsbereich, die Organisation und Vertretung und das Teilvermögen (einschliesslich Gebühren und Kosten zulasten der Risikogruppe) definieren.

Das Risikogruppenreglement muss den Anlegerinnen der Risikogruppe zugänglich gemacht werden. Sofern es nicht elektronisch zugänglich ist, kann jede Anlegerin verlangen, dass es ihr zugestellt wird (Art. 111m Abs. 3 E-AVO).

2. Teilvermögen

Das Gesamtvermögen einer Versicherungszweckgesellschaft umfasst gemäss Art. 30f Abs. 1 revVAG das Gesellschaftsvermögen und das Risikovermögen der Risikogruppen. Das Gesellschaftsvermögen besteht aus dem Vermögen, das nicht den einzelnen Risikogruppen zugeordnet ist (Art. 111n Abs. 1 Satz 2 E-AVO). Das Risikovermögen gliedert sich in die Teilvermögen der einzelnen Risikogruppen. Jede Risikogruppe verfügt über ein rechtlich verselbstständigtes Teilvermögen, das ein eigenes Haftungssubstrat darstellt (Art. 111n Abs. 1 und Abs. 2 E-AVO).

Eine Risikogruppe bezieht sich auf ein spezifisches Risiko,⁵⁸ das die Versicherungszweckgesellschaft von einer Zedentin übernimmt und vollständig über die Emission von entsprechenden Finanzinstrumenten absichert. Jedes Teilvermögen wird von den jeweiligen Anlegerinnen geäufnet. Nach Art. 111n Abs. 2 E-AVO müssen die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten der einzelnen Teilvermögen eindeutig identifizierbar sein und voneinander sowie vom Gesellschaftsvermögen getrennt gehalten werden. Entsprechend muss für das Gesellschaftsvermögen und für die einzelnen Risikogruppen gesondert Buch geführt werden (Art. 111t Abs. 1 E-AVO).

⁵⁸ Vgl. Art. 111e Abs. 2 E-AVO.

Literaturverzeichnis

- Banz Oliver, Rechtsprobleme der Allfinanz, Diss., Zürich 1999.
- Basler Kommentar zum Versicherungsaufsichtsgesetz, in: Hsu Peter Ch./Stupp Eric (Hrsg.), Basel 2013 (zit. BSK VAG-Bearbeiter/in, Art. X, N YY).
- Bürer Christoph, A Primer on Insurance-Linked Securities, GesKR 2010, 507 ff.
- Financial Times, Climate, war and inflation jolt reinsurers into action, Financial Times vom 8. August 2022, <<https://on.ft.com/3JDagcN>>.
- Heiss Helmut/Ernst Ariane, Finanzinnovationen im Versicherungsrecht – Ein Überblick, in: Möslin Florian (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2014.
- Koller Jannick, Der Begriff des versicherungsfremden Geschäfts im Versicherungsaufsichtsrecht, Diss., St. Gallen 2020.
- Mächler Monica, Versicherungsaufsicht: Resilienz und Zukunftsfähigkeit / Insurance Supervision: Resilience and Sustainability, Zürich/Basel/Genf 2021.
- Meier-Hayoz Arthur/Forstmoser Peter/Sethe Rolf, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, Mit neuem Firmen- und künftigem Handelsregisterrecht und unter Einbezug der Aktienrechtsreform, 12. A., Bern 2018.
- Schaal Christian, Risikotransfer durch Katastrophenanleihen, Eine rechtsvergleichende Untersuchung der aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Verbriefung von Versicherungsrisiken in der Schweiz, der Europäischen Union und in Deutschland, Schweizer Schriften zum Finanzmarktrecht, Band 97, in: Dieter Zobl/Mario Giovanoli/Rolf H. Weber (Hrsg.), Zürich/Basel/Genf 2010.
- Weber Rolf H./Baisch Rainer, Versicherungsaufsichtsrecht, 2. A., Bern 2017.
- Zimmermann Heinz, Finanzinnovationen und Risikotransfer auf Kapitalmärkten: Grundsätzliches und Aktuelles, SZW 2016, 574 ff.
- Zobl Dieter/Kramer Stefan, Schweizerisches Kapitalmarktrecht, Zürich/Basel/Genf 2004.

Sanierung – eine Einordnung

Peter Ch. Hsu*

Inhalt

I.	Ausgangslage	126
1.	Sanierung und Konkurs von Versicherungsunternehmen in der Praxis	126
2.	Stakeholders und Schutzinteressen	127
3.	Gründe für eine Regelung des Sanierungs- und Konkursrechts im revVAG	128
II.	Abgrenzung der Interventionsschwellen bzw. Massnahmen mit Blick auf die aufsichtsrechtlichen Kapitalvorschriften/SST von den Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr	130
III.	Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr – Übersicht	132
IV.	Schutzmassnahmen gemäss Art. 51 revVAG	134
V.	Sanierung	135
1.	Einleitung des Sanierungsverfahrens	135
2.	Sanierungsplan	135
VI.	Sanierungsmassnahmen	138
1.	Sanierungsmassnahme der Übertragung des Versicherungsbestandes oder von Teilen davon sowie weiterer Teile des Versicherungsunternehmens	138
2.	Sanierungsmassnahmen durch Kapitalmassnahmen	140
3.	Sanierungsmassnahme der materiellen Anpassung von Versicherungsverträgen	141
VII.	Rechte der Versicherten bei Sanierungsmassnahmen	143
VIII.	Aufschub der Beendigung von Verträgen im Falle von Massnahmen bei Insolvenzgefahr	143
IX.	Schlussbemerkungen	145
	Literaturverzeichnis	145

* Lara Langer, B.A. HSG, und MLaw Reto Kuoni, LL.M., danke ich für die wertvolle Mithilfe bei der Recherche und Aufarbeitung des Materials.

I. Ausgangslage

1. Sanierung und Konkurs von Versicherungsunternehmen in der Praxis

Gerät im Versicherungssektor ein Versicherungsunternehmen in eine Sanierungs- oder Konkursituation, so geht dem typischerweise eine finanzielle Schiefelage voraus, die sich kontinuierlich verschlechtert. Einen eigentlichen „Bank-Run“, wie er im Bankenbereich verbreitet ist, bei dem die Kundinnen und Kunden im wörtlichen Sinne zum Bankschalter rennen und ihr Kundenguthaben nach dem Prinzip „den Letzten beißen die Hunde“ abheben, gibt es bei Versicherungsunternehmen weniger bzw. kaum. Ganz auszuschliessen ist ein solcher „Run“ aber auch im Versicherungssektor nicht.¹ Insbesondere im Bereich des Lebensversicherungsgeschäfts ist es denkbar, dass die Versicherungsnehmer die Versicherungspolice kündigen, so dass das Versicherungsunternehmen den Rückkaufswert ausbezahlen muss. Allerdings sind die Hürden hierzu für die Versicherungsnehmerin oder den Versicherungsnehmer aufgrund der Abschreibung der Versicherungsabschlusskosten, die den Rückkaufswert reduzieren, relativ hoch. Weiter ist aber auch im Versicherungsbereich immerhin ein überraschendes Eintreten einer Überschuldungssituation (oder deren späte Entdeckung) möglich. Anschaulich ist das Beispiel aus der Praxis einer Versicherungsunternehmung, bei der sich aufgrund mangelnder Organisationsvorkehrungen (insbesondere mangelndem Personal in der Schadenbearbeitungsabteilung) die eingegangenen Schadenmeldungen der Versicherten unbearbeitet aufstapelten und dann erst verspätet bei der Aufarbeitung eine wahrscheinliche Überschuldung festzustellen war. Denkbar sind im Weiteren aber z.B. auch Betrugsfälle, bei denen allenfalls erst bei deren Aufdeckung eine Überschuldung festgestellt wird.

Sanierungsfälle sind in der Öffentlichkeit wenig bekannt – es gibt solche in der Praxis jedoch mehr als allgemein bekannt. Konkurse waren im Versicherungssektor in den letzten Jahren glücklicherweise tatsächlich sehr selten.² Trotz

¹ Vgl. FINMA, Resolution-Bericht 2020, Februar 2020, 34, abrufbar unter <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/finma-publikationen/resolution-bericht/20200225-resolution-bericht-2020.pdf?sc_lang=de&hash=862685365BCE9B8AA1536BDE8720D377>.

² Medienmitteilung der FINMA vom 15. Dezember 2014 über den Konkurs des Lebensversicherers Zenith Vie SA, abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/news/2014/12/mm-zenith-20141215/>>; Medienmitteilung der FINMA vom 18. Dezember 2013 über den Konkurs der PANVICALife Genossenschaft (war im Übrigen eine Tätigkeit ohne Bewilligung für das Lebensversicherungsgeschäft), abrufbar unter <<https://www.finma.ch/de/news/2013/12/mm-konkurs-panvica-20131218/>>.

schwierigem Marktumfeld (z.B. Negativzinsen) blieben in der Versicherungsbranche, sogar im Lebensversicherungsbereich, bisher grosse finanzielle Notlagen weitgehend aus.

2. Stakeholders und Schutzinteressen

Im Zusammenhang mit der Regelung des Sanierungsverfahrens stellen sich verschiedene grundsätzliche Fragen: Weshalb gibt es in unserer Rechtsordnung das Institut des Konkurses und weshalb bedarf es einer speziellen Regelung der Sanierung im VAG,³ wenn es schon in den Bestimmungen des SchKG⁴ allgemeine Regelungen dazu gibt? Weshalb soll ein Versicherungsunternehmen überhaupt saniert werden?

Ein Konkursverfahren schützt in der Regel die bestehenden Gläubigerinnen und Gläubiger, indem es ihre Gleichbehandlung besser gewährleistet, d.h. nicht zuerst befriedigte Gläubigerinnen und Gläubiger gegenüber anderen Gläubigerinnen und Gläubigern bevorteilt werden. Weiter können Gläubigerinnen und Gläubiger von gesetzlich privilegierten Forderungen bei der Verteilung entsprechend berücksichtigt und geschützt werden (vgl. Art. 219 SchKG und Art. 54a revVAG). Zudem vermeidet der Konkurs, dass nicht überlebensfähige Versicherungsunternehmen weiter bestehen und potentielle Vertragspartnerinnen und Vertragspartner (insbesondere auch Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer) gefährdet werden (vgl. hierzu das Thema *Konkursverschleppung*).⁵ Somit schützt der Konkurs auch potentielle zukünftige Vertragspartnerinnen und Vertragspartner sowie Gläubigerinnen und Gläubiger eines Unternehmens. Im Rechtssystem einer Marktwirtschaft zielt der Konkurs letztlich auf eine zweckmässige Ressourcenallokation ab, indem die Ressourcen effizienten Unternehmen zugeführt werden und nicht solchen, die ineffizient und nicht lebensfähig sind.⁶ Dies ist etwas anders in planwirtschaftlichen Systemen; doch auch dort sind mittlerweile Regelungen des Konkursverfahrens in der Gesetzgebung zu finden.

In einem Konkurs bzw. einer Liquidation werden häufig Vermögenswerte vernichtet. Die Bewertung der Aktiven eines Unternehmens in einem *going concern* Szenario ist in der Regel wesentlich höher als in einem *gone concern*

³ Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG, SR 961.01).

⁴ Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (SchKG, SR 281.1).

⁵ Vgl. BSK OR II-Watter/Maizar, Art. 728c, N 8.

⁶ von der Crone/Pfister/Sibbern, 3; Schäfer/Ott, 718.

Szenario. Das kann gegebenenfalls mit einer Sanierung vermieden werden. Insbesondere können mit einer Sanierung des Versicherungsbestandes (oder des Versicherungsunternehmens) allenfalls die Interessen der Versicherten besser geschützt werden als in einem Konkurs.⁷ Dies hängt unter anderem mit der Charakteristik des Versicherungsvertrages als Dauervertrag zusammen. Ein prominentes Beispiel hierfür ist die Privatversicherung in der Krankenzusatzversicherung. Falls eine Versicherungsnehmerin oder ein Versicherungsnehmer über Jahrzehnte hinweg Versicherungsprämien für eine private Krankenzusatzversicherungspolice bezahlt und dann im Alter – also dann, wenn sie oder er typischerweise vermehrt Krankenversicherungsleistungen in Anspruch nehmen muss – das Versicherungsunternehmen in Konkurs gerät, nützt ihr oder ihm eine Konkursdividende im Konkurs des Versicherungsunternehmens wenig. Sie oder er werden nämlich im fortgeschrittenen Alter kaum eine alternative Privatversicherungsdeckung auf dem Markt finden und schon gar nicht zu denselben Konditionen.⁸

Im Zusammenhang mit Konkurs und Sanierung sind die Interessen verschiedener sog. Stakeholders zu berücksichtigen. An vorderster Stelle stehen die Interessen der Versicherten bzw. Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer. Dazu kommen die Interessen weiterer Gläubigerinnen und Gläubiger, die Interessen der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die Interessen potentieller, zukünftiger Vertragspartnerinnen und Vertragspartner sowie zukünftiger Gläubigerinnen und Gläubiger etc. Erst zuletzt sind – soweit noch möglich – die Interessen der Eigentümerinnen und Eigentümer zu berücksichtigen. Im Weiteren bestehen auch volkswirtschaftliche Interessen, z.B. jene der Systemstabilität (neu gibt es den Begriff des wirtschaftlich bedeutenden Versicherungsunternehmens, s. Art. 22a revVAG), die mit Überlegungen der Ressourcenallokation verknüpft sind.

3. Gründe für eine Regelung des Sanierungs- und Konkursrechts im revVAG

Treiber der Revision des Sanierungs- und Konkursrechtes im revVAG waren insbesondere die folgenden:

⁷ Botschaft des Bundesrats vom 21. Oktober 2020 zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), BBl 2020, 8967 ff., 8974.

⁸ BBl 2020, 8974.

Es fehlte bisher eine spezialgesetzliche Regelung des Sanierungsrechts für Versicherungsunternehmen im VAG; dies trotz ausdrücklichem Ausschluss der Regelung des Nachlassverfahrens gemäss SchKG (Art. 53 Abs. 2 VAG).⁹ Das Wort „Sanierung“ wird im bisherigen VAG nur einmal in der Bestimmung zur Konkursöffnung genannt: „[...] besteht keine Aussicht auf Sanierung oder ist diese gescheitert [...]“, hat die FINMA den Konkurs zu eröffnen (Art. 53 Abs. 1 VAG). Das Verfahren und die Massnahmen der Sanierung wurden im Gesetz bisher jedoch nicht geregelt.

Die allgemeinen SchKG-Regeln wurden als ungenügend betrachtet, wegen des besonderen Schutzbedürfnisses der Versicherten (s. oben, [1.2](#) die Bemerkung zum Versicherungsvertrag als Dauervertrag¹⁰). Weiter sollten auch Regelungen zur Verbesserung der Systemstabilität (s. auch die Verweise auf wirtschaftlich bedeutende Versicherungsunternehmen, Art. 22a revVAG) getroffen werden.

Schliesslich drängt sich schon deshalb eine Spezialregelung für Versicherungsunternehmen im VAG auf, weil die FINMA (anstatt das Konkursgericht) zweckmässigerweise als zuständige Behörde vorgesehen ist: Die FINMA verfügt in diesem Bereich am ehesten über die erforderliche Fachkompetenz sowie Erfahrung und ist in Kontakt mit vielen entsprechenden, ausländischen Aufsichtsbehörden, was mit Blick auf die internationalen Verhältnisse bei Versicherungsgruppen nützlich sein kann.

Weiter wurden im revVAG die Regelungen des Sanierungsrechts (und des Konkursrechts) im Bankenrecht zu einem hohen Grad durch vergleichbare Regelungen nachvollzogen (vgl. die spezialgesetzlichen Sanierungs- (und Konkurs-)verfahren in Art. 28-32 BankG/BIV-FINMA¹¹).¹² Schliesslich wurden einige Regelungen der VKV-FINMA¹³ nunmehr ins Gesetz überführt und damit eine ordnungsgemässe Rechtsgrundlage geschaffen.¹⁴

⁹ BBl 2020, 8973.

¹⁰ Vgl. auch BBl 2020, 8973.

¹¹ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über die Insolvenz von Banken und Wertpapierhäusern vom 30. August 2012 (Bankeninsolvenzverordnung-FINMA, BIV-FINMA, SR 952.05).

¹² BBl 2020, 8974.

¹³ Verordnung der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht über den Konkurs von Versicherungsunternehmen vom 17. Oktober 2012 (Versicherungskonkursverordnung-FINMA, VKV-FINMA, SR 961.015.2).

¹⁴ BBl 2020, 9033.

Wichtig sind aber v.a. auch die Entwicklungen im internationalen Umfeld.¹⁵ Hierbei sind z.B. die Insurance Core Principles and Common Framework for the Supervision of Internationally Active Insurance Groups (ICPs and COM-Frame) der Internationalen Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden (International Association of Insurance Supervisors (IAIS)) und die Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), Abl. L 335 vom 17. Dezember 2009, 1 ff. (EU-Solvabilität II Richtlinie) zu nennen. Diesbezüglich ist festzustellen, dass wenige EU-Länder (z.B. die Niederlande) schon eine weitergehende Regelung des Sanierungsverfahrens vorsehen als andere.¹⁶ Weiter waren insgesamt die Entwicklungen und Standards in Bezug auf Sanierung und Konkurs in der Bankenregulierung eine wichtige Vorgabe (z.B. FSB Key Attributes of Effective Resolution Regimes for Financial Institutions).

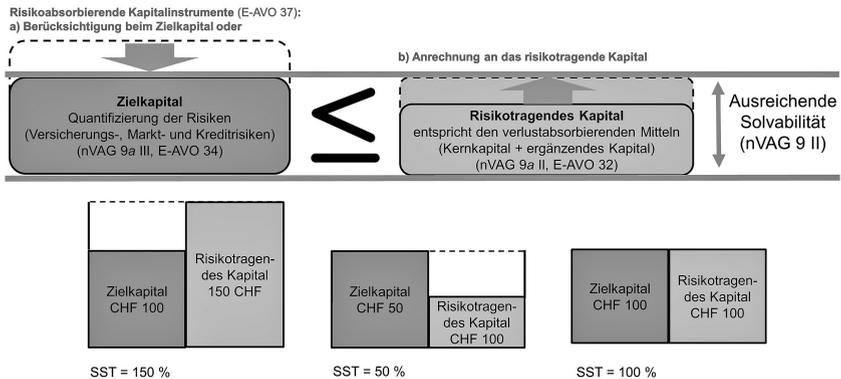
II. Abgrenzung der Interventionsschwellen bzw. Massnahmen mit Blick auf die aufsichtsrechtlichen Kapitalvorschriften/SST von den Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr

Der Begriff der Solvabilität wird in Art. 9 revVAG verständlich beschrieben: Die Solvabilität ist ausreichend, wenn das risikotragende Kapital mindestens so gross ist wie das Zielkapital (Art. 9 Abs. 2 revVAG). Das risikotragende Kapital entspricht den verlustabsorbierenden Mitteln (Art. 9a Abs. 2 revVAG). Für die Ermittlung des Zielkapitals werden die Risiken quantifiziert, denen das Versicherungsunternehmen ausgesetzt ist. Massgebend sind hierbei die Versicherungs-, Markt- und Kreditrisiken (Art. 9a Abs. 3 revVAG). Risikoabsorbierende Kapitalinstrumente können nach Genehmigung der FINMA entweder im Zielkapital berücksichtigt oder an das risikotragende Kapital angerechnet werden

¹⁵ EFD, Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 14. November 2018, 4, abrufbar unter <<https://www.admin.ch/gov/de/start/dokumentation/medienmitteilungen.msg-id-72921.html>>; hierzu ausführlich EFD, Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), Internationaler Vergleich und Regulierungsfolgenabschätzung vom 14. November 2018, 5 ff., abrufbar unter <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Publikationen_Dienstleistungen/Publikationen_und_Formulare/Regulierung/regulierungsfolgenabschaetzung/beispiele-rfa/internationaler-vergleich-und-regulierungsfolgenabschaetzung--20/aenderung-des-versicherungsaufsichtsgesetzes--vag---internationa.html>.

¹⁶ EFD, Internationaler Vergleich und Regulierungsfolgeabschätzung 2018, 9 f.

(Art. 37 Abs. 1 E-AVO). Siehe hierzu die nachfolgende, vereinfachte grafische Darstellung (der SST-Quotient ist der Quotient aus dem risikotragenden Kapital im Zähler und dem Zielkapital im Nenner (Art. 39 Abs. 1 E-AVO)):



Die FINMA hat Schutzmassnahmen gemäss Art. 51 revVAG zu ergreifen, wenn der SST-Quotient eines Versicherungsunternehmens gewisse Schwellenwerte (die sog. Interventionsschwellen) unterschreitet (Art. 51 Abs. 1 E-AVO). Nachfolgend einige Kernpunkte der Regelungen:

- Ein Versicherungsunternehmen ist im grünen Bereich, wenn der SST-Quotient über der Schwelle von 100% liegt. In diesem Fall ist ein Versicherungsunternehmen im Normalbetrieb (*courant normal*). Durch das Versicherungsunternehmen werden in dieser Phase allenfalls gewisse Vorsorgemassnahmen für Krisensituationen zu treffen sein (z.B. die Ausarbeitung eines Stabilisierungsplans).
- Gerät eine Versicherungsunternehmung in den gelben Bereich (SST-Quotient liegt zwischen den Schwellen von 100% und 33%), kann die FINMA unter angemessener Würdigung des Einzelfalls alle Schutzmassnahmen gemäss Art. 51 revVAG anordnen, die zur Wahrung der Interessen der Versicherten des Versicherungsunternehmens erforderlich erscheinen (Art. 52 Abs. 2 E-AVO). Solche Massnahmen sind insbesondere die Anordnung der Einstellung des Neugeschäfts und die geordnete Abwicklung des bestehenden Versicherungsbestandes (Art. 52 Abs. 2 E-AVO). Die Versicherungsunternehmung hat einen Massnahmenplan zu erarbeiten und diesen der FINMA innert einer Frist von zwei Monaten zur Genehmigung zu unterbreiten (Art. 53 Abs. 1 E-AVO). Das Versicherungsunternehmen muss dabei einen allfälligen Stabilisierungsplan gemäss Art. 22a revVAG würdigen (Art. 53 Abs. 1 letzter Satz E-AVO). Der Begriff „würdigen“ lässt m.E. ein weites Ermessen des Versicherungsunternehmens zu; Abweichungen müssen wohl sachlich begründet sein. Der Massnahmenplan ist so auszugestalten,

dass innerhalb einer Frist von 24 Monaten ab dem Zeitpunkt seiner Genehmigung durch die FINMA das Versicherungsunternehmen, ausgehend vom gelben Bereich, mit hoher Wahrscheinlichkeit wieder den grünen Bereich erreicht, wobei die FINMA diese Frist verlängern kann.

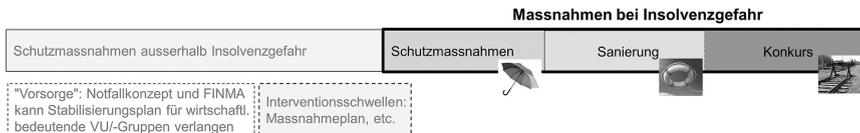
- Gerät eine Versicherungsunternehmung in den roten Bereich (SST-Quotient liegt unter der Schwelle von 33%), darf das Versicherungsunternehmen keine neuen Versicherungsverträge mehr abschliessen und ist abzuwickeln, sofern keine Sofortmassnahmen vorgelegt werden können, die es innerhalb kurzer Zeit aus dem roten Bereich herausführt (Art. 52 Abs. 3 E-AVO). Weiter hat die FINMA allfällige weitere erforderliche Massnahmen zu ergreifen und kann dem Versicherungsunternehmen die Bewilligung gemäss Art. 37 FINMAG entziehen (Art. 52 Abs. 3 und 4 E-AVO).

Diese Massnahmen aufgrund der Interventionsschwellen, die auf die Solvenz, d.h. den SST-Quotienten, Bezug nehmen, sind von den Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr (Art. 51a revVAG) zu unterscheiden. Die Ersteren werden den Letzteren in der Regel zeitlich vorausgehen, weshalb eine zeitliche Überschneidung durchaus möglich sein dürfte.

III. Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr – Übersicht

Besteht begründete Besorgnis, dass ein Versicherungsunternehmen überschuldet ist oder ernsthafte Liquiditätsprobleme hat, kann die FINMA folgende Massnahmen bei Insolvenzgefahr anordnen (Art. 51a revVAG):

1. Schutzmassnahmen nach Art. 51 revVAG
2. Sanierung gemäss Art. 52a ff. revVAG
3. Versicherungskonkurs gemäss Art. 53 ff. revVAG



Die Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr knüpfen an die *bilanzielle Situation*, nicht an die aufsichtsrechtlichen Kapitalvorschriften/SST, an.¹⁷ Weiter genügt eine begründete Besorgnis, d.h. die Gefahr einer Insolvenz. Diese muss noch nicht eingetreten sein.¹⁸

¹⁷ BBl 2020, 9014 f.

¹⁸ BBl 2020, 9015.

Fremdkapitalinstrumente, die von der FINMA als risikoabsorbierende Kapitalinstrumente anerkannt sind, werden bei der Feststellung der Überschuldung nicht berücksichtigt, falls vertraglich (Art. 51a Abs. 4 revVAG):

- die Nachrangigkeit von Kapitalforderungen und Zins in Liquidation, Konkurs oder Sanierung vereinbart wurde und alle vorrangigen Forderungen, auch im Fall der Liquidation, des Konkurses oder der Sanierung gedeckt sind;
- keine Pflicht zur Zahlung besteht, wenn diese zu ernsthaften Liquidationsproblemen führen würde.

Im Falle von Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr gelten verschiedene allgemeine Regelungen, z.B.:

- Die Anwendung der Bestimmungen des SchKG über das Nachlassverfahren (Art. 293-336 SchKG) und die Bestimmungen des OR betreffend die Benachrichtigung des Gerichts (Art. 725a Abs. 3 OR, etc.; Art. 51a Abs. 6 revVAG) sind ausgeschlossen.
- Die Anordnungen der FINMA umfassen sämtliche Vermögenswerte des Versicherungsunternehmens mit Aktiven und Passiven, im In- und Ausland, sowie Vertragsverhältnisse (Art. 51a Abs. 7 revVAG). Grundsätzlich enthalten Zwangsmassnahmen staatlicher Behörden lediglich innerstaatliche Wirkung. Ob schweizerische Massnahmen auch auf ausländisches Vermögen einer schweizerischen Versicherungsunternehmung Anwendung finden, hängt von der Haltung des ausländischen Rechts ab. In allen EU-Mitgliedstaaten gilt Art. 9 Abs. 1 der Verordnung (EG) NR 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I), ABl L 177, vom 4. Juli 2008, 6, berichtigt in ABl L 309 vom 24. November 2009, 87 (Rom I-Verordnung), der es ermöglicht, zwingende Eingriffsnormen von Drittstaaten zu berücksichtigen (sog. *loi d'application immédiate*).¹⁹ Dieser Wille zur internationalen Anwendung kommt in der Bestimmung Art. 51a Abs. 7 revVAG klar zum Ausdruck (vgl. Art. 25 Abs. 4 BankG und Art. 197 Abs. 1 SchKG).²⁰
- Im Weiteren werden im Voraus geschlossene Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsvereinbarungen gegenüber Anordnungen im Rahmen von Schutzmassnahmen, Sanierung und Konkurs vorbehalten (Art. 51b revVAG; vgl. Art. 27 BankG). Hierbei bleibt jedoch die Möglichkeit des Aufschubs gemäss Art. 52g revVAG (siehe unten, [VI.3.](#)).

¹⁹ BBl 2020, 9015.

²⁰ BBl 2020, 9016.

- Im Übrigen wird festgehalten, dass die FINMA vor der Anordnung von Massnahmen der Sanierung und des Konkurses Vermögenswerte des Versicherungsunternehmens dem gebundenen Vermögen bis zur Höhe des Sollbetrags gemäss Art. 18 VAG zuordnet (Art. 51a Abs. 2 revVAG).

IV. Schutzmassnahmen gemäss Art. 51 revVAG

Die FINMA kann Schutzmassnahmen zur Wahrung der Interessen der Versicherten treffen, falls ein Versicherungsunternehmen den Vorschriften des VAG, einer Verordnung (z.B. AVO) oder einer Anordnung der FINMA nicht nachkommt oder die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet erscheinen (Art. 51 Abs. 1 revVAG). Der Beispielkatalog in Art. 51 Abs. 2 revVAG bleibt im Wesentlichen gleich wie im bisherigen Art. 51 Abs. 2 VAG. Neu sind insbesondere die Klarstellung, dass Schutzmassnahmen angewendet werden können a) als selbstständige Massnahme bei Insolvenzgefahr oder b) als Massnahme bei Insolvenzgefahr in Verbindung mit einer Sanierung oder dem Konkurs oder c) auch ausserhalb der Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr (Art. 51a Abs. 3 revVAG). Weiter sieht das revidierte Gesetz die Klarstellung vor, dass Schutzmassnahmen auch für wesentliche Gruppen- oder Konglomeratsgesellschaften angeordnet werden können, was der bisherigen Praxis entspricht (vgl. Art. 51 Abs. 1 revVAG).²¹ Ferner gilt, dass die Stundung und der Fälligkeitssaufschub als Schutzmassnahme auch ohne Bestehen einer Insolvenzgefahr angeordnet werden können (Art. 51 Abs. 2 lit. i revVAG).

Die FINMA hat für eine angemessene Publikation der Massnahmen zu sorgen, wenn eine solche zur Durchsetzung der Massnahme oder zum Schutz Dritter erforderlich ist (Art. 51 Abs. 3 erster Satz revVAG). Sie kann jedoch auch auf die Publikation verzichten, wenn dadurch der Zweck der angeordneten Massnahme vereitelt würde (Art. 51 Abs. 3 zweiter Satz revVAG). Diese Möglichkeit ist sehr wichtig, da die Publikation von Massnahmen der FINMA bei Insolvenzgefahr typischerweise gerade dazu führen kann, dass sich diese Gefahr materialisiert, weil die Marktteilnehmerinnen und Marktteilnehmer aufgrund des Vertrauensverlusts mit einem solchen Versicherungsunternehmen keine Verträge mehr eingehen oder aufrechterhalten möchten. Bei börsenkotierten Versicherungsunternehmen ist zudem das Verhältnis zur Bekanntgabepflicht kursrelevanter Tatsachen (Ad hoc-Publizität; Art. 53 SIX Swiss Exchange Kotierungsreglement vom 15. Juli 2022 [„KR“]) und die für diese geltende Regelung des Bekanntgabeaufschubes (Art. 54 KR) zu beachten.

²¹ BBl 2020, 9014.

V. Sanierung

1. Einleitung des Sanierungsverfahrens

Die FINMA kann ein Sanierungsverfahren einleiten, wenn begründete Aussicht auf (eine erfolgreiche) Sanierung des Versicherungsunternehmens oder auf Weiterführung einzelner Versicherungsdienstleistungen besteht (z.B. Schadenbearbeitungsabteilung; Art. 52a Abs. 1 revVAG). Die Entscheidung, ob ein Sanierungsverfahren durchzuführen ist, liegt in diesem Rahmen im Ermessen der FINMA. Hierbei sind m.E. die gesamten Umstände des Falles zu berücksichtigen, z.B. auch, ob die für das Versicherungsunternehmen verantwortlichen Organpersonen ein Sanierungsverfahren aktiv und zielführend unterstützen, soweit nicht sie der eigentliche Grund für das Problem sind. Gegebenenfalls kann das ein Faktor für eine gute Aussicht auf eine erfolgreiche Sanierung sein. Primäres Ziel der Sanierung ist der Schutz der Versicherten, nicht der Fortbestand des Versicherungsunternehmens.²² Besteht keine Aussicht auf Sanierung, ist eine Sanierung gescheitert oder wird der Sanierungsplan – falls dieser einen Eingriff in die Gläubigerrechte vorsieht (Art. 52k Abs. 1 revVAG) – durch 50% oder mehr der Gläubigerinnen und Gläubiger abgelehnt, hat die FINMA dem Versicherungsunternehmen die Bewilligung zu entziehen und den Konkurs zu eröffnen (Art. 52k Abs. 2 revVAG; Art. 53 Abs. 1 revVAG) sowie diesen zu publizieren (Art. 53 Abs. 1 revVAG). Die Anordnung des Konkurses durch die FINMA hat die Wirkung einer Konkurseröffnung durch das Gericht (Art. 54 Abs. 1 VAG; Art. 197–220 SchKG).

2. Sanierungsplan

Im Zentrum des Sanierungsverfahrens steht der Sanierungsplan. Gemäss Wortlaut des Gesetzes ist dieser durch die FINMA zu genehmigen (Art. 52j revVAG). Insoweit scheint es, dass dieser grundsätzlich durch das Versicherungsunternehmen selbst zu erstellen ist (zweckmässiger Weise wohl in enger Abstimmung mit der FINMA). Die FINMA kann auch eine sog. Sanierungsbeauftragte oder einen sog. Sanierungsbeauftragten mit der Ausarbeitung und Umsetzung des Sanierungsplans beauftragen (Art. 52a Abs. 3 revVAG).

Der Sanierungsplan ist ein Strategieinstrument.²³ Darin ist darzustellen, wie die Insolvenzgefahr des Versicherungsunternehmens beseitigt wird und welche Massnahmen hierzu angeordnet werden (Art. 52b Abs. 1 revVAG). Die Massnahmen sind insbesondere die folgenden: i) Übertragung des Versiche-

²² BBl 2020, 9016.

²³ BBl 2020, 9017.

rungsbestandes oder von Teilen davon sowie weiterer Teile des Versicherungsunternehmens (Art. 52c revVAG), ii) Forderungsreduktion und Kapitalmassnahmen wie die Wandlung von Fremdkapital in Eigenkapital sowie die Herabsetzung des bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals (Art. 52d revVAG) und iii) die Anpassung von Versicherungsverträgen (Art. 52e revVAG). Die FINMA hat den Sanierungsplan zu genehmigen, wenn er namentlich folgende Voraussetzungen erfüllt:

1. Erfüllung der Vorgaben gemäss Art. 52b revVAG, d.h. insbesondere die Einhaltung der Bewilligungsvoraussetzungen und der übrigen gesetzlichen Vorschriften (Art. 52b Abs. 2 revVAG). Es sind jedoch Erleichterungen möglich, falls sich die Sanierung auf die geordnete Abwicklung des bestehenden Versicherungsbestandes ohne Abschluss von Neugeschäften (*run-off*) beschränkt. Dies wird in der Praxis wohl der Regelfall sein.
2. Der Sanierungsplan beruht auf einer Bewertung der Aktiven und Passiven des Versicherungsunternehmens sowie einer vorsichtigen Schätzung des Sanierungsbedarfs gemäss Grundsätzen ordnungsgemässer Rechnungslegung (Art. 52j Abs. 1 lit. b revVAG).
3. Die Gläubigerinnen und Gläubiger werden voraussichtlich wirtschaftlich nicht schlechter gestellt als bei sofortiger Eröffnung des Konkurses (sog. *no creditor worse off than in liquidation*-Prinzip; vgl. Art. 52j Abs. 1 lit. c revVAG).²⁴ Bei der Beurteilung, ob diese Voraussetzung erfüllt ist, ist auf eine *ex ante*-Sicht abzustellen.²⁵ Entscheidend ist somit, dass zum Zeitpunkt der Beurteilung dieser Sachlage die Gläubigerinnen und Gläubiger voraussichtlich wirtschaftlich nicht schlechter gestellt werden als bei einer sofortigen Konkursöffnung über das Versicherungsunternehmen. Falls sich somit im Nachhinein (d.h. *ex post*) erweist, dass allenfalls eine sofortige Konkursöffnung für die Gläubigerinnen und Gläubiger besser gewesen wäre als eine Sanierung, so schadet dies im Falle einer sorgfältigen Einschätzung durch die FINMA nicht. Bei der Entscheidung, ob diese Voraussetzung vorliegt, hat die FINMA einen grossen Ermessensspielraum. Gleichzeitig trägt die FINMA bei dieser Entscheidung auch eine grosse Verantwortung zur sorgfältigen Einschätzung, ob die Voraussetzung erfüllt ist.

²⁴ BBl 2020, 9029.

²⁵ De Serière/van der Houwen, 378; vgl. BSK BankG-Bauer, Art. 31b, N 24; vgl. FINMA, Resolutions-Bericht 2020, 19.

4. Weiter muss der Sanierungsplan einen Vorrang der Interessen der Gläubigerinnen und Gläubiger vor jenen der Eignerinnen und Eigner vorsehen und die Rangfolge der Gläubigerinnen und Gläubiger berücksichtigen (Art. 52j Abs. 1 lit. d revVAG).
5. Weiter sind die rechtliche oder wirtschaftliche Verbundenheit unter Aktiven, Passiven und Vertragsverhältnissen angemessen zu berücksichtigen, d.h. es soll insbesondere vermieden werden, dass Teile des Betriebes, die für die Fortführung des Betriebes bzw. des Versicherungsbestandes erforderlich sind, auseinandergerissen werden (Art. 52j Abs. 1 lit. e revVAG).

Die FINMA macht die Grundzüge des Sanierungsplans öffentlich bekannt und weist darauf hin, wie die betroffenen Gläubigerinnen und Gläubiger sowie Eignerinnen und Eigner Einsicht in den Sanierungsplan nehmen können (Art. 52j Abs. 3 revVAG). Sieht der Sanierungsplan einen Eingriff in die Rechte der Gläubigerinnen und Gläubiger vor, setzt die FINMA diesen spätestens mit der Genehmigung des Sanierungsplans eine Frist, innert der sie den Sanierungsplan ablehnen können. Lehnt die Hälfte oder mehr der bekannten Gläubigerinnen und Gläubiger den Sanierungsplan ab, so hat die FINMA den Konkurs des Versicherungsunternehmens anzuordnen (Art. 52k Abs. 2 revVAG). Für diese Ablehnung gilt m.E. das Kopfstimmprinzip. Dies, weil in diesem Zeitpunkt keine genauere Prüfung vorgenommen wird, bis zu welchem Betrag ein Gläubigeranspruch besteht oder nicht (vgl. dazu auch die Regelung im SchKG für die erste Gläubigerversammlung; Art. 52k revVAG). Die Genehmigung des Sanierungsplans mit unbenutztem Verstreichen der Frist hat konstitutive Rechtswirkung. Die Eintragungen in das Grundbuch, das Handelsregister oder andere Register haben lediglich deklaratorische Bedeutung (Art. 52l Abs. 2 revVAG).

Im Gesetz sind verschiedene Regelungen betreffend die Geltendmachung von Ansprüchen (u.a. Pauliana) vorgesehen (Art. 52m revVAG). Das Versicherungsunternehmen ist z.B. zur Anfechtung von Rechtsgeschäften nach den Art. 285-292 SchKG befugt, sobald die FINMA den Sanierungsplan genehmigt hat, d.h. nicht erst bei der Liquidation.

Die Anfechtung nach den Art. 285-292 SchKG ist ausgeschlossen gegen Rechtshandlungen, mit denen ein von der FINMA genehmigter Sanierungsplan ausgeführt wird (Art. 52m Abs. 3 revVAG). Diese Regelung ist sehr wichtig für die Rechtssicherheit der Vertragspartnerinnen und Vertragspartner einer Versicherungsunternehmung, die Transaktionen mit dem Versicherungsunternehmen während der Sanierung abschliessen.

Es besteht weiter die Möglichkeit einer Beschwerde gegen die Genehmigung des Sanierungsplans (Art. 54d Abs. 1 revVAG). Hierbei kann das Gericht jedoch nur eine Entschädigung zusprechen (z.B. durch Zuteilung von Aktien, anderen Beteiligungsrechten, Optionen oder Besserungsscheinen; Art. 54d Abs. 2 revVAG).²⁶

VI. Sanierungsmassnahmen

i. Sanierungsmassnahme der Übertragung des Versicherungsbestandes oder von Teilen davon sowie weiterer Teile des Versicherungsunternehmens

Als mögliche Massnahme kann der Sanierungsplan die Übertragung des Versicherungsbestandes oder von Teilen davon sowie weiterer Teile des Versicherungsunternehmens mit Aktiven oder Passiven auf einen anderen Rechtsträger vorsehen (Art. 52b Abs. 1 lit. a revVAG). Bei einer solchen Übertragung tritt der Übernehmer mit Genehmigung des Sanierungsplans an die Stelle des Versicherungsunternehmens (Art. 52c Abs. 1 revVAG; diese Bestimmung schliesst die Anwendbarkeit des FusG aus).

Der Übergang erfolgt zum Zeitpunkt der Genehmigung des Sanierungsplans (Art. 52c Abs. 1 revVAG). Bereits unter geltendem Recht gibt es die Möglichkeit, dass im Rahmen von sichernden Massnahmen der Versicherungsbestand und das zugehörige gebundene Vermögen eines Versicherungsunternehmens auf ein anderes Versicherungsunternehmen mit dessen Zustimmung übertragen wird (Art. 51 Abs. 2 lit. d VAG). Eine scheinbar kleine, aber wesentliche Ergänzung zur weiterhin bestehenden Regelung der Übertragung des Versicherungsbestandes im Rahmen von Schutzmassnahmen gemäss Art. 51 Abs. 2 lit. d VAG ist die neue, zusätzliche Regelung der Übertragung des Versicherungsbestandes im Sanierungsverfahren gemäss Art. 52b Abs. 1 lit. a und Art. 52c revVAG mit dem zusätzlichen Wortlaut „[...] oder von Teilen davon sowie weiterer Teile des Versicherungsunternehmens mit Aktiven und Passiven auf andere Rechtsträger“ (vgl. Art. 52b Abs. 1 lit. a revVAG). Aufgrund dieser zusätzlichen Regelung ist es nämlich möglich, im Sanierungsplan vorzusehen, dass nicht nur Vermögenswerte, die zum gebundenen Vermögen eines Versicherungsunternehmens gehören, sondern auch andere Vermögenswerte auf ein anderes Versicherungsunternehmen übertragen werden. Folgendes Beispiel aus der Praxis verdeutlicht dies: Die IT-Infrastruktur des sanierungsbedürftigen Versicherungsunternehmens A ist nicht kompatibel mit der IT-Infrastruktur

²⁶ Vgl. auch SchKG-Beschwerde gemäss Art. 17 SchKG; BBl 2020, 9034.

des übernehmenden Versicherungsunternehmens B. Die Übertragung der betreffenden IT-Infrastruktur des Versicherungsunternehmens A ist daher eine praktische Voraussetzung für die Übertragung des Versicherungsbestandes des Versicherungsunternehmens A auf das Versicherungsunternehmen B, weil ohne diese eine sofortige Migration der Daten des Versicherungsbestandes des Versicherungsunternehmens A auf das IT-System des übernehmenden Versicherungsunternehmens B nicht möglich wäre. Eine IT-Infrastruktur kann nicht dem gebunden Vermögen zugewiesen werden. Folglich bestand bisher das Problem, dass in einem solchen Fall ein Versicherungsbestand zwar möglicherweise rechtlich im Rahmen von sichernden Massnahmen gemäss Art. 51 Abs. 2 lit. d VAG hätte übertragen werden können, jedoch nicht sichergestellt war, dass auch die IT-Infrastruktur übertragen werden konnte. In Zukunft wird dieses Problem im Rahmen eines Sanierungsverfahrens einfach gelöst werden können, weil in diesem (anders als bei einer Übertragung des Versicherungsbestandes gemäss Art. 51 Abs. 2 lit. d VAG) nicht nur das zugehörige gebundene Vermögen, sondern auch weitere Teile des Versicherungsunternehmens im Rahmen der Übertragung gemäss Art. 52b Abs. 1 lit. d und Art. 52c revVAG übertragen werden können (in diesem Zusammenhang ist für die Rechtssicherheit seitens des Übernehmers natürlich auch der Ausschluss der Pauliana gemäss Art. 52m Abs. 3 revVAG wichtig).

In begründeten Fällen kann die FINMA zeitlich befristete Erleichterungen von den aufsichtsrechtlichen Anforderungen bezüglich des übertragenen Versicherungsbestandes für den Übernehmenden anordnen, soweit die Interessen der Versicherten gewahrt bleiben (Art. 52c Abs. 2 revVAG). Weiter regelt die FINMA bei nur teilweiser Übertragung von Aktiven, Passiven und Verträgen den Ausgleich zwischen den betroffenen Rechtsträgern. Sie kann eine unabhängige Bewertung anordnen und eine maximale Ausgleichssumme festlegen, um einen Verkauf zu ermöglichen (Art. 52c Abs. 3 revVAG, vgl. Art. 31b BankG).²⁷ Bei der Übertragung des Versicherungsbestandes gemäss Art. 52b Abs. 1 lit. a revVAG ist die Erhebung von kantonalen und kommunalen Handänderungsabgaben ausgeschlossen, wobei kostendeckende Gebühren vorbehalten bleiben (Art. 52c Abs. 4 revVAG). Mit Blick auf die möglicherweise hohen Beträge der Vermögenswerte können damit beachtliche Gebühren bzw. Kosten vermieden und somit letztlich auch die wirtschaftlichen Interessen der Versicherten geschützt werden (s. hierzu den Bundesgerichtsentscheid betreffend Erhebung von Handänderungsabgaben im Zusammenhang mit dem Wechsel einer Fondsleitung bei einer kollektiven Kapitalanlage, der für die Fondsanleger zu einer m.E. stossenden Gebührenbelastung führte²⁸).

²⁷ BBl 2020, 9019.

²⁸ Urteil des Bundesgerichts 2C_624/2021 vom 18. März 2022.

2. Sanierungsmassnahmen durch Kapitalmassnahmen

Es sind folgende Kapitalmassnahmen als Sanierungsmassnahmen vorgesehen:

1. Herabsetzung des bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals (Art. 52b Abs. 1 lit. b revVAG). Bei der Schaffung des neuen Eigenkapitals kann das Bezugsrecht ausgeschlossen werden, falls dessen Ausübung die Sanierung gefährden könnte, z.B. weil eine Erwerberin oder ein Erwerber das gesamte Aktienkapital übernehmen möchte (Art. 52d Abs. 1 revVAG; vgl. Art. 47 BIV-FINMA).
2. Wandlung von Fremd- in Eigenkapital (Art. 52d Abs. 2-5 revVAG)
3. Forderungsreduktion (Art. 52d Abs. 2-5 revVAG)

Die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital und Forderungsreduktion sind erst möglich, wenn das Gesellschaftskapital vollständig herabgesetzt wurde und risikoabsorbierende Kapitalinstrumente, die bei Eintritt vertraglich definierter Ereignisse eine Wandlung in Eigenkapital oder eine Forderungsreduktion vorsehen, vollständig herabgesetzt oder in Eigenkapital gewandelt wurden (Art. 52d Abs. 3 revVAG). Von der Wandlung und Forderungsreduktion ausgenommen sind: i) verrechenbare und gesicherte Forderungen, ii) Forderungen aus Verbindlichkeiten, die das Versicherungsunternehmen während der Dauer gewisser Schutzmassnahmen nach Art. 51 Abs. 2 lit. a, b, d, e und i revVAG oder während des Sanierungsverfahrens mit Genehmigung der FINMA oder des eingesetzten Untersuchungs- oder Sanierungsbeauftragten eingehen durfte (Art. 52d Abs. 2 lit. b revVAG). Weiter sind von der Wandlung und von der Forderungsreduktion ausgenommen: Forderungen aus Versicherungsverträgen, für die ein gebundenes Vermögen vorgeschrieben ist, soweit dies zur Sicherstellung der Ansprüche ausreicht (Art. 52d Abs. 2 lit. c revVAG).

Von der Wandlung und der Forderungsreduktion nicht ausgenommen sind nach Art. 219 Abs. 4 SchKG und nach VAG privilegierte Forderungen, d.h. z.B. Forderungen aus Versicherungsverträgen, die nicht durch gebundenes Vermögen besichert sind, oder solche, bei denen dies nicht zur Sicherung der Ansprüche ausreicht. In der Praxis können solche Forderungen häufig einen hohen Anteil der Forderungen eines Versicherungsunternehmens ausmachen, so dass eine zielführende Sanierung bei Ausschluss aller privilegierten Forderungen meist nicht möglich wäre (s. nachfolgend die Reihenfolge der Wandlungs- und Forderungsreduktion („Wasserfall“)).

von Versicherungsverträgen grundsätzlich auf gleicher Stufe.²⁹ Zurecht wird jedoch in der Botschaft darauf hingewiesen, dass die Sanierungsmassnahme der materiellen Anpassung von Versicherungsverträgen zurückhaltend einzusetzen sei.³⁰ Es dürfte daher m.E. in der Praxis zweckmässig sein, diese Massnahme in der Regel subsidiär zu einer Wandlung oder zur Forderungsreduktion anzuwenden.

Da bei der Anpassung von Versicherungsverträgen die Kaskade gemäss Art. 52d Abs. 4 VAG einzuhalten ist, sind Versicherungsverträge, für die kein gebundenes Vermögen nach Art. 17 VAG vorgeschrieben ist, vor Versicherungsverträgen anzupassen, für welche ein gebundenes Vermögen vorgeschrieben ist, soweit die sicherzustellenden Ansprüche nicht gedeckt sind (Art. 52d Abs. 4 lit. d und e revVAG).

Bei der Sanierungsmassnahme der materiellen Anpassung von Versicherungsverträgen gilt grundsätzlich der Grundsatz der (relativen) Gleichbehandlung der Versicherten, d.h. Versicherte in derselben Situation sind grundsätzlich gleich zu behandeln, dies z.B. bei identischen Versicherungsverträgen.³¹ Somit ist eine unterschiedliche Anpassung von Versicherungsverträgen verschiedener Kategorien möglich, falls dies im Sanierungsplan vorgesehen ist und im Gesamtinteresse der Versicherten liegt (Art. 52e Abs. 2 revVAG). Eine unterschiedliche Anpassung ist grundsätzlich möglich, wenn a) diese eine Sanierung des gesamten Versicherungsunternehmens oder von Teilen davon ermöglicht oder b) ein grösserer Sanierungsbeitrag geleistet wird als bei einer Gleichbehandlung der Versicherten (Art. 52e Abs. 3 revVAG). Verschiedene Anpassungsmöglichkeiten sind denkbar, z.B. eine Anpassung von Vertragsbedingungen, Prämien, Überschussbeteiligungen, Laufzeiten, Änderungen des Kündigungsrechts.³² Je nachdem sind die Eingriffe in die privaten Rechte der Versicherten verschieden. So dürfte z.B. die Streichung eines Beitrages an ein Fitnessabonnement den Versicherten im Vergleich zu anderen möglichen Vertragsanpassungen wenig beeinträchtigen. Weiter dürften z.B. auch Änderungen marktüblicher Elemente als eher gerechtfertigt erscheinen.³³ Es wird vorliegend daher neben dem Kriterium der Zweckmässigkeit v.a. auch das Kriterium der Verhältnismässigkeit zu beachten sein.

²⁹ BBl 2020, 9023.

³⁰ BBl 2020, 9023.

³¹ BBl 2020, 9024.

³² BBl 2020, 9023.

³³ Vgl. BBl 2020, 9023.

VII. Rechte der Versicherten bei Sanierungsmassnahmen

Im Rahmen von Sanierungsmassnahmen sind erhebliche Eingriffe in die Rechte der Versicherten möglich: Es sind daher im Falle von Kapitalmassnahmen und der materiellen Anpassung von Versicherungsverträgen (nicht jedoch bei der Übertragung des Versicherungsbestandes oder von Teilen davon sowie weiterer Teile des Versicherungsunternehmens) verschiedene Rechte der Versicherten bei Sanierungsmassnahmen vorgesehen (vgl. Überschrift der Bestimmung Art. 52f revVAG).

Ein Versicherungsunternehmen muss die Versicherungsnehmerinnen und Versicherungsnehmer innerhalb von 30 Tagen nach Rechtskraft des Sanierungsplanes individuell über die Eingriffe in die Rechte der Versicherten und über deren Kündigungsrecht informieren (Art. 52f Abs. 1 revVAG). Die Versicherungsnehmerinnen und die Versicherungsnehmer haben das Recht, innerhalb von drei Monaten nach Erhalt der Information mit sofortiger Wirkung zu kündigen (Art. 52f Abs. 2 revVAG). Weiter besteht das Recht der Gläubigerinnen und Gläubiger, den Sanierungsplan innerhalb der von der FINMA angesetzten Frist abzulehnen (Art. 52k revVAG).

Ein ausserordentliches Kündigungsrecht des Versicherten bei der Übertragung des Versicherungsbestandes ist nicht vorgesehen (Art. 52f revVAG). Immerhin ist für den Fall, dass bei einer Übertragung des Versicherungsbestandes auf einen anderen Rechtsträger nach Art. 52b Abs. 1 lit. a revVAG ein Eingriff in die Rechte der Versicherten erfolgt, dem Versicherten eine gleichrangige Ersatzforderung gegenüber dem zu sanierenden Versicherungsunternehmen im Umfang der finanziellen Einbusse zuzugestehen (Art. 52f Abs. 3 revVAG).³⁴

VIII. Aufschiebung der Beendigung von Verträgen im Falle von Massnahmen bei Insolvenzgefahr

Schutzmassnahmen, Massnahmen bei Insolvenzgefahr und Liquidation sollen keine vertraglichen Beendigungs- und Kündigungsrechte gemäss Art. 52f revVAG auslösen.³⁵ Mit der Anordnung oder Beendigung von Massnahmen nach den Art. 51a bis Art 52m revVAG kann die FINMA folgende Aufschübe vornehmen (Art. 52g Abs. 1 revVAG): Sie kann die Beendigung von Verträgen und die Ausübung von Rechten zu deren Beendigung sowie die Ausübung von Aufrechnungs-, Verwertungs- und Übertragungsrechten nach Art. 51b revVAG

³⁴ BBl 2020, 9025.

³⁵ BBl 2020, 9025.

aufschieben. Ein solcher Aufschub ist nur möglich, wenn die Beendigung oder Ausübung der Rechte durch die Massnahmen begründet ist (Art. 52g Abs. 2 revVAG). Den Aufschub kann die FINMA für längstens zwei Arbeitstage anordnen (Art. 52g Abs. 3 revVAG; vgl. die Regelung Art. 30a Abs. 3 BankG). Betreffend Ausnahmen von den Aufschubsmöglichkeiten s. Art. 52g Abs. 4 revVAG. Falls nach Ablauf des Aufschubs die Bewilligungsvoraussetzungen und gesetzlichen Vorschriften eingehalten werden, besteht der Vertrag weiter und die betreffenden Beendigungs- oder Ausübungsrechte können nicht mehr ausgeübt werden (Art. 52g Abs. 6 revVAG). Insoweit bestehen diese Rechtsverhältnisse so weiter, als wäre gar nie ein entsprechender Grund für eine Beendigung oder Ausübung der betreffenden Rechte durch die Massnahmen eingetreten.

Weiter kann die FINMA die Beendigung von Rückversicherungsverträgen oder die Ausübung von Rechten zu deren Beendigung aufschieben (Art. 52h Abs. 1 revVAG). Ein solcher Aufschub ist jedoch nur möglich, wenn die Beendigung oder die Ausübung der Rechte durch die Massnahmen begründet ist. Diese Aufschubsmöglichkeit ist in der Praxis von grosser Bedeutung. Im Rahmen dieser Aufschubsmöglichkeit kann die FINMA anordnen, dass die Rückversicherer für max. vier Monate bzw. max. zwei Monate nach Genehmigung des Sanierungsplanes den Rückversicherungsvertrag nicht beenden können (Art. 52h Abs. 3 revVAG). Dies verschafft der Versicherungsunternehmung Zeit, neue Rückversicherungsdeckung zu finden.³⁶

In Bezug auf Rückversicherungsverträge ist im Weiteren vorgesehen, dass die Forderungen des Versicherungsunternehmens (Zedenten) gegen das Rückversicherungsunternehmen bestehen bleiben und zwar ohne Kürzungen, die gegebenenfalls gegenüber dem Versicherten angeordnet wurden. Das Rückversicherungsunternehmen soll nicht durch die entsprechenden Sanierungsmassnahmen Vorteile erlangen. Vielmehr soll durch die Weiterführung der Rückversicherung verhindert werden, dass eine erfolgreiche Sanierung durch den Verlust der Rückversicherung gefährdet wird.³⁷

Als Ausgleich zur Wahrung der Interessen der betroffenen Versicherungsunternehmen, kann die FINMA diesen Einsichtsrechte in das Direktversicherungsunternehmen (Zedenten) während des Aufschubs gewähren (Art. 52h Abs. 4 revVAG).³⁸

³⁶ BBl 2020, 9027.

³⁷ BBl 2020, 9027.

³⁸ BBl 2020, 9028.

IX. Schlussbemerkungen

Das revVAG sieht neu eine Regelung des Sanierungsrechts vor. Etliche dieser Bestimmungen lehnen sich an betreffende Regelungen im BankG an. Die Sanierungsmassnahmen sehen verschiedene Massnahmen zur Rettung des Versicherungsbestandes eines Versicherungsunternehmens vor, wobei es primär um den Schutz des Versicherungsbestandes und nicht um den Schutz des Versicherungsunternehmens als solchem geht. Sanierungsmassnahmen sind insbesondere die Übertragung des Versicherungsbestandes oder von Teilen davon sowie weiteren Teilen des Versicherungsunternehmens mit Aktiven und Passiven, Kapitalmassnahmen (Herabsetzung des bisherigen und Schaffung neuen Eigenkapitals, die Wandlung von Fremd- in Eigenkapital und die Forderungsreduktion) und die materielle Anpassung von Versicherungsverträgen. Im Rahmen der Anordnung von Sanierungsmassnahmen sind schwere Eingriffe in die Rechte der Gläubigerinnen und Gläubiger und Versicherten (z.B. im Rahmen der materiellen Anpassung von Versicherungsverträgen) möglich. Es gelten daher grundsätzlich insbesondere folgende Prinzipien: das *no creditor worse off than in liquidation*-Prinzip, das Prinzip der (relativen) Gleichbehandlung der Gläubigerinnen und Gläubiger und das Verhältnismässigkeitsprinzip. Weiter stehen den Versicherten bzw. Gläubigerinnen und Gläubigern bei der Sanierung eines Versicherungsunternehmens verschiedene Rechte zu, insbesondere auch das Recht zur Ablehnung des Sanierungsplans, wobei hier auf eine Mehrheit der Gläubigerinnen und Gläubiger abgestellt wird.

Es wird interessant sein zu sehen, wie sich die Praxis der FINMA weiterentwickeln wird. Das revVAG stellt verschiedene gute Instrumente für die Sanierung eines Versicherungsunternehmens zur Verfügung. – Trotzdem bleibt zu hoffen, dass Sanierungsfälle im Versicherungssektor möglichst ausbleiben.

Literaturverzeichnis

Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art. 530 – 964), in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim/Rolf Watter (Hrsg.), 5. A., Basel 2016 (zit. BSK OR II-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

Basler Kommentar zum Bankengesetz, in: Rolf Watter/Vogt Nedim/Thomas Bauer/Christoph Winzeler (Hrsg.), 2. A., Basel 2013 (zit. BSK BankG-Bearbeiter/in, Art. XX, N YY).

De Serière Victor/van der Houwen Daphne, 'No Creditor Worse Off' in Case of Bank Resolution: Food for Litigation?, *Journal of International Banking Law and Regulation* 2016, 376 ff.

Schäfer Hans-Bernd/Ott Claus, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 6. A., Berlin 2020, 718.

von der Crone Hans Caspar/Pfister Loïc/Sibbern Eric, Revision des Aktienrechts: Sanierung,
Mai 2006, abrufbar unter <[https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:ba485626-efb6-4192-8e6a-0d671554ad2e/Revisionsvorschlag_Begleitbericht_Sanierungsrecht\(1\).pdf](https://www.ius.uzh.ch/dam/jcr:ba485626-efb6-4192-8e6a-0d671554ad2e/Revisionsvorschlag_Begleitbericht_Sanierungsrecht(1).pdf)>

Paneldiskussion „VAG/AVO Revision – Evolution oder Revolution?“ – Kapitalausstattung, Versicherungszweckgesellschaften und Sanierung

Mitwirkende: Hansjürg Appenzeller, Daniel Bell, Petra Ginter, Peter Ch. Hsu, Michel Kähr (Moderation)

Im Anschluss an die Referate zu den Themen „Kapitalausstattung“, „Versicherungszweckgesellschaften“ sowie „Sanierung – eine Einordnung“ fand eine Paneldiskussion mit den Referierenden statt. Der nachfolgende Bericht stellt eine Zusammenfassung dar und gibt die wesentlichen Überlegungen aus der Diskussion wieder.

Evolution oder Revolution der Revision des VAG?

Den Titel der Tagung „Evolution oder Revolution?“ aufnehmend sind sich die Diskutierenden einig, dass sowohl bei der Kapitalausstattung als auch bei der Versicherungszweckgesellschaften nicht von einer Revolution, sondern von einer Evolution gesprochen werden kann, indem auf Bestehendem aufgebaut und dieses weiterentwickelt wird. Bei der Sanierung wird die Möglichkeit zur Vertragsanpassung von Versicherungsverträgen als Sanierungsmassnahme als über eine Evolution hinausgehend und zumindest als „innovativer Ansatz“ beurteilt.

Zum Markt für Versicherungszweckgesellschaften

Für die Versicherungszweckgesellschaften wird – nach deren Einordnung in der Versicherungsbranche – festgehalten, dass sie einen eigenen Platz haben und die traditionellen Rückversicherungen nicht ersetzen werden. Oft sind es auch Rückversicherungsunternehmen, welche diese Instrumente aktiv einsetzen. Versicherungszweckgesellschaften sind bereits heute präsent im Markt, sind derzeit aber nicht in der Schweiz angesiedelt. Mit der vorliegenden Gesetzesänderung dürfte sich das Marktvolumen nicht gross ändern, hingegen werden möglicherweise vermehrt solche Konstrukte in der Schweiz angesiedelt. Dies hängt jedoch auch wesentlich von der jeweiligen steuerrechtlichen Situation ab. Versicherungszweckgesellschaften eignen sich insbesondere für Risiken, deren Eintrittswahrscheinlichkeit sehr gering sind, dafür im Falle des Eintretens sehr grosse Schäden verursachen; beispielsweise Risiken im Zusammenhang mit Naturkatastrophen.

Zu den Versicherungszweckgesellschaften

Bezüglich der Versicherungszweckgesellschaften wird hervorgehoben, dass sie als Risikomittlerinnen auftreten. Es sollen nach Möglichkeit gar keine Risiken bei ihr verbleiben. Entsprechend werden etwa Anlagerisiken ausgeklammert, indem die Anlagen im Ergebnis risikofrei angelegt werden. Zweck der Versicherungszweckgesellschaft ist es denn auch nicht, selber profitabel zu sein, sondern als Risikomittlerin zwischen dem aus dem Versicherungsbetrieb stammenden Risiko und dem Finanzmarkt zu stehen. Ein Aktionär einer Versicherungszweckgesellschaft hat deshalb grundsätzlich auch keine Renditeerwartungen – auch dies ein wesentliches Abgrenzungskriterium zu einem klassischen Versicherungsunternehmen. Die Prämie, welche das risikoabgebende Unternehmen zahlt, richtet sich primär nach den Renditeerwartungen, welche die Anleger für die Übernahme des entsprechenden Risikos erwarten, sowie nach den Kosten (bspw. Administrativkosten), die bei der Versicherungszweckgesellschaft anfallen.

Zur Kapitalausstattung von Versicherungsunternehmen

Betreffend Anforderungen an die Kapitalausstattung von Versicherungsunternehmen wird begrüsst, dass mit der Revision des VAG und der ausführenden AVO das Interventionsschwellenkonzept des Schweizer Solvenztest (SST) die Gläubigerhierarchie besser widerspiegelt. So ist es künftig etwa nicht mehr möglich, dass bei einem SST zwischen 80% und 100% ein Zinsaufschub auf Fremdkapital zur Anwendung kommt, dafür aber weiterhin Dividenden an die Aktionäre ausbezahlt werden können. Aus Anlegersicht werde die Revision des VAG generell positiv aufgenommen, mit der offensichtlichen Ausnahme, dass Anleger als Drittgläubiger nun in der Gläubigerhierarchie generell hinter die Versicherungsnehmer fallen. Dies könne eine Auswirkung auf die Kosten für die Fremdfinanzierung der Versicherungsunternehmen haben.

Ergänzend kommt dazu, dass in der Kapitalausstattung ein „Swiss Finish“ gegenüber den EU-Regeln vorliegt, dessen Effekte zumeist positiv beurteilt werden. Insbesondere lässt das schweizerische System des SST mehr Flexibilität innerhalb der Limiten zu, was aus Investorensicht attraktiv sei. Insgesamt sind die Anforderungen in der Revision aber nicht reduziert worden. Die Vorschriften des SST bleiben dadurch strenger im Vergleich zur EU-Regulierung, und es wird auch keine Qualitätseinbusse in Kauf genommen.

Zu Macht und Ermessen der FINMA im Sanierungsrecht

Zu einer allfälligen Machtkonzentration der FINMA, welche in einem Insolvenzfall über sehr viel Ermessen verfügt, wird darauf hingewiesen, dass dieses Ermessen sowohl Macht als auch Verantwortung darstellt. Das Ermessen er-

öffnet aber Möglichkeiten, in einem Einzelfall effektiv eine Rettung vornehmen zu können, welche andernfalls ausgeschlossen wäre. Letztlich braucht es ein Vertrauen, dass dieses Ermessen sinnvoll angewendet wird. Für eine Sanierung sind radikale Massnahmen notwendig, die vor allem schnell vorgenommen werden müssen. Sonst gibt es nichts mehr zu sanieren. Hierzu braucht es jemanden, der Entschiede trifft und das notwendige Ermessen hierfür hat. Dabei besteht auch das Risiko, dass eine Sanierung schiefläuft. Wenn die Entscheidungsgrundlage aber sachlich fundiert war und ein Entscheid sorgfältig getroffen wurde, dann ist auch zu akzeptieren, dass der Erfolg trotzdem ausbleibt, ohne gleich zu Staatshaftungsklagen zu greifen.

Zum Verhältnis der Sanierungsmassnahmen untereinander

Zu den möglichen Sanierungsmassnahmen (insb. Reduktion der Forderungen, Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital, Vertragsanpassungen) wird erläutert, dass es keine Reihenfolge in deren Anwendung gibt. Sie sind gleichwertig; im Einzelfall ist jeweils ein Entscheid zu treffen, was die richtige Massnahme ist. Dabei ist das Verhältnismässigkeitsprinzip relevant, wobei ein Eingriff in einen Vertrag per se massiv ist. In vielen Fällen werden aber die Sanierungsmassnahmen nicht alternativ, sondern kumulativ zur Anwendung gelangen.

Zu einem unabhängigen Sicherungssystem für Versicherungen

Auf die Frage aus dem Publikum, ob in der Schweiz ähnlich wie derzeit in der EU diskutiert werde, zusätzlich ein von den individuellen Unternehmen unabhängiges Sicherungssystem für insolvente Versicherungsunternehmen zu schaffen ist, wird ausgeführt, dass dies anlässlich der Revision des VAG diskutiert, aber wieder verworfen wurde. Das schweizerische System sieht einen pragmatischen Ansatz mit dem gebundenen Vermögen vor. Bei diesem muss sichergestellt sein, dass es in einer Krisensituation auch wirklich zur Verfügung steht. Das bedingt eine starke Regulierung mit den entsprechenden Aufwänden und Kosten, jedoch mit der erforderlichen Sicherheit. Die Schweiz kennt ein vom Versicherungsunternehmen unabhängiges Sicherungssystem einzig bezogen auf die Motorfahrzeughaftpflicht. Ein flächendeckendes System, das alle Versicherungsforderungen schützen würde, gibt es in der Schweiz aber nicht. Dazu kommt, dass es bei einem solchen Sicherungssystem immer zu einer Vergemeinschaftlichung von Risiken kommt. Dies kann zu unangenehmen Verzerrungen in der Risikosituation der einzelnen Unternehmen führen. Dies zeigte ein Fall im Bankenbereich, wo die Schweiz mit der Einlagensicherung ein solches Garantiesystem hat. So konnte im Fall der Kaupthing Bank diese mit Verweis auf die Einlagensicherung weiterhin Vermögenswerte an sich ziehen, obwohl sie bekanntermassen finanzielle Schwie-

rigkeiten hatte. Eine Verkolektivierung der Risiken kann falsche Anreize schaffen, weshalb es begrüssenswert ist, dass auf die Schaffung eines solchen Systems für Versicherungsunternehmen in der Schweiz verzichtet wurde.

Zur Anpassung von Versicherungsverträgen in der Sanierung bei Rückversicherungsunternehmen

Aus dem Publikum wird die Frage aufgeworfen, ob die Möglichkeit zur Anpassung von Direktversicherungsverträgen allenfalls in Analogie auch bei Rückversicherungsverträgen zur Anwendung kommen könnte; dies insbesondere vor dem Hintergrund der Internationalität des Geschäftes und der Durchsetzbarkeit. Hierzu wird ausgeführt, dass Art. 35 VAG die Anpassung von Rückversicherungsverträgen nicht ausschliesst, womit diese grundsätzlich zulässig sind. Eine andere Sache ist hingegen, ob es bei Unternehmen mit professionellen Gegenparteien wirklich Sinn macht, in die Verträge einzugreifen. Insbesondere wenn die Versicherungsverträge nicht unter schweizerischem Recht abgeschlossen werden, ist die relevante Frage dann diejenige nach der Durchsetzbarkeit der Massnahmen. Bei Versicherungsverträgen mit Wahl eines ausländischen Rechts, allenfalls noch verbunden mit im Ausland belegenen Sicherheiten, wird eine Sanierung bei diesen Verträgen generell schwierig, da die Gläubiger allenfalls die Möglichkeit haben, unabhängig von der Anordnung in der Schweiz ihre Rechte im Ausland durchzusetzen. Etwas verallgemeinert ist sodann zu berücksichtigen, dass es in einer Sanierungssituation naturgemäss nicht genug Geld für alle hat; hiervon sind auch die Versicherten betroffen. In solch einer Situation wird es Einschnitte geben müssen. Diese können in Form einer Forderungsreduktion, einer Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital oder auch in Form einer Vertragsanpassung erfolgen. In allen drei Varianten werden die Eingriffe schmerzhaft sein und es gibt keine guten Lösungen für die Gläubiger und Versicherten.

Zu den Protected Cell Companies

Auf eine Frage aus dem Publikum, warum in der VAG Revision zwar die Versicherungszweckgesellschaften neu geregelt werden, nicht aber die sogenannten „Protected Cell Companies“, wird zu bedenken gegeben, dass mit den vorliegenden Rechtsgrundlagen für Risikogruppen und Teilvermögen das Wesen einer „Protected Cell Company“ im schweizerischen Recht bereits umsetzbar ist. So können die gleichen Wirkungen erzielt werden wie bei einer „Protected Cell Company“. Das heisst, es besteht ein abgeschlossenes Vermögen, welches im Markt selber auftritt, eigenständig Risiken zeichnet und Geld aufnehmen kann. Und in der Konsequenz dann auch nur für diejenigen Ansprüche

einstehen muss, welche sich auf die spezifische Risikoübernahme von einem bestimmten Versicherungsunternehmen stützen. Im Ergebnis ist man damit gleich weit wie bei einer Protected Cell Company.

Zuletzt erschienene Bände bei EIZ Publishing, Zürich

- Band 212 **Schwachstelle Mensch – Prävention gegen alte und neue Formen der Kriminalität**
12. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2021
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Stefan Giger, Oliver Hirschi, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Rutger Leukfeldt, Mirjam Loewe-Baur, Nora Markwalder, Rick van der Kleij, Steve G.A. van der Weijer, Susanne van't Hoff-de Goede, 2022 – CHF 39.90.
- Band 213 **Hotspots des Sanierungsrechts**
12. Fachtagung zur Sanierung und Insolvenz von Unternehmen – Tagungsband 2021
THOMAS SPRECHER (Hrsg.), mit Beiträgen von Linus Cathomas, Hubert Gmünder, Daniel P. Oehri, Marina Schwizer, Roman Sturzenegger, Alexander von Jeinsen, 2022 – CHF 39.90.
- Band 214 **Jahrbuch Wirtschaftsrecht Schweiz – EU**
Überblick und Kommentar 2021/2022
ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Hansjürg Appenzeller, Tobias Baumgartner, Benjamin Bergau, André S. Berne, Eliane Braun, Alexander Brunner, Janick Elsener, Jana Fischer, Thomas Geiser, Ulrike I. Heinrich, Vanessa Isler, Brigitta Kratz, David Mamane, Michael Mayer, Peter Rechsteiner, René Schreiber, Stefan Sulzer, Dirk Trüten, Wesselina Uebe, Andreas R. Ziegler, Laura P. Zilio, 2022 – CHF 49.90.
- Band 215 **Europa in turbulenten Zeiten**
Referate zu Fragen der Zukunft Europas 2020/21
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Jean Asselborn, Tatevik Baghdassarian, Michel Barnier, Paul Bulcke, Bundesrat Ignazio Cassis, Michail Chodorkowski, Prof. Kathleen Claussen, Dr. Henri Gétaz, Bundesverfassungsrichter Prof. Dr. Peter M. Huber, Prof. Michael Ignatieff, Prof. Dr. Günter Krings, Dr. Romeo Lacher, S.D. Erbprinz Alois von und zu Liechtenstein, Michel M. Liès, Petros Mavromichalis, Prof. Dr. Nils Melzer, Ambassador Jacques Pitteloud, Hon. Jed S. Rakoff, Dr. Norbert Riedel, Dr. Artem Rybchenko, 2022 – CHF 49.90.
- Band 216 **30 Jahre Europa Institut an der Universität Zürich**
Auswahl öffentlicher Vorträge aus den letzten 30 Jahren
ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Referaten von Hon. Samuel Alito, Lord Paddy Ashdown, Hon. Ruth Bader Ginsburg, The Rt Hon John Bercow MP, The Rt Hon Tony Blair, Zoran Djindjic, Dr. Andrzej Duda, Joachim Gauck, Dr. Peter Gauweiler, Dr. Hans-Dietrich Genscher, Valéry Giscard d'Estaing, Dr. Gregor Gysi, Jean-Claude Juncker, Dr. Helmut Kohl, Prof. Dr. Norbert Lammert, Enrico Letta, Michel M. Liès, Friedrich Merz, Adolf Muschg, Jean-Claude Trichet, Lord Christopher Patten of Barnes, Prof. Dr. Romano Prodi, Hon. Jed S. Rakoff, Anders Fogh Rasmussen, Mark Rutte, Hon. Antonin Scalia, Herman Van Rompuy, Fürst Hans-Adam II. von und zu Liechtenstein, Dr. Richard Freiherr von Weizsäcker, Prof. Dr. Andreas Voßkuhle, 2022 – CHF 49.90.

- Band 217 **Gefährdung durch psychisch auffällige Personen**
Fachtagung Bedrohungsmanagement – Tagungsband 2021
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, REINHARD BRUNNER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Biberstein, Reinhard Brunner, Ladina Cavelti, Elmar Habermeyer, Corinne Kauf, Werner Schmid, Catharina Schmidt, Daniel Treuthardt, Andreas Werner, Ruedi Winet, 2022 – CHF 39.90.
- Band 218 **Jugendliche und junge Erwachsene im urbanen Umfeld als Fokus der Kriminalprävention**
13. Zürcher Präventionsforum – Tagungsband 2022
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER, ROLF NÄGELI (Hrsg.), mit Beiträgen von Dirk Baier, Thomas Hestermann, Nicole Holderegger, Bernadette Schaffer, Martina Schneider, Simone Walser, Michael Wirz, Sven Zimmerlin, 2022 – CHF 39.90.
- Band 219 **Aktuelle Herausforderungen und Entwicklungen des Konzernrechts**
Tagung zu Konzernrecht – Tagungsband 2020
ALEXANDER VOGEL (Hrsg.), mit Beiträgen von Christoph B. Bühler, Thomas Geiser, Lukas Glanzmann, Karl Hofstetter, Alexander Vogel, 2022 – CHF 39.90.
- Band 220 **Mergers & Acquisitions in Recht und Praxis**
23. Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2020
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Nicolas Birkäuser, Brice Bolinger, Hans-Jakob Diem, Dieter Gericke, Thomas Karg, Marcel Meinhardt, Frank Röhling, Franziska Stadtherr-Glättli, Marco Superina, Philippe A. Weber, 2022 – CHF 39.90.
- Band 221 **Rechnungswesen und Kapitalschutz im Strafrecht**
12. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht – Tagungsband 2021
MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL, DAVID ZOLLINGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Lorenz Garland, Lukas Glanzmann, Daniel Holenstein, Marc Jean-Richard-dit-Bressel, Christian Krämer, Stefan Maeder, Nora Markwalder, David Zollinger, 2022 – CHF 39.90.
- Band 222 **Mergers & Acquisitions – Aktuelle Entwicklungen in Recht und Praxis**
24. Züricher Konferenz zu Mergers & Acquisitions – Tagungsband 2021
HANS-JAKOB DIEM (Hrsg.), mit Beiträgen von Daniel Aegerter, Hans-Jakob Diem, Frank Gerhard, Lorenz Lehmann, Alex Nikitine, Patrick Schmidt, 2022 – CHF 39.90.
- Band 223 **A wonderful world: Neue Möglichkeiten, neues Recht, neue Herausforderungen**
8. Tagung zu Private Equity – Tagungsband 2022
DIETER GERICKE (Hrsg.), mit Beiträgen von Valeria Ceccarelli, Dieter Gericke, Nathan Kaiser, Margrit Marti, Frédéric Rochat, Matthias Staehelin, Kevin Vangehr, Christian Wenger, 2022 – CHF 44.90.

Weitere Publikationen und Monografien

Ein Plus für die Demokratie

Minimalstandard für die Mitsprache von Parlament und Volk
beim Rahmenabkommen oder bei weiteren Verträgen mit der EU
THOMAS PFISTERER, 2021 – CHF 44.90/34.90.

Internet Governance at the Point of No Return

ROLF H. WEBER, 2021 – CHF 39.00.

Grundprobleme der Invaliditätsbemessung in der Invalidenversicherung

PHILIPP EGLI, MARTINA FILIPPO, THOMAS GÄCHTER, MICHAEL E. MEIER, 2021 – CHF 54.90/44.90.

Begegnungen

Beiträge von Assistierenden zum 50. Geburtstag von Thomas Gächter
KERSTIN NOELLE VOKINGER, MATTHIAS KRADOLFER, PHILIPP EGLI (Hrsg.), mit Beiträgen von Matthias Appenzeller, Meret Baumann, Petra Betschart-Koller, Brigitte Blum-Schneider, Caroline Brugger Schmidt, Danka Dusek, Philipp Egli, Martina Filippo, Maya Geckeler Hunziker, Kaspar Gerber, Sarah Hack-Leoni, Silvio Hauser, Matthias Kradolfer, Michael E. Meier, Eva Slavik, Jürg Marcel Tiefenthal, Dania Tremp, Thuy Xuan Truong, Dominique Vogt, Kerstin Noëlle Vokinger, 2021 – CHF 49.90/39.90.

«Vielfalt in der Einheit» am Ende?

JÜRIG MARCEL TIEFENTHAL, 2021 – CHF 54.90.

Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege

Verwaltungsrechtspflegegesetz (VRG) – Justizgesetz (JG)

KILIAN MEYER, OLIVER HERRMANN, STEFAN BILGER (Hrsg.), mit Beiträgen von Andreas Baeckert, Cristina Baumgartner-Spahn, Stefan Bilger, Susanne Bollinger, Nina Dajcar, Alfons Fratschöl, Natalie Greh, Nicole Heingärtner, Oliver Herrmann, Natascha Honegger, Basil Hotz, Beat Keller, Arnold Marti, Kilian Meyer, Beatrice Moll, Alexander Rihs, Christian Ritzmann, Patrick Spahn, Beat Sulzberger, Daniel Sutter, Nihat Tektas, Konrad Waldvogel, Dina Weil, 2021 – CHF 79.00/99.00.

Geltungsbereich des Kollektivanlagenrechts

THOMAS JUTZI, DAMIAN SIERADZKI, 2022 – CHF 39.90/59.90.

25 Jahre Kartellgesetz – ein kritischer Ausblick

HENRIQUE SCHNEIDER, ANDREAS KELLERHALS (Hrsg.), mit Beiträgen von Jean-Pierre Bringenhen, Daniel Emch, Andreas Kellerhals, Pranvera Këllezi, Laura Müller, Cristina Schaffner, Henrique Schneider, Markus Saurer, Anne-Cathrine Tanner, Nina Zosso, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Empfang der Sakramente der Busse, der Eucharistie oder der Krankensalbung durch katholische Gläubige in einer nichtkatholischen Kirche oder kirchlichen Gemeinschaft

Rechtsgeschichtliche Entwicklung der kanonischen Normen
ANDREA G. RÖLLIN, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Recht und Evidenz in der Pandemie

Juristische Analysen aus zwei Jahren der Covid-19-Bekämpfung
KASPAR GERBER, 2022 – CHF 39.90/59.90.

Der Beitritt der Schweiz zur Europäischen Union

Voraussetzungen, Verfahren, Ausnahmen, Staatsleitung, Volksrechte
MATTHIAS OESCH, DAVID CAMPI, 2022 – CHF 49.90/69.90.

Reflektieren die am 18. März 2022 verabschiedete Vorlage zur Teilrevision des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) sowie der am 17. Mai 2022 publizierte Entwurf zur Teilrevision der Aufsichtsverordnung (AVO) eine graduelle Entwicklung oder einen tief(er)greifenden Umbruch? Eine Evolution oder eine Revolution? Lassen sich derartige Phänomene und Schattierungen dazwischen in der vorliegenden Revision des VAG und der AVO identifizieren?

Antworten auf diese Fragestellungen zu finden, war Gegenstand einer Tagung des Europa Instituts an der Universität Zürich am 25. August 2022. Verschiedene Mitwirkende haben in Teilbereichen nach Antworten gesucht. Um die so gewonnenen Erkenntnisse einer weiteren Leserschaft zugänglich zu machen, liegen nun auf den Vorträgen beruhende Artikel und Berichte über die beiden Diskussionsrunden im vorliegenden Tagungsband vor.

Mit Beiträgen von:

Hansjürg Appenzeller
Daniel Bell
Petra Ginter
Olivier Hirsbrunner
Peter Ch. Hsu
Michel Kähr

Irene Klauer
Monica Mächler
Birgit Rutishauser Hernandez Ortega
Katja Roth Pellanda
Rolf H. Weber