

Bundesamt für Privatversicherungen
Schwanengasse 2
3003 Bern

RR/FM/tm

312

Bern, 30. November 2007

Anliegen des Schweizerischen Anwaltsverbandes (SAV) zum Vorentwurf VVG (VE VVG)

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen, dass Sie uns Gelegenheit geben, Ihnen im Hinblick auf den zu erstellenden Vernehmlassungsentwurf VVG unsere Anregungen unterbreiten zu dürfen.

Wir begrüßen die Totalrevision des VVG grundsätzlich, haben aber folgende Anregungen und Ergänzungsvorschläge:

1. Allgemeines

1.1 Definitionen

Im Vorentwurf werden an einigen Stellen Begriffe verwendet, die nicht präzise definiert oder nicht scharf umrissenen sind (z. B. "Grossrisiko", "Konzerngesellschaft", "Obliegenheit"). Es ist nicht Sache der Gerichte, diese unbestimmten Begriffe zu definieren und abzugrenzen, sondern Aufgabe des Gesetzgebers, sich so klar und so präzise wie möglich auszudrücken.

Es besteht unseres Erachtens in dieser Hinsicht ein Überarbeitungsbedarf.

1.2 Übergangsbestimmungen

Im 4. und 5. Titel (Art. 110-113 VE VVG) sind Ausführungen über "zwingende Bestimmungen" sowie "Schluss- und Übergangsbestimmungen". Während der Inhalt von Art. 111 und 112 als relativ zwingend bezeichnet wird (wobei Art. 112 an sich

inhaltlich eine Selbstverständlichkeit darstellt), gelten die Übergangsbestimmungen (Art. 113) als nicht zwingend. Hier liegt offensichtlich ein Versehen vor.

Obschon der (absolut) zwingende Charakter von Übergangsbestimmungen evident ist, müssten unseres Erachtens die **Übergangsbestimmungen** expressis verbis, bzw. mit Doppelstrich als **absolut zwingend** bezeichnet werden, ansonsten ein Missbrauch zu Lasten der Versicherten nicht ausgeschlossen werden kann.

2. "Obliegenheiten"(Anregungen im Hinblick auf die französische Fassung)

Le projet mentionne expressément cette notion juridique au paragraphe 2 du chapitre 3 du titre I (art. 22 ss) ainsi qu'à l'art. 32 al. 4 de l'avant-projet de LCA.

Le projet organise donc un mécanisme de sanctions (art. 32 al. 4), pour la violation des "Obliegenheiten" qui doit se référer semble-t-il à celles qui sont prévues aux art. 23 à 26, mais sans que cela soit dit expressément.

Nous rappelons que la LCA actuelle ne traite de la violation des "Obliegenheiten" qu'à l'art. 45, mais en limitant la solution à situation où c'est le contrat d'assurances qui prévoit des sanctions.

La consultation de la doctrine permet de se rendre compte que la notion d'"Obliegenheiten" a des contours qui peuvent être vagues, notamment parce que sur le plan terminologique la formulation est "nicht straff und konsequent", comme le dit MAURER (Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A, Bern 1995, p. 300). On comprend alors que le récent commentaire bâlois à l'art. 45 LCA on puisse dire que la nature juridique des "Obliegenheiten" "ist stark umstritten". Même si l'on comprend que l'on vise par là certains comportements qui sont attendus de l'assuré bénéficiaire d'assurances, pour que l'assureur puisse ensuite verser ses prestations (comparables aux "actes préparatoires" visés par l'art. 91 CO), on a quelque peine à voir en quoi ce comportement ainsi exigé ne constituerait pas une obligation juridique pour l'assuré. D'autant qu'on parle parfois également de "Pflichten", l'art. 31 al. 2 LCA employant dans la même phrase ces deux termes, traités comme des synonymes!

Ce qui complique encore le problème c'est que dans la langue française du droit des assurances, le terme "Obliegenheit" est pratiquement toujours traduit par "Obligation". Il en va ainsi à l'art. 29 LCA, à l'art. 45, à l'art. 61 (où le terme "obligation" traduit à la fois le terme "Pflicht" et le terme "Obliegenheit") et à l'art. 92.

Dans l'avant-projet qui nous est soumis, nous ne disposons donc pas encore du texte français. Mais il sera intéressant de voir comment on proposera de traduire les "Pflichten und Obliegenheiten" du titre de la section du chapitre 3 (art. 23 ss) et naturellement le terme "Obliegenheiten" à l'art. 32 al. 5 (j'observe d'ailleurs que dans le texte allemand, cet art. 32 al. 5 ne mentionne plus les "Pflichten").

Nous pensons donc qu'il faudrait approfondir la réflexion sur l'opportunité d'améliorer la structure juridique de cette notion d'"Obliegenheit" par rapport au droit des assurances pour asseoir la solution sur un terrain un peu plus solide du point de vue dogmatique et pratique également. Sinon les discussions doctrinales qui ont eu lieu jusqu'ici seront continuées. En particulier:

- a) Tout d'abord il faudra voir comment cette notion d'"Obliegenheit" sera traduite dans le texte français. En tout cas ce que nous trouvons regrettable c'est que le texte allemand utilise les termes "Obliegenheit" ou même "Pflicht" là où le texte français parle simplement d'obligations, qui est une notion juridiquement très claire
- b) Ensuite il semble que l'avant-projet ait tenu à régler la sanction de la violation des "Obliegenheiten" (art. 32 al 5 de l'avant-projet), mais uniquement en ce qui concerne les "Obliegenheiten" stipulées aux art. 23 à 26, c'est-à-dire celles qui incombent à l'assuré après la survenance de l'événement assuré (art. 23 à 26).

Or la doctrine a isolé d'autres obligations d'"Obliegenheiten" qui se manifestent en dehors de la situation de survenance de l'événement assuré (ROELLI/KELLER I, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bern 1968, p. 638ss; MAURER, p. 301-302; Basler Kommentar VVG art. 45 note 3; 28-32 note 77; art. 29 note 5). Et l'on sait que pour la violation de certaines de ces obligations, la sanction n'est pas seulement celle d'une réduction de l'indemnité, puisqu'on peut aller jusqu'à une obligation d'indemnisation, voire jusqu'à la possibilité pour l'assureur de se délier du contrat, etc.

Le commentaire bâlois a raison de rappeler (note 77 ad art. 28-32) qu'un auteur considérait déjà en 1935 qu'il régnait, au sujet de la nature juridique de cette notion, "eine babylonische Verwirrung".

Cela ne s'est pas amélioré 70 ans plus tard.

3. Datenschutz

3.1 Allgemeine Bemerkungen

Der SAV sieht die folgenden Postulate für die Ausgestaltung des Datenschutzes im VVG:

1. Der DSGVO-Schutz für „besonders schützenswerten Daten“ (Art. 3 lit. c DSGVO) ist zu erhalten.
2. „Andere Daten“ sind mit einem im VVG stärker als im DSGVO ausgestalteten Schutz zu versehen, wobei ein eigentliches Versicherungsgeheimnis in Analogie (aber nicht Kopie) des Bankgeheimnisses nach Art. 47 BankG anzustreben ist.
3. Die Rechtsfolgen bei Verletzungen von Datenschutzvorschriften sind zu konkretisieren.
4. Datenschutz und Wissenszurechnung müssen gleich gestaltet werden. Einem Versicherungsunternehmen darf kein Wissen zugerechnet werden, über welches es nicht verfügen darf.

3.2 „Besonders schützenswerte Daten“

Die besonders schützenswerten Daten unterliegen bereits nach Datenschutzgesetz einem starken Schutz. Zudem ist in Art. 61 Abs. 2 VE-VVG die Besonderheit der Kollektivverträge (Versicherungsnehmer und versicherte Person verschieden) abgehandelt und die versicherte Person geschützt. Unklar sind die Rechtsfolgen einer Verletzung von Art. 61 Abs. 2 VE-VVG: Führen letztere zu einer Anwendung von Art. 35 DSGVO?

3.3 „Andere Daten“

Hierbei gibt es drei Problemkreise:

- a. auf welche Daten darf der (Privat-)Versicherer ohne Einwilligung des Versicherten im Schadenfall zurückgreifen?
- b. interner und externer Datenaustausch unter den Versicherern
- c. Datenaustausch mit den Versicherungsvermittlern und Schadenabwicklern

In einem Schadenfall hat der Versicherer zur Prüfung der Versicherungsdeckung und der Bestimmung des Quantitativs ein Interesse an einer umfassenden Abklärung der Umstände welche zum Schadenfall führten. Damit hat er ein Interesse Daten zu sammeln und zu bearbeiten, welche den Versicherten, den Geschädigten oder unabhängige Dritte betreffen. Einen Rechtfertigungsgrund für das Sammeln und Bearbeiten dieser Daten allein in seiner potentiellen Leistungspflicht zu sehen, wäre jedoch gleichbedeutend mit einer Besserstellung des Versicherers gegenüber allen anderen obligationsrechtlichen Schuldner, welche keine solchen Privilegien zur Sicherung ihrer Beweispflicht haben.

Problematisch ist zudem, dass das Versicherungsunternehmen selber bestimmen kann, welche Daten es zum Abschluss und Abwicklung von Versicherungsverträgen für nötig erachtet. Eine Aufzählung der zulässigen Personendaten ist nicht sinnvoll, da sie dem Einzelfall oft nicht gerecht werden vermag. Hingegen ist ein „wildes Sammeln“ von Personendaten, welche „irgend wann einmal nützlich sein könnten“ abzulehnen. Der SAV postuliert daher eine Beschränkung der Bearbeitung auf (objektiv) notwendige Daten (Änderung Art. 60 Abs. 1) sowie die Pflicht, nicht (objektiv) notwendige Daten zu vernichten (neuer Art. 60 Abs. 4).

Nicht behandelt wird im VE-VVG die Beschaffung der entsprechenden Daten. Von Gesetzes wegen scheinen hierbei keine Schranken zu bestehen. Es geht jedoch nicht an, dass einem Geschädigten aufgrund eines Unfalls oder eines Haftungsanspruchs gegenüber dem Privatversicherer jegliche Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte verloren gehen. Ebenso wenig geht es an, aufgrund eines Schadenfalles, die Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte eines Dritten ohne Not aufzuheben. Der SAV postuliert daher einen Hinweis auf eine den Verhältnissen angepasste Beschaffung der Personendaten. Die Idee einer Pflicht zur Information der Träger an den Schutzrechten wurde diskutiert, jedoch aufgrund des anzunehmenden bürokratischen Aufwands verworfen. Geringe Eingriffe in die Schutzrechte werden i.d.R. verhältnismässig sein, grössere Eingriffe werden der Zustimmung des Rechtsträgers bedürfen.

Ein klassischer Kompositversicherer bietet verschiedene Versicherungsverträge an, welche „unter einem Dach“ verwaltet werden. Wie bereits ausgeführt, ist einer gewissen Privilegierung des Versicherers bezüglich Aufweichung der Datenschutzrechte der Versicherten, Geschädigten oder Dritter, bei der Schadenabwicklung grundsätzlich zuzustimmen. Hingegen muss diese Privilegierung auf den konkret bearbeiteten Fall beschränkt bleiben und darf keine Aussenwirkung auf sämtliche Vertragsverhältnisse des Versicherungsunternehmens mit dem

Versicherten und insbesondere des Geschädigten oder Dritten haben. Entsprechend postuliert der SAV eine Änderung des Art. 60 Abs. 2.

3.4 Versicherungsgeheimnis

Ein Versicherungsverhältnis dient beim Versicherten dem Vermögensschutz, eine Lebensversicherung oft auch dem Vermögensaufbau. Die Daten zum bei einer Bank hinterlegten Vermögen einer Person sind über das Bankgeheimnis (Art. 47 BankG) sehr rigide geschützt. Es ist nicht einzusehen, weshalb ein solcher Schutz nicht grundsätzlich auch für die Kenntnis von Vermögen durch eine Versicherungsanstalt gelten sollte. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass einzelne Versicherungsverhältnisse (Haftpflicht-, Unfallversicherung) bei der Schadenbearbeitung naturgemäss eine gewisse „Aussenwirkung“ entfalten und der Datenschutz daher insofern eingeschränkt werden muss. Das vom SAV postulierte Versicherungsgeheimnis lehnt sich an das Bankgeheimnis an (Art. 47 BankG), jedoch mit dem Zusatz „ohne dazu berechtigt zu sein“ (was zwar aufgrund der allgemeinen Rechtfertigungsgründe ohnehin der Fall ist, vorliegend aber die spezielle Berechtigung durch die Fallbearbeitung hervorheben soll).

3.5 Rechtsfolgen bei Verletzungen der Datenschutzvorschriften

Ein Datenschutz ist nur griffig, wenn seine Verletzung zivil- und/oder strafrechtliche Konsequenzen nach sich zieht. Die wirkungsvollste Variante wäre die Nichtigerklärung einer Handlung, welche sich auf eine Verletzung einer Datenschutzvorschrift stützt. Dies würde jedoch in der Praxis zu zahlreichen unklaren Rechtsverhältnissen und zum Teil zu Ungleichbehandlung führen. Der SAV zieht daher die Androhung strafrechtlicher Konsequenzen für die Täter vor. Der strafrechtliche Schutz ist Art. 47 BankG nachempfunden.

3.6 Wissenszurechnung

Da der vom SAV postulierte Datenschutz nicht nur ausserhalb des Versicherungsunternehmens zu wirken hat, sondern teilweise auch innerhalb, muss die Wissenszurechnung auf diesen Punkt hin konkretisiert werden. Der Vorschlag des neuen Art. 62 Abs. 2 macht deutlich, dass eine Wissenszurechnung konkret die den betreffenden Vertrag bearbeitende Abteilung betrifft (Bsp. Sachversicherung hat keinen Zugriff auf über den Versicherungsnehmer bei der Haftpflichtschadenabteilung gespeicherte Daten).

3.7 Änderungsvorschläge

Wir schlagen folgende Änderungen vor (kursiv)

Art. 60 Datenbearbeitung und Schweigepflicht

¹ Versicherungsunternehmen sind befugt, die Personendaten, einschliesslich besonders schützenswerter Daten und Persönlichkeitsprofile, zu bearbeiten oder bearbeiten zu lassen, die ~~sie benötigen~~ *notwendig sind*, um Versicherungsverträge abzuschliessen und abzuwickeln, namentlich um:

- a. das zu übernehmende Risiko zu prüfen;
- b. die Prämien zu berechnen und zu erheben;
- c. Leistungsansprüche zu beurteilen sowie Leistungen zu berechnen, zu gewähren und mit Leistungen anderer Versicherungsunternehmen zu koordinieren;
- d. betrügerische Leistungsbegehren abzuwehren;
- e. ein Rückgriffsrecht gegenüber einem haftpflichtigen Dritten geltend zu machen;
- f. den Geschäftsverkehr mit Rück- und Mitversicherungsunternehmen abzuwickeln;
- g. die interne Verwaltung und Statistiken zu führen.

² Personen, die am Abschluss oder an der Abwicklung eines Versicherungsvertrages beteiligt sind, haben ~~gegenüber Dritten~~ *ausserhalb dieses Versicherungsvertragsverhältnisses oder des bearbeiteten Schadenfalles* Verschwiegenheit zu bewahren. *Die Versicherungsunternehmen richten ihre Datenverarbeitung so ein, dass ausser den bearbeitenden Personen niemand Zugriff auf die Personendaten hat. Nicht als Dritte gelten Konzerngesellschaften, die Datenschutzregeln unterstehen, welche den schweizerischen gleichwertig sind.*

³ *Bei der Beschaffung der Personendaten hat die Versicherungsunternehmung den Grundsatz der Verhältnismässigkeit einzuhalten.*

⁴ *Personendaten, welche vom Versicherungsunternehmen für den Abschluss oder die Abwicklung eines Versicherungsvertrages erfasst wurden, sich aber als nicht notwendig erweisen, sind vom Versicherungsunternehmen zu vernichten.*

Art. 61 Besondere Bestimmungen für Kollektivverträge

¹ Bei kollektiven Personenversicherungen darf das Versicherungsunternehmen dem Versicherungsnehmer keinen Einblick in besonders schützenswerte Daten der versicherten Personen gewähren. Vorbehalten bleibt Absatz 3.

² Das Versicherungsunternehmen stellt Unterlagen, welche besonders schützenswerte Daten der Versicherten enthalten oder mit denen solche Daten erhoben werden, den versicherten Personen direkt zu. Diese dürfen nicht verpflichtet oder angehalten werden, solche Unterlagen dem Versicherungsunternehmen über den Versicherungsnehmer zukommen zu lassen oder in Gegenwart des Versicherungsnehmers oder eines seiner Vertreter zu bearbeiten.

³ Beschränkt das Versicherungsunternehmen in einem Kollektivvertrag mit einem Arbeitgeber aufgrund einer Gesundheitsprüfung die Leistungen gegenüber einem versicherten Arbeitnehmer, so teilt es dies dem Arbeitnehmer in Textform und unter Hinweis auf dessen Rechte gemäss dieser Bestimmung mit. Der Arbeitnehmer hat darauf hin das Recht, innert 14 Tagen dem Versicherungsunternehmen zu untersagen, den Arbeitgeber über den Vorbehalt in Kenntnis zu setzen. Macht die versicherte Person von diesem Recht Gebrauch, so ist der Versicherungsnehmer, der gleichzeitig Arbeitgeber der versicherten Person ist, in Abweichung von allfälligen einzel- oder gesamtarbeitsvertraglichen Pflichten im Falle einer Verhinderung der versicherten Person aus einem vom Vorbehalt des Versicherungsunternehmens erfassten Grund nur zur Lohnfortzahlung nach den Bestimmungen des Obligationenrechts verpflichtet.

Art. 61^{bis} Folgen der Verletzung der Datenschutzvorschriften

¹ Wer, ohne dazu berechtigt zu sein, ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Versicherung, anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat,

wer zu einer solchen Verletzung des Versicherungsgeheimnisses zu verleiten sucht,

wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Busse bis zu 50 000 Franken bestraft.

² Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Busse bis zu 30 000 Franken.

³ Die Verletzung des Versicherungsgeheimnisses ist auch nach Beendigung des amtlichen oder dienstlichen Verhältnisses oder der Berufsausübung strafbar.

Art. 62 Kenntnis anderer Versicherungsunternehmen

¹ Das Versicherungsunternehmen muss sich die Kenntnis eines anderen Versicherungsunternehmens von Daten des Versicherungsnehmers nur zurechnen lassen, wenn es Veranlassung hatte und in der Lage war, die beim anderen Versicherungsunternehmen gespeicherten Daten abzurufen.

² *Als Versicherungsunternehmen im Sinne des Abs. 1 dieses Artikels gelten auch die einzelnen Abteilungen innerhalb eines Versicherungsunternehmens.*

4. Rechtsschutzversicherungen: Änderungs- und Ergänzungsantrag zum 3. Abschnitt

Für den 3. Abschnitt (Art. 84 ff. VE VVG) schlagen wir folgende Änderungen/Ergänzungen vor:

1. Unbedingte Gewährleistung der freien Anwaltswahl. Wir schlagen eine unmissverständliche Formulierung vor, wie z. B.: "Der Versicherte hat das Recht, frei einen Anwalt zu wählen. Der Versicherer übernimmt die Kosten."
2. Verbot der Dienstleistung durch den Rechtsschutzversicherer

Soweit die Denkanstösse des SAV zum vorliegenden Vorentwurf. Gerne geht der SAV davon aus, dass diese in der weiteren Arbeit Berücksichtigung finden werden.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband

Ernst Staehelin
Präsident

René Rall
Generalsekretär