

5 Unbewilligter Vertrieb von Mietkautions- versicherungen

**VERFÜGUNG der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA
vom 7. Juni 2010**

Unerlaubte Ausübung einer Versicherungstätigkeit; Erweiterung der Handlungsbefugnisse der Untersuchungsbeauftragten; gebundenes Vermögen.

1. Das Angebot von Mietkautionsversicherungen stellt eine bewilligungspflichtige Versicherungstätigkeit dar (Rz. 27–32).
2. Untersuchungsbeauftragte, die mit der Abklärung einer möglicherweise illegalen Tätigkeit betraut sind, können von der FINMA auch mit der Übertragung des Versichertenbestandes der illegal tätigen Versicherung auf ein bewilligtes Institut beauftragt werden (Rz. 35–38).
3. Dem gebundenen Vermögen kommt eine zentrale Funktion für den Versichertenschutz zu. Allenfalls vorhandene Gelder sind daher mittels Verbot, über Vermögenswerte der illegal tätigen Gesellschaft frei zu verfügen, sowie über Kontensperrungen zu sichern; dies insbesondere dann, wenn bei der Gesellschaft kein gebundenes Vermögen existiert (Rz. 39–44).

Exercice illégal de l'activité d'assurance; extension des pouvoirs d'intervention des chargés d'enquête; fortune liée.

1. L'offre de services d'assurance de garantie de loyers est une activité soumise à autorisation (Cm 27-32).
2. Les chargés d'enquête responsables des investigations visant à établir si une activité est illégale peuvent également être mandatés par la FINMA pour transférer le portefeuille d'assurés de l'entreprise dont l'activité est illégale vers un établissement autorisé (Cm 35-38).
3. La fortune liée joue un rôle essentiel dans la protection des assurés. Les fonds éventuellement détenus par la société ayant exercé l'activité illégale doivent donc être sauvegardés par le prononcé d'une interdiction d'en disposer librement et par une mesure de blocage des comptes. Ces mesures doivent être prises en particulier lorsque la société n'a pas de fortune liée (Cm 39-44).

Esercizio non autorizzato di un'attività assicurativa; ampliamento del potere d'azione dell'incaricato dell'inchiesta; patrimonio vincolato.

1. L'offerta di assicurazioni per la cauzione d'affitto costituisce un'attività assicurativa soggetta ad autorizzazione (nm. 27-32).
2. Gli incaricati dell'inchiesta, che hanno il compito di accertare i fatti relativi a un'attività eventualmente illegale, possono essere incaricati dalla FINMA anche di trasferire il portafoglio dell'impresa di assicurazione operante illegalmente a un istituto autorizzato (nm. 35-38).
3. Il patrimonio vincolato riveste una funzione centrale per la protezione degli assicurati. Gli averi eventualmente esistenti devono quindi essere preservati tramite il divieto di disporre liberamente degli elementi patrimoniali della società operante illegalmente e tramite il blocco dei conti; ciò è particolarmente rilevante nel caso, in cui non esista un patrimonio vincolato presso la società (nm. 39-44).

Zusammenfassung des Sachverhalts

X._____ bot seit dem Jahr 2007 über verschiedene seiner Gesellschaften, zuletzt über die Y._____ S.A., Zweigniederlassung D._____ (nachfolgend Y._____ S.A.), Mietkautionsversicherungen an, weshalb die FINMA mit superprovisorischer Verfügung vom 23. März 2010 A._____ und B._____, in C._____, als Untersuchungsbeauftragte bei der Y._____ S.A. einsetzte. Die Hauptniederlassung der Y._____ S.A. mit Sitz in E._____ (nachfolgend F._____ S.A.) übt weder eine Geschäftstätigkeit aus, noch besitzt sie eine Zulassung zur Ausübung einer Versicherungstätigkeit der zuständigen Behörde in E._____.

Am 6. April 2010 reichten die Untersuchungsbeauftragten der FINMA den Untersuchungsbericht ein. Aus dem Bericht geht hervor, dass die einzige Aktivität der Y._____ S.A. das Anbieten von Mietkautionsversicherungen ist. Es bestanden insgesamt 1'819 Verträge, aus welchen sich Kautionsverpflichtungen in der Höhe von mehreren Millionen Franken ergaben. Die Y._____ S.A. beschäftigte neben X._____ als Direktor acht Teilzeitmitarbeiter und übte ihre Geschäftstätigkeit, obwohl im Handelsregister des Kantons G._____ eingetragen, in ihren Geschäftsräumlichkeiten in C._____ aus. Aus dem Untersuchungsbericht geht zudem hervor, dass die Y._____ S.A. überschuldet ist, was X._____ insbesondere bestreitet.

Aus den Erwägungen

I. Unbewilligte Versicherungstätigkeit

(27) Die Aufnahme einer Versicherungstätigkeit in der Schweiz ist bewilligungspflichtig. Die FINMA erteilt die Bewilligung für einen oder mehrere Versicherungsweige, wenn die gesetzlichen Anforderungen erfüllt und die Interessen der Versicherten gewahrt sind (Art. 3 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 und 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes [VAG; SR 961.01]). Eine Versicherungstätigkeit liegt vor, wenn eine in der Schweiz domizilierte natürliche oder juristische Person zu den Versicherungsnehmern oder zu den Versicherten gehört oder in der Schweiz gelegene Sachen versichert werden (Art. 1 Abs. 1 Bst. a und b der Aufsichtsverordnung [AVO; SR 961.011]).

(28) Das Gesetz definiert den Versicherungsbegriff nicht, sondern überlässt dessen Umschreibung der Praxis. Danach kommt es nebst anderen Kriterien für die Qualifikation als Versicherer im Wesentlichen darauf an, dass ein Unternehmen selber ein Versicherungsrisiko trägt (vgl. Botschaft vom 9. Mai 2003 zum VAG und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, BBl 2003 3808). Das Bundesgericht erarbeitete zur Definition der Versicherung fünf Merkmale (BGE 114 Ib 244, BGE 107 Ib 54, BGE 92 I 126): das Risiko oder die Gefahr, die Leistung des Versicherten (Prämie), die Leistung des Versicherers, die Selbstständigkeit der Operation und die Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik, d.h. der planmässige Geschäftsbetrieb (Rolf H. Weber/Patrick Umbach, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006, § 4 N 5 ff.). Die vom Bundesgericht entwickelte Umschreibung der Versicherung im Hinblick auf die Frage der Unterstellung unter die Versicherungsaufsicht wurde von der Lehre übernommen (Willy Koenig, Der Versicherungsvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2, Basel und Stuttgart 1979, S. 491 Fn. 5).

(29) Kautionsversicherungen bieten eine Möglichkeit, in gegenseitigen Verträgen, in welchen Leistung und Gegenleistung auseinanderfallen, das Sicherheitsbedürfnis der vorleistenden Partei zu befriedigen. Dabei stellt die Bürgschaft eine gebräuchliche Form der Absicherung dar. Der Versicherer übernimmt im Rahmen der mit dem Schuldner (Versicherungsnehmer) geschlossenen Kautionsversicherung für Verpflichtungen des Schuldners gegenüber dessen Gläubiger (Versicherungsbegünstigter oder Sicherheitsempfänger) eine Bürgschaft. Bei der Kautionsversicherung handelt es sich um eine Schadenversicherung (vgl. Anhang 1 zur AVO, Versicherungszweig B15). Diese ist dabei in zwei Rechtsbeziehungen eingebettet: Es handelt sich einerseits um das Grundverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner (Mieter und Vermieter) und andererseits um die Bürgschaft, d. h. das Versicherer-Gläubiger (bzw. Vermieter)-Verhältnis (vgl. Klaus C. Kossen, Die Kautionsversicherung, Frankfurt am Main 1996, S. 19 und S. 64 f.).

(30) Das von X._____ über seine Gesellschaft Y._____ S.A. angebotene Produkt beinhaltet:

- Ein Risiko: Gegenstand eines Versicherungsvertrags ist ein Risiko oder eine Gefahr. Es handelt sich dabei um ein Ereignis, dessen Eintritt oder die Zeit des Eintritts ungewiss sind (BGE 92 I 126 E. 4). Die Y._____ S.A. deckt Mietzinsausfälle und Sachschäden, deren Eintritt ungewiss sind, bis zur Höhe der Kautionssumme. Es handelt sich dabei um das versicherte Risiko.
- Eine Leistung des Versicherten (Prämie): Die Prämie stellt das Entgelt des Versicherungsnehmers für die Gewissheit der Risikoübernahme durch den Versicherer dar. Die Berechnung der Prämie erfolgt nach versicherungstechnischen Kriterien (vgl. Heinrich Honsell [Hrsg.], Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basel 2001, Allg. Einleitung Rz. 8). Die Bezahlung der einmaligen Einlage in den Solidaritätsfonds und die jährliche Zahlung eines Betrages durch den Mieter an die Y._____ S.A. sind die

Gegenleistung für die Verpflichtung der Y._____ S.A. gegenüber dem Mieter, dem Vermieter einen Betrag bis zur Höhe der Kautionssumme nach Eingang der Schadensmeldung und unter bestimmten Einschränkungen zu entrichten.

- Eine Leistung des Versicherers: Bei Eintritt des versicherten Ereignisses besteht ein Rechtsanspruch auf Leistung des Versicherers (Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1995, S. 95). Die Y._____ S.A. verpflichtet sich gegenüber dem Mieter, dem Vermieter die Kautionssumme unter den vorstehend genannten Voraussetzungen auszubezahlen. Der Vermieter ist somit die versicherte Person, deren Vermögen vor Verlusten im Rahmen der Kautionshöhe geschützt ist. Am Rechtsanspruch ändert auch die Rückerstattungspflicht des Mieters in der Höhe der an den Vermieter ausgerichteten Leistungen nichts.
- Die Selbstständigkeit der Operation: Die Verpflichtung zur Erbringung einer Leistung im Schadenfall soll nicht bloss eine Nebenabrede oder Modalität eines Vertragspartners im Rahmen eines Rechtsverhältnisses sein (vgl. BGE 114 Ib 244 E. 4.a). Bei der Verpflichtung der Y._____ S.A. gegenüber dem Mieter zur Leistung an den Vermieter ist die Selbstständigkeit der Operation gegeben.
- Die Planmässigkeit des Geschäftsbetriebs: Darunter wird die Kompensation des Risikos durch das Versicherungsunternehmen verstanden. Im Vordergrund steht dabei der Abschluss einer Vielzahl von entsprechenden Geschäften (vgl. BGE 107 Ib 54 E. 5). Vorliegend wirbt die Y._____ S.A. für die Risikoübernahme öffentlich über das Internet und strebt damit eine Vielzahl von Vertragsabschlüssen nach dem Gesetz der grossen Zahl an. Die Planmässigkeit des Geschäftsbetriebs ist deshalb zu bejahen.

(31) Im vorliegenden Fall liegt somit ein Versicherungsprodukt vor. Bei den von X._____ über die Y._____ S.A. massenweise angebotenen

Mietkautionen ohne Bargelddepot handelt es sich um eine Kautionsversicherung im Versicherungszweig B15 und das entsprechende Geschäft ist als Versicherungstätigkeit zu qualifizieren (vgl. Rz. (29)). Gesetzliche Ausnahmen von der Bewilligungspflicht gemäss Art. 2 Abs. 2 und 3 VAG liegen keine vor.

(32) X._____ und die Y._____S.A. haben nie bestritten, dass durch ihr Produkt eine Versicherungsleistung angeboten wird. Aufgrund der vorangegangenen Korrespondenz zwischen dem Bundesamt für Privatversicherungen resp. der FINMA und X._____ war Letzterem überdies bewusst, dass das Anbieten von Mietkautionsversicherungen ohne Bewilligung der FINMA illegal ist. Dennoch wurden durch die Y._____ S.A. nicht nur die Kunden der konkursiten H._____ Sàrl übernommen, sondern es wurden auch Neukunden aufgenommen, ohne dass eine entsprechende Bewilligung der FINMA vorlag.

II. Massnahmen

1. Allgemeines

(33) Gemäss Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 1 des Finanzmarktaufsichtsgesetzes (FINMAG; SR 956.1) ist die FINMA für die Einhaltung und Anwendung der Finanzmarktgesetze und des FINMAG zuständig. Die der FINMA übertragene Aufsichtstätigkeit und die damit verbundenen Aufgaben beschränken sich jedoch nicht einzig auf die von ihr bewilligten Institute. Gemäss Art. 3 Bst. a FINMAG gehören zu den Beaufsichtigten alle Personen, die nach den Finanzmarktgesetzen eine Bewilligung, eine Anerkennung, eine Zulassung oder eine Registrierung der FINMA benötigen. Demnach hat die FINMA die Befugnis und die Pflicht, generell die im FINMAG und die in den Finanzmarktgesetzen vorgesehenen Mittel zur Durchsetzung des Finanzmarktaufsichtsrechts auch gegenüber formell nicht unterstellten

Instituten und Personen einzusetzen. Verletzt eine Beaufsichtigte oder ein Beaufchtigter die Bestimmungen des FINMAG oder eines der Finanzmarktgesetze nach Art. 1 FINMAG oder bestehen sonstige Missstände, so sorgt die FINMA gemäss Art. 31 FINMAG für die Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes.

(34) Kommt ein Versicherungsunternehmen den Vorschriften des VAG nicht nach, oder erscheinen die Interessen der Versicherten anderweitig gefährdet, so trifft die FINMA die sichernden Massnahmen, die zur Wahrung der Interessen der Versicherten erforderlich erscheinen (Art. 51 Abs. 1 VAG). Diese Massnahmen sind auch für schweizerische Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften anzuwenden (Bundesamt für Privatversicherungen, Jahresbericht 2008, S. 33). Die sichernden Massnahmen sind laut Wortlaut von Art. 51 Abs. 2 VAG nicht abschliessend. Die FINMA ist somit befugt, im Rahmen ihres pflichtgemässen Ermessens weitere sichernde Massnahmen zur Wahrung der Interessen der Versicherten zu ergreifen.

2. Erweiterung der Handlungsbefugnisse der Untersuchungsbeauftragten

(35) Gemäss Art. 1 Abs. 2 VAG sollen die Versicherten insbesondere vor dem Insolvenzrisiko der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen geschützt werden. Die Y._____ S.A. ist als Versicherung tätig, ohne über eine entsprechende Bewilligung zu verfügen. Ein gebundenes Vermögen nach Art. 17 ff. VAG ist nicht vorhanden und die Y._____ S.A. ist praktisch illiquid. Aufgrund bereits geltend gemachter und in Zukunft mit Sicherheit anfallender Ansprüche aus Versicherungsverträgen sowie der anderen Verbindlichkeiten der Gesellschaft besteht die Gefahr, dass die Y._____ S.A. in Konkurs fallen wird, ohne dass die Ansprüche der Versicherten gedeckt sind. Die Interessen der Versicherten sind somit akut gefährdet. Es ist deshalb anzustreben, für die Versicherungsnehmer der

Y._____ S.A. bzw. den Versicherungsbestand eine Lösung zu finden, die eine Einlösung der Leistungsversprechen der Y._____ S.A. ermöglicht. Dazu trifft die FINMA geeignete Massnahmen.

(36) Da die F._____ S.A. in E._____ nicht zur Ausübung einer Versicherungstätigkeit zugelassen ist und über keine Geschäftstätigkeit verfügt, fällt eine nachträgliche Erteilung einer Bewilligung für die Y._____ S.A. von vornherein dahin (vgl. Art. 15 VAG). Im Weiteren ist die Y._____ S.A. selbst nicht an einer Fortführung des Kautionsversicherungsgeschäfts interessiert, beantragte sie doch selbst mehrfach, dass die Versicherungsverträge auf ein anderes Versicherungsunternehmen zu übertragen seien.

(37) Da es sich bei den bestehenden Versicherungsverträgen um Dauerschuldverhältnisse handelt, die nicht vorzeitig aufgelöst werden können, ist den Versicherten am besten gedient, wenn ihr Vertrag auf ein bewilligtes Institut übertragen werden kann (Art. 51 Abs. 2 Bst. d VAG). In diesem Zusammenhang gibt es allerdings noch verschiedene offene Fragen, insbesondere, welches Institut dafür in Frage käme, und zu welchen Bedingungen der Übertrag stattfinden könnte.

(38) X._____ handelte bis anhin alleine für die Gesellschaft. Es besteht die Gefahr, dass er seine persönlichen Interessen über diejenigen der Versicherten setzt, wie er es im Zusammenhang mit dem Konkurs der H._____ Sàrl bereits machte. Zur Wiederherstellung des ordnungsgemässen Zustandes gemäss Art. 31 FINMAG und zum Schutz der Interessen der Versicherten nach Art. 51 VAG ist es erforderlich, dass der bisherige Geschäftsführer der Y._____ S.A. abberufen wird und seine Zeichnungsberechtigung gestrichen wird. Die Vorarbeiten zur Übertragung des Versicherungsbestandes sind nicht durch ihn, sondern durch die mit superprovisorischer Verfügung vom 23. März 2010 gestützt auf Art. 36 FINMAG eingesetzten Untersuchungsbeauftragten (A._____ und B._____, in C._____) vorzunehmen. Deren Handlungsbefugnisse

sind dahingehend zu erweitern, als diese die Befugnisse des bisherigen Geschäftsführers der Y._____ S.A. erhalten, mit dem hauptsächlichen Ziel, Verhandlungen mit bewilligten Instituten zwecks Übertragung des Versicherungsbestandes aufzunehmen (vgl. Art. 36 Abs. 1 FINMAG und Art. 51 Abs. 2 Bst. d VAG). Im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht wird X._____ als bisheriger Geschäftsführer der Y._____ S.A. aufgefordert, die Untersuchungsbeauftragten bei der Erfüllung ihrer Aufgaben zu unterstützen. Die Aufforderung zur Mitwirkung ergeht unter der Androhung einer Busse bis zu CHF 100'000.– im Falle der vorsätzlichen Widerhandlung (vgl. Art. 48 FINMAG).

3. Sperrung von Vermögenswerten

(39) Zu den sichernden Massnahmen nach Art. 51 Abs. 2 VAG gehört unter anderem, die freie Verfügung über Vermögenswerte des Versicherungsunternehmens zu untersagen und die Hinterlegung oder die Sperre von Vermögenswerten anzuordnen (Art. 51 Abs. 2 Bst. a und b).

(40) Die F._____ S.A. hat in E._____ keine eigenen Tätigkeiten. Die gesamte Geschäftstätigkeit der F._____ S.A. läuft über ihre Zweigniederlassung in D._____. Die Kautionsversicherungsverträge wie auch die Mietverträge für die Bürolokalitäten in C._____ und die Arbeitsverträge wurden durch die Y._____ S.A. abgeschlossen.

(41) Aus den Akten ist ersichtlich, dass gemäss Formular A an den Konten bei der Bank I._____ zwar die F._____ S.A. als wirtschaftlich Berechtigte angegeben wurde. Dies gründet allerdings auf der Tatsache, dass die Zweigniederlassung im Handelsregister – obwohl faktisch bereits tätig – noch nicht eingetragen war und somit kein eigenes Konto eröffnen konnte. X._____ benötigte aber dringendst eine (neue) Bankverbindung, um die Prämien aus den Versicherungsverträgen, welche er von der

konkursiten H._____ Sàrl auf die Y._____ S.A. übertragen hatte, zu vereinnahmen und sie nicht an die Konkursmasse der H._____ Sàrl zu «verlieren». Das Konto bei der Bank I._____ wurde deshalb unter Vorlage des Handelsregisterauszugs der F._____ S.A. als Geschäftskonto für die noch einzutragende Schweizer Zweigniederlassung eröffnet. Die Eingänge auf dieses Konto stammen einzig aus der Geschäftstätigkeit der Y._____ S.A. Mit den Einnahmen wurden die laufenden Kosten (Löhne, Mietkosten etc.) der Y._____ S.A. beglichen.

(42) X._____ hat Wohnsitz in der Schweiz, wie auch seine bisherigen Gesellschaften Sitz in der Schweiz hatten und haben. (...) Ob für die Zukunft tatsächlich eine Tätigkeit in E._____ geplant war, kann dahingestellt bleiben.

(43) Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Konten bei der Bank I._____ und die darauf liegenden Vermögenswerte der Y._____ S.A. zuzurechnen sind. Tatsächlich wirtschaftlich berechtigt an diesen Konten ist die Y._____ S.A. und nicht die F._____ S.A.

(44) Entgegen der Meinung von X._____ oder der F._____ S.A. wurden diese Konten aufgrund der superprovisorischen Verfügung vom 23. März 2010 zu Recht gesperrt. Letztlich steht einzig und allein X._____ hinter allen beteiligten Gesellschaften. Seine Forderung, die Gelder auf den Konten der Bank I._____ freizugeben, würde dazu führen, dass er zu Lasten der Versicherten die Gelder für die F._____ S.A. und somit letztlich für sich selber abziehen könnte. Dies hat X._____ bereits beim Konkurs der H._____ Sàrl so gehandhabt, indem er die Aktiven (inklusive der kostenlosen Übertragung derjenigen Verträge, bei welchen keine Forderungen seitens der Versicherten bestanden) auf die Y._____ S.A. übertragen hatte, ohne für die Passiven geradezustehen. Ein solches Vorgehen kann nicht geschützt werden. Die auf dem Konto der Bank I._____ vorhandenen Gelder sind vielmehr – soweit möglich – zur

Bildung eines gebundenen Vermögens und damit zur Sicherung der bestehenden Versicherten zu verwenden. Einem (bei der Y. _____ S.A. nicht existierenden) gebundenen Vermögen kommt eine zentrale Funktion für den Versichertenschutz zu. Die Kontensperrungen sind deshalb aufrechtzuerhalten, die Untersuchungsbeauftragten sind aber berechtigt, über diese Konten zu verfügen.

(...)

Dispositiv