

Erläuterungsbericht zum Vorschlag der Schweizerischen Aktuarvereinigung für die Revision von Art. 24 VAG

29.11.2017

1. Einleitung

Seit Inkraftsetzung des Versicherungsaufsichtsgesetzes im Jahr 2006 hat es verschiedene aufsichtsrechtliche Anpassungen gegeben, die zu Handlungsbedarf für die Regelungen zum verantwortlichen Aktuar führen. Insbesondere der Bereich der Solvabilität mit dem Übergang auf ein risikobasiertes Solvenzregime hat umfassende Veränderungen erfahren, die auch Auswirkungen auf die aktuarielle Praxis haben. Die praktischen Erfahrungen seit der Einführung des verantwortlichen Aktuars im Aufsichtsrecht zeigen, dass die Formulierungen bezüglich der Aufgaben im VAG nicht konkret genug sind und ungewünschten Interpretationsspielraum bieten. Auch im Hinblick auf eine potentielle Haftung des verantwortlichen Aktuars hält die Schweizerische Aktuarvereinigung eine Präzisierung für geboten. Die anstehende Teilrevision des VAG bietet nun die Möglichkeit, einige Anpassungen in Art. 24 VAG vorzunehmen und damit die Rechtssicherheit zu stärken.

Neben der Präzisierung der Aufgaben des verantwortlichen Aktuars im Absatz 1 schlägt die Schweizerische Aktuarvereinigung vor, in einem neuen Absatz 4 vorzusehen, dass der verantwortliche Aktuar ergänzend zu der Information an die Geschäftsleitung und dem jährlichen Bericht an diese zusätzlich direkt dem Verwaltungsrat berichtet. Dieser Bericht kann je nach Situation mündlich oder schriftlich erfolgen. Insbesondere im Fall von festgestellten Unzulänglichkeiten kann der verantwortliche Aktuar durch eine unabhängige Information an den Verwaltungsrat seinen Empfehlungen mehr Nachdruck verleihen.

2. Vorschlag für die Revision von Art. 24 VAG (mit Änderungsmarkierung)

¹ Der verantwortliche Aktuar oder die verantwortliche Aktuarin trägt die Verantwortung dafür, dass:

- a. **die Bestimmung der Verpflichtungen in einer Bilanz zu Markt- oder marktnahen Werten sowie die Bestimmung der Versicherungsrisiken im Rahmen der Solvabilität nach Artikel 9 die Solvabilitätsspanne richtig berechnet wird und das gebundene Vermögen den aufsichtsrechtlichen Vorschriften entspricht;**
- b. ~~sachgemässe Rechnungsgrundlagen verwendet werden;~~ und
- b. **die Berechnung ausreichender technischer Rückstellungen gebildet werden und die Prüfung, dass der Sollbetrag des gebundenen Vermögens den aufsichtsrechtlichen Vorschriften entspricht.**

² Stellt er oder sie Unzulänglichkeiten fest, so informiert er oder sie unverzüglich die Geschäftsleitung des Versicherungsunternehmens.

³ Ausserdem erstellt er oder sie regelmässig zuhanden der Geschäftsleitung oder, für die ausländischen Versicherungsunternehmen, zuhanden des oder der Generalbevollmächtigten einen Bericht. Zu den festgestellten Unzulänglichkeiten sind im Bericht die vorgeschlagenen Massnahmen sowie die tatsächlich ergriffenen Massnahmen anzugeben.

⁴ **Der verantwortliche Aktuar oder die verantwortliche Aktuarin berichtet mindestens jährlich dem Verwaltungsrat über die wesentlichen Inhalte des Berichts.**

⁵⁴ Die FINMA erlässt nähere Vorschriften über die Aufgaben des verantwortlichen Aktuars oder der verantwortlichen Aktuarin und über den Inhalt des Berichts.

3. Erläuterungen zu den vorgeschlagenen Anpassungen an Art. 24 VAG

Solvabilität

-) Die derzeitige Formulierung zur Solvabilitätsspanne ist nach den Änderungen im Aufsichtsrecht und dem grundsätzlichen Wegfall der Solvabilitätsbestimmung nach Massgabe des Geschäftsumfangs (Solvabilität I) nicht mehr passend.
-) Neu wird der Begriff Solvabilität entsprechend der Definition im ebenfalls zu revidierenden Artikel 9 VAG verwendet. Damit wird klar, dass die Solvabilität nach Swiss Solvency Test (SST) gemeint ist. Die Verantwortung beschränkt sich dabei auf die versicherungstechnischen Teile des SST. Die Gesamtverantwortung liegt basierend auf Artikel 53 AVO bei der Geschäftsleitung des Unternehmens. Diese sorgt durch eine entsprechende Organisation für die SST-Berichterstattung. Es steht jedem Unternehmen frei, dem verantwortlichen Aktuar auch die Verantwortung für weitere Teile wie die Aggregation der Risiken oder für den gesamten SST zu übertragen. Die Verantwortung für die Bestimmung der Solvabilität kann aber auch einer anderen Stelle im Unternehmen übertragen werden.
-) Der verantwortliche Aktuar stellt in seinem jährlichen Bericht insbesondere versicherungstechnische Entwicklungen dar, welche die finanzielle Lage des Unternehmens gefährden. Nach Artikel 21 AVO bemisst sich die finanzielle Sicherheit nach der Solvabilität und den versicherungstechnischen Rückstellungen. Auf dieser Basis gibt der verantwortliche Aktuar im Rahmen seines jährlichen Berichts eine Stellungnahme zur Solvabilität ab und hat damit eine Plausibilisierungs-, Feststellungs- und Informationspflicht bezüglich der Solvabilität. Seine zu erfüllenden Aufgaben und damit seine Verantwortung beschränken sich aber in Anbetracht seiner fachlichen Expertise auf die bezeichneten versicherungstechnischen Teile.

Technische Rückstellungen

-) Statt bisher „Bildung“ wird neu von „Berechnung“ ausreichender technischer Rückstellungen gesprochen. Der verantwortliche Aktuar hat letztlich nicht die Kompetenz, die tatsächliche Bildung von Rückstellungen zu veranlassen. Er kann und muss der Geschäftsleitung aber die Berechnung ausreichender Rückstellungen liefern und über allfällige Unzulänglichkeiten bei der Bildung von Rückstellungen informieren und im Bericht festhalten.
-) Bei der Berechnung ausreichender technischer Rückstellungen verwendet der Aktuar u.a. Angaben des zugrunde liegenden Anlageportfolios. Dabei wird er sich i.d.R. auf die Informationen von Spezialisten anderer Abteilungen im Unternehmen stützen. Für die inhaltliche Korrektheit solcher Informationen ist der Aktuar nicht verantwortlich. Es muss jedoch nach bestem Wissen und Gewissen eine Plausibilitätsprüfung mit Bezug auf diese Informationen vornehmen. Bestehen Zweifel an der sachlichen Richtigkeit der Informationen, sind Rückfragen zu stellen bzw. andere Quellen zu konsultieren.

Rechnungsgrundlagen

-) Aus Sicht der SAV ist der bisherige Punkt „Verwendung sachgemässer Rechnungsgrundlagen“ bereits enthalten, sowohl in der Bestimmung der Solvabilität als auch in der Berechnung der technischen Rückstellungen. Die Verwendung sachgemässer Rechnungsgrundlagen ist Basis für beide Aufgaben. Eine explizite Erwähnung ist daher nicht erforderlich. Der Punkt „sachgemässe Rechnungsgrundlagen“ wurde daher gestrichen.
-) Darüber hinaus ist in Artikel 2 AVO-FINMA festgelegt, dass der verantwortliche Aktuar entscheidet, welche Tarife einem Produkt zugrunde liegen, sofern diese bewilligungspflichtig sind. Eine Verankerung auf Ebene VAG ist nicht erforderlich.

Gebundenes Vermögen

- J Hier wurde analog zur Solvabilität die Aufgabe des verantwortlichen Aktuars auf die versicherungstechnischen Positionen und damit auf den Sollbetrag beschränkt. Statt „Sicherstellung“ wird neu von „Prüfung“ gesprochen, da der verantwortliche Aktuar letztlich nicht die Kompetenz hat, die tatsächliche Sicherstellung der aufsichtsrechtlichen Bestimmungen durchzusetzen.
- J Da das gebundene Vermögen inhaltlich besser zu den Rückstellungen als zur Solvabilität passt, wurde diese Aufgabe von bisher Buchstabe a in Buchstabe b verschoben.

Bericht an den Verwaltungsrat

- J Zusätzlich zu dem Bericht zuhanden der Geschäftsleitung soll der verantwortliche Aktuar zukünftig auch direkt dem Verwaltungsrat berichten. Die Form wurde bewusst nicht näher festgelegt.
- J Damit berichtet der verantwortliche Aktuar - ähnlich wie die interne Revision - unabhängig direkt an den Verwaltungsrat. Insbesondere im Fall von festgestellten Unzulänglichkeiten kann er so seinen Empfehlungen mehr Nachdruck verleihen.

4. Rechtliche Aspekte als Basis für den Revisionsvorschlag

Verantwortung

Der verantwortliche Aktuar trägt die Verantwortung für die festgelegte Aufgabenerfüllung. Der verantwortliche Aktuar wird regelmässig gestützt auf einen Arbeitsvertrag oder einen Auftrag tätig. Die vertraglichen Absprachen umschreiben das „Pflichtenheft“ des Aktuars, das angesichts der Bestimmungen von Art. 23 und Art. 24 VAG die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben und den Zugang zu allen Geschäftsunterlagen mitumfassen muss. Für die festgelegte Aufgabenerfüllung trägt der Aktuar die Verantwortung und diese Verantwortung ist nicht delegierbar. Daher ist es wesentlich für den verantwortlichen Aktuar und hilft bei der Eingrenzung seiner potentiellen Haftung bei Auftreten eines unerwünschten Ereignisses, dass die Aufgaben in Art. 24 VAG möglichst präzise umschrieben sind.

Haftung aus Arbeitsvertrag oder Auftrag

Die Haftungsregelungen bei den zwei relevanten Vertragstypen Arbeitsvertrag und Auftrag sind nicht ganz identisch. Im Arbeitsvertrag hat der Arbeitnehmer die ihm übertragene Arbeit sorgfältig auszuführen und die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren (Art. 321a Abs. 1 OR). Verantwortlich ist der Arbeitnehmer für den Schaden, den er absichtlich oder fahrlässig verursacht hat (Art. 321e Abs. 1 OR). Das Mass der Sorgfalt bestimmt sich nach dem einzelnen Arbeitsverhältnis, unter Berücksichtigung des Berufsrisikos, des Bildungsgrades oder der Fachkenntnisse, die zu der Arbeit verlangt werden, sowie der Fähigkeiten und Eigenschaften des Arbeitnehmers, die der Arbeitgeber gekannt hat oder hätte kennen sollen (Art. 321e Abs. 2 OR).

Der Beauftragte haftet dem Auftraggeber für getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts (Art. 398 Abs. 2 OR). Ausdrücklich wird zudem festgehalten, der Beauftragte hafte im Allgemeinen für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis (Art. 398 Abs. 1 OR). Die Lehre geht indessen einheitlich davon aus, dass dieser Verweis auf das Arbeitsrecht jedenfalls seit der Einführung der Bestimmung zur gefahrgeneigten Arbeit (Art. 321e Abs. 2 OR) nicht mehr sachgerecht sei.

Keine Organhaftung

Die allgemeine aktienrechtliche Norm zur Verantwortlichkeit der Organe (Art. 754 OR) kommt für den verantwortlichen Aktuar u.E. nicht zur Anwendung, da dieser kein Organ der Gesellschaft ist. Art. 754 OR spricht nur von den formellen Organen. Die Bundesgerichtspraxis hat den Anwendungsbereich der Norm zwar auch auf faktische Organe ausgeweitet; ein verantwortlicher Aktuar lässt sich indessen kaum als faktisches Organ bezeichnen, da er keine Entscheide fällt und nicht in „organtypischer“ Weise tätig wird. Auch wurde für den

verantwortlichen Aktuar mit Art. 23 VAG eine eigene Norm für die Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit geschaffen, er wurde also bewusst nicht in Art. 14 VAG zu den Organen der Gesellschaft eingeordnet.

Aufsichtsrechtliche Sanktion

Das Versicherungsaufsichtsrecht kennt keine spezifischen Haftungsnormen für den verantwortlichen Aktuar. Gestützt auf das Finanzmarktaufsichtsgesetz kann die FINMA einer verantwortlichen Person für eine schwere Verletzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen ein Berufsverbot von bis zu fünf Jahren aussprechen (Art. 33 FINMAG). Der persönliche Anwendungsbereich dieser Norm, d.h. die Umschreibung des Kreises der potentiell von einem Berufsverbot betroffenen Personen, ist bewusst offen gelassen worden. Der verantwortliche Aktuar hat im Versicherungsunternehmen im Rahmen der Aufgaben von Art. 24 VAG eine wichtige Funktion inne, selbst wenn der Aktuar nicht in leitender Stellung tätig ist. Entsprechend der in der Praxis angenommenen Pflicht, Gewähr für eine einwandfreie Geschäftsführung zu bieten, ist deshalb davon auszugehen, dass der verantwortliche Aktuar im Falle einer gravierenden (nicht im Falle einer „leichten“) Verletzung seiner Pflichten mit einem Berufsverbot als aufsichtsrechtliche Sanktion belegt werden könnte.

Keine Haftung bei Untätigkeit der Organe

Wenn die Geschäftsleitung einzelnen konkreten Empfehlungen und Hinweisen des verantwortlichen Aktuars nicht folgt, sollte der Aktuar mit einer zweiten Kommunikation nachdrücklich die Bedeutung der übermittelten Informationen (Empfehlungen und Hinweise) in Erinnerung rufen. Bleibt die Geschäftsleitung dennoch weiter untätig, ist es angemessen, dass der Aktuar das Gespräch mit dem Verwaltungsratspräsidenten sucht und ihn über seine Erkenntnisse informiert.

Praktisch durchzusetzen vermag der Aktuar seine Empfehlungen und Hinweise aber nicht. Im Falle einer andauernden Untätigkeit der Geschäftsleitung verschiebt sich indessen das Haftungsrisiko auf die Geschäftsleitung. Tritt ein Schaden ein, weil die Geschäftsleitung eine Empfehlung bzw. einen Hinweis des verantwortlichen Aktuars nicht umgesetzt hat, welche vom Aktuar korrekt und konkret vorgeschlagen worden ist, kann dem Aktuar kein Vorwurf gemacht werden. Wegen Selbstverschuldens der Geschäftsleitung kommt es also zu einer Haftungsbefreiung zugunsten des Aktuars.

Delegation von Aufgaben

Der verantwortliche Aktuar hat sowohl als Arbeitnehmer als auch als Auftraggeber die ihm übertragenen Aufgaben sorgfältig auszuführen. Die Sorgfalt ist ein Wesenselement der Tätigkeitsausübung. Die juristische Lehre geht deshalb vom Grundsatz aus, dass die Haftung, insbesondere im Auftrag, nicht wegbedungen werden kann; diese Betrachtungsweise beruht auf dem Gedanken, dass der Beauftragte sachkundiger ist als der Auftraggeber und der Auftrag gerade mit Blick auf diese Sachkunde erteilt wird.

Im Lichte der gesetzlich umschriebenen Tätigkeiten des verantwortlichen Aktuars in Versicherungsunternehmen muss dasselbe Prinzip gelten, selbst wenn das Arbeitsvertragsrecht keine entsprechenden Auslegungselemente enthält. Der verantwortliche Aktuar wird ja eingesetzt, weil er für gewisse versicherungsinterne Vorgänge über eine besondere Expertise verfügt; die betroffene Person muss zudem aufsichtsrechtliche Vorgaben erfüllen (Gewähr, Unabhängigkeit).

Die Verantwortung für diese Aufgaben und in der Folge die Haftung im Falle einer nicht sorgfältigen Erledigung der Arbeiten kann nicht auf Drittpersonen „verschoben“ (delegiert) werden. Eine (umfassende) Delegation von Aufgaben lässt sich also nicht in einer Weise ausgestalten, dass der verantwortliche Aktuar für die korrekte Aufgabenerfüllung nicht (mehr) haftet.

Eine Delegation von Aufgaben ist immerhin insoweit möglich, als der Aktuar berechtigt ist, Erfüllungsgehilfen (Hilfspersonen) beizuziehen. Für vertraglich beigezogene Erfüllungsgehilfen hat der Aktuar aber gemäss Art. 101 OR in derselben Weise einzustehen, wie wenn er selber gehandelt hätte. Die Nicht- oder Schlechterfüllung durch den Erfüllungsgehilfen muss in Ausübung seiner Tätigkeiten erfolgen, erforderlich ist das Vorliegen eines funktionellen Zusammenhanges mit der Tätigkeit. Macht der Erfüllungsgehilfe Fehler bei der Berechnung von Verpflichtungen in der Bilanz oder verliert er Dokumente, liegt dies in der Ausübung der Tätigkeiten.

Die Haftung entfällt nur, wenn der Erfüllungsgehilfe im Rahmen seiner Tätigkeiten eine nicht in Zusammenhang mit der Arbeit stehende widerrechtliche Handlung begeht (z.B. Verursachung einer Feuerbrunst wegen eines unzulässigen Zigarettengebrauchs). Befreien kann sich der Aktuar auch, wenn er nachweist, dass der Vorwurf an den Erfüllungsgehilfen, falls er ihm gegenüber erhoben würde, kein Verschulden von ihm begründen könnte. Allgemein wird die Bestimmung von Art. 101 OR in der Gerichtspraxis extensiv ausgelegt, d.h. der Aktuar hat ein eigenes Interesse daran, vor dem Beizug eines Erfüllungsgehilfen dessen Fähigkeiten zu prüfen. Stellt die Versicherungsgesellschaft dem Aktuar solche Erfüllungsgehilfen zur Verfügung, die der Aktuar für ungenügend qualifiziert hält, muss er dies der Versicherungsgesellschaft entsprechend kommunizieren und Abhilfe verlangen (anderes Personal). Ist die Versicherungsgesellschaft nicht bereit, auf das Anliegen des Aktuars einzugehen, tritt bei Fehlern von ungeeigneten Erfüllungsgehilfen eine Haftungsverlagerung ein. Bleibt die Geschäftsleitung trotz Hinweisen des verantwortlichen Aktuars untätig, kommt es zu einer Haftungsbefreiung zugunsten des verantwortlichen Aktuars.

Ein Unterschied zwischen Aktuaren, die Arbeitnehmer der Versicherungsgesellschaft sind, und Aktuaren, die auf einer Auftragsbasis tätig werden, liegt mit Bezug auf die Substituten-Regelung vor. Nur der Beauftragte, nicht der Arbeitnehmer ist berechtigt, die Auftragserfüllung einem Substituten zu übertragen (Art. 398 Abs. 3 OR). Das Ziel der Substitution besteht darin, mehr Expertise zu erhalten, die beim Beauftragten nicht vorhanden ist. Diese Konstellation dürfte im Kontext der Tätigkeiten des verantwortlichen Aktuars indessen selten vorkommen, da ja der Aktuar gesetzlich zwingend beschäftigt wird, weil er über die spezifische erforderliche Expertise mit Bezug auf die Erfüllung gewisser Aufgaben verfügt und gegenüber der FINMA auch Gewähr hinsichtlich seiner Expertise bieten muss. Selbst wenn also der Beauftragte eine Drittperson beizieht, dürfte es sich meist um einen Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR handeln. Steht ausnahmsweise ein Substitut in Frage, muss die Auswahl und Instruktion sorgfältig erfolgen (Art. 399 Abs. 2 OR); eine umfassende Überwachung ist hingegen nicht erforderlich, weil der Substitut ja der Spezialist ist.

Informationen von Dritten

Der verantwortliche Aktuar wird zum Teil auf Informationen vertrauen müssen, die er für seine Aufgabenerfüllung nicht selber sammelt bzw. erhebt, sondern von Mitarbeitern der Versicherungsgesellschaft oder gar von Drittpersonen zugestellt/übermittelt erhält. Für die inhaltliche Korrektheit solcher Informationen ist der Aktuar nicht verantwortlich. Immerhin muss der Aktuar nach bestem Wissen und Gewissen eine Plausibilitätsprüfung mit Bezug auf diese Informationen vornehmen. Bestehen Zweifel an der sachlichen Richtigkeit der Informationen, sind Rückfragen zu stellen bzw. andere Quellen zu konsultieren. Die konkrete Festlegung des Überprüfungsumfangs lässt sich nicht allgemein umschreiben; relevant sind die Umstände in der konkreten Situation und die eigenen Fachkenntnisse des tätig werdenden Aktuars.