

S. 362 / Nr. 58 Privatversicherung (d)

BGE 76 I 362

58. Urteil vom 8. Dezember 1950 i. S. KOBAG Spar-, Bau- und Hypothekenbank A.-G. gegen eidg. Justiz- und Polizeidepartement.

Seite: 362

Regeste:

Versicherungsaufsicht:

1. Entscheide über die Bewilligung zum Betrieb einer Versicherungsunternehmung unterliegen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht.
2. Begriff der Versicherung im Sinne des Aufsichtsgesetzes.
3. Versicherungsähnliche Geschäfte begründen keine Konzessionspflicht.
4. Anwendung auf «Annuitätenerlass» im Hypothekbankgeschäft.

Surveillance des assurances:

1. Les décisions relatives à l'autorisation d'exploiter une entreprise d'assurance ne peuvent faire l'objet d'un recours de droit administratif.
2. Notion de l'assurance selon la loi fédérale concernant la surveillance des entreprises privées en matière d'assurance.
3. La conclusion d'affaires analogues à l'assurance n'oblige pas à se munir d'une concession.
4. Application de ce principe au cas de la conclusion, par une banque, d'affaires hypothécaires avec remise des annuités de remboursement en cas de mort.

Sorveglianza in materia di assicurazione:

1. Le decisioni concernenti l'autorizzazione di esercitare un'impresa d'assicurazione non possono essere impugnate con ricorso di diritto amministrativo.
2. Concetto dell'assicurazione a norma della legge federale su la sorveglianza delle imprese private in materia di assicurazione.
3. La conclusione di affari analoghi a quelli di assicurazione non soggiace a concessione.
4. Questo principio vale per gli affari ipotecari, conclusi da una banca, che prevedono il condono di annualità in caso di morte.

A. - Die KOBAG Spar-, Bau- und Hypothekenbank A.-G. in Basel ist hervorgegangen aus der früheren Bausparkasse (Genossenschaft) gleichen Namens. Sie bezweckt nach § 2 Ziff. 1 der Statuten

«den Betrieb eines Bankgeschäftes. Der Betrieb umfasst hauptsächlich

a) Die Gewährung von grundpfandgesicherten Darlehen mit der Möglichkeit der Sicherung der Hinterlassenen des Schuldners durch den vertraglichen Annuitätenerlass im Todesfall.

Seite: 363

b) Die Gewährung von anderen durch Faustpfand, Bürgschaft, Zessionen aller Art und auf ähnliche Weise sichergestellten Darlehen.

Das Hypothekengeschäft bildet jedoch die Haupttätigkeit der Gesellschaft.

c) Die Förderung planmässigen Sparens mit der Möglichkeit der Sicherung der Hinterlassenen des Sparerers durch vertraglichen Erlass der Sparraten im Todesfall.

In Ausführung von § 2 Ziff. 1 lit. a der Statuten bietet sie den Kunden, denen sie durch Annuitäten abzutragende Hypothekendarlehen gewährt, die Möglichkeit, nach besonderen «Allgemeinen Vertragsbedingungen für den Schuldnerlass im Todesfall» («Bedingungen») Zusatzverträge abzuschliessen, wonach ihnen gegen Bezahlung einer als Prämie bezeichneten Leistung - im Falle des Todes vor Abtragung der Darlehensschuld - die dann noch nicht zur Zahlung fällig gewordenen Annuitäten ganz oder in einem vertraglich bestimmten Teilbetrage erlassen werden (§ 1 der Bedingungen) (Annuitätenerlassvertrag, im Folgenden «AEV»). Die Prämie besteht in einer bei Abschluss des Zusatzvertrages zu bezahlenden einmaligen Einlage. Diese wird nach dem zur Zeit der Annahme des Antrages gültigen Tarif auf Grund des Alters des Antragstellers berechnet (§ 4). Die Bank erleichtert die Aufbringung der Prämie durch Zusatzdarlehen auf das Grundpfand, deren Verzinsung und Tilgung ähnlich geordnet sind wie die Hauptdarlehen (§ 6). Der Darlehensschuldner kann jederzeit vom Zusatzvertrage zurücktreten. In diesem Falle werden ihm 90% des Deckungskapitals, berechnet auf den Zeitpunkt des Rücktrittes, zurückbezahlt. Hatte der Darlehensschuldner ein Zusatzdarlehen in Anspruch genommen, so wird hierüber abgerechnet und ein sich ergebender aktiver oder passiver Überschuss durch Barzahlung ausgeglichen (§10).

B. - Mit Entscheid vom 16. Februar 1950 hat das eidg. Justiz- und Polizeidepartement den AEV der

Beschwerdeführerin als Versicherungsgeschäft charakterisiert und die Beschwerdeführerin nach Massgabe von Art. 1 und 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) vom

Seite: 364

1. Januar 1951 an der Konzessionspflicht unterstellt. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, beim AEV liessen sich alle Begriffsmerkmale eines Versicherungsvertrages, wie sie von der Praxis (BGE 58 I 256) gefordert würden, nachweisen.

C. - Mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde wird beantragt, den Entscheid des eidg. Justiz- und Polizeidepartementes aufzuheben und festzustellen, dass die Beschwerdeführerin nicht konzessionspflichtig im Sinne des VAG sei. Zur Begründung wird im wesentlichen ausgeführt, die Beschwerdeführerin sei eine Bank, sie unterstehe dem Bankengesetz und der Aufsicht der Bankenkommision. Sie sei ein reines Hypothekarinstitut. Ihr besonderer Zweck bestehe in der Pflege des Eigenheimgedankens durch Gewährung von Grundpfanddarlehen zum Bau oder zum Erwerb eines eigenen Hauses und durch Förderung des Sparens im Hinblick auf den nämlichen Zweck.

Bei der Gestaltung des Aktivgeschäftes befinde sich die Beschwerdeführerin grundsätzlich in der gleichen Stellung wie die anderen Hypothekarbanken. Die Geschäftsgebarung sei die nämliche. Ihre Darlehensverträge wiesen - in Verfolgung des besonderen Zweckes der Unternehmung - in der Regel die Eigentümlichkeit auf, dass als Sicherheit einzig das Grundpfand diene, der Schuldner weder Bürgen noch Faustpfänder zu stellen habe. Dafür sei die Abzahlung in Form einer festen Annuität, umfassend Zins und Abzahlung - mindestens für die II. Hypothek -- obligatorisch. Sodann werde mit dem Darlehensvertrag in der Regel ein Zusatzvertrag über einen Annuitätenerlass verbunden.

Der Zusatzvertrag weise drei Wesensmerkmale des Versicherungsvertrages auf, nämlich das Risiko, die Leistung des Versicherten und den Risikoausgleich nach dem Gesetz der grossen Zahl (- Planmässigkeit des Geschäftsbetriebes) nicht dagegen die weiteren Erfordernisse einer Leistung des Versicherers (Merkmal 3) und der

Seite: 365

Selbständigkeit des Vertrages (Merkmal 4). Sofern aber beim Zusatzvertrag auch nur ein einziges Merkmal fehle, sei er kein Versicherungsvertrag, da jedes Merkmal gleich wesentlich sei. Der Zusatzvertrag sei ein versicherungsähnlicher Vertrag, genauer: eine versicherungsähnliche Nebenabrede des Darlehensvertrages. Übrigens treffe bei den Hypothekarbanken, welche Darlehensverträge mit Schuld -Untergang im Todesfalle abschliessen, auch der Zweckgedanke nicht zu, der den Gesetzgeber seinerzeit veranlasst habe, die privaten Versicherungsunternehmungen der Konzessionspflicht zu unterwerfen. Dieser sei einfach und klar: der Versicherte solle gegenüber der Versicherungsunternehmung geschützt werden. Dieses Schutzbedürfnis bestehe nun aber hier nicht im geringsten. Da nämlich die Gesellschaft gegenüber dem Partner des Zusatzvertrages keine Leistung zu erbringen habe, komme es für die Verwirklichung der Risikotragung gar nicht auf ihre Leistungsfähigkeit (- Solidität) an. Es lasse sich überhaupt kein Fall denken, in dem die Partner des Zusatzvertrages zu Verlust kommen könnten.

Der Schutz der Bankengläubiger, insbesondere auch der «vielen kleinen Spareinleger», sei nicht Sache der Versicherungs-, sondern der Bankenaufsicht.

Durch den angefochtenen Entscheid werde die Beschwerdeführerin als konzessionspflichtig erklärt. Das Versicherungsamt nehme aber den Standpunkt ein, dass die Beschwerdeführerin nicht konzessionsfähig sei. Das eidg. Justiz- und Polizeidepartement habe sich zwar im Entscheid nicht über die Konzessionsfähigkeit geäussert. Es müsse aber damit gerechnet werden, dass das Departement trotz Bejahung der Konzessionspflicht in der Frage der Konzessionsfähigkeit den Standpunkt des Versicherungsamtes einnehmen werde. Sollte daher das Bundesgericht dazu kommen, die Konzessionspflicht zu bejahen, so könnte dies nicht ohne einen Vorbehalt zu Gunsten der Konzessionsfähigkeit der Beschwerdeführerin geschehen. Zwar stehe dem Bundesgericht keine Kognition darüber

Seite: 366

zu, ob einer Unternehmung die nachgesuchte Konzession erteilt werden solle (Art. 99 Ziff. VII Abs. 1 OG). Aber diese Beschränkung beziehe sich nur auf die Beantwortung der Ermessensfrage, ob eine Unternehmung auf Grund ihrer individuellen Verhältnisse genügend Gewähr für die Erteilung der Konzession biete. Im vorliegenden Falle sei dagegen die Konzessionsfähigkeit in grundsätzlicher Weise und im Zusammenhang mit der Konzessionspflicht zu beurteilen. Diese reine Rechtsfrage könne vom Bundesgericht sicher in der Weise beurteilt werden, dass es die Aufsichtsbehörde im Falle der Bejahung der Konzessionspflicht anweise, auf ein allfälliges Konzessionsgesuch der Beschwerdeführerin einzutreten und es nur dann abzulehnen, wenn die Beschwerdeführerin den Anforderungen nicht genüge, die beim Hypothekargeschäft mit versicherungsähnlichen Nebenabreden

unter dem Gesichtspunkt des «Versicherten»-Schutzes zu stellen seien.

D. - Das eidg. Justiz- und Polizeidepartement beantragt Abweisung der Beschwerde.

E. - Im Verfahren vor Bundesgericht ist bei der eidg. Bankenkommission eine gutachtliche Äusserung eingezogen worden über die Fragen

1) Ist der AEV der Beschwerdeführerin als deren Kreditgeschäft inhärent zu betrachten oder nicht

2) Hat die Aufsicht der eidg. Bankenkommission einen Einfluss auf die Gestaltung dieses AEV

Die eidg. Bankenkommission hat beide Fragen bejaht mit dem Hinweis, dass es sich bei dem Erlass der Annuitäten im Todesfall um eine Besonderheit des Hypothekargeschäftes der Beschwerdeführerin und einer weiteren Bank mit ähnlichem Geschäftsbetrieb handelt; bei anderen Hypothekarbanken käme er nicht in Frage.

Das Bundesgericht hat die Konzessionspflicht verneint in Erwägung:

1.- In Art. 99 Ziff. VII Abs. 1 OG wird ausdrücklich bestimmt, dass gegen die Verweigerung der Bewilligung

Seite: 367

zum Betrieb eines Versicherungsunternehmens die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht nicht gegeben ist. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin bezieht sich dieser Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht nur auf die Beantwortung der Frage, ob eine Unternehmung auf Grund ihrer individuellen Verhältnisse die nötige Gewähr für die Erteilung der Konzession bietet er gilt vielmehr nach Wortlaut und Sinn der Bestimmung schlechthin, so dass auch die Prüfung der allgemeinen Voraussetzungen der Konzessionsfähigkeit ausschliesslich den Administrativbehörden vorbehalten bleibt, mithin auch die Beantwortung der Frage, ob eine Gesellschaft, die neben der Versicherung noch einen andern Geschäftszweig betreibt, konzessionsfähig ist. Der von der Beschwerdeführerin angeführte Bundesratsbeschluss vom 6. August 1929 (Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 1929 Nr. 18) spricht keineswegs gegen diesen Standpunkt. Dass die Konzessionsverweigerung ausschliesslich der Kognition der Verwaltungsbehörden untersteht, wird dort ausdrücklich gesagt. Wenn dabei der Entscheid über «die Bedingungen, die an die Konzessionserteilung geknüpft werden» der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugelassen wird, ist die Konzessionserteilung vorausgesetzt.

2.- Daraus, dass das eidg. Versicherungsamt seinerzeit davon abgesehen hat, den AEV der Kreditkassen mit Wartezeit in die Konzessionspflicht der Unternehmungen im Gebiete der Privatversicherung einzubeziehen, kann für die vorliegende Streitigkeit nichts abgeleitet werden. Abgesehen davon, dass das eidg. Justiz- und Polizeidepartement in seinem Schreiben vom 12. Mai 1938 an das eidg. Finanz- und Zolldepartement, dem die Aufsicht über jene Kassen zustand, ausdrücklich festgestellt hat, dass aus diesem Verzicht kein Schluss auf die Stellungnahme des eidg. Versicherungsamtes in dem Falle gezogen werden dürfe, wo gewöhnliche Hypothekarbanken einen ähnlichen Erlass einführen sollten, liegt kein Eingriff in wohlverworbene Privatrechte vor, wenn eine Bundesbehörde die ihr

Seite: 368

durch Bundesrecht übertragene Polizeiaufsicht zufolge Änderung ihrer Praxis auf eine Unternehmung erstreckt, für die sie bisher die Aufsichtspflicht nicht angenommen hatte (BGE 71 I 278; 49 I 300 ff.).

3.- Gemäss Art. 1 VAG unterliegen der dem Bunde übertragenen Aufsicht über den Geschäftsbetrieb von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens alle privaten Unternehmungen auf dem Gebiete des Versicherungswesens, welche in der Schweiz Geschäfte betreiben wollen. Nach Art. 3 ist privaten Unternehmungen ohne die Bewilligung des Bundesrates die Vornahme von Versicherungsgeschäften in der Schweiz gänzlich untersagt.

Wieder das Aufsichtsgesetz noch die andern, die privaten Versicherungen betreffenden Bundesgesetze, insbesondere das VVG, enthalten eine Definition des Begriffes der Versicherung. Das Bundesgericht als Verwaltungsgericht hat, der Praxis des Bundesrates (Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 1927 Heft 1 Nr. 61) folgend, die wesentlichen Elemente der Versicherung wie folgt umschrieben

a) das Risiko oder die Gefahr,

b) die Leistung des Versicherten die Prämie,

c) die Leistung des Versicherers,

d) die Selbständigkeit der Operation,

e) die Kompensation der Risiken nach den Gesetzen der Statistik der planmässige Geschäftsbetrieb (BGE 58 I 259).

An dieser Umschreibung des Begriffes der Versicherung und damit der Charakterisierung der Versicherungsunternehmungen, die der eidgenössischen Aufsicht unterliegen, ist festzuhalten. Sie entspricht der Doktrin (vgl. RÖLLI I S. 24 ff. HÉMAR, Théorie et pratique des assurances terrestres, I p. 72 ss., KÖNIG, Versicherungsrecht, S. 30 ff.). Die Parteien gehen übrigens ebenfalls

von dieser Begriffsbeschreibung aus. Ob sich die «Selbständigkeit der Operation» auf die Versicherungen im allgemeinen als

Seite: 369

wirtschaftlich technische Einrichtung bezieht oder nur auf den Versicherungsvertrag, wird, soweit erforderlich, unten bei der Diskussion dieser Voraussetzung geprüft werden.

Die Parteien sind darüber einig, dass beim Annuitätenerlass, welchen die Gesellschaft beim Todesfall des Darlehensnehmers gegen die Bezahlung einer Prämie gewährt, die Merkmale a) Risiko, b) Leistung des Versicherten und e) Planmässigkeit des Geschäftsbetriebes vorhanden sind. Ihre Auffassung ist zweifellos richtig und bedarf keiner weitem Erörterung. Es ist somit lediglich zu untersuchen ob die beiden verbleibenden Merkmale, die Leistung des Versicherers und die Selbständigkeit der Operation, zutreffen. Wenn eines dieser beiden Merkmale fehlen sollte, liegt keine Konzessionspflicht zu verneinen und die Beschwerde gutzuheissen. Die analoge Anwendung von Art. 1 und 3 VAG auf versicherungsähnliche Unternehmungen ist nicht angängig, wird im übrigen vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement auch nicht in Anspruch genommen.

4.- Gemäss dem AEV reduziert die Beschwerdeführerin beim Ableben des Darlehensnehmers die restlich geschuldeten Annuitäten der Darlehenssumme um den im Erlassvertrag vorgesehenen Betrag. Die Hinterbliebenen des Darlehensnehmers erhalten dadurch einen Anspruch auf die entsprechende Herabsetzung der Pfandsumme bzw., wenn durch den Erlassvertrag die Restschuld erlassen wird, auf Freigabe des Grundpfandes. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass der Risikoeintritt - der Tod des Darlehensschuldners - keine Leistungspflicht der Risikoträger bewirke, sondern lediglich den automatischen Untergang der aus einem andern Grund entstandenen Forderung. Beim AEV fehle es daher offensichtlich an einer Leistung des Versicherers. Diese Auffassung ist rechtsirrtümlich.

Sie ist es auch dann, wenn man ausschliesslich vom zivilrechtlichen Begriff der Leistung, die beim

Seite: 370

Risikoeintritt ausgelöst wird, ausgeht und die Leistung des Versicherers nicht auch, wie z. B. RÖLLI/JAEGER IV N. 64 annimmt, in der Aufnahme des Versicherungsnehmers in die vom Versicherer zu bildende Gefahrengemeinschaft sieht, wodurch der Versicherungsnehmer an den durch diese Gemeinschaft gesammelten Werten beim Eintritt des Versicherungsfalles teilnehmen kann.

Inhalt der Obligation ist die Leistung, welche der Gläubiger verlangen darf und der Schuldner zu erbringen hat. Die Leistung ist ein Verhalten des Schuldners, welches dem Gläubiger zu Gute kommen soll oder wenigstens seinem Willen entspricht. Die Leistung kann jedoch, was die Beschwerdeführerin offenbar übersehen hat, nicht nur positiv, sondern auch negativ sein, d. h. in einem Nichttun, in einem Unterlassen des Schuldners bestehen. Der Schuldner unterlässt in diesem Falle eine Handlung, zu deren Vornahme er nach allgemeinen Grundsätzen befugt wäre (VON TUHR/SIEGWART OR I S. 41 und 43 f.).

Im vorliegenden Falle besteht die Leistung der Gesellschaft im völligen oder teilweisen Verzicht auf die Rückforderung der ihr im Zeitpunkt des Todes des Darlehensnehmers noch geschuldeten Darlehenssumme. Nun behauptet die Beschwerdeführerin freilich, dieser Untergang der Rückerstattungspflicht des Darlehensschuldners im vertraglichen Umfange erfolge automatisch durch den Risikoeintritt und sei von keinem Verhalten der Gesellschaft abhängig. Indessen ist diese Auffassung irrtümlich. Es ist vielmehr so, dass durch den Risikoeintritt die negative Leistung der Gesellschaft ausgelöst wird, indem der beim Abschluss des AEV versprochene ganze oder teilweise Verzicht auf die Darlehenssumme wirksam wird, und dass dadurch die Restschuld ganz oder teilweise untergeht. Es ist denn auch unrichtig, wenn die Beschwerdeführerin meint, beim AEV sei eine vertragswidrige Nichtleistung überhaupt nicht denkbar. -Es ist vielmehr durchaus möglich, dass die Gesellschaft vertragswidrig ihren Forderungsverzicht bestreitet. Die Hinterbliebenen, die an

Seite: 371

die Stelle des Darlehensschuldners getreten sind, können in diesem Falle, sofern der Totalerlass der beim Risikoeintritt noch geschuldeten Annuitäten vereinbart war, mit der Erfüllungsklage von der Gesellschaft die Herausgabe des Grundpfandtitels verlangen. Der Rechtsgrund für diese Forderung besteht in der Willenserklärung der Gesellschaft, im Todesfall des Darlehensnehmers auf ihre Forderung zu verzichten und demgemäss den Pfandtitel herauszugeben. Beim teilweisen Annuitätenerlass beim Tode des Darlehensschuldners liegt der Fall grundsätzlich gleich; die Hinterbliebenen können die Herabsetzung der Pfandsumme klage- eventuell auch einredeweise erzwingen. Es besteht somit zwischen dem AEV und der gewöhnlichen Lebensversicherung kein grundsätzlicher Unterschied. In beiden Fällen verspricht die eine Partei der andern gegen Entgelt eine Vermögensleistung. In beiden Fällen löst der Risikoeintritt, d.h. der Tod des Versicherten, diese

Leistung des Versicherers aus, nur dass sie in diesem Falle eine positive, in jenem dagegen eine negative ist. In beiden Fällen bedarf es zu der Auslösung der Leistung keiner neuen rechtsgeschäftlichen Erklärung des Versicherers, sondern nur der Feststellung des Risikoeintrittes. In beiden Fällen kann die Erfüllung des Vertrages erzwungen werden, wobei der Rechtsgrund der Klage der gleiche ist, nämlich einerseits das vertragliche Leistungsversprechen und andererseits der Risikoeintritt.

Das führt dazu, das Merkmal e), Leistung des Versicherers, beim AEV als gegeben zu betrachten.

5.- a) Schon der Bundesrat hatte in seinen Entscheiden vom 7. Juni 1926 und 18. Februar 1927 in Sachen DAS und CAP (Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden 1927 Nr. 61) festgestellt, dass sich die Versicherung als selbständiges Rechtsgeschäft darstellen müsse. Auch das Bundesgericht hat in seinem grundlegenden Entscheid BGE 58 I 256 ff. in Erw. 5 diese «Selbständigkeit der Operation» - gestützt auf die Doktrin (RÖLLI I S. 26, OSTERTAG/HIESTAND Anm. 1 zu Art. 33 VVG, HÉMARD,

Seite: 372

a.a.O. Nr. 46 und 57 i. f., HAGEN IN EHRENBERG, Handbuch des Handelsrechts, S. 12 ff.) - als eines der Wesensmerkmale des Versicherungsbegriffes bezeichnet. Es hat sodann im einzelnen ausgeführt, dass der selbständige Charakter der Versicherungsleistungen nicht zwangsläufig verschwinde, wenn sie in ein und derselben Abmachung mit Leistungen anderer Art vereinigt sind. Im Gegenteil muss die Unternehmung, die solche Mischgeschäfte macht, als Versicherer angesehen werden, wenn den Versicherungsleistungen eine gewisse Bedeutung (une certaine importance) zukommt und wenn sie nicht als eine einfache Nebenabrede (un simple accessoire) oder eine Modalität des andern Vertragsteiles erscheinen. Für die Entscheidung der Frage, ob die Versicherungsleistung sich lediglich als Nebenabrede oder Modalität des andern Vertragsteiles darstellt, ist der innere Zusammenhang mit diesem von entscheidender Bedeutung (vgl. dazu BRUCK, Privatversicherungsrecht, S. 51/52 KÖNIG, a.a.O. S. 32, '3:3).

b) Der AEV der Beschwerdeführerin ist zwar als selbständiger Vertrag ausgebildet, und es wird dafür eine besondere Urkunde ausgestellt. Indessen ist er, seinem Charakter nach, lediglich ein Zusatzvertrag zum Darlehensvertrag; er ist ohne den Darlehensvertrag überhaupt nicht denkbar. Daran ändert nichts, dass der Zusatzvertrag nicht unbedingt zu gleicher Zeit abgeschlossen zu werden braucht wie der Hauptvertrag, und ebensowenig, dass er selbständig gekündigt werden kann, so dass er unter Umständen vor Beendigung des Darlehensvertrages erlischt.

c) Weiterhin kann auch keinem Zweifel unterliegen, dass der Leistung, die die Gesellschaft auf Grund des Vertrages erbringt, eine erhebliche Bedeutung zukommt. Dass es der Fall ist, ergibt sich schon aus der Zahl der Zusatzverträge im Verhältnis zur Zahl der Darlehensverträge. Die Beschwerdeführerin bestreitet denn auch die Bedeutung der Leistung aus dem AEV lediglich mit der Behauptung, sie erbringe überhaupt keine Leistung, was aber, wie oben unter Ziff. 4 ausgeführt wurde, nicht richtig ist.

Seite: 373

d) Dagegen rechtfertigt es sich anzunehmen, dass die Leistung der Gesellschaft hier lediglich eine Nebenabrede, Modalität des Darlehensvertrages betrifft. Die eidg. Bankenkommision weist in ihrem Gutachten vom 28. November 1950 nach, dass der Annuitätenerlass aus dem Geschäftsbetriebe der Beschwerdeführerin heraus entwickelt wurde, um einem gemeinsamen Bedürfnis der Kundschaft wie auch der Gesellschaft selbst Rechnung zu tragen. Die Bankenkommision stellt fest, dass der Erlass der noch nicht fälligen Annuitäten beim Tode des Hypothekarschuldners nur bei zwei aus Bausparkassen hervorgegangenen Unternehmungen, der Beschwerdeführerin und der Eigenheim Bank, Aktiengesellschaft in Basel, üblich ist, hier jedoch seit Jahren die Regel bildet, dass die Konkurrenz der bestehenden Hypothekarbanken jenen beiden Banken keine andere Wahl liess und dass für die beiden Banken die Einräumung von Hypothekardarlehen ohne Annuitätenerlass zur Zeit überhaupt nicht in Frage kommen kann. Sie erklärt, dass dem Hypothekargeschäft dieser beiden Banken der Erlass der Annuitäten im Todesfall auf Grund besonderer Verhältnisse inhärent ist. Danach bildet der Annuitätenerlass im Todesfall hier einen integrierenden Bestandteil des Hypothekargeschäftes. Es fehlt ihm die Selbständigkeit, deren es bedürfte, um ihn als eine der Versicherungsaufsicht unterworfenen Geschäftstätigkeit zu charakterisieren. Unter diesen Umständen aber besteht eine Konzessionspflicht nicht, da das Aufsichtsgesetz, wie oben unter Ziff. 3 festgestellt wurde, sich auf das Versicherungsgeschäft beschränkt, auf versicherungsähnliche Geschäfte dagegen nicht Anwendung findet.

6.- Aus dem Gutachten der Bankenkommision geht übrigens hervor, dass kein Bedürfnis besteht, die beiden Hypothekarbanken, die mit Hypothekardarlehen den Annuitätenerlass verbinden, deswegen der Versicherungsaufsicht zu unterstellen. Die beiden Banken unterstehen der Aufsicht der Bankenkommision unter dem Gesichtspunkte des Gläubigerschutzes. Eines Kontrahentenschutzes,

wie er dem Zwecke der Versicherungsaufsicht

Seite: 374

entsprechen würde, bedarf es beim Annuitätenerlass nicht. Da die Leistung der Gesellschaft beim AEV lediglich im Verzicht auf eine Forderung besteht, ist die Erfüllung der Leistung im Vertragsfalle stets gesichert. Die Erben des Kontrahenten können ihren Anspruch unter allen Umständen durchsetzen, auch wenn die Unternehmung insolvent und in Konkurs gefallen ist. Selbst im Falle des Rückkaufes, wo die Unternehmung eine positive Geldleistung zu erbringen hat, hängt der Anspruch des versicherten Darlehensschuldners in den meisten Fällen nicht von der Bonität der Unternehmung ab, da der Rückkaufswert im allgemeinen geringer sein wird als die restliche Hypothekarschuld, so dass der Versicherte seinen Anspruch sogar im Konkurs der Gesellschaft (Art. 213 SchKG) mittels der Verrechnung mit der Darlehensschuld durchsetzen kann. Mit dem Schutze der Aktionäre, der Obligationäre und der übrigen Drittgläubiger, insbesondere der «vielen kleinen Spareinleger», hat sich die Versicherungsaufsicht nicht zu befassen