

Versicherungsrecht

Herausgeber: Prof. Dr. Egon Lorenz, Mannheim.

Herausgeberbeirat: Prof. Dr. Walter Bayer, Jena; Dr. Georg Büchner, Stuttgart; VRiBGH a. D. Karl-Dietrich Bundschuh, Karlsruhe; Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus-Wilhelm Canaris, München; Prof. Drs. iur. Drs. med. h. c. Erwin Deutsch, Göttingen; Prof. Dr. Meinrad Dreher, Mainz; RA Dr. Bodo Hasse, LL.M., München; VRiBGH a. D. Dr. Dieter Hoegen, Karlsruhe; Prof. Dr. Ernst Klingmüller †, Köln; RA Dr. Theo Langheid, Köln; Prof. Dr. Dr. h. c. Dieter Medicus, München; RA Dr. Bernd Michaels, Düsseldorf; VizeprärsBGH a. D. Dr. Gerda Müller, Karlsruhe; VRiBGH a. D. Dr. Erich Steffen, Karlsruhe; VRiBGH a. D. Wilfried Terno, Karlsruhe.

Hauptschriftleitung: Prof. Dr. Egon Lorenz. Weitere Mitglieder der Schriftleitung: RA Dr. Peter Bach, Köln (Versicherungsvertragsrecht), VRIOLG a. D. Lothar Jaeger, Köln (Berufs- und Amtshaftungsrecht), Prof. Dr. Dirk Looschelders, Düsseldorf (Internationales Privatrecht und betriebliche Altersversorgung), Prof. Dr. Peter Reiff, Trier (Transportrecht, Verfahrens- und Kostenrecht, Auslandsrecht), Prof. Dr. Manfred Wandt, Frankfurt/M. (Grundlagen des Versicherungsrechts, allgemeines Haftungsrecht und angrenzende Gebiete).

VersR 63. Jahrgang

1. Januar 2012

Heft 1 · 1-40

Zum Referentenentwurf der 10. VAG-Novelle zur Umsetzung der Solvency-II-Richtlinie in deutsches Recht – eine erste Analyse

Dr. Joachim Grote und Dr. Martin Schaaf, Köln

(VersR 2012, 17-28)

Zum Referentenentwurf der 10. VAG-Novelle zur Umsetzung der Solvency-II-Richtlinie in deutsches Recht – eine erste Analyse

Dr. Joachim Grote und Dr. Martin Schaaf, Köln*

I. Einleitung

Am 25. 11. 2009 wurde die Solvency-II-Richtlinie¹ verabschiedet. Knapp zwei Jahre später liegt nunmehr der Referentenentwurf der Bundesregierung des „Zehnten Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes“ (10. VAG-Novelle; im Folgenden: VAG-RefE) vor, mit dem die Solvency-II-Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt werden soll. Der Entwurf ist mit Spannung erwartet worden, da er die mit der Umsetzung der Solvency-II-Richtlinie einhergehenden weitreichenden Änderungen des geltenden Aufsichtsregimes greifbarer macht. Seine Veröffentlichung war angesichts des Umstands, dass die Regelungen voraussichtlich ab dem 1. 1. 2014 angewendet werden sollen², in zeitlicher Hinsicht auch dringend erforderlich³.

Die Bundesregierung hat die Umsetzung der Solvency-II-Richtlinie – wie verschiedentlich angeregt⁴ – zugleich zum Anlass genommen, das mehr als 100 Jahre alte VAG vom 12. 5. 1901 grundlegend zu reformieren. Der von Gesetzgeberseite eingeschlagene Weg in Richtung einer „großen Lösung“ ist aus Sicht des Rechtsanwenders zu begrüßen. Eine Neukonzeption des VAG war faktisch unumgänglich, hatte das VAG doch spätestens seit der im Zuge der Deregulierung des Versicherungsmarkts ab 1994 begonnenen Umsetzung zahlreicher EU-Richtlinien immer mehr an Systematik verloren⁵. Als Beispiel dafür mögen die – in der Literatur⁶ kritisierte – doppelte Legaldefinition des Begriffs der Versicherungsholdinggesellschaft in § 1 b Abs. 1 S. 1 VAG und § 104 a Abs. 2 Nr. 4 VAG mit terminologischen und inhaltlichen Friktionen oder der Ende des Jahres 2000⁷ neu ins VAG eingefügte Abschnitt V b und V c zu Versicherungsgruppen bzw. Finanzkonglomeraten mit den §§ 104 a bis 104 w (!) dienen. Die Neufassung des VAG ist dabei auch insofern konsequent, als die Solvency-II-Richtlinie ausweislich Art. 310 alle bisherigen 14 EU-Versicherungsrichtlinien mit Wirkung zum 1. 11. 2012 aufhebt und im Sinne einer „beter regulation“ in einer Richtlinie zusammenfasst⁸.

II. Regelungsansatz und -systematik des VAG-RefE

Die 10. VAG-Novelle ist nach dem VAG-RefE als sogenanntes Artikelgesetz angelegt, dessen Art. 1 die Änderungen des VAG behandelt. In Art. 2 finden sich Änderungen des HGB, in Art. 3 weitere Folgeänderungen in anderen Gesetzen, in Art. 4 aufgehobene Rechtsvorschriften, in Art. 5 eine Bekanntmachungserlaubnis zugunsten des BMF und in Art. 6 eine Regelung zum Inkrafttreten.

Mit Blick auf das erklärte Ziel, die erwähnten gesetzgeberischen Missstände hinsichtlich Systematik und Paragrafenzählung zu beseitigen⁹, überrascht es nicht, dass das VAG in der Fassung des Referentenentwurfs nicht mehr mit § 160, sondern mit § 345 (!) enden soll. Freilich ist der gewachsene Umfang gleichermaßen neu zu regelnden Inhalten geschuldet, etwa den neuen Solvabilitätsanforderungen der §§ 69 bis 114 VAG-RefE, die die erste Säule von Solvency II umsetzen. Sie reichen in ihrer Regelungsdichte und -intensität weit über die bisherigen Vorgaben hinaus.

Die Bundesregierung hat erkannt, dass Solvency II auf einer Vollharmonisierung des Versicherungsaufsichtsrechts basiert, der richtlinienrechtlich weitgehendsten Harmonisierungsmethodik¹⁰. Dementsprechend weist die allgemeine Begründung des Referentenentwurfs eingehend eigens darauf hin, dass er nicht das Ziel eines über die Umsetzung der Richtlinie hinaus-

greifenden Konzepts im Sinne einer „Regulierungsverwaltung“ verfolgt¹¹. Um den Umsetzungsaufwand in Grenzen zu halten, hält der Referentenentwurf ausweislich seiner Begründung jedoch an den bestehenden Regelungen fest, soweit diese bereits den Richtlinienvorgaben entsprechen, soweit diese zu Solvency II nicht in Widerspruch stehen oder soweit Solvency II die Ausgestaltungsfreiheit den Mitgliedstaaten explizit vorbehält (z. B. Gruppenaufsicht) oder bewusst nicht regelt und die Mitgliedstaaten mithin in der nationalen Regulierung frei sind. Im Ergebnis führt dies dazu, dass ein beträchtlicher Teil der Vorschriften des geltenden VAG im Zuge der 10. VAG-Novelle zwar einen neuen Standort erhält, inhaltlich aber unverändert bleibt. Dies betrifft vor allem die Regelungen zum VVaG, die derzeit in den §§ 15 bis 53 b VAG geregelt sind und im Referentenentwurf in die §§ 158 bis 197 VAG-RefE verschoben werden¹². Aber auch die Vorschriften zur betrieblichen Altersversorgung der §§ 112 bis 118 f VAG sowie die §§ 146 bis 150 VAG zu den Zuständigkeiten von Bundes- und Landesaufsicht ordnet der Referentenentwurf inhaltlich weitgehend unverändert in die §§ 219 bis 230 VAG-RefE bzw. §§ 314 bis 318 VAG-RefE ein.

* Dr. Joachim Grote ist Partner bei BLD Bach, Langheid & Dallmayr Rechtsanwälte PartG; Dr. Martin Schaaf ist Rechtsanwalt ebenda.

- 1 Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit – Solvabilität II ABIEG L 335 vom 17. 12. 2009.
- 2 Vortrag von van Hulle am 13. 10. 2011 auf der Informationsveranstaltung der BaFin zu „Solvency II – Aktuelle Entwicklungen“, Folien abrufbar unter http://www.bafin.de/clin_161/SharedDocs/Downloads/DE/Unternehmen/VersichererUndPensionfonds/Solvency_II/Infoveranstaltung_111013/vortrag_vanhulle.templateeld=raw,property=publicationFile.pdf/vortrag_vanhulle.pdf.
- 3 Den eng gesetzten Zeitrahmen bestätigt auch die kurze Frist von lediglich drei Wochen ab Veröffentlichung, die Verbänden und interessierten Kreisen zur Stellungnahme gesetzt wurde. Einige der Stellungnahmen sind bereits veröffentlicht, namentlich die umfangreiche und gelungene Stellungnahme des GDV (abrufbar unter http://www.gdv.de/Downloads/Themen_2011/Stellungnahmen/GDV_Stellungnahme_zum_VAG_Entwurf_2011.pdf). Auf diese sei in Ansehung solcher Punkte verwiesen, die im Folgenden nicht vertieft werden.
- 4 Gause in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG 2010 Bd. 1 AufsichtsR Rn. 325; Grote in Dreher/Wandt, Solvency II in der Rechtsanwendung, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2009 S. 225, 244.
- 5 Bürkle VersR 2005, 458 (465); Kaulbach in Fahr/Kaulbach/Bähr, VAG 4. Aufl. 2007 § 1 b Rn. 2; H. Müller BB 1999, 1178 (1179).
- 6 Winter, Versicherungsaufsichtsrecht – Kritische Betrachtungen – Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2007 S. 411 ff. und 417 ff.; Wolf VersR 2006, 465.
- 7 Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, insbesondere zur Durchführung der EG-Richtlinie 98/78/EG vom 27. 10. 1998 über die zusätzliche Beaufsichtigung der einer Versicherungsgruppe angehörenden Versicherungsunternehmen sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 21. 12. 2000 BGBl I 1857.
- 8 Grote aaO (Fn. 4) S. 224, 229.
- 9 Begründung zum VAG-RefE S. 250.
- 10 Allgemein zur Vollharmonisierung des Versicherungsaufsichtsrechts durch Solvency II Dreher/Lange VersR 2011, 825.
- 11 Begründung zum VAG-RefE S. 250.
- 12 Ausführlicher dazu, insbesondere im Hinblick auf die in der Gesamtschau zwar marginalen, praktisch gleichwohl bedeutsamen Änderungen im Hinblick auf die Berücksichtigung von Nachschussanforderungen als Eigenmittel unten V 12.

Systematisch gliedert sich das neue VAG auf der Basis des Referentenentwurfs in sieben Teile. Dies sind im Einzelnen:

- Teil 1: Allgemeine Vorschriften (§§ 1 bis 8 VAG-RefE);
- Teil 2: Vorschriften für die Erstversicherung und die Rückversicherung (§§ 9 bis 218 VAG-RefE);
- Teil 3: Betriebliche Altersversorgung (§§ 219 bis 230 VAG-RefE);
- Teil 4: Gruppen (§§ 231 bis 288 VAG-RefE);
- Teil 5: Aufsicht: Aufgaben und allgemeine Befugnisse, Organisation (§§ 289 bis 325 VAG-RefE);
- Teil 6: Straf- und Bußgeldvorschriften (§§ 326 bis 335 VAG-RefE) und
- Teil 7: Übergangs- und Schlussbestimmungen (§§ 336 bis 345 VAG-RefE).

III. Zielsetzung des Beitrags

Der Beitrag nimmt sich im Sinne einer ersten Analyse dem Herzstück des deutschen Umsetzungsgesetzes zu Solvency II an, den in Art. 1 des Referentenentwurfs vorgesehenen Änderungen des VAG. Er gibt dem Rechtsanwender einen Überblick über das sich abzeichnende neue Aufsichtsregime. Dabei folgt der Beitrag der Systematik des Referentenentwurfs, skizziert die Regelungsinhalte der vorgenannten sieben Teile nacheinander und behandelt im Folgenden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – ausgewählte, aus Sicht von Erst- und Rückversicherungsunternehmen erwartungsgemäß wichtige Eckpfeiler des Referentenentwurfs. Der Beitrag erläutert Neuerungen und Abweichungen vom tradierten Aufsichtssystem und ordnet diese in ihren regulatorischen Gesamtzusammenhang ein.

IV. Teil 1: Allgemeine Vorschriften

§ 1 Abs. 1 VAG-RefE normiert den Zweck des Gesetzes *neu*. Die Vorschrift lautet:

Dieses Gesetz dient dem Schutz der Versicherten, insbesondere vor den Solvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missständen.

Neu ist daran, dass der Verbraucherschutz damit ins Zentrum der aufsichtsbehördlichen Tätigkeit rückt. Dies ist im derzeitigen VAG, in dem die Aufsichtsziele an weniger exponierter Stelle in den §§ 8 und 81 VAG definiert sind, noch nicht so, entspricht aber der bisherigen Haltung der BaFin.

Europarechtlich indizierter Nachjustierungsbedarf dürfte freilich insoweit bestehen, als der Referentenentwurf ausweislich § 1 Abs. 1 VAG an der tradierten Missstandsaufsicht festhält¹³. Mit Blick darauf, dass Art. 34 Solvency II – anders als in den Vorgängerrichtlinien der dritten Generation – eine reine Legalitätsaufsicht vorsieht, erscheint eine gesetzgeberische Klarstellung angesichts des Vollharmonisierungsansatzes der Richtlinie dahin gehend erforderlich, dass mit Missstandsaufsicht allein eine rein rechtliche Missstandsaufsicht gemeint sein kann¹⁴.

Ferner will der Gesetzgeber den Bund nach wie vor nicht mit Haftungsrisiken belasten, wenn es in § 1 Abs. 2 VAG-RefE weiter heißt, dass die Aufsichtsbehörden „nur im öffentlichen Interesse“ tätig werden. Denn dadurch wird jeglicher Amtshaftungsanspruch – auch aus Sicht der Rechtsprechung¹⁵ – wirksam ausgeschlossen.

In den §§ 2 bis 8 VAG-RefE schließen sich insbesondere die im Wesentlichen inhaltlich unveränderten Regelungen zum Geltungsbereich des VAG an. Neu sind dabei nur die in § 8 VAG-RefE enthaltenen verschiedenen Legaldefinitionen. Diese Gesetzestechnik des Voranstellens von Legaldefinitionen ist für das deutsche Recht ungewöhnlich und entspricht eher anglo-amerikanischen Vertragsgestaltungen¹⁶. Sie hat über das EU-Richtlinienrecht aber teilweise bereits Einzug in das geltende

VAG gefunden (s. z. B. § 104 a VAG oder § 104 k VAG). Dort hat sie jedoch, wie eingangs bereits erwähnt, eher Verwirrung gestiftet, da sie – vom Gesetzgeber unbemerkt – dazu geführt hat, dass gleiche Begriffe wie z. B. „Versicherungsholdinggesellschaft“ in zwei Vorschriften des VAG unterschiedlich definiert wurden. Gleichwohl ist die neue Technik vom Grundsatz her zu begrüßen, da sie die Transparenz längerer rechtlicher Texte erhöht. Sie hat daher zum Teil auch bereits bei der Gestaltung von AVB in Deutschland Einzug gehalten. Bedauerlich ist freilich, dass der Referentenentwurf das Voranstellen wesentlicher Legaldefinitionen nicht konsequent verfolgt, sodass in seinen einzelnen Teilen noch zahlreiche Legaldefinitionen enthalten sind, die besser auch in § 8 VAG-RefE aufgenommen würden¹⁷. Diese Inkonsistenz des Regelungsansatzes führt letztlich dazu, dass der Anwender des Gesetzes – anders als es die in den allgemeinen Teil aufgenommenen Legaldefinitionen vermuten lassen – eben nicht alle Definitionen von Gesetzesbegriffen an einer Stelle übersichtlich zusammengefasst vorfindet. Ein System, welche Legaldefinitionen der Referentenentwurf nach vorn zieht und welche (bewusst) nicht, drängt sich dem Rechtsanwender dabei nicht auf. Damit neutralisiert der Referentenentwurf die Vorzüge des gewählten gesetzgeberischen Ansatzes leider weitgehend.

V. Teil 2: Vorschriften für die Erstversicherung und die Rückversicherung

1. Zulassung und Ausübung der Geschäftstätigkeit

Kapitel 1 Abschn. 1 „Zulassung und Ausübung der Geschäftstätigkeit“ umfasst im Wesentlichen die aktuell in den §§ 7 und 8 bzw. §§ 120 und 121 VAG geregelten Tatbestände.

a) Mischversicherer

Im Vorfeld der Umsetzung der Solvency-II-Richtlinie in deutsches Recht war diskutiert worden, ob es weiterhin zulässig ist, dass Erstversicherungsunternehmen – wie bisher nach dem geltenden VAG – Rückversicherungsgeschäft betreiben dürfen (sogenannte Mischversicherer). Der Wortlaut der Art. 4 und 7 der Solvency-II-Richtlinie spricht dafür. Gegenteiliges lässt sich jedoch im Hinblick auf Art. 18 Solvency II i. V. m. den Erwägungsgründen 6 und 8 vertreten, wonach bei der Zulassung klar zwischen der Aufnahme des Erstversicherungsgeschäfts und des Rückversicherungsgeschäfts zu trennen ist¹⁸. Diese Diskussion klärt der Referentenentwurf im Sinne der Zulässigkeit von Mischversicherern (Argumentum ex § 11 Abs. 2 S. 1 VAG-RefE).

Was die auf der Grundlage des geltenden VAG umstrittene Frage betrifft, ob solche Mischversicherer aus Drittstaaten, die im Inland ausschließlich das Rückversicherungsgeschäft über Mittelpersonen betreiben wollen, zu diesem Zweck der Erlaubnis der BaFin bedürfen und eine Niederlassung gründen müssen, herrscht mit dem Referentenentwurf nunmehr auch Klar-

¹³ Vgl. auch § 131 Abs. 1 S. 1 VAG-RefE.

¹⁴ Kritisch zur Europarechtskonformität einer reinen Missstandsaufsicht im bisherigen Sinn *Bürkle* in *Dreher/Wandt*, Solvency II in der Rechtsanwendung, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2009 S. 191, 202 f.; ders. *VersR* 2011, 1469; *Dreher/Lange VersR* 2011, 825 (831).

¹⁵ EuGH *VersR* 2005, 101 mit Anm. von *Grote*; *Gause* aaO (Fn. 4) Aufsichtsr Rn. 287; kritisch: *Kaulbach* aaO (Fn. 5) § 81 Rn. 9 m. w. N.; *Rittner/Dreher*, Europäisches und deutsches Wirtschaftsrecht 3. Aufl. 2008 § 31 Rn. 109 m. w. N.

¹⁶ Vgl. *Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre Diss. 2009 S. 538 f.

¹⁷ Vgl. z. B. in § 10 Abs. 2 Nr. 5 VAG-RefE (Organisationsfonds), in § 18 Abs. 1 Nr. 1 VAG-RefE (interessierter Erwerber) oder in § 65 VAG-RefE (gewählte Aufsichtsbehörde).

¹⁸ S. dazu *Grote* aaO (Fn. 4) S. 225, 233 f.

heit¹⁹. Streitig war insbesondere das Verhältnis zwischen § 105 VAG auf der einen und § 121 i VAG auf der anderen Seite²⁰. § 62 Abs. 2 VAG-RefE normiert nunmehr ausdrücklich eine Ausnahmeregelung für Mischversicherungsunternehmen mit Sitz in Drittstaaten, die von ihrem Sitz aus ausschließlich das Rückversicherungsgeschäft in Deutschland betreiben wollen. Sie müssen keine Erlaubnis der BaFin beantragen, sofern die Kommission auf Grundlage von Art. 172 Abs. 2 Solvency II bestätigt hat, dass die Solvabilitätssysteme für Rückversicherungstätigkeiten von Unternehmen in diesem Drittstaat gleichwertig mit den nach Solvency II erforderlichen sind.

b) Fronting

Gleichzeitig klärt der Referentenentwurf eine weitere, bislang streitige Frage – nämlich, ob es versicherungsaufsichtsrechtlich zulässig ist, dass Erstversicherungsunternehmen die von ihnen gezeichneten Risiken zu 100 % an Rückversicherer zedieren. Wenn ein Erstversicherungsunternehmen 100 % des gezeichneten Risikos an ein Rückversicherungsunternehmen zediert, spricht man allgemein von „Fronting“ bzw. vom „frontenden“ Erstversicherer²¹. Das BAV vertrat bis 1980 die Auffassung, dass derartige Konstruktionen nicht einmal der Versicherungsaufsicht unterlägen, da kein Versicherungsgeschäft betrieben würde (bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise fehlender Risikotransfer und fehlendes Schutzbedürfnis der Vertragspartner von Captives). Diese Auffassung hat das BAV dann aber allerdings auf Druck der EG-Kommission aufgegeben und von einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise Abstand genommen²². Dennoch gibt es Veröffentlichungen der Versicherungsaufsichtsbehörde, in denen solche Konstruktionen als aufsichtsrechtlich bedenklich bezeichnet werden²³. Diese Bedenken sind mit der Solvency-II-Richtlinie obsolet geworden.

Denn Art. 7 Solvency-II-Richtlinie spricht mit Blick auf Versicherungsvereine von einer Rückversicherung „aller Verträge“. Diese Vorschrift hat erkennbar den Sinn und Zweck, nur solche Versicherungsvereine aus dem Anwendungsbereich der Solvency-II-Richtlinie herauszunehmen, bei denen keine Risiken mehr verbleiben, weil sie diese voll an einen Dritten weitergegeben haben, der seinerseits unter die Solvency-II-Richtlinie fällt. Daher ist Art. 7 Solvency II dahin gehend auszulegen, dass eine 100%ige Rückversicherung gemeint ist, die mithin aufsichtsrechtlich zulässig ist. Wären solche Konstruktionen nämlich nicht zulässig, hätte Art. 7 Solvency II den Fall nicht geregelt²⁴.

2. Bedeutende Beteiligungen

Kapitel 1 Abschn. 2 beschäftigt sich mit bedeutenden Beteiligungen und überlässt die Ausgestaltung im Einzelnen – wie bisher²⁵ – dem BMF im Rahmen einer Rechtsverordnung. Die allgemeinen Regelungen zu Inhabern von bedeutenden Beteiligungen werden nunmehr in den §§ 17 ff. VAG-RefE geregelt, wobei diese Vorschriften im Wesentlichen den bisherigen Regelungen in § 104 VAG entsprechen, aber klarer strukturiert sind.

3. Governance

a) Überblick

Die §§ 24 bis 34 VAG-RefE in Kap. 1 Abschn. 3 „Unternehmensorganisation“ schaffen nach der Begründung zum Referentenentwurf eine „inhaltliche Verfeinerung“ – gemeint ist eine Ergänzung und Vertiefung – der Governanceanforderungen gegenüber dem geltenden § 64 a VAG, mit dem der deutsche Gesetzgeber im Zuge der 9. VAG-Novelle²⁶ mit Wirkung seit 1. 1. 2008 wesentliche Teile der zweiten Säule von Solvency II in das VAG übernommen hat. § 64 a VAG wird nunmehr aufgefächert in den „vor die Klammer gezogenen“ § 24 VAG-RefE, der allgemeine, prinzipienorientierte Anforderungen an die Geschäftsorganisation von Versicherungsunternehmen formuliert, und die

nachfolgenden Normen, die weitere Einzelheiten der Governance regeln. Neu sind dabei die geplanten aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Qualifikation von sogenannten Schlüsselpersonen (§ 25 VAG-RefE).

Weitestgehend bekannt sind dagegen die Vorschriften über Vergütungssysteme von Versicherungsunternehmen (§ 26 VAG-RefE). Sie decken sich mit den Anforderungen des § 64 b VAG, der im Zuge des Gesetzes über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen (VergütungsSystG) mit Wirkung seit 21. 7. 2010 in Kraft getreten ist.

Darauf folgen in den §§ 27 bis 31 VAG-RefE die neugefassten Vorgaben an das Risikomanagement, das interne Kontrollsystem, die interne Revision und die – nunmehr für alle Versicherungsunternehmen obligatorische – versicherungsmathematische Funktion.

Erwähnung verdient in systematischer Hinsicht zunächst, dass der Referentenentwurf Strukturen und Funktionen aus dem Risikomanagement i. S. d. § 64 a VAG herauslöst. So wird etwa das Erfordernis einer risikoorientierten Aufbau- und Ablauforganisation i. S. v. § 64 a Abs. 1 S. 4 Nr. 2 VAG, in der der für die Wirksamkeit der Krisenprophylaxe eines Versicherungsunternehmens überaus wichtige Grundsatz der Funktionstrennung dogmatisch verhaftet ist, in die allgemeinen Governancevorgaben des § 24 Abs. 1 S. 2 VAG-RefE verschoben. Auch das interne Kontrollsystem, in § 64 a Abs. 1 S. 4 Nr. 3 VAG noch als Herzstück des Risikomanagements konzipiert, wird nunmehr in § 29 VAG-RefE separat geregelt. Die ausdrückliche Verortung der Compliance im internen Kontrollsystem ist hingegen rein deklaratorisch – sie war bereits auf der Grundlage der §§ 91 Abs. 2 AktG, 64 a VAG geltendes Recht²⁷.

19 In Richtung einer Erforderlichkeit der Erlaubnis weisen Positionierungen der BaFin im Vorwort zur Statistik 07/08 – Rückversicherungsunternehmen (kritisch dazu unter ausführlicher Darstellung des Streitstands *Honsel* VW 2009, 1109; *Bähr/Püttgen* VW 2009, 1750; *Seitz/Gitzel* VersR 2010, 433).

20 Für eine parallele Anwendung der Vorschriften auf Mischversicherungsunternehmen: *Materne/Seemayer* ZfV 2009, 466; dagegen: *Seitz/Gitzel* VersR 2010, 433 (434 f.).

21 Vgl. z. B. *Gerathwohl*, Rückversicherung Bd. 1, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1976 S. 627 ff.; *Schweppcke* in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG 2010 Bd. 1 RückVersR Rn. 347; *Meyer-Kahlen* in Farny/Helten/Koch/Schmidt, Handwörterbuch der Versicherung, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1988 S. 95 ff.; *Liebwein*, Klassische und moderne Form der Rückversicherung, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2000 S. 37 ff.; *Manekeller* VW 1994, 1189.

22 VerBAV 1980, 162; *Schmidt* in Prölss, VAG 11. Aufl. 1998 Rn. 75; s. auch GB BAV 1979 S. 25; GB BaFin 2006 S. 37 f. und GB BaFin 2008 S. 61.

23 Vgl. z. B. VG Frankfurt/M. VersR 2007, 189; in diese Richtung auch *Reinhard* VersR 1997, 1311.

24 Damit ist aber noch nicht gesagt, dass ein Erstversicherer, der sein Risiko zu 100 % an einen Rückversicherer zediert, gleichzeitig auch das von ihm grundsätzlich zu tragende Insolvenzrisiko des Rückversicherers z. B. mittels einer sogenannten „simultaneous payment clause“ auf den VN abwälzen darf. Dies würde vielmehr dazu führen, dass es an einem Versicherungsgeschäft fehlte (vgl. dazu: *Gerathwohl* aaO (Fn. 21) S. 524 Fn. 558 und S. 631; *Reinhard* VersR 1997, 1311 [1319]), was gem. § 134 BGB zur Nichtigkeit der gesamten Konstruktion führen könnte (vgl. RGZ 95, 156; 155, 138).

25 § 104 Abs. 6 VAG sowie die daraufhin erlassene Inhaberkontrollverordnung vom 20. 3. 2009 BGBl I 562.

26 BGBl I 3248.

27 Ausführlich zu den aufsichtsrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Anforderungen an die Compliance *Schaaf*, Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen – aufsichtsrechtliche Anforderungen und Organverantwortung, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2010 S. 43 ff., 129 ff.

Parallel dazu hat der Referentenentwurf mit § 30 VAG-RefE eine eigene Vorschrift für die interne Revision von Versicherungsunternehmen geschaffen. Hintergrund ist, dass die krisenprophylaktischen Stabsfunktionen Risikocontrolling, Compliance und interne Revision nach den Art. 41 ff. Solvency II selbstständig nebeneinanderstehen und die Richtlinie keine Aussage zu dem Verhältnis zwischen internem Kontrollsystem, Risikomanagement und interner Revision zueinander trifft. Diese Neutralität übernimmt der Referentenentwurf in Abkehr von der Systematik des § 64 a VAG ausdrücklich²⁸.

b) Terminologische Divergenzen zwischen VAG-RefE und Solvency II

Terminologisch entfernen sich die vorgenannten Vorschriften im Sinne einer größeren Nähe zum Richtlinientext mitunter weit von § 64 a VAG. Gleichwohl deckt sich die Begriffswahl des Referentenentwurfs nicht vollständig mit der Richtlinie. So kritisiert der GDV, dass § 27 Abs. 5 S. 1 VAG-RefE anders als Art. 44 Abs. 4 Solvency II nicht die Einrichtung einer Risikomanagementfunktion verlangt, sondern einer unabhängigen Risikocontrollingfunktion²⁹.

Ob der Gesetzgeber der Forderung nach einer vollständigen terminologischen Gleichschaltung des § 27 Abs. 5 VAG mit dem Richtlinientext nachkommt, bleibt abzuwarten. Dafür spricht bei einer normenhierarchischen Betrachtung einerseits, dass sich die Begriffswahl vom Europarecht entfernt und stattdessen auf das nationale untergesetzliche BaFin-Rundschreiben MaRisk VA³⁰ stützt, das sich vertieft mit der Funktion auseinandersetzt. Andererseits erfährt der terminologisch von Solvency II abweichende Sonderweg des Referentenentwurfs seine sachliche Rechtfertigung dadurch, dass die MaRisk VA den Begriff des „Risikocontrolling“ ganz bewusst als „nicht Steuerung, sondern Kontrolle und Überwachung von Risiken“ definieren³¹. Diese Definition gründet darauf, dass die Risikosteuerung vor allem in der betriebswirtschaftlichen Literatur verbreitet als „Risikomanagement im engeren Sinn“ bezeichnet wird³². Durch die Wahl des Terminus „Risikocontrollingfunktion“ bringt die BaFin bereits im Namen der Funktion unmissverständlich zum Ausdruck, dass diese zwar – Nomen est omen – für die Risikoüberwachung nebst einem Katalog an zusätzlichen Aufgaben zuständig ist, nicht hingegen für die Risikosteuerung³³. Letztere obliegt nämlich den operativen Geschäftseinheiten, die die Ergebnisverantwortung für die zu steuernden Prozesse tragen³⁴.

Gleichviel, ob der Gesetzgeber die Kritik am Wortlaut des § 27 VAG-RefE letztlich aufgreifen wird oder nicht: das allein terminologische Abweichen des Referentenentwurfs von der Solvency-II-Richtlinie wird voraussichtlich ohne faktische Folgen bleiben. Inhaltliche Widersprüche zwischen der Solvency-II-Richtlinie und den nationalen Rechtsvorschriften sind insoweit nicht zu besorgen. Schließlich betont die Solvency-II-Richtlinie in Erwägungsgrund 31 ausdrücklich, dass die Unternehmen in praxi frei sind, darüber zu entscheiden, wie sie die krisenprophylaktischen Stabsfunktionen der zweiten Säule organisieren, soweit der Grundsatz der Funktionstrennung gewahrt ist³⁵. Dazu gehört auch die Namensgebung der Funktion. Die Unternehmen können mithin nach ihren Präferenzen und Strukturen entweder eine Risikomanagementfunktion oder eine Risikocontrollingfunktion einrichten, solange sie nur die Aufgaben erfüllt, die sie erfüllen muss. Hinzu kommt, dass die Kompetenzabgrenzung zwischen Stabsfunktion und operativen Einheiten, die die BaFin mit der Begriffswahl „Risikocontrollingfunktion“ betonen will, auch Solvency II zugrunde liegt.

c) Unabhängigkeit der Risikocontrollingfunktion

Fraglich ist, ob § 27 Abs. 5 VAG-RefE insoweit über die europarechtlichen Vorgaben hinausgeht, als er – anders als Art. 44

Abs. 4 VAG-RefE – die Unabhängigkeit der Risikomanagement- bzw. -controllingfunktion verlangt. Unabhängigkeit meint in diesem Zusammenhang Prozessunabhängigkeit, d. h. die Funktionsträger der Risikomanagement- bzw. -controllingfunktion dürfen nicht die Prozessverantwortung für die Abläufe tragen, die sie überwachen. Reichte § 27 Abs. 5 VAG-RefE über die Richtlinienvorgaben hinaus, liefe dies der mit Solvency II angestrebten Vollharmonisierung zuwider³⁶.

Dies ist indes nicht der Fall. Die organisatorische Unabhängigkeit dieser Funktion ergibt sich zwar nicht unmittelbar aus Art. 44 Abs. 4 Solvency II. Jedoch ist der Grundsatz der Funktionstrennung unmittelbar in Art. 41 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 1 Solvency II im Rahmen der allgemeinen Governanceanforderungen verankert, sodass er in den Folgeregelungen im Zusammenhang mit den Funktionen Risikomanagement, Compliance und interne Revision jeweils nicht mehr gesondert erwähnt werden muss. Auch Solvency II verlangt mithin die Unabhängigkeit der Risikomanagement- bzw. -controllingfunktion, und zwar nicht nur im Verhältnis zu den operativen Einheiten, sondern vor allem auch im Verhältnis zur Compliancefunktion und zur internen Revision.

d) Aufgaben der Risikocontrollingfunktion

Was das Aufgabenspektrum der Risikomanagement- bzw. -controllingfunktion anbelangt, so erfährt dieses durch den Referentenentwurf notwendige Erweiterungen. Hintergrund ist die nunmehr vollzogene Verknüpfung des Governancesystems mit den neuen Solvenzkapitalanforderungen. So hat die Risikomanagement- bzw. -controllingfunktion über den ihr derzeit in § 64 a VAG i. V. m. den MaRisk VA zugewiesenen Aufgabenkatalog hinaus gem. § 27 Abs. 5 S. 2, 3 VAG-RefE zusätzlich – soweit nicht auf das Standardmodell zurückgegriffen wird – die Aufgabe, das interne Modell eines Versicherungsunternehmens zu entwickeln, umzusetzen, zu testen, zu validieren und zu dokumentieren. Die Leistungsfähigkeit des internen Modells hat sie fortlaufend zu analysieren und dem Vorstand zu berichten. Mithin ist die Risikomanagement- bzw. -controllingfunktion über die eigentliche Risikobewertung hinaus künftig noch mehr in

28 Begründung zum RefE S. 284.

29 Vgl. etwa die Kritik des GDV, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 20. 9. 2011 S. 25, 29 f. http://www.gdv.de/Downloads/Themen_2011/Stellungnahmen/GDV_Stellungnahme_zum_VAG_Entwurf_2011.pdf.

30 Rundschreiben 3/2009 (VA) – Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk VA), abrufbar unter http://www.bafin.de/nr_722758/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Service/Rundschreiben/2009/rs_0903_marisk_va.html.

31 Vgl. MaRisk VA-E, Erläuterung zu Nr. 7.2.1 unter 2 b sowie zur parallelen Bedeutung im Zusammenhang mit § 91 Abs. 2 AktG oben Teil 1 Kap. 2 B III 3.2.

32 Vgl. nur *Eisele*, Value-at-Risk-basiertes Risikomanagement in Banken 2004 S. 41; *Bitz*, Risikomanagement nach KonTraG 2000 S. 48 ff.; jeweils m. w. N.

33 Vgl. auch MaRisk VA, bei Nr. 7.2.1 unter 3 b und c. Ausführlich zu den Aufgaben der Risikocontrollingfunktion unten VI 2.

34 Vgl. MaRisk VA, Erläuterung zu Nr. 7.2.1 unter 3 b sowie bei Nr. 7.2.1 unter 3 c sowie ausführlich *Schaaf* aaO (Fn. 27) S. 110 f.

35 Der Grundsatz der Funktionstrennung gilt nicht nur im Verhältnis zwischen den operativen Einheiten und den Stabsfunktionen Risikocontrolling, Compliance und interne Revision, sondern auch im Verhältnis der Funktionen untereinander. Ausführlich zum Grundsatz der Funktionstrennung im Allgemeinen sowie zu den Möglichkeiten der aufsichtsrechtskonformen Organisation der krisenprophylaktischen Stabsfunktionen *Schaaf* aaO (Fn. 27) S. 73 ff., 149 ff.

36 Allgemein zur Vollharmonisierung des Versicherungsaufsichtsrechts durch Solvency II *Dreher/Lange* VersR 2011, 825.

die interne Solvabilitätsbeurteilung eingebunden (sogenanntes Own Risk and Solvency Assessment [ORSA]; § 28 VAG-RefE).

e) Grundsatz der Funktionstrennung

Im Zusammenhang mit der Umsetzung des Grundsatzes der Funktionstrennung zwischen den vorgenannten krisenprophylaktischen Stabsfunktionen in kleinen und mittleren Versicherungsunternehmen konkretisiert der Referentenentwurf das in § 24 Abs. 1 VAG-RefE explizit aufgenommene Proportionalitätsprinzip dahin gehend, dass – wie nach § 64 a VAG in Verbindung mit den MaRisk VA – eine Mehrfachwahrnehmung der Funktionen durch eine organisatorische Einheit oder gar eine Person bei entsprechend begrenzten Ressourcen zulässig sein kann³⁷.

Aus aktienrechtlicher Sicht zu weit gefasst ist jedoch die Entwurfsbegründung, dass es „ungeachtet der Geltung des Proportionalitätsgrundsatzes in Bezug auf die interne Revision nicht möglich sei, dass Personen neben den Aufgaben der internen Revision noch andere operationelle oder Kontroll- und Steuerungsaufgaben wahrnehmen“³⁸. Der Richtliniengeber nehme hier – so die Entwurfsbegründung weiter – bewusst in Kauf, dass diese Anforderung von Unternehmen mit wenigen Mitarbeitern nur durch eine Ausgliederung der internen Revision erfüllt werden könne.

Im Ansatz trifft es zwar zu, dass Erwägungsgrund 32 der Solvency-II-Richtlinie die interne Revision von der Mehrfachwahrnehmung der Stabsfunktionen durch denselben Funktionsträger in kleinen und mittleren Versicherungsunternehmen ausnimmt („stand alone“). Insofern zieht der Richtliniengeber der Aufweichung des Grundsatzes für Funktionstrennung durch den Proportionalitätsgrundsatz in kleinen und mittleren Versicherungsunternehmen in der Tat enge Grenzen. Jedoch geht die Solvency-II-Richtlinie ersichtlich davon aus, dass der Grundsatz der Funktionstrennung nur die dem Geschäftsleitungsorgan hierarchisch nachgeordneten Unternehmensebenen betrifft. Auf Geschäftsleitungsebene selbst verlangt Solvency II hingegen gerade keine Funktionstrennung. Für einen derart weit reichenden Eingriff in die Binnenorganisationsfreiheit der Geschäftsführungsorgane von Versicherungsunternehmen fehlen nämlich jedwede Anhaltspunkte in der Richtlinie³⁹. Auch § 64 a VAG verlangt dies im Übrigen nicht, sodass die Forderung der MaRisk VA, den Grundsatz der Funktionstrennung umfassend „bottom up“ bis einschließlich der Vorstandsebene umzusetzen, einer Rechtsgrundlage entbehrt. Auch für das Versicherungsunternehmensrecht bleibt es mithin dabei, dass der Vorstand über ein breites Ermessen bei der Binnenorganisation seiner selbst verfügt⁴⁰.

Der Vorstand kann die primäre Zuständigkeit für die Risikocontrollingfunktion, die Compliancefunktion und die interne Revision daher nach wie vor und ohne Weiteres bei ein und demselben Vorstandsmitglied ansiedeln. Diese Gestaltungsfreiheit folgt unmittelbar aus dem in § 77 AktG normierten aktienrechtlichen Leitbild der Gesamtgeschäftsführung, das für die Versicherungs-AG unmittelbar qua Rechtsform, für den VVaG über den Verweis in § 34 S. 2 VAG gilt bzw. gem. § 175 S. 2 VAG-RefE weitergelten wird. Die Gesamtgeschäftsführung kennt keine Funktionstrennung. Vielmehr geht das Leitbild – jedenfalls theoretisch – davon aus, dass die Vorstandsmitglieder die Geschäftsführung für das Unternehmen im Ganzen gemeinsam wahrnehmen⁴¹, auch wenn – so der praktische Regelfall – im Rahmen der Ressortverteilung einzelne Geschäftsführungsaufgaben vorrangig nur durch einzelne Vorstandsmitglieder wahrgenommen werden können⁴². Dies gilt auch in Bezug auf die hier interessierenden Ressorts des Risikomanagements, der Compliance und der internen Revision.

Mithin steht es kleinen und mittleren Versicherungsunternehmen nach wie vor frei, die Aufgaben der internen Revision auf Vorstandsebene zu belassen und auf ein oder mehrere Vorstandsmitglieder zu übertragen, auch wenn die Betrauten gleichzeitig noch andere operative oder Stabsaufgaben wahrnehmen⁴³. Die Einholung externen Sachverständigen über Auslagerungslösungen ist in solchen Fällen versicherungsaufsichtsrechtlich nach wie vor nicht notwendig. Ein bewusster Verzicht auf die vertikale Delegation von Aufgaben der internen Revision bleibt entgegen der insoweit zu weit gefassten Entwurfsbegründung zu § 24 VAG eine echte Option zu Auslagerungen, gerade für kleinere Versicherungsunternehmen, bei denen der Vorstand weitaus stärker in das Tagesgeschäft involviert ist als bei größeren Versicherungsunternehmen.

Für dieses Ergebnis spricht im Übrigen, dass es dem prinzipien- und risikoorientierten Ansatz, der der Solvency-II-Richtlinie zugrunde liegt, diametral zuwiderliefe, Geschäftsleitungsorganen von Versicherungsunternehmen die Etablierung krisenprophylaktischer Hilfsfunktionen vorzuschreiben, deren diese im Einzelfall gar nicht bedürfen.

f) Zukunft der MaRisk VA

Die sich auf Grundlage des Referentenentwurfs abzeichnende Auffächerung des § 64 a VAG in einen ganzen Abschnitt an Vorschriften führt aus Versicherersicht zwangsläufig weiter zu der Frage nach der Zukunft der MaRisk VA. Wenn insoweit teilweise vertreten wird, dass es die MaRisk VA in der Zukunft nicht mehr geben werde, weil mit § 64 a VAG deren „Rechtsgrundlage“ entfalle, so steckt darin nur ein Teil der Wahrheit. Zunächst ist klarzustellen, dass es sich bei den MaRisk VA ihrem Rechtscharakter nach um norminterpretierende Verwaltungsvorschriften handelt, die nichts anderes als die Rechtsauffassung der Aufsichtsbehörde wiedergeben, wie § 64 a VAG ihrer Ansicht nach auszulegen ist⁴⁴. Eine Rechtsgrundlage im Sinne einer Ermächtigungsgrundlage, die – wie teilweise verlautbart wird – im Zuge der 10. VAG-Novelle künftig wegfallen soll, hatten die MaRisk VA mithin ohnehin nie gehabt⁴⁵.

37 Begründung zum Referentenentwurf S. 284.

38 Begründung zum Referentenentwurf S. 288.

39 Eingehend zum Ganzen *Schaaf* aaO (Fn. 27) S. 181 f.

40 Vgl. z. B. *Mertens* in *Kölner Komm. zum AktG* 2. Aufl. 1996 Bd. I § 77 Rn. 15 ff.; *Kort* in *Großkomm. zum AktG* 4. Aufl. 2003 § 77 Rn. 23 ff. und 46 ff.; *Seibt* in *K. Schmidt/Lutter* (Hrsg.), *AktG* 2008 Bd. I § 77 Rn. 19 ff.

41 Allgemein zu den Überwachungspflichten der ressortfremden Vorstandsmitglieder im Verhältnis zu dem ressortverantwortlichen Mitglied vgl. z. B. *Fleischer* ZIP 2003, 1; ders. in *Handbuch des Vorstandsrechts* 2005 § 1 Rn. 17; deutlich zu weitgehend in diesem Zusammenhang VG Frankfurt/M. VersR 2005, 57; zur Kritik an dieser sogenannten „Bruderhilfe“-Rechtsprechung vgl. z. B. *Habersack* WM 2005, 2360; *Dreher* ZVersWiss Supplement Jahrestagung 2006, 375 (377 f., 398 ff.); ders. AG 2006, 213 (215 ff.); *Bürkle* WM 2005, 1496; *Wolf* VersR 2005, 1042.

42 So zutreffend entgegen VG Frankfurt/M. VersR 2005, 57; *Wolf* VersR 2005, 1042.

43 Zu den Grenzen der Delegation im Zusammenhang mit dem Risikomanagement nach § 64 a VAG *Dreher/Schaaf* WM 2008, 1765 (1768 f.).

44 Vgl. VGH Kassel vom 31. 5. 2006 – 6 UE 3256/05 – WM 2007, 392 (393) zu den MaRisk Banken; *Bürkle* VersR 2007, 1595 (1597); ders. VersR 2009, 866 (867 f.); *Michael* VersR 2010, 141; a. A. *Binder* ZGR 2007, 745 (749), der von normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften ausgeht.

45 Zu verfassungsmäßigen Bedenken an der Rundschreibenpraxis der BaFin im Allgemeinen sowie den MaRisk VA im Besonderen, insbesondere im Hinblick auf deren faktische Bindungswirkung vgl. z. B. *Dreher* ZVersWiss 2009, 187 (216); *Bürkle* VersR 2009, 866 (867).

Richtig ist hingegen, dass die BaFin die MaRisk VA mit Blick auf die sich abzeichnende Auffächerung und Aufhebung des § 64 a VAG in ein Nachfolgerundschreiben überführen muss, will sie an ihren dort formulierten Postulaten, aber auch den damit geleisteten wertvollen Hilfestellungen bei der Etablierung wirksamer Risikomanagementsysteme festhalten. Ob es ein solches Nachfolgerundschreiben zukünftig geben wird, lässt sich derzeit noch nicht rechtssicher beantworten. Fest steht allein, dass künftig aufgrund der mit Solvency II einhergehenden Vollharmonisierung keine aufsichtsbehördlichen Forderungen mehr gestellt werden dürfen, die über die Anforderungen der Rahmenrichtlinie samt Durchführungsbestimmungen hinausgehen. Nichtsdestotrotz bleibt es der BaFin unbenommen, die neuen Vorschriften der §§ 24 ff. VAG-RefE durch norminterpretierende Verwaltungsvorschriften wie die bisherigen MaRisk VA auszulegen und ihre Rechtsauffassung über die aus Behördensicht zutreffende Auslegung derselben – mit der damit aus Versicherersicht einhergehenden rein faktischen Bindungswirkung – zu veröffentlichen. Das schafft für die Versicherungsunternehmen einerseits Rechtssicherheit, belässt ihnen aber zugleich die Möglichkeit, die MaRiskVA inzidenter gerichtlich überprüfen zu lassen, wenn sie mit einzelnen darauf beruhenden Verwaltungsakten nicht einverstanden sind. Vor diesem Hintergrund erscheint ein solches Nachfolgerundschreiben der MaRisk VA eher wahrscheinlich als unwahrscheinlich. Was den Umfang eines solchen Nachfolgerundschreibens anbelangt, liegt – auch im Hinblick auf die Erweiterungen des Risikomanagements um die Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung des § 28 VAG-RefE – nahe, dass dieser ungeachtet des höheren Detaillierungsgrades der novellierten Regelungen leicht an die rd. 40 Seiten der MaRisk VA heranreichen wird.

g) Qualifikation von Schlüsselpersonen

Neu ist im Zusammenhang mit den Vorgaben des dritten Abschnitts weiter die Einführung des Begriffs „Personen, die Schlüsselaufgaben innehaben“. Dieser Begriff wird bedauerlicherweise nicht näher definiert, was Rechtsunsicherheiten nach sich ziehen könnte. Diese betreffen zuvorderst die Qualifikationsanforderungen an Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen. So ist bereits fraglich, ob diese die in § 25 Abs. 1 S. 1 VAG-RefE vorgesehene „fachliche Eignung“ vorweisen müssen. Anders als in § 7 a Abs. 4 VAG sind Aufsichtsratsmitglieder in § 25 Abs. 1 S. 1 VAG-RefE nicht ausdrücklich erwähnt. Zwar begreift die Begründung zu § 25 VAG-RefE Aufsichtsratsmitglieder ausdrücklich als Schlüsselpersonen⁴⁶. Es ist jedoch überaus zweifelhaft, ob dies den Vorgaben der Solvency-II-Richtlinie entspricht. Schließlich legt ein Umkehrschluss aus Art. 248 Abs. 1 d der Solvency-II-Richtlinie, der die Qualifikationsanforderungen des Art. 42 Abs. 1 der Solvency-II-Richtlinie für den Bereich der Gruppenaufsicht explizit auf Aufsichtsratsmitglieder von Gruppenangehörigen erstreckt, systematisch nahe, dass diese auf Einzelunternehmensebene gerade nicht gelten⁴⁷. Aufsichtsratsmitglieder jedenfalls auf Einzelunternehmensebene gelten nach der Solvency-II-Richtlinie mithin nicht als Schlüsselpersonen. Anderenfalls wäre die Verweisung in Art. 248 Abs. 1 d schlicht überflüssig.

Das meint der Referentenentwurf aber ersichtlich nicht, wie sich z. B. aus § 297 VAG-RefE ergibt, der die Abberufung von Personen mit Schlüsselaufgaben regelt und in seiner Nr. 3 die Voraussetzungen für die Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds explizit regelt. Dass Aufsichtsratsmitglieder den Anforderungen des § 25 Abs. 1 RefE somit generell unterfallen, ergibt sich neben der Begründung zum Referentenentwurf insbesondere auch aus den die Solvency-II-Richtlinie vorbereitenden Arbeitspapieren von CEIOPS⁴⁸, dem Emittentenleitfaden der BaFin⁴⁹ sowie aus dem Umstand, dass Aufsichtsratsmitglieder

ansonsten – wie noch bis 2009 – überhaupt keine aufsichtsrechtlichen Qualifikations- und Eignungsanforderungen mehr zu erfüllen hätten, was als Schritt zurück vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein kann.

Somit stellt sich die Folgefrage, ob Aufsichtsratsmitglieder nunmehr dieselben Qualifikationsanforderungen wie Vorstandsmitglieder erfüllen müssen. Denn anders als in § 7 a Abs. 4 VAG wird im Zusammenhang mit der Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern nicht mehr auf das Kriterium der „Sachkunde“ abgestellt, sondern wie bislang in § 7 a Abs. 1 S. 1 VAG für Vorstandsmitglieder auf deren „fachliche Eignung“. Eine Wortlautauslegung legt daher nahe, dass für alle Schlüsselpersonen in Versicherungsunternehmen dieselben fachlichen Eignungsanforderungen gelten. Dies überrascht, da sich der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht noch bewusst gegen eine solche Gleichbehandlung entschieden hat, da ansonsten Vertreter aus anderen Branchen kaum noch in Aufsichtsräten von Versicherungsunternehmen sitzen könnten und da ein Gleichlauf von fachlicher Eignung bei Vorständen und Aufsichtsräten nicht mit der Mandatszahlenbeschränkung bei Aufsichtsratsmitgliedern bezogen auf ehemalige Vorstände in Einklang zu bringen sei⁵⁰. Ferner könnte eine solche Regelung gegen das Mitbestimmungsgesetz (MitbestG) verstoßen, das für Arbeitnehmervertreter in Aufsichtsräten keine Qualifikationsanforderungen vorsieht⁵¹. Die bisherigen Erfahrungen zeigen zudem, dass die Beschränkung der Qualifikationsanforderungen für Aufsichtsratsmitglieder auf die erforderliche Sachkunde nicht zu Missständen geführt hat.

Die Begründung zum Referentenentwurf⁵² führt dazu lediglich aus, dass ungeachtet des beschriebenen terminologischen Wandels „keine geänderten Anforderungen“ an die Qualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern gestellt werden sollen. Ohne Frage ist dies mit Blick darauf, dass die Leitung eines Versicherungsunternehmens einerseits und deren Überwachung andererseits grundlegend verschiedene Tätigkeiten mit unterschiedlichen Anforderungen an die Eignung der jeweiligen Organmitglieder bilden, auch sachgerecht. Gleichwohl müsste künftig ein und derselbe Rechtsbegriff in ein und derselben Vorschrift völlig unterschiedlich ausgelegt werden. Dies liefe dem mit der Novellierung des VAG gehegten Wunsch nach einer stringenter Gesetzessystematik zuwider. Insoweit schafft der Referenten-

46 S. 285 der Entwurfsbegründung nennt neben Vorstand und Aufsichtsrat ferner noch die Leiter der Stabsfunktionen Risikomanagement bzw. -controlling, interne Revision, Compliance und Versicherungsmathematik als Schlüsselpersonen. Die Aufzählung ist jedoch ausdrücklich nicht abschließend („mindestens“), sodass jedenfalls bei größeren Versicherungsunternehmen beispielsweise auch der Leiter der Rechtsabteilung – sofern er nicht personenidentisch mit dem Leiter der Compliancefunktion ist (was als problematisch diskutiert wird) – regelmäßig zu den Schlüsselpersonen zu rechnen sein wird.

47 Ausführlich dazu Dreher/Lange ZVersWiss 2011, 211 (220 f.).

48 Vgl. CEIOPS, Issue Paper „Risk Management and other Corporate Issues“ vom 17. 7. 2007 unter Nr. 2.2 „fit and proper“; CEIOPS, Issue Paper „Implementing Measures on System of Governance“ vom 3. 11. 2008 unter Nr. 5.

49 Vgl. BaFin, Emittentenleitfaden S. 57 und 62, abrufbar unter http://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Leitfaeden/emittentenleitfaden_2009,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/emittentenleitfaden_2009.pdf.

50 Zu den Sachkundeerfordernissen von Aufsichtsratsmitgliedern von Versicherungsunternehmen im Allgemeinen sowie zu den – gewachsenen – Sachkundeerfordernissen auf dem Gebiet des Risikomanagements Schaaf aaO (Fn. 27) S. 236 ff.

51 BR-Drucks. 277/09 (Beschluss) S. 7. Vgl. auch: Grote in Langheid/Wandt, Münch. Komm. zum VVG 2010 Bd. 1 Aufsichtsr Rn. 153 ff. m. w. N.

52 Begründung zum Referentenentwurf S. 285.

entwurf mithin ohne Not erhebliche Rechtsunsicherheitspotenziale bei Aufsichtsratsmitgliedern.

Bezüglich der persönlichen Anforderungen, die an Aufsichtsratsmitglieder zu stellen sein werden, ist daher im Laufe des weiteren Gesetzgebungsverfahrens auch und gerade im Hinblick auf die mit Solvency II erstrebte Vollharmonisierung auf eine klärende Nachjustierung von Gesetzgeberseite zu hoffen.

4. Zusammenarbeit mit Vermittlern

Kapitel 1 Abschn. 4 „Zusammenarbeit mit Versicherungsvermittlern“ enthält keine inhaltlichen Änderungen gegenüber der aktuellen Rechtslage (§§ 80, 80 a VAG).

5. Geldwäsche

Gleiches gilt in Bezug auf Kap. 1 Abschn. 5 „Vorkehrungen zur Verhinderung von Geldwäsche und von Terrorismusfinanzierung“ (derzeit §§ 80 c bis 80 g VAG).

6. Abschlussprüfung

Auch aus Kap. 1 Abschn. 6 „Für Aufsichtszwecke beizubringende Informationen, Abschlussprüfung“ ergeben sich keine grundlegend neuen Anforderungen im Vergleich zur geltenden Rechtslage. Im Hinblick auf den Umfang der Abschlussprüfung ist dies freilich kaum nachvollziehbar. Schon im Zuge der 9. VAG-Novelle hat es der Gesetzgeber versäumt, § 57 VAG zum Prüfungsgegenstand des Abschlussprüfers in Bezug auf das interne Kontrollsystem und das Risikomanagement – wie die bankaufsichtsrechtliche Parallelnorm des § 29 KWG, der hinsichtlich der Prüfung des Risikomanagements auf § 25 a KWG verweist – an die speziellen versicherungsaufsichtlichen Vorgaben des § 64 a VAG anzupassen⁵³. Dieses Versäumnis ist misslich und führt zu verschiedenen Friktionen, die auf der Grundlage des Referentenentwurfs tendenziell zunehmen werden, zumal die Anforderungen an das interne Kontrollsystem samt Compliance und Risikomanagement nunmehr wie gezeigt nicht mehr in einer aufsichtsrätlichen Norm konzentriert, sondern auf einen ganzen Abschnitt von Vorschriften aufgeteilt sind⁵⁴. Dass diese Unstimmigkeit in § 45 Abs. 3 VAG-RefE beibehalten wird, der wie § 57 VAG auf die im Zuge des KonTraG im Jahr 1998 eingeführten §§ 91 Abs. 2 AktG, 317 Abs. 4 HGB verweist, obgleich die neuen Anforderungen der §§ 27 ff. VAG-RefE weit über die des § 91 Abs. 2 AktG hinausgehen, der lediglich ein Risikofrüherkennungs- sowie ein Überwachungssystem verlangt, stellt einen gesetzgeberischen Missstand dar, der im Lauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens unbedingt behoben werden sollte. Denn § 91 Abs. 2 AktG kommt im Versicherungsunternehmensrecht seit Einführung des § 64 a VAG zum 1. 1. 2008, erst recht aber mit Etablierung der §§ 27 ff. VAG-RefE keine wesentliche eigenständige Bedeutung mehr zu.

7. Veröffentlichungspflichten

Kapitel 1 Abschn. 7 „Veröffentlichungen“ fußt auf der in § 50 VAG-RefE vorgesehenen Verpflichtung von Versicherungsunternehmen, mindestens einmal jährlich einen Bericht über Solvabilität und Finanzlage zu veröffentlichen. Mit dieser neuen Veröffentlichungspflicht gegenüber der Allgemeinheit vertraut das deutsche Versicherungsaufsichtsrecht nicht mehr länger allein auf das – auch im Referentenentwurf nicht hinreichend systematisierte und weder in seinem Gesamtumfang noch in seinen einzelnen Verästelungen auf ein sachgerechtes Maß zu-rechtgestützte – Dickicht an Offenlegungspflichten der Unternehmen gegenüber der BaFin, das sich auf der Grundlage des derzeit geltenden Rechts auf Konzernebene leicht auf stattliche 70 bis 80 Meldungen im Geschäftsjahr summieren kann⁵⁵. Vielmehr soll künftig parallel zum Bankaufsichtsrecht⁵⁶ eine (bessere) informierte Öffentlichkeit flankierend zu einer informierten

Aufsichtsbehörde die Transparenz im Versicherungsbinnenmarkt erhöhen und Informationsasymmetrien abbauen⁵⁷. Aktuelle und verlässliche Informationen zur Finanzlage, Solvabilität und Corporate Governance sollen die Publizitätsadressaten anhalten, in ihrem ökonomischen Handeln eine risikobewusste Unternehmenssteuerung unter Verwendung leistungsfähiger Risikomanagementsysteme zu honorieren, gegenteiliges Verhalten dagegen zu sanktionieren und die betroffenen Unternehmen dadurch im Sinne einer Transparenzspirale nach oben zum „Nachziehen“ veranlassen. Ob dies am Ende des Tages gelingen wird, erscheint fraglich. Denn die intendierte Eigendynamik des Versicherungsmarkts infolge erhöhter Transparenz wird nur dann einsetzen, wenn die Publizitätsadressaten das ihnen zugedachte Mehr an Informationen aufnehmen, auswerten und ihr wirtschaftliches Handeln rational danach ausrichten.

Insofern ist zunächst zu klären, wer Publizitätsadressat der neuen Veröffentlichungspflichten des § 50 VAG-RefE ist. Aus ökonomischer Sicht mögen dies in erster Linie Stakeholder wie Wettbewerber, Versicherungsmakler, Anteilseigner und Rating-Agenturen – und nicht zu vergessen die Presse – sein. Diese sind jedoch gemessen an dem in § 1 Abs. 1 VAG-RefE definierten Hauptziel der Versicherungsaufsicht nur sekundäre Adressaten des Berichts über Solvabilität und Finanzlage. Es darf nicht verkannt werden, dass – wie die Erfahrungen aus den ersten beiden Pre-Tests zur dritten Säule von Solvency II belegen – die Veröffentlichungspflichten einen empfindlichen und tiefgehenden Eingriff in die Grundrechtssphäre der Versicherungsunternehmen bilden. Diese Eingriffe rechtfertigt der Referentenentwurf mit dem erklärten Hauptziel der Versicherungsaufsicht, dem Schutz der VN und Versicherten. Sie sind mithin die primären Adressaten der Berichte.

Ob die Veröffentlichungspflichten jedoch erforderlich sind, um die Interessen der VN und Versicherten zu schützen, erscheint zweifelhaft⁵⁸. Denn voraussichtlich wird ein Großteil der VN und Versicherten die ihnen zugedachten Informationen gar nicht zur Kenntnis nehmen bzw. gar nicht richtig bewerten können. Vor diesem Hintergrund ist es zwar konsequent, wenn der Referentenentwurf in § 50 Abs. 2 VAG-RefE verlangt, dass die Berichte „allgemein verständlich“ abgefasst werden⁵⁹. Diese Auflage ist

53 Vgl. dazu *Schaaf ZVersWiss* 2010, 613 (632).

54 Vgl. oben 3.

55 Eingehend zu Umfang und Grenzen der versicherungsaufsichtlichen Offenlegungspflichten gegenüber der BaFin *Dreher ZVersWiss* 2009, 187; *Hasse in Dreher/Wandt* (Hrsg.), *Solvency II in der Rechtsanwendung* 2009 S. 61 ff. Dass der Referentenentwurf im Zusammenhang mit den Offenlegungspflichten gegenüber der BaFin jedenfalls partiell über das Ziel – und Art. 42 Solvency II – hinauschießt, zeigt sich etwa an § 44 Nr. 1 VAG-RefE, wonach nicht erst die Bestellung eines Aufsichtsratsmitglieds, sondern bereits die Absicht der Bestellung eine Meldepflicht gegenüber der BaFin auslösen soll, was mit Blick auf den daraus resultierenden Nutzen für Aufsichtszwecke auf der einen Seite und dem auf Unternehmensseite entstehenden Aufwand (Vorlage Lebensläufe/Führungszeugnisse) auf der anderen Seite Verhältnismäßigkeitsbedenken begegnet.

56 Vgl. die dritte Säule von Basel II, namentlich Art. 146 ff. der Richtlinie 2006/48/EG vom 14. 6. 2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute ABIEU L 177 vom 30. 6. 2006 S. 1.

57 Die Begründung zum Referentenentwurf (S. 281) spricht einleitend allgemein von „der Öffentlichkeit“ als Adressat der Berichte.

58 Grundlegend und ausführlich dazu *Dreher/Schaaf in Dreher/Wandt, Solvency II in der Rechtsanwendung*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2009 S. 127, 135 ff.

59 Erläuternd weist die Begründung zum Referentenentwurf (S. 281) darauf hin, dass die Angaben in den Berichten „auch für Nichtexperten“ verständlich sein müssen.

ohne Weiteres europarechtskonform. Sie ergibt sich – wenn gleich nicht ausdrücklich dort geregelt – aus einer teleologischen Auslegung von Art. 51 der Solvency-II-Richtlinie unter Berücksichtigung der Aufsichtsziele der Richtlinie⁶⁰. Inwieweit dies mit Blick auf die vorgesehenen Inhalte der Berichte über Solvabilität und Finanzlage überhaupt möglich ist, bedarf im Detail jedoch einer näheren Überprüfung: Basierend auf der im versicherungsvertragsrechtlichen Kontext gefestigten Erfahrung, dass die Rechtsfigur des „durchschnittlichen VN“ das ihm vor Vertragsschluss ausgehändigte Bündel an Vertragsunterlagen, namentlich Produktinformationsblatt und AVB, allenfalls selten sorgfältig studiert (obwohl nach der Rechtsprechung⁶¹ dazu verpflichtet)⁶², liegt die Einschätzung nahe, dass er zu meist weder willens noch fachlich in der Lage sein wird, sich anhand eines Berichts über Solvabilität und Finanzlage mit den Grundlagen und Methoden zu beschäftigen, die „sein“ – erst recht nicht ein anderer – Versicherer bei der Bewertung seiner versicherungstechnischen Rückstellungen oder seiner sonstigen Verbindlichkeiten angewendet hat (§ 50 Abs. 2 Nr. 4 VAG-RefE). Schließlich gibt es auch bislang kaum einen Lebensversicherungsnehmer, der sich den Jahresabschluss seines Versicherers ansieht, obwohl doch dort die Höhe seines Überschusses ausgewiesen wird, wenn er einen Vertrag mit Überschussbeteiligung abgeschlossen hat.

Nichts anderes dürfte im Hinblick auf die methodischen Unterschiede bei der Bewertung zu Zwecken der Rechnungslegung und zu Solvabilitätszwecken gelten, erst recht aber – im Zusammenhang mit der Beschreibung der Eigenmittel – für die Unterschiede, die zwischen den Annahmen bestehen, die der Standardformel und ihrem (gegebenenfalls nur partiellen) internen Modell zugrunde liegen (§ 50 Abs. 3 Unterabs. 2 VAG-RefE).

Mit Blick auf das sich abzeichnende Auseinanderklaffen von gesetzlichem Mindestinhalt der Berichte einerseits und dem Informationsbedarf sowie der Informationsverarbeitungsbereitschaft und -fähigkeit der primären Publizitätsadressaten andererseits bleibt nur zu hoffen, dass der Ordnungsgeber den von Unternehmens- und Verbandsseite besorgten „Schiffbruch durch Berichtslast“ in den Durchführungsbestimmungen vermeidet⁶³. Unter Berücksichtigung der Ergebnisse zu den beiden bereits durchgeführten Pre-Tests zu den Berichtspflichten der zweiten Säule, wonach die Mehrzahl der Versicherungsunternehmen aktuell nicht in der Lage ist, die in der Solvency-II-Richtlinie vorgesehenen Berichtspflichten zu erfüllen, bleibt dies insbesondere für kleine und mittlere Versicherungsunternehmen zu hoffen, bei denen der mit der Vorbereitung auf den neuen Bericht über Solvabilität und Finanzlage einhergehende Aufwand in besonderem Maß Ressourcen bindet und daher überproportional belastet. In welche Formen die Durchführungsbestimmungen den aus der Solvency-II-Richtlinie in § 50 Abs. 2 VAG-RefE transformierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gießen werden, wird ebenfalls von entscheidender Bedeutung sein.

8. Grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit

Im Kap. 1 Abschn. 8 „Grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit“ finden sich keine wesentlichen inhaltlichen Neuerungen. Dabei wären hier angesichts einiger in jüngerer Zeit aufgetauchter Probleme Klarstellungen hilfreich. Dies betrifft etwa die Frage, ob einem Versicherungsunternehmen, das nur in seinem Sitzland tätig ist und das nicht zum Dienstleistungs- oder Niederlassungsverkehr innerhalb der EU bzw. dem EWR angemeldet ist, die Aufnahme des Dienstleistungsverkehrs durch den Wegzug eines VN in einen anderen EU-/EWR-Mitgliedstaat aufgezwungen werden kann⁶⁴. Diese Frage ist zu verneinen, da die Aufnahme des Dienstleistungs- oder Niederlassungsver-

kehrs eine Willensentscheidung des Versicherers erfordert und daher nicht von Entscheidungen Dritter abhängen kann. Wäre das nicht so, wäre das Versicherungsunternehmen ansonsten in solchen Fällen gehalten, den Versicherungsvertrag ab Kenntnis des Wegzugs fristlos zu kündigen, um kein verbotenes Versicherungsgeschäft im EU-/EWR-Ausland zu betreiben (vor- ausgesetzt der Wegzug des VN führt dazu, dass das bis dahin inländische Risiko zu einem ausländischen wird). Eine solche Pflicht stellte Versicherungsunternehmen insbesondere in der Lebens- und Krankenversicherung mit Blick auf die Regelungen in den §§ 166 und 206 VVG vor unüberwindbare Hürden und ist daher nicht anzuerkennen.

9. Das neue Solvabilitätsregime

Das Kap. 2 ist mit „Finanzielle Ausstattung“ überschrieben und betrifft die Umsetzung der ersten Säule von Solvency II. Naturgemäß bringen die Vorschriften inhaltlich grundlegende Neuerungen mit sich.

In Kap. 2 Abschn. 1 „Solvabilitätsbilanz“ (§§ 69 bis 79 VAG-RefE) finden sich die neuen Regelungen zur Ermittlung der zur Bedeckung der künftigen Solvabilitätskapitalanforderungen erforderlichen Eigenmittel. In der zu diesem Zweck notwendig zu bildenden ökonomischen Bilanz werden Vermögenswerte und Verbindlichkeiten fortlaufend zu Zeitwerten bewertet.

Kapitel 2 Abschn. 2 „Solvabilitätsanforderungen“ enthält diesbezüglich neue Vorschriften zur Bestimmung der Eigenmittel in den §§ 80 bis 86 VAG-RefE. Die Eigenmittel werden künftig in Basiseigenmittel und in ergänzende Eigenmittel (außerbilanzielle Eigenmittel) unterteilt und zudem in drei Qualitätsklassen eingestuft.

Die Regelungen zur Ermittlung des Solvabilitätskapitals sind in den §§ 87 bis 114 VAG-RefE normiert. Hier finden sich die Vorschriften zur Berechnung mittels einer Standardformel oder eines internen Modells. Insoweit erwartet der Gesetzgeber, dass die Vorhaltung eines internen Modells zu Wettbewerbsvorteilen gegenüber den Versicherungsunternehmen führen wird, die das Standardmodell verwenden. Wirtschaftliche Anreize hierzu setzt die Aussicht, die Eigenmittelanforderungen mittels eines internen Modells passgenauer darstellen zu können, was in der Regel zu einem niedrigeren Solvabilitätskapital führen wird als es nach der Standardformel erforderlich wäre. Die bevorzugte Verwendung von internen Modellen ist von Solvency II im Sinne eines risikoorientierten Ansatzes gewollt, da es die Versicherungsunternehmen dazu anhält, sich genauer mit ihren eigenen Risiken zu beschäftigen, und damit den Schutz der VN und Versicherten fördert⁶⁵.

10. Kapitalanlagen und Sicherungsvermögen

Kapitel 2 Abschn. 3 enthält Regelungen für Kapitalanlagen und das Sicherungsvermögen. Mit Umsetzung der Solvency-II-

60 Eingehend zu den Regelungszielen von Solvency II *Wandt/Sehrbrock ZVersWiss* 2011, 193.

61 Vgl. z. B. BGH VersR 2001, 184 und VersR 2005, 639 m. w. N.

62 Vgl. z. B. *Römer* (VersR 2006, 740), der im Zusammenhang mit der Abschaffung des Policenmodells und der Einführung der weitreichenden vorvertraglichen Informationspflichten sarkastisch feststellt, dass es letztlich gleichgültig sei, ob der durchschnittliche VN die Vertragsunterlagen vor oder nach Abgabe seiner Willenserklärung nicht lese.

63 Vgl. das Positionspapier des GDV „Schiffbruch durch Berichtslast – Notwendige Änderungen an der Ausgestaltung der Solvency II-Berichtspflichten vom 10. 6. 2011, abrufbar unter http://www.gdv.de/Downloads/Themen_2011/Stellungnahmen/GDV_Positionspapier_Berichtspflichten_2011.pdf.

64 S. dazu *Grote* aaO (Fn. 51) *AufsichtsR* Rn. 260 m. w. N.

65 *van Hulle* aaO (Fn. 2).

Richtlinie werden die aktuellen Anlagebeschränkungen für Kapitalanlagen aufgegeben (insbesondere die Aufhebung der Anlagenverordnung ist damit verbunden). In dem Zusammenhang betont die Bundesregierung in der Begründung zum Referentenentwurf aber, dass der bisherige Sicherheitsstandard nicht gelockert werde (das ist ein gewisser Systembruch); anstelle der Einhaltung konkreter aufsichtsrechtlicher Vorgaben werde den Unternehmen nunmehr jedoch mehr Eigenverantwortung bei der vorsichtigen Kapitalanlage abverlangt.

Bedauerlich ist insoweit, dass die Vorlage des Referentenentwurfs nicht zum Anlass genommen wurde, das erst 2008 im Zuge der 9. VAG-Novelle⁶⁶ in § 77 Abs. 2 S. 2 VAG eingefügte Aufrechnungsverbot für zum Sicherungsvermögen gehörende Rückversicherungsanteile wieder ersatzlos zu streichen. Dieses Aufrechnungsverbot schuf der Gesetzgeber seinerzeit als Reaktion auf einen Einzelfall. Es hat die bisherige Rückversicherungspraxis in Deutschland hinsichtlich der regelmäßigen Saldierung wechselseitiger Forderungen infrage gestellt⁶⁷. Der BGH⁶⁸ hat jedoch kürzlich entschieden, dass das Aufrechnungsverbot für genau diesen, vom Gesetzgeber bedachten Einzelfall keine Wirkungen entfaltet. Vor diesem Hintergrund sollte das Aufrechnungsverbot für zum Sicherungsvermögen gehörende Rückversicherungsanteile wieder rückgängig gemacht und nicht – wie es § 121 Abs. 2 S. 2 VAG-RefE vorsieht – in ein neugefasstes VAG übernommen werden.

Die neuen Vorschriften in Kap. 2 Abschn. 4 „Versicherungsunternehmen in besonderen Situationen“ verschärfen gegenüber der derzeitigen Rechtslage die Anforderungen an Versicherer, die sich in einer regelwidrigen Lage befinden, durch strengere Regelungen.

11. Besondere Vorschriften für einzelnen Zweige

In Kap. 3 „Besondere Vorschriften für einzelne Zweige“ werden die im derzeitigen VAG teilweise verstreuten speziellen Regelungen für einzelne Versicherungszweige (Lebensversicherung, Krankenversicherung, sonstige Nicht-Lebensversicherung sowie Rückversicherung) zusammengefasst, ohne dass damit wesentliche inhaltliche Änderungen verbunden wären. Dadurch stellt der Referentenentwurf die im VAG verloren gegangene Systematik insoweit wieder her.

12. Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit

Es schließen sich in Kap. 4 die geltenden Vorschriften für VVaG in lediglich neuer Paragrafenzählung an. Wie einleitend erwähnt, verschiebt der Referentenentwurf die §§ 15 bis 53 b VAG inhaltlich weitgehend unverändert in die §§ 158 bis 197 VAG-RefE. Damit hält der Entwurf an der fragwürdigen Verhaftung des materiellen Gesellschaftsrechts zum VVaG im Versicherungsaufsichtsrecht fest⁶⁹. Systematisch wirken die Vorschriften zum VVaG als materielles Gesellschafts- und damit Privatrecht, eingebettet zwischen den Besonderen Vorschriften für einzelne Zweige des dritten Kapitels und den – rechtsformunabhängigen – Regelungen für kleine Versicherungsunternehmen und Sterbekassen wie ein Fremdkörper.

Inhaltlich geht die Verschiebung mit nur wenigen, marginalen Änderungen einher. So geht etwa § 22 Abs. 3 S. 2 VAG bislang davon aus, dass die BaFin die Verzinsung und/oder die Beteiligung am bilanziellen Überschuss, die den Personen, die den Gründungsstock zur Verfügung gestellt haben, eingeräumt werden, nach freiem Ermessen begrenzen kann. Der Referentenentwurf behält in § 165 Abs. 3 S. 2 die Regelung grundsätzlich bei, sieht aber eine Streichung der Wörter „nach freiem Ermessen“ vor. Dadurch soll klargestellt werden, dass insoweit die allgemeine Norm des § 40 VwVfG Anwendung findet⁷⁰.

Bei dem Verweis in § 179 VAG-RefE zu den Minderheitsrechten auf § 176 VAG-RefE dürfte es sich hingegen um ein Redaktionsversehen handeln. Gemeint ist ersichtlich § 177 VAG-RefE, der auf die Schadensersatzpflicht bei widerrechtlicher Beeinflussung von Organmitgliedern, Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten zulasten der Gesellschaft oder der Aktionäre gem. § 117 AktG verweist und bereits bisher gem. § 36 b VAG für den VVaG entsprechend gilt.

Grundlegende konzeptionelle Neuerungen für VVaG gegenüber der bisherigen Rechtslage enthält der Referentenentwurf jedoch bei der Berücksichtigung der Nachschusspflicht als Eigenmittel für Solvabilitätszwecke. Die Nachschusspflicht der Vereinsmitglieder ist in § 24 Abs. 2 VAG geregelt, der unverändert in § 166 Abs. 2 VAG-RefE übernommen ist. Die Nachschusspflicht bildet eine rechtsformspezifische Finanzquelle für VVaG, ihre Finanzmittel zu erhöhen, um Geschäftsschwankungen auszugleichen⁷¹. Die Nachschusspflicht spielt in der Praxis vor allem in der Sachversicherung bis heute eine bedeutende Rolle. Insbesondere die Satzungen kleinerer VVaG sehen eine – zumeist betragsmäßig begrenzte – Nachschusspflicht der Mitglieder vor, vereinzelt begegnet sie auch in Satzungen größerer VVaG (wobei gerade vonseiten der Versicherungsmakler die Nachschusspflicht als Vertriebshemmnis kritisiert wurde und von einigen VVaG in letzter Zeit abgeschafft wurde)⁷². Derzeit sieht § 53 c Abs. 3 S. 1 Nr. 5 b VAG vor, dass bei VVaG, die nicht die Lebens- oder die Krankenversicherung betreiben, die Hälfte der Differenz zwischen den nach der Satzung in einem Geschäftsjahr zulässigen Nachschüssen und den tatsächlich geforderten Nachschüssen als freie unbelastete Eigenmittel i. S. d. § 53 c Abs. 1 VAG gelten können, die Versicherungsunternehmen mindestens in Höhe der Solvabilitätsspanne vorzuhalten haben. Die Berücksichtigung von Nachschüssen als Eigenmittel erfolgt danach jedoch nur auf Antrag und mit Zustimmung der BaFin. § 53 c Abs. 3 S. 2 VAG normiert freilich eine weitere Deckelung der Ansetzbarkeit bei Erreichen einer Höchstgrenze von 50 % des jeweils niedrigeren Betrags der Eigenmittel und der geforderten Solvabilitätsspanne.

§ 80 Abs. 2 VAG-RefE übernimmt die in der Solvency-II-Richtlinie angelegte Dichotomie zwischen Basiseigenmitteln i. S. v. § 80 Abs. 3 VAG-RefE und ergänzenden Eigenmitteln i. S. v. § 80 Abs. 4 VAG-RefE. Zu Letzteren zählen bei VVaG mit variabler Nachschussverpflichtung gem. § 80 Abs. 4 Nr. 2 VAG-RefE die künftigen Forderungen, die der VVaG gegenüber seinen Mitgliedern hat, wenn er innerhalb der folgenden zwölf Monate Nachschüsse einfordert.

Hinsichtlich der Eigenmittelqualität der Nachschussaufforderungen bestimmt § 83 Abs. 2 VAG-RefE, dass diese in Qualitätsklasse 2 eingestuft werden, „wenn sie die in § 82 Abs. 2 Nr. 1 und 2 genannten Merkmale, unter zusätzlicher Berücksichtigung

66 BGBl I 3248.

67 S. dazu *Schumacher* ZfV 2009, 726 sowie BT-Drucks. 16/6966.

68 BGH vom 20. 7. 2011 – IV ZR 177/09 – VersR 2011, 1315.

69 Stellvertretend für die Kritik *Lorenz-Liburnau* (VersRdsch 1984, 48), der darauf hinweist, dass das Recht des VVaG als „Teil des privaten Gesellschaftsrechts einen Fremdkörper im VAG bilde“; ausführlich dazu *Benkel*, Der Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit 2002 S. 42 ff.; *Kaulbach* aaO (Fn. 5) vor § 15 Rn. 1 sowie *Bürkle* in *Rechtliche Rahmenbedingungen für Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 2010 S. 223, 225 f., der für eine „better regulation“ auf privatrechtlicher Grundlage eintritt.

70 RefE S. 266.

71 Vgl. Erwägungsgrund 5 Solvency-II-Richtlinie.

72 Vgl. dazu *Görg* in *Gründl/Perlet* (Hrsg.), Solvency II und Risikomanagement 2005 S. 367, 371.

sichtigung von § 82 Abs. 3 und 4, weitgehend aufweisen“. Mit hin setzt eine Einstufung in Qualitätsklasse 2 insbesondere voraus, dass die Nachschussaufforderung verfügbar und einforderbar sowie im Fall der Liquidation nachrangig gegenüber allen anderen Verbindlichkeiten ist. Damit setzt der Referentenentwurf die Vorgaben des Art. 89 Abs. 1 Unterabs. 3 Solvency II i. V. m. Erwägungsgrund Nr. 52 um, wonach Nachschussaufforderungen unter bestimmten Voraussetzungen als qualitativ guter Bestandteil der ergänzenden Eigenmittel anerkannt werden können („Tier 2“). Dies entspricht im Übrigen der bisherigen Linie der BaFin bei der Prüfung entsprechender Anträge. Daher überrascht es auch nicht, dass parallel zum derzeit geltenden Recht der Ansatz der Nachschussaufforderung als ergänzende Eigenmittel nach § 81 VAG-RefE weiter der aufsichtsbehördlichen Genehmigung bedarf⁷³.

Neu ist nach dem Referentenentwurf dagegen vor allem, dass es künftig keine gesetzlich festgelegte starre Höchstgrenze mehr geben wird, bis zu der Nachschussaufforderungen maximal als Eigenmittel anerkannt werden. Vielmehr stellt § 81 Abs. 2 VAG-RefE die Höhe, bis zu der Nachschussaufforderungen als Eigenmittel anerkannt werden, allein in das Ermessen der Aufsichtsbehörde. Anderes gilt gem. § 201 Abs. 1 Nr. 7 b VAG-RefE jedoch ausdrücklich für kleine Versicherungsvereine i. S. v. § 198 VAG-RefE⁷⁴. Für diese bleibt es bei der „alten“ Regelung, d. h., Nachschusspflichten bleiben auch künftig nur bis zur Differenz zwischen den nach der Satzung in einem Geschäftsjahr zulässigen Nachschüssen und den tatsächlich geforderten Nachschüssen als Eigenmittel ansetzbar.

Die Aufsichtsbehörde kann danach entweder einen bestimmten Betrag genehmigen oder – zeitlich befristet – eine Methode, mittels deren der jeweilige VVaG eigenverantwortlich einen Schwellenwert definiert, unterhalb dem er Nachschussaufforderungen als Eigenmittel ansetzt. § 83 Abs. 3 S. 1 VAG-RefE mahnt insoweit vorsichtige und realistische Annahmen an. Nach § 81 Abs. 4 VAG-RefE hat die Aufsichtsbehörde ihr Ermessen namentlich unter Berücksichtigung der Fähigkeit und Bereitschaft der Mitglieder zur Zahlung sowie der Einforderbarkeit der Mittel auszuüben. Damit rückt eine ermessensabhängige Qualitätsprüfung an die Stelle einer starren Höchstgrenze, sodass VVaG Nachschussaufforderungen in Abhängigkeit von der zu erwartenden Zahlungsfähigkeit und -bereitschaft ihrer Mitglieder voraussichtlich in größerem Umfang als bisher als Eigenmittel berücksichtigt werden können.

Mit der neu eingeführten Qualitätsprüfung durch die Aufsichtsbehörde folgt der Referentenentwurf – bedingt durch den Vollharmonisierungsansatz der Richtlinie – auch bei der Berücksichtigung von Nachschussanforderungen als Eigenmittel dem flexibleren, stärker risikoorientierten Ansatz von Solvency II. Dies ist aus Sicht der VVaG grundsätzlich zu begrüßen.

Zwar bleibt die Genehmigungspraxis der BaFin abzuwarten, muss diese doch bei der Genehmigung der ergänzenden Eigenmittel qua legem Vorsicht walten lassen. Schutz vor einer allzu restriktiven Genehmigungspraxis könnte jedoch § 83 Abs. 4 VAG-RefE bieten. Danach müssen die vorgenannten Merkmale, die die BaFin in ihrer Qualitätsprüfung zu berücksichtigen hat, nämlich nicht zwingend allesamt kumulativ vorliegen, damit eine Einstufung der Nachschussaufforderung als Eigenmittel in Qualitätsklasse 2 erfolgen kann. Vielmehr setzt eine Genehmigung nach dem Wortlaut der Vorschrift lediglich voraus, dass die Merkmale „weitgehend“ vorliegen. Der Terminus „weitgehend“ stellt dabei keinen nationalen Alleingang des Referentenentwurfs dar, sondern ist – bis dato wenig beachtet – unmittelbar in Art. 94 Abs. 2 Unterabs. 2 Solvency II vorgesehen. Er bietet der BaFin durchaus Einfallstore für unternehmens-

individuelle, weniger schematische Lösungen bei der Berücksichtigung von Nachschussanforderungen als ergänzende Eigenmittel. Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass auch dieser unbestimmte Rechtsbegriff – gleichsam als Wechselwirkung der Flexibilität, die der prinzipienbasierte Ansatz des neuen Aufsichtsregimes mit sich bringt – erhebliche Rechtsunsicherheitspotenziale in sich birgt und die Genehmigungspraxis der BaFin aus Sicht der VVaG weniger vorhersehbar machen könnte.

In der Gesamtschau dürften die neuen aufsichtsrechtlichen Vorgaben zur Berücksichtigung von Nachschusspflichten als Eigenmittel aus Sicht der meisten VVaG aufgrund ihrer höheren Flexibilität, Risikobezogenheit und Einzelfallgerechtigkeit grundsätzlich positiv zu bewerten sein. In der Sache wenig überzeugend erscheint dagegen die Ausnahmeregelung des § 201 Abs. 1 Nr. 7 b VAG-RefE für kleine VVaG. Da die Nachschusspflicht gerade bei kleineren Vereinen eine wichtige Finanzquelle bildet und dementsprechend jedenfalls im Sachversicherungsbereich oft in den Satzungen verankert ist, ist es kaum nachvollziehbar, warum die Potenziale, die die Neuregelung großen VVaG bringt, kleinen VVaG verschlossen bleiben und diese nach wie vor an die tradierten starren Höchstgrenzen gebunden sein sollen. Hier erscheint eine Angleichung aus Gründen der Chancengleichheit notwendig, die europarechtlich ohne Weiteres zulässig wäre, da der Anwendungsbereich der Richtlinie für die Normadressaten der §§ 198 ff. VAG-RefE gerade nicht eröffnet ist.

13. Kleine Versicherungsunternehmen und Sterbekassen

Kapitel 5 „Kleine Versicherungsunternehmen und Sterbekassen“ enthält in den §§ 198 bis 207 VAG-RefE Regelungen für Erstversicherungsunternehmen, die aufgrund ihrer geringen Größe (Legaldefinition in § 198 VAG-RefE) nicht von der Solvency-II-Richtlinie erfasst werden. Für diese Unternehmen soll es weitestgehend bei den geltenden Aufsichtsregeln bleiben.

14. Sicherungsfonds

Die Regelungen über Sicherungsfonds bleiben in Kap. 6 nahezu unverändert. Lediglich bei der Berechnung der Beiträge für den Sicherungsfonds für die Lebensversicherung wird eine technische Anpassung vorgenommen.

VI. Teil 3: Betriebliche Altersversorgung

Die Vorschriften über die betriebliche Altersversorgung im VAG bleiben im Wesentlichen ebenfalls inhaltlich unverändert. Der neue eigene Gliederungspunkt soll ihre Sonderstellung im Vergleich zur allgemeinen Versicherungsaufsicht hervorheben und leistet einen wichtigen Beitrag zur besseren Systematik des neuen VAG.

VII. Teil 4: Gruppen

Kapitel 1 „Zusätzliche Beaufsichtigung von Erst- und Rückversicherungsunternehmen in einer Erst- oder Rückversicherungsgruppe“ tritt an die Stelle der geltenden §§ 104 a bis 104 i VAG.

Dabei sind die Richtlinienregelungen grundlegend neu. Insbesondere sieht die Solvency-II-Richtlinie vor, dass die Gruppen-

73 Vgl. Art. 90 Abs. 1 Solvency-II-Richtlinie.

74 Eine Qualifizierung als kleiner Verein i. S. v. § 198 VAG-RefE setzt (verkürzt) kumulativ voraus, dass die jährlich gebuchten Bruttobeitragseinnahmen des VVaG 5 Mio. Euro nicht überschreiten dürfen, die versicherungstechnischen Rückstellungen 25 Mio. Euro nicht übersteigen dürfen, allenfalls Rückversicherungsgeschäft bis zu 0,5 Mio. Euro gebuchten Bruttobeitragseinnahmen erzielt werden und dass kein Haftpflicht-, Kredit- und kein Kautionsversicherungsgeschäft betrieben wird.

aufsicht grundsätzlich nur auf höchster Ebene in der EU durchgeführt werden soll. Allerdings wird eine Beteiligung der nationalen Behörden nicht vollständig ausgeschlossen, sodass abzuwarten bleiben wird, wie das Zusammenspiel der Behörden in der Praxis funktionieren wird⁷⁵.

Die möglichen Probleme sollen anhand des folgenden Beispiels erläutert werden: Da die Eigenkapitalanforderungen unter Zugrundelegung eines Standardmodells oder eines internen Modells nach Art. 100 Solvency II bzw. § 90 VAG-RefE eindeutig in den Bereich der Finanzaufsicht fallen, ist bei EU-weit agierenden Versicherungskonzernen, die in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten Tochtergesellschaften unterhalten, davon auszugehen, dass für jede Tochtergesellschaft ein internes Modell vor Ort zu genehmigen ist. Das macht den Aufbau eines gruppenweit einheitlichen internen Modells nahezu unmöglich. Unterhält der EU-weit agierende Versicherungskonzern dagegen in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten nur unselbstständige Niederlassungen, muss er sein gruppenweit entwickeltes, internes Modell nicht mit den ausländischen Aufsichtsbehörden der einzelnen Niederlassungen abstimmen. Denn hier entscheidet allein die Sitzlandsbehörde. Ob dies die ausländischen Aufsichtsbehörden akzeptieren werden, bleibt abzuwarten. Sie könnten mit Blick auf die auch nach der Solvency-II-Richtlinie nach wie vor vorhandene Unterrichtungspflicht der Tätigkeitslandaufsichtsbehörde bei Annahme der Beeinträchtigung der finanziellen Solidität (Art. 30 Abs. 3 Solvency II) ein Mitspracherecht einfordern.

Ein „Einfallstor“ für ein solches (vermeintliches) Mitspracherecht könnte zudem auch Art. 33 Abs. 2 Solvency II bieten. Danach ist die Aufsichtsbehörde im Tätigkeitsland der Niederlassung berechtigt, sich an den örtlichen Prüfungen der BaFin als Herkunftslandbehörde im Rahmen der Finanzaufsicht zu beteiligen. Nach dem Richtlinienvorschlag der Kommission zu „Omnibus II“ vom 19. 2. 2011⁷⁶ wird dieses Beteiligungsrecht der Tätigkeitslandbehörde künftig durch eine Möglichkeit zur Anrufung der EIOPA abgesichert⁷⁷. Die Möglichkeit der Anrufung soll danach in beide Richtungen greifen, d. h., sie besteht sowohl zur Unterstützung der die Finanzaufsicht ausübenden Herkunftslandbehörde, falls die Tätigkeitslandbehörde nicht kooperiert, als auch umgekehrt, falls die Herkunftslandbehörde bei ihrer örtlichen Prüfung im Tätigkeitsland der Niederlassung die Teilhabe der Tätigkeitslandbehörde verweigert.

Zwar wird sich aus dem Beteiligungsrecht der Tätigkeitslandbehörde gem. Art. 33 Abs. 2 Solvency II mit Blick auf den Wortlaut der Regelung kein – wesentlich weiter reichendes – allgemeines Mitspracherecht in Ansehung der der Herkunftslandbehörde obliegenden Finanzaufsicht herleiten lassen. Gleichwohl zeichnet sich mit der Anrufungsmöglichkeit ein Medium ab, das es der Tätigkeitslandbehörde ermöglicht, EIOPA mit einem – zu extensiven – Verständnis ihrer Teilhaberechte zu befragen.

Für ein solches Mitspracherecht der Tätigkeitslandbehörde ließe sich allenfalls noch Art. 248 Abs. 3 Unterabs. 2 Solvency II bzw. § 265 VAG-RefE anführen, wonach bei einer grenzüberschreitend tätigen Versicherungsgruppe zur Durchführung der Gruppenaufsicht ein Kollegium der beteiligten Aufsichtsbehörden zu bilden ist, dem auch die Aufsichtsbehörden „bedeutender Zweigniederlassungen“ angehören sollen. Dagegen spricht jedoch, dass den Aufsichtsbehörden „bedeutender Zweigniederlassungen“ gerade kein Mitgliederstatus im Kollegium zugebilligt, sondern lediglich ein Informations-, aber kein Mitspracherecht eingeräumt wird. Dem entspricht auch, dass Art. 248 Abs. 4 Unterabs. 2 Solvency II in der Fassung des vorgenannten Omnibus-II-Entwurfs vom 19. 1. 2011 nur Mitglieder des Kollegiums – und damit nicht die Aufsichtsbehörden bedeutender

Zweigniederlassungen – berechtigt, bei unterschiedlichen Auffassungen über Koordinierungsvereinbarungen i. S. v. Art. 248 Abs. 4 Solvency II EIOPA mit der Angelegenheit zu befragen.

Entschieden gegen ein Mitspracherecht der Tätigkeitslandaufsichtsbehörden beim „Niederlassungs-Modell“ spricht ferner die Regelung in Art. 231 Solvency II, die den Genehmigungsprozess für interne Modelle für die Gruppe regelt. Gem. Art. 231 Abs. 6 Solvency II entscheidet die für Gruppenaufsicht zuständige Aufsichtsbehörde über den Antrag für ein internes Modell für die Gruppe letztlich allein, wenn es bei der vorhergehenden Konsultation mit den anderen beteiligten Behörden unter Einschluss von EIOPA nicht gelingt, eine einheitliche Entscheidung zu erreichen (ebenso §§ 248 und 264 VAG-RefE). Wenn aber die für die Gruppenaufsicht zuständige Aufsichtsbehörde letztlich allein über die Genehmigung eines internen Modells für die Gruppe entscheiden kann, muss dies erst recht für das interne Modell eines Versicherungsunternehmens gelten, das nicht als Gruppe, sondern „nur“ über Niederlassungen grenzüberschreitend tätig ist (Argumentum ex Erwägungsgrund 102 sowie Art. 216 Abs. 4 und 238 Abs. 2 Solvency II).

Dies kann weiter mit Blick auf das Positionspapier der EU-Kommission zum Statut der Europäischen Gesellschaft vom 17. 11. 2010⁷⁸ und den dortigen Ausführungen auf S. 3 und 4 bestätigt werden.

Sollte es bei dieser Frage zu Streitigkeiten zwischen Aufsichtsbehörden kommen, wäre voraussichtlich EIOPA für die Entscheidung dieses Streits zuständig. Die Entscheidungswege sind insoweit noch unklar. Ferner ist unklar, welche Rechtsmittel gegen eine Entscheidung von EIOPA zur Verfügung stehen und welche Gerichte für eine Überprüfung einer solchen Entscheidung zuständig sind (die nationalen oder die europäischen).

Mit Umsetzung der Solvency-II-Richtlinie wird jedenfalls das Konzept einer für die Gruppenaufsicht zuständigen Behörde in das VAG eingeführt (§§ 262 ff. VAG-RefE). Diese Behörde ist künftig hauptverantwortlich für alle wichtigen Aspekte der Gruppenaufsicht (Solvabilität der Gruppe, gruppeninterne Geschäfte, Risikokonzentration, Risikomanagement und Interne Kontrolle) zuständig.

Während die Vorschriften über die zusätzliche Beaufsichtigung von Erst- und Rückversicherungsunternehmen in einer Erst- oder Rückversicherungsgruppe infolge der Umsetzung der Solvabilität-II-Regelungen vollständig im neuen VAG ersetzt werden, bleiben die Regelungen der geltenden §§ 104 k bis 104 w VAG bezüglich der Finanzkonglomerate in Kap. 2 weitgehend bestehen.

Neu konzipiert und terminologisch eng an die Art. 247 ff. Solvency II angepasst sind die neuen Vorschriften zur Aufsicht über Versicherungs-Holdinggesellschaften. Im Detail bedürfen die §§ 275 ff. VAG-RefE mit Blick auf den Vollharmonisierungsansatz der Richtlinie jedoch einer kritischen Überprüfung, namentlich hinsichtlich der in § 276 Abs. 4 VAG-RefE angeordneten Beaufsichtigung von Holdinggesellschaften ohne Leitungsfunktion, die die Solvency-II-Richtlinie nicht vorsieht.

75 S. dazu allgemein Gause aaO (Fn. 4) AufsichtSR Rn. 238.

76 Vorschlag für eine Richtlinie zur Änderung der Richtlinien 2003/71/EG und 2009/138/EG im Hinblick auf die Befugnisse der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung und der Europäischen Wertpapieraufsichtsbehörde KOM(2011) 8 endg.

77 Vgl. Art. 33 Abs. 3 Solvency II in der Fassung des Omnibus-II-Entwurfs.

78 KOM (2010) 676.

VIII. Teil 5: Aufsicht: Aufgaben und allgemeine Befugnisse, Organisation

Zentrale Norm in Bezug auf die in Kap. 1 und 2 geregelten Eingriffsbefugnisse der BaFin ist nach dem Referentenentwurf § 289 VAG-RefE (derzeit § 81 VAG). Dort sind neu aufgenommen die richtlinienvorgegebenen Überwachungs- und Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörde in § 289 Abs. 4 VAG-RefE. Unabhängig davon soll es aber, wie erwähnt, auch bei der bekannten Missstandsaufsicht bleiben, die sich in den Aufsichtszwecken nach Solvency II nicht wiederfindet und zukünftig entgegen der bisherigen Rückversicherungsaufsicht nach den §§ 119 ff. VAG gleichermaßen nach dem Referentenentwurf auch für die Rückversicherungsaufsicht gelten soll⁷⁹.

Neu und richtlinienvorgegeben ist die in § 295 VAG-RefE vorgesehene Befugnis der BaFin zur Festsetzung eines Kapitalaufschlags auf die Solvabilitätskapitalanforderung. Dabei kann die Aufsichtsbehörde bei Vorliegen mehrerer der drei in § 295 VAG-RefE beschriebenen Anwendungsfälle Kapitalaufschläge auch kumulativ verlangen. Ob die neue Sanktion hilft, drohende Krisen abzuwenden, oder ob dies dazu führt, Krisen eines Versicherungsunternehmens zu verschärfen, wird sich zeigen. Dies wird bei Versicherungsaktiengesellschaften im Wesentlichen von der Finanzstärke der Inhaber bedeutender Beteiligungen abhängen.

§ 297 VAG-RefE erweitert den Kreis der Personen, deren Abberufung die Aufsichtsbehörde verlangen kann, entsprechend auf den Personenkreis, dessen Zuverlässigkeit von der Aufsichtsbehörde künftig zu prüfen ist (vgl. § 25 VAG-RefE), d. h. auf alle Personen, die Schlüsselaufgaben innehaben. Die oben erwähnten Rechtsunsicherheiten, die mit diesem neuen Begriff namentlich in Bezug auf Aufsichtsratsmitglieder verbunden sind, setzen sich an dieser Stelle fort.

Darüber hinaus wird die aufsichtsbehördliche Befugnis um Verstöße von Geschäftsleitern gegen das AktG bzw. das HGB ergänzt. Diese Ergänzung ist rein deklaratorischer Natur, sodass sich daraus keine inhaltlichen Neuerungen ergeben.

Mit dem neuen § 298 VAG-RefE wird das derzeitige Nebeneinander von „Erlöschen“ und „Widerruf“ der Erlaubnis zugunsten des Widerrufs beseitigt.

Die Auskunftsrechte der BaFin finden sich inhaltlich unverändert in § 299 VAG-RefE zusammengefasst wieder.

In Kap. 4 Abschn. 1 bleiben die Regelungen über das Verhältnis von Bundes- und Landesaufsicht inhaltlich unverändert.

Im Rahmen der im Wesentlichen ebenfalls inhaltlich unveränderten Regelungen über die Aufsicht im EWR (Kap. 4 Abschn. 2) verpflichtet § 324 Abs. 1 VAG-RefE zur allgemeinen Zusammenarbeit mit EIOPA.

IX. Teil 6: Straf- und Bußgeldvorschriften

Die Straf- und Bußgeldvorschriften bleiben im Wesentlichen unverändert. Lediglich die Bußgeldvorschriften wurden aus Gründen der Rechtsförmlichkeit neu gegliedert und die Höhe der Bußgelder angepasst.

X. Teil 7: Übergangs- und Schlussbestimmungen

In Teil 7 sind die Übergangs- und Schlussbestimmungen des geltenden VAG zusammengefasst. Neu sind die Übergangsbestimmungen für den Bericht über Solvabilität und Finanzlage (§ 343 VAG-RefE) und diejenigen für die Einhaltung der Mindestkapitalanforderung (§ 345 VAG-RefE). Letztere sehen in Abs. 1 vor, dass Versicherungsunternehmen, die die am 31. 10. 2012 Solvabilitätsanforderungen erfüllen, deren anrechnungsfähige Basiseigenmittel aber nicht zur Bedeckung der Mindestkapitalanforderung ausreichen, spätestens bis zum Jahr 2013 über anrechnungsfähige Basiseigenmittel in dieser Höhe verfügen müssen. Damit setzt der Referentenentwurf Art. 131 der Solvency-II-Richtlinie um, der einen entsprechenden „weichen Übergang“ vorsieht.

XI. Anlagen

Die neue *Anlage 1 zum VAG „Einteilung der Risiken nach Sparten“* entspricht inhaltlich unverändert der geltenden Anlage zum VAG (Teil A).

Die neue *Anlage 2 zum VAG „Bezeichnung der Zulassung, die gleichzeitig für mehrere Sparten erteilt wird“* entspricht inhaltlich unverändert der aktuellen Anlage zum VAG (Teil B).

Die neue *Anlage 3 zum VAG „Standardformel zur Berechnung der Solvabilitätskapitalanforderung (SCR)“* entspricht Anhang IV der Solvency-II-Richtlinie.

Die derzeitige Anlage zum VAG (Teil C) wird durch die Umsetzung der Solvency-II-Richtlinie obsolet.

Der Inhalt der derzeitigen Anlage zum VAG (Teil D) findet sich im neuen § 133 VAG-RefE.

XII. Zusammenfassung

Mit dem Referentenentwurf der Bundesregierung für das „Zehnte Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes“ liegt ein erster Text vor, aus dem sich im Lauf des parlamentarischen Gesetzgebungsverfahrens die künftigen VAG-Regelungen formen werden.

Zunächst lief die Stellungnahmefrist zum Referentenentwurf bis zum 20. 9. 2011, innerhalb der die angeschriebenen Verbände und Institutionen Stellung genommen haben. Die Auswertung dieser Stellungnahmen läuft noch. Es bleibt daher abzuwarten, mit welchen Änderungen nunmehr ein Regierungsentwurf in den Deutschen Bundestag eingebracht wird.

Inhaltlich birgt der Referentenentwurf aus Sicht des Rechtsanwenders Licht und Schatten, wobei die Durchdringung des Entwurfs von Unternehmens-, Wissenschafts- und Beraterseite im Zusammenwirken mit den teils umfangreichen Stellungnahmen aus verschiedenen Kreisen dessen notwendige Fortentwicklung von Gesetzgeberseite fördert und damit berechtigte Hoffnungen auf eine gelungene Neukonzeption des VAG nährt.

⁷⁹ Allgemein zur Rückversicherungsaufsicht als reine Legalitätsaufsicht *Rittner/Dreher* aaO (Fn. 15) § 31 Rn. 40 ff. Zur Kritik an der Beibehaltung der Missstandsaufsicht im Referentenentwurf vgl. oben IV sowie die Nachweise in Fn. 14.

VersR

Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht

Verlag Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe

Geschäftsführer

Wolfgang Knippenberg, Rechtsanwalt

Hauptschriftleitung

Prof. Dr. Egon Lorenz

Weitere Mitglieder der Schriftleitung

RA Dr. Peter Bach (Versicherungsvertragsrecht), VRIOLG a. D. Lothar Jaeger (Berufs- und Amtshaftungsrecht), Prof. Dr. Dirk Looscheiders (Internationales Privatrecht und betriebliche Altersversorgung), Prof. Dr. Peter Reiff (Transportrecht, Verfahrens- und Kostenrecht, Auslandsrecht), Prof. Dr. Manfred Wandt (Grundlagen des Versicherungsrechts, allgemeines Haftungsrecht und angrenzende Gebiete)

Redaktion

Sibylle Bierhalter -168, Bernd Braun -126, Michael Göppfrich -134, Susanne Mir Motahari-Ferber -138
Telefax: 0721 3509-206
E-Mail: redaktion-versr@vww.de

Anzeigen

Benjamin Bittmann -119, E-mail: bittmann@vww.de
Claudia Dinges -139, E-Mail: dinges@vww.de

Marketing/Vertrieb

Bernd Walter -114, E-Mail: walter@vww.de

Abonnementbetreuung

Günther Schnauder -131,
E-Mail: schnauder@vww.de

Bitte geben Sie bei Anfragen an den Verlag Ihre Kundennummer an.

Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Die Entscheidung über Annahme oder Ablehnung wird dem Einsender nach Vorliegen des vollständigen druckfertigen Manuskripts schriftlich bekannt gegeben. Im Fall der Annahme erwirbt der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht bis zum Ablauf des Urheberrechts sowie die ausschließliche Befugnis zur Einspeicherung in eine Datenbank oder zu jeglicher Vervielfältigung und Verbreitung online oder offline ohne zusätzliche Vergütung. Frühestens nach Ablauf eines Jahres nach Veröffentlichung kann ein Nachdruck in einer Publikation eines anderen Verlags erfolgen, jedoch nur mit vorheriger Genehmigung und einer genauen Quellenangabe. Das Recht für die elektronische Verwertung bleibt beim Verlag.

Urheber- und Verlagsrechte

Die Zeitschrift und alle veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Dies gilt auch für veröffentlichte Gerichtsentscheidungen und Leitsätze, soweit sie redaktionell oder vom Einsender redigiert bzw. erarbeitet wurden. Der Rechtsschutz erstreckt sich auch auf Datenbanken und andere elektronische Medien und Systeme. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne vorherige schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form reproduziert oder in eine maschinell oder elektronisch verwendbare Sprache übertragen werden.

Durch Mitgliedschaft in der Vereinigung „Presse Internationale des Assurances (PIA)“ laufender Austausch von Informationen mit anderen führenden europäischen Fachzeitschriften.



Postanschrift

Verlag Versicherungswirtschaft GmbH
Klosestraße 20–24, 76137 Karlsruhe
Postfach 6469, 76044 Karlsruhe
Telefon: 0721 3509-0, Telefax: 0721 3509-201
Internet: vww.de

Konto

Landesbank Baden-Württemberg, Stuttgart
BLZ 60050101, Konto 7495500888
SWIFT SOLADEST
IBAN DE73600501017495500888

Erscheinungsweise

am 1. und 5. und 20. jeden Monats.
Postverlagsort Karlsruhe.
Bezugspreis jährlich (bei 36 Heften und vier Beilagen Ausland) € 298,- inkl. Versandkosten und gesetzl. MwSt., im Ausland zzgl. Versandkosten und MwSt., Einzelheft € 9,80 inkl. gesetzl. MwSt. zzgl. Versandkosten. Bestellungen direkt beim Verlag. Kündigung zum Quartalsende mit vier Wochen Kündigungsfrist. Bei Einstellung oder Unterbrechung der Lieferung aus Gründen, die der Verlag nicht zu vertreten hat, kein Anspruch auf Rückvergütung von Bezugsgeldern. Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von sechs Wochen nach dem Erscheinungsdatum reklamiert werden.

Umsatzsteuer-Identifikationsnummer

DE 812480638

Gerichtsstand

Karlsruhe

ISSN 0342-2429

Satz

punktgenau gmbh, Bühl

Druck

Druck + Verlagsgesellschaft Südwest mbH, Karlsruhe