



JOHANNES GUTENBERG
UNIVERSITÄT MAINZ

Professor Dr. Meinrad Dreher, LL.M.

Lehrstuhl für Europarecht, Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht, Rechtsvergleichung
Fachbereich Rechts- und Wirtschaftswissenschaften

Telefon: +49 (0) 6131 39- 25672
Telefax: +49 (0) 6131 39- 25675
E-Mail: m.dreher@uni-mainz.de
Internet: www.jura.uni-mainz.de/dreher

Postanschrift: Haus Recht und Wirtschaft
D-55099 Mainz

Besucher- und Liefer-
anschrift: Haus Recht und Wirtschaft
Jakob-Welder-Weg 9
2. Stock, Zi. 02-240
D-55128 Mainz

28.11.2014

**Stellungnahme für den Finanzausschuss des
Deutschen Bundestags
zu der öffentlichen Anhörung zu dem
Gesetzentwurf der Bundesregierung
„Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung
der Finanzaufsicht über Versicherungen (Solvency II)“
BT-Drucks. 18/2956**

Die Einführung des Solvency II-Regimes als Grundlage der europäischen Versicherungsaufsicht und die Umsetzung der Solvency II-Richtlinie in ein VAG 2016 stellen ein grundsätzlich sinnvolles Vorhaben dar. Gleichwohl gibt der RegE VAG 2016 dem Finanzausschuss des Deutschen Bundestags Anlass, vor allem folgenden, bisher nicht oder nicht ausreichend bedachten Themen nachzugehen:

I. 1:1-Umsetzung der Richtlinie entsprechend dem Koalitionsvertrag statt „nationales Draufsatteln“

Die Bundesregierung hat sich im Koalitionsvertrag auf eine 1:1-Umsetzung von europäischen Vorgaben verpflichtet. Damit will sie die Wettbewerbsgleichheit für deutsche Unternehmen im Binnenmarkt sichern. Von dieser Vorgabe weicht der RegE VAG 2016 in mehrfacher Hinsicht ab.

Auf derartige Abweichungen weist auch der Nationale Normenkontrollrat in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf deutlich hin (BT-Drucks. 18/2956, S. 310). Für dieses „nationale Draufsatteln“ sind folgende Beispiele anzuführen:

Beispiel 1: Verpflichtende Testierung der Solvabilitätsübersicht nach § 35 Abs. 2 RegE VAG 2016

Nach § 35 Abs. 2 RegE VAG 2016 prüft der Abschlussprüfer „die Solvabilitätsübersicht auf Einzel- und Gruppenebene und berichtet gesondert über das Ergebnis“. Eine solche Regelung ist in der Solvency II-Richtlinie nicht vorgesehen.

§ 35 Abs. 2 RegE VAG 2016 sollte ersatzlos entfallen. Die Gründe dafür liegen in dem vollharmonisierenden Ansatz der Solvency II-Richtlinie, der eine solche Abweichung nicht zulässt, in dem Widerspruch zu der eigenen Selbstverpflichtung einer mit der Richtlinie in vollem Umfang übereinstimmenden Gesetzgebung und – nicht zuletzt – in der fachlichen Stärkung der BaFin.

Prüft die BaFin die Solvabilitätsübersicht nämlich selbst, baut sich bei ihr im Laufe der Zeit zusätzliches erhebliches Know-how in dem zentralen Bereich der neuen Solvabilitätsaufsicht auf. Ohne überzeugende Gründe, die nicht gegeben sind, sollte die BaFin ihr Kerngeschäft nicht auf private Dritte auslagern. Die Solvabilitätsübersicht nach §§ 74 ff. RegE VAG 2016 gehört aber schon nach der Begründung des Gesetzentwurfs (S. 256) zu dem „Kern der neuen Solvabilitätsanforderungen“.

Der RegE VAG 2016 (Begründung zu § 35, S. 246) geht davon aus, dass eine Testierung durch Abschlussprüfer einer „eigenständigen, gegebenenfalls abweichenden Beurteilung durch die Aufsichtsbehörde“ nicht vorgreift. Die BaFin müsste also auch nach dem Entwurf – aus Rechtsgründen aber ohnehin zwingend – die Abschlussprüfertestate selbst noch einmal zumindest stichprobenweise systematisch beurteilen und dazu entsprechendes Know-how vorhalten.

Eine gut aufgestellte, leistungsfähige Versicherungsaufsichtsbehörde wie die BaFin kann und sollte die Aufgabe, die Solvabilitätsübersichten insgesamt

autonom zu bewerten, daher selbst erfüllen. Soweit dazu zusätzliches Fachpersonal erforderlich ist, gehören die dafür entstehenden Kosten zu den umlagefähigen Kosten. Daher kommt es auf die Frage der Kosten einer externen Prüfung durch die Abschlussprüfer, die die bisherige Diskussion um das Abschlussprüfertestat geprägt hat, nicht an.

Wenn einzelne Mitgliedstaaten der EU im Rahmen der Umsetzung der Solvency II-Richtlinie ihre nationalen Aufsichtsbehörden nicht für leistungsfähig genug halten sollten, die zentrale Solvabilitätsübersicht selbst zu beurteilen und sie durch ein entsprechendes Prüfungsoutsourcing dauerhaft schwächen, kann dies für den deutschen Gesetzgeber kein Regelungsvorbild sein.

Beispiel 2: Nationale Missstands- statt europarechtlich gebotener Legalitätsaufsicht in § 298 Abs. 1 RegE VAG 2016 (siehe unten III.)

Beispiel 3: Dem europäischen Versicherungsaufsichtsrecht widersprechende Regelung des § 30 Abs. 2 RegE VAG zu der internen Revision bei kleinen und mittleren Versicherungsunternehmen

§ 30 Abs. 2 Satz 1 RegE fordert die völlige Unabhängigkeit der internen Revision für alle Versicherungsunternehmen. Die Begründung zu § 30 Abs. 2 Satz 1 RegE VAG 2016 (S. 244) verweist auf eine zwingende Vorgabe durch die Solvency II-Richtlinie. Allerdings liegt seit dem 10.10.2014 der abschließende Entwurf der Delegierten Verordnung der EU-Kommission zur Solvency II-Richtlinie („DRA“) vor. Dessen Art. 271 Abs. 2 entscheidet die lange umstrittene Frage der Kombination von interner Revision und anderen Schlüsselfunktionen bei kleinen und mittleren Versicherungsunternehmen zu Gunsten des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Die fragliche Kombination wird also auf Grund des Europarechts zulässig sein. Darüber sollte der deutsche Gesetzgeber im VAG 2016 nicht hinausgehen. Selbst wenn er es sehenden Auges tun würde, würde er eine funktionslose, die Praxis lediglich verwirrende Vorschrift schaffen. Nach dem Grundsatz des Vorrangs des Europarechts würde die Frage nämlich durch Art. 271 Abs. 2 DRA und nicht durch den deutschen Gesetzgeber im Weg des VAG entschieden.

Beispiel 4: Weit über die Solvency II-Richtlinie hinausgehende Anforderungen im Bereich fit & proper durch § 24 RegE VAG 2016

Art. 42 Abs. 1 Solvency II-Richtlinie fordert eine aufsichtsbehördliche Kontrolle „aller Personen, die das Unternehmen tatsächlich leiten oder andere Schlüsselaufgaben innehaben“, im Hinblick auf „fachliche Qualifikation“ und „persönliche Zuverlässigkeit“ (sogenannte fit & proper-Kontrolle). Dies betrifft die Geschäftsleiter eines Versicherungsunternehmens, also die Mitglieder des Vorstands, die nach deutschem Recht (§ 76 Abs. 1 AktG, der grundsätzlich auch für die Geschäftsleiter von VVaG und öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen gilt) allein das Versicherungsunternehmen tatsächlich leiten, und die Inhaber der vier Schlüsselfunktionen Risikomanagement, Compliance, interne Revision sowie Versicherungsmathematik nach der Solvency II-Richtlinie.

§ 24 RegE geht über diese Vorgaben gleich mehrfach hinaus:

(1) Keine Beschränkung auf die Geschäftsleiter in § 24 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016

Anders als die Solvency II-Richtlinie bezieht § 24 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016 mit dem Begriff der „anderen Schlüsselaufgaben“ undifferenziert auch die Aufsichtsratsmitglieder ein (Begründung, S. 239). Hinzu kommt nach dem Gesetzestext in Abweichung von dem bisherigen § 7a Abs. 4 VAG in derzeitiger Fassung eine Gleichstellung der Anforderungen an Aufsichtsratsmitglieder mit denen an Vorstandsmitglieder. Nach der Begründung (S. 239) soll die Rechtslage gleichwohl „wie bisher“ sein und soll § 24 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016 trotz des gegenteiligen Wortlauts „keine geänderten Anforderungen“ enthalten. Dieser Widerspruch zwischen Gesetzestext und Gesetzesbegründung ist im Gesetzgebungsverfahren aufzulösen, wenn die in Solvency II-System nicht vorgesehene fit & proper-Kontrolle über Aufsichtsratsmitglieder fortgeführt werden sollte.

(2) Keine Beschränkung auf Inhaber der Schlüsselfunktionen durch § 24 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016

Der in Art. 42 Abs. 1 Solvency II-Richtlinie vorgegebene Begriff „innehaben“ wird in § 24 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016 unzutreffend durch den Begriff „wahrnehmen“ ersetzt (so ausdrücklich die Begründung, S. 239). Die Begründung zu der Vorschrift verwendet darüber hinaus – ebenso verwirrend wie überflüssig – den Begriff des Verantwortlichen für eine Schlüsselfunktion. Auch differenziert sie in einer der Solvency II-Richtlinie unbekanntem Weise zwischen einer Schlüsselfunktion im engeren und einer Schlüsselfunktion im weiteren Sinne (Begr., S. 239). Die Annahme in der Begründung (S. 239), die „bewusst“ abweichende Begriffsverwendung „verdeutlicht besser“ die

Rechtslage, verkehrt die Verhältnisse in das Gegenteil. Die europarechtliche Rechtslage ist eindeutig (ausf. Dreher, Versicherungsrecht 2012, 933 ff. und 1061 ff.). Die abweichende Begriffswelt des § 24 Abs. 1 RegE VAG 2016 verschleiern lediglich, dass die Regelung weit über den bewusst gewählten Wortlaut von Art. 42 Abs. 1 Solvency II-Richtlinie hinausgeht.

Im Ergebnis unterliegen nach § 24 Abs. 1 RegE VAG 2016 alle Mitarbeiter aller Schlüsselfunktionen einer aufsichtsbehördlichen fit & proper-Kontrolle, während Art. 42 Abs. 1 Solvency II-Richtlinie diese Kontrolle aus guten Gründen auf die Inhaber der Schlüsselfunktionen, also deren Leiter, beschränkt. Das Ausmaß der Bürokratisierung und des zusätzlichen Aufwands, der mit einer solch weiten Ausdehnung der fit & proper-Kontrolle auf alle Mitarbeiter aller Schlüsselfunktionen von allen Versicherungsunternehmen in Deutschland verbunden ist, lässt sich kaum absehen.

Regelungsvorschlag zu § 24 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016: Das Wort „wahrnehmen“ wird durch das Wort „innehaben“ ersetzt. Damit folgt das VAG im Sinne einer 1:1-Umsetzung dem Wortlaut von Art. 42 Abs. 1 Solvency II-Richtlinie.

(3) Keine Beschränkung auf europarechtliche Vorgaben bei der Leitungserfahrung in § 24 Abs. 1 Satz 4 RegE VAG 2016

§ 24 Abs. 1 Satz 4 RegE VAG 2016 verlangt als Ausweis der Leitungserfahrung „eine dreijährige leitende Tätigkeit bei einem Versicherungsunternehmen von vergleichbarer Größe und Geschäftsart“. Art. 42 Abs. 1 Solvency II-Richtlinie kennt eine solche Forderung nicht und Art. 273 Abs. 2 DRA (finaler Entwurf vom 10.10.2014) bezieht sich ausdrücklich und gegenteilig auf eine „einschlägige Erfahrung im Versicherungssektor, anderen Finanzsektoren oder anderen Unternehmen“.

Bei § 24 Abs. 1 Satz 4 RegE VAG 2016 geht es mit den Kriterien „dreijährig“, „Versicherungsunternehmen“ und „vergleichbare Größe und Geschäftsart“ aber nicht nur um eine fehlende 1:1-Umsetzung und die Nichtbeachtung vorrangigen Europarechts. Vor allem erschwert die Regelung ohne Grund und in erheblichem Umfang die Gewinnung geeigneten Führungspersonals in Versicherungsunternehmen von anderen Unternehmen des Finanzsektors und den Aufstieg von Mitarbeitern in Führungspositionen innerhalb des eigenen Unternehmens.

II. Unkritische Haltung zu EIOPA Leitlinien beseitigen

Nach § 329 Abs. 1 RegE VAG 2016 soll die BaFin Leitlinien und Empfehlungen von EIOPA soweit wie möglich berücksichtigen und eventuelle Abweichungen begründen. Auch wenn eine solche Regelung im VAG der Umsetzung von Art. 71 Abs. 2 lit. b) Solvency II-Richtlinie geschuldet ist, gilt dies für die noch weitergehenden Stellungnahmen in der Gesetzesbegründung nicht. Da diese später für die Auslegung und Anwendung des VAG maßgeblich sind, sollte das Verhältnis des deutschen zum europäischen Aufsichtsrecht im Gesetzgebungsverfahren klargestellt werden. Dies fordert im Übrigen auch der Nationale Normenkontrollrat in seiner Stellungnahme (BT-Drucks. 18/2956, S. 310).

Im Einzelnen finden sich in der Begründung viel zu weit reichende Aussagen zu dem Verbindlichkeitscharakter von EIOPA-Leitlinien und -Empfehlungen. Dies gilt zum Beispiel für die Grundaussage zu § 329 Abs. 1 RegE VAG 2016. Danach ist die BaFin „wenn auch nicht de lege, so doch de facto verpflichtet, sich an Leitlinien der Europäischen Aufsichtsbehörde zu halten, sofern keine zwingenden Gründe – wie etwa nationale Rechtsvorschriften – entgegenstehen.“ Das einzig angeführte Beispiel entgegenstehenden nationalen Rechts wird schon der Tatsache nicht gerecht, dass selbst die EIOPA-VO in Art. 16 Abs. 3 für die Nichtbefolgung einer Leitlinie oder Empfehlung niederschwelliger nur allgemein auf „Gründe“, d.h. das Vorliegen sachlicher Gründe aus der Sicht der nationalen Aufsichtsbehörde, abstellt.

Ebenso unkritisch zu den EIOPA-Leitlinien und -Empfehlungen, die die ihnen gesetzten rechtlichen Grenzen nicht immer einhalten (vgl. ausführlich und mit Beispielen Dreher, Versicherungsaufsichtsrecht und Verbraucherschutz im Solvency II- und EIOPA-System, Versicherungsrecht 2013, 401 ff.), liest sich die Gesetzesbegründung auch im Weiteren. Dies gilt zum Beispiel für die ebenso vorbehaltlos wie unzutreffende Annahme, „dass sich viele Pflichten unmittelbar aus (...) Aufsichtsleitlinien der neuen europäischen Aufsichtsbehörde ergeben“ (S. 230), dass „die Methoden zur Festlegung des Marktanteils nach (§ 45) Absatz 3 durch Leitlinien der Europäischen Aufsichtsbehörde (...) näher konkretisiert werden“ (S. 251 zu § 45) oder dass es wegen der Existenz von EIOPA-Leitlinien „nicht ausreichend (ist), dass nur die (...) Grundanforderungen erfüllt sind“ (S. 260 zu § 92).

So könnten und sollten nationale Aufsichtsbehörden EIOPA-Leitlinien oder -Empfehlungen auch deshalb nicht Folge leisten, weil Ermächtigungsgrundlagen und ausufernde Leitlinieninhalte nicht mehr in Einklang zu bringen sind. Als Beispiel dafür dienen die EIOPA-Governance Leitlinien. Sie betreffen das zentrale Thema der Governance in den Versicherungsunternehmen oder – so die (leider wechselnde und nicht 1:1 der Richtlinie folgende) Begriffswelt des RegE VAG 2016 überwiegend – die ordnungsgemäße Geschäftsorganisation der Versicherungsunternehmen.

Die EIOPA-Leitlinien vom Oktober 2013 für die Übergangsphase zu Solvency II hatten noch für jede Leitlinie zum Governance System den entsprechenden Artikel der Solvency II-Richtlinie, um dessen Anwendung es geht, ausdrücklich angeführt. Die derzeit in Konsultation befindlichen EIOPA Guidelines on system of governance and own risk and solvency assessment vom 02.06.2014 nehmen die Vorbereitungsleitlinien vom Oktober 2013 in sich auf, sind im Verhältnis dazu aber sehr viel umfangreicher und – vor allem – haben auffälligerweise die Bezugnahme auf konkrete Rechtsgrundlagen der Solvency II-Richtlinie, deren Auslegung und Anwendung sie betreffen, zu Beginn jeden einzelnen Absatzes getilgt.

Zur (Selbst-)Kontrolle von EIOPA ist hier dringlich verlasst, dass die endgültigen Leitlinien zu jedem Thema Bezug auf diejenige Vorschrift der Solvency II-Richtlinie oder eines delegierten Rechtsakts nehmen, um deren Konkretisierung oder Auslegung es geht. Denn nur so lässt sich eine Tendenz zu der schleichenden Selbstbegründung einer Kompetenz-Kompetenz durch EIOPA angesichts der Leitlinienflut verhindern. Und nur so zeigt das Handeln von EIOPA, dass es ausschließlich an vorhandene Rechtsgrundlagen anknüpft und damit das rechtsstaatlich angemessene Verhältnis von Gesetzgeber als Rechtssetzer und Aufsichtsbehörde als Rechtsanwender beachtet.

Dass eine unkritische Hinnahme von Leitlinien sowie Empfehlungen durch die nationale Versicherungsaufsichtsbehörde vom Gesetzgeber des VAG nicht zusätzlich gefördert werden sollte, zeigt sich in dem genannten Beispiel auch an Folgendem: die neuen Governance Leitlinien wenden sich fast ausschließlich direkt an die Versicherungsunternehmen. Nach der EIOPA-VO sind aber die nationalen Aufsichtsbehörden die Primäradressaten von Leitlinien und Empfehlungen. Hinzu kommt, dass die direkte Adressierung an Versicherungsunternehmen nach Art. 16 Abs. 3 Unterabs. 4 EIOPA-VO auch rechtliche Bedeutung haben kann. Schließlich benötigt EIOPA zur Erläuterung der fast 30 Seiten mit insgesamt 77 Leitlinien noch einmal 55 Seiten Text. Dieser zusätzliche „Erläuterungstext“ bildet per se eine Zweckverfehlung, da die Leitlinien eigentlich bereits selbst eine einheitliche Aufsichtspraxis ermöglichen sollten. Kleine und mittlere Versicherungsunternehmen werden diese unnötige Textflut kaum bewältigen können. Hinzu kommt die Gefahr, dass auch die Erläuterungstexte von EIOPA zu den eigentlichen EIOPA Leitlinien von der BaFin und den Versicherungsunternehmen als Marktstandard begriffen werden. Insoweit überrascht es schließlich nicht, dass sich in den Erläuterungstexten unzulässigerweise zusätzliche, über die Leitlinien hinausgehende und konkrete Anforderungen an das Verhalten von Versicherungsunternehmen finden.

III. Missstandsaufsicht nach § 298 Abs. 1 RegE VAG 2016 zugunsten der europarechtlich und rechtstaatlich gebotenen Legalitätsaufsicht beseitigen

§ 298 Abs. 1 RegE VAG 2016 sieht eine inhaltlich unkonturierte Missstandsaufsicht über Versicherungsunternehmen vor. Art. 34 Abs. 1 und 36 Abs. 1 Solvency II-Richtlinie beschränken die Eingriffsbefugnisse der nationalen Versicherungsbehörden aber auf eine Legalitätsaufsicht. Dies bedeutet eine Aufsicht über die Einhaltung von „Rechts- und Verwaltungsvorschriften“.

Mit § 298 Abs. 1 RegE VAG 2016 soll die materielle Staatsaufsicht über die Versicherungsunternehmen in Form der seit dem Jahr 1901 geltenden deutschen Missstandsaufsicht fortgeführt werden. Dieses Vorgehen widerspricht der Solvency II-Richtlinie. Die Begründung zu § 298 Abs. 1 RegE VAG 2016, dass damit Art. 34 Abs. 1 und 2 Solvency II-Richtlinie umgesetzt werde (Begründung S. 289), ist unzutreffend. Für die Beibehaltung der traditionellen, über 100-jährigen deutschen Missstandsaufsicht aus der Kaiserzeit gibt es keine sachliche Rechtfertigung. Alle tatsächlichen und rechtlichen Umstände sprechen vielmehr für die Übernahme der europarechtlich ohnehin zwingenden Legalitätsaufsicht.

Bei einer Legalitätsaufsicht kann die BaFin die Einhaltung grundsätzlich aller Rechts- und Verwaltungsvorschriften durch die Versicherungsunternehmen überwachen. Die massenweise im RegE VAG 2016 vorhandenen unbestimmten Rechtsbegriffe wie z.B. „geeignet“ (32 x im RegE) und „angemessen“ (124 x im RegE) bringen nicht nur die Prinzipienorientierung der neuen Aufsicht zum Ausdruck. Sie geben der BaFin auch breiten Raum für aufsichtsrechtliche Wertungen. Da das Rechtsinstrument der allgemeinen Missstandsaufsicht vom 12.05.1901 stammt, erlaubt es zeitgeprägt staatliche Eingriffe durch Behörden unabhängig von Verstößen der Versicherungsunternehmen oder ihrer Geschäftsleiter gegen Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Die Fortführung dieses obrigkeitstaatlichen Aufsichtsregimes ist mit den heutigen rechtsstaatlichen Vorstellungen nicht mehr zu vereinbaren.

Die BaFin kann im Rahmen einer Legalitätsaufsicht alle Ihre Aufgaben ohne Einschränkungen erfüllen. Sie kann einzig nicht mehr ohne Bezug zu einem Rechtsverstoß „die Keule der Missstandsaufsicht schwingen“, um von den Normadressaten schnell und ohne die Einhaltung rechtsförmiger Verfahren voraussetzenden Gehorsam faktisch zu erzwingen. Denn jede aufsichtsbehördliche Äußerung, dass in einem bestimmten Verhalten unabhängig von der Verletzung konkreter Vorschriften ein Missstand gesehen werden könnte, bedeutet im Verhältnis zu den betroffenen Versicherungsunternehmen und ihren Geschäftsleitern den Gebrauch eines zwar gesetzlich nicht vorgesehene, aber faktisch sehr scharfen Schwerts. Dass die BaFin von dieser Möglichkeit der weitergehenden Missstandsaufsicht auch tatsächlich Gebrauch macht, zeigt sich nicht nur in Berichten aus der informellen Aufsichtspraxis

gegenüber Versicherungsunternehmen. Ein Beispiel für eine solche allgemeine Praxis liegt vielmehr auch in dem Schreiben der BaFin an alle Lebensversicherungsunternehmen vom 25.02.2014, mit dem eine Nichtbeteiligung an der sogenannten Vollerhebung Leben 2014 zur Solvabilität nach Solvency II als Missstand im Sinne des geltenden VAG dargestellt wird, obwohl es für die Lebensversicherungsunternehmen keine rechtliche Verpflichtung zu einer solchen – für die Unternehmen im Übrigen aus Eigeninteresse sinnvollen und daher wohl freiwillig erfolgten – Beteiligung gibt.

Da die Legalitätsaufsicht europarechtlich vorgegebenen und rechtsstaatlich zwingend ist, sollte § 298 RegE VAG wie folgt gefasst werden:

Regelungsvorschlag zu § 298:

§ 298 Abs. 1 mit der Missstandsaufsicht über Erstversicherungsunternehmen entfällt ersatzlos. Die in § 298 Abs. 2 nur für Rückversicherungsunternehmen bereits enthaltene Legalitätsaufsicht wird auf Erstversicherungsunternehmen erstreckt.

Alternativer Regelungsvorschlag zu § 298:

Sollte der Begriff des Missstands weiter im Gesetz bleiben, ist § 298 Abs. 1 Satz 2 durch folgenden Wortlaut zu ersetzen: „Ein Missstand ist jeder Verstoß gegen Rechts- und Verwaltungsvorschriften durch ein Versicherungsunternehmen.“

Regelungsvorbild für den Alternativvorschlag ist der Regierungsentwurf eines Kleinanlegerschutzgesetzes vom 12.11.2014. Mit Artikel 1 wird § 4 Abs. 1a Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz zur Ermächtigung der BaFin auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes in das Gesetz eingefügt. Dabei verwendet der RegE zwar den Begriff des Missstands, definiert ihn aber gleichzeitig als „Verstoß gegen ein Verbraucherschutzgesetz“. Im Bereich des Verbraucherschutzes soll die BaFin also zurecht eine Legalitätsaufsicht ausüben, im Bereich der Versicherungsaufsicht nach dem VAG dagegen merkwürdigerweise noch immer nicht an eine Aufsicht über eine Einhaltung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften gebunden sein.

IV. Deparlamentarisierung und Selbstermächtigung im Bereich der Rechtsverordnungen begrenzen

Der RegE VAG 2016 ermächtigt das Bundesministerium für Finanzen zu dem Erlass von insgesamt 24 Rechtsverordnungen (RVO). Nur in einem Fall bedarf die Rechtsverordnung nach der Ermächtigung der Zustimmung des Bundesrats. In 21 Fällen kann das BMF die Ermächtigung durch eine RVO auf die BaFin übertragen. Die BaFin schafft in diesen Fällen also zunächst eine Ermächtigungsgrundlage für die aufsichtsbehördliche Tätigkeit und übt sie danach selbst aus.

Die ungewöhnliche Häufung einer solchen Kompetenzverlagerung auf die Exekutive stellt die Frage nach dem rechtstaatlich angemessenen Umfang eines solchen Regelungsmodells im Sinne einer Deparlamentarisierung. Da die BaFin auch bei RVO, die das BMF selbst abschließend erlässt, ein wichtiger Impulsgeber sein wird, erscheint eine derart weitgehende Subdelegation sachlich nicht erforderlich.

Eine deutliche Deparlamentarisierung des Versicherungsaufsichtsrechts ist im Übrigen nicht nur an dieser Stelle erkennbar. Ein weiteres Beispiel ist die im RegE VAG 2016 vorgeschlagene Beibehaltung der Missstandsaufsicht. Sie gibt die Möglichkeit zu Aufsichtsmaßnahmen gegen ein Verhalten, ohne dass der Gesetzgeber ein entsprechendes Ge- oder Verbot erlassen hat (siehe oben III.).

Schließlich geht eine deutliche Verschiebung der Gewichte von Legislative und Exekutive zum Beispiel auch mit der unkritischen Haltung zur Quasi-Rechtssetzung in Leitlinienform durch EIOPA einher (siehe oben II.).

V. Das Recht der Versicherungsgruppen im Nachgang zu der VAG-Novelle regeln

Die Solvency II-Richtlinie und in ihrer Umsetzung der RegE VAG 2016 stellen zahlreiche Anforderungen, die übergeordnete Unternehmen einer Versicherungsgruppe auf Gruppenebene erfüllen müssen. Dazu gehören zum Beispiel die Einrichtung eines gruppenweiten Governance-Systems, ein gruppenweiter Informationsfluss, ein Gruppenrisikomanagement, ein internes Kontrollsystem auf Gruppenebene, Gruppenberichtspflichten und ein Gruppen-ORSA. § 275 Abs. 1 RegE VAG 2016 verlangt daher generell, dass dies „auf der Ebene der Gruppe gesteuert und kontrolliert werden“ kann.

Die Frage, wie das übergeordnete Unternehmen einer Gruppe sich gruppenweit gegenüber den rechtlich selbständigen Unternehmen durchsetzen kann,

spricht der RegE VAG 2016 bis auf eine Ausnahme nicht an. Bei dieser Ausnahmevorschrift handelt es sich um § 276 Abs. 2 RegE VAG 2016. Danach kann das übergeordnete Unternehmen einer Gruppe von allen gruppenangehörigen Unternehmen alle Informationen verlangen, die es zur Erfüllung seiner Pflichten bedarf. Die Regelung ist allerdings selbst defizitär und daher im Gesetzgebungsverfahren veränderungsbedürftig. Denn sie verweist lediglich auf das 2. Kapitel anstatt auf den gesamten 5. Teil zur Gruppenaufsicht. Vor allem aber erschöpft sie bei weitem nicht den großen und außerordentlich schwierigen Regelungsbedarf zur Erfüllung der Gruppenanforderungen durch übergeordnete Unternehmen einer Versicherungsgruppe.

Die Anforderungen an Gruppen führen nämlich zu einem Konflikt zwischen rechtlichem Müssen (Aufsichtsrecht) und rechtlichem Können (Gesellschafts- sowie Konzernrecht). Die Geschäftsleiter übergeordneter Unternehmen einer Gruppe sollen aufsichtsrechtlich die Gruppenanforderungen durchsetzen, während sie gesellschafts- sowie konzernrechtlich den Geschäftsleitern der rechtlich selbständigen Gruppenunternehmen keine Weisungen erteilen dürfen, wenn nicht ausnahmsweise ein Beherrschungsvertrag besteht. Die Solvency II-Richtlinie gibt bei den Gruppenvorschriften den Mitgliedstaaten ausdrücklich den Auftrag, die Verwirklichung der Gruppenanforderungen rechtlich zu ermöglichen. Diesem Regelungsauftrag kommt der RegE VAG nicht nach. Damit lässt er die zentrale Frage der Gruppenaufsicht unbeantwortet, was zu großen, auch praktisch sehr erheblichen Rechtsunsicherheiten führt.

Der unerfüllte Regelungsauftrag der Solvency II-Richtlinie an den deutschen Gesetzgeber kann im Gesetzgebungsverfahren nicht im Sinne einer pauschalen Vorrangregel für das Aufsichtsrecht oder einer ebenso pauschalen Mitwirkungspflicht der gruppenangehörigen Unternehmen im Hinblick auf gruppenbezogene Maßnahmen des übergeordneten Unternehmens nachgeholt werden. Dafür ist einerseits der Eingriff in das deutsche Gesellschafts- sowie Konzernrecht, der mit einer solchen Vorschrift verbunden wäre, zu tiefgehend und sind andererseits sehr zahlreiche Vor- und Folgefragen, die nachfolgend zur Verdeutlichung der Probleme in einem Annex beispielhaft aufgelistet sind, nicht beantwortet. Da das Problem der Abstimmung von Aufsichtsrecht und Gesellschafts- sowie Konzernrecht nicht nur in dem Bereich des VAG, sondern auch in den Bereichen des KWG und des FKAG ungelöst ist, sollte gesetzesübergreifend, systematisch stimmig und gut vorbereitet bald nach der Verabschiedung des RegE VAG 2016 eine gesetzliche Initiative zur Lösung des Problems erfolgen.

Bis zu einer solchen gesetzlichen Lösung des Widerspruchs von Aufsichtsrechts einerseits und Gesellschafts- sowie Konzernrecht andererseits sollten die bestehenden Rechtsunsicherheiten durch den Finanzausschuss geklärt werden, indem er ausdrücklich auf die Weitergeltung der Begründung zum RegE der 9. VAG-Novelle zu § 64a Abs. 2 VAG verweist. Der Gesetzgeber hatte die Einführung der darin enthaltenen Gruppenanforderungen in das noch immer geltende VAG nämlich mit folgender Feststellung verbunden:

„Zur Erfüllung dieser Verpflichtung darf das Versicherungsunternehmen bzw. die Versicherungs-Holdinggesellschaft (d.h. das übergeordnete Unternehmen) allerdings auf die gruppenangehörigen Unternehmen nur einwirken, soweit dem das allgemeine Gesellschaftsrecht nicht entgegensteht“ (BT-Drucks. 16/6518, S. 17).

Jenseits der Durchbrechung in Form von § 276 Abs. 2 RegE VAG 2016 gilt der Vorrang des Gesellschafts- sowie Konzernrechts vor dem Aufsichtsrecht infolge des Fehlens entsprechender Durchsetzungsregelungen für das Aufsichtsrecht auch weiterhin. Eine entsprechende Klarstellung zur Bewältigung des Normkonflikts durch den Gesetzgeber im Zuge der Verabschiedung des VAG 2016 hilft allerdings, die erheblichen rechtlichen Unsicherheiten, die die Praxis belasten, zu bewältigen. Gleichzeitig entspricht eine solche Klarstellung dem RegE VAG 2016. Denn die Regelungen zur ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation nach §§ 23 ff. RegE VAG 2016, die für Gruppen nach § 275 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016 „entsprechend gelten“, begründet der RegE VAG 2016 damit, dass sie „inhaltlich eine Verfeinerung des bisherigen § 64a VAG a.F. dar(stellen)“ (Begründung, S. 237). An der Feststellung anlässlich der Einführung von § 64a Abs. 2 VAG durch die 9. VAG-Novelle, die das Verhältnis des Aufsichtsrechts zum Gesellschaftsrecht betrifft, ändert sich damit durch den RegE VAG 2016 nichts. Für die Praxis wäre eine wiederholende Klarstellung im Gesetzgebungsverfahren jedoch sehr hilfreich.

Annex zu V.: Liste exemplarischer Fragen betreffend den Regelungsbedarf bei der Abstimmung von Aufsichtsrecht einerseits und Gesellschafts- sowie Konzernrecht andererseits:

- Bedarf es zum Schutz der Versicherungsnehmer oder Versicherten von gruppenangehörigen Unternehmen bei der Durchsetzung nachteiliger Maßnahmen durch das übergeordnete Unternehmen einer Gruppe besonderer Vorkehrungen?
- Sind für gruppenangehörige Unternehmen nachteilige Maßnahmen des übergeordneten Unternehmens einer Gruppe – z.B. die Verweigerung der Wahrnehmung von Geschäftschancen wegen Erreichens gruppenbezogener Limite – auszugleichen?
- Welche Kriterien gelten für die Identifizierung und Bewertung von Nachteilen?
- Gelten für die Befolgung von Weisungen des übergeordneten Unternehmens die Voraussetzungen des § 308 Abs. 2 und 3 AktG entsprechend?
- Trifft die Organmitglieder des übergeordneten Unternehmens und der gruppenangehörigen Unternehmen gegebenenfalls eine Schadenersatzhaftung in Parallele zu §§ 309 f., 317 f. AktG?

- Was sind die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer qualifizierten Nachteilszufügung durch Gruppenmaßnahmen, d.h. wenn ein Einzelausgleich z.B. aufgrund der Dichte der Einflussnahme unmöglich ist?
- Sollen die übergeordneten Unternehmen einer Gruppe, soweit sie zugleich herrschende Unternehmen eines Konzerns sind, verpflichtet sein, Unternehmensverträge zur leichteren Durchsetzung gruppenbezogener Governance-Anforderungen zu schließen?
- Besteht im Fall der rechtlichen Unmöglichkeit der Durchsetzung gruppenbezogener Governance-Anforderungen – zum Beispiel bei Minderheitsbeteiligungen oder Drittstaatenunternehmen – eine Pflicht zur Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen?
- Soll die aufsichtsrechtlich grundsätzlich bestehende Möglichkeit, dass ein abhängiges Unternehmen im Sinne des Konzernrechts übergeordnetes Unternehmen einer aufsichtsrechtlichen Gruppe ist, aufsichtsrechtlich ausgeschlossen werden?
- Wessen Gruppenleitlinien und gruppenbezogene Maßnahmen gelten in Gemeinschaftsunternehmen?
- Sollen gruppenbezogene Maßnahmen auch bei den aufsichtsrechtlich erfassten Minderheitsbeteiligungen an Unternehmen – im Bereich von Solvency II also Unternehmen, bei denen 20% der Kapitalanteile oder der Stimmrechte gehalten werden – möglich sein und durch welches von mehreren übergeordneten Unternehmen der mehreren Gruppen erfolgen?
- Welche internen und externen Transparenzanforderungen gelten für die Durchsetzung von Gruppenmaßnahmen, insbesondere von solchen mit nachteiligen Folgen für gruppenangehörige Unternehmen?
- Soll es einen Gruppenmaßnahmenbericht in Parallele zu dem Abhängigkeitsbericht des § 312 AktG geben?
- Welche Kriterien gelten für die Prüfung der Transparenzanforderungen bei Gruppenmaßnahmen und eventuellen Ausgleichsmaßnahmen?
- Auf welche Weise ist das „Ob“ und gegebenenfalls das „Wie“ gruppenbezogener Governance-Anforderungen bei horizontalen Unternehmensgruppen – „Gleichordnungskonzern“ – zu regeln?
- Was gilt für die Durchsetzung gruppenbezogener Maßnahmen bei grenzüberschreitenden Gruppen innerhalb der EU bzw. des EWR, wenn das Gesellschaftsrecht einzelner Mitgliedstaaten der Durchsetzung der Anforderungen nach dem VAG entgegensteht?

VI. LVRG-Ziel verwirklichen

Mit Artikel 4 Lebensversicherungsreformgesetz (LVRG) hat der Gesetzgeber das Anliegen verfolgt, die Rückkaufswerte zu erhöhen und das bisher hohe Provisionsniveau zu senken. Damit hat er die Deckungsrückstellungsverordnung (DeckRV) ab 01.01.2015 so geändert, dass der Höchstsatz der einmaligen Abschlusskosten, die während der ersten fünf Jahre in die Kalkulation des Rückkaufswerts einfließen, von 40 auf 25 Promille sinkt. Die Regelung ist allerdings rechtlich nicht ganz eindeutig und wird daher in der Praxis möglicherweise unterlaufen werden. Der gesetzgeberische Wille zum Verständnis der DeckRV sollte daher im Zuge der VAG-Novelle 2016 klargestellt werden (vgl. näher Dreher, FAZ vom 10.10.2014, Nr. 235, S. 29). Damit erhält die BaFin zugleich die Möglichkeit, Umgehungsversuche eindeutig als Rechtsverstöße zu beanstanden. Die Klarstellung selbst müsste zum Ausdruck bringen, dass jede degressive Kalkulation von Kosten bzw. die Verteilung von Kosten nur auf die ersten fünf Jahre der Vertragslaufzeit der betreffenden Versicherungsverträge unzulässig ist.

VII. Einen „versicherungsaufsichtsrechtlichen Schnitt“ zu dem VAG für die Zeit ab dem 1. Januar 2016 machen

Wenn das VAG 2016 am 01.01.2016 in vollem Umfang in Kraft tritt, stellt sich die Frage der Fortgeltung der bisherigen versicherungsaufsichtsrechtlichen Rechtsverordnungen, aber auch der zahlreichen Rundschreiben und Verlautbarungen der BaFin zu dem derzeit geltenden VAG. Diese Frage hat für die Rechtsanwendungspraxis eine sehr große Bedeutung. Gerade kleine und mittlere Versicherungsunternehmen können den Bestand des Versicherungsaufsichtsrechts auf Grund der Vielzahl der Regelungen in europäischen und deutschen Rechtsakten allmählich nicht mehr überschauen. Hinzu kommen die unzähligen Verlautbarungen durch EIOPA und die BaFin zur Auslegung der Rechtsakte. Vor dem Hintergrund sollte zum 1. Januar 2016 der Normbestand und der Bestand an Auslegungsmitteilungen im deutschen Recht im Sinne eines „versicherungsaufsichtsrechtlichen Schnitts“ geklärt werden.

Vorbild für eine solche Lösung im Gesetzgebungsverfahren ist in Bezug auf die Rechtsverordnungen § 345 Abs. 1 österreichischer Entwurf für ein neues VAG 2016. Danach treten mit dem Inkrafttreten des neuen österreichischen VAG „alle auf Grundlage dieses Bundesgesetzes (d.h. des bisherigen VAG) erlassenen Verordnungen mit 31. Dezember 2015 außer Kraft“.

Der RegE VAG 2016 enthält in Art. 3 Abs. 2 zwar auch eine Regelung zu dem Thema. Sie ordnet aber nur das Außerkrafttreten von zwei Rechtsverordnungen im Bereich der Kapitalanlagen an. Im Gesetzgebungsverfahren sollte an-

gesichts der Vielzahl der schon bisher geltenden Rechtsverordnungen im Bereich des Versicherungsaufsichtsrechts und angesichts der Masse an neuen Ermächtigungsgrundlagen für Rechtsverordnungen im RegE VAG 2016 (siehe oben IV.) eine klare Regelung zum Schicksal aller anderen als der in Art. 3 Abs. 2 RegE VAG 2016 genannten Rechtsverordnungen getroffen werden.

In gleicher Weise sollte die BaFin zum Inkrafttreten des VAG 2016 den notwendigen „versicherungsaufsichtsrechtlichen Schnitt“ machen, indem sie die Aufhebung oder Weitergeltung aller bisherigen Veröffentlichungen zum Versicherungsaufsichtsrecht klarstellt. Gerade kleine und mittlere Unternehmen wären mit der ansonsten auftretenden Rechtsunsicherheit überfordert.

VIII. Quisquilien

1. Der uneinheitliche Sprachgebrauch des RegE VAG 2016

Wie bereits beispielhaft ausgeführt (siehe oben II.) weicht der RegE VAG 2016 vielfach und unnötigerweise von dem Sprachgebrauch der Solvency II-Richtlinie ab. Dann aber sollte die eigene deutsche Begriffswelt auch durchgehalten werden. Dies ist jedoch nicht der Fall. So „übersetzt“ der RegE VAG 2016 den europarechtlichen Begriff des Governance-Systems mit dem der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation. In §§ 45 Abs. 5 Nr. 8, 275, 278 RegE VAG 2016 findet sich dann aber doch wieder der Begriff der Governance. Dieser uneinheitliche Sprachgebrauch erleichtert gerade kleinen und mittleren Versicherungsunternehmen die Handhabung des Gesetzes nicht.

Ein zweites Beispiel für den uneinheitlichen Sprachgebrauch bilden die Attribute, die die Solvency II-Richtlinie bzw. der RegE VAG 2016 diesen zuvor genannten Begriffen hinzufügen. Während die Solvency II-Richtlinie durchgehend eine „angemessene“ und „wirksame“ Governance fordert, verwendet der RegE VAG 2016 für den Begriff der Geschäftsorganisation nicht nur den Zusatz „ordnungsgemäß“, sondern gelegentlich auch die Begriffe der Solvency II-Richtlinie oder kombiniert sogar alle drei Zusätze wie in § 23 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016.

Ein drittes Beispiel für unnötige Sprachverwirrung bildet die Wendung „analysiert sie die Leistungsfähigkeit“ in § 26 Abs. 8 Satz 3 RegE VAG 2016, obwohl Art. 44 Abs. 5 lit. d) Solvency II-Richtlinie ausdrücklich von einer „Analyse der Leistung“ spricht. Der Unterschied von Leistungsfähigkeit und Leistung ist dabei nicht lediglich semantischer Natur. Er betrifft vielmehr auch die rechtliche Auslegung des Tatbestands.

Das vierte und letzte Beispiel betrifft die „Risikomanagement-Funktion“ nach Art. 44 Abs. 4 Solvency II-Richtlinie. Diese Funktion taufte § 26 Abs. 8 Satz 1 RegE VAG 2016 ohne Grund in eine „Risikocontrollingfunktion“ um. In § 7 Nr. 9 RegE VAG 2016 wird sie dagegen als „Risikomanagementfunktion“ bezeichnet.

Alle diese und weitere Abweichungen sind nicht nur unnötig und störend. Sie tragen auch zu erheblichen Rechtsunsicherheiten bei. Denn das unmittelbar anwendbare und dem VAG vorrangige Europarecht in Form der Durchführungsverordnung (DRA) bleibt ebenso bei den Begrifflichkeiten der Solvency II-Richtlinie wie die EIOPA-Leitlinien. Dies zeigt das zuvor genannte vierte Beispiel der Risikomanagement-Funktion. Die Versicherungsunternehmen in Deutschland müssten daher in Zukunft bei der Rechtsanwendung zwei Begriffe für dasselbe Thema verwenden – eine nicht nachvollziehbare Komplizierung des Rechtsverkehrs, die vor allem zu Lasten der kleinen und mittleren Versicherungsunternehmen geht.

2. Die systematisch verunglückte Stellung der Definition in § 25 Abs. 3 Satz 2 RegE VAG 2016

Infolge der unreflektierten Fortführung des bisherigen § 64a Abs. 2 Satz 2 VAG findet sich eine Definitionsnorm nicht an systematisch stimmiger Stelle in § 7 RegE VAG 2016, sondern in § 25 Abs. 3 Satz 2 RegE VAG 2016.

3. Der Fehlverweis in der Begründung zu § 25 RegE VAG 2016

Die Begründung zu § 25 RegE VAG 2016 verweist im Satz 2 auf § 275 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016. Gemeint ist aber wohl § 293 Abs. 1 Satz 1 RegE VAG 2016.

4. Der verunglückte Wortlaut von § 28 Abs. 2 RegE VAG 2016

§ 28 Abs. 2 RegE VAG 2016 ist im ersten Halbsatz unvollständig.