in einer Entschließung, die zusammen mit dem Gesetz verabschiedet wurde, die Bundesregierung aufgefordert, fünf Jahre nach dem Inkrafttreten der Änderungen der Insolvenzordnung über die Erfahrungen mit der Anwendung des Gesetzes zu berichten[174]. Insbesondere soll evaluiert werden, ob der stärkere Einfluss der Gläubiger die Unabhängigkeit der Verwalter beeinträchtigt, ob durch den Dept-Equity-Swap „grob egoistische Strategien" von Hedgefonds oder vergleichbaren Akteuren ermöglicht werden und ob trotz des neuen „Schutzschirm-Verfahrens" noch ein Bedürfnis für ein vorinsolvenzliches Sanierungsverfahren gesehen wird[175].

Insofern ist damit zu rechnen, dass in nicht zu ferner Zeit erneut Änderungen des Unternehmensinsolvenzrechts zur Diskussion stehen werden. Der fruchtbare Dialog zwischen Praxis und Gesetzgebung - unter intensiver Beteiligung der Wissenschaft - wird weitergehen.

Schon vorher sollten Lösungen für die dringende Aufgabe gesucht werden, das steuerliche Sanierungsrecht mit dem neuen Insolvenzrecht zu harmonisieren. Hierzu ist auf die „Berliner Erklärung zu Sanierung und Insolvenz" vom Oktober 2011 zu verweisen, mit der der Verband der Insolvenzverwalter Deutschlands (VID) und zahlreiche andere Organisationen gemeinsam angeregt haben, eine wissenschaftliche Kommission zur Vorbereitung gesetzgeberischer Schritte einzusetzen[176].

[174] Die vom Rechtsausschuss vorgeschlagene Entschließung, abgedruckt in BT-Drucks. 17/7511, S. 5 f., ist am 27.10.2011 zusammen mit dem ESUG vom Plenum des Bundestages angenommen worden.

[175] Es gibt weiterhin Befürworter eines solchen Verfahrens, vgl. z.B. *Bork*, ZIP 2011, 2035; *Paulus*, WM 2011, 2205, 2208.

[176] Die Erklärung ist abgedruckt in ZInsO 2011, 2077.

Europarechtliche Vorgaben für die interne Governance im Versicherungssektor*

Von Rechtsanwalt Jürgen Bürkle, Leingarten/Stuttgart

Das europäische Versicherungsaufsichtsrecht erfährt durch das Projekt Solvency II durchgreifende Veränderungen. Dieses Projekt führt zu der gravierendsten Umgestaltung des Versicherungsaufsichtsrechts[1] seit der großen Deregulierung im Jahr 1994. Die Umsetzung auf der Richtlinienebene erfolgt mittels der „Technik der Neufassung"[2]. Dabei werden zunächst alle zuvor bereits existierenden 14 versicherungsaufsichtsrechtlichen Richtlinien in einer einzigen Richtlinie zusammengeführt, die dann den Stand des bisherigen Aufsichtsregimes Solvabilität I wiedergibt. Zusätzlich zu Solvabilität I werden anschließend neue Regelungen implementiert (vgl. Art. 309[3]), so dass dann mit der gesamten Richtlinie der Status Solvabilität II abgebildet wird. Mit Umsetzung der Richtlinie Solvabilität II treten dann die bisherigen aufsichtsrechtlichen Regelungen außer Kraft (vgl. Art. 310). Auf diesem Weg wird das spezielle europäische Versicherungsaufsichtsrecht auf der Richtlinienebene systematisch in einem einheitlichen Werk normiert[4].

Die europäische Rechtssetzung erfolgt insgesamt mit Hilfe des vierstufigen Lamfalussy-Verfahrens[5], dessen rechtsverbindlichen Vorgaben sich auf Stufe 1 und Stufe 2 in der Rahmenrichtlinie Solvabilität II und in den dazu folgenden Durchführungsbestimmungen der Europäischen Kommission finden. Ein wesentliche Neuerung des kommenden Aufsichtsregimes besteht in dem obligatorischen Governance-System, das konkrete Vorgaben für die interne aufsichtsrechtliche Governance der Erst- und Rückversicherungsunternehmen (nachfolgend: Versicherungsunternehmen) enthält. Ein Blick auf diese bereits abgeschlossene versicherungsaufsichtsrechtliche Regulierung auf der Ebene der Rahmenrichtlinie lohnt auch für den Bankensektor; denn dort hat im Anschluss an die Finanzmarktkrise eine lebhafte Debatte über die erforderlichen Änderungen der dortigen Governance begonnen[6], die sich bereits in dem Vorschlag der Europäischen Kommission für die CRD IV-Richtlinie[7] niederschlägt.

A. Ziele und Struktur der Regulierung nach Solvency II

Die Rahmenrichtlinie Solvabilität II, auf der das neue Aufsichtsrecht grundlegend basiert, datiert vom 25.11.2009[8]. Wie ihre ausführliche Bezeichnung verdeutlicht, geht es bei Solvabilität II trotz dieser prägnanten, aber potenziell irreführenden Kurzbezeichnung nicht nur um regulatorische Eigenmittelanforderungen, sondern generell um die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die „Aufnahme und Ausübung" der Versicherungstätigkeit. Das neue Aufsichtsregime umfasst also die komplette Zulassungs- und Tätigkeitsaufsicht, die sich auf den gesamten Geschäftsbetrieb der Versicherungsunternehmen erstreckt.

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag des Autors beim Versicherungswissenschaftlichen Verein in Hamburg e.V. am 1.3.2012. Die Ausführungen geben ausschließlich seine private Meinung wieder.

[1] Für einen umfassenden aktuellen Überblick *Bähr*, Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011 und *Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann*, VAG, 5. Aufl. 2012.

[2] Vgl. die interinstitutionelle Vereinbarung vom 28.11.2001, ABl. EU 2002 Nr. C 77/1.

[3] Alle Art. sind nachfolgend solche der Richtlinie Solvabilität II.

[4] Nicht erfasst werden sektorenübergreifende Vorgaben, die auch den Versicherungssektor betreffen, wie etwa die Regelungen der Finanzkonglomeraterichtlinie; dazu *Beisheim*, BKR 2010, 397; *Krämer*, in: Bähr, Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, § 15 Rdn. 93 ff.

[5] Zum Lamfalussy-Verfahren *Bürkle*, VersR 2011, 1469, 1471 f.; *Hupka*, WM 2009, 1351, 1352; *Schmolke*, NZG 2005, 912; *Wandt*, VW 2007, 473 f.; *Weber-Rey/Baltzer*, in: Hopt/Wohlmannstetter, Handbuch Corporate Governance bei Banken, 2011, S. 439 ff.; *Wymeersch*, ZGR 2011, 443, 452 f.

[6] Dazu etwa *Bachmann*, AG 2011, 181; *Mülbert*, ZHR 174 (2010), 375; *Wittig*, WM 2010, 2337.

[7] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und zur Änderung der Richtlinien 2002/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die zusätzliche Beaufsichtigung der Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen und Wertpapierfirmen eines Finanzkonglomerats vom 20.7.2011, KOM(2011) 453 endgültig; dazu *Schulte-Mattler*, WM 2011, 2069.

[8] Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl. EU vom 17.12.2009, Nr. L 335/1; ausführlicher Überblick zum Inhalt der Richtlinie bei *Bürkle*, in: Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann, VAG, 5. Aufl. 2012, S. 929 ff.

I. Ziele des europäischen Versicherungsaufsichtsrechts

Die Richtlinie Solvabilität II gibt im Hinblick auf die mit der Regulierung und der Beaufsichtigung im Versicherungssektor verfolgten Ziele ein Primärziel und daneben mehrere Sekundärziele vor.

Als Hauptziel normiert Art. 27 den Schutz der Versicherten und Begünstigten. Begünstigte sind ausweislich des 16. Erwägungsgrundes diejenigen Personen, die einen vertraglichen Anspruch auf die Versicherungsleistung haben; dabei werden sowohl natürliche als auch juristische Personen von dem aufsichtsrechtlichen Schutz umfasst. Dieses Hauptziel der supranationalen Beaufsichtigung entspricht weitgehend dem aktuellen Ziel des Schutzes der Belange der Versicherten in § 81 Abs. 1 Satz 2 VAG[9]. Der Überwachungsauftrag der BaFin umfasst daher auch weiterhin grundsätzlich nur eine angemessene Wahrung der Belange der Versicherten i.S.v. § 81 Abs. 1 Satz 2 VAG[10]; etwas anderes gilt nur, soweit grundrechtlichen Schutzpflichten existieren[11]. Mit dem Hauptziel des Schutzes der Versicherten und der Begünstigten wird europarechtlich bestätigt, dass im Versicherungsaufsichtsrecht weiterhin eine primär personale Schutzrichtung gilt, während im Bankensektor vor allem die Funktionsfähigkeit des Kreditwesens im Vordergrund steht. Diese Divergenz der zentralen Schutzrichtungen im Versicherungssektor und im Bankensektor setzt zugleich der auf europäischer und nationaler Ebene verfolgten Konvergenz zwischen diesen beiden Finanzdienstleistungssektoren Grenzen.

Neben diesem zentralen Primärziel verfolgt die staatliche Beaufsichtigung als ein Sekundärziel die Stabilität des Finanzsystems in der EU (Art. 28 Satz 1), das die nationalen Finanzsysteme der Mitgliedstaaten einschließt[12]. Als weiteres Sekundärziel, das bei der Aufsichtstätigkeit beachtet werden muss, nennt Art. 28 Satz 2 die Berücksichtigung prozyklischer Effekte, wodurch vermieden werden soll, dass durch aufsichtsbehördliche Aktivitäten negative Wirkungen noch verstärkt werden. Prozyklische Effekte sollen allerdings nur „in Zeiten außergewöhnlicher Effekte auf den Finanzmärkten" relevant sein. Aus dieser Einschränkung ergibt sich, dass diese Direktive auf das aufsichtsbehördliche Verhalten im „Normalfall" keine Auswirkungen hat. Nur im 16. Erwägungsgrund wird als weiteres mögliches Nebenziel faire und stabile Märkte genannt. Dieses weiche Ziel wird nicht näher konkretisiert und erscheint wenig transparent sowie kaum justiziabel. Es taucht zudem im eigentlichen verbindlichen Textteil der Rahmenrichtlinie nicht auf. Da relevante Vorgaben aufgrund des Wesentlichkeitsvorbehaltes im Richtlinientext selbst normiert werden müssen, stellen stabile und faire Märkte kein entscheidend relevantes Nebenziel dar[13].

Für die Relation aller genannten Nebenziele zum Hauptziel der europäischen Regulierung gilt das Primat des Versichertenschutzes. Sämtliche Nebenziele gelten nur nachrangig gegenüber dem Hauptziel des Schutzes der Versicherten und Begünstigten[14]. Die Nebenziele dürfen zudem bei einem Zielkonflikt oder einem Ressourcenengpass die Verfolgung des Primärziels keinesfalls beeinträchtigen, das uneingeschränkten Vorrang genießt.

II. Regulierungsprogramm

Die neue Systematik der europäischen Regulierung des Versicherungsaufsichtsrechts wird durch die Aspekte der Vollharmonisierung sowie der Prinzipienbasierung und der Risikoorientierung geprägt.

1. Grundsatz der Vollharmonisierung

Derzeit existieren auf EU-Ebene im Versicherungssektor nur aufsichtsrechtliche Mindestvorschriften, die nicht nur in Deutschland durch zusätzliche Regelungen auf nationaler Ebene ergänzt werden. Solvabilität II führt nun weitergehend als bisher zu einer grundsätzlichen Vollharmonisierung des Versicherungsaufsichtsrechts auf Gemeinschaftsebene[15]. Daher kann der deutsche Gesetzgeber keine weitergehenden Anforderungen normieren und muss zudem überschießendes deutsches Aufsichtsrecht auf das Niveau von Solvabilität II zurückführen; denn nach dem 2. Erwägungsgrund sollen bestehende Divergenzen „beseitigt" werden, so dass nationales überschießendes Recht insgesamt auf dem Prüfstand steht. Spielräume in den Mitgliedstaaten bestehen nur, soweit das europäische Versicherungsaufsichtsrecht diese ausdrücklich einräumt[16]. Mitgliedstaatliche Sonderregelungen kommen zwar ergänzend auf der Basis des nationalen Allgemeininteresses[17] in Betracht (vgl. Art. 180). Hierbei ist jedoch bereits im Hinblick auf die Verwirklichung der europäischen Grundfreiheiten eine restriktive Betrachtung angezeigt[18]; wegen der angestrebten Vollharmonisierung sind überschießende nationale Vorgaben außerdem selbst unter Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht zulässig[19], so dass kaum noch Raum für ein relevantes Allgemeininteresse existiert.

Als Konsequenz der angestrebten europäischen Vollharmonisierung im Versicherungsbinnenmarkt müssen die Mitgliedstaaten zudem sicherstellen, dass die Aufsichtsbehörden bei der Erfüllung ihrer Aufgaben im Rahmen der Anwendung des transformierten supranationalen Aufsichtsrechts der Konvergenz von Aufsichtsinstrumenten und Aufsichtspraktiken Rechnung tragen (Art. 71 Abs. 1). Hierin liegt zugleich ein zentraler Auftrag von EIOPA[20] als neuer europäischer Überwachungsbehörde[21], wie die Regelung in Art. 8 Abs. 1 Buchst a) und b) EIOPA-VO[22] zeigt. Die Aktivitäten der

---

[9] Zu diesem Aufsichtsziel *Bähr*, in: Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann, VAG, 5. Aufl. 2012, § 81 Rdn. 22 ff.; *Eilert*, VersR 2009, 709; *Kaulbach*, in: Bähr, Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011, § 8 Rdn. 34 ff.; zu den Auswirkungen der Richtlinie Solvabilität II für die sog. materielle Versicherungsaufsicht jenseits der reinen Legalitätskontrolle *Bürkle*, VersR 2011, 1469.

[10] *Wandt/Sehrbrock*, ZVersWiss 2011, 193, 196.

[11] *Bürkle*, a.a.O. (Fn. 8), S. 946 Rdn. 57; vgl. zu grundrechtlichen Schutzpflichten BVerfG VersR 2005, 1109, 1120 und *Schenke*, in: Bähr, Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, § 1 Rdn. 7 f.

[12] *Wandt/Sehrbrock*, ZVersWiss 2011, 193, 196.

[13] *Wandt/Sehrbrock*, ZVersWiss 2011, 193, 198.

[14] *Bürkle*, a.a.O. (Fn. 8), S. 933 Rdn. 9; *Dreher/Häußler*, ZGR 2011, 471, 485; *Wandt/Sehrbrock*, ZVersWiss 2011, 193, 199.

[15] Ausführlich dazu *Dreher/Lange*, VersR 2011, 825, 827 ff.; ebenso *Bähr*, a.a.O. (Fn. 9), § 81 Rdn. 8; *Bürkle*, VersR 2011, 1469, 1472 f.; *Vogelgesang*, ZVersWiss 2011, 233, 243; *Wandt/Sehrbrock*, in: Dreher/Wandt, Solvency II in der Rechtsanwendung, 2009, S. 1, 4.

[16] *Bürkle*, VersR 2011, 1469, 1473; *Dreher/Lange*, VersR 2011, 825, 830.

[17] Zum Allgemeininteresse *Bähr*, in: Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, 2009, § 4 Rdn. 24 ff.; vgl. auch die Mitteilung der Kommission 2000/C 43/03, ABl. EU 2000 Nr. C 43/15.

[18] *Armbrüster*, VersR 2006, 1, 11; *Bürkle*, EuZW 2006, 685, 686; *Dreher*, VersR 1993, 1443, 1445.

[19] *Wandt/Sehrbrock*, ZVersWiss 2011, 193, 200; vgl. dazu auch BVerwG VersR 2011, 781, 786.

[20] European Insurance and Occupational Pensions Authority.

[21] *Bürkle*, VersR 2011, 1469, 1477; *Dreher/Lange*, VersR 2011, 825, 830; *Goldmann/Purnhagen*, VersR 2012, 29, 32.

[22] Verordnung (EU) Nr. 1094/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.11.2011 zur Errichtung einer europäischen Aufsichtsbehörde (Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung) zur Änderung des Beschlusses Nr. 716/2009/EG und zur Aufhebung des Beschlusses 2009/79/EG der Kommission, ABl. EU vom 15.12.2010, Nr. L 331/48.

nationalen Aufsichtsbehörden müssen sich daher gleichfalls auf die Aufgaben und Befugnisse nach Solvabilität II beschränken und BaFin sowie EIOPA können keine weitergehenden Anforderungen formulieren.

2. Prinzipienbasiertere Regulierung

Die Richtlinie Solvabilität II soll zu einem noch stärker prinzipienbasierten Aufsichtsregime im Versicherungsbinnenmarkt führen; das dort normierte supranationale Versicherungsaufsichtsrecht regelt daher weitgehend nur Grundsätze und keine Details[23]. Die Richtlinie gibt im Bereich der Unternehmensorganisation mittels finaler Rechtssätze häufig nur Ziele vor, überlässt aber den Unternehmen die Wahl, wie sie diese erreichen wollen[24]. Die Auswirkungen prinzipienorientierter Regulierung hat der deutsche Gesetzgeber anlässlich des Neunten VAG-Änderungsgesetzes wie folgt beschrieben: „Diese Form der Regulierung gibt den beaufsichtigten Unternehmen durch den Verzicht auf starre gesetzliche Vorgaben mehr Handlungsfreiheit. Im Gegenzug müssen erhöhte Anforderungen an die Entscheidungsprozesse innerhalb der Unternehmen gestellt werden[25]."

Durch die stärkere Prinzipienbasierung, die sich in einer Fülle unbestimmter Rechtsbegriffe niederschlägt, wird von den Unternehmen aufsichtsrechtlich künftig vermehrt eine Selbsteinschätzung gefordert, wie sie bereits heute punktuell im Wertpapierhandels- und Kartellrecht sowie in Ansätzen in den nationalen aufsichtsrechtlichen Regelungen zur Vergütung im Versicherungssektor[26] und Bankensektor erfolgen muss. Allerdings hat die künftige Selbsteinschätzung im Versicherungssektor eine andere Qualität, da sie nicht nur Einzelfragen betrifft, sondern die gesamte Geschäftstätigkeit umfasst. Auf der Basis der Prinzipienorientierung soll außerdem die Aufsichtsbehörde künftig individueller und objektgerechter, also zielgenauer agieren bzw. reagieren können; daraus kann aber keine Erweiterung aufsichtsbehördlicher Befugnisse abgeleitet werden[27].

Die Compliance-Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden muss außerdem ebenfalls das stärker prinzipienbasierte Aufsichtsrecht mit seinen größeren unternehmerischen Freiheiten berücksichtigen und wird dadurch künftig ebenfalls deutlich komplexer[28]; gleiches gilt für die Tätigkeit der Abschlussprüfer nach Art. 72 Abs. 1 a) und für die Kontrolle der Geschäftsleiter durch den Aufsichtsrat. Die mit der prinzipienbasierteren Regulierung für alle Rechtsanwender ausgelösten rechtlichen Unsicherheiten werden vor allem durch eine strikte Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes reduziert[29]. Einerseits dürfen an die Unternehmen keine übermäßigen Anforderungen gestellt werden und andererseits dürfen die Aufsichtsbehörden nicht in übermäßiger Art und Weise intervenieren[30] („doppelte Proportionalität").

3. Risikoorientierte Regulierung

Mit Blick auf internationale Standards und Entwicklungen in anderen Finanzdienstleistungssektoren soll mit der Richtlinie Solvabilität II ein stärker risikobasiertes Solvabilitätssystem eingeführt werden. Daher beinhalten die neuen Solvabilitätsvorschriften einen individuellen und risikobasierten Ansatz, bei dem alle wesentlichen Risiken der Unternehmen ganzheitlich identifiziert, analysiert und prospektiv bewertet werden. Hierbei sollen auch Diversifikations- und Kumuleffekte Gegenstand der holistischen, aggregierten Betrachtung sein. Damit verfolgt die Richtlinie Solvabilität II das Ziel, die Eigenkapitalanforderungen für Versicherungsunternehmen stärker an deren individueller Risikoexposition auszurichten. Zu diesem Zweck erfolgt ein Übergang von einer zuvor weitgehend quantitativen zu einer stärker qualitativen Regulierung und Beaufsichtigung. Trotz der angestrebten verbesserten Risikobewertung und Risikosteuerung verbleiben allerdings zwingende risikolimitierende Normen. So wird das Verbot versicherungsfremder Geschäfte[31] (Art. 18 Abs. 1 Buchst. a) als „Risikobegrenzungsnorm"[32] beibehalten, das im Bankensektor nicht existiert. Der Richtliniengeber hält außerdem an dem Mitgliedstaatenwahlrecht im Hinblick auf das Gebot der Spartentrennung[33] fest (Art. 73 Abs. 1), das in dieser generellen Form im Bankensektor ebenfalls nicht eingreift.

III. Die drei Säulen von Solvency II

Wie die aufsichtsrechtlichen Vorgaben im Bankensektor umfasst die europäische Regulierung im Versicherungssektor drei Säulen. Diese drei Säulen betreffen quantitative Vorgaben (Säule 1), Vorgaben zur Beaufsichtigung und qualitative Vorgaben (Säule 2) und Transparenzvorgaben (Säule 3). Aufgrund der unterschiedlichen Risikosituation von Versicherungen und Banken, die vor allem aus dem unterschiedlichen Geschäftsmodell und dem unterschiedlichen Aufsichtszweck sowie aus den abweichenden aufsichtsrechtlichen Regelungen[34] resultiert, bestehen jedoch divergierende Vorgaben in beiden Sektoren. Das Drei-Säulen-Modell dient außerdem mehr einer plakativen Darstellung, als einer konkreten materiellen Beschreibung. Alle drei Säulen von Solvabilität II besitzen den gleichen Stellenwert, es existiert zwischen ihnen kein Rangverhältnis[35]. Außerdem treten zwischen den drei Säulen Wechselwirkungen ein, da sich alle Säulen gegenseitig beeinflussen[36]. Abgerundet wird das versicherungsaufsichtsrechtliche Drei-Säulen-Modell durch ergänzende Regelungen für Versicherungsgruppen[37].

Die quantitativen Vorgaben der Säule 1 umfassen Kapitalanforderungen[38] und Bewertungsfragen. Der risikobasierte Ansatz der Richtlinie Solvabilität II geht von stärker individualisierten Kapitalanforderungen aus, die

---

[23] Zur prinzipienbasierten Regulierung *Bürkle*, VersR 2011, 1469, 1476 f.; *Uwe H. Schneider*, in: Gedächnisschrift Gruson, 2009, S. 369; *Wandt/Sehrbrock*, ZVersWiss 2011, 193, 203 ff.; *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 562 f.

[24] *Bürkle*, a.a.O. (Fn. 8), S. 934 Rdn. 14; *Wolf*, BB 2011, 1353, 1354.

[25] BT-Drucks. 16/6518, S. 10.

[26] Dazu *Armbrüster*, VW 2011, 401, 402; *Dreher*, VW 2010, 1508, 1509; *Weber-Rey*, ZGR 2012, 543, 579.

[27] Dazu *Bürkle*, VersR 2011, 1469, 1476.

[28] *Korinek*, VR 2010 Heft 9, S. 27, 29.

[29] *Dreher*, VersR 2008, 998, 1000; *Louven/Raapke*, VersR 2012, 257, 264; *Wandt*, VW 2007, 473, 475.

[30] So der 19. Erwägungsgrund zur Richtlinie Solvabilität II.

[31] Vgl. aktuell die Vorgabe in § 7 Abs. 2 VAG; dazu *Ellert*, in: Bähr, Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011, § 5; *Präve*, in: Festschr. Schirmer, 2005, S. 489; *Winter*, Versicherungsaufsichtsrecht, 2007, § 8.

[32] So treffend *Wolf*, WM 2003, 1058, 1059.

[33] Vgl. aktuell die Vorgabe in § 8 Abs. 1a VAG; dazu *Bürkle*, in: *Bähr*, Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011, § 9 Rdn. 75 ff.

[34] Vgl. dazu *Bürkle*, WM 2005, 1469, 1500 ff.

[35] *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 822, 824.

[36] *Bürkle*, CCZ 2008, 50, 55; *van Hulle*, ZVersWiss 2011, 177, 182.

[37] Zur künftigen Gruppenaufsicht *Bürkle*, a.a.O. (Fn. 8), S. 946 Rdn. 124 ff.; *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 856, 858 ff.; *Schüller/Mitzner*, ZHR 175 (2011), 338, 349 ff.

[38] Instruktiv zu den künftigen Eigenkapitalanforderungen *Schüller/Mitzner*, ZHR 175 (2011), 338.

auf der Grundlage des tatsächlichen Risikoprofils des einzelnen Unternehmens ermittelt werden; dabei werden Vermögenswerte und Verbindlichkeiten künftig zu Marktwerten angesetzt. Säule 2 behandelt sowohl die Überwachungstätigkeit der Aufsichtsbehörden als auch die organisatorischen Anforderungen an die Versicherungsunternehmen; darunter finden sich auch Anforderungen an die interne Governance. Die dritte Säule der Rahmenrichtlinie Solvabilität II formuliert schließlich Transparenzanforderungen an die Versicherungsunternehmen. Hier müssen Publizitätspflichten gegenüber der Aufsichtsbehörde (Supervisory Reporting) und (neu) gegenüber der Öffentlichkeit (Public Disclosure) erfüllt werden; mit diesen Anforderungen wird die externe aufsichtsrechtliche Governance angesprochen[39].

B. Bedeutung des Governance-Systems

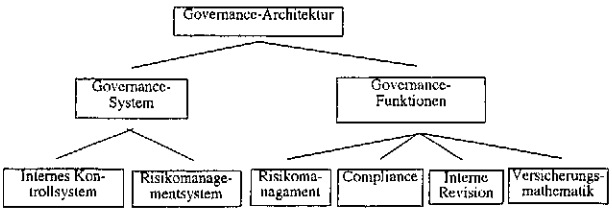
Art. 41 ff. enthalten verbindliche Vorgaben für ein aufsichtsrechtliches Governance-System im Hinblick auf die interne Governance[40]. Die Richtlinie regelt nur aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen, so dass die qualitativen Vorgaben in Säule 2 lediglich die versicherungsaufsichtsrechtliche Governance erfassen; eine Ausstrahlungswirkung tritt allerdings jedenfalls insoweit ein, als die spezielleren aufsichtsrechtlichen Governance-Anforderungen den allgemeineren gesellschaftsrechtlichen Governance-Regelungen vorgehen[41]. Die Bedeutung des Governance-Systems verdeutlicht der 29. Erwägungsgrund, der hervorhebt, dass bestimmte Risiken nur durch qualitative Governance-Anforderungen überhaupt hinreichend erfasst werden[42], so dass ein wirksames Governance-System für das Management eines Versicherungsunternehmens und für das (neue) Regulierungssystem aus diesem Grund unerlässlich ist.

Daher müssen alle Versicherungsunternehmen ein wirksames Governance-System installieren, dessen zentraler Zweck darin besteht, ein solides und vorsichtiges Management des Geschäfts zu gewährleisten (Art. 41 Abs. 1). Wirksam bedeutet in diesem Zusammenhang, dass ein Governance-System tatsächlich umgesetzt und im Unternehmensalltag praktiziert[43] sowie dass es regelmäßig überprüft und bei Bedarf angepasst wird. Das ausdrücklich vorgegebene Ziel eines vorsichtigen Managements kann sich konkretisierend auf die gesellschaftsrechtlichen Verhaltensmaßstäbe für die Unternehmensorgane in den generalklauselartigen Regelungen in §§ 93 Abs. 1, 116 Satz 1 AktG auswirken[44]. Das Merkmal der Vorsicht limitiert dann den zulässigen rechtlichen „Risikoappetit" des Vorstands bzw. des Aufsichtsrats. Das Vorsichtskriterium führt zu höheren Anforderungen an die Risikosteuerung und in Zweifelsfällen dazu, ein Rechtsrisiko nicht einzugehen; auch im Rahmen der Business Judgment Rule (§ 93 Abs. 1 Satz 2 AktG) wird der „Mut zum unternehmerischen Risiko"[45] durch das Vorsichtspostulat beeinflusst[46].

C. Governance-Architektur

Die gesamte neue aufsichtsrechtliche Governance-Architektur der europäischen Richtlinie Solvabilität II lässt sich grafisch wie folgt darstellen (siehe rechte Spalte oben):

Die Governance-Architektur im Versicherungsaufsichtsrecht besteht somit zunächst auf der ersten Ebene aus den beiden Elementen Governance-System und



Governance-Funktionen. Auf der zweiten Ebene unterteilt sich das Governance-System dann in zwei gleichwertige Subsysteme, nämlich einerseits in das Risikomanagementsystem (Art. 44 und 45) und andererseits in das Interne Kontrollsystem (Art. 46) auf. Daneben sieht die Governance-Architektur auf ihrer zweiten Ebene vier obligatorische Governance-Funktionen vor, nämlich die Risikomanagementfunktion (Art. 44 Abs. 4), die Compliance-Funktion (Art. 46), die interne Revisionsfunktion (Art. 47 Abs. 1) und die versicherungsmathematische Funktion (Art. 48 Abs. 1). Ausgehend von dieser Systematik formuliert die Richtlinie Solvabilität II dann allgemeine und besondere Anforderungen an die interne Governance der Versicherungsunternehmen.

D. Allgemeine Governance-Anforderungen (Art. 41)

1. Mindestanforderungen (Art. 41 Abs. 1 Unterabs. 1)

Das neue europäische Governance-System besteht „mindestens" aus einer angemessenen und transparenten Organisationsstruktur mit einer klaren Zuweisung und angemessenen Trennung der Zuständigkeiten sowie einem wirksamen System zur Gewährleistung der Übermittlung von Informationen (Art. 41 Abs. 1 Satz 2). Dieses Erfordernis klarer Zuständigkeiten gilt ebenfalls für die einzelnen Elemente der Governance-Architektur, insbesondere für das Zusammenwirken der vier Governance-Funktionen. Die explizit als Mindestvoraussetzungen charakterisierten Vorgaben in Art. 41 Abs. 1 gelten für den „Normalbetrieb", können also in besonderen Situationen aufgrund externer Einflüsse oder interner Faktoren nicht (mehr) ausreichen; dann ist es Aufgabe der Unternehmensorgane für eine situationsadäquate Governance zu sorgen.

2. Überprüfung (Art. 41 Abs. 1 Unterabs. 2)

Die Versicherungsnehmen haben die Pflicht, ihr Governance-System regelmäßig zu überprüfen (Art. 41 Abs. 1 Unterabs. 2). Diese Prüfung führt die interne Re-

---

[39] Zu diesen neuen Offenlegungspflichten *Dreher*, ZVersWiss 2009, 187; *Dreher/Schaaf*, in: Dreher/Wandt, Solvency II in der Rechtsanwendung, 2009, S. 129 und *Hasse*, in: Dreher/Wandt, Solvency II in der Rechtsanwendung, 2009, S. 61.

[40] Zur Governance nach dem Richtlinienentwurf *Bürkle*, VersR 2007, 1595, 1598 ff.; *Gödeke*, VersR 2010, 10; *Weber-Rey*, AG 2009, R181.

[41] Dies folgt aus dem generellen Vorrang des spezielleren Versicherungsaufsichtsrechts, vgl. *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1295; *Bürkle*, a.a.O. (Fn. 33), § 1 Rdn. 191; *Dreher*, ZGR 2010, 496, 502; *Louven/Raapke*, VersR 2012, 257, 268.

[42] *Dreher*, VersR 2008, 998, 1000.

[43] Vgl. die Regierungsbegründung zum MiFID-Richtlinien-Umsetzungsgesetz, BT-Drucks. 16/4028, S. 95.

[44] Zu den Auswirkungen aufsichtsrechtlicher Vorgaben auf die gesellschaftsrechtlichen Verhaltensmaßstäbe für Unternehmensorgane *Armbrüster*, ZVersWiss 2011, 639; *ders.*, VersR 2009, 1293; *Blasche*, WM 2010, 343; *Louven/Raapke*, VersR 2012, 257, 264.

[45] *Böttcher*, NZG 2009, 1047, 1049.

[46] Zu Restriktionen der Business Judgment Rule durch aufsichtsrechtliche Vorgaben *Armbrüster*, VersR 2009, 1293, 1296 ff.

visionsfunktion im Hinblick auf die Angemessenheit und die Wirksamkeit des Systems durch (Art. 47 Abs. 1). Die Richtlinie enthält keine Vorgabe zum zeitlichen Turnus dieser regelmäßigen Systemprüfung. Da der Bericht über Solvabilität und Finanzlage ebenfalls Aussagen zum Governance-System enthalten muss (Art. 51 Abs. 1 b) und dieser Bericht im Jahresrhythmus vorzulegen ist, liegt es nahe, für das Kriterium der Regelmäßigkeit ebenfalls eine (diesem Bericht vorgelagerte) jährliche interne Prüfung anzunehmen.

3. Angemessenheit (Art. 41 Abs. 2)

Nach Art. 41 Abs. 2 muss das Governance-System im Hinblick auf Wesensart, Umfang und Komplexität der Tätigkeit des Versicherungsunternehmens angemessen sein. Es gibt also kein Patentrezept („one size fits all") für die Governance-Organisation im Versicherungssektor, sondern die Versicherungsunternehmen müssen jeweils tätigkeitsspezifische individuelle Konzepte entwickeln[47]. Dieser Tätigkeitsbezug gestattet eine konkretere Beurteilung der Angemessenheitsanforderungen als der allgemeinere deutsche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; das Kriterium der Angemessenheit stellt hier zugleich einen autonomen Begriff des Europarechts dar. Das Erfordernis der Angemessenheit lässt zudem keine beliebige Umsetzung zu; denn es gibt nicht nur eine Obergrenze für Höchstanforderungen, sondern zugleich eine Untergrenze für organisationsrechtliche Mindestanforderungen vor, die nicht unterschritten werden darf.

4. Leitlinien (Art. 41 Abs. 3)

Das Governance-System erfordert weiter, dass alle Versicherungsunternehmen über schriftliche Leitlinien verfügen; diese müssen zumindest die Bereiche Risikomanagement, interne Kontrolle, interne Revision und - soweit praktiziert- Outsourcing abdecken. Die Versicherungsunternehmen müssen zudem deren Umsetzung im Unternehmensalltag sicherstellen (Art. 46 Abs. 3 Satz 1). Solche Leitlinien umfassen interne Vorgaben für die Verantwortung, die Ziele, die Prozesse und die Berichte in den genannten Bereichen; sie müssen mindestens einmal jährlich überprüft und bei wesentlichen Änderungen angepasst werden (Art. 46 Abs. 3 Satz 2). Das Verwaltungs-, Management- oder Aufsichtsorgan des Versicherungsunternehmens muss diesen Leitlinien schriftlich zustimmen (Art. 46 Abs. 3 Satz 3); mit diesem Erfordernis wird der besondere Stellenwert dieser Leitlinien für die interne Governance unterstrichen und die entsprechende Verantwortung der Unternehmensorgane betont.

5. Kontinuität und Ordnungsmäßigkeit (Art. 41 Abs. 4)

Ein aufsichtsrechtskonformes Governance-System setzt schließlich ebenfalls voraus, dass die Versicherungsunternehmen die Kontinuität und Ordnungsmäßigkeit ihrer Tätigkeit gewährleisten müssen; diese Anforderung schließt angemessene Vorkehrungen, einschließlich der Entwicklung von Notfallplänen, ein (Art. 41 Abs. 4 Satz 1). Hierbei muss das einzelne Versicherungsunternehmen geeignete und verhältnismäßige Systeme, Ressourcen und Verfahren einsetzen (Art. 41 Abs. 4 Satz 2); hier werden unter anderem Fragen der IT-Sicherheit angesprochen.

E. Besondere Governance-Anforderungen (Art. 42 bis 49)

Das Governance-System muss zusätzlich die Einhaltung der besonderen Anforderungen der Art. 42 bis 49 gewährleisten. Bei diesen Anforderungen, die durch Durchführungsmaßnahmen der Kommission noch weiter konkretisiert werden sollen (Art. 50 Abs. 1), handelt es sich um folgende Aspekte:

I. Eignungsanforderungen (Art. 42)

Personen, die das Unternehmen tatsächlich leiten oder andere Schlüsselaufgaben innehaben, müssen fachlich qualifiziert und persönlich zuverlässig („fit and proper") sein. Das Versicherungsunternehmen muss sicherstellen, dass diese Qualifikationskriterien ständig erfüllt sind (Art. 42 Abs. 1), unter anderem durch eine adäquate Fortbildung. Der 35. Erwägungsgrund erläutert hierzu generell, dass in das geforderte Kompetenzprofil die fachliche Qualifikation und die Berufserfahrung einfließen sollen. Weitere Details werden die in Art. 50 Abs. 1 Buchst. d) angekündigten Durchführungsbestimmungen der Kommission regeln.

Erfasst werden aufgrund ihrer Leitungstätigkeit wie bereits heute Geschäftsleiter (§ 7a Abs. 1 Satz 4 VAG) und Hauptbevollmächtigte (§ 106 Abs. 3 VAG) und künftig - abhängig vom Umfang ihrer Vollmacht - auch Generalbevollmächtigte. Da es nicht auf die rechtliche, sondern faktische Leitung ankommt, kann diese Vorgabe zum Beispiel ebenfalls Aufsichtsrats- oder Beiratsmitglieder erfassen, die aufgrund tatsächlicher Möglichkeiten (rechtlich unzulässig) in die Leitungsautonomie des Vorstandes eingreifen.

Neu ist, dass künftig ebenfalls Leiter und Mitarbeiter, die Schlüsselaufgaben unterhalb der Geschäftsleiterebene wahrnehmen, gleichfalls Eignungsvoraussetzungen erfüllen müssen. Dies ergibt sich aus dem 34. Erwägungsgrund, der diese Qualifikation (aufgabenabhängig) für alle Personen in Schlüsselfunktionen fordert, aber nur für den Leiter der Funktion eine Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde vorsieht. Das deutsche Versicherungsaufsichtsrecht kennt solche Anforderungen bisher nur für den Verantwortlichen Aktuar (§ 11a Abs. 1 VAG). Unter Schlüsselaufgaben wird man auf jeden Fall die Tätigkeit der Schlüsselfunktionen des Governance-Systems einordnen müssen, da diese wichtige und kritische Aufgaben erfüllen.

Mit den künftigen aufsichtsrechtlichen Qualifikationsanforderungen, die für einen erheblich größeren Personenkreis gelten werden, wird der mittelbare Einfluss der Aufsichtsbehörde auf die Personalauswahl der Versicherungsunternehmen deutlich ausgeweitet[48]. Der erweiterte Kreis der Personen, die aufsichtsrechtliche Qualifikationsstandards erfüllen müssen, wird sich mittelbar ebenfalls auf die Geschäftsleiter auswirken; denn eine wiederholt mangelhafte Auswahl oder Überwachung dieser nachgeordneten Ebenen kann ihrerseits die aufsichtsrechtliche Qualifikation der Geschäftsleiter in Frage stellen. Außerdem wird mit neuen Eingriffsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde wegen disqualifizierter Mitarbeitern zu rechnen sein, wie sie sich bereits heute etwa in § 34d Abs. 4 WpHG finden.

---

[47] *Bürkle*, a.a.O. (Fn. 8), S. 958 Rdn. 101; *Weber-Rey*, AG 2008, 345, 355; ein entsprechendes Strukturprinzip findet sich auch im DCGK, so zutreffend *Weber-Rey/Buckel*, AG 2011, 845, 847.

[48] *Fletzberger/Harreither*, ZFR 2007, 206, 207; *Weber*-Rey, AG 2009, R181, 182.

Fraglich ist, ob die Eignungsanforderungen für Personen mit Schlüsselaufgaben ebenfalls für Aufsichtsratsmitglieder eingreifen[49]. Dagegen spricht zunächst der Umkehrschluss zu Art. 248 Abs. 1 Buchst. d), der ausdrücklich Eignungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 1 erwähnt; dagegen spricht weiter, dass die Aufsichtsratsfunktion gerade keine Managementtätigkeit ist und dass Aufsichtsräte im 33. Erwägungsgrund gerade nicht als Schlüsselfunktionen genannt werden[50] sowie dass für eine derart berufsbeschränkende Zugangsregelung unter nationalen und europäischen Grundrechtsaspekten (Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 15 Abs. 1 GRC) eine eindeutigere Normierung erforderlich wäre.

II. Governance-Subsysteme

Diese neuen europäischen organisatorischen Vorgaben zum Governance-System in der Richtlinie Solvabilität II mit separatem Risikomanagementsystem und internem Kontrollsystem weichen deutlich von den aktuellen Vorgaben der deutschen Regelung in 64a VAG als „organisationsrechtlicher Zentralnorm"[51] ab[52], die ein Governance-System bislang überhaupt nicht vorsieht und die außerdem das Interne Steuerungs- und Kontrollsystem als einen zentralen Bestandteil des Risikomanagementsystems einordnet (§ 64a Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 VAG)[53]. Diese Abweichung der neuen europäischen Vorgaben besteht zugleich gegenüber § 25a KWG, da diese Norm im Rahmen des Neunten VAG-Änderungsgesetzes[54] Vorbild für § 64a VAG war[55]. Mit der europäischen Neuregelung ist daher eine deutliche Aufwertung des internen Kontrollsystems verbunden, das nun nicht mehr als unselbständiger Bestandteil des Risikomanagementsystems eingeordnet werden kann.

1. Risikomanagementsystem (Art. 44 f.)

Die Versicherungsunternehmen müssen ein wirksames Risikomanagementsystem besitzen. Dieses System besteht nach Art. 44 Abs. 1 Satz 1 zwingend aus den drei Bausteinen Strategien, Prozesse und Meldeverfahren. Konkretisiert wird diese Maßgabe durch die Voraussetzung, dass diese Bausteine erforderlich sein müssen, um den angestrebten Zweck zu erfüllen; damit werden zwar geeignete, aber keine überzogenen Aktivitäten gefordert. Der angestrebte Zweck liegt darin, eingegangene oder potenzielle Risiken auf Einzelbasis und auf aggregierter Basis sowie deren gegenseitigen Einflüsse und Abhängigkeiten kontinuierlich in den Risikomanagementprozess einzubeziehen. Dieser Prozess erfordert, diese Faktoren in einzelnen Schritten „zu erkennen, zu messen, zu überwachen, zu managen und darüber zu berichten" (Art. 44 Abs. 1).

Art. 45 Abs. 1 Satz 1 verpflichtet alle Versicherungsunternehmen eine unternehmenseigene Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung (Own Risk and Solvency Assessment - ORSA)[56] durchzuführen und klassifiziert diesen Prozess ausdrücklich als Teil des Risikomanagements. Diese Beurteilung dient zur Überprüfung des Gesamtsolvabilitätsbedarfs im Hinblick auf die eingegangenen Risiken (36. Erwägungsgrund) und muss in die strategischen Entscheidungen des Unternehmens einfließen (Art. 45 Abs. 3). Sie muss regelmäßig und nach jeder wesentlichen Änderung des Risikoprofils erfolgen (Art. 45 Abs. 5). Zur Erfüllung der Beurteilungspflichten muss das Versicherungsunternehmen über individuelle Prozesse verfügen, die ein effektives Risikomanagement ermöglichen; es muss zudem seine Beurteilungsmethoden darlegen. Der ORSA-Prozess hat eine Doppelnatur und dient sowohl der unternehmensinternen Selbstkontrolle als auch der aufsichtsbehördlichen Überwachung[57].

Die aktuellen MaRisk VA der BaFin, die für die Unternehmen rechtlich unverbindlich sind und nur kraft der behördlichen Sanktionsandrohung faktisch wirken[58], werden nach der Transformation der Richtlinie Solvabilität II ihre Bedeutung verlieren[59]. Denn die Richtlinie will nicht nur das Aufsichtsrecht, sondern zugleich die Aufsichtspraxis im gesamten Versicherungsbinnenmarkt vereinheitlichen (Art. 71 Abs. 2). Vorgaben einzelner nationaler Aufsichtsbehörden kollidieren daher mit dem angestrebten Level-Playing-Field und führen zu einem unterschiedlichen Schutz für die Versicherten. Für die Versicherungsunternehmen unverbindliche behördliche Äußerungen werden außerdem künftig von EIOPA publiziert werden; weitere nachgelagerte Interpretationen mitgliedstaatlicher Aufsichtsbehörden führen entgegen der Intention der Richtlinie Solvabilität II zu einer zersplitterten Rechtsanwendung. Außerdem müssen die Unternehmen bestehende Freiräume eigenverantwortlich mittels individueller Leitlinien und nicht durch eine pauschale Übernahme einer Behördenmeinung ausfüllen.

2. Internes Kontrollsystem (Art. 46)

Art. 46 Abs. 1 Satz 1 fordert, dass die Versicherungsunternehmen über ein wirksames internes Kontrollsystem (IKS) verfügen. Die Vorgaben zum IKS in Art. 46 Abs. 1 Satz 2 stellen ebenfalls ein Exempel prinzipienbasierter Regulierung dar. Die Norm schreibt nur fünf Mindestelemente des IKS vor, nämlich Verwaltungsverfahren (1), Rechnungslegungsverfahren (2), einen internen Kontrollrahmen (3), angemessene Melderegelungen (4) und eine Funktion der Überwachung der Einhaltung der Anforderungen, legaldefiniert als Compliance-Funktion (5). Die Vorgaben zum internen Kontrollsystem erfordern umfangreiche unternehmensinterne Entscheidungen und Maßnahmen, postulieren jedoch nicht den Einsatz eines bestimmten internen Kontrollsystems. Somit können und müssen alle Versicherungsunternehmen ein individuelles internes Kontrollsystem konzipieren oder sich an Standards orientieren; hierbei sind allerdings branchenspezifische Standards weit bedeutsamer als branchenunabhängige, da die Richtlinie ein speziell versicherungsaufsichtsrechtliches IKS normiert.

---

[49] Zu den aktuellen Sachkundeanforderungen *Bürkle*, VersR 2010, 1005; *Dreher/Lange*, ZVersWiss 2011, 211.

[50] *Dreher/Lange*, ZVersWiss 2011, 211, 222; *Grote/Schaaf*, VersR 2012, 17, 22.

[51] *Bürkle*, a.a.O. (Fn. 33), § 9 Rdn. 10; ebenso *Reiff*, VersR 2011, 989, 990; *Weber-Rey*, WM 2011, 2201, 2202.

[52] Ausführlich zu diesen Vorgaben *Bürkle*, a.a.O. (Fn. 33), § 9 Rdn. 8 ff.

[53] *Grote/Schaaf*, VersR 2012, 17, 19 („Herzstück"); zum aktuellen und künftigen Risikomanagement *Dreher*, VersR 2008, 998; *Dreher/Schaaf*, WM 2008, 1765; *Gehringer*, in: Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, § 6 Rdn. 13 ff.; *Krämer*, a.a.O. (Fn. 4), § 10 Rdn. 31 ff.

[54] Neuntes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 23.12.2007, BGBl. 2007 Teil I, S. 3248; zu diesen Änderungen im Überblick *Bürkle*, VW 2008, 212.

[55] So explizit die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/6518, S. 15.

[56] Instruktiv dazu *Dreher/Ballmaier*, VersR 2012, 129.

[57] *Dreher/Ballmaier*, VersR 2012, 129, 130; *Gödeke*, VersR 2010, 10, 14; *van Hulle*, VW 2011, 14, 15.

[58] *Bürkle*, VersR 2009, 866, 867 f.; *Krämer*, a.a.O. (Fn. 4), § 10 Rdn. 9 f.; *Weber-Rey*, ZGR 2010, 544, 567; zur faktischen Wirkung *Michael*, VersR 2010, 141.

[59] Zutreffend *Dreher/Lange*, VersR 2011, 825, 832.

Daher bieten vor allem die versicherungsspezifischen Insurance Core Principles (ICP) der International Association of Insurance Supervisors (IAIS) vom Oktober 2011, die sich in ICP 7 mit der Governance und in ICP 8 mit der internen Kontrolle bei Versicherungsunternehmen befassen[60], wichtige Hinweise; diese haben allerdings rechtlich unverbindlichen und globalen Charakter. Denselben Charakter besitzen die ebenfalls branchenspezifischen „Guidelines on Insurer Governance" der OECD vom Mai 2011[61]. Für beide Standards gilt es allerdings im Blick zu behalten, dass die Europäische Kommission noch rechtsverbindliche Durchführungsbestimmungen erlassen wird, die einzelne Anforderungen an das interne Kontrollsystem weitergehend konkretisieren werden.

III. Governance-Funktionen

1. Funktion: Begriff und Bedeutung

Das neue Governance-System sieht als weitere Elemente der Governance-Architektur vier obligatorische Governance-Funktionen vor. Dies führt aus der Perspektive der Geschäftsleiter zu einer ihr Organisationsermessen einschränkenden „Zwangsdelegation" bestimmter Aufgaben auf konkret vorgegebene spezialisierte Bereiche. Governance-Funktionen sind die Risikomanagementfunktion, die Compliance-Funktion, die interne Revisionsfunktion und die versicherungsmathematische Funktion (Art. 13 Nr. 9). Art. 13 Nr. 9 definiert den Begriff der „Funktion" als eine interne Kapazität innerhalb des Governance-Systems zur Übernahme praktischer Aufgaben; die Einrichtung einer eigenen Abteilung wird somit grundsätzlich nicht gefordert. Da diese Funktionen wesentlicher Bestandteil eines Governance-Systems sind, müssen diese um „wirksam" zu sein, aufgabenadäquat ausgestattet werden; dazu gehört, dass die Funktionen über qualifiziertes Personal in angemessener Zahl und über ausreichende Sachmittel verfügen sowie dass sie ausreichende Kompetenzen zur Erfüllung ihrer Aufgaben besitzen.

Der 33. Erwägungsgrund zur Richtlinie verdeutlicht die herausgehobene Bedeutung aller vier Governance-Funktionen, indem er betont, dass diese Funktionen Schlüsselfunktionen und damit wichtige und kritische Funktionen darstellen. Das zeigt den künftig steigenden Stellenwert dieser Kontroll- und Beratungsfunktionen, während bislang im VAG primär operative Kernfunktionen hervorgehoben werden (vgl. § 5 Abs. 3 Nr. 4 VAG). Zwischen den vier Governance-Funktionen besteht kein Über-/Unterordnungsverhältnis; vielmehr stehen sie gleichberechtigt nebeneinander[62]. Die Leiter der einzelnen Governance-Funktionen sind interne Stellen und keine (öffentlich-rechtlichen) Beauftragten, wie bereits die Tatsache zeigt, dass die Richtlinie Solvabilität II im Gegensatz zur MiFID-Durchführungsrichtlinie[63] (Art. 6 Abs. 3 b) und zur OGAW-IV Duchführungsrichtlinie[64] (Art 10 Abs. 3 b) nicht fordert, dass ein Compliance-Beauftragter benannt wird.

2. Organisatorische Umsetzung

Für die unternehmensinterne Umsetzung der qualitativen Anforderungen in Säule 2 gilt zunächst der Grundsatz der unternehmerischen Organisationsfreiheit. Diese wird lediglich durch die verbindlichen organisatorischen Vorgaben der Richtlinie Solvabilität II eingeschränkt. Dies dokumentiert der 31. Erwägungsgrund für die Governance-Funktionen. Danach hindert die Festlegung einer bestimmten Funktion das Versicherungsunternehmen nicht daran, frei darüber zu entscheiden, wie diese Funktion in der Praxis organisiert wird, sofern in der Richtlinie nichts anderes bestimmt ist. Die organisatorischen Einschränkungen durch die Richtlinie sind aber ihrerseits oft prinzipienbasiert formuliert und eröffnen beachtliche Umsetzungsspielräume.

Es gilt jedoch generell Doppelarbeiten und Zuständigkeitslücken im Governance-System zu vermeiden sowie zugleich eine effektive Kooperation der Governance-Funktion zu gewährleisten. Allerdings kommt eine Zusammenfassung von Governance-Funktionen in einer organisatorischen Einheit oder einer Person nach dem 32. Erwägungsgrund nur ausnahmsweise bei kleineren und weniger komplexen Versicherungsunternehmen in Betracht; selbst bei diesen muss die Interne Revisionsfunktion jedoch immer eigenständig bleiben. Das Versicherungsunternehmen kann die Governance-Funktionen mit eigenem Personal besetzen, sich auf Beratung durch externe Fachleute stützen oder innerhalb der Grenzen der Richtlinie Solvabilität II an Fachleute auslagern (so der 31. Erwägungsgrund). Eine Komplettauslagerung der kritischen Governance-Funktionen stellt jedoch im Regelfall keine sachgerechte Entscheidung dar[65].

3. Risikomanagement-Funktion (Art. 44 Abs. 4)

Als verbindliches Element des Risikomanagementsystems sieht Art. 44 Abs. 4 eine Risikomanagementfunktion vor, die es gegenwärtig in § 64a VAG nicht gibt. Art. 44 Abs. 4 umschreibt die Risikomanagementfunktion prinzipienbasiert nur dahingehend, dass sie so strukturiert sein muss, dass sie die Umsetzung des Risikomanagementsystems erleichtert. Die Richtlinie Solvabilität II formuliert somit rein prinzipienbasiert lediglich ein allgemeines Ziel der Funktion, die das Versicherungsunternehmen somit grundsätzlich individuell organisieren kann.

Deutlich konkretere und anspruchsvollere Aufgaben für die Risikomanagementfunktion gibt Art. 44 Abs. 5 für die Versicherungsunternehmen vor, die zur Solvabilitätsberechnung ein internes Modell verwenden. Hier muss die Risikomanagementfunktion spezielle und deutlich anspruchsvollere Aufgaben bezüglich des internen Modells erfüllen. Diese umfassen Konzeption und Umsetzung, Austesten und Validieren, Dokumentation und Analyse der Leistung des internen Modells. Diese komplexen Aufgaben verdeutlichen, dass die Anforderungen an die Risikomanagementfunktion bei einem Versicherungsunternehmen, dass ein internes Modell verwendet, deutlich höher sind, als bei einem Versicherungsunternehmen, das mit dem Standardmodell arbeitet.

---

[60] Insurance Core Principles, Standards, Guidance and Assessment Methodology vom 1.10.2011; download unter www.iaisweb.org.

[61] Download unter www.oecd.org.

[62] *Bürkle*, CCZ 2008, 50, 55; *ders.*, VersR 2007, 1595, 1599 f.; *Dreher*, VersR 2008, 998, 1004; *Gödeke*, VersR 2010, 10, 16; *Grote/Schaaf*, VersR 2012, 17, 20; *Reese/Ronge*, VersR 2011, 1217, 1230.

[63] Richtlinie 2006/73/EG der Kommission, ABl. EU 2006 Nr. L 241/26.

[64] Richtlinie 2010/43/EG der Kommission, ABl. EU 2010 Nr. L 176/42.

[65] Dazu am Beispiel der Compliance-Funktion *Bürkle*, in: Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, 2009, § 1 Rdn. 128 f.

4. Compliance-Funktion (Art. 46 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2)

Art. 46 Abs. 1 Satz 2 schreibt für alle Versicherungsunternehmen die Einrichtung einer obligatorischen Compliance-Funktion vor, die ein Bestandteil des IKS ist. Art. 46 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 normieren konkretisierend die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für die Aufgaben der Compliance-Funktion, aus der sich vier Teilfunktionen ableiten lassen[66]. Danach muss die Compliance-Funktion (1) die Einhaltung der Vorgaben des Internen Kontrollsystems überwachen (Überwachungsfunktion), (2) die Unternehmensorgane im Hinblick auf die Einhaltung des transformierten Versicherungsaufsichtsrechts beraten (Beratungsfunktion), (3) bevorstehende Änderungen im Rechtsumfeld und dessen Auswirkungen auf das Unternehmen erkennen und analysieren (Frühwarnfunktion) und (4) die mit der Nichteinhaltung rechtlicher Vorgaben verbundenen Risiken identifizieren und bewerten (Risikokontrollfunktion).

Dieser Aufgabenbereich geht damit deutlich über den der Compliance-Beauftragten in Wertpapierfirmen (§ 12 Abs. 3 WpDVerOV) und auch über den der der Compliance-Beauftragten in Kapitalanlagegesellschaften (§ 8 Abs. 1 InVerOV) hinaus; für Kreditinstitute sucht man im KWG vergleichbare Vorgaben für eine Compliance-Funktion bis heute sogar vergeblich. Speziell die Überwachungstätigkeit der Compliance-Funktion umfasst als Querschnittsfunktion die Aufsichtsrechtskonformität der gesamten Unternehmensorganisation in ihren sämtlichen Bestandteilen; dazu gehören ebenfalls die durch die Rahmenrichtlinie vorgeschriebenen Systeme und Funktionen innerhalb des Governance-Systems. Die Compliance-Funktion ist somit zugleich eine Querschnittsfunktion über alle Governance-Funktionen hinweg[67].

5. Interne Revisionsfunktion (Art. 47 Abs. 1)

Gemäß Art. 47 Abs. 1 müssen die Versicherungsunternehmen über eine wirksame Funktion auf dem Gebiet der internen Revision verfügen. Zu den Aufgaben der internen Revision gehört die Prüfung und die Bewertung, ob das Governance-System und seine Bestandteile, also vor allem das Risikomanagementsystem sowie das Interne Kontrollsystem angemessen und wirksam sind (Art. 47 Abs. 1 Unterabs. 1). Die geforderte Bewertung umfasst neben dem Governance-System und seinen beiden Subsystemen ebenfalls die übrigen drei Governance-Funktionen. Die interne Revision hat die Pflicht, das Verwaltungs-, Management- oder Aufsichtsorgan über alle Erkenntnisse zu informieren und entsprechende Maßnahmen zu empfehlen; die Entscheidung über die Maßnahmen und die Verantwortung für deren Umsetzung liegt dann jedoch ausschließlich bei diesen Organen (Art. 47 Abs. 3).

Art. 47 Abs. 2 fordert, dass die interne Revision objektiv agiert und von den anderen operativen Funktionen unabhängig sein muss. Da der 32. Erwägungsgrund klarstellt, dass eine Zusammenfassung der internen Revision mit den anderen Governance-Funktionen bei sämtlichen Versicherungsunternehmen ausscheidet, muss die Unabhängigkeit der internen Revision ebenfalls gegenüber den anderen Governance-Funktionen gewährleistet sein. Die nationale Regelung in § 64a Abs. 1 Satz 4 Nr. 4 VAG, in der die interne Revision als Bestandteil des Risikomanagementsystem angesehen wird, ist nicht mit der supranationalen Regelung zur internen Revision der Richtlinie Solvabilität II vereinbar. Damit wird eine Selbstkontrolle durch die interne Revision als Element des Risikomanagementsystems vermieden, die mit einer angemessenen Trennung von Aufgaben (vgl. Art. 41 Abs. 1 Unterabs. 1) nicht zu vereinbaren wäre. Andererseits wird die Unabhängigkeit der internen Revisionsfunktion durch die Tatsache, dass sie ihrerseits aufsichtsrechtliche Vorgaben erfüllen muss, deren Einhaltung wiederum die Compliance-Funktion überwacht[68], nicht in Frage gestellt.

6. Versicherungsmathematische Funktion (Art. 48)

Künftig benötigen alle Versicherungsunternehmen eine wirksame versicherungsmathematische Funktion (Art. 48 Abs. 1), also auch diejenigen Unternehmen, die nach dem aktuellen deutschen VAG keinen Verantwortlichen Aktuar installieren mussten. Die Aufgaben dieser neuen supranationalen versicherungsmathematischen Funktion werden bereits in der Richtlinie Solvabilität II relativ konkret und enumerativ normiert[69]. Im Bereich der versicherungstechnischen Rückstellungen muss die versicherungsmathematische Funktion unter anderem deren Berechnung koordinieren (Art. 48 Abs. 1 Buchst. a) und die Angemessenheit der eingesetzten Methoden und Basismodelle sowie der zugrunde gelegten Annahmen gewährleisten (Art. 48 Abs. 1 Buchst. b) sowie über die Verlässlichkeit und Angemessenheit der Berechnung der versicherungstechnischen Rückstellungen berichten (Art. 48 Abs. 1 Buchst. b).

Zudem muss die versicherungsmathematische Funktion zwei Stellungnahmen formulieren. Die erste betrifft die generelle Zeichnungs- und Annahmepolitik (Art. 48 Abs. 1 Buchst. g), die zweite die Angemessenheit der Rückversicherungsvereinbarungen (Art. 48 Abs. 1 Buchst. h). Schließlich muss die versicherungsmathematische Funktion noch einen Beitrag zur wirksamen Umsetzung des Risikomanagements leisten (Art. 48 Abs. 1 Buchst. i). Sie muss an der Entwicklung von Risikomodellen für die Berechnung der Solvenzkapital- und der Mindestkapitalanforderungen sowie an der unternehmenseigenen Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung (ORSA) mitwirken (Art. 48 Abs. 1 Buchst. l).

IV. Outsourcing (Art. 49)

Im Gegensatz zum aktuellen deutschen Versicherungsaufsichtsrecht, das zwischen Funktionsausgliederung (§ 5 Abs. 3 Nr. 4 VAG) und Dienstleistung (§ 53 d VAG) unterscheidet, sieht das europäische Recht in Art. 49 Abs. 1 keine solche Differenzierung vor. Outsourcing ist nach der dortigen Legaldefinition vielmehr jede Vereinbarung, mit der eine Auslagerung versicherungstypischer Aufgaben auf ein anderes Unternehmen erfolgt (Art. 13 Nr. 28). Ein behördliches Genehmigungserfordernis als zivilrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung, wie sie gegenwärtig § 13 Abs. 1a Satz 2 VAG für Outsourcingverträge postuliert, die eine Funktion betreffen, kennt die Richtlinie Solvabilität II ebenfalls nicht; sie sieht nur Anzeigepflichten vor.

---

[66] Ausführlich dazu *Bürkle*, in: Looschelders/Michael, Düsseldorfer Vorträge zum Versicherungsrecht 2010, 2011, S. 1; *ders.*, a.a.O. (Fn. 65), § 1 Rdn. 141 ff.

[67] *Eisele*, in: Festschr. Scheidl, 2009, S. 43, 75; *Spindler*, WM 2008, 905, 907.

[68] *Wöhry/Hauser*, VR 2011, Heft 5, S. 22, 32.

[69] *Gödeke*, VersR 2010, 10, 15.

Ein Outsourcing lässt die Verantwortung des auslagernden Versicherungsunternehmens für die Einhaltung der in der Richtlinie Solvabilität II postulierten Anforderungen unberührt (Art. 49 Abs. 1). Daher muss zum Beispiel das Personal des Dienstleisters die Eignungsanforderungen nach Art. 42 erfüllen. Für das Outsourcing kritischer und wichtiger operativer Funktionen oder Tätigkeiten und damit erst Recht der Governance-Funktionen gelten vier wesentliche Restriktionen (Art. 49 Abs. 1); danach darf das Outsourcing nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung des Governance-Systems (1), einer übermäßigen Steigerung des operationellen Risikos (2), einer Beeinträchtigung aufsichtsbehördlicher Überwachungsmöglichkeiten (3) oder einer Gefährdung der kontinuierlichen und zufriedenstellenden Dienstleistung für die Versicherungsnehmer (4) führen. Diese Vorgaben erschweren gerade die Auslagerung der Governance-Funktionen erheblich, wenn man eine Auslagerung dieser zentralen Funktionen überhaupt für sinnvoll hält.

G. Versicherungsgruppen

Die eben dargestellten Governance-Vorgaben gelten nicht nur für Einzelunternehmen, sondern „entsprechend" für Versicherungsgruppen (Art. 246 Abs. 1). Das Risikomanagementsystem, das Interne Kontrollsystem sowie das Berichtswesen müssen darüber hinaus gruppenweit einheitlich umgesetzt werden (Art. 246 Abs. 1). Diese Anforderungen haben für deutsche Versicherungsunternehmen erhebliche Auswirkungen, da der Versicherungskonzern aufgrund der aufsichtsrechtlich vorgegebenen Spartentrennung (vgl. § 8 Abs. 1a VAG) nicht die Ausnahme, sondern den Regelfall darstellt[70]. Die zwingenden supranationalen Vorgaben führen jedenfalls in faktischen Konzernen zu einer Kollission zwischen europäischem Aufsichtsrecht und nationalem Gesellschaftsrecht, da der Vorstand der beherrschten AG das Unternehmen nach § 76 AktG weiterhin eigenverantwortlich und weisungsfrei leitet[71]. In diesen Konstellationen tauchen dann komplexe Probleme auf, die hier nicht vertieft behandelt werden können[72]; entsprechende Lösungsmöglichkeiten lassen sich aber aus der Diskussion um die Instrumente einer konzernweiten Compliance-Organisation ableiten[73].

H. Fazit

Die Richtlinie Solvabilität II bringt für den Versicherungssektor eine neue Architektur der internen aufsichtsrechtliche Governance, die für die Unternehmen umfangreiche Umsetzungsaktivitäten auslöst, die durch die Komplexität und die Prinzipienbasierung der europäischen Regulierung erschwert werden. Grundlegend für die modifizierten Governanceanforderungen ist die Aufwertung des Internen Kontrollsystems und die Einführung neuer Governance-Funktionen. Dieser neue Regulierungsansatz und einzelne Aspekte der Versicherergovernance stellen für die anderen Finanzdienstleistungssektoren interessante Ansätze zur Weiterentwicklung der dortigen Governance dar.

[70] So treffend *Mutter*, in: Bürkle, Compliance in Versicherungsunternehmen, § 2 Rdn. 1.
[71] BGH WM 2008, 1164 = WuB II C. § 32a GmbHG 1.09 *W. Servatius* = NZG 2008, 507, 508.
[72] Ausführlich zu den Problemen der Personalunion im faktischen Versicherungskonzern *Dreher*, in: Festschr. Egon Lorenz, 1994, S. 175.
[73] Dazu branchenübergreifend *Bürkle*, in: Hauschka, Corporate Compliance, 2. Aufl. 2010, § 8 Rdn. 63 ff.; zum Versicherungssektor *Mutter*, a.a.O. (Fn. 70), § 2; zum Bankensektor *Fett/Gebauer*, in: Festschr. Schwark, 2009, S. 375; zu beiden Sektoren *Krauel/Klie*, WM 2010, 1735.

Rechtsprechung

Die Umbuchung von in „Schneeballsystemen" erzielten Scheingewinnen auf ein anderes Anlagekonto desselben Anlegers begründet keinen anfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruch.

InsO § 134 Abs. 1

B G H, Urteil vom 29. März 2012
(IX ZR 207/10, Frankfurt a.M.)*

[1] Der Kläger ist Verwalter in dem auf Antrag vom 11. März 2005 am 1. Juli 2005 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der P. GmbH (fortan: Schuldnerin). Die Schuldnerin bot ihren Kunden die Möglichkeit an, am Erfolg oder Misserfolg von Optionsgeschäften teilzunehmen. Sie warb mit jährlich erzielbaren Renditen zwischen 8,7 vom Hundert und 14,07 vom Hundert. Um ihre tatsächlich erlittenen Verluste zu verschleiern, leitete die Schuldnerin den Anlegern Kontoauszüge zu, in denen frei erfundene Gewinne ausgewiesen waren. Die Gelder der Anleger wurden nur zu einem geringen Teil und später überhaupt nicht mehr in Termingeschäften angelegt. Die Einlagen von Neukunden verwendete die Schuldnerin in der Art eines „Schneeballsystems" für Aus- und Rückzahlungen an Altkunden.

[2] Der am 2. Februar 2003 verstorbene M. Z., dessen Alleinerbin die Beklagte ist, trat der Anlegergemeinschaft im Jahre 2000 mit einer Einlage in Höhe von umgerechnet 51.129,20 € bei. Am 28. Februar 2002 und am 31. Juli 2002 leistete die Schuldnerin an den Erblasser Auszahlungen in Höhe von jeweils 3.000 €. Am 21. März 2003 rechnete die Schuldnerin das Guthaben auf dem Konto des Erblassers mit 60.915,72 € ab und buchte diesen Betrag auf Weisung der Beklagten auf deren bestehendes Konto bei der Schuldnerin um. Nach der von der Beklagten nicht angegriffenen Berechnung des Klägers beruhte das Guthaben auf dem Konto des Erblassers unter Einschluss der erfolgten Auszahlungen in Höhe von insgesamt 22.502,03 € auf der Zuweisung von Scheingewinnen.

[3] Das Landgericht hat die im Hauptantrag auf Zahlung von 22.502,03 € sowie auf Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten gerichtete Klage abgewiesen, das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Aus den Gründen

[4] Die Revision der Beklagten ist teilweise begründet.

I.

[5] Das Berufungsgericht, dessen Urteil unter anderem in ZIP 2011, 828 abgedruckt ist, hat ausgeführt, die Umbuchung von dem Konto des Erblassers auf das eigene Konto der Beklagten stelle eine Leistung an die Beklagte im Sinne des § 134