

Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen von Solvency II*

Prof. Dr. Manfred Wandt, Frankfurt

I. Einführung

Die Solvency-II-Richtlinie bringt eine **grundlegende Neuausrichtung des Versicherungsaufsichtsrechts**.¹ Im Vordergrund steht in Säule 1 der ökonomisch-risikobasierte Ansatz zur Ermittlung der Kapitalanforderungen mit umfassender Kapitalunterlegung aller Risiken des Unternehmens sowie der Bemessung des Zielsolvvenzkapitals am unternehmensindividuellen Risikoprofil,² in Säule 2 die Neuregelung der Unternehmensorganisation und der Aufsichtsinstrumente und in Säule 3 die Berichterstattung gegenüber der Aufsicht und die Öffentlichkeit.

Noch ist die Phase der Gesetzgebung nicht abgeschlossen. Die in Kraft getretene Richtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten, das Richtlinienrecht bis zum 31.10.2012 in nationales Recht umzusetzen.³ Nach dem Entwurf der Omnibus-II-Richtlinie soll die Umsetzungspflicht auf den 31.12.2012 hinausgeschoben und bereichsbezogen lange Übergangsfristen vorgesehen werden.⁴ Noch nicht erlassen sind die Durchführungsvorschriften zur Richtlinie, für deren Erlass

* Vortrag, gehalten am 1.2.2012 auf der 36. Jahrestagung des Instituts für Versicherungswissenschaft der Universität Mannheim. Ich danke den Mitarbeitern des Instituts für Versicherungsrecht *David Sehrbrock* und *Dr. Jens Gal* für wertvolle Hinweise und Diskussion.

¹ Vgl. die Überblicke von *Lüttringhaus* EuZW 2011, 822 ff. und 856 ff.; *Bürkle* in *Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohmann*, VAG, 5. Aufl., München 2011 Anh. 1; *Sehrbrock/Gal* CFL 2012 (im Druck); zu den grundlegenden Prinzipien von Solvency II *van Hulle* ZVersWiss 100 (2011) 177 ff.; zu den Regelungszielen *Wandt/Sehrbrock* in: *Fuhrer* (Hrsg.), Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich 2010, S. 689 ff. (= ZVersWiss 100 [2011] 193 ff.); *Wandt/Sehrbrock* in: *Burgard/Hadding/Mülbert/Nietsch/Welter* (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider, Köln 2011, S.1395 ff.

² Vgl. *Montalvo Rebuelta* in: *Dreher/Wandt*, Solvency II in der Rechtsanwendung, Frankfurter Reihe Band 17, Karlsruhe 2009, S. 43 ff.

³ Richtlinie 2009/138/EG v. 25.11.2009, ABl. L 335/1 v. 17.12.2009.

⁴ KOM(2011) 8 endg. Die Lesung im Europäischen Parlament ist auf den 10.9.2012 terminiert; vgl. <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?id=589513>; vgl. *Peschetz/Brandstätter* ZFR 2011, 67 ff.

die Kommission zuständig ist.⁵ Hierzu gibt es seit Herbst 2011 einen Entwurf, der jedoch noch nicht veröffentlicht, sondern nur einer begrenzten Fachöffentlichkeit zugänglich gemacht wurde.

Auf deutscher Ebene liegt seit September 2011 ein Referentenentwurf und seit **15.2.2012** ein **Regierungsentwurf⁶ zur Änderung des VAG** vor, mit dem die Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt werden soll. Aus gesetzgebungstechnischen Gründen soll das bisherige VAG, das aufgrund zahlreicher partieller Änderungen systematische Brüche aufweist und unübersichtlich geworden ist, nicht durch ein völlig neu zu beschließendes Gesetz abgelöst, sondern lediglich ein Änderungsgesetz beschlossen werden.⁷ In der Sache wird das bisherige VAG aber völlig neu systematisch geordnet und es erhält eine neue Paragrafenzählung.

Wichtiger als diese gesetzestechnischen Änderungen, die für sich gesehen unproblematisch sind, sind die inhaltlichen Neuregelungen. Es gibt gute Gründe sich intensiv um die Auslegung dieser Neuregelungen zu kümmern. Im jetzigen Stadium geht es zunächst darum, die Richtlinie ordnungsgemäß in das deutsche Recht umzusetzen. Dies setzt ein klares Verständnis des Richtlinienrechts, insbesondere dessen methodisch richtige Auslegung voraus. Auch nach Erlass des neuen VAG werden sich viele neue **Auslegungsfragen** stellen. Die Erfahrung lehrt, dass sich die Qualität von Neuregelungen meist erst in der praktischen Rechtsanwendung erweist, wenn sich Auslegungsfragen stellen, an die im Gesetzgebungsverfahren noch nicht gedacht worden ist.

Im Hinblick auf die Bedeutung der Auslegung der Neuregelungen lässt aufmerken, dass dem **Solvency-II-Recht** auf europäischer wie auf nationaler Ebene ein neuer, **besonderer Rechtscharakter als prinzipienbasiertes Recht** zugeschrieben wird. Die Erwägungsgründe der Solvency-II-Richtlinie verwenden diese Charakterisierung zwar nicht. In der langen Vorbereitungsphase der Richtlinie

⁵ Vgl. *van Hulle* ZVersWiss 100 (2011) 177 ff.

⁶ Veröffentlicht unter http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_82/DE/BMF_Startseite/Aktuelles/Aktuelle_Gesetze/Gesetzentwerfe_Arbeitsfassungen/20120215-solfa-II.html?__nnn=true. Vgl. dazu *Grote/Schaaf* VersR 2012, 17 ff.

⁷ Begründung RegE (Fn. 6) S. 255.

wurde aber von Beginn an in unzähligen Dokumenten ein prinzipienbasierter Ansatz proklamiert. In der Gesetzesbegründung zu § 64a VAG, der in vorausseilender Umsetzung der Richtlinie mit Wirkung seit 1.1.2008 in das VAG eingefügt wurde, wird diese Neuregelung demgemäß als prinzipienbasiert qualifiziert, ohne allerdings genau zu sagen, was darunter zu verstehen ist.⁸ Der aktuelle Regierungsentwurf zur Änderung des VAG spricht von dem Wandel von einem regelbasierten zu einem prinzipienbasierten System.⁹

Man fragt sich neugierig: Was ist so besonders an dem Solvency-II-Recht, dass sein Rechtscharakter als prinzipienbasiertes Recht ausdrücklich betont wird? Was genau bedeutet der Begriff „prinzipienbasiertes Recht“? Wo kommt der Begriff her und welche Zwecke werden mit dem propagierten Übergang von regelbasiertem zu prinzipienbasiertem Recht verfolgt? Und schließlich die für die Rechtspraxis wichtigste Frage: Wirkt sich der besondere Rechtscharakter auf die Auslegung und praktische Anwendung des neuen Rechts aus?

Es versteht sich, dass diese Fragen hier nur grundsätzlich behandelt werden können. Zur Veranschaulichung können konkrete Beispiele gegeben werden. Es ist aber nicht möglich, einzelne Bereiche umfassend und tiefgehend auf die Frage zu analysieren, worin ihre Prinzipienbasierung liegt und wie sich dies für den konkreten Regelungsbereich auswirkt. Auch die schwierige Problematik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes kann für die unterschiedlichen Teilbereiche des Versicherungsaufsichtsrechts hier nicht ausgeleuchtet werden. Der Vortrag muss sich auf grundsätzliche Ausführungen zur Verbindung zwischen prinzipienbasiertem Recht und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränken.

Nachfolgend erfolgt zunächst eine erste Charakterisierung des Begriffs „prinzipienbasiertes Recht“ (II), danach werden die Grundlagen und Gründe für die Verwendung prinzipienbasierten Rechts erörtert (III) und schließlich auf mögliche Nachteile und Konsequenzen für dessen Ausgestaltung bzw. Anwendung durch die Aufsichtsbehörde eingegangen (IV).

⁸ BT-DruckS. 16/6518 S. 1, 10.

⁹ Begründung RegE (Fn. 6) S. 257.

II. Erste Charakterisierung des Begriffs des prinzipienbasierten Rechts

Bei dem in der Begründung zum Regierungsentwurf des VAG ausdrücklich erklärten Wechsel von regelbasiertem zu prinzipienbasiertem Recht¹⁰ geht es um **alternative Methoden gesetzgeberischer Rechtsetzung**.

Was die Methoden gesetzgeberischer Rechtsetzung angeht, galt traditionell die Maxime: Über Methoden redet man nicht, man wendet sie an. Diese Maxime taugt aber nicht mehr, wenn im Rahmen von *better regulation*¹¹ der Prozess der Rechtsetzung von Anfang bis Ende unter intensiver Beteiligung aller Rechtsbetroffenen, einschließlich und vor allem der Normadressaten (*stakeholders*), durchgeführt wird, wie dies bei Solvency II geschehen ist. Wenn bei dem Prozess der Rechtsetzung alle mitreden können und sollen, muss zwangsläufig auch über die Methoden der Rechtsetzung und über ihre EU- und national-verfassungsrechtlichen Vorgaben gesprochen werden.

Der Regierungsentwurf zum VAG, der von einem Übergang von regelbasiertem Recht zu prinzipienbasiertem Recht spricht, charakterisiert das **bisherige nationale Versicherungsaufsichtsrecht** als „vorrangig“ **regelbasiert**.¹² Damit ist gemeint, dass das bisherige Aufsichtsrecht Gebote und Verbote für die Beaufsichtigten sowie Kompetenzen und Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörde grundsätzlich eindeutig und abschließend regelt. Regelbasiertes Recht entspricht der Maxime: Der Gesetzgeber regelt, die Verwaltung führt aus. Es entspricht damit dem traditionellen Bild staatlicher Überwachungs- und Eingriffsverwaltung, deren grundrechtsrelevantes Handeln dem verfassungsrechtlichen Gesetzes- und Bestimmtheitsvorbehalt und der grundsätzlich uneingeschränkten gerichtlichen Kontrolle untersteht. Da regelbasiertes Recht konkrete Verhaltensgebote

¹⁰ Begründung RegE (Fn. 6) S. 257.

¹¹ Dazu unten III.2.

¹² Begründung RegE (Fn. 6) S. 257.

te setzt, lässt sich diese Regelungsmethode als **verhaltensorientiert** bezeichnen.¹³

Prinzipienbasiertes Recht zeichnet sich dagegen durch die Verwendung ausfüllungsbedürftiger und – jedenfalls insoweit – nicht abschließender Regelungen aus.¹⁴ Regelmäßig wird das Regelungsziel verbindlich vorgegeben, aber es werden unterschiedliche Wege bzw. Mittel zur Zielerreichung eröffnet. Da diese Regelungsmethode Handlungsspielraum hinsichtlich der Art und Weise der Zielerreichung gibt, lässt sie sich als **zielorientiert** bezeichnen.¹⁵

Die vorgenommene Begriffsbestimmung umfasst **unterschiedliche Gestaltungsformen prinzipienbasierten Rechts**. Ein Gesetz kann in der Weise prinzipienbasiert sein, dass es den Regelungsgegenstand zwar gesetzlich vollständig regelt, dem Normadressaten aber Ausführungs- oder Ausfüllungsalternativen eröffnet. Ein Beispiel gibt die Solvency-II-Richtlinie durch die Zulassung der grundsätzlichen Wahl zwischen Standardmodell und internem Modell.

Ein Gesetz ist aber auch dann prinzipienbasiert, wenn es bewusst keine abschließende Regelung trifft, sondern die Konkretisierung oder Ergänzung einer nachgelagerten Regelungsebene oder sogar dem Rechtsanwender überlässt. Rechtstechnisch geschieht dies entweder durch ausdrückliche Konkretisierungs- oder Ergänzungsgebote an einen nachgelagerten Gesetzgeber oder durch Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, deren Konkretisierung der Ebene der Rechtsanwendung vorbehalten ist. Die Solvency-II-Richtlinie bedient sich bekanntlich beider Techniken.¹⁶ Ganz im Sinne des *Lamfalussy-Verfahrens*¹⁷ ermächtigen zahlreiche Vorschriften die EU-Kommission zum Erlass von Durchführungsvorschriften (Verla-

¹³ Vgl. Black, The Rise, Fall and Fate of Principles Based Regulation, LSE Working Papers 17/210 S. 3 (http://www.lse.ac.uk/collections/law/wps/WPS2010-17_Black.pdf).

¹⁴ Vgl. dazu Wandt/Sehrbrock ZVersWiss 100 (2011) 193, 203 ff.; Bürkle (Fn. 1) Anh. 1 Rn. 12 ff.; Weber-Rey ZGR 2010, 543, 562 f.

¹⁵ Black (Fn. 13) S. 3.

¹⁶ Eine EU-Richtlinie ist im Übrigen bereits deshalb (teilweise) prinzipienbasiert, weil sie dem nationalen Gesetzgeber bei der Umsetzung die Befugnis gibt, die umzusetzende Regelung an Besonderheiten des nationalen Rechtssystems anzupassen. Vergleiche die Broschüre der EU-Kommission „Better Regulation – simply explained“ S. 5 und 13, http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_en.pdf.

¹⁷ Dazu unten III.1.

gerung der Konkretisierung auf nachgelagerte Rechtsetzungsebene). Zum anderen verwendet die Richtlinie häufig unbestimmte Rechtsbegriffe, wie beispielsweise „angemessen“, „erforderlich“, „wesentlich“ oder „erheblich“. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind vom Normadressaten bei der Gesetzesanwendung im Einzelfall unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles zu konkretisieren (Verlagerung der Konkretisierung auf die Rechtsanwendungsebene).

Ein anschauliches allgemeines **Beispiel** für regelbasierte Rechtsetzung¹⁸ ist das Verbot, auf einer bestimmten Straße nicht schneller als 30 Stundenkilometer zu fahren;¹⁹ prinzipienbasiert ist dagegen das Gebot, mit einer den Verkehrsgegebenheiten angepassten Geschwindigkeit zu fahren.²⁰ Ein Beispiel zu Solvency II: Regelbasiert sind Vorschriften, die die Erteilung einer Information in bestimmter Frist vorschreiben;²¹ prinzipienbasiert sind Vorschriften, die die Erteilung einer Information in angemessener Frist²² oder in von der Aufsichtsbehörde gesetzter Frist²³ gebieten.

Es besteht **innerhalb eines Gesetzes kein Gebot der Methodeneinheit**. Deshalb kann und wird innerhalb ein und desselben Gesetzes regelmäßig für einen bestimmten Regelungsbereich oder Regelungsgegenstand der Methode regelbasierten Rechts und für einen anderen der Methode prinzipienbasierten Rechts gefolgt werden.

Man muss deshalb mit der Einstufung eines bestimmten Gesetzes als regelbasiert oder prinzipienbasiert vorsichtig sein. Das geltende

¹⁸ Vgl. *Schneider* in: Hutter/Baums (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Michael Gruson, Berlin 2009, S. 369, 373.

¹⁹ Vgl. § 3 Abs. 3 StVO (Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h innerorts).

²⁰ Vgl. § 3 Abs. 1 StVO (Höchstgeschwindigkeit angepasst an Verkehrsgegebenheiten, Sichtverhältnisse etc.).

²¹ Z.B.: § 54 Abs. 2 VAG-RegE (Frist von 3 Monaten), § 125 Abs. 3 VAG-RegE (Frist von 6 Monaten mit Verlängerungsmöglichkeit um 3 Monate). Wie fließend der Übergang zwischen regelbasierter und prinzipienbasierter Rechtsetzung ist, zeigt die regelbasierte Setzung einer festen Frist, wenn dies mit einer Verlängerungsmöglichkeit verknüpft ist, die im Ansatz prinzipienbasiert ist, weil sie im pflichtgemäßen Ermessen der Aufsichtsbehörde steht.

²² Z.B. § 20 Abs. 2 VAG-RegE.

²³ Z.B. § 18 Abs. 1 Nr. 3 VAG-RegE.

VAG verfolgt vorrangig einen regelbasierten Ansatz.²⁴ Es ist in Teilbereichen aber durchaus prinzipienbasiert, wie seine Generalklauseln und die Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe belegen. Das Wesen des bisherigen VAG als regelbasiertes Recht wird deshalb karikiert, wenn gesagt wird, unter seiner Geltung sei der Aufseher bloßer Abhakbeamter.

Grundsätzlich zuzustimmen ist der Begründung zum VAG-RegE, die Setzung **regelbasierten Rechts** sei zweckmäßig, wenn **Rechtssicherheit** besonders wichtig ist.²⁵ Rechtssicherheit als eines von mehreren Regelungszielen kann es in der Tat rechtfertigen, dass der Gesetzgeber vorhandene tatsächliche Unterschiede bei den Rechtsunterworfenen, die an sich eine differenzierte – ggf. prinzipienbasierte – Regelung verlangen, ignoriert und im Interesse einer von ihm als vorrangig angestrebten Rechtssicherheit eine abschließende, einheitliche Regelung statuiert. Ein Beispiel auf der Ebene der Solvency-II-Richtlinie gibt Art. 112 Abs. 4, wonach die Aufsichtsbehörde über den Antrag auf Genehmigung der Verwendung eines internen Modells binnen sechs Monaten nach Eingang des vollständigen Antrags entscheidet. Der Richtliniengesetzgeber verzichtet hier bewusst darauf, eine Entscheidung nur in angemessener Frist zu verlangen, sondern regelt aus Gründen der Rechtssicherheit – und wohl auch mit Blick auf die zu gewährleistende Aufsichtskonvergenz in den Mitgliedstaaten – unmittelbar und abschließend.²⁶

²⁴ Begründung RegE (Fn. 6) S. 257; *Schaaf*, Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen – aufsichtsrechtliche Anforderungen und Organverantwortung, Frankfurter Reihe Band 21, Karlsruhe 2010, S. 25.

²⁵ Begründung RegE (Fn. 6) S. 258.

²⁶ Zum Spannungsverhältnis zwischen dem Ziel europäischer Aufsichtskonvergenz und dem prinzipienbasierten Regelungsansatz *Wandt/Sehrbrock ZVersWiss* 100 (2011) 193, 206.

III. Grundlagen und Gründe für prinzipienbasiertes Recht

1. Lamfalussy-Verfahren und prinzipienbasiertes Recht

Eine von mehreren Wurzeln prinzipienbasierten Rechts ist das **Lamfalussy-Verfahren**, benannt nach *Alexandre Lamfalussy*, dem ehemaligen Präsidenten des früheren Europäischen Währungsinstituts. Eine von ihm geleitete Expertengruppe hat zunächst für den Wertpapiersektor ein besonderes EU-Rechtsetzungsverfahren entwickelt, um die Regulierung schneller und einfacher an Marktentwicklungen anpassen zu können.²⁷ Dieses Rechtsetzungsverfahren wurde dann auf den gesamten Finanzbereich ausgedehnt und auch bei der Rechtsetzung von Solvency II verwendet. Der Vertrag von Lissabon hat insoweit Änderungen gebracht, die sich insbesondere niederschlagen in den Kompetenz- und Verfahrensregelungen der Art. 290 und 291 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union, der den EU-Vertrag ergänzt. Die Konsequenzen hieraus werden für die Solvency-II-Richtlinie über die Omnibus-II-Richtlinie gezogen.²⁸

Im *Lamfalussy-Verfahren* ist die **Setzung verbindlichen Rechts auf zwei Ebenen aufgespalten**.²⁹ Auf der ersten Ebene erfolgt die sog. Rahmen- oder Basisgesetzgebung. Sie betrifft die rechtspolitisch motivierten wesentlichen und oftmals allgemein gehaltenen Grundregeln und ist dem Europäischen Rat und Parlament als den primären europäischen Gesetzgebern vorbehalten. Auf dieser ers-

²⁷ Vgl. zum *Lamfalussy-Verfahren* Wandt/Sehrbrock in: Dreher/Wandt (Fn. 2) S. 1 (S. 5 ff.); von Fürstenwerth/Gause in: Wandt/Reiff/Looscheiders/Bayer (Hrsg.), *Kontinuität und Wandel des Versicherungsrechts* (Festschrift für Egon Lorenz zum 70. Geb.), Karlsruhe 2004, S. 253 ff.; Bürkle VersR 2011, 1469, 1471; van Hulle ZVersWiss 100 (2011) 177 ff.

²⁸ Vgl. dazu van Hulle ZVersWiss 100 (2011) 177 ff.; Pohlmann, *Principles-based insurance regulation: lessons to be learned from a comparison of the EU and German law of risk management*, in: Burling/Lazarus, *Research Handbook on International Insurance Law and Regulation*, Cheltenham 2011, S. 329, 331 ff.

²⁹ Auf der dritten und vierten Ebene finden Gesetzesvorbereitung, freiwillige Harmonisierung sowie die Überwachung der konsistenten Rechtsanwendung statt. Zum faktischen Druck der Befolgung der unverbindlichen Leitlinien und Empfehlungen der dritten Ebene des *Lamfalussy-Verfahrens* aufgrund der „Comply-or-explain-Prozedur“ Bürkle VersR 2011, 1469, 1472.

ten Ebene haben Rat und Parlament die Solvency-II-Rahmenrichtlinie beschlossen.³⁰

Im Basisrechtsakt, der etwas verwirrend, aber durchaus entsprechend der Logik der europäischen Gesetzgebungszuständigkeit einzig als *legislative act* bezeichnet wird, ist die Kompetenz für die Detail- und Durchführungsnormsetzung auf die zweite Regelungsebene delegiert.

Auf dieser zweiten Ebene erlässt die Kommission unter beratender Mitwirkung von EIOPA *delegated acts* (als „non-legislative acts“). Rechtstechnische Einzelheiten, die sich außer in den Art. 290 und 291 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union auch in der Solvency-II-Richtlinie i. d. künftigen Fassung der Omnibus-II-Richtlinie³¹ und in der EIOPA-Verordnung³² finden, sind für den Gegenstand dieses Vortrages nicht weiter von Bedeutung.³³

Das *Lamfalussy-Verfahren* ist für unsere Themenstellung aber insoweit erheblich, als es durch die unterschiedlichen Regelungsebenen zu einer **Trennung von – im Sinne der europäischen Kompetenzregelungen – wesentlichen Grundregelungen und nicht-wesentlichen Durchführungsregelungen** kommt. Mit dieser Trennung geht regelmäßig ein unterschiedlicher Konkretisierungsgrad der jeweiligen Regelungen einher. Die Regelungen der ersten Ebene sind allgemein und eher prinzipienbasiert, weil sie sich auf die Statuierung von wesentlichen Grundregeln beschränken. Die Regelungen der zweiten Ebene sind ihrer Funktion entsprechend konkreter und detaillierter. Der Begriff der Wesentlichkeit ist hier im Sinne des EU-primärrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes zu verstehen. Nach diesem durch den Vertrag von Lissabon erstmals³⁴ primär-

³⁰ Es ist anzumerken, dass die schwierige politische Konsensfindung auf EU-Ebene zwischen Rat und Parlament erheblich erleichtert wird, wenn man sich nur auf prinzipienbasiertes Recht in Form allgemeiner grundsätzlicher Regelungen einigen muss.

³¹ Siehe Fn. 5.

³² Art. 8, 10 (betreffend technische Regulierungsstandards gem. Artikel 290 AEUV) und 15 (betreffend technische Durchführungsstandards gem. Artikel 291 AEUV).

³³ Siehe die Hinweise in Fn. 28.

³⁴ Der Wesentlichkeitsvorbehalt war zuvor ein vom EuGH entwickelter, ungeschriebener Bestandteil des europäischen Primärrechts, der aus dem sog. Postulat des institutionellen Gleichgewichtes zwischen den Unionsorganen abgeleitet wurde. Vgl. EuGH RS 25/70 (Köster), Slg. 1970, 1161, Rn. 6; EuGH RS. 46/86 (Romkes), Slg. 1987, 2671, Rn. 16; EuGH, RS. C-240/90 (Deutschland./Kommission: Schaffeisich), Slg. 1992, I-5383,

rechtlich positivierten Grundsatz³⁵ müssen die wesentlichen Gesichtspunkte eines Rechtsaktes in diesem selbst niedergelegt werden und dürfen nicht an die Kommission delegiert oder der Ausgestaltung durch die Rechtsprechung überlassen werden.³⁶ Als wesentlich werden vom EuGH die Vorschriften zur Umsetzung der Grundzüge einer gemeinsamen Politik angesehen.³⁷

Für das *Lamfalussy*-Verfahren ist unter dem Blickwinkel bindender Rechtsvorgaben allerdings nur maßgeblich, dass bei der Rechtsetzung der **EU-primärrechtliche Wesentlichkeitsgrundsatz** eingehalten wird. Das EU-Primärrecht hindert den EU-Gesetzgeber bei der Setzung von Sekundärrecht deshalb grundsätzlich³⁸ nicht, auch detaillierte Regelungen zu treffen, die i. S. des Wesentlichkeitsgrundsatzes nicht wesentlich sind. Es gibt also grundsätzlich keinen Zwang für die erste Regelungsebene des *Lamfalussy*-Verfahrens zur Beschränkung auf prinzipienbasiert-wesentliche Regelungen. Umgekehrt hindert weder das EU-Primärrecht noch die Solvency-II-Richtlinie als Sekundärrecht die Kommission, auf der zweiten Regelungsebene des *Lamfalussy*-Verfahrens nicht-wesentliche Regelungen mit relativ allgemein gefasstem Inhalt zu erlassen. Es gibt also für die zweite Regelungsebene kein Verbot prinzipienbasierten Rechts.³⁹

Eine andere Frage jenseits von zwingenden Vorgaben des EU-primärrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatzes ist die methodologische Frage und Analyse, inwieweit der Inhalt der Solvency-II-

Richtlinie dem hinter dem *Lamfalussy*-Verfahren stehenden Motiv gerecht wird, den Basisrechtsakt möglichst so allgemein zu halten, dass zukünftig möglichst wenige Änderungen im Wege der langwierigen Gesetzgebung durch Rat und Parlament erforderlich werden und etwaige notwendige Änderungen auf der zweiten Rechtsetzungsebene schneller und einfacher durch die Kommission erfolgen können.

Bezogen auf dem **Beschleunigungszweck des *Lamfalussy*-Verfahrens** kann man von einer formalen Verwendung prinzipienbasierten Rechts sprechen. Denn insoweit geht es nicht darum, dass gegenüber den Normadressaten auch materiell-inhaltlich eine prinzipienbasierte Rechtsanwendung erfolgt.⁴⁰

Davon zu unterscheiden ist die Frage, auf die sogleich unter dem Stichwort *better regulation* eingegangen wird, inwieweit es der Intention des *Lamfalussy*-Verfahrens und der Solvency-II-Richtlinie unabhängig von dem formalen Beschleunigungsaspekt entspricht, dass auch auf der zweiten EU-Regelungsebene inhaltlich eher prinzipienorientiert als regelbasiert geregelt wird.

2. Prinzipienbasiertes Versicherungsaufsichtsrecht als *better regulation*

a) Allgemeines zu *better regulation*

Unabhängig vom *Lamfalussy*-Verfahren stellt sich die allgemeine methodologische Frage, ob die in einem bestimmten Regelungsbe- reich verfolgten staatlichen Regelungsziele effektiver und effizienter dadurch erreicht werden können, dass konkret-detaillierte Regelungen aufgestellt werden, oder dadurch, dass abstrakt-allgemeine Regelungen aufgestellt werden, die erst im Rahmen der Rechtsanwendung im Einzelfall durch die Normadressaten und durch die Gerichte konkretisiert werden. Davon berührt ist auch die vorgelagerte Frage, ob staatliche Regulierung überhaupt erforderlich ist oder Selbstregulierung genügt, sowie die Frage, auf welcher Ebene innerhalb eines hierarchischen Regelungssystems eine Regelung mit welchem Konkretisierungsgrad zu treffen ist.

⁴⁰ Zur Trennung zwischen „formal“ and „substantive“ principles-based law *Black* (Fn. 13) S. 5.

Rn. 35 ff.; EuGH RS. C-156/93 (Parlament./Kommission: ökologischer Landbau), Slg. 1995, I-2019, Leitsatz 2; Rn. 18; Erwägungsgrund Nr. 6 von RL 2005/1/EG sowie *Scheuing* in Schulze/Zuleeg, Europarecht, § 6 Rn. 17.

³⁵ Art. 290 Abs. 1 des Vertrages zur Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 83 vom 30. März 2010, S. 47) legt fest: „In den betreffenden Gesetzgebungsakten werden Ziele, Inhalt, Geltungsbereich und Dauer der Befugnisübertragung ausdrücklich festgelegt. Die wesentlichen Aspekte eines Bereichs sind dem Gesetzgebungsakt vorbehalten und eine Befugnisübertragung ist für sie deshalb ausgeschlossen.“

³⁶ EuGH RS. 25/70 (Köster) Slg. 1970, 1161, Rn. 6; vgl. auch *Jacqué* in von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. 2003, Baden-Baden, Art. 202 EG Rn. 14 f.

³⁷ EuGH RS. 25/70 (Köster) Slg. 1970, 1161, Rn. 6; EuGH RS. C-240/90 (Deutschland./Kommission: Schaffleisch), Slg. 1992, I-5383, Rn. 41 ff. Vgl. ausführlich zum primärrechtlichen Wesentlichkeitsgrundsatz auch *Wandt/Sehrbrock* in: Dreher/Wandt (Fn. 2) S. 23 f.

³⁸ Etwas anderes kann sich aus dem primärrechtlichen Subsidiaritätsgrundsatz oder dem primärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ergeben.

³⁹ Vgl. dazu *Pohlmann* (Fn. 26) S. 336 f.

Diese Fragen haben auf EU-Ebene in jüngerer Zeit durch die im Jahre 2002 gestartete Initiative zu einer **better regulation** größeres politisches Marketing und größere Aufmerksamkeit erhalten.⁴¹ Nach den Worten des Kommissionspräsidenten *Barroso* soll generell sichergestellt werden, dass das europäische Recht in Wahrung des primärrechtlichen Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zielgerichtet, korrekt auf der richtigen Ebene implementiert und entsprechend der Regelungsbedürfnisse verhältnismäßig ist. Öffentliche Verwaltung müsse effektiv, flexibel und fokussiert sein.⁴² Entsprechend heißt es bereits ganz zu Beginn der Entwicklung von Solvency II von Seiten der Kommission, dass das neue europäische Solvenzsystem nicht zu detailliert sein soll und unangebrachte Komplexität vermeiden soll.⁴³

Bereits der Begriff *better regulation* macht deutlich, dass es nicht wie beim *Lamfalussy*-Verfahren darum geht, den Rechtsetzungsprozess zu beschleunigen. Es geht vielmehr vor allem darum, **inhaltlich besseres Recht** zu setzen.

b) Versicherungsspezifische *better regulation*

Jenseits eines allgemeinen Strebens zu einer effektiven, effizienten und verhältnismäßigen Rechtsetzung können auch Besonderheiten eines bestimmten Regelungsbereichs es nahe legen, eher prinzipienbasiert als regelbasiert zu regulieren. Das moderne europäische Versicherungsaufsichtsrecht weist solche Besonderheiten auf.

Feststellen lässt sich zunächst einmal, dass das europäische Versicherungsaufsichtsrecht aufgrund seiner Entwicklungsgeschichte prinzipienaffin ist. Hingewiesen sei auf die Internationalisierung der Aufsicht durch die *principles* der IAIS (*International Association of*

Insurance Supervisors),⁴⁴ die dem Solvency-II-Richtliniengeber als Grundlage dienen.⁴⁵

Außerdem ist das Versicherungsaufsichtsrecht sachlich mit der Rechnungslegung verknüpft, die international von *principles* und *standards* von Selbstregulierungsinstitutionen geprägt ist.

Es gibt darüber hinaus aber auch Gründe, die eine prinzipienbasierte Rechtsetzung im Versicherungsaufsichtsrecht mehr oder weniger zwingend erfordern:

Das Versicherungsaufsichtsrecht – wie auch die Regulierung im gesamten Finanzbereich – ist in besonderem Maße auf **Flexibilität** angewiesen, da die Regulierung für neue Marktentwicklungen (anwendungs-) offen sein muss, will man ein stetiges, reagierendes und zeitlich verzögertes Nachziehen im zeitaufwändigen Gesetzgebungsverfahren vermeiden.⁴⁶

Die Verwendung prinzipienbasierten Rechts kann außerdem geboten sein, wenn ein bestimmter **Regelungsgegenstand einer starren abschließenden Regelung nicht oder nur schwer zugänglich** ist. Ein Beispiel gibt die Geschäftsorganisation, insbesondere das Risikomanagement eines Unternehmens, im Lichte des Ziels von Solvency II, auf der Grundlage eines ökonomischen und risikobasierten Ansatzes alle Risiken eines Unternehmens zu erfassen. Bereits im *Müller*-Report von 1997, der Solvency I vorbereitet hat, wurde betont, dass das Risiko von Qualitätsdefiziten des Managements nicht dadurch kompensiert werden könne, dass einheitlich für alle Unternehmen die (quantitativen) Solvenzanforderungen hochgesetzt werden.⁴⁷ Der *Sharma*-Report von 2002 hat sich dann in verstärktem Maße darum bemüht, die Bedeutung der Qualität der Unternehmensleitung und ihres Risikomanagements für effektive und effiziente Aufsicht zu erfassen.⁴⁸ Dies hat jenseits der Mindestkapitalanforderungen zu einem Übergang von der Alleingeltung

⁴¹ Vgl. die Broschüre der EU-Kommission „Better Regulation – simply explained“ S. 6, http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_en.pdf; S. a. allgemein die Informationen auf der better-regulation-website der Kommission, http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index_en.htm.

⁴² So das Vorwort der EU-Kommission „Better Regulation – simply explained“ S. 1, http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_en.pdf;

⁴³ http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/solvency/study_en.htm.

⁴⁴ Siehe www.iaisweb.org.

⁴⁵ Vgl. Erwägungsgründe Nr. 15, 54 Solvency-II-Richtlinie; KPMG-Report Anhang S. 2, http://ec.europa.eu/internal_market/insurance/solvency/study_en.htm.

⁴⁶ *Dreher* VersR 2008, 998, 1000; *Pohlmann* (Fn. 28) S. 338 f.

⁴⁷ *Müller*-Report S. 50, <https://eiopa.europa.eu/en/publications/reports/index.html>.

⁴⁸ *Sharma*-Report S. 9, <https://eiopa.europa.eu/en/publications/reports/index.html>; vgl. auch KPMG-Studie (Fn. 37) 1.2.3

starrer quantitativer Vorgaben zu einer Einbeziehung qualitativer Faktoren und Vorgaben geführt.⁴⁹ Qualitative Anforderungen an das Management und an die Unternehmensorganisation sind in detailliert-konkreten Regelungen aber nur schwer fassbar.⁵⁰ Deshalb drängt sich hier die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auf, um der Aufsichtsbehörde Spielraum bei der Beurteilung des Einzelfalles zu geben. Bezogen auf § 24 VAG-RegE, der inhaltlich weitgehend § 64a VAG entspricht, stellt sich aber berechtigt die Frage, ob der Gesetzgeber durch die Häufung von unbestimmten Rechtsbegriffen das ebenfalls zu berücksichtigende Ziel der Rechtssicherheit durch voraussehbare Normauslegung und Normanwendung verfehlt.

Das neue Aufsichtsrecht macht sich mit der Verknüpfung der unternehmensindividuellen Qualität der Unternehmensorganisation, insbesondere des Risikomanagements, mit den unternehmensindividuellen Kapitalanforderungen⁵¹ auch zunutze, dass die **Aufmerksamkeit und Sorge des Managements hinsichtlich der aufsichtsrechtlichen Ziele** gestärkt werden, wenn prinzipienbasierte Regelungen dem Management Handlungsspielräume belassen und von ihm bewusste Handlungsentscheidungen verlangen.⁵²

Es wird auch als Vorteil prinzipienbasierten Rechts beschrieben, dass es **weniger umgehungsanfällig** sei als regelbasiertes Recht.⁵³ Dies trifft insofern zu, als bei prinzipienbasiertem Recht das aufsichtsrechtlich zu erreichende Ziel im Vordergrund steht (zielorientiert), nicht jedoch ein konkret und abschließend definiertes Verhalten (verhaltensorientiert), das das Unternehmen unter Umständen leicht vermeiden und sich so dem Normgebot entziehen kann. Die Aufsicht ist insoweit also flexibler, unterschiedliche Verhaltensweisen gleichermaßen als zielwidrig zu qualifizieren. Es liegt auf der Hand, dass die Kontrolle durch die Aufsicht dann allerdings erschwert sein kann, weil die Aufsicht ohne feste Vorgaben das (gesamte) unternehmerische Handeln unter der Maßgabe der Zielerreichung erfassen und würdigen muss.

⁴⁹ Vgl. Pohlmann (Fn. 28) S. 337 f. m. w. N.

⁵⁰ Vgl. Dreher VersR 2008, 998, 999.

⁵¹ Sharma-Report (Fn. 44) S. 42, 44, 66, 69 f. Zum Kapitalaufschlag als neues Aufsichtsinstrument ausführlich Sehrbrock ZVersWiss 99 (2010) 665 ff.

⁵² Pohlmann (Fn. 28) S. 338; vgl. auch Bürkle VersR 2007, 1595 ff.

⁵³ Vgl. Black (Fn. 13) S. 8.

3. Insbesondere: Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

a) Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unter Solvency II

Die Solvency-II-Richtlinie misst dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine besondere Bedeutung bei, wie einzelne Vorschriften der Richtlinie belegen und die Erwägungsgründe der Richtlinie betonen. **Art. 29 Abs. 3 der Solvency-II-Richtlinie** verpflichtet die **Mitgliedstaaten** sicherzustellen, dass die Vorschriften der Richtlinie auf eine Art und Weise angewandt werden, die der Wesensart, dem Umfang und der Komplexität der Risiken angemessen ist, die mit der Tätigkeit des Versicherungs- oder des Rückversicherungsunternehmens einhergehen.⁵⁴ **Art. 29 Abs. 4** der Richtlinie verpflichtet die **Kommission** sicherzustellen, dass die Durchführungsmaßnahmen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten, um die verhältnismäßige Anwendung dieser Richtlinie insbesondere auf kleine Versicherungsunternehmen zu gewährleisten. Die Erwägungsgründe betonen die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für kleinere und mittlere Versicherungsunternehmen,⁵⁵ für Versicherungsunternehmen, die auf bestimmte Versicherungsarten spezialisiert sind oder Dienste für bestimmte Kundensegmente anbieten,⁵⁶ und für firmeneigene Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen.⁵⁷

Die Richtlinie geht mit den Regelungen in Art. 29 über die Anforderungen hinaus, die sich für den Sekundärrechtsgeber aus dem **EU-primärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** ergeben. Nach dem EU-primärrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der zunächst vom EuGH in Anlehnung auch an das deutsche Begriffs-

⁵⁴ Eine ausdrückliche Erwähnung findet die Verhältnismäßigkeit noch in Art. 141 der Richtlinie, der Regelung über Aufsichtsbefugnisse im Falle einer Verschlechterung der finanziellen Lage. Nach Satz 1 ist die Aufsichtsbehörde zu allen erforderlichen Maßnahmen befugt. Nach Satz 2 müssen die Maßnahmen verhältnismäßig sein und Grad und Dauer der Verschlechterung der Solvabilitätssituation des betreffenden Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmens widerspiegeln.

⁵⁵ Erwägungsgrund Nr. 19 Solvency-II-Richtlinie.

⁵⁶ Erwägungsgrund Nr. 20 Solvency-II-Richtlinie.

⁵⁷ Erwägungsgrund Nr. 21 Solvency-II-Richtlinie. Ausführlich dazu Dröse/Littmann, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Anwendungsbereich des Solvency-II-Regimes unter besonderer Berücksichtigung firmeneigener (Rück-) Versicherungsunternehmen, ZVersWiss 2012 (im Druck).

verständnis entwickelt und erst seit dem Vertrag von Lissabon in Art. 5 Abs. 4 EUV normiert ist, dürfen die **Maßnahmen der Union** inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinaus gehen. Der EuGH billigt den Unions-Rechtsetzungsorganen insoweit einen sehr weiten Gestaltungsspielraum zu⁵⁸ und bejaht einen Verstoß nur, wenn eine Maßnahme offensichtlich ungeeignet, nicht erforderlich oder unangemessen ist.⁵⁹ Erwägungsgrund Nr. 133 der Solvency-II-Richtlinie kann angesichts dieser hohen Schwelle für die Annahme eines Verstoßes selbstbewusst im Wege einer selbst erstellten Unbedenklichkeitsbescheinigung feststellen: Entsprechend dem in Artikel 5 EUV genannten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gehe die Richtlinie nicht über das zur Erreichung dieser Ziele erforderliche Maß hinaus.

b) Die Gewährleistung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei Verwendung prinzipienbasierten Rechts

Bei der Verwendung **regelbasierten Rechts**, das einen Lebenssachverhalt eindeutig und abschließend unmittelbar durch Gesetz regelt, sodass der Verwaltung keine Spielräume bei der Rechtsanwendung zukommen, muss das zur Anwendung kommende Recht unmittelbar selbst dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Wenn die gesetzlichen Regelungen verhältnismäßig sind und der Aufsichtsbehörde kein Beurteilungs- und Handlungsspielraum zukommt, ist gesichert, dass auch die Rechtsanwendung durch die Aufsichtsbehörde verhältnismäßig ist, sieht man von rechtswidrigem Handeln der Aufsichtsbehörde ab, das im Wege des gerichtlichen Rechtsschutzes zu korrigieren ist. Es liegt jedoch auf der Hand, dass es für den Gesetzgeber nicht zu bewerkstelligen ist, dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch regelbasiertes Recht in allen Regelungsbereichen und für alle Regelungsgegenstände vollständig Genüge zu tun. Denn dies erfordert differenzierte und detaillierte Regelungen, die durch ihren Differenzierungs- und Detailgrad unmittelbar gewährleisten, dass der jeweilige Regelungsgegenstand

⁵⁸ Vgl. nur EuGH RS. 265/87 (Schröder) Slg. 1989, 2237 (2270, Rn. 22); EuGH RS. 179/84 (Bozzetti) Slg. 1985, 2301 (2322, Rn. 31). Der EuGH begründet diese Zurückhaltung regelmäßig mit den Eigenarten der betroffenen Materie, insbesondere ihrer Komplexität; vgl. nur EuGH, RS. C 127/07, NVwZ 2009, 382 (385, Rn. 57).

⁵⁹ Vgl. etwa Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht, Baden-Baden 2005, S. 834 f.; Vedder in: Vedder/Heintschel v. Heinegg, Europäischer Verfassungsvertrag, Baden-Baden 2007, Art. I-11 Rn. 25.

– bezogen auf Solvency II – unter Berücksichtigung von Wesensart, Umfang und Komplexität der Risiken, die mit der Tätigkeit des der Norm unterworfenen Versicherungsunternehmens einhergehen, unter Wahrung der Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geregelt ist.

Prinzipienbasiertes Recht, das sich *per definitionem* dadurch auszeichnet, dass es den Regelungsgegenstand nicht eindeutig und abschließend regelt, ist – isoliert gesehen – meist bereits deshalb verhältnismäßig, weil es nur allgemeine Grundsätze aufstellt oder unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet und so der nachgelagerten Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsebene Konkretisierungsspielraum lässt.⁶⁰ Auf der nachgelagerten Rechtsetzungsebene oder spätestens auf der Rechtsanwendungsebene ist dann die Konkretisierung so zu vollziehen, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung getragen wird.

Ein Beispiel für die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch prinzipienbasierte Vorschriften gibt Art. 45 Abs. 2 Solvency-II-Richtlinie. Danach muss ein Unternehmen für die Zwecke der unternehmenseigenen Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung über Prozesse verfügen, „*die der Wesensart, dem Umfang und der Komplexität der Risiken angemessen sind (...)*“ und die es ihm gestatten, die Risiken, mit denen es kurz- und langfristig rechnen muss und denen es ausgesetzt ist oder ausgesetzt sein könnte, *angemessen* zu erkennen und zu beurteilen. Diese Regelung ist prinzipienbasiert, weil sie die Prozesse nicht detailliert-abschließend beschreibt, und sie ist zugleich verhältnismäßig, weil sie sich einer abschließenden gesetzlichen Vorgabe enthält und dadurch deren verhältnismäßige Ausfüllung auf späterer Rechtsetzungs- oder Rechtsanwendungsebene ermöglicht.

Ein anderes Beispiel ist die grundsätzliche Wahlmöglichkeit der Unternehmen, die Kapitalanforderungen mittels der Standardformel oder mittels eines internen Modells zu berechnen. Die Richtlinie ist insoweit prinzipienbasiert, weil sie unter verbindlicher Vorgabe des Regelungsziels, nämlich der Bemessung des Zielsolvvenzkapitals am unternehmensindividuellen Risikoprofil, nicht nur

⁶⁰ Vgl. Schaaf (Fn. 22) S. 25.

eine einzige Methode der Berechnung vorschreibt. Sie ermöglicht mit der Alternative zwischen Standardmodell und internem Modell zugleich eine verhältnismäßige Rechtsanwendung, eben weil dem betreffenden Unternehmen nicht eine starre Methode vorgegeben wird, die bezogen auf Besonderheiten dieses Unternehmens für die Zielerreichung nicht geeignet, nicht erforderlich oder nicht angemessen ist.

Die Verwendung prinzipienbasierten Rechts bewirkt, dass die Gewährleistung verhältnismäßiger Rechtsanwendung verlagert wird, sei es auf eine nachgelagerte Rechtsetzungsebene oder auf die Ebene der Rechtsanwendung. Dies kann den Gesetzgeber prinzipienbasierten Rechts veranlassen, durch **spezielle Regelungen** sicherzustellen, dass dem **Gesetzgeber der nachgelagerten Rechtsetzungsebene oder der rechtsanwendenden Behörde die besondere Verantwortung** bewusst wird, bei der Konkretisierung oder Ergänzung des prinzipienbasierten Rechts auch die Erfüllung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sicherzustellen.⁶¹ Genau dies geschieht durch Art. 29 Abs. 3 und 4 Richtlinie im Verhältnis zu den nationalen Umsetzungs-Gesetzgebern und durch § 290 VAG-RegE, der die Aufsichtsbehörde auf bestimmte Facetten des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausdrücklich verpflichtet.

⁶¹ Vgl. Begründung des RegE (Fn. 6) S. 322.

IV. Mögliche Nachteile der Verwendung prinzipienbasierten Rechts und Konsequenzen für dessen Ausgestaltung und Anwendung

Die Verwendung prinzipienbasierten Rechts bis hin zur Rechtsanwendungsebene hat ihren Preis bzw. ihre Kehrseiten.⁶²

1. Ausweitung der Pflichten der Unternehmen und der Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörde

Als Konsequenz des Verzichts auf Regelungen, die ein bestimmtes Verhalten detailliert und abschließend vorschreiben, kann sich der Gesetzgeber veranlasst sehen, Organisations- und Verfahrensregeln aufzustellen, die als „Leitplanken“⁶³ für ordnungsgemäßes Verhalten der Beaufsichtigten fungieren sollen.⁶⁴ So schreibt Art. 41 Solvency-II-Richtlinie vor, dass das Governance-System des Versicherungsunternehmens zumindest eine transparente Organisationsstruktur mit einer klaren Zuweisung und angemessenen Trennung der Zuständigkeiten verfügt. Für (Eigen- und Aufsichts-) Transparenz innerhalb der Geschäftsorganisation soll die unternehmenseigene Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung (ORSA) sorgen, mit der als fester Bestandteil der Geschäftsstrategie der gesamte Solvabilitätsbedarf mit Blick auf das unternehmensindividuelle Risikoprofil regelmäßig zu überprüfen ist (Art. 45).⁶⁵

Die Verwendung prinzipienbasierten Rechts führt auch zu erweiterten Berichtspflichten der Unternehmen, da die Aufsichtsbehörde bei

⁶² Zum Ganzen vgl. *Pohlmann* (Fn. 28) S. 338 ff.

⁶³ Diesen anschaulichen Begriff verwendet *Wehling* in: *Dreher/Wandt* (Fn. 2) S. 27, 31.

⁶⁴ Zutreffend weist *Korinek* *Versicherungsrundschau* 2010, 27, 30, darauf hin, dass das (prinzipienbasierte) Solvency II keine Deregulierung, sondern massive Mehrregulierung mit vielen unbestimmten Gesetzesbegriffen bringt.

⁶⁵ Siehe auch die Gesetzesbegründung zu § 64a VAG, BT-DruckS. 16/6518 S. 10: „Diese Form der Regulierung gibt den beaufsichtigten Unternehmen durch den Verzicht auf starre gesetzliche Vorgaben größere Handlungsfreiheit. Im Gegenzug müssen erhöhte Anforderungen an die Entscheidungsprozesse innerhalb der Unternehmen gestellt werden“; *Pohlmann* (Fn. 28) S. 337 f.; *Dreher/Ballmaier* *VersR* 2012, 129 ff.; zur Transparenz als Grundprinzip des Versicherungsrechts *Wandt* in: *Wandt/Ünan*, *Transparency in Insurance Law*, Istanbul 2012, S. 9 ff. (speziell zum Versicherungsaufsichtsrecht unter Solvency II, siehe S. 18 ff.

prinzipienbasiertem Recht andere Informationen benötigt als bei regelbasiertem Recht.⁶⁶

Auch die Eingriffsbefugnisse der Aufsichtsbehörde sind modifiziert und ergänzt worden, damit die Behörde wirksam überwachen kann, wie die Unternehmen von der relativen Handlungsfreiheit Gebrauch machen, die ihnen das prinzipienbasierte Recht eröffnet, und gegen Gesetzesverstöße vorgehen kann.⁶⁷

Im Sinne des Konzepts von *better regulation* sollte der Gesetzgeber – richtigerweise muss man im Rahmen von Solvency II wegen der Pluralität von Gesetzgebern sagen: die Gesetzgeber – allerdings sorgsam darauf achten, dass die nunmehr organisations- und verfahrensmäßig ausgestalteten Anforderungen sowie die Berichtspflichten die Unternehmen nicht so stark belasten, dass der zunächst durch prinzipienbasierte Regulierung eröffnete größere Handlungsspielraum durch die Hintertür wieder beseitigt wird.

Hingewiesen sei auf die Gefahr eines Fehlverständnisses hinsichtlich des der Aufsichtsbehörde durch prinzipienbasiertes Recht gewährten Rechtsanwendungsspielraums⁶⁸: Wenn es in der Begründung zum VAG-Regierungsentwurf heißt, mit dem Übergang zum prinzipienbasierten Ansatz gebe das Gesetz im Wesentlichen nur noch das Aufsichtsziel vor und überlasse der Aufsichtsbehörde, dieses im Einzelfall zu konkretisieren,⁶⁹ dann ist dies – vorsichtig gesagt – jedenfalls *überschießend* formuliert. Die Zielsetzung der Aufsicht ist in der Solvency-II-Richtlinie verbindlich und unveränderlich festgelegt (Art. 27 und 28) und bedarf keiner Konkretisierung durch den nachgelagerten nationalen Gesetzgeber. Es geht bei der in der Begründung des Regierungsentwurfs angesprochenen Konkretisierung nicht um das Ziel selbst, sondern um den Weg oder das Mittel zu seiner Erreichung, also darum, welches Verhaltensgebot bzw. welche Maßnahmen in einer konkreten Situation aus dem Ziel fol-

⁶⁶ Vgl. Hasse in: Dreher/Wandt (Fn. 2) S. 61 ff.; zu den Veröffentlichungspflichten gegenüber der Allgemeinheit siehe Dreher/Schaaf in: Dreher/Wandt (Fn. 2) S. 129 ff.

⁶⁷ Vgl. Bürkle in: Dreher/Wandt (Fn. 2) S. 191 ff.; Grote in: Dreher/Wandt (Fn. 2) S. 225 ff. Zum Kapitalaufschlag als neues Aufsichtsinstrument ausführlich Sehrbrock ZVersWiss 99 (2010) 665 ff. Zur Frage, ob die tradierte deutsche Missstandsaufsicht unverändert beibehalten werden kann, Bürkle VersR 2011, 1469 ff.; vgl. für Österreich Korinek Versicherungsgrundschau 2010, 27 ff.

⁶⁸ Kritisch auch Bürkle VersR 2011, 1469, 1476 f.

⁶⁹ Begründung des RegE (Fn. 6) S. 257.

gen (um dem feststehenden Aufsichtsziel auch in der konkreten Situation unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht zu werden).⁷⁰

2. Größere Rechtsunsicherheit

Eine offensichtliche Kehrseite der durch prinzipienbasiertes Recht bewirkten größeren Flexibilität in der Rechtsanwendung ist regelmäßig eine **größere Rechtsunsicherheit**.⁷¹ Sie trifft vor allem die Unternehmen, weniger die Aufsichtsbehörde.⁷² Denn für das betroffene Unternehmen stellt sich der genaue Inhalt des Rechts im konkreten Einzelfall erst dann heraus, wenn die Aufsichtsbehörde die unbestimmten Rechtsbegriffe bezogen auf die Umstände des Einzelfalles konkretisiert. Die englische Kollegin *Julia Black* spricht anschaulich davon, dass das Unternehmen das Interpretationsrisiko trage⁷³ – und man kann ergänzen, dass die Aufsichtsbehörde die Interpretationshoheit hat, jedenfalls bis zu einer verbindlichen Klärung durch die Rechtsprechung. Die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes ist in der Praxis aber meist eine stumpfe Waffe. Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und ihre Anwendung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes unterliegen zwar in vollem Umfang der gerichtlichen Kontrolle. Die Unternehmen scheuen aber bekanntlich – und häufig aus guten Gründen – davor zurück, die Gerichte zur Kontrolle der Aufsicht anzurufen. Für das Versicherungsaufsichtsrecht führt dies dazu, dass die kontrollierende, korrigierende und rechtsfortbildende Kraft der Rechtsprechung nahezu vollständig ausfällt.

Für die Unternehmen ergibt sich hieraus die Konsequenz, dass sie regelmäßig darauf angewiesen und darauf beschränkt sind, die Aufsichtsbehörde durch einen intensiven Dialog unter Offenlegung und Betonung der Besonderheiten des Unternehmens davon zu überzeugen, das prinzipienbasierte Recht im konkreten Einzelfall

⁷⁰ Eine Konkretisierung kann deshalb allenfalls hinsichtlich nicht ausdrücklich normierter Untererziele erfolgen.

⁷¹ Vgl. Dreher/Lange VersR 2011, 825, 828; Dreher VersR 2008, 998, 1002; Pohlmann (Fn. 28) S. 337 f.

⁷² Schaaf (Fn. 19) S. 2.

⁷³ Black (Fn. 13) S. 6.

anders anzuwenden als gegenüber einem anderen Unternehmen, das diese Besonderheiten nicht aufweist.

3. Zeitweilige vom Normgeber nicht intendierte Rechtsverschärfung

Die dargelegte Kombination von Rechtsunsicherheit und Klagezurückhaltung **kann – jedenfalls zeitweilig – zu einer vom Normgeber nicht intendierten Rechtsverschärfung führen.** Denn Unternehmensleiter sind verständlicherweise bemüht, aufsichtsbehördliche Beanstandungen und eine an eine Pflichtverletzung anknüpfende persönliche Haftung zu vermeiden. Vorsichtige Unternehmensleiter werden deshalb unbestimmte Rechtsbegriffe – bis zu einer allgemeinen Klärung durch die Aufsichtsbehörde oder Gerichte – möglichst zu ihren Lasten und die adressierten unbestimmten Anforderungen möglichst hoch auslegen.⁷⁴

Für die Aufsichtsbehörde sollte sich hieraus die Konsequenz ergeben, in sensiblen Bereichen frühzeitig durch Verwaltungsvorschriften etc. für hinreichende Klarheit zu sorgen.⁷⁵

⁷⁴ Vgl. *Black* (Fn. 13) S. 6; *Wandt/Sehrbrock* in: *Dreher/Wandt* (Fn. 2) S. 17; *Wandt/Sehrbrock* *ZVersWiss* 100 (2011) 193, 204. Die Feststellung von *Bähr* (in: *Bähr* [Hrsg.], *Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts*, 2011, § 12 Rn. 43), es gäbe zugleich für die Unternehmen eine größere Handlungsfreiheit und aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe ein Mehr an aufsichtsbehördlichem Aktionsspielraum, lässt die vorrangige Interpretationshoheit der Aufsichtsbehörde unerwähnt.

⁷⁵ *Black* (Fn. 13) S. 6.

V. Schluss

Inwieweit das System von Solvency II insgesamt prinzipienbasiert sein wird und ob es wegen der Prinzipienbasiertheit zu einer besseren Zielerreichung führt, lässt sich derzeit, insbesondere vor Erlass der Durchführungsvorschriften der Kommission, noch nicht verlässlich beantworten. Eine Antwort wird auch erst dann möglich sein, wenn sich das neue Aufsichtsrecht in der praktischen Rechtsanwendung über längere Zeit bewährt hat. Schon jetzt lässt sich aber absehen, dass das prinzipienbasierte Recht in Verknüpfung mit der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch die Aufsichtsbehörde einen engen Dialog zwischen Unternehmen und Aufsichtsbehörde erfordert, damit die Unternehmen möglichst frühzeitig und verlässlich einschätzen können, ob der von ihnen unternehmensindividuell gewählte Weg zwischen den prinzipienbasierten „Leitplanken“ von der Aufsichtsbehörde unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gutgeheißen wird.