

Tim Horak

Outsourcing bei Versicherungsunternehmen

Deutsche und europäische aufsichtsrechtliche
Rahmenbedingungen



Dr. Tim Horak

Outsourcing bei Versicherungsunternehmen

Deutsche und europäische aufsichtsrechtliche Rahmenbedingungen

Veröffentlichungen der Münsterischen Forschungsstelle für Versicherungswesen an der Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster mit Unterstützung des Vereins zur Förderung der Münsterischen Forschungsstelle für Versicherungswesen e. V.

Münsteraner Reihe Band 116
Begründet von Prof. Dr. Dr. h. c. Helmut Kollhosser
Herausgeber Prof. Dr. Heinrich Dörner
Prof. Dr. Dirk Ehlers
Prof. Dr. Petra Pohlmann
Prof. Dr. Martin Schulze Schwienhorst
Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

Outsourcing bei Versicherungsunternehmen

Deutsche und europäische aufsichtsrechtliche
Rahmenbedingungen

Dr. Tim Horak



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

– Zugl. Dissertation der Universität Münster (Westf.),
Rechtswissenschaftliche Fakultät, 2009 –

D6

© 2011 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urhebergesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlags Versicherungswirtschaft GmbH, Karlsruhe. Jegliche unzulässige Nutzung des Werkes berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Bei jeder autorisierten Nutzung des Werkes ist die folgende Quellenangabe an branchenüblicher Stelle vorzunehmen:

© 2011 Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe

Jegliche Nutzung ohne die Quellenangabe in der vorstehenden Form berechtigt den Verlag Versicherungswirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

Herstellung printsystem GmbH Heimsheim

ISSN 0937-518X

ISBN 978-3-89952-605-9

Meinen Eltern

Vorwort

Das Manuskript der vorliegenden Arbeit wurde im Sommersemester 2009 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Wesentliche Entwicklungen wurden bis Februar 2010 berücksichtigt.

Ich möchte mich bei Frau Prof. Dr. Petra Pohlmann für die hervorragende Betreuung meiner Arbeit und ihre wertvolle Kritik, nicht nur im Rahmen des Erstgutachtens, bedanken. Weiter bin ich Herrn Prof. Dr. Dirk Ehlers für die Übernahme des Zweitgutachtens und dessen schnelle Erstellung zum Dank verpflichtet.

Darüber hinaus möchte ich mich bei der Forschungsstelle für Versicherungswesen der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster für die Aufnahme in die Münsteraner Reihe und die Förderung meiner Arbeit bedanken.

Die Fertigstellung der Arbeit wäre allerdings nicht ohne die wertvolle Hilfe meiner Freunde Laura Gehrman, Tim Freuer-Junghans, Gernot Hickethier und nicht zuletzt meiner Eltern möglich gewesen, bei denen ich mich herzlich für das Korrekturlesen bedanken möchte.

Ganz besonderer Dank gilt Frau Rechtsanwältin Daniela Weber-Rey, die in den letzten Jahren eine großartige Mentorin für mich war, mich beruflich nach besten Kräften gefördert hat und der ich schließlich auch die Wahl des Themas meiner Arbeit zu verdanken habe.

Frankfurt am Main

Januar 2011

Dr. Tim Horak

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
A. Einleitung.....	1
I. Aktuelle Entwicklungen im Versicherungsrecht.....	2
1. Reform des Versicherungsvertragsrechts und der Versicherungsvermittlung.....	3
2. Solvency II.....	3
3. Vorabumsetzung Säule 2 von Solvency II in Deutschland	7
II. Finanz- und Wirtschaftskrise	9
III. Begegnung neuer aufsichtsrechtlicher Herausforderungen mit Outsourcing	10
IV. Internationale Outsourcing-Standards.....	12
V. Aufgabenstellung	17
B. Auslagerungssachverhalte.....	21
I. Funktionsausgliederungen	22
1. Definition und Entwicklung.....	22
a) Kernfunktion.....	25
aa) Vertrieb.....	26
bb) Bestandsverwaltung.....	27
cc) Leistungsbearbeitung.....	27
dd) Rechnungswesen	28
ee) Interne Revision	29
(1) Gesetzliche Anforderungen an die interne Revision ...	30
(2) Konkretisierungen des MaRisk VA Rundschreibens ...	30
(3) Prüfungsstandards zur internen Revision	36
ff) Vermögensanlage / Vermögensverwaltung	36
gg) Weitere Kernfunktionen eines Versicherungs- unternehmens.....	37

b)	Übertragung auf ein anderes Unternehmen	40
aa)	Übertragung	40
bb)	Anderes Unternehmen.....	42
cc)	Rechtsform.....	42
c)	Wesentlicher Teil der Kernfunktion	43
d)	Dauerhaftigkeit.....	45
e)	Inlandsbezug.....	47
f)	Funktionsausgliederung und organisatorische Trennung	47
g)	Stellungnahme	48
2.	Wirksamwerden des Funktionsausgliederungsvertrags	51
a)	Zivilrechtliche Wirksamkeit	52
aa)	Vor Zulassung zum Geschäftsbetrieb.....	52
bb)	Während laufender Geschäftsführung.....	52
b)	Aufsichtsrechtliche Wirksamkeit.....	55
aa)	Funktionsausgliederung auf ein Versicherungsunternehmen.....	55
bb)	Funktionsausgliederung auf ein Nicht- Versicherungsunternehmen.....	56
cc)	Funktionsausgliederung durch ein Rückversicherungsunternehmen	57
c)	Stellungnahme	58
3.	Anzeigepflichten.....	60
4.	Auslagerungsgrenzen.....	60
5.	Gebührenpflicht	60
6.	Zwischenergebnis	61
II.	Dienstleistungsvertrag	62
III.	Entgeltbegrenzung nach § 53d VAG.....	63
1.	Zweck	64
2.	Tatbestand.....	65

3.	Wirksamkeit.....	68
4.	Zwischenergebnis	68
IV.	Vergleich mit Auslagerungen nach dem Kreditwesengesetz	69
1.	Allgemeines	69
2.	Definition Auslagerung.....	73
a)	Bezug zu Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen	73
aa)	Beschränkung auf Bankgeschäfte und Finanzdienstleistungen	74
bb)	Sonstige institutsspezifische Dienstleistungen	76
b)	Auszulagernde Bereiche, Tätigkeiten und Prozesse	77
c)	Dauer und Nachhaltigkeit der Auslagerung.....	78
aa)	Auslagerungsrundschreiben	78
bb)	MaRisk BA.....	80
d)	Anderes Unternehmen	82
aa)	Inlandsauslagerung.....	83
bb)	Auslandsauslagerung.....	83
(1)	Auslagerungen auf Niederlassungen innerhalb des EWR.....	84
(2)	Auslagerungen auf Niederlassungen außerhalb des EWR.....	84
(3)	Auslagerung durch eine inländische Zweigstelle	85
cc)	Stellungnahme	86
e)	Räumliche Trennung.....	89
f)	Vorherige Wahrnehmung / Selbstverrichtung der Aufgabe...	90
aa)	Auslagerungsrundschreiben	90
bb)	MaRisk BA.....	91
(1)	Vorherige Wahrnehmung	92
(2)	Regelmäßige Selbsterbringung.....	92
cc)	Stellungnahme	94

g) Wegfall der Wesentlichkeit als Bestandteil der Auslagerungsdefinition.....	96
3. Zwischenergebnis	97
V. Ergebnis.....	98
C. Anforderungen an Auslagerungen nach § 64a Abs. 4 VAG	101
I. Verantwortung der Geschäftsleitung für die Geschäftsorganisation.....	103
1. Gesamtverantwortung der Geschäftsleitung	105
2. Interne und externe Delegation.....	107
II. Betroffene Versicherungsunternehmen	108
III. Wesentlichkeit der Auslagerungsmaßnahme unter Risikogesichtspunkten und Risikoanalyse	110
1. Versicherungsunternehmen	110
a) Wesentlichkeit	111
b) Risikoanalyse.....	114
2. Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute	115
a) (Un-) wesentliche Bereiche nach dem Auslagerungsrundschreiben 11/2001.....	116
aa) Wesentliche Bereiche.....	117
bb) Unwesentliche Bereiche	117
b) (Un-) wesentliche Bereiche nach den MaRisk BA und Risikoanalyse.....	118
aa) Wesentlichkeit.....	118
bb) Risikoanalyse	120
(1) Allgemeines	121
(2) Beurteilung der Wesentlichkeit unter Risikogesichtspunkten	122
(3) Internationale Standards.....	124
(4) Verfahren	128

(5)	Beteiligung der internen Revision und anderer Organisationseinheiten	128
(6)	Intensität	129
(7)	Beseitigung der erkannten Risiken	130
(8)	Bedeutung der Risikoanalyse für das Risikomanagement	131
(9)	Risikoanalyse und aufsichtsrechtliches Überprüfungsverfahren	133
3.	Zwischenergebnis	135
IV.	Ordnungsgemäße Ausführung der übertragenen Aufgabe	137
1.	Auswahl des Auslagerungsunternehmens	138
2.	Zulassung zum Geschäftsbetrieb des Dienstleistungsunternehmens	141
a)	Auslagerung auf ein Nicht-Versicherungsunternehmen oder ein Nicht-Institut	141
b)	Möglichkeit der Auslagerung einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit	142
aa)	Funktionsausgliederung oder sonstiger Dienstleistungsvertrag	143
bb)	Wesentliche Auslagerung eines Instituts	145
c)	Erlaubnispflicht bei Übernahme einer erlaubnispflichtigen Tätigkeit	145
d)	Ergebnis	149
3.	Einzuhaltender Qualitätsstandard	150
4.	Compliance	151
a)	Sicherstellung der Einhaltung der geltenden Anforderungen	151
b)	Nichtbeachtung von Sonderanforderungen	152
aa)	Keine unbefugte Offenbarung von Geheimnissen	153
bb)	Vorkehrungen gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung	153

cc)	Organisatorische Trennung / Spartentrennung	153
5.	Keine Delegation der Verantwortung	157
6.	Zwischenergebnis	158
V.	Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung	159
1.	Kontrolle und Überwachung der ausgelagerten Tätigkeit oder Funktion.....	161
a)	Risikomanagement	161
aa)	Risikomanagement und ordnungsgemäße Geschäftsorganisation	161
bb)	Einbezug in das Risikomanagement.....	163
b)	Interne Kontrollverfahren und interne Revision	165
c)	Sicherung der Prüfungsrechte der internen Revision.....	165
d)	Organisation der Kontrollen	167
e)	Beurteilung der Leistung des Auslagerungsunternehmens..	169
f)	Benennung eines Auslagerungsbeauftragten	170
2.	Steuerung der ausgelagerten Tätigkeit oder Funktion	171
a)	Einflussnahme der Geschäftsleitung durch Weisungen.....	172
b)	Umfang der Weisungen	173
c)	Bindung der Weisung an den Vertragszweck.....	174
d)	Konkrete und abstrakte Weisungen	175
e)	Adressat der Weisung	176
f)	Eingriff in die Geschäftsführung des Dienstleisters?.....	177
aa)	Eigenverantwortlichen Geschäftsleitung vs. Weisungsrecht.....	177
bb)	Weisungen gegenüber Mehrmandantendienstleistern ...	179
cc)	Weisungen im Konzernverbund.....	179
g)	Verzicht auf Weisungen nach den MaRisk BA.....	180
h)	Exit-Management	182

3. Auslagerung der Steuerungs- und Kontrollpflichten über ausgelagerte Tätigkeiten und Prozesse.....	183
4. Auslagerung des Risikomanagements eines Versicherungsunternehmens	187
a) Verbot der Totalauslagerung des Risikomanagements	188
b) Auslagerung einzelner Risikomanagementfunktionen.....	190
5. Auslagerung der Compliance-Funktion	193
6. Auslagerung der internen Revision	195
a) Standpunkt der Aufsichtsbehörde im Wandel der Zeit	196
b) Vorbereitung der Auslagerung.....	198
c) Bestellung eines Revisionsbeauftragten.....	199
aa) Allgemeines.....	199
bb) Unabhängigkeit und Eignung des Revisionsbeauftragten	200
cc) Stellungnahme und Ausblick.....	202
d) Sonstige Anforderungen an die Auslagerung der internen Revision	205
e) Ergebnis	205
7. Weiterverlagerungen.....	206
a) Allgemeines	206
b) Weiterverlagerungen bei Versicherungsunternehmen	206
c) Weiterverlagerungen bei Instituten.....	207
aa) Einhaltung der bankrechtlichen Anforderungen.....	208
bb) Ermächtigung des Auslagerungsunternehmens zur Weiterverlagerung	208
cc) Kontrolle der weiterverlagerten Funktion	210
d) Stellungnahme und Ausblick	211
8. Auslagerungen auf Mehrmandantendienstleister	212
a) Allgemeines	212

b)	Trennung der übernommenen Tätigkeiten und Funktionen.	213
c)	Weisungen gegenüber dem Mehrmandantendienstleister ...	214
d)	Weiterverlagerung eines Mehrmandantendienstleiters	216
e)	Stellungnahme und Ausblick.....	217
9.	Zwischenergebnis	218
VI.	Prüfungs- und Kontrollrechte der Aufsichtsbehörde	220
1.	Inlandsauslagerungen	221
a)	Inlandsauslagerung auf ein anderes Versicherungsunternehmen oder Institut	223
b)	Inlandsauslagerung auf ein Nicht-Institut.....	224
c)	Inlandsauslagerung auf ein Nicht-Versicherungs- unternehmen	227
d)	Ergebnis.....	227
2.	Grenzüberschreitende Auslagerungen	230
a)	Sicherung der Rechte und Kontrollmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde.....	232
aa)	Standpunkt der Aufsichtsbehörde	233
bb)	Standpunkte der Literatur.....	235
cc)	Stellungnahme.....	236
b)	Vorschläge für die praktische Durchführung von Prüfungshandlungen	239
3.	Zwischenergebnis	240
VII.	Prüfung der ausgelagerten Aktivitäten und Prozesse.....	243
1.	Abschlussprüfer	243
2.	Interne Revision.....	246
3.	Berufliche Verschwiegenheitspflicht.....	248
4.	Zwischenergebnis	248
VIII.	Aufrechterhaltung der ordnungsgemäßen Geschäfts- organisation	249

1.	Zentrale Leitungsfunktionen der Geschäftsführung	250
a)	Herkunft.....	251
b)	Aufsichtsrechtliche Konkretisierung.....	254
c)	Ausnahmen	255
d)	Verbot der Auslagerung von Kernbereichen?.....	257
e)	Stellungnahme	258
2.	Offene Stellvertretung / Begründung neuer Risiken	259
3.	Verbot der Totalauslagerung und der Schaffung virtueller Institute	262
a)	Begriffserläuterung	263
b)	Maßstab	264
c)	Stellungnahme	266
4.	Zwischenergebnis	268
IX.	Sonstige Grenzen	269
X.	Auslagerungsvertrag	269
1.	Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen	271
2.	Informationspflichten.....	273
3.	Schriftformerfordernis	275
4.	Zwischenergebnis	275
XI.	Sonderfälle und Erleichterungen.....	277
1.	Proportionalität	277
2.	Kleine Versicherungsunternehmen	278
3.	Auslagerungen im Konzernverbund	278
4.	Betriebliche Altersversorgung	280
5.	Antrag auf Befreiung von Risikoberichterstattung und Revisionsarbeit.....	281
XII.	Ergebnis	281

D.	Befugnisse der Aufsichtsbehörde bei Auslagerungen und Entgeltbegrenzungen.....	287
I.	Funktionsausgliederungsverträge	287
1.	Präventive Aufsicht – Erlaubnisverfahren	287
a)	Anmeldung eines Erstversicherungsunternehmens	287
b)	Anmeldung eines Rückversicherungsunternehmens	288
2.	Laufende Aufsicht	288
a)	Befugnisse gegenüber dem auslagernden Versicherungsunternehmen	289
b)	Befugnisse gegenüber dem Dienstleistungsunternehmen....	291
c)	Befugnisse bei Funktionsausgliederung eines Rückversicherers	296
II.	Entgeltbegrenzung nach § 53d VAG.....	296
1.	Anordnungen nach der Generalklausel.....	297
2.	Auskunfts- und Prüfungsrechte der Aufsichtsbehörde	297
3.	Mitteilungs- und Informationspflicht.....	298
III.	Sonstige Dienstleistungsverträge.....	298
IV.	Wesentlichen Auslagerungen nach dem KWG.....	299
V.	Ergebnis.....	301
E.	Ausblick	305
I.	Auslagerungen nach Solvency II	305
1.	Adressaten	306
2.	Auswirkungen der allgemeinen Governance-Anforderungen auf Auslagerungen	307
a)	Solides und umsichtiges Management.....	307
b)	Proportionalität.....	308
c)	Schriftlich festgelegte Leitlinien.....	309
d)	Notfallplanung.....	309
e)	Rechte und Ressourcen zur Wahrnehmung aufsichtsrechtlicher Aufgaben	310

f)	Ergebnis	310
3.	Auslagerungen nach Art. 38, 49 Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG und <i>CEIOPS</i>	311
a)	Sachlicher Anwendungsbereich.....	311
b)	Kritische und wichtige Auslagerungen	314
c)	Zulässigkeitsvoraussetzungen.....	314
aa)	Aufrechterhaltung der Qualität des Governance- Systems.....	315
bb)	Keine ungebührliche Steigerung des operationellen Risikos.....	316
cc)	Keine Beeinträchtigung der aufsichtsbehördlichen Überwachung.....	317
dd)	Kontinuierliche und zufriedenstellende Erbringung der Dienstleistung.....	320
ee)	Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde.....	322
d)	Anforderungen an grundsätzlich zulässige Auslagerungen .	324
aa)	Unternehmensinterne Auslagerungsgrundsätze.....	324
bb)	Schriftlicher Auslagerungsvertrag	324
e)	Sonderfälle und Erleichterungen.....	327
4.	Zwischenergebnis	328
II.	Übereinstimmung der nationalen Anforderungen mit Solvency II.....	330
1.	Personeller Anwendungsbereich.....	330
2.	Sachlicher Anwendungsbereich.....	331
3.	Wesentlichkeit / Wichtigkeit der Auslagerungsmaßnahme	334
4.	Zulässigkeitsvoraussetzungen	336
a)	Aufrechterhaltung der Qualität des Governance-Systems ...	336
b)	Keine ungebührliche Steigerung des operationellen Risikos	338
c)	Keine Beeinträchtigung der aufsichtsbehördlichen Überwachung	338

d) Kontinuierliche und zufriedenstellende Erbringung der Dienstleistung	339
e) Anzeigepflicht gegenüber der Aufsichtsbehörde.....	339
5. Anforderungen an grundsätzlich zulässige Auslagerungen	344
a) Auslagerungsgrundsätze.....	344
b) Auslagerungsvertrag.....	344
6. Sonderfälle und Erleichterungen	347
7. Zwischenergebnis	347
III. Ergebnis.....	348
F. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in 20 Thesen	351
Literaturverzeichnis.....	357
Quellenverzeichnis	376

Abkürzungsverzeichnis

9. VAG-Novelle	Neuntes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BCBS	Basler Ausschuss für Bankenaufsicht
BilMoG	Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz – Gesetz zur Modernisierung des Bilanzrechts
CEBS	Committee of European Banking Supervisors
CEIOPS	Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors
CESR	Committee of European Securities Regulators
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
DIIR	Deutsches Institut für Interne Revision
EBC	European Banking Committee
EIOPC	European Insurance and Occupational Pensions Committee
endg.	endgültig
Erg.-Lfg.	Ergänzungs-Lieferung
ESC	European Securities Committee
FinDAG KostVO	Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
FRUG	Finanzmarktrichtlinie-Umsetzungsgesetz
FSA	Financial Services Authority
FSAP	Financial Services Action Plan
FSF	Financial Stability Forum
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V.

IA	Insurance Authority of the Hong Kong Special Administrative Region of the People's Republic of China
IAIS	Internationalen Vereinigung der Versicherungsbehörden
IIF	Institute of International Finance
IKS	Internes Steuerungs- und Kontrollsystem
IOSCO	Internationale Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Commissions)
MaIR	Mindestanforderungen an die Ausgestaltung der Internen Revision der Kreditinstitute
MaRisk BA	Mindestanforderungen an das Risikomanagement (Bankenaufsicht)
MaRisk VA	Mindestanforderungen an das Risikomanagement (Versicherungsaufsicht)
MAS	Monetary Authority of Singapore
MCR	Mindestkapitalanforderung
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive (Finanzmarktrichtlinie)
MMoU	Multilateral Memorandum of Understanding on Cooperation and Information Exchange
MoU	Memorandum of Understanding
MüKom	Münchener Kommentar
NYSID	New York State Insurance Department
ORSA	Own Risk and Solvency Assessment
PEIF	Pan European Insurance Forum
PrüfbV	Prüfungsberichtsverordnung – Verordnung über die Prüfung der Jahresabschlüsse der Kreditinstitute und Finanzdienstleistungsinstitute sowie die darüber zu erstellenden Berichte

PrüfV	Prüfungsberichterordnung – Verordnung über den Inhalt der Prüfungsberichte zu den Jahresabschlüssen von Versicherungsunternehmen
SCR	Solvenzkapitalanforderung
SLA	Service-Level Agreement
Solvency II	Solvabilität II
SOX	Sarbanes-Oxley-Act
Unterabs.	Unterabsatz
WpDVerOV	Wertpapierdienstleistungs-Verhaltens- und Organisationsverordnung
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht

Nicht aufgeführte Abkürzungen richten sich nach:
 Kirchner, Hildebert, Abkürzungenverzeichnis der Rechtssprache,
 6. Aufl., 2008

A. Einleitung

Innerhalb des europäischen Versicherungssektors sind Unternehmen in besonderem Maße gezwungen, Konzernstrukturen anzunehmen. Anders als im Bankensektor, in dem eine Gesellschaft gleich mehrere erlaubnispflichtige Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen erbringen darf, werden einzelne Versicherungssparten wie das Lebensversicherungsgeschäft oder die substitutive Krankenversicherung von den Versicherungsunternehmen wegen des europaweiten Spartentrennungsgebots¹ regelmäßig von separaten Gesellschaften betrieben, die einer gemeinsamen Holding angehören können.² In diesen Versicherungskonzernen werden nicht alle zu dem Betrieb eines Versicherungsunternehmens gehörenden Aufgaben von jedem Versicherungsunternehmen selbst ausgeführt, vielmehr werden einige dieser Aufgaben durch Outsourcing ("**Auslagerungen**") auf Konzernunternehmen konzentriert. So ist es durchaus üblich, die Kapitalanlage der einzelnen konzernangehörigen Versicherungsunternehmen durch eine Kapitalanlagegesellschaft ausüben zu lassen. Oftmals wird auch eine konzernangehörige Gesellschaft mit der Datenverarbeitung für den Versicherungskonzern beauftragt oder der Vertrieb der Versicherungsprodukte aller Tochtergesellschaften wird an den Vertrieb der Muttergesellschaft angebunden.³

Aktuelle aufsichtsrechtliche Entwicklungen lassen schon heute neue Herausforderungen an die Unternehmensorganisation einzelner Versicherungsunternehmen und -konzerne erkennen, denen in Zukunft durchaus auch mit Auslagerungslösungen begegnet werden kann. Insofern verwundert nicht, dass zuletzt im Rahmen des neunten Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes⁴ auch die nationalen aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Auslagerungen von Versicherungs-

¹ § 8 Abs. 1a VAG; demnach dürfen Versicherungsunternehmen, die das Lebens- oder substitutive Krankenversicherungsgeschäft (§ 12 VAG) betreiben, keine anderen Versicherungssparten (Schaden- und Unfallversicherung) betreiben. Die einzelnen Versicherungsgeschäfte müssen daher von separaten Rechtsträgern betrieben werden. Die Spartentrennung fand in Folge der Umsetzung der Richtlinie 79/267/EWG (Erste Lebensversicherungsrichtlinie) durch das 14. Änderungsgesetz zum VAG von 1983 Eingang in das VAG und hat auch unter Solvency II weiterhin Bestand, siehe Art 73 f. der Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG.

² Ähnlich bereits *Angerer*, VW 1982, 1456.

³ *Waclawik* in: Handbuch des Fachanwalts Versicherungsrecht, Kapitel 5, Rn. 176.

⁴ 9. VAG-Novelle.

unternehmen durch die Einfügung des § 64a VAG (insbesondere dessen Absatz 4) novelliert wurden und das Thema Outsourcing bei Versicherungen immer wieder auch Thema internationaler Debatten ist.

I. Aktuelle Entwicklungen im Versicherungsrecht

Das Aufsichtsrecht bietet momentan für alle Marktakteure ein schwieriges Umfeld, in dem sich die aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen nicht zuletzt wegen der Finanzkrise ständig ändern. So wurde beispielsweise die Eigenkapitalrichtlinie für Banken als Reaktion auf die Finanzkrise bislang mehrfach überarbeitet und ergänzt,⁵ was auch auf nationaler untergesetzlicher Ebene zu entsprechenden Änderungen einschlägiger Rundschreiben der Aufsichtsbehörde führte.⁶ Darüber hinaus wird derweilen sowohl auf europäischer⁷ als auch auf nationaler⁸ Ebene eine Reform der Aufsichtsarchitektur diskutiert, die immer konkretere Konturen erfährt. In den letzten Jahren war vor allem auch die Versicherungswirtschaft einigen bedeutenden Entwicklungen ausgesetzt (und wird dies auch in Zukunft weiterhin sein), welche die Versicherungsunternehmen vor neue Herausforderungen stellen. Im Folgenden seien nur einige wenige dieser Entwicklungen beispielhaft genannt, die den Versicherungs-

⁵ Siehe Richtlinie 2009/111/EG vom 17. November 2009, Richtlinie 2009/27/EG vom 8. April 2009 und Richtlinie 2009/83/EG vom 28. Juli 2009; beachte aber auch den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Weiterverbriefungen und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik, KOM(2009) 362 endg. vom 17. Juli 2009 und die öffentliche Konsultation der *Europäischen Kommission* zu möglichen weiteren Änderungen der Kapitalanforderungsrichtlinie vom 26. Februar 2010.

⁶ Siehe nur zuletzt die Veröffentlichung des Rundschreibens 22/2009 (BA) – Aufsichtsrechtliche Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten vom 21. Dezember 2009 der *BaFin* und anschließend den Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen vom 9. Februar 2010, mit denen unter anderem Änderungen der Eigenkapitalrichtlinie gem. dem Vorschlag der *Europäischen Kommission* vom 17. Juli 2009 (siehe Fn. 5) für Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute antizipiert werden sollen. Beachte aber auch *BaFin*, Rundschreibens 23/2009 (VA) – Anforderungen an Vergütungssysteme im Versicherungsbereich vom 21. Dezember 2009.

⁷ Siehe Fn. 65.

⁸ Während der Koalitionsvertrag vom 26. Oktober 2009 auf S. 54 noch zurückhaltend vorsah, die Bankenaufsicht der *BaFin* zu entziehen und bei der Bundesbank zu konzentrieren, äußert sich mittlerweile das Bundesministerium der Finanzen dahingehend, dass auch die Wertpapier- und die Versicherungsaufsicht unter dem Dach der Bundesbank vereint werden sollen, siehe nur *Süddeutsche Zeitung* vom 15. Januar 2010 „Eine für alle“.

unternehmen Anreize gegeben haben oder geben werden, Auslagerungen einzugehen.

1. Reform des Versicherungsvertragsrechts und der Versicherungsvermittlung

Vor allem im Bereich der Vermittlung von Versicherungspoliceen wurden zuletzt durch die Europäische Union einheitliche Mindestanforderungen vorgegeben und durch die einzelnen Mitgliedsstaaten in nationales Recht transformiert.⁹

Losgelöst von europäischen Richtlinienvorgaben sah sich der Bundesgesetzgeber allerdings auch veranlasst, den Schutz der Versicherungsnehmer in Deutschland durch eine komplette Novellierung des VVG weiter zu stärken. Um den Schutz der Versicherungsnehmer weiter auszubauen und eine sachgerechte Beratung beim Versicherungsvertrieb zu gewährleisten, wurden in diesem Zusammenhang die Anforderungen an Versicherungsmakler, -vermittler und -berater verschärft.¹⁰ Versicherungsunternehmen müssen nun dafür Sorge tragen, dass ihre Versicherungsnehmer bereits vor dem Abschluss eines Versicherungsvertrags besser beraten und informiert werden. Der Verlauf der vorvertraglichen Beratung ist zu dokumentieren, und sofern Bedarf besteht sind auch während der Vertragslaufzeit weitere Beratungsgespräche zu führen.

2. Solvency II

Die sicherlich bedeutendste Entwicklung auf dem Europäischen Versicherungsbinnenmarkt stellt allerdings das Solvency II-Projekt dar.¹¹ Mit Solvency II wurden 13 bereits existente Versicherungsrichtlinien durch

⁹ Richtlinie 2002/92/EG (Versicherungsvermittlung); Gesetz zur Neuregelung des Versicherungsvermittlerrechts; Gesetz zur Reform des Versicherungsvertragsrechts.

¹⁰ §§ 6 f., 59 ff. VVG; vertiefend *Durstin/Peters*, *VersR* 2007, 1456 ff.; *Schönleiter*, *GewArch* 2007, 265 ff.; *Reiff*, *VersR* 2007, 717 ff.; *Jahn/Klein*, *DB* 2007, 957 ff.

¹¹ *Bürkle*, *VersR* 2007, 1595 ff.; *Präve*, *VW* 2007, 1380 ff.; *Fletzberger/Harreither*, *ZFR* 2007, 124 ff. (Teil 1) und 206 ff. (Teil 2); *Weber-Rey*, *AG* 2008, 345, 355 f.; *dies. Bloomberg European Law Journal* 2008, 22 ff.

nur eine einzige Rahmenrichtlinie¹² zusammengefasst, ergänzt und ersetzt sowie die Richtlinie 2003/41/EG über die Tätigkeit und die Beaufsichtigung der Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung teilweise abgeändert. Ziel soll es dabei sein, (i) den Verbraucherschutz weiter zu verbessern, (ii) die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen zu modernisieren, (iii) die Marktintegration zu vertiefen und (iv) die internationale Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Versicherungsunternehmen zu steigern.¹³

Um die Verbraucher besser vor finanziellen Schäden durch Versicherungszahlungsausfälle schützen zu können, sieht die Rahmenrichtlinie adäquatere Solvabilitätsanforderungen für Versicherungsunternehmen vor.¹⁴ Es soll gewährleistet werden, dass Versicherungsunternehmen künftig über Kapital in ausreichender Höhe zur Deckung ihrer Versicherungsfälle verfügen, indem die neuen EU-Solvabilitätsanforderungen – entgegen den bisherigen Regelungen – nicht nur Versicherungsrisiken abdecken, sondern darüber hinaus auch dazu verpflichten, Kapital zur Absicherung des Markt-¹⁵, des Kredit-¹⁶ und des operationellen Risikos¹⁷ bereit zu halten. Obwohl diese Risikoarten auch in der Vergangenheit eine wesentliche Bedrohung der Solvabilität der Versicherungsunternehmen darstellten, blieben sie bislang unberücksichtigt.

Wie schon Basel II soll auch Solvency II auf Grundlage eines Drei-Säulen-Modells zum Erfolg geführt werden. Säule 1 von Solvency II umfasst die Kapitalanforderungen an Versicherungsunternehmen (quantitative Anforderung). Unter Säule 2 werden die Anforderungen an die Governance der Versicherungsunternehmen zusammengefasst (qualitative Anforderung), und Säule 3 von Solvency II steht für die Transparenzvorschriften zur Erreichung von Marktdisziplin.¹⁸

¹² Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG, siehe Fn. 1.

¹³ *Europäische Kommission*, Pressemitteilung vom 10. Juli 2007, IP/07/1060; zu den Hintergründen für die Verzögerungen im Solvency II-Zeitplan siehe *Gödeke*, *VersR* 2010, 10 f.

¹⁴ Kapitel 6, Abschnitt 4 Solvency II.

¹⁵ Z.B. Wertminderung der Anlagen des Versicherungsunternehmens.

¹⁶ Z.B. Nichterfüllung von Schuldverpflichtungen.

¹⁷ Z.B. Misswirtschaft oder Systemausfall.

¹⁸ Siehe *Wandt*, *VW* 2007, 473 ff.

Die Berechnung des Solvenzkapitals (*Solvency Capital Requirement*, "SCR") vollzieht sich entweder nach einer Standardformel (Art. 103 bis 111 Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG)¹⁹ oder anhand eines internen Modells (vgl. Art. 112 bis Art. 127 Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG). Das SCR ist mindestens einmal jährlich zu berechnen, kontinuierlich zu überwachen und neu zu berechnen, sobald das Risikoprofil des Unternehmens erheblich von den Annahmen abweicht.²⁰

Neben diesen quantitativen Anforderungen sieht Solvency II auch neue qualitative Anforderungen für Versicherungsunternehmen vor. Unter Säule 2 von Solvency II²¹ gelten qualitativen Anforderungen für die Versicherungsunternehmen sowie Aufsichtsregeln für die Versicherungsunternehmen und Aufsichtsbehörden. Zu diesen qualitativen Anforderungen gehört die Einrichtung und dauerhafte Unterhaltung eines Governance-Systems. Strenge Governance-Anforderungen sind nach Auffassung der Kommission die erste Vorbedingung für ein effizientes Solvabilitätssystem, denn einige Risiken lassen sich durch Governance-Anforderungen besser bewältigen als durch quantitative Anforderungen.²²

Das Risikomanagement der Versicherungsunternehmen hat unter Solvency II einen besonders hohen Stellenwert und wird deswegen gleich an mehreren Stellen relevant. So ist das Risikomanagement innerhalb von Säule 2 als zentrales Element des allgemeinen Governance-Systems eines Versicherungsunternehmens interessant, es wirkt sich darüber hinaus aber auch innerhalb der Säule 1 bei der Ermittlung des SCR des Unternehmens unter Umständen sogar bereits erheblich aus.

¹⁹ Die Details zur Ermittlung des SCR werden im Rahmen von Durchführungsmaßnahmen erlassen, siehe Art. 111 der Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG.

²⁰ Solvency II-Rahmenrichtlinienvorschlag vom 26. Februar 2008, KOM 2008, 119 endg., S. 13. Neben dem SCR gilt es aber auch Mindestkapitalanforderungen (*Minimum Capital Requirement*, MCR) zu erfüllen, bei deren Unterschreiten die Insolvenz eines Versicherungsunternehmens droht.

²¹ Weiterführend Dreher, VersR 2008, 998 ff.; Bürkle, VersR 2007, 1595 ff.; Weber-Rey, AG 2008, 345, 355 f.; dies. *Bloomberg European Law Journal* 2008, 22 ff.

²² Solvency II-Rahmenrichtlinienvorschlag vom 26. Februar 2008, KOM 2008, 119 endg., S. 8.

Auf die Ermittlung des SCR eines Versicherungsunternehmens kann sich das Risikomanagement wiederum auf zweifache Art und Weise auswirken:

- Durch den Nachweis eines hoch qualifizierten Risikomanagementsystems kann der Versicherer in den Genuss kommen, zur Ermittlung des SCR ein von der Aufsichtsbehörde anerkanntes internes Modell einsetzen zu dürfen. Dadurch werden die Anforderungen an die Höhe des SCR regelmäßig niedriger ausfallen als bei einer Berechnung anhand der Standardformel.²³
- Die Aufsichtsbehörde kann im Anschluss an ein aufsichtliches Überprüfungsverfahren in Ausnahmefällen fordern, dass ein Versicherungsunternehmen über mehr als das vorhandene Kapital verfügen muss. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn das interne Modell schwerwiegende Mängel aufweist oder das Governance-System in substantieller Weise versagt.²⁴

Ein gutes Risikomanagement macht sich bei einem Versicherungsunternehmen in einem ersten Schritt also finanziell bemerkbar. Dieser finanzielle Vorteil – resultierend aus niedrigeren Solvenzkapitalanforderungen – lässt sich in einem zweiten Schritt sodann zu einem Wettbewerbsvorteil gegenüber konkurrierenden Versicherern ausbauen. Im Übrigen wirkt sich ein gutes Risikomanagement positiv auf das Rating eines Versicherungsunternehmens und somit auch auf dessen Refinanzierungsmöglichkeiten auf den Finanzmärkten aus.²⁵

Sofern der Aufsichtsbehörde im Rahmen des aufsichtsbehördlichen Überprüfungsverfahrens Mängel im Bereich des Governance-Systems im Allgemeinen oder im Bereich des Risikomanagements im Besonderen auffallen, ist sie weiter befugt, Maßnahmen zur Beseitigung dieser Missstände zu ergreifen.

Die Verantwortung für das Governance-System liegt bei der Geschäftsleitung.²⁶ Es besteht neben dem Risikomanagement aus mehreren Elementen: Dazu gehören Eignungsanforderungen für Personen, die das

²³ Ähnlich *Dreher*, *VersR* 2008, 998, 1001.

²⁴ Siehe Art. 37 Abs. 1 der Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG.

²⁵ Zu allem *Dreher*, *VersR* 2008, 998, 1001.

²⁶ Art. 40 und 41 Abs. 1 Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG.

Unternehmen tatsächlich leiten oder für andere Schlüsselaufgaben verantwortlich sind, der Nachweis guter Reputation (*Proof of Good Reputation*), interne Bewertung des Risikos und der Solvabilität (*Own Risk and Solvency Assessment, ORSA*), interne Kontrollen, interne Revision (internes Audit), versicherungsmathematische Funktion ("**Aktuarfunktion**") und letztlich auch die Auslagerung von Funktionen und Prozessen eines Versicherungsunternehmens.²⁷ Während all diesen Elementen zunächst durch die Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG ein inhaltlicher Rahmen vorgegeben wird, werden die Details erst zu einem späteren Zeitpunkt durch Durchführungsrichtlinien und ggf. Durchführungsverordnungen durch die Europäische Kommission festgesetzt werden.²⁸

Unter Säule 3 von Solvency II finden sich umfangreiche Melde- und Informationspflichten der Versicherungsunternehmen gegenüber der Aufsichtsbehörde, den Märkten und der Öffentlichkeit.²⁹

Nach den Vorstellungen der Kommission sollen die neuen Regelungen ab 2012 in der Praxis angewendet werden.

3. Vorabumsetzung Säule 2 von Solvency II in Deutschland

Mit Wirkung zum 1. Januar 2008 wurden im Rahmen der 9. VAG-Novelle mit § 64a VAG nicht nur aufsichtsrechtliche Anforderungen an eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation samt einem angemessenes Risikomanagement (Abs. 1), sondern auch an Auslagerungen der betroffenen Versicherungsunternehmen (Abs. 4) geschaffen. Flankierend dazu führte der Gesetzgeber zwei neue Berichtspflichten der Versicherungsunternehmen gegenüber der Aufsichtsbehörde ein, namentlich die Vorlage eines Risiko- sowie eines Revisionsberichts gem. § 55c VAG.³⁰

²⁷ Siehe Art. 42 und Art. 43 sowie Art. 45 bis 49 Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG.

²⁸ Siehe Art. 50 Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG.

²⁹ Instruktiv *Dreher*, ZVersWiss 2009, 187 ff.

³⁰ Instruktiv zur Einführung der §§ 64a, 55c VAG vor allem *Dreher*, VersR 2008, 998 ff.; *Weber-Rey*, AG 2008, 345 ff.; umfassend zur Haftung der Geschäftsleiter von Versicherungsunternehmen bei Verstößen gegen § 64a VAG *Armbrüster*, VersR 2009, 1293 ff., zu den einzelnen Übergangsregelungen *Wehling/Treber*, VW 2008, 178 f. Ausführlich zur Risiko- und Revisionsberichterstattung *Dreher/Schaaf*, VersR 2009, 1151 ff.

Der Gesetzgeber wollte dadurch vor allem Teile der Säule 2 von Solvency II bereits vorab in Deutschland umsetzen, um so den inländischen Versicherungsunternehmen mittelfristig zu einem Wettbewerbsvorteil auf dem europäischen Versicherungsmarkt zu verhelfen.³¹

Am 30. April 2008 stellte die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ("**BaFin**") in diesem Zusammenhang den Entwurf eines Rundschreibens „Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement“ für Versicherungsunternehmen ("**MaRisk VA**") zur öffentlichen Konsultation.³² Die Endfassung des Rundschreibens 3/2009 wurde am 22. Januar 2009 veröffentlicht, die sich inhaltlich – soweit möglich – an denen des Rundschreibens 5/2007 mit den Mindestanforderungen an das Risikomanagement der Banken ("**MaRisk BA**") orientiert.³³

Die MaRisk Rundschreiben zielen darauf ab, die aufsichtsrechtlichen Anforderungen des § 64a VAG³⁴ und des § 25a KWG an eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation und ein angemessenes Risikomanagement zu konkretisieren und legen deren Anforderungen für die Aufsichtsbehörde verbindlich aus. Auf diesem Weg soll eine konsistente Anwendung der Vorschriften erreicht werden.³⁵

Bis zur 9. VAG-Novelle ergab sich allenfalls mittelbar aus § 81 Abs. 1 S. 5 VAG die aufsichtsrechtliche Verpflichtung eines Versicherers, ein angemessenes Risikomanagement vorhalten zu müssen.³⁶

³¹ Reg. Begr. BT-Drucks. 16/6518, S. 15; Zustimmung bei *Weber-Rey*, AG 2008, 345, 354 f.; *Dreher/Schaaf*, WM 2008, 1765; *Dreher*, VersR 2008, 998, 1000 f. und 1007; *Wehling/Treber*, VW 2008, 178; Kritik dagegen bei *Bürkle* VW 2008, 212; *ders.* VersR 2009, 866, 872 f.

³² Hierzu *Bürkle*, VersR 2009, 867 ff.; *Weber-Rey*, AG-Report 2009, R 124 ff.; *Meybom*, ZVersW 2009, 112 ff.

³³ Zu einer Angleichung der Aufsicht über Institute und Versicherungsunternehmen, aber auch zu deren strukturellen Unterschieden siehe beispielsweise *Angermüller*, VW 2008, 1008 ff.; *Fopma/Klingeler*, VW 2045, 2045 ff.; *Diewald*, VW 2002, 619 ff.; *Bittermann/Lutz*, VW 2003, 391 ff.; *Schubert/Grieffmann*, VW 2004, 1399 ff.

³⁴ Die MaRisk VA zielen genauer auf eine Konkretisierung der §§ 64a und 104s VAG in Verbindung mit Artikel 9 der Richtlinie 2002/87/EG (Finanzkonglomerate-Richtlinie) ab. Zur Vereinfachung der Darstellung wird im Folgenden nur noch von einer Konkretisierung der Anforderungen des § 64a VAG die Rede sein.

³⁵ *BaFin*, MaRisk VA, Ziff. 1, Rn. 1, S. 2; kritisch zur Normenkonkretisierung *Bürkle*, VersR 866, 868, der lediglich von einer Normeninterpretation ausgeht; ausführlich zu den Rechts- und Außenwirkungen sowie der richterlichen Kontrolle der MaRisk VA siehe *Michael*, VersR 2010, 141 ff.

³⁶ So *Faber-Graw*, Der Aktuar 2007, 162.

II. Finanz- und Wirtschaftskrise

Auch die aktuelle Finanzkrise³⁷ zieht nicht spurlos an den Versicherungsunternehmen vorüber. Nahezu alle im Zusammenhang mit der Finanzkrise angefertigten Studien und veröffentlichten Reports weisen auf die Notwendigkeit hin, zumindest die aufsichtsrechtlichen Anforderungen rund um Banken fester zu schnüren. Neben einer Regulierung der Anreiz- und Vergütungssysteme von Bankenmanagern³⁸ wird vor allem immer wieder die Notwendigkeit gesehen, Anforderungen an die Governance und besonders an das Risikomanagement der Banken zu erhöhen.³⁹ Versicherungsunternehmen befürchten nun, in solche neuen Regulierungsbestrebungen mit einbezogen zu werden,⁴⁰ obwohl ein allgemeiner Konsens besteht, dass zumindest die Europäische Versicherungswirtschaft weder Auslöser noch „Brandbeschleuniger“ für die Finanzkrise war.⁴¹

Diese Bedenken sind nicht unbegründet, denn schließlich ist zumindest die Europäische Kommission bestrebt, im Rahmen der Finanzmarktaufsicht einheitliche Strukturen zu schaffen:⁴² Zum einen sollen in den ein-

³⁷ Zu den Ursachen der Finanzkrise siehe beispielsweise *BaFin*, Jahresbericht 2007, S. 15 bis 24; zur Fortentwicklung der Finanzkrise in eine Wirtschaftskrise siehe beispielsweise *BaFin*, Jahresbericht 2008, S. 11 bis 20; Die *BaFin* stellt hervor, dass die Versicherungsunternehmen die Krise bislang verhältnismäßig gut überstanden haben, *BaFin*, Jahresbericht 2008, S. 30 bis 32.

³⁸ The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, De Larosière-Report, Recommendation 11; President of the French Republic, Report on the Financial Crisis (Ricol-Report), Key Point 7; Institute of International Finance ("IIF"), Final Report, Compensation Policies, Principle of Conduct 9 bis 15 und Recommendation 1 bis 58.

³⁹ The High-Level Group on Financial Supervision in the EU, De Larosière-Report, 25. Recommendation 12; President of the French Republic, Ricol-Report, Key Point 4; IIF, Final Report, Risk Management, Principle of Conduct 1 bis 8 und Recommendation 1 bis 58; Financial Stability Forum ("FSF"), Draghi-Report, Recommendation 12 bis 17.

⁴⁰ *Pan European Insurance Forum (PEIF)*, *Insurance View – Regulatory Consequences of Financial Crisis*; *GDV*, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt und der Versicherungsaufsicht vom 20. Mai 2009, S. 1 f.

⁴¹ Siehe dazu beispielsweise die Stellungnahme des Bundesrats im Rahmen der Debatte um die Einführung von Anforderungen an die Zuverlässigkeit und fachliche Eignung der Mitglieder der Aufsichtsräte von Banken und Versicherungen BR-Drucks. 277/09, S. 1 und 7; Kritisch zu dem Gesetzesentwurf *Bähr*, *VW* 2009, 914 ff. Das Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht wurde am 31. Juli 2009 veröffentlicht und ist größtenteils am Tag nach seiner Verkündung, also am 1. August 2009, in Kraft getreten, siehe *BGBI. I* 2009 vom 31. Juli 2009, S. 2395; siehe dazu etwa *Hasse*, *VersR* 2010, 18 ff.

⁴² *Europäische Kommission*, Weißbuch zur Finanzdienstleistungspolitik für die Jahre 2005-2010, S. 14; siehe *Solvency II-Rahmenrichtlinienvorschlag* vom 26. Februar 2008, *KOM* 2008, 119 endg., S. 8; *Sanio*, Jahrespressekonferenz der *BaFin* 2009 vom 19. Mai 2009, S. 5 mit dem Wunsch nach einer globalen Harmonisierung der Aufsichtsregeln.

zelenen Mitgliedsstaaten einheitliche aufsichtsrechtliche Mindeststandards jeweils für den Banken-, Versicherungs- und Wertpapiersektor geschaffen werden (vertikale Konvergenz) und zum anderen sollen auch die aufsichtsrechtlichen Standards zwischen den einzelnen Sektoren soweit wie möglich harmonisiert werden (horizontale Konvergenz).⁴³ Nimmt man diese Bemühungen ernst, so ist zu befürchten, dass auch der europäische und nationale Versicherungssektor von einer über Solvency II hinausgehenden Verschärfung der aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen nicht unverschont bleiben wird.⁴⁴

III. Begegnung neuer aufsichtsrechtlicher Herausforderungen mit Outsourcing

Auslagerungen sind vor allem in der Industrie weit verbreitet und zielen traditionell primär auf eine Reduzierung der Kosten eines Unternehmens ab.⁴⁵ Genauer gesagt werden durch Auslagerungen Personal- in Sachkosten umgewandelt; der Betriebswirt spricht von einer Variabilisierung der Fixkosten.⁴⁶ Vor diesem Hintergrund ist es kaum verwunderlich, dass überwiegend diejenigen Bereiche eines Unternehmens ausgelagert werden, die hohe Fixkosten verursachen, zu den Erträgen eines Unternehmens nichts beisteuern, trotzdem aber für das Funktionieren des Unternehmens insgesamt notwendig sind.⁴⁷ Hierzu gehören schon heute Bereiche wie die interne Revision, das operative *Controlling*, die elektronische Datenverarbeitung sowie das Mahn- und Inkassowesen.

Auslagerungen können aber auch durch zunehmenden Wettbewerbsdruck und die dadurch erforderliche Notwendigkeit der Optimierung von Unternehmensprozessen, hohe Anforderungen an die Qualität von Pro-

⁴³ Siehe nur zuletzt *Committee of European Banking Supervisors ("CEBS")*; *Committee of European Securities Regulators ("CESR")* und *Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors ("CEIOPS")*, *3L3 Task Force on Internal Governance, Cross-sectoral stock-take and analysis of internal governance requirements*.

⁴⁴ So sahen beispielsweise die MaRisk VA bereits in ihrer Erstfassung Regelungen für Anreiz- und Vergütungssystem vor, obwohl dieser Bereich primär im Bankensektor als problematisch erachtet wurde, *BaFin*, MaRisk VA, *Ziff. 7.2.2.2*, Rn. 1 (Siehe aber Fn. 6). Gleiches gilt für die Diskussion um eine Erhöhung der persönlichen Voraussetzungen an Aufsichtsratsmitglieder von Versicherungsunternehmen, vgl. Fn. 41.

⁴⁵ *Eyles*, WM 2000, 1217.

⁴⁶ *Henrichs*, WM 2000, 1561.

⁴⁷ *Eyles*, WM 2000, 1217.

dukten und Dienstleistungen und eine damit verbundene Verbesserung der Servicequalität sowie durch einen Ausgleich fehlenden *Know-hows* motiviert sein.⁴⁸

Durch die genannten Entwicklungen auf den nationalen, europäischen und internationalen Versicherungs- und Finanzmärkten werden die Versicherungsunternehmen zunehmendem Druck ausgesetzt.

Der einheitliche europäische Versicherungsbinnenmarkt führt zu einem größeren Wettbewerb der Versicherungsunternehmen untereinander und zwingt die Akteure in immer effizientere Unternehmens- und Kostenstrukturen. Gleichfalls steigen die Anforderungen an die Informations-, Beratungs- und Dokumentationspflichten der Versicherungsunternehmen beim Vertrieb von Versicherungsprodukten, um den Verbraucherschutz weiter zu stärken.

Für die Versicherungsunternehmen stellt sich damit zunehmend die Frage, ob sie den Vertrieb der eigenen Versicherungspolicen noch selbst rentabel ausführen können oder aber den Vertrieb auf externe Dienstleister⁴⁹ übertragen. Gerade ausländische Versicherungsunternehmen, die eine Ausweitung ihres Geschäftsbetriebs auf Deutschland erwägen, werden darüber hinaus daran interessiert sein, bereits vorhandene Vertriebsstrukturen externer Anbieter zu nutzen. Outsourcing gewinnt unter den neuen Rahmenbedingungen für den Vertrieb von Versicherungsprodukten an Bedeutung.

Auch die neuen Anforderungen von Solvency II sind geeignet, den Geschäftsleitern von Versicherungsunternehmen Anreize für Auslagerungen auf Dienstleistungsunternehmen geben. So belohnt Solvency II effektive Governance- und Risikomanagement-Systeme sowie die Ermittlung des SCR im Rahmen effektiver interner Modelle im Ergebnis mit niedrigeren Eigenmittelanforderungen. Dabei werden die Geschäftsleiter aller Versicherungsunternehmen Überlegungen anstellen, welche dieser Aufgaben sie selbst erfüllen können oder wollen und ob sie etwaiges externes *Know-how* durch Auslagerungen nutzen möchten. Versicherungs-

⁴⁸ Zu den mit Auslagerungen verbundenen Chancen und Risiken für auslagernde Unternehmen siehe Loff, WM 2009, 780, 781; Müller in: MaRisk VA, S. 303 f., Herrmann/Vollmer, Kreditwesen, 1999, 1255; Hoffmann in: Funktionsauslagerung (Outsourcing) bei Kreditinstituten, 41, 42 m.w.N.; EZB, Report on the EU Banking Structure, S. 28.

⁴⁹ Im Folgenden auch als "Auslagerungsunternehmen" oder "Dienstleistungsunternehmen" bezeichnet.

gruppen werden prüfen, ob sie aufsichtsrechtlich geforderte Aufgaben, wie den Betrieb einer Innenrevision oder aber die Aufarbeitung von Informationen zur Erfüllung der Aufgaben unter Säule 3 von Solvency II, auf ein Unternehmen übertragen oder ein Unternehmen für diese Zwecke gründen, das solche Aufgaben als Dienstleistung für alle anderen gruppenangehörigen Unternehmen anbietet (*Joint Venture*). Solche *Joint Ventures* innerhalb von Versicherungsgruppen sind bisher insbesondere in den Bereichen Rechnungswesen und Datenverarbeitung, aber auch beim *Asset-Management* durchaus von Bedeutung.

All diese Überlegungen spielen gerade in Deutschland wegen der teilweisen Vorabumsetzung der Säule 2 von Solvency II bereits eine bedeutende Rolle in der Unternehmenspraxis.

IV. Internationale Outsourcing-Standards

Wann immer ein Unternehmen eine Tätigkeit auf ein anderes Unternehmen überträgt, um diese für die Zukunft nicht mehr selbst, sondern durch letzteres ausführen zu lassen, begibt sich das auslagernde Unternehmen in die Gefahr, die Kontrolle über die ausgelagerte Tätigkeit zu verlieren.⁵⁰ Dieser Gefahr versucht man innerhalb des regulierten Finanzmarkts Rechnung zu tragen, indem zum einen grundsätzlich eine Kontrollpflicht des auslagernden Versicherungsunternehmens oder Instituts gegenüber dem Dienstleister abverlangt wird und dieser Dienstleister zum anderen zumindest einer teilweisen Beaufsichtigung durch eine Aufsichtsbehörde unterliegt.

In den letzten Jahren wurden in diesem Zusammenhang immer wieder Bemühungen angestrengt, einheitliche aufsichtsrechtliche Standards für Auslagerungen auf den Finanzmärkten zu schaffen, von denen hier einige der wichtigsten Arbeiten kurz erwähnt werden sollen.

Bereits im September 1999 veröffentlichte beispielsweise der Basler Ausschuss für Bankenaufsicht ("**BCBS**") Leitlinien für die Bankenaufsicht⁵¹, die die internationalen Bankenaufsichter bei der Einführung von soliden Methoden zur Unternehmensführung der Banken unterstützen

⁵⁰ *Gennen/Schreiner*, CR 2007, 757.

⁵¹ *BCBS*, Verbesserung der Unternehmensführung in Banken, September 1999.

sollen und auch Vorgaben für Auslagerungen enthalten. Die Leitlinien des *BCBS* stützen sich dabei auf die ebenfalls im Jahre 1999 erlassenen Corporate Governance Grundsätze der Organisation für Wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung ("*OECD*"),⁵² die ebenfalls mit dem Ziel erarbeitet wurden, Regierungen bei der Überprüfung und Verbesserung ihrer vorhandenen Rahmenregelungen für eine gute Unternehmensführung und Aufsichtsstrukturen behilflich zu sein.⁵³ Die *OECD* Grundsätze wurden im April 2004 in neuer Fassung veröffentlicht⁵⁴ und auch die Leitlinien des *BCBS* wurden wenig später (Februar 2006) aktualisiert und decken sich seither inhaltlich weitestgehend mit den Rechtsvorschriften zur Umsetzung von Basel II in Europa.⁵⁵ Momentan arbeitet die *OECD* zusammen mit der Internationalen Vereinigung der Versicherungsbehörden ("*IAIS*")⁵⁶ an einer Aktualisierung⁵⁷ der Corporate Governance Grundsätze für den internationalen Versicherungssektor,⁵⁸ die allerdings nur nebensächlich Vorschläge für Auslagerungen umfassen.⁵⁹

Im Februar 2005 veröffentlichte auch das *Joint Forum* eine Arbeit mit dem Titel „*Outsourcing in Financial Services*“ und stellte damit durch insgesamt neun Grundsätze für das Outsourcing auf den Finanzmärkten internationale Mindestanforderungen auf.⁶⁰ Die ersten sieben Grundsätze sind an Banken, Versicherer und Wertpapierunternehmen adressiert, während die beiden Letzten an die Aufseher selbst gerichtet sind.

Die Internationale Vereinigung der Wertpapieraufsichtsbehörden (*International Organization of Securities Commissions*, "*IOSCO*"), deren Ver-

⁵² *OECD*, Grundsätze der Corporate Governance, Juni 1999.

⁵³ *BCBS*, Verbesserung der Unternehmensführung in Banken, Februar 2006, Rn. 1 und 2; *Mülbert*, BKR 2006, 349.

⁵⁴ *OECD*, Grundsätze der Corporate Governance, April 2004.

⁵⁵ *Mülbert*, BKR 2006, 349, 351.

⁵⁶ International Association of Insurance Supervisors.

⁵⁷ *IAIS/OECD*, *Issues Paper on Corporate Governance (Draft)*.

⁵⁸ *OECD*, *Guidelines for Insurers' Governance*.

⁵⁹ So etwa für den besonderen Fall der Auslagerung der Aktuarfunktion, siehe *IAIS/OECD*, *Issues Paper on Corporate Governance (Draft)*, Rn. 169.

⁶⁰ *Joint Forum*, *Outsourcing in Financial Services*, S. 4; siehe hierzu auch *Weber-Rey/Guinomet*, AG-Report 2004, R431, R432 auf der Grundlage eines Entwurfs der Outsourcing-Grundsätze des *Joint Forums* vom 2. August 2004.

treter auch dem *Joint Forum* angehören, veröffentlichte ebenfalls im Februar 2005 Grundsätze für Auslagerungen.⁶¹

Internationale Grundsätze entfalten regelmäßig keine Rechtswirkung gegenüber den betroffenen Unternehmen, aufsichtsrechtliche Sanktionen wegen Verstößen gegen internationale Standards und Empfehlungen kommen daher nicht in Frage. Allerdings haben diese Arbeiten oftmals zumindest mittelbare Auswirkungen auf die Marktakteure, indem sie internationale und nationale Gesetzgebungsverfahren beeinflussen. So beziehen sich die Europäische Kommission⁶² und die drei *Lamfalussy*-Komitees⁶³ auf europäischer, sowie oftmals die *BaFin*⁶⁴ auf nationaler Ebene, immer wieder auf internationale Aufsichtsstandards. Aus diesem Grunde soll im Folgenden auch immer wieder auf einschlägige aufsichtsrechtliche Auslagerungsstandards Bezug genommen werden.

Von einer noch höheren praktischen Bedeutung sind allerdings die aufsichtsrechtlichen Empfehlungen, die die *Lamfalussy*-Komitees selbst im Rahmen des *Lamfalussy*-Verfahrens abgeben.⁶⁵

Das *Lamfalussy*-Verfahren ist ein Verfahren zur Beschleunigung der EU-Rechtsetzung im Finanzdienstleistungsbereich. Das *Lamfalussy*-Verfahren wurde im März 2002 vom Europäischen Rat gebilligt, um ei-

⁶¹ IOSCO, *Principles on Outsourcing of Financial Services for Market Intermediaries*.

⁶² So heißt es in Erwägungsgrund 37 der Solvency II-Rahmenrichtlinie 2009/138/EG wörtlich: „Diese Vorgaben sollten den Arbeiten des *Joint Forum* Rechnung tragen und den aktuellen Regelungen und Gepflogenheiten im Bankensektor sowie der Richtlinie 2004/39/EG und ihrer Anwendung auf Kreditinstitute entsprechen.“ Siehe auch den eindeutigen Bezug der Richtlinie 2006/46/EG (Bankenrichtlinie) auf die Arbeiten des BCBS in Erwägungsgrund 37.

⁶³ Siehe nur CEIOPS, *Issues Paper on Implementing Measures on System of Governance*, Ziff. 2.2, dort Fn. 1 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf international anerkannte Corporate Governance Grundsätze, etwa den Corporate Governance Prinzipien der OECD oder der IAIS.

⁶⁴ Im Anschreiben zur *BaFin* Konsultation 3/2009, Neufassung der MaRisk – Veröffentlichung des ersten Entwurfs vom 16. Februar 2009 nimmt die *BaFin* Bezug auf Empfehlungen des *FSF*, *Draghi-Report* und des *IIF*, *Final Report*, die im Zuge der Finanzkrise ergangen waren.

⁶⁵ CEBS, CESR und CEIOPS. Die Europäische Kommission hat am 23. September 2009 mehrere Verordnungsentwürfe vorgelegt, die auf eine Novellierung der europäischen Aufsichtsarchitektur abzielen. Neben der Schaffung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken (ESFS) ist auch vorgesehen, die drei *Lamfalussy*-Komitees in europäische Aufsichtsbehörden, nämlich eine Europäische Bankaufsichtsbehörde (EBA) eine Europäische Wertpapieraufsichtsbehörde (ESMA) und eine Europäische Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (EIOPA) umzuwandeln, siehe Europäische Kommission, KOM (2009) 499 bis 503 endg. vom 23. September 2009. Dreh- und Angelpunkt wird dabei im Ergebnis sein, inwieweit die neuen Aufsichtsbehörden letztlich auch mit eigenen Befugnissen ausgestattet und in die operative Aufsicht eingebunden werden; instruktiv dazu *Hopt*, NZG 2009, 1401 ff., zum Verordnungsvorschlag über eine europäische Versicherungsaufsichtsbehörde siehe auch *Forst*, VersR 2010, 155 ff.

ne fristgerechte Umsetzung des *Financial Services Action Plan* ("FSAP") möglich zu machen.⁶⁶ Das Verfahren ist nach *Baron Alexandre Lamfalussy* benannt, der seinerzeit den Vorsitz des „Ausschusses der Weisen“ hatte, und auf dessen Arbeiten der beschleunigte Gesetzgebungsprozess auf Grundlage eines Vier-Stufen-Plans zurückzuführen ist.⁶⁷ Seit dem Ratsbeschluss von Dezember 2002 ist das *Lamfalussy*-Verfahren für den gesamten EU-Finanzsektor anzuwenden.⁶⁸

Auf der ersten Ebene des *Lamfalussy*-Verfahrens wird nach Art. 294 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁶⁹ im Mitentscheidungsverfahren durch den Rat und das Parlament eine sog. Rahmenrichtlinie erlassen, die noch keine technischen Details enthalten soll, sondern vielmehr einen inhaltlichen Rahmen für die Regelungsfelder der Richtlinie absteckt.⁷⁰

Die Rahmenrichtlinie wird dann auf der zweiten Ebene durch weitere Durchführungsrichtlinien und/oder -verordnungen im Komitologieverfahren ergänzt, die die Details zur Ausfüllung der Rahmenrichtlinie enthalten.⁷¹

Eine wichtige Rolle auf Ebene zwei des *Lamfalussy*-Verfahrens nehmen die erwähnten *Lamfalussy*-Komitees (auch die „3 Level 3 Komitees“ genannt) *CEBS*⁷², *CESR*⁷³ und *CEIOPS*⁷⁴ ein, die sich aus hochrangigen

⁶⁶ Trotzdem ist das *Lamfalussy*-Verfahren nicht unumstritten; vielmehr stehen Fragen wie die demokratische Kontrolle und der demokratischen Legitimation der 3 Level 3 Komitees sowie die drohende Gefahr einer Überregulierung im Zentrum öffentlicher Kritik; weiterführend *Möllers*, ZEuP 2008, 480, 485 ff.; *Kasten*, ZBB 2008, 238, 241 f.; *Wandt*, VW 2007, 473 ff.; v. *Wogau*, ZEuP 2002, 695, 698; *Schmolke*, NZG 2005, 912, 915 ff.; *ders.* EuR 2006, 432 ff.; *Claßen/Heegemann*, Kreditwesen 2003, 1200, 1202 f.; *Bürkle*, VersR 2009, 866, 872 f.

⁶⁷ Ausschusses der Weisen, Schlussbericht des Ausschusses der Weisen über die Regulierung der europäischen Wertpapiermärkte, 15. Februar 2001.

⁶⁸ Ausführlich *Möllers*, ZEuP 2008, 480, 483 ff.

⁶⁹ Vormalig Art. 251 EGV.

⁷⁰ *Möllers*, ZEuP 2008, 480, 483 spricht insoweit von der Vorgabe „politischer Grundentscheidungen“ durch die Rahmenrichtlinie; *Claßen/Heegemann*, Kreditwesen 2003, 1200 sprechen insoweit von „Basisrechtsakten“.

⁷¹ *Möllers*, ZEuP 2008, 480, 483; Hierin wird einstimmig eine beträchtliche Aufwertung des Komitologieverfahrens gesehen, die für das *Lamfalussy*-Verfahren charakteristisch ist, vgl. *Baran*, Österreichisches Versicherungsaufsichtsrecht, S. 6.

⁷² Für den Bankensektor ebenso bedeutend ist der Europäische Bankenausschuss (*European Banking Committee*, "EBC"), der sich aus hochrangigen Vertretern der Mitgliedsstaaten zusammensetzt und auf der zweiten Stufe des *Lamfalussy*-Verfahrens ebenfalls für den Erlass von Durchführungsmaßnahmen zuständig ist, Kommissionsbeschluss 2004/10/EG.

Vertretern der jeweiligen Aufsichtssektoren der Mitgliedsstaaten zusammensetzen. Zu den Aufgaben der *Level 3 Komitees* gehört es auch, unverbindliche Anleitungen und Empfehlungen zu den auf den Ebenen 1 und 2 verbindlich zu setzenden Rechtsakten zu erlassen. Die einzelnen technischen Ausarbeitungen werden von der *Europäischen Kommission* bei der Veröffentlichung ihrer Entwürfe für Durchführungsmaßnahmen berücksichtigt. In diesem Rahmen finden oftmals die internationalen aufsichtsrechtlichen Standards des *BCBS*, *IOSCO*, *IAIS* bzw. des gemeinsamen *Joint Forums* oder aber anderer internationaler Standardsetzer Berücksichtigung.

Auf der dritten Stufe des *Lamfalussy*-Prozesses erarbeiten die *3 Level 3 Komitees* unverbindliches *Softlaw* in Form von Empfehlungen, Leitsätzen und Standards für die tägliche Aufsichtspraxis in den Mitgliedsstaaten, um eine kohärente und gleichwertige Umsetzung der auf den Stufen 1 und 2 erlassenen Rechtsakte zu fördern.⁷⁵ Auch hier finden internationale Grundsätze Berücksichtigung. Auf Ebene vier wird die einheitliche Umsetzung der Richtlinienvorgaben durch die Mitgliedsstaaten überwacht. Bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben kann es wiederum zu einer Orientierung an internationalen aufsichtsrechtlichen Grundsätzen kommen. So ist es beispielsweise nicht unüblich, dass die *BaFin* im Rahmen der Konkretisierung aufsichtsrechtlicher Anforderungen durch Rundschreiben Bezug auf internationale Aufsichtsstandards nimmt.⁷⁶

⁷³ Für den Wertpapiersektor ebenso bedeutsam ist der EU-Wertpapierausschuss (*European Securities Committee*, "*ESC*"), der sich aus hochrangigen Vertretern der Mitgliedsstaaten zusammen setzt und auf der zweiten Stufe des *Lamfalussy*-Verfahrens für den Erlass von Durchführungsmaßnahmen zuständig ist, Kommissionsbeschluss 2001/528/EG, siehe hierzu *Möllers*, ZEuP 2008, 480, 485.

⁷⁴ Für den Versicherungssektor ebenso bedeutsam ist der Europäische Ausschuss für Versicherungswesen und die betriebliche Altersvorsorge (*European Insurance and Occupational Pensions Committee*, "*EIOPC*"), der der sich aus hochrangigen Vertretern der Mitgliedsstaaten zusammen setzt und auf der zweiten Stufe des *Lamfalussy*-Verfahrens für den Erlass von Durchführungsmaßnahmen zuständig ist, Kommissionsbeschluss 2004/9/EG.

⁷⁵ *Möllers*, ZEuP 2008, 480, 483 f. m.w.N.

⁷⁶ Siehe Fn. 64.

V. Aufgabenstellung

Im Folgenden sollen die aktuellen aufsichtsrechtlichen Anforderungen an Auslagerungen nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz, also im Wesentlichen die des § 64a Abs. 4 VAG dargestellt werden.

Bei Auslagerungen von Tätigkeiten sind allerdings in aller Regel gleich mehrere Rechtsfelder und -fragen zu berücksichtigen, insbesondere treten neben aufsichtsrechtlichen Themen auch gesellschafts-, konzern-⁷⁷ und arbeitsrechtliche Fragestellungen auf. Besondere Vorsicht ist im Rahmen der Feststellung geboten, ob die Auslagerung auch die Voraussetzungen eines Betriebsübergangs nach § 613a BGB erfüllt.⁷⁸ Auslagerungen können aber auch aus steuerlicher Sicht bedeutsam werden.⁷⁹ Ebenso gilt es, datenschutzrechtliche Probleme zu berücksichtigen und zu bewältigen.⁸⁰ Beispielsweise verfügen Banken in aller Regel über detaillierte Informationen über die persönlichen und finanziellen Verhältnisse ihrer Kunden, zu deren Einholung sie sogar teilweise verpflichtet sind, etwa bei der Erbringung von Dienstleistungen im Bereich der Anlageberatung oder Vermögensverwaltung.⁸¹ Ähnliches gilt bei der Vergabe von Krediten.⁸² Bei den Versicherungsunternehmen verfügen insbesondere die Kranken- und Lebensversicherungsunternehmen über detaillierte Gesundheitsdaten ihrer Versicherungsnehmer. In diesem sensiblen Bereich besteht oftmals die Gefahr einer Verletzung des § 203 Abs. 1 Nr. 6 StGB, die mit Freiheitsentzug geahndet werden kann.⁸³ Diese Fragestellungen müssen weitestgehend ausgeklammert bleiben.

⁷⁷ Hierzu *Mülbert* in: Funktionsauslagerung (Outsourcing) bei Kreditinstituten, 3 ff., der Themen des Gesellschafts- und Konzernrechts im Zusammenhang mit Auslagerungen bei Banken beleuchtet.

⁷⁸ Zu den arbeitsrechtlichen Fragestellungen des Outsourcings siehe beispielsweise *Schiefer*, NZA 1998, 1095 ff.; *Graf v. Westphalen*, WM 1999, 1810 ff.; *Löw* in: *Büchner/Kokert/Schmalzl*, Rn. 168 ff.; *Clever* in: *Outsourcing und Insourcing in der Finanzwirtschaft*, S. 243 ff.

⁷⁹ *Küppers* in: *Büchner/Kokert/Schmalzl*, Rn. 239 ff.; *Schubert/Jaster* in: *Outsourcing und Insourcing in der Finanzwirtschaft*, S. 71 ff.

⁸⁰ Zu den datenschutzrechtlichen Besonderheiten siehe beispielsweise *Graf v. Westphalen*, WM 1999, 1810, 1814 ff.; *Herweg* in: *Büchner/Kokert/Schmalzl*, Rn. 322 ff.; *Wicker/Wollinsky* in: *Outsourcing und Insourcing in der Finanzwirtschaft*, S. 268 ff.; *Gutmann*, S. 43 ff.; empfehlenswert ist vor allem aber die Lektüre des Leitfadens *Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherung e.V.*, *Datenschutz und Outsourcing*.

⁸¹ § 31 Abs. 4 S. 1 WpHG.

⁸² § 18 S. 1 KWG.

⁸³ Vertiefend *Heghmanns/Niehaus*, NStZ 2008, 57 ff.

Die jetzt im Rahmen von § 64a Abs. 4 VAG relevanten aufsichtsrechtlichen Anforderungen gehen weit über die bisherigen Anforderungen an Funktionsausgliederungen nach § 5 Abs. 3 Nr. 4 VAG hinaus, mit denen sich allen voran *Kagelmacher*⁸⁴ und *Zimmerer*⁸⁵ bereits eingehend beschäftigt haben. Die vollständige Darstellung der Anforderungen an Auslagerungen macht es dennoch erforderlich, die Funktionsausgliederungs- und sonstigen Dienstleistungsverträge eingangs zu erläutern. In diesem Zusammenhang sollen auch Entgeltbegrenzungen bei Dienstleistungsverträgen mit verbundenen Nicht-Versicherungsunternehmen nach § 53d VAG kurz angesprochen werden, die oftmals bei Auslagerungen relevant werden.

Bei der Erörterung des § 64a Abs. 4 VAG sollen nun Parallelen, aber auch Widersprüche zu der verwandten bankaufsichtsrechtlichen Auslagerungsvorschrift des § 25a Abs. 2 KWG dargestellt und die jeweils einschlägigen Rundschreiben der *BaFin* mit in die Gesamtbetrachtung einbezogen werden. Dadurch soll die neue Stellung der Auslagerung innerhalb der ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation eines Versicherungsunternehmens und deren hohe Relevanz für das Risikomanagement herausgestellt werden. Auf eine ausführliche Darstellung der Auslagerungsgrundsätze des WpHG wird dagegen verzichtet, zumal das WpHG diesbezüglich im Wesentlichen auf das KWG verweist.⁸⁶ Wo es sinnvoll erscheint, sollen aber immer wieder auch mittlerweile überholte bzw. aufgegebene Anforderungen an Auslagerungen aus Sicht der Aufsichtsbehörde dargestellt werden, um auf diese Weise mehr Licht in die knappen und prinzipienartig formulierten Auslagerungsgrundsätze des Aufsichtsrechts zu bringen.

Das Aufsichtsrecht ist mittlerweile vor allem international geprägt. Deswegen sollen auch immer wieder Bezüge zu internationalen Vorgaben – sei es in Form von Richtlinienvorgaben oder aber lediglich unverbindlichen Empfehlungen oder Standards – hergestellt werden.

Für den Bereich der Versicherungsaufsicht setzt Solvency II nun neue einheitliche Mindestanforderungen für Auslagerungen in Europa. An

⁸⁴ *Kagelmacher*, S. 125 ff.

⁸⁵ *Zimmerer*, S. 27 ff.

⁸⁶ Siehe § 33 Abs. 2 WpHG.