

Franz Unkel

Die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten als öffentlich-rechtlich bestellter Verwaltungsmittler

Ein Beitrag zum Versicherungs-
aufsichtsrecht und zum Problem der
Inländerdiskriminierung

Dr. Franz Unkel

Die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten
als öffentlich-rechtlich bestellter Verwaltungsmittler

Ein Beitrag zum Versicherungsaufsichtsrecht
und zum Problem der Inländerdiskriminierung

Veröffentlichungen des Instituts für Versicherungsrecht
der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Band 8

Herausgeber: Prof. Dr. Dirk Looschelders
Prof. Dr. Lothar Michael

Die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten als öffentlich-rechtlich bestellter Verwaltungsmittler

Ein Beitrag zum Versicherungs-
aufsichtsrecht und zum Problem der
Inländerdiskriminierung

Dr. Franz Unkel

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 Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität
Düsseldorf, 2011 –

Erstgutachter: Prof. Dr. Lothar Michael
Zweitgutachter: Prof. Dr. Dirk Looschelders
Tag der mündlichen Prüfung: 26. April 2011

D 61

© 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 1867-870X

ISBN 978-3-89952-626-4

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf unter dem Rektorat des Universitätsprofessors Dr. med. Dr. phil. Hans Michael Piper und unter dem Dekanat des Universitätsprofessors Dr. iur. Jan Busche im Frühjahr 2011 als Dissertation angenommen; die mündliche Prüfung in Form einer Disputation fand ebenfalls im Frühjahr 2011 statt.

Text, Rechtsprechung und Literatur besitzen im Wesentlichen den Stand Dezember 2010. Lediglich einige kleine Änderungen beziehungsweise Ergänzungen sowie das Urteil des EuGH vom 1. März 2011 zu Unisexstarifen im Versicherungswesen wurden noch nachträglich eingearbeitet beziehungsweise berücksichtigt. Hinsichtlich der nach Anfertigung und Abgabe dieser Dissertation am 14. Dezember 2010 im Januar 2011 erschienenen Dissertation von Bernhard Fiedler, die ebenfalls die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten behandelt, konnten nur noch Verweise am Anfang der Arbeit („Einführung“) sowie am Ende der Arbeit („Fazit“) aufgenommen werden. Das Anfang 2011 erschienene, von Gunne W. Bähr herausgegebene Handbuch zum Versicherungsaufsichtsrecht konnte nur in der „Einführung“ berücksichtigt werden.

Mein Dank gilt Prof. Dr. Lothar Michael, der die Entstehung der Dissertation mit großem Interesse verfolgt und stets konstruktiv-kritisch begleitet hat. Ferner gilt mein Dank ihm und Prof. Dr. Dirk Looschelders für die jeweils zeitnahe Erstellung ihrer Gutachten sowie für ihre Bereitschaft, die vorliegende Arbeit in die von ihnen herausgegebene „Düsseldorfer Reihe“ aufzunehmen.

Die Veröffentlichung wurde finanziell unterstützt durch den Freundeskreis der Düsseldorfer Juristischen Fakultät e.V., Universitätsstraße 1, 40225 Düsseldorf, <http://www.jura.uni-duesseldorf.de/vereine/freundeskreis/>, dem an dieser Stelle für seine Förderung ebenfalls gedankt sei. Dem Bundesverwaltungsgericht sowie dem Hamburgischen Obergericht danke ich für ihre Zustimmung, die im Anhang dieser Arbeit abgedruckten

Beschlüsse beziehungsweise das im Anhang dieser Arbeit abgedruckte Urteil veröffentlichen zu dürfen.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen Eltern, Herrn Franz Ferdinand Werner Unkel und Frau Helga Grüber-Unkel, geborene Grüber, die mich stets in jeglicher Hinsicht umfassend unterstützt und gefördert haben – danke! Meiner Schwester, Frau Clara Unkel, danke ich für ihre Unterstützung und jederzeitige Bereitschaft, Hilfe zu leisten.

Darüber hinaus danke ich auch allen anderen, deren Unterstützung ich erfahren durfte. Insbesondere gilt mein Dank den Kolleginnen und Kollegen an der Juristischen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf, Herrn Daniel Dunz, Herrn Ass. iur. Torsten Grapat, Herrn Ass. iur. Christian Kemler, Frau Dipl.-Jur. Christina Keune, Frau Dipl.-Jur. Julia Leven, Herrn Dipl.-Jur. Carl Georg Müller, Frau Sarah Schreiner und Herrn Dr. iur. Lars Wildhagen, sowie ferner Herrn Dipl.-Jur. Daniel Rhode. Herrn Martin Kirschbaum danke ich für seine Hilfe beim Korrekturlesen der Arbeit.

Mönchengladbach, im August 2011

Franz Unkel

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XV
Einführung	1
Teil 1 Versicherungswirtschaft, Versicherungsaufsicht und Inländerdiskriminierung	9
§ 1 Versicherungswirtschaft und Notwendigkeit der Versicherungsaufsicht	10
A. Die Versicherungswirtschaft im Überblick	10
I. Sozialversicherungsträger und Individualversicherer	10
II. Gesellschaftliche und volkswirtschaftliche Bedeutung	12
B. Notwendigkeit einer staatlichen Aufsicht	18
§ 2 Aufgabe und konzeptionelle Ausgestaltung der Versicherungsaufsicht	23
A. Aufgabe einer staatlichen Versicherungsaufsicht	23
I. Ursprüngliches Aufgabenverständnis	23
II. Wandel des Verständnisses von staatlicher (Wirtschafts-)Aufsicht	27
1. Gefahrenabwehr und Gefahren- beziehungsweise Risikovorsorge	29
2. Ineinanderwirken von Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge	34
III. Heutiges Aufgabenverständnis	37
1. Strukturtheorie und Schutztheorie	38
2. Schutzzweck der Versicherungsaufsicht	40
3. Der Einfluss der subjektiv- und objektivrechtlichen Bedeutung der Grundrechte	47
IV. Versicherungsaufsicht als Teil der Finanz- und Wirtschaftsaufsicht	51
1. Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine Wirtschaftsaufsicht ..	52
2. Aufgabe und Ausübung der Wirtschaftsaufsicht	54
3. Instrumente der Wirtschaftsaufsicht	56
4. Versicherungsaufsichtsrecht als besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht	58

B. Verfassungs- und unionsrechtliche Einflüsse auf die Konzeption der Versicherungsaufsicht	60
I. Entstehung und Entwicklung der Versicherungsaufsicht in Deutschland	60
II. Konzeption und Kompetenzen der Versicherungsaufsicht	63
1. Aufsichtssystem	65
2. Verschiedene Aufsichtsbereiche	68
3. Aufsichtsinstrumente, -grundsätze und -prinzipien	70
III. Die Inländerdiskriminierung als unions- und verfassungsrechtliches Problem	72
1. Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung nach Unionsrecht	76
a) Unionsrechtliche Diskriminierungsverbote	76
b) Unionsrechtlicher Gleichheitssatz	78
aa) Frage nach der Anwendbarkeit der Grundrechte-Charta ...	80
bb) Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 20 GR-Charta	87
2. Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung nach dem Grundgesetz	89
a) Problemstellung	90
b) Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG in Rechtsprechung und Schrifttum	93
c) Stellungnahme zur Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 3 Abs. 1 GG	96
d) Vereinbarkeit mit Art. 12 GG	107
3. Konsequenz der Zulässigkeit der Inländerdiskriminierung	108
IV. Institutionelle Aufsichtskonzeption	109
Teil 2 Die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten im Versicherungsaufsichtsrecht	113
§ 3 Der Sonderbeauftragte als Eingriffsinstrument der Versicherungsaufsicht	114
A. Ursprung, Entwicklung und gesetzliche Grundlage	114
B. Sinn und Zweck sowie Geltungsbereich	126
§ 4 Auswahl, Bestellung und Abberufung eines Sonderbeauftragten	129
A. Die Voraussetzungen der Einsetzung eines Sonderbeauftragten ..	129
I. Die Voraussetzungen nach § 83a Abs. 1 Nr. 1 VAG	129
1. Geschäftsleiter	129
a) Versicherungsaktiengesellschaft	130

b) Europäische Versicherungsgesellschaft	131
c) Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	132
d) Versicherungsunternehmen als Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts	133
e) Sonderfälle aufgrund von Satzungsbestimmungen	133
f) Hauptbevollmächtigte sowie weitere als Geschäftsleiter einzuordnende Personen	134
2. Qualifikation eines Geschäftsleiters	135
a) Fachliche Eignung	135
b) Zuverlässigkeit	138
3. Tatsachenbegriff und erforderliche Qualifikation	143
4. Weitere Vorgaben.....	146
II. Die Voraussetzungen nach § 83a Abs. 1 Nr. 2 VAG	147
1. „Bestimmungen dieses Gesetzes“	147
2. „zur Durchführung dieses Gesetzes erlassene Verordnungen“	148
3. „Anordnungen“	148
a) Keine normkonkretisierenden Verwaltungsvorschriften	149
b) Verwaltungsakte gemäß § 35 VwVfG als Anordnungen	151
c) Keine Notwendigkeit eines Gesetzesverstößes	153
aa) Wahrung des Wesentlichkeits- und des Bestimmtheitsgrundsatzes	154
bb) Keine Beschränkung auf eine Legalitätskontrolle	157
d) Wirksame Verwaltungsakte als Anordnungen	159
4. Nachhaltiger Verstoß	159
a) Temporärer und inhaltlicher Aspekt	160
b) Kein Erfordernis eines Verschuldens	162
5. Exkurs: Auswirkungen auf das Klagezulassungsverfahren nach § 148 Abs. 1 AktG	165
III. Die Voraussetzungen nach § 83a Abs. 1 Nr. 3 VAG	167
1. Gefährdung der dauernden Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungen	167
2. Tatsachenbegriff und erforderliche Qualifikation	170
3. Auffangtatbestand	171
IV. Die Voraussetzungen nach § 83a Abs. 1 Nr. 4 VAG	171
1. Mitglieder des Aufsichtsrats	172
2. Zuverlässigkeit und erforderliche Sachkunde	172

3. Tatsachenbegriff und erforderliche Qualifikation	175
4. Weitere Vorgaben	175
V. Die Voraussetzungen für spezielle Versicherungs-	
unternehmen	176
1. Die Voraussetzungen für Rückversicherungsunternehmen	176
2. Die Voraussetzungen für Versicherungs-Zweck-	
gesellschaften	177
3. Die Voraussetzungen für Versicherungs-Holding-	
gesellschaften	177
VI. Weitere Normen mit Bezug zum Instrument des	
Sonderbeauftragten	178
1. Das Abwicklungsverfahren nach § 47 VAG	179
2. Das Einschreiten gegen unerlaubte Versicherungsgeschäfte	
nach § 81f VAG	179
3. Der Widerruf der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb nach	
§ 87 VAG	180
4. Der Hauptbevollmächtigte nach § 106 VAG	181
VII. Zusätzliche ungeschriebene Bestellungs Voraussetzungen?	182
1. Das Instrument der Verwarnung	182
2. Das Instrument der Vorlage eines Sanierungsplans	185
B. Die Einsetzung eines Sonderbeauftragten als	
Ermessensentscheidung	187
I. Das Verhältnis zur Generalklausel des § 81 Abs. 2 S. 1 VAG	187
II. Grundrechtlicher Bezug der Einsetzung eines	
Sonderbeauftragten	190
1. Grundrechtsrelevanz im Hinblick auf Art. 12 GG	190
2. Grundrechtsrelevanz im Hinblick auf Art. 14 GG	198
3. Grundrechtsrelevanz im Hinblick auf Art. 2 Abs. 1 GG	201
III. Entschließungsermessen	202
IV. Auswahlermessen	204
C. Auswahl und Bestellung eines Sonderbeauftragten	207
I. Qualifikationsanforderungen	207
II. Bestellungsverfahren: Die Einsetzung eines	
Sonderbeauftragten als Verwaltungsakt	208
1. Formelle Rechtmäßigkeit	211
a) Adressaten des Verwaltungsakts	212
b) Die Frage nach weiteren Verfahrensbeteiligten	215

2. Materielle Rechtmäßigkeit	216
3. Keine Notwendigkeit einer Androhung	216
4. Unterrichtungspflicht über Sanierungsmaßnahmen	217
D. Abberufung eines Sonderbeauftragten	219
I. Abberufung des Sonderbeauftragten durch die Aufsichtsbehörde	219
1. Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Alt. 2 VwVfG	221
2. Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwVfG	222
3. Abberufung durch Widerruf	228
II. „Amtsniederlegung“ des Sonderbeauftragten	230
§ 5 Rechtliche Einordnung des versicherungs- aufsichtsrechtlichen Sonderbeauftragten	233
A. Eigenschaften der Rechtsfigur des Sonderbeauftragten	233
B. Der Sonderbeauftragte als spezielle Rechtsfigur	238
I. Die Rechtsfigur des Treuhänders gemäß §§ 77 ff. Erbhofverfahrensordnung	238
II. Das Institut der Betriebsaufsicht im nordrhein-westfälischen Waldwirtschaftsrecht	239
III. Der managing custodian nach Gesetz Nr. 52 in der Britischen Zone	240
IV. Ergebnis	241
C. Abgrenzung zu klassischen Erscheinungsformen anderer Beauftragter	243
I. Einordnung als Staatskommissar?	243
II. Einordnung als Beliehener?	246
III. Einordnung als Verwaltungshelfer?	247
IV. Einordnung als öffentlich-rechtlicher Beauftragter?	248
V. Einordnung als Notvorstand?	249
VI. Einordnung als Treuhänder?	250
VII. Einordnung als Betriebs- oder Unternehmensbeauftragter?	251
D. Der Sonderbeauftragte als öffentlich-rechtlich bestellter Verwaltungsmittler	254
I. Beziehung hinsichtlich des betroffenen Versicherungs- unternehmens	258
II. Beziehung hinsichtlich der Aufsichtsbehörde	264
III. Konsequenz – Rechtliche Einordnung der Rechtsfigur des Sonderbeauftragten	275

E. Bedeutung der Rechtsfigur des Sonderbeauftragten	283
§ 6 Haftungsfragen und Rechtsschutzmöglichkeiten	285
A. Haftungsfragen	285
I. Haftung des Sonderbeauftragten	285
1. Zivilrechtliche Haftung	286
2. Strafrechtliche Haftung	288
II. Haftung der Aufsichtsbehörde	292
III. Haftung des betroffenen Versicherungsunternehmens	297
B. Rechtsschutzmöglichkeiten	302
I. Rechtsschutz hinsichtlich der Bestellung und der Abberufung des Sonderbeauftragten	302
II. Rechtsschutz hinsichtlich konkreter Maßnahmen des Sonderbeauftragten	305
III. Rechtsschutzmöglichkeiten des Sonderbeauftragten	306
Teil 3 Zusammenfassung	309
§ 7 Fazit und ein Ausblick auf Solvency II	310
A. Fazit	310
B. Ein Ausblick: Solvency II	313
Anhang.....	317
Literaturverzeichnis	349
Verzeichnis ausgewählter weiterer Quellen mit Bezug zum Sonderbeauftragten.....	393

Abkürzungsverzeichnis

ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz / Absätze
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
AnlV	Anlageverordnung
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift für Recht und Wirtschaft)
Bd.	Band
Begr.	Begründer
BerVersV	Versicherungsberichterstattungs-Verordnung
Bf.	Beschwerdeführer
BFHE	Entscheidungssammlung des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BörsG	Börsengesetz
Bundestagsdrucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts

BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichts
BZRG	Bundeszentralregistergesetz
DKG	Deutsche Kriegsversicherungsgemeinschaft
DÖV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
Drucks.	Drucksache
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
DVfVW	Deutscher Verein für Versicherungswissenschaft
DVO BAG	Durchführungsverordnung Bundesaufsichtsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einl.	Einleitung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitschrift
EUR	Euro
EuR	Europarecht (Zeitschrift)
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (Zeitschrift)
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
FinDAGKostV	Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
Frankfurt/M.	Frankfurt am Main
GB BAV	Geschäftsbericht des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen (Zeitschrift)
GDV	Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft

GewArch	Das Gewerbearchiv (Zeitschrift)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GO	Gemeindeordnung
GRCh	Grundrechte-Charta
GR-Charta	Grundrechte-Charta
GVBl. NW	Gesetzes- und Verordnungsblatt Nordrhein-Westfalen
HdbStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HG	Hochschulgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
i.d.F.	in der Fassung
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
KapitalausstattungsV	Kapitalausstattungs-Verordnung
KG	Kammergericht
KrW-/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
lit.	littera
MaRisk VA	Rundschreiben 3/2009 (VA) – Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk VA) – vom 22. Januar 2009
Mrd.	Milliarden
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenzeitschrift
No.	Nummer
Nr.	Nummer / Nummern
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht – Rechtsprechungs-Report
NW	Nordrhein-Westfalen
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungssammlung des Oberverwaltungsgerichts
PolG NW	Polizeigesetz Nordrhein-Westfalen
PrOVGE	Entscheidungssammlung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
RechVersV	Versicherungsunternehmens-Rechnungslegungsverordnung
RFH	Reichsfinanzhof
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer / Randnummern
Rs.	Rechtssache
RWM	Reichswirtschaftsministerium
RWMBL.	Ministerialblatt des Reichswirtschaftsministerium
S.	Satz / Sätze
SE	Societas Europaea (Europäische Gesellschaft)
SEAG	SE-Ausführungsgesetz
SGB IV	Sozialgesetzbuch IV
Slg.	Entscheidungssammlung des Europäischen Gerichtshofs
Solvency II	Richtlinie 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009, ABl. L335/1 vom 17. Dezember 2009
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
u.	und
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
v.	von

VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante / Varianten
VerBAV	Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen (Zeitschrift)
VerRAV	Veröffentlichungen des Reichsaufsichtsamtes für das Versicherungswesen (Zeitschrift)
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VersWissArch	Versicherungswissenschaftliches Archiv (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Vgl. / vgl.	Vergleiche / vergleiche
VN	Versicherungsnehmer
Vorb v	Vorbemerkung vor
Vorbem.	Vorbemerkung
VO Statut SE	Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), ABl. L294/1 vom 10. November 2001
VP	Die Versicherungspraxis (Zeitschrift)
VV	Versicherungsverträge
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Zeitschrift)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW	Versicherungswirtschaft (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
WHG	Wasserhaushaltsgesetz
WiVerw.	Wirtschaft und Verwaltung (Zeitschrift)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht)
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
ZAG	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz
ZfV	Zeitschrift für das Versicherungswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
zit.	zitiert

ZKredW
ZPO
ZVersWiss

Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
Zivilprozessordnung
Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

Einführung

Untersuchungsgegenstand und Aufbau der Arbeit

Die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten ist ein Thema, welches bisher in der Fachliteratur nur wenig Aufmerksamkeit gefunden hat.¹ Soweit ersichtlich sind die im Januar 2011 erschienene Dissertation von *Bernhard Fiedler*² sowie die vorliegende Dissertation die ersten Arbeiten, die die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten ausführlich behandeln. Auf den ersten Blick mag es verwunderlich sein, dass die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten bisher nur wenig Aufmerksamkeit gefunden hat, handelt es sich doch bei ihr um ein „praktisch besonders bedeutsam[es]“³ und somit „wichtiges aufsichtsrechtliches Instrument“⁴. Seine rechtliche Einordnung mitsamt seinen offenen Fragen tritt nicht klar hervor,⁵ obwohl doch die Einsetzung eines Sonderbeauftragten weit in verfassungsmäßig geschützte Rechtspositionen eingreifen kann. Der zweite Blick aber lässt erkennen, dass die Versicherungsaufsicht „weitgehend im Verborgenen funktioniert“⁶. Das mag damit zusammenhängen, dass das Versicherungsaufsichtsrecht vielfach ein von Kooperation und Konsens geprägtes Aufsichtssystem ist, es also vergleichsweise nur selten zu gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen Aufsichtsbehörden und Versicherungsunternehmen gekommen ist.⁷ In der Folge hat das Versicherungsaufsichtsrecht daher im Vergleich zu anderen Bereichen des besonderen Wirtschaftsverwaltungsrechts insgesamt gesehen nicht die gleiche umfangreiche Beachtung durch die Wissenschaft erfahren. Hierin mag dann auch die Ursache dafür zu sehen sein, dass die

¹ So schon *Rühe*, ZfV 1956, S. 545 (546); die Aussage von *Fuchs*, Beauftragte, 1985, S. 43 f., wonach der Sonderbeauftragte im Versicherungsrecht besonders erforscht sein soll, war bisher eindeutig zu weit.

² *Fiedler*, Sonderbeauftragter als Eingriffsinstrument, 2010, S. 1 ff., der einen Schwerpunkt in seiner Arbeit auf den Aspekt „Sonderbeauftragter und Corporate Governance“ legt und diesem entsprechend seiner Untersuchung einen gesellschaftsrechtlichen Ansatz zugrundelegt, wohingegen die vorliegende Arbeit einen öffentlich-rechtlichen Ansatz verfolgt; vgl. hinsichtlich der Arbeit von *Bernhard Fiedler* auch den Hinweis im Vorwort dieses Buches sowie Fn. 1422.

³ *F. Büchner*, in: Möller, Zweiter Weltkongress, Bd. 1, 1967, S. 61 (68).

⁴ So zuletzt noch in der Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung eines Maßnahmenpaketes zur Stabilisierung des Finanzmarktes“, Bundestagsdrucks. 16/10600, S. 12.

⁵ *R. Schmidt*, in: Große/Müller-Lutz/Schmidt, Versicherungszyklopädie, Bd. 3, 4. Aufl., 1991, S. 605 (644); *R. Schmidt/Schirmer*, Rechtslehre des Versicherungswesens, 2. Aufl., 1997, S. 36.

⁶ *Kalwar/Stöhr*, VW 1976, S. 680 (680); *Bürkle*, in: Bürkle, Compliance, 2009, § 1, Rn. 55, der festhält, dass gerade Maßnahmen gegenüber Geschäftsleitern meist relativ „geräuschlos“ erfolgten.

⁷ *Barbey*, VersR 1985, S. 101 (102); *Kraus*, Versicherungsaufsichtsrecht, 1971, S. 72; ähnlich auch schon *Widmann*, ZfV 1936, S. 184 (185).

Rechtsfigur des Sonderbeauftragten in der Fachliteratur vergleichsweise nur wenig Beachtung gefunden hat. Gleichwohl bedarf das Versicherungsaufsichtsrecht im Allgemeinen wie auch die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten im Besonderen aber gerade deswegen (wieder)⁸ einer noch breiteren wissenschaftlichen Betrachtung, insbesondere aus verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Perspektive. Dies gilt umso mehr, als zum einen „der Sache nach gar nicht das Aufsichtsamt allein [...] das [...] administrative Aufsichtsrecht hervorbringt. Es handelt sich vielmehr um einen kooperativen Willensbildungs- und Normensetzungsprozeß, in dem das Aufsichtsamt zwar gleichsam die Koordinierungsstelle darstellt, an dem aber die Versicherungswirtschaft selbst und die Versicherungswissenschaft in kooperativer Verantwortung beteiligt sind“⁹.

Zum anderen sind aber auch weiterhin entsprechende Fragen bisweilen nicht abschließend geklärt. Die Notwendigkeit zur „Klärung“ besteht aber, wenn auch nicht zwingend aus praktischer Sicht, so doch jedenfalls aus objektiv-rechtlicher, insbesondere aus rechtsstaatlicher Perspektive.¹⁰ Denn es sind zum einen die Grundrechte, die als Abwehrrechte des Bürgers Eingriffe des Staates unter den Vorbehalt des Gesetzes stellen und auf das erforderliche Maß begrenzen, zugleich aber auch solche Eingriffe, in ihrer Funktion als dem Staat auferlegte Schutzpflichten, legitimieren.¹¹ Zum anderen wirken auch die Verfassungsprinzipien des Grundgesetzes und hier insbesondere das Rechts- und Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1, 2 und 3 GG auf das Aufsichtsverhältnis zwischen Versicherungsaufsicht und Versicherungswirtschaft ein.¹² Es sind diese Aspekte, die eine nähere Beschäftigung auch mit dem Bereich des Versicherungsaufsichtsrechts als „eine

⁸ Gerade zu Beginn der Versicherungsaufsicht scheint das Versicherungsaufsichtsrecht vergleichsweise mehr Beachtung durch die Wissenschaft erfahren zu haben; so erschienen beispielsweise binnen Jahresfrist nach Inkrafttreten des VAG am 1. Januar 1902 gleich elf neue Kommentare; *Moldenhauer*, Aufsicht über Versicherungsunternehmungen, 1903, Vorwort.

⁹ So *W. Weber*, zitiert bei *Sieg*, *ZVersWiss* 1979, S. 91 (91). – Beispiele für dieses Kooperationsverhältnis sind der gemäß § 92 VAG bestehende Versicherungsbeirat sowie die regelmäßig von der BaFin durchgeführten Konsultationsverfahren.

¹⁰ So weist *Möller*, in: *Stödter/Thieme*, *Hamburg/Deutschland/Europa*, 1977, S. 465 (484), auf die Notwendigkeit hin, „besonders aufmerksam jene rechtsstaatlichen Grenzen der Versicherungsaufsicht zu wahren“; *Fehling*, in: *Bergeest/Labes*, *Liber amicorum Winter*, 2007, S. 171 (171), hält fest, dass sich die Versicherungsaufsicht in einem Wandel befindet, der „von öffentlich-rechtlicher Seite noch wenig wahrgenommen“ wird.

¹¹ *Pieper*, *Aufsicht*, 2006, S. 279.

¹² *Pieper*, *Aufsicht*, 2006, S. 279.

eminent komplizierte Materie¹³ anzeigen. Denn „Notwendigkeit, Art, Inhalt und Ausgestaltung der Staatsaufsicht lassen sich erst aus der Zusammenschau einer Vielzahl von Regelungen und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Wirtschaftszweiges Versicherungswesen ermitteln“¹⁴.

Hinzu kommt, dass nach *Eberhard Schmidt-Aßmann* alle Teilgebiete des öffentlichen Wirtschaftsrechts – und somit auch das Versicherungsaufsichtsrecht – zur Fortentwicklung der allgemein-verwaltungsrechtlichen Lehren beitragen können.¹⁵ So ist gerade das Versicherungsaufsichtsrecht ein Beispiel für die Dokumentation des „Wandel[s] der Staatsaufsicht von der punktuellen Intervention zur Ausbildung von Dauerrechtsverhältnissen mit starken Elementen der Eigenkontrolle“¹⁶. Auch deshalb ist eine möglichst breite Auseinandersetzung mit dem Versicherungsaufsichtsrecht nicht nur sinnvoll, sondern geboten. Die in jüngerer Zeit erschienenen Publikationen¹⁷ sowie insbesondere das von *Gunne W. Bähr* herausgegebene „Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts“¹⁸ lassen dabei darauf schließen, dass das Versicherungsaufsichtsrecht sich in einer entsprechenden Entwicklung in der Wissenschaft befindet. Die vorliegende Arbeit will hierzu einen Beitrag leisten, indem sie sich dem Instrument des Sonderbeauftragten zuwendet.

Zugleich bezieht diese Arbeit ihre Legitimation aber auch aus der Tatsache, dass das Instrument des Sonderbeauftragten in jüngerer Zeit auch auf anderen Gebieten der Finanzmarktaufsicht vom Gesetzgeber eingeführt wurde. Dementsprechend handelt es sich bei der Frage nach der rechtlichen Einordnung dieses Instruments um eine, deren Bedeutung über den Bereich des Versicherungsaufsichtsrechts hinausgeht.¹⁹ So wurde 2002 das Kreditwesengesetz hinsichtlich des Instruments des Sonderbeauftragten an

¹³ So *Sieg*, *VersR* 1978, S. 685 (686).

¹⁴ *Zischka*, *BAV*, 1997, Rn. 16; *Starke*, *VW* 1963, S. 165 (165).

¹⁵ *Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004, S. 137.

¹⁶ *Schmidt-Aßmann*, *Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl., 2004, S. 137.

¹⁷ Genannt seien beispielsweise folgende Monographien: *Tormyn*, *Rundschreiben-Praxis*, 1992; *Seiling*, *Versicherungsaufsicht und Grundrechte*, 1994; *Miersch*, *Versicherungsaufsicht*, 1996; *Eberhardt*, *Mißbrauchsaufsicht des BAV*, 1997; *Zischka*, *BAV*, 1997; *Bähr*, *Generalklausel- und Aufsichtssystem*, 2000; *C. Büchner*, *Abgrenzung von Finanz- und Rechtsaufsicht*, 2002; *Winter*, *Versicherungsaufsichtsrecht*, 2007.

¹⁸ *Bähr*, *Handbuch Versicherungsaufsichtsrecht*, 2011; vgl. hierzu auch den entsprechenden Hinweis im Vorwort dieses Buches.

¹⁹ Das 2008 außer Kraft getretene „Gesetz zur Abwicklung der unter Sonderverwaltung stehenden Vermögen von Kreditinstituten, Versicherungsunternehmen und Bausparkassen“ enthielt in seinem § 27 ebenfalls die Möglichkeit, Sonderbeauftragte zu bestellen.

das Versicherungsaufsichtsrecht angeglichen; die einschlägige Norm war hier § 36 Abs. 1a KWG²⁰ und ist nunmehr § 45c KWG, ergänzt um entsprechende Regelungen in den §§ 46 und 48m KWG. Im Jahr 2007 erfuhr das Instrument des Sonderbeauftragten durch die Normierung des § 17a Abs. 2 InvG die Aufnahme in das Investmentgesetz.²¹ Und das 2009 beschlossene Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz enthält in § 15 Abs. 2 ZAG ebenfalls das Instrument des Sonderbeauftragten.²² In allen drei Fällen handelt es sich um eine Übernahme des Instruments des Sonderbeauftragten aus dem Versicherungsaufsichtsrecht. Folglich kann die rechtliche Einordnung des versicherungsaufsichtsrechtlichen Sonderbeauftragten grundsätzlich auch Geltung für die Sonderbeauftragten der anderen Rechtsbereiche beanspruchen, wenngleich auch den jeweiligen Tatbestand und die Rechtsfolgen betreffend Unterschiede bestehen. Dies kann auch für die in § 3 Abs. 10 BörsG geregelte Rechtsfigur des Beauftragten auf dem Gebiet des Börsenrechts gelten.²³ Gleichwohl beschränkt sich die vorliegende Arbeit aber auf den Sonderbeauftragten im Versicherungsaufsichtsrecht, handelt es sich doch um ein auf diesem Gebiet „von der Aufsichtspraxis [...] entwickeltes Rechtsinstitut“²⁴.

²⁰ Vgl. Art. 6 Nr. 29 des Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland vom 21. Juni 2002, BGBl. I, S. 2010; zum bankenaufsichtsrechtlichen Sonderbeauftragten *Schmitz*, in: Luz/Neus/Scharpf/Schneider/Weber, KWG, 2009, § 36, Rn. 60 ff., und *Schwennicke*, in: Schwennicke/Auerbach, KWG, 2009, § 36, Rn. 26; laut *Stein*, Wirtschaftsaufsicht, 1967, S. 213, gab es bis zur Neuregelung der Bankenaufsicht im Jahr 1961 auch dort schon einmal die Institution des Sonderbeauftragten. Hierbei kann es sich jedenfalls nicht um den ehemaligen sogenannten Bankenkommissar gehandelt haben; zu diesem *Mittler*, Kommissare, 1933, S. 25. Möglicherweise meint *Stein* aber die auf den ehemaligen § 32e KWG gestützte Aufsichtsperson; vgl. hierzu unten unter § 6/A./I./2.

²¹ Vgl. Art. 1 Nr. 22 des Gesetzes zur Änderung des Investmentgesetzes und zur Anpassung anderer Vorschriften vom 21. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3089.

²² Vgl. Art. 1 des Gesetzes zur Umsetzung der aufsichtsrechtlichen Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie vom 25. Juni 2009, BGBl. I, S. 1506.

²³ Auch wenn § 3 Abs. 10 BörsG nur von einem Beauftragtem und nicht von einem Sonderbeauftragtem spricht, so ist doch aufgrund des Norminhalts die „Verwandtschaft“ mit letzterem nicht von der Hand zu weisen. Dieser Beauftragte darf nicht mit der früher im Börsenrecht existierenden Rechtsfigur des Börsenkommissars, eines Staatskommissars, verwechselt werden, welche es heute nicht mehr gibt; vgl. hierzu *Groß*, Kapitalmarktrecht, 3. Aufl., 2006, § 2, Rn. 6, sowie allgemein zum Börsenkommissar OVG Berlin, OVG 7 (1962), S. 84 (87).

²⁴ *R. Schmidt*, in: Prölss, VAG, 10. Aufl., 1989, § 81, Rn. 98; *R. Schmidt/Schirmer*, Rechtslehre des Versicherungswesens, 2. Aufl., 1997, S. 36; vgl. im Hinblick auf *Stein*, Wirtschaftsaufsicht, 1967, S. 213, (siehe oben Fn. 20) auch *Bürkle*, VersR 2006, S. 302 (302), wonach der Sonderbeauftragte zunächst nur im Versicherungsaufsichtsrecht existierte.

Liest man den im Wesentlichen maßgebenden § 83a VAG,²⁵ so scheint es sich bei dem Sonderbeauftragten um eine Person zu handeln, die, wenn sie denn zum „Einsatz“ gelangt, theoretisch eine Stellung in einem Unternehmen innehaben kann, die ihresgleichen sucht, wenn es heißt, dass

„[d]ie Aufsichtsbehörde [...] Befugnisse, die Organen eines Versicherungsunternehmens nach Gesetz, Satzung oder Geschäftsordnung zustehen, ganz oder teilweise auf einen Sonderbeauftragten übertragen [kann.]“²⁶

Im Extremfall kann es somit „zu einer weitgehenden Fremdsteuerung des [betroffenen] Versicherungsunternehmens“²⁷ durch den Sonderbeauftragten kommen. Dementsprechend sieht *Heinz Mösbauer* in der Bestellung eines Sonderbeauftragten auch „das intensivste allgemeine Aufsichtsmittel“²⁸. Gemäß § 7 Abs. 1 VAG darf die Erlaubnis zum Versicherungsbetrieb nur solchen Unternehmen erteilt werden, die die Rechtsform einer Aktiengesellschaft einschließlich der Europäischen Gesellschaft (SE), eines Versicherungsvereins auf Gegenseitigkeit oder die einer Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts besitzen.²⁹ Dies aber bedeutet, dass sich alle Entscheidungsgremien beziehungsweise Unternehmensorgane beispielsweise einer Aktiengesellschaft in der Person eines Sonderbeauftragten vereinigen können. Der Sonderbeauftragte kann somit eine so einflussreiche Position einnehmen, die eigentlich für die oben genannten Unternehmensrechtsformen von den entsprechenden Rechtsvorschriften nicht vorgesehen ist. Denn eine solche Position ist gerade aufgrund der weitreichenden Befugnisse zwangsläufig auch mit entsprechenden Risiken behaftet. Daneben betrifft die Einsetzung eines Sonderbeauftragten aber nicht nur das betroffene Unternehmen in seiner Organisation als solches. Sie wirkt sich auch immer auf die Person beziehungsweise Personen aus, die

²⁵ Für Versicherungs-Holdinggesellschaften gilt § 1b Abs. 4 VAG, für Rückversicherer gilt § 121a Abs. 1 S. 2 VAG, der § 83a VAG für entsprechend anwendbar erklärt, und für Versicherungs-Zweckgesellschaften gilt § 121g Abs. 2 S. 1 VAG, der ebenfalls § 83a VAG für entsprechend anwendbar erklärt.

²⁶ § 83a Abs. 1 VAG.

²⁷ *Bürkle*, in: *Bürkle, Compliance*, 2009, § 1, Rn. 52.

²⁸ *Mösbauer*, BB 1987, S. 1688 (1690); ähnlich *Bähr*, *Generalklausel- und Aufsichtssystem*, 2000, S. 105, in seiner umfassenden Darstellung des deutschen Versicherungsaufsichtssystems: „besonders eingriffsintensives Aufsichtsmittel“.

²⁹ Diese vorgegebenen Rechtsformen gelten für alle Individualversicherer; je nach Einordnung des Versicherungsunternehmens als Erstversicherer, Rückversicherer, Pensionsfonds oder Pensionskasse kann die Anzahl der zulässigen Rechtsformen noch weiter beschränkt sein (so zum Beispiel gemäß § 113 Abs. 2 Nr. 3 VAG); zu den zulässigen Unternehmensformen *Zischka*, BAV, 1997, Rn. 259 f.

tatsächlich in ihrer Position durch den Sonderbeauftragten ersetzt wird beziehungsweise ersetzt werden. Gleiches gilt auch für die Eigentümer des Unternehmens, wenn das Organ Hauptversammlung betroffen ist. Die Einsetzung eines Sonderbeauftragten führt also zu (teilweise) erheblichen Eingriffen in verfassungsmäßig geschützte Rechtspositionen. So ist die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG im Hinblick auf die betroffenen Personen oder die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG für den Fall, dass das Organ Hauptversammlung durch einen Sonderbeauftragten ersetzt wird, betroffen.

Wegen dieser intensiven Grundrechtsrelevanz und der in der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise besonderen praktischen Relevanz³⁰ unterzieht die vorliegende Arbeit die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten im Versicherungsaufsichtsrecht einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung. Es soll deutlich festgestellt werden, unter welchen Voraussetzungen ein Sonderbeauftragter eingesetzt werden kann, welche Aspekte bei der Entscheidung über eine Einsetzung zu beachten und gegebenenfalls wie zu würdigen sind, welche Stellung genau – insbesondere im Hinblick darauf, dass es sich um ein aufsichtsrechtliches Instrument handelt –³¹ der Sonderbeauftragte hat und welche damit verbundenen Pflichten für diesen bestehen, wer für Fehlentscheidungen des Sonderbeauftragten haftet und welche Rechtsschutzmöglichkeiten von Seiten des betroffenen Versicherungsunternehmens beziehungsweise der von der Einsetzung des Sonderbeauftragten betroffenen Personen bestehen.

Dabei wird im Folgenden zunächst ein zusammenfassender Überblick über die Versicherungswirtschaft in Deutschland gegeben. Es wird deren gesellschaftliche sowie volkswirtschaftliche Bedeutung aufgezeigt und die nicht zuletzt auf dieser beruhende Notwendigkeit einer staatlichen Aufsicht sowie deren Ziele und Mittel im Überblick dargestellt. Es soll so ein Ein-

³⁰ So jedenfalls *Wieneke/Fett*, NZG 2009, S. 8 (14); *Bürkle*, VersR 2006, S. 302 (302 und 312); vgl. auch auf der Internet-Homepage der Rechtsanwaltskanzlei DLA Piper, Köln, abgerufen am 30.10.2010: [http://www.dlapiper.com/files/Publication/b8ba4ec9-c131-4e85-8c17-97b6d2a88e88/4feffb35-a089-4f51-b776-1293ecc78386/Presentation/PublicationAttachment/dbb1685a-32c4-4f83-a1a0-a2a63ad046b5/%20283292_5_DEGROUPS\(Insurance%20Newsletter%20G.PDF](http://www.dlapiper.com/files/Publication/b8ba4ec9-c131-4e85-8c17-97b6d2a88e88/4feffb35-a089-4f51-b776-1293ecc78386/Presentation/PublicationAttachment/dbb1685a-32c4-4f83-a1a0-a2a63ad046b5/%20283292_5_DEGROUPS(Insurance%20Newsletter%20G.PDF); anders aber *Fricke*, VersR 2005, S. 161 (171), der von einem Schattendasein der Norm spricht.

³¹ So qualifizierte beispielsweise *Bähr*, Generalklausel- und Aufsichtssystem, 2000, S. 105, den Sonderbeauftragten – gerade in seiner Eigenschaft als Aufsichtsmittel – als Staatskommissar. Dass dem, jedenfalls grundsätzlich, nicht zu folgen ist, wird noch zu zeigen sein; so nun auch *Bähr*, in: *Bürkle*, Rahmenbedingungen für Versicherungsvereine, 2008, S. 69 (84); vgl. in diesem Zusammenhang auch *Groepper*, NVersZ 1998, S. 103 (106).

druck davon vermittelt werden, in was für einem Umfeld ein Sonderbeauftragter als versicherungsaufsichtsrechtliches Instrument agiert (§§ 1 und 2). Dabei wird ansatzweise auf den Wandel hinsichtlich des Verständnisses staatlicher Aufsicht ebenso eingegangen wie auf die Frage nach der Zulässigkeit sogenannter Inländerdiskriminierungen. Zu solchen kommt es aufgrund der unterschiedlichen Behandlung von unionsausländischen und inländischen Versicherungsunternehmen im Rahmen der sogenannten laufenden Aufsicht. Erst die anschließenden Kapitel behandeln die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten an sich. Sie ordnen ihn in den historischen wie gegenwärtigen versicherungsaufsichtsrechtlichen Kontext ein (§ 3) und geben Antwort auf die oben genannten Untersuchungsfragen (§§ 4 bis 6). Die Arbeit endet mit einer Zusammenfassung, die Fazit und Ausblick zugleich ist (§ 7).

Der Aufbau der Arbeit orientiert sich dabei an dem Anliegen, die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten als aufsichtsbehördliches Instrument praxisorientiert darzustellen. Diesem Anliegen entsprechend erfolgt die Darstellung im Rahmen von Paragraphen, und zwar weitestgehend anhand der bei einer Einsetzung eines Sonderbeauftragten ablaufenden Verfahrensschritte.

Teil 1

Versicherungswirtschaft, Versicherungsaufsicht und Inländerdiskriminierung

§ 1

Versicherungswirtschaft und Notwendigkeit der Versicherungsaufsicht

A. Die Versicherungswirtschaft im Überblick

Die Versicherungswirtschaft in Deutschland lässt sich zunächst in den Sektor der Sozialversicherungsträger und den der übrigen Versicherungsträger, die als Individualversicherer bezeichnet werden, unterteilen.³² Die Sozialversicherer erbringen eine bedeutsame Funktion für das soziale Wohl innerhalb der Gesellschaft. Als Ausfluss des in Art. 20 Abs. 1 GG normierten Sozialstaatsprinzips liegt ihre Bedeutung in der Gewährleistung einer soliden Grundsicherung.³³ Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Einrichtungen. Die Individualversicherer hingegen leisten einen wichtigen Beitrag zur Entwicklung der deutschen Volkswirtschaft, was freilich wiederum einen Beitrag zur Ausgestaltung des sozialen Wohls in der Gesellschaft beinhaltet.³⁴ Die Bedeutung der Individualversicherung ist in ihrer Funktion als eine individuell schützende Vollversicherung zu sehen.³⁵

I. Sozialversicherungsträger und Individualversicherer

Die Sozialversicherungsträger erbringen Leistungen der sozialen Sicherheit³⁶. Es handelt sich bei ihnen gemäß § 29 Abs. 1 SGB IV um vom Staat weitestgehend unabhängige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung. Zu ihnen gehören gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 SGB IV die Versicherungszweige der gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung einschließlich der Alterssicherung der Landwirte sowie die soziale Pflegeversicherung. Die Bundesagentur für Arbeit ist mangels Beteiligung

³² Zur begrifflichen Unterscheidung zwischen Individual-, Privat- und Sozialversicherung vgl. *F. Büchner*, Versicherungsaufsicht, 1938, S. 5.

³³ *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 352.

³⁴ Vgl. hierzu *Benda*, VW 1976, S. 776 (776 ff.); ebenso schon *Oertel*, ZfV 1936, S. 1 (1).

³⁵ *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 352.

³⁶ Der Begriff der „sozialen Sicherung“ meint die Absicherung bestimmter wirtschaftlicher und sozialer Existenzrisiken wie Krankheit, Unfall, Invalidität, Arbeitslosigkeit oder Alter durch sozialpolitische Leistungen: Koch/Weiss, Versicherungslexikon, 1994, S. 781; zur Sozialversicherung ebenfalls Koch/Weiss, Versicherungslexikon, 1994, S. 785 f.

der Beitragszahlenden an der Besetzung des Vertretungsorgans kein den oben genannten vergleichbarer Sozialversicherungsträger,³⁷ wird aber gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 SGB IV diesen gesetzlich in Teilen gleichgestellt. Die Aufsicht über die Sozialversicherungsträger ist in den §§ 87 ff. SGB IV geregelt. Aufsichtsbehörden sind gemäß § 90 SGB IV neben dem Bundesversicherungsamt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales, das Bundesministerium der Finanzen sowie entsprechende oberste Landesbehörden und gegebenenfalls weitere nachgeordnete Landesbehörden, sofern diese durch Rechtsverordnung zu Aufsichtsbehörden bestimmt worden sind.³⁸ Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) als Nachfolgerin des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen (BAV)³⁹ ist für die Sozialversicherungsträger gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 VAG nicht zuständig, übt also insoweit keine Aufsicht über diese aus.

Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich daher durchgängig auf die im Folgenden dargestellten übrigen Versicherungsträger, die, sofern nicht entsprechende Landesbehörden die staatliche Aufsicht ausüben, der Aufsicht durch die BaFin unterstehen. Für sie alle ist unabhängig davon, ob eine Landes- oder die Bundesaufsichtsbehörde zuständig ist, das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) maßgeblich und somit auch das Instrument des Sonderbeauftragten von Bedeutung.

Die Individualversicherer lassen sich wiederum in die öffentlich-rechtlichen Versicherungsunternehmen und die privaten Versicherungsunternehmen einteilen.⁴⁰ Der damit verbundene Dualismus war lange Zeit prägend für die Versicherungsgeschichte in Deutschland.⁴¹ Träger beziehungsweise Aktionäre bei fast allen öffentlichen Versicherern sind die regionalen Sparkassen- und Giroverbände sowie Sparkassen und Landesbanken.⁴² Die öffentlich-rechtlichen Versicherer sind also Teil der Sparkassen-Finanz-

³⁷ Vgl. hierzu Koch/Weiss, *Versicherungswörterbuch*, 1994, S. 787, wonach Sozialversicherungsträger als Organe die Vertreterversammlung und den Vorstand besitzen.

³⁸ Zu der Aufsicht über die Sozialversicherungsträger *Herich*, *Staatsaufsicht über Sozialversicherungsträger*, 1970, und *Stöfner*, *Staatsaufsicht in der Sozialversicherung*, 1969.

³⁹ Mit Inkrafttreten des „Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 22. April 2002“ (BGBl. I, S. 1310) wurde die BaFin unter anderem als Nachfolgebehörde des Bundesaufsichtsamtes für das Versicherungswesen errichtet; vgl. dazu § 1 Abs. 1 und § 4 Abs. 1 FinDAG.

⁴⁰ Zur Individualversicherung Koch/Weiss, *Versicherungswörterbuch*, 1994, S. 408; zum öffentlich-rechtlichen Versicherungswesen *Winkler*, in: BAV, *100 Jahre Versicherungsaufsicht*, Bd. 1, 2001, S. 639 (639 ff.).

⁴¹ *Winkler*, in: BAV, *100 Jahre Versicherungsaufsicht*, Bd. 1, 2001, S. 639 (640).

⁴² Internet-Homepage des Verbands öffentlicher Versicherer, abgerufen am 22.10.2010: http://www.voev.de/web/export/sites//voev//die_mitglieder/oeffentliche_versicherer/index.html.

gruppe. Sie konnten bis 1994 staatliche Monopole in bestimmten Bereichen besitzen, so zum Beispiel im Bereich der Feuerversicherung.⁴³ Nur entsprechend ihrer Eigentümerstruktur werden sie als öffentlich-rechtliche beziehungsweise einfach nur öffentliche Versicherer charakterisiert, eine Verbindung zu den öffentlich-rechtlichen Sozialversicherungsträgern besteht nicht. Auch ist das Verhältnis zwischen diesen Versicherern und ihren Versicherungsnehmern, soweit es sich um sogenannte Wettbewerbsversicherer und nicht um sogenannte Pflicht- oder Zwangsversicherer handelt, rein privatrechtlicher Natur.⁴⁴ Die privatrechtlichen Versicherungsunternehmen besitzen eine private Eigentümerstruktur. Ihre Gesellschaftsanteile stehen, jedenfalls mehrheitlich, im Eigentum natürlicher oder juristischer Privatpersonen. Öffentlich-rechtliche Wettbewerbs- und privatrechtliche Versicherer unterscheiden sich also lediglich in ihrer Eigentümerstruktur; das Geschäft betreffend stehen sie grundsätzlich in Konkurrenz zueinander. Sie betreiben beide das Versicherungsgeschäft auf dem privaten beziehungsweise freien Versicherungsmarkt. Dementsprechend unterstehen beide auch der Versicherungsaufsicht für das private Versicherungswesen.

II. Gesellschaftliche und volkswirtschaftliche Bedeutung

Die „Versicherungswirtschaft [...] [gehört] zu den größten Kapitalsammelstellen der Volkswirtschaft“⁴⁵. Das war bereits früher schon so, hat sich bis heute auch nicht geändert und zeigt für sich genommen schon die „große volkswirtschaftliche [...] Bedeutung des Versicherungswesens [...] [und] die Gefahr schwerster Schädigung des Volkswohls [auf], die von einem Missbrauche des Versicherungswesens droht“⁴⁶.

Der Mensch begegnet in seinem Leben ständig Gefahren unterschiedlichster Art, die ihn persönlich, aber auch sein Eigentum treffen und ihn dadurch finanziell stark belasten oder gar überlasten können.⁴⁷ Der Wunsch,

⁴³ Aufgrund EG-rechtlicher Vorgaben bedurfte es bis zum 1. Juli 1994 der Abschaffung aller Versicherungsmonopole; hierzu näher *Zischka*, BAV, 1997, Rn. 56 ff.

⁴⁴ Zum Begriff der Wettbewerbsversicherer Koch/Weiss, *Versicherungswörterbuch*, 1994, S. 1009 f.; zum Begriff der Pflicht- und Monopolversicherer ebenfalls Koch/Weiss, *Versicherungswörterbuch*, 1994, S. 626.

⁴⁵ *Voigt*, *VersWissArch* 1955, S. 89 (103).

⁴⁶ Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen“, Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Drucks. No. 5, I.-Nr. II. 3327, Spalte 35, abgedruckt in: BAV, *Motive zum VAG*, 1963, S. 24.

⁴⁷ *Osthoff*, *Versicherungswirtschaft*, 1964, S. 18.

sich vor solchen wirtschaftlichen Folgen schützen zu können, ist ein natürliches Bedürfnis des Menschen und als solches auch Ursprung der Idee,⁴⁸ „mit den Kräften und Mitteln einer Gemeinschaft dem einzelnen beim Eintritt gewisser Wechselfälle des Lebens, wie sie jedes Mitglied dieser Gemeinschaft treffen können, wirtschaftliche Hilfe zu leisten“⁴⁹. Diese Idee der Versicherung findet sich daher auch schon in sehr frühen Jahren.⁵⁰ Dass die oftmals staatlich organisierte Feuerversicherung eine der ersten modernen Versicherungen überhaupt war,⁵¹ verwundert im Hinblick auf die existenzbedrohenden Gefahren eines Brandes nicht. Aufgabe der Versicherung ist es – vereinfacht gesagt – also, die Absicherung des Einzelnen gegen materielle Verluste zu übernehmen, freilich nicht ohne Gegenleistung, die hier in einem Entgelt in Form von Prämien oder Beiträgen besteht.⁵² Entsprechend definiert *Karl H. Ostholthoff* die Versicherung als „eine von einer privaten oder öffentlich-rechtlichen Einrichtung nach planmäßigen, wirtschaftlichen und technischen Grundsätzen organisierte Gegenseitigkeitshilfe zur Deckung eines künftigen ungewiß und ungewollt eintretenden, abschätzbaren Geldbedarfes“⁵³.

Dahinter steht der Gedanke, dass erfahrungsgemäß die Verwirklichung einer bestimmten Gefahr beziehungsweise eines Risikos grundsätzlich vielen droht, der tatsächliche Schaden aber meist nur einen bestimmbaren Teil trifft.⁵⁴ Ohne die Institution der Versicherung müsste jedes Absicherung suchende Subjekt eigene Kapitalreserven, sofern es dazu überhaupt in der

⁴⁸ *Benda*, VW 1976, S. 776 (776); *Ostholthoff*, *Versicherungswirtschaft*, 1964, S. 18.

⁴⁹ *F. Büchner*, in: Rohrbeck, 50 Jahre Versicherungsaufsicht, Bd. 1, 1952, S. 1 (1); in diesem Sinne auch *Finke*, *ZfV* 1951, S. 27 (27).

⁵⁰ *F. Büchner*, in: Rohrbeck, 50 Jahre Versicherungsaufsicht, Bd. 1, 1952, S. 1 (1), zählt den Versicherungsschutz somit auch zum alten Kulturbesitz der Menschheit und lässt daher hier auch Goethes Mahnung gelten, das zu keinem Preis wieder aufzugeben, was die Kultur der Natur abgerungen hat; *Gahlen*, Aufsicht über Versicherungsunternehmungen, 1929, S. 1, wonach es schon bei den Ägyptern Vereinigungen versicherungsrechtlicher Art gegeben haben soll. – Insofern wäre der Versicherungsschutz tatsächlich dem alten Kulturbesitz der Menschheit zuzurechnen. Noch weitergehend *Benda*, VW 1976, S. 776 (776), der das „Problem der Vorsorge“ nicht nur so alt wie die Menschheit ansieht, sondern dessen Ursprung in „dem ersten Ansatz irdischen Lebens“ sieht; zur Geschichte des Begriffs der Versicherung und der historischen Entwicklung von dieser *F. Büchner*, in: Schmidt/Sieg, Grundprobleme des Versicherungsrechts, 1972, S. 111 (111 ff.).

⁵¹ *Hemeling*, Beteiligungen von Versicherungsunternehmen, 1989, S. 43; *F. Büchner*, in: Rohrbeck, 50 Jahre Versicherungsaufsicht, Bd. 1, 1952, S. 1 (2).

⁵² So *Ostholthoff*, *Versicherungswirtschaft*, 1964, S. 18.

⁵³ *Ostholthoff*, *Versicherungswirtschaft*, 1964, S. 19 f.

⁵⁴ *Voigt*, *VersWissArch* 1955, S. 89 (91).

Lage ist, anlegen.⁵⁵ Dem Charakter einer Reserve entsprechend steht dieses Kapital dann aber dem Subjekt nicht zum Wirtschaften und somit auch nicht der Entwicklung der gesamten Volkswirtschaft zur Verfügung.⁵⁶ Durch die Institution der Versicherung aber bedarf es zum Erreichen eines gleichen Niveaus der Absicherung nur eines Bruchteils des Kapitals, das als Reserve bestände, wenn jeder selbst sich absichern müsste.⁵⁷ Der Grund hierfür ist, dass, je größer die Gemeinschaft der Versicherten ist, desto geringer die Notwendigkeit der Reserven des Einzelnen und auch der Versicherer ist.⁵⁸ Denn, je mehr Erfahrungssätze verhältnismäßig konstant bleiben, desto berechenbarer wird der Zufall.⁵⁹ Dies ist die positive Seite des Gesetzes der großen Zahl; auf die negative Kehrseite wird noch zurückzukommen sein. Somit wird beziehungsweise bleibt Kapital für andere Verwendungszwecke frei, was wiederum dazu führt, dass neben der Absicherung gegen Schäden die Versicherung als solche auch für einen vergrößerten Geldumlauf sorgt und damit zu einer Erhöhung des Grades der Elastizität der Geldschöpfung und anderweitigen Kapitalbildung beiträgt.⁶⁰ Als Folge davon wiederum hat die Institution Versicherung Einfluss auf den Geld- und Güterstrom und somit indirekt auch auf den volkswirtschaftlichen Sparprozess, die Art und Leistungsfähigkeit des Geldkapitals wie die Realkapitalbildung und somit letztlich auf das Volksvermögen insgesamt.⁶¹ Letzteres kann sich auch auf Sozialleistungen auswirken, womit der Institution Versicherung faktisch eben auch eine Funktion für das soziale Wohl der Gesellschaft zukommt, wenngleich auch nicht in einer den Sozialversicherungsträgern vergleichbaren Funktion.⁶²

⁵⁵ Voigt, *VersWissArch* 1955, S. 89 (92).

⁵⁶ Voigt, *VersWissArch* 1955, S. 89 (92 f.), der zudem festhält, dass ein solcher volkswirtschaftlicher Prozess einer mit geringstem Fruchtbarkeitsgrad wäre, verbunden mit einem Prozess der Deflation.

⁵⁷ Voigt, *VersWissArch* 1955, S. 89 (93).

⁵⁸ Voigt, *VersWissArch* 1955, S. 89 (93).

⁵⁹ Voigt, *VersWissArch* 1955, S. 89 (93).

⁶⁰ Voigt, *VersWissArch* 1955, S. 89 (96).

⁶¹ Voigt, *VersWissArch* 1955, S. 89 (90 f.).

⁶² Schon die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen“, Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Drucks. No. 5, I.-Nr. II. 3327, Spalte 35, abgedruckt in: BAV, Motive zum VAG, 1963, S. 24, erwähnt „die große [...] soziale [...] Bedeutung des Versicherungswesens“; *Nguyen/Molinari*, *Versicherungsaufsicht in Deutschland*, 2009, S. 33, messen der Institution der Versicherung einen gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsgewinn bei und sehen hierin die Legitimation der Versicherungswirtschaft; entsprechend *Scholz*, *ZVersWiss* 1984, S. 1 (29): „gerade in ihrer auch sozialen Verantwortung“.

Die Folge hiervon ist ein grundsätzliches öffentliches Interesse an der Versicherungswirtschaft, mithin also eine Gemeinwohlbezogenheit der Versicherungswirtschaft.⁶³ In ihrem Ausdruck als „private[...] Eigenvorsorge sowie [...] sozial-sichernde[...] Risikoverteilung“⁶⁴ ist es somit zwar primär Aufgabe der Versicherungsbranche, bestehende Vermögenswerte abzusichern, sekundär aber treten als weitere Aufgabenfelder eine Verbesserung der Risikoallokation, eine Kapitalkumulation sowie eine Mobilisierung von Kapitalressourcen hinzu.⁶⁵ Zudem findet indirekt eine Entlastung des Staates in der Form statt, dass Kapital freigesetzt und in Bewegung gebracht, die Volkswirtschaft also entwickelt wird. Das wiederum kann dazu beitragen, dass Staatseinnahmen gemehrt, Staatsausgaben hingegen verringert werden können. In dieser für die gesamte Volkswirtschaft relevanten Bedeutung des Versicherungswesens⁶⁶ kann man somit auch die Erfüllung eines „öffentliche[n] Sicherungsinteresse[s]“⁶⁷ sehen.

Die im Folgenden dargestellten beispielhaft ausgewählten und für sich selbst sprechenden Kennzahlen spiegeln dieses im Ansatz wider und bieten zudem einen Vergleich zu der der Versicherungswirtschaft ähnelnden Kreditwirtschaft:

Anzahl der Versicherungsunternehmen mit Geschäftstätigkeit unter Bundesaufsicht im Jahr 2009⁶⁸

Versicherungsunternehmen gesamt	Lebensversicherungsunternehmen	Pensionskassen	Krankenversicherungsunternehmen	Schaden- / Unfallversicherungsunternehmen	Rückversicherungsunternehmen
596	96	153	51	217	38

⁶³ *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 352.

⁶⁴ So *Scholz*, ZVersWiss 1984, S. 1 (11).

⁶⁵ *Nguyen/Molinari*, Versicherungsaufsicht in Deutschland, 2009, S. 32; zur Wertschöpfung der Versicherungsunternehmen siehe *Weinstock*, Wertschöpfung der Versicherungsunternehmungen, 1986.

⁶⁶ Zu dieser ausführlich und unter Abgrenzung der Versicherungswirtschaft zum Bankenwesen *Michaels*, Staatsaufsicht über Versicherungsunternehmen, 1967, S. 11 ff.

⁶⁷ So *Scholz*, ZVersWiss 1984, S. 1 (11).

⁶⁸ Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft 2010 (S. 9) auf der Internet-Homepage des GDV, abgerufen am 22.10.2010: http://www.gdv.de/Downloads/Broschueren/StafTaschenbuch_2010.pdf.

Beitragseinnahmen⁶⁹, Leistungen⁷⁰ sowie Kapitalanlagebestand⁷¹ im Jahr 2009

Beitragseinnahmen in Mrd. EUR*	Leistungen in Mrd. EUR**	Kapitalanlagebestand in Mrd. EUR***
169,6	136,9	1.159,8

* Gebuchte Brutto-Beitragseinnahmen deutsches Direktgeschäft (Hochrechnung auf Datengrundlage von Meldungen bis Juni 2009).

** Versicherungsleistungen der Erstversicherer im GDV (Hochrechnung auf Datengrundlage von Meldungen bis Ende Juni 2009).

*** Vorläufige Bilanzwerte für das Jahr 2008.

Beschäftigung, Umsatz und Bruttowertschöpfung im Jahr 2007⁷²

	Sozialversicherungspflichtige Beschäftigte in 1000 (am 30.06.)	Umsatz in Mrd. EUR	Bruttowertschöpfung in Mrd. EUR (nominal; teilweise vorläufige Werte)
Banken	633,8	keine Angaben	55,9
Versicherungswirtschaft	292,0*	195,2**	15,5***

⁶⁹ Internet-Homepage des GDV, abgerufen am 22.10.2010:
http://www.gdv.de/Grafiken/Zahlen_Daten_Fakten_2009/02_Beitragseinnahmejn_der_Versicherungswirtschaft.pdf.

⁷⁰ Internet-Homepage des GDV, abgerufen am 22.10.2010:
http://www.gdv.de/Grafiken/Zahlen_Daten_Fakten_2009/03_Leistungen_der_Versicherungswirtschaft.pdf.

⁷¹ Internet-Homepage des GDV, abgerufen am 22.10.2010:
http://www.gdv.de/Grafiken/Zahlen_Daten_Fakten_2009/20_Kapitalanlagebestand_nach_Anlagearten.pdf.

⁷² Statistisches Taschenbuch der Versicherungswirtschaft 2010 (S. 27) auf der Internet-Homepage des GDV, abgerufen am 22.10.2010:
http://www.gdv.de/Downloads/Broschueren/StatTaschenbuch_2010.pdf.

- * Sozialversicherungspflichtige Beschäftigte bei Erst- und Rückversicherern und im Versicherungsvermittlergewerbe.
- ** Gebuchte Brutto-Beiträge der Erstversicherer und verdiente Beiträge für eigene Rechnung der Rückversicherer; einschließlich Beiträge der in die Statistik des GDV einbezogenen Pensionskassen und Pensionsfonds.
- *** Erst- und Rückversicherer, Pensions- und Sterbekassen, Zusatzversorgungseinrichtungen des öffentlichen Dienstes, berufsständische Versorgungswerke, kirchliche Zusatzversorgungskassen, ohne Pensionsfonds.

Die Versicherungswirtschaft ist also einer der bedeutendsten Bereiche der gesamten Volkswirtschaft.⁷³ Diese Bedeutung wird auch deutlich, wenn Altbundeskanzler *Helmut Schmidt* von einem festen Platz „einer leistungsfähigen, einer gesunden [...] [und] einer freien Versicherungswirtschaft [...] in unserer Wirtschaft und Gesellschaft“⁷⁴ spricht, der Versicherungswirtschaft also eine unabdingbare Funktion beimisst. Die Versicherungswirtschaft ist quasi ein „Kristallisationspunkt des gesamten wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Geschehens“⁷⁵. Von der Versicherungsbranche als einer der großen Kapitalumschlagsstellen geht somit eine erhebliche Abhängigkeit aus, in die die gesamte Volkswirtschaft geraten ist.⁷⁶ Da Störungen katastrophale Folgen nicht nur für ganze Wirtschaftszweige, sondern gegebenenfalls auch für die Volkswirtschaft insgesamt zu Folge haben, besteht die Notwendigkeit einer gesunden, leistungskräftigen und produktionsfähigen Versicherungswirtschaft.⁷⁷

⁷³ So *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 353.

⁷⁴ *H. Schmidt*, Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung 1974, S. 1411 (1411).

⁷⁵ So *Ludwig Erhard* in seiner Rede zur Eröffnung des BAV, auszugsweise abgedruckt in VW 1976, S. 678 (679).

⁷⁶ So *K. Hübner*, Fachaufsicht im KWG, 1967, S. 30; *Ludwig Erhard* in seiner Rede zur Eröffnung des BAV, auszugsweise abgedruckt in VW 1976, S. 678 (679).

⁷⁷ So *K. Hübner*, Fachaufsicht im KWG, 1967, S. 30; *Ludwig Erhard* in seiner Rede zur Eröffnung des BAV, auszugsweise abgedruckt in VW 1976, S. 678 (679).

B. Notwendigkeit einer staatlichen Aufsicht

Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf andere Wirtschaftszweige nimmt die Versicherungsbranche eine besondere Stellung ein. Schon der damalige Gesetzgeber des VAG im Deutschen Kaiserreich war der Auffassung, dass „das öffentliche Interesse an einer gedeihlichen und soliden Entwicklung des Versicherungswesens in besonders hohem Grade beteiligt ist und dem Staate die Pflicht besonderer Fürsorge auf diesem Gebiete auferlegt“⁷⁸. Er lehnte folgerichtig die Gegenansicht, nach der die Versicherungswirtschaft anderen Wirtschaftsbranchen gleichzustellen sei und der Markt als Regulierung ausreiche, ab.⁷⁹ Es wurde zutreffend erkannt, dass nicht nur die von der Versicherungswirtschaft verwaltete beziehungsweise gewährleistete sehr hohe Kapitalsumme, „welche die wichtige Rolle des Versicherungswesens im Wirtschaftsleben bedingt“⁸⁰, für eine staatliche Aufsicht spricht, sondern zudem insbesondere „auch die eigenartigen, für den Volkswohlstand und das ethische Volksleben bedeutsamen Funktionen ins Auge gefaßt werden [müssen], durch welche sich das Versicherungswesen von den sonstigen Wirtschaftszweigen wesentlich abhebt“⁸¹. An dieser Ansicht wurde bis heute festgehalten und ist auch weiterhin festzuhalten, wie der politische Diskussionsprozess, betreffend die Aufsicht und der Regulierung der der Versicherungsbranche ähnelnden Bankenbranche,⁸² in der jüngsten Finanz- und Wirtschaftskrise gezeigt hat. Es ist der Ruf nach mehr Staat und weniger Markt laut geworden, wobei unter „mehr Staat“ freilich ein Mehr an Aufsicht durch diesen und keine staatliche Intervention planwirtschaftlichen Charakters zu verstehen ist.

⁷⁸ Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen“, Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Drucks. No. 5, I.-Nr. II. 3327, Spalte 35, abgedruckt in: BAV, Motive zum VAG, 1963, S. 24.

⁷⁹ Vgl. die Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen“, Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Drucks. No. 5, I.-Nr. II. 3327, Spalte 35, abgedruckt in: BAV, Motive zum VAG, 1963, S. 24.

⁸⁰ Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen“, Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Drucks. No. 5, I.-Nr. II. 3327, Spalte 36, abgedruckt in: BAV, Motive zum VAG, 1963, S. 24.

⁸¹ Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmen“, Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Drucks. No. 5, I.-Nr. II. 3327, Spalte 36, abgedruckt in: BAV, Motive zum VAG, 1963, S. 24.

⁸² Gerade aber im Hinblick auf ihre Eigenschaft als Kapitalsammelbecken unterscheidet sich die Versicherungswirtschaft von der Bedeutung der Bankenbranche, deren Aufgabe in der Geld- und Kreditschöpfung sowie der Bereitstellung von Liquidität zu sehen ist.

Dabei ist es auch im Interesse der Versicherungsunternehmen selbst, einer wirksamen Aufsicht zu unterstehen,⁸³ da „der Versicherungsbereich mehr als irgendein anderer Wirtschaftszweig auf das Vertrauen der Bevölkerung angewiesen ist“⁸⁴. Diese beziehungsweise der Einzelne ist nämlich nicht in der Lage, ein Versicherungsunternehmen im Hinblick auf seine unternehmerische Verfassung beurteilen zu können; gleiches gilt vielfach auch für die Beurteilung von Risiken einzelner Versicherungsgeschäfte.⁸⁵ Das Vertrauen der Allgemeinheit ist aber Grundlage eines Versicherungsbetriebs,⁸⁶ sodass neben dem Schutz der Interessen der in vielen Punkten sich in Unkenntnis befindenden Versicherten und den Gefahren, die beispielsweise in Form von Spekulation der Versicherungsbranche drohen, immer auch – bedingt durch die „diesem Wirtschaftszweig [...] im ökonomischen Gefüge [...] [zufallende] Schlüsselqualifikation“⁸⁷ – große volkswirtschaftliche Werte auf dem Spiel stehen. Eine staatliche Aufsicht aber ist „das geeignetste Mittel, das allgemeine Vertrauen zu stärken“⁸⁸.

Hinzu kommt als weitere die Versicherungswirtschaft kennzeichnende Eigenschaft, dass ein aufsichtsfreier Versicherungsmarkt eventuell dazu führen würde, aber jedenfalls dazu führen könnte, dass ein die Nachfrage ständig übersteigendes Angebot zu einem Wettbewerb unter den Versicherungsunternehmen führen würde, der von unsolider Preispolitik und von zu riskanten Geschäftspraktiken gekennzeichnet wäre.⁸⁹ Die Ursache hierfür ist zum einen die Fiktivität des Produkts Versicherung, also dessen Unbegrenztheit, sowie die Unbestimmtheit des Zeitpunkts des Eintritts des Ver-

⁸³ So schon *Moldenhauer*, Aufsicht über Versicherungsunternehmungen, 1903, S. 63.

⁸⁴ So schon in der Begründung zum „Entwurf eines Gesetzes über die privaten Versicherungsunternehmungen“, Reichstagsdrucksachen, 10. Legislaturperiode, II. Session 1900/1901, Drucks. No. 5, I.-Nr. II. 3327, Spalte 36, abgedruckt in: BAV, Motive zum VAG, 1963, S. 24.

⁸⁵ *Nguyen/Molinari*, Versicherungsaufsicht in Deutschland, 2009, S. 34; so schon *Hans Müller*, Staatsaufsicht über Versicherungs- und Hypothekenbankunternehmungen, 1930, S. 7, und *Manes*, Versicherungslexikon, 3. Aufl., 1930, S. 171; ebenso *Starke*, Volkswirtschaftliche Funktion, 1954, S. 12, sowie *Meister*, Drittbezogene Amtspflichten, 1982, S. 117; zu den den Versicherten drohenden Gefahren *Peters*, in: *Nipperdey*, Deutsches Privatrecht, Bd. 2, 1956, S. 894 (901 ff.).

⁸⁶ *C. Büchner*, Abgrenzung von Finanz- und Rechtsaufsicht, 2002, S. 4; *Hemeling*, Beteiligungen von Versicherungsunternehmen, 1989, S. 50 f., sieht im „Versicherungsverhältnis eine Beziehung äußersten Vertrauens“.

⁸⁷ *C. Büchner*, Abgrenzung von Finanz- und Rechtsaufsicht, 2002, S. 5.

⁸⁸ *Manes*, Versicherungslexikon, 3. Aufl., 1930, S. 171.

⁸⁹ *Hemeling*, Beteiligungen von Versicherungsunternehmen, 1989, S. 50; *R. Schmidt*, in: *Schmidt*, Europäisches Versicherungsaufsichtsrecht, Bd. 1, 1964, S. 3 (6); vgl. auch *Starke*, Volkswirtschaftliche Funktion, 1954, S. 19 ff.

sicherungsfalls und somit des Zeitpunkts der Kapitalbereitstellung.⁹⁰ Auch gilt, wie oben bereits dargestellt, das Gesetz der großen Zahl: Je größer der Versicherungsbestand und die Risikomischung, desto geringer die Abhängigkeit vom Zufall.⁹¹ Dies ist einerseits Grundlage der Versicherungs-idee, birgt aber auch die Gefahr einer unsachgemäßen, also einer die dauernde Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge gefährdenden Geschäftspolitik in sich.⁹² Eine Versicherungsaufsicht ist also gerade im Hinblick auf die große Bedeutung der Versicherungsbranche für die gesamte Volkswirtschaft für den Staat, aber auch für die Versicherungswirtschaft selbst nicht nur sinnvoll, sondern, zumindest auf längere Sicht, auch unabdingbar.⁹³ Folgerichtig sieht *Gerald Miersch* die Notwendigkeit und Bedeutung der Versicherungsaufsicht durch die besondere volkswirtschaftliche und soziale Funktion der Versicherungsbranche legitimiert.⁹⁴

Zudem ist der Staat sowohl an das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG sowie die Art. 2 Abs. 1 und 28 Abs. 1 S. 1 GG, die ebenfalls Prinzipien sozialstaatlicher Vorsorge für Leib und Leben darstellen, gebunden. Ihm obliegt nicht nur die Pflicht zur Hilfe in Notsituationen, sondern auch die Aufrechterhaltung lebens- und gesellschaftswichtiger Funktionen als entsprechenden Notfällen vorbeugende Maßnahme.⁹⁵ Entsprechend sind die Intentionen staatlicher Aufsicht über die private Wirtschaft in der sozialverantwortlichen und gesetzesgebundenen Kontrolle privater Unternehmenstätigkeit begründet.⁹⁶ Der Umfang dieser Kontrolle wird dabei einerseits durch die Gewährleistungen der Freiheitsrechte, also insbesondere durch den Schutzgehalt der Art. 12 und 14 GG, in begrenzender und durch die Intendenzen des Sozialstaatsprinzips in verpflichtender und zugleich

⁹⁰ *Hemeling*, Beteiligungen von Versicherungsunternehmen, 1989, S. 50.

⁹¹ *Hemeling*, Beteiligungen von Versicherungsunternehmen, 1989, S. 50; vgl. auch *Starke*, Volkswirtschaftliche Funktion, 1954, S. 19 ff., sowie *K. Hübner*, Fachaufsicht im KWG, 1967, S. 30: „die angebotene ‚Ware‘ der Versicherungen lediglich in einem Versicherungsverprechen besteht“.

⁹² Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Meister*, Drittbezogene Amtspflichten, 1982, S. 120.

⁹³ *Michaels*, in: BAV, 100 Jahre Versicherungsaufsicht, Bd. 1, 2001, S. 537 (539); ausführlich zur volkswirtschaftlichen Funktion der Versicherungsaufsicht *Starke*, Volkswirtschaftliche Funktion, 1954.

⁹⁴ *Miersch*, Versicherungsaufsicht, 1996, S. 1.

⁹⁵ So *Stein*, Wirtschaftsaufsicht, 1967, S. 19 f.

⁹⁶ *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 34; *Kaulbach*, VersR 1981, S. 702 (702).

legitimierender Weise bestimmt.⁹⁷ Schutz der Individualrechte im Allgemeinen wie auch Garantie der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit im Besonderen enden dort, wo sie mit der Verwirklichung einer sozialstaatlichen Rechtsordnung einerseits und gesamtwirtschaftlichen Belangen andererseits in Konflikt geraten würden.⁹⁸ So gehört zu einer sozialen Rechtsordnung eine geordnete Volkswirtschaft und somit ebenfalls eine Volkswirtschaft, die nicht den Gefahren einer unbeaufsichtigten Versicherungswirtschaft ausgesetzt ist.⁹⁹ Es ist dieses „öffentliche Interesse an einer gedeihlichen und soliden Entwicklung des Versicherungswesens“¹⁰⁰, welches „die Notwendigkeit und das legitime staatliche Interesse an einer umfassenden staatlichen Aufsicht und aufsichtspolitischen Funktionssicherung der privaten Versicherungswirtschaft“¹⁰¹ begründet. Entsprechend steht auch die Versicherungsaufsicht als Teil der Wirtschaftsaufsicht einerseits für „ein freiheitlich geordnetes Staatswesen, das nicht unbedingt alle gesellschaftlich relevanten Funktionen selbst ausüben will, [und] andererseits aber [auch für] den sozialen Staat, der das Seine zur für das allgemeine Wohl gedeihlichen Entfaltung [...] beizutragen sich verpflichtet hält“¹⁰². Folglich ist die Versicherungsaufsicht also auch Ausfluss des Prinzips der Sozialstaatlichkeit in Art. 20 Abs. 1 GG und somit verfassungsrechtlich geboten.¹⁰³ Es handelt sich bei ihr somit um eine notwendige Staatsaufgabe.

Eine solche Legitimation einer staatlichen Versicherungsaufsicht findet dabei auch Anklang an die im Rahmen der bereits im 18. Jahrhundert vor

⁹⁷ So *Scholz*, ZVersWiss 1984, S. 1 (11); *K. Hübner*, Fachaufsicht im KWG, 1967, S. 40; *R. Schmidt*, in: Große/Müller-Lutz/Schmidt, Versicherungszyklopädie, Bd. 3, 4. Aufl., 1991, S. 543 (547): „durch die Sozialstaatsklauseln des Grundgesetzes eingeschränkte Wirtschaftsfreiheit“.

⁹⁸ So *K. Hübner*, Fachaufsicht im KWG, 1967, S. 11, der darauf hinweist, dass die Komponenten „Schutz der Individualrechte“ und „Berücksichtigung gesamtwirtschaftlicher Belange“ zum Grundsatz der Mittel-Zweck-Relation im Verwaltungs- und Verfassungsrecht führen.

⁹⁹ Vgl. hierzu *C. Büchner*, Abgrenzung von Finanz- und Rechtsaufsicht, 2002, S. 5 f. und *Kaulbach*, in: Fahr/Kaulbach/Bähr, VAG, 4. Aufl., 2007, Vor § 1, Rn. 1; entsprechend *Mösbauer*, DÖV 1985, S. 811 (812), sowie *Hohfeld*, VW 1990, S. 436 (441).

¹⁰⁰ *Goldberg*, in: Goldberg/Müller, VAG, 1980, Einl., Rn. 1.

¹⁰¹ *Mösbauer*, Staatsaufsicht über die Wirtschaft, 1990, S. 355; ebenso *Picozzi*, Aufsicht und Staatseinfluß, 1985, S. 83, der von einer ordnungspolitischen Aufgabe im gesamtwirtschaftlichen Interesse spricht.

¹⁰² *Kaulbach*, VersR 1981, S. 702 (703).

¹⁰³ BVerwG, VersR 1956, S. 481 (482); *Seiling*, Versicherungsaufsicht und Grundrechte, 1994, S. 25; vgl. auch *Pieper*, Aufsicht 2006, S. 167, und *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, 2. Aufl., 1953, S. 734, der eine staatliche Kontrolle vom Gemeinwohl gefordert sieht.