

VersR

Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht

Jürgen Bürkle

51

**Der Sonderbeauftragte der
Bundesanstalt für Finanz-
dienstleistungsaufsicht im
Versicherungssektor**

Versicherungsrecht



Schriftenreihe
der Zeitschrift Versicherungsrecht (VersR)

Im Einvernehmen mit den anderen
Mitgliedern der Schriftleitung
herausgegeben von

Prof. Dr. Egon Lorenz
Universität Mannheim
Fakultät für Rechtswissenschaft
und Volkswirtschaftslehre

Band 51

Egon Lorenz (Hrsg.)

**Der Sonderbeauftragte
der Bundesanstalt für
Finanzdienstleistungsaufsicht
im Versicherungssektor**

Jürgen Bürkle



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 Mannheim, Juristische
Fakultät, 2013 –

Zitiervorschlag:

Bürkle, Der Sonderbeauftragte der BaFin
(VersR-Schriften 51), S.

© 2013 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 Versicherungs-
wirtschaft GmbH zum Schadenersatz gegen den oder die jeweiligen Nutzer.

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

© 2013 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.

Satz Verlag Versicherungswirtschaft GmbH Karlsruhe
Druck printsystem GmbH Heimsheim

ISSN 1431-6463

ISBN 978-3-89952-572-4

Vorwort

Diese Arbeit wurde von der Abteilung Rechtswissenschaft der Fakultät Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre der Universität Mannheim im Januar 2013 als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung in Form eines Rigorosums fand im Februar 2013 statt. Rechtsprechung und Literatur sind im Wesentlichen auf dem Stand Februar 2013.

Mein besonderer Dank gilt meinem verehrten Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Egon Lorenz, auf dessen Anregung diese Arbeit zurückgeht. Verbunden bin ich ihm auch für die Begleitung während der Promotion, für die aufschlussreichen Hinweise in seinem Gutachten sowie für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe.

Herrn Prof. Dr. Oliver Brand danke ich herzlich für die Übernahme und die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Ihm bin ich ebenfalls für die weiterführenden Anmerkungen in seinem Votum verbunden.

Meiner Frau Claudia danke ich für ihr Verständnis und ihre Unterstützung, besonders dafür, dass sie die mühsame Arbeit des Korrekturlesens übernommen hat.

Leingarten, im April 2013

Jürgen Bürkle

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung.....	1
A. Gegenstand der Untersuchung.....	1
B. Ziel der Untersuchung	2
C. Gang der Untersuchung	3
Teil 1: Die historische Entwicklung und die Perspektive des versicherungsaufsichtsbehördlichen Sonderbeauftragten	5
A. Die historische Entwicklung.....	5
I. Der regulierte Zeitraum	5
1. Durchführungsverordnung zum VAG.....	6
2. Vierzehntes Änderungsgesetz zum VAG	7
II. Der deregulierte Zeitraum.....	7
1. Drittes Durchführungsgesetz/EWG zum VAG	8
2. VAG-Novelle 2000	9
3. Viertes Finanzmarktförderungsgesetz 2002	10
4. VAG-Novelle 2003	10
5. VAG-Novelle 2004	11
a) Vereinfachung und Beschleunigung.....	12
b) Formulierung der Eingriffstatbestände	12
aa) Disqualifikation von Geschäftsleitern (§ 83 a Abs. 1 Nr. 1 VAG)	12
bb) Nachhaltige Rechtsverstöße (§ 83 a Abs. 1 Nr. 2 VAG)	13
cc) Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge (§ 83 a Abs. 1 Nr. 3 VAG).....	13
c) Ausweitung des Anwendungsbereichs	13
6. Achstes VAG-Änderungsgesetz 2007	14
7. Finanzmarktstabilisierungsgesetz 2008	14
8. Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht 2009.....	15
a) Haftungsbeschränkung	16
b) Aufsichtsratsmitglieder	16
III. Die Ausdehnung auf das Finanzmarktaufsichtsrecht	17
1. Viertes Finanzmarktförderungsgesetz 2002	17
2. Investmentänderungsgesetz 2007	18

3. Pfandbriefgesetz 2009.....	19
4. Zahlungsdienstleistungsgesetz 2009	20
5. Restrukturierungsgesetz 2010.....	20
IV. Die Tendenzen der nationalen Gesetzgebung.....	22
1. Erleichterte Bestellung des Sonderbeauftragten.....	23
2. Ausweitung des Einsatzgebietes des Sonderbeauftragten.....	24
3. Wachsende Bedeutung des Sonderbeauftragten	25
4. Verhältnismäßigkeitserwägungen	25
V. Die europarechtliche Perspektive	26
1. Die Erste Richtliniengeneration.....	27
2. Die Zweite Richtliniengeneration.....	27
3. Die Dritte Richtliniengeneration.....	28
4. Die Richtlinie Solvabilität II.....	29
B. Die Praxis der Versicherungsaufsichtsbehörden.....	35
I. Die Aufsichtspraxis in der Vergangenheit	35
1. Anlässe für die Bestellung von Sonderbeauftragten.....	35
a) Die Praxis des RAA	35
b) Die Praxis des BAV.....	36
aa) Historisch-politisch motivierte Bestellung	36
bb) Regress durch den Sonderbeauftragten.....	37
cc) Sonderbeauftragter für mehrere Organe	37
dd) Sonderbeauftragter als Abwickler.....	38
ee) Bestellung wegen aufsichtsrechtlicher	
Unzuverlässigkeit.....	39
ff) Unerlaubte Versicherungsgeschäfte	40
c) Die Praxis der BaFin	41
2. Häufigkeit der Bestellung von Sonderbeauftragten	42
II. Die Aufsichtspraxis in der Zukunft.....	43
1. Bestandsübertragung auf Sicherungsfonds.....	43
2. Staatliche Stabilisierungsmaßnahmen	44
3. Qualifikationsdefizite bei Aufsichtsratsmitgliedern	47
4. Abberufung von Vorstandsmitgliedern	48
5. Gesetzesänderungen.....	49
Teil 2: Der Sonderbeauftragte im System der	
Eingriffsbefugnisse der BaFin.....	51
A. Der Sonderbeauftragte im System der organbezogenen	
Eingriffe der BaFin	51
I. Die organbezogenen Interventionsmöglichkeiten der BaFin	55

1. Informelles Verwaltungshandeln	56
2. Formelles Verwaltungshandeln.....	58
a) Verwarnung	58
b) Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot.....	62
aa) Abberufungsverlangen	62
(1) Voraussetzungen des Eingriffs	62
(2) Adressaten des Eingriffs	63
(3) Rechtsfolgen	66
(4) Ermessensausübung.....	67
bb) Tätigkeitsverbot.....	68
(1) Voraussetzungen des Eingriffs	68
(2) Adressaten des Eingriffs	68
(3) Rechtsfolgen	69
(4) Ermessensausübung.....	70
cc) Verhältnis von Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot.....	71
(1) Meinungsstand in der Literatur	72
(2) Stellungnahme	73
(3) Vertragliche Vereinbarungen	77
c) Missstandsaufsicht	78
d) Bußgelder	79
e) Verwaltungszwang	80
II. Das Verhältnis der Einsetzung des Sonderbeauftragten zu den sonstigen organbezogenen Eingriffen.....	80
1. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	81
2. Meinungsstand in der Literatur.....	85
3. Stellungnahme.....	87
a) Abberufungsverlangen und Tätigkeitsverbot	87
b) Allgemeine Missstandsaufsicht.....	91
B. Der Sonderbeauftragte im System der unternehmensbezogenen Eingriffe der BaFin.....	93
I. Die unternehmensbezogenen Eingriffsmöglichkeiten der BaFin	94
1. Änderung des Geschäftsplans.....	94
2. Solvabilitätsplan und Finanzierungsplan.....	95
a) Solvabilitätsplan	95
b) Finanzierungsplan	96
c) Finanzieller Sanierungsplan	97
3. Variable Vergütungsbestandteile	97
4. Beschränkung konzerninterner Zahlungen	97

5. Zwangsübertragung des Versicherungsbestandes.....	98
6. Allgemeine Missstandsaufsicht	99
7. Widerruf der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb.....	100
II. Das Verhältnis der Einsetzung des Sonderbeauftragten zu den unternehmensbezogenen Eingriffen	101
1. Die Eingriffsmittel der besonderen Missstandsaufsicht	101
a) Geschäftsplanänderung	103
b) Solvabilitätsplan und Finanzierungsplan	103
c) Vergütung	104
d) Konzerninterne Zahlungen.....	105
e) Bestandsübertragung	105
2. Allgemeine Missstandsaufsicht	106
3. Erlaubniswiderruf	107
C. Der Sonderbeauftragte im System der anteileignerbezogenen Eingriffe der BaFin	109
I. Die anteileignerbezogenen Eingriffsmöglichkeiten der BaFin	110
II. Das Verhältnis der Einsetzung des Sonderbeauftragten zu den anteileignerbezogenen Eingriffen.....	113
D. Stellungnahme zur Position des Sonderbeauftragten im aufsichtsrechtlichen Eingriffssystem.....	113
I. Betroffene Interessen	114
1. Befugnisse des Vorstandes.....	114
2. Befugnisse des Aufsichtsrates.....	116
3. Befugnisse der Hauptversammlung und der obersten Vertretung.....	118
II. Rangfolge der Interessen	119
1. Unternehmen und Organe	119
2. Versicherte und Organe.....	121
III. Interessenabwägung im Einzelfall.....	122
Teil 3: Die Rechtsnatur des Sonderbeauftragten.....	125
A. Die Instrumente des allgemeinen Verwaltungsrechts im Vergleich.....	125
I. „Staatskommissar“	125
II. Beleihung	126
III. Verwaltungshelfer	127
IV. Ersatzvornahme.....	127
V. Unternehmensbeauftragter.....	129

B. Die Instrumente des besonderen Finanzmarktaufsichtsrechts im Vergleich.....	130
I. Die Sonderbeauftragten	130
1. Sonderbeauftragter bei Instituten (§ 45 c KWG)	130
2. Sonderbeauftragter bei Kapitalanlagegesellschaften (§ 17 a InvG)	130
3. Sonderbeauftragter bei Zahlungsinstituten (§ 15 Abs. 2 ZAG).....	131
II. Andere Sonderfunktionen	132
1. Verantwortlicher Aktuar (§ 11 a VAG)	132
2. Abwickler	133
a) Unerlaubter Geschäftsbetrieb	134
b) Widerruf der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb.....	135
c) Auflösung des VVaG	136
3. Reorganisationsberater.....	137
4. Sachwalter	138
5. Vertrauensmann.....	139
C. Die Sonderfunktionen des Insolvenz- und Gesellschaftsrechts im Vergleich.....	140
I. Der Insolvenzverwalter	141
1. Gemeinsamkeiten.....	141
2. Unterschiede	141
a) Die drei klassischen Theorien zum Insolvenzverwalter ..	142
b) Die „neue Vertreter- und Organtheorie“	143
II. Der besondere Vertreter	146
1. Funktion des Sondervertreters	147
2. Organstellung des Sondervertreters	148
3. Vergleich: Sondervertreter – Sonderbeauftragter	151
D. Der Meinungsstand in der Literatur	151
E. Stellungnahme zur Rechtsnatur des Sonderbeauftragten	152
I. Bestellung und Aufgaben des Sonderbeauftragten.....	153
1. Bestellung	153
2. Aufgaben	154
II. Sonderbeauftragter als Zwangsorgan.....	156
1. Gesellschaftsrechtliche Notbestellung.....	156
2. Aufsichtsrechtliche Auswirkungen	157
III. Kontrollmaßstab: Besonderer Vertreter	160
IV. Kontrollüberlegung: Drittorgan	162
V. Kontrollüberlegung: Verwaltungsmittler	166

VI. Fazit.....	170
Teil 4: Die Adressaten des Eingriffs der BaFin	171
A. Die Unternehmen.....	171
I. Versicherungsunternehmen.....	171
II. Rückversicherungsunternehmen.....	172
III. Pensionskassen.....	172
IV. Pensionsfonds	174
V. Öffentlich-rechtliche Versorgungseinrichtungen.....	176
VI. Versicherungs-Holdinggesellschaften.....	177
1. Versicherungs-Holdinggesellschaften i.S.v. § 1 b VAG	178
2. Versicherungs-Holdinggesellschaften i.S.v. § 104 a Abs. 2 VAG	179
VII. Versicherungs-Zweckgesellschaften.....	180
VIII. Schadenabwicklungsunternehmen.....	181
IX. Ausländische Versicherungsunternehmen in Deutschland.....	182
1. Drittstaatenunternehmen.....	183
2. EU- und EWR-Unternehmen.....	184
X. Deutsche Versicherungsunternehmen im Ausland	187
1. Aktivitäten in EU-/EWR-Staaten.....	188
2. Aktivitäten in Drittstaaten.....	189
XI. Sicherungsfonds.....	190
XII. Versicherungsgeschäfte ohne Erlaubnis	191
B. Die Organe	192
I. Versicherungs-Aktiengesellschaft.....	192
1. Vorstandsmitglieder	192
2. Aufsichtsratsmitglieder	193
3. Hauptversammlung	194
II. Versicherungs-SE.....	194
1. Dualistisches System	195
2. Monistisches System.....	196
III. Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit	199
1. Versicherungsverein.....	199
2. Kleinerer Versicherungsverein.....	201
IV. Rückversicherungsunternehmen.....	201
V. GmbH.....	202
1. Geschäftsführer	202
2. Gesellschafterversammlung.....	203
3. Aufsichtsrat	203

VI. Ausländische Versicherungsunternehmen	204
1. Drittstaatenunternehmen	204
2. EU-/EWR-Unternehmen	205
Teil 5: Die aufsichtsbehördliche Entscheidung	207
A. Die Tatbestandsvoraussetzungen	207
I. § 83 a Abs. 1 VAG als Rechtsgrundlage	207
II. Die Struktur der Regelung in § 83 a Abs. 1 VAG	208
B. Die vier Eingriffstatbestände	211
I. Nachhaltige Rechtsverstöße des Versicherungsunternehmens (§ 83 a Abs. 1 Nr. 2 VAG)	211
1. Aufsichtsrechtliche Vorgaben	211
a) Versicherungsaufsichtsgesetz	212
b) Versicherungsaufsichtsrechtliche Verordnungen	213
c) Versicherungsaufsichtsbehördliche Anordnungen	213
2. Nachhaltigkeit der Rechtsverstöße	214
II. Disqualifikation von Geschäftsleitern (§ 83 a Abs. 1 Nr. 1 VAG)	215
1. Rechtfertigende Tatsachen	216
a) Beweislast	216
b) Relevante Tatsachen	217
2. Qualifikationsvoraussetzungen	218
a) Versicherungsunternehmen	218
aa) Persönliche Zuverlässigkeit	219
(1) Rechtliche Anknüpfung	219
(2) Straftaten und Ordnungswidrigkeiten	223
(3) Permanente Interessenkollisionen	225
(4) Aufsichtsrechtliche Verstöße durch Kollegialorgane	227
(5) Verstöße außerhalb des Versicherungsaufsichtsrechts	228
bb) Fachliche Eignung	232
b) Andere Unternehmen	234
aa) Rückversicherungsunternehmen	234
bb) Versicherungs-SE	235
cc) Pensionsfonds	236
dd) Versicherungs-Zweckgesellschaften	236
III. Disqualifikation von Aufsichtsratsmitgliedern (§ 83 a Abs. 1 Nr. 4 VAG)	238

1. Zuverlässigkeit	238
2. Sachkunde	240
IV. Gefährdung der Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge (§ 83 a Abs. 1 Nr. 3 VAG).....	243
1. Rechtfertigende Tatsachen.....	243
2. Gefahrenschwelle.....	244
3. Auslegung	245
4. Verfassungsrechtliche Aspekte	247
C. Die aufsichtsbehördliche Ermessensausübung	250
I. Die Grundsätze der Ermessensbetätigung	252
II. Das Entschließungsermessen.....	254
1. Grundsätze ordnungsgemäßer Ermessensausübung.....	254
2. Aufsichtsrechtliche Spezifika der Ermessensausübung.....	255
a) Gefahrenschwelle	255
b) Aufsichtsrechtliche Einschätzungen	256
c) Organverschulden.....	262
3. Verhältnismäßigkeitsaspekte.....	263
a) Rechtsfolgenbetrachtung.....	263
b) Eignung des Eingriffs.....	265
c) Mildere aufsichtsrechtliche Mittel	265
aa) Informelles Verwaltungshandeln.....	265
bb) Verwaltungsrechtliche Zwangsmittel.....	266
cc) Verwarnung	266
dd) Solvabilitätsmaßnahmen	269
III. Das Auswahlermessen	270
1. Organauswahl.....	271
2. Bestellungsumfang.....	271
a) Befugnisbezogene Einsetzung	272
aa) Ressortbezogene Befugnisübertragung	272
(1) Zulässigkeit der Ressortaufteilung	272
(2) Ressortaufteilung und Ermessensbetätigung.....	274
bb) Spartenbezogene Einsetzung.....	276
b) Zeitlicher Bestellungsumfang	278
c) Anzahl der Sonderbeauftragten	279
3. Personalauswahl.....	282
a) Anforderungsprofil	283
aa) Vorstand und Aufsichtsrat	283
bb) Hauptversammlung und oberste Vertretung.....	284
b) Mitarbeiter der Aufsichtsbehörde	287

c) Sonderfunktionen der Organmitglieder	290
4. Vergütung des Sonderbeauftragten	293
D. Die Versicherungs-Holdinggesellschaften	295
I. Disqualifikation der Geschäftsleiter	296
1. Qualifikationsanforderungen	296
2. Versicherungs-Holdinggesellschaft mbH	298
II. Nachhaltige Rechtsverstöße des Unternehmens	300
III. Disqualifikation der Aufsichtsratsmitglieder	301
E. Das Bestellungsverfahren	302
I. Das Verwaltungsverfahren	303
1. Beteiligte	303
2. Anhörung	306
a) Namentlich bekannte Anteilseigner	307
b) Mitgliedervertreter	308
c) Anonyme Anteilseigner	309
II. Die Rechtsschutzmöglichkeiten	311
1. Widerspruch und Anfechtungsklage	311
2. Vorläufiger Rechtsschutz	312
a) Aussetzung der Vollziehung	312
b) Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung	313
3. Aktivlegitimation	314
F. Der Widerruf der Bestellung	315
I. Qualifikationsdefizite des Sonderbeauftragten	316
II. Wegfall der Bestellungs Voraussetzungen	317
1. Widerruf von Amts wegen	317
2. Widerruf auf Antrag	317
G. Die fehlerhafte Bestellung	318
Teil 6: Die Haftung des Sonderbeauftragten	321
A. Das schuldrechtliche Haftungskonzept	321
B. Das organschaftliche Haftungskonzept	322
I. Der Sonderbeauftragte in Geschäftsführerfunktion	322
1. Innenhaftung	323
a) Verhaltensmaßstab	323
aa) Geschäftsleiterverhalten	323
bb) Befugnisgrenzen	326
cc) Versicherteninteressen	326
dd) Krisenmanagement	329

(1) Bestandsaufnahme	330
(2) Umsetzungskonzept.....	330
(3) Maßnahmen gegenüber Organen.....	332
b) Einzelfragen der Geschäftsleiterhaftung.....	332
aa) Beweislastverteilung	332
bb) Haftungsausschluss	333
cc) Entlastung.....	334
dd) Verzichts- und Vergleichsverbot	335
ee) Verjährung	336
ff) Übernahmeverschulden.....	337
c) Unternehmerischer Haftungsfreiraum.....	338
2. Außenhaftung	341
a) Spezialgesetzliche Außenhaftung	342
b) Deliktische Außenhaftung.....	343
aa) Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB	343
bb) Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB	344
cc) Haftung nach § 826 BGB.....	347
II. Der Sonderbeauftragte in Aufsichtsratsfunktion	348
1. Verhaltensmaßstab	348
2. Vorstandsüberwachung	349
C. Stellungnahme	352
I. Schuldrechtliche Beziehung	352
II. Unklare Haftungssituation	353
III. Unternehmerische Tätigkeit.....	357
IV. Gesamtschuldnerausgleich.....	358
V. Verzicht und Vergleich	359
VI. Fazit.....	360
D. Der Umfang der Haftung des Sonderbeauftragten.....	361
I. Die Entwicklung der gesetzlichen Haftungsregelung	361
II. Ausgestaltung und Motivation der Haftungsbegrenzung.....	362
III. Motivation unbegrenzter persönlicher Organhaftung	366
IV. Haftungsbegrenzung versus Unternehmensinteresse und Versichertenbelange	369
1. Handelsrechtliche Haftungsprivilegierung	369
2. Versicherungsaufsichtsrechtliche Aspekte der Haftungsprivilegierung.....	370
a) Eigenmittelausstattung	371
b) Börsennotierung als Differenzierungskriterium	372
c) Grundrechtseingriffe	372

d) Auftrag der Aufsichtsbehörde	373
e) Parallelwertung: Abschlussprüfer – Sonderbeauftragter ..	374
3. Haftung des Sonderbeauftragten de lege ferenda	375
Teil 7: Die Haftung der Versicherungsaufsichtsbehörde	377
A. Die Grundlagen der Amtshaftung	377
I. Mittelbare Staatshaftung	377
II. Grundlegende Verhaltenspflichten.....	378
III. Einschränkungen der Amtshaftung	379
1. Einschränkung durch Drittschutzerfordernis.....	379
2. Einschränkungen durch § 839 BGB	379
3. Einschränkung auf der Verschuldensebene	380
4. Einschränkung auf der Kausalitätsebene	381
B. Die Haftung der Versicherungsaufsichtsbehörde für eigenes Verhalten	382
I. Auswahl	382
II. Information.....	383
III. Vergütung	384
IV. Überwachung	384
C. Die Haftung der Versicherungsaufsichtsbehörde für das Verhalten des Sonderbeauftragten	387
I. Zurechnung des Verhaltens	388
II. Amtsmissbrauch der BaFin.....	388
D. Der Ausschluss der Amtshaftung	390
I. Motivation des Amtshaftungsausschlusses	390
II. Reichweite des Amtshaftungsausschlusses	393
1. Unternehmen und Organe	394
2. Anteilseigner und Versicherte	394
3. Unternehmensgläubiger	394
III. Vereinbarkeit des Amtshaftungsausschlusses mit höherrangigem Recht	395
1. Europarechtskonformität des Amtshaftungsausschlusses	396
a) Wertpapiersektor	396
b) Bankensektor.....	397
c) Versicherungssektor	398
2. Verfassungskonformität des Amtshaftungsausschlusses	398
a) Die Rechtsprechung des BGH	398
b) Meinungsstand in der Literatur	400

E. Stellungnahme zur Wirksamkeit des Amtshaftungsausschlusses.....	403
I. Europarecht.....	403
1. Relevanz des Bankenaufsichtsrechts	403
2. Versicherungsaufsichtsrecht	406
a) Konvergenz im Versicherungsbinnenmarkt	407
b) Primat der Versichertenbelange	408
II. Verfassungsrecht	409
1. Die Argumentation des BGH.....	410
a) Zulässige Rechtsprechungskorrektur	410
b) Wahrung der verfassungsrechtlichen Mindestgarantie....	411
c) Ausreichender anderweitiger Schutzmechanismus.....	413
d) Vielzahl der Betroffenen	414
e) Gefährdung des marktwirtschaftlichen Aufsichtskonzepts.....	414
f) Komplexität der Rechtslage.....	417
g) Unübersehbare Haftungsrisiken.....	418
h) Verhältnismäßigkeit der Einschränkung des Amtshaftungsanspruchs	421
i) Spezielle Aspekte beim Einsatz von Sonderbeauftragten	422
2. Die versicherungsaufsichtsrechtliche Schutzpflichtenjudikatur des BVerfG	423
a) Schutzpflicht und Schutzanspruch	426
b) Übermaßverbot und Untermaßverbot	426
c) Neuere instanzgerichtliche Rechtsprechung.....	427
3. Schutzanspruch der Versicherten	428
a) Spartenspezifika	431
b) Schutzversprechen	432
c) Individuelle Versichertenbelange	433
4. Schutzanspruch der Anteilseigner.....	434
a) Vereinsmitglieder	435
b) Aktionäre	436
 Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen	 439
Literaturverzeichnis	447

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
abl.	ablehnend
ABIEG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABIEU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AltZertG	Altersvorsorgeverträge-Zertifizierungsgesetz
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BauspkG	Bausparkassengesetz
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BB	Betriebs-Berater
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht

BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
CFL	Corporate Finance Law
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CEIOPS	Committee of European Insurance and Occupational Pensions Supervisors
DB	Der Betrieb
DCGK	Deutscher Corporate Governance Kodex
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe, dieselben
D&O	Directors and Officers
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht
DVBf	Deutsche Verwaltungsblätter
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum BGB
EGVVG	Einführungsgesetz zum VVG
EIOPA	European Insurance and Occupational Pensions Authority
endg.	endgültig
EStG	Einkommensteuergesetz
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Zeitschrift für europäisches Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäische Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerrecht
f.	folgende
ff.	fortfolgende
FinDAG	Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
FMA	Österreichische Finanzmarktaufsicht
FMFG	Finanzmarktförderungsgesetz
FMStFG	Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz
FMStG	Finanzmarktstabilisierungsgesetz
Fn.	Fußnote

FRUG	Finanzmarkttrichtlinien-Umsetzungsgesetz
FS	Festschrift
IAIS	International Association of Insurance Supervisors
GB BAV	Geschäftsbericht des BAV
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH-Rundschau
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GwG	Geldwäschegesetz
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
h.M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
i.d.R.	in der Regel
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KOM	Dokument der Europäischen Kommission
KonTraG	Gesetz zur Transparenz und Kontrolle im Unternehmensbereich
KredReorgG	Kreditinstitute-Reorganisationsgesetz
KWG	Kreditwesengesetz
LG	Landgericht
MaRisk	Mindestanforderungen an das Risikomanagement
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJOZ	Neue Juristische Online Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer

n.rkr.	nicht rechtskräftig
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
PfandBG	Pfandbriefgesetz
PflVG	Pflichtversicherungsgesetz
pVV	positive Vertragsverletzung
RegE	Regierungsentwurf
RefE	Referentenentwurf
RfB	Rückstellung für Beitragsrückerstattung
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
r + s	Recht und Schaden
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S.	Seite
s.	siehe
SE	Societas Europaea
SGB	Sozialgesetzbuch
StGB	Strafgesetzbuch
StraFo	Strafverteidigerforum
Tz.	Textziffer
u.a.	unter anderem
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts
UmwG	Umwandlungsgesetz
UStG	Umsatzsteuergesetz
u.U.	unter Umständen
UWG	Gesetz über den unlauteren Wettbewerb
v.a.	vor allem
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VerBaFin	Veröffentlichungen der BaFin
VerBAV	Veröffentlichungen des BAV

VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VersVermV	Verordnung über die Versicherungsvermittlung und -beratung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VR	Versicherungsrundschau
vs.	versus
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VVG-InfoV	VVG-Informationspflichtenverordnung
VW	Versicherungswirtschaft (Zeitschrift)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Wertpapierhandelsgesetz
WpÜG	Wertpapierübernahmegesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZAG	Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
z.T.	zum Teil
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft
ZWeR	Zeitschrift für Wettbewerbsrecht

Einleitung

A. Gegenstand der Untersuchung

Der Einsatz von Sonderbeauftragten durch die Versicherungsaufsichtsbehörde bei den von ihr überwachten Unternehmen stellt ein klassisches Eingriffsmittel dar, das national und international auf eine lange Tradition zurückblicken kann. Diese gravierende behördliche Intervention führt zur Suspendierung einzelner Organmitglieder oder sogar aller Organe des betroffenen Unternehmens.

Der nationale Gesetzgeber hat das Institut des Sonderbeauftragten im Lauf der Zeit ständig und in immer kürzeren Abständen weiterentwickelt, wobei gerade in den letzten Jahren gestiegene Aktivitäten der Legislative zu verzeichnen sind. Diese Neuerungen führten zum Beispiel zu einer Übernahme des Instruments des Sonderbeauftragten in verschiedene Bereiche des Finanzmarktaufsichtsrechts, zu erleichterten Voraussetzungen für die Bestellung des Sonderbeauftragten, zu einer Haftungsbeschränkung für den bestellten Sonderbeauftragte und zur Präzisierung der Voraussetzungen einer Bestellung des Sonderbeauftragten durch die BaFin anstelle von Aufsichtsratsmitgliedern.

Diese außergewöhnliche Intervention der staatlichen Überwachungsbehörde durch den Einsatz eines speziellen Beauftragten für Sonderfälle bewirkt erhebliche Einschränkungen und Grundrechtseingriffe bei den betroffenen Unternehmen, Organen sowie Anteilseignern und wirkt sich zusätzlich auf die Belange der Versicherten aus. Damit verbunden sind signifikante Auswirkungen auf die unternehmensinternen Kontroll- und Überwachungsprozesse, wodurch Fragen im Hinblick auf die Haftung des Sonderbeauftragten und der ihn einsetzenden Versicherungsaufsichtsbehörde in den Vordergrund treten.

B. Ziel der Untersuchung

Trotz der langen deutschen Tradition des Einsatzes von Sonderbeauftragten der Versicherungsaufsichtsbehörde, trotz der mit dessen Einsetzung ausgelösten gravierenden Rechtsfolgen und trotz der permanent wachsenden Bedeutung des Sonderbeauftragten gab es bis vor kurzem noch keine ausführlicheren wissenschaftlichen Untersuchungen zu diesem Thema. Mittlerweile liegen die Dissertationen von *Fiedler* aus dem Jahr 2010¹ und von *Unkel* aus dem Jahr 2011² vor, die sich mit dem Sonderbeauftragten befassen. *Fiedler*, behandelt dabei sowohl den Banken- als auch den Versicherungssektor und legt vor allem den Schwerpunkt auf Fragen der Corporate Governance. Die später erschienene Arbeit von *Unkel*, erörtert den Sonderbeauftragten bei Versicherungsunternehmen, jedoch vor allem unter öffentlich-rechtlichen Aspekten und mit einem deutlichen Schwerpunkt auf der speziellen Frage der Inländerdiskriminierung.

Diese Arbeit behandelt ausschließlich den Einsatz von Sonderbeauftragten im Versicherungssektor. Sie konzentriert sich daher auf diese Thematik, ist hier aber umfassend angelegt. Das Ziel der Arbeit besteht in einer systematischen und vertieften Aufarbeitung der relevanten Rechtsfragen rund um die Bestellung und die Tätigkeit des Sonderbeauftragten im Versicherungssektor. Sie behandelt die Thematik der speziellen Rechtsfigur des Sonderbeauftragten übergreifend sowohl unter versicherungsaufsichtsrechtlichen als auch unter gesellschaftsrechtlichen Aspekten und berücksichtigt dabei vor allem die Wechselwirkungen, die sich aus den Einflüssen dieser beiden unterschiedlichen Rechtsgebiete ergeben. Hierbei wird das gesamte umfangreiche Spektrum der relevanten organbezogenen, unternehmensbezogenen und anteilseignerbezogenen Eingriffsbefugnisse der Versicherungsaufsichtsbehörde in eine Gesamtbetrachtung einbezogen; alle diese Interventionsmöglichkeiten werden analysiert und in Bezug auf die Bestellung von Sonderbeauftragten systematisch eingeordnet. Breiten Raum nehmen weiter die Einzelfragen der Bestellung des Sonderbeauftragten und der Anforderungen an die behördliche Ermessensbetätigung ein.

¹ *Fiedler*, Der Sonderbeauftragte als Eingriffsinstrument der Banken- und Versicherungsaufsicht, Karlsruhe, 2010.

² *Unkel*, Die Rechtsfigur des Sonderbeauftragten als öffentlich-rechtlich bestellter Verwaltungsmittler, Karlsruhe 2011.

Die rechtliche Stellung des Sonderbeauftragten wird von der h.M. eher etwas unscharf als Funktion sui generis qualifiziert. Die notwendigen Konkretisierungen in den beiden Arbeiten von *Fiedler* und *Unkel* bewegen sich zwischen den Polen „Drittorgan“ und „Verwaltungsmittler“. Ein wesentliches Anliegen dieser Arbeit besteht daher darin, eine Einordnung des Sonderbeauftragten zu formulieren, die systematisch in die Konzeption der Haftung des Sonderbeauftragten eingepasst werden kann. Im Kontext der Haftungsfragen erfolgt schließlich eine kritische Auseinandersetzung mit der normierten Haftungsbeschränkung zugunsten des Sonderbeauftragten und dem gesetzlich vorgesehenen Amtshaftungsausschluss zugunsten der BaFin, beides jeweils vor dem speziellen Hintergrund des Versicherungsaufsichtsrechts und der grundrechtlichen Schutzpflichten.

C. Gang der Untersuchung

Die Untersuchung beginnt im ersten Teil rückblickend mit einer Analyse der legislativen Entwicklung der Rechtsfigur des Sonderbeauftragten und dessen praktischen Einsatzes durch die Versicherungsaufsichtsbehörden. Der zweite Teil behandelt die Stellung des Sonderbeauftragten im System der organ-, unternehmens- und anteilseignerbezogenen Eingriffsbefugnisse der BaFin. Im dritten Teil der Arbeit folgt dann eine Diskussion der besonderen Rechtsnatur des Sonderbeauftragten. Nachdem damit die Grundlage für eine eingehende Betrachtung gelegt worden ist, behandelt der vierte Teil die verschiedenen potenziellen Adressaten des aufsichtsbehördlichen Eingriffs, also die betroffenen Unternehmen und Organe. Gegenstand des fünften Teils sind die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen der jeweiligen Intervention und die dabei auftretenden komplexen Verhältnismäßigkeitsfragen. Der sechste Teil erörtert die Haftung des Sonderbeauftragten und enthält einen konkreten Vorschlag für eine gesetzliche Haftungsregelung. Der abschließende Siebte Teil der Arbeit beschäftigt sich mit der Frage der Haftung der BaFin, einschließlich der Problematik des gesetzlichen Amtshaftungsausschlusses.

Diese Untersuchung befasst sich primär mit den versicherungsaufsichtsrechtlichen Regelungen zum Sonderbeauftragten, der von der Bundesaufsichtsbehörde bestellt wird; die heterogenen Vorschriften des Landesrechts im Bereich der Versicherungsaufsicht sind nicht Gegenstand

dieser Betrachtung. Die Untersuchung berücksichtigt rechtsvergleichend die Parallelregelungen zum Sonderbeauftragten im deutschen Finanzmarktaufsichtsrecht. Darüber hinaus werden die für die Beurteilung von Einzelfragen wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Vorgaben in eine Gesamtbewertung einbezogen.

Teil 1: Die historische Entwicklung und die Perspektive des versicherungsaufsichtsbehördlichen Sonderbeauftragten

A. Die historische Entwicklung

Ein Rückblick auf die Entstehungsgeschichte und die Entwicklung des Sonderbeauftragten zeigt anschaulich die Entwicklung dieses behördlichen Aufsichtsinstrumentes und beleuchtet gleichzeitig die mit den jeweiligen Regelungszuständen verbundene Sichtweise des Gesetzgebers. Hierbei bietet es sich an, zwischen dem regulierten Zeitraum bis zum 1. Juli 1994 und dem anschließenden deregulierten Zeitraum zu unterscheiden; denn dieses Datum markiert den Übergang von einer engen staatlichen und national motivierten Überwachung hin zu einer weniger strengen Regulierung aufgrund der nationalen Umsetzung europäischer Richtlinien zum Versicherungsaufsichtsrecht³. Pars pro toto sei hier der Wegfall der bisherigen aufsichtsbehördlichen Vorabgenehmigung allgemeiner Versicherungsbedingungen⁴ genannt⁵. Insgesamt gesehen führte die Deregulierung zu einer merklichen Reduzierung der Aufsichtsintensität⁶.

I. Der regulierte Zeitraum

Die Bestellung von Sonderbeauftragten im regulierten Zeitraum basierte anfangs lediglich auf der Praxis der Versicherungsaufsichtsbehörde. Später wurde zunächst in einer Verordnung und anschließend im Versicherungsaufsichtsgesetz selbst eine Rechtsgrundlage für den Einsatz von Sonderbeauftragten durch die Behörde geschaffen.

³ Egon Lorenz, in Beckmann/Matusche-Beckmann (Hrsg.), Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Auflage 2009, § 1 Rn. 37.

⁴ Loacker, in Looschelders/Pohlmann (Hrsg.), VVG, 2010, Vorbemerkung C, Rn. 25.

⁵ Überblick zu den wesentlichen versicherungsaufsichtsrechtlichen Änderungen bei *Fahr*, VersR 1992, 1033; *Hohlfeld*, VersR 1993, 144; *Renger*, VersR 1994, 753.

⁶ *Farny*, ZVersWiss 2010, 259, 261.

1. Durchführungsverordnung zum VAG

Der Einsatz von Sonderbeauftragten erfolgte anfangs ohne explizite gesetzliche Basis nur auf der Grundlage der Verwaltungspraxis der Aufsichtsbehörde⁷. Im Jahr 1936 wurde dann die Spezialfunktion des Sonderbeauftragten in einer Durchführungsverordnung⁸ zum Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) erstmals explizit geregelt und damit die bisherige „gewöhnheitsrechtliche“ Aufsichtspraxis normiert⁹. Die Motivation für diese Normierung war die Tatsache, dass die Versicherungsaufsichtsbehörde zuvor über keine ausreichende Rechtsgrundlage für Eingriffe in private Rechte Dritter verfügte, sondern Eingriffsmöglichkeiten nur gegenüber dem Versicherungsunternehmen selbst existierten¹⁰. Art. 3 der Durchführungsverordnung zum Versicherungsaufsichtsgesetz sah die Möglichkeit für die Versicherungsaufsichtsbehörde vor, die gesetzlichen und satzungsmäßigen Rechte und Befugnisse der Organe von Versicherungsunternehmen auf einen Sonderbeauftragten zu übertragen und hatte folgenden Wortlaut:

„Bestellt die Aufsichtsbehörde auf Grund der §§ 81 oder 89 des Gesetzes einen Sonderbeauftragten zur Wahrung der Belange der Versicherten, so kann sie diesem alle Rechte und Befugnisse übertragen, die den Organen der Unternehmung, bei ausländischen Versicherungsunternehmen auch dem nach § 106 Abs. 2 Nr. 3 des Gesetzes bestellten Hauptbevollmächtigten, nach Gesetz oder Satzung zustehen. Die durch die Bestellung des Sonderbeauftragten entstehenden Kosten einschließlich der diesem zu gewährenden Vergütung, die die Aufsichtsbehörde festsetzt, fallen der Versicherungsunternehmung zur Last.“

Trotz ihres Entstehungszeitpunktes wurde der Inhalt der Verordnung nicht von nationalsozialistischem Gedankengut geprägt¹¹, sondern beruhte auf allgemeinen versicherungsaufsichtsrechtlichen Erwägungen und den bisherigen Erfahrungen der Behörde aus ihrer Aufsichtspraxis.

⁷ Starke, in Rohrbeck (Hrsg.), 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 1952, Band 1, S. 73, 95.

⁸ Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Beaufsichtigung der privaten Versicherungsunternehmen vom 21. April 1936, RGBl. Teil I 1936, S. 376.

⁹ R. Schmidt, in Schmidt/Bühnemann (Hrsg.), Europäisches Versicherungsaufsichtsrecht, 1964, S. 37.

¹⁰ Starke, in Rohrbeck (Hrsg.), 50 Jahre materielle Versicherungsaufsicht, 1952, Band 1, S. 73, 95.

¹¹ Rühle, ZfV 1956, 545.

2. Vierzehntes Änderungsgesetz zum VAG

Der Gesetzgeber hat 1982 im Rahmen des Vierzehnten Änderungsgesetzes zum VAG¹² die Regelung aus Art. 3 S. 1 der Durchführungsverordnung inhaltlich weitgehend unverändert in § 81 Abs. 2a VAG übernommen, der nun die gesetzliche Ermächtigung für die Intervention der Aufsichtsbehörde darstellte. Die erstmalige gesetzliche Normierung der Voraussetzungen für den Einsatz des Sonderbeauftragten hatte folgenden Wortlaut:

„Bestellt die Aufsichtsbehörde aufgrund der §§ 81 oder 89 einen Sonderbeauftragten zur Wahrung der Belange der Versicherten, so kann sie diesem alle Befugnisse übertragen, die den Organen nach Gesetz oder Satzung zustehen.“

Die Norm ermöglichte damit in den Fällen des § 81 VAG (Missstand) und des § 89 VAG (Konkursgefahr) den Einsatz von Sonderbeauftragten. Der Gesetzgeber sah die Bestellung des Sonderbeauftragten als Eingriffsmittel an, von dem die Aufsichtsbehörde unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes lediglich in Ausnahmefällen Gebrauch machen darf. Weil sich diese Einschränkung jedoch bereits aus allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ergibt, hat der Gesetzgeber auf eine ausdrückliche Hervorhebung im Normtext selbst verzichtet¹³.

II. Der deregulierte Zeitraum

Der deregulierte Zeitraum ab dem 1. Juli 1994 war zunächst von einem relativ konstanten versicherungsaufsichtsrechtlichen Rechtsumfeld geprägt. Ab dem Jahr 2000 sind aber permanente und immer kurzfristigere Aktivitäten der Legislative zu verzeichnen, die das Versicherungsaufsichtsrecht als „Dauerbaustelle“¹⁴ einem ständigen Wandel unterworfen haben. Der deutsche Gesetzgeber hat hierbei sowohl europäisches Recht transformiert als auch rein national motivierte Gesetzgebung betrieben. Diese Aktivitäten der nationalen Legislative haben die aufsichtsrechtlichen Anforderungen in immer kürzeren zeitlichen Abständen derart verdichtet¹⁵, dass diese

¹² Vierzehntes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 29. März 1983, BGBl. Teil I 1983, S. 377.

¹³ Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Vierzehnten Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 24. März 1982, BT-Drucks. 9/1493 S. 26.

¹⁴ So prägnant *Fricke*, VersR 2005, 161.

¹⁵ *Kaulbach/Pohlmann*, in *Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann*, VAG, 5. Auflage 2012, vor § 1 Rn. 29.

Entwicklung als „Re-Regulierung“ charakterisiert werden kann¹⁶. Diese Neuerungen im Versicherungsaufsichtsrecht haben dann auch den rechtlichen Rahmen für den Einsatz des Sonderbeauftragten erfasst.

1. Drittes Durchführungsgesetz/EWG zum VAG

Erste inhaltlich bedeutsame Änderungen der gesetzlichen Vorgaben für den Einsatz von Sonderbeauftragten durch die Aufsichtsbehörde erfolgten anlässlich der Umsetzung der europäischen Richtlinien der Dritten Generation¹⁷ im Jahr 1994 durch das Dritte Durchführungsgesetz/EWG zum VAG¹⁸. Die deutsche Legislative hat im Rahmen der erforderlichen Richtlinientransformation an dem nationalen Überwachungsinstrument des Sonderbeauftragten festgehalten; die Voraussetzungen für dessen Einsatz wurden weiterhin in § 81 Abs. 2a VAG, aber abweichend vom bisherigen Wortlaut wie folgt normiert:

„Sofern in den Fällen des Absatzes 2 und des § 89 die Belange der Versicherten nicht auf andere Weise gewahrt werden können, kann die Aufsichtsbehörde Befugnisse, die Organen des Unternehmens nach Gesetz oder Satzung zustehen, ganz oder teilweise auf einen Sonderbeauftragten übertragen.“

Damit hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen für die Bestellung des Sonderbeauftragten in zweifacher Hinsicht konkretisiert¹⁹. Erstens tauchte als Neuerung in § 81 Abs. 2a VAG die Formulierung auf, dass der Einsatz des Sonderbeauftragten voraussetzt, dass „die Belange der Versicherten nicht auf andere Weise gewahrt werden können“. Dieses gesetzliche Ultima-Ratio-Prinzip erforderte, dass zunächst alle in Betracht kommenden

¹⁶ Überblick zu den Änderungen im Versicherungsaufsichtsrecht von 1994 bis 2009 bei *Bürkle*, in Dreher/Wandt (Hrsg.), *Solvency II in der Rechtsanwendung*, 2009, S. 191, 212 ff.

¹⁷ Richtlinie 92/94/EWG vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinie 73/239/EWG und 88/357 EWG (Dritte Richtlinie Schadenversicherung), ABl. EG Nr. L 228 S. 1 und der Richtlinie 92/96/EWG vom 10. November 1992 zu Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinie 79/267/EWG und 90/619/EWG (Dritte Richtlinie Lebensversicherung), ABl. EG Nr. L 360 S. 1; die Richtlinienvorgaben zur Lebensversicherung wurden anschließend in der „Gesamtrichtlinie Leben“ (Richtlinie 2002/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über Lebensversicherungen, ABl. EG Nr. L 345 S. 1) zusammengefasst; dazu *Egon Lorenz*, *VersR* 2003, 175.

¹⁸ Drittes Gesetz zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Drittes Durchführungsgesetz/EWG zum VAG) vom 21. Juli 1994, BGBl. Teil I 1994, S. 1630.

¹⁹ *Kollhoser*, in *Prölss, VAG*, 12. Auflage 2005, § 81 Rn. 103.

und weniger intensiven Aufsichtsmittel von der Aufsichtsbehörde erfolglos geprüft bzw. ausgeschöpft wurden, bevor der Sonderbeauftragte zum Einsatz kommen konnte; mit der Normierung dieses expliziten Ultima-Ratio-Prinzips wollte der Gesetzgeber die Verwaltungspraxis der Versicherungsaufsichtsbehörde festschreiben²⁰. Zweitens hat der Gesetzgeber explizit die Möglichkeit der nur teilweisen Übertragung von Organbefugnissen auf den Sonderbeauftragten eingeräumt, die den behördlichen Eingriff möglichst gering halten sollte²¹.

2. VAG-Novelle 2000

Im Rahmen der VAG-Novelle 2000²² kam es dann zu einer terminologischen Modifikation des Normtextes. In § 81 Abs. 2 a Satz 1 VAG wurde das Wort „gewahrt“ durch das Wort „wahrgenommen“ ersetzt. Nach der Begründung der Bundesregierung handelte es sich hierbei um eine sprachliche Korrektur²³. Damit kam zum Ausdruck, dass der relevante Anknüpfungspunkt für die Bestellung des Sonderbeauftragten nicht in der unzureichende Wahrung der Belange der Versicherten durch die Aufsichtsbehörde liegt, sondern dass die betroffenen Organe die Interessen der Versicherten nicht adäquat berücksichtigen.

²⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsaufsichtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 4. März 1994, BT-Drucks. 12/6959 S. 83 f.

²¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsaufsichtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 4. März 1994, BT-Drucks. 12/6959 S. 83 f.

²² Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, insbesondere zur Durchführung der EG-Richtlinie 98/78/EG vom 27. Oktober 1998 über die zusätzliche Beaufsichtigung der einer Versicherungsgruppe angehörenden Versicherungsunternehmen sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 21. Dezember 2000, BGBl. Teil I 2000, S. 1857.

²³ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, insbesondere zur Durchführung der EG-Richtlinie 98/78/EG vom 27. Oktober 1998 über die zusätzliche Beaufsichtigung der einer Versicherungsgruppe angehörenden Versicherungsunternehmen sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 1.11.2000, BT-Drucks. 14/4454, S. 34.

3. Viertes Finanzmarktförderungsgesetz 2002

Mit dem 4. Finanzmarktförderungsgesetz (4. FMFG)²⁴ erfolgte für den Bereich der Versicherungsaufsicht keine materielle, aber eine wesentliche verfahrensrechtliche Änderung für die Einsetzung des Sonderbeauftragten. Bis dahin hatte die Beschlusskammer der Versicherungsaufsichtsbehörde über die Einsetzung des Sonderbeauftragten entschieden²⁵. Der Gesetzgeber hat mit dem 4. FMFG das Beschlusskammerverfahren jedoch abgeschafft, weil dieses zunehmend eine zügige Entscheidungsfindung erschwerte²⁶. Damit entfiel die Beschlusskammerzuständigkeit für die Bestellung des Sonderbeauftragten, die sich nun bei allen betroffenen Unternehmen des Finanzdienstleistungssektors in einem einheitlichen Verfahren nach den allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG)²⁷ richtet, das seit 1977 ebenfalls für die Beaufsichtigung der Versicherungsunternehmen Anwendung findet²⁸.

4. VAG-Novelle 2003

Im Rahmen der VAG-Novelle 2003²⁹ erhielt die BaFin mit der Ergänzung des (damaligen) § 1a Abs. 3 VAG dann auch gegenüber den zuvor nur eingeschränkt beaufsichtigten Rückversicherungsunternehmen die spezielle Befugnis, dort einen Sonderbeauftragten zu installieren. Die bereits zuvor bestehende Möglichkeit der Versicherungsaufsichtsbehörde, nicht adäquat qualifizierte Geschäftsleiter von Rückversicherern abzuberaufen bzw. ihnen ihre Tätigkeit zu untersagen, erschien dem Gesetzgeber im Hinblick auf den dafür erforderlichen zeitlichen Rahmen nicht ausreichend. Um in wirtschaftlichen Notlagen ein schnelleres Handeln der Aufsichtsbehörde zu ermöglichen, wurde das in der Aufsichtspraxis bewährte Instrument der

²⁴ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland vom 21. Juni 2002, BGBl. Teil I 2002, S. 2010; zu den versicherungsaufsichtsrechtlichen Änderungen durch das 4. FMFG *Fricke*, VersR 2002, 1078.

²⁵ *Mösbauer*, BB 1987, 1688, 1689, Fn. 17; *Präve*, VersR 2001, 133, 142.

²⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die integrierte Finanzdienstleistungsaufsicht vom 5. Oktober 2001, BT-Drucks. 14/7033, S. 43.

²⁷ Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. Mai 1976 in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003, BGBl. Teil I 2003, S. 102.

²⁸ *Frenz*, VersR 1977, 105, 106.

²⁹ Gesetz zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten vom 10. Dezember 2003, BGBl. Teil I 2003, S. 2478; vgl. dazu den Überblick von *Eilert*, VW 2004, 907.

Bestellung von Sonderbeauftragten als „wirksames Mittel des Krisenmanagements“ auch auf Rückversicherungsunternehmen erstreckt³⁰.

5. VAG-Novelle 2004

Mit der VAG-Novelle 2004³¹ hat der Gesetzgeber dann die relevanten Rahmenbedingungen im Bereich der Versicherungsaufsicht erneut und nun signifikant geändert. Die Voraussetzungen der Einsetzung des Sonderbeauftragten wurden aus den gesetzlichen Vorgaben zur allgemeinen Missstandsaufsicht in § 81 VAG herausgelöst und in § 83 a VAG unter der amtlichen Überschrift „Sonderbeauftragter“ eigenständig und abschließend³² normiert. Materiell hat der Gesetzgeber einerseits durch die Abkoppelung von der eher unscharfen Prämisse der „Wahrung der Belange der Versicherten“ die Interventionsvoraussetzungen präzisiert, andererseits durch eine Reduzierung der Interventionsschwelle die Möglichkeiten der Einsetzung des Sonderbeauftragten erleichtert und beschleunigt³³. Die Voraussetzungen für die Bestellung des Sonderbeauftragten wurden in § 83 a Abs. 1 VAG wie folgt geregelt:

„Die Aufsichtsbehörde kann Befugnisse, die Organen eines Versicherungsunternehmens nach Gesetz, Satzung und Geschäftsordnung zustehen, ganz oder teilweise auf einen Sonderbeauftragten übertragen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein oder mehrere Geschäftsleiter die Voraussetzungen des § 7 a Abs. 1 nicht erfüllen,

2. das Versicherungsunternehmen nachhaltig gegen Bestimmungen dieses Gesetzes oder die zur Durchführung dieses Gesetzes erlassenen Verordnungen oder Anordnungen verstoßen hat, oder

3. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass die dauernde Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge gefährdet ist.“

³⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten vom 2.10.2003, BT-Drucks. 15/1653, S. 22.

³¹ Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes und anderer Gesetze vom 15. Dezember 2004, BGBl. I S. 3416.

³² *Bürkle*, VersR 2006, 302, 305; *Winter*, Versicherungsaufsichtsrecht, 2007, § 19 S. 712.

³³ Vgl. dazu *Fricke*, VersR 2005, 161, 169; *Eilert*, VW 2005, 115, 117; *Kaulbach*, in Bähr (Hrsg.), Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011, § 8 Rn. 50 Fn. 44 .

Ein Vergleich mit der bisherigen Regelung zeigt folgende Konzeption und materielle Auswirkungen der Neuregelung:

a) Vereinfachung und Beschleunigung

Eine zentrale Änderung liegt in der mit dieser Neuregelung verbundenen Vereinfachung und Beschleunigung der Installation des Sonderbeauftragten. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber das bisher ausdrücklich normierte Ultima-Ratio-Prinzip („... nicht auf andere Weise gewahrt werden können ...“) ersatzlos gestrichen. Die damit bewirkte Herabsetzung der Eingriffsschwelle, die ein rechtzeitiges Tätigwerden des Sonderbeauftragten ermöglichen soll, entsprach den Vorstellungen der Aufsichtsbehörde³⁴.

b) Formulierung der Eingriffstatbestände

Die drei neu normierten konkreteren Eingriffstatbestände lassen sich aus den bisherigen Regelungen zur allgemeinen Missstandsaufsicht in § 81 Abs. 1 VAG ableiten, die nun allerdings modifiziert wurden. Hierbei kann man die Tatbestände in § 83 a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 der Rechtsaufsicht und den Tatbestand in § 83 a Abs. 1 Nr. 3 VAG der Finanzaufsicht, die ein spezieller Teil der Rechtsaufsicht ist³⁵, zuordnen.

aa) Disqualifikation von Geschäftsleitern (§ 83 a Abs. 1 Nr. 1 VAG)

Die Bestellung des Sonderbeauftragten wird nach dieser gegenüber § 81 Abs. 1 Satz 1 VAG spezielleren Regelung ermöglicht, wenn Tatsachen vorliegen, die eine negative Einschätzung bezüglich der bei Zulassung des Unternehmens zum Geschäftsbetrieb vorausgesetzten persönlichen Zuverlässigkeit oder fachlichen Eignung der betroffenen Geschäftsleiter (§ 7 a Abs. 1 VAG) rechtfertigen.

³⁴ *Steffen*, Versicherungsaufsicht im Umbruch 2005, S. 10; Jahresbericht der BaFin 2004, Teil a S. 140.

³⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsaufsichtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 4. März 1994, BT-Drucks. 12/6959, S. 82; *Kaulbach*, in Bähr (Hrsg.), Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011, § 8 Rn. 33; *Kollhosser*, in Prölss, VAG, 12. Auflage 2005, § 81 Rn. 18.

bb) Nachhaltige Rechtsverstöße (§ 83 a Abs. 1 Nr. 2 VAG)

Gegenüber der bisherigen Formulierung führt die Neuregelung durch die Erweiterung der relevanten rechtlichen Vorgaben mittelbar zu einer Ausdehnung der Eingriffsbefugnisse. Denn nun können ausdrücklich auch Verstöße gegen Verordnungen und Anordnungen die Bestellung eines Sonderbeauftragten legitimieren. Für Verordnungen musste dies zuvor im Weg der Auslegung aus § 81 Abs. 1 S. 2 VAG abgeleitet werden³⁶; für behördliche Anordnungen galt § 81 VAG, der nur Gesetze im materiellen Sinn erfasste³⁷, nicht.

cc) Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge (§ 83 a Abs. 1 Nr. 3 VAG)

Der Gesetzgeber hat zusätzlich einen Eingriffstatbestand für die Einsetzung des Sonderbeauftragten normiert, demzufolge es ausreicht, dass eine Gefährdung der Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen vorliegt (§ 83 a Abs. 1 Nr. 3 VAG). Diese weitere Interventionsmöglichkeit hat der Gesetzgeber offenkundig aus den Vorgaben zur Finanzaufsicht in § 81 Abs. 1 Satz 5 VAG in die Neuregelung des § 83 a Abs. 1 Nr. 3 VAG übernommen. Wie die dortige Regelung zur Missstandsaufsicht hat diese Möglichkeit, den Sonderbeauftragten wegen einer Gefährdung der Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge einzusetzen, einen generalklauselartigen Charakter, da es hier an präzisen Kriterien für das Vorliegen dieser Eingriffsvoraussetzung fehlt.

c) Ausweitung des Anwendungsbereichs

Diese neuen Vorgaben in § 83 a VAG gelten nach § 121 a Abs. 1 Satz 2 VAG ebenfalls für Rückversicherer³⁸. Im Rahmen der VAG-Novelle 2004 erfolgte zudem eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des VAG und zugleich des Interventionsmittels des Sonderbeauftragten über Erst- und Rückversicherungsunternehmen hinaus. Die Versicherungsaufsichts-

³⁶ *Bähr*, in Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann, VAG, 5. Auflage 2012, § 81 Rn. 26.

³⁷ *Kollhosser*, in Prölss (Hrsg.), VAG, 12. Auflage 2005, § 81 Rn. 20; *Winter*, VersR 2000, 1453, 1463.

³⁸ Dazu *Geiger*, in Bürkle (Hrsg.), Compliance in Versicherungsunternehmen, 2009, § 3, Rn. 87 ff.; *Vogelgesang*, in Langheid/Wandt (Hrsg.), MünchKomm/VVG, 2010, Band 1, Aufsichtsrecht, S. 277, Rn. 477; *Weber-Rey/Guinomet*, WM 2004, 661.

behörde kann jetzt ebenfalls bei beaufsichtigten Versicherungs-Holdinggesellschaften i.S.v. § 1 b Abs. 1 Satz 1 VAG Sonderbeauftragte installieren, wobei hier allerdings die Voraussetzungen speziell in § 1 b Abs. 4 VAG geregelt sind und inhaltlich von den allgemeinen Eingriffsermächtigungen in § 83 a Abs. 1 VAG abweichen.

6. Ahtes VAG-Änderungsgesetz 2007

Mit dem Achten VAG-Änderungsgesetz³⁹ hat der Gesetzgeber ab dem Jahr 2007 mit der Neuregelung in § 121 g VAG die Tätigkeit von Versicherungs-Zweckgesellschaften in Deutschland ermöglicht und damit eine entsprechende Option in Art. 46 der europäischen Rückversicherungsrichtlinie⁴⁰ genutzt. Bei diesen Unternehmen handelt es sich um Kapital- oder Personengesellschaften, die Risiken von Erst- oder Rückversicherungsunternehmen übernehmen (§ 121 g Abs. 1 S. 1 VAG), ohne selbst Versicherungsunternehmen zu sein⁴¹. Dennoch benötigen Versicherungs-Zweckgesellschaften zur Aufnahme des Geschäftsbetriebs eine Erlaubnis der Versicherungsaufsichtsbehörde (§ 121 g Abs. 1 Satz 2 VAG). § 121 g Abs. 2 Satz 2 VAG sieht im Rahmen der anschließenden Tätigkeitsaufsicht vor, dass § 83 a VAG, der die Aufsichtsbehörde zur Einsetzung des Sonderbeauftragten befugt, entsprechend gilt.

7. Finanzmarktstabilisierungsgesetz 2008

Als nationale Reaktion auf die globale Finanzmarktkrise hat der Gesetzgeber im Rahmen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG)⁴² die Regelung zur persönlichen Haftung des Sonderbeauftragten wesentlich verändert. Das FMStG war ein Artikelgesetz, dessen Artt. 4, 6 und 7 die Regelungen im VAG zum Sonderbeauftragten erfassten.

³⁹ Ahtes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie zur Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes und anderer Vorschriften vom 28. Mai 2007, BGBl. Teil I 2007, S. 923.

⁴⁰ Richtlinie 2005/68/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2005 über die Rückversicherung und zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG des Rates sowie der Richtlinien 98/78/EG und 2002/83/EG, ABIEU 2005 Nr. L 323/1.

⁴¹ Regierungsbegründung eines Achten Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes sowie zur Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes und anderer Vorschriften vom 23.6.2006, BT-Drucks. 16/1937, S. 30.

⁴² Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) vom 17.10.2008, BGBl. Teil I 2008, S. 1982.

Art. 4 FMStG sieht vor, dass dem § 83 a VAG ein neuer Absatz 3 angefügt wird, der die beschränkte persönliche Haftung des Sonderbeauftragten wie folgt regelt:

„Bei fahrlässigem Handeln beschränkt sich die Ersatzpflicht des Sonderbeauftragten auf 1 Million Euro für eine Tätigkeit bei einem Versicherungsunternehmen. Handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, deren Aktien zum Handel im regulierten Markt zugelassen sind, beschränkt sich die Ersatzpflicht im Sinne des Satzes 1 auf 4 Millionen Euro. Die Beschränkungen nach den Sätzen 1 und 2 gelten auch, wenn dem Sonderbeauftragten die Befugnisse mehrerer Organe übertragen worden sind oder er mehrere zum Ersatz verpflichtende Handlungen begangen hat.“

Zur Motivation dieser Haftungsbeschränkung führt die Gesetzesbegründung aus, dass der Sonderbeauftragte ein wichtiges aufsichtsrechtliches Instrument darstelle, seine unbegrenzte Haftung es aber immer schwieriger mache, geeignete Personen für diese spezielle Funktion zu finden⁴³.

Die parlamentarischen Beratungen führten schließlich auf Vorschlag des Haushaltsausschusses⁴⁴ noch dazu, dass mit Art. 6 und Art. 7 FMStG eine zeitliche Begrenzung der Haftungsbeschränkung des Sonderbeauftragten normiert wurde. Art. 6 Abs. 2 FMStG sah vor, dass § 83 a Abs. 3 VAG aufgehoben wird. Art. 7 Abs. 2 FMStG regelte, dass diese Aufhebung der Haftungsbeschränkung am 1. Januar 2011 in Kraft tritt.

8. Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht 2009

Kurz nach dem FMStG erfolgten bereits im Jahr 2009 mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht⁴⁵ erneut Änderungen der gesetzlichen Vorgaben zum aufsichtsbehördlichen Sonderbeauftragten. Diese Modifikationen betrafen zum einen die gerade im Jahr

⁴³ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 14.10.2008, BT-Drucks. 16/10600, S. 12 zu Art. 4.

⁴⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses zum Entwurf des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes vom 17.10.2008, BT-Drucks. 16/10651, S. 8.

⁴⁵ Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht vom 29.7.2009, BGBl. Teil I 2009, S. 2305; dazu *Bähr*, VW 2009, 1401; *Hasse*, VersR 2010, 18.

zuvor normierte Haftungsbeschränkung und zum anderen die Einsetzung des Sonderbeauftragten anstelle von Aufsichtsratsmitgliedern.

a) Haftungsbeschränkung

Das Gesetz sah in Art. 3 eine Änderung des FMStG vor, die zur Aufhebung von Art. 6 Abs. 2 FMStG führte, so dass die dort vorgesehene zeitliche Befristung der Haftungsbeschränkung des Sonderbeauftragten wieder rückgängig gemacht wurde. Die Gesetzesbegründung führt klarstellend aus, dass damit die gebotene Haftungsbeschränkung dauerhaft in Kraft bleiben soll⁴⁶.

b) Aufsichtsratsmitglieder

Der Gesetzgeber hat mit diesem Gesetz außerdem erstmals ausdrückliche und speziell versicherungsaufsichtsrechtliche Qualifikationsanforderungen für die Aufsichtsratsmitglieder formuliert. Diese Personen müssen nach § 7 a Abs. 4 Satz 1 VAG zuverlässig und sachkundig sein⁴⁷. Zudem wurden die aufsichtsrechtlichen Sanktionen gegen Aufsichtsratsmitglieder, die bislang gegen diesen Personenkreis als „kontrollierende Personen“ i.S.v. § 81 Abs. 2 Satz 1 VAG⁴⁸ nur auf die allgemeine Missstandsaufsicht gestützt werden konnten, konkretisiert. § 87 Abs. 8 VAG eröffnet der Aufsichtsbehörde nun explizit die Möglichkeit, die Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern zu verlangen oder ein Tätigkeitsverbot für diesen Personenkreis auszusprechen⁴⁹. Die Einsetzung von Sonderbeauftragten anstelle von Aufsichtsratsmitgliedern wurde ebenfalls ausdrücklich in einer neuen

⁴⁶ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht vom 27.4.2009, BT-Drucks. 16/12783, S. 22.

⁴⁷ Zu diesen Qualifikationsmerkmalen *Berger*, VersR 2010, 422, 423 ff.; *Bürkle/Scheel*, in Bähr (Hrsg.), Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2010, § 13 Rn. 35 ff.; *Dreher/Lange*, ZVersWiss 2011, 211; *Hasse*, VersR 2010, 18, 23 f.; *Kruchen*, ZCG 2011, 21 sowie das Merkblatt der BaFin „Merkblatt zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG“ vom 22. Februar 2010, aktualisiert am 3. Dezember 2012, download unter www.bafin.de; dazu *Bürkle*, VersR 2010, 1005.

⁴⁸ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsaufsichtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 4. März 1994, BT-Drucks. 12/6569, S. 83.

⁴⁹ Zu diesen Sanktionsmöglichkeiten *Bähr*; VW 2009, 1401, 1402; *Berger*, VersR 2010, 422, 425 ff.; *Bürkle/Scheel*, in Bähr (Hrsg.), Handbuch des Versicherungsaufsichtsrechts, 2011, § 13 Rn. 165 ff.; *Dreher/Lange*, ZVersWiss 2011, 211, 217 f.; *Weber-Rey*, AG 2010 R316.

Nr. 4 in § 83 a Abs. 1 VAG in Anlehnung an die dort in Nr. 1 bereits vorhandene Eingriffsbefugnis gegenüber Geschäftsleitern wie folgt formuliert:

„4. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass ein oder mehrere Mitglieder des Aufsichtsrats die Voraussetzungen des § 7 a Abs. 4 nicht erfüllen.“

Anlass für die nun konkreteren gesetzlichen Regelungen zu den Sanktionen gegenüber den Aufsichtsratsmitgliedern außerhalb der allgemeinen Generalklausel zur Missstandsaufsicht in § 81 Abs. 2 Satz 1 VAG war die Absicht des Finanzausschusses, damit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot im Hinblick auf die Eingriffsbefugnis der Versicherungsaufsichtsbehörde Rechnung zu tragen⁵⁰.

III. Die Ausdehnung auf das Finanzmarktaufsichtsrecht

Neben den eben dargestellten versicherungsaufsichtsrechtlichen Änderungen der Vorgaben für die Einsetzung des Sonderbeauftragten erfolgte eine permanente Ausweitung des Anwendungsbereichs dieses speziellen Eingriffsmittels über den Versicherungssektor hinaus auf das nationale Finanzmarktaufsichtsrecht.

1. Viertes Finanzmarktförderungsgesetz 2002

Im Jahr 2002 hat der deutsche Gesetzgeber zunächst im Rahmen des sog. Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes (4. FMFG)⁵¹ die bis zu diesem Zeitpunkt rein versicherungsaufsichtsrechtliche Spezialfunktion des Sonderbeauftragten in das KWG transplantiert und damit eine weitere Vereinheitlichung der nationalen Aufsichtsstandards von Versicherungsunternehmen einerseits und Banken andererseits vorgenommen. Der Gesetzgeber hat die Neuregelung in § 36 Abs. 1a KWG bewusst als Parallelregelung zum damaligen § 81 Abs. 2a VAG konzipiert und für die Beaufsichtigung der Institute ebenfalls die Möglichkeit eröffnet, Organbefugnisse ganz oder teilweise auf einen Sonderbeauftragten zu übertragen. Damit

⁵⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses vom 1.7.2009, BT-Drucks. 16/13684, S. 32 zu Nr. 16 c.

⁵¹ Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland vom 21. Juni 2002 BGBl. Teil I 2002, S. 2010; zu den versicherungsaufsichtsrechtlichen Änderungen durch das 4. FMFG *Fricke*, VersR 2002, 1078.

sollte auch die Bankenaufsicht die zusätzliche Kompetenz erhalten, unzuverlässigen oder ungeeigneten Organmitgliedern von Instituten deren Befugnisse zu entziehen und geeignete Sonderbeauftragte einzusetzen⁵². Diese Eingriffsmöglichkeit wurde wie in § 36 a Abs. 1 Satz 1 KWG folgt normiert:

„Die Bundesanstalt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 auch Befugnisse, die Organen des Instituts zustehen, ganz oder teilweise auf einen Sonderbeauftragten übertragen, der zur Wahrung der Befugnisse geeignet erscheint.“

Die erwähnten „Voraussetzungen des Absatzes 1“ entsprachen denen für das aufsichtsbehördliche Abberufungsverlangen im Hinblick auf Geschäftsleiter⁵³.

2. Investmentänderungsgesetz 2007

Mit dem Investmentänderungsgesetz⁵⁴ hat der Gesetzgeber im Jahr 2007 die Befugnis der BaFin zur Einsetzung eines Sonderbeauftragten dann auf die Kapitalanlagegesellschaften ausgedehnt. § 17 a Abs. 2, 1. Halbsatz InvG sieht nun vor:

„Die Bundesanstalt kann Organbefugnisse abberufener Geschäftsleiter auf einen geeigneten Sonderbeauftragten übertragen, bis die Kapitalanlagegesellschaft über neue Geschäftsleiter verfügt, die den in § 7 b Nr. 3 genannten Anforderungen genügen;“

Der Wortlaut der Norm („abberufener Geschäftsleiter“) zeigt, dass die Bestellung des Sonderbeauftragten nur für den Fall ermöglicht werden soll, dass zuvor eine Abberufung von Geschäftsleitern erfolgt ist. Damit soll nach der Vorstellung des Gesetzgebers lediglich für einen kurzen Zeitraum die Vakanz („bis“) zwischen der Abberufung alter und der Bestellung neuer Geschäftsleiter überbrückt werden⁵⁵.

⁵² Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland vom 18. Januar 2002, BT-Drucks. 14/8017 S. 126.

⁵³ Fischer, in Fischer/Boos/Schulte-Mattler, KWG, 3. Auflage 2008, § 36 Rn. 37.

⁵⁴ Gesetz zur Änderung des Investmentgesetzes und zur Anpassung anderer Vorschriften (Investmentänderungsgesetz) vom 21. Dezember 2007, BGBl. Teil I 2007, S. 3089.

⁵⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Änderung des Investmentgesetzes und zur Anpassung anderer Vorschriften (Investmentänderungsgesetz) vom 11. Juni 2007, BT-Drucks. 16/5576 S. 63, zu Nummer 22).

3. Pfandbriefgesetz 2009

Im Rahmen einer Gesetzesänderung im Pfandbriefrecht⁵⁶ im Jahr 2009 hat der Gesetzgeber dann das Einsatzgebiet des Sonderbeauftragten in personeller Hinsicht merklich ausgedehnt. Bis dahin war die behördliche Bestellung des Sonderbeauftragten ausschließlich anstelle von Organen des jeweils betroffenen Unternehmens vorgesehen. Nun hat der Gesetzgeber in § 36 Abs. 1a Satz 1. 2. HS KWG normiert, dass die Aufsichtsbehörde dem Sonderbeauftragten ebenfalls die Befugnisse eines Sachwalters nach §§ 32 bis 35 PfandBG⁵⁷ übertragen kann. Zuvor musste zusätzlich ein Sachwalter ernannt werden, der die Geschäfte zur Übertragung der Deckungsmasse vornehmen konnte, selbst wenn bereits ein Sonderbeauftragter bestellt war.

Diese Änderung des KWG kam erst im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens auf Vorschlag des Bundestagsfinanzausschusses zustande und bezweckte, zeitliche Verzögerungen zu vermeiden⁵⁸. Aufgrund der Neuregelung kann der bereits ernannte Sonderbeauftragte nun ebenfalls die Befugnisse des Sachwalters übernehmen, der sonst erst vom Gericht bestellt werden müsste (§ 30 Abs. 1 Satz 1 PfandBG). Außerdem war zuvor ein bereits vor Insolvenzeröffnung bestellter Sachwalter nicht in der Lage, autonom zu agieren, sondern benötigte die Zustimmung der Unternehmensorgane. Der Einsatz des Sonderbeauftragten zugleich als Sachwalter soll die erforderlichen Aktivitäten beschleunigen, da für den Sonderbeauftragten keine gerichtliche Bestellung erfolgen muss; sie soll weiter die Effektivität des Sachwalters steigern, da dieser als Sonderbeauftragter zugleich Organfunktionen ausübt und anstehende Entscheidungen somit autonom treffen kann.

4. Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz 2009

Im Rahmen des Zahlungsdiensteumsetzungsgesetzes⁵⁹ hat der Gesetzgeber im Jahr 2009 mit dem Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG)⁶⁰ der BaFin

⁵⁶ Gesetz zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts vom 20. März 2005, BGBl. Teil I 2005, S. 607.

⁵⁷ Pfandbriefgesetz vom 22. Mai 2005, BGBl. Teil I 2005, S. 1373.

⁵⁸ Bericht des Finanzausschusses zu dem Gesetzentwurf zur Fortentwicklung des Pfandbriefrechts vom 12.2.2009, BT-Drucks. 16/11929, S. 6 zu Nr. 16a.

⁵⁹ Gesetz zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie (Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz) vom 25. Juni 2009, BGBl. Teil I 2009, S. 1506.

⁶⁰ Gesetz über die Beaufsichtigung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz) vom 25. Juni 2009, BGBl. Teil I 2009, S. 1506.

bei den Zahlungsinstituten ebenfalls das besondere Eingriffsmittel des Sonderbeauftragten zur Verfügung gestellt. § 15, 1. Halbsatz ZAG sieht nun vor:

„Die Bundesanstalt kann unter den Voraussetzungen des Absatzes 1 Befugnisse, die Organen des Instituts zustehen, ganz oder teilweise auf einen Sonderbeauftragten übertragen, der zur Wahrung der Befugnisse geeignet ist;“

Die genannten „Voraussetzungen des Absatzes 1“ betreffen die jeweiligen Erfordernisse für die Aufhebung der Erlaubnis, das Verlangen Geschäftsleiter abuberufen und die Ausübung der Geschäftsleitertätigkeit zu untersagen. Mit der Option, stattdessen einen Sonderbeauftragten einzusetzen, wollte der Gesetzgeber der BaFin ein gegenüber den in Absatz 1 genannten Maßnahmen milderer Eingriffsmittel an die Hand geben⁶¹.

5. Restrukturierungsgesetz 2010

Mit dem Restrukturierungsgesetz für die Kreditinstitute⁶² hat der Gesetzgeber im Jahr 2010 dann wesentliche Änderungen der aufsichtsrechtlichen Regelung des Sonderbeauftragten im KWG vorgenommen. Die Regelung wurde aus § 36 Abs. 1a KWG herausgelöst und eigenständig in § 45 c KWG normiert. Der Gesetzgeber hat damit den Sonderbeauftragten der BaFin im Bankensektor aus dem bisherigen Regelungszusammenhang der Geschäftsleitersanktionen entfernt und als ein eigenständiges behördliches Aufsichtsinstrument mit einem deutlich erweiterten Anwendungsgebiet und mit überwiegend präventivem Charakter etabliert⁶³. Die Aufzählung

⁶¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Vorschriften der Zahlungsdiensterichtlinie (Zahlungsdiensteumsetzungsgesetz) vom 16. Januar 2009, BT-Drucks. 16/11613, S. 126 (zu § 15 ZAG-E).

⁶² Gesetz zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) vom 9.12.2010, BGBl Teil I 2010, S. 1900; dazu *Bachmann*, ZBB 2010, 459; *Höche*, WM 2011, 49; *Müller-Ensing/Brandi/Sinhart/Lorenz/Löw*, BB 2011, 66; *Schelo*, NJW 2011, 186; *Schuster/Westpfahl*, DB 2011, 221 (Teil I) und 282 (Teil II).

⁶³ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) vom 27.9.2010, BT-Drucks. 17/3024, S. 60 zu Nr. 9 (§ 45 c); *Bertinchamp*, BaFinJournal 11/2010, S. 9. 11; *Lindemann*, in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 4. Auflage 2012, § 45 c Rn. 2.

der möglichen Aufgaben des Sonderbeauftragten in § 45 c KWG ist zudem nur beispielhaft („insbesondere“) und nicht abschließend⁶⁴.

Die Regelung in § 45 c KWG sieht weitere mögliche Aufgabengebiete für den Sonderbeauftragten vor, die über die Übernahme von Befugnissen der Organe hinausgehen und alternativ einzelne Spezialaufgaben umfassen können⁶⁵. Zusätzlich räumt § 46 Abs. 2 Satz 4 KWG der BaFin im Fall eines Moratoriums die Möglichkeit ein, den Sonderbeauftragten zu bestellen, damit dieser Ausnahmen von verhängten Veräußerungs- und Verfügungsverboten gestatten kann. Für diese Untersuchung sind allerdings nur diejenigen Neuregelungen im KWG relevant, die sich speziell mit der Bestellung des Sonderbeauftragten anstelle von Unternehmensorganen befassen, da das VAG nur diese Bestellung normiert. Insoweit sieht das Restrukturierungsgesetz in § 45 c Abs. 2 KWG folgendes vor:

Die Bundesanstalt kann dem Sonderbeauftragten insbesondere übertragen:

1. die Aufgaben und Befugnisse eines oder mehrerer Geschäftsleiter wahrzunehmen, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass der oder die Geschäftsleiter des Instituts nicht zuverlässig sind oder nicht die zur Leitung des Instituts erforderliche fachliche Eignung haben;

2. die Aufgaben und Befugnisse eines oder mehrerer Geschäftsleiter wahrzunehmen, wenn das Institut nicht mehr über die erforderliche Anzahl von Geschäftsleitern verfügt, insbesondere weil die Bundesanstalt die Abberufung eines Geschäftsleiters verlangt oder ihm die Ausübung seiner Tätigkeit untersagt hat;

3. die Aufgaben und Befugnisse von Organen insgesamt oder teilweise wahrzunehmen, wenn die Voraussetzungen des § 36 Absatz 3 Satz 3 oder Satz 4 vorliegen;

⁶⁴ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) vom 27.9.2010, BT-Drucks. 17/3024, S. 60 zu Nr. 9 (§ 45 c); *Auerbach/Donner*, DB 2011, Beilage 4, S. 17, 19; *Herring/Fiedler*, WM 2011, 1311, 1317; *Höche*, WM 2011, 49, 55; *Müller-Ensing/Brandi/Sinhart/Lorenz/Löw*, BB 2011, 66, 68; *Poelzig*, ZBB 2012, 412, 414.

⁶⁵ Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung (Restrukturierungsgesetz) vom 27.9.2010, BT-Drucks. 17/3024, S. 60 zu Nr. 9 (§ 45 c); *Höche*, WM 2011, 49, 56.

4. die Aufgaben und Befugnisse von Organen des Instituts insgesamt oder teilweise wahrzunehmen, wenn die Aufsicht über das Institut aufgrund von Tatsachen im Sinne des § 33 Abs. 3 beeinträchtigt ist;

Diese neueste und detaillierte Normierung der Aufgaben und Kompetenzen des Sonderbeauftragten im speziellen Aufsichtsrecht der Kreditinstitute und deren Begründung liefern einige Anhaltspunkte für die Auslegungsprobleme bezüglich der Bestellung und der anschließenden Tätigkeit des Sonderbeauftragten, der im Versicherungssektor anstelle von Unternehmensorganen agiert, die später in die Bewertung der relevanten Fragen einbezogen werden.

Systematisch fällt als bankenaufsichtsrechtliche Besonderheit in § 45 c KWG auf, dass der Gesetzgeber hier zwischen der Bestellung des Sonderbeauftragten für Geschäftsleiter einerseits und für Organe andererseits differenziert. Diese neue Unterscheidung findet sich im VAG für die Bestellung des Sonderbeauftragten nicht und bleibt daher für die versicherungsaufsichtsrechtliche Bewertung im Rahmen dieser Arbeit außer Betracht. Außerdem enthält die Neuregelung in § 45 c KWG keine hinreichend konkret und abschließend umschriebenen Gründe für die aufsichtsbehördliche Bestellung des Sonderbeauftragten, sondern räumt der BaFin einen relativ weiten Ermessensspielraum ein⁶⁶, der im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot kritisch erscheint⁶⁷ und daher vor allem durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit limitiert wird⁶⁸. Daher kann bereits aus diesem Grund keine „automatische“ und tragfähige Parallelwertung zu der Bestellung des Sonderbeauftragten im Versicherungssektor vorgenommen werden.

IV. Die Tendenzen der nationalen Gesetzgebung

Die Gesetzgebung zum Eingriffsmittel des Sonderbeauftragten zeichnet sich durch Neuregelungen aus, die eine Erleichterung und Beschleunigung der Bestellung bezwecken sowie zu einer Ausweitung des Einsatzgebietes des Sonderbeauftragten und damit verbunden zu seiner wachsenden Be-

⁶⁶ *Auerbach/Donner*, DB 2011, Beilage 4, S. 17, 18; *M. Lorenz*, NZG 2010, 1046, 1052; *Riethmüller*, WM 2010, 2295, 2299.

⁶⁷ *Herring/Fiedler*, WM 2011, 1311, 1317 f.

⁶⁸ *Auerbach/Donner*, DB 2011, Beilage 4, S. 17, 18; *Bachmann*, ZBB 2010, 459, 469; *Lindemann*, in *Boos/Fischer/Schulte-Mattler*, KWG, 4. Auflage 2012, § 45 c Rn. 12.

deutung führen. Bei allen Maßnahmen im Bereich der Gesetzgebung betont die Legislative allerdings ebenfalls stets das Postulat der Verhältnismäßigkeit beim Gebrauch dieses speziellen Eingriffsinstrumentes der Versicherungsaufsichtsbehörde.

1. Erleichterte Bestellung des Sonderbeauftragten

Wenn man die eben dargestellten gesetzgeberischen Aktivitäten und deren jeweilige Motivation analysiert, gelangt man zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die Legislative die hoheitliche Bestellung von Sonderbeauftragten durch die Versicherungsaufsichtsbehörde permanent erleichtert hat. Die Erleichterung dieser aufsichtsbehördlichen Intervention erfolgte ersichtlich auf direktem und auf indirektem Weg.

Eine direkte Wirkung erzielte der Gesetzgeber vor allem durch die Streichung des Ultima-Ratio-Prinzips und durch die Einführung der Haftungsbeschränkung für den Sonderbeauftragten. Die erste Maßnahme führt zu der Möglichkeit für die Versicherungsaufsichtsbehörde, den Sonderbeauftragten früher zu bestellen, die zweite Maßnahme vereinfacht die Suche der Behörde nach geeigneten Personen für diese Funktion.

Eine nur mittelbare Wirkung hat der Gesetzgeber durch die Präzisierung der Voraussetzungen für die Anwendung des Eingriffsmittels des behördlichen Sonderbeauftragten erzielt. Denn die klarere Formulierung der Tatbestände in § 83 a Abs. 1 Nrn. 1, 2 und 4 VAG reduzieren das Risiko für die Aufsichtsbehörde, auf einer nicht hinreichend klaren rechtlichen Grundlage zu agieren. Durch die Konkretisierung der Eingriffsbefugnis wird die Behörde tendenziell früher und häufiger eingreifen, da eine eindeutiger Entscheidunggrundlage der BaFin mehr Rechtssicherheit bietet und das behördliche Prozessrisiko verringert⁶⁹. Mit der Reduzierung des Prozessrisikos geht außerdem zugleich eine Senkung des Amtshaftungsrisikos einher; haftungsträchtiges Behördenverhalten kann in diesen Konstellationen im Wesentlichen nur aus Ermessensfehlern resultieren.

Eine auf den ersten Blick gegenläufige Tendenz zu der gerade eben beschriebenen Konkretisierung der Eingriffsvoraussetzungen für die Aufsichtsbehörde stellt die generalklauselartige Befugnis in § 83 a Abs. 1 Nr. 3

⁶⁹ Eilert, VW 2005, 115, 117.

VAG dar. Denn die Möglichkeit, den Sonderbeauftragten zu bestellen, wenn die Erfüllbarkeit der Versicherungsverträge gefährdet ist, bietet gerade nicht die eben dargestellte Rechtssicherheit im Rahmen der behördlichen Intervention. Offenbar meint der Gesetzgeber dennoch, der Versicherungsaufsichtsbehörde einen Auffangtatbestand als zusätzliche Eingriffsgrundlage zur Verfügung stellen zu müssen, falls die Bestellung des Sonderbeauftragten nicht bereits auf die eindeutiger normierten sonstigen Eingriffsvoraussetzungen in § 83 a Abs. 1 VAG gestützt werden kann. Damit wird freilich im Ergebnis die Bestellung des Sonderbeauftragten erneut erleichtert, da diese somit auch in Konstellationen erfolgen kann, die nicht von den Tatbeständen in § 83 a Abs. 1 Nr. 1, 2 und 3 VAG erfasst werden.

2. Ausweitung des Einsatzgebietes des Sonderbeauftragten

Die Neuregelungen der Legislative führen in verschiedener Hinsicht zu einer Ausweitung des Einsatzgebietes des Sonderbeauftragten. Die erste Perspektive der Ausweitung betrifft die Unternehmen, bei denen die Aufsichtsbehörde den Sonderbeauftragten bestellen kann. Der Adressatenkreis wurde wie gezeigt auf Unternehmensebene über die Erstversicherungsunternehmen und über den Versicherungssektor hinaus erweitert. Diese Erstreckung führt weiterhin dazu, dass zunehmend Regelungen außerhalb des Versicherungssektors für die anstehenden Interpretationsfragen im Versicherungsaufsichtsrecht herangezogen werden können.

Die zweite Perspektive betrifft die Personen, die zusätzlich von der Einsetzung des Sonderbeauftragten erfasst werden können; hierbei handelt es sich vor allem um die Aufsichtsratsmitglieder in den von der Versicherungsaufsichtsbehörde überwachten Unternehmen. Die Entwicklung im Bankenaufsichtsrecht zeigt zudem, dass der Einsatz des Sonderbeauftragten sogar über die Ebene der Organe hinaus ausgedehnt werden kann; eine vergleichbare Entwicklung kann künftig im Versicherungssektor nicht ausgeschlossen werden.

Die dritte Perspektive der Ausweitung des Einsatzgebietes des Sonderbeauftragten beruht mittelbar auf dem Effekt der permanenten Gesetzgebungsaktivitäten im Versicherungsaufsichtsrecht. Denn jede neue Norm im VAG oder in darauf basierenden Verordnungen erweitert den Kreis der Vorschriften, die Unternehmen sowie deren Organe verletzen und dadurch

die Aufsichtsbehörde zur Bestellung des Sonderbeauftragten berechtigen können.

3. Wachsende Bedeutung des Sonderbeauftragten

Mit der vom Gesetzgeber vorgenommenen permanenten und signifikanten Ausweitung des potenziellen Einsatzgebiets des Sonderbeauftragten der BaFin ist zwangsläufig eine wachsende Bedeutung dieses speziellen, aufsichtsbehördlichen Interventionsinstrumentes in bestimmten kritischen Konstellationen verbunden. Den besonderen Stellenwert, den der deutsche Gesetzgeber der Bestellung von Sonderbeauftragten beimisst, verdeutlichen seine Ausführungen in den einzelnen Änderungsgesetzen zum VAG. Danach wird der Sonderbeauftragte als ein „wichtiges aufsichtsrechtliches Instrument“⁷⁰ und als ein „wirksames Mittel des Krisenmanagements“⁷¹ angesehen. Diese durchaus bemerkenswerte Einschätzung der Legislative verdeutlicht die herausgehobene Bedeutung dieser Eingriffsoption für die Versicherungsaufsichtsbehörde, in außergewöhnlichen Situationen einen Sonderbeauftragten bei den überwachten Unternehmen bestellen zu können.

4. Verhältnismäßigkeitserwägungen

Bei allen zu verzeichnenden Ausweitungstendenzen für die Möglichkeit des Einsatzes von Sonderbeauftragten durch die BaFin fällt allerdings auf, dass in den Gesetzgebungsmaterialien häufig der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Kontext von neuen Regelungen zum Sonderbeauftragten angesprochen wird. Die Verhältnismäßigkeitserwägungen der Legislative ziehen sich wie ein roter Faden durch die Gesetzgebungsmaterialien und verdeutlichen somit den besonderen Stellenwert von Verhältnismäßigkeitsaspekten bei der behördlichen Bestellung des Sonderbeauftragten, vor allem im Rahmen von behördlicher Ermessensausübung und rechtlichen Auslegungsfragen.

⁷⁰ Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Finanzmarktstabilisierungsgesetz vom 14.10.2008, BT-Drucks. 16/10600, S. 12 zu Art. 4.

⁷¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Umsetzung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen zur Sanierung und Liquidation von Versicherungsunternehmen und Kreditinstituten vom 2.10.2003, BT-Drucks. 15/1653, S. 22.

Grundlegende Bedeutung in diesem Kontext hat die gesetzgeberische Direktive, dass die Aufsichtsbehörde von dem Eingriffsmittel des Sonderbeauftragten unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur in Ausnahmefällen Gebrauch machen darf; wichtig ist ebenfalls die Aussage, dass die daraus resultierenden Einschränkungen sich für die Behörde bereits aus allgemeinen verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Grundsätzen ergeben⁷², also nicht nochmals explizit in der Eingriffsnorm erwähnt sein müssen. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber zum Beispiel für die Aufsichtsbehörde explizit die Möglichkeit der nur teilweisen Übertragung von Organbefugnissen auf den Sonderbeauftragten eröffnet, um damit den behördlichen Eingriff möglichst gering zu halten⁷³.

V. Die europarechtliche Perspektive

Die erstmalige explizite gesetzliche Normierung der Befugnis für die deutsche Versicherungsaufsichtsbehörde, einen Sonderbeauftragten zu bestellen, erfolgte im Rahmen des Vierzehnten VAG-Änderungsgesetzes⁷⁴ im Jahr 1983. Dieses Gesetz diente der Transformation zweier europäischer Richtlinien, nämlich der Ersten Lebensversicherungsrichtlinie⁷⁵ und der Mitversicherungsrichtlinie⁷⁶. Die erstmalige gesetzliche Normierung der Funktion des Sonderbeauftragten war allerdings nicht europarechtlich veranlasst, sondern erfolgte aus rein nationalen Motiven und nur gelegentlich dieser Richtlinientransformation.

Im Hinblick auf die rein nationale Eingriffsbefugnis durch den Einsatz des aufsichtsbehördlichen Sonderbeauftragten stellt sich dennoch die Frage, ob dieses Überwachungsinstrument durch die supranationalen Direktiven beeinflusst wird, insbesondere ob eine solche nationale Aufsichtsmaßnahme trotz fortschreitender aufsichtsrechtlicher Konvergenz im Versicherungs-

⁷² Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Vierzehnten Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 24. März 1982, BT-Drucks. 9/1493 S. 26.

⁷³ Gesetzentwurf der Bundesregierung eines Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsaufsichtsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 4. März 1994, BT-Drucks. 12/6959 S. 83 f.

⁷⁴ Vierzehntes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 29. März 1983, BGBl. Teil I 1983, S. 377.

⁷⁵ Erste Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 5. März 1979 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften über die Aufnahme der Direktversicherung (Lebensversicherung), ABl. EG Nr. L 63, S. 1 ff.

⁷⁶ Richtlinie des Rates vom 30. Mai 1978 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften auf dem Gebiet der Mitversicherung auf Gemeinschaftsebene, ABl. EG Nr. L 151, S. 25 ff.