



FORSCHUNGSSTELLE FÜR
VERSICHERUNGSWESEN
UNIVERSITÄT MÜNSTER

130

30. und 31. Münsterischer Versicherungstag

17. November 2012 und
23. November 2013 in Münster

Veranstalter:
Forschungsstelle für Versicherungswesen
Universität Münster



MÜNSTERANER REIHE

30. und 31. Münsterischer Versicherungstag

17. November 2012 und
23. November 2013 in Münster

Veranstalter:

Forschungsstelle für Versicherungswesen Universität Münster



Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Versicherungswesen
– Universität Münster mit Unterstützung des Vereins zur Förderung der
Forschungsstelle für Versicherungswesen – Universität Münster e. V.

Münsteraner Reihe Band 130
Begründet von Prof. Dr. Dr. h. c. Helmut Kollhosser
Herausgeber Prof. Dr. Heinrich Dörner
 Prof. Dr. Dirk Ehlers
 Prof. Dr. Petra Pohlmann
 Prof. Dr. Martin Schulze Schwienhorst
 Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

30. und 31. Münsterischer Versicherungstag

17. November 2012 und
23. November 2013 in Münster

Veranstalter:
Forschungsstelle für Versicherungswesen
Universität Münster



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.

© 2014 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:

© 2014 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.

ISSN 0937-518X
ISBN 978-3-89952-825-1

Vorwort

Seit mittlerweile 31 Jahren kommen im November Vertreter aus Wissenschaft und Praxis in Münster zusammen, um aktuelle Entwicklungen im Versicherungswesen zu diskutieren.

Auf dem 30. Münsterischen Versicherungstag im Jahr 2012 hat neben Herrn Dr. Jürgen Bürkle und Herrn Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge), deren Vorträge in diesem Band veröffentlicht sind, Frau Dr. Elke König, Präsidentin der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, über „Lebensversicherer in Zeiten niedriger Zinsen – Gibt Solvency II die richtigen Antworten?“ gesprochen.

Auf dem 31. Münsterischen Versicherungstag hat Herr Uwe Laue, Vorstandsvorsitzender des Verbandes der Privaten Krankenversicherung e.V., über „Das duale Krankenversicherungssystem in Deutschland – Zukunftsperspektiven“ referiert. Die Vorträge von Herrn Detlef Kaulbach, Frau Richterin am Bundesgerichtshof Marion Harsdorf-Gebhardt und Herrn Ministerialdirigent Ulrich Schönleiter sind in diesem Band abgedruckt.

Der vorliegende Tagungsband soll die Erkenntnisse dieser beiden Tagungen einem größeren Kreis zugänglich machen. Mein Dank gilt daher den fünf Referenten, welche ihre Beiträge gegenüber der Vortragsfassung leicht erweitert und um Fußnoten ergänzt haben. Außerdem danke ich dem Verein zur Förderung der Forschungsstelle für Versicherungswesen – Universität Münster, der den Münsterischen Versicherungstag und diesen Tagungsband möglich gemacht hat.

Münster, im Mai 2014

Prof. Dr. Petra Pohlmann

Inhaltsverzeichnis

30. Münsterischer Versicherungstag

**Aufsichtsrechtliche Selbsteinschätzung im Zeichen
prinzipienbasierter Regulierung 1**

Dr. Jürgen Bürkle

**Problemfelder der Beratungs- und Informationspflichten
des Versicherers 55**

Prof. Dr. Oliver Brand, LL.M. (Cambridge)

31. Münsterischer Versicherungstag

**Krankenversicherungen nach §§ 195, 196 und 199 VVG
zum vertrags- und aufsichtsrechtlichen Rahmen 87**

Detlef Kaulbach und Dr. Christian Schneider

**Aktuelle Entscheidungen des Bundesgerichtshofs zum
Versicherungsrecht 123**

Marion Harsdorf-Gebhardt

**Die Versicherungsvermittlung: Neues aus Brüssel und
Neues aus Berlin 149**

Ulrich Schönleiter

Aufsichtsrechtliche Selbsteinschätzung im Zeichen prinzipienbasierter Regulierung

von Dr. Jürgen Bürkle*

Inhalt

A	Einleitung	4
B	Selbsteinschätzung als Folge prinzipienbasierter Regulierung ..	4
I.	Charakteristika prinzipienbasierter Regulierung	4
II.	Inhalt prinzipienbasierter Regulierung	6
1.	Europäisches Recht	6
2.	Nationales Recht	7
III.	Intensität prinzipienbasierter Regulierung	8
1.	Die Rechtssetzung im Lamfalussy-Verfahren	9
a)	Erste Ebene des Lamfalussy-Verfahrens	9
b)	Zweite Ebene des Lamfalussy-Verfahrens	10
c)	Dritte Ebene des Lamfalussy-Verfahrens	11
2.	Regelbasierte Überregulierung	11
IV.	Folgen prinzipienbasierter Regulierung	13
1.	Vorgelagerte unternehmerische Selbsteinschätzung ..	13
2.	Nachgelagerte aufsichtsbehördliche Überwachung	16
3.	Bedeutung der Selbsteinschätzung	17
a)	Öffentlich-rechtliche Bedeutung	17
b)	Zivil- und strafrechtliche Bedeutung	19

* Dr. Jürgen Bürkle ist Rechtsanwalt sowie Gründungs- und Vorstandsmitglied im Netzwerk Compliance e.V. Seit 1995 ist er Leiter der Konzern-Rechtsabteilung und seit 2005 Compliance-Officer der Stuttgarter Lebensversicherung a.G.

C	Legal Judgment Rule als Basis der Selbsteinschätzung.....	19
I.	Business Judgment Rule.....	20
1.	Das ARAG/Garmenbeck-Urteil	20
2.	Normiertes Geschäftsleiterermessen	20
II.	Legal Judgment Rule	22
1.	Gesellschaftsrecht.....	23
a)	Unternehmerische vs. rechtlich gebundene Entscheidung	23
aa)	Rechtsbindung	24
bb)	Legal Judgment als Vorstufe des Business Judgment.....	26
b)	Business Judgment Rule als Vorbild.....	26
aa)	Entscheidungen unter Unsicherheit.....	27
bb)	Honorierung rechtstreuen Verhaltens.....	29
cc)	Transparenz und Rechtssicherheit.....	30
2.	Aufsichtsrecht.....	31
a)	Einheit der Rechtsordnung.....	31
b)	Geschäftsorganisation	33
c)	Amtshaftung.....	34
d)	Komplexität	36
e)	„Ingerenz“	37
f)	Prinzipienbasiertes Recht	37
g)	Normiertes Legal Judgment.....	38
h)	Einschränkung im Aufsichtsrecht	39
D	Anforderungen der Legal Judgment Rule.....	40
I.	Prozedurale Anforderungen	40
II.	Gesellschaftsrechtliche Anforderungen.....	41
1.	Information des Rechtsberaters.....	42
2.	Unabhängigkeit des Rechtsberaters.....	42

3. Qualifikation des Rechtsberaters.....	43
4. Plausibilitätskontrolle des Rechtsrats	44
III. Aufsichtsrechtliche Modifikationen	44
1. Geschäftsleiterqualifikation.....	44
2. Unabhängigkeit des Beraters	45
3. Qualifikation des Beraters.....	47
4. Plausibilitätskontrolle	47
IV. Risikoabwägung	49
V. Dokumentation	51
E Zusammenfassung in Thesen.....	52

A Einleitung

Die anstehende Transformation der Richtlinie Solvabilität II¹ in das deutsche Versicherungsaufsichtsgesetz wird den mit dem 9. VAG-Änderungsgesetz² im Jahr 2009 bereits eingeleiteten Trend zu einer stärker prinzipienbasierten aufsichtsrechtlichen Regulierung fortsetzen und verstärken. Die Rechtsanwender und Rechtsberater stehen daher künftig vermehrt vor der Frage, wie sie auf diese Entwicklung, die zunehmend Rechtsunsicherheit bewirkt, in der Praxis reagieren sollen.

Auf diese Frage will der folgende Beitrag auf der Basis einer aufsichtsrechtlichen Legal Judgment Rule eine erste Antwort aus der Unternehmensperspektive formulieren. Da es hierbei um eine möglichst sichere Rechtsgrundlage geht, orientieren sich die Ausführungen weitgehend an der vorliegenden Rechtsprechung; kritische Literaturmeinungen werden daher nur punktuell berücksichtigt.

B Selbsteinschätzung als Folge prinzipienbasierter Regulierung

I. Charakteristika prinzipienbasierter Regulierung

Die Richtlinie Solvabilität II führt neben einer grundsätzlichen Vollharmonisierung³ im Gegensatz zur aktuell primär regelbasierten Regulierung im VAG⁴ zu einer stärker prinzipienbasierten Regulie-

¹ Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABIEU vom 17.12.2009, Nr. L 335/1; ausführlicher Überblick bei *Bürkle*, in: *Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann* (Hrsg.), VAG, 5. Auflage 2012, Solvabilität II, S. 929 ff.

² Neuntes Gesetz zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 31.12.2007, BGBl Teil I 2007, S. 3248; dazu *Bürkle*, VW 2008, 212.

³ *Bähr*, in: *Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann*, VAG, 5. Auflage 2012, § 81 Rn. 8; *Bürkle*, VersR 2011, 1469, 1472 f.; *Dreher/Lange*, VersR 2011, 825, 827 ff.; *Gal/Sehrbrock*, Die Umsetzung der Solvency II-Richtlinie durch die 10. VAG-Novelle, 2013, S. 9 ff.; *Looschelders/Michael*, in: *Ruffert* (Hrsg.), Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5), 2013, § 11 Rn. 67; *Wandt/Sehrbrock*, in: *Dreher/Wandt* (Hrsg.), Solvency II in der Rechtsanwendung, 2009, S. 1, 4.

⁴ *Schaaf*, Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen, 2010, S. 25; *Wandt*, Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2012, S. 10 f.

nung⁵, nach Einschätzung des deutschen Gesetzgebers sogar zu einem Wandel von einem regelbasierten zu einem prinzipienbasierten Aufsichtssystem⁶. Charakteristisch für die prinzipienbasierte Regulierung ist die im Gegensatz zur heutigen primär regelbasierten Regulierung⁷ deutlich häufigere Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe⁸ wie „angemessen“ oder „geeignet“.

Als Vorteile derart prinzipienbasierter Regulierung werden die Entwicklungsoffenheit und die Anwendungsflexibilität⁹ sowie die gegenüber regelbasiertem Recht reduzierte Gefahr von Umgehungsstrategien und die Sensibilisierung des Managements¹⁰ genannt. Versicherungsspezifisch tritt der Aspekt hinzu, dass bestimmte Gegenstände des neuen Aufsichtsrechts kaum regelbasiert normiert werden können; ein Beispiel hierfür sind die qualitativen Vorgaben zur Governance in Säule 2¹¹.

⁵ *Boetius*, in: Ellenbürger/Ott/Frey/Boetius (Hrsg.), Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRisk) für Versicherungsunternehmen, 2009, S. 29; *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247, 2248; *Bürkle*, VersR 2007, 1595, 1596; *van Hulle*, RdF 2012, Heft 3, S. I; *Wandt*, VW 2007, 473, 474.

⁶ BT-Drucks. 17/9342, S. 136; ebenso *Looschelders/Michael*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5), 2013, § 11 Rn. 53.

⁷ Zur prinzipienbasierten Regulierung *Bürkle*, VersR 2012, 1469, 1476 f.; *Dreher*, VersR 2008, 988, 1000 f.; *Eilert*, ZVersWiss 2012, 621; *Looschelders/Michael*, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5), 2013, § 11 Rn. 73 ff.; *Michael*, in: Looschelders/Michael (Hrsg.), Düsseldorfer Vorträge zum Versicherungsrecht 2012, 2013, S. 2, 12 ff.; *Pohlmann*, in: Burling/Lazarus (Hrsg.), Research Handbook on International Insurance Law and Regulation, 2011, S. 329; *Saria*, VR 11/2011, 21, 23 f.; *Sasserath-Alberti*, EuZW 2012, 641; *Schneider*, GS Gruson, 2009, 369; *Wandt*, Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2012; *Wandt/Sehrbrock*, ZVersWiss 2011, 193, 203 ff.; *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 562 ff.

⁸ *Bürkle*, VersR 2012, 1469, 1476; *Dreher*, VersR 2008, 988, 1000; *Eilert*, ZVersWiss 2012, 621, 622; *Pohlmann*, in: Burling/Lazarus (Hrsg.), Research Handbook on International Insurance Law and Regulation, 2011, S. 329, 336; *Schaaf*, Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen, 2010, S. 24; *Sehrbrock/Gal*, CFL 2012, 140, 142; *Wandt/Sehrbrock*, FS Schneider, 2011, S. 193, 203.

⁹ *Dreher*, VersR 2008, 988, 1000; *Wandt/Sehrbrock*, FS Schneider, 2011, S. 1395, 1387; *Weber-Rey*, ZGR 2010, 543, 564.

¹⁰ *Bürkle*, VersR 2007, 1595, 1596; *Pohlmann*, in: Burling/Lazarus (Hrsg.), Research Handbook on International Insurance Law and Regulation, 2011, S. 329, 338; *Wandt*, Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2012, S. 18.

¹¹ *Wandt*, Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2012, S. 17.

II. Inhalt prinzipienbasierter Regulierung

Der Inhalt des Konzepts der prinzipienbasierteren Regulierung erschließt sich aus den europäischen und den deutschen Gesetzesmaterialien. Hierbei weisen die Regierungsbegründungen zum 9. VAG-ÄndG im Jahr 2007 und zum 10. VAG-ÄndG im Jahr 2012¹² abweichende Schwerpunkte auf.

1. Europäisches Recht

Die EU-Kommission führt in ihrem Vorschlag für die Richtlinie Solvabilität II dazu folgendes aus: „Die Verantwortung für die finanzielle Solidität des Versicherers wird entschlossen an das Management zurückverwiesen und dort gehört sie auch hin. Die Versicherer erhalten mehr Freiheit – d.h. sie müssen eher soliden Grundsätzen als willkürlichen Regeln folgen.“ Und weiter: „im Gegenzug werden sie einer verstärkten aufsichtlichen Überprüfung unterworfen.“¹³ Die EU-Kommission geht also von größeren Freiheiten für die Unternehmen¹⁴ und einer zugleich verschärften, aber eben nur nachgelagerten Beaufsichtigung aus, die der Korrektur festgestellter Defizite dient¹⁵.

Dieser prinzipienbasierte Ansatz findet sich dann entsprechend in einer Vielzahl von Regelungen in dem endgültigen Richtlinienentwurf wieder. Ein Blick auf die Richtlinie zeigt, dass dort zahlreiche prinzipienbasierte Normen im Tatbestand nur abstrakt-generelle Grundsätze enthalten, die im Einzelfall ausgefüllt und konkretisiert werden müssen¹⁶. Diese Prinzipien geben ein bestimmtes Ziel mit einigen

¹² Ausführlich dazu *Gal/Sehrbrock*, Die Umsetzung der Solvency II-Richtlinie durch die 10. VAG-Novelle, 2013; zum Referentenentwurf *Grote/Schaaf*, *VersR* 2012, 17 V.

¹³ Vorschlag der EU-Kommission für die Richtlinie Solvabilität II vom 10.07.2007, KOM(2007) 361 endgültig, S. 3; zu dieser Überprüfung *Bürkle*, in: *Fahr/Kaulbach/Bähr/Pohlmann* (Hrsg.), *VAG*, 5. Auflage 2012, Solvabilität II, S. 919, 936, Rn. 59 ff.; *Dreher/Ballmaier*, in: *Dreher/Wandt* (Hrsg.), *Solvency II in der Rechtsanwendung* 2012, 2012, S. 73; *Grote*, in: *Dreher/Wandt* (Hrsg.), *Solvency II in der Rechtsanwendung*, 2009, S. 225, 226 ff.; *Lipowsky*, in: *Dreher/Wandt* (Hrsg.), *Solvency II in der Rechtsanwendung* 2012, 2012, S. 57.

¹⁴ *Schaaf*, *Risikomanagement und Compliance in Versicherungsunternehmen*, 2010, S. 24.

¹⁵ *Saria*, *VR* 11/2011, 21, 24; *Sehrbrock/Gal*, *CFL* 2012, 140, 144.

¹⁶ *U. Schneider*, *GS Gruson*, 2009, S. 369, 372; *Weber-Rey*, *ZGR* 2010, 543, 563.

Direktiven für die Zielbestimmung und die Zielerreichung vor, sind im Übrigen aber offen formuliert¹⁷.

Im Gegensatz zum regelbasierten Recht wirkt prinzipienbasiertes Recht somit nicht konditional in dem Sinn, dass eine Rechtsfolge eintritt, wenn ein Tatbestand erfüllt ist¹⁸. Prinzipienbasierte Regulierung hat aufgrund von Zielvorgaben vielmehr finalen, ergebnisorientierten Charakter; sie überträgt dem Unternehmen und dessen Geschäftsleitern die Verantwortung für die Zielerreichung und eröffnet dazu einen individuellen Spielraum¹⁹.

2. Nationales Recht

Die Regierungsbegründung zum 9. VAG-ÄndG beschreibt die Konsequenzen prinzipienbasierter Regulierung als größere Handlungsfreiheit für die Unternehmen, die im Gegenzug erhöhte Anforderungen an die unternehmensinterne Entscheidungsfindung erfüllen müssen²⁰. In der Regierungsbegründung zum 10. VAG-ÄndG findet sich dagegen die Einschätzung, dass das VAG im Wesentlichen nur noch das Aufsichtsziel vorgibt und es der Aufsichtsbehörde überlässt, dieses im Einzelfall zu konkretisieren²¹. Im Jahr 2007 betont der Gesetzgeber also die wachsende Freiheit der Unternehmen, während er im Jahr 2012 die Konkretisierungsbefugnis der Aufsichtsbehörde hervorhebt.

Eine „Zielkonkretisierung“ durch (nationale) Aufsichtsbehörden sieht die Richtlinie Solvabilität II jedoch nicht vor; die verbindliche Konkretisierung der prinzipienbasiert formulierten Vorgaben erfolgt insoweit

¹⁷ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage 2011, § 7 Rn. 2 und Rn. 68.

¹⁸ Looschelders/Michael, in: Ruffert (Hrsg.), Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht (EnzEuR Bd. 5), 2013, § 11 Rn. 74.

¹⁹ Buck-Heeb, BB 2013, 2247, 2248; Bürkle, in: Bürkle (Hrsg.), Compliance in Versicherungsunternehmen, 2. Auflage 2014, § 2 Rn. 86; Eilert, ZVersWiss, 2012, 621, 623; Kobischke, BJ 09/2011, 12; Saria, VR 11/2011, 21, 23; Sasserath-Alberti, EuZW 2012, 641, 642; Schüller, RdF 2011, 174, 178; Wolf, BB 2011, 1353, 1354.

²⁰ BT-Drucks. 16/6518, S. 10.

²¹ BT-Drucks. 17/9342, S. 136; kritisch zu einer solchen vorgelagerten aufsichtsbehördlichen Kompetenz Bürkle, VersR 2011, 1469, 1476; Wandt, Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, 2012, S. 24.

ausschließlich durch die Rechtssetzung auf europäischer Ebene und dort vor allem durch die EU-Kommission²². Hinzu kommt, dass eine allgemeine nationale behördliche Konkretisierung die Anforderungen an eine rechtswirksame Richtlinien transformation nicht erfüllen würde, da diese eine Normierung mit Außenwirkung, also ein Gesetz oder eine Verordnung erfordert²³.

Der unscharfe Begriff der Konkretisierung im Regierungsentwurf zum 10. VAG-ÄndG kann sich daher nur auf die einzelfallbezogene rechtliche Bewertung der Aufsichtsbehörde beziehen. Diese Sichtweise entspricht der grundsätzlichen Unterscheidung zwischen Aufsicht durch die BaFin einerseits und Regulierung durch die rechtssetzenden Instanzen andererseits²⁴.

III. Intensität prinzipienbasierter Regulierung

Der Stellenwert des prinzipienbasierten Regulierungsansatzes kann nicht pauschal bewertet werden, da er nicht durchgehend in gleicher Intensität eingreift. Er ist auf den einzelnen Ebenen des (durch den Vertrag von Lissabon modifizierten²⁵) Lamfalussy-Verfahrens und in den drei Säulen von Solvency II unterschiedlich stark ausgeprägt. Außerdem schwankt die Intensität prinzipienbasierten Rechts sogar auf der Ebene der einzelnen Normen.

²² Bürkle, *VersR* 2011, 1469, 1476; Gal/Sehbrock, Die Umsetzung der Solvency II-Richtlinie durch die 10. VAG-Novelle, 2013, S. 11; Wandt, *Prinzipienbasiertes Recht und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*, 2012, S. 24.

²³ EuGH, DB 1991, 1620, 1621; Bürkle, *VersR* 2009, 866, 867 Fn. 16; Dreher/Lange, *VersR* 2011, 825, 832; Wandt/Sehbrock, *VersR* 2012, 802, 807 Fn. 62.

²⁴ Vgl. Hopt, *NZG* 2009, 1041, 1042; Ohler, in: Ruffert (Hrsg.), *Europäisches sektorales Wirtschaftsrecht* (EnzEuR Bd. 5), 2013, § 10 Rn. 3; Wymeersch, *ZGR* 2011, 443, 448; Erwägungsgrund 16 der Richtlinie Solvabilität II („Vorrangiges Ziel der Regulierung und Beaufsichtigung...“).

²⁵ Zu diesen Modifikationen Edenharter, *DÖV* 2011, 645; Rötting/Lang, *EuZW* 2012, 8; Sydow, *JZ* 2012, 157; Weber-Rey/Baltzer, in: Hopt/Wohlmannstetter (Hrsg.), *Handbuch Corporate Governance von Banken*, 2011, S. 431, 439 ff.; speziell zu den Modifikationen im Versicherungssektor durch die Installation der EIOPA Krämer, in: Dreher/Wandt (Hrsg.), *Solvency II in der Rechtsanwendung* 2012, 2012, S. 5, 6 ff.

1. Die Rechtssetzung im Lamfalussy-Verfahren

a) Erste Ebene des Lamfalussy-Verfahrens

Die (Rahmen-)Richtlinie auf der ersten Ebene des Lamfalussy-Verfahrens enthält nicht nur prinzipienbasierte sondern auch regelbasierte Normen. Es treten zudem Mischfälle sowohl prinzipien- als auch regelbasierter Regulierung auf, die im Hinblick auf den zugrunde liegenden Regulierungsansatz individuell zu betrachten sind. So existieren etwa obligatorische Mindestanforderungen, die regel- und prinzipienbasierte Inhalte sogar innerhalb derselben Norm aufweisen. Ein plastisches Beispiel hierfür bildet die Regelung zur internen Governance in Art. 41 Abs. 1 UAbs. 1 RL²⁶.

Zunächst gibt Art. 41 Abs. 1 RL prinzipienbasiert als Ziel der aufsichtsrechtlichen Governance ein vorsichtiges und solides Management des Geschäfts vor. Danach folgen zur Erreichung dieser Ziele als regelbasierte Mindestanforderungen die Vorgabe einer transparenten Organisationsstruktur mit klaren Zuständigkeitsregelungen. Gleichzeitig relativiert dieselbe Norm diese regelbasierte Mindestvorgabe, indem sie eine „angemessene“ Organisationsstruktur und eine „angemessene“ Zuständigkeitstrennung fordert, also prinzipienbasierte Tatbestandsmerkmale inkorporiert.

Durch solche expliziten aufsichtsrechtlichen Mindestanforderungen kommt es (nur) zu einer Einschränkung der Auswirkungen prinzipienbasierten Rechts und somit zu einem reduzierten unternehmerischen Freiraum, der die Selbsteinschätzung beeinflusst; die Geschäftsleiter müssen hier ein aufsichtsrechtliches Untermaßverbot beachten. Damit wird zugleich deutlich, dass der prinzipienbasierte Charakter nicht auf der Ebene der Einzelnorm, sondern auf der Ebene der jeweiligen Tatbestandsmerkmale ermittelt werden muss²⁷.

²⁶ Ausführlich dazu *Bürkle*, WM 2012, 878.

²⁷ Vgl. *Eilert*, ZVersWiss 2012, 621, 624.