



LAUFENDE AUFSICHT UND GESCHÄFTSORGANISATIO N

Prof. Dr. Josef Ruthig
Johannes Gutenberg Universität Mainz

16. Düsseldorfer Versicherungsrechtstag

20.10.2023

Prof. Dr. Ruthig – 16. Düsseldorfer Versicherungsrechtstag

JG|U

Einführung

- Entscheidung des BVerwG vom 21.04.2021 als „Aufhänger“
 - » Zum BVerwG-Urteil eher kritische Stimmen: Klon der obrigkeitstaatlichen, noch aus der Kaiserzeit stammenden und zuletzt in § 81 VAG aF geregelten allgemeinen Missstandsaufsicht (in Abgrenzung von der sog. Legalitätsaufsicht nach Solva II)
 - Dreher, in Prölls/Dreher, VAG § 298, Rn. 62 (i.E.)
 - » Zur (aufgehobenen) Entscheidung des VGH Kassel, VersR 2020, 819: zweifellos die wichtigste fachgerichtliche Äußerung zum Versicherungsaufsichtsrecht der letzten Jahrzehnte
 - Bürkle, VersR 2020, 819
- Konkreter Fall: Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems und damit zusammenhängende Berichtspflichten
 - » VA der BaFin zur Durchsetzung der Berichtspflichten (Sammelverfügung als DauerVA: Vorlage eines jährlichen Berichts zum Beschwerdemanagement)
 - » Hintergrund (so die Argumentation der BaFin): Durchsetzung von EIOPA-Leitlinien zum Beschwerdemanagementsystem (Rechtsgrundlage Art. 16 III EIOPA-VO)

Geschäftsorganisation/Governance

- Der Gegenstand des Verfahrens: Versicherungsaufsicht und Geschäftsorganisation
 - » Zur Entstehung: von aufsichtsrechtlichen Ansätzen zum gesellschaftsrechtlichen Konzept
 - » Ausdrückliche Gleichsetzung der Begrifflichkeiten (Geschäftsorganisation und Governance) auch in der Begründung zum RegE-VAG 2014

 - » **Besondere Anforderungen im Bereich der Finanzmärkte** (insbes. CRD IV: „Bankgesellschaftsrecht/Solvency II für Versicherungsunternehmen“)
 - Richtlinie 2009/138/EG v. 25.11.2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II) ABI. 2009 L 335, 1
 - ✓ **Qualitativer Ansatz**, vgl. ErwG 29 Solva II-RL:
„zusätzliche Anforderungen an die Geschäftsorganisation (Governance) ..., die sicherstellen, dass das Unternehmen in geeigneter Weise aufgestellt ist, um alle seine Risiken zu erkennen und aktiv zu bewältigen. Ein wirksames Governance-System ist daher sowohl für die angemessene Führung eines Versicherungsunternehmens als auch für das Regulierungssystem unerlässlich.“
 - ✓ **Proportionalitätsgrundsatz**: Art, Umfang und Komplexität der Tätigkeiten (des konkreten Unternehmens) angemessen
 - ✓ **Grundsatz der Organisationsfreiheit** (ErwG 31 Solva II-RL):
Ausgestaltung der internen Geschäftsorganisation eigentlich Sache des Unternehmens

Einführung

- Der aufsichtsrechtliche Kern des Problems:
Reichweite der Befugnisse der (deutschen und europäischen) Versicherungsaufsicht zur Einflussnahme auf die Geschäftsorganisation
 - » Hier ausgeblendet: die Besonderheiten des konkreten Falles (Beschwerdesystem/Verbraucherschutz)
 - » Ausdrückliche Gleichsetzung der Begrifflichkeiten (Geschäftsorganisation und Governance) auch in der Begründung zum RegE-VAG 2014
 - » Ausgeblendet auch: internationale Zuständigkeit der deutschen Versicherungsaufsicht

 - » Vorbehalt des Gesetzes – konkrete gesetzliche Regelungen erforderlich?
 - » Bindungswirkung von (nat.) Verwaltungsvorschriften und vor allem (europ.) Guidelines

 - » Durchsetzung der (behördlichen) Anforderungen durch die BaFin?
 - Ermächtigungsgrundlagen, insbes. Relevanz und Auslegung des § 298 I VAG:
 - ✓ „kann die Aufsichtsbehörde alle Maßnahmen ergreifen, die geeignet und erforderlich sind, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen“

Einleitung

- Schlagworte: Missstands- vs. Legalitätsaufsicht:
 - » Europarechtskonformität/Auslegung des § 298 I VAG

- Unionsrechtliche Differenzierung zwischen von Rechtsetzung und Rechtsdurchsetzung
 - » Hier: Differenzierung zwischen Einführung von Organisationspflichten und deren „Durchsetzung“, zB durch die Anordnung der Berichtspflichten
 - » *Auswirkungen auf das Verhältnis von Zivilrecht und Öffentlichem Recht (sowie Strafrecht)*

- Die Grundsatzfrage im Hintergrund:
Konzeption von Wirtschaftsaufsicht/-regulierung im europäisierten Wirtschaftsrecht
 - » Rolle der „unabhängigen Regulierungsbehörden“ im System der Gewaltenteilung
 - BVerfGE 151, 202 = NJW 2019, 3204:
aus Sicht des Demokratieprinzips prekär (aber verfassungskonform)
 - Konsequenzen für die Rechtsquellenlehre und den Rechtsschutz?
 - » Regulierungsrecht als eigenständiges Konzept? Einbeziehung der Finanzmarktaufsicht?

GLIEDERUNG

- Einführung
- Rechtsetzung
 - Gesetzliche Regelungen zur Geschäftsorganisation (VAG)
 - Behördliche Konkretisierung (durch Verwaltungsvorschriften/Guidelines)?
- Rechtsdurchsetzung und Rechtsschutz
- Ausblick und Fazit

II. Rechtssetzung

VAG zur Geschäftsorganisation

Guidelines (und aktuelle EuGH-Rechtsprechung)

BaFin-Rundschreiben

VAG und Geschäftsorganisation

- Die Grundnorm des § 23 I VAG:
„Versicherungsunternehmen müssen über eine **Geschäftsorganisation** verfügen, die wirksam und ordnungsgemäß ist und die der Art, dem Umfang und der Komplexität ihrer Tätigkeiten angemessen ist“, insbes.
 - » Einhaltung der von den Versicherungsunternehmen zu beachtenden **Gesetze, Verordnungen und aufsichtsbehördlichen Anforderungen**
 - » solide und umsichtige Leitung ... insbesondere eine „**angemessene, transparente Organisationsstruktur**“
- Konkretere gesetzliche Ausdifferenzierungen idR auf unionsrechtlicher Grundlage (hier: § 23 ff VAG, parallel §§ 25a ff KWG)
 - » insbesondere zu Zuverlässigkeit und Sachkunde von Leitungspersonen (§ 24), Vergütung (§ 25 VAG)
 - » Interne Strukturen und Outsourcing
 - » Aktuelle Ergänzungen: § 23 Abs. 1a - d nF: Produktfreigabeverfahren, Abs. 6 nF: Hinweisgebersystem

Behördliche Konkretisierungen?

- BaFin-Rundschreiben als traditionelles Instrument der Finanzmarktaufsicht:
 - » Hier: insbes. „Mindestanforderungen an die Geschäftsorganisation von Versicherungsunternehmen (MaGo)“ (BaFin-Rundschreiben 2/2017)
 - » Einordnung idR als Verwaltungsvorschriften,
 - Unverbindlichkeit (behördliche Norminterpretation, insoweit keine Bindung der Gerichte)
 - Kein Vertrauensschutz („Safe Harbour“)

Behördliche Konkretisierungen?

- Immer häufiger EIOPA-Leitlinien (Art. 4, 16 III VO: „Die zuständigen Behörden und Institute unternehmen alle erforderlichen Anstrengungen, um diesen Leitlinien und Empfehlungen nachzukommen“
 - » sog. *comply or explain-Prinzip* (für Versicherungsunternehmen *comply or disclose*): Koppelung rechtlicher Unverbindlichkeit mit einer faktischen Beachtungspflicht
- Frage einer Bindungswirkung im Einstiegsfall ausgeblendet:
 - » BVerwG aaO Rn. 38 ließ Rechtsnatur und der Frage ihrer Bindungswirkung offen
 - » VGH Kassel verneinte die Bindungswirkung (ebenso wohl die überwiegende dt. Literatur) in Parallele zur üM zu den nationalen Verwaltungsvorschriften
 - » Beide Ansätze durch die EuGH-Rspr überholt:

EuGH NZG 2021, 1254 = VersR 2022, 287 Rn. 41 ff, insb 44 ff – FBF; dazu Ruthig, in Kopp/Schenke, § 1 Rn. 20d; Gundel EWS 2021, 317 ff; Hartig, VersR 2022, 665; s. auch EuGH EWIR 2021, 353 m. Anm. A. Falk); dazu Scholz EuZW 2022, 453 ff.); ferner Geiger EuR 2022, 497 ff.

EuGH zur Bindungswirkung von Guidelines (EBA-Leitlinien)

- **Keine verbindlichen Rechtswirkungen** (vgl. Art. 288 AEUV: Gleichsetzung mit Empfehlungen):
 - » Zwischenergebnis: Keine Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV; aA tlw die Literatur angesichts des comply or explain mechanisms (estoppel-Grundsätze)
- Aber **Beachtungspflicht für die nationalen Gerichte**
 - » Insoweit Verstoß des VGH gegen diese Maßstäbe:
dieser prüfte einen möglichen Verstoß gegen die EIOPA-Leitlinien zur Beschwerdebearbeitung, verneinte aber (ohne Vorlage) die Befugnis der EIOPA zum Erlass (hilfsweise Argumentation mit Unverbindlichkeit)
 - » Beachtungspflicht auch im Staatshaftungsprozess (zur bulgarischen Einlagensicherung EuGH EWIR 2021, 353)
- Ergebnis: **Zulässigkeit von Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV)** gegen Leitlinien, mit der Möglichkeit des EuGH diese aufzuheben
 - » Strenger Prüfungsmaßstab: Unionsgesetzgeber habe in der EBA-VO (VO Nr. 1093/2010) die Befugnis der EBA zur Herausgabe von Leitlinien auf der Grundlage objektiver Kriterien genau eingegrenzt; Ausübung dieser Befugnis Gegenstand einer **strengen gerichtlichen Kontrolle** im Hinblick auf diese objektiven Kriterien (unter Berufung auf die Leerverkaufsentscheidung EuGH NZG 2014, 266 Rn. 41 u. 53 [C-270/12]).

Zur fehlenden Rechtswirkung trotz des Comply or Explain-Mechanismus (Rn. 44 f): Aus dieser Bestimmung ergibt sich daher, dass diese Behörden nicht verpflichtet sind, sich an diese Leitlinien zu halten, sondern, ... von ihnen abweichen dürfen, wobei sie in diesem Fall ihren Standpunkt begründen müssen. Die von der EBA herausgegebenen Leitlinien können daher nicht so angesehen werden, als erzeugten sie verbindliche Rechtswirkungen gegenüber den zuständigen Behörden (vgl. entspr. EuGH NVwZ 2017, 301 Rn. 34 u. 35 – Koninklijke KPN ua [C-28/15]).

Nationale Gerichte müssen die EBA-Leitlinien bei der Entscheidung der bei ihnen anhängigen Rechtsstreitigkeiten ebenfalls berücksichtigen, insbesondere dann, wenn sie, wie die streitigen Leitlinien, verbindliche Vorschriften der Europäischen Union ergänzen sollen (vgl. idS EuGH NZA 1991, 283 Rn. 18 – Grimaldi [C-322/88], und EuGH BeckRS 2021, 5310 Rn. 80 – Balgarska Narodna Banka [C-501/18])

Konsequenz: Zulässigkeit des Inzidentrechtsschutzes (Vorabentscheidungsverfahren Art. 267 AEUV)

- Zur Kontrolldichte: Unionsgesetzgeber hat in der EBA-VO (VO Nr. 1093/2010) die Befugnis der EBA zur Herausgabe von Leitlinien auf der Grundlage objektiver Kriterien genau eingegrenzt
- Ausübung dieser Befugnis Gegenstand einer **strengen gerichtlichen Kontrolle** im Hinblick auf diese objektiven Kriterien (vgl. idS EuGH NZG 2014, 266 Rn. 41 u. 53 – Vereinigtes Königreich/Parlament und Rat [C-270/12]).

Daneben: Informelles Beschwerdeverfahren

- Eingeführt 2019 als Art. 60a VO 1094/2010/EU
 - » jede natürliche oder juristische Person kann einen „mit Gründen versehenen Rat“ an die Kommission richten kann, wenn diese Person der Auffassung ist, dass EIOPA bei der Leitlinienherausgabe oder der Herausgabe von Fragen und Antworten gem. Art. 16b VO 1094/2010/EU ihre Befugnisse (einschl. des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit) überschritten hat
 - » Begrenzung der Antragsbefugnis: unmittelbare und individuelle Betroffenheit des Antragstellers
 - » Rechtsfolgen ungeklärt
 - keine Beschränkung von Rechtsschutz- und Beschwerdemöglichkeiten (interner Beschwerdeausschuss) auf EU-Ebene, die sich aber auf Guidelines gerade nicht erstrecken
 - Aber auch keine Einschränkung eines nationalen Rechtsschutzes (dazu später)

Materielle Spielräume bei Guidelines? - Grenzen

- Vorrang des Gesetzes:
 - » Tendenz zum Ausbau des Normvorbehaltes gerade bei Vorschriften zur Geschäftsorganisation (und dem Netzausbau in der Netzregulierung)
 - » Verbindliche Durchführungsrechtsverordnungen (Art. 291 AEUV) – soweit derartige Rechtsakte vorgesehen keine Eigeninitiative von Regulierungsagenturen (EIOPA)

- » Grundrechtliche Grenzen:
 - Maßstab: Grundfreiheiten und GRCh
 - ✓ EuGH: Vorrang der Grundfreiheiten vor Wirtschaftsgrundrechten der GRCh
 - ✓ bei Vollharmonisierung keine Anwendung nationalen Verfassungsrechts (BVerfG – Recht auf Vergessen II)
 - Aber i.E. vergleichbare (oder strengere) Grundsätze wie nach Art. 12, 14 GG

 - Das Problem: Grundrechtlicher Gesetzesvorbehalt als Parlamentsvorbehalt?
 - ✓ Grundrechtlicher Ausschluss von Entscheidungsspielräumen?

Materielle Spielräume?

- Abgrenzung von Normkonkretisierung und eigener Normsetzung
 - » Keine Konkurrenz zu delegierten Rechtsakten
 - » Im Übrigen Konkretisierung von Generalklauseln („ordnungsgemäße Geschäftsorganisation“) als Kernaufgabe von Leitlinien
 - Nicht zuletzt bei den Grundsätzen der Geschäftsorganisation letztlich unverzichtbar
 - » Die Achillesferse des Modells:
 - Der EuGH stellt eine eher abstrakte Betrachtung an: Guidelines leisten per se einen Beitrag zur Schaffung kohärenter, effizienter und wirksamer Aufsichtspraktiken
 - Konkrete Anforderungen an die konkrete „Konkretisierungsgrundlage“ spielten im ersten Fall des EuGH zu EBA-Guidelines keine entscheidende Rolle
 - ✓ Leitlinien zur Produktgovernance gestützt auf allgemeine Vorgaben zur Geschäftsorganisation – insoweit krit. GA Bobek
 - ✓ Die Guidelines zum Beschwerdemanagement im Einstiegsfalle waren daher wohl erst recht zulässig (dazu Pohlmann, VersR 2021, 401, 410).

Materielle Spielräume bei BaFin-Rundschreiben?

- Im Ergebnis von der hM verneint aus zwei Gründen, von denen gerade der zweite nicht überzeugt
- **Normative Ermächtigungslehre** (Schmidt-Aßmann):
 - » ausdrückliche Ermächtigung zum Erlass normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften erforderlich (§ 48 BImSchG als Ausnahmeregelung)
- **(Un)zulässigkeit nationaler Verwaltungsvorschriften im harmonisierten Bereich**
 - » Verweis auf EuGH-Rechtsprechung zur (unionsrechtswidrigen) Richtlinienumsetzung durch Verwaltungsvorschriften (Umweltrecht)
 - Bedenken führten zur Hochzoning zB in der Bankenaufsicht (Einführung von Verordnungsermächtigungen „zwischen“ KWG und MaRisk)
 - aber nur bedingt vergleichbare Rechtslage: in den UmweltRL handelte es sich um verbindliche Grenzwerte, die durch normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften mit Abweichungsmöglichkeit umgesetzt wurden
 - gerade das Instrument der Rechtsverordnung ist unionsrechtlich problematisch (dazu später)

III. Behördliche Rechtsdurchsetzung

Behördliche Rechtsdurchsetzung

- Behördliche Einzelfallmaßnahmen auf der Grundlage der Generalklausel des § 298 I VAG:

„kann die Aufsichtsbehörde alle Maßnahmen ergreifen, die geeignet und erforderlich sind, um Missstände zu vermeiden oder zu beseitigen“

- Legaldefinition in § 81 II 2 VAG aF: „Missstand ist jedes Verhalten eines Versicherungsunternehmens, das den Aufsichtszielen ... widerspricht“.
 - ✓ Aufsichtsziele/Aufgaben in § 294 VAG
 - ✓ Rn. 238 MaGo: Die allgemeine Missstandsaufsicht kann auch über die Aufsicht versicherungstypischer Funktionen und Tätigkeiten hinausgehen kann, solange nur die Belange der Versicherten gefährdet werden können.
- Art. 34 I, V Solva II-RL: Die Versicherungsaufsichtsbehörden sollen sicherstellen, dass die VU „die Rechts- und Verwaltungsvorschriften einhalten“, die sie zu erfüllen haben
 - ✓ § 34 II: befugt, „alle erforderlichen Maßnahmen, einschließlich gegebenenfalls administrativer und finanzieller Art, ... zu ergreifen.“
 - ✓ Ausführliche Regelungen zu Informationspflichten (relevant für den Ausgangsfall)

Der Begriff des Missstandes

- Vergleichbare Begrifflichkeiten
 - » § 6 III KWG: um Missstände in einem Institut zu verhindern oder zu beseitigen, welche die Sicherheit der dem Institut anvertrauten Vermögenswerte gefährden können oder die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte oder Finanzdienstleistungen beeinträchtigen.
 - » § 4 Ia FinDAG: Missstandsaufsicht zum Schutz der Verbraucher:
- BVerwG aaO Rn. 19: Bei zutreffender Auslegung dieser Vorschriften hat die gesetzliche Befugnis zur Missstandsaufsicht (§ 298 Abs. 1 VAG und § 81 Abs. 2 S. 1 und 2 VAG a.F.), soweit sie sich auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten bezieht (§ 294 Abs. 2 S. 2 VAG und § 81 Abs. 1 S. 2 VAG a.F.), die Überwachung der Erfüllung mit dieser Tatbestandsalternative umschriebener Rechtspflichten zum Gegenstand. Sie geht damit nicht über die unionsrechtlich – und verfassungsrechtlich – allein zulässige rechtliche Aufsicht hinaus.

Rechtsaufsicht und Verwaltungsvorschriften

- Solva II: Rechts- *und* Verwaltungsvorschriften
- Unionsrechtlicher Begriff der Verwaltungsvorschriften (administrative provisions) iSd von Solva II bezieht sich in der RL ausdrücklich (auch) auf die Mitgliedstaaten (with which they have to comply in each Member State)
 - » BaFin-Rundschreiben, die als Verwaltungsvorschriften zu qualifizieren sind
 - » EU-Guidelines ebenfalls als Verwaltungsmaßnahme zu qualifizieren (folgt auch aus der grds. Beachtungspflicht der nationalen Gerichte)
- Beachtungspflicht
 - » Englisch: Compliance – verlangt nicht zwingend rechtliche Verbindlichkeit der zu beachtenden „provisions“
 - RL nimmt zur nationalen Rechtsquellenlehre (Rechtsnatur von Verwaltungsvorschriften) keine Stellung; compliance zu trennen von der Rechtmäßigkeit/Verbindlichkeit im konkreten Fall
 - Tlw Scheinproblem: Behördliche Normkonkretisierung von Generalklauseln („ordnungsgemäße Geschäftsorganisation“) auch als Frage der Interpretation des unbestreitbar anwendbaren Gesetzesrechts

Rechtsaufsicht und Verwaltungsvorschriften

- Zwischenergebnis:
 - » Grundsätzlich können auch Einzelfallmaßnahmen der Rechtsaufsicht ergehen, die EU-Guidelines zur Durchsetzung verhelfen
 - » Davon zu unterscheiden: Inzidente Prüfung auch der Guidelinie
- Inzidentrechtsschutz
 - » Rechtsschutz gegen Einzelmaßnahmen zur Rechtsdurchsetzung (idR VA) vor nationalen Gerichten auch zur mittelbaren Überprüfung von EU-Guidelines (ggf Vorabentscheidung)

Rechtsschutz im Zusammenhang mit Verwaltungsvorschriften (1)

- Inzidentrechtsschutz

- Keine „prinzipale Normenkontrolle“
 - » Unzulässigkeit der Nichtigkeitsklage gegen EU-Guidelines (EuGH)
 - anders bei delegierten Rechtsverordnungen (Art. 263 IV 3. Alt AEUV)
 - » Keine Eröffnung der Normenkontrolle des § 47 VwGO für Bundesrecht
 - Diskussion um die Qualifikation von (normkonkretisierenden) Verwaltungsvorschriften als Rechtsvorschriften iSd § 47 VwGO hier nicht relevant

- Rechtsschutz mittels Feststellungsklage
 - » Bestehen oder Nichtbestehen einer durch Verwaltungsvorschrift „konkretisierten“ Pflicht als Rechtsverhältnis (unabhängig von konkreten Maßnahmen der Rechtsdurchsetzung)
 - Bei Guidelines und BaFin-Rundschreiben

Rechtsschutz im Zusammenhang mit Verwaltungsvorschriften (2)

- Zentral und bislang nicht hinreichend ausgelotet:
Bedeutung von **Verwaltungsvorschriften in der Ermessensfehlerlehre**
 - » Ermessensfehler führen zur Rechtswidrigkeit eines VA unabhängig vom Ergebnis
- Die zentralen Konstellationen
 - » Intendiertes Ermessen: begrenzte Begründungslasten wenn ein Sachverhalt von Verwaltungsvorschriften erfasst wird (und ein Regelfall vorliegt)
 - » Aber: Auseinandersetzung mit der Frage ihrer Anwendbarkeit auf den konkreten Fall und Auseinandersetzung mit ihrer Rechtmäßigkeit
 - » Konzeptpflichten? – Grenzen für Durchsetzung von generalklauselartigen Verpflichtungen ohne vorherige Konkretisierung in Guidelines/Rundschreiben

Fazit und Ausblick

Die Kernthesen

- Unzulässigkeit einer über eine (umfassend verstandene) Rechtsaufsicht hinausgehende „Missbrauchsaufsicht“
 - » Aber Rechtsaufsicht umfasst auch Compliance mit Verwaltungsvorschriften unabhängig von deren fehlender rechtlicher Bindungswirkung (vgl. Solva II-RL)
- Guidelines und Rundschreiben als weiterhin zentrale „Handlungsformen“ in der Versicherungsaufsicht
 - » Im Ergebnis: Zulässigkeit normkonkretisierender Verwaltungsvorschriften (abzugrenzen von rein norminterpretierenden Verwaltungsvorschriften) im Gegensatz zur bisherigen hM in Deutschland
 - » Verwaltungsvorschriften auch als Maßstab, aber weiterhin als Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Kontrolle
 - » Einzelheiten des Rechtsschutzes bedürfen noch der Klärung

Zum Hintergrund: Neu austarierte Grundsatzfragen

- Die unionsrechtlich ausgestaltete Rechtsstellung unabhängiger Regulierungsbehörden verdrängt die tradierten deutschen Vorstellungen auch in der Versicherungsaufsicht
 - » Parallele zur Bankenaufsicht
 - » Beispiele zu den Konsequenzen vor allem aus dem Bereich der Netzregulierung
 - Begrenzt die gesetzliche Regelungsdichte einschließlich der Delegation von Normsetzungsbefugnissen auf die Ministerien (EuGH, EuZW 2021, 893 zu Verordnungen nach § 24 EnWG; s. auch schon EuGH NVwZ 2010, 370 zu § 9a TKG aF - Regulierungsferien)
 - Konkretisierung von Regulierungszielen als Gegenstand von Verwaltungsvorschriften (Beispiel Regulierungskonzepte nach § 17 TKG/§ 15a TKG aF)
- Kontrolle von „Unabhängigkeit“
 - » Pflicht zur **Herstellung von Transparenz** (s. auch Art. 31 Solva-II-RL) durch Verwaltungsvorschriften – Konzeptpflichten als Ausgleich für Gestaltungspielräume
 - » Am Planungsrecht orientierte **Kontrollmaßstäbe für das sog. „Regulierungsermessen“**
 - » Ausbau der **parlamentarischen Kontrolle** (anstelle ministerieller Weisungsbefugnisse)

Ausblick (1) - Dogmatische Aufarbeitung?

- Jahrzehntelanger Streit um den Begriff des „Regulierungsrechts“ wenig ergiebig
 - » Kernelement Verwaltungsorganisation: Rechtsstellung der (unabhängigen) Verwaltungsbehörde als legal transplant aus den USA (beginnend mit der TK-Regulierung)
 - » Kernelement Handlungsformenlehre: Keine Beschränkung auf den klassischen Verwaltungsakt; Renaissance der Verwaltungsvorschriften
 - » Materielle Dimension?
 - Zunehmende Regelungsdichte (im Verhältnis zur liberalen Gewerbeaufsicht): Einbeziehung der laufenden Geschäftstätigkeit statt bloßer Kontrolle des Marktzutritts (durch Erlaubnispflichten oder Gewerbeuntersagung)
 - Gleichwohl: Bereichsspezifische Besonderheiten statt eines „allgemeinen Teils“ von Regulierungsrecht

Ausblick (2) - Versicherungsaufsichtsrecht: POG und ESG

- Geschäftsorganisation seit Jahrzehnten als Gegenstand auch der Versicherungsaufsicht
- Weitere Intensivierung deutet sich gerade an
 - » POG: Product Oversight and Governance
Produktbezogene Regelungen im Produktfreigabeverfahren gem. § 23 Abs. 1a – d VAG nF (auf unionsrechtlicher Grundlage)
 - » ESG: Environmental, Social, and Governance:
Nachhaltigkeitsanforderungen für Versicherungsunternehmen insbes. auf der Grundlage der Delegierten VO (EU) 2021/1256, sowie der EU-Offenlegungs-VO zu den Berichtspflichten von Unternehmen
- Behördlicher Aktivismus?
 - » umfassende Vorarbeiten zB auch der EIOPA,
 - » umfassende Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung gerade durch Aufsichtsrecht

Ausblick (2) - Versicherungsaufsichtsrecht: POG und ESG

- Verfassungsrechtliche Bewertung?
 - » Impulse gehen vor allem von den Gesetzgebern aus (Parlamentsvorbehalt)
 - auch auf EU-Ebene legitimiert durch die Beteiligung der Mitgliedstaaten
 - bei Nachhaltigkeit verfassungsrechtlich abgesichert (Klimabeschluss des BVerfG)

- Künftig stärker gefordert: Gerichtliche Kontrolle auch im Bereich der Versicherungsaufsicht
 - » Nutzung von Klagemöglichkeiten durch die Unternehmen
 - Rechtsschutzeffektivität trotz (oder sogar wegen) fehlender prinzipialer Kontrollmöglichkeiten bei Verwaltungsvorschriften
 - » De lege ferenda:
 - Verbandsklagebefugnisse im Verwaltungsprozess gerade im Zusammenhang mit Verwaltungsvorschriften
 - Normenkontrolle gegen Bundesrechtsverordnungen

Ein Fazit?

- Das Versicherungsaufsichtsrecht bleibt dynamisch
- Regelungstechnik als „Systemfehler“ (Dreher, VersR 2019, 1, 3)?
 - » „Regulierungsunami“ auf der EU-Ebene,
 - » Unübersichtlichkeit der Rechtsquellen, nicht zuletzt im gestuften Verfahren (Lamfalussy)
 - » In Vorabentscheidungsverfahren Bestimmung der zulässigen Normkonkretisierung durch den EuGH im jeweiligen Einzelfall?
 - Bedenken angesichts des eher allgemeinen Ansatzes des EuGH (Verwaltungsvereinheitlichung, level playing field)
 - » Praktische Herausforderung: BaFin-Rundschreiben zur Zusammenfassung (Wiederholung) der EU-Guidelines
 - Keine Umsetzungsbedürftigkeit für Guidelines
 - Aber: Wiederholungsverbot nur für EU-Verordnungen
 - Auch insoweit Stellungnahme des EuGH in Vorabentscheidungsverfahren möglich, vor allem aber Appell zur Selbstbeschränkung



■ **Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit**

Prof. Dr. J. Ruthig (ruthig@uni-mainz.de)