

**Zur Veröffentlichung vorgesehen in
Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (ZVersWiss) 2012**

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Anwendungsbereich des Solvency II-Regimes unter besonderer Berücksichtigung firmeneigener (Rück-) Versicherungsunternehmen

von Dipl.-Volkswirt Günter Dröse und RA Dr. Laurenz Littmann¹

Mit dem Solvency II-Projekt wird das Versicherungsaufsichtsrecht auf europäischer Ebene gegenwärtig einer grundlegenden Reform unterzogen. Die Solvency II-Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates² ist am 6. Januar 2010 in Kraft getreten und soll von den Mitgliedstaaten nach dem gegenwärtigen Stand der Beratungen zur Omnibus II-Änderungsrichtlinie bis zum 31. Dezember 2012 in nationales Recht umgesetzt werden³. Das Solvency II-Regime schafft neue Regelungen zur Verbesserung der finanziellen Solidität und des internen Risikomanagements der Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen. Erklärtes Hauptziel der neuen Regeln und der auf ihnen basierenden Aufsichtstätigkeit ist der angemessene Schutz der Versicherungsnehmer und der Begünstigten der Versicherungsleistung⁴. Diese sollen davor bewahrt werden, dass (Rück-) Versicherungsunternehmen in eine finanzielle Situation geraten, in der sie nicht mehr in der Lage sind, ihren Leistungspflichten aus den Versicherungsverträgen nachzukommen. Ein Nebenziel ist die Stabilität des Finanzsystems. Ob darüber hinaus auch die Gewährleistung fairer und stabiler Märkte für Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen als weiteres Nebenziel vom gesetzgeberischen Regelungszweck umfasst wird, ist fraglich⁵. Jedenfalls dürfen die Nebenziele das Hauptziel des angemessenen Schutzes der Versicherungsnehmer nicht beeinträchtigen⁶.

¹ Die Autoren danken Dr. Christian Zschocke, Morgan, Lewis & Bockius LLP, für seine Anregungen.

² Richtlinie 2009/138/EG, Abl. L 335 vom 17. Dezember 2009, S. 1.

³ Entwurf der Kommission vom 19. Januar 2011, KOM(2011) 8, S. 4; Art. 3 des Vorschlags zur Omnibus II-Richtlinie; Art. 309 Abs. 1 der Solvency II-Richtlinie; vgl. Dreher, ZGR 2010, S. 496 [516].

⁴ 16. Erwägungsgrund der Richtlinie.

⁵ vgl. hierzu Wandt/Sehrbrock, in: Festschrift für Herman Cousy (2011), S. 923 [926].

⁶ Entwurf der Kommission vom 26. Februar 2008, KOM(2008) 119, S. 5.

Das Solvency II-Regime führt neue quantitativ-finanzielle Rahmenbedingungen für die risikoadäquate Eigenmittelausstattung der Versicherungsunternehmen ein. Daneben treten neue qualitative Anforderungen an das Risikomanagement und Governance-System von Versicherungsunternehmen sowie Publizitäts- und Reportingpflichten gegenüber der Öffentlichkeit und den Aufsichtsbehörden. Bei der Ausgestaltung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen folgt die Richtlinie einem risikoorientierten Ansatz. Die Anforderungen sollen sich nach der individuellen Risikosituation des jeweiligen Versicherungsunternehmens richten. Gleichzeitig misst die Richtlinie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entscheidende Bedeutung für die Anwendung und Durchführung des Solvency II-Regimes bei. Die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes soll sicherstellen, dass die aufsichtsrechtlichen Anforderungen der Wesensart, dem Umfang und der Komplexität der Tätigkeit des jeweiligen Versicherungsunternehmens und seiner individuellen Risikosituation gerecht werden⁷. Durch den prinzipienbasierten Ansatz soll dafür Sorge getragen werden, dass insbesondere kleine und mittlere Versicherungsunternehmen nicht übermäßig belastet werden⁸.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist von besonderer Bedeutung, soweit es um die Anwendung der neuen Rahmenbedingungen auf firmeneigene Erst- und Rückversicherer (Captives) geht. Der Einsatz von Captives stellt ein anerkanntes und bei international agierenden Unternehmen weit verbreitetes Instrument des betrieblichen Risikomanagements und Risikotransfers dar. Nach früheren Schätzungen sollen etwa 60 deutsche Unternehmen – darunter mehr als zwei Drittel der DAX-Unternehmen – Captive-Versicherungsgesellschaften betreiben⁹. Auch die Richtlinie geht offenbar davon aus, dass es sich hierbei um ein "*wertvolles Instrument für ein effizientes und wirksames Risikomanagement*" handelt¹⁰. Captives sind Gruppenunternehmen von Industrie-, Handels- oder Finanzdienstleistungskonzernen, die auf Erst- oder Rückversicherungsebene bestimmte Risiken des Mutterunternehmens oder der Gruppe zumindest teilweise versichern bzw. rückversichern¹¹. In Art. 13 Nr. 2 der Richtlinie sind firmeneigene Versicherungsunternehmen definiert als Versicherungsunternehmen, die "*entweder einem Finanzunternehmen, bei dem es sich weder um ein Versicherungsunternehmen oder ein Rückversicherungsunternehmen noch um eine Gruppe von Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen [...] handelt, oder einem nicht der Finanzbranche angehörigen Un-*

⁷ 21. Erwägungsgrund der Richtlinie.

⁸ 19. Erwägungsgrund der Richtlinie.

⁹ Minnik, VW 2007, S. 1392; Winkel, VW 2006, S. 666; vgl. auch Germann, VW 2003, S. 167 ff. Der Branchenverband der europäischen Captive-Eigner (*European Captive Insurance and Reinsurance Owners' Association – ECIROA*) zählt zu seinen Mitgliedsunternehmen gegenwärtig etwa 25 deutsche Captives.

¹⁰ 20. Erwägungsgrund der Richtlinie; vgl. CEIOPS, Consultation Paper No. 79, Simplifications/Specifications for Captives, vom 2. November 2009, S. 4.

¹¹ vgl. ECIROA, Position Paper on Treatment of Captives in Solvency II, 25. September 2008, S. 3; Gerathewohl, VW 1989, S. 23.

ternehmen gehört und das ausschließlich Risiken des Unternehmens oder der Unternehmen, dem bzw. denen es gehört, oder eines oder mehrerer Unternehmen der Gruppe, der es gehört, versichert". Art. 13 Nr. 5 der Richtlinie enthält eine entsprechende Definition für firmeneigene Rückversicherungsunternehmen. Die Definitionen stellen klar, dass sie nur solche Captives erfassen, die ausschließlich konzerneigene Risiken und nicht auch Fremdrisiken versichern (sog. *Pure Captives*)¹². Zu der Unternehmensgruppe dürfen – mit Ausnahme einer oder weiterer Captives – keine weiteren kommerziellen (Rück-) Versicherungsunternehmen gehören.

Captives unterfallen grundsätzlich dem Anwendungsbereich des Solvency II-Regimes und unterliegen damit prinzipiell in vollem Umfang den neuen aufsichtsrechtlichen Rahmenbedingungen. Es steht zu erwarten, dass firmeneigene (Rück-) Versicherer von den neuen Anforderungen in besonderer Weise betroffen sein werden¹³. Dabei sind die Ziele der Solvency II-Richtlinie aufgrund der Eigenarten und Funktionsweisen der Captives in weitaus geringerem Maße tangiert als bei gewöhnlichen, am Markt agierenden Versicherern.

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bindet die an der Rechtsetzung beteiligten Organe. Die Solvency II-Richtlinie wird auf Gemeinschaftsebene nach dem vierstufigen Lamfalussy-Verfahren umgesetzt, mit dem eine frühzeitige Einbeziehung der beteiligten Kreise in den Rechtsetzungsprozess gewährleistet werden soll¹⁴. Die Durchführungsmaßnahmen (*Implementation Measures*) auf Stufe 2 werden gegenwärtig von der Kommission in Konsultation mit EIOPA, der Europäischen Aufsichtsbehörde für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (*European Insurance and Occupational Pensions Authority*) bzw. – vor dem 1. Januar 2011 – mit deren Vorgänger, dem Ausschuss der Europäischen Aufsichtsbehörden für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (*Committee of European Insurance and Occupational Pension Supervisors* – CEIOPS), durch empirische Studien unter Beteiligung der Marktteilnehmer vorbereitet. Diese Auswirkungsstudien (*Quantitative Impact Studies* – QIS) – zuletzt die QIS 5-Studie, deren Ergebnisse mittlerweile vorliegen – erlauben einen Einblick in die Auswirkungen des künftigen Aufsichtsregimes¹⁵. Während die Richtlinie

¹² vgl. Gerathwohl, VW 1989, S. 23 [24]. Zu den zusätzlichen Definitionsmerkmalen, die CEIOPS im Rahmen des Konsultationspapiers Nr. 79 (Fn. 10) für die Frage anwenden will, ob Captives in den Genuss von Vereinfachungen im Rahmen der Standardformel kommen, vgl. unten Abschnitt IV.2(a), S. 20.

¹³ vgl. Philipp, VW 2008, S. 460 ff.; Lansch, VW 2009, S. 1550.

¹⁴ Entwurf der Kommission vom 26. Februar 2008, KOM(2008) 119, S. 4; vgl. Wandt, in: Wandt/Dreher, Solvency II in der Rechtsanwendung, 2009, S. 1 [5 ff.]; Schubert/Probst, VW 2010, S. 194.

¹⁵ vgl. Schubert/Probst, VW 2010, S. 194; Weber-Rey, AG 2010, R 342 [R 343]; BaFin, Ergebnisse der fünften quantitativen Auswirkungsstudie zu Solvency II (QIS 5); EIOPA, Report on the fifth Quantitative Impact Study (QIS 5) for Solvency II, vom 14. März 2011.

selbst einem prinzipienbasierten Ansatz folgt, der dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine besondere Bedeutung einräumt, ist nach dem bisherigen Stand der Konsultationen zwischen der Kommission und EIOPA zu befürchten, dass die Durchführungsmaßnahmen auf Stufe 2 hinter den (prinzipienbasierten) Vorgaben der Richtlinie zurück bleiben werden. Dieses Umsetzungsdefizit im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz äußert sich insbesondere darin, dass firmeneigene Versicherer durch die neuen aufsichtsrechtlichen Anforderungen in besonderer Weise beeinträchtigt werden und dass damit die Nutzung von Captives als Instrument des Risikomanagement in Frage gestellt wird.

Nach einem Überblick über die Funktionsweisen und Charakteristika firmeneigener Versicherungsunternehmen soll im Folgenden diskutiert werden, welche Vorgaben nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an die Ausgestaltung des Solvency II-Regimes bezogen auf Captives zu machen sind. Dabei soll auf einige der gegenwärtig vorgeschlagenen Durchführungsmaßnahmen auf Stufe 2 eingegangen werden, von denen zu erwarten ist, dass sie Captives besonders treffen werden. Schließlich soll untersucht werden, ob diese Durchführungsmaßnahmen in ihrer jetzigen Form den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht werden.

I. Funktionsweisen und Charakteristika firmeneigener Versicherungsunternehmen

Firmeneigene Erst- und Rückversicherungsunternehmen unterliegen den Regelungen des Solvency II-Regimes grundsätzlich in gleichem Maße wie kommerzielle (Rück-) Versicherungsunternehmen¹⁶. Dabei unterscheiden sich Captives im Hinblick auf ihre Funktionen und nicht zuletzt ihr Risikoprofil von kommerziellen Versicherern.

Ein Aspekt, der bei der Bildung von Captives häufig eine Rolle spielt, besteht darin, Risiken, für die der Markt keine oder keine ausreichende Kapazität bereithält, einer versicherungstechnischen Lösung zuzuführen¹⁷. Durch den Einsatz einer konzerneigenen Versicherung kann ein Unternehmen die Abhängigkeit von den Versicherungsmärkten verringern, indem es sich die notwendige Kapazität (teilweise) über die Captive beschafft¹⁸. Dies kann von Bedeutung sein, wenn Industrierversicherer – beispielsweise in Zeiten einer Marktverhärtung – die erforderlichen Limits entweder gar nicht, nicht zu einem angemessenen Preis oder nur gegen eine spürbare Erhöhung des Selbstbehalts zur

¹⁶ Eine Ausnahme gilt nach Art. 4 Abs. 1 *lit. a* der Richtlinie für kleinere Unternehmen (einschließlich Captives), deren jährliche verbuchte Bruttoprämieneinnahmen EUR 5 Millionen nicht übersteigen. Dieser Betrag dürfte in der Nähe der Mindestbestandsgröße für Captives liegen, bei deren Vorliegen die Bildung einer konzerneigenen Versicherung überhaupt erst sinnvoll ist (vgl. Manekeller, VW 1994, S. 1189 [1191]).

¹⁷ vgl. Manekeller, VW 1994, S. 1189 [1197f.]; Winkel, VW 2006, S. 666 [667]; Minnik, VW 2007, S. 1392 [1394f.].

¹⁸ Winkel, VW 2006, S. 666.

Verfügung stellen wollen. Anstatt bestimmte Risiken unversichert zu lassen, ermöglicht die Bildung einer Captive den Risikotransfer auf einen zentralen Risikoträger, der versicherungstechnische Rückstellungen bilden kann. Die Bilanzen der einzelnen Gruppenunternehmen, die für eine alleinige Tragung eines Großschadens unter Umständen finanziell nicht ausreichend ausgestattet sind, können auf diese Weise geschont werden¹⁹.

Zudem verfolgen viele Unternehmen mit der Bildung von Captives das Ziel, ihre Risikokosten zu reduzieren. Dadurch dass die Captive einen Teil des Risikos einer Unternehmensgruppe in Form eines (Gruppen-) Selbstbehalts (*Self-Insured-Retention* – SIR) trägt, muss sie Prämien vereinnahmen, um einem Drittvergleich gerecht zu werden (*Arm's Length Principle*). Hiermit deckt die Captive den Kleinschadenbereich ab, der für professionelle Versicherer wegen der befürchteten Frequenzschäden mit entsprechend hohen Abwicklungskosten weniger attraktiv ist²⁰. Unter dem Aspekt der Kostenoptimierung kommt auch der Stabilisierung von Prämienzahlungen, die im herkömmlichen Industrieversicherungsgeschäft gewöhnlich starken Schwankungen unterliegen, eine wichtige Funktion zu²¹. Die Selbstversicherung soll zu größerer Preisstabilität führen, indem sie Schwankungen der Versicherungskosten infolge veränderter Marktgegebenheiten ausgleicht. Daneben geht es den Unternehmen in der Regel um eine Optimierung der Cash-flow-Situation gegenüber herkömmlichen Versicherungslösungen, in denen die Versicherungsprämien an die Versicherer abgeführt werden und der Gruppe damit nicht mehr zur Verfügung stehen. Die konzerneigene Versicherung kann dagegen mit den Prämien Investmenterträge aus den zur Bedeckung von Risiken benötigten Kapitalanlagen erzielen²².

Durch die Zentralisierung von Risikomanagement-Funktionen auf Ebene der Captive kann diese einen positiven Einfluss auf das Risikobewusstsein innerhalb des Unternehmens nehmen und so die Risikosituation der Gruppe verbessern. Werden im Rahmen eines Captive-Programms Teile der Risiken an den Markt zediert, so kann sich das optimierte Risikomanagement der Gruppe prämiensenkend auswirken. Die Prämie des kommerziellen Versicherers, der Risiken der Gruppe zeichnet, dient dann eher der Finanzierung des unternehmensindividuellen Risikos mit seinen individuellen Schadensverläufen, und nicht der Finanzierung von Risiken des Versichertenkollektivs in seiner Gesamtheit²³. Dadurch dass die Captive das gesamte Risiko einer internationalen Unternehmensgruppe zentralisiert, kann sie bei der Verlagerung von Risiken an den Markt Skaleneffekte erzielen, die den einzelnen Gruppenunternehmen bei der Platzierung ihrer entsprechenden Einzelrisiken nicht zugute kommen würden. Da Captives bei der Zession von Gruppenrisiken einen Teil dieser Risiken in Form von Selbstbehalten selbst tragen, können sich aus Sicht des Industrieversicherers *Moral Hazard*-Problematiken verringern

¹⁹ Minnik, VW 2007, S. 1392 [1394].

²⁰ Gerathewohl, VW 1989, S. 23.

²¹ Manekeller, VW 1994, S. 1189 [1190].

²² Winkel, VW 2006, S. 666 [667]; Gerathewohl, VW 1989, S. 23.

²³ vgl. Manekeller, VW 1994, S. 1189 [1190].

(d.h. die Gefahr einer Verhaltensbeeinflussung bei den Versicherten als Folge einer vollständigen Risikoverlagerung auf einen Versicherer). Hierdurch lässt sich die Schadenabwicklung gegebenenfalls erleichtern.

Der Vorteil einer konzerneigenen Versicherung besteht auch darin, dass sich das Unternehmen auf diese Weise einen Zugang zu den Rückversicherungsmärkten schafft, die zusätzliche Kapazitäten bereithalten. Hierdurch kann das Unternehmen ebenfalls seine Versicherungskosten reduzieren, wenn es sich auf den Rückversicherungsmärkten zu günstigeren Konditionen mit Versicherungsschutz eindecken kann²⁴.

Festzuhalten ist die besondere Funktion von Captives, dort Risiken des Unternehmens zu versichern, wo die kommerziellen Versicherungsmärkte keine (ausreichende) Deckung zur Verfügung stellen. Im Rahmen internationaler Versicherungsprogramme können Differenzen lokaler Deckungskonzepte ausgeglichen werden. Dies ist sowohl für den Bereich des Gruppenselbstbehalts als auch für die darauf aufbauende (=anschließende) Versicherungsdeckung bei professionellen Erst- und Rückversicherern möglich und üblich.

Dieser Befund ist von Bedeutung für die im Folgenden diskutierte Frage, ob die neuen Regeln den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an eine angemessene Zweck-Mittel-Relation gerecht werden, also ob die Eingriffsintensität der Regeln in einem angemessenen Verhältnis zu den mit ihnen verfolgten Schutzzwecken steht. Aufgrund der beschriebenen Funktion ist das Verhältnis der Captives zum primären Schutzzweck des Solvency II-Regimes durchaus ambivalent. Als Versicherer sind sie Normadressaten der neuen Regelungen. Auf der anderen Seite bilden sie bei der Beschaffung der (Rück-) Versicherungsdeckung für die Unternehmensgruppe im Verhältnis zu den kommerziellen Versicherern die Marktgegenseite und sollten damit mittelbar von dem primären Schutzzweck des Solvency II-Regimes, nämlich dem Schutz der Versicherungsnehmer und Begünstigten der Versicherungsleistung, umfasst sein.

II. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen der Solvency II-Richtlinie

Im Hinblick auf die besondere Risikosituation firmeneigener Erst- und Rückversicherer verlangt die Richtlinie, dass "*gemäß dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geeignete Verfahren festgelegt werden, um die Wesensart, den Umfang und die Komplexität ihrer Tätigkeit zu berücksichtigen*"²⁵. Eine übermäßige Belastung solcher Unternehmen durch das Solvency II-Regime soll verhindert werden. Auch der zugrunde liegende Kommissionsentwurf geht davon aus, dass die neuen Solvabilitätsregeln für kleine und mittlere Unternehmen keine zu große Belastung darstellen sollen. Deswegen soll der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für alle Anforderungen der Richtlinie gelten²⁶.

²⁴ ECIROA, Position Paper on Treatment of Captives in Solvency II, vom 25. September 2008, S. 4.

²⁵ 21. Erwägungsgrund der Richtlinie.

²⁶ Entwurf der Kommission vom 26. Februar 2008, KOM(2008) 119, S. 5.

1. Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist im Primärrecht der Gemeinschaft verankert. Art. 5 Abs. 4 des EU-Vertrages sieht vor, dass die Maßnahmen der Union nach dem (kompetenzbezogenen) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit inhaltlich wie formal nicht über das zur Erreichung der Ziele der Verträge erforderliche Maß hinausgehen. Die Organe der Union wenden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nach dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit an²⁷. Nach Art. 5 des Protokolls sollen "*Entwürfe von Gesetzgebungsakten berücksichtigen, dass die finanzielle Belastung und der Verwaltungsaufwand der Union, der nationalen Regierungen, der regionalen und lokalen Behörden, der Wirtschaftsteilnehmer und der Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Ziel stehen müssen*". Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als rechtsstaatliches Prinzip anerkannt und dient dort als Prüfungsstandard für die Rechtmäßigkeit von Rechtsakten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten (soweit sie in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen)²⁸.

Bei der Prüfung, ob eine Regelung im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit steht, sind drei Teilaspekte zu berücksichtigen: die Geeignetheit, die Erforderlichkeit und die Angemessenheit (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) der getroffenen Maßnahme. Im Rahmen der Geeignetheit wird untersucht, ob die Maßnahme einem legitimen Zweck dient und ob sie ein taugliches Mittel zur Erreichung dieses Zwecks darstellt. Die Erforderlichkeit setzt voraus, dass kein milderes, weniger eingriffsintensives Mittel zur Verfügung steht, mit dem sich der angestrebte Zweck auf ebenso effektive Weise erreichen ließe. Die Angemessenheitsprüfung soll sicherstellen, dass der zu erwartende Erfolg der Maßnahme in einem angemessenen Verhältnis zu den von ihr ausgehenden Beeinträchtigungen für geschützte Rechtspositionen des einzelnen steht. Diesem Verständnis der Verhältnismäßigkeitsprüfung folgte grundsätzlich auch CEIOPS in seinem Konsultationspapier zur Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Rahmen des Solvency II-Regimes²⁹.

²⁷ Abl. C 310 vom 16. Dezember 2004, S. 207.

²⁸ EuGH, Rs. 265/87, *Schröder*, Slg. 1989, 2237 [2269]; EuGH, Rs. C-331/88, *FEDESA*, Slg. 1990, I-4023 [4063]; EuGH, C-233/94, *Einlagensicherungssysteme*, Slg. 1997, I-2405, Rn. 54 ff.; vgl. Mayer, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, *Recht der Europäischen Union*, 43. EGL, 2011, Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze, Rn. 404 (wobei insbesondere im Rahmen der Angemessenheitsprüfung teilweise graduelle Unterschiede im Vergleich zur Prüfung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach deutschem Recht bestehen).

²⁹ CEIOPS, Consultation Paper No. 24, Draft Advice on the Principle of Proportionality in the Solvency II Framework Directive Proposal, vom 25. Februar 2008, S. 5, Rn. 15.

Im Anwendungsbereich der Solvency II-Richtlinie wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der der Sicherstellung einer angemessenen Zweck-Mittel-Relation im Hinblick auf eine hoheitliche Maßnahme dient, weiter konkretisiert durch das Proportionalitätsprinzip, nach dem die Regelungen im Hinblick auf die Wesensart, den Umfang und die Komplexität der Risiken, die mit der Tätigkeit des (Rück-) Versicherungsunternehmens einhergehen, angemessen sein müssen.

Während der englischsprachige Richtlinienwortlaut und die englischsprachigen Texte für die Umsetzungsmaßnahmen – soweit ersichtlich – einheitlich vom "*Principle of Proportionality*" bzw. "*proportionate*" sprechen, finden sich in den deutschsprachigen Texten Verweise auf beide Aspekte: Verhältnismäßigkeit und Proportionalität³⁰. Das Proportionalitätsprinzip kann es erforderlich machen, Versicherungsunternehmen unterschiedlich zu behandeln, wenn dies im Hinblick auf ihre individuelle Risikosituation angemessen ist³¹. Rechtsdogmatisch besteht der Unterschied darin, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (im engeren Sinne) die Rechtsfolgenseite der Norm, insbesondere die Auswahl und den Umfang der von der Aufsichtsbehörde zu ergreifenden Maßnahmen, betrifft, wohingegen der Proportionalitätsgedanke zudem auf Tatbestandsseite bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe heranzuziehen ist³². Auf diese sog. doppelte Proportionalität stellt auch die Richtlinie ab, nach der der Grundsatz sowohl für die Anforderungen an Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen als auch für die Wahrnehmung der Aufsichtsbefugnisse gelten soll³³.

Im Rahmen des Solvency II-Regimes sind beide Aspekte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in die Prüfung einzubeziehen: zum einen die grundsätzliche Frage der Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation der neuen Regelung, d.h. ob die Intensität des Eingriffs außer Verhältnis zu dem mit der Regelung verfolgten Zweck steht, und zum anderen das aus dem Proportionalitätsgedanken fließende Verbot einer Gleichbehandlung ungleichartiger Sachverhalte, wenn sich die spezifische Risikosituation eines Versicherungsunternehmens von derjenigen des Durchschnittsversicherers, den die Richtlinie vor Augen hat, soweit unterscheidet, dass die Anwendung der neuen Regelungen zu einer unangemessenen Beeinträchtigung dieses Versicherungsunternehmens führen würde.

³⁰ vgl. etwa den 19., 20. und 21. Erwägungsgrund der Richtlinie ("*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*") und Art. 37 Abs. 2 ("*proportional*") sowie BaFin/CEIOPS, Handbuch QIS 5-Spreadsheet (für Einzelunternehmen) vom 5. Oktober 2010, S. 6 ("*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*") und S. 43 ("*Grundsatz der Proportionalität*"); auch in der MaRisk VA (BaFin-Rundschreiben 3/2009, dort S. 7) findet sich der ausdrückliche Verweis auf den Proportionalitätsgrundsatz.

³¹ CEIOPS, Consultation Paper No. 24, Draft Advice on the Principle of Proportionality in the Solvency II Framework Directive Proposal, vom 25. Februar 2008, S. 20, Rn. 72.

³² vgl. GDV, Stellungnahme zum Referentenentwurf des Zehnten Gesetzes zur Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes vom 20. September 2011, S. 22.

³³ 19. Erwägungsgrund der Richtlinie.

Für die Frage, ob die geschützten Rechtspositionen des betroffenen Versicherungsunternehmens im Vergleich zu anderen in unzumutbarer Weise beschränkt werden, ist nach dem Proportionalitätsgrundsatz auf dessen besondere Risikosituation abzustellen, d.h. Wesensart, Umfang und Komplexität der Risiken seiner Tätigkeit. Mit Wesensart sind die verschiedenen Risikoarten gemeint. Der Umfang bezieht sich auf die Größe des Risikos im quantitativen Sinne. Komplexität meint grundsätzlich die Zusammen- und Wechselwirkungen der Risikoarten und ihrer Größe bzw. den Grad der Verflechtung zwischen den einzelnen Risiken. Die Kommission beschreibt die Komplexität von Risiken als "*the quality of being intricate (i.e., 'entwined' in such a way that it is difficult to separate them) and compounded (i.e., comprising a number of different sub-risks or characteristics)*"³⁴. Festzuhalten bleibt, dass die "*Mittel und Wege* [zur Erfüllung der aufsichtsrechtlichen Anforderungen] *aus Gründen der Proportionalität unternehmensindividuell verschieden sein*" können³⁵.

2. Anwendungsbereich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz liegt den neuen Solvabilitätsregeln als allgemeines Prinzip zugrunde und findet auf alle Bestimmungen der Richtlinie Anwendung. Die Tatsache, dass manche Bestimmungen der Richtlinie ausdrückliche Verweise auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz oder seine Einzelaspekte (Geeignetheit, Erforderlichkeit, Angemessenheit) enthalten, rechtfertigt nicht den Schluss (im Wege eines *argumentum e contrario*), dass der Grundsatz für solche Regelungen, in denen er nicht ausdrücklich genannt wird, nicht gelte³⁶. Dies bestätigen Wortlaut und Systematik der Richtlinie, nach denen der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz "*sowohl für die Anforderungen an Versicherungs- und Rückversicherungsunternehmen als auch für die Wahrnehmung der Aufsichtsbefugnisse gelten*"³⁷. Besondere Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden dann mit den Worten "*vor allem*" oder "*auch*" eingeleitet³⁸, die die generelle Geltung als allgemeines Prinzip unberührt lassen. Dementsprechend stellt auch die Begründung zum Kommissionsentwurf klar, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für "*alle Anforderungen dieser Richtlinie gilt, aber besonders für die Anwendung der quantitativen und qualitativen Anforderungen der Solvabilitätsregelung und der Aufsichtsvorschriften relevant ist*"³⁹.

³⁴ vgl. Kommission, QIS 5 Technical Specifications vom 5. Juli 2010, TP.7.14, S. 69.

³⁵ BaFin, Rundschreiben 3/2009 – Aufsichtsrechtliche Anforderungen an das Risikomanagement (MaRisk VA) vom 22. Januar 2009, S. 7.

³⁶ CEIOPS, Consultation Paper No. 24, Draft Advice on the Principle of Proportionality in the Solvency II Framework Directive Proposal, vom 25. Februar 2008, S. 5, Rn. 14.

³⁷ 20. Erwägungsgrund der Richtlinie.

³⁸ 20. Erwägungsgrund der Richtlinie.

³⁹ Entwurf der Kommission vom 26. Februar 2008, KOM(2008) 119, S. 5.

(a) Anwendung im Rahmen des Lamfalussy-Verfahrens

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bindet die an der Normgebung, Umsetzung und Durchführung des Solvency II-Regimes beteiligten Organe der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten. Er ist grundsätzlich auf allen Stufen des Lamfalussy-Verfahrens zu beachten, soweit dort verbindliche Regelungen getroffen werden. Hiernach wird das Solvency II-Regime aus den Richtlinienbestimmungen auf Stufe 1, den verbindlichen Durchführungsmaßnahmen der Kommission zur Konkretisierung der Richtlinienbestimmungen auf Stufe 2 und den unverbindlichen Leitlinien zur einheitlichen Gestaltung der Aufsichtspraxis auf Stufe 3 bestehen⁴⁰. Auf Stufe 3 findet keine verbindliche Rechtsetzung auf Gemeinschaftsebene statt⁴¹. Flankiert wird die Regelung durch die Überwachung der einheitlichen Rechtsumsetzung und -anwendung durch die Mitgliedstaaten und die nationalen Aufsichtsbehörden auf Stufe 4.

Die Kommission muss den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei den Durchführungsmaßnahmen der Stufe 2 zur Konkretisierung der Richtlinienbestimmungen entsprechen. Auch die Europäische Versicherungsaufsichtsbehörde EIOPA wird an die Vorgaben gebunden sein. Auf nationaler Ebene ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zunächst von den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinienbestimmungen zu beachten (Art. 29 Abs. 2 der Richtlinie)⁴². Des Weiteren bindet er die nationalen Aufsichtsbehörden bei ihrer Aufsichtstätigkeit. In Deutschland sollte darüber hinaus der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Grundgesetzes auf die Aufsichtstätigkeit der Versicherungsaufsichtsbehörden Anwendung finden. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist im Grundgesetz nicht ausdrücklich normiert; er wird aus dem Rechtsstaatsprinzip und der Bindung der Staatsgewalt an Gesetz und Gerechtigkeit sowie aus den Freiheitsrechten abgeleitet (Art. 1 III, 20 III GG).

(b) Anwendung im Rahmen des Drei-Säulen-Modells

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist als allgemeines Prinzip für die Anforderungen im Rahmen aller drei Säulen (*Pillars*), auf denen das Solvency II-Regime beruht, zu beachten.

Die erste Säule (*Pillar I*) enthält quantitativ-finanzielle Anforderungen an die Kapitalausstattung und finanzielle Solidität der (Rück-) Versicherungsunternehmen. Das Solvency II-Regime soll gewährleisten, dass Versicherungsunternehmen über eine risikoadäquate Eigenmittelausstattung verfügen, mit der ein Konfidenzniveau von mindestens 99,5 % erreicht wird. Die Insolvenzwahrscheinlichkeit eines Versicherers soll – über einen Zeit-

⁴⁰ BaFin/CEIOPS, Handbuch QIS 5-Spreadsheet (für Einzelunternehmen) vom 5. Oktober 2010, S. 6; Gause, in: Münchener Kommentar VVG, Band 1, München 2010, AufsichtsR, Rn. 327; Bürkle, VersR 2007, S. 1595 [1596 f.]; Schubert/Probst, VW 2010, 194 [194]; Fischer zu Cramburg, NZG 2010, S. 1064 [1064].

⁴¹ Wandt, VW 2007, S. 473; Gödeke, VersR 2010, S. 10 [11].

⁴² vgl. Wandt/Sehrbrock, in: Festschrift für Herman Cousy (2011), S. 923 [932].

horizont von einem Jahr betrachtet – auf 0,5 % beschränkt sein. Das Konfidenzniveau wird über die Solvenzkapitalanforderung (*Solvency Capital Requirement* – SCR) abgesichert. Daneben besteht eine Mindestkapitalanforderung (*Minimum Capital Requirement* – MCR), die die Untergrenze des vorzuhaltenden Solvenzkapitals darstellt und bei deren Unterschreitung dem Versicherungsunternehmen die aufsichtsrechtliche Genehmigung zu entziehen ist⁴³. Für die Eigenmittelunterlegung nimmt die Richtlinie eine Kategorisierung in drei verschiedene Werthaltigkeitsklassen (*Tiers* 1-3) vor, die zur Deckung der Risiken genutzt werden können (wobei Eigenmittel der *Tiers* 2 und 3 nur bis zu bestimmten Höchstquoten im Rahmen des SCR berücksichtigt werden können; zur Bedeckung des MCR dürfen *Tier* 3-Mittel überhaupt nicht verwendet werden).

Die Solvenzkapitalanforderung soll das tatsächliche Risikoprofil des Unternehmens unter Berücksichtigung aller quantifizierbaren Risiken sowie der Auswirkungen von Risikominderungstechniken widerspiegeln⁴⁴. Der Solvenzkapitalbedarf wird mit Hilfe (versicherung-) mathematischer Formeln berechnet, mit denen die Gesamtrisikosituation des jeweiligen Unternehmens abgebildet werden soll. Die Vermögenslage des Unternehmens wird durch eine marktkonsistente Bewertung seiner Aktiva und Passiva ermittelt⁴⁵. Nach dem Gesamtbilanzansatz der Richtlinie sollen dabei prospektiv alle potenziellen Verluste einschließlich der negativen Neubewertung der Vermögenswerte und Verbindlichkeiten in den kommenden 12 Monaten bewertet werden. Die Richtlinie enthält einige Rahmenbedingungen für die Standardformel zur Berechnung der Solvenzkapitalanforderung, deren nähere Ausgestaltung aber den Umsetzungsmaßnahmen auf Stufe 2 überlassen wird. Die Standardformel ist modular aufgebaut und soll grundsätzlich alle wesentlichen Risiken eines branchenüblichen Versicherungsunternehmens berücksichtigen⁴⁶. Nach Art. 101 Abs. 4 der Richtlinie sind einzelne Risikomodule für die folgenden Risiken zu bilden: versicherungstechnische Risiken, Marktrisiko, Kreditrisiko. Daneben berücksichtigt das SCR operationelle Risiken in Form eines Risikoaufschlags auf die Basis-Kapitalanforderung⁴⁷. Im Rahmen der einzelnen Risikomodule (und deren Sub-Module) werden zunächst Teilsolvvenzkapitalanforderungen gebildet. Dabei werden für die einzelnen Risiken die Auswirkungen eines Schock-Szenarios auf die Vermögenslage des Unternehmens berechnet. Die Verminderung des *Net Asset Value* des Unternehmens, d.h. des Wertes der Vermögenswerte abzüglich der Verbindlichkeiten, infolge des Schocks entspricht dabei dem Kapital, das erforderlich wäre, um die finanziellen Konsequenzen des betreffenden Risikos zu decken⁴⁸. Die Teilsolvvenzkapitalanforderungen werden dann zur Bestimmung der Gesamtsolvvenzkapitalanforderung aggregiert, wobei hierbei Diversi-

⁴³ Gause, in: Münchener Kommentar VVG, Band 1, München 2010, AufsichtsR, Rn. 328.

⁴⁴ Entwurf der Kommission vom 26. Februar 2008, KOM(2008) 119, S. 13.

⁴⁵ BaFin/CEIOPS, Handbuch QIS 5-Spreadsheet (für Einzelunternehmen) vom 5. Oktober 2010, S. 8.

⁴⁶ Krämer, ZVersWiss 2008, S. 319 [326].

⁴⁷ Art. 13 Abs. 30-33 der Richtlinie enthalten Legaldefinitionen der vorgenannten Risiken.

⁴⁸ BaFin/CEIOPS, Handbuch QIS 5-Spreadsheet (für Einzelunternehmen) vom 5. Oktober 2010, S. 9; vgl. Brosemer/Glaser/Miehle, VW 2008, S. 912.

fizierungseffekte und Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen Risiken zu berücksichtigen sind⁴⁹.

Die Standardformel findet grundsätzlich Anwendung auf alle Erst- und Rückversicherungsunternehmen im Geltungsbereich des Solvency II-Regimes. Sie folgt dem Leitbild eines branchenüblichen Durchschnittsversicherers⁵⁰. Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sieht die Richtlinie vor, dass kleine und mittlere Versicherer bestimmte Vereinfachungen von der Standardformel vornehmen dürfen, wenn dies im Hinblick auf Wesensart, Umfang und Komplexität ihrer Tätigkeit und Risiken angemessen ist. Daneben erlaubt es die Richtlinie den Normadressaten unter dem Gesichtspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, anstelle der Standardformel (partielle) interne Modelle zur Berechnung des Solvenzkapitalbedarfs zur Anwendung zu bringen, wenn hierdurch die unternehmensspezifische Risikosituation besser abgebildet wird als mit der Standardformel.

Die *Pillar II*-Regelungen betreffen die qualitativen Anforderungen an das Risiko-Management und das Governance-System von Versicherungsunternehmen und legen zudem die aufsichtsbehördlichen Befugnisse fest. Versicherungsunternehmen müssen über ein wirksames Risiko-Management verfügen, welches die Strategien, Prozesse und Meldeverfahren zur Erkennung, Messung, Überwachung sowie zum Management und zur Berichterstattung hinsichtlich der eingegangenen und potentiellen Risiken festlegt. Der Kreis der dabei zu berücksichtigenden Risiken geht weiter als bei der Bewertung des SCR im Rahmen der Standardformel und soll alle Risiken, denen das Unternehmen ausgesetzt ist, umfassen. Nach den Governance-Vorgaben müssen die Unternehmen über eine angemessen transparente Organisationsstruktur verfügen. Daneben bestehen Anforderungen an die fachliche Qualifikation und persönliche Zuverlässigkeit und Integrität des leitenden Personals in Versicherungsunternehmen.

Ein wichtiger Bestandteil des Risikomanagement-Systems ist die unternehmenseigene Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung (*Own Risk and Solvency Assessment – ORSA*). Mit der ORSA-Beurteilung sollen die Unternehmen verpflichtet werden, ihren Gesamtsolvabilitätsbedarf mit Blick auf die unternehmensspezifische Risikosituation regelmäßig zu überprüfen⁵¹. Damit soll ein weiteres wichtiges Regelungsziel des Solvency II-Regimes erreicht werden, das – über die risikoadäquate Eigenmittelunterlegung hinaus – darin besteht, die Geschäftsstrategie mit der Risikostrategie zu koppeln und so zu einer ganzheitlichen, risikoadäquaten Steuerung des Unternehmens zu gelangen⁵². Die Beurteilung soll alle wesentlichen Risiken umfassen; der zeitliche Horizont geht dabei über den Ein-Jahres-Zeitraum, der den Modellen auf Ebene von *Pillar I* zugrunde liegt, hinaus. Neben der Verzahnung von Risiko- und Geschäftsstrategie des Un-

⁴⁹ vgl. Montalvo Rebueta, in: Wandt/Dreher, Solvency II in der Rechtsanwendung, 2009, S. 43 [47].

⁵⁰ Krämer, ZVersWiss 2008, S. 319 [326].

⁵¹ Gödeke, VersR 2010, S. 10 [11].

⁵² Schriek, VW 2010, S. 554.

ternehmens wird mit ORSA das aufsichtsrechtliche Instrumentarium ergänzt. Die Aufsichtsbehörden sind über die Ergebnisse der ORSA-Beurteilung zu informieren. Ergibt sich aus der Risikobewertung eine erhebliche Abweichung des unternehmensspezifischen Risikoprofils von den Annahmen, die der Bestimmung der Solvenzkapitalanforderung im Rahmen von *Pillar I* zugrunde liegen, so kann die Aufsichtsbehörde in Einzelfällen einen Kapitalaufschlag verhängen. Das Unternehmen kann dadurch gezwungen werden, mehr Eigenmittel vorzuhalten, als dies nach den SCR-Berechnungen erforderlich wäre.

Die Regelungen auf Ebene der dritten Säule (*Pillar III*) verschärfen die Berichts- und Publizitätspflichten an die Versicherungsunternehmen. Insbesondere der in Art. 51 der Richtlinie vorgesehene Bericht über die Solvabilität und Finanzlage, der jährlich zu veröffentlichen ist, wird den Aufwand bei der Berichterstattung erheblich erhöhen. Die Praxis rechnet damit, dass dieser Bericht eine größere Berichtsweite haben (und damit einen höheren Erstellungsaufwand erfordern) wird als die im Rahmen der Finanzberichterstattung und der Jahresabschlüsse zu erstellenden Berichte⁵³.

Im Rahmen der zweiten und dritten Säule, d.h. bei den qualitativen Anforderungen an das Governance-System und das Risikomanagement der Versicherungsunternehmen sowie deren Berichts- und Publizitätspflichten, findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ebenfalls Anwendung. Art. 41 Abs. 2 der Richtlinie sieht vor, dass das Governance-System der Wesensart, dem Umfang und der Komplexität der Tätigkeit des Versicherungsunternehmens angemessen sein muss. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbietet es insbesondere, dass die neuen Regelungen zu einer unangemessenen Belastung für die Unternehmen führen. Demnach müssen die neuen Anforderungen für Captives, die in der Regel nur über eine übersichtliche personelle Ausstattung verfügen, beherrschbar und der kostenmäßige Aufwand im Rahmen der zusätzlichen Aufsichtsanforderungen proportional bleiben.

III. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Rahmen der Umsetzungsmaßnahmen auf Stufe 2 des Solvency II-Regimes

Das Solvency II-Regime soll nach Vorstellung des europäischen Gesetzgebers im Bereich des Versicherungsaufsichtsrechts zu einem Paradigmenwechsel weg von einer regelorientierten, hin zu einer prinzipienorientierten Aufsicht führen⁵⁴. Danach sollen sich die aufsichtsrechtlichen Anforderungen nach dem tatsächlichen Risikoprofil der Versicherungsunternehmen richten. Soweit es den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als tragendes Element des prinzipienbasierten Ansatzes betrifft, deuten sich bei den Durchführungsmaßnahmen auf Stufe 2 nach dem gegenwärtigen Diskussionsstand gewisse Umsetzungsdefizite im Hinblick auf die Vorgaben der Richtlinie an. Der von der Richtlinie bezweckte Paradigmenwechsel ist auf Stufe 2 bisher zumindest nicht vollständig vollzogen worden. Es zeichnet sich eher die Tendenz ab, den regelbasierten Ansatz beizubehal-

⁵³ vgl. hierzu Schubert/Probst, VW 2010, S. 194.

⁵⁴ vgl. Weber-Rey, AG 2008, S. 345 [354].

ten. Für Captives resultieren aus diesem Umsetzungsdefizit besondere Beeinträchtigungen auf Ebene aller drei Säulen.

1. Pillar I: Quantitativ-finanzielle Anforderungen

Firmeneigene (Rück-) Versicherer sehen sich bei der Anwendung der quantitativen Anforderungen auf der Ebene von *Pillar I* in mehrerlei Hinsicht Schwierigkeiten ausgesetzt. Diese beruhen darauf, dass der Berechnung der Solvenzkapitalanforderung nach Maßgabe der Standardformel bestimmte Annahmen zugrunde liegen, die sich am Leitbild des kommerziellen, branchentypischen Durchschnittsversicherers orientieren⁵⁵, die aber auf Captives wegen ihrer Funktionsweise und besonderen Risikosituation nicht oder nur eingeschränkt übertragbar sind. Der versicherungsmathematische Befund ist, dass sich kleinere und mittlere Versicherer bei der Bestimmung des Kapitalbedarfs mittels der Standardformel nicht wieder finden⁵⁶. Selbst von regulatorischer Seite wurde bereits konstatiert, dass die Standardformel mittlerweile so kompliziert geworden ist, dass sie von den Normadressaten ohne zusätzliches mathematisches Wissen kaum noch zu bewältigen ist⁵⁷. Daneben werden aus versicherungsmathematischer Sicht grundlegendere Zweifel daran geäußert, dass aktuarielle Modelle in der Lage sind, die Risikowirklichkeit eines Unternehmens abschließend und sachgerecht abzubilden und "wahre" oder "richtige" Aussagen über die Unternehmenslage zu treffen; Risiken – im Sinne der Nichterreichung von Zielen – sind selbst nicht mathematisch⁵⁸. Ebenso wenig lässt sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mathematisch quantifizieren. Aus dem Umstand, dass unter dem Solvency II-Regime die Risikowirklichkeit mittels mathematischer Modelle beschrieben wird, folgt jedenfalls das Erfordernis, "Rechenergebnisse zu hinterfragen" und mit "gesundem Menschenverstand zu interpretieren"⁵⁹. Insofern kann es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erforderlich machen, für bestimmte Versicherungsunternehmen, insbesondere Captives, andere Regelungen zu treffen, weil deren Risikoprofil ein anderes ist als das eines kommerziellen Durchschnittsversicherers⁶⁰.

Captives können nicht auf ein großes Portfolio zugreifen und sind deshalb zu einer Risikodiversifizierung in geringerem Maße in der Lage als kommerzielle Versicherer. Wie im Folgenden diskutiert, kann dies im Rahmen der einzelnen Risikomodule zu unangemessenen (Teil-) Solvenzkapitalanforderungen führen. Da Captives nur wenige Verträge

⁵⁵ vgl. Krämer, ZVersWiss 2008, S. 319 [326].

⁵⁶ Kohlruss, Zeitschrift für Versicherungswesen 10/2010, S. 321.

⁵⁷ BaFin, Ergebnisse der fünften quantitativen Auswirkungsstudie zu Solvency II (QIS 5), S. 4 f.; Steffen, Studie soll "Unwohlsein" bei Solvency II bekämpfen, Börsen-Zeitung vom 16. Juli 2010, S. 4

⁵⁸ Disch, VW 2010, S. 1627.

⁵⁹ Disch, VW 2010, S. 1627.

⁶⁰ CEIOPS, Consultation Paper No. 24, Draft Advice on the Principle of Proportionality in the Solvency II Framework Directive Proposal, vom 25. Februar 2008, S. 20, Rn. 72.

und Versicherungssparten zeichnen, kommen ihnen Diversifikationsvorteile, die die Kapitalanforderungen reduzieren könnten, nur in geringerem Maße zugute⁶¹. Daneben kann es sich für firmeneigene Versicherer als Nachteil erweisen, dass bestimmte Regelungen des Solvency II-Regimes es kommerziellen Versicherern unattraktiv erscheinen lassen, sich an Captive-Programmen zu beteiligen.

(a) Berücksichtigung von Konzentrationsrisiken im Rahmen der SCR-Berechnung

Besonders betroffen sind Captives, soweit es um die Berücksichtigung von Konzentrationsrisiken in der Solvenzkapitalanforderung geht. Im Rahmen der Standardformel sind Konzentrationsrisiken als Sub-Modul des Risikomoduls "*Marktrisiko*" zu bewerten. Mit dem Marktrisiko-Modul werden jene Risiken abgebildet, die sich aus Höhe und Schwankungen der Preise an den (Kapital-) Märkten ergeben. Das Sub-Modul quantifiziert Konzentrationsrisiken, die durch Investitionen in bestimmte Anlageformen einzelner Gegenparteien oder Emittenten entstehen⁶². Ein signifikanter Teil des Kapitalbedarfs von Captives entfällt auf die Bedeckung von Konzentrationsrisiken. Nach der QIS 4-Studie machte dies im Rahmen des Risikomoduls "*Marktrisiko*" durchschnittlich 78 % und insgesamt 34 % des gesamten Solvenzkapitalbedarfs der Captive aus⁶³. Investiert die Captive – wie nicht selten der Fall – zur Bedeckung ihrer Risiken in Vermögenswerte der Muttergesellschaft, beispielsweise in von dieser begebene Anleihen – so entsteht im Vergleich zur Investition in von der Regelung privilegierte Staatsanleihen ein höherer Kapitalbedarf.

Ein ähnlicher Nachteil mangelnder Diversifikation kann entstehen, wenn Gelder der Captive – wie durchaus üblich – im Rahmen von *Cash-Pooling*-Arrangements dem *Treasurer* der Muttergesellschaft (d.h. dem Versicherungsnehmer der Captive) zur treuhänderischen Anlage anvertraut werden. Die Konzentration der Liquidität kann den Kapitalbedarf ebenfalls erhöhen. Für *Cash-Pooling*-Systeme sowie Bankkonten der Captives sehen die Level 2- Maßnahmen gegenwärtig eine Vereinfachung vor, wenn die kontoführende Bank oder die *Cash-Pooling*-Institution mindestens ein AA-Rating aufweist und gruppenunabhängig ist⁶⁴. Im gegenwärtigen Marktumfeld für Finanzdienstleistungsunternehmen dürften sich diese Voraussetzungen als äußerst restriktiv erweisen und damit wohl nicht zu einer spürbaren Kapitalerleichterung führen.

⁶¹ Lansch, VW 2009, S. 1550.

⁶² Brosemer/Glaser/Miehle, VW 2008, S. 912 [916].

⁶³ CEIOPS, Consultation Paper No. 79, Simplifications/Specifications for Captives, vom 2. November 2009, S. 13, Rn. 3.27.

⁶⁴ CEIOPS, Consultation Paper No. 79, Simplifications/Specifications for Captives, vom 2. November 2009, S. 14, Rn. 3.27.

(b) Fehlende Berücksichtigung unternehmensindividueller Schaden-/Kosten-Quoten

Der Standardformel liegt die Annahme einer kombinierten Schaden- und Kostenquote (*Combined Ratio*) von 100 % zugrunde. Diese Quote stellt ein Maß für die Profitabilität eines Versicherungsunternehmens dar. Versicherungsunternehmen mit einer kombinierten Schaden- und Kostenquote von unter 100 % arbeiten profitabler, während Unternehmen mit einer Quote über 100 % normalerweise finanziell weniger leistungsfähig sind. Captives weisen mit einer kombinierten Schaden- und Kostenquote von gewöhnlich weit unter 100 % eine vergleichsweise hohe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auf. Regelmäßig liegen die kombinierten Schaden- und Kostenquoten der Captives noch unter den für Versicherer üblichen Bestmarken von 90 %. Der Grund hierfür besteht in der Regel darin, dass Unternehmen, die eine Captive einsetzen, über genaue Kenntnisse ihrer Risikosituation verfügen und deswegen in der Lage sind, Risiken mit einer günstigen Schadenquote in der Captive zu behalten, während Risiken mit einer ungünstigeren Quote an den kommerziellen Versicherungsmarkt gegeben werden⁶⁵. Die Zugrundelegung einer allgemeinen Schaden-/Kostenquote von 100 % wirkt deswegen zum Nachteil der Captives, weil ihre individuelle Leistungsfähigkeit hierbei keine Berücksichtigung findet. Dadurch wird das Konfidenzniveau für diese Unternehmen über die von der Richtlinie geforderten 99,5 % erhöht⁶⁶. Mit anderen Worten: Captives müssen mehr Eigenmittel vorhalten, als es für die Gewährleistung des von der Richtlinie geforderten Konfidenzniveaus erforderlich wäre. EIOPA hat für die Berechnung der Solvenzkapitalanforderungen die Berücksichtigung der unternehmensindividuellen kombinierten Schaden-/Kostenquote von Captives bisher abgelehnt⁶⁷.

(c) Sanktionierung der Teilnahme an Captive-Programmen durch kommerzielle Versicherer

Die Praktikabilität von Captive-Lösungen kann indirekt auch dadurch erschwert werden, dass sie für die teilnehmenden kommerziellen Versicherer zu einem erhöhten Kapitalbedarf führen und deswegen unattraktiv werden. Im Zusammenhang mit Captive-Modellen, bei denen ein Versicherer (bzw. ein mit diesem verbundenes Unternehmen) sowohl auf *Fronting*- als auch auf Retrozessionärebene am Programm beteiligt ist, stellt sich das Problem einer möglichen doppelten Eigenkapitalunterlegung. Im Rahmen des Gegenparteausfallrisikos ist der Kapitalbedarf für den Fall zu bilden, dass Risikominderungsinstrumente, insbesondere Rückversicherung, nicht greifen, weil die Gegenpartei ihre Ver-

⁶⁵ CEIOPS, Consultation Paper No. 79, Simplifications/Specifications for Captives, vom 2. November 2009, S. 11, Rn. 3.17.

⁶⁶ ECIROA, Comments on CEIOPS CP 79/09, vom 21. Dezember 2009, S. 5.

⁶⁷ vgl. CEIOPS, Consultation Paper No. 79, Simplifications/Specifications for Captives, vom 2. November 2009, S. 11, Rn. 3.17.

pflichtungen aus dem Rückversicherungsvertrag nicht mehr erfüllen kann⁶⁸. Dabei wird die Ausfallwahrscheinlichkeit der Gegenpartei anhand deren Ratings gemessen. Captive-Versicherungen verfügen allerdings so gut wie nie über ein eigenes Rating. Deswegen sehen die gegenwärtig von EIOPA ins Auge gefassten Erleichterungen, die bestimmte Captive-Versicherungen im Rahmen der Standardformel anwenden dürfen, vor, dass es bei der Bewertung des Ausfallrisikos, dem der vorzeichnende Versicherer ausgesetzt ist, in bestimmten Fällen nicht auf das Rating der (Rückversicherungs-) Captive, sondern das des Mutterunternehmens bzw. des Retrozessionärs der Captive ankommen soll⁶⁹. Auf das Mutterunternehmen wird dann abgestellt, wenn dieses eine rechtlich verbindliche Garantie für die Verbindlichkeiten der Captive aus dem Rückversicherungsvertrag mit dem *Frontier* übernommen hat. Das Rating des kommerziellen Rückversicherers, der am Captive-Modell als Retrozessionär beteiligt ist, kann zugrunde gelegt werden, wenn dem frontenden Erstversicherer über vertragliche Arrangements (*Cut-through-Liability Clauses*) der direkte Zugriff auf den Rückversicherer für den Fall eingeräumt wird, dass die Captive ihren Verpflichtungen aus ihrem Rückversicherungsvertrag nicht nachkommt. Hierbei ist aber zu berücksichtigen, dass nach dem gegenwärtigen Stand der Konsultationen nur ein geringer Teil des Captives in den Genuss dieser Erleichterungen kommen wird⁷⁰, während es sich für den Großteil der (Rückversicherungs-) Captives als schwierig erweisen wird, sich mit *Fronting*-Leistungen zu versorgen. In jedem Fall erhöht das Erfordernis, Sicherheiten (etwa in Form eines *Letter of Credit*) zu stellen, die Kosten der Captives ebenfalls, und zwar regelmäßig auch dann, wenn gleichzeitig vertragliche Schutzmechanismen der eben beschriebenen Art eingeräumt werden.

Festzuhalten bleibt, dass die Standardformel, die sich am Leitbild des kommerziellen Durchschnittsversicherers orientiert, für Captives auf der einen Seite zu einer überproportionalen Berücksichtigung von Konzentrationsrisiken führt, die mit ihrem besonderen Geschäftsmodell und ihrer geringen Größe üblicherweise einhergehen, während sie auf der anderen Seite die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Captives nicht hinreichend berücksichtigt. Hieraus resultiert eine unangemessen hohe Solvenzkapitalanforderung, die über das hinausgeht, was zur Gewährleistung des von der Richtlinie verordneten Konfidenzniveaus erforderlich wäre.

2. Pillar II und III: Qualitative Anforderungen und Publizität

Auf Ebene der zweiten Säule des Solvency II-Regimes wird man darauf zu achten haben, dass die neuen Anforderungen an die Organisation der Risikomanagement-Funktionen und an die Publizitätspflichten die Captives nicht überfordern. Captives arbeiten gewöhnlich nur mit einer sehr schlanken personellen Ausstattung, überwiegend wird das

⁶⁸ Brosemer/Glaser/Miehle, VW 2008, S. 912 [916 f.].

⁶⁹ vgl. CEIOPS, Consultation Paper No. 79, Simplifications/Specifications for Captives, vom 2. November 2009, S. 16, Rn. 3.34 f.

⁷⁰ Vgl. hierzu näher unten Abschnitt IV.2(a), S. 20.

Management auch an externe Dienstleister ausgegliedert. Die neuen Vorgaben, beispielsweise für die Vorhaltung der versicherungsmathematischen Funktion, wird zu neuen Kosten führen, die die Kostenvorteile, die sich Unternehmen gewöhnlich von der Bildung einer Captive versprechen, nivellieren könnten. Dies wird aber eigentlich der Funktion des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht gerecht, die nach Art. 5 des Protokolls auch darin besteht, die wirtschaftliche Belastung der Bürger und Wirtschaftsteilnehmer in einem angemessenen Rahmen zu halten. Außerdem sollte der mit den Maßnahmen einhergehende finanzielle Aufwand nicht dazu führen, dass von den Regelungen eine verbotsgleiche Wirkung für den Einsatz von Captives als Instrument des betrieblichen Risikomanagements ausgeht, solange die eigentlichen Ziele der Richtlinie erreicht werden.

Diese Vorgaben gelten auch für das ORSA-Verfahren. Hier ist insbesondere sicher zu stellen, dass keine überzogenen Anforderungen an die Komplexität der für die Beurteilung herangezogenen Modelle sowie an die mit ORSA einhergehenden Dokumentationspflichten gestellt werden. Zudem muss die Verhängung von Kapitalaufschlägen auf besondere Einzelfälle beschränkt bleiben. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sollte bei Bewertungsfragen, die aufgrund der Komplexität oder der Einfachheit eines (Rück-) Versicherungsunternehmens zu einem von *Pillar I* abweichenden Gesamturteil führen, seine Wirkung konsequenterweise nach beiden Seiten, d.h. im Sinne eines möglichen Auf- und Abschlags, entfalten. Die Details der unternehmenseigenen Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung werden voraussichtlich erst auf Stufe 3 des Lamfalussy-Verfahrens ausgestaltet. Auf die Frage, inwieweit das ORSA-Verfahren selbst als möglicher Filter zur Gewährleistung einer risikoangemessenen Anwendung des Solvency II-Regimes in Betracht kommt, soll unten näher eingegangen werden⁷¹.

IV. Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Anwendung des Solvency II-Regimes auf Captives

Nachdem die Level 2-Maßnahmen – wie soeben dargestellt – im Hinblick auf Captives eine besondere Wirkung entfalten, erhebt sich die Frage, ob dieser Eingriff den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht wird.

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient dazu, die Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation im Hinblick auf eine hoheitliche Maßnahme sicherzustellen. Die von der Maßnahme ausgehenden (finanziellen) Belastungen müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den damit angestrebten Zielen stehen⁷². Soweit es um die Angemessenheit der Anwendung des Solvency II-Regimes auf firmeneigene (Rück-) Versicherer geht, sind dessen Ziele auf den Prüfstand zu stellen. Daneben ist insbesondere die spezifische Risikostruktur von Captives, also Wesensart, Umfang und Komplexität ihrer Geschäftstätig-

⁷¹ s. unten Abschnitt IV.2(c), S. 22.

⁷² Art. 5 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Abl. C 310 vom 16. Dezember 2004, S. 207.

keit und der von ihnen getragenen Risiken, im Vergleich zu kommerziellen Versicherern zu berücksichtigen.

1. Die Geeignetheit der Maßnahmen im Lichte der Schutzzwecke des Solvency II-Regimes

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist zunächst die Geeignetheit der Regelungen zu untersuchen, d.h. ob sie einem legitimen Zweck dienen und ob sie sich als taugliches Mittel zur Erreichung dieses Zwecks erweisen. Mit Sicherheit wird man sagen können, dass die Schutzzwecke des Solvency II-Regimes, insbesondere der Schutz der Versicherungsnehmer und die Stabilität des Finanzsystems, legitim sind. Ob diese Feststellung allerdings auch für dessen Anwendung auf Captives zutrifft, bedarf näherer Untersuchung. Daneben ist zu prüfen, ob die Anwendung der Regelungen auf Captives einen tauglichen Beitrag im Sinne des Geeignetheitserfordernisses zur Erreichung dieser Ziele leistet.

Das Hauptziel der Richtlinie und der auf ihr beruhenden Aufsichtstätigkeit besteht in dem Schutz der Versicherungsnehmer und der Begünstigten der Versicherungsleistung. Captives erbringen Versicherungsleistungen aber grundsätzlich nur für die Unternehmensgruppe, der sie angehören. Der Kreis der Versicherungsnehmer und Begünstigten beschränkt sich damit auf den Eigentümer der Captive (der es grundsätzlich selbst in der Hand hat, die Captive mit Kapital auszustatten) sowie der gruppenzugehörigen Unternehmen. Deswegen wäre von einem hypothetischen Ausfall einer Captive auch nur das Mutterunternehmen und dessen Gruppe und nicht eine größere Anzahl von Versicherten, geschweige denn das Versichertenkollektiv betroffen. Für unbeteiligte Dritte außerhalb der Unternehmensgruppe gehen von Captives keine Risiken aus. Auf der anderen Seite sind Captives als Nachfrager von Versicherungsleistungen aus Sicht der Industrieversicherer der Marktgegenseite zuzuordnen, so dass ihr Verhältnis zu den Schutzzwecken ambivalent ist. Das Hauptziel des Solvency II-Regimes entfaltet im Hinblick auf Captives von vornherein nur eine sehr eingeschränkte Relevanz.

Das Nebenziel, die Stabilität des Finanzsystems sicherzustellen, spielt im Hinblick auf Captives ebenfalls grundsätzlich keine Rolle. Zwar soll es für die Beurteilung der Systemrelevanz nicht auf die Größe des Unternehmens ankommen⁷³. Einer einzelnen Captive kommt jedoch eigentlich nie eine systemisch relevante Bedeutung für das Versicherungssystem in seiner Gesamtheit zu⁷⁴. Auch soweit eine Captive nicht in völliger Unabhängigkeit von den Versicherungsmärkten agiert, sind die beteiligten vorzeichnenden Versicherer weitgehend davor geschützt, dass eine Captive ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht mehr nachkommen kann. Erstversicherer, die ein Captive-Programm fronten, tun dies in aller Regel nur, wenn ihnen zuvor ausreichende Sicherheiten oder

⁷³ CEIOPS, Consultation Paper No. 24, Draft Advice on the Principle of Proportionality in the Solvency II Framework Directive Proposal, vom 25. Februar 2008, S. 6, Rn. 17.

⁷⁴ ECIROA, Position Paper on Treatment of Captives in Solvency II, 25. September 2008, S. 5.

besondere vertragliche Bedingungen eingeräumt werden, die sie vor einem Ausfall der Captive bewahren. Teilweise werden die Verpflichtungen aus dem *Fronting*-Verhältnis über Garantieleistungen der Muttergesellschaft oder über Treuhandarrangements abgesichert. In internationalen Versicherungsprogrammen haben sich in der Vergangenheit eher vertragliche Schutzmechanismen durchgesetzt, die beispielsweise die Einstandspflicht des frontenden Erstversicherers von der Vorleistung der Captive abhängig machen (*Simultaneous Payment Clauses*) oder die den direkten Zugriff auf die beteiligten Rückversicherer ermöglichen (*Cut-through Liability Clauses*)⁷⁵.

Auch das Ziel der Gewährleistung fairer und stabiler Märkte – soweit überhaupt vom gesetzgeberischen Regelungszweck umfasst⁷⁶ – würde sich im Hinblick auf konzern-eigene Versicherungen weitgehend relativieren. Captives agieren grundsätzlich nicht am Markt und treten deswegen – jedenfalls soweit es Fremdgeschäft betrifft – nicht in Konkurrenz zu herkömmlichen Versicherern. Ein Wettbewerbsverhältnis ließe sich nur insoweit konstruieren, als es um die Zurverfügungstellung von Deckung für die Gruppe geht, der die Captive angehört. Theoretisch könnte sich das versicherte Unternehmen als Eigentümer der Captive die erforderliche Deckung auch auf den kommerziellen (Rück-) Versicherungsmärkten besorgen. Hierbei ist allerdings zu berücksichtigen, dass die Bildung von Captives primär eine Antwort auf Risikomanagementfragen bildet, wie etwa das Erfordernis eines gleichartigen Deckungsumfangs weltweit, gesteuerte Selbstbehalte je lokal versichertem Unternehmen oder fehlende/unzureichende Kapazitäten, die der Versicherungsmarkt nicht bereitstellen will oder kann⁷⁷. Nach einer im Jahr 1997 veröffentlichten Studie bewegen sich die Prämienrückgänge, die kommerzielle Versicherer als Folge der Verlagerung von Kapazitäten auf Captives zu verzeichnen haben, im Promille-Bereich⁷⁸ und somit unterhalb der Wahrnehmungsschwelle. Dem entspricht es auch, dass der überwiegende Teil der kommerziellen Versicherer Captives nicht als Konkurrenz wahrnimmt⁷⁹. Zudem werden finanzielle Nachteile, denen sich kommerzielle Versicherer durch die Bildung von Captives ausgesetzt sehen, weitestgehend kompensiert durch ein neues Feld an Dienstleistungen, die Versicherer den Captives zur Verfügung stellen. Zu denken ist insbesondere an *Fronting*-Leistungen für Rückversicherungs-Captives, insbesondere in der Schadensabwicklung und der Präventivberatung, Beratungsleistungen bei der Bildung von Captives, wie beispielsweise Machbarkeitsstudien, und *Outsourcing*-Dienstleistungen für deren Management.

Man wird deswegen konstatieren müssen, dass die Schutzzwecke der Richtlinie durch Captives aufgrund ihrer besonderen Charakteristika eigentlich nicht tangiert werden und

⁷⁵ Minnik, VW 2007, S. 1392 [1394]; Philipp, VW 2010, S. 1203.

⁷⁶ vgl. Wandt/Sehrbrock, in: Festschrift für Herman Cousy (2011), S. 923 [926].

⁷⁷ vgl. Manekeller, VW 1994, S. 1189 [1197 f.]; Winkel, VW 2006, S. 666 [667]; Minnik, VW 2007, S. 1392 [1394 f.].

⁷⁸ Großer, VW 1997, S. 438 [440].

⁷⁹ Großer, VW 1997, S. 438 [440].

dass somit die Anwendung der neuen Solvabilitätsregeln auf Captives im Hinblick auf die Erreichung Schutzzwecke weitgehend wirkungsneutral ist.

2. Erforderlichkeit der Maßnahmen

Die Anwendung des Solvency II-Regimes auf Captives wird den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann gerecht, wenn keine mildereren, weniger eingriffsintensiven Mittel zur Verfügung stehen.

Die Richtlinie selbst sieht als milderes Mittel, um kleinere Versicherer und Captives vor unverhältnismäßigen Eingriffen zu schützen, bestimmte Regelungen vor. Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz soll insbesondere dadurch Rechnung getragen werden, dass für diese Versicherer bestimmte Vereinfachungen von der Standardformel zugelassen werden und dass sie statt der Standardformel auf (partielle) interne Modelle zur Berechnung der Solvenzkapitalanforderung zurückgreifen dürfen, wenn hierdurch ihre spezifische Risikosituation besser abgebildet wird. Neben dem systemimmanenten Instrumentarium zur Abmilderung der Eingriffsintensität ist zu überlegen, ob darüber hinaus Regeln bestehen oder geschaffen werden müssen, die die gegenwärtig gravierenden Folgen des Solvency II-Regimes für firmeneigene Versicherer abmildern könnten.

(a) Vereinfachungen von der Standardformel

Als milderes Mittel zur Vermeidung unangemessener Beeinträchtigungen kommen zunächst die Vereinfachungen in Betracht, die EIOPA für Captives bei der Berechnung der Solvenzkapitalanforderungen nach Maßgabe der Standardformel zulassen will⁸⁰. Diese eignen sich aber deswegen nicht, weil sie nach den momentanen Konsultationen für einen wesentlichen Teil der Captives voraussichtlich keine Wirkung entfalten werden. Damit eine Captive in den Genuss von Vereinfachungen kommt, muss sie neben den Definitionsmerkmalen der Richtlinie weitere, relativ enge Voraussetzungen erfüllen. Während der Richtlinien text Captives als Versicherungen definiert, die "*ausschließlich Risiken des Unternehmens oder der Unternehmen, dem bzw. denen es gehört, oder eines oder mehrerer Unternehmen der Gruppe*" versichern, will EIOPA das Definitionsmerkmal weiter einschränken, indem sie daran anknüpft, dass alle Versicherten und Begünstigten der von der Captive erbrachten Versicherungsleistung ausschließlich Unternehmen der Gruppe zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses und zum Zeitpunkt der Leistungserbringung sein dürfen. Problematisch ist insofern der Fall, dass ein versichertes Unternehmen nach Vertragsschluss – beispielsweise durch Verkauf – aus der Unternehmensgruppe ausscheidet, die Captive aufgrund der versicherungsvertraglichen Bestimmungen (wie etwa bei *Occurrence based*-Deckungen) aber zur Gewährung von Versicherungsschutz verpflicht-

⁸⁰ vgl. CEIOPS, Consultation Paper No. 79, Simplifications/Specifications for Captives, vom 2. November 2009, S. 8, Rn. 3.8; CEIOPS, Advice for Level 2 Implementing Measures on Solvency II: SCR standard formula, Article 111 (j), Simplifications/Specifications for Captives, vom 29. Januar 2010, S. 8, Rn. 3.8.

tet bleibt. Obwohl es der Captive in diesen Fällen nicht möglich sein sollte, die Deckung nachträglich zu versagen, wären ihr die für Captives vorgesehenen Vereinfachungen möglicherweise verschlossen. Hierdurch wird der Kreis derjenigen Versicherungen, die von den Vereinfachungen profitieren können, stark verengt. Nach den von EIOPA vorgeschlagenen einschränkenden Tatbestandsmerkmalen könnten möglicherweise Captives, die (im Rahmen des gesellschaftsrechtlich Zulässigen) Versicherungsschutz für Organe oder für Arbeitnehmer des Unternehmens zur Verfügung stellen, vom Anwendungsbereich der Vereinfachungen ausgenommen sein. Die Relevanz der Vereinfachungen als milderer Mittel im Rahmen des systemimmanenten Instrumentariums dürfte jedenfalls nur gering sein. Die Richtlinie räumt den Vereinfachungen bei der Standardformel eine besondere Bedeutung ein, um eine risikoadäquate Anwendung des Solvency II-Regimes zu gewährleisten. Hinter dieser Vorgabe bleiben die Umsetzungsmaßnahmen in ihrer gegenwärtig vorgeschlagenen Form wegen des beschränkten Anwendungsbereichs zurück.

(b) Anwendung (partieller) interner Modelle

Nach der Richtlinie sollen die Wirkungen der Standardformel zudem dadurch abgemildert werden, dass Versicherer, deren individuelles Risikoprofil durch das Standardmodell nicht angemessen abgebildet wird, interne Modelle anwenden können, um ihren Solvenzkapitalbedarf zu berechnen. Der Unterschied zum Standardmodell besteht dabei darin, dass die Basis der Risikokapitalberechnung der individuellen Struktur des Unternehmens folgt, während das Standardmodell auf einer festgelegten, parametergesteuerten Aggregation der Einzelkapitalanforderungen in den Risikomodulen beruht⁸¹. Im Vergleich zur Standardformel können sich interne Modelle im Prinzip als milderer Mittel erweisen, weil sie ein genaueres und aussagekräftigeres Unternehmensmodell ergeben und der tatsächliche Kapitalbedarf deswegen oft geringer ausfällt als unter der Standardformel⁸².

Für kleinere Versicherungsunternehmen, einschließlich Captives, ist die Verwendung (und laufende Weiterentwicklung) interner Modelle aber in der Regel mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Insbesondere in personeller Hinsicht dürfte dies für einfache Captives, die Captive-Management überwiegend als externe Dienstleistung einkaufen oder nur über eine dünne (aber sachgerechte) Personaldecke verfügen, kaum zu bewältigen sein. Dies gilt auch für die mit der Bildung interner Modelle einhergehenden Dokumentationspflichten, die gewährleisten sollen, dass ein fachkundiger Dritter in die Lage versetzt wird, das interne Modell unabhängig nachbilden zu können.

⁸¹ Kohlruss, Zeitschrift für Versicherungswesen 10/2010, S. 321 [322]; Schriek, VW 2010, S. 554.

⁸² Diers, VW 2007, S. 554; Kohlruss, Zeitschrift für Versicherungswesen 10/2010, S. 321 [322]; Schriek, VW 2010, S. 554.

(c) ORSA

Zu überlegen wäre schließlich, ob nicht das Verfahren zur unternehmenseigenen Risiko- und Solvabilitätsbeurteilung als Filter zur Gewährleistung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Bestimmung der Solvenzkapitalanforderung fungieren könnte. Das ORSA-Verfahren könnte gegebenenfalls (*de lege lata* oder *de lege ferenda*) als weniger eingriffsintensives Mittel im Sinne des Erforderlichkeitsgrundsatzes ausgestaltet werden, wenn hierdurch die Solvenzkapitalanforderung auf ein angemessenes Maß herabgesetzt werden könnte. Wie oben angesprochen, kann sich an die ORSA-Beurteilung, über die die Aufsicht zu informieren ist, ein Verwaltungsverfahren anschließen, in dem gegebenenfalls ein Kapitalaufschlag festgesetzt werden kann. Dies ist möglich, wenn sich aufgrund der ORSA-Beurteilung herausstellt, dass die tatsächliche Risikosituation eines Unternehmens erheblich von den Annahmen abweicht, die der Bestimmung der Solvenzkapitalanforderung zugrunde lagen. Geregelt ist bisher der Fall der negativen Abweichung, der zu zusätzlichem Kapitalbedarf führt, um das Konfidenzniveau zu gewährleisten. Konsequenterweise könnte man überlegen, einen Mechanismus zu etablieren, mit dem sich – als Gegenstück zum Kapitalaufschlag – eine Kapitalerleichterung festsetzen ließe, wenn sich die tatsächliche Risikosituation eines Unternehmens wesentlich günstiger darstellt, als dies in der Solvenzkapitalanforderung reflektiert ist. In diesem Falle könnte der Kapitalbedarf auf Grundlage der tatsächlichen Risikosituation soweit reduziert werden, wie es zur Aufrechterhaltung des von der Richtlinie verordneten Konfidenzniveaus von 99,5 % tatsächlich erforderlich wäre. Ebenso wie die Verhängung des Kapitalaufschlags könnte die Reduzierung im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens von der Aufsichtsbehörde gestattet werden. Captives könnte eine solche Regelung zum Vorteil gereichen, soweit die Standardformel dazu führt, dass firmeneigene Versicherer mehr Eigenmittel vorhalten müssen, als es für die Gewährleistung des Konfidenzniveaus von 99,5 % erforderlich wäre. Die Insolvenzwahrscheinlichkeit sinkt dann noch weiter unterhalb des von der Richtlinie geforderten Rahmens. Über das ORSA-Verfahren ließe sich in einem solchen Fall – nach Überprüfung durch die Versicherungsaufsicht – der Kapitalbedarf soweit reduzieren, wie es zur Gewährleistung des geforderten Konfidenzniveaus tatsächlich notwendig ist.

Eine unterschiedliche Verwaltungspraxis in den einzelnen Mitgliedstaaten im Umgang mit einer solchen Kapitalerleichterung (mit der Folge einer möglichen Aufsichtsarbitrage zur Ausnutzung von Standortvorteilen) wäre hierdurch wohl nicht zu befürchten. Insbesondere mit den Level 4-Maßnahmen, mit denen eine gemeinschaftsweite Aufsichtskonvergenz sichergestellt werden soll, sollte sich eine Aufsplitterung der Verwaltungspraxis in den einzelnen Mitgliedsstaaten vermeiden lassen.

Das bedeutsamste Hindernis, das gegen die vorgeschlagene Möglichkeit einer Kapitalerleichterung als Gegenstück zu dem in der Richtlinie vorgesehenen Kapitalaufschlag spricht, besteht darin, dass der Richtlinienwortlaut in Art. 45 Abs. 7 die Anpassung der Solvenzkapitalanforderung auf Grundlage der ORSA-Beurteilung ausdrücklich ablehnt. Mithin bestehen Zweifel, ob die Schaffung von Verfahren zur Gewährung einer Kapitalerleichterung im Einklang mit dem europarechtlichen Wesentlichkeitsvorbehalt stünde.

Danach sind alle wesentlichen Entscheidungen in der Richtlinie selbst zu treffen und dürfen nicht an den Verordnungsgeber delegiert werden. Im Zusammenhang mit dem Kapitalaufschlag im Rahmen des ORSA-Verfahren ist vor dem Hintergrund des Wesentlichkeitsvorbehalts bereits auf den abschließenden Charakter der Richtlinienbestimmungen hingewiesen worden⁸³. Der Anwendungsbereich für den Kapitalaufschlag darf nicht über die in der Richtlinie genannten Fälle hinaus erweitert werden. Der Wesentlichkeitsvorbehalt könnte im Hinblick auf die vorgeschlagene Kapitalerleichterung als Regulativ zur Gewährleistung der Verhältnismäßigkeit der Mittel zu ähnlichen Bedenken führen. Jedenfalls bestehen in der jetzigen Situation Zweifel daran, dass sich das ORSA-Verfahren als weniger eingriffsintensives Mittel im Sinne des Erforderlichkeitsgrundsatzes nutzbar machen lässt.

Im Ergebnis dürfte ein wesentliches Umsetzungsdefizit der gegenwärtig geplanten Level 2-Maßnahmen darin bestehen, dass die von der Richtlinie für Captives vorgesehenen Erleichterungen zur Abmilderung der Eingriffsintensität bisher nicht vollständig implementiert wurden. Ohne dass firmeneigenen Versicherern die von der Richtlinie eingeräumten Erleichterungen in dem dort vorgesehenen Umfang zugänglich gemacht werden, bestehen Zweifel, ob die Umsetzungsmaßnahmen die Voraussetzungen des Erforderlichkeitsgrundsatzes erfüllen.

Analoge Überlegungen gelten für kleinere Spezial- und Nischenversicherer, deren Geschäftsmodell auf langjähriger Erfahrung im Markt beruht und von demjenigen kommerzieller Versicherer abweicht.

(d) Die Angemessenheit der Maßnahmen im Hinblick auf das Risikoprofil von Captives

Schließlich erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass der zu erwartende Erfolg der Maßnahme, d.h. der Anwendung des Solvency II-Regimes auf Captives, in einem angemessenen Verhältnis zu den Beeinträchtigungen steht, die die Rechtspositionen der Captives hierdurch erfahren. Die Regelungen des Solvency II-Regimes sind nach Art. 28 der Richtlinie in einer Weise anzuwenden, die im Hinblick auf die Wesensart, den Umfang und die Komplexität der Risiken, die mit der Tätigkeit des Versicherungsunternehmens einhergehen, angemessen ist.

Wie oben dargestellt, führt die Standardformel insbesondere bei der Bewertung der Konzentrationsrisiken zu einem hohen Solvenzkapitalbedarf, der der tatsächlichen Risikosituation von Captives nicht gerecht wird (Gleiches gilt für *NatCat*-Risiken).

Dabei unterscheidet sich die Risikoexponierung von Captives grundlegend von derjenigen des branchenüblichen Durchschnittsversicherers, den die neuen Regeln vor Augen haben. Die Risikostruktur von Captives ist normalerweise wesentlich einfacher als die von kommerziellen Versicherern. Captives haben grundsätzlich nur einen Kunden (der

⁸³ vgl. Wandt, VW 2007, S. 473 [474]; Schaaf/Sehrbrock, VW 2009, S. 700.

gleichzeitig ihr Eigentümer ist) und versichern ausschließlich bestimmte Risiken der Unternehmensgruppe. Ihre Geschäftstätigkeit beschränkt sich gewöhnlich auf die Zeichnung weniger Linien und einer begrenzten Anzahl von Einzelpolicen. Ein wichtiger Gesichtspunkt für die Beurteilung des Risikoprofils von Captives ist, dass es das Mutterunternehmen selbst in der Hand hat, die Captive mit Liquidität zu versorgen und dies in der Regel auch tun wird. Dabei verfügen Captives aufgrund der Zentralisierung von Risikomanagement-Funktionen der Gruppe über genaue Kenntnisse ihrer Bestände und der Gruppenrisiken, die sie versichern⁸⁴. Die Verpflichtungen der konzerneigenen Versicherung aus den Versicherungsverträgen unterliegen in aller Regel einer höhenmäßigen Beschränkung in Form jährlicher Höchsthaftungssummen. Sie versichern aufgrund von Wirtschaftlichkeitsüberlegungen Schäden, die innerhalb des Selbstbehalts der Gruppe liegen (teilweise mit vorausgehenden lokalen Selbsthalten), während Großschäden und Katastrophenrisiken (Exzedentenrisiken) in der Regel am Markt platziert werden⁸⁵. Insofern unterscheiden sich Art und Umfang der Risiken, denen sich Captives im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit ausgesetzt sehen, signifikant von denen kommerzieller Versicherer, die regelmäßig auch Katastrophenrisiken zeichnen. Captives sichern sich – entweder durch vertraglich vereinbarte Limitierungen (Sublimate, Höchstentschädigungen oder Jahreshöchstentschädigungen) oder durch Überschadendeckungen (*Stop Loss Cover*) in ihren Rückversicherungsverträgen – gegen einen Anstieg der Schadenquote infolge von Großschäden oder einer Zunahme von Schäden im Mittel- oder Kleinschadenbereich ab⁸⁶. Damit bleibt der Umfang ihrer Risiken beherrschbar.

Um der geringeren Relevanz der Schutzzwecke des Solvency II-Regimes sowie der besonderen Risikosituation von konzerneigenen Versicherern bei dessen Anwendung auf Captives Rechnung zu tragen, sieht die Richtlinie die strikte Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor. Trotz ihres eher einfachen Risikoprofils werden firmeneigene Versicherer durch die neuen Regelungen insbesondere bei der Bestimmung ihres Solvenzkapitalbedarfs besonders getroffen. Die Anwendung der Standardformel wird voraussichtlich dazu führen, dass sie, wie andere kleinere Versicherer auch, mehr Kapital benötigen und außerdem wegen geringerer Diversifikation benachteiligt werden⁸⁷. Insofern ist absehbar, dass von dem Solvency II-Regime ein Konsolidierungsdruck für kleine und mittlere Versicherungsunternehmen ausgehen wird, der zu einer Marktbereinigung führen könne⁸⁸. Gerade diese Option des Zusammenschlusses mit anderen Unternehmen zur Bildung größerer Einheiten steht Captives aufgrund ihres Geschäftsmodells eigentlich nicht offen. Sie versichern ausschließlich die Risiken ihres Mutterkonzerns.

⁸⁴ Kohlruss, Zeitschrift für Versicherungswesen 10/2010, S. 321.

⁸⁵ vgl. Winkel, VW 2006, S. 666.

⁸⁶ vgl. Gerathewohl, Rückversicherung – Grundlagen und Praxis, Karlsruhe 1976, Bd. 1, S. 114; Winkel, VW 2006, S. 666; Germann, VW 2003, S. 167 [167f.].

⁸⁷ Külpmann, Moody's ist bei deutscher Assekuranz skeptisch, Börsen-Zeitung vom 29. Oktober 2010, S. 5.

⁸⁸ Dolle-Helms, VW 2010, S. 874; Kohlruss, Zeitschrift für Versicherungswesen 10/2010, S. 321.

Für Captives verschärft sich die Situation weiter, wenn sie wegen der Nichtberücksichtigung ihrer individuellen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die sich in besonders günstigen Schaden-Kostenquoten äußert, mehr Eigenmittel unterlegen müssen, als dies zur Sicherstellung eines Konfidenzniveaus von 99,5 % erforderlich wäre. Die Beschaffung von Eigenmitteln ist (auch) für die Captive und ihre Eigentümer mit Kosten verbunden.

Die qualitativen Regelungen auf Ebene der zweiten Säule und die Berichts- und Publizitätspflichten der dritten Säule werden für Captives zu einer spürbaren Kostenbelastung führen. Die Belastungen könnten die Kostenvorteile, die Unternehmen mit der Bildung von Captives bei ihren Risikokosten erzielen wollen, weitgehend aufheben. Fallen die Kostenvorteile weg, könnten Captives als Instrument des betrieblichen Risikomanagements weitgehend an Bedeutung verlieren. Dabei soll der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 5 des Protokolls gerade sicherstellen, dass die finanzielle Belastung der Wirtschaftsteilnehmer und der Bürgerinnen und Bürger so gering wie möglich gehalten werden und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Maßnahme angestrebten Ziel stehen. Im Vergleich zu kommerziellen Versicherern sind Captives und ihre Eigentümer von den Publizitätspflichten auch vor dem Hintergrund von Konflikten mit den betrieblichen Geheimhaltungsinteressen in stärkerem Maße betroffen. Da die Berichtstiefe der Risikopublizität der Captive über dasjenige Maß hinausgeht, wozu das Mutterunternehmen im Rahmen der Finanzberichterstattung verpflichtet ist, besteht die Gefahr, dass die Captive zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen der Mutter, etwa gegen diese erhobene Ansprüche, gezwungen wird. Dieser Konflikt mit legitimen Geheimhaltungsinteressen des Unternehmens besteht bei einem herkömmlichen Versicherer, der Fremdrisiken einer großen Anzahl verschiedener Versicherungsnehmer versichert, nicht.

V. Fazit

1. Der Einsatz von Captives stellt ein anerkanntes und sinnvolles Instrument für ein effizientes Risikomanagement dar, welches es dem Unternehmen ermöglicht, Risiken zu versichern, für die die kommerziellen Versicherungsmärkte (etwa aufgrund restriktiver Wordings) nicht die benötigten Kapazitäten bereithalten. Captives wurden zutreffenderweise als ein zutiefst marktwirtschaftliches Instrument bezeichnet, weil sie dort auf Eigenvorsorge setzen, wo dies ökonomisch sinnvoll ist⁸⁹.
2. Die Regelungen des Solvency II-Regimes, die sich am Leitbild des branchenüblichen kommerziellen Durchschnittsversicherers orientieren, treffen in ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung Captives besonders hart, weil sie bei Captives – insbesondere wegen der überproportionalen Berücksichtigung ihrer Konzentrationsrisiken – zu einer überhöhten Solvenzkapitalanforderung führen. Dabei müssen Captives wegen der Nichtberücksichtigung ihrer individuellen wirtschaftlichen

⁸⁹ vgl. Manekeller, VW 1994, S. 1189 [1198].

- Leistungsfähigkeit unter Umständen mehr Eigenmittel vorhalten, als dies zur Gewährleistung des von der Richtlinie geforderten Konfidenzniveaus notwendig wäre.
3. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz soll dazu dienen, die Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation der neuen Regeln im Hinblick auf das spezifische Risikoprofil der betroffenen Unternehmen sicherzustellen. Die Schutzzwecke des Solvency II-Regimes entfalten bei der Anwendung auf Captives nur eine eingeschränkte Relevanz. Trotzdem berühren die neuen Anforderungen gerade Captives im Vergleich zu kommerziellen Versicherern besonders, obwohl ihre individuelle Risikosituation eine andere ist.
 4. Das von der Richtlinie vorgesehene Instrumentarium zur Abmilderung der Eingriffsintensität der uneingeschränkten Anwendung des Solvency II-Regimes auf Captives greift – nach dem gegenwärtigen Stand der Level 2-Maßnahmen – voraussichtlich nicht. Die von der Richtlinie vorgesehenen Vereinfachungen werden wegen der restriktiven Anwendungsvoraussetzungen nur wenigen Captives zugute kommen. (Partielle) interne Modelle sind für kleinere Versicherer wegen ihrer Komplexität und dem damit verbundenen Aufwand nach Auffassung der Praxis kaum zu handhaben. Auch das ORSA-Verfahren erscheint – jedenfalls *de lege lata* – nicht dazu geeignet, als Filter zur Gewährleistung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu dienen, mit Hilfe dessen sich die für Captives überzogenen Solvenzkapitalanforderungen auf das von der Richtlinie geforderte Maß reduzieren ließen. Hieraus ergeben sich Zweifel, ob die Anwendung des Solvency II-Regimes auf Grundlage des bisher noch eher regelorientierten Ansatzes der Level 2-Maßnahmen in der jetzigen Form den (prinzipienorientierten) Vorgaben, die die Richtlinie für die Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bei der Anwendung der neuen Regeln auf Captives (wie für alle Versicherungsunternehmen) macht, gerecht wird. Bei unabgeschwächter Anwendung könnte der Einsatz von Captives als Instrument des betrieblichen Risikomanagements an Bedeutung verlieren.