Martin LANGE*

Tretman izdvajanja (*Oustourcing-a*) u pravu nadzora prema nemačkom Zakonu o nadzoru osiguranja i Direktivi o solventnosti II

UDK: 368:005.334(430)

Dostavljeno: 15.1.2014.

Prihvaćeno: 13. 2. 2014.

Informativni prilog

Apstrakt

Nemački Zakon o nadzoru osiguranja (*Versicherungsaufsichtsgesetz*; u daljem tekstu: Zakon) razlikuje pojmove izdvajanja funkcija i izdvajanja usluga. Predmeti izdvajanja u oblasti izdvajanja funkcija navedeni su u zakonu. S druge strane, izdvajanje usluga, naprotiv, nije zakonom jasno utvrđeno. Prema aktuelnom tumačenju, § 64a st. 4 Zakona obuhvata ipak samo delatnosti specifične za osiguranje. Takođe se i odredbe okvirne Direktive o solventnosti II o izdvajanju delatnosti odnose na delatnosti koje su specifično povezane sa osiguranjem. Kao takve će se ubuduće primenjivati u svim državama EU.

Ključne reči: *Outsourcing*, izdvajanje funkcija i usluga, specifična povezanost sa osiguranjem, Solventnost II

1. UVOD

Društva za osiguranje su, iz ekonomskog ugla posmatrano, kompleksne organizacije čiji se makroekonomski zadatak sastoji u tome da proizvod osiguranja, pod što povoljnijim uslovima, stave čitavom društvu na raspolaganje. Time ispunjavaju važan zadatak domaće privrede - omogućavaju osiguranje od različitih rizika građana i privrednih subjekata i uz naplatu premija preuzimaju rizike sa kojima učesnici u privredi mogu da se suoče. Nadalje, društva za osiguranje se nalaze među najvećim investitorima na svetskim tržištima kapitala i time ispunjavaju, iz ekonomskog ugla posmatrano, vitalnu funkciju finansiranja.

U cilju trajnog ispunjavanja ovih makroekonomskih zadataka, svaki osiguravač mora biti, po sili izričitih za-

konskih odredbi koje se odnose na nadzor, osnovan u zakonom propisanoj formi. Osiguravač mora da bude osnovan tako da je obezbeđen raspoloživi kapital adekvatan riziku, da obezbedi trajnost ponude svojih proizvoda na tržištu i da ispunjava obaveze prema ugovaraču osiguranja. U tu svrhu svako društvo za osiguranje mora da uvede odgovarajuće funkcije i da u svakodnevnom poslovanju obavi mnoštvo aktivnosti. Pritom, nije uvek racionalno da društvo za osiguranje sve zadatke, koji proizlaze iz tih funkcija i delatnosti, obavlja u okviru sopstvenog društva, tj. samostalno. Češći je slučaj da društvo za osiguranje ima mogućnost da deo svojih zadataka prenese na treća lica. Forme izdvajanja (*Outsourcing*) su generalno priznate među osiguravačima, ali nadzor osiguranja, ipak, postavlja određene uslove.

U daljem tekstu razmatraju se ovi uslovi pravnog nadzora koji se odnose na izdvajanje. U prvom redu je predstavljeno i objašnjeno važeće pravno stanje u Nemačkoj (odeljak 2), a zatim je izložena evropska regulativa prihvaćena u okviru Direktive o solventnosti II i promene koje ona donosi u pogledu izdvajanja (odeljak 3).

2. AKTUELNO PRAVNO STANJE U NEMAČKOJ

2.1. Sistematika nemačke regulative

Pojam izdvajanja ili *Outsourcing-a* u nemačkom Zakonu nije definisan. Nadzor u Nemačkoj mnogo više pretpostavlja mogućnost *Outsourcing-a* u društvima za osiguranje. Odredbe Zakona razlikuju izdvajanje funkcija od izdvajanja usluga.

2.2. Izdvajanje funkcija

Zakon postavlja visoke zahteve u pogledu izdvajanja određenih funkcija koje su obavezne u poslovanju društava za osiguranje i koje su, sa aspekta nemačkog

* Referent u pravnom sektoru Udruženja društava za osiguranje Nemačke u Berlinu. Ovaj prilog odražava isključivo njegove lične poglede, e-mail: M.Lange@gdv.de.

zakonodavca, a naročito važne za poslovni proces. Relevantne funkcije su za osiguravača navedene u § 5 st. 3 br. 4 Zakona, a za reosiguravača u § 119 st. 2 reč. 2 br. 6 Zakona. Za osiguravača zakonodavac navodi sledeće funkcije: prodaja, upravljanje portfeljem, obrada naknada štete u osiguranju, računovodstvo, interna revizija, investicije i upravljanje sredstvima. Za reosiguravača se odgovarajući propisi odnose na iste funkcije sa izuzetkom prodaje, pošto je ova funkcija kod reosiguravača sasvim različito strukturisana i, u principu, podleže drugim propisima od onih koji važe za osiguravača.

Ugovori između društva za osiguranje i eksternog trećeg lica, kojima se predviđa celokupno ili delimično izdvajanje navedenih funkcija, sastavni su deo poslovnog plana osiguravača, odnosno plana aktivnosti reosiguravača. Pri tome treba imati u vidu da „eksterni treći” na koga se funkcije prenose, takođe, može biti i društvo koje pripada grupaciji. Ugovore o izdvajanju koje društvo za osiguranje zaključi potrebno je podneti organu nadzora na odobrenje. Za kasnije izmene poslovnog plana osiguravača, za razliku od plana aktivnosti reosiguravača, potrebno je, takođe, odobrenje organa nadzora. Dakle, i svi kasniji ugovori o izdvajanju funkcija i promena poslovnih aktivnosti, takođe, moraju biti podneti organu nadzora na odobrenje.

Organ nadzora kome je podnet na odobrenje ugovor o izdvajanju funkcija mora u skladu sa § 64a st. 4. Zakona¹ da proveri da li je obezbeđena zakonitost obavljanja izdvojenih funkcija i da li rukovodstvo društva za osiguranje raspolaže dovoljnim mogućnostima upravljanja i kontrole eksternih trećih. Izdvajanje funkcija, takođe, ne sme da ograniči organ nadzora u sprovođenju prava provere i kontrole.

2.3. Izdvajanje usluga

2.3.1. Nedostajuća definicija pojma „ugovor o obavljanju usluga”

Za razliku od izdvajanja funkcija u paragrafima 5. st. 3 br. 4. i 119. st. 2 reč. 2 br. 6. Zakona, pojam izdvajanja usluga („ugovor o obavljanju usluga”), u smislu § 64a. st. 4. reč. 1 Zakona, nije definisan. Izdvajanje usluga,

¹ „Izdvajanje u smislu § 5 st. 3 br. 4, § 119 st. 2 reč. 2 br. 6, kao i ugovori o uslugama, zakonski propisano vršenje izdvojenih funkcija i prenetih zadataka, mogućnost posloводства za usmeravanje i kontrolu, kao i organi nadzora za pravo provere i kontrole, ne smeju trpeti ometanje u radu. Društvo za osiguranje se mora naročito obezbediti u pogledu dobijanja potrebnih izveštaja i dokaza, i izdvojene funkcije i prenete zadatke mora da uključi u upravljanje rizikom. Dokaz se ne traži ako u okviru jednog poreskog subjekta društvo za osiguranje izdvoji funkcije na društvo majku, koja za te funkcije ugovorno podleže istim propisima nadzora, koji važe za društvo iz koga se funkcije izdvajaju” (Zakon o nadzoru osiguranja, § 64a st. 4, 1992).

u principu, podleže istim pravnim uslovima organizacije kao i izdvajanje funkcija (zakonitost sprovođenja, mogućnost upravljanja i kontrole), s tom razlikom što izdvajanje usluga nije sastavni deo poslovnog plana ili plana aktivnosti, pa društvo za osiguranje ima manje obaveza u odnosu na organ nadzora, nego u slučaju izdvajanja funkcija.

Jedinstvena definicija pojma ugovora o obavljanju usluga ne postoji, te se on utvrđuje tumačenjem § 64a st. 4. reč. 1. Zakona.

2.3.2. Pristup širokog tumačenja

Ako bi se najpre primenio doslovan tekst i sistematika § 64a st. 4. reč. 1. Zakona, došlo bi se do širokog tumačenja. Naime, propisi prave razliku samo između „izdvajanja funkcija” i ostalih „prenetih zadataka.” Ako se izdvajanje funkcija posmatra u smislu pravne sistematike kao poseban slučaj izdvajanja usluga, pojam ugovora o obavljanju usluga bi mogao da obuhvati sve delatnosti društva za osiguranje koje se ne mogu izdvojeno kvalifikovati kao izdvajanje funkcija. Ovako pojam ugovora o obavljanju usluga shvata i nemačka Savezna služba za nadzor finansijskih usluga, BaFin (*Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht*), prema kojoj bi sve delatnosti, koje društvo za osiguranje putem ugovora prenosi na eksterna treća lica, trebale biti obuhvaćene pojmom ugovora o obavljanju usluga u § 64a st. 4. reč. 1. Zakona. Ovo bi imalo za posledicu da bi svi ovakvi ugovori trebalo da udovolje propisima i da budu predloženi službi nadzora osiguranja na odobrenje.

2.3.3. Usko tumačenje i upućenost na specifičnosti osiguranja

Protiv širokog tumačenja pojma „ugovora o obavljanju usluga”, ipak stoje jaki argumenti. Tako, smisao i svrha § 64a st. 4. Zakona sastoje se u tome da se obuhvate i usmere rizici koji mogu uslediti prenošenjem neke aktivnosti društva za osiguranje na eksternog trećeg. Podrazumeva se da ne mogu sve aktivnosti jednog društva za osiguranje biti obuhvaćene pojmom „ugovora o obavljanju usluga.” Naime, određene aktivnosti koje osiguravač nužno obavlja ili ih prenese na trećeg, a koje zapravo nemaju karakteristike osiguranja, ne mogu biti argument za veće rizike proizašle prenošenjem neke aktivnosti na trećeg. To se odnosi na aktivnosti kao što je kejting za zaposlene tog društva, usluge florista (usluge cvečara, vrtlara i sl.), održavanje voznog parka od strane trećih i sl. Relevantni rizici izdvajanja sa aspekta pravnog nadzora mogu odgovarajuće proizaći samo iz izdvajanja aktivnosti koje su specifično povezane sa osi-

guranjem. Dakle, iz aktivnosti koje iskazuju neposrednu vezu sa poslom osiguranja.

U korist ovakvog nužnog odnosa prema osiguranju, odnosno specifične povezanosti sa osiguranjem, doprinosi i stav nemačkog prava u vezi sa paralelnom regulativom za kreditne institucije. Tako paragraf 25a Zakona o kreditima (KWG) predviđa ograničenja za tipično bankarske aktivnosti. Propisi pravnog nadzora po pitanju izdvajanja za kreditne institucije važe samo ukoliko izdvojene (prenete) aktivnosti pokazuju karakteristike bankarskog posla. Međutim, u korist užeg područja primene § 64a st. 4. Zakona o nadzoru osiguranja, ne govori samo paralelna regulativa za kreditne institucije, već i propisi o minimalnim zahtevima za upravljanje rizikom u društvima za osiguranje (MaRiskVA), koje je razvila Savezna služba za nadzor finansijskih usluga (BaFin). Naime, u objašnjenju pod brojem 8.1 MaRiskVA, u vezi sa ugovorom o obavljanju usluga govori se o „ostalim funkcijama” i čini se da je na taj način prihvaćena stvarna bliskost izdvajanja usluga i izdvajanja funkcija. Utoliko se pozicioniranje nemačke Savezne službe za nadzor finansijskih usluga, BaFin, može označiti kao kontradiktorno.

2.3.4. Ishod

Dok se na osnovu doslovnog teksta § 64a st. 4 reč. 1. Zakona i zakonske sistematike u prvi mah čini da se pojam ugovora o obavljanju usluga može široko tumačiti, ipak smisao i svrha ovog propisa, kao i posmatranje paralelne regulative za bankarski sektor i podzakonskih obrazloženja BaFin-a, govore u korist uže primene propisa. U tom smislu, propisi o nadzoru koji se odnose na ugovore o obavljanju usluga u § 64a st. 4 reč. 1. Zakona vrede u ovakvom izdanju samo za izdvajanje onih aktivnosti društva za osiguranje koje su specifično povezane sa osiguranjem, što je slučaj uvek kada takva aktivnost pokaže tesnu vezu sa osnovnom delatnosti društva za osiguranje. Samo u tom kontekstu postoje rizici izdvajanja specifični za poslovni model osiguravača i samo tada su opravdani zahtevi nadzora u pogledu izdvajanja usluga.

3. IZDVAJANJE U SMISLU DIREKTIVE O SOLVENTNOSTI II

3.1. Zahtevi evropskog sekundarnog prava

Okvirna Direktiva o solventnosti II (dalje: Direktiva) sadrži definiciju pojma eksternog angažovanja, kao i materijalno-pravne propise sa uslovima koje eksterno angažovanje treba da ispuni. Član 13 (28) Direktive kaže da eksterno angažovanje postoji kada postoji „ara-

nžman bilo koje vrste između društva za osiguranje ili reosiguranje i pružaoca usluga, bilo da je u pitanju pravno lice koje podleže nadzoru ili ne, po kome ovaj pružalac usluga obavlja neki proces, uslugu ili posao, direktno ili eksternim podangažovanjem, a koje bi inače obavljalo samo društvo za osiguranje ili reosiguranje.”

U prvi mah se čini da ovakva definicija evropskog zakonodavca ukazuje na široko shvatanje eksternog angažovanja, tj. izdvajanja. Međutim, materijalne postavke Direktive sadrže odlučujuća ograničenja. U članovima 38 i 49 Direktive utvrđeno je da pravni nadzor postavlja zahteve za izdvajanje samo ako se radi o izdvajanju „funkcija ili aktivnosti osiguravača ili reosiguravača.” Time se u evropskim propisima za slučajeve eksternog angažovanja koje obuhvata pravni nadzor, jasno kaže da se zahtevi nadzora ne odnose na celokupnu delatnost društva za osiguranje, već samo na funkcije i aktivnosti koje su svojstvene osiguranju.

Uz to, član 49, st. 2 Direktive predviđa posebne zahteve za izdvajanje „kritičnih ili važnih poslovnih funkcija ili aktivnosti.” Prilikom njihovog izdvajanja ne sme doći do značajnog narušavanja kvaliteta sistema upravljanja zakonitošću poslovanja² u društvu za osiguranje. Izdvajanje, takođe, ne sme da dovede do neumerenog povećanja operativnih rizika, a organ nadzora mora i dalje da bude u stanju da vrši nadzor društva za osiguranje, u smislu ispunjenja njegovih obaveza koje podležu nadzoru. Izdvajanje ne sme da utiče na obaveze za naknadu prema ugovaraču osiguranja. Stoga društva za osiguranje moraju već pre planiranog izdvajanja da obaveste organ nadzora o svojim kritičnim i važnim funkcijama i aktivnostima.

3.2. Posledice za nacionalno pravo

Zakonodavstva država članica Evropske unije su navedene zahteve Direktive o solventnosti II dosledno primenila u svojim nacionalnim pravima. U skladu s tim, ubuduće će sa Direktivom biti usklađeni samo oni propisi u nacionalnom pravu kojima se postavljaju zahtevi nadzora u odnosu na izdvajanje, ako je predmet izdvajanja funkcija ili aktivnost specifična za poslovanje osiguravača ili reosiguravača.

Zakonodavac u Nemačkoj još uvek nije u dosadašnjim nacrtima izmena Zakona o nadzoru jasno formulisao ovu materiju. Na primer, § 32 nacrta izmene Zakona podnetog 2012. godine i dalje uopšteno govori o izdvajanju „funkcija ili aktivnosti.” Istina, opšti pojam „aktivnosti” obuhvaćen u propisu nacionalnog prava, čija je funkcija primena evropske direktive, treba tumačiti kao usklađen sa Direktivom. U svakom slučaju, treba uzeti u obzir i ograničenja člana 38 i 49 Direktive.

² Engleski: *Compliance Management System*.

Ipak, i u nacionalnim pravima bilo bi poželjno izričito ograničenje za aktivnosti koje su svojstvene osiguranju, kako to jednoznačno reguliše Direktiva.

4. ZAKLJUČAK

Važeći nemački Zakon o nadzoru osiguranja postavlja određene zahteve društvima za osiguranje u odnosu na izdvajanje. Zakon razlikuje izdvajanje funkcija od izdvajanja usluga. U delu o izdvajanju funkcija posebno su nabrojane relevantne funkcije, ali pojam izdvajanja usluga, odnosno „ugovor o vršenju usluga” nije zakonski definisan. Područje primene propisa koji uređuju izdvajanje usluga se zbog toga određuje putem tuma-

čenja zakona, što, pri detaljnijoj analizi, vodi zaključku da izdvajanje usluga postoji samo u slučaju kada je izdvojena aktivnost specifično povezana sa osiguranjem, tj. ukoliko stoji u neposrednoj vezi sa osnovnim poslom osiguranja određenog društva za osiguranje.

Direktiva o solventnosti II, takođe, predviđa nužno postojanje specifične povezanosti sa osiguranjem. U tom smislu i u nacionalnim propisima država članica treba ubuduće polaziti od toga da zahtevi nadzora postoje samo za izdvajanja čiji je predmet u neposrednoj specifičnoj vezi sa delatnošću osiguranja. Navedeno bi trebalo izričito razjasniti prilikom primene Direktive o solventnosti II u nacionalna prava.

Prevod: Nela Bukorović,
e-mail: nela.bukorovic@yahoo.de

Martin LANGE
GDV, Berlin

Outsourcing in the supervision of the German Law on the Supervision of Insurance and Solvency II Directive

UDC: 368:005.334(430)
Informative contribution

SUMMARY

The German insurance supervision law (VAG) differentiates between the outsourcing of functions and of other services. The relevant functions are explicitly identified by law. On the other hand the scope of outsourcing other services is not regulated. Properly interpreted, paragraph 64a sec. 4 VAG includes only such services and activities of an undertaking that are insurance-specific.

This interpretation is in line with the requirements of Solvency II – framework Directive. With its implementation the requirement of an insurance-specific activity will be applicable in all member states of the EU. The provisions of the national law have to be adjusted to this regulation. In Germany there should be an explicit legal clarification that prudential requirements only exist for the outsourcing of insurance-specific activities.

Key words: Outsourcing, outsourced functions and services, specific connection with insurance, Solvency II

LITERATURA (REFERENCES)

BaFin-Rundschreiben 3/2009 vom 22. Januar 2009, Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRiskVA).

Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (recast), *Official Journal of the European Union*, L 335/1.

Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3395). (Zakon o kreditima).

Versicherungsaufsichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 (BGBl. 1993 I S. 2), zuletzt geändert durch Artikel 6 Absatz 13 des Gesetzes vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3395). (Zakon o nadzoru osiguranja).

Ass. iur. Martin LANGE*

Die aufsichtsrechtliche Behandlung des Outsourcing nach deutschem VAG und Solvency II

UDK: 368:005.334(430)
Eingereicht: 15.1.2014.
Angenommen: 12.2.2014.
Informationstext

Abstract

Das deutsche Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) differenziert zwischen Funktions- und Dienstleistungsausgliederungen. Die Ausgliederungsgegenstände sind bei der Funktionsausgliederung im Gesetz selbst genannt. Die Reichweite des Tatbestands der Dienstleistungsausgliederung ist hingegen nicht gesetzlich bestimmt. Nach zutreffender Auslegung erfasst der Tatbestand des § 64a Abs. 4 VAG jedoch nur solche Tätigkeiten eines Unternehmens, die einen versicherungsspezifischen Bezug aufweisen. Einen solchen versicherungsspezifischen Bezug der ausgelagerten Tätigkeit sieht auch die Solvency II - Rahmenrichtlinie vor, so dass diese Vorgabe künftig in allen Mitgliedstaaten der EU gelten wird.

Schlüsselwörter: Outsourcing, Funktions- und Dienstleistungsausgliederung, versicherungsspezifischer Bezug, Solvency II

1. EINLEITUNG

Versicherungsunternehmen sind wirtschaftsrechtlich gesehen komplexe Organisationsgebilde, deren gesamtwirtschaftliche Aufgabe darin besteht, das Rechtsprodukt Versicherung zu möglichst guten Konditionen der Gesellschaft zur Verfügung zu stellen. Sie erfüllen damit eine volkswirtschaftlich bedeutende Aufgabe, denn sie ermöglichen die Absicherung existenzieller Risiken der Bürger und Unternehmen und sorgen mit der Risikoübernahme gegen Prämienzahlung dafür, dass

bestimmte Risiken seitens der Wirtschaftsteilnehmer überhaupt erst eingegangen werden können. Darüber hinaus zählen Versicherungsunternehmen zu den bedeutendsten Anlegern an den weltweiten Kapitalmärkten und erfüllen damit volkswirtschaftlich betrachtet eine wichtige Finanzierungsfunktion.

Um diesen gesamtwirtschaftlichen Aufgaben dauerhaft nachkommen zu können, hat jeder Versicherer kraft ausdrücklicher aufsichtsrechtlicher Anordnung eine ordnungsgemäße Geschäftsorganisation aufzuweisen. Diese soll die Grundlage dafür bieten, dass das Unternehmen eine risikoadäquate Kapitalanlage betreibt, dauerhaft seine Leistungen am Markt anbieten und seine Verpflichtungen gegenüber den Versicherungsnehmern erfüllen kann. Zu diesem Zweck hat jedes Versicherungsunternehmen bestimmte Funktionen einzurichten und eine Vielzahl von Tätigkeiten im alltäglichen Geschäft auszuführen. Nicht immer ist es dabei opportun, dass ein Unternehmen sämtliche Anforderungen an Funktionen und Tätigkeiten im Rahmen der eigenen Geschäftsorganisation erfüllt. Vielmehr haben auch Versicherungsunternehmen die Möglichkeit, einen Teil ihrer Aufgaben von externen Dritten erfüllen zu lassen. Diese Formen der Ausgliederung (Outsourcing) sind allgemein auch für Versicherer anerkannt, das Versicherungsaufsichtsrecht stellt jedoch bestimmte Anforderungen an sie.

Diese aufsichtsrechtlichen Anforderungen an das Outsourcing werden im Folgenden erläutert. Hierzu wird zunächst die geltende Rechtslage in Deutschland vorgestellt und erläutert (unten II.). Sodann werden die europarechtlichen Regelungen, welche im Zuge der Solvency II - Rechtsetzung erlassen wurden und Veränderungen für das Outsourcing mit sich bringen werden, dargestellt (unten III.).

* Der Autor ist Referent in der Rechtsabteilung des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV) in Berlin. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder. e-mail: M.Lange@gdv.de.

2. DIE GELTENDE RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND

2.1. Die Systematik der deutschen Regelung

Der Begriff der Ausgliederung bzw. des Outsourcing ist im deutschen Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) nicht definiert. Das deutsche Aufsichtsrecht setzt die Möglichkeit des Outsourcing durch Versicherungsunternehmen vielmehr voraus. Die Vorschriften des VAG differenzieren jedoch zwischen Funktionsausgliederungen und Dienstleistungsausgliederungen.

2.2. Die Funktionsausgliederung

An das Outsourcing bestimmter Funktionen, die innerhalb eines Versicherungsunternehmens vorhanden sein müssen und die der deutsche Gesetzgeber als besonders wichtig für den Geschäftsbetrieb erachtet, stellt das VAG erhöhte Anforderungen. Die relevanten Funktionen sind für Erstversicherer in § 5 Abs. 3 Nr. 4 VAG und für Rückversicherungsunternehmen in § 119 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6 VAG enumerativ genannt. Für Erstversicherer benennt das Gesetz den Vertrieb, die Bestandsverwaltung, die Leistungsbearbeitung, das Rechnungswesen, die interne Revision, die Vermögensanlage sowie die Vermögensverwaltung. Bei Rückversicherungsunternehmen erfasst die entsprechende Vorschrift dieselben Funktionen mit Ausnahme des Vertriebs, da dieser in dem Bereich der Rückversicherung gänzlich anders strukturiert ist und grundlegend anderen Regeln folgt als bei Erstversicherungsunternehmen.

Verträge zwischen einem Versicherungsunternehmen und einem externen Dritten, die ganz oder teilweise ein Outsourcing der genannten Funktionen vorsehen, sind Bestandteil des Geschäftsplans eines Erstversicherers bzw. des Tätigkeitsplans eines Rückversicherers. Hierbei ist zu beachten, dass es sich bei dem „externen Dritten“, auf den die Ausgliederung erfolgt, auch um ein Unternehmen handeln kann, das derselben Versicherungsgruppe angehört. Schließt ein Versicherungsunternehmen solche Verträge über Funktionsausgliederungen ab, sind diese im Zulassungsverfahren der Aufsichtsbehörde vorzulegen. Da bei Erstversicherern anders als bei dem Tätigkeitsplan der Rückversicherungsunternehmen auch spätere Änderungen des Geschäftsplans durch die Aufsichtsbehörde zu genehmigen sind, unterliegen hier auch später abgeschlossene Verträge über Funktionsausgliederungen

dem Genehmigungserfordernis. Rückversicherungsunternehmen haben solche später abgeschlossenen Funktionsausgliederungsverträge und die damit einhergehende Änderung ihres Tätigkeitsplans der Aufsichtsbehörde lediglich anzuzeigen.

Wird der Aufsichtsbehörde ein Vertrag über eine Funktionsausgliederung vorgelegt, hat diese nach § 64a Abs. 4 VAG¹ zu prüfen, ob die ordnungsgemäße Ausführung der ausgegliederten Funktion gewährleistet ist und ob die Geschäftsleitung des Versicherungsunternehmens über hinreichende Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten gegenüber dem externen Dritten verfügt. Auch darf durch die Funktionsausgliederung das Prüfungs- und Kontrollrecht der Aufsichtsbehörde nicht eingeschränkt werden.

2.3. Die Dienstleistungsausgliederung

2.3.1 Die fehlende Definition des Begriffs „Dienstleistungsvertrag“

Anders als bei der Funktionsausgliederung nach §§ 5 Abs. 3 Nr. 4, 119 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6 VAG ist der Begriff der Dienstleistungsausgliederung („Dienstleistungsvertrag“) im Sinne des § 64a Abs. 4 Satz 1 VAG im Gesetz nicht definiert. Dienstleistungsausgliederungen unterliegen im Grundsatz den gleichen organisationsrechtlichen Anforderungen wie Funktionsausgliederungen (ordnungsgemäße Ausführung, Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten etc., siehe oben) mit dem Unterschied, dass sie nicht Bestandteil des Geschäfts- bzw. Tätigkeitsplans sind und daher für die Versicherungsunternehmen nur eingeschränkte Anzeige- und Genehmigungspflichten auslösen.

¹ „Bei Funktionsausgliederungen im Sinne des § 5 Abs. 3 Nr. 4, § 119 Abs. 2 Satz 2 Nr. 6 und bei Dienstleistungsverträgen dürfen die ordnungsgemäße Ausführung der ausgegliederten Funktionen und übertragenen Aufgaben, die Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten der Geschäftsleitung sowie die Prüfungs- und Kontrollrechte der Aufsichtsbehörde nicht beeinträchtigt werden. Das Versicherungsunternehmen hat sich insbesondere die erforderlichen Auskunft- und Weisungsbefugnisse vertraglich zu sichern und die ausgegliederten Funktionen und übertragenen Aufgaben in sein Risikomanagement einzubeziehen. Ein Weisungsrecht ist dann nicht erforderlich, wenn im Rahmen einer steuerlichen Organschaft ein Versicherungsunternehmen Funktionen an eine Muttergesellschaft ausgliedert und diese sich für die Wahrnehmung der Funktionen vertraglich den gleichen aufsichtsrechtlichen Anforderungen unterwirft, die für das ausgliedernde Unternehmen gelten“ (VAG, § 64a Abs. 4, 1992).

Da eine eindeutige Definition des Begriffs des Dienstleistungsvertrags nicht existiert, ist der Begriff im Wege der Auslegung des § 64a Abs. 4 Satz 1 VAG zu bestimmen.

2.3.2 Der Ansatz einer weiten Auslegung

Nimmt man zunächst nur den Wortlaut und die Systematik des § 64a Abs. 4 Satz 1 VAG in Bezug, könnte man zu einer weiten Auslegung gelangen. Denn die Vorschrift differenziert lediglich zwischen „Funktionsausgliederungen“ und sonstigen „übertragenen Aufgaben.“ Sieht man eine Funktionsausgliederung rechtssystematisch als einen besonderen Fall der Dienstleistungsausgliederung, könnten von dem Begriff des Dienstleistungsvertrags sämtliche Tätigkeiten eines Versicherungsunternehmens erfasst sein, die nicht als gesondert zu behandelnde Funktionsausgliederung zu qualifizieren sind. Ein solch weites Verständnis des Begriffs des Dienstleistungsvertrags hat die nationale deutsche Versicherungsaufsichtsbehörde, die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Demnach sollen sämtliche Tätigkeiten, deren Ausführung ein Versicherungsunternehmen vertraglich auf einen externen Dritten überträgt, von dem Begriff des Dienstleistungsvertrags in § 64a Abs. 4 Satz 1 VAG erfasst sein. Dies hätte zur Folge, dass sämtliche derartige Verträge den Anforderungen der Vorschrift genügen müssten und der Aufsichtsbehörde auf Verlangen vorzulegen wären.

2.3.3 Die enge Auslegung und der versicherungsspezifische Bezug

Einer solch weiten Auslegung des Begriffs „Dienstleistungsvertrag“ stehen jedoch gewichtige Argumente entgegen. So besteht der Sinn und Zweck der Vorschrift des § 64a Abs. 4 VAG darin, besondere Risiken zu erfassen und zu steuern, die sich für das Versicherungsunternehmen aus dem Outsourcing einer Tätigkeit auf einen externen Dritten ergeben können. Bereits dies legt nahe, dass nicht sämtliche Tätigkeiten eines Versicherungsunternehmens von dem Begriff des „Dienstleistungsvertrags“ erfasst sein können. Denn bestimmte Tätigkeiten, die ein Versicherungsunternehmen notwendigerweise ausübt bzw. durch Dritte erbringen lässt, die jedoch keinen Bezug zum eigentlichen Versicherungsgeschäft aufweisen, sind auch nicht geeignet, wesentliche Risiken für das Unternehmen zu begründen. Dies gilt etwa für Hilfsdienstleistungen wie den Betrieb einer Kantine (Catering) für die Mitarbeiter des

Unternehmens, für Dienstleistungen von Gärtnern oder die Unterhaltung eines Fuhrparks durch externe Dritte. Aufsichtsrechtlich relevante Risiken des Outsourcing können sich daher zutreffend nur aus der Ausgliederung versicherungsspezifischer Tätigkeiten ergeben, also bei solchen Dienstleistungen, die einen unmittelbaren Bezug zu dem eigentlichen Versicherungsgeschäft im engeren Sinne aufweisen.

Für die Notwendigkeit eines solchen versicherungsspezifischen Bezugs spricht auch ein Blick in die Parallelregelung für Kreditinstitute nach deutschem Recht. So setzt § 25a des Kreditwesengesetzes (KWG) eine Beschränkung auf banktypische Tätigkeiten vor. Für Kreditinstitute gelten die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für das Outsourcing somit nur dann, wenn die ausgegliederte Tätigkeit einen Bezug zu dem Bankgeschäft als solchem aufweist. Doch nicht nur die Parallelregelung für Kreditinstitute spricht für eine einschränkende Auslegung des § 64a Abs. 4 VAG. Auch die Mindestanforderungen an das Risikomanagement von Versicherungsunternehmen (MaRiskVA), welche die BaFin selbst entwickelt hat, gehen dem Wortlaut nach von einem engeren Anwendungsbereich aus. Denn die Erläuterung zu Ziffer 8.1 MaRiskVA spricht in Bezug auf Dienstleistungsverträge von „sonstigen Funktionen“ und scheint damit eine sachliche Nähe zwischen der Dienstleistungsausgliederung und der Funktionsausgliederung anzunehmen. Insofern kann die Positionierung der deutschen Aufsichtsbehörde BaFin zu diesem Thema als widersprüchlich gekennzeichnet werden.

2.3.4 Ergebnis

Während nach dem Wortlaut des § 64a Abs. 4 Satz 1 VAG und der Systematik des Gesetzes zunächst eine weite Auslegung des Begriffs des „Dienstleistungsvertrags“ möglich erscheint, sprechen der Sinn und Zweck der Vorschrift ebenso wie die Betrachtung der Parallelregelung für den Bankensektor und der untergesetzlichen Verlautbarungen der BaFin für einen engeren Anwendungsbereich der Vorschrift. Demnach gelten die aufsichtsrechtlichen Vorgaben für Dienstleistungsverträge im Sinne des § 64a Abs. 4 Satz 1 VAG nach zutreffender Auffassung nur für das Outsourcing solcher Tätigkeiten eines Versicherungsunternehmens, die einen versicherungsspezifischen Bezug aufweisen. Ein solcher ist immer dann gegeben, wenn die Tätigkeit einen engen Bezug zu dem eigentlichen Versicherungsgeschäft aufweist. Nur dann können sich spezifische Outsourcingrisiken für das Geschäftsmodell

des Versicherers ergeben und nur dann sind aufsichtsrechtliche Vorgaben für eine Ausgliederung dieser Dienstleistungen gerechtfertigt.

3. DAS OUTSOURCING NACH SOLVENCY II

3.1. Die Vorgaben des europäischen Sekundärrechts

Die Solvency II - Rahmenrichtlinie enthält eine Definition des Begriffs Outsourcing ebenso wie materiellrechtliche Regelungen, die Anforderungen an die Ausgliederung vorsehen. Nach Art. 13 Nr. 28 der Richtlinie liegt Outsourcing vor bei einer „Vereinbarung jeglicher Form, die zwischen einem Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen und einem Dienstleister getroffen wird, bei dem es sich um ein beaufsichtigtes oder nichtbeaufsichtigtes Unternehmen handeln kann, aufgrund derer der Dienstleister direkt oder durch weiteres Outsourcing einen Prozess, eine Dienstleistung oder eine Tätigkeit erbringt, die ansonsten vom Versicherungs- oder Rückversicherungsunternehmen selbst erbracht werden würde.“

Während diese Definition zunächst auf ein weites Verständnis des europäischen Gesetzgebers von dem Begriff des Outsourcing hindeuten scheint, enthalten die materiellen Vorgaben der Richtlinie entscheidende Einschränkungen. In Art. 38 und 49 Solvency II - Rahmenrichtlinie ist festgelegt, dass aufsichtsrechtliche Anforderungen an eine Ausgliederung nur dann gestellt werden, wenn es sich um das Outsourcing von „Funktionen oder Versicherungs- oder Rückversicherungstätigkeiten“ handelt. Damit wird durch die europarechtlichen Regelungen der aufsichtsrechtlich erfassten Gegenstände eines Outsourcing klargestellt, dass nicht an die Ausgliederung sämtlicher Tätigkeiten eines Versicherungsunternehmens aufsichtsrechtliche Anforderungen zu stellen sind, sondern nur an Funktionen und an solche Tätigkeiten, die einen versicherungsspezifischen Bezug aufweisen.

Zudem sieht Art. 49 Abs. 2 der Solvency II - Rahmenrichtlinie besondere Anforderungen für die Ausgliederung „kritischer oder wichtiger operativer Funktionen oder Tätigkeiten“ vor. Werden diese ausgegliedert, darf dies nach den Vorgaben der Richtlinie nicht zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Qualität des Governance-Systems des Versicherungsunternehmens führen. Auch darf ein solches Outsourcing nicht zu einer übermäßigen Steigerung des operationellen Risikos führen und die Aufsichtsbehörden müssen weiterhin in der Lage sein, die Einhaltung der aufsichtsrechtlichen

Verpflichtungen des Unternehmens zu überwachen. Die Leistungsbeziehung zu den Versicherungsnehmern darf durch eine solche Ausgliederung nicht beeinträchtigt werden. Daher haben die Versicherungsunternehmen die Aufsichtsbehörden bereits im Vorfeld über eine geplante Ausgliederung von kritischen und wichtigen operativen Funktionen oder Tätigkeiten zu informieren.

3.2. Die Folgen für das nationale Recht

Die nationalen Gesetzgeber der Mitgliedstaaten der Europäischen Union haben diese Vorgaben der Solvency II - Rahmenrichtlinie konsequent in nationales Recht umzusetzen. Folglich sind zukünftig nur noch solche Vorschriften des nationalen Rechts als richtlinienkonform anzusehen, welche ausschließlich dann an das Outsourcing aufsichtsrechtliche Anforderungen stellen, wenn Gegenstand der Ausgliederung entweder eine Funktion oder eine versicherungs- bzw. rückversicherungsspezifische Tätigkeit des Versicherungsunternehmens ist.

Der deutsche Gesetzgeber hat dies in den bisher vorliegenden Entwürfen für eine Neufassung des VAG noch nicht hinreichend klar formuliert. So spricht § 32 des Entwurfs für ein neues VAG aus dem Jahr 2012 weiterhin allgemein von einem Outsourcing von „Funktionen oder Tätigkeiten.“ Zwar ist der allgemein gefasste Begriff der „Tätigkeiten“ in einer Vorschrift des nationalen Rechts, die der Umsetzung einer europarechtlichen Richtlinie dient, richtlinienkonform auszulegen. Damit sind in jedem Fall die Einschränkungen der Art. 38 und 49 Solvency II - Rahmenrichtlinie zu berücksichtigen. Dennoch wäre eine ausdrückliche Beschränkung auf solche Tätigkeiten, die einen versicherungsspezifischen Bezug aufweisen, vor dem Hintergrund der eindeutigen Regelung der Solvency II - Rahmenrichtlinie auch im nationalen Recht wünschenswert.

4. ZUSAMMENFASSUNG

Das geltende deutsche VAG stellt aufsichtsrechtliche Anforderungen an das Outsourcing bei Versicherungsunternehmen. Es wird insoweit zwischen Funktionsausgliederungen und Dienstleistungsausgliederungen unterschieden. Während bei der erstgenannten Form der Ausgliederung die relevanten Funktionen enumerativ im Gesetz aufgeführt werden, ist der Begriff der Dienstleistungsausgliederung bzw. des „Dienstleistungsvertrags“ nicht im Gesetz definiert.

Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die Dienstleistungsausgliederung ist daher im Wege der Auslegung des Gesetzes zu ermitteln. Diese führt nach zutreffender Ansicht dazu, dass eine Dienstleistungsausgliederung nur dann vorliegt, wenn die ausgegliederte Tätigkeit einen versicherungsspezifischen Bezug aufweist, das heißt in unmittelbarer Verbindung mit dem originären Versicherungsgeschäfts des Unternehmens steht.

Die Notwendigkeit eines solchen versicherungsspezifischen Bezugs sieht auch die

Solvency II - Rahmenrichtlinie vor. Dementsprechend sind die Vorschriften der nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten zukünftig dahingehend auszulegen, dass aufsichtsrechtliche Anforderungen nur für solche Ausgliederungen bestehen, deren Gegenstand einen unmittelbaren versicherungsspezifischen Bezug aufweist. Dies sollte im Zuge der Umsetzung der Solvency II - Rahmenrichtlinie in nationales Recht ausdrücklich klargestellt werden.

Martin LANGE
GDV, Berlin

Outsourcing in the supervision of the German Law on the Supervision of Insurance and Solvency II Directive

UDC: 368:005.334(430)
Informative contribution

SUMMARY

The German insurance supervision law (VAG) differentiates between the outsourcing of functions and of other services. The relevant functions are explicitly identified by law. On the other hand the scope of outsourcing other services is not regulated. Properly interpreted, paragraph 64a sec. 4 VAG includes only such services and activities of an undertaking that are insurance-specific.

This interpretation is in line with the requirements of Solvency II - framework Directive. With its implementation the requirement of an insurance-specific activity will be applicable in all member states of the EU. The provisions of the national law have to be adjusted to this regulation. In Germany there should be an explicit legal clarification that prudential requirements only exist for the outsourcing of insurance-specific activities.

Key words: Outsourcing, outsourced functions and services, specific connection with insurance, Solvency II.

LITERATUR

BaFin-Rundschreiben 3/2009 vom 22. Januar 2009, Aufsichtsrechtliche Mindestanforderungen an das Risikomanagement (MaRiskVA).

Directive 2009/138/EC of the European Parliament and of the Council of 25 November 2009 on the taking-up and pursuit of the business of Insurance and Reinsurance (Solvency II) (recast), *Official Journal of the European Union*, L 335/1.

Kreditwesengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998 (BGBl. I S. 2776), zuletzt geändert durch Artikel 8 des Gesetzes vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3395).

Versicherungsaufsichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Dezember 1992 (BGBl. 1993 I S. 2), zuletzt geändert durch Artikel 6 Absatz 13 des Gesetzes vom 28. August 2013 (BGBl. I S. 3395).