

# Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände



Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände · Hausvogteiplatz 1, 10117 Berlin

14.07.2020

Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht  
Referat BA 51E

Bearbeitet von  
Dr. Birgit Frischmuth

per E-Mail: [Konsultation-06-20@bafin.de](mailto:Konsultation-06-20@bafin.de)

Telefon +49 30 37711-710  
Telefax +49 30 37711-209

E-Mail:  
[birgit.frischmuth@staedtetag.de](mailto:birgit.frischmuth@staedtetag.de)

Aktenzeichen  
20.80.05 D

## **Entwurf des BaFin-Merkblattes zu den Mitgliedern von Verwaltungs- oder Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB; hier: Anforderungen an Mitglieder von Aufsichtsorganen in Finanzinstituten**

Sehr geehrte Frau Dr. Sporenberg,  
sehr geehrte Damen und Herren,

mit Interesse haben wir den im Juni 2020 von Ihnen veröffentlichten Entwurf eines neuen Merkblattes zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und KAGB zur Kenntnis genommen, der das Merkblatt vom 4. Januar 2016 ablösen soll. Unter Beachtung der von Ihnen benannten Konsultationsfrist nehmen wir hiermit wie folgt Stellung:

### **1. Zur generellen Einordnung**

Vermutungen eines generellen Interessenkonfliktes kommunaler Vertreter in den Aufsichtsgremien insbesondere Sparkassen, öffentlich-rechtlichen Kreditinstituten und Genossenschaftsbanken entbehren jeder Grundlage und sind daher zurückzuweisen.

Bei den Anforderungen an die erforderliche Sachkunde und Ausbildung ist zwischen Mitgliedern der Geschäftsleitung und des Aufsichtsorgans zu differenzieren.

Grundsätzlich sprechen wir uns dafür aus, dass in den bankenaufsichtsrechtlichen Regelungen für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute auch Ausnahmen für Vertreter von Trägern neben der Ausnahme für Vertreter von Anteilseignern verankert werden.

Die vorgesehenen Eignungsanforderungen an kommunale Mandatsträger in Verwaltungs- und Aufsichtsorganen dürfen keine zu hohen Hürden darstellen. Dazu zählen einerseits die Anforderungen an die individuelle Sachkunde, die zeitliche Verfügbarkeit und Mandatsbegrenzungen.

Die kommunalen Mandatsträger – wie z. B. Oberbürgermeister, Landräte und Bürgermeister – haben sich in den Kontrollgremien neben Fachexperten der Finanzwirtschaft seit Jahrzehnten bewährt.

Die kommunalen Vertreter bringen sowohl eine breite Diversität an Kenntnissen aus ihrem Beruf – als Unternehmer, Handwerker, Dienstleister oder Arbeitnehmer – als auch besondere Kenntnisse der örtlichen Strukturen und Marktgebiete mit. Dadurch erhöht sich die Qualität in der Beaufsichtigung der im operativen Sparkassengeschäft handelnden Vorstände.

Die Vermutung eines Interessenkonflikts mit den entsprechenden Folgen passt nicht auf die sparkassenspezifische Konstellation. Die kommunalen Vertreter in den Verwaltungsräten üben der Natur der Sache nach keinen „institutsfremden“ Einfluss auf die Institute aus. Vielmehr ist ihre Einbindung in die Kontrollgremien der Sparkassen ihrer besonderen kommunalen Anbindung und der Sicherstellung des spezifischen Auftrages dieser Institutionen geschuldet. Die Trägereinbindung stellt ein zur Erfüllung der öffentlichen Aufgaben unverzichtbares Systemelement im öffentlich-rechtlichen Sparkassenwesen dar.

Am 31. März 2017 hatte daher bereits der Bundesrat die Bundesregierung aufgefordert, auf die Berücksichtigung der besonderen Struktur von Sparkassen und anderen öffentlich-rechtlichen Banken sowie von Genossenschaftsbanken hinzuwirken (BR-Drs. 38/17). Es wurde gefordert, durch Änderung der EU-Eigenkapitalrichtlinie klarzustellen, dass die Mitgliedschaft in einem Aufsichts- oder Verwaltungsrat bei Personen, die Anteilseigner oder Träger der Bank vertreten, nicht den Anforderungen des Artikels 91 Abs. 8 CRD widerspricht.

Positiv an dem von Ihnen vorgelegten Entwurf ist, dass viele Regelungen der bisher geltenden BaFin-Merkblätter aufrechterhalten werden. So soll u.a. die Sachkunde-Privilegierung für „geborene“ Mitglieder fortgelten. Das begrüßen wir.

Wir akzeptieren, dass auch vor dem Hintergrund unterschiedlicher Größen von Sparkassen an Verwaltungs- und Aufsichtsorgane Mindestanforderungen gestellt werden. Ähnlich wie bei in Privatrechtsform geführten öffentlichen Unternehmen muss auch im Geltungsbereich des KWG gerade das Überwachungsorgan in der Lage sein, seiner zentralen Aufgabe „Überwachung des Vorstands“ fachlich und persönlich nachzukommen und somit angemessenen Einfluss auf die Unternehmenssteuerung zu nehmen. Hierzu leisten die vorgesehenen Anforderungen grundsätzlich einen unterstützenden Beitrag.

Unberührt dieses Grundsatzes ergeben sich aus dem Merkblatt in der vorgelegten Entwurfsfassung allerdings Unklarheiten und Auslegungsschwierigkeiten, welche aus unserer Sicht unbedingt vermieden werden sollten.

## **2. Hinweise zu einzelnen Randziffern des Merkblattes**

Insbesondere bei den folgenden Randziffern sehen wir Konkretisierungsbedarf:

### **Ziffer 98**

Diese Ziffer ordnet die primäre Verantwortung für die Beurteilung der individuellen Eignung von Mandatsträgern den Instituten zu.

Es sollte deutlich klargestellt werden, dass die Pflicht zur Eignungsprüfung bei Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans auf die Fälle begrenzt ist, in denen eine solche Beurteilung stattfindet, weil Organe des Instituts an der Auswahl und Bestellung der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans beteiligt waren.

Nach den Sparkassengesetzen der Länder bestimmt die kommunale Trägerkörperschaft die Zusammensetzung des Verwaltungsrates. Das Sparkasseninstitut selbst hat keine Möglichkeit, auf die Auswahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans Einfluss zu nehmen.

Es ist auch sachgerecht, dass die Kommune als Träger entscheidet, welche Persönlichkeiten die Aufsicht über das Sparkasseninstitut ausüben. Schließlich handelt es sich bei Sparkassen um kommunale Einrichtungen. Die von den Kommunen entsandten Verwaltungsräte überwachen "ihre" Sparkassen. Wenn sie nun ihrerseits von den zu beaufsichtigten Sparkassen kontrolliert werden sollen, ist das konfliktträchtig.

Es kann nicht Aufgabe der Sparkassen sein, das Vorliegen der Eignungsvoraussetzungen nach § 25d Abs. 1 KWG bei ihren Verwaltungsratsmitgliedern verbindlich zu beurteilen. Der Verwaltungsrat hat auch nicht die Kompetenz, in das Wahlergebnis der Vertretungskörperschaft des Trägers einzugreifen. Sofern tatsächlich Zweifel an der Eignung bestünden, obliegt die verbindliche Entscheidung und Beurteilung des Sachverhaltes der Aufsichtsbehörde. Eine Eignungsbeurteilung durch die Sparkassen (und Pflicht zur Mitteilung des Ergebnisses an die Aufsicht), wie es die EBA-Leitlinien und BaFin-Merkblätter vorsehen, wird von uns abgelehnt.

Diese Pflicht ist auch durch die CRD nicht geboten. Die Anforderungen an die Beurteilung des Leitungsorgans gelten hiernach nicht, wenn und soweit das Leitungsorgan nach nationalem Recht an der Auswahl und Bestellung seiner Mitglieder nicht beteiligt ist (vgl. Artikel 88 Abs. 2 letzter Satz CRD bzw. Rz. der 128 EBA-Leitlinien). Diese gerade für Sparkassen wichtige Ausnahme muss bei proportionaler Umsetzung in das BaFin-Merkblatt übernommen werden.

#### **Ziffer 107**

Die Ziffer 107 stellt die Regelung zur Sachkunde-Privilegierung für „geborene Mitglieder“ dar. Die Fortgeltung wird von uns begrüßt. Gleichwohl lässt der letzte Satz der Regelung in Bezug auf die Formulierung „Beschäftigte in vergleichbarer Funktion“ einen Beurteilungsspielraum, welcher Personenkreis damit genau gemeint ist.

Es wird daher vorgeschlagen, zur Konkretisierung der Regelung eine Ergänzung vorzunehmen, dass der Begriff „Beschäftigte in vergleichbarer Funktion“ sowohl funktional als auch organisational ausgelegt werden kann.

Denn die Unbestimmtheit der Regelung führt dazu, dass diese sowohl funktional (z. B. Amtsleiter der Stadtkämmerei, Vertreter des Teilnehmungsmanagements) als auch organisational (z. B. Beschäftigte auf der Hierarchieebene des Kämmerers wie Dezernenten/Beigeordnete) ausgelegt werden kann. Nach unserem Verständnis meint das BaFin-Merkblatt vorrangig eine funktionale Betrachtungsweise, weil bei der Regelung insgesamt darauf abgestellt wird, dass man sich eine längere Zeit mit wirtschaftlichen und rechtlichen Fragestellungen beschäftigt haben muss. Ob dies allerdings tatsächlich so gemeint ist, bleibt offen.

Ungeachtet dessen soll die vorgeschlagene Ergänzung zur Klarstellung dienen, dass unter den Begriff grundsätzlich alle Verwaltungsvertreter gefasst werden können, ungeachtet der beiden möglichen Betrachtungsalternativen. Damit würde die Regelung materiell an die kommunalrechtliche Regelung zum Entsendeprivileg der Verwaltung in kommunale Aufsichtsräte anknüpfen, nach der der zweite Platz in Überwachungsorganen eines öffentlichen Unternehmens immer an den Hauptverwaltungsbeamten oder einen von ihm vorgeschlagenen (Verwaltungs-) Bediensteten geht (vgl. u.a. § 113 Abs. 2 und 3 GO NRW). Dieses verwaltungsseitig bestehende Entsendeprivileg dient dazu, den „Sachverständigen der Verwaltung“ in jedem Fall in den entsprechenden Überwachungsorganen vertreten zu haben. Insofern sollte sichergestellt sein, dass auch im Geltungsbereich des KWG grundsätzlich alle Verwaltungsvertreter von der Regelung zur Sachkunde-Privilegierung profitieren.

### Ziffer 132

Die Ausführungen zum Spannungsverhältnis zwischen den Institutsinteressen und denen von herausgehobenen politischen Positionen (auf Bundes- Landes- oder kommunaler Ebene) sollten dringend gestrichen werden.

Die einseitige Heraushebung von aus der Politik kommenden Organmitgliedern ist vollkommen unangebracht. Ein solcher besonderer Hinweis könnte als „Standardfall“ einer Interessenskollision missverstanden werden und ist auch deshalb unzweckmäßig. Gerade die hier angesprochenen Mandatsträger unterliegen hinsichtlich der angesprochenen Positionen regelmäßig den allgemeinen öffentlich-rechtlichen Vorschriften zum Ausschluss und zur Befangenheit, vgl. §§ 20, 21 VwVfG bzw. die korrespondierenden landesrechtlichen Vorschriften. Zudem findet sich auch keine Definition der Position mit hohem politischem Einfluss. Zum Beispiel ist nicht klar, ob damit nur das Bürgermeister- oder Landratsamt gemeint ist oder auch Ratsmitglieder eine Position mit hohem politischem Einfluss bekleiden. Bei Sparkassen sieht das Sparkassengesetz eine Verknüpfung zwischen der Sparkasse und dem kommunalen Träger vor. In der Regel sind insbesondere Bürgermeister oder Landräte und auch Ratsmitglieder Mitglieder des Verwaltungsrates. Hintergrund ist gerade, Kenntnisse über kommunale Besonderheiten in das Gremium einzubringen. Daher müsste neben einer ausdrücklichen Definition der Position mit hohem politischem Einfluss jedenfalls ergänzt werden, dass Besonderheiten aufgrund rechtlicher Grundlagen, z. B. der Sparkassengesetze berücksichtigt werden.

Wir verweisen nochmals auf unsere Stellungnahme, die der BaFin mit unserem Schreiben vom 23. Januar 2017 vorliegt.

Selbst unter Berücksichtigung der von Ihnen mit Schreiben vom 1. März 2017 vorgebrachten Argumentation enthält die nun vorgeschlagene Regelung Unschärfen, welche konkreten Interessenkonflikte einer Entsendung in den Verwaltungsrat entgegenstehen. Zumindest wäre zu ergänzen, dass der Entsendung von Vertretern in den Verwaltungsrat Interessenkonflikte aus dem politischen Mandat nur entgegenstehen, wenn diese dauerhaft, konkret sowie nicht anderweitig ausräumbar sind (ultima ratio).

Denn vor dem Hintergrund der geltenden Treuepflichten für Mandatsträger sowie den üblichen Standards zur guten Unternehmensführung ist es von großer Bedeutung, sachgerecht und transparent mit auftretenden Interessenkonflikten umzugehen. Liegt ein solcher Interessenkonflikt vor, ist in jedem Fall sicherzustellen, dass die betreffenden Personen z. B. von Beratung und Beschlussfassung in Angelegenheiten des Überwachungsorgans ausgeschlossen werden. Insoweit ist dem Grunde nach gegen Regelungen nichts einzuwenden, wie mit auftretenden Interessenkonflikten umgegangen werden soll.

Gleichwohl ist hinsichtlich des sachgerechten Umgangs mit Interessenkonflikten aber auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Deshalb muss nach unserer Auffassung die Versagung der Entsendungsmöglichkeit einer ausgewählten Person ultima ratio sein, d. h. es darf keine andere (mildere) Möglichkeit geben, den Interessenkonflikt auszuräumen. Dieser Fall kann unter Berücksichtigung der kommunalen Regelungen zur Public Corporate Governance nur dann in Betracht kommen, wenn der Interessenkonflikt dauerhaft und konkret besteht. Es muss sichergestellt sein, dass vorübergehende und potenzielle Interessenkonflikte (typisch für einen Interessenkonflikt zu lediglich einem zu beratenden Tagesordnungspunkt) einer Entsendung in das Gremium nicht im Weg stehen.

Dies sollte aus unserer Sicht deutlicher herausgestellt werden, sofern es nicht zu einer generellen Ausnahme für öffentlich-rechtliche Kreditinstitute kommen sollte.

### **Ziffer 135**

Es ist in dieser Ziffer eine ergänzende Klarstellung erforderlich, dass auch die Entsendung von der Vertretungskörperschaft des Trägers und vom Anteilseigner als Mitglieder des Aufsichtsorgans kein Hindernis für das erforderliche unvoreingenommene Handeln der Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans darstellt.

Der Deutsche Bundesrat hatte die Bundesregierung bereits am 31. März 2017 aufgefordert, darauf hinzuwirken, „dass die Mitgliedschaft in einem Aufsichts-/Verwaltungsrat bei Personen, die Anteilseigner oder Träger der Bank vertreten, nicht den Anforderungen des Artikels 91 Absatz 8 [CRD] widerspricht“ (BR-Drs. 38/17, Ziffer 19). Dem sollte bei der Überarbeitung der Merkblätter Rechnung getragen werden.

### **Ziffer 139**

Die Ziffer 139 beschreibt die Notwendigkeit, dass die Mandatsträger ausreichend Zeit für die sachgerechte Wahrnehmung der Mitgliedschaft in einem Verwaltungs- und Aufsichtsorgan haben müssen. Unklar bleibt, wie und nach welchen Beurteilungsmaßstäben dieses Prüfungsverfahren auf Seiten der Bankenaufsicht durchgeführt wird, was die Beurteilung im Einzelfall, ob im Zeitpunkt der Entsendung von einer ausreichenden zeitlichen Verfügbarkeit ausgegangen werden kann, erheblich erschwert.

Wir halten es für erforderlich, dass die BaFin ihre Prüfungskriterien durch konkretisierende Formulierung in dem Merkblatt offenlegt.

Im Grundsatz ist gegen das Gebot, ein Mandat nur bei einer ausreichenden zeitlichen Verfügbarkeit anzunehmen, nichts einzuwenden. Entsprechendes gilt auch für eine Tätigkeit in Aufsichtsräten kommunaler Unternehmen. Dies stellt einen wesentlichen Beitrag zur unbedingt notwendigen Beachtung von mandatsbezogenen Sorgfaltspflichten dar und verhindert dadurch die haftungsrechtlich relevante Realisierung sogenannter Übernahmeverschulden. Die dafür gebotene Prüfung würde erheblich erleichtert, wenn die BaFin ihre Prüfungskriterien durch eine Konkretisierung des Merkblattes transparent und nachvollziehbar machen würde.

Hierdurch würden die entsendenden Körperschaften in die Lage versetzt, diese Prüfung sachgerecht und unter Orientierung an den BaFin-Kriterien vorzunehmen. Solange bleibt offen, worauf genau die BaFin bei diesem Aspekt abstellt, z. B. auf eine Art von Schwellenwert wie gewisse Mandatszahlen oder eine bestimmte Wochenstundenzahl, die unter Berücksichtigung weiterer Haupt- und Nebentätigkeiten nachweislich noch zur Verfügung stehen muss.

Insoweit erscheint es aus unserer Sicht vorteilhaft, wenn die BaFin ungeachtet der weiteren Merkblatt-Regelungen zu der Thematik (vgl. Randnummern 140 bis 143) durch die Offenlegung der Prüfungskriterien zu einem Höchstmaß an Transparenz beitragen würde.

### **Ziffer 245**

Hier sind Vorgaben für Eignungsrichtlinien enthalten, die z.B. Vorgaben für den Auswahlprozess, Ernennung, Wiederbestellung etc. machen. Die Umsetzung der EBA-GL steht jedoch unter dem Vorbehalt der Besonderheiten der jeweiligen Rechtsform des Instituts (vgl. Rz. 23b EBA-GL 2017/12). Die Sparkassen sind als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert. Auf diese Organisationsform und das damit verbundene Kompetenzgefüge passen die Vorgaben des neuen Bewertungsverfahrens nicht.

### **Ziffern 258 und 259**

Die Vorgaben zur laufenden Überwachung und Neubewertung führen zu einem nicht auflösbaren Interessenkonflikt bei Sparkassen. Dabei hat das Institut Sorge dafür zu tragen, dass Interessenkonflikte nicht entstehen (vgl. Titel IV, Ziff. 11 Rz. 103 – 105 EBA-GL 2017/11 – Internal Governance). Ein derart aufwendiges Verfahren ist für Sparkassen nicht erforderlich und ungeeignet.

### 3. Zum Risikoreduzierungs-gesetz (RiG) - Referentenentwurf vom 22. April 2020

In dem von Ihnen veröffentlichten Konsultationshinweis wird auf die zeitgleiche Konsultation des RiG verwiesen und betont, dass Rückläufe aus beiden Konsultationen entsprechend inhaltlich berücksichtigt werden. Vor diesem Hintergrund weisen wir darauf hin:

- Der Referentenentwurf sieht vor, dass neue Aufsichtsratsmitglieder in Banken und Sparkassen von den jeweiligen Instituten auf **Eignung für ihr Mandat** geprüft werden. Das Ergebnis der Prüfung sollen die Institute der Aufsichtsbehörde mitteilen (§ 24 Abs. 1 Nr. 15 KWG).

Wir betonen auch an dieser Stelle: Diese vorgeschlagene Regelung ist insbesondere bei den von den Kommunen gewählten Verwaltungsratsmitgliedern in Sparkassen konfliktträchtig, völlig systemwidrig und auch unpraktikabel.

Es sollte deutlich klargestellt werden, dass die Pflicht zur Eignungsprüfung bei Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans auf die Fälle begrenzt ist, bei denen Organe des Instituts an der Auswahl und Bestellung der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans beteiligt waren (vgl. auch Artikel 88 Abs. 2 letzter Satz CRD).

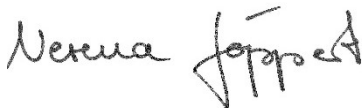
Für die Kommunen ist es nicht hinnehmbar, dass in ihre Entscheidungshoheit eingegriffen werden soll. Zumal die Sparkassengesetze der Länder eindeutig regeln: Die Vertretung des Trägers wählt die Mitglieder des Verwaltungsrates. Die Verwaltungsratsmitglieder sind folglich demokratisch legitimiert. Die Kommune entscheidet als Träger, welche Persönlichkeiten die Aufsicht über das Sparkasseninstitut ausüben. Das ist sachgerecht, denn schließlich handelt es sich bei Sparkassen um kommunale Anstalten des öffentlichen Rechts. Damit unterscheiden sich Sparkassen grundlegend von anderen Finanzinstituten, die beispielsweise als Aktiengesellschaften konstituiert sind.

- Auch die vorgesehene Neuregelung in § 25d Abs. 11 Satz 1 Nr. 3 KWG-E ist zu ergänzen.

Nicht nur der Umstand, ein Organmitglied eines verbundenen Unternehmens oder einer verbundenen Organisation zu sein, stellt kein Hindernis für **das erforderliche unvoreingenommene Handeln** der Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans dar. Auch die Entsendung von der Vertretungskörperschaft des Trägers und vom Anteilseigner als Mitglieder des Aufsichtsorgans stellt kein Hindernis für das erforderliche unvoreingenommene Handeln der Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans dar.

Gerne stehen wir Ihnen für Rückfragen zur Verfügung.

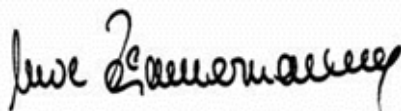
Mit freundlichen Grüßen



Verena Göppert  
Ständige Stellvertreterin des  
Hauptgeschäftsführers  
des Deutschen Städtetages



Matthias Wohltmann  
Beigeordneter  
des Deutschen Landkreistages



Uwe Zimmermann  
Stellvertretender Hauptgeschäftsführer  
des Deutschen Städte- und Gemeindebundes