Stellungnahme

Konsultation der überarbeiteten BaFin-Merkblätter zu den Geschäftsleitern und zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen nach KWG und KAGB

Kontakt:
Thorsten Reinicke
Telefon: +49 30 2021-2317
Telefax: +49 30 2021-192300
E-Mail: reinicke@bvr.de

Berlin, 17.07.2020

Federführer:
Bundesverband der Deutschen Volksbanken
und Raiffeisenbanken e. V.
Schellingstraße 4 | 10785 Berlin
Telefon: +49 30 2021-0
Telefax: +49 30 2021-1900
www.die-dk.de

Allgemeine Anmerkungen

Am 22. April 2020 wurde der Entwurf eines Gesetzes zur Reduzierung von Risiken und zur Stärkung der Proportionalität im Bankensektor (Risikoreduzierungsgesetz) zur Konsultation gestellt. Die Deutsche Kreditwirtschaft hat mit Schreiben vom 27. Mai 2020 zu dem Entwurf Stellung genommen. Vor der endgültigen Veröffentlichung dieses Merkblatts sollte das Gesetzgebungsverfahren zum Risikoreduzierungsgesetz abgewartet werden, um ggf. noch relevante Änderungen berücksichtigen zu können.

Bei beiden Merkblatt-Neufassungen handelt es sich nicht um vollständig neue Texte, sondern um mehr oder weniger umfangreiche Ergänzungen und Änderungen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da sich die Adressaten am bekannten Aufbau orientieren können. Die Aufnahme von Randnummern erleichtert hier die Orientierung. Sehr hilfreich sind auch das Glossar und die praktischen Hinweise. Ferner ist zu begrüßen, dass die EBA-Leitlinien nur teilweise übernommen wurden und hierdurch erkennbar wird, dass nicht sämtliche Anforderungen der EU-Behörden eins-zu-eins übernommen werden.

Insgesamt ist aber festzustellen, dass der Umfang der Merkblätter (auch bei Außerachtlassung des sehr nützlichen, neu eingefügten Glossars) und damit auch der inhaltlichen Anforderungen erheblich gestiegen ist.

Insbesondere in kleineren, regional ausgerichteten Instituten wird ein vollständiges Überblicken sämtlicher regulatorischer Anforderungen zunehmend problematisch. Eine Lösungsmöglichkeit zur besseren Transparenz über die für sie geltenden Anforderungen wäre die Schaffung getrennter Merkblätter für SI und LSI, entsprechend der bereits erfolgten Trennung der Anzeigeformulare.

Darüber hinaus besteht Potenzial, in den Merkblättern noch klarere Formulierungen zu verwenden und – soweit möglich – auf die Einführung von neuen unbestimmten Rechtsbegriffen zu verzichten (z. B. hoher politischer Einfluss; geringfügige ehrenamtliche Tätigkeiten, die dem Privatleben zuzuordnen sind; gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit).

Anlass für die Überarbeitung der Merkblätter sind die neue Aufsichtspraxis infolge der CRD-Umsetzung und die neu gefassten gemeinsamen Leitlinien der EBA und ESMA „zur Bewertung der Eignung von Mitgliedern des Leitungsorgans und Inhabern von Schlüsselfunktionen" sowie der EBA „zur internen Governance". Diese Leitlinien sind für Kapitalverwaltungsgesellschaften selbst nur mittelbar anwendbar, wenn sie zu einer Institutsgruppe gehören. Die für Kapitalverwaltungsgesellschaften einschlägigen Ausführungen könnten aus den Merkblättern ausgekoppelt und in separate Merkblätter überführt werden.

Insgesamt lassen die Merkblätter die Beachtung des Proportionalitätsgrundsatzes vermissen, indem sie allen Instituten unabhängig von ihrer Größe und konkreten Organisation eine Reihe von (insbesondere Dokumentations-)Pflichten auferlegen, ohne dass erkennbar wäre, dass es bei den Instituten bisher Probleme in der Funktionsfähigkeit der Organe gegeben hätte, die derartige Vorgaben angezeigt erscheinen lassen. Die Erfüllung all dieser Pflichten würde in nicht bedeutenden Instituten zu einem unverhältnismäßigen Aufwand führen, dem kein erkennbarer Nutzen gegenübersteht.

Die in den EBA-GL/2017/12 und GL/2017/11 normierten Anforderungen stehen ausdrücklich unter dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Rz. 20 – 23 GL/2017/12, Rz. 17-19 GL/2017/11). Der von den Leitlinien vorgesehene Spielraum zur verhältnismäßigen Umsetzung wird nicht immer ausgenutzt. Unter anderem werden ganze Passagen der EBA-Leitlinien pauschal übernommen. Dabei sind die vielfältigen, neuen und komplexen Anforderungen und Verschärfungen vor allem im Hinblick auf das Eignungsbewertungsverfahren nicht nachvollziehbar. Zahlreiche Änderungen sind nicht praktikabel und unzweckmäßig.

Die Merkblätter schießen teilweise auch über die gesetzlichen Vorgaben hinaus und wahren nicht die Rechtsformneutralität, die der europäische Verordnungsgeber der CRD erklärtermaßen beachten möchte. Teilweise werden die Organzuständigkeiten, insbesondere das Über- und Unterordnungsverhältnis von Verwaltungs-/Aufsichtsorgan und Geschäftsleitung, völlig auf den Kopf gestellt.

In dem Entwurf wird derzeit nicht auf die Möglichkeit der elektronischen Einreichung von Anzeigen eingegangen. Die Deutsche Kreditwirtschaft spricht sich hier dafür aus, eine solche Einreichung der Anzeigen künftig generell (pandemieunabhängig) und auch ohne Verwendung der QES sowohl für Geschäftsleiter- als auch für Aufsichtsrats-Anzeigen (selbstverständlich verschlüsselt) zuzulassen. Zumindest sollte die Möglichkeit des Verzichts auf die QES bei der Einreichung über Verbände gelten.

Vor diesem Hintergrund betreffen unserer Hauptpetita die folgenden Themen:
- Primärverantwortung des Instituts / Eignungsbeurteilung durch das Institut (Rz. 98 und 225 ff. im Merkblatt für Aufsichtsorganmitglieder)
- Verkürzung der Anzeigenfrist (Rz. 13)
- Anzeigepflicht bei Wiederbestellung (Rz. 26)
- Interessenkonflikte / politische Ämter / Unvoreingenommenheit (Rz. 132 ff., 135 ff.)
- Angaben zu Mandaten (Rz. 71 ff.)
- Regelungen zu Inhabern von Schlüsselfunktionen (Rz. 180, 192 ff. im Merkblatt für Geschäftsleiter)

Besondere Anmerkungen

1. Merkblatt Aufsichtsorganmitglieder

Begriffsbestimmungen

Institut: Der Begriff „Institut" ist zwar in § 1 Abs. 1b KWG klar definiert. Allerdings werden in den Merkblättern an verschiedenen Stellen Anforderungen an das „Institut" formuliert, die nicht allen Konstellationen gerecht werden. So erfolgt in einigen Instituten die Bestellung nach den jeweiligen Rechtsgrundlagen ausschließlich durch die/den Anteilseigner/Träger, ohne dass das „Institut" darauf Einfluss nehmen kann. Darauf weisen wir an verschiedenen Stellen explizit hin. Dennoch halten wir eine grundsätzliche Klarstellung an zentraler Stelle in den Merkblättern für sinnvoll, dass mit „Institut" dasjenige Organ gemeint ist, das über die Bestellung von Geschäftsleitern und Mitgliedern des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans nach den jeweiligen Rechtsgrundlagen entscheidet.

Institutsbezogenes Sicherungssystem: Wir halten es für ausreichend, wenn nur abstrakt auf die derzeit existierenden Sicherungssysteme der genossenschaftlichen Finanzgruppe und der Sparkassenfinanzgruppe hingewiesen wird. Wenn gleichwohl explizit einzelne Institute genannt werden sollen, wäre zumindest auch die DZ BANK AG oder die DZ BANK Gruppe zu nennen (wovon dann auch die BSH und andere Spezialinstitute erfasst wären).

Leiter der internen Kontrollfunktionen: Die Definition wirkt etwas unklar. Sie ist 1:1 aus der EBA-GL übernommen. Gemeint sind vermutlich der Leiter Risikocontrolling-Funktion gem. AT 4.4.1 Tz. 4 MaRisk, der Compliance-Beauftragte gem. AT 4.4.2 Tz. 5 MaRisk sowie der Leiter der Internen Revision gem. AT 4.4.3 Tz. 2 MaRisk. Wir bitten um entsprechende Konkretisierung.

Nahe Angehörige: Unklar ist, ob sich der Nebensatz „mit denen die Person in einem Haushalt lebt" auf alle genannten Personen oder nur auf „andere Verwandte" bezieht. Die Verwendung des Semikolons im Formular PVZ legt nahe, dass letztgenannte Auslegung zutreffend ist. Dies halten wir für äußerst problematisch. Bei Verwandten, die außerhalb des Haushaltes des Organmitglieds leben, ist vielfach keine Kenntnis über deren bestehende Geschäftsbeziehungen vorhanden. Daher bitten wir um Klarstellung, dass „nahe Angehörige" stets nur solche Personen sind, die im Haushalt des Organmitglieds leben.

Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan: Nach wie vor ist der Begriff „Aufsichtsorgan" in § 15 Abs. 1 Nr. 3 KWG (abschließend) definiert („Mitglieder eines zur Überwachung der Geschäftsführung bestellten Organs des Instituts, wenn die Überwachungsbefugnisse des Organs durch Gesetz geregelt sind (Aufsichtsorgan)". Zu dieser Regelung gibt es wohl auch keinen Zweifel, dass davon nicht nur Aufsichts- sondern rechtsformunabhängig auch Verwaltungsräte gemeint sind. Ein Merkblatt ist nicht der Ort, um gesetzliche Leitplanken zu erweitern, indem z.B. nach dem Entwurf auch fakultativ eingerichtete Organe erfasst sein sollen. Dabei wird nicht bemängelt, wenn auch Organe erfasst sein sollen, die eine andere Bezeichnung haben (wie z.B. „Beirat"), denn dabei würde es sich nur um eine begriffliche Auslegung handeln. Aber die klare Vorgabe aus § 15 KWG, dass es sich um ein gesetzlich geregeltes Organ (Aufsichtsrat, Verwaltungsrat, Beirat etc.) handeln muss, eröffnet keinen Auslegungsspielraum, umso mehr das Merkblatt diese Vorgaben gerade sogar völlig in „gesetzlich nicht geregeltes" Organ umkehren will.

Rz. 1, Einreichung von Anzeigen

Wie bisher ist die Einreichung der Anzeigen in Papierform per Post vorgesehen. Die vergangenen Wochen haben jedoch gezeigt, dass die Möglichkeit, die Anzeigen auch elektronisch einzureichen richtig und sinnvoll ist. Vor diesem Hintergrund sollten die Merkblätter auch die Möglichkeit der elektronischen Anzeige vorsehen. Wichtig dabei ist: Die Möglichkeit zur elektronischen Anzeige sollte neben die Möglichkeit, Anzeigen weiterhin in Papierform einzureichen, treten. Auch bei der Anzeige auf elektronischem Wege sollten die Anzeigen über den jeweiligen regionalen Verband eingereicht werden müssen.

Rz. 13, Verkürzung der Einreichungsfrist für die Anzeigen von vier auf zwei Wochen

Die vorgesehene Zwei-Wochen-Frist bedeutet eine deutliche Einschränkung des Zeitfensters für die Anzeigenerstellung. Die bisherige Definition der Unverzüglichkeit hat sich bewährt. Es wird nicht handhabbar sein, innerhalb von zwei Wochen die notwendigen Informationen zusammenzustellen. Dies würde zu einer deutlichen Belastung der Organmitglieder und Institute führen. Bereits heute ist der vierwöchige Zeitraum teilweise nur schwer einzuhalten. Bei einer Verkürzung der Frist dürfte es insbesondere potenziellen Kandidaten nicht immer möglich sein, innerhalb von zwei Wochen – neben ihrer oft noch bestehenden Tätigkeit – einen Termin zur Beantragung der erforderlichen Unterlagen (Führungszeugnis und Gewerbezentralregisterauszug) bei der jeweils zuständigen Behörde zu erhalten. Für den Fall, dass Unterlagen aus dem Ausland erforderlich sind, stößt dies in der Praxis auf noch größere Schwierigkeiten.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass § 1 Abs. 2 AnzV die Einreichung über die Verbände ausdrücklich vorsieht. Die dadurch anfallende Bearbeitungsdauer wird bei Verkürzung der Frist ebenso wenig berücksichtigt, wie der Beratungsbedarf. Die für neue Mitglieder des Aufsichtsorgans auszufüllenden Formulare sind häufig nicht selbsterklärend und es bedarf oftmals einer Unterstützung. Nicht selten kommt es nach sorgfältiger Prüfung durch den Verband zu Rückfragen und Anpassungen. Dies erleichtert bisher im Ergebnis auch die Prüfung durch die BaFin. Auch die Beantragung der behördlichen Unterlagen gestaltet sich oftmals langwierig, sodass auch hier die Einhaltung einer zweiwöchigen Frist kaum möglich erscheint.

Unklar ist, ob bei Instituten, die die Anzeigen gemäß Anzeigenverordnung über ihren Verband einreichen, die Anzeigen binnen zwei Wochen bei dem regionalen Verband vorliegen müssen oder bei BaFin und Bundesbank. Es sollte klargestellt werden, dass der Eingang beim zuständigen Verband fristwahrend ist, da anderenfalls eine weitere benachteiligende Verschärfung für verbandsangehörige Institute eintritt.

Laut Entwurf der Merkblätter soll die Prüfung durch die BaFin binnen vier Monaten abgeschlossen werden (siehe Rz. 15). Auch unter Berücksichtigung dieses selbst gesetzten Zeitfensters wirkt die Verkürzung der Anzeigepflicht wenig plausibel.

Die Institute sind bei ihren Anzeigen auf Zulieferungen der neu bestellten Gremienmitglieder angewiesen. Der Prozess wird erst nach der Bestellung (bzw. im Falle von Geschäftsleitern nach der Konkretisierung der Bestellungsabsicht) angestoßen, was künftig kaum mehr funktionieren würde. Zwar bleibt es formal dabei, dass die Anzeigen nicht bereits vor der Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans abzugeben sind, gleichwohl verschiebt sich der Zeitpunkt faktisch nach vorne.

Den Instituten ist in der Praxis zum Zeitpunkt der Bestellung der Kandidat / die Kandidatin zudem nicht immer bekannt. Oftmals können Unterlagen daher erst im Nachgang zur Bestellung angefordert und geprüft werden. Wir verweisen in diesem Zusammenhang insbesondere auf Konstellationen, in denen die Besetzung der Positionen aufgrund der jeweiligen Rechtsgrundlagen durch den/die Anteilseigner oder Träger erfolgt, ohne dass das Institut darauf irgendeinen Einfluss hätte oder eingebunden wäre, sondern lediglich über die erfolgte Bestellung informiert wird. Teilweise vergeht in diesen Fällen bereits einige Zeit zwischen dem Bestellungsakt und der Kenntniserlangung des Institutes bzw. dem Eingang der Bestellungsurkunde. Im Ergebnis ist schon jetzt die Einhaltung der aktuellen Anzeigefrist von vier Wochen für die Institute teilweise schwer darstellbar, zumal ggf. einzelne Angaben zur zeitlichen Verfügbarkeit und zum Mandate-Limit auch mit weiteren institutsfremden Unternehmen, bei denen das jeweilige Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied ein Mandat wahrnimmt, formal abgestimmt werden müssen. Zudem besteht bei Personen, die erstmalig den Bestellprozess durchlaufen, ggf. ein erhöhter Erläuterungsbedarf.

Insbesondere bei den Sparkassen dürften sich jedoch erhebliche Schwierigkeiten ergeben, die Frist einzuhalten. Als Zeitpunkt der Bestellung wird hier bisher der Zeitpunkt der Wahl der neuen Verwaltungsratsmitglieder durch die kommunalen Vertretungen (Gemeindevertretung, Stadtverordnetenversammlung oder Landkreistag) angesehen. Die Sparkasse muss nach erfolgter Wahl über die gewählten Personen und deren Kontaktdaten zunächst durch die Kommune unterrichtet werden, was erfahrungsgemäß durchaus allein schon über eine Woche dauern kann. Erst dann kann die Sparkasse die gewählten Verwaltungsratsmitglieder anschreiben, von diesen die erforderlichen Unterlagen (Lebenslauf, Zuverlässigkeitserklärung) anfordern und sie um Beantragung von GZR-Auszug und Führungszeugnis bitten. Die Unterlagen müssen dann vom Mitglied an die Sparkasse, von dieser an den Verband und von diesem an die BaFin übermittelt werden. Auch bei der Nutzung elektronischer Wege zumindest zwischen Verband und BaFin, eventuell auch zwischen Sparkasse und Verband, ist die Einhaltung einer Zwei-Wochen-Frist unter Berücksichtigung von Postlaufzeiten und Bearbeitungszeiten beim jeweiligen regionalen Verband unrealistisch. Hier sollte zumindest gefordert werden, dass bei Instituten, die die Anzeigen gemäß Anzeigenverordnung über ihren Verband einreichen, diesem Umstand durch eine Verlängerung der Frist Rechnung getragen wird. Selbst dann wird noch in einem erheblichen Anteil der Anzeigen mit einer verspäteten Einreichung zu rechnen sein. (Bei den in den Verwaltungsrat gewählten Beschäftigten der Sparkasse wird es voraussichtlich leichter möglich sein, den Termin einzuhalten.)

Eine gewisse „Selbstentlastung" der Sparkassen ließ sich bisher bei Verwaltungsratsmitgliedern, bei denen absehbar war, dass die Einreichung der Unterlagen lange dauern würde, dadurch erreichen, dass die Sparkasse zumindest innerhalb der Frist von vier Wochen schon das von ihr selbst auszufüllende Formular PVVALSI bei der BaFin eingereicht und eine Nachreichung der Unterlagen des Mitglieds angekündigt hat. Aufgrund der neu in das Formular eingefügten, von der Sparkasse abzugebenden Versicherung (zu dieser selbst siehe noch nachstehend) ist das aber auch kein gangbarer Weg mehr.

Eine mögliche Alternative zur Entschärfung der Frist wäre es, wenn man sich mit der BaFin darauf verständigen könnte, dass als entscheidender Zeitpunkt der Bestellung und somit als Fristbeginn nicht wie bisher der Termin

der Wahl in der kommunalen Vertretung angesehen wird, sondern der Zeitpunkt des Zusammentritts des neu gewählten Verwaltungsrats. Wenn man auf diesen Zeitpunkt abstellt, wird in der Regel ausreichend Zeit verbleiben, um die Unterlagen bei den Mitgliedern anzufordern und der BaFin zuzuleiten.

Oftmals gibt es darüber hinaus einen zeitlichen Verzug zwischen der Wahl in den Aufsichtsrat und der Wahl in die Ausschüsse oder in Vorsitzfunktionen bzw. der Wahl zum Geschäftsleiter und der finalen Aufstellung der sonstigen Mandate in Aufsichtsräten. Dies hat bereits bei einer vierwöchigen Frist zu dem Umstand geführt, dass zahlreiche Nachmeldungen mit einem hohen Arbeitsaufwand für Mandatsträger und Institute, sicherlich aber auch für die Aufsicht, notwendig waren. Vor diesem Hintergrund wäre gar eine Verlängerung der Frist begrüßenswert. Eine Verkürzung allerdings führt hier in vielen Fällen zu weiterem ausgeprägtem Mehraufwand seitens der Institute und Mandatsträger, ohne gleichzeitig zu informationstechnischen Vorteilen aufsichtsseitig zu führen. Wünschenswert wäre in diesem Zusammenhang die Möglichkeit zur Initialmeldung bei Wahl mittels der Unterlage PVVA-SI/PVVA-LSI und einer Nachmeldung mittels der weiteren aufsichtlichen Bestellungsunterlagen im Anschluss an eine etwaige Wahl in (weitere) Aufsichtsräte, Ausschüsse oder Vorsitzfunktionen mit zeitlicher Nähe zur Bestellung.

Rz. 14, Gelegenheit zu einem Gespräch / Interviews, Einreichung weiterer Unterlagen

Bei etwaigem Klärungsbedarf von fachlichen und persönlichen Anforderungen sollte es grundsätzlich beim transparenten, nachprüfbaren schriftlichen Verfahren verbleiben. Vor diesem Hintergrund begrüßen wir, dass die Möglichkeit eines Gesprächs (Interview) nur im Einzelfall und nur zur Klärung etwaiger offener Fragen genutzt werden soll. Angesichts des damit verbundenen hohen Aufwandes gehen wir deshalb dabei davon aus, dass solche Interviews Ausnahmefällen vorbehalten sein werden. Denn die Durchführung von Interviews über die vorgenannten Ausnahmen hinaus dürfte zu einer weiteren Verschlechterung der Chancen der Banken führen, das Aufsichtsratsmandat gegenüber potenziellen Bewerbern als attraktive Tätigkeit darzustellen. Die Gewinnung geeigneter Kandidaten würde erschwert werden.

Da der Einreichungsweg der Unterlagen und weiterer Auskünfte nach § 1 Abs. 2 AnzV bei Instituten, die einem Prüfungsverband angeschlossen sind oder durch die Prüfungsstelle eines Sparkassen- und Giroverbandes geprüft werden, über den Verband erfolgt, sollen Nachforderungen von Unterlagen oder weiterer Auskünfte der Mandatsträger auch über die Verbände in Abstimmung mit dem jeweiligen Institut erfolgen.

Rz. 15, Prüfung durch die BaFin

Die Bestrebung der BaFin das Verfahren innerhalb von vier Monaten abzuschließen ist erfreulich. In dringenden Fällen sollte jedoch eine Verkürzung der Verfahrensdauer möglich sein.

Rz. 19, Formulare

Für Wertpapierfirmen gibt es gesonderte Regelungen über die Mitteilung von Änderungen bei den Mitgliedern des Aufsichtsorgans mit anderen Fristen und anderen Formularen als bei Instituten. Wir sprechen uns dafür aus, dass Wertpapierfirmen, die zugleich Institute sind und damit unter die Anzeigepflichten nach § 24 KWG fallen, die zusätzlichen Mitteilungspflichten für Wertpapierfirmen nicht beachten müssen. Dies wäre sonst eine doppelte Arbeitsbelastung und reiner Formalismus ohne erkennbaren aufsichtlichen Mehrwert.

Redaktionelle Anmerkung zum Absatz zu Wertpapierfirmen: Der erste Satz „Wertpapierfirmen haben …" ist nicht komplett. Das letzte Wort sollte „mitzuteilen" lauten.

Rz. 26, Anzeigepflicht bei Wiederwahl

Künftig soll auch eine Wiederwahl anzeigepflichtig sein. Eine entsprechende Anzeigepflicht ist unseres Erachtens nicht von § 24 KWG gedeckt, so dass bereits eine gesetzliche Grundlage fehlen dürfte. Darüber hinaus erscheint eine solche Meldepflicht auch als unverhältnismäßig. Sie wäre schon nicht erforderlich, um dem behördlichen Aufsichtsanspruch zu genügen. Denn die Zusammensetzung der Aufsichtsräte ist der BaFin bekannt, da das Ausscheiden ohnehin anzuzeigen ist. Bis dahin kann die Aufsicht wie bisher davon ausgehen, dass es keine Änderungen in der Zusammensetzung des Organs gibt. Zudem sind bereits jetzt Mitglieder von Aufsichtsorganen verpflichtet, Änderungen ihrer Situation (Art. 94 Abs. 1 SSM-RVO laufende Unterrichtungspflicht über neue Tatsachen, z.B. Aufnahme und Beendigung von Mandaten, Anzeige von Strafverfahren.) der Aufsicht zu melden,

was nach unserer Erfahrung in der Praxis erfolgt. Darüber hinaus gibt es in Deutschland die Informationspflicht der Strafverfolgungsbehörden, an die Finanzaufsicht die Aufnahme von Strafverfahren gegen Mandatsträger zu melden (§ 60a KWG). Damit ist sichergestellt, dass die BaFin über die Zuverlässigkeit und die fachliche Qualifikation fortlaufend unterrichtet ist. Die Vorlage aller Dokumente bei Wiederwahl – unter anderem also auch des Führungszeugnisses und des Auszugs aus dem Gewerbezentralregister – ist daher redundant. Der zusätzliche Informationsgewinn bei Anzeigen von Wiederbestellungen ist aus diesen Gründen nur als gering zu betrachten. In anderen Staaten des Euroraums, bei denen die Aufsichtsbehörden nicht durch die Strafverfolgungsbehörden automatisch informiert werden, mag die Umsetzung dieser Anforderung aus den EBA-Leitlinien gerechtfertigt sein, in Deutschland besteht diese Notwendigkeit nach unserer Einschätzung nicht.

Es stellt sich auch die Frage, ob die BaFin bei der Neuwahl der Verwaltungsräte in den Sparkassen im Anschluss an eine Kommunalwahl sowie von Aufsichtsratsmitgliedern bei Genossenschaftsbanken nach deren General- und Vertreterversammlungen tatsächlich von allen Verwaltungsratsmitgliedern Lebensläufe und Formulare prüfen möchte. Dies würde tausende zusätzliche Anzeigen bedeuten. Dieser Mehraufwand für die Institute und die Aufsicht steht in keinem Verhältnis zum möglichen Erkenntnisgewinn.

Die Einführung der Meldepflicht bei Wiederbestellungen würde nicht nur zu erhöhtem Arbeitsaufwand bei den Instituten und der Aufsicht, sondern auch bei den Mandatsträgern führen. Da die meisten Mandatsträger auch Mandate in anderen Instituten innehaben und sich die Zeiträume, in denen eine Wiederanzeige ggf. notwendig wird, nicht decken, ist von einer enormen Meldefülle für jeden Mandatsträger auszugehen, die mit der wiederholten Abfrage behördlicher Dokumente einhergeht. Es kann in der Praxis durchaus der Fall sein, dass ein Mandatsträger mit mehrenden Mandaten diese Meldung mehrfach im Jahr abgeben muss.

Insgesamt dürfte der Aufwand aber ganz wesentlich davon abhängen, welche Unterlagen beizubringen sind. Die in beiden Merkblättern in Bezug genommene Regelung des Art. 93 Abs. 1 SSM-RVO lässt jedenfalls Spielraum für eine schlanke Ausgestaltung des Prozesses, denn dort ist lediglich von einer Mitteilung die Rede, die formlos erfolgen könnte. Die BaFin sollte nicht über europäische Vorgaben hinausgehen. Gerade sehr kleine Institute werden ansonsten mit unnötigem, aber sehr arbeitsintensiven Verwaltungsaufwand belastet. Die Ressourcen durch Mitarbeiter in Vorstandsstäben und Gremienbetreuung können in kleinen Häusern relevante Anteile am Gesamtpersonalkostenblock darstellen. Wir plädieren daher dafür, dass bei Wiederwahl lediglich die Tatsache der Wiederwahl als solche anzeigepflichtig ist, nicht jedoch die bei einer Neuwahl erforderlichen Unterlagen erneut beigefügt werden müssen und bitten um eine entsprechende Klarstellung. Es sollte eine formlose Mitteilung genügen. Möglich wäre auch, im Formular PVVALSI unter Punkt 2. (Art der Anzeige) ein separates Ankreuzfeld für die Anzeige einer Wiederwahl vorzusehen.

Nachvollziehbar wäre u.E. zudem noch die Meldung zwischenzeitlich eingetretener qualitativer Unterschiede bei Wiederwahl, also zum Beispiel von erlangten – für die Mandatsausübung relevanten – Zusatzqualifikationen, die Wahl in (andere) Ausschüsse und die Wahl in eine Vorsitzfunktion.

Rz. 34, Lebenslauf

Wir regen an, zur Standardisierung der Angaben im Lebenslauf eine Orientierungshilfe zur Verfügung zu stellen. Diese muss jedoch – gerade im Hinblick auf die international sehr unterschiedlichen Praktiken - fakultativ bleiben (kein Erfordernis der Umschreibung auf deutschen Standard).

Rz. 42, Angabe zu abgeschlossenen Ermittlungsverfahren nach §§ 153, 153a StPO

Getilgte oder tilgungsreife Verurteilungen müssen nicht angegeben werden (vgl. Rz. 40, § 53 BZRG), während die Einstellung eines Verfahrens ohne zeitliche Befristung mitzuteilen ist. Es ist unverhältnismäßig, insoweit eine zeitlich unbefristete Angabepflicht einzufordern.

Rz. 47, Angabe zur gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeit

Zur Beurteilung der Zuverlässigkeit des Aufsichtsratsmitglieds hat dieser neben den eigenen Geschäftsbeziehungen auch die des von ihm geleiteten Unternehmens zum beaufsichtigten Institut sowie die Geschäftsbeziehungen naher Angehöriger anzugeben, soweit sich aus diesen eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit vom anzeigenden Institut ergibt. Es sind die Art und der Umfang der Geschäftsbeziehung zu beschreiben. Der Begriff „gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit" ist seinem Wortinhalt nach unbestimmt und bleibt auch in der neuen

Fassung des Merkblatts ohne Erläuterung oder Beispiel. Die Aussage im Merkblatt, sofern keine Angaben in dem Formular erfolgen, gelte dies als – bewusste – Fehlanzeige, ist für den Mandatsträger von Bedeutung. Hat er nur Kenntnis vom Bestand einer Geschäftsbeziehung, nicht aber von deren Art und Umfang, kann er nicht aus eigener Kenntnis sicher bewerten, ob diese zu einer „gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeit" führt. Es ist daher dringend erforderlich diesen Begriff näher zu definieren.

Außerdem ist u.E. eine Klarstellung erforderlich, dass, wie im Formular PVZLSI aufgeführt, nach Kenntnis des Mandatsträgers kein naher Angehöriger Geschäftsbeziehungen zu dem Institut unterhält, aus denen sich bereits zum Zeitpunkt der Anzeige eine gewisse wirtschaftliche Abhängigkeit ergeben könnte.

Hinsichtlich der Angabe der Geschäftsbeziehungen naher Angehöriger und der Angabe eventueller konkurrierender Interessen naher Angehöriger verweisen wir auf die Schutzwürdigkeit dieser Personen hinsichtlich der Regelungen zum Datenschutz und zum Bankgeheimnis. Ergänzend sollte klargestellt werden, dass eine Nachforschungspflicht des Mandatsträgers nicht besteht.

Rz. 48, Angabe von Gerichtsverfahren und konkurrierenden Interessen

Bei der Anzeige sind künftig konkurrierende Interessen des Mitgliedes des Aufsichtsorgans, eines von ihm geleiteten Unternehmens oder eines nahen Angehörigen gegenüber dem anzeigenden Unternehmen oder einem Mutter- bzw. Tochterunternehmen anzugeben. Der Begriff des konkurrierenden Interesses ist völlig unbestimmt. Damit ergibt sich für das Mitglied eine erhebliche Unsicherheit im Hinblick darauf, welche Angaben an dieser Stelle zu machen sind. Insbesondere ist zu klären, ob eine abstrakte Konkurrenz ausreicht (etwa wenn ein Mitglied des Aufsichtsrats bei einem anderen Kreditinstitut als Sachbearbeiter im Rechnungswesen beruflich tätig ist) oder ein konkreter Interessenkonflikt gemeint ist. Auch die Intention der BaFin im Hinblick auf diese Angabe ist unklar. Soweit an dieser Angabe festgehalten wird, ist daher eine weitergehende Definition erforderlich.

Anstatt „Geschäftsleiter" muss es hier u. E. „Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans" heißen.

Rz. 71, Angabe von Mandaten

Wir lehnen die Ausführungen zum Unternehmensbegriff ab, wonach grundsätzlich auch nicht überwiegend gewerbliche Ziele verfolgende Unternehmen und Organisationen erfasst wären. Vielfach haben Mandatsträger eine größere Anzahl von Kleinstmandaten inne, die jedoch hinsichtlich der zeitlichen Verfügbarkeit nur geringfügig ins Gewicht fallen und darüber hinaus oftmals mit dem Hauptmandat verbunden sind. Eine vollständige Listung aller dieser Mandate inklusive Angaben zum zeitlichen Aufwand scheint daher nicht verhältnismäßig und führt institutsseitig zu einer erheblichen Mehrbelastung mit Blick auf Bestellungsanzeigen.

Wir plädieren daher dafür, dass es zumindest bei den nicht bedeutenden Instituten bei dem bisherigen Verfahren bleibt, so dass nur Aufsichts- und Geschäftsleitermandate in Unternehmen anzugeben sind. Nicht anzugeben sind danach Tätigkeiten in Organisationen, die nicht überwiegend gewerbliche Ziele verfolgen.

Rz. 80, Angabe des zeitlichen Aufwands

Angaben zur zeitlichen Verfügbarkeit sollen künftig pro Mandat in Stunden gemacht werden. Dies ist unverhältnismäßig. Gerade für lokal verwurzelte Kreditinstitute, wie Sparkassen und Genossenschaftsbanken, führt diese Verschärfung zu einem sehr hohen administrativen Aufwand, weil die Mandatsträger dieser Institute typischerweise häufig Mitglied in vielen lokalen Vereinen sind. Hier jede Stunde zu dokumentieren dürfte häufig außer Verhältnis zu dem tatsächlichen zeitlichen Aufwand stehen, die diese Tätigkeit abverlangt.
Eine solche Angabe ist auch für die BaFin nicht erforderlich, um ihrer Aufsichtstätigkeit nachkommen zu können. Die Angabe des Gesamtaufwands für die alle Mandate ist letztlich das entscheidende Kriterium und nicht, für welches Mandat im Einzelnen die Zeit aufgewandt wird. Zudem erscheint die Angabe in Stunden pro Jahr nicht besonders zweckmäßig. Zum Vergleich: Die EZB fragt Tage pro Jahr bzw. Stunden pro Woche ab. Das Erfordernis ist vielmehr geeignet, geeignete Bewerber für das Mandat abzuschrecken. Wir plädieren dafür, es wie bisher bei der Angabe des Gesamtaufwandes zu belassen.

Rz. 81, Berücksichtigung von Vorsitz- oder Ausschusstätigkeiten

Für Fälle, in denen die Übernahme weiterer Mandate (etwa Ausschussmitgliedschaften) nicht eng zeitlich zusammenfällt sollte auf die weitere Anzeige bei Annahme eines neuen Mandates verzichtet werden können, jedenfalls, wenn die zeitliche Verfügbarkeit unzweifelhaft gegeben und genügend „Puffer" vorhanden ist, also insbesondere bei Mitgliedern ohne weitere Mandate.

Eine Alternative wäre es (siehe Bemerkungen zu Rz. 13), die Frist zur Abgabe der Anzeige später beginnen zu lassen, also etwa bei Übernahme von Ausschusstätigkeiten erst mit dem Zusammentritt des neu besetzten Aufsichtsorgans zu laufen beginnt. Dann könnten diese Ausschusstätigkeiten und der für sie zu berücksichtigende Zeitaufwand zumeist direkt mit in die Anzeige aufgenommen werden.

Rz. 83, geringfügige ehrenamtliche Tätigkeiten, die dem Privatleben zuzuordnen sind

Die neue Formulierung ist viel zu weitgehend. Statt wie bisher „reine Ehrenämter und Tätigkeiten, die dem Privatleben zuzuordnen sind" sollen nun nur noch „geringfügige ehrenamtliche Tätigkeiten, die dem Privatleben zuzuordnen sind", unberücksichtigt bleiben. Als Beispiel wird die ehrenamtliche Tätigkeit in einem kleinen Sportverein außerhalb der Arbeitszeit genannt.

Hinsichtlich der Differenzierung dieser Tätigkeiten, ob sie (1.) geringfügig sind und ob sie (2.) dem Privatleben zuzuordnen sind, fehlen geeignete Abgrenzungskriterien, sodass in der Praxis mit einem hohen Maß an Verunsicherung seitens der Institute und der Mandatsträger zu rechnen ist.

Die geplante Verschärfung scheint zudem auch dem Ziel der Bundesregierung entgegenzustehen, das bürgerschaftliche Engagement zu unterstützen (vgl. https://www.bundesregierung.de/breg-de/aktuelles/tag-des-ehrenamtes-1703762).

Das private ehrenamtliche Engagement eines Mitglieds des Aufsichtsorgans kann – ebenso wie z. B. zeitaufwendige Hobbys – grundsätzlich nicht der Beurteilung durch die BaFin zugänglich sein. Diese Regelung würde in der praktischen Arbeit der Institute bedeuten, dass in weitgehendem Umfang private Informationen von den Mandatsträgern erfragt werden müssen, um institutsseitig sicherzustellen, dass seitens der Mandatsträger die aufsichtlichen Bestimmungen hinsichtlich der zeitlichen Verfügbarkeit erfüllt und eingehalten werden. Die Verhältnismäßigkeit der Datenabfrage sehen wir hier nicht gewahrt.

Zudem ist die Größe eines Vereins, einer Stiftung o. ä. ein vollkommen untaugliches Abgrenzungskriterium. Ebenso untauglich ist der Hinweis auf die Betätigung außerhalb der Arbeitszeit, denn zum einen werden private Ehrenämter logischerweise außerhalb der Arbeitszeit ausgeübt, und zum anderen würde die Tatsache, dass ein Mitglied in einem Arbeitsverhältnis außerhalb der Sparkasse (mit dieser besteht kein Arbeitsverhältnis) sich ausnahmsweise während der Arbeitszeit mit eigenen Ehrenamtstätigkeiten beschäftigen darf, erst recht nicht zu einer höheren zeitlichen Belastung führen.

Der Hinweis, dass in Zweifelsfällen Kontakt mit dem zuständigen Fachreferat der BaFin aufgenommen werden könne, ist zwar zu begrüßen. Dies dürfte jedoch auf Seiten der BaFin zu einer Flut von entsprechenden Anfragen führen. Wir geben an dieser Stelle zu bedenken, dass nach unseren Erfahrungen bei Anfragen zur Auslegung der Merkblätter bereits jetzt schon längere Bearbeitungszeiten kalkuliert werden müssen.

Insgesamt lehnen wir die Ausweitung ab, und es sollte bei der Angabepflicht wie bisher verbleiben.

Jedenfalls sollten die von der EZB in ihrem Leitfaden (dort Seite 22) angeführten Beispiele zur besseren Greifbarkeit des Begriffes „geringfügige ehrenamtliche Tätigkeiten, die dem Privatleben zuzuordnen sind", übernommen werden. Umfasst sind neben Sportvereinen, kulturelle Vereine und Einrichtungen, Stiftungen, Kirchengemeinden, Handelskammern, Berufsverbände und -organisationen und weitere nicht wirtschaftlich tätige Einrichtungen. Zudem sollte (auch für die vorangehenden Rz. ab 81) klargestellt werden, dass nicht jede beliebige Tätigkeit zu berücksichtigen ist, sondern neben dem Hauptberuf und ggf. nebenberuflichen Tätigkeiten nur solche, die in Leitungs- oder Aufsichtsorganen ausgeübt werden.

Rz. 86, Ausscheiden von Organmitgliedern

Da die Organzusammensetzung jeweils dem Anhang zum eingereichten Jahresabschluss entnommen werden kann, und über den elektronischen Bundesanzeiger öffentlich zugänglich ist, könnte erwogen werden, Ausnahmen von der Pflicht zur Übermittlung vorzusehen, bzw. diese auf bestimmte Fälle zu beschränken, etwa für den Fall des Ausscheidens von Mandatsträgern im Zusammenhang mit Verschmelzungen.

Rz. 87, Beendigung eines Mandates

Hinsichtlich der Änderungen bei Mandaten empfehlen wir, einen Hinweis in die Merkblätter aufzunehmen, dass eine Meldepflicht nur bei Änderungen von bei der Mandatshöchstzahl zu berücksichtigenden Mandaten (Mandaten in Verwaltungs- und Aufsichtsorganen) besteht, nicht jedoch, wenn sich Änderungen bei den nicht zu berücksichtigenden Mandaten ergeben.

Rz. 98, Primäre Verantwortung des Instituts für das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 25d Abs. 1 KWG (vgl. auch Rz. 225 ff.)

Die BaFin postuliert hier, dass unbeschadet der aufsichtlichen Beurteilung die primäre Verantwortung für die Erst- und Folgebewertung der individuellen Eignung bei den Instituten liegt.

Diese Aussage berücksichtigt nicht, dass es Institute gibt, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt.[1] Diese Institute und ihre Organe haben keinerlei Einfluss auf die Besetzung des Verwaltungsrats. Ihnen würde somit die Pflicht zur Beurteilung von Tatsachen auferlegt, über die sie weder zu entscheiden haben, noch auf die sie überhaupt in irgendeiner Form Einfluss nehmen können. Nach den einschlägigen Rechtsgrundlagen (z. B. Sparkassengesetzen und Förder-/Investitionsbankgesetzen der Länder) bestimmt der Träger / die kommunale Vertretung bzw. das Land die Zusammensetzung des Verwaltungsrates. Der Träger ist darüber hinaus dafür zuständig, die erforderliche Sachkunde vor der Wahl bzw. Bestellung zu prüfen und sicherzustellen. Das Institut selbst hat also überhaupt keine Möglichkeit, auf die Auswahl der Mitglieder des Aufsichtsorgans Einfluss zu nehmen. Weshalb sollen sie dann die Eignung der Mitglieder beweisen müssen? Es kann daher nicht Aufgabe der Institute sein, das Vorliegen der Eignungsvoraussetzungen bei ihren Verwaltungsratsmitgliedern verbindlich zu beurteilen. Der Verwaltungsrat hat auch nicht die Kompetenz, in das Wahlergebnis der kommunalen Vertretung bzw. den Bestellungsakt des Trägers einzugreifen. Sofern tatsächlich Zweifel an der Eignung bestünden, obliegt die verbindliche Entscheidung und Beurteilung des Sachverhaltes der Aufsichtsbehörde. Die „primäre Verantwortung" für die Beurteilung der Eignung der Verwaltungsratsmitglieder liegt gerade nicht bei den Instituten, lediglich eine Unterstützung der Träger bei der Beurteilung käme in Betracht.

Eine Eignungsbeurteilung durch die Institute, in denen allein der Träger die Mitglieder des Aufsichtsorgans bestimmt (und eine entsprechende Pflicht zur Mitteilung des Ergebnisses an die Aufsicht), wie es die EBA-Leitlinien und nun auch die nationalen Entwürfe für das Risikoreduzierungsgesetz und BaFin-Merkblätter vorsehen, lehnen wir folglich ab.

Ähnliches gilt für Genossenschaftsbanken, bei denen die Bestellung der Aufsichtsratsmitglieder der General- bzw. Vertreterversammlung obliegt. Hier hat die Geschäftsleitung des Institutes keinen Einfluss auf die Entscheidung des Mitgliederorgans, welche Personen für den Aufsichtsrat nominiert und gewählt werden. Daher ist es hier ebenfalls nicht sachgerecht, dem Institut und damit letztendlich der Geschäftsleitung die primäre Verantwortung für die Erst- und Folgebewertung der individuellen Eignung zuzuweisen.

Die Vorgaben der CRD sollen erklärtermaßen nicht in das nationale Recht, insbesondere das in den einzelnen Staaten bestehende Gesellschaftsrecht, eingreifen. Dieser Grundsatz findet zum Beispiel seinen Niederschlag in Artikel 88 Abs. 2 letzter Satz CRD, wonach bestimmte in der Richtlinie normierte Pflichten hinsichtlich der Besetzung und Bewertung der Organe nur dann greifen, wenn das Institut selbst auf diese Besetzung überhaupt Einfluss nehmen kann. Dieser Grundsatz wird bereits im Risikoreduzierungsgesetz und dem folgend auch den Merkblättern der BaFin missachtet, indem allen Instituten unabhängig von deren Verfasstheit insbesondere die

[1] Gemäß den Sparkassengesetzen der Länder entsendet der Träger regelmäßig 2/3 der Mitglieder des Verwaltungsrates; 1/3 der Verwaltungsratsmitglieder sind Arbeitnehmervertreter.

Pflicht auferlegt wird, die Eignung der Mitglieder des Verwaltungs-/Aufsichtsorgans im Sinne von § 25d Abs. 1 KWG zu beurteilen.
Sowohl die Interpretation durch die EBA als auch durch die BaFin hat der Ausfüllung der Vorgaben der CRD zu dienen. Es ist weder die Aufgabe der Aufsichtsbehörden noch liegt es in deren Kompetenz, über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Pflichten festzulegen. Mit der einschränkungslosen, alle Institute treffenden Verpflichtung zur Vornahme und Mitteilung der Eignungsbeurteilungen schießt aber die BaFin deutlich über die gesetzlichen Vorgaben hinaus.

Die für Sparkassen und weitere Institute wichtige Ausnahme in Artikel 88 Abs. 2 letzter Satz CRD bzw. Rz. 128 der EBA-Leitlinien muss zur Ausnutzung der ausdrücklich ermöglichten proportionalen Umsetzung unbedingt in das Risikoreduzierungsgesetz bzw. das BaFin-Merkblatt übernommen werden. Maximalharmonisierung oder sog. „Gold Plating" widersprechen einem präventiven, risikoorientierten Ansatz der Bankenaufsicht.

Richtig ist, dass es Aufgabe der Institute, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, ist, für die neu bestellten Verwaltungsratsmitglieder die Anzeige zu erstatten, die dafür erforderlichen Unterlagen von den Mitgliedern einzuholen und in Fällen, in denen sie aufgrund eigener Kenntnisse Unrichtigkeiten/Unstimmigkeiten in den Angaben eines Verwaltungsratsmitglieds bemerken, beim Mitglied nachzuhaken und ggf. die Auffälligkeit der BaFin im Rahmen der Weiterleitung der Anzeige mitzuteilen. Es kann jedoch nicht Aufgabe dieser Institute sein, das Vorliegen der Voraussetzungen des § 25d Abs. 1 KWG bei ihren Verwaltungsratsmitgliedern verbindlich zu beurteilen. Die Pflicht zur Prüfung der Eignung nach § 25d Abs. 1 KWG ist abzugrenzen von der Pflicht zur Beurteilung aus § 25d Abs. 11 KWG (Evaluierung). Dort werden Kriterien wie Größe, Zusammensetzung und Leistung des Aufsichtsorgans abgefragt, die dessen Arbeitsweise betreffen und deren Beurteilung dem jeweils amtierenden Aufsichtsorgan ohne weiteres möglich ist und auch bisher schon durchgeführt wird. Das ist nicht vergleichbar mit der verbindlichen Beurteilung des Vorliegens der Voraussetzungen aus § 25d Abs. 1 KWG, bei der es um die Entscheidung geht, ob ein einzelnes Mitglied dem Aufsichtsorgan angehören darf oder nicht.

Wir verweisen insofern auch auf die Stellungnahme der DK zum Referentenentwurf für ein Risikoreduzierungsgesetz (siehe dort Seite 17). Aus den dort bereits ausgeführten Gründen 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.

Generell sollte daher immer gelten, dass das Vorliegen der Voraussetzungen des § 25d Abs. 1 KWG bei den Mitgliedern des Verwaltungs-/Aufsichtsorgans neben der Aufsichtsbehörde nur von Organen/Gremien zu beurteilen sein sollte, die auch die Besetzung des Verwaltungs-/Aufsichtsorgans vornehmen oder an dieser zumindest maßgeblich mitwirken (vgl. Artikel 88 Abs. 2 letzter Satz CRD).

Wir weisen zudem darauf hin, dass in Fällen, bei denen die Bestellung nach den jeweiligen Rechtsgrundlagen ausschließlich durch den/die Anteilseigner/Träger bzw. dessen Aufsichtsorgan erfolgt (wie beispielsweise bei den Förderbanken in Form einer AöR), ohne dass das Institut darauf Einfluss nehmen kann, keine Verantwortung für die Erstbewertung übernommen werden kann.

Auch in Rz. 245 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). Auf Institute, die als Anstalten des öffentlichen Rechts organisiert sind (wie z. B. Sparkassen und Förderbanken), und deren Kompetenzgefüge passen die Vorgaben des neuen Bewertungsverfahrens nicht.

Die Vorgaben zur laufenden Überwachung und Neubewertung (mit Mitteilungspflichten, Rz. 258 und Maßnahmeempfehlungen, Rz. 259) führen zu einem nicht auflösbaren Interessenkonflikt. 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 die o.g. Institute nicht erforderlich und ungeeignet.

Das vorgesehene Beurteilungsverfahren führt zudem zu einem Zuständigkeitskonflikt. Unklar ist, wer diese Eignungsbeurteilung überhaupt durchführen sollte - und auf welcher Tatsachenbasis. Aufgrund des Organgefüges kann dies nicht der Vorstand tun, da es nicht ihm obliegen darf, die Mitglieder des ihm übergeordneten Verwaltungsrats hinsichtlich ihrer Eignung zu beurteilen. Der Vorstand kann nicht über die (Nicht-)Eignung von Verwaltungsräten befinden, die wiederum über dessen eigene Anstellung und Vertragsmodalitäten zu entscheiden und ihn zu überwachen haben. Dies wäre ersichtlich konfliktträchtig und praxisfern. Einen Nominierungsausschuss haben die meisten Sparkassen aufgrund ihrer Größe nicht. Es müsste sich also der gesamte Verwaltungsrat als Kollektivorgan mit der Eignungsfrage beschäftigen. Darüber hinaus ist neben allen bereits genannten Gesichtspunkten auch fraglich, ob das Aufsichtsorgan in seiner bisherigen Zusammensetzung, der die Geschäfte nur noch bis zum Zusammentritt des neu gewählten Aufsichtsorgans weiterführt, die Prüfung vornehmen dürfte oder ob dies das neue Aufsichtsorgan in der neuen Zusammensetzung vornehmen müsste. Letzteres könnte frühestens im Rahmen der konstituierenden Sitzung des neuen Aufsichtsorgans erfolgen, so dass die Zweiwochenfrist deutlich überschritten werden würde.

Eine Beurteilung nach der Bestellung zusätzlich zur Aufsicht auch vom Institut durchzuführen, bringt keinen Mehrwert, weil die Bewertung ebenfalls nur anhand der bei der Anzeige einzureichenden Unterlagen (Lebenslauf) erfolgen würde und allenfalls Unstimmigkeiten oder offensichtliche Auffälligkeiten an den eingereichten Unterlagen festgestellt werden könnten. Es obliegt aber dann nicht ihm, das betreffende Mitglied für ungeeignet im Sinne der Kriterien von § 25d Abs. 1 KWG zu befinden, da er nicht die Kompetenz hat, in das Wahlergebnis der kommunalen Vertretung bzw. den Bestellungsakt des Trägers einzugreifen. Sollte die kommunale Vertretung bzw. der Träger ausnahmsweise ein Mitglied in den Verwaltungsrat gewählt bzw. bestellt haben, an dessen Eignung Zweifel bestehen, so obliegt die verbindliche Beurteilung des Sachverhalts der Aufsichtsbehörde. Es hat sich bisher als vollkommen zureichend erwiesen, dass die Verwaltungsratsmitglieder die von der BaFin vorgeschriebenen Unterlagen einreichen und somit die BaFin zu einer Beurteilung ihrer Eignung kommen kann. Dabei muss es bleiben.

Wir weisen vorsorglich darauf hin, dass bei Annahme einer Beurteilungspflicht des Aufsichtsorgans die oben bereits thematisierte Frist von zwei Wochen auf keinen Fall zu halten wäre. Das Aufsichtsorgan wird als Kollektivorgan tätig, d. h. es müsste sich das gesamte Organ mit der Eignungsfrage befassen (allenfalls wäre die Übertragung auf einen Ausschuss denkbar, auch dann wäre aber der Zusammentritt dieses Ausschusses erforderlich, viele kleine Institute haben jedoch keinen Nominierungsausschuss). Dies für alle neu gewählten Mitglieder jeweils innerhalb der Zweiwochenfrist zu bewältigen, wobei eine Beurteilung überhaupt erst nach Vorliegen sämtlicher Unterlagen eines Mitglieds erfolgen kann, ist nicht möglich.

Ergänzend verweisen wir auf unsere Ausführungen zu Rz. 91 der Merkblätter zu den Geschäftsleitern.

Rz. 111, 112, Zeitpunkt der Fortbildung

Die Aussage, dass eine Fortbildung im Anschluss an die Bestellung der Tätigkeit in einem Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan im Ausnahmefall nicht generell entgegensteht, sollte gestrichen werden. Die BaFin geht über die Vorgaben der EBA/GL/2017/12, Rz. 95, hinaus, wonach eine Schulung/Fortbildung innerhalb von sechs Monaten abgeschlossen sein soll. Von einem Ausnahmefall ist insoweit nicht die Rede.

Insbesondere mit Blick auf Arbeitnehmervertreter dürfte eine der Bestellung nachgehende Schulung/Fortbildung zudem die Regel sein und bleiben; die Vorverlegung der Schulungs-/Fortbildungspflicht dürfte gegen das MitbestG verstoßen. Zudem möchten wir zu bedenken geben, dass es der Förderung der Diversität nicht zuträglich sein dürfte, wenn zu bestellende Mitglieder eines Aufsichtsorgans bereits über alle notwendigen Kenntnisse verfügen müssen.

Wir empfehlen daher, dass Regel-/Ausnahmeverhältnis nicht umzudrehen, sondern beizubehalten. Der Erwerb der Sachkunde durch Fortbildung nach der Bestellung sollte als gleichrangige Möglichkeit neben der Fortbildung vor der der Bestellung bestehen bleiben. Schließlich wird durch die EBA-GL ausdrücklich ein Onboarding-Zeitraum von sechs Monaten vorgesehen. Dann muss es auch möglich sein, in dieser Zeit die Sachkunde-Qualifikation zu erwerben.

Die Struktur und Datierung einiger Schulungsprogramme lässt den Abschluss der Einführungsschulung in seiner Gänze binnen sechs Monaten teilweise nicht zu. In diesem Zusammenhang hat sich die Aufsicht bislang kulant gezeigt. Wir gehen davon aus, dass das weiterhin gelebte Verwaltungspraxis bleibt.

Rz. 113, Vorlage eines Teilnahmenachweises

Im Merkblatt ist lediglich vermerkt, dass der Teilnahmenachweis nachzureichen ist. Es wäre sinnvoll, wenn dies auch auf elektronischem Wege möglich wäre.

Rz. 116 - 118, Kenntnisse und Fähigkeiten

Das Merkblatt führt dezidiert die erwarteten Kenntnisse auf. Dies ist neu. Nach unserer Bewertung umfassen die bisherigen Schulungen die einzelnen Punkte. Auffällig ist jedoch, dass auch „Führungsfähigkeit und -erfahrung" erwartet wird. Dazu stellt sich die Frage, wozu dies erforderlich ist, da die Mitglieder des Aufsichtsorgans nicht führen. Ob dies für die Überwachung des Vorstands hinsichtlich seiner Führungskompetenz erforderlich ist, darf bezweifelt werden.

Zur Überwachung der Geschäftsführung erwartet die Bundesanstalt, dass das Aufsichtsorgan in seiner Gesamtheit über ausreichende Fähigkeiten verfügt. Es sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass die fachliche Eignung „in der Gesamtheit" auch gegeben sein kann, wenn ggf. bei einem Mitglied des Aufsichtsorgans weniger ausgeprägte Kenntnisse, Erfahrungen oder Fähigkeiten als bei den anderen Mitgliedern vorhanden sind.

Das Merkblatt führt Aspekte der Geschäftsführungsüberwachung aus, die, undifferenziert zwischen kleinen, nicht komplexen Instituten und bedeutenden Instituten, für alle Aufsichtsorgane gelten sollen, was u.E. im Hinblick auf Größe, Umfang und Komplexität der Geschäfte einer Differenzierung bedarf.

Grundsätzlich ergeben sich die Überwachungsaufgaben der Geschäftsführung aus dem jeweiligen Gesellschaftsrecht (z.B. aus § 38 GenG für Genossenschaftsbanken und der Ausformung durch die hierzu ergangene höchst- und obergerichtliche Rechtsprechung). Insoweit bedarf es an dieser Stelle u.E. ausschließlich eines Verweises auf die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Regelungen.

Hinsichtlich der ergänzenden, erwarteten Aspekte der Bundesanstalt an die Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans in seiner Gesamtheit, sollten diese, wie in Rz. 117 aufgeführt, nicht als abschließender, sondern als beispielhafter Anforderungskatalog formuliert werden, der hinsichtlich des Geschäftsmodells, der Größe, Art, Umfang und Komplexität der Geschäfte des Instituts individuell angepasst werden kann. So könnte dem Proportionalitätsaspekt Rechnung getragen werden.

Aus dieser Sachkundedefinition für das einzelne Aufsichtsratsmitglied muss sich u.E. auch die Sachkundeanforderung an das Gesamtorgan ableiten lassen. Das bedeutet, dass wenn das Gesamtorgan über einzelne, in Rz. 117 genannte Fähigkeiten, Kenntnisse und Erfahrungen nicht verfügt, sich das Gesamtorgan dann der Expertise eines sachkundigen Dritten bedienen kann. Im Falle der Genossenschaftsbanken kann aufgrund der Mitgliedschaft des Instituts bei einem regionalen Prüfungsverband diese externe Expertise stets bei den dort vorhandenen Prüfungs- und Beratungsabteilungen angefordert werden und so u.E. im Einzelfall fehlenden (vertieften) Sachverstand im Gesamtorgan ersetzen.

Entsprechend der vorgenannten Formulierungsvorschläge wäre die Eignungsmatrix an das Gesamtorgan in Anhang II anzupassen.

Rz. 124, Kriterien für mangelnde Zuverlässigkeit

Hier heißt es nun: „Weitere Aspekte, die für eine mangelnde Zuverlässigkeit sprechen könnten und die daher von den Instituten beurteilt werden sollten, sind…". Auch diesbezüglich gelten die obigen Ausführungen zu Rz. 98 und 225 ff. entsprechend.

Rz. 132, Interessenkonflikte – Positionen mit hohem politischem Einfluss

Die Ausführungen zum Spannungsverhältnis zwischen den Institutsinteressen und denen von herausgehobenen politischen Positionen (auf Bundes- Landes- oder kommunaler Ebene) sollten dringend gestrichen werden. Es ist nicht ersichtlich, dass beispielsweise bei Ministern oder Landräten generell ein Spannungsverhältnis zu vermuten wäre, das bei anderen Organmitgliedern (z. B. Vertretern bedeutender Anteilseigner an einem Institut wie Hedgefonds) so nicht bestehen könnte. Die einseitige Heraushebung von aus der Politik kommenden Organmitgliedern ist vollkommen unangebracht. Ein solcher besonderer Hinweis könnte als „Standardfall" einer Interessenkollision 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. Deshalb sollte der Eindruck vermieden werden, solche Konstellationen bedürften besonderer Betrachtung.

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.

Zudem sollte berücksichtigt werden, dass nach den jeweiligen Rechtsgrundlagen zwingend vorgesehen sein kann, dass politische Mandatsträger in das Aufsichtsorgan bestellt werden. 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. Bei Förderbanken ist über die Investitionsbank- und Förderbankgesetze in der Regel ebenfalls eine Verknüpfung zwischen dem Institut und Vertretern der Landesregierung vorgesehen. 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.

Rz. 133, Anzeige von Interessenkonflikten

Die BaFin soll künftig über Interessenkonflikte und die dazu ergriffenen Maßnahmen informiert werden. Wir empfehlen, diese Mitteilungspflicht, für die es zumindest für LSI keine Rechtsgrundlage gibt, zu streichen. Zunächst stößt die vorgesehene Einführung einer „faktischen" Anzeigepflicht (das Wort „sollte" dürfte in der Praxis als zwingend angesehen werden) auf grundsätzliche Vorbehalte. Die Begründung von Anzeigepflichten sollte dem Gesetz, notfalls der AnzV vorbehalten bleiben. Weiterhin ist eine Dokumentation im Institut für aufsichtliche Zwecke ausreichend. In der Regel ist der Umgang mit Interessenkonflikten bereits in den Rechtsgrundlagen der Institute geregelt und liegt in der Eigenverantwortung der Institute. Wir sehen keinen Mehrwert in einer zusätzlichen Information der Aufsicht. Soweit vom Institut ein Interessenkonflikt dokumentiert wird, so erlangt die Aufsicht über den Prüfungsbericht Kenntnis zum Umgang und zur Tragweite des Interessenkonflikts und kann im Zweifel weitere Auskünfte anfordern.

Rz. 134, Prüfung von Interessenkonflikten

Die BaFin geht ausweislich ihres eigenen Merkblatts (Rz. 120) davon aus, dass die Zuverlässigkeit als gesetzliche Voraussetzung nicht positiv nachgewiesen werden muss, sondern unterstellt wird, wenn keine Tatsachen erkennbar sind, die eine Unzuverlässigkeit begründen. Dies sollte im Hinblick auf die geforderte Prüfung durch die Institute berücksichtigt werden. Das wahrheitsgemäße Ausfüllen des BaFin-Formulars zur Zuverlässigkeit durch das Organmitglied sollte hier im Regelfall ausreichend sein, um eine mangelnde Zuverlässigkeit, auch in Form von „Interessenkonflikten", zu erkennen.

Zudem wäre zu berücksichtigen, dass die Prüfung von Interessenkonflikten nicht in allen Fällen in allgemeiner Form bereits bei Bestellung des Mitglieds vorgenommen werden. Bei Instituten, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, erhalten die Institute die Unterlagen über die Verwaltungsratsmitglieder erst nach der erfolgten Bestellung durch den Träger. In eine Vorprüfung sind sie nicht eingebunden und können daher dieser Anforderung nicht nachkommen. Es sollte dazu eine Ausnahme formuliert werden.

Zudem müssten im Hinblick auf Sparkassen, die sparkassengesetzlichen Besonderheiten adressiert werden.[2]

Rz. 135 – 137, Unvoreingenommenheit

Die Beurteilung der Unvoreingenommenheit der Organmitglieder ist problematisch. Das KWG kennt den Begriff der Unvoreingenommenheit als erforderliche Eigenschaft eines Organmitglieds gar nicht. Lediglich in der CRD IV, die aber durch das KWG in nationales Recht umgesetzt wird und somit als solche keine Geltung für die Institute entfaltet, wird der Begriff „unvoreingenommen" zusammen mit ähnlichen Begriffen an einer Stelle vage erwähnt (Art. 91 Abs. 8). Eine Überprüfung hinsichtlich eines so vagen Begriffes, der keine gesetzliche Verankerung hat, sollte aus den nachfolgenden Gründen vermieden werden.

Die von der BaFin versuchte Begriffsdefinition zeigt, dass der Begriff der „Unvoreingenommenheit" in keiner Weise justitiabel ist und sich einer objektiven Beurteilung entzieht. Es gibt schlichtweg keine seriöse Methode, mit der eine solche „Unvoreingenommenheit" oder ihr Fehlen festgestellt werden könnte. Die genannten Fallgruppen helfen kaum weiter. Es sind im Entwurf keine Ausführungen dazu enthalten, wann die angeführten Beispiele als problematisches „Verhaltensmuster" im Sinne des Entwurfs anzusehen sind. Es ist völlig unklar, wie die BaFin sich hier eine Beurteilung anhand „früheren Verhaltens" vorstellt, sofern man nicht „Gesinnungsschnüffelei" betreiben oder in datenschutzrechtlich nicht zulässiger Art und Weise Nachforschungen anstellen will.

Hinzu kommt, dass die BaFin in ihrem Merkblatt die „Unvoreingenommenheit" offenbar als Teilaspekt der Zuverlässigkeit ansieht. Die Zuverlässigkeit muss jedoch laut Rz. 120 des Merkblatts nicht positiv nachgewiesen werden, sondern wird unterstellt, wenn keine gegenteiligen Tatsachen erkennbar sind. Dazu steht es in eklatantem Widerspruch, wenn die Institute standardmäßig die Unvoreingenommenheit von Mitgliedern des Aufsichtsorgans beurteilen sollen – einmal vorausgesetzt, der Begriff wäre überhaupt beurteilbar.

Im Hinblick auf Institute, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, muss an dieser Stelle erneut der Hinweis vorgebracht werden, dass wir die Durchführung einer Eignungsprüfung durch diese Institute ablehnen (siehe Rz. 98 und 225 ff.). Die Wahl der Verwaltungsratsmitglieder ist Sache der Träger. Wenn überhaupt, wäre dieser Punkt dort zu adressieren. Damit korrespondiert die Kritik am neuen PVVA-Vordruck. Darin sollen die Institute bestätigen, dass sie alle notwendigen Informationen zur Beurteilung der Zuverlässigkeit angefordert haben. Wenn überhaupt, kann man die Institute allenfalls verpflichten, den Lebenslauf zu prüfen.

Der Referentenentwurf für ein Risikoreduzierungsgesetz vom 22. April 2020 schlägt eine Regelung in § 25d Abs. 11 Satz 1 Nr. 3 KWG-E vor, wonach der Umstand, ein Organmitglied eines verbundenen Unternehmens oder einer verbundenen Organisation zu sein, kein Hindernis für das erforderliche unvoreingenommene Handeln der Mitglieder der Geschäftsleitung und des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans darstellt. Unvoreingenommenheit liegt also nicht per se allein aufgrund der Nähe zu verbundenen Unternehmen / Rechtsträgern vor. 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 nun im Rahmen der Umsetzung der CRD V und bei der Überarbeitung der Merkblätter endlich Rechnung getragen werden. Unseres Erachtens ist deshalb in der Verwaltungspraxis der BaFin eine ergänzende Klarstellung dringend erforderlich, so dass hiervon auch die vom Träger und vom Anteilseigner entsandten Mitglieder des Aufsichtsorgans profitieren. Die generelle Stigmatisierung der vom Träger entsandten politischen Aufsichtsorganmitglieder insbesondere bei den öffentlich-rechtlichen Instituten muss ein Ende finden

[2] Unter anderem gibt es danach dauerhafte Ausschlussgründe wie z. B. die verwandtschaftliche Beziehung zu einem Mitglied der Geschäftsleitung. Diese Vorgaben sind bei der Wahl zu beachten. Sollte der Sparkasse bei Mitteilung der gewählten Mitglieder und Erhalt von deren Unterlagen auffallen, dass bei der Wahl versehentlich ein solcher Ausschlussgrund übersehen wurde, so ist es geübte Praxis, dass das Institut den Träger entsprechend informiert. Nach allgemeiner Rechtsauffassung ist eine Person, bei der ein sparkassenrechtlicher Ausschlussgrund vorliegt, aber überhaupt nicht wirksam Mitglied des Verwaltungsrats geworden, so dass auf sie das Merkblatt keine Anwendung findet. Die Satzungen der Sparkassen enthalten ferner konkrete Vorgaben, in welchen Fällen ein Interessenkonflikt vorliegt und welche Konsequenzen dies hat (Ausschluss des betreffenden Mitglieds von der Beratung und Entscheidung in diesem Punkt). Es ist daher für das rechtzeitige Erkennen von und den Umgang mit Interessenkonflikten ausreichend, wenn die Verwaltungsratsmitglieder in der ersten Sitzung der Wahlperiode, im Rahmen einer Schulungsveranstaltung oder in anderer geeigneter Form auf die entsprechenden Vorschriften des Instituts und auf ihre Verpflichtung hingewiesen werden, bei Vorliegen derartiger Konflikte diese dem Vorsitzenden des Verwaltungsrats offenzulegen.

Rz. 139, Neubewertung der zeitlichen Verfügbarkeit

Wir regen an, die Neubewertung der zeitlichen Verfügbarkeit nicht bei jeder geringfügigen Änderung vorzunehmen: Unter anderem wäre aus unserer Sicht erforderlich, diese auf bestimmte Fälle zu beschränken, etwa bei Änderungen von bei der Mandatshöchstzahl zu berücksichtigenden Mandaten (Mandaten in Verwaltungs- und Aufsichtsorganen).

Mandate, die mit einem politischen Hauptamt satzungsgemäß verbunden sind, sollten zudem nicht differenzierter dargestellt werden müssen als bislang.

Hinsichtlich der Institute, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, gilt aus den unter Rz. 98 und 225 ff. genannten Gründen, dass es nicht deren Aufgabe sein kann, eine fortlaufende Eignungsprüfung und somit auch die darin enthaltene Bewertung der zeitlichen Verfügbarkeit durchzuführen. Die Aufgabe der Institute erschöpft sich darin, die Angaben zur zeitlichen Verfügbarkeit bei Bestellung vom Mitglied einzuholen und der BaFin zu übermitteln sowie einen Prozess zu installieren, durch den sie über Änderungen der zeitlichen Verfügbarkeit (z. B. Annahme neuer Mandate) informiert werden und diese Informationen ggf. an die BaFin weiterleiten können.

Die Verantwortung für die Einhaltung der Mandatsobergrenzen sowie die in diesem Zusammenhang vorzunehmende Bewertung der zeitlichen Verfügbarkeit liegt zudem bei dem Verwaltungsrats- bzw. Aufsichtsorganmitglied selbst. Für uns ist schwer vorstellbar, wie eine entsprechende Bewertung durch das Institut objektiv stattfinden soll. Wieviel Zeit jemand für ein Mandat aufwendet, ist auch von den jeweiligen individuellen Fähigkeiten abhängig, so dass sich das Institut insofern auf die Angaben der Mandatsträger verlassen können muss. Entscheidend hinsichtlich der zeitlichen Verfügbarkeit ist letztlich, ob der Mandatsträger tatsächlich die benötigte Zeit aufbringt (vgl. Rz. 143). Eine bloß theoretische zeitliche Verfügbarkeit bei jeder Änderung nach der Bestellung abzuprüfen, bringt keinen entscheidenden Erkenntnisgewinn. Das Institut kann eine laufende Bewertung der zeitlichen Verfügbarkeit ausschließlich für die Geschäftsleiter des Institutes vornehmen.

Rz. 140, Berücksichtigung von Ausschusstätigkeiten

Siehe Anmerkungen zu Rz. 81.

Rz. 141, nicht berücksichtigungspflichtige Tätigkeiten

Siehe Anmerkungen zu Rz. 83.

Rz. 143, zeitliche Verfügbarkeit

Hier sollte berücksichtigt bzw. klargestellt werden, dass das Institut insbesondere nicht überwachen kann, wie sich ein Mitglied auf die Sitzungen vorbereitet. Insofern kann keine diesbezügliche Überwachungspflicht für das Institut bestehen.

Rz. 145, Mandatsbegrenzungen

Im Verweis auf die Mandatsbeschränkungen zu „anderen Instituten" muss es anstatt „Abschnitt 8" „Abschnitt 7" heißen.

Rz. 157, 199, Geltung mehrerer Mandate als ein Mandat - Gruppenbegriff

Zunächst sehr zu begrüßen ist die Änderung, wonach zukünftig auch Mandate als Geschäftsleiter und als Mitglied eines Verwaltungs- oder Aufsichtsratsorgans in derselben Gruppe im Rahmen eines Privilegierungstatbestands zusammengezählt werden können. Dies steht im Einklang mit den Pflichten der Geschäftsleiter übergeordneter Unternehmen gem. § 25c Abs. 4d KWG, für die Umsetzung einer ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation bei gruppenangehörigen Unternehmen zu sorgen, was durch ein Aufsichtsratsmandat besonders effizient bewirkt werden kann.

Nach dem Gesetzentwurf des Risikoreduzierungsgesetzes wird der Gruppenbegriff der §§ 25c Abs. 2 S. 3 Nr. 1, 25d Abs. 3 S. 3 Nr. 1 KWG geändert. Dies ist im Merkblatt bisher nicht abgebildet und müsste vor der endgültigen Veröffentlichung der Merkblätter auf Grundlage des verabschiedeten Risikoreduzierungsgesetzes eingearbeitet werden.

Nach dem Risikoreduzierungsgesetz soll künftig auf den Gruppenbegriff der CRR II abgestellt werden.
Aus unserer Sicht besteht weiterhin das Bedürfnis, dass Mandate in Institutsgruppen, Mandate in Konzernen der Realwirtschaft und Mandate in Konzernen bzw. Gruppen der Versicherungswirtschaft rechtlich gleichbehandelt werden, also bei allen gleichermaßen eine Möglichkeit der Kumulierung besteht.
Zumindest bitten wir um eine entsprechende Klarstellung in der Verwaltungspraxis, wonach auch Versicherungsgruppen als „Gruppe im Sinne der CRR II" gelten. Im Geltungsbereich des KWG sollte eine Zusammenrechnung von Aufsichtsmandaten in Versicherungsgruppen in entsprechender Anwendung des § 24 Abs. 4 S. 2 VAG möglich sein. Dies wird als notwendig erachtet, um Mitgliedern von Geschäftsleitungs- und Aufsichtsorganen von Instituten bzw. Finanzholding-Gesellschaften die Wahrnehmung von Aufsichtsmandaten in Versicherungsgruppen, die aufgrund des Spartenprinzips aus einer Vielzahl einzelner Gesellschaften bestehen, zu ermöglichen und diese nicht in sachfremder Weise einzuschränken.
Zudem wäre eine Klarstellung hilfreich, dass eine Versicherungsgruppe auch dann als „Gruppe gemäß CRR II" angesehen werden kann, wenn zwar nicht die Versicherungsholding, aber stattdessen eine 100%-Tochter oder -Enkelgesellschaft der Versicherungsholding ein Finanzdienstleistungsinstitut ist.
Um insbesondere innerhalb dezentraler Institutsgruppen eine wirksame und effiziente Überwachung der Verbundunternehmen zu gewährleisten, ist es aus unserer Sicht zusätzlich notwendig, die Vorgaben zur Höchstanzahl von Aufsichtsmandaten im KWG und im VAG entsprechend anzugleichen, d.h. die Kumulierungstatbestände des KWG auch in das VAG zu übertragen. Diesbezüglich verweisen wir auf unsere Ausführungen in der DK-Stellungnahme zum Risikoreduzierungsgesetz (Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes, Seite 53).

Die BaFin führt an dieser Stelle u. a. aus, dass sie es für zulässig hält, die Privilegierung von Mandaten in Unternehmen, die demselben Konzern außerhalb der Finanzbranche angehören, zuzulassen. Dies sollte entsprechend auch für – die sachlich gleich zu behandelnden – Mandate in Wirtschaftsunternehmen gelten.

Für uns ist ferner nicht nachvollziehbar, warum diese von der BaFin über das Gesetz hinausgehende Privilegierung nur für Inhaber von Geschäftsführungsmandaten und nicht auch für Inhaber von Aufsichtsmandaten außerhalb der Finanzbranche gelten soll. Die Überarbeitung des Merkblattes sollte daher jedenfalls für eine Klarstellung in diesem Sinne genutzt werden.

Der Satz müsste dann lauten:

> *„In der Praxis hat sich gezeigt, dass Verwaltungs- und Aufsichtsorganmitgliedern mit Leitungs- <u>oder Aufsichtsmandaten</u> in Unternehmen außerhalb der Finanzbranche die Wahrnehmung von Mandaten in Instituten erschwert ist, weil sie zwar den gleichen Mandatsbeschränkungen wie Geschäftsleiter <u>oder Aufsichtsorganmitglieder</u> von Instituten unterliegen, aber nicht die gleichen Privilegierungsmöglichkeiten für ihre Mandate in Anspruch nehmen können. Um hier einen gewissen Ausgleich zu schaffen, hält es die Bundesanstalt für diesen Personenkreis für vertretbar, die Privilegierung von Mandaten in Unternehmen, die demselben Konzern außerhalb der Finanzbranche angehören, zuzulassen. …"*

<u>Rz. 163 ff., Anforderungen an Aufsichtsräte, Mandate bei Organisationen, die nicht überwiegend gewerbliche Ziele verfolgen</u>

Sehr zu begrüßen ist, dass die BaFin kreditwirtschaftliche Spitzenverbände, deren regionale Verbände sowie regionale Prüfungsverbände und Fachprüfungsverbände nicht als überwiegend gewerblich tätige Unternehmen betrachtet. Zu korrigieren ist allerdings die Formulierung, da regionale Genossenschaftsverbände und Fachprüfungsverbände keine Untereinheiten der Spitzenverbände darstellen (Ergänzung: „… sowie regionale Prüfungsverbände und Fachprüfungsverbände.").

Sachlich nicht angezeigt erscheint es, „Organisationen" unter den Unternehmensbegriff zu ziehen. Hier sollten nach dem Vorbild in Rz. 158 Organisationen <u>neben</u> den Unternehmensbegriff gestellt werden („Organisationen und Unternehmen"), so wie es auch in § 25c Abs. 2 Satz 4 KWG angelegt ist.

Die Liste der von der EZB in ihrem Leitfaden (dort Seite 22) angeführten Beispiele bezüglich Organisationen, bei denen angenommen wird, dass sie nicht gewerbliche Ziele verfolgen, ist sehr viel umfangreicher. Umfasst sind neben Sportvereinen, kulturelle Vereine und Einrichtungen, Stiftungen, Kirchengemeinden, Handelskammern, Berufsverbände und -organisationen und weitere nicht wirtschaftlich tätige Einrichtungen. Daher bitten wir um Ergänzung der Beispiele in Rz. 163 ff.

Rz. 165, private Vermögensverwaltung

Mandate in ausschließlich der privaten Vermögensverwaltung der Person oder ihrer Familienmitglieder dienenden Unternehmen werden i.d.R. als Mandate nicht überwiegend gewerblicher Prägung betrachtet. Vergleichbar hiermit sehen wir Mandate in den Beteiligungsholdings der genossenschaftlichen Finanzgruppe, durch die Genossenschaftsbanken an ihrer genossenschaftlichen Zentralbank (DZ BANK) und an weiteren Unternehmen in der Finanzgruppe (z.B. genossenschaftliche Rechenzentrale, R+V-Versicherung) beteiligt sind.

Bei diesen Beteiligungen handelt es sich um dauerhafte, strategische Beteiligungen. Mit der Gründung wurden zwei Ziele, nämlich Bündelung der Stimmrechte und Steuerfreiheit der Dividende durch das gewerbesteuerliche Schachtelprivileg erreicht. Auf Bundesebene gibt es mehrere regional tätige Holdings, in die die in der jeweiligen Region ansässigen Genossenschaftsbanken ihre Beteiligungen an den Unternehmen der genossenschaftlichen Finanzgruppe eingebracht haben und an denen ausschließlich sie im Verhältnis ihrer eingebrachten Beteiligung Anteile halten. Alleiniger Zweck dieser Holdings ist das Halten und Verwalten der eingebrachten Beteiligungen und die gemeinsame Ausübung der sich aus den Beteiligungen ergebenden Stimmrechte. Eine Gewinnerzielungsabsicht der Holdings besteht nicht. Die Ausschüttung der vereinnahmten Dividenden erfolgt nach Abzug evtl. Verwaltungskosten komplett an die Gesellschafter. Die Holdings übernehmen, analog zu den „Family Offices" bei der privaten Vermögensverwaltung lediglich eine Treuhandfunktion. Der Tatbestand der Erbringung einer Wertpapiernebendienstleistung ist u.E. nicht gegeben.

Insoweit sehen wir einen vergleichbaren Sachverhalt zur privaten Vermögensverwaltung und bitten, den Sachverhalt der Mandate in Beteiligungsholdings zum Zwecke der Vermögensverwaltung (ohne Gewinnerzielungsabsicht der Gesellschaft) als expliziten Sachverhalt für Unternehmen nicht überwiegend gewerblicher Prägung im Merkblatt aufzunehmen.

Rz. 178, Genehmigung eines zusätzlichen Mandats

Die BaFin empfiehlt, den Antrag bereits vor Bestellung einzureichen. Zur Klarstellung sollte aufgenommen werden, dass auch die nachträgliche Genehmigung möglich bleibt. Es sind Fälle denkbar, in denen es die Funktionsfähigkeit des Organs erfordert, dass eine Bestellung möglichst umgehend erfolgt.

Rz. 215, Vorsitzender Risikoausschuss

Der Vorsitzende des Risikoausschusses soll nach dem Merkblatt-Entwurf nicht zugleich Vorsitzender des Aufsichtsorgans sein. Eine nähere Begründung für die Anforderung liefert weder das Risikoreduzierungsgesetz noch das Merkblatt. Wir haben bereits in der Stellungnahme zum Risikoreduzierungsgesetz dafür plädiert, diese neue Vorgabe wieder aus dem Gesetzentwurf zu streichen. Entsprechend sollte sie auch im Merkblatt entfallen. Wenigstens sollten Proportionalitätsaspekte betrachtet werden. Vor dem Hintergrund, dass kleinere Institute wie Sparkassen, Genossenschaftsbanken und Förderbanken in der Regel kein risikoaffines Geschäftsmodell verfolgen, sollte eine entsprechende Erläuterung erfolgen, dass bei nicht bedeutenden Instituten, deren Geschäftsmodel risikoarm ist, auf diese Anforderung verzichtet werden kann.

Rz. 216, Mitglieder des Risikoausschusses sollen individuell über ausreichende Kenntnisse betreffend Risikomanagement und Kontrollverfahren verfügen

Auch diesbezüglich wird keine Verbindung zur Risikogeneigtheit des Geschäftsmodels des jeweiligen Instituts hergestellt. Auch hier sollte der Proportionalitätsgedankte Eingang finden (siehe Hinweis Rz. 215).

Rz. 218, kontroverse Diskussionskultur

Die Ausführungen zur gewünschten kontroversen Diskussionskultur sollten entfallen. Die Qualität der Ausschussarbeit oder die Befähigung seiner Mitglieder kann nicht daran festgemacht werden, ob es zahlreiche widersprechende Diskussionen gibt.

Rz. 219, personengleiche Besetzung

Mit dem Einschub, dass eine personengleiche Besetzung unter Berücksichtigung der Größe des Aufsichtsorgans, zu vermeiden ist, erscheinen uns die Ausführungen gut vertretbar. Im Umkehrschluss lesen wir das so, dass bei kleinen oder kleineren Aufsichtsratsgremien die Ausschüsse auch personengleich besetzt werden können. Eine teilweise identische Besetzung wird sich dagegen auch bei mittleren und größeren Gremien nicht immer vermeiden lassen. Dies sollte jedoch ebenfalls im Merkblatt klargestellt werden.

Rz. 220, Pflichten von Aufsichtsräten, Aufgaben von Ausschüssen

Klargestellt werden sollte, dass Institute, die nicht zur Bildung von KWG-Ausschüssen verpflichtet sind, sonstige (Satzung-) Ausschüsse bilden dürfen. Satzungsausschüsse brauchen dann auch nicht die nach dem KWG vorgesehenen Aufgaben übernehmen.

Rz. 225 -261, Nominierungsausschuss

Die umfänglichen Ausführungen erscheinen überfrachtet und im Ergebnis trotzdem wenig greifbar. Hier wurden ganze Passagen aus den EBA-Leitlinien übernommen, ohne die notwendigen Anpassungen vorzunehmen.

Insbesondere müssen alle Anforderungen in diesem Kapitel unter dem Vorbehalt von Art. 88 Abs. 2 letzter Satz CRD gestellt werden. Die Anforderungen an den Nominierungsausschuss und damit an die Eignungsbeurteilungen durch das Institut gelten nicht, wenn das Leitungsorgan nach nationalem Recht in keiner Weise an der Auswahl und Bestellung seiner Mitglieder beteiligt ist. Dies muss sich auch analog in den Merkblättern wiederfinden. Die dem Nominierungsausschuss zugewiesenen Aufgaben sind in Fällen, bei denen die Bestellung nach den jeweiligen Rechtsgrundlagen ausschließlich durch den/die Anteilseigner oder Träger bzw. dessen Aufsichtsorgan erfolgt, ohne dass das Institut darauf Einfluss nehmen könnte, größtenteils nicht umsetzbar (wir verweisen insoweit auf unsere Ausführungen zu Rz. 98).

Nach Rz. 226 (insbesondere Spiegelstriche 2 und 3) soll der Nominierungsausschuss Aufgaben zugewiesen bekommen, die eigentlich thematisch anderen Ausschüssen zugewiesen sind. Hierzu zählt der geforderte Zugang des Nominierungsausschusses zu den internen Kontrollfunktionen (…) einschließlich zu sonstigen Informationen zu Risikokultur und Risikolimiten sowie über jegliche wesentliche Verstöße, die aufgetreten sind, mit detaillierten Informationen und Empfehlungen für eingeleitete, einzuleitende oder vorgeschlagene Abhilfemaßnahmen. Dies fallen jedoch in erster Linie in Verantwortlichkeiten des Prüfungs- und/oder Risikokontrollausschuss. Insofern ist für uns unklar, auf welcher gesetzlichen Grundlage diese Aufgabenzuweisung an den Nominierungsausschuss erfolgen soll. Aus § 25d Abs. 11 KWG ergibt sich jedenfalls keine intensive Befassung mit Risikothemen. Ungeachtet dessen gilt zusätzlich, dass hieraus sich im Regelfall kein direktes Auskunftsrecht des Nominierungsausschuss gegenüber den internen Kontrollfunktionen ergibt, ohne dass der Vorstand seine Zustimmung erteilt hat.
Die vorgesehenen Zuweisungen von Aufgaben an den Nominierungsausschuss, die eigentlich thematisch dem Prüfungs- und/oder Risikokontrollausschuss zugewiesen sind, halten wir für sachlich nicht gerechtfertigt und für eine unnötige Verdoppelung von Aufgaben. Jedenfalls sollte an dieser Stelle ergänzt werden, dass diese Pflichten nicht zusätzlich durch das Aufsichtsorgan wahrzunehmen sind, wenn kein Nominierungsausschuss gebildet wurde.

Rz. 230, Kandidatenauswahl, Nachfolgeplanung

Es sind eine Nachfolgeplanung für Mitglieder sowie Pläne, Richtlinien und Abläufe des Instituts für den Umgang mit plötzlicher Abwesenheit oder Abreise von Mitgliedern aufzustellen.

Das ist bei Sparkassen und Instituten, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, nicht möglich und auch nicht sinnvoll. Denn in diesem Fall kann die Sparkasse oder Förderbank gar keine Nachfolgeplanung betreiben, da sie in den entsprechenden Auswahlprozess nicht eingebunden ist (vgl. Art. 88 Abs. 2

UAbs. 5 CRD IV). Hier ist eine Ausnahmeregelung erforderlich. Bei Abwesenheit werden die Verwaltungsratsmitglieder durch Stellvertreter, soweit es solche gibt, vertreten. Um die jederzeitige Handlungsfähigkeit sicherzustellen, sehen die Sparkassengesetze die Wahl stellvertretender Mitglieder vor. Da die Verwaltungsratsmitglieder durch Wahlen in der Vertretung des Trägers bestimmt werden, hat die Sparkasse ohnehin keinen Einfluss auf die gewählten Mitglieder.

Sofern ein Verwaltungsratsmitglied während der laufenden Wahlperiode ausscheidet, steht der Gruppe, die den Ausgeschiedenen vorgeschlagen hatte, ein Vorschlagsrecht zu. Die Sparkasse bzw. der Verwaltungsrat der Sparkasse hat keinen Einfluss auf die Nachbesetzungsentscheidung und kann der Vertretung des Trägers diesbezüglich keine Vorgaben machen. Daher macht eine Eignungsrichtlinie genauso wenig Sinn wie eine Beurteilung durch die Sparkasse. Hinzu kommt, dass die Forderung nach einer Eignungsrichtlinie auch für Sparkassen klar verkennt, dass mit der Besetzung des Verwaltungsrats auch die Nähe zum kommunalen Träger dokumentiert wird. Darüber hinaus ist nicht klar, wie der Träger das Vorliegen der geforderten Fähigkeiten (z. B. Authentizität, Verhandlungsgeschick, Kundenorientierung, Stressresistenz) prüfen und beurteilen soll. Zur Sicherstellung müssten Persönlichkeitsprofile erstellt werden. Richtlinien im Hinblick auf die Inhaber von Schlüsselfunktionen machen in Sparkassen keinen Sinn, da Sparkassen keine Risikoträger identifizieren und daraus folgend auch die Inhaber von Schlüsselfunktionen nicht benennen.

Die Wortwahl „Abreise" wirkt etwas merkwürdig. Unseres Erachtens sollte der Begriff entfallen, da es sich ohnehin nur um einen Unterfall der Abwesenheit handelt.

Rz. 231 ff., Diversitätsstrategie

Wenn eine Diversitätsrichtlinie für das Aufsichtsorgan nicht gesetzlich vorgeschrieben ist, dann wird ihre Erstellung auch nicht durch das Merkblatt erforderlich, da dieses nur bestehende Pflichten interpretieren, aber keine neuen begründen kann. Über das Gesetz zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern an Führungspositionen in der Privatwirtschaft und im öffentlichen Dienst vom April 2015 sind Diversitätsaspekte in das Gesellschaftsrecht und das Mitbestimmungsgesetz eingeflossen. Dieses wird auch vom Gesetzgeber weiterentwickelt, so dass eine darüberhinausgehende Regulierung nicht erforderlich ist.

Bei den Verwaltungsräten der Institute, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, macht eine Diversitätsstrategie keinen Sinn, da diese von der Vertretung des Trägers gewählt bzw. bestellt werden. Das Institut ist insoweit nicht verantwortlich. Wir bitten um Klarstellung.

Rz. 234, Pflichten von Aufsichtsräten, Diversität

Laut BaFin-Merkblatt könne in Diversitätsrichtlinien „anderer Institute" die Zielsetzung zur Förderung der Diversität qualitativ formuliert werden. Insbesondere gelte dies für Institute, bei denen Geschäftsleitung und Aufsichtsorgan zusammen weniger als fünf Mitglieder haben.
Die Zahl „fünf" ist nicht nachvollziehbar, da kaum ein Institut existieren dürfte mit weniger als drei Mitgliedern des Aufsichtsorgans. Erforderlich ist eine Korrektur (weniger als neun oder zumindest sechs Mitglieder).

Rz. 237 ff., Sicherstellungspflicht der Institute

Die hier von der BaFin postulierte Pflicht findet sich im Gesetz so nicht. Das Gesetz gibt lediglich die Voraussetzungen vor, die in der Person eines Geschäftsleiters bzw. des Mitglieds eines Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans gegeben sein müssen. Wer diese sicherstellen muss, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Dies kann auch im KWG nicht geregelt sein, weil die Sicherstellung der Eignung der Organmitglieder immer nur demjenigen möglich sein wird, der auf die Auswahl dieser Organmitglieder einen maßgeblichen Einfluss nehmen kann, was bei Sparkassen und weiteren Instituten hinsichtlich ihrer Verwaltungsratsmitglieder nicht zutrifft (vgl. Rz. 98 und 225 ff.). Insofern sind auch die zitierten Aussagen in den EBA-Leitlinien jeweils vor dem nationalen gesetzlichen Hintergrund zu interpretieren.

Wichtig ist hier, genau zu unterscheiden zwischen den gesetzlichen Voraussetzungen für die Organmitgliedschaft in § 25d Abs. 1KWG, die die BaFin im Anzeigeverfahren überprüft, und der Art und Weise der Tätigkeitsausübung im Organ, Zusammensetzung des Organs etc., die gemäß § 25d Abs. 11 KWG zu überprüfen sind (sog. Selbstevaluation). Das Merkblatt scheint hier beide Aspekte zu vermengen.

Rz. 238, 254, 258, Evaluierung / regelmäßige Überprüfung der Verfügbarkeit und Zuverlässigkeit

Bei sämtlichen Ausführungen zur laufenden Überwachung und Neubewertung der Mitglieder bleibt völlig unklar, wer diese Vornehmen soll. Letztendlich wird stets vom „Institut" gesprochen, ohne diesen technischen Begriff mit Positionen im Kreditinstitut zu füllen. Dabei ist eine laufende Überwachung der Geschäftsleitung durch das Aufsichtsorgan noch vorstellbar. Unklar ist jedoch, wie die Überwachung des Aufsichtsorgans erfolgen soll. Eine Verantwortung des Vorstands verbietet sich von selbst. Er kann nicht das Organ, das ihn überwacht, wiederum selbst überwachen.

Sofern ein Institut überhaupt die Eignung der Mitglieder des Aufsichtsorgans zu überprüfen hat, was für Institute, in denen der Träger die Mitglieder des Aufsichtsorgans bestimmt und solchen in der Rechtsform der Genossenschaft, zu verneinen ist (siehe Anmerkungen zu Rz. 98 und 225 ff.), erscheint die routinemäßige jährliche Überprüfung jedenfalls für nicht bedeutende Institute als unangemessener Aufwand. Es muss ausreichend sein, einen Prozess zu installieren, nach dem die Mitglieder des Aufsichtsorgans wesentliche Tatsachen mitteilen müssen, die zu einer veränderten Einschätzung der Zuverlässigkeit oder zeitlichen Verfügbarkeit führen könnten (z. B. Annahme eines neuen Mandats, Einleitung eines Straf- oder Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegen das Mitglied). Diese Tatsachen wären sodann der BaFin zur Kenntnis zu bringen, damit diese ggf. ihre Beurteilung aktualisieren kann.

Des Weiteren wäre klarzustellen, dass die Institute hier keine aktive Nachforschungspflicht trifft.

Falls der zweite Anstrich in Rz. 258 so zu verstehen ist, dass bedeutende Institute der BaFin die jährliche Bewertung der Organe in jedem Fall mitzuteilen haben, so ist dieser Aufwand als überzogen zu betrachten. Eine Mitteilungspflicht sollte nur dann bestehen, wenn es Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich wesentliche, für die Bewertung durch die BaFin relevante Änderungen ergeben haben könnten.

Rz. 239, Pflichten von Aufsichtsräten, Bewertung der Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen

Gemäß Merkblatt-Entwurf sollte eine komplette Neubewertung der Eignung des Aufsichtsorgans zumindest alle zwei Jahre durchgeführt werden. Aus unserer Sicht ist für zumindest kleinere Institute ein dreijähriger Turnus ausreichend. Dies jedenfalls ergibt sich aus den Erfahrungen der letzten Jahre seit Bestehen der Vorschriften zur Evaluierung.

Rz. 241 – 245, Richtlinien zur Eignungsbewertung

Eine Richtlinie zur Eignungsbewertung läuft bei Instituten ins Leere, in denen der Träger die Mitglieder bestimmt. Im Merkblatt ist darzustellen, dass diese Institute für die Personen, auf deren Auswahl sie keinerlei Einfluss haben, keine Richtlinie erstellen müssen.

Die Erstellung von Eignungsrichtlinien ist insbesondere für kleinere und mittlere Institute mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden, ohne dass ein konkreter Mehrwert erkennbar wäre. Dem Proportionalitätsgrundsatz könnte hier besser Rechnung getragen werden, wenn nicht bedeutende Institute von der Pflicht zur Erstellung von Eignungsrichtlinien befreit werden.

Nach dem Merkblattentwurf sollen Eignungsrichtlinien auch Diversitätsrichtlinien beinhalten oder auf diese verweisen. Auch die Abbildung der Regionalität des Aufsichtsorgans bezogen auf das Geschäftsgebiet der Genossenschaftsbanken, Sparkassen und Förderinstitute sollten die Anforderungen an die Diversität erfüllen können.

Bei den Ausführungen unter der Rz. 243 erschließt sich nicht, welchen Zweck die geforderte Analyse durch die Compliance-Funktion haben soll. Die Eignungsrichtlinien werden nach den gesetzlichen Vorgaben und im Einklang mit den internen Richtlinien erstellt. Was genau kann eine Analyse durch die Compliance-Funktion dann noch für einen Vorteil bringen? Wir bitten daher um Streichung der letzten beiden Sätze unter Rz. 243.

Rz. 246, anlassbezogene Eignungsbewertung

Nach § 25d Abs. 11 KWG ist eine turnusmäßige Eignungsbewertung der Geschäftsleitung/des Aufsichtsorgans in seiner Gesamtheit und jedes einzelnen Mitglieds für Institute von erheblicher Bedeutung erforderlich. Für „andere Institute" ist hierfür nach Rz. 239 ein zweijähriger Turnus vorgesehen. Wir regen hier, wie bereits unter Rz. 239 beschrieben, einen dreijährigen Turnus an.

Ergänzend sind in Rz. 246 eine Vielzahl von besonderen Situationen vorgesehen, die anlassbezogene Eignungsbewertungen erforderlich machen sollen. Diese Anforderung ist weder durch den Wortlaut des aktuellen § 25d Abs. 11 KWG gedeckt, noch im Referentenentwurf zum Risikoreduzierungsgesetzes vorgesehen. Daher sprechen wir uns dafür aus, Eignungsprüfungen auf den im Wortlaut des KWG enthaltenen Turnus zu begrenzen. Insbesondere Eignungsprüfungen bei jeder Neubestellung eines Aufsichtsorganmitglieds führen bei der Vielzahl der Organmitglieder zu einem nicht vertretbaren bürokratischen Aufwand. Wir bitten darum, Rz. 246 komplett zu streichen.

Rz. 247, Kriterien bei der Bewertung der individuellen Eignung

Zur individuellen Eignungsprüfung von Geschäftsleitern und Mitgliedern des Aufsichtsorgans kann die als Anhang III beigefügte Liste von relevanten Fähigkeiten verwendet werden. Hier sollte klargestellt werden, dass es sich bei den aufgeführten Fähigkeiten nicht um eine Mindestanforderung, sondern nur um beispielhafte Kriterien handelt, die den Instituten Orientierungshilfe geben sollen. Die Definition institutseigener Anforderungskriterien sollen von der Bundesanstalt gleichwertig beurteilt werden.

Wie schon unter Rz. 98 und 225 ff. dargestellt, kann es bei Instituten, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, nicht Aufgabe des Verwaltungsrats sein, das Vorliegen der Kriterien aus § 25d Abs. 1 KWG bei seinen Mitgliedern abzuprüfen und verbindlich zu beurteilen. Dies ist auch nach dem Gesetz nicht Ziel der Beurteilung. Die BaFin zitiert hier zutreffend § 25d Abs. 11 S. 2 Nr. 4 KWG, der nicht deckungsgleich mit den Anforderungen aus § 25c Abs. 1 und 25d Abs. 1 KWG ist.

Hinsichtlich der Umsetzung der Bewertung der individuellen Eignung von einzelnen Mitgliedern des Aufsichtsorgans stellt sich grundsätzlich die Frage nach der Verantwortlichkeit. Ferner ist die Umsetzung – unabhängig von den Verantwortlichkeiten – schwierig zu realisieren.

Rz. 248, 252, Eignung in der Gesamtheit der Geschäftsleitung und des Aufsichtsorgans

Bei der individuellen Eignungsprüfung von Mitgliedern des Aufsichtsorgans soll das Institut beurteilen, welche Kenntnisse, Fähigkeiten, Erfahrungen die Person zur Eignung in der Gesamtheit des Aufsichtsorgans einbringt. Das schränkt den Kandidatenkreis zu wählender Personen deutlich ein.

Hierin sehen wir einen Eingriff der Bundesanstalt in das Selbstorganisationsrecht der Genossenschaft. Die Mitglieder des Aufsichtsrats repräsentieren nach dem GenG die Struktur der Mitglieder und werden nicht primär nach aufsichtsrechtlichen Anforderungen ausgewählt. Eine Einflussnahme des Instituts auf die Kandidaten ist begrenzt. Dem Aufsichtsrat steht lediglich ein Vorschlagsrecht zu. Die Entscheidung über die Wahl neuer Aufsichtsratsmitglieder obliegt der Mitglieder-/Vertreterversammlung. Vor diesem Hintergrund sollte auf die Bewertung des Institutes der Eignung in der Gesamtheit des Aufsichtsorgans verzichtet werden.

Für uns stellt sich außerdem die Frage, ob sich aus der Geeignetheit des Kandidaten i.S. des Gesamtprofils des Aufsichtsratsorgans auch die Notwendigkeit einer Voranfrage an die Bundesanstalt bezüglich geeigneter Kandidaten ergeben soll. Dies lehnen wir ab.

Die als Annex beigefügte Eignungsmatrix für das Gesamtorgan in Anhang II verstehen wir als Orientierungshilfe, die in Inhalt und Umfang an die Eignungsanforderungen des Instituts angepasst werden soll.

Rz. 249, Sammeln von Informationen

Diese Verpflichtung erscheint überzogen. Es sollte klargestellt werden, dass die Institute hier keine aktive Nachforschungspflicht trifft.

Rz. 250, Positionsbeschreibung

Diese Beschreibung kann bei Instituten, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, für die Position des Verwaltungsratsmitglieds zwar vorgenommen werden (im Wesentlichen durch Zitieren der entsprechenden Passagen aus den BaFin-Merkblättern), hat aber keine Auswirkungen, da diese Institute selbst in keiner Weise Einfluss auf die Besetzung ihres Verwaltungsrats nehmen können.

Rz. 258, Mitteilungspflicht

Es stellt sich die Frage, ob die Mitteilungspflicht an die Bundesanstalt ein Vorgriff auf das noch nicht verabschiedete Risikoreduzierungsgesetz sein soll, oder ob sich dies auf Rz. 256 (Vorlageverlagen der BaFin gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 KWG) bezieht. Mitteilungs- bzw. Anzeigepflichten sollten dem Gesetz (ggf. AnzV) vorbehalten bleiben.

Rz. 259, Tätigwerden der Geschäftsleitung

Wir bitten darum, den letzten Satz dieser Randziffer („Die Geschäftsleitung soll den Ergebnisbericht [über die Bewertung durch das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan] zur Kenntnis nehmen und über die darin enthaltenen Empfehlungen entscheiden und, falls keine Empfehlungen übernommen werden, die entsprechenden Gründe dokumentieren.") zu streichen. Er führt zu einer völligen Umkehrung der Organverantwortlichkeiten.

Sollte das Aufsichtsorgan eines Kreditinstituts Anpassungsbedarf im Hinblick auf den Vorstand sehen, so hat das Aufsichtsorgan und nicht der betroffene Vorstand selbst (oder dessen Vorstandskollegen) über entsprechende Maßnahmen zu entscheiden. Schon gar nicht kann der Vorstand über Maßnahmen entscheiden, die das ihm übergeordnete Verwaltungs-/Aufsichtsorgan betreffen. Dies gilt umso mehr, als die BaFin als mögliche Maßnahmen auch die Ernennung oder den Austausch von Organmitgliedern benennt. Somit würde die Geschäftsleitung über den Austausch von Mitgliedern desjenigen Organs entscheiden, das ihr übergeordnet und zu ihrer Überwachung berufen ist.

Rz. 260, Überprüfung der Grundsätze der Geschäftsleitung für die Auswahl und Bestellung der oberen Leitungsebene

Eine solche Überprüfungspflicht des Aufsichtsrats erscheint jedenfalls in kleineren Instituten als unverhältnismäßig. Zum Teil besteht unterhalb des Vorstands gar keine eigene obere Leitungsebene mehr. Selbst wo dies der Fall ist, sollten im Merkblatt Ausnahmen für kleinere Institute mit nur wenigen Dutzend Mitarbeitern zugelassen werden.

Rz. 266, Abberufung von Mitgliedern des Aufsichtsorgans

Adressat eines Abberufungsverlangens ist regelmäßig das vertretungsberichtigte Organ eines Instituts und damit in der Regel der Vorstand. Die weiteren genannten Handlungsanweisungen an den Vorstand können Institute, in denen der Träger die Mitglieder des Verwaltungsrates bestimmt, in der Regel nicht ausüben. Die Abberufung von Mitgliedern des Verwaltungsrats erfolgt durch die Vertretung des Trägers, z. B. den Stadtrat bei einer Stadtsparkasse. Diesbezüglich hat der Vorstand dieser Institute keinerlei Möglichkeiten, tätig zu werden. Die Passage bedarf daher einer grundsätzlichen Überarbeitung.

2. Merkblatt Geschäftsleiter

Rz. 13, Verkürzung der Anzeigefristen von vier auf zwei Wochen

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz. 13 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 14, Gelegenheit zu einem Gespräch / Interviews, Einreichung weiterer Unterlagen

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz. 14 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 15, Prüfung durch die BaFin

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz. 15 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 17, Formulare

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz. 19 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 23, Anzeigepflicht bei Verlängerung einer zeitlich befristeten Bestellung

Künftig soll auch die Wiederbestellung als Geschäftsleiter anzeigepflichtig sein. Bisher besteht diese Verpflichtung lediglich bei der erstmaligen Bestellung. Zu diesem Zeitpunkt sind die Geschäftsleiterqualifikation, die Anzahl der Mandate und die zeitliche Verfügbarkeit sowie die Zuverlässigkeit nachzuweisen. Darüber hinaus besteht eine Verpflichtung, Änderungen der bei der erstmaligen Bestellung gemachten Angaben gegenüber der BaFin anzuzeigen. Vor diesem Hintergrund besteht im Fall einer wiederholten Bestellung kein Grund, an Qualifikation und Zuverlässigkeit zu zweifeln. Zudem sind bereits jetzt Geschäftsleiter verpflichtet, Änderungen ihrer Situation (Art. 94 Abs. 1 SSM-RVO sowie § 24 Abs. 2a und 3 KWG, laufende Unterrichtungspflicht über neue Tatsachen, z.B. Aufnahme und Beendigung von Mandaten, Anzeige von Strafverfahren.) der Aufsicht zu melden, was nach unserer Erfahrung in der Praxis erfolgt. Darüber hinaus gibt es in Deutschland die Informationspflicht der Strafverfolgungsbehörden, an die Finanzaufsicht die Aufnahme von Strafverfahren gegen Mandatsträger zu melden (§ 60a KWG). Damit ist sichergestellt, dass die BaFin über die Zuverlässigkeit und die fachliche Qualifikation fortlaufend unterrichtet ist. Die Vorlage aller Dokumente bei Wiederwahl – unter anderem also auch des Führungszeugnisses und des Auszugs aus dem Gewerbezentralregister – ist daher redundant. Ein Prüfungsanlass besteht seitens der BaFin, wenn der Geschäftsleiter eine Änderung der einmal gemachten Angaben anzeigt. Es sollte daher bei der bisherigen Regelung verbleiben.

Die neue Anzeigepflicht bei Wiederbestellung wird zu einem höheren Aufwand sowohl bei den Instituten als auch bei den Verbänden führen. Wir gehen davon aus, dass lediglich die Tatsache der Verlängerung der Bestellung als solche anzeigepflichtig ist, nicht jedoch die bei einer Neubestellung erforderlichen Unterlagen (z.B. Lebenslauf, Registerauszüge) erneut beigefügt werden müssen. Wir bitten um eine entsprechende Klarstellung.

Mit Blick auf die Anzeigen von Geschäftsleitern ist zudem unklar, ob bereits die Absicht oder erst der Vollzug einer Wiederbestellung anzuzeigen ist. Eine Anzeige sowohl der Absicht als auch des Vollzugs der Wiederbestellung erscheint abwegig.

Davon abgesehen führt die Anzeigepflicht von Wiederbestellungen zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Benachteiligung von Instituten in der Rechtsform der AG und von Sparkassen gegenüber Instituten in der Rechtsform der GmbH, denn die Bestellung von Geschäftsführern einer GmbH ist grundsätzlich unbefristet, so dass es zu gar keiner anzeigepflichtigen Wiederbestellung kommt; demgegenüber ist in der AG eine maximal fünfjährige Bestellungsperiode zulässig (§ 84 Abs. 1 AktG). Rechtliche Vorgaben zu zeitlich begrenzten Bestellungsperioden existieren auch in anderen Instituten, wie z. B. Landes- und Förderbanken, auch viele Sparkassengesetze der Länder sehen eine zeitliche Begrenzung der Bestellung vor. Auch Mitglieder des Aufsichtsrats einer nicht mitbestimmten GmbH können bis auf Weiteres bestellt werden, so dass es auch insoweit zu keiner anzeigepflichtigen Wiederbestellung kommt.

Es sollte klargestellt werden, dass im Falle zeitlich unbefristeter Bestellungen, bei denen ein einmaliger Akt erfolgt und die Bestellung – unabhängig von Wiederverlängerung der Dienstverträge – solange bestehen bleibt, bis eine Abberufung stattfindet, die Anzeigepflicht entfällt, da es auf die organschaftliche Bestellung und nicht auf den Dienstvertrag ankommt.

Hinweis zum Klammerzusatz in Rz. 23: der Bestellung liegt kein Rechtsverhältnis - insbesondere nicht der Anstellungs-/Dienstvertrag - zugrunde.

Rz. 30, 52, 61 Einreichung von Unterlagen

Wir bitten um Klarstellung, dass bei einer schlichten Amtszeitverlängerung keine erneute Absichtsanzeige und Einreichung der Unterlagen erforderlich ist.

Rz. 31, Lebenslauf

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz. 31 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen (ggf. Orientierungshilfe aber nur fakultativ/keine Pflicht zur Umschreibung).

Rz. 42, Angabe zur gewissen wirtschaftlichen Abhängigkeit

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz. 47 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 43, konkurrierende Interessen des Geschäftsleiters

Bei der Anzeige sind künftig konkurrierende Interessen des Vorstandsmitglieds, eines von ihm geleiteten Unternehmens oder eines nahen Angehörigen gegenüber dem anzeigenden Unternehmen oder einem Mutter- bzw. Tochterunternehmen anzugeben. Der Begriff des konkurrierenden Interesses ist völlig unbestimmt. Damit ergibt sich für das Vorstandsmitglied eine erhebliche Unsicherheit im Hinblick darauf, welche Angaben an dieser Stelle zu machen sind. Auch die Intention der BaFin hinsichtlich der Angaben ist unklar. Damit erschließt sich ihr Mehrwert nicht. Sehr überspitzt gedacht könnte sich die Frage stellen, ob ein Vorstandsmitglied überhaupt eine Vergütung mit dem Institut verhandeln darf. Denn dort drängt sich der Interessenkonflikt geradezu auf. Soweit an dieser Angabe festgehalten wird, ist daher eine weitergehende Definition erforderlich.

Rz. 65, Angabe von Mandaten

Wir verweisen zunächst auf unsere Ausführungen zu Rz. 71 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Sachlich nicht angezeigt erscheint es, „Organisationen" unter den Unternehmensbegriff zu ziehen. Hier sollten nach dem Vorbild in Rz. 137 Organisationen neben den Unternehmensbegriff gestellt werden („Mandate bei Organisationen und Unternehmen…"), so wie es auch im KWG in § 25c Abs. 2 Satz 4 angelegt ist.

Rz. 70 ff., Angaben zur zeitlichen Verfügbarkeit

Während bislang eine Gesamtschau der Tätigkeiten und Mandate ausreichte, verlangt die Aufsicht nunmehr eine stundengenaue Schätzung des Arbeitsaufwandes ("Angabe gegenüber der Bundesanstalt bezogen auf das jeweilige einzelne Mandat in Stunden pro Jahr"). Diese neue Vorgabe ist unverhältnismäßig und nicht erforderlich, um die Angaben zur zeitlichen Verfügbarkeit zu verifizieren. Wie in der Vergangenheit kann die BaFin auch in Zukunft aus einer Gesamtschau ohne weiteres auf ein hinreichendes Zeitbudget schließen; im Übrigen würde eine stundengenaue Angabe lediglich zu einer Scheingenauigkeit führen.

Redaktionelle Anmerkung zu Rz. 73: Im 3. Satz sollte es heißen: „Der Geschäftsleiter … hat den zeitlichen Aufwand … entsprechend den Vorgaben ... anzugeben".

Rz. 76, geringfügige ehrenamtliche Tätigkeiten, die dem Privatleben zuzuordnen sind

Die Ausführungen zu Rz. 83 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gelten entsprechend.

Rz. 82, Ausscheiden von Geschäftsleitern

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz. 86 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 83, Beendigung eines Mandates

Die oben gemachten Ausführungen bei Rz. 65 zu Veränderungen von Mandaten gelten hier entsprechend.

Rz. 91, Anforderungen an Geschäftsleiter

Hier wird folgender Passus eingefügt: „Unbeschadet der aufsichtlichen Beurteilung verbleibt die primäre Verantwortung für die Erst- und Folgebewertung der individuellen Eignung und der Eignung in der Gesamtheit der Geschäftsleitung bei den Instituten." Diesbezüglich und in diesem Kontext durchgängig für das gesamte Merkblatt (insb. auch Rz. 102 sowie bei den entsprechenden Anzeige-Formularen) wäre klarzustellen, dass mit dem „Institut" dasjenige Organ gemeint ist, das über die Bestellung von Geschäftsleitern und Mitgliedern des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan nach den jeweiligen Rechtsgrundlagen entscheidet. Wie bisher sollte auch zukünftig allein das Aufsichtsorgan für bankaufsichtsrechtliche Eignungsbeurteilungen von Mitgliedern der Geschäftsleitung und – sofern anwendbar – des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans verantwortlich sein. Die Formulierungen stünden ansonsten auch im Widerspruch zu Rz. 227 des Merkblatts für Mitglieder des Aufsichtsorgans, wonach der Nominierungsausschuss den Verwaltungsrat oder das Aufsichtsorgan bei der Besetzung von vakanten Positionen unterstützt bzw. der Verwaltungsrat oder das Aufsichtsorgan Mitglieder der Geschäftsleitung bzw. des Verwaltungsrats bestellt.

Wir weisen zudem darauf hin, dass in Fällen, bei denen die Bestellung nach den jeweiligen Rechtsgrundlagen ausschließlich durch den/die Anteilseigner/Träger erfolgt, ohne dass das Institut darauf Einfluss nehmen kann, keine Verantwortung für die Erstbewertung übernommen werden kann.

Wir verweisen ergänzend dazu auch auf unsere Ausführungen im Rahmen unserer DK-Stellungnahme zum Risikoreduzierungsgesetz (§ 24 KWG-E).

Rz. 94, länger zurückliegende Tätigkeiten

Es wäre aus Sicht der Reglungsadressaten wünschenswert, hier statt der unspezifizierten Formulierung „... - länger zurückliegende Tätigkeiten können eine fachliche Eignung nicht begründen" eine konkretere Eingrenzung zu erhalten, wie zum Beispiel „über 5 Jahre zurückliegende …".

Rz. 99, theoretische Kenntnisse

Die BaFin will beim Eignungskriterium der theoretischen Kenntnisse nun auch Studiengänge mit informationstechnischen Inhalten zulassen. Sie verweist in der Fußnote auf das BaFin-Journal 12/2017, dessen Inhalt jedoch ein anderer ist. Im BaFin-Journal steht: „Um erleichterte Anforderungen an die praktischen Erfahrungen zu rechtfertigen, müssen IT-Ressortverantwortliche profunde theoretische und praktische Kenntnisse im IT-Bereich nachweisen können." Im BaFin-Journal geht es also nicht um Erleichterungen bei den theoretischen, sondern bei den praktischen Kenntnissen. Es ist zu fordern, dass sich die BaFin bei den spezifischen Anforderungen an IT-Vorstände auf eine klare Regelung festlegt und zudem nicht durch Verweise auf BaFin-Journale die Lesbarkeit des Merkblattes weiter verschlechtert.

Rz. 100, praktische Kenntnisse

Die geforderten – in aller Regel unverzichtbaren - praktischen Erfahrungen (Berufserfahrung im Kreditgeschäft sowie den die sonstigen Geschäftstätigkeit prägenden Tätigkeiten und dem Risikomanagement) stehen im Widerspruch zur geforderten Gesamteignung des Leitungsorgans (Rz. 91, 103). Handelt es sich beispielsweise um die Funktion des Leitungsorgans für die IT, ist unseres Erachtens nicht erforderlich, dass dieser Berufserfahrung in allen die Geschäftstätigkeit des jeweiligen Kreditinstituts prägenden Bereichen (und das dann auch noch auf einer entsprechend hierarchisch hoch angesiedelten Position) haben muss. Grundkenntnisse des Geschäftsmodells, die nicht unmittelbar auf hoher Managementebene erlangt sein müssen, sollten dafür ausreichend sein. Entscheidender in diesem Beispiel sind die umfassenden IT- Kenntnisse und die damit verbundenen Kenntnisse des IT-Risikomanagements. Es ist daher eher eine Einzelfallbetrachtung heranzuziehen (so wie auch in Rz. 93 dargelegt). Andernfalls finden die Institute keine geeigneten Kandidaten mehr, da niemand die immer umfangreicheren aufsichtlichen Anforderungen erfüllen kann.

Rz. 102, 103 Kenntnisse und Fähigkeiten

Wir verweisen zunächst auf unsere Ausführungen zu Rz. 116 - 118 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Wir weisen weiterhin darauf hin, dass der Prüfungsmaßstab und auch eine entsprechende Definition der verwendeten Begrifflichkeiten („in ihrer Gesamtheit ausgewogenes Maß") im Merkblatt fehlen. Somit stellt sich für die Institute die Frage, wie eine Prüfung in der Praxis aussehen soll und an welchem Richtwert sich die Institute orientieren sollen.

Rz. 104, Einführung in das Amt

Der Sinn dieser Ausführungen erschließt sich nicht. Mit dem Zeitpunkt der Bestellung übernimmt das Vorstandsmitglied seine Aufgaben. Angesichts der Tatsache, dass bei der überwiegenden Anzahl der Sparkassen und Genossenschaftsbanken das Organ Vorstand aus zwei Mitgliedern besteht, dürfte eine Einführungsphase herausfordernd sein. Schließlich muss das Vorstandsmitglied unmittelbar als Entscheider tätig werden. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wer eine solche Einführung durchführen soll.

Rz. 113, konkurrierende Interessen

Siehe Anmerkungen zu Rz. 43.

Rz. 114, Interessenkonflikt – Positionen mit hohem politischen Einfluss

Nach dem Merkblatt wäre die gleichzeitige Ausübung einer Position mit hohem politischen Einfluss grundsätzlich möglich – wenn auch mit der Gefahr von Interessenskonflikten verbunden. Diese Konstellation ist jedoch rein praktisch kaum denkbar: Die Geschäftsleiter sind verpflichtet, ihre gesamte Arbeitskraft in den Dienst des Instituts zu stellen. Zugleich ein Amt mit hohem politischem Einfluss zu bekleiden, ist deshalb kaum vorstellbar. Damit sind diese Ausführungen im Hinblick auf die Anforderungen an Geschäftsleiter wenig praktisch relevant/nachvollziehbar. In jedem Fall fehlt eine Definition der hohen politischen Position (vgl. hierzu auch unsere Ausführungen zu Rz. 132 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen). Dieser Punkt sollte daher ersatzlos entfallen.

Rz. 115, Anzeige von Interessenkonflikten

Vgl. unsere Ausführungen zu Rz. 133 und 134 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 116, Prüfung von Interessenkonflikten

Im Rahmen der Eignungsprüfung sollen auch Interessenkonflikte geprüft werden. Es ist bereits fraglich, ob bei der Eignungsprüfung konkrete Interessenkonflikte bereits feststehen. In der Regel werden sich diese in der täglichen Arbeit ergeben können. Insoweit sollte einem Geschäftsleiter zunächst Gelegenheit gegeben werden, mit möglichen Interessenkonflikten verantwortungsbewusst umzugehen. Die Prüfung von Interessenkonflikten bei der Eignungsprüfung wirkt wie eine Vorverurteilung. Die Anforderung sollte entfallen.

Wir verweisen zudem auf unsere Ausführungen zu Rz. 91.

Rz. 117, Unvoreingenommenheit

Geschäftsleiter sollen unvoreingenommen sein. Trotz der aufgeführten Beispiele bleibt unklar, was damit gemeint ist. Die Beispiele selbst betreffen Selbstverständlichkeiten. Daher sollte auf die Einführung des Begriffs „Unvoreingenommenheit" verzichtet werden und die weiteren Ausführungen dazu sollten entfallen.

Rz. 119, frühere Tätigkeiten

Es wird gefordert, dass die Institute bei der Beurteilung der Unvoreingenommenheit des Geschäftsleiters sein früheres und aktuelles Verhalten berücksichtigen sollten. Es muss klar sein, dass dies kaum möglich ist, wenn

der Geschäftsleiter nicht vorher in demselben Institut tätig war. Allein aus wettbewerbs- und datenschutzrechtlichen Gründen werden die Institute keine Informationen über das Verhalten eines Geschäftsleiters/Mitarbeiters in anderen Instituten erhalten.

Rz. 120, zeitliche Verfügbarkeit

Es wird gefordert, dass die Institute die zeitliche Verfügbarkeit im Rahmen der fortlaufenden Eignungsprüfung bewerten. Dabei bleibt jedoch unklar, wer mit „die Institute" gemeint ist. Grundsätzlich ist für die Eignungsbewertung das Aufsichtsorgan verantwortlich, für den Zeitaufwand kann jedoch nur das Vorstandsmitglied persönlich verantwortlich sein - nicht das Institut.

Rz. 122, geringfügige ehrenamtliche Tätigkeiten, die dem Privatleben zuzuordnen sind

Wir verweisen auf unsere Ausführungen zu Rz. 83 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 136, Geltung mehrere Mandate als ein Mandat - Gruppenbegriff

Vgl. unsere Ausführungen zu Rz. 157, 199 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 142 ff., Mandate bei Organisationen, die nicht überwiegend gewerbliche Ziele verfolgen

Vgl. unsere Ausführungen zu Rz. 163 ff. für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 144, Private Vermögensverwaltung

Vgl. unsere Ausführungen zu Rz. 165 für das Merkblatt zu den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen.

Rz. 176 ff., Richtlinien und Prozesse

Neu ist unter dem Gliederungspunkt „Pflichten der Geschäftsleiter" die Konkretisierung einer "ordnungsgemäßen Geschäftsorganisation" durch entsprechende Richtlinien und Prozesse. Genannt werden explizit: Eignungsrichtlinien; Diversitätsrichtlinien für Geschäftsleitung, Verwaltungs- und Aufsichtsorgan sowie Mitarbeiter; Einführungs- und Schulungsrichtlinien; Richtlinien für den Umgang mit Interessenkonflikten für Geschäftsleitung, Verwaltungs- und Aufsichtsorgan sowie für Mitarbeiter.

Die Merkblätter erkennen an, dass aus Gründen der Proportionalität hierbei ein unterschiedlicher Detaillierungsgrad gefordert sein kann. Es ist wichtig, dass den Instituten kein überzogener Aufwand entsteht, zumal die Anforderungen zum Großteil durch bereits Vorhandenes (z. B. Gleichstellungspläne) erfüllt sein dürften oder unter den gegebenen Umständen wenig Sinn ergeben (z. B. Diversitätsrichtlinie, wenn der Vorstand (wie im Großteil der Sparkassen) nur aus zwei Personen besteht).

Laut Entwurf sollen die Diversitätsrichtlinien auch auf Bildungshintergrund und beruflichen Hintergrund eingehen. Dies überrascht, da Geschäftsleiter eines Kreditinstitutes sowie ein großer Teil der Mitarbeiter fachlich hoch spezialisierte Ausbildungen vorweisen müssen, die naturgemäß nur bedingt divers erfolgen können.

Im Hinblick auf die geografische Herkunft ist die Diversität von Vorständen und Mitarbeitern lediglich bei weltweit tätigen Instituten oder zumindest überregionalen Banken praktikabel. Bei Regionalbanken erscheint eine solche Forderung weder als sachgerecht, noch als realistisch, noch als erforderlich. Somit ist das Wort „insbesondere" unter Rz. 178 im letzten Spiegelstrich zu streichen.

Rz. 180, Eignungsrichtlinien

Institute sollen Eignungsrichtlinien etablieren. Dazu ist anzumerken, dass die Eignung der Geschäftsleiter bei der erstmaligen Bestellung geprüft wird. Die Anforderungen an die Eignung ergeben sich unmittelbar aus dem KWG. Bestehen vor der ersten Bestellung Zweifel hinsichtlich der Eignung erfolgt eine Abstimmung mit der

BaFin im Rahmen einer Voranfrage. Dies bietet den Beteiligten maximale Sicherheit. Diese Sicherheit kann ein interner Prüfprozess nicht vermitteln. Einmal jährlich erfolgt die Bewertung des Vorstands durch das Aufsichtsorgan. Risikoträger werden von vielen kleineren Instituten nicht identifiziert. Damit entfällt nach diesseitigem Verständnis auch die Identifikation von Schlüsselfunktionen unterhalb des Vorstands. Insofern machen Eignungsrichtlinien keinen Sinn.

Jedenfalls sollte klargestellt werden, dass diese Themen allesamt (z.B. Diversity, Schulungen, Assessments) auch in einer Richtlinie verbunden werden können und nicht zwingend in getrennten Dokumenten behandelt werden müssen.

Laut BaFin sollen Eignungsrichtlinien auch Diversitätsrichtlinien beinhalten oder auf diese verweisen. Diese Vorgabe halten wir für nicht nachvollziehbar, da die Eignung einer Person nicht gleich läuft mit der Einhaltung von Diversität im Institut.

Rz. 180, 192 ff. Inhaber von Schlüsselfunktionen im Institut

Für „Inhaber von Schlüsselfunktionsträgern" ist weder Bedarf noch eine hinreichende Rechtsgrundlage gegeben, um bezüglich solcher Personengruppen (wenn diese überhaupt klar abgegrenzt werden können) Erwartungshaltungen zu definieren oder den Instituten nähere Vorgaben zu machen. Eine Rechtsgrundlage ist weder in den europarechtlichen Vorgaben noch im KWG gegeben. Dies hatte die BaFin selbst in ihrer teilweisen Comply-Erklärung zu den EBA/GL/2017/12 festgestellt: „We see no adequate legal basis for such rules ...".
Alleine die KWG-seitige Vorgabe zur Zusammenarbeit mit der EBA (§ 7b KWG) entbindet auch heute nicht von der Notwendigkeit einer Rechtsgrundlage für behördliche Vorgaben (und ggf. darauf basierende Eingriffe) gegenüber den Instituten. Auch sonst findet sich im KWG keine hinreichende Grundlage, um Vorgaben für sog. „Schlüsselfunktionsträger" zu entwickeln. Die im Merkblattentwurf erwähnte Normkette (§§ 25a und 25c KWG) eignet sich nicht dazu, um behördlich spezielle Personengruppen gesonderten „Regelungen" zu unterwerfen. Insbesondere enthalten die gesetzlichen Begriffe „personelle Ausstattung" nebst deren eher gesamtstrukturellen Ausrichtung keine Anhaltspunkte für selektives Herausgreifen einzelner Personen oder Gruppierungen und diesbezüglich (eingriffsbedrohte) Vorgaben.

Schon vor diesem Hintergrund erscheint es dringend erforderlich, sämtliche Ausführungen zu Schlüsselfunktionsträgern in dem Merkblatt (-entwurf) (Rz. 180, 192 - 197) ersatzlos zu streichen.

Neben der fehlenden Rechtsgrundlage halten wir es auch nicht für sachgerecht, Schlüsselfunktionsinhaber in die Eignungsrichtlinie für das Leitungsorgan mit aufzunehmen, da es andere Zuständigkeiten und ganz andere Prozesse für die Besetzung von Inhabern von Schlüsselfunktionen gibt. Ferner sind an deren fachliche Eignung nicht die gleichen Anforderungen zu stellen, wie an Mitglieder des Leitungsorgans.

Rz. 182, Diversitätsrichtlinien

Diversitätsrichtlinien könnten in Instituten mit einem Geschäftsführungsorgan mit mehr als drei Mitgliedern Sinn machen. Ist das Organ kleiner, wird Diversität eine Herausforderung. Vor dem Hintergrund sollte ergänzt werden, dass entsprechende Richtlinien nur bei Organen mit mehr als drei Mitgliedern erforderlich sind. Diversitätsrichtlinien laufen außerdem in Instituten ins Leere, bei denen die Bestellung der Geschäftsleitung z. B. durch den Träger oder Anteilseigner erfolgt.

Zudem stellt sich die Frage, wie Diversitätsrichtlinien zugleich diskriminierungsfrei formuliert werden sollen. Letztendlich kann es dabei lediglich um bloße Absichtserklärungen gehen, innerhalb des Organs auf Vielfalt zu achten und dies bei der Auswahl geeigneter Kandidaten zu berücksichtigen.

Rz. 187, Richtlinien für Verfahren zur Einführung von Schulungen

Die Institute sollen Richtlinien und Verfahren zur Einführung und Schulung etablieren. Dazu ist anzumerken, dass eine enge Verzahnung mit den jeweiligen Akademien stattfindet. Dort werden auf die gesetzlichen Vorgaben zugeschnittene Schulungsangebote entwickelt und den Instituten angeboten. Interne Regelungen der Insti-

tute sind darüber hinaus nicht erforderlich. Zumindest für Institute, die quasi an eine Akademie „angeschlossen" sind, sollte daher eine Ausnahme formuliert werden. Da diese Angebote i. d. R. auch anderen Instituten offenstehen, halten wir diese Anforderung insgesamt für verzichtbar.

Rz. 187, Eignungsanforderungen an die Inhaber von Schlüsselfunktionen

Wie zu Rz. 180 bereits ausgeführt, sollte mangels fehlender Rechtsgrundlage sowie aus sachlichen Gründen auf Regelungen zu Inhabern von Schlüsselfunktionen im Merkblatt für Geschäftsleiter verzichtet werden.

Unbeschadet dessen lehnen wir auch die geforderte Bewertung der Inhaber von Schlüsselfunktionen ab. Das Gesetz stellt nicht dieselben Anforderungen an diese Personen wie an das Leitungsorgan. Auch dürfen diese nicht gefordert werden. Andernfalls würde kein geeignetes Personal zur Verfügung stehen, da es z.B. von dem Chef der IT unterhalb des Leitungsorgans nicht gefordert werden kann, dass dieser sich mit allen Geschäften des Kreditinstituts im Detail auskennt. Es ist selbstverständlich, dass die Institute bei der Besetzung vakanter Positionen im oberen Management darauf achten, dass dafür geeignete Personen ausgewählt werden, die auch entsprechende Erfahrungen auf den jeweiligen Gebieten aufweisen. Eine dem Leitungsorgan entsprechende Erfahrung ist gesetzlich nicht gefordert und kann daher auch nicht durch die Aufsicht auferlegt werden.

3. Formulare

Insgesamt ist bezüglich des mit den überarbeiteten Formularen verbundenen erheblichen zusätzlichen Aufwandes im Zusammenhang mit den Bestellungen von Organmitgliedern festzuhalten, dass dies in der Praxis eine starke Zusatzbelastung bei der internen Bewältigung dieser in der Regel ohnehin schon sensiblen Verfahren darstellen dürfte.

Soweit bei der Überarbeitung der Formulare auf das noch nicht verabschiedete Risikoreduzierungsgesetz (RIG) abgestellt werden soll, sei darauf hingewiesen, dass sich die DK gegen die vorgesehenen Änderungen von § 24 KWG ausdrücklich ausgesprochen hat (siehe hierzu im Einzelnen die DK-Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein RIG).

Aus Gründen, die mit den aktuellen Maßnahmen zu Covid-19 zusammenhängen, werden sich die Versammlungen und somit die Bestellungen der Aufsichtsorgane bis zum Jahresende 2020 hinziehen. Um nicht in diesem Prozess die Formulare wechseln zu müssen, wäre es sehr zu begrüßen, wenn die neuen Formulare erst ab dem Jahr 2021 Anwendung finden würden.

Formular PVGLSI:

Erklärung des anzeigenden Instituts

Unklar ist, wie die Abgabe dieser Erklärung organisatorisch zu bewerkstelligen ist und dabei die Zweiwochenfrist eingehalten werden kann. Da über die Eignung des Vorstands das Aufsichtsorgan zu entscheiden hat, kann eine solche Erklärung für Vorstandsmitglieder nur vom Vorsitzenden des Aufsichtsorgans unterzeichnet werden. Dies ist bisher bei den Bestellungs- und Vollzugsanzeigen nicht üblich und würde aufgrund der erforderlichen physischen Übermittlung z. B. aus der Sparkasse ins Landratsamt (zum Verwaltungsratsvorsitzenden) und zurück zu unnötigem organisatorischem Aufwand und Zeitverzögerungen führen. Denkbar ist z. B., dass der Verwaltungsrat mit dem Bestellungsbeschluss eine entsprechende Erklärung abgibt und den Vorstand mit der Erstattung der Anzeige und Weiterleitung der Erklärung bzw. Abgabe im Namen des Verwaltungsrats beauftragt.

Ende der Amtszeit

Bereits im Rahmen der Absichtsanzeige soll das Ende der planmäßigen Amtszeit mit angegeben werden. Diese Anforderung ist überflüssig und realitätsfremd.

Ersetzung des Geschäftsleiters
Ferner soll in der Absichtsanzeige angegeben werden, welcher bisherige Geschäftsleiter durch den neuen Geschäftsleiter ersetzt wird. Diese Anforderung ist überflüssig, da sich ausscheidende Geschäftsleiter bereits aus der Ausscheidensanzeige ergeben. Oftmals erfolgt das Ausscheiden des alten Geschäftsleiters erst ein bis sechs Monate nach Bestellung des neuen Geschäftsleiters; hier ist dann unklar, ob dann auch eine „Ersetzung" im Sinne des Formulars vorliegt.

Hauptaufgaben
Weiterhin sollen die zukünftigen Hauptaufgaben des Geschäftsleiters im Rahmen der Absichtsanzeige aufgelistet und um die Angabe ergänzt werden, ob es zu einem Dienstvertragsverhältnis kommen wird. Diese Angaben sind nicht nachvollziehbar.

Angaben zu Nr. 4
Nach Proportionalitätskriterien sollte im Freitextfeld unter 4. „Absicht der Bestellung" grundsätzlich die Angabe „Markt" oder „Marktfolge" genügen; bei einem Vorstand mit mehr als zwei Personen kann als Anlage noch der aktuelle Geschäftsverteilungsplan beigefügt werden.

Angaben zu Nr. 5 / Vollzug der Bestellung
Sofern an der Anzeigepflicht für Wiederbestellungen festgehalten werden soll, erscheint es sinnvoll, im Formular unter Punkt 5 ein separates Ankreuzfeld für die Anzeige einer Wiederbestellung vorzusehen oder hierfür einen vollkommen separaten Punkt einzufügen.

Angaben zu Nr. 7
Am Ende des Formulars unter Nr. 7 sollen Banken nun drei Erklärungen abgeben. Sachlogisch gehörten diese jedoch unter Nr. 4 (Absichtsanzeige). Die Erklärungen sind inhaltlich überflüssig.

Formular PVVALSI

Ersetzung des Mandatsträgers
In der Bestellungsanzeige soll angegeben werden, welches bisherige Mitglied des Aufsichtsorgans durch das neue Mitglied ersetzt wird. Diese Anforderung ist überflüssig, da sich ausscheidende Organmitglieder bereits aus der Ausscheidensanzeige ergeben.

Hauptaufgaben
Ferner sollen die zukünftigen Hauptaufgaben des Mitgliedes des Aufsichtsorgans in der Bestellungsanzeigeanzeige aufgelistet und um die Angabe ergänzt werden, auf Grund welcher Rechtsgrundlage die Person Organmitglied wurde. Diese Angaben sind nicht nachvollziehbar.

Angaben zur Tätigkeit
Für die Anforderungen im Freitextfeld unter 4. „Angaben zur Tätigkeit" muss beachtet werden, dass im Zuge der Neuwahl eines Aufsichtsratsmitglieds dessen Zugehörigkeit zu einem Ausschuss noch nicht feststeht.

Angabe zu Nr. 5
Am Ende des Formulars unter Nr. 5 sollen Banken nun vier Erklärungen abgeben. Sachlogisch gehörten diese jedoch unter Nr. 4 (Bestellungsanzeige). Es ist zudem nicht klar, von wem die Bestätigung für die Inhalte des Feldes unter 5. „Bemerkungen" abgegeben werden soll. Die Erklärungen sind aber auch inhaltlich überflüssig.

Die dort geforderte Beurteilung kann zudem erst nach einem Selfassessment des Aufsichtsorgans bestätigt werden, wenn die (neuen) Organmitglieder durch eine Wahl in einer Versammlung – und nicht nach den Anforderungen der Geschäftsleitung bzw. des Aufsichtsorgans – bestimmt werden.
Eine solche Erklärung kann nicht abgegeben werden, wenn das Institut die Eignung neuer Mitglieder nicht beurteilt, weil es nicht an der Auswahl und Bestellung der neuen Mitglieder beteiligt ist, Art. 88 Abs. 2 letzter Satz CRD (vgl. unsere Ausführungen zu Rz. 98 und 225 ff. zum Merkblatt für Verwaltungs- und Aufsichtsorgane).

Formular PVZLSI

Zukünftig sollen im PVZLSI-Formular die Personalausweis- oder Reisepassnummer, das ausstellende Land sowie der Gültigkeitsablauf des Dokumentes angegeben werden. Diese Angaben sind überflüssig, da die Identität von Personen im Bestellungsprozess ohnehin behördlich geprüft wird (mindestens bei der Beantragung des „Führungszeugnisses zur Vorlage bei einer Behörde" sowie der „Auskunft aus dem Gewerbezentralregister").

Die verschärften Anforderungen bei den Angaben zu Interessenkonflikten sind ebenfalls überflüssig.

***