

Merkblatt der BaFin zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen im Finanzsektor

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) hat am 3. Dezember 2012 eine neue Fassung des [Merkblatts zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG](#) veröffentlicht. In dieser Fassung hat die BaFin ihre Erfahrungen, die sie mit dem Merkblatt bisher gemacht hat, sowie die Ergebnisse einer vorausgegangenen Konsultation einfließen lassen.

BaFin Merkblatt

Mit dem Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG konkretisiert die BaFin weiter die gesetzlichen Regelungen, insbesondere zur Zuverlässigkeit und Sachkunde der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen im Finanzsektor.

Themen

So wie die Vorgängerversion ist auch die neue Fassung des Merkblatts in vier Abschnitte unterteilt:

- Materielle Anforderungen
- Verfahren und Unterlagen
- Pflichten der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen
- Maßnahmen bei Pflichtverletzung

Materielle Anforderungen

Die materiellen Anforderungen gelten für Organmitglieder und für ihre Stellvertreter. Diese müssen allen Anforderungen ab dem Zeitpunkt ihrer Wahl entsprechen. Sie gelten auch für Ersatzmitglieder, allerdings erst, wenn es tatsächlich zum Nachrücken des Ersatzmitglieds kommt.

Im Hinblick auf die materiellen Anforderungen hebt die BaFin als erstes die Relevanz der Sachkunde und Zuverlässigkeit sowie des Gebots der persönlichen und eigenverantwortlichen Amtsausübung hervor. Dies sei erforderlich, um sicherzustellen, dass die Mitglieder des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans (Mandatsträger) in der Lage sind, die von dem Unternehmen getätigten Geschäfte zu verstehen, deren Risiken zu beurteilen und ggf. Änderungen durchzusetzen.

Sachkunde

Proportionalität

Die Anforderungen an Sachkunde folgen dem Prinzip der Proportionalität. Dementsprechend ist es die Auffassung der BaFin, dass die Sachkunde in einem angemessenen Verhältnis zu der Größe und systemischen Relevanz des Unternehmens stehen muss und Art, Umfang und Risikogehalt der Geschäftsaktivitäten des Unternehmens entsprechen muss.

Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung

[Neu](#) ist die implizite Ausdehnung der Anforderungen des § 100 Abs. 5 AktG (wonach mindestens ein unabhängiger Mandatsträger über Sachverstand auf den Gebieten Rechnungslegung oder Abschlussprüfung verfügen muss), die nach dem Aktiengesetz nur für kapitalmarktorientierte Gesellschaften gilt, auf alle dem KWG und VAG unterfallenden Unternehmen. Hierzu vertritt die BaFin die Auffassung, dass auch bei nicht kapitalmarktorientierten Unternehmen ge-

währleistet sein müsse, dass das Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan seine Kontrollfunktion wahrnehmen kann.

Erwerb der Sachkunde

Wie bereits in der Vorfassung des Merkblatts hält die BaFin fest, dass die erforderliche Sachkunde auf unterschiedliche Art und Weise erworben werden kann:

Durch (Vor-)Tätigkeit

- in derselben Branche, wie z.B. als Mitglied der Geschäftsleitung oder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans eines vergleichbaren Unternehmens,
- in der öffentlichen Verwaltung oder
- aufgrund politischer Mandate, wenn diese über einen längeren Zeitraum maßgeblich auf wirtschaftliche und rechtliche Fragestellungen ausgerichtet und nicht völlig nachgeordneter Natur war oder ist.

Sodann erkennt die BaFin an, dass bei Kaufleuten sowie bei buchführungspflichtigen gewerblichen Unternehmen und Land- und Forstwirten eine allgemeine wirtschaftliche Expertise anzunehmen ist, so dass abhängig von der Größe und dem Geschäftsmodell des Unternehmens solche Personen über die erforderliche Sachkunde verfügen können.

Vertreter in mitbestimmten Verwaltungs- und Aufsichtsorganen

Nach wie vor vermutet die BaFin bei Beschäftigten der jeweiligen Unternehmensgruppe, die unmittelbar in die wirtschaftlichen und rechtlichen Abläufe des Tagesgeschehens des beaufsichtigten Unternehmens eingebunden sind (oder waren), das Vorliegen der erforderlichen Sachkunde.

Merkblätter sind norminterpretierende Verwaltungsvorschriften. Die BaFin kann hierdurch gesetzlich geregelte Anforderungen präzisieren, nicht aber neue Pflichten schaffen. Weder gegenüber Unternehmen, noch gegenüber den Gerichten kommt den BaFin-Verlautbarungen Rechtsverbindlichkeit zu. Sie sind jedoch für die Mitarbeiter der BaFin insofern verbindlich, als sie von der veröffentlichten Auslegung nicht willkürlich zum Nachteil der Betroffenen abweichen dürfen.

Geborene Mitglieder

Fast unverändert bleibt auch die Annahme der Sachkunde bei Hauptverwaltungsbeamten, Kämmerern und Beschäftigten in vergleichbarer Funktion einer Gebietskörperschaft. Voraussetzung für diese Annahme ist, dass die betreffenden Personen über einen längeren Zeitraum wesentliche Tätigkeiten ausgeübt haben, die maßgeblich auf wirtschaftliche und rechtliche Fragestellungen ausgerichtet waren. [Neu](#) ist aber die Klarstellung, dass die Vortätigkeit nur dann relevant ist, wenn sie nicht völlig nachgeordneter Natur war.

Fortbildung

Die erforderlichen Kenntnisse können in der Regel auch durch Fortbildung erworben werden. Inhaltlich muss die Fortbildung die wirtschaftlichen und rechtlichen Abläufe im Tagesgeschehen, das Risikomanagement, die Funktion und die Verantwortung der Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans, die Grundzüge der Bilanzierung sowie des Aufsichtsrechts erfassen, und zwar unter Berücksichtigung der Größe und systemischen Relevanz des Unternehmens und der Art, des Umfangs und des Risikogehalts der Geschäftsaktivitäten des Unternehmens. Es können keine Fortbildungsangebote durch die BaFin zertifiziert werden. Ob eine Fortbildung die erforderlichen Kenntnisse

vermittelt, kann nur im Einzelfall entschieden werden.

Zeitlich muss die Fortbildung spätestens in den sechs Monaten nach Bestellung erfolgen, wobei nach Abschluss der Fortbildung der entsprechende Teilnahmenachweis unverzüglich einzureichen ist. Diese BaFin-Auffassung ist nicht neu. [Neu](#) ist aber die Klarstellung, dass die sechsmonatige Schonfrist keinen Einfluss auf die gesellschaftsrechtliche Haftung hat. Diese greift ab der Bestellung.

Weiterbildung

[Neu](#) in dieser Fassung des Merkblatts sind auch die Weiterbildungsanforderungen. Verwaltungs- und Aufsichtsorganmitglieder haben Entscheidungen immer auf der Basis aktuellen Informationsstands zu treffen. Sie müssen die relevanten Änderungen kennen und sich mit neuen Rechtsvorschriften oder Entwicklungen im Bereich der Finanzprodukte vertraut machen.

Zuverlässigkeit und Interessenkonflikte

Unabhängig von der Sachkunde müssen Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen zuverlässig sein. Zuverlässig ist nur, wer sein Kontrollmandat sorgfältig und ordnungsgemäß wahrnehmen kann.

Die BaFin sieht in Interessenkonflikten ein Zuverlässigkeitshindernis. Ein

[neuer](#) Aspekt ist die Hervorhebung der BaFin, dass die sorgfältige und ordnungsgemäße Wahrnehmung des Kontrollmandats auch eine ausreichende zeitliche Verfügbarkeit voraussetzt.

[Neu](#) ist auch die Klarstellung, dass Unzuverlässigkeit kein Verschulden voraussetzt.

Anzahl der Mandate

Der gesamte Abschnitt zur Anzahl der Mandate ist [neu](#) im Merkblatt.

Zunächst verweist die BaFin auf die Regelungen im KWG und VAG, wonach nicht mehr als fünf Kontrollmandate bei unter der Aufsicht der Bundesanstalt stehenden Unternehmen kumuliert werden dürfen. Sodann stellt sie klar, dass Mandate bei Versicherungsunternehmen für die Berechnung der Mandate bei Banken (und auch umgekehrt) berücksichtigt werden.

Alle Mandate innerhalb von Unternehmen, die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem (KWG-Unternehmen) oder die derselben Versicherungs- oder Unternehmensgruppe (VAG-Unternehmen) angehören, werden jeweils als lediglich ein Mandat auf die Höchstzahl der Anzahl der Mandate angerechnet. Eine Wechselwirkung zwischen der Privilegierung für KWG-Unternehmen und für VAG-Unternehmen findet nicht statt. Für jede Bestellung kann nur die einschlägige gesetzliche Privilegierung in Anspruch genommen werden. Selbst wenn einem Konzern oder einem Unternehmensverbund sowohl Unternehmen, die den Vorschriften des VAG unterliegen, als auch Unternehmen, die den Vorschriften des KWG unterliegen, angehören, beurteilt sich die Ermittlung der Höchstzahl der Aufsichtsmandate unter Beachtung gruppeninterner Mandate stets getrennt nach KWG und VAG.

Altmandate, die bereits bei Inkrafttreten der gesetzlichen Regelung über die Höchstanzahl hinausgingen, müssen nicht abgebaut werden. [Neu](#) ist die Klarstellung, dass sogar Wiederbestellung zulässig ist; weitere Mandate dürfen jedoch nicht angenommen werden.

Verfahrensfragen und Unterlagen

Anzeige bei Bestellung

Die BaFin stellt klar, dass erst die tatsächliche Bestellung zum Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans (und nicht bereits, wie bei Geschäftsleitern, die Absicht) anzeigepflichtig ist. [Neu](#) sind die Klarstellungen,

- dass die Anzeigepflicht auch bei Mitgliedern von fakultativen Organen gilt, und
- dass die im Zuge von Umwandlungen erfolgten Neubestellungen ebenfalls anzeigepflichtig sind.

Mandatsverlängerungen durch Wiederwahl sind nicht anzeigepflichtig.

Die Anzeigepflichten gelten ebenso bei Stellvertretern. Bei Ersatzmitgliedern gelten sie erst ab dem tatsächlichen Nachrücken des Ersatzmitglieds. Daher sind erst zu diesem Zeitpunkt die erforderlichen Unterlagen einzureichen.

Einzureichende Unterlagen

Die neue Fassung des Merkblatts legt genau dar, welche Unterlagen eingereicht werden müssen und enthält als Anhang eine Checkliste. Dieser [neue](#) Ansatz ist für die Praxis hilfreich. Bei der Anzeige müssen eingereicht werden:

- Lebenslauf

Lebenslauf: Inhalt

Der Lebenslauf muss **lückenlos** sein und alle zur **Beurteilung der Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Informationen** beinhalten. Enthalten sein müssen darüber hinaus:

- Sämtliche Vornamen und Geburtsnamen
- Geburtstag
- Geburtsort
- Privatanschrift
- Staatsangehörigkeit
- Darlegung der fachlichen Vorbildung
- Alle Stationen des Berufslebens mit Angabe der Monate
- Namen aller Unternehmen, bei denen eine Tätigkeit ausgeführt wurde
- Art der jeweiligen (nicht ehrenamtlichen) Tätigkeit und Nebentätigkeiten
- Umfang der Vertretungsmacht
- Entscheidungskompetenzen
- Innerhalb des Unternehmens unterstellte Geschäftsbereiche
- Anzahl der Mandate
- Geschäftsbeziehungen zu dem beaufsichtigten Unternehmen einschließlich der Vermittlungstätigkeiten

- Formular "Angaben zur Zuverlässigkeit"

(beide eigenhändig unterschrieben und mit Datum zu versehen)

- Führungszeugnis oder Ersatzpapier aus dem Ausland und evtl. Übersetzung. Das Merkblatt erläutert die Art des einzureichenden Führungszeugnisses im Detail
- Evtl. Auszug aus dem Gewerbezentralregister
- Evtl. Nachweise über die Teilnahme an Fortbildungen
- Weitere Unterlagen: die BaFin kann weitere Unterlagen anfordern, wenn dies erforderlich erscheint.

Ist das neu bestellte Mitglied bereits Organmitglied eines unter der Aufsicht der BaFin stehenden Unternehmens, sind die zur Beurteilung der Zuverlässigkeit einzureichenden Unterlagen dennoch grundsätzlich erneut vorzulegen, wobei die BaFin im Einzelfall darauf verzichten kann.

Mitteilung von Veränderungen

Die BaFin bittet die Unternehmen um die Mitteilung aller Veränderungen im Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan und um die Übermittlung einer aktuellen Übersicht der Zusammensetzung des Organs.

Pflichten

Die Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen müssen ihren Pflichten jederzeit nachkommen. Sie müssen insbesondere Verstöße der Geschäftsleiter gegen die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung identifizieren und dagegen angehen. Dafür müssen sie die Geschäftsstrategie und Risikosituation des Unternehmens kennen und darüber urteilen können. Dies kann nur gewährleistet werden, wenn die Organmitglieder über ausreichende Zeit verfügen und das Geschehen im Unternehmen auch zwischen den Organsitzungen begleiten.

Neu in diesem Zusammenhang ist, dass die BaFin von den Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen fordert, sich beispielsweise mit Hilfe von Sitzungsunterlagen bereits im Vorfeld auf die Sitzung vorzubereiten – und zwar selbst, und nicht ausschließlich durch Mitarbeiter.

Die Vorbereitung setzt sowohl einen zeitlich und örtlich angemessenen Rahmen als auch geeignete Unterlagen voraus. Somit sollten die Unterlagen im Regelfall deutlich vor der Sitzung verteilt werden.

Maßnahmen bei Pflichtverletzung

Im Falle der Pflichtverletzung kann die BaFin das entsprechende Organmitglied verwarnen und bei Fortsetzung der Pflichtverletzung seine Abberufung verlangen. Wesentliche Pflichtverletzungen, die die Zuverlässigkeit oder Sachkunde in Frage stellen, berechtigen die BaFin auch ohne vorhergehende Verwarnung, die Abberufung zu verlangen. Unter den gleichen Voraussetzungen wie ein Abberufungsverlangen ist das Verlangen nach einer Tätigkeitsuntersagung sowie die Einsetzung eines Sonderbeauftragten anstelle des Organmitglieds möglich. Neu im überarbeiteten Merkblatts ist die Klarstellung, dass diese Maßnahmen bei Pflichtverletzung auch dann gelten, wenn das Organmitglied vor dem 1. August 2009 (also vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung der Finanzmarkt- und der Versicherungsaufsicht) bestellt wurde.

Ansprechpartner:

Daniela Weber-Rey
E-Mail: daniela.weber-rey@cliffordchance.com

Ana Paula Tavares
E-Mail: anapaula.tavares@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall.

Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance. Die E-Mail-Adresse lautet: vorname.nachname@cliffordchance.com

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46, 60325 Frankfurt am Main
© Clifford Chance 2012

Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten, Wirtschaftsprüfern, Steuerberatern und Solicitors ·

Sitz: Frankfurt am Main · AG Frankfurt am Main PR 1000

Weitere Informationen zur Clifford Chance Partnerschaftsgesellschaft – u.a. auch im Hinblick auf die erforderlichen Angaben gem. §§ 2,3 DL-InfoV – finden Sie unter www.cliffordchance.com

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh* ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Clifford Chance hat eine Kooperation mit Al-Jadaan & Partners Law Firm in Riyadh.