

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.

Düsseldorf, August 2009

Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht: Neue Regelungen für Aufsichts- und Verwaltungsräte in Banken und Versicherungen

Überblick zu den neuen Anforderungen hinsichtlich Sachkunde und Besetzung des Aufsichts- und Verwaltungsrats sowie hinsichtlich des Eingriffsrechts der BaFin.

Auf einen Blick ...

- Als Reaktion auf die Ursachen der Finanzmarktkrise hat das das „Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht“ zum 1. August 2009 wichtige Vorschriften des **Kreditwesengesetzes (KWG)** und des **Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG)** reformiert. Das KWG regelt die Aufsicht der Kreditinstitute. Das VAG regelt die Aufsicht von Versicherungsunternehmen, Pensionsfonds und Versicherungs-Zweckgesellschaften.
- Die Gesetzesreform konkretisiert die Notwendigkeit der „**erforderlichen Sachkunde**“ für **Aufsichts- und Verwaltungsratsmitglieder** und diesbezügliche **Eingriffsrechte der Aufsichtsbehörde**.
- Die Bestellung eines neuen Mitglieds des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans müssen Versicherungsunternehmen und Kreditinstitute unter Angabe der zur Beurteilung der Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Tatsachen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) (Kreditinstitute auch der Deutschen Bundesbank) mitteilen.
- Die BaFin darf Mitgliedern des Aufsichts- oder Verwaltungsrats nicht einfach die Tätigkeit untersagen, wenn nach ihrer Ansicht Sachkunde oder Zuverlässigkeit fehlen. Es bedarf zunächst eines Abberufungsverlangens an das Unternehmensorgan. Nur wenn der Aufsichts- oder Verwaltungsrat dem nicht nachkommt, hat die BaFin bei Gericht ein eigenständiges **Antragsrecht auf Abberufung** des jeweiligen Mitglieds. Die Abberufungsentscheidung des Gerichts richtet sich jedoch weiterhin ausschließlich nach den schon bislang bestehenden gesellschafts- und mitbestimmungsrechtlichen Grundlagen.
- Nicht zum Aufsichtsrats-/Verwaltungsratsmitglied kann bestellt werden, wer bereits **fünf Kontrollmandate** bei unter der Aufsicht der BaFin stehenden Unternehmen außerhalb derselben Versicherungs- oder Unternehmensgruppe bzw. außerhalb desselben institutsbezogenen Sicherungssystems ausübt.
- **Höchstens zwei ehemalige Geschäftsleiter** des zu kontrollierenden Unternehmens dürfen zu Mitgliedern des Aufsichts-/Verwaltungsorgans bestellt werden. Die entsprechende Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex gewinnt für Banken und Versicherungen auf diese Weise gesetzlichen Charakter.

Die Änderungen im Einzelnen

I. Regelungszusammenhang des Gesetzes

Ausgelöst durch die Finanzmarktkrise seit 2007 gab es verschiedene Gesetzesinitiativen. Insbesondere mehrere Gesetze zur Finanzmarktstabilisierung zielten mittels der Regelung von Bürgschaften und Beteiligungen an Unternehmen des Finanzsektors sowie über die Auslagerung von Problemkrediten auf eine Beruhigung der Märkte.

Zusätzlich zu diesen Krisenmaßnahmen, wird eine längerfristige **Verbesserung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht** angestrebt, damit sich die Finanzmarktkrise nicht wiederholt. Dies soll unter anderem durch verstärkte Eingriffsrechte der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) erreicht werden. Deshalb wird mit dem Gesetz zur Stärkung der Finanzmarkt- und Versicherungsaufsicht „angestrebt, die Eingriffsmöglichkeiten der Finanzmarktaufsicht in Krisenzeiten zu verbessern, ohne dem angelaufenen Reformprozess auf europäischer und internationaler Ebene vorzugreifen“, so die Gesetzesbegründung. Die Reform ändert insbesondere Vorschriften des die Kreditinstitute betreffenden Kreditwesengesetzes (KWG) und des die Versicherungsunternehmen, Pensionsfonds und Versicherungs-Zweckgesellschaften betreffenden Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG). Diese Änderungen sind am **1. August 2009 in Kraft** getreten.¹

Die verabschiedete Gesetzesreform soll insbesondere die **Prävention und den Informationsstand der Aufsicht** durch folgende Maßnahmen verbessern:

- Festsetzung höherer Eigenmittel- und Liquiditätsanforderungen
- Verschärfung qualitativer Anforderungen an die Mitglieder von Kontrollgremien
- Festsetzung eines Kapitalaufschlags
- Eingriffsrechte in Krisensituationen verbessern (Gewinnausschüttungsverbot, Zahlungsverbot an ausländisches Mutterhaus)
- Verantwortung der handelnden Personen stärken
- Für den Bereich der Versicherungsaufsicht soll zusätzlich die Stellung des Aktuars, die Aufsicht über Versicherungsholding-Gesellschaften sowie die Informationspflichten ausgebaut werden.

Gegenüber dem ursprünglichen Regierungsentwurf vom 25. März 2009 wurden im parlamentarischen Verfahren auf Druck verschiedener Akteure - auch der Gewerkschaften - noch bedeutende Änderungen vorgenommen. Die Kritik am Regierungsentwurf betraf insbesondere die Regelung der Qualifikationsanforderungen von Aufsichts- und Verwaltungsräten in Banken und Versicherungen sowie die Eingriffsrechte der Aufsichtsbehörde in die Besetzung der Organe.

Im vorliegenden Papier werden die **personellen Vorgaben für Aufsichts- und Verwaltungsrat und das entsprechende Eingriffsrecht der Aufsichtsbehörden** erläutert. Sie sind wichtig für die **Besetzung des Kontrollorgans**.

Gesetz abrufbar unter:

[Bundesgesetzblatt online](#)

Beschlussempfehlung des Finanzausschuss mit Begründung abrufbar unter:

[BT-Drucksache 16/13648](#)

¹ Weitere Änderungen des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes, der Kapitalausstattungs-Verordnung (in Teilen erst in Kraft ab 1.1.2010), des Pfandbriefgesetzes, des Wertpapierhandelsgesetzes (erst in Kraft ab 1.11.2009), des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes (erst in Kraft ab 31.10.2009) sowie der Verordnung über die Erhebung von Gebühren und die Umlegung von Kosten nach dem Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz sind enthalten.

II. Erforderliche Sachkunde

§ 36 Abs. 3 Satz 1 und 2 KWG (für Kreditinstitute), **§ 7a Abs. 4 Satz 1 und 2 VAG** (für Versicherungsunternehmen, Pensionsfonds, Versicherungs- Holdinggesellschaften oder Finanzholding-Gesellschaften)

*Die Mitglieder des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans [...] **müssen zuverlässig sein und die zur Wahrnehmung der Kontrollfunktion sowie zur Beurteilung und Überwachung der Geschäfte, die das Unternehmen betreibt erforderliche Sachkunde besitzen.** Bei der Prüfung, ob eine in Satz 1 genannte Person die erforderliche Sachkunde besitzt, berücksichtigt die Bundesanstalt den Umfang und die Komplexität der vom Institut/ Unternehmen/ Fonds betriebenen Geschäfte (Zusatz § 7a Abs. 4 Satz 2 VAG: sowie die Besonderheiten von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung im Hinblick auf eine Besetzung des Aufsichtsrats durch Vertreter der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer der Trägerunternehmen.)*

Die hier festgelegten Anforderungen gelten auch schon für bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes bestellte Organmitglieder.

Nachdem noch im Regierungsentwurf unterschiedliche Begriffe für VAG und KWG hinsichtlich der Anforderung an die Qualifikation der Organmitglieder gewählt wurden („erforderliche Kenntnisse, Fähigkeiten und fachliche Erfahrungen“ im VAG und „erforderliche Sachkunde“ im KWG) wurden die Begrifflichkeiten auch auf Drängen der Gewerkschaften angeglichen. Die Gefahr von sachlich unbegründeten Differenzierungen in der Gesetzesauslegung ist somit ausgeräumt. Auch eine Formulierung des Regierungsentwurfs, die für die fachliche Eignung auf die Erfahrung aus „leitender Tätigkeit bei Unternehmen vergleichbarer Größe und Geschäftsart“ abstellte, findet sich im verabschiedeten Gesetz nicht mehr. Sie hätte die spezifischen Qualifikationen der Arbeitnehmer und das System der Mitbestimmung vernachlässigt.

Sachkunde bedeutet laut Gesetzesbegründung zunächst, dass die betreffende Person im Zweifel nachweisen muss, dass sie über eine Eignung zum Verständnis der wirtschaftlichen und rechtlichen Abläufe im Tagesgeschehen des Unternehmens verfügen muss. Die Anforderungen richten sich im Detail nach den vom Institut schwerpunktmäßig getätigten Geschäften, abhängig von Größe, Umfang und Komplexität.

Eine negative Auswirkung auf die Beteiligung bzw. Auswahl der Arbeitnehmervertreter wird in der Gesetzesbegründung ausgeschlossen. Dort heißt es ausdrücklich:

*„Daneben erfüllen auch solche Personen die Voraussetzungen, die [...] sich durch berufsbezogene Weiterbildung die **erforderlichen Kenntnisse** angeeignet haben oder **bereit sind**, sich diese Kenntnisse **nach ihrer Wahl** in ein Verwaltungs- oder Aufsichtsorgan **anzueignen**. Auch diese Personen sind unter dem Aspekt der Überwachung der Geschäftsführung aus einem anderen, weniger finanzmarktgeprägten Blickwinkel als Mitglied eines Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans geeignet.“²*

Somit werden **keine neuen persönlichen Voraussetzungen für die Wahl der Arbeitnehmervertreter in das Kontrollorgan** aufgestellt. Die Wahlordnungen und Mitbestimmungsgesetze bestimmen abschließend die Voraussetzung für die Wählbarkeit. In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH genügt insbesondere die **Bereitschaft, sich die erforderlichen Kenntnisse nach der Wahl anzueignen**, die notwendig sind um alle normalerweise anfallenden Geschäftsvorgänge auch ohne fremde Hilfe verstehen und sachgerecht beurteilen zu können (BGH vom 15.11.1982, Fall Hertie, Die Mitbestimmung 1983, 83ff. = BB 1983, 101ff.; s. dazu: Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, 9. Aufl. 2009 Rz.749 f.). Der Hinweis auf „berufsbezogene Weiterbildung“ macht aber zugleich deutlich, dass angesichts Krise und gesteigerter Verantwortung von Organmitgliedern eine **stetige Weiterqualifizierung als Aufsichtsratsmitglied unerlässlich** ist. Eine entsprechende Erwähnung

² Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses vom 1.7.09, BT-Drucks. 16/13648, S. 41, 43.

gab es bereits in der Gesetzesbegründung zum Bilanzrechtsmodernisierungsgesetz hinsichtlich der Sachkunde in Fragen der Rechnungslegung oder Abschlussprüfung.

III. Mitteilungspflicht über Bestellung eines Aufsichts-/Verwaltungsratsmitglieds

§ 24 Abs. 1 Nr. 15 KWG und § 5 Abs. 5 Nr. 9 VAG

*Die Bestellung eines neuen Mitglieds des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans müssen Versicherungsunternehmen und Kreditinstitute unter Angabe **der zur Beurteilung der Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen/wesentlichen Tatsachen** der BaFin (Kreditinstitute auch der Deutschen Bundesbank) mitteilen.*

Die Erweiterung der Mitteilungspflicht ist lediglich eine Folgeänderung zur Erweiterung von § 36 KWG und § 7a VAG. Wenngleich es bezüglich der Meldung im KWG „erforderliche Tatsachen“ heißt und im VAG „wesentliche Tatsachen“, so ist die unterschiedliche Wortwahl lediglich als redaktionelles Versehen zu werten. Es ist nicht anzunehmen, dass dies unterschiedliche Meldepflichten nach sich ziehen soll. Voraussetzungen für die Bestellung sind mit der Meldepflicht nicht verknüpft (siehe oben II.).

IV. Eingriffsrecht der Aufsichtsbehörde (der BaFin)

§ 36 Abs. 3 Satz 3ff KWG (für Kreditinstitute); **§ 87 Abs. 8 VAG** (für Versicherungsunternehmen, Pensionsfonds, Versicherungs- Holdinggesellschaften oder Finanzholding-Gesellschaften), gem. **§ 121c Abs. 6 VAG** gilt entsprechendes für Rückversicherungsunternehmen

*Liegen Tatsachen vor, aus denen sich ergibt, dass ein [Aufsichts- oder Verwaltungsratsmitglied] nicht **zuverlässig** ist oder nicht die **erforderliche Sachkunde** besitzt, kann die **Bundesanstalt/Aufsichtsbehörde** von den Organen des betroffenen Unternehmens **verlangen, diese abuberufen** oder ihr die Ausübung ihrer Tätigkeit zu untersagen. Die Bundesanstalt kann dies von dem betroffenen Unternehmen auch dann verlangen, wenn der in Satz 1 bezeichneten Person wesentliche Verstöße des Unternehmens gegen die Grundsätze einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung wegen sorgfaltswidriger Ausübung ihrer Überwachungs- und Kontrollfunktion verborgen geblieben sind oder sie nicht alles Erforderliche zur Beseitigung festgestellter Verstöße veranlasst hat und dieses Verhalten trotz Verwarnung der Organe des Unternehmens durch die Bundesanstalt fortsetzt. [...] Soweit das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrats ein Aufsichtsratsmitglied abuberufen hat, kann dieser **Antrag** bei Vorliegen der Voraussetzungen [...] auch **von der Bundesanstalt/Aufsichtsbehörde gestellt werden, wenn der Aufsichtsrat dem Abberufungsverlangen der Aufsichtsbehörde nicht nachgekommen ist.***

Anders als im ursprünglichen Regierungsentwurf vorgesehen, steht es der BaFin nicht frei, die Tätigkeit eines Organmitglieds selbst zu untersagen, wenn nach ihrer Ansicht Sachkunde oder Zuverlässigkeit fehlen. Allerdings hat die Aufsichtsbehörde bzw. die **BaFin ein nachgeordnetes Recht, einen Antrag auf Abberufung bei Gericht dann zu stellen, wenn ein vorangegangenes Abberufungsverlangen gegenüber dem Kontrollorgan erfolglos war.**

Einerseits bleibt somit eine gerichtliche Entscheidung zur Abberufung eines Aufsichtsratsmitglieds nach § 103 AktG erforderlich. Zuständig für den Antrag bei Gericht ist weiterhin primär der Aufsichts-/Verwaltungsrat. Andererseits hat neuerdings nachgelagert auch die Aufsichtsbehörde ein Antragsrecht. Dieser Systembruch ist nicht zuletzt kritikwürdig, weil die Mitglieder des jeweiligen Aufsichts- oder Verwaltungsrats regelmäßig aufgrund der Zusammenarbeit mit dem betroffenen Mitglied über eine erheblich breitere Beurteilungsgrundlage verfügen als die Aufsichtsbehörde und weil sie außerdem einen besseren Überblick über den Kompetenzmix des gesamten Gremiums haben.

Wichtig ist aber letztendlich, dass „für die Abberufungsentscheidung des Gerichts **allein die bereits bislang bestehenden gesellschafts- und mitbestimmungsrechtlichen Grundlagen**“ maßgeblich sind - so ausdrücklich die Begründung des Finanzausschuss (S. 41, 44). Neue, bisher unbekannte Gründe für eine gerichtliche Abberufung sind demnach nicht ersichtlich.

VI. Begrenzung der Mandatszähl

§ 36 Abs. 3 Satz 6 KWG; § 7a Abs. 4 Satz 4 VAG

Es kann auch nicht bestellt werden, wer bereits fünf Kontrollmandate bei unter der Aufsicht der Bundesanstalt stehenden Unternehmen ausübt.

Nicht berücksichtigt werden: Unternehmen die demselben institutsbezogenen Sicherungssystem angehören und Unternehmen derselben Versicherungs- oder Unternehmensgruppe.

Nicht zum Aufsichtsrats-/Verwaltungsratsmitglied kann bestellt werden, wer bereits **fünf Kontrollmandate** bei unter der Aufsicht der BaFin stehenden Unternehmen außerhalb derselben Versicherungs- oder Unternehmensgruppe bzw. außerhalb desselben institutsbezogenen Sicherungssystems ausübt. Der Deutsche Corporate Governance Kodex empfiehlt außerdem, dass Vorstände börsennotierter Gesellschaften nicht mehr als drei konzern-externe Kontrollmandate innehaben sollen.

§ 36 Abs. 3 Satz 5 KWG, § 7a Abs. 4 Satz 3 VAG

Wer Geschäftsleiter war, kann nicht zum Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans des von ihm geleiteten Unternehmens bestellt werden, wenn bereits zwei ehemalige Geschäftsleiter des Unternehmens Mitglied des Verwaltungs- oder Aufsichtsorgans sind.

Höchstens zwei ehemalige Geschäftsleiter des zu kontrollierenden Unternehmens dürfen zu Mitgliedern des Aufsichts-/Verwaltungsorgans bestellt werden. Diese Vorgabe setzt die entsprechende Empfehlung des Deutschen Corporate Governance Kodex (Ziff. 5.4.2 Satz 3) für Banken und Versicherungen als gesetzliche Regelung durch. Damit soll der Gefahr von Interessenkonflikten der ehemaligen Vorstandsmitglieder vorgebeugt werden und eine unabhängige Kontrolle gewährleistet werden.

§ 7a Abs. 1 VAG begrenzt außerdem die **Mandatszähl von Geschäftsleitern**

Zum Geschäftsleiter kann nicht bestellt werden, wer bereits bei zwei Versicherungsunternehmen, Pensionsfonds, Versicherungs-Holdinggesellschaften oder Versicherungszweckgesellschaften als Geschäftsleiter tätig ist.

Allerdings kann die Aufsichtsbehörde dann mehr Geschäftsleitermandate zulassen, wenn es sich um Unternehmen derselben Versicherungs- oder Unternehmensgruppe handelt. Eine Übergangsfrist für diese Vorgabe gilt bis 31.12.2010.

Dr. Sebastian Sick, LL.M.Eur.
Referatsleiter Wirtschaftsrecht II
Tel.: 0211/7778-257
E-Mail: Sebastian-Sick@boeckler.de