

## Der unqualifizierte Aufsichtsrat: Anforderungen und Abberufungsmöglichkeiten der Bankenaufsicht

Für die Genossenschaften begnügt sich der Gesetzgeber zunächst in § 41 GenG mit dem Hinweis, § 34 GenG gelte für Aufsichtsratsmitglieder sinngemäß.<sup>1)2)</sup> Zudem sind die Ergänzungsvorschriften des § 38 f. und § 57 II ff. GenG zu beachten, bei Kreditgenossenschaften zudem die Bestimmungen des KWG. § 25a KWG liefert Anhaltspunkte für die Überwachungstätigkeit des Aufsichtsrates. § 36 III S. 1 KWG verlangt von den AR-Mitgliedern ausdrücklich Zuverlässigkeit und die erforderliche Sachkunde. Werden diese Anforderungen nicht erfüllt oder verletzt das Aufsichtsratsmitglied seine Pflichten, können sich Verwarnung, Abberufungsverlangen oder Tätigkeitsverbot (§ 36 III S. 3, 4 KWG) ergeben. Grundsätzlich hat sich das Maß der Sorgfalt dabei „nach der Beurteilung besonnener und gewissenhafter Angehöriger des betreffenden Verkehrskreises“ zu richten.<sup>3)</sup>

### BaFin-Merkblatt

Die bis zur Finanzkrise bestehenden Aufsichtsbestimmungen erwiesen sich zur Kontrolle von systemrelevanten Instituten als unzureichend.<sup>4)</sup> Es wurde offenkundig, dass Aufsichtsorgane fundamental versagt haben.<sup>5)</sup> Die BaFin versuchte, die Lücken sowohl im Aktiengesetz, im Gesetz betreffend Gesellschaften mit beschränkter Haftung als auch im Genossenschaftsgesetz zu schließen, und legte ein „Merkblatt für Verwaltungs- und Aufsichtsorgane“ vor, in dem sie ihre Auffassung von Anforderungen<sup>6)</sup> und Verfahrensabläufen festschreibt. Die Überwachungspflicht des Aufsichtsrates richtet sich grundsätzlich, neben der Prüfung des Jahresabschlusses, auf wesentliche Einzelmaßnahmen des Vorstandes, seine Berichte, abgeschlossene Aufgaben und präventiv auf geplante Vorhaben.<sup>7)8)</sup> Sinnvollerweise sollte sich die Kontrolle auch erstrecken auf: sämtliche notleidenden Kredite ab 50000 Euro; je Sitzung

zehn Kredite, die im Prüfungsbericht „Besonderer Teil“ mit Anmerkungen versehen sind; laufende und bevorstehende Rechtsstreitigkeiten mit Kunden (beispielsweise wegen Schlechtberatung bei Kapitalanlagen); laufende und bevorstehende Rechtsstreitigkeiten mit Kreditnehmern sowie anstehende Sanierungsfälle und Sicherheitenhereinnahmen ab 25000 Euro.

Scheffler verlangt, dass sich der Aufsichtsrat „mit der Organisationsstruktur, den wesentlichen Prozessen des Unternehmens sowie mit deren wirksamer Kontrolle“<sup>9)</sup> befasst. Die Sorgfaltspflicht gebietet auch eine umfassende eigene Prüfung und Tatsachenfeststellung bei etwaigen Vorwürfen Dritter gegen die Amtsführung des Vorstandes. Es ist unzulässig, sich Prüfungsergebnisse, so des Prüfungsverbandes oder der Bankenaufsicht, ohne Weiteres zu eigen zu machen.<sup>10)</sup>

Gemäß § 24 I Nr. 15 KWG ist die „Bestellung eines Mitglieds des Verwaltungs- oder

Aufsichtsorgans unter Angabe der zur Beurteilung seiner Zuverlässigkeit und Sachkunde erforderlichen Tatsachen“ mitzuteilen.<sup>11)</sup> Die BaFin beschreibt Konstellationen, bei denen sie das Vorhandensein der erforderlichen Sachkunde regelmäßig voraussetzt, so zum Beispiel bei Mitgliedern der Geschäftsleitung oder des Verwaltungs- und Aufsichtsorgans eines vergleichbaren Unternehmens.<sup>12)</sup> Dabei sind „Umfang und die Komplexität der vom Institut betriebenen Geschäfte (zu) berücksichtigen“ (§ 36 III S. 2 KWG). Nach dem von der BaFin erlassenen „Merkblatt“ muss das Kreditinstitut für jedes neugewählte Aufsichtsratsmitglied der Bestellungsanzeige unter anderem einen „aussagefähigen“ Lebenslauf beifügen. Dabei kann die Bundesanstalt „weitere Unterlagen anfordern“, soweit es ihr erforderlich erscheint, das heißt gegebenenfalls auch Schul- und Arbeitszeugnisse. Somit müsste ein Aufsichtsratsbewerber seine Verhältnisse in der Wahlversammlung offenlegen; der andere Weg wäre das informelle „Ausfiltern“ von Kandidaten. Beides ist in der Praxis unzumutbar.

### Ständige Weiterbildung gefordert

Fehlt der Nachweis nach der Wahl, verlangt die BaFin eine Bereitschaftserklärung des Aufsichtsratsmitglieds zum Erwerb der Sachkunde durch eine Fortbildungsveranstaltung binnen sechs Monaten. Die Behörde entscheidet im Einzelfall, ob sie die Fortbildung anerkennt. Diese Regelung ist mangels Bestimmtheit verbesserungsbedürftig. Allerdings verlangt die BaFin richtigerweise von jedem Aufsichtsratsmitglied den Nachweis ständiger Weiterbildung.

Nach Auffassung der BaFin könnte die Zuverlässigkeit eines Aufsichtsratsmitglieds fraglich sein, bei Interessenskonflikten mit seiner eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit,

*Hartmut Glenk, Direktor des Instituts für Genossenschaftswesen und Bankwirtschaft (IGB) Siegen/Berlin; Lehrbeauftragter für Unternehmensrecht und Unternehmensrechtsschutz*

*Gerade bei kleineren Banken sind die Qualifikationsanforderungen der Aufseher an Aufsichtsratsmitglieder in den Blick gerückt. Den Nachweis der erforderlichen Sachkunde an die BaFin beschreibt der Autor als schwierig. In der Praxis unzumutbar sind für ihn sowohl das Offenlegen sämtlicher Ausbildungsverhältnisse der Kandidaten als auch das informelle Ausfiltern von Kandidaten vor dem Wahlvorgang. Den Aufsichtsrat sieht er in der Pflicht, von sich aus erforderliche Unterlagen zu beschaffen, im Zweifelsfall zu intervenieren, zu erörtern und nachzufragen. (Red.)*

auch als Kreditnehmer des Instituts. Diese Tatbestände sind dann von dem Institut (wohl im Sinne einer Negativ- oder Positiv-erklärung) mit der Beststellungsanzeige an die BaFin zu übermitteln. Die Rechtslage ist nicht eindeutig: Das Merkblatt schweigt unter anderem bezüglich ausfallgefährdeter Kredite in Bezug auf Eckdaten, ab denen eine Anzeigepflicht bestehen soll. Auch die Ergänzung der verlangten „Straffreiheitserklärung“ um anzugebende „Ordnungswidrigkeitenverfahren“ (etwa „Rotlichtverstöße“?) ist wenig sinnvoll.<sup>13)</sup>

In der Praxis ist es generell problematisch, dass Führungskräfte über geeignete Instrumentarien verfügen, Pflichtverletzungen zu verschleiern, da sie Kontrolle über wesentliche Unternehmensbereiche ausüben, die wirtschaftliche Situation insgesamt oder im Einzelfall wesentlich prägen, ebenso wie die Unternehmenspolitik.<sup>14)</sup>

Soweit Kreditvergaben zustimmungspflichtig sind, ist es fatal, wenn die Entscheidung

bereits so weit vorangetrieben ist, dass dem Aufsichtsrat faktisch nur die Kenntnisnahme eines Sachstandes bleibt. Dann hat er zu intervenieren. Informationslücken und Mängel in der Berichterstattung des Vorstandes verlangen vertiefte Fachkenntnisse und eine intensive Befassung mit den jeweiligen Sitzungsvorlagen und dem Vortrag des Vorstandes. Der Aufsichtsrat hat von sich aus die erforderlichen Unterlagen zu beschaffen.<sup>15)</sup> Ihm obliegt eine weitreichende Nachforschungspflicht.<sup>16)</sup>

#### Unverzügliche, umfassende Information

Das häufigste Versagen von Aufsichtsräten vollzieht sich im Rahmen

- des § 57 II, III GenG dadurch, dass vom Vorstand keine unverzügliche umfassende Information und Dokumentation verlangt wird;

- der §§ 57 IV, 58 IV GenG durch Unterlassen der notwendigen Erörterungen inner-

halb des Aufsichtsrates bezüglich des voraussichtlichen Prüfungsergebnisses, des Prüfungsberichtes und der unzureichenden Erörterung und Ausübung der Frage- und Aufklärungspflicht in den gemeinsamen Sitzungen mit dem Vorstand und gegebenenfalls dem Prüfungsverband.

In der Praxis wird häufig erst im Regressverfahren gegen Vorstandsmitglieder oder bei Abberufungsprozessen die Frage nach der Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrates gestellt. Zum Beispiel: Die beklagte Genossenschaft hatte im Rechtsstreit gegen ehemalige Vorstände vortragen lassen, die Mitglieder des Aufsichtsrates seien zur Überprüfung der Bescheide der Aufsichtsbehörde und der Prüfungsberichte des Genossenschaftsverbandes nicht in der Lage gewesen. Dem hielt das Gericht entgegen: „Soweit die Beklagte meint, eine ... Überprüfung ... sei den Aufsichtsratsmitgliedern ... nicht möglich gewesen, diese seien ‚Laien und einfache Leute‘, greift dies nicht. Der Aufsichtsrat, welcher nach § 38

Wer mit sensiblen  
Daten beweglich  
sein will, braucht  
stabile Sicherheit.

Dynamik braucht Sicherheit. Und dafür sorgt die Fiducia. Mit innovativen IT-Lösungen, hochwertigen Outsourcing-Services und zählbarem Erfolg: Über 750 Banken vertrauen unserem Banksystem agree und unserem topmodernen Rechenzentrum, in dem wir jedes Jahr 3,8 Milliarden Buchungsposten verarbeiten und 100.000 Bankarbeitsplätze betreuen. Informieren Sie sich unter [fiducia.de](http://fiducia.de)

IT-Partner in der FinanzGruppe  
Volksbanken Raiffeisenbanken

**FIDUCIA**  
Ihr IT-Partner

GenG die Überprüfung des Vorstandes durchzuführen hat, muß imstande sein, selbständige Prüfungen durchzuführen und Beurteilungen der Sach- und Rechtslage vorzunehmen.“<sup>17)</sup>

### Generalklausel – Abberufungsverlangen

Gemäß § 36 III S. 3, 4 KWG kann die BaFin Aufsichtsratsmitglieder verwarnen, ihre Abberufung verlangen oder ihnen ein Tätigkeitsverbot auferlegen.<sup>18)</sup> Mit dieser Generalklausel ermächtigt der Gesetzgeber die BaFin zu gravierenden Eingriffen in die Selbstverwaltung und Selbstverantwortung der Körperschaft.<sup>19)</sup> Amtshandeln muss objektiv überprüfbar sein. Deshalb setzt § 36 III KWG Tatsachen voraus, die Zweifel an Sachkunde, Zuverlässigkeit oder Pflichterfüllung begründen können. Es ist zu verlangen, dass von einem bestimmten Aufsichtsratsmitglied eine potenzielle Gefährdung des Gesamtinstituts ausgeht, zumal sich objektive Feststellungen in der Praxis kaum treffen lassen. Kommt die Generalversammlung dem Abberufungsverlangen<sup>20)</sup> nicht nach, kann die BaFin gemäß § 17 FinDAG<sup>21)</sup> i.V. mit § 13 VwVG<sup>22)</sup> ein Zwangsgeld bis zur Höhe von 250 000 Euro festsetzen – und beitreiben.

Die Abberufung wegen Pflichtverletzung setzt bereits eine Gefährdung der Anleger, Gläubiger oder Anteilseigner durch Regelverstöße des Unternehmens voraus, und dass das Aufsichtsratsmitglied die Verletzung seiner Sorgfaltspflicht trotz Verwarnung fortsetzt (§ 36 III S. 4 KWG). Diese Verstöße müssen „festgestellt“ sein, das heißt objektiv vorliegen. Rein praktisch betrachtet lautet die Hauptfrage: An welchen Fakten sollen die Tatbestände in Bezug auf das Mitglied eines Kollegialorgans überhaupt festgemacht werden? Dazu lassen sich allenfalls Prüfungsberichte, Aufsichtsratssitzungsvorlagen und die Protokolle heranziehen. Ist der Tatbestand des § 36 III S. 4 erfüllt, wäre zum Beispiel bei der Genossenschaft eine außerordentliche Generalversammlung einzuberufen, und das Aufsichtsratsmitglied abzubrufen. Das ist praktisch schwer zu handhaben.

### Tätigkeitsverbot

Alternativ zu einem Abberufungsverlangen steht der BaFin die Verhängung eines – gegebenenfalls befristeten – Tätigkeitsverbots (§ 36 III S. 4 KWG) zur Verfügung. Diese Maßnahme kann sofort, ohne Um-

weg über die Organe der Genossenschaft, vollzogen werden. Sie wirkt ab Zugang der Verfügung. Damit steht der Aufsichtsbehörde ein Mittel zur Verfügung, möglichen Gefahren durch unqualifizierte Aufsichtsratsmitglieder unverzüglich zu begegnen. Für den Nachweis, dass eine solche Gefahrenlage gegeben ist, gelten grundsätzlich die Voraussetzungen wie für eine Verwarnung oder Abberufung. Man wird aber verlangen können, dass Gründe für ein Tätigkeitsverbot erheblicher sein müssen, und die Anforderungen an die Qualität des Nachweises anspruchsvoller.

Die BaFin beschäftigte per 31. Dezember 2012 insgesamt 2 336 Mitarbeiter. Sie beaufsichtigt derzeit 1 854 Banken, davon 1 106 Institute des Genossenschaftssektors und 432 des Sparkassensektors.<sup>23)</sup> Bei den anstehenden Gesetzesreformen und der Umsetzung von EU-Richtlinien, insbesondere der CRD IV/CRR (mit Auswirkungen auf KWG, SolV und GroMiKV), sollte sich die nationale Bankenaufsicht hauptsächlich den krisenanfälligen systemrelevanten Kreditinstituten zuwenden<sup>24)</sup>, den nachweislich erfolgreichen Instituten des Genossenschafts- und Sparkassensektors größtmöglichen Gestaltungsraum sichern, und sich bei ergänzenden Regelungswerken und der Institutsaufsicht die gebotene Zurückhaltung auferlegen.

### Fußnoten

<sup>1)</sup> Aus Platzgründen hat sich der Verfasser auf grundlegende Gedanken zum aktuellen Regelungswerk für Aufsichts- und Verwaltungsräte beschränkt. Eine ausführliche Betrachtung folgt nach der anstehenden KWG-Reform und sobald Klarheit herrscht, inwieweit der aktuelle Deutsche Corporate Governance Kodex auch für Genossenschaftsbanken und Sparkassen Berücksichtigung findet. Der Verfasser dankt Herrn Dipl.-Kfm. Heinz Bauer (IGB) für seine Mitarbeit.

<sup>2)</sup> Merkblatt zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG, Geschäftszeichen BA 53, VA 5, vom 22.2.2010; Entwurf der BaFin vom 26.4.2012 zur Überarbeitung des Merkblatts zur Kontrolle von Mitgliedern von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG vom 26.4.2012; sowie jetzt: Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG, vom 3.12.2012; Geschäftszeichen BA 53-FR 1903-2012/0003. Die Merkblätter werden je nach Erfordernis aktualisiert. Die jeweils geltende Fassung kann auf der Homepage der BaFin aufgerufen werden. Siehe dazu auch Redenz/van der Donk/Völker/Schwenke/Wötzel, BaFin-Journal, Internetveröffentlichung vom 26.3.2013 sowie Jahresbericht der BaFin 2012, S. 124. Zu den grundlegenden Pflichten siehe Merkblatt, S. 8, Ziff. III.

<sup>3)</sup> Vgl. für den Vorstand: BGH, Urteil vom 15.11.1971 – VIII ZR 62/70.

<sup>4)</sup> Siehe dazu Behle, Aufsichtsrechtliche Verantwortlichkeit der Organmitglieder von Kreditinstituten,

Vortrag „Bankrechtstag 29. Juni 2012“, S. 26 sowie Jahresbericht der BaFin für 2012, S. 58.

<sup>5)</sup> Siehe dazu auch Gropp/Köhler in: Reform der Aufsichtsräte von Banken – Lösung des Problems, ZfgK 14-2010, S. 728 ff.

<sup>6)</sup> Einen konstruktiven Diskussionsbeitrag bezüglich des Anforderungsprofils für Aufsichtsräte liefert Hocker in ZfgK 14-2010, S. 725.

<sup>7)</sup> Zu den Aufgaben des Aufsichtsrates siehe Glenk, Genossenschaftsrecht – Systematik und Praxis des Genossenschaftswesens, 2. Auflage, München 2013, Rn. 479 ff.

<sup>8)</sup> Grundsätzlich: Ek, Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat, 2. Auflage, München 2010, S. 24 f. (ausschließlich bezogen auf Kapitalgesellschaften, aber analog heranziehbar).

<sup>9)</sup> Scheffler, Der Aufsichtsrat – wirksame Überwachung der Unternehmensleitung, München 2012, S. 93 f. (mit Ausklammerung genossenschaftlicher Bezüge, aber analog heranzuziehen).

<sup>10)</sup> OLG Brandenburg, Urteil vom 23.8.2005 – 6 U 132/04.

<sup>11)</sup> Zur Aktiengesellschaft siehe Rosen/Leven, Professionalisierung der Aufsichtsratsstätigkeit – im Interesse von Unternehmen und Aktionären, ZfgK 14-2010, S. 735.

<sup>12)</sup> Die folgenden Ausführungen beziehen sich auf: Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG, vom 3.12.2012.

<sup>13)</sup> Siehe Anhang 1 zum Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG, vom 3.12.2012.

<sup>14)</sup> Glenk, a.a.O., Rn. 532.

<sup>15)</sup> Zur Informationsbeschaffung bei AG-Aufsichtsräten siehe Langenbacher, Aufsichtsratsmitglieder in Kreditinstituten: Rechte, Pflichten und Haftungsregeln in: Hölscher/Altenhain (Hrsg.), Handbuch Aufsichts- und Verwaltungsräte in Kreditinstituten, Berlin 2013, S. 7.

<sup>16)</sup> Vgl. für AG: Ek, a.a.O., S. 180 f. Zur Problematik des „Informationsschuldners“ Vorstand bei Negativberichten mit etwaigen Konsequenzen, Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand Aufsichtsrat Wirtschaftsprüfer, München 2008, § 15 Rn. 22 ff.

<sup>17)</sup> OLG Brandenburg, Urteil vom 23.8.2005 – 12 O 701/03. Vorinstanz: Landgericht Frankfurt/Oder Urteil vom 3.8.2004 – 12 O 701/03.

<sup>18)</sup> Ausführlich dazu: Glenk, Kreditgenossenschaft und Aufsichtsbehörde: a.a.O., S. 366 bis 395, m.w.N., sowie ders.: „Beispiele für bankaufsichtliche Maßnahmen gegenüber Vorständen von Kreditgenossenschaften“ (analog anwendbar auf Aufsichts- und Verwaltungsräte“, a.a.O., S. 397 ff.

<sup>19)</sup> Merkblatt zur Kontrolle der Mitglieder von Verwaltungs- und Aufsichtsorganen gemäß KWG und VAG, vom 3.12.2012, S. 8, Ziff. IV „Maßnahmen“.

<sup>20)</sup> Zur Durchsetzungsproblematik von Abberufungsverlangen bei der AG siehe Langenbacher, a.a.O., S. 9.

<sup>21)</sup> Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz vom 22.4.2002 (BGBl. I S. 1310) m.W.v. 26.4.2002, zuletzt geändert d. Art. 6, Gesetz vom 28.8.2013, BGBl. I S. 3395.

<sup>22)</sup> Verwaltungsvollstreckungsgesetz (Bund) vom 27.4.1953 (BGBl. I S. 157), zuletzt geändert durch G vom 17.12.1997 (BGBl. I S. 3039) m.W.v. 1.1.1999.

<sup>23)</sup> Jahresbericht der BaFin für das Geschäftsjahr 2012, S. 235 f. und S. 148.

<sup>24)</sup> Einen wichtigen Schritt dazu hat die BaFin mit ihrer vergleichenden Strukturanalyse von Aufsichts- und Verwaltungsräten großer Kreditinstitute (mit Ausnahme der Genossenschaftsbanken und Sparkassen) unternommen. Vorgelegt von Kon-schalla – BaFin –, Internetveröffentlichung vom 16.7.2013.