

Rechtsunsicherheiten vermeiden: Aufsichts- und Arbeitsrecht synchronisieren

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines "Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts" anlässlich der öffentlichen Anhörung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestags am 1. Dezember 2010

26. November 2010

Zusammenfassung

Unsere Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes, dessen Zielsetzung wir grundsätzlich begrüßen, beschränkt sich auf die Regelungen des Entwurfs mit arbeitsrechtlichem Bezug.

Nach dem Gesetzentwurf darf ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen einen Mitarbeiter nur dann als Anlageberater, als Vertriebsbeauftragten oder Compliance-Beauftragten beschäftigen, wenn dieser sachkundig ist und über die für die Tätigkeit erforderliche Zuverlässigkeit verfügt (§ 34d Abs. 3 Wertpapierhandelsgesetz WpHG-E). Durch § 6 der geplanten begleitenden WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung wird die erforderliche Zuverlässigkeit präzisiert.

Erfüllt ein Mitarbeiter die Anforderungen der Sachkunde und Zuverlässigkeit nicht oder nicht mehr, kann die BaFin dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen untersagen, den Mitarbeiter in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen, solange dieser die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt (§ 34d Abs. 4 WpHG-E). Verstößt ein Mitarbeiter gegen Bestimmungen des WpHG, kann die BaFin das Wertpapierdienstleistungsunternehmen ebenso wie den Mitarbeiter verwarnen, oder dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen für eine Dauer von bis zu zwei Jahren unter-

sagen, den Mitarbeiter in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen (§ 34d Abs. 4 WpHG-E).

Insbesondere durch die Regelung des Beschäftigungsverbots wird das Verhältnis der Aufsichtsbehörde zum jeweiligen Institut in den Vordergrund gestellt, ohne rechtssichere Rahmenbedingungen für dessen Auswirkungen auf das Verhältnis des Instituts zu seinen Arbeitnehmern zu schaffen.

Diese mangelnde Synchronisation des Aufsichtsrechts mit dem Arbeitsrecht muss daher entweder durch die Streichung des Beschäftigungsverbots oder durch eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung, dass dieses keine Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und die dort übliche Risikoverteilung hat, hergestellt werden.

Im Einzelnen

1. Zur Zuverlässigkeit

Die Voraussetzungen der Sachkunde und Zuverlässigkeit werden ebenso wie die entsprechenden Präzisierungen in der Verordnung grundsätzlich anerkannt. Rechtskräftige Verurteilungen als Anknüpfungspunkt für fehlende Zuverlässigkeit zu wählen, begegnet jedenfalls keinen Bedenken, soweit der Arbeitnehmer im beruflichen Umfeld Vermögensstraftaten verübt hat.

Im Hinblick auf Art. 12 GG unverhältnismäßig könnte allerdings die Begehung von Straftaten im privaten Umfeld ohne jeglichen Bezug zur beruflichen Tätigkeit sein. Insofern bedarf die Verordnung einer Präzisierung.

Wichtige arbeitsrechtliche Folgefrage bezogen auf die Zuverlässigkeit ist, ob das Institut ein entsprechendes Fragerecht gegenüber dem Mitarbeiter bei Einstellung und regelmäßig im laufenden Arbeitsverhältnis hat. Der Mitarbeiter darf insoweit „kein Recht zur Lüge“ haben. Die Verordnung schweigt zu dieser Frage ebenso wie zu der Frage, auf welchem Wege das Institut ohne Mitwirkung des Arbeitnehmers an die erforderlichen Daten gelangen kann.

Auch insoweit ist eine Präzisierung des § 34d WpHG-E, mindestens aber der Verordnung erforderlich (Normierung eines Fragerechts des Instituts, bzw. einer Auskunft-/Mitwirkungspflicht des Mitarbeiters).

2. Geordnete Vermögensverhältnisse

Die Streichung der im Diskussionsentwurf noch enthaltenen besonderen Voraussetzung „in geordneten Vermögensverhältnissen leben“ ist ausdrücklich zu begrüßen. Es ist im Hinblick auf Art. 12 GG äußerst fraglich, ob Vorkommnisse in der privaten Lebensführung ausschlaggebend sein können, um dem Arbeitnehmer seine Berufsausübungsfreiheit abzusprechen.

Dies gilt erst Recht vor dem Hintergrund, dass die Privatinsolvenz ein gesetzlich aus-

drücklich vorgesehenes Mittel ist, um dem Schuldner bei einer Rückkehr in ein schuldenfreies Leben zu helfen und per se voraussetzt, dass der Schuldner gewillt ist, seine Gläubiger zu befriedigen. Es wäre gerade unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes widersinnig, ihm seine Erwerbsmöglichkeit zu entziehen.

Die Privatinsolvenz wird von den Arbeitsgerichten zudem in der Regel nicht als Kündigungsgrund anerkannt. Schon um Widersprüche zwischen Arbeitsrecht und Aufsichtsratsrecht zu vermeiden, war es daher notwendig, die Voraussetzung der geordneten Vermögensverhältnisse zu streichen.

Konsequenterweise muss insoweit auch eine Anpassung der Rechtsverordnung erfolgen, die das Kriterium der geordneten Vermögensverhältnisse in Gestalt des Diskussionsentwurfs noch enthält. Insbesondere darf das Kriterium der Zuverlässigkeit in seiner verordnungsrechtlichen Ausgestaltung nicht den Gedanken der geordneten Vermögensverhältnisse enthalten bzw. aufnehmen.

3. Zur Anzeigepflicht – beschäftigtendatenschutzrechtliche Bedenken

Nach dem vorliegenden Gesetzentwurf müssen Unternehmen laufend größere Mengen an Beschäftigtendaten im Sinne des § 3 Abs. 12 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG-E) an die BaFin liefern. Neben einem hohen bürokratischen Aufwand für die Unternehmen und einer entsprechend hohen Kostenbelastung bestehen datenschutzrechtliche Bedenken bzw. Unsicherheiten hinsichtlich der Zulässigkeit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung dieser Daten nach dem BDSG-E.

So unterliegen z. B. nach § 32 Abs. 2 BDSG-E Daten über Vorstrafen oder laufende Ermittlungsverfahren einem gesteigerten Datenschutz. Eine Erhebung dieser Daten vor Beginn des Beschäftigungsverhältnisses ist nur unter den Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) zulässig, d. h. sie müssen wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen darstellen. Sofern dies nicht o-

der nicht ausschließlich der Fall ist, dürfte die datenschutzrechtliche Regelung die Datenerhebung vor Beginn des Beschäftigungsverhältnisses kaum rechtfertigen.

Im laufenden Arbeitsverhältnis könnte sich die Zulässigkeit der Datenerhebung aus § 32c Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 WpHG ergeben, sofern die Normen des WpHG-E als Normen mit gesetzlicher Meldepflicht begriffen würden. Durch die verwandte Regelbeispieltechnik in den §§ 6 und 7 des Entwurfs der WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung stellt sich allerdings die Frage, ob die Norm den Anforderungen des Datenschutzrechts als datenschutzrechtliche Erlaubnisnorm genügt: Die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe sind durch die Regelbeispieltechnik derart offen, dass hier fraglich ist, ob im Hinblick auf die Wesentlichkeitsrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes der Eingriffstatbestand in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers hinreichend bestimmt ist.

4. Sanktionsmöglichkeiten der BaFin

a) Vorgesehene Sanktionen

Erfüllt ein Mitarbeiter die o. g. Anforderungen nicht oder nicht mehr, kann die BaFin dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen untersagen, den Mitarbeiter in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen, solange dieser die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt (§ 34d Abs. 4 WpHG-E).

Verstößt ein Mitarbeiter gegen Bestimmungen des WpHG, kann die BaFin das Wertpapierdienstleistungsunternehmen und den Mitarbeiter warnen, oder dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen für eine Dauer von bis zu zwei Jahren untersagen, den Mitarbeiter in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen (§ 34d Abs. 4 WpHG-E).

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen diese behördlichen Maßnahmen sollen keine aufschiebende Wirkung haben (§ 34d Abs. 4 WpHG-E). Hinzu kommt ein Recht der BaFin, unanfechtbar gewordene Anordnungen auf ihrer Internetseite öffentlich bekannt zu machen.

b) Stellungnahme

Zu begrüßen ist in beschäftigendatenschutzrechtlicher Hinsicht, dass die Veröffentlichung unanfechtbarer Anordnungen im Regierungsentwurf nicht mehr die Nennung des Namens des betroffenen Mitarbeiters vorsieht.

Abzulehnen ist indes die Verschärfung des Regierungsentwurfes dahingehend, dass Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Maßnahmen der BaFin keine aufschiebende Wirkung haben sollen. Angesichts des schwerwiegenden Grundrechtseingriffs (Berufsausübungsfreiheit, Art. 12 GG) insbesondere durch die Beschäftigungsverbote ist es der Verwaltung auch unter Berücksichtigung des (nicht mit Verfassungsrang ausgestatteten) Anlegerschutzes im Einzelfall zuzumuten, eine Anordnung der sofortigen Vollziehung zu begründen.

An dieser Wertung ändert sich auch dann nichts, wenn man davon ausgeht, dass die Anordnung formal gegenüber dem Institut ergeht, weil die Maßnahme eindeutig drittbelastend ist.

Eine direkte Sanktionierung des Mitarbeiters durch die BaFin (Beschäftigungsverbot für die Dauer von bis zu zwei Jahren und Verwarnung) ist im Übrigen als unmittelbarer Durchgriff unter Umgehung institutsspezifischer Organisationsabläufe mit Grundprinzipien des Aufsichtsrechts nicht vereinbar.

Die Möglichkeit der BaFin, den Mitarbeiter zu warnen und ein Beschäftigungsverbot anzuordnen, ist daher aus dem Regierungsentwurf zu streichen. Dies gilt in Bezug auf die Beschäftigungsverbote insbesondere auch deshalb, weil die arbeitsrechtlichen Folgefragen mangels Synchronisation mit dem Arbeitsrecht ungelöst bleiben.

Hierzu zählen:

- Die Frage, ob ein Beschäftigungsverhältnis im Sinne der sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften während des Beschäftigungsverbots bestehen bleibt.
- Fragen im Zusammenhang mit der Zuweisung eines anderen Arbeitsplat-

zes – sofern vorhanden – außerhalb der angezeigten Tätigkeit als Konsequenz des öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverbots.

- Fragen im Zusammenhang mit der Vergütung des Arbeitnehmers während der Dauer des Beschäftigungsverbots. Nach allgemeinen vertraglichen Grundsätzen führt ein Beschäftigungsverbot zum Wegfall des Vergütungsanspruchs wegen Unmöglichkeit der Arbeitsleistung.
- Fragen nach Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten des Mitarbeiters, um seine Einsatzfähigkeit schnellstmöglich wiederherzustellen.

Eine Streichung der geplanten Beschäftigungsverbote ist angesichts großer Rechtsunsicherheiten und Prozessrisiken im arbeitsrechtlichen Verhältnis zwischen Mitarbeiter und Institut daher erforderlich.

Die bestehenden Rechtsunsicherheiten werden auch durch die Gesetzesbegründung nicht beseitigt. Denn dort heißt es: *„Diese Maßnahme (d. h. das Beschäftigungsverbot) setzt somit an der Verantwortlichkeit des Unternehmens, seinen Geschäftsbetrieb gesetzeskonform zu führen, an und ist folgerichtig an das Unternehmen als Aufsichtsobjekt und Letztverantwortlichen für die Einhaltung der Gesetzespflichten gerichtet“* (vgl. Seite 31 des Regierungsentwurfs). Diese aus aufsichtsrechtlicher Sicht konsequente Formulierung darf nicht dahingehend missverstanden werden, dass mit ihr Grundprinzipien der arbeitsrechtlichen Risikoverteilung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber hinsichtlich der Erbringung der Hauptleistungspflichten außer Kraft gesetzt werden.

Sollte das Beschäftigungsverbot nicht entfallen, bedarf es einer Klarstellung der Gesetzesbegründung, dass diese keine Auswirkungen auf das Arbeitsrecht und die dort übliche Risikoverteilung hat.

Es bedarf ebenfalls hilfsweise einer Ergänzung des Gesetzes dahingehend, dass den betroffenen Mitarbeiter gegenüber dem Institut Aufklärungs- und Mitwirkungspflichten

treffen, die mit einem Fragerecht des Instituts korrespondieren.

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Volkswirtschaft | Finanzen | Steuern

T +49 30 2033-1950

F +49 30 2033-1955

volkswirtschaft@arbeitgeber.de