

Finanzberater in der Zange

Das Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes vom 5. 4. 2011 (BGBl I 2011, 538), räumt der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) neue Möglichkeiten der Ahndung von Falschberatungen ein und überträgt ihr neue Kompetenzen bei der Überwachung der Anlageberatung. Auch wenn die Änderungen erst am 1. 11. 2012 in Kraft treten, bewerten Banken, Anwaltskanzleien und Gewerkschaften bereits mögliche Auswirkungen. Denn:

- Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen muss der BaFin die jeweiligen Mitarbeiter (Anlageberater, Vertriebsbeauftragte, Compliance-Beauftragte) vor Tätigkeitsaufnahme melden (§ 34d I, II WpHG).
- Beschwerden gegen Mitarbeiter sind ebenfalls der BaFin anzuzeigen.
- Stellt die BaFin fest, dass es dem Mitarbeiter an Sachkunde oder Zuverlässigkeit fehlt, kann sie dem Unternehmen den (weiteren) Einsatz des Mitarbeiters untersagen. Zudem kann sie das Unternehmen und den Mitarbeiter verwarnen sowie dem Unternehmen für die Dauer von bis zu zwei Jahren untersagen, den Mitarbeiter in der Beratung einzusetzen, § 34d IV WpHG.



Aus arbeitsrechtlicher Sicht ergeben sich dadurch mehrere erhebliche Schwierigkeiten. Das größte Problem wirft aber die sich aus dem Gesetz ergebende Zangenwirkung auf. Der Berater hat einerseits hinsichtlich der Finanzprodukte entsprechenden Weisungen Folge zu leisten. Diese Weisungen zu ggf. für Kunden hochriskanten Produkten können aber – nach Kundenbeschwerden – zu massiven Sanktionen durch die BaFin führen, bis hin zu Konsequenzen für das Arbeitsverhältnis, weil der Arbeitgeber bei einem verhängten Tätigkeitsverbot keine anderweitige Einsatzmöglichkeit für den Berater hat (betriebsbedingte Kündigung). Hinzu kommt, dass sich dieser bei kritischen Produkten kaum direkt an die BaFin wenden kann (Problem Whistleblowing), Sanktionen aber meist im Verhältnis zwischen BaFin und Unternehmen ausgesprochen werden, was den Rechtsschutz erschwert.

Denkbar ist in diesem Umfeld die Klage auf Feststellung, dass eine Weisung (Vertriebsvorgabe) nicht billigem Ermessen entspricht, weil sie den Vorgaben des WpHG zuwiderläuft und es dem Arbeitnehmer unzumutbar ist, existenzgefährdende und gesetzeswidrige Weisungen auszuführen. Im Übrigen wären die Verwaltungsgerichte zuständig. Hier stellt sich die Frage, ob der Berater einen Anspruch gegen das Unternehmen hat, dass dieses gegen ein Tätigkeitsverbot der BaFin vorgeht (vgl. *Pflüger*, FAZ v. 25./26. 6. 2011, S. C 3) oder ob es sich vielleicht um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung handelt, gegen den sich der Berater direkt wenden kann (wobei die Klage dann keine aufschiebende Wirkung hat, § 4 VII WpHG). Bußgelder, die auch gegen Berater verhängt werden können (§ 39 WpHG i. V. mit § 9 II Nr. 2 OWiG), sind wohl vor den ordentlichen Gerichten anzugreifen.

Zangenwirkung, eine gesetzlich vorgeschriebene Vorratsdatenbank und fehlende Regelungen zum rechtlichen Gehör der Berater bei Beschwerden zeigen einen Mangel an Abstimmung des federführenden Ressorts z.B. mit dem BMAS. Eine Tendenz, die sich leider häufiger bei Gesetzgebungsvorhaben zeigt (etwa beim Beschäftigtendatenschutz).

Professor Dr. Jens M. Schubert, Berlin