

# Sonderarbeitsrecht für Finanzdienstleister?

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

## I. Arbeitsrechtliche Reaktionen auf die Finanz- und Währungskrise

Die Arbeitsrechtswissenschaft hat sich in Deutschland bisher kaum um die Auswirkungen der Finanz- und der Eurokrise gekümmert.<sup>1</sup> Der Einbruch der Realwirtschaft im Jahre 2009 wurde mit den traditionellen Mitteln, insbesondere mit Hilfe der Kurzarbeit, gut bewältigt; es zeigte sich – nicht zuletzt im Vergleich zu anderen Ländern – dass der weitgehende Verzicht auf betriebsbedingte Kündigungen auch im Arbeitgeberinteresse liegt. Nur: Bei einer länger dauernden Krise wären die Handlungsmöglichkeiten bald erschöpft. Und überdies enthält das Arbeitsrecht keinerlei Sicherungen dagegen, dass durch Fehlinvestitionen, aber auch Fehlspekulationen des Arbeitgebers Arbeitsplätze verloren gehen. Selbst die sog. Shareholder-value-Kündigung, die nur erfolgt, um durch Abbau von weniger rentablen Unternehmensteilen den Börsenkurs zu steigern, ist keineswegs in jener juristischen Schmutzdecke, wo sie eigentlich hingehört.<sup>2</sup>

In einem Bereich hat die Finanzkrise allerdings doch einen arbeitsrechtlichen Niederschlag gefunden. Manager in Banken und Versicherungen seien zu hohe Risiken eingegangen, die sich dann realisiert und die zu der schwersten Bankenkrise seit den 1920-er Jahren geführt hätten – so die verbreitete Einschätzung. Dies wurde auf die Struktur der Vergütungen zurückgeführt; für kurzfristige Umsatzsteigerungen konnten enorme Boni verdient werden. Deshalb wurden hier Grenzen eingezogen. Basis hierfür ist das „Gesetz über die aufsichtsrechtlichen Anforderungen an die Vergütungssysteme von Instituten und Versicherungsunternehmen“ vom 21. Juli 2010<sup>3</sup>, durch das eine Reihe von

---

<sup>1</sup> Der Zusammenhang zwischen Finanzmärkten und Kündigungsschutz wurde aber schon vor der Krise bei *Wolter*, AuR 2008, 325 ff. thematisiert. Zum massiven Sozialabbau in den aktuellen Krisenstaaten s. *Barnard*, *The Financial Crisis and die Euro Plus Pact: A Labour Lawyer's Perspective*, ILJ 41 (2012) 98 ff.; *Ioannou*, *Recasting Greek Industrial Relations*, *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 28 (2012) 199 ff.; *Rodríguez-Pinero*, *La Réforme espagnole de la Négociation Collective de 2011/2012*, *Revue de Droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Heft 1/2012 S. 1 ff.

<sup>2</sup> Zum aktuellen Stand der Diskussion um ihre Zulässigkeit s. *Däubler*, AuR 2012 (demnächst)

<sup>3</sup> BGBl I S. 950

Vorschriften in das Kreditwesengesetz (KWG) und in das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) eingefügt wurden. Auf ihrer Grundlage wurde dann relativ schnell die Instituts-Vergütungsverordnung vom 6. Oktober 2010<sup>4</sup> (InstitutsVergV) erlassen, die sich auf Kreditinstitute bezieht, sowie die Versicherungs-Vergütungsverordnung vom selben Tag<sup>5</sup> (VersVergV), die weitgehend identische Regelungen für die Versicherungswirtschaft enthält. Anders als das „Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung“ vom 31. 7. 2009<sup>6</sup> beziehen sich diese Vorschriften nicht nur auf Organmitglieder, sondern auch Arbeitnehmer, die in der fraglichen Branche tätig sind. Was diese Regelung konkret bedeutet, soll unter II dargestellt werden.

Die Eingriffe in die Vergütungsstruktur haben das „Unternehmenswohl“ der Banken und Versicherungen im Auge, das nicht durch unüberlegtes Verhalten einzelner Personen aufs Spiel gesetzt werden soll. Der Kunde spielt insoweit höchstens mittelbar eine Rolle. Nun hat es aber zahlreiche Fälle gegeben, in denen insbesondere Bankkunden unsachgemäß beraten und beispielsweise nicht über das Eigeninteresse der Bank an einem Geschäftsabschluss informiert wurden, das sich aus einer nicht offen gelegten Provision ergab.<sup>7</sup> Das Vertrauen auf die von Rating-Agenturen vergebenen Prädikate<sup>8</sup> führte häufig zu Verlusten von Anlegern, denen auf diesem Wege oft ein wesentlicher Teil ihrer Alterssicherung verloren ging. Die gerichtliche Bewältigung dieser Vorgänge steht noch am Anfang, was der Musterprozess eines Rentners aus dem norddeutschen Raum gegen Standard & Poor’s veranschaulicht, der im Vertrauen auf das gute Rating Anleihen von Lehman Brothers gekauft und später sein ganzes Geld verloren hatte.<sup>9</sup> Durch das „Gesetz zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes“ vom 5. April 2011<sup>10</sup> soll diesen Problemen zuleibe gerückt und die Beratungsqualität verbessert werden. Dieses „Anlegerschutz- und Funktionsverbesserungsgesetz“ (AnsFuG – wie es auch genannt wird) unterwirft die bei Banken und Sparkassen tätigen Berater einem rigiden System der Überwachung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin). Die Anforderungen, die an sie

---

<sup>4</sup> BGBI I S. 1374

<sup>5</sup> BGBI I S. 1379

<sup>6</sup> BGBI I S. 2509. Dazu *Krienke/Schnell*, NZA 2010, 135 ff. sowie zu den Auswirkungen für Geschäftsführer einer GmbH *Lunk/Stolz*, NZA 2010, 121. Zu den Spezialproblemen der (ungewohnten) Herabsetzung einer Vorstandsvergütung s. *Klöhn*, ZGR 2012, 1 ff.

<sup>7</sup> Zur Offenbarungspflicht der Bank s. zuletzt BGH, 8. 5. 2012, XI ZR 262/10

<sup>8</sup> Zu ihnen *Däubler*, KJ 2012, 18 ff.

<sup>9</sup> Zur Zuständigkeit der deutschen Gerichte für ein solches Verfahren nach § 23 ZPO s. OLG Frankfurt/Main, 28. 11. 2011, 21 U 23/11

<sup>10</sup> BGBI I S. 538.

gestellt werden, sind mittlerweile in der „Verordnung über den Einsatz von Mitarbeitern in der Anlageberatung, als Vertriebsbeauftragte oder als Compliance-Beauftragte und über die Anzeigepflichten nach § 34d des Wertpapierhandelsgesetzes“ vom 21. Dezember 2011<sup>11</sup> niedergelegt, die mit den schönen Kürzeln „WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung“ oder „WpHGMAAnzV“ bezeichnet wird.

Berater, die bei gewerblichen Anlage- und Vermögensberatungsfirmen tätig sind, werden von der Regelung nicht erfasst. Insoweit gelten ab 1. 1. 2013 die §§ 34f und 34g GewO, die durch Art. 5 des Gesetzes zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 6. 12. 2011<sup>12</sup> eingefügt wurden.<sup>13</sup> Auf der Grundlage des § 34g GewO ist die Finanzanlagenvermittlungsverordnung vom 2. 5. 2012 (FinVermV)<sup>14</sup> erlassen worden, die ähnliche Anforderungen an angestellte Finanzberater wie die WpHGMAAnzV stellt.

Beide Gesetze und Verordnungen greifen in die Arbeitsverhältnisse ein und bedürfen deshalb eingehender Darstellung und Überprüfung (unten III).

## **II. Vergütungsstrukturen bei Banken und Versicherungen**

### **1. Anwendungsbereich der Verordnungen**

Die InstitutsVergV ist nach ihrem § 1 Abs. 1 auf alle Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute anwendbar. Da die Rechtsform keine Rolle spielt, sind auch Sparkassen und Landesbanken erfasst.<sup>15</sup> Einbezogen sind nach § 53 Abs. 1 KWG auch Zweigstellen ausländischer Banken.<sup>16</sup>

Nach § 2 Nr. 6 InstitutsVergV erstreckt sich die Verordnung auf Mitarbeiter aller Art, die in die Erbringung von Bank- und Finanzdienstleistungen einbezogen sind. Auch Geschäftsbesorger und selbständige Dienstleister sind erfasst, da auch sie ggf. in der Lage sind, unverhältnismäßig hohe Risiken einzugehen. Ausgenommen sind jedoch

---

<sup>11</sup> BGBI I S. 3116

<sup>12</sup> BGBI I S. 2481

<sup>13</sup> Dasselbe Gesetz enthielt in Art. 1 das sog. Vermögensanlagengesetz mit zahlreichen anlegerschützenden Vorschriften – dazu *Hanten/Reinholz*, ZIP 2012, 36 ff.; *Zingel/Varadinek*, BKR 2012, 177 ff.; *Bußalb/Vogel*, WM 2012, 1416 ff.

<sup>14</sup> BGBI I S. 1006

<sup>15</sup> *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2010, 792

<sup>16</sup> Dazu *Simon/Koschker*, BB 2011, 120

selbständige Handelsvertreter<sup>17</sup> sowie Personen, die wie Rechtsanwälte und IT-Berater nicht in risikobezogene Tätigkeiten eingeschaltet sind.<sup>18</sup> Wie mit Leiharbeitnehmern zu verfahren ist, deren Vergütungen ja vom Verleiher, nicht aber von der Bank festgelegt werden, erscheint unklar,<sup>19</sup> doch dürfte es sich kaum um ein praktisch relevantes Problem handeln: Das Eingehen relevanter Risiken für den Einsatzbetrieb wird aller Erfahrung nach nicht einem Leiharbeitnehmer anvertraut – sofern es solche z. B. im Bereich des Investmentbankings überhaupt geben sollte.

Dieser zunächst recht weit bestimmte Anwendungsbereich wird durch zwei wesentliche Schranken wieder entscheidend eingengt.

Nicht erfasst von den aufsichtsrechtlichen Vergütungsvorgaben sind nach § 1 Abs. 3 InstitutsVergV einmal alle Tarifverträge, was weniger auf der Achtung vor der verfassungsrechtlich gewährleisteten Tarifautonomie als darauf beruht, dass Tarifverträge nur in sehr geringem Umfang erfolgsabhängige Vergütungen vorsehen.<sup>20</sup> Als Beispiel lässt sich § 10 Abs. 4 des MTV für das private Bankgewerbe und die öffentlichen Banken anführen, wonach eine Sonderzahlung teilweise vom Unternehmenserfolg abhängen kann, indem sie je nach Geschäftserfolg mindestens 90 % und höchstens 120 % einer Monatsvergütung beträgt.<sup>21</sup> Die Größenordnungen werden an einer BAG-Entscheidung deutlich, wo es um einen „Leiter Aktien Sales Trading“ ging, der ein Festgehalt von 180.000 Euro im Jahr hatte und in den Jahren 2005 bis 2007 einen Bonus zwischen 161.700 und 325.000 Euro jährlich erhielt.<sup>22</sup>

Bei Betriebs- und Dienstvereinbarungen ist zu differenzieren. Soweit sie auf tariflicher Ermächtigung beruhen, sind auch sie ausgenommen, wobei die Art der Leistungen im Tarifvertrag selbst festgelegt sein muss.<sup>23</sup> Andere Betriebsvereinbarungen müssen sich jedoch einer Überprüfung gefallen lassen.

Die zweite Einschränkung betrifft den in § 2 Nr. 1 InstitutsVergV definierten Begriff der Vergütung. Grundsätzlich werden nur variable Vergütungen, und zwar solche erfasst, die

<sup>17</sup> *Simon/Koschker*, BB 2011, 121

<sup>18</sup> *Insam/Hinrichs/Hörtz*, DB 2012, 1569, die auch Unternehmensberater ausklammern wollen. Dies erscheint gerade vom Sinn der Regelung her nicht gerechtfertigt.

<sup>19</sup> Bedenken gegen ihre Einbeziehung bei *Heuchemer/Kloft*, WM 2010, 2242

<sup>20</sup> *Insam/Hinrichs/Hörtz*, DB 2012, 1569; *Heuchemer/Kloft*, WM 2010, 2241

<sup>21</sup> Dazu *Insam/Hinrichs/Hörtz*, DB 2012, 1569.

<sup>22</sup> BAG 12. 10. 2011, 10 AZR 746/10, NZA 2012, 450

<sup>23</sup> *Insam/Hinrichs/Hörtz*, DB 2012, 1569

eine „Anreizwirkung“ zum Eingehen von Risiken beinhalten. Dies ist nicht der Fall, wenn aufgrund einer institutsweiten Regelung Beiträge zur Rentenversicherung oder zur betrieblichen Altersversorgung bezahlt werden; ebenso sind das allen gewährte 13. und 14. Monatsgehalt sowie Urlaubs- und Weihnachtsgeld ausgenommen.<sup>24</sup>

Ähnliche Regeln zum Anwendungsbereich finden sich in der VersVergV.<sup>25</sup>

## **2. Inhaltliche Vorgaben**

Die Erfahrungen mit der Finanzkrise hätten es nahe legen können, die Vereinbarung von Boni entweder zu verbieten oder sie auf einen relativ bescheidenen Satz von 10 bis 20 Prozent des Festgehalts zu beschränken. Dies wurde jedoch nicht ernsthaft erwogen. Vielmehr verbietet § 3 Abs. 3 InstitutsVergV lediglich Anreize zur Eingehung unverhältnismäßig hoher Risiken. § 3 Abs. 4 nimmt sie insbesondere in zwei Fällen an:

Nach Abs. 4 Nr. 1 darf keine „signifikante Abhängigkeit“ des Mitarbeiters von variabler Vergütung bestehen. Wann dies der Fall ist, vermag niemand zu sagen. Die Literatur ist sich einig darüber, dass es keinen bestimmten Prozentsatz gibt und dass alles von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere der Gesamtvergütung, der Stellung des Unternehmens auf dem Markt und der Art der Tätigkeit abhängt.<sup>26</sup> Wenn – wie in dem erwähnten, vom BAG entschiedenen Fall – der Bonus das Festgehalt überschreiten kann, wird man das im Zweifel annehmen können, doch ist natürlich auch die These vertretbar, wer eh schon 180.000 Euro verdiene, könne wegen eines möglichen Ausbleibens zusätzlicher Einnahmen nicht mehr in signifikante Abhängigkeit geraten. Dies setzt allerdings ein bestimmtes Menschenbild voraus, das nichts mit „Gier“ und dem kapitalismusimmanenten „Immer mehr“ zu tun hat. Ist dies nach gut 20 Jahren Dominanz des neoliberalen Denkens und im Rahmen einer einigermaßen erfolgreichen Bankkarriere noch eine realistische Annahme?

Nach Abs. 4 Nr. 2 InstitutsVergV liegt ein Anreiz zum Eingehen unverhältnismäßig hoher Risiken auch dann vor, wenn einzelvertraglich für den Fall des Ausscheidens eine Abfindung vorgesehen ist, bei der „individuelle negative Erfolgsbeiträge“ keine Rolle

<sup>24</sup> *Simon/Koschker*, BB 2011, 121

<sup>25</sup> Dazu näher *Annuß/Sammel*, BB 2011, 115, die insbesondere den § 2 Nr. 7 VersVergV kritisieren, der § 2 Nr. 6 InstitutsVergV entspricht.

<sup>26</sup> *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2010, 793; *Simon/Koschker*, BB 2011, 122

spielen. Gemeint sind damit „golden parachutes“, wonach der fragliche Geschäftsleiter oder Mitarbeiter bei seinem misserfolgsbedingten Ausscheiden so viel bekommt, dass er im Grunde in einer win-win-Situation ist: Entweder hat er bei seinen Spekulationen Erfolg, dann steigt der Bonus in stolze Höhen, oder es geht schief, dann verlässt er gleichfalls mit einem prall gefüllten Bankkonto seine bisherige Wirkungsstätte.

Nach § 3 Abs. 5 InstitutsVergV müssen fixe und variable Vergütungsbestandteile in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen. Was „angemessen“ ist, bleibt ebenfalls weitgehend offen. Die Verordnung sagt lediglich, es dürfe einerseits keine signifikante Abhängigkeit von der variablen Vergütung bestehen, andererseits müsse die variable Vergütung „einen wirksamen Verhaltensanreiz setzen“ können. Das Institut hat eine „angemessene Obergrenze“ für das Verhältnis zwischen fixer und variabler Vergütung festzulegen, was wohl auf einen bestimmten Prozentanteil der variablen Vergütung hinausläuft. Die Verbindung zwischen „Bonus“ und geschäftlichen Entscheidungen bleibt jedenfalls aufrechterhalten. Man geht also weiter davon aus, dass eine Geldzahlung die Entscheidungsqualität verbessert. Dies wird durch § 3 Abs. 7 InstitutsVergV zusätzlich verdeutlicht, wonach eine „garantierte“ variable Vergütung nur bei Aufnahme der Tätigkeit und nur für ein Jahr zulässig ist.

Interesse verdient die Regelung des § 3 Abs. 6 InstitutsVergV. Danach muss die Vergütung der internen Kontrolleinheiten („Controlling“) von der Leistung der kontrollierten Geschäftsbereiche unabhängig sein,<sup>27</sup> da andernfalls die Kontrollintensität zu wünschen übrig lassen würde. Weiter muss die Vergütung so ausgestaltet sein, dass eine angemessene qualitative und quantitative Personalausstattung ermöglicht wird; wäre das Merkmal „angemessen“ quantifizierbar, könnte man von qualitativen und quantitativen Besetzungsregeln<sup>28</sup> und einer relativ erfreulichen Innovation sprechen.

Der Gesamtbetrag der variablen Vergütung darf nach § 4 InstitutsVergV nicht so hoch sein, dass die Fähigkeit des Instituts eingeschränkt wird, eine angemessene Eigenmittelausstattung „dauerhaft aufrechtzuerhalten oder wieder herzustellen.“ Ein Institut, das Schwierigkeiten hat, das nötige Eigenkapital aufzubringen, darf bei den Boni

---

<sup>27</sup> Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2010, 794

<sup>28</sup> Zu diesen s. Hensche/Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), TVG. Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, § 1 Rn 845 ff.

keine Großzügigkeit walten lassen. Auf die Konsequenzen ist an späterer Stelle einzugehen.<sup>29</sup>

Abgesehen von § 4 InstitutsVergV enthält die VersVergV gleichartige Regelungen.<sup>30</sup> Die Unterschiede werden an einem Fragenkatalog deutlich, mit dem die jeweiligen Vergütungssysteme überprüft werden sollen.<sup>31</sup>

### **3. Sonderregeln für „bedeutende Institute“**

§ 1 Abs. 2 InstitutsVergV hat die Kategorie des „bedeutenden“ Instituts eingeführt. Voraussetzung ist, dass die Bilanzsumme in den letzten drei Geschäftsjahren mindestens 10 Milliarden Euro betragen hat und dass das Institut auf der Grundlage einer Risikoanalyse eigenverantwortlich feststellt, dass es „bedeutend“ ist. Erreicht die Bilanzsumme im Durchschnitt der letzten drei Jahre 40 Milliarden Euro, so ist das Unternehmen in der Regel als bedeutend anzusehen. Dieses Privileg der Selbstdefinition ist ungewöhnlich und wird nur „Rechtsunterworfenen“ erster Klasse zuteil.

Sind im Einzelfall diese Voraussetzungen gegeben, so müssen über die oben 2 genannten hinaus noch weitere Vorgaben berücksichtigt werden. Diese beziehen sich allerdings außer auf Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder nur auf solche Mitarbeiter, deren Tätigkeit einen wesentlichen Einfluss auf das „Gesamtrisikoprofil“ des Instituts haben. Das Institut hat aufgrund einer weiteren Risikoanalyse selbst festzustellen, ob es derartige Mitarbeiter hat; man bezeichnet sie üblicherweise als „risk taker“.

Ist dies der Fall, so sind bei der variablen Vergütung verschiedene Vorgaben zu beachten. Nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 InstitutsVergV ist neben dem Gesamterfolg des Instituts auch der individuelle Erfolgsbeitrag zu berücksichtigen, soweit dessen Ermittlung nicht mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden ist. Dabei ist nach § 5 Abs. 2 Nr. 2 der individuelle Erfolgsbeitrag auch anhand nicht-finanzieller Parameter zu bestimmen, wobei als Beispiele die Beachtung der institutsinternen Regelwerke („Compliance“), die Kundenzufriedenheit und die erlangte Qualifikation genannt werden. Wie man die

---

<sup>29</sup> Unten 4

<sup>30</sup> *Annuß/Sammet*, BB 2011, 115

<sup>31</sup> *Simon/Koschker*, BB 2011, 123

Kundenzufriedenheit mit einem risk taker bestimmen will, bleibt dabei unklar,<sup>32</sup> ebenso die Gewichtung der einzelnen Faktoren.

Grundsätzlich sind Vergütungsparameter zu verwenden, die dem Ziel eines „nachhaltigen“ Erfolges Rechnung tragen. Die Nachhaltigkeit wird aber noch auf anderem Wege gefördert: Bei Mitarbeitern werden mindestens 40 % der variablen Vergütung auf drei bis fünf Jahre gestreckt, bei Geschäftsleitern geschieht dies mit 60 %. Außerdem müssen 50 % der „zurückbehaltenen“ wie 50 % der nicht zurückbehaltenen variablen Vergütung von einer nachhaltigen Wertentwicklung des Instituts abhängen und jeweils mit einer angemessenen Frist versehen werden (§ 5 Abs. 2 Nr. 4 und 5 InstitutsVergV). Eine negative Entwicklung des Unternehmens führt zu einer Verringerung.<sup>33</sup> Damit wird ein Interesse der Entscheidungsträger geschaffen, eine mittel- bis langfristige Planung des Unternehmens zu entwickeln und nach Kräften dafür zu sorgen, dass sich dieses auch in drei oder fünf Jahren noch in einem guten Zustand befindet. Dies läuft auf eine deutliche Abweichung von der shareholder-value Doktrin hinaus, die entscheidend auf den kurzfristigen Kurserfolg abstellt.

#### **4. Durchsetzungsmöglichkeiten**

Die Regelungen der InstitutsVergV und der VersVergV sollen durch die jeweiligen Aufsichtsbehörden durchgesetzt werden. Sie haben nicht die Qualität eines Verbotsgesetzes, das entgegenstehende Abmachungen unwirksam machen würde. Mittelbar wird dies an § 10 InstitutsVergV deutlich, der das Institut verpflichtet, auf die Anpassung der Verträge „hinzuwirken“. Der Umgang mit den Betroffenen ist dabei recht pfleglich: Die Anpassung muss „auf Grundlage einer für Dritte nachvollziehbaren fundierten juristischen Begutachtung der Rechtslage“ und unter Berücksichtigung der konkreten Erfolgsaussichten (wohl für eine Änderungskündigung?) erfolgen. Auch muss sie rechtlich zulässig sein. Bei Neueinstellungen ist allerdings die InstitutsVergV ebenso wie die VersVergV in vollem Umfang zugrunde zu legen. Geschieht das nicht, könnte die BaFin bzw. die Versicherungsaufsicht intervenieren. Ausdrücklich wird der BaFin durch § 45 Abs. 2 Nr. 6 KWG bzw. der Versicherungsaufsicht die Möglichkeit eröffnet, die Auszahlung von Boni ganz oder teilweise zu untersagen, wenn dadurch die angemessene

---

<sup>32</sup> Hierzu und zu weiteren Einwänden *Heucheler/Kloft*, WM 2010, 2246

<sup>33</sup> Weitere Einzelheiten der Regelung bei *Heuchemer/Kloft*, WM 2010, 2246; *Insam/Hinrichs/Hörz*, DB 2011, 1571; *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2010, 795; *Simon/Koschker*, BB 2011, 124

Eigenmittelausstattung nach § 5 InstitutsVergV<sup>34</sup> bzw. (im Versicherungswesen) die Solvabilitätsspanne<sup>35</sup> nicht mehr gesichert wäre. Der betroffene Arbeitnehmer kann aus seinem Vertrag insoweit keine Rechte mehr ableiten; der Staat greift unmittelbar in Arbeitsverhältnisse ein.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 und (bei vom Einzelnen durch sein Verhalten beeinflussbaren Zahlungen) nach § 87 Abs. 1 Nr. 11 BetrVG bleibt formal unberührt. Allerdings hätte die Einigungsstelle die Regelungen der Verordnungen als verbindlich zugrunde zu legen. Insoweit wird das „normale“ Arbeitsrecht in ähnlicher Weise wie bei gefährlichen Technologien durch staatliche Vorgaben überlagert.<sup>36</sup>

### **III. Überwachung der Berater**

#### **1. Der Interessenkonflikt**

Der Kundenberater einer Bank oder einer Sparkasse hat die Aufgabe, einem Anleger die Maßnahmen vorzuschlagen, die am besten zu seiner wirtschaftlichen Situation passen; dabei sind auch subjektive Präferenzen zu beachten. Der Begriff „Anleger“ umfasst zwar auch den vielfachen Millionär und den Spekulanten, doch der Schwerpunkt der Alltagsarbeit sieht anders aus: Meist geht es darum, Ersparnisse eines halben oder eines ganzen Berufslebens oder ein kleines Erbe umsichtig anzulegen, um auf diese Weise ein kleines Zusatzeinkommen zu generieren. Die Altersversorgung wird so etwas aufgebessert, der Sparzwang weniger fühlbar gemacht. Oft geht es auch direkt um die Altersversorgung mit Hilfe einer sog. Riester- oder eine Rürup-Rente, deren Aufbau mit den Einkommens- und Vermögensverhältnissen in Einklang zu bringen ist. Will man diese Arbeit mit der nötigen Sorgfalt erledigen, muss man sich zahlreichen Herausforderungen stellen.

- Kunden haben in der Regel nur geringe Kenntnisse über die verschiedenen Anlageformen. Schon das genaue Funktionieren eines Bausparvertrags bedarf der Erläuterung. Der Umgang mit Geld gehört nicht zu dem in der Schule vermittelten

---

<sup>34</sup> *Simon/Koschker*, BB 2011, 126

<sup>35</sup> *Annuß/Sammet*, BB 2011, 119

<sup>36</sup> Näher dazu *Däubler*, SozR 2012, 57, 58 ff.

Allgemeinwissen. Über die Gründe lohnt es sich nachzudenken;<sup>37</sup> für den Berater ist die Unwissenheit ein Faktum. Er ist mit einem schwierigen didaktischen Problem konfrontiert.

- Das Informationsdefizit beim Kunden wird immer gravierender, weil die auf dem Markt angebotenen Anlageformen immer komplexer werden. Discount-Zertifikate statt Aktien zu kaufen, zählt zu den leichteren Übungen. Beide sind im Übrigen „Finanzinstrumente“ im Sinne des KWG, was sich vom Alltagssprachgebrauch her jedenfalls nicht spontan erschließt.

- Der Berater selbst ist nicht in der Lage, einen vollen Marktüberblick zu gewinnen. Als Individuum bleibt ihm gar nichts anderes übrig, als sich der Meinung seines Hauses anzuschließen und dessen Einschätzungen und Prognosen zu übernehmen. Diese sind oft ihrerseits von Dritten erstellt; nur große Banken und Bankengruppen können sich eine eigene Research-Abteilung leisten. Auch nur alles nachzuvollziehen, was auf den Schreibtisch kommt, ist nicht für alle Berater leistbar. Man kann nicht ausschließen, dass beim Kundengespräch ein Halbgebildeter mit einem völlig Ungebildeten redet.

- Es gibt keine Anlagen, die gegen alle Risiken des Lebens in der Marktwirtschaft gesichert wären. „Mündelsichere“ Staatsanleihen sind ein fast schon banales Beispiel. Die kapitalgedeckte Rente kann weit hinter den Erwartungen zurückbleiben oder gar ganz wegfallen, weil das angesammelte Vermögen suboptimal angelegt wurde. Ehrlich auf alle denkbaren Risiken hinzuweisen, würde gerade bei wenig geschäftserfahrenen Kunden jeden Vertragsschluss torpedieren.

- In aller Regel erhöht sich das Einkommen des Kundenberaters, wenn er viele Vertragsschlüsse zustande bringt. Auch nur im üblichen Umfang über Risiken aufzuklären, bedeutet also, dem eigenen Interesse zuwider zu handeln, auf potentielles Einkommen zu verzichten. Auch können die Beförderungschancen schlechter werden, wenn man den Ruf eines „Bedenkenträgers“ erwirbt.

## **2. Die Neuregelung**

---

<sup>37</sup> Eine Ursache könnte darin liegen, dass das Bildungsideal des „guten“ Menschen allzu sehr in Frage gestellt würde, wenn man die Realität des Profitstrebens und der Spekulation mit offenen Augen betrachten würde. „Geldkunde“ als Ergänzung zur „Gemeinschaftskunde“ könnte gleichermaßen „Profitjäger“ wie „Fundamentalkritiker“ hervorbringen; an beidem besteht kein Interesse.

Seit der Finanzkrise sind verschiedene gesetzliche Regelungen erlassen worden, die einen besseren Anlegerschutz bewirken wollen.<sup>38</sup> Von erheblicher arbeitsrechtlicher Relevanz ist das Gesetz „zur Stärkung des Anlegerschutzes und Verbesserung der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarkts“ vom 5. April 2011<sup>39</sup>, der den § 34d in das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) eingefügt hat. Dort finden sich die folgenden Bestimmungen:<sup>40</sup>

Als Berater darf nach § 34d Abs. 1 WpHG nur eingesetzt werden, wer über die nötige Sachkunde und Zuverlässigkeit verfügt. § 1 Abs. 1 WpHGMaAnzV umschreibt die Kenntnisse, die „insbesondere“ vorliegen und in der Praxis angewandt werden müssen. Nach § 4 Satz 1 der Verordnung können sie durch entsprechende berufsqualifizierende Abschlüsse (aber auch auf andere Weise) nachgewiesen werden. Wichtig ist insbesondere die sog. Alte-Hasen-Regelung des § 4 Satz 2 der Verordnung, wonach die Sachkunde vermutet wird, wenn eine Person seit dem 1. Januar 2006 ununterbrochen als Mitarbeiter in der Anlageberatung oder verwandten Gebieten tätig war. Die „Zuverlässigkeit“ wird bei weitem nicht in derselben Weise wie bei sicherheitsempfindlichen Bereichen überprüft.<sup>41</sup> Sie ist nach § 6 der Verordnung vielmehr nur dann ausgeschlossen, wenn der Berater in den letzten fünf Jahren wegen eines Verbrechens oder wegen bestimmter Vergehen (Diebstahl, Betrug, Untreue, Geldwäsche, Hehlerei, Wucher, Steuerhinterziehung usw.) rechtskräftig verurteilt wurde. Auch in diesen Fällen fehlt die Zuverlässigkeit nur „in der Regel“. Verkehrsdelikte bis hin zur fahrlässigen Tötung oder Körperverletzungen und Beleidigungen spielen keine Rolle.

Dieselben Regeln gelten im Grundsatz für Vertriebs- und Compliancebeauftragte (§§ 2 ff. der Verordnung).

Das eigentliche Problem liegt nicht in diesen durchaus einsichtigen Vorgaben sondern in der Einschaltung der BaFin. Diese errichtet nach § 34d Abs. 5 WpHG eine Datenbank, in die sämtliche Berater, Vertriebs- und Compliancebeauftragten bei allen Banken und Sparkassen aufgenommen werden. Schon vor Aufnahme einer entsprechenden Tätigkeit muss der Name des Mitarbeiters und die Filiale, wo er eingesetzt ist, der BaFin mitgeteilt werden. Dies betrifft einen Personenkreis von ca. 300.000 Arbeitnehmern. Erhebt ein

---

<sup>38</sup> Überblick bei *Rosenblum*, DB 2012, 1105

<sup>39</sup> BGBl I S. 538. S. oben bei Fn 10.

<sup>40</sup> Dazu auch *Pinkepank/Schulze*, AiB 2011, 646 ff.

<sup>41</sup> Dazu *Däubler*, SR 2012, 67 ff.

Kunde eine Beschwerde, ist auch diese der BaFin unter Nennung des Namens des Mitarbeiters zu übermitteln, auf dessen Tätigkeit sie sich bezieht. Einzelheiten der Mitteilungen an die BaFin sind in § 8 WpHGMAAnzV geregelt.

§ 34d Abs. 4 WpHG gibt der BaFin ungewöhnlich weit gehende Eingriffsbefugnisse.

Nach Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 kann sie dem Institut untersagen, eine Person weiter als Berater zu beschäftigen, die nicht oder nicht mehr als sachkundig und zuverlässig anzusehen ist.

Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 gibt ihr die Möglichkeit, bei Pflichtverletzungen des Beraters diesen und seinen Arbeitgeber zu „verwarnen“ oder – weitergehend – der Bank oder Sparkasse zu untersagen, den Mitarbeiter für einen Zeitraum von bis zu zwei Jahren in der angezeigten Tätigkeit, d. h. als Berater, zu beschäftigen.

Gegen diese Maßnahmen, die Verwaltungsakte darstellen, kann sich die Bank oder Sparkasse bzw. der Berater durch Widerspruch und Klage vor dem Verwaltungsgericht zur Wehr setzen. Beides hat jedoch nach Abs. 4 Satz 4 keine aufschiebende Wirkung. Da bis zu einem Urteil eines Verwaltungsgerichts erster Instanz in der Regel mindestens zwei Jahre vergehen, hat die Entscheidung der BaFin meist definitiven Charakter, es sei denn, die aufschiebende Wirkung würde vom Gericht nach § 80 Abs. 5 VwGO wiederhergestellt.

Ob für den Berater, der in dieser Funktion vorübergehend oder auf Dauer nicht mehr tätig sein darf, eine andere Beschäftigungsmöglichkeit besteht, hängt von den jeweiligen Umständen des Einzelfalls ab. Ergibt sich keine „Ausweichmöglichkeit“, kann man eine personenbedingte Kündigung nicht ausschließen.<sup>42</sup>

Nach Abs. 4 Satz 2 kann die BaFin unanfechtbar gewordene Anordnungen auf ihrer Internetseite öffentlich bekanntmachen, es sei denn, diese Veröffentlichung wäre geeignet, den berechtigten Interessen des Unternehmens zu schaden. Eine Negativwirkung wird immer vorliegen, so dass es allein um die Frage gehen wird, ob „berechtigte“ Interessen der Bank oder Sparkasse tangiert sind. Der Name des betroffenen Mitarbeiters wird nach

---

<sup>42</sup> Pinkepank/Schulze, AiB 2011, 647

Abs. 4 Satz 3 nicht genannt, doch muss man damit rechnen, dass inoffiziell durchaus ein Personenbezug hergestellt wird.

Analoge Regelungen gelten für Vertriebsbeauftragte und für Compliance-Beauftragte.

### 3. Sonstige Anlageberater

Anlageberatung findet nicht nur bei Banken und Sparkassen statt. Daneben existieren zahlreiche gewerbliche „Vermittler“, die insbesondere auf dem sog. Grauen Kapitalmarkt Beteiligungen an Fonds vertreiben. Dabei spielen gewerblich genutzte Immobilien im In- und Ausland, aber auch Schiffe und Flugzeuge eine erhebliche Rolle. Im Verhältnis zum Kunden besteht hier ein vergleichbares „Gefälle“ an Information und Erfahrungen; es stehen ähnliche wirtschaftliche Interessen auf dem Spiel. Auch hier erhöht sich im Zweifel das Einkommen des angestellten Beraters, wenn es zu zahlreichen Geschäftsabschlüssen kommt. Es lag nahe, auch diese Fälle in den Anwendungsbereich des § 34d WpHG einzubeziehen. Eine entsprechende Absicht des Bundesfinanzministeriums scheiterte jedoch am Bundeswirtschaftsministerium, das dem Wunsch von Beraterorganisationen nachgab und ein Sondergesetz in Aussicht stellte.<sup>43</sup> Dabei kam in der Öffentlichkeit der Verdacht auf, großzügige Spenden an die das Wirtschaftsministerium leitende FDP hätten dabei ihre Wirkung nicht verfehlt.<sup>44</sup>

Die am 1. 1. 2013 in Kraft tretende Sonderregelung findet sich in den §§ 34f und 34g GewO. Auf ihrer Grundlage ist die Finanzanlagenvermittlungsverordnung (FinVermV) vom 2. Mai 2012<sup>45</sup> erlassen worden, die sich in vielen Punkten an den Regeln orientiert, die für Berater in Banken und Sparkasse gelten. So wird auch hier „Fachkunde“ und „Zuverlässigkeit“ vorausgesetzt. Auf der anderen Seite fehlt jede Beaufsichtigung durch die BaFin; vielmehr bleibt es Sache der Gewerbeaufsichtsbehörden, gegen etwaige Verstöße vorzugehen. Angesichts der Komplexität der Materie ist von ihnen eine sehr viel weniger intensive Kontrolle zu erwarten als von der auf „Finanzinstrumente“ spezialisierten BaFin. Außerdem gibt es keine zentrale Datenbank wie nach § 34d WpHG, sondern lediglich ein „Vermittlerregister“ nach § 11a GewO; die diesem mitzuteilenden

---

<sup>43</sup> So der Bericht in der Frankfurter Rundschau, abrufbar <http://www.fr-online.de/politik/fragwuerdige-spenden-die-fdp-sagt-dankeschoen> (aufgerufen am 20. 8. 2012)

<sup>44</sup> <http://blog.abgeordnetenwatch.de/2010/12/09/gesetzentwurf-torpediert/> und <http://blog.abgeordnetenwatch.de/2010/12/08/abgeordnetenwatch-de-Bericht> (aufgerufen am 20.8.2012)

<sup>45</sup> BGBl I S. 1006

Informationen finden sich in den §§ 6 bis 8 FinVermV. Schließlich fehlen konkrete Interventionsmöglichkeiten gegenüber einzelnen Beschäftigten; nach § 19 FinVermV liegt die Verantwortung für die Erfüllung ihrer Pflichten ausschließlich beim Gewerbetreibenden selbst, d. h. beim Arbeitgeber. Bei schweren Verstößen droht als Sanktion allein die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO, die kaum je praktische Bedeutung gewinnt und die ausschließlich gegen den Inhaber oder gegen mit der Leitung des Gewerbebetriebs betraute Personen ausgesprochen werden kann.

#### **4. Verfassungsrechtliche Bedenken**

Die Regelung des § 34d WpHG hatte einen erheblichen zeitlichen Vorlauf; sie wurde im April 2011 erlassen, trat aber erst am 1. November 2012 in Kraft. Sie erweckt drei verschiedene verfassungsrechtliche Einwände.

Zum einen fällt auf, dass – wie gerade ausgeführt - die außerhalb von Banken und Sparkassen tätigen Berater sehr viel weniger intensiv kontrolliert werden. Hierfür fehlt es an einem erkennbaren sachlichen Grund. Der Anleger als Kunde ist nicht weniger schützbedürftig, wenn er sich nicht von der Landesbank Baden-Württemberg sondern von einem „privaten“ Anlagevermittler beraten lässt. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese Marktteilnehmer den Ruf des „Unsoliden“ und „Spekulativen“ hätten, so dass der Kunde gewissermaßen auf eigene Gefahr handeln würde, wenn er sich mit ihnen einlässt. Sein Vertrauen in sachgerechte Beratung ist vielmehr in gleicher Weise schutzwürdig, wie wenn er sich der örtlichen Sparkasse oder der Deutschen Bank anvertraut. Dem hat der Gesetzgeber mittelbar auch dadurch Rechnung getragen, dass die Anforderungen an Sachkunde und Zuverlässigkeit zwar nicht identisch, aber durchaus vergleichbar sind. Nur die staatliche Aufsicht, die deren Beachtung sicherstellen soll, ist bei Banken und Sparkassen sehr viel intensiver und mit spezifischen Eingriffsbefugnissen bis hinein ins einzelne Arbeitsverhältnis verbunden. Hierfür besteht kein einsehbarer Grund, weshalb der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verletzt ist. In einem gerichtlichen Verfahren wäre außerdem der Frage nachzugehen, inwieweit die Herausnahme aus dem ursprünglichen Entwurf durch das Wirtschaftsministerium zusätzlich auf evident unsachlichen, d. h. durch Spenden verursachten Gründen beruhte.

Zum zweiten wird nach § 34d Abs. 5 WpHG eine Datenbank errichtet, die sämtliche Berater, Vertriebs- und Compliance-Beauftragten mit Namen und konkreter Funktion erfasst. Dies stellt einen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht dar, der einer Rechtfertigung bedürfte. Soweit es um Personen geht, die nachweisbar ihre Pflichten verletzt haben oder über die Beschwerden eingegangen sind, ist hierfür ein ausreichender Grund gegeben: Ähnlich wie bei der Flensburger Verkehrszentraldatei wird auf diese Weise erkennbar, wer – durchaus auch an unterschiedlichen Arbeitsplätzen – immer wieder durch Verstöße oder mögliche Verstöße auffällt. Dies kann eine intensivierete Aufsicht, die Empfehlung von Weiterbildungsmaßnahmen, aber auch Sanktionen nahe legen. Von vorne herein aber jeden Berater usw. zu erfassen, läuft auf eine Vorratsdatenspeicherung hinaus, für die kein Anlass besteht. Nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>46</sup> ist diese nur zulässig, wenn sie überragend wichtigen Aufgaben des Rechtsgüterschutzes dient. Davon kann hier nicht die Rede sein, weil es genügen würde, alle die Fälle zu erfassen, in denen zumindest der (durch Beschwerde bekannt gewordene) Verdacht einer Pflichtverletzung besteht. Die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs<sup>47</sup> vermittelt keine weitergehenden Aufschlüsse. Sie lässt sogar den Schluss zu, dass die Datenbank eine psychologische Wirkung auf die einzelnen Berater in dem Sinn ausüben soll, dass er sich möglichst regelgerecht verhält, weil ihm die Kontrollmöglichkeiten nachhaltig vor Augen geführt werden. Disziplinierungszwecke vermögen jedoch keinen Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht zu legitimieren.

Zum dritten kann und muss man sich die Frage stellen, ob nicht ein weniger weitgehender Eingriff gewählt werden könnte. Statt bei Fehlverhalten neue Sanktionsmöglichkeiten zu schaffen, müsste man die Verknüpfung zwischen der Vergütung und der Zahl der Vertragsabschlüsse lösen: Würde es nur noch Fixgehälter geben, wäre der zentrale Anreiz verschwunden, die Anleger nicht voll über bestehende Risiken aufzuklären. Dies wäre aller Voraussicht nach nicht nur das mildere sondern auch das effektivere Mittel, um Fehlberatungen zur absoluten Ausnahmerecheinung werden zu lassen. Insoweit stellt die geltende Regelung des § 34d WpHG einen unverhältnismäßigen Eingriff in das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG dar.

---

<sup>46</sup> 2. 3. 2010 – 1 BvR 256/08 u. a., NJW 2010, 833.

<sup>47</sup> BT-Drucksache 17/3628 S. 23 f.

#### IV. Bewertung

Sowohl bei der Vergütung der Beschäftigten als auch beim Anlegerschutz wird das bei Finanzdienstleistern bestehende Arbeitsverhältnis durch öffentlich-rechtliche Sonderregeln überlagert. Weit über die bisherigen Ansätze hinaus<sup>48</sup> wird der hoheitliche Eingriff zum Mittel, um die Arbeitsverhältnisse inhaltlich zu gestalten und sie einer externen Kontrolle zu unterwerfen. Dies entspricht einem auch in anderen Bereichen feststellbaren Entwicklungstrend.<sup>49</sup>

Im Vergütungssektor bleiben die Eingriffe trotz eines großen normativen Aufwands im Grunde relativ bescheiden; den Großverdienern, die gerne als besondere Leistungsträger gesehen werden, kann nicht übermäßig viel geschehen. Anders bei den „kleinen“ Beratern: Je nach Handhabung durch die BaFin kann hier durchaus der Arbeitsplatz in Gefahr geraten, selbst wenn der Arbeitgeber von sich aus keine verhaltensbedingte Kündigung aussprechen würde. Bemerkenswert ist, dass bei den obersten Entscheidungsträgern in Banken und Sparkassen keine „Verhaltenskontrolle“ erfolgt, sondern nur mit positiven und negativen Anreizen bei der Vergütung gearbeitet wird. Ist es wirklich unvorstellbar, dass die BaFin einem Vorstandsmitglied ein zweijähriges Tätigkeitsverbot auferlegt, weil er seine Pflichten in erheblichen Umfang verletzt hat? Bisher muss man die Frage mit einem eindeutigen „Ja“ beantworten.

Das eigentliche Problem – die Verknüpfung von Vergütung und wirtschaftlichem Erfolg bei den Entlohnungsformen – wird nicht angegangen. Wer „erfolgreich“ mit Risiken umgeht bzw. viele Abschlüsse tätigt, erhält im Regelfall weiterhin eine höhere Vergütung und muss keine Intervention der BaFin befürchten. Würden ein Prokurist mit einem Jahresgehalt von 500.000 Euro und ein (eher bescheiden dotiertes) Vorstandsmitglied mit einem Jahresgehalt von 1 Mio. Euro wirklich weniger Engagement und Kreativität zeigen, weil keine zusätzlichen Boni winken? Es mag sein, dass die Ideologie des „Immer mehr“ tatsächlich die Köpfe okkupiert hat – doch wäre es nicht an der Zeit, daran mal etwas zu ändern?

---

<sup>48</sup> Dazu *Däubler*, in: Derleder/Knops/Bamberger (Hrsg.), Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht, 2. Aufl., Berlin-Heidelberg 2009, § 68 („Bankarbeitsrecht“)

<sup>49</sup> *Däubler*, SR 2012, 57 ff.

