

Mindestdauer des Urlaubs ist geregelt. Der Einzelne kann direkt aus der Norm nichts ableiten⁴².

VI. Zusammenfassung

1. Nach dem Zweck des Art. 7 Abs. 1, 2 RL 2003/88/EG verlangt Art. 7 Abs. 2 RL 2003/88/EG einen Abgeltungsanspruch des Arbeitnehmers bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

2. Da der Zweck des Anspruchs nicht erfüllt werden kann, wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet, sollte für diesen Fall eine Ausnahme von der Abgeltungspflicht gelten.

3. Ist eine Abgeltungspflicht nach Art. 7 Abs. 2 RL 2003/88/EG auch im Fall der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Tod des Arbeitnehmers zu bejahen, lassen sich § 7 Abs. 4 BUrLG i.V.m. § 1922 BGB richtlinienkonform so interpretieren, dass ein Abgeltungsanspruch entsteht und auf die Erben übergeht.

4. Lehnt man eine derartige Auslegung des nationalen Rechts ab, lässt sich der Abgeltungsanspruch gegenüber dem staatlichen Arbeitgeber aus Art. 7 Abs. 2 RL 2003/88/EG ableiten.

42) S. zum Einfluss der GRC auf das deutsche Arbeitsrecht Heiderhoff/Lohsse/Schulze/Kamanabrou, EU-Grundrechte und Privatrecht, 2016, S. 167.

Rechtsanwalt Dr. Hendrik Heitmann, Frankfurt a. M.

Die Arbeitgeberkündigung eines Anlageberaters

unter besonderer Beachtung bankaufsichtsrechtlicher Anforderungen

I. Einleitung

Fehlt einem Arbeitnehmer eine objektive Eignungsvoraussetzung, um seine Arbeitsleistung zu erbringen, rechtfertigt dies häufig eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber¹. Dies gilt nicht nur für Kraftfahrer, denen die Fahrerlaubnis² oder für Verkehrsflugzeugführer, denen die Fluglizenz entzogen wird³, sondern auch für Anlageberater, gegen die ein Beschäftigungsverbot verhängt wird.

Das Arbeitsverhältnis eines Anlageberaters mit einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen unterliegt insoweit besonderen bankaufsichtsrechtlichen Anforderungen. Zum einen existieren gewisse Wohlverhaltenspflichten (vgl. §§ 31, 34 WpHG), die der Anlageberater in Ausübung seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit zu beachten hat. Zum anderen hat der Anlageberater besondere *Sachkunde* und die erforderliche *Zuverlässigkeit* für die auszuübende Tätigkeit nachzuweisen (vgl. § 34 d WpHG⁴). Verstößt der Anlageberater gegen die Wohlverhaltenspflichten oder erfüllt er die Voraussetzungen der nachzuweisenden Sachkunde und/oder Zuverlässigkeit während des bestehenden Arbeitsverhältnisses nicht mehr, kann die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) den Wertpapierdienstleistungsunternehmen den Einsatz dieser Mitarbeiter untersagen (§ 34 d Abs. 4 WpHG). Für den Arbeitgeber eines Wertpapierdienstleistungsunternehmens stellt sich dann die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen er das Arbeitsverhältnis mit dem Anlageberater kündigen kann.

Der vorliegende Beitrag untersucht diese Kündigungsmöglichkeiten. Dafür sind in einem ersten Schritt zunächst die durch das Bankaufsichtsrecht vorgegebenen Rahmenbedingungen des Arbeitsverhältnisses eines Anlageberaters darzulegen (II.). In einem nächsten Schritt werden dann die bankaufsichtsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten konkretisiert (III.), um im Anschluss die arbeitsrechtlichen Kündigungsmöglichkeiten beleuchten zu können (IV.). Abgeschlossen wird der Beitrag durch die Darstellung der Ergebnisse (V.).

II. Bankaufsichtsrechtliche Säulen des Arbeitsverhältnisses

1. Wertpapierdienstleistungsunternehmen als Arbeitgeber

Das Beschäftigungsverbot nach § 34 d Abs. 4 WpHG findet nur Anwendung auf Wertpapierdienstleistungsunternehmen. Das bedeutet, dass auch nur Anlageberater, die bei einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen tätig sind, mit arbeitsrechtlichen Sanktionen bei einem durch die BaFin verhängten Einsatzverbot rechnen müssen. Wertpapierdienstleistungsunternehmen im Sinne des § 2 Abs. 4 WpHG sind Kreditinstitute, Finanzdienstleistungsinstitute und nach § 53 Abs. 1 Satz 1 des Kreditwesengesetzes (KWG) tätige Unternehmen, die Wertpapierdienstleistungen allein oder zusammen mit Wertpapiernebenleistungen gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Der Katalog an Wertpapierdienstleistungen ergibt sich schließlich aus § 2 Abs. 3 WpHG.

2. Anlageberatung als arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit

Die bankaufsichtsrechtliche Determination der Anlageberatung legt das Fundament für die vom Anlageberater arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit.

Gemäß § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 9 WpHG ist Anlageberatung die Abgabe von persönlichen Empfehlungen an Kunden oder deren Vertreter, die sich auf Geschäfte mit bestimmten Finanzinstrumenten beziehen, sofern die Empfehlung auf eine Prüfung der persönlichen Umstände des Anlegers gestützt oder als für ihn geeignet dargestellt wird und nicht ausschließlich über Informationsverbreitungskanäle oder für die Öffentlichkeit bekannt gegeben wird. Eine *Empfehlung* ist dabei von der bloßen Information oder der Werbung für bestimmte Produkte abzugrenzen. Eine Empfehlung liegt dann vor, wenn der Betreffende dem Kunden (zumindest konkludent) erklärt, wie er selbst handeln würde, wenn er sich in der Situation des Kunden befände⁵.

3. Arbeitsvertragspflichten des Anlageberaters

Der Anlageberater muss entsprechend sachkundig sein und über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügen, um seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit ordnungsgemäß ausüben zu können (vgl. § 34 d Abs. 1 Satz 1 WpHG). Die geforderte Sachkunde und Zuverlässigkeit muss für die gesamte Zeit der ausgeübten Tätigkeit als Anlageberater bestehen⁶. Es gehört daher auch zu den arbeitsvertraglichen Pflichten des Anlageberaters, durch entsprechende Fort- und Weiterbildungen entsprechend sachkundig zu bleiben, sowie alles zu unterlassen, was seine Zuverlässigkeit in Frage stellen könnte.

1) Vgl. APS/Dörner/Vossen, KSchG, 4. Aufl. 2012, § 1 Rn. 246 m.w.N.

2) Vgl. BAG v. 30.5.1978 – 2 AZR 630/76, NJW 1979, 332.

3) Vgl. BAG v. 31.1.1996 – 2 AZR 68/95, NZA 1996, 819.

4) § 34 d WpHG wurde durch das Anleger- und Funktionsverbesserungsgesetz (AnsFuG) vom 5.4.2011 mit Wirkung zum 1.11.2012 neu in das Wertpapierhandelsgesetz (WpHG) eingefügt, BGBl. I S. 538.

5) Vgl. Fuchs, in: Fuchs, WpHG, 2. Aufl. 2016, § 2 Rn. 117.

6) Vgl. Fuchs, in: Fuchs (Fn. 5), § 34 d Rn. 14.

Hinweise darauf, welcher Anlageberater als sachkundig und zuverlässig angesehen werden kann, gibt die WpHG-Mitarbeiteranzeigeverordnung (WpHGManzV)⁷.

Die *Sachkunde* des Anlageberaters muss gemäß § 1 Abs. 1 Satz 2 WpHGManzV insbesondere Kenntnisse in der Kundenberatung (Nr. 1), den rechtlichen Grundlagen der Anlageberatung (Nr. 2), den fachlichen Grundlagen (Nr. 3) und ihre praktische Anwendung umfassen.

Die gesamte erforderliche Sachkunde muss gemäß § 1 Abs. 2 WpHGManzV durch Abschluss- oder Arbeitszeugnisse, gegebenenfalls in Verbindung mit Stellenbeschreibungen, durch Schulungsnachweise oder in anderer geeigneter Weise nachgewiesen sein.

Hinsichtlich der nachzuweisenden *Zuverlässigkeit* ist Anknüpfungspunkt die Achtung des fremden Eigentums und Vermögens⁸. Nach § 6 WpHGManzV wird die Zuverlässigkeit nicht angenommen, wenn ein Anlageberater in den letzten fünf Jahren vor Beginn einer anzeigepflichtigen Tätigkeit wegen eines Verbrechens oder wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betruges, Untreue, Geldwäsche, Urkundenfälschung, Hehlerei, Wuchers, einer Insolvenzstraftat, einer Steuerhinterziehung oder aufgrund des § 38 des Wertpapierhandelsgesetzes rechtskräftig verurteilt worden ist.

Zudem existieren besondere bankaufsichtsrechtliche Wohlverhaltenspflichten für den Anlageberater. Die Einhaltung dieser Pflichten gehört zur ordnungsgemäßen Ausübung der Tätigkeit als Anlageberater und ist daher auch Gegenstand der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung. Der Anlageberater ist etwa verpflichtet, dem Kunden rechtzeitig vor dem Abschluss eines Geschäfts ein Produktinformationsblatt über das Finanzinstrument, auf das sich seine Kaufempfehlung bezieht, zur Verfügung zu stellen (vgl. § 31 Abs. 3 a Satz 1 WpHG). Außerdem hat der Anlageberater alle Informationen über Kenntnisse und Erfahrungen des Kunden in Bezug auf Geschäfte mit bestimmten Arten von Finanzinstrumenten, über dessen Anlageziele und über seine finanziellen Verhältnisse einzuholen (vgl. § 31 Abs. 4 Satz 1 WpHG). Wenn er diese Informationen ordnungsgemäß eingeholt hat, darf er dem Kunden darüber hinaus nur Finanzinstrumente empfehlen, die nach den eingeholten Informationen für den Kunden geeignet sind (vgl. § 31 Abs. 4 a WpHG). Hinzu kommt, dass er über jede Anlageberatung ein schriftliches Protokoll anzufertigen und dieses dem Kunden zur Verfügung zu stellen hat (vgl. § 34 Abs. 2 a WpHG).

III. Sanktionen der BaFin

Das Wertpapierdienstleistungsunternehmen trifft die Pflicht, Änderungen der geforderten Sachkunde und Zuverlässigkeit bei den Anlageberatern der BaFin gegenüber anzuzeigen (vgl. § 34 d Abs. 1 Satz 3 WpHG). Die BaFin führt deshalb über die jeweiligen Anlageberater eine eigene Datenbank (vgl. § 34 d Abs. 5 WpHG), in der auch angezeigte Verstöße gegen die Wohlverhaltenspflichten hinterlegt sind.

Wenn der BaFin nun Tatsachen bekannt werden, aus denen sich ergibt, dass die erforderliche Sachkunde und/oder Zuverlässigkeit nicht mehr besteht, hat die BaFin nach § 34 d Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpHG die Möglichkeit, dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen zu untersagen, den Mitarbeiter in der angezeigten Tätigkeit einzusetzen. Dies gilt allerdings nur solange, wie der Mitarbeiter die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt.

Daneben hat die BaFin die Befugnis nach § 34 d Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WpHG, gegenüber dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen und dem Anlageberater bei einem Verstoß gegen dessen Wohlverhaltenspflichten eine Verwarnung auszusprechen (a) oder dem Unternehmen den konkreten Einsatz des Mitarbeiters in der angezeigten Tätigkeit für eine Dauer von bis zu zwei Jahren zu untersagen (b).

Das Verwarnungsrecht stellt dabei das mildere Mittel dar und dient wie eine Abmahnung der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips⁹.

IV. Arbeitsrechtliche Reaktion

Sobald ein Beschäftigungsverbot vorliegt, ist der Arbeitgeber zwangsläufig mit der Frage konfrontiert, ob er dem Anlageberater gegenüber eine Kündigung aussprechen soll oder nicht. Immerhin ist dieser nicht mehr in der Lage, seine arbeitsvertraglich geschuldete Tätigkeit auszuüben. Tendiert der Arbeitgeber in seinem Entscheidungsprozess zum Ausspruch einer Kündigung, ist häufig unklar, ob das Arbeitsverhältnis ordentlich oder außerordentlich beendet werden soll. Im Folgenden wird deshalb dargelegt, unter welchen Voraussetzungen eine ordentliche Kündigung greifen kann und wann eine außerordentliche Kündigung wirksam werden kann.

Dabei konzentriert sich die Darstellung auf den Kündigungsgrund. Die jeweilige Interessenabwägung wird wegen der ausgeprägten Einzelfallabhängigkeit dabei vernachlässigt.

1. Ordentliche Kündigung

Soweit das Arbeitsverhältnis zwischen Anlageberater und Wertpapierdienstleistungsunternehmen dem Kündigungsschutzgesetz (KSchG) unterliegt, muss die Kündigung sozial gerechtfertigt sein (vgl. § 1 Abs. 2, Abs. 3 KSchG). Als Kündigungsgründe kommen vorliegend sowohl personenbedingte als auch verhaltensbedingte Gründe in Betracht.

a) personenbedingt

Als Gründe in der Person des Arbeitnehmers sind solche anzusehen, die auf einer in den persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten des Arbeitnehmers liegenden „Störquelle“ beruhen¹⁰. Erforderlich ist, dass der Arbeitnehmer im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung und voraussichtlich auch alsbald danach die Fähigkeit und Eignung nicht besitzt, die geschuldete Arbeitsleistung ganz oder teilweise zu erbringen¹¹. Eine personenbedingte Kündigung können auch Eignungsmängel des Arbeitnehmers rechtfertigen, wenn sie für die von ihm vertraglich geschuldete Aufgabe von bestimmender Bedeutung sind¹². Mangelnde Eignung kann dann vorliegen, wenn entweder objektive (personenbezogene) Voraussetzungen für die geschuldete Tätigkeit oder subjektive (in der Person des Arbeitnehmers liegende) Eigenschaften fehlen, deren Vorhandensein Voraussetzung für die vertragsgemäße Erfüllung des Anforderungsprofils ist¹³.

Versäumt es ein Anlageberater etwa, sein rechtliches Wissen bezogen auf WpHG und KAGB aktuell zu halten, kann er die notwendige Sachkunde im Sinne des § 34 d Abs. 1 Satz 1 WpHG i.V.m. § 1 Abs. 1 Satz 2 WpHGManzV nicht mehr nachweisen. Dasselbe gilt, wenn der Anlageberater sich mit einer überarbeiteten Produktdarstellung oder Produktinformation nicht vertraut macht oder wenn ihm die veränderte Kostenhöhe bei Abschluss eines Geschäfts nicht mehr geläufig ist. Die Wertpapierdienstleistungsunternehmen sind dann verpflichtet, der BaFin die nicht mehr vorliegende Sachkunde zu melden, was letztlich ein Beschäftigungsverbot nach § 34 d Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 WpHG nach sich zieht. Mit der Verhängung des Beschäftigungsverbots fehlt aber eine objektive Vo-

7) Verordnung über den Einsatz von Mitarbeitern in der Anlageberatung, als Vertriebsbeauftragte oder als Compliance-Beauftragte und über die Anzeigepflichten nach § 34 d des Wertpapierhandelsgesetzes vom 21.12.2011, BGBl. I. S. 1514.

8) Begner, BKR 2012, 95, 99.

9) Fuchs, in: Fuchs (Fn. 5), § 34 d Rn. 27.

10) APS/Dörner/Vossen (Fn. 1), § 1 Rn. 118.

11) BAG v. 24.2.2005 – 2 AZR 211/04, NZA 2005, 759.

12) BAG v. 15.8.1984 – 7 AZR 228/82, AP KSchG 1969 § 1 Nr. 8.

13) APS/Dörner/Vossen (Fn. 1), § 1 Rn. 245.

raussetzung für die Tätigkeit als Anlageberater. Ein personenbedingter Kündigungsgrund liegt dann dem Grunde nach vor.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass eine personenbedingte Kündigung nur dann wirksam ist, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung weder mit einer Aufhebung des Einsatzverbots in absehbarer Zeit zu rechnen noch eine Weiterbeschäftigung zu geänderten Bedingungen möglich ist¹⁴. Dies entspricht dem Verhältnismäßigkeitsprinzip. Eine Beendigungskündigung kommt danach immer erst dann in Betracht, wenn kein milderes Mittel zur Erreichung desselben Zwecks zur Verfügung steht¹⁵. Damit der Arbeitgeber eine personenbedingte Kündigung wirksam aussprechen können, muss die BaFin also zunächst ein langfristiges Beschäftigungsverbot verhängen. Ein derartiges Einsatzverbot dürfte bezogen auf die immer wieder nachzuweisende Sachkunde in der Praxis annähernd ausgeschlossen sein. Dafür müsste sich der Anlageberater schließlich kontinuierlich weigern, die notwendigen Kenntnisse zur Kundenberatung sowie den fachlichen oder rechtlichen Grundlagen im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 2 WpHGManzV zu aktualisieren.

Ein personenbedingter Kündigungsgrund liegt aber auch dann vor, wenn der Anlageberater die erforderliche Zuverlässigkeit nicht mehr nachweisen kann und die BaFin deshalb ein langfristiges Beschäftigungsverbot verhängt. Dies ist sicher dann der Fall, wenn der Anlageberater wegen einer der in § 6 WpHGManzV aufgeführten Straftatbestände rechtskräftig verurteilt wird. Zwar vermutet § 6 WpHGManzV nur die mangelnde Zuverlässigkeit dem Wortlaut nach, soweit fünf Jahre vor Beginn der anzuzeigenden Tätigkeit eine entsprechende Verurteilung vorgelegen hat. Zum einen handelt es sich bei § 6 WpHGManzV aber um eine nicht abschließende Regelvermutung. Zum anderen widerspricht eine ausschließlich dem Wortlaut folgende Auslegung dem Sinn und Zweck des § 34 d WpHG. Bei der Zuverlässigkeit als charakterliche Eignung steht die besondere Vertrauensempfindlichkeit der Anlageberatung im Vordergrund¹⁶. Diese muss für die gesamte Zeit der Tätigkeit bestehen. Es ist daher auch gerechtfertigt, wenn die BaFin ein langfristiges Einsatzverbot wegen einer rechtskräftigen Verurteilung während des laufenden Arbeitsverhältnisses verhängt. Soweit die Strafe zur Bewährung ausgesetzt wird, kann der Anlageberater zwar noch unter veränderten Arbeitsbedingungen weiterbeschäftigt werden. Eine derartige Weiterbeschäftigung, die ohnehin nur in Einheiten ohne Kundenkontakt wie etwa der Marktfolge in Frage kommt, ist dem Arbeitgeber aber nur bei einer Verurteilung wegen eines Nichtvermögensdelikts zumutbar. Bei einer Verurteilung wegen eines der in § 6 WpHGManzV genannten *Vermögensdelikte* ist die grundsätzliche Zuverlässigkeit und Eignung als Mitarbeiter in einem Wertpapierdienstleistungsunternehmen wegen der dort herrschenden besonderen Vermögensbetreuungspflicht nicht mehr gegeben¹⁷. Eine personenbedingte Kündigung kann dann wirksam ausgesprochen werden.

Diese Unterscheidung der in § 6 WpHGManzV genannten Straftatbestände zwischen Vermögens- und Nichtvermögensdelikten hat ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen allerdings dann nicht mehr zu machen, soweit das Einsatzverbot auf einer Verurteilung mit Freiheitsentzug basiert. Soweit der Freiheitsentzug mehr als zwei Jahre umfasst¹⁸, kann das Wertpapierdienstleistungsunternehmen das Arbeitsverhältnis bereits deswegen personenbedingt beenden. Der Anlageberater ist schließlich nicht mehr in der Lage, überhaupt eine Tätigkeit für das Unternehmen zu erbringen.

b) verhaltensbedingt

Eine verhaltensbedingte Kündigung ist dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitnehmer rechtswidrig und schuldhaft gegen die ihm obliegenden Vertragspflichten verstoßen hat¹⁹. Dieses Verhalten muss zu konkreten Störungen des Arbeitsverhältnisses

führen, die auch in Zukunft zu befürchten sind (Prognoseprinzip)²⁰. Die negative Prognose kann nur dann angenommen werden, wenn der Arbeitnehmer zuvor ordnungsgemäß abgemahnt wurde. Dann kann der Arbeitgeber nicht mehr erwarten, dass sich der Arbeitnehmer künftig vertragsgerecht verhält²¹. Der Zweck der Kündigung ist dabei nicht die Sanktion für eine Vertragspflichtverletzung, sondern eine Vermeidung von weiteren Vertragspflichtverletzungen²².

Verstößt der Anlageberater gegen die bankaufsichtsrechtlichen Wohlverhaltenspflichten (§§ 31, 34 WpHG), kann die BaFin ein Beschäftigungsverbot nach § 34 d Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 b) WpHG aussprechen. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Anlageberater unterschiedlichen Kunden ein von dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen fehlerhaft gestaltetes Produktinformationsblatt im Rahmen seiner Beratung wiederholt übergibt (vgl. § 34 Abs. 3 a WpHG). Ein einmaliger Verstoß zieht dagegen lediglich eine Verwarnung nach sich (§ 34 d Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 a) WpHG).

Es gehört zu den arbeitsvertraglichen Pflichten des Anlageberaters, die Wohlverhaltenspflichten des WpHG einzuhalten und seine Beratungsleistung ordnungsgemäß im Sinne des Kunden auszuüben. Anknüpfungspunkt für eine verhaltensbedingte Kündigung ist insoweit auch nicht das Beschäftigungsverbot der BaFin an sich, sondern das arbeitsvertragliche Fehlverhalten, dass zum Ausspruch des Beschäftigungsverbotes geführt hat. Das bedeutet dann aber auch, dass kein arbeitsvertraglicher Pflichtenverstoß vorliegen kann, soweit sich der Anlageberater bei der Anwendung der Wohlverhaltenspflichten an unternehmensinterne Vorgaben gehalten hat. Soweit der Anlageberater im Rahmen seiner Beratungstätigkeit ein von dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen fehlerhaft gestaltetes Produktinformationsblatt benutzt, kann darauf also keine verhaltensbedingte Kündigung gestützt werden. Dies gilt in ähnlicher Weise für den unternehmensinternen Prozess der Informationsabfrage beim Kunden (vgl. § 31 Abs. 4 WpHG). Soweit dieser Prozess etwa die Anlageziele des Kunden nur unzureichend ermittelt, der Anlageberater aber alle Prozessschritte ordnungsgemäß einhält, kann sich auch daraus ein Beschäftigungsverbot ergeben. Ein arbeitsvertraglicher Pflichtenverstoß liegt dann aber nicht vor. Vergleichbar ist die Situation, wenn der unternehmensinterne Prozess etwa vorsieht, dem Kunden das im Anschluss an die Beratung zu erstellende und ihm zu übergebende Protokoll nicht in jedem Fall, sondern nur auf dessen Verlangen hin zur Verfügung zu stellen und sich der Anlageberater an diese Vorgabe hält. Auch deshalb kann der Anlageberater bei mehrmaligem Verstoß mit einem Beschäftigungsverbot belegt werden. Eine arbeitsrechtliche Sanktion kann sich aber daraus nicht ergeben, da der Anlageberater auch hier keinen arbeitsvertraglichen Pflichtenverstoß begangen hat.

Anders stellt sich die Situation allerdings dar, wenn der Anlageberater die nach § 31 Abs. 4 WpHG geforderten Informationen zwar ordnungsgemäß einholt, dann aber die Anlageziele des Kunden fahrlässig missachtet und deshalb für den Kunden ungeeignete Kaufempfehlungen abgibt. Hierin liegt ein klarer arbeitsvertraglicher Pflichtenverstoß. Nach vorhergehender Abmahnung kann der Arbeitgeber eine verhaltensbedingte Kündigung wirksam aussprechen. Ein arbeitsvertraglicher Pflichtenverstoß liegt sicher auch dann vor, wenn der

14) Vgl. BAG v. 31.1.1996 – 2 AZR 68/95, NZA 1996, 819.

15) Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip siehe APS/Dörmer/Vossen (Fn. 1), § 1 Rn. 65 ff.

16) Vgl. BegrRegE, BT-Drucks. 17/3628, S. 22.

17) Siehe grundlegend zu Eignungsmängeln wegen außerdienstlicher Straftaten APS/Dörmer/Vossen (Fn. 1), § 1 Rn. 246 b m.w.N.

18) Siehe dazu BAG v. 24.3.2011 – 2 AZR 790/09, NZA 2011, 1084.

19) BAG v. 3.7.2003 – 2 AZR 235/02, NZA 2004, 427.

20) BAG v. 12.1.2006 – 2 AZR 21/05, NZA 2006, 917.

21) BAG v. 17.1.1991 – 2 AZR 375/90, NZA 1991, 557.

22) BAG v. 26.11.2009 – 2 AZR 751/08, NZA 2010, 823.

Anlageberater seine Beratungsleistung nicht ordnungsgemäß protokolliert (vgl. § 34 Abs. 2 a WpHG). Dies wäre etwa dann der Fall, wenn er die wesentlichen Anliegen des Kunden überhaupt nicht oder nur unzureichend aufnimmt oder wenn er keine oder nur eine oberflächliche Gewichtung der Kundenziele vornimmt. Dies kann für den Arbeitgeber besonders dann schwerwiegende Auswirkungen haben, wenn der Kunde sowohl eine hohe Rendite als auch eine hohe Sicherheit der Anlage erwartet. Die fehlerhafte Erstellung des Beratungsprotokolls stellt nach vorhergehender Abmahnung dann auch einen Sachverhalt dar, der geeignet ist, eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen.

2. Außerordentliche Kündigung

Neben der ordentlichen Kündigung kann der Arbeitgeber bei einem arbeitsvertraglichen Pflichtenverstoß gegen die Wohlverhaltenspflichten des WpHG auch eine außerordentliche Kündigung in Erwägung ziehen. Voraussetzung dafür ist, dass zum einen ein Sachverhalt vorliegt, der ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls an sich geeignet ist, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen²³. Zum anderen muss dieser Grund im Rahmen einer Interessenabwägung unter besonderer Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zum Überwiegen der berechtigten Interessen des Kündigenden an der vorzeitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen²⁴.

Übergibt der Anlageberater einem Kunden ein falsches Produktinformationsblatt, liegt hierin sicherlich ein arbeitsvertraglicher Pflichtenverstoß. Die arbeitsvertraglich geschuldete Anlageberatung wurde dann nicht ordnungsgemäß durchgeführt. Der Pflichtenverstoß ist aber nicht so gravierend, dass er nicht auch durch eine Abmahnung sanktioniert werden kann. Dies gilt in ähnlicher Weise für eine fehlerhafte Abfrage von Kundeninformationen oder eine unzureichende Dokumentation des Beratungsprotokolls. Auch hier liegen arbeitsvertragliche Pflichtenverstöße vor, die unter Beachtung des *Ultima-Ratio-Prinzips* zunächst abgemahnt werden müssten.

Schwerwiegender stellen sich allerdings Pflichtenverstöße des Anlageberaters dar, die sich aus einer bewusst falschen Kaufempfehlung ergeben. Dies kann insbesondere dann relevant werden, wenn mit der abgegebenen Kaufempfehlung für den Anlageberater höhere Bonus- oder Provisionszahlungen verknüpft sind. Zu den arbeitsvertraglich geschuldeten Pflichten eines Anlageberaters gehört es, den Kunden über die Funktionsweise, Risiken und Chancen des jeweiligen Produkts aufzuklären. Er hat ein entsprechendes Risikoprofil über den Kunden zu erstellen und im Rahmen seiner Kaufempfehlung zu berücksichtigen, ob der Kunde bestimmte Verluste auch hinnehmen kann, wenn sich die mit dem empfohlenen Produkt einhergehenden Risiken realisieren. Kategorisiert ein Anlageberater einen Kunden nun als „sicherheitsorientiert“ oder als „konservativ“, empfiehlt ihm dann aber risikobehaftete Aktienfonds oder gar hoch spekulative Zinssatz-Swap-Verträge, liegt ein arbeitsvertraglicher Pflichtenverstoß vor. Entstehen für den Kunden in der Folge Verluste aus der risikobehafteten Anlage und hat zuvor auch keine entsprechende Risikoauflklärung stattgefunden, erreicht der Pflichtenverstoß die Grenze zur außerordentlichen Kündigung. Überschritten wird diese spätestens dann, wenn die Anlage kreditfinanziert war und der Kunde nunmehr Schadensersatz gegenüber dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 31 Abs. 4, 4 a WpHG geltend macht²⁵.

V. Ergebnis

Bei Beschäftigungsverboten, die sich aus der mangelnden Zuverlässigkeit des Anlageberaters ergeben, kann der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis personenbedingt kündigen. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Anlageberater wegen eines

Vermögensdelikts verurteilt wurde oder wegen eines in § 6 WpHGManzV aufgeführten Delikts zu einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren verurteilt wurde. Eine personenbedingte Kündigung, die auf ein Beschäftigungsverbot wegen mangelnder Sachkunde des Anlageberaters zurückgeht, ist dagegen praxisfern.

Bei Beschäftigungsverboten, die sich aus einer Missachtung der Wohlverhaltensregeln ergeben, kann der Arbeitgeber eine verhaltensbedingte Kündigung wirksam aussprechen. Dies trifft insbesondere Fälle wiederholt mangelhafter Protokollierung der Beratungsgespräche, wiederholt fehlerhafter Erfassung der Kundeninformationen oder mehrfacher Übergabe falscher Produktinformationsblätter an den Kunden.

Auch eine außerordentliche Kündigung kann der Arbeitgeber wirksam aussprechen. Dies gilt etwa dann, wenn der Anlageberater ohne entsprechende Risikoauflklärung bewusst falsche Kaufempfehlungen an den Kunden abgegeben hat und dieser dadurch Verluste erlitten hat.

Hält sich der Anlageberater im Rahmen seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit an unternehmensinterne Vorgaben, scheidet eine verhaltensbedingte Kündigung dagegen aus.

23) BAG v. 27.1.2011 – 2 AZR 825/09, NZA 2011, 798.

24) BAG v. 16.12.2010 – 2 AZR 485/08, NZA 2011, 571, 572.

25) Zum Schutzgesetzcharakter des § 31 WpHG im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB vgl. Fuchs, in: Fuchs (Fn. 5), Vor §§ 31 ff. Rn. 101 ff.

Dr. Andrea Jochmann-Döll, GEFA Forschung + Beratung, Essen

Entgelttransparenz herstellen und Entgeltgleichheit prüfen – mit eg-check.de

I. Notwendig und aktuell: ein rechtlich orientiertes Prüfverfahren zur Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern

Mit Blick auf die Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern in Deutschland wird immer wieder konstatiert, es mangle diesem Prinzip an Praxis und seine Verwirklichung sei noch weit entfernt¹. Im Widerspruch dazu ist jedoch auch zu vernehmen, Entgeltdiskriminierung sei in Deutschland nicht mehr vorzufinden, da insbesondere tarifliche, aber auch betriebliche Regelungen fair und gerecht seien und keine Unterschiede zwischen Frauen und Männern beim Entgelt vorläßen². Notwendig erscheint deshalb ein praktikables und rechtlich orientiertes Instrumentarium zur Prüfung und zur Herstellung von Transparenz über den Status Quo der Entgeltgleichheit, das gleichzeitig praktische Hinweise zur Herstellung von Entgeltgleichheit liefern kann – für den Fall, dass die Analyse Nachbesserungsbedarf aufgezeigt hat.

Die Verabschiedung des Entgelttransparenzgesetzes (Entg-TranspG) hat diese Notwendigkeit unterstrichen und ihr zusätzliche Aktualität verliehen. Durch die zu erwartende gesetzliche Aufforderung an Arbeitgeber mit mehr als 500 Beschäftigten, die Entgeltgleichheit im eigenen Hause zu prüfen, sind betriebliche Prüfverfahren gesucht, die sich an den Begriffen und Definitionen des Gesetzes, d.h. an dem rechtlichen Begriff der Entgeltgleichheit, orientieren.

1) Vgl. Winter, in: Festschrift Pfarr (2010), S. 320 – 333.

2) Vgl. für viele: Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände: Karriere- und Erwerbchancen von Frauen verbessern, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Familienausschusses zum Thema „Entgeltgleichheit“ am 6.3.2017, BR-Drucks. 8/17; BT-Drucks. 18/4321, 18/6550, 18/847.