



Stubenring 1, 1010 Wien
DVR: 0017001

AUSKUNFT

Mag. Florian Reiningger
Tel: (01) 711 00 DW 2259
Fax: +43 (1) 715 82 58
Florian.Reiningger@sozialministerium.at

E-Mail Antworten sind bitte unter Anführung
der Geschäftszahl an die E-Mail Adresse
begutachtung@sozialministerium.at zu richten.

An das
Bundesministerium für Finanzen
per Email an:
e-Recht@bmf.gv.at

GZ: BMASK-10305/0012-I/A/4/2016

Wien, 11.05.2016

Betreff: Änderung des Börsengesetzes 1989; Stellungnahme des Bundesministeriums für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz

Sehr geehrte Damen und Herren!

Bezug nehmend auf Ihr Schreiben vom 12.04.2016, GZ: BMF-090101/0001-III/5/2016, nimmt das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz hinsichtlich des im Betreff näher bezeichneten Entwurfes wie folgt Stellung:

Zu Z 2 (§§ 48h und 48i des Entwurfes):

Nach Art. 32 Abs. 1 der VO 596/2014 (Marktmissbrauchsverordnung) haben die Mitgliedstaaten dafür zu sorgen, dass die zuständigen Behörden wirksame Mechanismen zur Meldung von Verstößen gegen die VO 596/2014 zu schaffen haben. Diese Mechanismen haben u.a. einen angemessenen Schutz von Arbeitnehmer/innen, die Verstöße gegen die VO melden oder denen solche Verstöße zur Last gelegt werden, vor Vergeltungsmaßnahmen, Diskriminierung oder anderen Arten ungerechter Behandlung zu umfassen. Der Schutz von Arbeitnehmer/innen wird in Art. 8 der RL 2015/2392 (DurchführungsRL zur Marktmissbrauchsverordnung) konkretisiert.

Nach § 48h Börsegesetz 1989 (BörseG 1989) in der vorgeschlagenen Fassung sind die Finanzmarktaufsicht und Arbeitgeber/innen verpflichtet, ein entsprechendes Verfahren für Whistleblowing einzurichten. Das Verfahren hat bestimmten Anforderungen zu entsprechen. Sowohl für Arbeitgeber/innen als auch für die FMA gilt, dass die Mechanismen zumindest „einen angemessenen Schutz für die Mitarbeiter von Kreditinstituten, die Verstöße innerhalb ihres Instituts melden, vor Vergeltungsmaßnahmen, Diskriminierung oder anderen Arten von Mobbing;“ umfassen müssen (§ 48h Abs. 3 Z 2 BörseG 1989 idFd Entwurfs).

Das österreichische Arbeitsrecht enthält bis dato keinen ausdrücklichen Schutz von Arbeitnehmer/innen im Zusammenhang mit Whistleblowing. Es stellt sich daher die Frage, wie die FMA wirksame Mechanismen verfügt, um Arbeitnehmer/innen angemessen zu schützen; sie kann ja wohl keine Kündigungs- oder Diskriminierungsverbote sowie das Verbot von Mobbing aussprechen. Mangels eines ausdrücklichen arbeitsrechtlichen Schutzes wird die FMA auch keine Verfahren zum Schutz von Personen, die im Rahmen eines Arbeitsvertrages tätig sind, veröffentlichen können; zu dieser Information wäre die FMA gemäß § 48i Abs. 3 Z 4 BörseG 1989 idFd Entwurfs verpflichtet.

Es geht also darum, Arbeitnehmer/innen **vor Sanktionen** des/der Arbeitgebers/Arbeitgeberin **wegen der Meldung eines Verstoßes** iSd BörseG 1989 **zu schützen**. Dass die Normierung eines solchen Schutzes erforderlich ist, um den EU-Vorgaben zu entsprechen, wurde zwar insofern gesehen, als im Entwurf § 48h Abs. 3 Z 5 BörseG 1989 enthalten ist, wonach Personen, die einen Verstoß melden, wegen dieser Meldung weder nach arbeitsrechtlichen oder strafrechtlichen Vorschriften verantwortlich gemacht noch zum Ersatz von Schäden herangezogen werden dürfen, es sei denn, die Meldung ist vorsätzlich oder grob fahrlässig unwahr abgegeben worden. Die **Platzierung** dieser Bestimmung als Maßnahme der FMA ist aber **verfehlt**; es ist eine **eigene Bestimmung** zu schaffen. Zudem gilt diese Bestimmung nach dem vorliegenden Entwurf nur für die Mechanismen der Finanzmarktaufsicht, und nicht auch für Arbeitgeber/innen (siehe § 48h Abs. 2 letzter Satz BörseG 1989 idFd Entwurfs). Erstere hat jedoch naturgemäß keinen Einfluss auf das Arbeitsverhältnis der meldenden Person und kann diese nicht „nach arbeitsrechtlichen Vorschriften verantwortlich machen“.

Die **Formulierung** des § 48h Abs. 3 Z 5 BörseG 1989 idFd Entwurfs bietet nach Ansicht des Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz nur einen **ungenügenden arbeitsrechtlichen Schutz** und bedingt eine **Reihe von Auslegungsfragen**, was zu **großer Rechtsunsicherheit** führt. Insbesondere stellt sich die Frage, was konkret unter dem Passus „nach arbeitsrechtlichen Vorschriften verantwortlich gemacht“ zu verstehen ist. Diese Formulierung stellt in der österreichischen Arbeitsrechtsordnung einen Fremdkörper dar. Nach dem Wortlaut scheint das Heranziehen arbeitsrechtlicher Regelungen, deren Zweck in der Sanktionierung eines Fehlverhaltens liegt, gemeint zu sein. Darunter fallen uE insbesondere die Entlassungstatbestände oder etwaige Disziplinarmaßnahmen. In Bezug auf Entlassungen wird mit dieser Bestimmung zudem das Verschuldensmaß von leichter auf grobe Fahrlässigkeit angehoben. Eine verhaltensbedingte Kündigung wäre aber kaum bekämpfbar, weil der/die Arbeitnehmer/in beim Kündigen nicht „verantwortlich gemacht“ wird. Auch könnte eine „grob fahrlässig unwahre“ Meldung zu rechtswirksamen Kündigungen oder Entlassungen führen, wenn die ungenaue Abgrenzungs-Judikatur von leicht und grob fahrlässig bedacht wird.

Darüber hinaus hat zum Schutz der Arbeitnehmer/innen die Einschränkung allfälliger Schadenersatzhaftung auf Schädigungsvorsatz zu erfolgen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz für einen **eindeutigen und klaren arbeitsrechtlichen Schutz** von Arbeitnehmer/innen bei internen und externen Whistleblowing eintritt, der **zur Umsetzung der europäischen Vorgaben zwingend geboten ist**.

Daher sind die **Schaffung eines umfassenden Benachteiligungsverbot**es und die **Einschränkung allfälliger Schadenersatzansprüche auf Schädigungsvorsatz** wie folgt **unabdingbar**:

Folgende Bestimmung ist daher als eigener Paragraph oder zumindest als eigener Absatz in § 48h aufzunehmen:

„Arbeitnehmer, die Verstöße im Sinne des Börsegesetzes 1989 im Rahmen eines betriebsinternen Verfahrens oder an die FMA melden, dürfen deswegen weder

1. benachteiligt, insbesondere nicht beim Entgelt, beim beruflichen Aufstieg, bei Maßnahmen der Aus- und Weiterbildung, bei der Versetzung oder bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses, oder
2. nach strafrechtlichen Vorschriften verantwortlich gemacht werden, es sei denn, die Meldung ist vorsätzlich unwahr abgegeben worden. Dem Arbeitgeber oder einem Dritten steht ein Schadenersatzanspruch nur bei einer offenbar unrichtigen Meldung, die der Arbeitnehmer mit Schädigungsvorsatz erstattet hat, zu. Die Berechtigung zur Abgabe von Meldungen darf vertraglich nicht eingeschränkt werden. Entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam.“

Der letzte Satz entspricht § 4d Abs. 7 des deutschen Entwurfs zur Änderung des Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetzes, wonach „die Berechtigung zur Abgabe von Meldungen nach Absatz 1 durch Mitarbeiter, die bei Unternehmen und Personen beschäftigt sind, die von der Bundesanstalt beaufsichtigt werden oder bei anderen Unternehmen oder Personen beschäftigt sind, auf die Tätigkeiten von beaufsichtigten Unternehmen oder Personen ausgelagert wurden, vertraglich nicht eingeschränkt werden darf und entgegenstehende Vereinbarungen unwirksam sind.“

Eine Gleichschrift der Stellungnahme wurde dem Präsidium des Nationalrates elektronisch an die Adresse „begutachtungsverfahren@parlament.gv.at“ übermittelt.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Bundesminister:

Dr. Peter Gamauf

Elektronisch gefertigt.