

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Privatrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

per E-mail an:  
[emanuella.gramegna@bj.admin.ch](mailto:emanuella.gramegna@bj.admin.ch)

Bern, den 6. März 2009

### **Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz): Stellungnahme**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin,  
Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken für die Gelegenheit, unsere Meinung zur oben erwähnten Teilrevision des Obligationenrechts einbringen zu können.

Zwar begrüsst der SGB den Grundsatz eines besseren Schutzes von sogenannten „Whistleblowern“ vor der Entlassung, doch bedauert er ausserordentlich, dass die befürwortete Massnahme keinen wirklich effizienten Schutz bietet. So ist notwendig, dass Arbeitnehmer/innen, welche ein öffentliches Interesse wahren (wozu sie mitunter verpflichtet sind) keine Repressalien wie etwa eine Kündigung befürchten müssen, da sie sonst von der Meldung der strafbaren Handlungen absehen könnten, um ihren Arbeitsplatz nicht aufs Spiel zu setzen. Dazu muss die Sanktion gegen eine allfällige missbräuchliche Entlassung eine wirklich abschreckende Wirkung haben.

Wir bedauern daher, dass der Bundesrat davon absieht, Personen, welche strafbare Handlungen melden, einen wirksameren als den derzeit geltenden Schutz vor missbräuchlichen Entlassungen zu gewähren. Diese Regelung hat in der Praxis keinerlei abschreckende Wirkung. Im Übrigen bedauern wir, dass der Bundesrat keine Bewertung der Wirksamkeit der in Artikel 336a OR im Falle der missbräuchlichen Entlassung vorgesehenen Sanktion vornimmt (Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen), wie dies (in der von der Bundesversammlung verabschiedeten Fassung) in Ziffer 2 der Motion Gysin verlangt worden ist.

#### **Der geplante Kündigungsschutz ist nicht effizient**

Wir bedauern, dass sich der Bundesrat mit dem üblichen Verfahren bei missbräuchlicher Entlassung zufrieden gibt. Damit erfüllt er nicht die Bedingungen der Motion Gysin, welche einen „effizienten“ Schutz verlangt (Vorentwurf, S. 4). So ist der vorgeschlagene „Schutz“ nicht effizient, da er im Gegensatz zu den Aussagen des Bundesrates (S. 18 des Erläuterungsberichts) keine abschreckende

Wirkung auf den Arbeitgeber hat, ausser vielleicht für ein sehr kleines Unternehmen<sup>1</sup>. Eine Entschädigung in Höhe von sechs Monatslöhnen (in der Praxis: durchschnittlich 2-3 Monatslöhne und sehr selten mehr als 5) ist keine ausreichende Sanktion. Ist die Entlassung erst einmal ausgesprochen, kann sie nicht widerrufen werden und der/die betroffene Arbeitnehmer/in ist arbeitslos, obwohl er ein legitimes öffentliches Interesse wahrte. Hier ist festzustellen, dass sich Whistleblower oftmals in einer prekäreren Lage befinden als andere missbräuchlich entlassene Arbeitnehmer/innen, und der von ihnen erlittene Schaden geht häufig über die rein wirtschaftliche Dimension hinaus. So haben sie zum Beispiel häufig grosse Schwierigkeiten, in ihrer Branche einen neuen Arbeitsplatz zu finden, da sie stigmatisiert werden und oftmals kein gutes Arbeitszeugnis bekommen<sup>2</sup>. Beim Lesen des kürzlich getroffenen Entscheids BGE 4A\_2/2008 des Bundesgerichts, mit dem es eine missbräuchliche Entlassung zuliess, gelangt man zur gleichen Schlussfolgerung. Der Mitarbeiter musste während des vier Jahre dauernden Verfahrens die Kosten für seine Verteidigung allein tragen und mit den Schwierigkeiten bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz wegen seiner Entlassung allein fertig werden, um letztlich eine Entschädigung ohne grosse Auswirkungen auf die Bank zu erhalten<sup>3</sup>. Ein anderer Bereich, in dem bei der Meldung strafbarer Handlungen ein besserer Schutz vor missbräuchlicher Entlassung erforderlich wäre, ist das Gesundheitswesen. So fallen dem Pflegepersonal Misshandlungen der Bewohner von Alten- und Pflegeheimen oft als erstes auf. Dies ist umso wichtiger, wenn die Betroffenen zu alt, krank oder behindert sind, um sich beschweren zu können oder keinen Angehörigen haben, der diese Misshandlungen bemerkt und sie melden kann. Leider verlieren Beschäftigte, die derartige Zustände aufdecken, oft ihren Arbeitsplatz<sup>4</sup> und werden manchmal auf eine „schwarze Liste“ der nicht wieder anzustellenden Mitarbeitenden gesetzt. Um ihren Arbeitsplatz nicht zu verlieren und ihre Chancen auf dem Arbeitsmarkt nicht zu schmälern, verzichten Viele auf die Meldung.

Die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) hat übrigens eingeräumt, dass die missbräuchliche Entlassung im Sinne von Art. 336ff OR einen unzureichenden Schutz darstellt. So bat der Ausschuss für Gewerkschaftsfreiheit den Bundesrat durch die Annahme der Beschwerde des SGB vom 14. Mai 2003 (Fall Nr. 2265)<sup>5</sup>, „Massnahmen zu ergreifen, um für Gewerkschaftsvertreter, welche Opfer gewerkschaftsfeindlicher Entlassungen geworden sind, die gleiche Art Schutz vorzusehen wie für Opfer von Entlassungen, welche gegen den Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau verstossen, einschliesslich der Möglichkeit einer Reintegration“.

Dieser zu geringe Schutz wird auch dazu führen, dass Mitarbeitende, welche strafbare Handlungen melden, von einer Anzeige abgeschreckt werden. So ist sehr stark davon auszugehen, dass viele potenzielle Whistleblower bei der Abwägung ihres eigenen Interesses (Erhalt ihres Arbeitsplatzes) mit einem ungewissen öffentlichen Interesse eindeutig das Erstgenannte vorziehen, zumal sie die Risiken

<sup>1</sup> LEDERGERBER, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Diss. Zürich 2005, Bern 2005, p. 126f. REHBINDER, Berner Kommentar, N. 1 ad. Art. 336a OR.

<sup>2</sup> JAÏCO CARRANZ/ MICOTTI, les nouveaux projets législatifs à la lumière de la jurisprudence récente en matière de whistleblowing, Jusletter du 2 février 2009, Rz 8 ; JAÏCO CARRANZ/ MICOTTI, Whistleblowing en Suisse, constats d'insuffisance et besoin de réglemmentation, Jusletter du 7 janvier 2008, Rz 47, LEDERGERBER, ibid., p. 132.

<sup>3</sup> Gleiche Schlussfolgerung: JAÏCO CARRANZ/ MICOTTI, Rz 52, die von einer „für die rechtliche und wirtschaftliche Realität ungeeigneten“ Sanktion sprechen.

<sup>4</sup> Siehe z.B. den Bericht des Ständerates im Waadtländer Großen Rat vom 5.11.2008, Parlamentssache Nr. 135.

<sup>5</sup> IAA, Ausschuss für Gewerkschaftsfreiheit, 343. Bericht, 2006, S. 298ff.

und Kosten eines langwierigen Prozesses mit einem kaum vorhersehbaren Ausgang allein tragen müssen. So könnte die vorgeschlagene Regelung letztlich zu einem Papiertiger mutieren.

Andererseits ist nicht zu befürchten, dass ein wirksamer Schutz vor der Entlassung zu einem Anstieg rechtswidriger oder missbräuchlicher Meldungen führt. So können Mitarbeitende, die so handeln, auch weiterhin entlassen werden (gegebenenfalls fristlos), wobei ihnen sogar Schadenersatzforderungen drohen. Diese Sanktionen sollten unserer Meinung nach Beschäftigte von einem Missbrauch abhalten.

Wir schlagen daher vor, den Schutz vor missbräuchlicher Entlassung zu verstärken und sich dabei auf eine bewährte Regelung zu stützen - Art. 10 GIG<sup>6</sup>. Wir befürworten, dass jede Entlassung eines Informanten gemäss dem Verfahren in Art 321a bis nach Massgabe von Art. 10 GIG annullierbar sein muss, denn die Aufhebung der Entlassung ist das einzige Mittel, das eine ausreichende Prävention darstellt.

Eine solche Möglichkeit der Aufhebung der Entlassung wäre keine wie im Erläuterungsbericht behauptet (S. 3) „zu grundlegende Reform des Schweizer Arbeitsrechts“. So sind die im öffentlichen Arbeitsrecht geltenden Vorschriften und Artikel 10 GIG der Beweis dafür, dass die Aufhebung einer Entlassung Eingang ins schweizerische Recht gefunden hat. Es wäre auch keine „unverhältnismässige Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit“ wie vom Bundesrat behauptet (S. 3 des Erläuterungsberichts), denn die Heranziehung der Vertragsfreiheit als Grund für Repressalien nach einer rechtmässigen Meldung ist nach unserem Verständnis ein nicht zu duldender Missbrauch. Wie jede Freiheit kann auch die Vertragsfreiheit eingeschränkt sein, wenn ein öffentliches Interesse dies erfordert. Im vorliegenden Fall ist das öffentliche Interesse daran, Personen mit der Kenntnis von strafbaren Handlungen durch ihren Schutz vor Repressalien durch ihren Arbeitgeber zur Meldung zu ermutigen, unserer Auffassung nach ausreichend.

Darüber hinaus stellen die Aufhebung einer Entlassung und eine Wiedereinstellung nach Eingeständnis sogar des Bundesrates (S. 18 des Erläuterungsberichts) „einen ausreichenden Schutz vor etwaigen Repressalien“ dar. Dass einerseits eingeräumt wird, dass Informanten wirksam geschützt werden können und andererseits abgelehnt wird, den Beschäftigten mit einem privatrechtlichen Arbeitsvertrag diesen Schutz zukommen zu lassen, ist inkohärent.

Ferner ist daran zu erinnern, dass der Schutz vor Entlassung gemäss Art. 10 GIG nicht vor offensichtlichem Rechtsmissbrauch schützt. Die auf S. 18 des Erläuterungsberichts angesprochenen Befürchtungen sind somit unbegründet. Es gäbe keinen Anreiz für eine unrechtmässige oder unbegründete Meldung, da ein Mitarbeitender, der dies zur Vermeidung einer Entlassung nutzt, keinen Schutz geniesst. Darüber hinaus liegt die Wiedereinstellung während der Dauer des Verfahrens gemäss Art. 10 Abs. 3 GIG im Ermessen des Richters und ist nur möglich, „wenn wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Kündigung erfüllt sind.“ Eine vergleichbare Bestimmung zugunsten der Informanten würde somit nicht dazu führen, wie es der Bundesrat jedoch auf S. 18 des Erläuterungsberichts zu befürchten scheint, dass diese ihren Arbeitsplatz unge-

---

<sup>6</sup> Gleiche Schlussfolgerungen: LEDERGERBER, op. cit., S. 144ff.

rechtfertigterweise behalten. Der BGE 127 III 310, in dem das Bundesgericht die Rechtsgültigkeit einer fristlosen Entlassung nach einer Meldung zugelassen hat, welche eine mit Artikel 321 a bis VE-OR vergleichbares Verfahren nicht eingehalten hat (öffentliche Verbreitung ohne Abwarten der Reaktion der Aufsichtsbehörde), erinnert auch daran, dass eine missbräuchliche Intervention nicht geschützt werden kann.

Schliesslich zeigen die im Vorentwurf vorgestellten Elemente des vergleichenden Rechts auf, dass der vorgeschlagene Schutz im internationalen Vergleich unzureichend ist, da alle genannten Staaten die Informanten durch sehr viel einschneidendere Massnahmen bis hin zur strafrechtlichen Verurteilung der Arbeitgeber schützen. Die Tendenz geht im Übrigen klar in Richtung einer Verstärkung des Schutzes. So hat etwa die neue US-Regierung einen verstärkten solchen Schutz angekündigt, insbesondere für alle Bankangestellten, die einen Steuerbetrug melden. Wir finden es absurd, dass ein in den USA tätiger Angestellter eines Schweizer Unternehmens, beispielsweise einer Bank, der illegales Verhalten seinem Arbeitgeber oder den Behörden meldet, viel effizienter geschützt ist als ein Angestellter desselben Unternehmens mit Arbeitsplatz in der Schweiz.

Darüber hinaus fordern wir, dass der Bundesrat zwei Fliegen mit einer Klappe schlägt und dem Parlament beantragt, die schweizerische Gesetzgebung zusammen mit einem besseren Schutz des Informanten vor Entlassung gemäss den Empfehlungen des Ausschusses für Gewerkschaftsfreiheit der IAO an das Übereinkommen Nr. 98 der IAO anpasst. Wenn die Schweiz nicht länger gegen dieses internationale Übereinkommen, das Bestandteil der grundlegenden Normen der IAO ist, verstossen will, muss sie ihre fast vollkommene Vertragsfreiheit früher oder später zielgerichtet einschränken und einen besseren Schutz vor gewerkschaftsfeindlicher Entlassung einführen.

### **Begriff des öffentlichen Interesses**

Wir unterstützen die breite Definition des Begriffes „öffentliches Interesse“ gemäss Seite 34 des Vorentwurfs. Es ist unserer Meinung nach wichtig, dass sich das öffentliche Interesse nicht nur auf die Übertretung gesetzlicher Bestimmungen oder das Vorhandensein einer Behörde beschränkt, welche die Aufgabe hat, die Meldung entgegen zu nehmen. So erscheint uns zum Beispiel wichtig, dass die Meldung von Korruption zwischen Privaten (Art. 4a UWG), Misshandlungen in gesundheitlichen Einrichtungen oder Steuerhinterziehung vom Begriff des öffentlichen Interesses gemäss Art. 321a bis Abs. 2 VE-OR abgedeckt sind.

Ebenfalls erscheint uns wichtig, dass der Begriff des öffentlichen Interesses sich nicht auf das öffentliche Interesse in der Schweiz beschränkt. Wir sind der Meinung, dass ein Arbeitnehmer, der eine Handlung meldet, welche ein rein ausländisches öffentliches Interesse beeinträchtigen kann, z.B. die Verletzung steuerrechtlicher Bestimmungen, ebenfalls geschützt wird.

Die Berücksichtigung solcher öffentlicher Interessen sollte unserer Ansicht nach keine Änderung des im Vorentwurf enthaltenen Gesetzestextes erfordern, jedoch hinsichtlich der Botschaft näher erläutert werden.

## Grundsatz von Treu und Glauben

Wir billigen den Kommentar der Bestimmungen über den Grundsatz von Treu und Glauben des Arbeitnehmers, der eine strafbare Handlung meldet (S. 33f des Erläuterungsberichts).

## Einholung von Informationen und Präzisierungen

Wir fordern, dass der Arbeitnehmer, der guten Glaubens Verdacht schöpft, welcher einer Vertiefung oder Bestätigung bedarf, und Nachforschungen anstellt und Informationen einholt, ebenfalls geschützt wird. Wird nämlich die Bestätigung eines Verdachts verhindert, der zu einer Meldung führen kann, so werden de facto viele Meldungen verhindert. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt vom Beschäftigten, dass er seine Verdächtigungen nur äussert, wenn er sie guten Glaubens für ausreichend begründet hält, was ohne zusätzliche Auskünfte manchmal unmöglich ist.

Wir fordern daher, dass Art. 321a bis VE-OR so ergänzt wird, dass die guten Glaubens durchgeführte Einholung von Informationen zur Bekräftigung oder Präzisierung des Verdachts auf eine strafbare Handlung nicht die Treuepflicht des Arbeitnehmers verletzt. Art. 336 Abs. 2 lit. d VE-OR muss ebenfalls ergänzt werden, damit die Entlassung eines Arbeitnehmers, der guten Glaubens Informationen einholt, um den Verdacht auf Vorliegen einer strafbaren Handlung zu bekräftigen oder zu präzisieren, ebenfalls als missbräuchlich angesehen wird.

## Begriff des Arbeitgebers

Unserer Ansicht nach darf der Begriff des Arbeitgebers nicht nur eine Abteilung abdecken, die zur Annahme und Bearbeitung des gemeldeten Falles (S. 33 des Erklärungsberichts) ermächtigt ist. So kann es vorkommen, dass diese Abteilung, zumal es sich um den hierarchischen Vorgesetzten des Whistleblowers handelt, an der strafbaren Handlung beteiligt ist und die Meldung somit nicht bearbeitet. Wir fordern, dass die Kriterien in Art. 321 a bis Abs. 2 VE-OR gelten, um festzustellen, ob ein „Ausnahmeumstand“ im Sinne des Erläuterungsberichts (S. 33) vorliegt.

Wir befürworten auch, dass der Arbeitnehmer sich an einen Dritten wenden und sich ihm anvertrauen kann, welcher der Schweigepflicht unterliegt wie z.B. eine Gewerkschaft oder ein Anwalt, damit er bei seiner Meldung unterstützt wird. So kann vor allem dieser Dritte mit der Meldung der strafbaren Handlung an den Arbeitgeber beauftragt werden. Diese Vorgehensweise ist durch eine kürzlich ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichts angenommen worden (BGE 4A\_2/2008).

Mit freundlichen Grüssen

**SCHWEIZERISCHER GEWERKSCHAFTSBUND**



Paul Rechsteiner  
Präsident



Jean Christophe Schwaab  
Zentralsekretär