

Bern, den 31. März 2009

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

per Email an: emanuella.gramegna@bj.admin.ch

Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz – Whistleblower

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 die SP Schweiz den Grundsatz eines besseren Schutzes von sogenannten „Whistleblowern“ vor der Entlassung, doch bedauert sie, dass keine Massnahme vorgeschlagen wird, die wirklichen Schutz bietet. Wirksam ist ein Schutz nur, wenn Arbeitnehmer/innen, welche ein öffentliches Interesse wahren, keine Repressalien wie etwa eine Kündigung befürchten müssen, da sie sonst von der Meldung von Missständen absehen werden, 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 wie der Schweizerische Gewerkschaftsbund SGB, dessen Vernehmlassungsantwort wir uns grösstenteils anschliessen, dass der Bundesrat davon absieht, Personen, welche Missstände melden, einen wirksameren als den derzeit geltenden Schutz vor missbräuchlichen Entlassungen zu gewähren. Diese Regelung hat in der Praxis keinerlei abschreckende Wirkung. Im Übrigen ist es bedauerlich, 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 Ziffer 2 der Motion Gysin (in der von der Bundesversammlung verabschiedeten Fassung) verlangt worden ist.

Der geplante Kündigungsschutz ist nicht effizient

Es ist unverständlich, 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. Der vorgeschlagene „Schutz“ ist nicht effizient, da er im Gegensatz zu den Aussagen des Bundesrates keine abschreckende Wirkung auf den Arbeitgeber hat, ausser vielleicht bei sehr

kleinen Unternehmen¹. 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 der Arbeitgeber nicht gezwungen werden, sie rückgängig zu machen und der betroffene Arbeitnehmer 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 und der von ihnen erlittene Schaden häufig über die rein wirtschaftliche Dimension hinausgeht. Die haben häufig grosse Schwierigkeiten, in ihrer Branche einen neuen Arbeitsplatz zu finden, da sie stigmatisiert werden und oftmals kein gutes Arbeitszeugnis bekommen².

Ein Bereich, in dem bei der Meldung von Missständen ein besserer Schutz vor missbräuchlicher Entlassung erforderlich wäre, ist z.B. 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 solche Misshandlungen bemerkt und sie melden kann. Leider verlieren Beschäftigte, die derartige Zustände aufdecken, oft ihren Arbeitsplatz³ 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 eine Meldung.

Die Internationale Arbeitsorganisation (IAO) hat festgestellt, dass die Normen über die missbräuchliche Entlassung im Sinne von Art. 336ff OR einen unzureichenden Schutz darstellen. Deshalb bat der Ausschuss für Gewerkschaftsfreiheit den Bundesrat, „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“.

Wir schlagen daher vor, den Schutz vor missbräuchlicher Entlassung zu verstärken und sich dabei auf eine bewährte Regelung zu stützen - Art. 10 GIG⁴. 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 einen ausreichenden Schutz darstellt.

Eine solche Möglichkeit der Aufhebung der Entlassung wäre keine wie im Erläuterungsbericht behauptet „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 – ohne dass diese dabei aus den Fugen geraten wäre. Es wäre auch keine „unverhältnismässige Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit“ wie vom Bundesrat behauptet. Wie jede Freiheit kann auch die Vertragsfreiheit eingeschränkt sein, wenn ein öffentliches Interesse dies erfordert. Im vorliegenden Fall ist das öffentliche Interesse daran vorrangig, Personen mit der Kenntnis von strafbaren Handlungen und anderen Missständen durch ihren Schutz vor Repressalien zur Meldung zu ermutigen.

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

² 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 réglementation, Jusletter du 7 janvier 2008, Rz 47, LEDERGERBER, *ibid.*, p. 132.

³ Siehe z.B. den Bericht des Ständerates im Waadtländer Großen Rat vom 5.11.2008, Parlamentssache Nr. 135.

⁴ Gleiche Schlussfolgerungen: LEDERGERBER, *op. cit.*, S. 144ff.

Es ist nicht zu befürchten, dass ein wirksamer Schutz vor der Entlassung zu einem Anstieg rechtswidriger oder missbräuchlicher Meldungen führt. Bei Missbrauch könnten Mitarbeitende auch weiterhin entlassen werden (gegebenenfalls fristlos), wobei ihnen sogar Schadenersatzforderungen drohen. Die im Bericht 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, dass diese ihren Arbeitsplatz ungerechtfertigterweise behalten. Dies zeigt auch BGE 127 III 310, in welchem das Bundesgericht die Rechtskonformität einer fristlosen Entlassung bestätigt, weil der Arbeitnehmer ein mit Artikel 321 a bis VE-OR vergleichbares Verfahren nicht eingehalten hat (öffentliche Verbreitung ohne Abwarten der Reaktion der Aufsichtsbehörde).

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 anzupassen. 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 40 des Vorentwurfs. Es ist unserer Meinung nach wichtig, dass sich das öffentliche Interesse nicht nur auf die Übertretung gesetzlicher Bestimmungen beschränkt.

Einholung von Informationen und Präzisierungen

Geschützt werden soll auch der Arbeitnehmer, der begründeten Anlass für einen Verdacht hat, welcher einer Vertiefung oder Bestätigung bedarf und der deshalb Nachforschungen anstellt und Informationen einholt – auch wenn er schlussendlich keine Meldung erstattet. Werden Nachforschungen verhindert, so werden de facto viele Meldungen verhindert. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt vom Be-

schäftigten, dass er seine Verdächtigungen nur äussert, wenn er sie guten Glaubens für ausreichend begründet hält, was ohne zusätzliche Abklärungen manchmal unmöglich ist.

Es soll deshalb noch einmal überprüft werden, ob Art. 321a bis VE-OR so präzisiert werden muss, dass schon aus dem Gesetzestext deutlich wird, dass die guten Glaubens durchgeführte Einholung von Informationen zur Bekräftigung oder Präzisierung des Verdachts auf Missstände nicht die Treuepflicht des Arbeitnehmers verletzt. Art. 336 Abs. 2 lit. d VE-OR muss allenfalls ebenfalls ergänzt werden, damit die Entlassung eines Arbeitnehmers, der guten Glaubens Informationen einholt, um den Verdacht auf Vorliegen eines Missstands zu bekräftigen oder zu präzisieren, ebenfalls als missbräuchlich angesehen wird.

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 des Missstands an den Arbeitgeber beauftragt werden. Diese Vorgehensweise entspricht auch der kürzlich ergangenen Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 4A_2/2008).

Wir bitten Sie höflich, unsere Anregungen und Kritik bei der Überarbeitung der Vorlage zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen
SOZIALDEMOKRATISCHE PARTEI DER SCHWEIZ



Christian Levrat
Präsident



Carsten Schmidt
Politischer Fachsekretär