

Bundesamt für Justiz  
Direktionsbereich Privatrecht  
Bundesrain 20  
3003 Bern

28. März 2009 HSC

**Vernehmlassung zur Teilrevision Obligationenrecht:  
Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz („Whistleblowing“)**

Sehr geehrte Damen und Herren

Wir danken Ihnen für die Gelegenheit, uns zu dieser wichtigen Vorlage äussern zu können.

**I. Grundsätzliche Überlegungen**

Der KV Schweiz sieht im Bereich des sogenannten Whistleblowing **dringenden Handlungsbedarf**. Arbeitnehmende, die Hinweis geben auf Missstände im Unternehmen oder Betrieb, die bis hin zur Korruption reichen können, sehen sich der Gefahr einer Ausgrenzung und einer in der Folge ausgesprochenen Kündigung gegenüber. Der heute bestehende Schutz durch die gesetzlichen Bestimmungen über die missbräuchliche Kündigung ist u. E. unzureichend und eine ausdrückliche Regelung deshalb angezeigt. Als Angestelltenorganisation sind wir im Interesse unserer Mitglieder an fairen Spielregeln in der Wirtschaft und an griffigen Schutzmechanismen für involvierte Arbeitnehmende sehr stark interessiert. Ein **wirksamer Schutz** gegen Korruption und andere Unregelmässigkeiten liegt auch im **Interesse des Wirtschaftsstandortes Schweiz**.

Leider erachten wir die in Ihrer Vorlage enthaltenen **Vorschläge nicht als ausreichend**. Zwar wird nun in Art. 321 a<sup>bis</sup> ausdrücklich die Meldung von Missständen verankert. Nicht explizit geschützt wird mit Ihrem Text auch die Einholung von Informationen zur Bekräftigung oder

Präzisierung des Verdachtes auf strafbare Handlungen. Und als **Sanktion** verbleibt jedoch **nur die bisherige Regelung der Entschädigung bei missbräuchlicher Entlassung**. Diese Regelung ist in der **Praxis** weitgehend **wirkungslos** geblieben; von ihr geht keine ernsthaft abschreckende Wirkung aus. Eine zentrale Bedingung der Motion Gysin, welcher dieser Vorlage zugrunde liegt, ist damit nicht erfüllt. Dieser **Schutz muss** – zusammen mit weiteren Elementen – **unbedingt verbessert werden**, soll die Neuregelung nicht von vornherein zu einem „Papiertiger“ werden. Die vorgeschlagene Regelung liegt in jedem Fall deutlich unter dem Niveau des Schutzes in vergleichbaren Ländern. Eine Verschärfung bzw. Verbesserung ihres Vorschlages ist auch insoweit absolut vertretbar, weil der Schutz gegen Missbrauch gewährleistet ist: Mitarbeitende, welche Missbrauch betreiben, können entlassen werden. Zudem werden sie auch schadenersatzpflichtig. Vermehrter Missbrauch in diesem Zusammenhang ist deshalb nicht zu befürchten.

## II. Bemerkungen zu einzelnen Punkten

### Zum vorgeschlagenen Kündigungsschutz (Art. 336 Abs. 2 Bst. d)

Die Motion Gysin (03.3212) verlangt, „dass Personen, die an ihrem Arbeitsplatz Korruption und andere Unregelmässigkeiten aufdecken, intern melden oder an die Öffentlichkeit tragen (Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen oder "Whistleblowers"), ... ein effektiver Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung und weiterer Diskriminierung zu garantieren“ sei.

Gemäss Ihrem Vorschlag wurde hier aber nur die bestehende Regelung neu auch auf Meldungen nach dem vorgeschlagenen Meldeartikel (321abis OR Entw.) ausgeweitet. Im Gegensatz zu Ihren Ausführungen im Begleitbericht (s. 18) vermögen wir aber in der Praxis in der heutigen Regelung für missbräuchliche Kündigungen nicht wirklich eine wahrhaft abschreckende Massnahme zu erkennen. Die Sanktion von maximal 6 auszubezahlenden Monatslöhnen mag allenfalls bei kleineren Betrieben eine gewisse präventive Wirkung zu entfalten. Meist stehen für Unternehmen jedoch höhere Beträge oder Reputationsrisiken zur Debatte, so dass die Präventionswirkung nicht zu greifen vermag. **Die Bedingung der Motion Gysin für einen effizienten Schutz ist nicht gegeben:** Nach wie vor ist eine einmal ausgesprochene Kündigung nicht widerrufbar, obschon die entlassene Person im übergeordneten (öffentlichen) Interesse gehandelt hat. Weiter unterliegen diese Personen häufig auch einer Stigmatisierung, die den Wiedereinstieg in eine neue Stelle erschwert oder gar verunmöglicht<sup>1</sup>. Im Übrigen wird die

---

<sup>1</sup> Vgl. dazu etwa BGE 4A\_2/2008 (Ein Mitarbeiter musste während eines vier Jahre dauernden Verfahrens die Kosten für seine Verteidigung allein tragen und mit den Schwierigkeiten bei der Suche nach einem neuen Ar-  
Fortsetzung auf nächster Seite

Einschätzung, dass in der Schweiz der Schutz vor missbräuchlicher Entlassung gemäss Art. 336ff ungenügend ist, auch von der internationale Arbeitsorganisation (IAO) geteilt<sup>2</sup>. Die Risiken, die jemand bei solchen Meldungen eingeht, sind viel zu hoch, die Neuregelung vermag nicht zu greifen.

- Ein **wirksamerer Schutz vor missbräuchlicher Entlassung** liegt u.E. mit der **Regelung von Art. 10 des Gleichstellungsgesetzes vor (GIG)**. Die dort verankerte Regelung enthält einen Kündigungsschutz für die Dauer des innerbetrieblichen Beschwerdeverfahrens, eines Schlichtungs- oder eines Gerichtsverfahrens sowie sechs Monate darüber hinaus. Die Interessen des Arbeitgebers werden dabei respektiert: Gem. Art. 10 Abs. 3 kann das Gericht die nur *provisorische* Wiedereinstellung der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers für die Dauer des Verfahrens anordnen, wenn es wahrscheinlich erscheint, dass die Voraussetzungen für die Aufhebung der Kündigung erfüllt sind. Weiter trägt das GIG in Art. 10 Abs. 4 aber auch dem Umstand Rechnung, dass die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für den oder die Arbeitnehmende u.U. unzumutbar werden kann (z.B. wegen Stigmatisierung etc.). Die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kann daher während des Verfahrens auf die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses verzichten und stattdessen eine Entschädigung nach Artikel 336a des Obligationenrechts geltend machen.
- Wir sind aber grundsätzlich der Ansicht, dass die Entlassung einer Person, die eine Meldung nach Art. 321a<sup>bis</sup> OR vorgenommen hat, annullierbar sein muss. Die damit verbundene Einschränkung der Vertragsfreiheit ist in diesem Fall durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt, dass Personen strafbare Handlungen zur Kenntnis bringen.

### Art. 321a<sup>bis</sup> Abs. 1

#### *Grundsatz von Treu und Glauben*

Wir unterstützen die Verankerung des Grundsatzes, dass der Arbeitnehmer nicht gegen seine Treuepflicht verstösst, wenn der Meldung an den Arbeitgeber die Einhaltung des Prinzips von Treu und Glauben zugrunde gelegt wird. Allerdings wird hier in etlichen Fällen auch das Einholen von Informationen und Nachforschungen unumgänglich sein, welche erst einen Verdacht bestätigen und eine Meldung auslösen.

---

beitsplatz wegen seiner Entlassung allein fertig werden, um letztlich eine Entschädigung ohne grosse Auswirkungen auf die Bank zu erhalten).

<sup>2</sup> vgl. Beschwerde des SGB vom 14. Mai 2003 (Fall Nr. 2265)5

- Die Einholung solcher Informationen, die dem Erfordernis von Treu und Glauben genügen, muss daher ebenfalls geschützt werden. Art. 321a<sup>bis</sup> muss entsprechend ergänzt werden, ebenso Art. 336 Abs. 2 Bst. d

#### *Begriff des „Arbeitgebers“*

Gemäss Ihren Erläuterungen verweist der Begriff „Arbeitgeber“ auf den Dienstweg. Ein wichtiger Schwachpunkt besteht hier aber darin, dass die vorgesetzte Stelle u.U. in den Tatbestand involviert ist, über den die Meldung erfolgt. Um diesen Schwachpunkt zu vermeiden, müssten Arbeitnehmende auch in Abs. 1 das Recht erhalten, sich an Aussenstehende wenden zu können, sofern diese der Schweigepflicht unterstellt sind. (Arbeitnehmerverband, Anwalt)<sup>3</sup>.

#### *Begriff des „Missstandes“*

Mit den Ausführungen zu diesem Begriff sind wir einverstanden. Primär geht es um Meldungen, die sich auf strafbare Verletzungen von Verpflichtungen des Unternehmens gegenüber dem öffentlichen oder privaten Interessen richten. Richtigerweise ist jedoch eine Meldung auch dann möglich, wenn das beanstandete Verhalten (noch) von keiner Strafe bedroht ist. Missbräuchen wird dadurch vorgebeugt, dass sowohl das gemeldete Verhalten als Verstoss gegenüber dem Grundsatz von Treu und Glauben erscheint und gleichzeitig auch die Meldung dem Kriterium von Treu und Glauben genügen muss.

#### **Art. 321a<sup>bis</sup>, Abs. 2**

##### *Öffentliches Interesse*

Wir erachten es als richtig, dass das „öffentliche Interesse“ nicht nur auf die Übertretung gesetzlicher Bestimmungen beschränkt wird oder zwingend das Vorhandensein einer Behörde voraussetzt, welche die Aufgabe hat, die Meldung entgegen zu nehmen. Zudem muss die Meldung selbstverständlich auch in den Fällen möglich sein, bei denen nicht oder nicht allein öffentliche Interessen in der Schweiz, sondern auch im Ausland tangiert sind. (Korruption, Sicherheitsvorschriften etc.). Dies müsste wenn nicht im Gesetzestext selber, so doch unbedingt in den Erläuterungen präzisiert werden.

#### **Art. 321a<sup>bis</sup>, Abs. 3**

Mit dieser Formulierung sind wir einverstanden. Wir erachteten es jedoch als sinnvoll, *zuerst* die *interessierten Organisationen* und dann die Medien zu nennen. Gerade bei Verstössen gegenüber Rechten und Interessen von Arbeitnehmenden kann der sozialpartnerschaftliche Weg sehr sinnvoll sein.

---

<sup>3</sup> Vgl. BGE 4A\_2/2008)

Wir danken Ihnen für die Aufmerksamkeit, die Sie unseren Ausführungen schenken.

Freundliche Grüsse

Kaufmännischer Verband Schweiz

Nationalrat Mario Fehr  
Zentralpräsident

lic. iur. Peter Kyburz  
Generalsekretär