

**Vereinigung
Schweizerischer Handels-
und Verwaltungsbanken**

**Association
de Banques Suisses
Commerciales et de Gestion**

**Associazione
di Banche Svizzere
Commerciali e di Gestione**

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern
Per E-Mail

8021 Zürich, 10. Februar 2009
Selnastrasse 30, Postfach
Tel. 058 854 28 01 Fax 058 854 28 33
mailto:isabelle.weber@swx.com
www.vhv-bcg.ch

Teilrevision des Obligationenrechts: Neuer Art. 321a^{bis} „Meldung von Missständen“

Sehr geehrte Damen und Herren

Sie haben Ende 2008 die interessierten Kreise zur Stellungnahme zu einem Entwurf für einen neuen Tatbestand der missbräuchlichen Kündigung eingeladen und wir kommen dem gerne nach.

Unsere Vereinigung lehnt die vorgeschlagene Ergänzung des Obligationenrechts ab.

Allgemeines

Die Arbeitsverhältnisse in der Schweiz sind in höherem Masse als in vielen andern Staaten von Autonomie und Partizipation der Arbeitnehmer geprägt. In diesem Umfeld entspricht die Einführung einer zwingenden Bestimmung über die Stellung des Denunzianten nicht den Grundwerten, auf denen das Arbeitsverhältnis beruht und die das Arbeitsvertragsrecht prägen. Die Idee entstammt, wie der erläuternde Bericht festhält, aus dem angelsächsischen Bereich und Bestimmungen der vorgeschlagenen Art gehören im europäischen Bereich eigentlich nicht zum Allgemeingut.

Das geltende Recht und die Praxis bieten in den anvisierten Fällen einen angemessenen Schutz, wie das der Bundesrat 2003 selbst auch festgehalten hatte. Daran hat sich unseres Erachtens nichts geändert. Im Vordergrund steht, dass seit langem Art. 336 OR eine Handhabung gegen missbräuchliche Kündigungen bietet. Die dortige Aufzählung ist nicht abschliessend und vermag den Arbeitnehmer, der zu Recht Missstände am Arbeitsplatz angeprangert hatte, jenen Schutz zu bieten, welcher mit der vorgeschlagenen OR-Bestimmung verfolgt wird.

Die Pflicht und das Recht zur internen Meldung von Missständen ergeben sich vorab aus der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers, die es ihm nicht nur erlaubt, sondern geradezu gebietet, Missstände dem Patron zu melden. Zwar ist grundsätzlich der Dienstweg einzuhalten (wo es diesen wegen der Betriebsgrösse überhaupt gibt). Der Arbeitnehmer kann sich jedoch auch direkt an die oberste Person in der Hierarchie wenden, wenn er beim direkten Vorgesetzten ein Verhalten bemerkt, das nicht statthaft ist. (Ein allenfalls eingerichtetes besonderes Verfahren für die Meldung von Missständen geht jeweils vor.)

Aus diesem Grundsatz ergibt sich, dass der Arbeitnehmer eine Behörde nur dann auf einen Sachverhalt hinweisen darf, falls die interne Meldung keine Abhilfe schaffte. Falls eine kontaktierte Behörde keine Massnahmen ergriffe, so drängte sich immer die Information an ein parlamentarisches Kontrollorgane auf und nicht ein Hinweis an die Öffentlichkeit. Eine gerechtfertigte Denunziation an die Öffentlichkeit (Medien) gibt es in der Schweiz daher eigentlich nicht, auch nicht als letztmögliche Massnahme. Zu Recht geht die Rechtsprechung heute davon aus, dass ein Hinweis an die Medien ohne vorgängige Information des Arbeitgebers und ohne Abwarten der Reaktion der Behörde ein entscheidendes Element ist, dem bei der Prüfung der Schutzbedürftigkeit Rechnung zu tragen ist.

Zuwenig Rücksicht auf die Betriebsgrösse

Der Vorschlag nimmt keine Rücksicht auf die Betriebsgrösse. Es wird einfach von „Arbeitgeber“ gesprochen. In den kleinen und mittleren Betriebsgrössen, zu denen auch unsere Mitgliedsbanken gehören, funktioniert jedoch der Informationsfluss zu den Verantwortlichen und Eigentümern von selbst und diese selbst haben ein eminentes Interesse, dass Missstände nicht verborgen bleiben. Zurecht hält der erläuternde Bericht selbst fest, dass die Meldung von Missständen durch Arbeitnehmer als Instrument zur Aufdeckung von widerrechtlichen Handlungen anerkannt ist. Die Organisation von Anlaufstellen oder entsprechenden Meldeverfahren gehören zur guten Unternehmensführung und hat sie sich auch ohne zwingende Schutzbestimmungen durchgesetzt. Bei Grossbetrieben geht das nicht ohne Schaffung förmlicher Strukturen („good governance“). Es ist bezeichnend, dass es sich bei den im Bericht erwähnten Beispielen um Fälle aus in- oder ausländischen Grossbetrieben oder aber aus der öffentlichen Hand handelt. Gerade darum drängt es sich - auch unter Berücksichtigung der Praxis – nicht auf, neue Schutzbestimmungen einzuführen.

Neue Anreize zum Missbrauch

Der Vorschlag möchte die Meldung von „Missständen“ (Abs. 1) unter Schutz stellen. Die Praxis soll die Definition der Missstände – weiter – entwickeln. Dazu geht der Bericht sehr weit: Die Meldung soll auch ein Verhalten betreffen können, „das bloss aus der Sicht einer ordnungsgemässen Geschäftstätigkeit oder der Öffentlichkeit als Missstand erscheint, ohne dass damit gegen eine spezifische gesetzliche Regel verstossen würde“. Gestützt darauf könnte beinahe jede Denunziation als rechtmässig deklariert werden.

Der weit gefasste Begriff wird auch dazu verleiten, dass Angestellte, welche eine Kündigung kommen sehen, derartige Anzeigen machen werden, um in Genuss des Schutzes zu gelangen, auch wenn die Kündigung nichts mit dem angezeigten behaupteten Sachverhalt zu tun hat.

Die Umschreibung des öffentlichen Interesses, welche die Denunziation rechtfertigt, geht ebenfalls zu weit (Abs. 2). Dieses muss sich „nicht in einer gesetzlichen Regelung niedergeschlagen“ haben. Es müsse sich lediglich um einen Missstand handeln, „der aufgrund von Treu und Glauben für die Allgemeinheit als schädlich angesehen wird“. Gemäss dieser Erläuterung wäre praktisch jede Meldung abgedeckt.

Die „angemessene Frist“, innerhalb der die Behörde zu handeln hätte, wird nicht definiert (Abs. 3). Dieses Argument dürfte immer als Ausrede geltend gemacht werden, wenn der Sonntagspresse betriebsinterne Informationen gemeldet werden und eine Aufsichtsbehörde gar nicht sofort reagieren könnte.

Schlussbemerkungen

Obschon wir den Artikel als in der Schweiz unnötig erachten und die Grossbetriebe die Vorkehrungen auch ohne zwingende OR-Bestimmung treffen, weist der Entwurf zwei positive Aspekte auf. Diese müssten auf jeden Fall beibehalten werden, auch wenn unserer Ablehnung nicht gefolgt werden könnte:

- Absatz 4 des vorgeschlagenen Artikels 321a^{bis} behält ausdrücklich das Berufsgeheimnis vor. Ein – in unserem Bereiche vom Bankengesetz - geschütztes Berufsgeheimnis kann damit nie gestützt auf den neuen Artikel im OR umgangen werden.
- Die im Vorschlag vorgeschriebene zwingende Dreistufigkeit des Vorgehens (Betriebsintern – Behörde - Öffentlichkeit) ist unerlässlich. Allerdings müsste die Möglichkeit, sich ohne Folgen an Medien wenden zu dürfen, wie vorstehend erwähnt erheblich eingeschränkt werden: Die schweizerischen Behörden sind nicht korrupt, als dass Korrekturen nur über Medien möglich sind. Es genügt, sich mit Organisationen, welche sich mit allfälligen Missständen befassen, und mit parlamentarischen Strukturen in Verbindung zu setzen. Der Bericht ist in dieser Hinsicht unvollständig. Nicht nur Konsumenten- oder Umweltschutzorganisationen oder Gewerkschaften befassen sich damit, sondern auch Selbstregulierungsorganisationen oder Wirtschaftsverbände.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Hinweisen zu dienen und danken Ihnen für deren Berücksichtigung im voraus.

Mit freundlichen Grüssen



Dr. Dieter Sigrist
Sekretär