

Frau Bundesrätin
Eveline Widmer-Schlumpf
Zustelladresse:
Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

RR/tm

312

Bern, 31. März 2009

**Teilrevision des Obligationenrechts Schutz bei Meldung von Missständen
am Arbeitsplatz /
La révision partielle du code des obligations protection en cas de
signalement de faits répréhensibles par le travailleur**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin

In randvermerkter Angelegenheit nehmen wir Bezug auf die uns unterbreitete Vernehmlassungsvorlage und danken Ihnen für die Gelegenheit, dazu Stellung nehmen zu dürfen.

Der Schweizerische Anwaltsverband (SAV) / Fédération Suisse des Avocats (FSA) hat eine Vernehmlassungskommission zusammengestellt, wie folgt:

Rechtsanwalt Dr. Alfred Blesi, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Zürich

Maître Christian Bruchez, Avocat spécialiste FSA droit du travail, Genève

Rechtsanwalt Raetus Cattelan, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht, Luzern

Maître Luke Gillon, Avocat spécialiste FSA droit du travail, Fribourg

Maître Sébastien Micotti, Genève

Rechtsanwältin Dr. Nicole Vögeli Galli, Fachanwältin SAV Arbeitsrecht, Kloten

Maître Catherine Weniger, Dr. en droit, Avocate spécialiste FSA droit du travail

I. ZUSAMMENFASSUNG / RESUMÉ

Der SAV anerkennt ein Schutzbedürfnis für Arbeitnehmende, die Missstände am Arbeitsplatz melden (Whistleblowing). Es ist richtig, den Schutz dieser Arbeitnehmenden ernst zu nehmen und Massnahmen zur Verbesserung des Schutzes zu prüfen.

Die vorgeschlagenen Ergänzungen des Obligationenrechts sind nach Ansicht des SAV aber nicht geeignet, den Schutz von Whistleblowern zu verbessern. Die aktuelle Rechtsprechung zeigt, dass das mit den vorgeschlagenen Ergänzungen angestrebte Schutzniveau bereits heute gewährleistet ist.

Der SAV lehnt die vorgeschlagenen Ergänzungen auch ab, weil sie zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe einführen. Das Ziel, mangelnde Klarheit und Berechenbarkeit zu korrigieren, wird verfehlt. Die vorgeschlagenen Ergänzungen könnten sich nach Ansicht des SAV vielmehr kontraproduktiv auswirken, weil sie zu Rechtsunsicherheit und Verunsicherung der Schutzbedürftigen führen dürften.

Der SAV lehnt aus diesen Gründen insbesondere die Ergänzung der Regelung der Treuepflicht des Arbeitnehmers durch Art. 321a^{bis} E-OR ab. Denkbar ist, als Minimallösung den Katalog der Missbrauchstatbestände mit Art. 336 Abs. 2 Bst. d OR zu ergänzen. Nach Ansicht des SAV könnte ein besserer Schutz bei Meldung von Missständen durch Erlass eines Spezialgesetzes erzielt werden.

II. BEURTEILUNG / APPRÉCIATION DU PROJET

A. Nutzen von Art. 321a^{bis} E-OR / Utilité de l'art. 321a^{bis} AP-CO

Art. 321a^{bis} E-OR bietet unseres Erachtens keinen besseren Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz als das geltende Recht und die neuere Rechtsprechung. Art. 321a^{bis} E-OR wiederholt denn nur Grundsätze der bundesgerichtlichen Rechtsprechung. Mit der Teilrevision werden weder strengere Sanktionen bei missbräuchlicher und ungerechtfertigter fristloser Kündigung noch eine Sanktionierung von Vergeltungsmassnahmen eingeführt.

**B. Bringt Art. 321a^{bis} E-OR eine klare Regelung und Hilfestellung? /
Qu'apporte l'art. 321a^{bis} AP-CO?**

Diese Frage kann erst beantwortet werden, wenn der Entwurf im Einzelnen auf seine Anwendung geprüft wird. Dabei fallen folgende Schwierigkeiten auf:

1. Zu viele unbestimmte Begriffe / Création d'incertitudes supplémentaires

Die vorgeschlagene Regelung ist geprägt von unbestimmten Rechtsbegriffen. Der Arbeitnehmer muss abwägen, ob (1) es sich um einen „*Misstand*“ handelt, der „*das öffentliche Interesse berührt*“, (2) der Arbeitgeber (a) „*nicht selber innert angemessener Frist*“ (b) „*wirksame Massnahmen*“ dagegen ergriffen hat, (3) die zuständige Behörde (a) „*nicht innert angemessener Frist*“ (b) „*die nötigen Schritte*“ unternimmt, (4) „*besondere Umstände*“ vorliegen, etc.

En particulier, les termes „*faits répréhensibles*“ introduisent une notion juridique nouvelle, qui n'est pas définie. Si cette notion englobe des faits qui ne sont pas illicites au sens du droit pénal ou administratif (Rapport explicatif, pp. 33-34), une dénonciation à une autorité n'est pas envisageable. Le mandat législatif au Conseil fédéral fait d'ailleurs uniquement référence au signalement d' „*actes illicites*“.

Das Ziel, mit einer Gesetzesvorschrift Klarheit zu schaffen und nicht abwarten zu müssen, bis die Rechtssprechung die offenen Fragen beantwortet (erläuternder Bericht, S. 15 unten und S. 16 oben), wird offensichtlich nicht erreicht. Die unklaren und unbestimmten Formulierungen der Bestimmung führen zu grosser Rechtsunsicherheit für beide Vertragsparteien sowie die betroffenen Behörden. Was genau darunter zu verstehen ist, wird die Praxis festzulegen haben. Gerade dies soll jedoch vermieden werden.

Nicht vergessen werden darf dabei, dass diese unbestimmten Rechtsbegriffe gerade bei Bekämpfung von Misständen am Arbeitsplatz (auch) in einem internationalen Kontext zu prüfen sind.

2. Kaskadensystem / Signalement en cascade

Das in der Bestimmung festgelegte Kaskadensystem (Arbeitgeber – zuständige Stelle – Öffentlichkeit) kann kontraproduktiv sein. Im erläuternden Bericht wird behauptet, dass klar festgelegt sei, dass die externe Meldung „*grundsätzlich subsidiär zur internen Meldung zu erfolgen hat...* Die externe Meldung ist auf jene Fälle beschränkt, in denen öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen“ (Bericht, S. 39/40). Der SAV bezweifelt, dass der Arbeitnehmer diese Güterabwägung so vornimmt. Vielmehr besteht die Gefahr, dass in der Öffentlichkeit die Option, sich an externe Stellen und Medien wenden zu können, in Erinnerung bleibt. Das ist ja auch das eigentlich Neue, das nach der Einführung der Gesetzesbestimmung gegen aussen kommuniziert werden dürfte. Dass zuvor der Arbeitgeber und die zuständige Behörde vor den Medien kontaktiert werden müssen, kann leicht in Vergessenheit geraten. Die Gefahr, dass sich der Arbeitnehmer direkt an die Öffentlichkeit und die Medien wendet, ist unseres Erachtens gross. Dadurch würde der Kaskadenmechanismus ausgehebelt. Die Nachteile und Folgen einer verfrühten oder gar ungerechtfertigten Publikmachung sind nicht abschätzbar und können verheerend sein (Reputationsschädigung, wirtschaftliche Folgen für das Unternehmen, etc.). Der Kaskadenmechanismus kann leicht zum Erliegen gebracht werden (man denke nur an die zahlreichen auslegungsbedürftigen Begriffe wie „nicht innert angemessener Frist“ etc; vgl. oben II.B.1.).

3. Arbeitsklima, Schutz intern / Climat de travail, protection à l'interne

Nach einer Publikmachung von Missständen an einem Arbeitsplatz leidet das Arbeitsklima beträchtlich. Art. 321a^{bis} E-OR gibt weder Hinweise noch Pflichten an den Arbeitgeber, wie in solchen Fällen intern vorzugehen ist. Es genügt nicht, nur die Missbräuchlichkeit einer Kündigung festzuhalten. Denn erstens nützt eine Entschädigung dem entlassenen Arbeitnehmer nicht viel und zweitens verdienen auch die übrigen Mitarbeiter und Kaderangehörigen einen Schutz vor ungerechtfertigten Anschuldigungen. All die wichtigen Themen wie Anspruch auf rechtliches Gehör, Definition eines internen Ablaufs, Einführung einer Meldestelle – intern oder extern – werden ausgeklammert und nicht behandelt. Das ist ein Manko.

4. *Gravierende Unterschiede der Gesetzestexte (deutsch – französisch/italienisch) / Différences importantes entre les textes allemand et français/italien*

Im französischen und italienischen Text wird in Art. 321a^{bis} Abs. 2 lit. b E-OR eine angemessene Frist verlangt (*délai raisonnable / termine ragionevole*). Im deutschen Text fehlt dieses Kriterium „innert angemessener Frist“.

Auch der Grundsatz in Absatz 1 ist grundlegend anders definiert. Im deutschen Text verstösst der Arbeitnehmer nicht gegen die Treuepflicht, wenn er einen Missstand meldet (negative Definition). Im französischen und italienischen Text handelt er „im Rahmen der Treuepflicht“ (positiv formuliert).

5. *Zuständige Behörde / Autorité compétente*

L'avant-projet ne prend pas en compte la problématique de l'articulation du droit privé du travail avec celui du droit de procédure administratif, voire pénal. En effet, le travailleur qui s'adresserait à l'autorité compétente (al. 2) n'aura en principe pas qualité de partie et ne sera de ce fait pas informé de la suite que cette autorité entend donner à son signalement. Dès lors, d'une part il ne sera pas en mesure d'apprécier s'il peut ensuite s'adresser au public ou à quelles conditions, et d'autre part, le travailleur objet de représailles ne peut pas non plus invoquer l'accès au dossier administratif s'il doit faire la preuve devant un tribunal de la réalité des faits qu'il dénonce et de l'absence de réaction appropriée de l'autorité.

C. Nutzen von Art. 336 Abs. 2 lit. d E-OR / Utilité de l'art. 336 al. 2 AP-CO

Wir begrüßen, dass in dieser Bestimmung klar festgehalten wird, dass eine Kündigung, die allein als Antwort auf die Meldung von Missständen ausgesprochen wird, als missbräuchlich gilt. Allerdings gilt dies bereits gestützt auf die letzte bundesgerichtliche Rechtsprechung.

Die zusätzliche Regelung des Entwurfs bietet weder für den Arbeitnehmer noch den Arbeitgeber weiteren Schutz sondern bringt für alle erhebliche Unklarheiten.

III. AKTUELLE PRAXIS / PRATIQUE ACTUELLE

Les arrêts du Tribunal fédéral 127 III 460 et 4A_2/2008 sont représentatifs de la pratique jurisprudentielle actuelle. Le premier pose le principe de la dénonciation «en cascade» et déclare contraire au devoir de fidélité du travailleur le signalement direct au public ; le second, que le Rapport explicatif ne mentionne curieusement pas, expose que l'employeur est en tort lorsqu'il stigmatise un travailleur qui a de bonne foi signalé des faits illicites à l'interne ou à l'externe. Dans cette affaire, il a été jugé que le travailleur avait respecté les principes de la proportionnalité et de la bonne foi, et n'avait pas violé le secret bancaire en s'adressant à l'avocat de la banque (employeur) ; il n'avait pas à respecter la voie hiérarchique, puisque son supérieur était le principal soupçonné. Son acte a donc été jugé conforme au devoir de fidélité. Ainsi, même en l'absence de traitement du signalement et de réaction appropriés de l'employeur, le travailleur licencié peut obtenir une certaine protection juridique lorsque son signalement respecte les principes susmentionnés. Dans la mesure où l'art. 321a^{bis} AP-CO n'améliore pas la protection du travailleur, il n'ajoute rien à la pratique existante.

IV. ALTERNATIVEN / ALTERNATIVES

A. Spezialgesetz / Loi spéciale

Ein Spezialgesetz (z.B. analog zum Gleichstellungsgesetz) könnte den Schutz bei Meldung von Missständen besser verwirklichen.

Zu prüfen ist, ob die Sanktionen verschärft werden könnten; denn eine Entschädigung von sechs Monatslöhnen bei einer Kündigung hilft dem „Whistleblower“ in der Regel nicht weiter. Er wird vielfach sehr lange oder gar keine Stelle mehr (in der angestammten Branche) finden. Der Schutz des Whistleblowers dient dem öffentlichen Interesse und nicht nur den privaten Interessen des Arbeitnehmers. Der Arbeitnehmer wird wohl auf die Meldung verzichten, wenn er zu befürchten hat, er werde nach Vergeltungsmassnahmen des Arbeitgebers nicht in eine (wirtschaftlich) äquivalente Lage gestellt, wie wenn er nicht gehandelt hätte.

Schliesslich könnte mit einem Spezialgesetz eine zentrale Melde-/Beratungsstelle eingerichtet werden. Eine derartige Meldestelle hätte die Möglichkeit, auf anonym

Basis bei Anfragen zu beraten und die „Schutzbedürftigen“ an die „zuständige“ Behörde weiterzuverweisen. Damit würden vermutlich unnötige Fälle und Komplikationen verhindert.

(Siehe auch Dr. Zora Ledergerber, Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Diss. Zürich 2005, S. 144 ff.)

B. Anpassung von Art. 336 OR / Adaptation de l'art. 336 CO

La codification à l'article 336 CO de la dernière jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de whistleblowing pourrait constituer une solution minimale. Elle n'éviterait toutefois pas les problèmes liés à l'utilisation de concepts juridiques indéterminés.

Gerne hoffen wir, dass unseren Überlegungen und Argumenten Beachtung geschenkt wird.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Schweizerischen Anwaltsverband:

Ernst Staehelin
Präsident SAV