

00.000

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

Erläuternder Bericht zum Vorentwurf

vom ...

1 Erläuterung der Thematik

1.1 Hintergrund

1.1.1 Problematik

Die Meldung von Missständen, die am Arbeitsplatz festgestellt werden, ist mit mehreren Interessenkonflikten verbunden. Dies gilt zunächst auf der Ebene der betroffenen Organisation: Im Hinblick auf eine einwandfreie Abwicklung der Geschäftstätigkeit wie auch aus ethischen Überlegungen ist es wichtig, dass die festgestellten Missstände aufgedeckt werden. Gleichzeitig gehört die Geheimhaltung zu den in einem Arbeitsverhältnis zu beachtenden Pflichten. Unter Umständen werden Arbeitskollegen, Vorgesetzte oder der Arbeitgeber selbst durch die gemeldeten Missstände diskreditiert.

Erweitert man die Betrachtung über die Organisation hinaus, stehen die Interessen der Allgemeinheit den Interessen des Arbeitgebers entgegen. Soweit es um das öffentliche Interesse geht, dient die Meldung von Missständen bei der zuständigen Behörde oder in der Öffentlichkeit der Allgemeinheit. Gleichzeitig schadet ein solches Vorgehen der betroffenen Organisation, da deren Ansehen durch den entsprechenden Hinweis beeinträchtigt wird. Dieser Interessenkonflikt macht sich auch in der Rechtsordnung bemerkbar. Dem Interesse an der Aufdeckung von Missständen stehen verschiedene gesetzlich verankerte Verpflichtungen entgegen, die dem Schutz der betroffenen Organisation wie auch von Privatpersonen dienen (Treuepflicht im privaten Sektor und für Angestellte der öffentlichen Hand, Geschäftsgeheimnis, Bankgeheimnis).

Zu bedenken ist ferner, dass die Meldung von Missständen nicht immer positive Auswirkungen hat. Wenn dieses Vorgehen zu stark propagiert wird, besteht die Gefahr, dass dadurch missbräuchliche Denunziationen gefördert werden, mit denen der Urheber ausschliesslich das Ziel verfolgt, einer Organisation oder einer anderen Person zu schaden.

Da diese Probleme bekannt sind, wurde bisher auf freiwilliger Basis nach Lösungen gesucht. Sowohl in Privatunternehmen als auch in öffentlichen Organisationen ist die Einrichtung eines internen Kontrollsystems heutzutage ein allgemein anerkannter Grundsatz der Good Governance¹. Mit einem solchen Kontrollsystem wird insbesondere überprüft, ob die Aktivitäten des Unternehmens den Rechtsvorschriften entsprechen². Die Meldung von Missständen durch Arbeitnehmer ist auch als Instrument anerkannt, mit dem widerrechtliche Handlungen aufgedeckt werden können. In diesem Zusammenhang werden interne Verfahren entwickelt, mit denen potenzielle Konflikte vermieden werden sollen. So kann eine interne – oder sogar externe – Anlaufstelle bestimmt werden, welche die Hinweise auf Missstände direkt entgegennimmt. Zudem wird das Verfahren für die Bearbeitung von gemeldeten Fällen festgelegt. Solche internen Verfahren wurden

¹ Diese Aufgabe wird oft mit dem Anglizismus *Compliance* bezeichnet.

² Siehe beispielsweise den «Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance», Juli 2002 und 2007, Ziff. 19 und 20, und Art. 39 des Bundesgesetzes vom 7. Oktober 2005 über den eidgenössischen Finanzhaushalt (FHG; SR 611.0).

mittlerweile in zahlreichen Unternehmen und anderen Organisationen eingerichtet³. Sie sorgen bei einer ungünstigen Konstellation im Zusammenhang mit dem Dienstweg für Abhilfe, beispielsweise wenn sich die Meldung des Arbeitnehmers auf dessen Vorgesetzten bezieht. Mit Hilfe solcher Verfahren können die Interessen der Person, welche die Missstände meldet, sowie die Interessen des mutmasslichen Urhebers der Missstände gewährleistet werden. Mit diesen freiwilligen Massnahmen werden jedoch nicht alle Probleme in angemessener Weise gelöst. Sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor sehen sich Arbeitnehmer, die auf einen Missstand hinweisen, unter Umständen mit einer feindlichen Haltung ihres beruflichen Umfelds konfrontiert und setzen gegebenenfalls ihre Karriere aufs Spiel. Sie laufen Gefahr, ihre Stelle zu verlieren oder sich anderen Sanktionen auf beruflicher Ebene auszusetzen. Je nach Sachlage müssen sie sogar mit einer strafrechtlichen Verfolgung rechnen. In diesem Zusammenhang lassen sich mehrere Beispiele anführen, von denen einige einen hohen Bekanntheitsgrad erlangt haben⁴. Diese Reaktionen oder Sanktionen können je nach den konkreten Umständen gerechtfertigt sein. Trotzdem bleibt es eine Tatsache, dass sich der Arbeitnehmer mit heiklen Fragen und einem schwierigen Entscheid auseinandersetzen muss. Er wird nicht immer eine angemessene Lösung innerhalb der betreffenden Organisation finden. Nicht alle Organisationen haben eine zuständige Anlaufstelle oder ein entsprechendes Meldeverfahren eingerichtet. In diesem Fall bleibt dem Arbeitnehmer nichts anderes übrig, als den festgestellten Missstand auf dem Dienstweg zu melden. Da sich der festgestellte Sachverhalt unter Umständen direkt auf seinen Arbeitgeber bezieht, ist es für den Arbeitnehmer mit einem gewissen Risiko verbunden, wenn er sich an eine organisationsinterne Anlaufstelle wendet. Schliesslich ist sich der Arbeitnehmer in vielen Fällen nicht sicher, ob überhaupt eine widerrechtliche Handlung begangen wurde. In solchen Fällen hat er entweder

- ³ So kann sich beispielsweise das Bundespersonal an die Eidgenössische Finanzkontrolle wenden. Gemäss einer Studie aus dem Jahr 2005 haben 42% der grössten Schweizer Unternehmen ein Whistleblowing-Verfahren eingerichtet (KPMG und Institut für Rechnungswesen und Controlling der Universität Zürich, Interne Kontrolle in der Schweizer Praxis, S. 55. http://www.kpmg.ch/library/publikationen_studien/de/13218.asp). Auch die SWX Swiss Exchange realisierte kürzlich eine Informations- und Meldeplattform (Pressemitteilung vom 28.8.2008).
- ⁴ So führten beispielsweise die folgenden Fälle zu einer Entlassung oder Strafverfolgung: Im Jahr 1967 wurde von einem Detektiv-Wachtmeister der Stadtpolizei Zürich der Verdacht geäussert, dass prominente Persönlichkeiten bei Fällen von Diebstahl und bei Widerhandlungen im Strassenverkehr von den Polizeibehörden Zürichs privilegiert behandelt werden (BGE 94 IV 68; L'Hebdo, 19. Oktober 2006). Im Jahr 1992 deckten zwei Beamte einen Korruptionsfall im Zusammenhang mit der Entsorgung von Klärschlamm der Stadt Zürich auf (L'Hebdo, 19. Oktober 2006; siehe BGE 129 III 320). Im Jahr 1997 rettete Christoph Meili Dokumente im Zusammenhang mit nachrichtenlosen Vermögen vor der Vernichtung und liess sie der Öffentlichkeit zukommen (siehe beispielsweise La Liberté, 11. November 2006, S. 3). Zu den Fällen der jüngeren Vergangenheit gehören die Aufdeckung des Vorhandenseins von Asbestfasern durch Temporärangestellte (Beobachter, 1.9.2006, S. 26), von falschen Verfalldaten bei Lebensmitteln (L'Hebdo, 19. Oktober 2006), einer Kampagne eines Bundesamtes gegen eine Volksinitiative (NZZ am Sonntag, 20.8.2006) und der Speicherung von Dateien mit kinderpornographischem Inhalt (Le Temps, 9. Juli 2008). Die gleiche Problematik besteht bei Hinweisen auf rechtswidriges Verhalten von Hotelgästen, das unter Umständen von Hotelangestellten festgestellt wird (Le Temps, 22. Juli 2008). Die sehr bekannten Fälle von Anzeigen von Unregelmässigkeiten im Zusammenhang mit Buchfälschungen der Unternehmen Enron und Worldcom führten zwar nicht zu Entlassungen, aber zu feindseligen Reaktionen innerhalb der betreffenden Unternehmen (Time, 22. Dezember 2002).

nur einen Verdacht, oder er weiss nicht mit Gewissheit, ob die festgestellten Handlungen strafbar sind. Soll er also in solchen Fällen den festgestellten Sachverhalt melden oder besser schweigen? Soll er für die Meldung eines vermuteten Missstands auf die organisationsinternen Verfahren zurückgreifen und die damit verbundenen Risiken eingehen, oder soll er besser die Behörden oder die Öffentlichkeit in Kenntnis setzen?

1.1.2 Motion Gysin (03.3212) Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption

Am 7. Mai 2003 reichte Nationalrat Remo Gysin die in der Überschrift erwähnte Motion ein. Sie wurde vom Nationalrat am 13. Juni 2005 angenommen. In ihrem Bericht vom 21. Februar 2006 legte die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates eine abgeänderte Version der Motion vor. In dieser neuen Version wurde der Gesetzbungsauftrag an den Bundesrat präzisiert, indem insbesondere der Rahmen für allfällige Gesetzesänderungen festgelegt wurde. Diese Version wurde vom Ständerat am 22. März 2006 und vom Nationalrat am 22. Juni 2007 gutgeheissen.

In seiner Antwort vom 10. September 2003 beantragte der Bundesrat zunächst die Ablehnung der Motion. Er anerkannte zwar grundsätzlich, dass ein Problem besteht und dass das Phänomen der Korruption ernst zu nehmen ist. Doch ein Ausbau des Kündigungsschutzes und insbesondere die Nichtigkeit von Kündigungen hätten eine zu weitreichende Reform des schweizerischen Arbeitsrechts zur Folge gehabt und die Vertragsfreiheit in unverhältnismässiger Weise beeinträchtigt. Nach der damaligen Auffassung des Bundesrats bot das geltende Recht in diesen Fällen einen angemessenen Schutz. Dessen ungeachtet schloss sich der Bundesrat am 10. März 2006 der geänderten Version der Motion an.

In ihrer ursprünglichen Version verlangte die Motion Gysin einen effektiven Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung und weiterer Diskriminierung für alle Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber (sogenannte «Whistleblower»). Als solche gelten Personen, die an ihrem Arbeitsplatz Korruptionsfälle und andere Missstände aufdecken und diese ihrem Arbeitgeber melden oder an die Öffentlichkeit tragen. In der endgültigen Version, die von den eidgenössischen Räten verabschiedet wurde, ist der Gesetzbungsauftrag genau festgelegt. Diese Version umfasst vier Punkte. Mit dem ersten Punkt wird verlangt, dass die Voraussetzungen für den Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern von Missständen im Obligationenrecht ausdrücklich geregelt werden. Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber dürfen ihr Wissen nur als ultima ratio an die Öffentlichkeit tragen. Der zweite Punkt verlangt, dass geprüft wird, ob die in Artikel 336a Absatz 2 OR vorgesehene maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen genügt, um Arbeitgeber effektiv von einer missbräuchlichen Kündigung abzuhalten. Falls dies nicht der Fall ist, sind schärfere Sanktionen vorzuschlagen. Mit dem dritten Punkt wird verlangt, dass für Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber bei öffentlich-rechtlicher Anstellung ein gleichwertiger Schutz wie bei privatrechtlicher Anstellung vorgesehen wird. Und der vierte Punkt schliesslich verlangt, dass geprüft wird, ob Amtsträgerinnen und Amtsträger des Bundes verpflichtet werden sollen, bei Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit wahrgenommene Verdachtsgründe für eine Straftat zu melden.

Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang auch die Interpellation Gysin Remo (02.3763) «Korruptionsbekämpfung in der Schweiz» (insbesondere die Ziffer 3) und

die Motion Marty (03.3344) «Schutzmassnahmen für Whistleblowers» vom 19. Juni 2003, die vom Ständerat am 2. Oktober 2003 als Postulat überwiesen wurde.

1.1.3 Geltendes Recht

Das schweizerische Recht enthält kein Spezialgesetz, das alle Aspekte der Meldung von Missständen regelt. Hingegen liefert das geltende Recht Lösungen für Probleme, die sich in diesem Bereich stellen. Die massgebenden Vorschriften sind in verschiedenen Bereichen des Rechts enthalten (Arbeitsrecht, Strafrecht, Datenschutz). Sie beziehen sich spezifisch auf die Meldung von Missständen (Meldepflicht) oder sind allgemeinerer Art und müssen konkretisiert werden (Treuepflicht des Arbeitnehmers). Die bestehenden Rechtsvorschriften lassen sich nach drei hauptsächlichen Regelungszielen gliedern: Regelung der internen Meldeverfahren, Regelung der Meldepflicht bzw. des Melderechts und Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern vor allfälligen Vergeltungsmassnahmen.

1.1.3.1 Interne Meldeverfahren

Verpflichtung zur Einrichtung eines internen Meldeverfahrens

Im Rahmen des Gesellschaftsrechts muss geprüft werden, ob ein internes Kontrollsystem existiert. Dieses muss von der Revisionsstelle berücksichtigt werden (Art. 728a Abs. 1 Ziff. 3 und Abs. 2 OR). Die Einrichtung eines internen Meldeverfahrens wird nicht verlangt. Eine solche Pflicht ist auch im öffentlichen Sektor nicht die Regel. Es gibt somit keine gleichwertige Vorschrift zur Bestimmung, die in den Vereinigten Staaten mit dem Sarbanes-Oxley-Gesetz eingeführt wurde und an die sich auch schweizerische Unternehmen, die in den USA an der Börse kotiert sind, sowie schweizerische Tochtergesellschaften amerikanischer Gesellschaften zu halten haben. Danach muss ein Verfahren festgelegt werden, wie ungewöhnliche Vorgänge im Bereich der Buchführung und Buchprüfung gemeldet werden können⁵.

In Artikel 102 Absatz 2 des Strafgesetzbuchs (StGB)⁶ ist eine direkte Strafbarkeit von Unternehmen im Zusammenhang mit bestimmten Straftaten (organisierte Kriminalität, Finanzierung von Terrorismus, Geldwäscherei und Korruption) vorgesehen, wenn das Unternehmen «nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat», um eine solche Straftat zu verhindern. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Einrichtung eines Meldeverfahrens zu diesen organisatorischen Vorkehrungen gehört. Eine solche Auslegung wurde in der Rechtslehre insbesondere im Zusammenhang mit der Korruption vertreten⁷. Doch eine klar festgelegte Praxis lässt sich gegenwärtig in diesem Zusammenhang nicht feststellen.

Was den Bankensektor anbelangt, ist im Rundschreiben der Eidgenössischen Bankenkommission zur «internen Überwachung und Kontrolle bei Banken» vom 27. September 2006⁸ nicht vorgesehen, ein Meldeverfahren einzuführen. Dies im

⁵ Sarbanes-Oxley Act aus dem Jahr 2002, sec. 301, m. 4. Das US-amerikanische Recht wird in Kapitel 1.6.3 vorgestellt.

⁶ SR 311.0

⁷ FORSTER, Matthias, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Dissertation St. Gallen, 2006, S. 237.

⁸ Verfügbar unter <http://www.ebk.admin.ch/d/regulier/rundsch/index.html>

Gegensatz zum Entwurf, der in Bezug auf diesen Punkt kritisiert worden war⁹. Der Entwurf enthielt eine Ziffer 44, mit der die Einführung eines Meldeverfahrens für Unternehmen vorgesehen wurde, die über einen Prüfungsausschuss verfügen müssen.

Anforderungen an ein internes Meldeverfahren

Die Anforderungen an ein internes Meldeverfahren beziehen sich hauptsächlich auf den Datenschutz. In der Europäischen Union wurde diese Frage aktuell, nachdem interne Meldeverfahren eingeführt worden waren, um die Anforderungen des Sarbanes-Oxley-Gesetzes zu erfüllen. So wurde am 1. Februar 2006 eine Stellungnahme der Artikel-29-Datenschutzgruppe, des europäischen Konsultativorgans zum Datenschutz, zu dieser Frage verabschiedet¹⁰. In dieser Stellungnahme wird insbesondere festgehalten, dass die Anwendung solcher Verfahren einem legitimen Interesse des Arbeitgebers entspricht. Ausserdem sind in der Stellungnahme verschiedene Voraussetzungen aufgeführt, die es zu berücksichtigen gilt. So wird vor allem festgehalten, dass anonyme Meldungen von Missständen eine Ausnahme bleiben müssen, da sonst der loyale Umgang mit den gesammelten Informationen nicht gewährleistet ist und unter Umständen missbräuchliche Meldungen gefördert werden¹¹. Es wird aber auch betont, dass die Vertraulichkeit der Meldungen gewährleistet sein muss¹².

Die gleichen Fragen stellen sich auch im schweizerischen Recht. In Artikel 328b OR wird der Grundsatz der Verhältnismässigkeit konkretisiert, der in Artikel 4 Absatz 2 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1992 über den Datenschutz (DSG) festgehalten ist¹³. Er gestattet die Bearbeitung von Daten über den Arbeitnehmer, die dessen Eignung für das Arbeitsverhältnis betreffen. Die Notwendigkeit, allfällige Missstände zu erkennen, fällt auch in diesen Rahmen. In Artikel 5 Absatz 1 DSG wird verlangt, dass man sich bei der Bearbeitung von Personendaten über deren Richtigkeit vergewissert. In diesem Zusammenhang ist unter Umständen eine Überprüfung bei der Person erforderlich, von der die Meldung stammt, was eine allfällige Anonymität der Meldung ausschliesst. Die Vertraulichkeit ihrerseits ist in Artikel 8 Absatz 1 der Verordnung vom 14. Juni 1993 zum Bundesgesetz über den Datenschutz (VDSG)¹⁴ vorgesehen.

1.1.3.2 Pflicht und Recht zur Meldung von Missständen

Die Pflicht und das Recht zur Meldung von Missständen ergeben sich aus verschiedenen Bestimmungen. Als erstes ist die Treuepflicht des Arbeitnehmers zu erwähnen, die als grundsätzliche Regel für alle Arbeitsverhältnisse gilt. Hinzu kommen strafrechtliche Bestimmungen, mit denen verschiedene Geheimnisse

⁹ Der Entwurf ist unter <http://www.ebk.admin.ch/d/archiv/2005/regulierungsprojekte2005.html> und die Stellungnahmen unter <http://www.ebk.admin.ch/d/regulier/stellungnahmen.html> verfügbar.

¹⁰ Stellungnahme 1/2006 zur Anwendung der EU-Datenschutzvorschriften auf interne Verfahren zur Meldung mutmasslicher Missstände in den Bereichen Rechnungslegung, interne Rechnungslegungskontrollen, Fragen der Wirtschaftsprüfung, Bekämpfung von Korruption, Banken- und Finanzkriminalität (00195/06/DE, WP 117).

¹¹ Stellungnahme 1/2006, Ziff. IV, 2, iii

¹² Stellungnahme 1/2006, Ziff. IV, 5, ii

¹³ SR 235.1

¹⁴ SR 235.11

geschützt werden. Schliesslich können in Spezialgesetzen die Pflicht oder die Möglichkeit zur Meldung von Missständen für bestimmte Bereiche vorgesehen sein. In diesem Bericht wird dabei zwischen der internen Meldung, die innerhalb einer Organisation erfolgt, und der externen Meldung, die sich an eine externe Behörde oder – insbesondere über die Medien – an die Öffentlichkeit richtet.

Treuepflicht des Arbeitnehmers

Wenn keine spezielle Bestimmung besteht, bestimmt die Treuepflicht des Arbeitnehmers darüber, ob innerhalb oder ausserhalb der Organisation eine Pflicht oder ein Recht zur Meldung von Missständen besteht. Gemäss Artikel 321a Absatz 1 OR hat der Arbeitnehmer «die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren». Die Treuepflicht begründet mehrere Nebenpflichten, von denen einige gesetzlich festgelegt sind und andere in der Rechtsprechung und der Rechtslehre umschrieben werden¹⁵. Die Konkretisierung der Treuepflicht hängt dabei vom Einzelfall ab. So bestehen beispielsweise für einen normalen Mitarbeiter nicht die gleichen Loyalitätsanforderungen wie für ein Kadermitglied¹⁶. Die Treuepflicht kann von den Parteien vertraglich näher umschrieben werden.

Die Treuepflicht bildet damit die Grundlage, wenn es um die interne Meldung von Missständen geht. In bestimmten Fällen ist eine Pflicht zur Meldung von Missständen anerkannt. Allerdings besteht keine Klarheit, wann dies der Fall ist. Die Sache wurde der Rechtsprechung überlassen; eine Klärung im Obligationenrecht erfolgte nicht¹⁷. Die massgebenden Kriterien für das Bestehen einer Meldepflicht sind danach der Schweregrad des angezeigten Missstands oder eine Führungs- oder Aufsichtsfunktion des betreffenden Arbeitnehmers. Die Rechtsprechung anerkennt auch eine strafrechtliche Garantstellung im Zuständigkeitsbereich des Arbeitnehmers und für Handlungen seiner Untergebenen, mit Ausnahme der Handlungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern der gleichen Hierarchieebene und von Vorgesetzten¹⁸. Das Verfahren, das organisationsintern für die Meldung von Missständen zu befolgen ist, muss den in der Organisation geltenden Weisungen entsprechen (Art. 321d OR). Der Arbeitnehmer hat also den Dienstweg einzuhalten bzw. er muss sich an die Anlaufstelle wenden, die für die Entgegennahme von Meldungen eingerichtet wurde. Der Arbeitnehmer kann sich jedoch auch direkt an den Arbeitgeber wenden, wenn seine Treuepflicht und die Interessen des Arbeitgebers dies erfordern. Dies gilt namentlich dann, wenn ein Arbeitnehmer bei seinem direkten Vorgesetzten ein Verhalten bemerkt, das unter Umständen eine strafbare Handlung darstellt. Trifft dies zu, kann von ihm nicht verlangt werden, dass er den Dienstweg einhält. In solchen Fällen kann er sich direkt an den Arbeitgeber wenden. Vorbehalten bleibt der Fall, dass dieser ein Verfahren für die Meldung von Missständen eingerichtet hat. In diesem Fall muss sich der Arbeitnehmer an dieses Verfahren halten, sofern nicht besondere Umstände ein Abweichen davon rechtfertigen.

Als unproblematisch erweist sich die Treuepflicht, was das Recht zur organisationsinternen Meldung von Missständen anbelangt. Grundsätzlich kann man einem Arbeitnehmer keinen Vorwurf machen, wenn er organisationsintern auf Missstände hinweist. Wie bei der Pflicht zur Meldung von Missständen muss er sich

¹⁵ BGE 113 IV 68, E. 6a

¹⁶ BGE 130 III 28, E. 4.1; 127 III 86, E. 2c

¹⁷ BGE 113 IV 68, E. 6b

¹⁸ BGE 113 IV 68, E. 6e und 7

dabei an die in der Organisation geltenden Weisungen in Bezug auf solche Meldungen halten.

Strenger eingeschränkt wird durch die Treuepflicht die externe Meldung. Die Verpflichtung, geheim zu haltende Tatsachen, wie insbesondere Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, nicht anderen mitzuteilen (Art. 321a Abs. 4 OR), setzt in diesem Zusammenhang eine klare Grenze. Externe Meldungen sind nur in Ausnahmefällen gestattet. Gemäss der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre gilt die berufliche Schweigepflicht grundsätzlich auch für Missstände. Die Meldung unerlaubter Handlungen wird nur bei einem überwiegenden Interesse als zulässig erachtet, wobei der Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu berücksichtigen ist¹⁹. Daraus ergibt sich insbesondere der Grundsatz, dass sich der Arbeitnehmer zuerst an den Arbeitgeber wenden muss, bevor er eine Behörde auf den festgestellten Sachverhalt hinweist. Eine Inkenntnissetzung der Öffentlichkeit darf nur als letztmögliche Massnahme erfolgen, d. h. nur unter der Voraussetzung, dass die kontaktierte Behörde keine Massnahmen ergreift und dass ein Hinweis an die Öffentlichkeit angesichts der Umstände gerechtfertigt ist. Das Bundesgericht zieht eine direkte Meldung von Missständen bei einer Behörde zwar grundsätzlich in Betracht, ohne sich allerdings auf die Umstände festzulegen, unter denen eine solche Meldung zulässig ist²⁰. Umgekehrt leitet sich aus der Treuepflicht nie die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur externen Meldung von Missständen ab. Eine solche Verpflichtung kann nur aus ausdrücklichen Spezialbestimmungen resultieren.

Bei öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen besteht eine vergleichbare Situation. Gemäss Artikel 20 Absatz 1 des Bundespersonalgesetzes vom 24. März 2000 (BPG)²¹ gilt die Treuepflicht auch für das Bundespersonal. Gemäss Artikel 22 Absatz 1 BPG und Artikel 94 der Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (BPV)²² untersteht das Bundespersonal zudem dem Berufs-, dem Geschäfts- und dem Amtsgeheimnis. Eine Pflicht zur Meldung von Missständen ist auf dieser Grundlage nur in besonderen Fällen gegeben. Sie hängt von den Umständen jedes Einzelfalles ab, insbesondere vom Schweregrad der Handlung und von der hierarchischen Stellung des Arbeitnehmers. Eine Meldung hat in erster Linie organisationsintern unter Befolgung des Dienstweges zu erfolgen²³. Unter bestimmten Voraussetzungen besteht auch ein Recht auf die Meldung von Missständen, da das Amtsgeheimnis in gleichem Masse wie die Geheimhaltungspflicht im Privatrecht begrenzt ist²⁴. Innerhalb der Bundesverwaltung ist die Eidgenössische Finanzkontrolle für die Entgegennahme von Meldungen zuständig. Die gleichen Grundsätze gelten für öffentliche

¹⁹ BGE 127 III 310, E. 5a; contra: Geiser, Thomas, Die Treuepflicht des Arbeitnehmers und ihre Schranken, Bern 1983, S. 264-266; Wickihalder, Urs, Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers unter Abgrenzung zur zulässigen Verwertung von Berufserfahrung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Bern 2004, S. 25-26

²⁰ BGE 127 III 310, E. 5a und 5b

²¹ SR 172.220.1

²² SR 172.220.111.3

²³ Bericht des Bundesrates vom 16. Juni 2003 über Korruptionsprävention, BBl 2003 5144, Ziff. 9, und unter dem früheren Recht Antwort des Bundesrates auf die Interpellation Nabholz (89.384) Denunziationspflicht von Beamten. AB N 1989, S. 1761, und Bericht von Professor Kurt Eichenberger, Bericht über Fragen einer Denunziationspflicht von Bundesbeamten bei Fehlverhalten eines Departementsvorstehers, Februar 1989, Ziff. 5, d bis f.

²⁴ BGE 115 IV 75, E. 4a; 94 IV 67, E. 2

Angestellte in den Kantonen²⁵. Die Verpflichtungen zur Meldung von Missständen, die gegenwärtig in den kantonalen Strafprozessordnungen festgehalten sind,²⁶ werden mit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO) vom 5. Oktober 2007 aufgehoben²⁷. In Artikel 302 Absatz 1 StPO ist eine Meldepflicht für die Strafbehörden vorgesehen, die selber nicht mit der Strafverfolgung betraut sind. Gemäss Artikel 302 Absatz 2 StPO regeln Bund und Kantone die Meldepflicht der Mitglieder anderer Behörden.

Vom Strafrecht geschützte Geheimhaltungspflicht

Personen, die einen Missstand melden, verstossen unter Umständen gegen eine vom Strafrecht geschützte Geheimhaltungspflicht. Gemäss Artikel 162 StGB werden Personen, die ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis verraten, das sie infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollten, mit einer Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft. In diesem Zusammenhang sind auch Artikel 273 StGB (wirtschaftlicher Nachrichtendienst) und Artikel 6 des Bundesgesetzes vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)²⁸ zur Verletzung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen zu erwähnen. Vergleichbare Strafen sind auch für Mitglieder einer Behörde und für Beamte, die das Amtsgeheimnis verletzen (Art. 320 StGB), und für alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vorgesehen, die einen Beruf ausüben, der dem Berufsgeheimnis untersteht (Art. 321 StGB). Was den Bereich der Finanzdienstleistungen anbelangt, ist die Verletzung des Berufsgeheimnisses in Artikel 47 des Bundesgesetzes vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (BankG)²⁹ und in Artikel 43 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (BEHG)³⁰ speziell geregelt. Die in diesen beiden Bestimmungen vorgesehenen Strafen wurden im Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMAG) zusätzlich verschärft³¹.

Diese Bestimmungen gelten indessen nicht absolut. Vorbehalten bleiben die gesetzlich vorgesehene Auskunftspflicht und die Zeugnispflicht, die insbesondere in Artikel 321 Ziffer 3 StGB und in Artikel 47 Absatz 5 BankG festgehalten sind. Das Recht auf die Meldung von Missständen kann auch ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage auf der Basis der allgemeinen Rechtfertigungsgründe des Strafrechts bestehen. Die Rechtsprechung anerkennt eine Ausnahme vom Amtsgeheimnis im Zusammenhang mit der Wahrung von übergeordneten Interessen,³² sofern die Meldung tatsächlich einem überwiegenden Interesse entspricht und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung trägt. Dasselbe gilt für das Berufsgeheimnis, gegebenenfalls mit einer Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder der

²⁵ Beispielsweise Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 20. April 1994, in Hänni, Peter, *Das öffentliche Dienstrecht der Schweiz*, Zürich 2002, S. 115 ff., E. 4c

²⁶ Siehe den erläuternden Bericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Juni 2001, S. 198.

²⁷ BBl 2007 6977. Das Inkrafttreten ist auf den 1. Januar 2011 vorgesehen.

²⁸ SR 241

²⁹ SR 952.0

³⁰ SR 954.1

³¹ BBl 2007 4625, Anhang, Ziff. 15

³² BGE 94 IV 68, E. 2; 114 IV 44, E. 3b; 115 IV 75, E. 4b.

Aufsichtsbehörde (Art. 321 Ziff. 2 StGB)³³. Eine externe Meldung darf somit nur erfolgen, nachdem alle organisationsinternen Möglichkeiten ausgeschöpft wurden, und eine Inkenntnissetzung der Öffentlichkeit darf nur als ultima ratio in Betracht gezogen werden. Was die Meldung von Missständen anbelangt, gelten somit sowohl bei Ausnahmen von strafrechtlich geschützten Geheimnissen als auch bei Ausnahmen von der Geheimhaltungspflicht gemäss Artikel 321a Absatz 4 OR die gleichen Kriterien. Angesichts der spezifischen Interessen, die durch das Strafrecht geschützt sind, kann eine unterschiedliche Beurteilung im Einzelfall trotzdem nicht ausgeschlossen werden.

Spezialgesetze

Eine Meldepflicht oder ein Melderecht kann auch in Spezialgesetzen festgehalten sein. Dabei geht es in vielen Fällen darum, in einem bestimmten Bereich eine Ausnahme vom Amtsgeheimnis oder vom Berufsgeheimnis anzuerkennen. Diese Ausnahmen sind in Artikel 321 Ziffer 3 StGB und Artikel 47 Absatz 5 BankG für das Berufsgeheimnis ausdrücklich vorbehalten, doch sie können im Zusammenhang mit Spezialgesetzen auch für das Geschäftsgeheimnis und das Amtsgeheimnis gelten. Der Gesetzgeber anerkennt in diesen Fällen ausdrücklich ein überwiegendes Interesse an der Aufdeckung und bestimmt die Anlaufstellen, an die eine entsprechende Meldung gerichtet werden kann.

Verpflichtungen zur Meldung von Missständen bei den Behörden sind im Banken- und Finanzsektor (Art. 23^{ter} BankG; Art. 35 Abs. 6 BEHG; Art. 21, 23 und 27 GwG³⁴; Art. 38 Abs. 3 FINMAG) und in der Kriegsmaterialgesetzgebung vorgesehen (Art. 18 Abs. 2 GKG³⁵; Art. 40 Abs. 2 KMG³⁶). Die Steuergesetzgebung lässt Ausnahmen vom Steuergeheimnis zu, indem es auf andere Spezialbestimmungen verweist (Art. 55 Abs. 2 Bst. a MWSTG³⁷; Art. 39 Abs. 1 StHG³⁸; Art. 110 Abs.1 DBG³⁹). Eine Meldepflicht für Privatpersonen ist in Artikel 9 Absatz 1 GwG vorgesehen. Finanzintermediäre müssen bei einem begründeten Verdacht strafbare Handlungen im Bereich der Geldwäscherei melden. Dieser Meldepflicht nicht unterworfen sind Anwältinnen, Anwälte, Notarinnen und Notare (Art. 9 Abs. 2 GwG). In Artikel 305^{ter} Absatz 2 StGB ist ein Melderecht bei Verdacht auf strafbare Handlungen im Zusammenhang mit Geldwäscherei vorgesehen. Ein Mitteilungsrecht ist auch in Artikel 364 StGB festgehalten: Ist an einem Unmündigen eine strafbare Handlung begangen worden, darf dies der zuständigen Behörde abweichend vom Amts- und Berufsgeheimnis gemeldet werden. Unter Vorbehalt besonderer gesetzlicher Bestimmungen beinhaltet das Melderecht bzw. die Meldepflicht nicht die Möglichkeit, sich direkt an die zuständigen Behörden zu wenden. Die Regeln der internen Organisation sind weiterhin zu beachten.

³³ Über die Notwendigkeit eines solchen Entscheids gehen die Meinungen auseinander: siehe Stratenwerth/Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II, Bern 2008, § 59, Anm. 26.

³⁴ Bundesgesetz vom 10. Oktober 1997 zur Bekämpfung der Geldwäscherei im Finanzsektor, SR 955.0

³⁵ Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über die Kontrolle zivil und militärisch verwendbarer Güter sowie besonderer militärischer Güter; SR 946.202

³⁶ Bundesgesetz vom 13. Dezember 1996 über das Kriegsmaterial; SR 514.51

³⁷ Bundesgesetz vom 2. September 1999 über die Mehrwertsteuer; SR 641.20

³⁸ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden; SR 642.14

³⁹ Bundesgesetz vom 14. Dezember 1990 über die direkte Bundessteuer; SR 642.11

In Artikel 54 des Bundesgesetzes vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (ArG)⁴⁰ ist eine Verpflichtung für die zuständige Behörde enthalten, bei Meldungen entsprechende Massnahmen zu ergreifen. Doch das Melderecht ist in dieser Bestimmung nicht geregelt. Diesem Gesetzesartikel liegt die Auffassung zugrunde, dass es letztlich jedem frei gestellt ist, sich an die zuständige Behörde zu wenden⁴¹. Die Problematik der Meldung durch Arbeitnehmer wurde somit nicht berücksichtigt. Dies führt unter Umständen dazu, dass es aus Angst vor Vergeltungsmassnahmen zu mehr anonymen Meldungen kommt. Ob im Rahmen dieser Bestimmung eine Verpflichtung besteht, anonyme Meldungen zu bearbeiten, ist umstritten⁴².

1.1.3.3 Schutz vor Vergeltungsmassnahmen

Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die auf Missstände hinweisen, setzen sich dem Risiko von Vergeltungsmassnahmen aus. Am häufigsten laufen sie Gefahr, ihre Stelle zu verlieren⁴³. Es sind indessen auch andere Vergeltungsmassnahmen denkbar: Reduktion oder Streichung der Gratifikation, Versetzung, Verweigerung einer Beförderung, Mobbing.

Kündigung

Eine fristgerechte Kündigung kann im Sinne von Artikel 336 OR missbräuchlich sein. Die Liste der in Absatz 1 Buchstabe a bis e aufgeführten Gründe ist nicht abschliessend. Eine solche Kündigung kann zwar nicht aufgehoben werden, sie kann aber zu einer Entschädigung führen, wobei der entsprechende Betrag höchstens dem Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate entspricht (Art. 336a Abs. 1 OR). Gemäss Artikel 337 Absatz 1 OR kann das Arbeitsverhältnis aus wichtigen Gründen auch fristlos aufgelöst werden. Wird der Arbeitnehmer ohne wichtigen Grund entlassen, bleibt die Kündigung durch den Arbeitgeber gültig, doch der Arbeitnehmer hat Anspruch auf Bezahlung des Lohns bis zum Ende der Kündigungsfrist sowie auf eine Entschädigung von höchstens sechs Monatslöhnen (Art. 337c Abs. 1 und 3 OR). In Artikel 10 Absatz 1 des Bundesgesetzes vom 24. März 1995 über die Gleichstellung von Frau und Mann (GIG)⁴⁴ ist die Ausnahme von dieser Regel enthalten. Eine Kündigung ist anfechtbar, wenn sie auf eine Beschwerde folgt, die auf dem GIG beruht.

Eine Meldung von Missständen, die nicht den Voraussetzungen des überwiegenden Interesses und der Verhältnismässigkeit entspricht, stellt eine Verletzung der Treuepflicht und der beruflichen Schweigepflicht dar. In solchen Fällen ist daher eine fristgerechte Kündigung nicht missbräuchlich. Eine fristlose Kündigung ist nur gerechtfertigt, wenn die Verletzung der Treuepflicht und der beruflichen Schweigepflicht unter Berücksichtigung des konkreten Falles besonders schwerwiegend ist oder wenn die betreffende Person zuvor im Zusammenhang mit

⁴⁰ SR 822.11

⁴¹ Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung vom 30. September 1960 zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel, BBl 1960 II 909, 1006

⁴² Frage wird bejaht von: Reh binder/Müller, Arbeitsgesetz, 5. Ausgabe, Zürich 1998, Anm. 2 ad Art. 54 ArG; Frage wird verneint von: Moreillon, in Geiser/von Kaenel/Wyler (Hrsg.), Arbeitsgesetz, Bern 2005, Anm. 7 ad Art. 54 ArG.

⁴³ Siehe oben, Ziff. 1.1.1, Anmerkung 4

⁴⁴ SR 151.1

einer weniger schwerwiegenden Verletzung der obigen Pflichten verwarnt wurde⁴⁵. Die Rechtsprechung geht davon aus, dass ein Hinweis an die Medien ohne vorgängige Inkenntnissetzung des Arbeitgebers und ohne Abwarten der Reaktion der kontaktierten Behörde ein entscheidendes Element ist, dem bei der Beurteilung der wichtigen Gründe Rechnung zu tragen ist⁴⁶.

Eine ordentliche Kündigung im Anschluss an eine Meldung von Missständen, bei der die Treuepflicht und die berufliche Schweigepflicht berücksichtigt wurden, kann als missbräuchlich beurteilt werden. In den in Artikel 336 Absatz 1 Buchstaben a bis e OR aufgeführten Gründen ist die Meldung von Missständen nicht ausdrücklich geregelt. Doch abgesehen davon, dass die Liste nicht abschliessend ist, entspricht eine Kündigung in diesem Fall einer Entlassung als Vergeltungsmassnahme, welche in Artikel 336 Absatz 1 Buchstabe d OR geregelt ist. Auf der Grundlage dieser Bestimmung ist eine Kündigung somit missbräuchlich, wenn der Arbeitnehmer geltend macht, seine Meldung sei von der Treuepflicht gedeckt, oder wenn der gemeldete Sachverhalt Ansprüche aus dem Arbeitsvertrag betrifft. Andernfalls kann der missbräuchliche Charakter der Kündigung auch auf dem allgemeinen Verbot des Rechtsmissbrauchs beruhen, das in Artikel 336 OR konkretisiert wird⁴⁷. Die Kündigung im Anschluss an die Meldung eines Falls von sexueller Belästigung, von dem die Staatsanwaltschaft in Kenntnis gesetzt wurde, wurde gemäss Artikel 336 Absatz 1 Buchstabe d OR als missbräuchlich beurteilt⁴⁸.

Im Zusammenhang mit Artikel 336 OR anerkennt die Rechtsprechung, dass der missbräuchliche Grund nicht der einzige Grund der Kündigung, aber der entscheidende Grund sein muss⁴⁹. Der Arbeitnehmer muss dabei den missbräuchlichen Charakter der Kündigung nachweisen. Da es sich beim tatsächlichen Grund der Kündigung um ein subjektives Element handelt, muss der Sachverhalt mit einer hohen Wahrscheinlichkeit feststehen und mit entsprechenden Indizien belegt werden⁵⁰. Der Nachweis, dass der für die Kündigung vorgebrachte Grund – der Arbeitnehmer kann gemäss Artikel 335 Absatz 2 OR vom Arbeitgeber verlangen, dass er die Kündigung begründet – falsch ist, ist nicht ausreichend⁵¹. Es muss zusätzlich das Vorliegen eines missbräuchlichen Grundes nachgewiesen werden. Wird einem Arbeitnehmer, der einen Missstand angezeigt hat, aufgrund ungenügender Leistungen gekündigt, muss er den Kausalzusammenhang zwischen der Meldung des Missstands und der Kündigung nachweisen. Der Nachweis, dass seine Leistungen ausreichend waren, reicht in einem solchen Fall nicht.

Die gleiche Analyse gilt für Arbeitsverhältnisse im öffentlichen Sektor. Bei einer Verletzung wichtiger gesetzlicher oder vertraglicher Pflichten (Art. 12 Abs. 6 Bst. a BPG), zu denen auch die Treuepflicht und das Amtsgeheimnis gehören, ist somit eine ordentliche Kündigung möglich. Eine fristlose Auflösung des Arbeitsverhältnisses ist möglich, wenn dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Dies entspricht der Definition der wichtigen Gründe im Sinne von Artikel 337 Absatz 2 OR (Art. 12 Abs. 7 BPG). Im Gegensatz zum privaten Sektor kann eine ordentliche oder fristlose

⁴⁵ Beispielsweise BGE 130 III 213, E. 3.1; 127 III 351, E. 4a

⁴⁶ BGE 127 III 310, E. 5a

⁴⁷ BGE 131 III 535, E. 4.2; 132 III 109, E. 2

⁴⁸ Urteil des BGer vom 22. Mai 2006, 4C.60/2006, E. 7

⁴⁹ Beispielsweise Urteil des BGer vom 4. November 2003, 4C.262/2003, E. 3.1

⁵⁰ BGE 125 III 277, E. 3c; 130 III 699, E. 4.1

⁵¹ BGE 121 III 60, E. 3c

Kündigung, die unbegründet ist, vom Arbeitnehmer angefochten werden (Art. 14 Abs. 1 bis 3 BPG). Er kann seine bisherige Arbeit wieder aufnehmen. Wenn dies nicht möglich ist, muss der Arbeitgeber der betroffenen Person eine zumutbare andere Arbeit anbieten. Im Rahmen der Revision des Bundespersonalgesetzes, die am 19. September 2008 in die Vernehmlassung geschickt wurde, sollen diese Bestimmungen flexibler ausgestaltet werden. Danach bleibt die Wiedereingliederung zwar möglich; sie bildet aber nicht mehr die Regel⁵².

Andere Vergeltungsmassnahmen

Andere Vergeltungsmassnahmen werden im geltenden Recht nicht ausdrücklich sanktioniert. Doch verschiedene dieser Massnahmen können einer Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers entsprechen, die durch Artikel 328 OR geschützt ist. Einige Massnahmen stellen für sich selbst genommen eine Persönlichkeitsverletzung dar. Bei anderen Massnahmen werden der begründete Charakter der Meldung eines Missstands angesichts der Treuepflicht und der beruflichen Schweigepflicht sowie die Angemessenheit der Massnahme bei einer Verletzung dieser Pflichten berücksichtigt. Mobbing und herabwürdigende Aussagen bedeuten immer eine Verletzung der Persönlichkeit des Arbeitnehmers. Dasselbe gilt, wenn einem Arbeitnehmer berufliche Aufgaben oder eine Stelle zugewiesen werden, die nicht seinen Qualifikationen entsprechen⁵³. Ebenfalls geschützt ist ein Arbeitnehmer, der einen Missstand gemeldet hat und in der Folge dadurch benachteiligt wird, dass ihm eine Gratifikation verweigert wird, die seinen Arbeitskolleginnen und Arbeitskollegen ohne Unterscheidung gewährt wird⁵⁴. Wenn ein Arbeitnehmer, der Missstände gemeldet hat, Feindseligkeiten seiner Arbeitskolleginnen und -kollegen ausgesetzt ist, muss der Arbeitgeber geeignete Massnahmen ergreifen, um den Konflikt beizulegen⁵⁵. Der Schutz der Persönlichkeit beschränkt auch das Recht des Arbeitgebers, gemäss Artikel 321d OR allgemeine Anordnungen zu erlassen und besondere Weisungen zu erteilen. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, Anordnungen und Weisungen zu befolgen, die seine Persönlichkeit verletzen⁵⁶.

Durchsetzung des Verbots von Vergeltungsmassnahmen

Arbeitnehmer, die Missstände melden, müssen auf zivilrechtlichem Weg vorgehen, um Massnahmen zu bestreiten, die im Rahmen des Arbeitsverhältnisses gegen sie ergriffen werden. Sie werden unter Umständen auch mit einer Strafverfolgung konfrontiert, wenn für sie eine Geheimhaltungspflicht besteht. Ein massgebendes Element ist in diesem Zusammenhang der Nachweis, dass die Meldung des Missstands rechtmässig war. Der Arbeitgeber oder andere betroffene Personen können sich auf die Geheimhaltungspflicht berufen, um eine Aussage oder die Herausgabe von Dokumenten zu verweigern. Die bestehenden Interessen werden in den Straf- und Zivilprozessordnungen berücksichtigt. So sind Einschränkungen des Zeugnisverweigerungsrechts und des Mitwirkungsverweigerungsrechts in Artikel

⁵² Revision des Bundespersonalgesetzes (BPG) - Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage, Ziff. 3.1.11

⁵³ BGE 110 II 172, E. 2a; Urteil des Arbeitsgerichts von Olten-Gösgen, JAR 1984, 99.

⁵⁴ BGE 129 III 276, E. 3.1

⁵⁵ BGE 132 III 115, E. 5.1

⁵⁶ BGE 132 III 115, E. 5.2

170 bis 173 StPO und in Artikel 163 des Entwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (E-ZPO) vorgesehen⁵⁷.

1.1.4 Lücken im geltenden Recht und Regelungsbedarf

1.1.4.1 Meldepflicht

Im Gegensatz zum Melderecht sind mit der Meldepflicht im privaten Sektor keine besonderen Probleme verbunden. Das geltende Recht genügt. Die Pflicht, den Arbeitgeber vor dem Hintergrund der Treuepflicht auf Missstände hinzuweisen, kann weiterhin entsprechend den anerkannten Kriterien in jedem Einzelfall festgelegt werden. Eine allgemeine Pflicht für den gesamten privaten Sektor, die zuständige Behörde auf Missstände hinzuweisen, fällt ausser Betracht. Es reicht aus, wenn eine solche Meldepflicht für bestimmte Bereiche in Spezialgesetzen eingeführt wird.

Etwas anders stellt sich die Frage im öffentlichen Sektor in Bezug auf strafbare Handlungen. In einigen Kantonen besteht diese Meldepflicht bereits, und mit der Strafprozessordnung wird sie auch für die Strafbehörden des Bundes eingeführt (Art. 302 StPO). Auf der Grundlage von Spezialgesetzen gilt die Meldepflicht auch für andere Bundesbehörden. Es ist jedoch eine allgemeine Meldepflicht in einem grösseren Umfang erforderlich, insbesondere im Zusammenhang mit Korruptionsdelikten und den internationalen Entwicklungen in diesem Bereich. Diesbezüglich verweisen wir auf die Botschaft vom 10. September 2008 zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (StBOG)⁵⁸.

1.1.4.2 Voraussetzungen des Melderechts

Das geltende Recht enthält Bestimmungen zu den Voraussetzungen des Melderechts. Diese beruhen auf der Treuepflicht und der beruflichen Schweigepflicht sowie auf den Einschränkungen, die in Bezug auf die Geheimhaltungspflicht gelten. Zum anderen sind diese Voraussetzungen aber auch auf der Ebene von speziellen Regelungen für bestimmte Bereiche festgelegt.

Die gegenwärtige Gesetzesstruktur weist in diesem Zusammenhang gewisse Nachteile auf. Die Konkretisierung der allgemeinen Regelungen erfolgt unter Umständen auf der Grundlage unterschiedlicher Beurteilungen und hängt stark vom konkreten Einzelfall ab. Daraus resultieren eine mangelnde Klarheit und eine ungenügende Berechenbarkeit, womit die gegenwärtige Situation unbefriedigend ist. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass ein Arbeitnehmer, der Missstände feststellt, ohnehin schon vor einem Dilemma steht, indem er nicht genau weiss, welche Konsequenzen eine Meldung der Missstände für ihn haben wird. Was die Bedeutung anbelangt, die der Anzeige von Missständen im Verhältnis zur beruflichen Schweigepflicht und zur Treuepflicht eingeräumt werden soll, ist eine klare Festlegung auf Gesetzebene erforderlich.

Mangelnde Klarheit

Das Melderecht hat in BGE 127 III 310 eine erste Klärung erfahren. Danach ist davon auszugehen, dass das Melderecht eine Ausnahme von der beruflichen Schweigepflicht darstellt. Der Zusammenhang mit der beruflichen Schweigepflicht

⁵⁷ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7221

⁵⁸ BBl 2008 8125

ist naheliegend. Doch sind mit dieser Herleitung auch gewisse Probleme verbunden. So ist festzustellen, dass sich die Geheimhaltungspflicht im Sinn von Artikel 321a Absatz 4 OR nur auf Tatsachen bezieht, die einem Geheimnis unterliegen. Falls es sich nicht um geheim zu haltende Tatsachen handelt, ist diese Bestimmung deshalb für eine interne oder externe Meldung von Missständen nicht massgebend. Dieses Problem könnte dadurch gelöst werden, dass die Voraussetzungen für die Meldung von Missständen ganz allgemein auf die Treuepflicht abgestützt würde. Dies scheidet nun aber gerade an Absatz 4, indem hier die Treuepflicht in Bezug auf die Pflicht zur Geheimhaltung konkretisiert wird.

Die vorherrschende Auffassung, wonach Missstände in die Geheimhaltungspflicht einbezogen werden, erscheint auch sonst nicht besonders kohärent. Denn diese Pflicht bezieht sich eigentlich auf Geschäftsgeheimnisse und unternehmensinterne Informationen, die vertraulich zu behandeln und geheim zu halten sind. Wenn Missstände in diese Kategorie einbezogen werden, ist dies zumindest zweideutig. Ein Arbeitgeber hat zweifellos kein Interesse daran, dass in seinem Unternehmen begangene Missstände publik werden, doch dieses Interesse entspricht nicht dem hauptsächlichen Zweck der Rechtsvorschrift. Dieser Gesichtspunkt wird durch Artikel 321a Absatz 1 OR untermauert, in dem die Treuepflicht hier als Wahrung der *berechtigten* Interessen des Arbeitgebers definiert ist. Die Voraussetzung der Wahrung der berechtigten Interessen gilt auch für die Geheimhaltungspflicht, sowohl während eines Arbeitsverhältnisses als auch nach dessen Beendigung⁵⁹.

Diese Einwände haben ihre Berechtigung auch dann, wenn man die Grundvoraussetzungen für die Meldung von Missständen nicht bestreitet. Eine gesetzliche Regelung würde ohne Zweifel der Klärung der gegenwärtigen Situation dienen. Die Adressaten der gesetzlichen Vorschrift würden damit über leicht verständliche Bestimmungen verfügen, deren Geltungsbereich klar festgelegt wäre.

Mangelnde Berechenbarkeit

Gewisse Defizite, was die Berechenbarkeit betrifft, sind mit jeder gesetzlichen Lösung verbunden, da immer allgemeine Grundsätze auf konkrete Einzelfälle angewandt werden müssen. Es gilt daher, für die verschiedenen Situationen, die in der Praxis auftreten, angemessene Lösungen zu entwickeln. Die von der Praxis verwendeten Kriterien für die Bestimmung der Zulässigkeit einer Meldung von Missständen sind angemessen. Sie sind im Rahmen von Artikel 321a Absatz 4 OR und im Strafrecht sehr ähnlich. Dem Bedarf nach Differenzierung wird im Übrigen punktuell durch die Festlegung von besonderen Bestimmungen in Spezialgesetzen entsprochen.

Es gibt indessen Fragen, auf die sich keine adäquaten Antworten finden. Was speziell das Melderecht anbelangt, so ist in BGE 127 III 310 das übergeordnete Interesse, das ein Abweichen von der Geheimhaltungspflicht erlaubt, nicht definiert. Ebenso wenig sind in diesem Urteil die Umstände festgelegt, die eine direkte externe Meldung von Missständen rechtfertigen. Beide Fragen sind aber für die Problematik der Meldung von Missständen von zentraler Bedeutung. Die Berücksichtigung der unterschiedlichen Umstände jedes Einzelfalls bedeutet nicht, dass keine genaueren Regelungen eingeführt werden können. Diese werden am besten auf Gesetzesebene festgelegt. Wenn darauf gewartet wird, dass sich die Rechtsprechung entwickelt, bedeutet dies konkret, dass man weitere Kündigungen und andere Sanktionen in

⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts vom 21. Juni 2007, 4C.69/2007, E. 3.3.3

Kauf nimmt, gegen die in der Folge vor Gericht vorgegangen werden muss. Es ist besser, solche Auseinandersetzungen möglichst zu vermeiden, indem eine gesetzliche Regelung verabschiedet wird, mit der die Voraussetzungen für die Meldung von Missständen festgelegt werden.

Das Interesse an der Anzeige von Missständen erfordert eine klare Festlegung auf Gesetzesebene

Im Mangel an Klarheit und Berechenbarkeit kommt das zentrale Problem zum Ausdruck. Was das Interesse an der Meldung von Missständen und insbesondere das entsprechende Interesse der Allgemeinheit anbelangt, fehlt es bisher an einem eindeutigen, die Grundsätze festlegenden Entscheid des Gesetzgebers. Anerkannt ist das Interesse an solchen Meldungen nur als Ausnahme von der Pflicht zu Treue und Diskretion, gegebenenfalls als Ausnahme von der Geheimhaltungspflicht, und punktuell in Spezialgesetzen. Angesichts der Problematik, die im Zusammenhang mit der Meldung von Missständen besteht, ist diese Situation unbefriedigend. Die entsprechenden Probleme hängen mit dem Umstand zusammen, dass die Arbeitgeber, die Arbeitnehmer und die Öffentlichkeit unterschiedliche Interessen haben. Der Arbeitnehmer, der Missstände feststellt, befindet sich im Zentrum dieser Interessenkonflikte. Diese Konflikte werden durch den Umstand verschärft, dass keine Regelung festgelegt ist, auf deren Basis die Fälle, bei denen die Meldung eines Missstands zulässig ist, von jenen Fällen unterschieden werden können, bei denen die entsprechenden Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Das Unwissen bezüglich der geltenden Bestimmungen und die Ungewissheit hinsichtlich der Berechtigung einer Meldung veranlassen die Arbeitnehmer in den meisten Fällen, Stillschweigen zu bewahren. Dies ist nicht zuletzt auch auf die Angst der Betroffenen vor den – vielfach schwerwiegenden – Konsequenzen einer Meldung zurückzuführen. Aus dieser Ausgangslage resultieren unter Umständen aber auch unverhältnismässige Reaktionen, indem Arbeitnehmer beispielsweise voreilig direkt die Medien über den festgestellten Sachverhalt in Kenntnis setzen. Eine klare Regelung, die allen bestehenden Interessen Rechnung trägt, könnte dazu beitragen, Konflikte im Zusammenhang mit einem unzureichenden Umgang mit Meldungen von Missständen zu vermeiden. Mit einer Kanalisierung der Meldung von Missständen könnten auch Denunziationen innerhalb der Organisation verhindert werden, die mit mannigfaltigen Nachteilen verbunden sind. Die Festlegung von Bestimmungen in Spezialgesetzen ist in diesem Zusammenhang nicht ausreichend. Die Problematik der Meldung von Missständen kann sich bei jedem Arbeitsverhältnis stellen und erfordert daher allgemeine Vorschriften. Die im geltenden Recht festgelegten Kriterien dürfen indessen nicht ausser Acht gelassen werden. Eine gesetzliche Regelung kann sich auf diese Kriterien abstützen.

1.1.4.3 Sanktionen gegen Vergeltungsmassnahmen

Eine Kündigung im Anschluss an die Meldung eines Missstands fällt unter die allgemeinen Bestimmungen über missbräuchliche und fristlose Kündigungen. Der missbräuchliche Charakter einer ordentlichen Kündigung ergibt sich aus der gegenwärtigen Fassung von Artikel 336 Absatz 1 OR. Eine diesbezügliche Klarstellung bleibt allerdings von Nutzen.

Als sachgerecht hat die Sanktionierung von missbräuchlichen und ungerechtfertigten fristlosen Kündigungen zu gelten; andernfalls stellte man die allgemeine Ausrichtung des Arbeitsrechts in Frage. Die Nichtigkeit von Kündigungen ist im

schweizerischen Recht nur in Ausnahmefällen vorgesehen (Art. 10 GIG). Die maximale Entschädigung in Höhe von sechs Monatslöhnen resultiert ebenfalls aus einem grundlegenden Entscheid des Gesetzgebers⁶⁰. Verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen zur Meldung von Missständen (Ziff. 1.2.5). Eine andere Ausgangslage besteht bei den Arbeitsverhältnissen im öffentlichen Sektor, da dort die Wiedereingliederung des betroffenen Arbeitnehmers vorgesehen ist (Art. 14 BPG für das Bundespersonal, woran der Entwurf für eine Revision des BPG festhält).

Bei den anderen Vergeltungsmassnahmen ist zur Hauptsache der Persönlichkeitsschutz betroffen. Ein gesetzgeberischer Handlungsbedarf ist diesfalls nur im seltenen Fall von Vergeltungsmassnahmen auszumachen, die die Persönlichkeit des Arbeitnehmers nicht verletzen.

1.2 Geprüfte Lösungen

1.2.1 Verpflichtung zu internen Meldeverfahren

Dieser Punkt gehört nicht zum Auftrag der Motion Gysin. Er verdient jedoch eine nähere Prüfung, da er insbesondere im Zusammenhang mit der Frage, ob die in den Vereinigten Staaten kotierten Unternehmen die Anforderungen von Abschnitt 301 des Sarbanes-Oxley-Gesetzes erfüllen, Gegenstand von Diskussionen war⁶¹. Denkbar wäre deshalb eine gesetzliche Verpflichtung zur Einrichtung eines internen Meldeverfahrens samt Bedingungen, die dieses zu erfüllen hat.

Eine solcher Vorschlag enthält der vorliegende Entwurf nicht. Interne Verfahren sind zweifellos wirksame Instrumente, um Missstände innerhalb einer Organisation festzustellen. Eine allgemeine Verpflichtung, ein solches Meldeverfahren einzuführen, ist indessen nicht gerechtfertigt. Die Art und Weise, wie die internen Kontrollen durchgeführt werden, hängt vom Entscheid jeder einzelnen Organisation ab. Ein allgemein gültiges internes Meldeverfahren wird nicht jedem Fall gerecht und würde für viele Unternehmen und öffentliche Gemeinwesen unnötige Kosten verursachen.

1.2.2 Spezialgesetz

Die Motion Gysin verlangt eine Regelung im Obligationenrecht. Gleichzeitig fordert sie aber auch eine gleichwertige Regelung für die Angestellten der öffentlichen Hand. Somit könnte die Einführung eines Spezialgesetzes in Betracht gezogen werden, das Arbeitsverhältnisse sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor umfasst. Dabei könnte man sich am Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann orientieren. Was dieses Gesetz anbelangt, ging es bei der Einführung eines Spezialgesetzes gerade darum, die Frage der Gleichstellung für alle Arbeitsverhältnisse zu regeln, d. h. im privaten Sektor, für das Bundespersonal

⁶⁰ AB N 1985 1128 ff. In Art. 336 Abs. 3 des Entwurfs des Bundesrates war eine maximale Entschädigung in Höhe von zwölf Monatslöhnen vorgesehen (Botschaft vom 9. Mai 1984 zur Volksinitiative «betreffend Kündigungsschutz im Arbeitsvertragsrecht» und zur Revision der Bestimmungen über die Auflösung des Arbeitsverhältnisses im Obligationenrecht, in BBl 1984 II 551, 633)

⁶¹ Siehe oben Ziff. 1.1.3.1

sowie für das Personal der Kantone und Gemeinden⁶². Wie weiter unten erläutert wird, verzichtet der vorliegende Entwurf darauf, diese Frage für die öffentlichen Angestellten der Kantone zu regeln. Der Erlass eines Spezialgesetzes ist daher nicht erforderlich.

Der vorliegende Entwurf bestätigt somit die in der Motion Gysin enthaltene Lösung (Ziff. 1 und 2), die eine Änderung des Obligationenrechts vorsieht. Im Folgenden wird die Regelung für die öffentlichen Angestellten des Bundes geprüft.

1.2.3 Regelung für die öffentlichen Angestellten des Bundes und der Kantone

Aus der Darstellung des geltenden Rechts geht hervor, dass die gesetzliche Regelung für die Angestellten des privaten Sektors und für die öffentlichen Angestellten ähnlich ausgestaltet ist. Eine unterschiedliche Regelung ist indessen grundsätzlich gerechtfertigt. Bei öffentlichen Angestellten liegt eine allgemeine Meldepflicht auf der Hand, wie auch der Auftrag der Motion Gysin zeigt (Ziff. 4). Auch was das Melderecht anbelangt, können in Bezug auf die Voraussetzungen und Sanktionen unterschiedliche Bestimmungen festgelegt werden. Die Einschränkungen des Amtsgeheimnisses folgen zwar gegenwärtig auch den Kriterien des überwiegenden Interesses und der Verhältnismässigkeit. Doch kann eine unterschiedliche gesetzliche Umsetzung dieser Grundsätze nicht von vornherein ausgeschlossen werden.

Öffentliche Angestellte des Bundes

Die Frage einer allgemeinen Meldepflicht stellt sich im BPG; für den privaten Sektor ist sie kein Thema. Beim Melderecht dagegen bestehen zwei Möglichkeiten. Da die Bedingungen des Melderechts im BPG nicht geregelt sind, gilt die Änderung des Obligationenrechts durch den Verweis in Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe a BPG und den allgemeinen Verweis in Artikel 6 Absatz 2 BPG auch für die öffentlichen Angestellten des Bundes. So finden im privaten Sektor und für die öffentlichen Angestellten des Bundes hinsichtlich des Melderechts die gleichen Voraussetzungen Anwendung. Die andere Möglichkeit besteht darin, im BPG eine unterschiedliche Regelung festzulegen.

Der Entwurf spricht sich für diese zweite Möglichkeit aus. Es erscheint nämlich als kohärenter, die Meldepflicht und das Melderecht vollumfänglich im BPG zu regeln. Die Vorschriften sind auf diese Weise klarer erkennbar, als wenn das BPG nur Verweise auf das Obligationenrecht enthält. Was die öffentlichen Angestellten anbelangt, kann das Melderecht aus den folgenden zwei Gründen unterschiedlich analysiert werden: Entsprechend der Bedeutung, die dem Amtsgeheimnis eingeräumt wird, kann für die öffentlichen Angestellten ein restriktiverer Ansatz als im privaten Sektor gerechtfertigt sein. Darüber hinaus dient bei den Angestellten der öffentlichen Hand die Treuepflicht nicht dem Interesse eines privaten Arbeitgebers, sondern öffentlichen Institutionen und damit letztlich dem öffentlichen Interesse. Somit kann hinsichtlich des Melderechts auch ein breiter gefasster Ansatz gerechtfertigt sein, da die Meldung von Missbräuchen auch dem öffentlichen

⁶² Botschaft vom 24. Februar 1993 zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei, BB1 1993 I 1248, Ziff. 155

Interesse dient. Das gleichzeitige Bestehen einer Meldepflicht führt unter Umständen auch zu einer differenzierten Prüfung des Melderechts. Jeder Sachverhalt, für den eine Meldepflicht besteht, fällt logischerweise nicht mehr unter ein Melderecht. Der Unterschied liegt auch auf der Ebene des Schutzes vor Vergeltungsmassnahmen, da die Wiedereinstellung im Anschluss an eine ungerechtfertigte Kündigung im öffentlichen Sektor eher dem üblichen Vorgehen entspricht. All diesen Punkten kann mit einer gemeinsamen und einheitlichen Regelung der Meldepflicht und des Melderechts im BPG besser Rechnung getragen werden. Die subsidiäre Anwendung der im Obligationenrecht enthaltenen Bestimmungen kann hinsichtlich jener Punkte beibehalten werden, die auf die gleiche Weise zu regeln sind.

Auf formeller Ebene wurden die Änderungen, die im Zusammenhang mit der Meldepflicht und dem Melderecht für das Bundespersonal vorgeschlagen werden, vom vorliegenden Entwurf getrennt und in den Entwurf des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes integriert⁶³.

Öffentliche Angestellte der Kantone

Grundsätzlich sollten die Meldepflicht und das Melderecht in den Kantonen gleich wie beim Bund geregelt werden. Überprüft werden muss indessen die Zuständigkeit des Bundes zur Regelung der Arbeitsverhältnisse in den Kantonen.

Zuständig für die Regelung dieser Arbeitsverhältnisse sind in erster Linie die Kantone. Der Bund kann indessen zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer Vorschriften erlassen, die auch für die Kantone gelten (Art. 110 BV). Die privatrechtlichen Vorschriften (Art. 122 BV) hingegen gelten für die öffentlichen Angestellten der Kantone nicht, es sei denn, das kantonale Personalgesetz enthalte einen entsprechenden Verweis, oder es bestehe eine entsprechende Gesetzeslücke.

Wie beim Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann wäre es denkbar, mit dem Erlass eines Spezialgesetzes, das einen öffentlich-rechtlichen Teil umfasst, auch die öffentlichen Angestellten der Kantone einzubeziehen. Die Realisierung dieser Möglichkeit ist hingegen zum Schutz von Hinweisgebern auf Missstände nicht in gleicher Weise geboten wie beim Gleichstellungsgesetz. Im letzteren Fall rechtfertigte eine einheitliche Anwendung des Grundsatzes der Gleichstellung von Frau und Mann den Erlass eines Gesetzes, das für alle Arbeitsbeziehungen gilt. Zwar ist einzuräumen, dass gleiche Bedingungen für die Meldung von Missständen zu mehr Einheitlichkeit bei der Strafverfolgung von unerlaubten Handlungen führt. Ausserdem verlangt die Motion für öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse und privatrechtliche Anstellungen einen gleichwertigen Schutz. Gleichzeitig behält sie aber auch das Amtsgeheimnis vor, das die Kantone weiterhin frei regeln können. Die Kantone kennen die Bedürfnisse ihrer jeweiligen Verwaltung am besten. Deshalb müssen sie den Umfang des Amtsgeheimnisses, dem sie ihre Angestellten unterstellen wollen, weiterhin nach eigenem Ermessen festlegen können.

Darüber hinaus ist zu erwarten, dass auch eine Bundesgesetzgebung, die für die öffentlichen Angestellten der Kantone nicht gilt, den Kantonen als Vorbild dienen und damit ihre Praktiken und Vorschriften in erheblichem Masse mitbestimmen

⁶³ BBl 2008 8189

wird. Der vorliegende Entwurf verzichtet deshalb darauf, die Meldepflicht und das Melderecht für die öffentlichen Angestellten der Kantone zu regeln. Das EJPD hat die Empfehlungen der Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) auch den Kantonen unterbreitet und sie um deren Prüfung gebeten⁶⁴.

1.2.4 Meldepflicht im privaten und im öffentlichen Sektor

Mit der Motion Gysin wird hauptsächlich die Frage des Melderechts aufgeworfen: In welchen Fällen kann ein Arbeitnehmer einen Missstand melden, gegebenenfalls auch extern, und welchen gesetzlichen Schutz muss er in solchen Fällen in Anspruch nehmen können? Anders liegt die Frage der Meldepflicht. Auf interner Ebene geht es dabei nicht um das Abwägen zwischen der Treuepflicht, der Geheimhaltungspflicht und dem Interesse an der Meldung von Missständen, sondern um Fälle, wo die Treuepflicht gerade nach der Meldung eines Missstands verlangt. Was die Meldung an eine externe Stelle angeht, ist sie eine Aufforderung an die Adressaten der Pflicht und schliesst jegliche Berücksichtigung der Treue- und Geheimhaltungspflicht aus. Die Frage der Meldepflicht stellt sich hauptsächlich im Interesse der Strafverfolgung.

In der Motion Gysin wird die Meldepflicht nur im Zusammenhang mit den öffentlichen Angestellten des Bundes bei strafbaren Handlungen gestellt. Genauer gesagt geht es dabei um die Forderung nach einer allgemeinen Meldepflicht. Das geltende Recht sieht bereits eine organisationsinterne Meldepflicht vor, fallweise durch die Anwendung der Treuepflicht oder auf externer Ebene in bestimmten Bereichen. Dies gilt sowohl für den privaten als auch für den öffentlichen Sektor.

Was den privaten Sektor angeht, ist die Meldepflicht im geltenden Recht in ausreichendem Masse geregelt. Es wäre nicht gerechtfertigt, vom Auftrag der Motion Gysin abzuweichen und eine allgemeine Meldepflicht vorzusehen. Falls in bestimmten Bereichen ein entsprechender Bedarf besteht, kann eine solche Pflicht jederzeit im Rahmen von Spezialgesetzen eingeführt werden. Die Treuepflicht kann auch vertraglich konkretisiert oder verstärkt werden.

Eine andere Ausgangslage besteht im öffentlichen Sektor, in dem es insbesondere um die Verfolgung von strafbaren Handlungen geht. Da die Frage der Meldung von Missständen durch öffentliche Angestellte des Bundes Gegenstand eines speziellen Entwurfs ist, verweisen wir auf die dortigen Vorschläge und Erläuterungen⁶⁵.

1.2.5 Strengere Sanktionen bei missbräuchlichen und ungerechtfertigten Kündigungen

Nach geltendem Recht ist eine Kündigung, die im Anschluss an die rechtmässige Meldung eines Missstands gemacht wird, missbräuchlich. Die Sanktionen, die eine solche Kündigung nach sich zieht, sind dieselben wie bei jeder anderen missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung. Gemäss dem Auftrag der Motion Gysin (Ziff. 2) wurde geprüft, diese Sanktion zu verschärfen.

Arbeitnehmer, die an ihrem Arbeitsplatz Missstände feststellen, ziehen es vielfach vor, ihre Beobachtungen für sich zu behalten, weil sie allfällige Vergeltungsmassnahmen befürchten. So werden Tatsachen verschwiegen, deren Meldung durchaus gerechtfertigt wäre. Die Kündigung ist die hauptsächliche

⁶⁴ Siehe unten Ziff. 1.6.1

⁶⁵ Siehe Ziff. 1.1.4.1

Massnahme, die hier in Betracht fällt. Zu prüfen ist deshalb vorab das Interesse an einer strengeren Sanktionierung einer in diesem Zusammenhang ausgesprochenen Kündigung.

Im Rahmen öffentlich-rechtlicher Arbeitsverhältnisse ist die Wiedereinstellung Teil des geltenden Rechts und bedeutet hier die strengste Sanktionierung einer missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung. Sie gibt dem betroffenen Arbeitnehmer die Möglichkeit, seine Stelle zu behalten oder sich eine andere berufliche Funktion zuweisen zu lassen. Der Arbeitnehmer verfügt damit über einen ausreichenden Schutz vor den Konsequenzen allfälliger Vergeltungsmassnahmen. Wenn eine Meldepflicht besteht, muss dieser Schutz umso mehr gewährleistet werden. In diesen Fällen kann eine allfällige Kündigung nicht mit der Treuepflicht oder der Geheimhaltungspflicht gerechtfertigt werden. Ganz im Gegenteil: Kommt ein Arbeitnehmer seiner Meldepflicht nicht nach, läuft er Gefahr, entsprechend sanktioniert zu werden. Vergeltungsmassnahmen im Anschluss an ein Vorgehen, das der Meldepflicht entspricht, müssen streng sanktioniert werden. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf die Lösungen, die im Entwurf des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes unterbreitet werden⁶⁶.

Was die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse anbelangt, ist die in Artikel 336a Absätze 1 und 2 sowie in Artikel 337c Absatz 3 OR vorgesehene Entschädigung Ausdruck der grundsätzlichen Haltung des Gesetzgebers. Diese zeichnet sich zum einen dadurch aus, dass die Sanktion einer missbräuchlich ausgesprochenen Kündigung nicht ihre Nichtigkeit, sondern eine Entschädigung ist. Diese darf zum andern sechs Monatslöhne nicht überschreiten⁶⁷.

Vordergründig gibt das Recht, eine Kündigung infolge der Meldung eines Missstandes am Arbeitsplatz anzufechten, dem Arbeitnehmer die Möglichkeit, seine Stelle zu behalten. Er muss in diesem Fall also nicht mehr um seinen Arbeitsplatz fürchten, was es ihm erleichtert, rechtmässig Meldung von Missständen zu machen. Dennoch sprechen mehrere Gründe gegen diese Sanktion. Im Arbeitsrecht hat die Annullierung einer Kündigung Ausnahmecharakter. Entsprechend sollte diese Lösung nur unter ganz besonderen Umständen zum Zuge kommen. Auch die im geltenden Recht vorgesehene Entschädigung hat bereits eine präventive Funktion im Kampf gegen missbräuchliche und ungerechtfertigte Kündigungen. Wenn Artikel 10 GlG weiter geht, entspricht dies dem klaren Willen des Gesetzgebers, den Verfassungsgrundsatz der Gleichstellung von Frau und Mann auf die Arbeitsverhältnisse anzuwenden. Die Meldung von Missständen lässt sich damit nicht vergleichen. Die Meldung von Missständen ist, auch wenn man darin ein Recht des Arbeitnehmers sieht, mit der Treuepflicht verbunden. Wird dieses Recht geltend gemacht, so darf es nicht anders geschützt werden als andere Ansprüche, die sich aus dem Arbeitsverhältnis ergeben. Diese Schlussfolgerung ist auch im Vergleich mit den anderen Anwendungsfällen von Artikel 336 OR geboten. Missbräuchliche Meldungen von Missständen dürfen nicht gefördert werden. Unter Berücksichtigung der Gefahr unbegründeter und überschüssiger Meldungen ist die Nichtigkeit der Kündigung eine zu absolute Garantie. Die Urheber der Meldung behalten in diesem Fall ihren Arbeitsplatz, bis die Rechtmässigkeit der Kündigung geklärt wäre. Der in BGE 127 III 310 beurteilte Fall, wo sich ein Arbeitnehmer

⁶⁶ Botschaft vom 10. September 2008 zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), BBl 2008 8125
⁶⁷ AB 1985 N 1128 ff.; AB 1987 S 346 f.

direkt an die Öffentlichkeit wandte, ist in diesem Zusammenhang aufschlussreich. Da das Melderecht nicht Bezug auf die Art des Missbrauchs nimmt, ist die Nichtigkeit der Kündigung auch eine zu wenig differenzierte Sanktion. Es kann sich dabei nämlich um leichte Fälle handeln, bei denen zwar auch ein Schutz gewährleistet sein muss, doch die in keiner Weise eine so einschneidende Massnahme rechtfertigen.

Gepüft wurde auch die Erhöhung der Entschädigung bei einer Kündigung im Anschluss an eine gerechtfertigte Meldung eines Missstands. Das Prinzip der Kündigungsfreiheit wird in diesem Fall hochgehalten, da die Kündigung in allen Fällen gültig bleibt. Der Gesetzgeber hat in der Vergangenheit das gesetzliche Maximum der Entschädigung auf sechs Monatslöhne festgelegt. Dabei war er sich durchaus bewusst, dass die Sanktion insbesondere für den Arbeitgeber eine abschreckende Wirkung haben muss. Ebenso berücksichtigte er bei der Festlegung dieser Limite, dass es sich bei der grossen Mehrheit der Adressaten um kleine und mittlere Unternehmen handelt und dass durch eine allzu hohe Limite unter Umständen unverhältnismässig hohe Ansprüche gefördert würden. Von einer grundlegenden Infragestellung der Höhe der Entschädigung, die bei jeder missbräuchlichen oder ungerechtfertigten Kündigung zur Anwendung käme, ist im Rahmen dieses Entwurfs von vornherein abzusehen. Sie könnte nur im Zusammenhang mit der Problematik der Meldung von Missständen in Betracht gezogen werden. Ausgehend von den obigen Überlegungen zur Nichtigkeit der Kündigung ist eine gerechtfertigte Meldung von Missständen auf die gleiche Ebene wie die übrigen Gründe für eine missbräuchliche Kündigung zu stellen. Die Notwendigkeit, missbräuchliche Meldungen von Missständen zu verhindern, und der allgemeine Charakter der Regelung, die sich sowohl auf schwerwiegende Fälle als auch auf eher leichte Fälle bezieht, gehen ebenfalls in diese Richtung. Das Gleiche gilt bei einer fristlosen Kündigung ohne wichtigen Grund.

Die Bedeutung, die das Recht zur Meldung von Missbräuchen hat, wird deswegen nicht unterschätzt. Die Regelung der Voraussetzungen für eine Meldung von Missständen und die ausdrückliche Anerkennung des missbräuchlichen Charakters der Kündigung schaffen einen klaren Rahmen für Arbeitnehmer, die Missstände feststellen. Die Fälle, in denen ein überwiegendes Interesse an einer Meldung besteht, werden so im Gesetz festgehalten. Ausdrücklich erwähnt wird auch, dass der Meldung von Missständen beim Arbeitgeber gegenüber der externen Meldung Priorität einzuräumen ist. Ebenso wird auf den missbräuchlichen Charakter der Kündigung hingewiesen. Die Sanktion des geltenden Rechts stellt eine ausgewogene Lösung dar, die eine präventive Wirkung entfaltet, ohne dass missbräuchliche Meldungen und Ansprüche gefördert werden, aus denen zusätzliche Konflikte resultieren könnten.

Diese Ausführungen gelten nicht für die öffentlichen Angestellten, für deren missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung als Sanktion die Wiedereinstellung vorgesehen ist. Diese kann somit bei einer Kündigung im Anschluss an die Meldung eines Missstands durchgesetzt werden. Wenn ein Arbeitnehmer entsprechend seiner Meldepflicht gehandelt hat, ist die Wiedereinstellung umso notwendiger.

1.2.6 Sanktionierung von anderen Vergeltungsmassnahmen

Mit einem Verbot von anderen Vergeltungsmassnahmen könnte der gemäss Artikel 328 OR gewährte Schutz der Persönlichkeit ergänzt werden. Dieses Verbot dürfte sich jedoch nicht ausschliesslich auf die Meldung von Missbräuchen beziehen. Denn es wäre nicht nachvollziehbar, wenn dafür eine solche Regelung eingeführt würde, während Vergeltungsmassnahmen mit einem andern Hintergrund nicht untersagt würden. Der vorliegende Entwurf hält deshalb am Schutz fest, wie er sich heute aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ergibt. Dieser Schutz deckt die wichtigsten Vergeltungsmassnahmen ab: Dazu gehören Mobbing, die Zuweisung von Aufgaben, die nicht dem Qualifikationsprofil des Arbeitnehmers entsprechen, und eine Ungleichbehandlung im Vergleich mit den anderen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Auch die Motion Gysin (Ziff. 2) beschränkt sich im Übrigen auf die Kündigung, die weiterhin die schwerwiegendste Massnahme darstellt, welche vom Arbeitgeber ergriffen werden kann.

Was die öffentlichen Angestellten des Bundes anbelangt, hat man sich für eine andere Lösung entschieden. Wir verweisen in diesem Zusammenhang auf die Botschaft vom 10. September 2008 zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes⁶⁸.

1.3 Vorgeschlagene Änderungen

Der vorliegende Entwurf bezieht sich hauptsächlich auf die privatrechtlichen Arbeitsverhältnisse. Vorgeschlagen wird daher eine Änderung des Obligationenrechts. Erwähnt werden jedoch auch die Vorschläge, die sich auf die öffentlichen Angestellten des Bundes beziehen.

1.3.1 Änderung des Obligationenrechts

Voraussetzungen für die Meldung von Misständen (Art. 321a^{bis} und 362)

Entsprechend dem Auftrag der Motion Gysin (Ziff. 1) findet sich die vorgeschlagene Neuregelung der Voraussetzungen für die Meldung von Misständen im Obligationenrecht. Sie gilt somit für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse, vorbehaltlich eines Verweises oder dem Füllen einer Gesetzeslücke im öffentlichen Recht.

Die gewählte Systematik macht deutlich, dass es darum geht, die Treuepflicht im Gesetz zu konkretisieren. Die vorgesehene Regelung beruht auf dem geltenden Recht. Die massgebenden Kriterien – überwiegendes Interesse und Verhältnismässigkeit – werden auf diese Weise beibehalten und präzisiert. Die Bestimmung regelt die interne Meldung gegenüber dem Arbeitgeber (Abs. 1) sowie die externe Meldung bei der zuständigen Behörde und in der Öffentlichkeit (Abs. 2 und 3). Die Meldung muss in Treu und Glauben vorgenommen werden. Vorbehalten bleiben das Berufsgeheimnis sowie Bestimmungen in Spezialgesetzen (Abs. 4; siehe Ziff. 1.4 weiter unten).

⁶⁸ BBl 2008 8125

Die Bestimmungen, welche die externe Meldung regeln, werden der Liste der Bestimmungen des relativ zwingenden Rechts hinzugefügt. Die Parteien können somit keine strengeren Voraussetzungen für die Meldung von Missständen vorsehen.

Missbräuchliche Kündigung (Art. 336 Abs. 2 Bst. d)

Eine ordentliche Kündigung im Anschluss an die Meldung eines Missstands gemäss Artikel 321a^{bis} E-OR wird ausdrücklich als missbräuchlich bezeichnet. Diese Lösung entspricht der heutigen Rechtslage. Ebenfalls ungerechtfertigt ist eine fristlose Kündigung, sofern die Treuepflicht eingehalten wurde. Eine ausdrückliche Regelung ist in diesem Fall indessen nicht nötig.

Die vorgeschlagene Änderung wurde in Absatz 2 platziert, weil die Rollen bei der Meldung von Missständen klar verteilt sind: Die Meldung erfolgt durch den Arbeitnehmer, während die Kündigung vom Arbeitgeber ausgesprochen wird, der damit auf die Meldung reagiert.

Vorbehalt des Berufsgeheimnisses und der Spezialgesetze

Das Berufsgeheimnis sowie Bestimmungen in Spezialgesetzen bleiben vorbehalten.

Das Berufsgeheimnis schützt ein spezifisches Interesse im Zusammenhang mit der Vertraulichkeit. Seine Bedeutung geht über den Rahmen der arbeitsrechtlichen Beziehungen hinaus. Der vorgesehene Vorbehalt wahrt das Interesse von Privatpersonen an der Vertraulichkeit für die dem Berufsgeheimnis unterstehenden Berufe und gewährleistet, unabhängig vom Arbeitnehmer- oder Selbstständigenstatus der Person, die dem Berufsgeheimnis untersteht, eine einheitliche Anwendung des Berufsgeheimnisses. Die Sachlage wird weiter unten (Ziff. 1.4) im Detail erläutert.

Die vorgeschlagene Lösung gelangt ferner nicht zur Anwendung, wenn die Frage des Melderechts oder der Meldepflicht in einem Spezialgesetz geregelt ist. So sind die gegenwärtigen und auch in Zukunft erlassenen Lösungen für bestimmte Bereiche immer möglich, unabhängig davon, ob sie grosszügiger oder restriktiver ausgestaltet werden.

1.3.2 Öffentliche Angestellte des Bundes

Der Entwurf des Bundesgesetzes über die Organisation der Strafbehörden des Bundes⁶⁹ enthält einen neuen Artikel 22a BPG. Darin vorgesehen sind die Pflicht, Verbrechen und Vergehen, die von Amtes wegen verfolgt werden, anzuzeigen (Abs. 1), und das Recht, andere Missstände der Eidgenössischen Finanzkontrolle zu melden (Abs. 2). Eine Kündigung aufgrund der Meldung eines Missstands gemäss Artikel 22a E-BPG ist anfechtbar, und der Arbeitnehmer kann wiedereingestellt werden (Art. 14 Abs. 1 Bst. d E-BPG). Ebenso untersagt sind alle weiteren Nachteile auf beruflicher Ebene (Art. 22a Abs. 5 E-BPG). Was die Einzelheiten anbelangt, verweisen wir auf den oben erwähnten Entwurf.

⁶⁹ BBI 2008 8189

1.4 Begründung und Beurteilung der vorgeschlagenen Lösung

Die vorgeschlagene Lösung entspricht dem Auftrag der Motion Gysin, die damit umgesetzt wird. Die Gründe, die diese Lösung rechtfertigen, werden in der Prüfung des Regelungsbedarfs (Ziff. 1.1.4) und in der Darstellung der geprüften Lösungen (Ziff. 1.2) im Detail erläutert. Im Folgenden werden die Leitlinien der vorgeschlagenen Lösung dargelegt und die Auswirkungen auf das Strafrecht geprüft.

Regelung der Meldung von Missständen im Gesetz

Mit einer gesetzlichen Regelung wird der derzeit bestehende Mangel an Klarheit und Berechenbarkeit beseitigt. Dieser ist durch die folgenden Merkmale gekennzeichnet: Zum einen durch das Nebeneinander von Treuepflichten und Berufsgeheimnis einerseits und im Strafrecht vorgesehenen Ausnahmen andererseits, und zum andern durch abweichende Regeln in Spezialgesetzen. Die gegenwärtige Praxis legte die Kriterien für gerechtfertigte Meldung von Missständen zwar fest, doch blieben wichtige Fragen bislang unbeantwortet: Bestehen eines überwiegenden Interesses, Zulässigkeit der direkten externen Meldung von Missständen. Auch ist es sachgerecht, den missbräuchlichen Charakter einer Kündigung, die als Vergeltungsmassnahme ausgesprochen wird, im Gesetz ausdrücklich festzuhalten.

Berücksichtigung der im geltenden Recht entwickelten Kriterien

Die vorgeschlagene Lösung beruht auf den Kriterien des überwiegenden Interesses und der Verhältnismässigkeit. Diese sind gut festgelegt und ermöglichen die Berücksichtigung des öffentlichen Interesses an der Meldung von Missständen, wobei gleichzeitig auch die Anliegen des Arbeitgebers gewahrt werden. Die Treuepflicht und die Geheimhaltungspflicht werden damit nicht grundsätzlich in Frage gestellt. Ausserdem wird mit dieser Lösung der missbräuchlichen Meldung von Missständen nicht Vorschub geleistet.

Berücksichtigung der heutigen Grundsätze des Arbeitsrechts

Die vorgeschlagene Lösung steht im Einklang mit den geltenden Grundsätzen des Arbeitsrechts. Eine Kündigung im Anschluss an eine gerechtfertigte Meldung eines Missstands wird gemäss den Bestimmungen in Artikel 336 ff. und 337 ff. OR sanktioniert. Die gerechtfertigte Meldung von Missständen wird damit als missbräuchlicher Kündigungsgrund anerkannt, genau wie jeder andere Grund. Ein weiter gehender Kündigungsschutz, der insbesondere auf die Meldung von Missständen ausgerichtet ist, ist nicht vorgesehen.

Auswirkungen auf die strafrechtlichen Bestimmungen, die zum Schutz von Geheimnissen dienen

Die vorgeschlagene Lösung im Obligationenrecht wird nicht ausdrücklich im Strafrecht als Ausnahme von den strafrechtlich geschützten Geheimnissen erwähnt. Diese Geheimnisse sind bereits heute Gegenstand einer Ausnahme, wenn eine Meldung auf der Grundlage von allgemeinen strafrechtlichen Rechtfertigungsgründen erfolgt. Artikel 321a^{bis} E-OR wird dabei als im Gesetz vorgesehener Rechtfertigungsgrund gemäss Artikel 14 StGB berücksichtigt. Entsprechend dieser Bestimmung verhält sich rechtmässig, wer handelt, wie es das Gesetz gebietet oder erlaubt. Dass Artikel 321a^{bis} E-OR diese Auswirkung aufs Strafrecht hat, erscheint mit Blick auf den Schutz desjenigen, der eine Meldung

macht, als sachgercht. Eine sachgerechte Koordination zwischen dem Arbeitsrecht und dem Strafrecht ist tatsächlich nötig. Es wäre nicht kohärent, wenn die Meldung eines Missstands gemäss der im Arbeitsrecht festgelegten Regelung rechtmässig und zulässig und der betreffende Arbeitnehmer geschützt wäre und gleichzeitig gegen diesen Arbeitnehmer wegen der gleichen Meldung eine Strafverfolgung eingeleitet werden könnte. Deshalb gelten die gesetzgeberischen Massnahmen, die im Zusammenhang mit der beruflichen Schweigepflicht ergriffen werden, grundsätzlich auch im Bereich des Strafrechts. Das Amtsgeheimnis (Art. 320 StGB) wird deshalb zum Beispiel in gleicher Weise durch die Meldepflicht und das Melderecht beschränkt, die für die öffentlichen Angestellten des Bundes vorgesehen sind. Auf Artikel 14 StGB muss mitunter gar nicht zurückgegriffen werden. Das Fabrikationsgeheimnis und das Geschäftsgeheimnis, die durch Artikel 162 StGB geschützt sind, müssen sich aus einer gesetzlichen oder vertraglichen Verpflichtung ergeben, wobei diesbezüglich in erster Linie das Berufsgeheimnis in Artikel 321a Absatz 4 OR betroffen ist. Die Beschränkung des Berufsgeheimnisses durch Artikel 321a^{bis} E-OR hat somit direkte Auswirkungen auf die Anwendung von Artikel 162 StGB.

Die Anwendung von Artikel 321a^{bis} E-OR im Strafrecht ist jedoch dann nicht angezeigt, wenn der strafrechtliche Schutz des Geheimnisses im Vergleich mit der im Arbeitsrecht verlangten Diskretion einen spezifischen Geltungsbereich hat. Dies ist der Fall beim Berufsgeheimnis, wie es in Artikel 321 StGB, in Artikel 47 BankG und in Artikel 43 BEHG geregelt ist. Vor diesem Hintergrund ist die in Artikel 321a^{bis} Absatz 4 E-OR vorgesehene Ausnahme zu verstehen. Sie verhindert, Artikel 14 StGB in Verbindung mit Artikel 321a^{bis} E-OR auch auf Personen anzuwenden, die dem Berufsgeheimnis unterstehen.

Artikel 321a^{bis} Absätze 1 bis 3 findet damit auf Arbeitnehmer, die sich ans Berufsgeheimnis zu halten haben, keine Anwendung. Dessen ungeachtet ist ihnen die Meldung von Missständen nicht in jedem Fall verwehrt. Wie bis heute wird es die Aufgabe der Praxis sein, die allgemeinen Prinzipien zu konkretisieren und dabei einen Ausgleich zwischen dem Interesse an einer Meldung und dem Interesse an der Wahrung des Berufsgeheimnisses zu finden. Die Berücksichtigung des Berufsgeheimnisses kann dabei zu einer restriktiveren Handhabung des Melderechts führen.

Der Vorbehalt zu Gunsten des Berufsgeheimnisses ist deshalb gerechtfertigt, weil damit bestimmte Berufe einem speziellen Geheimnis unterstellt werden, das nicht mit einem Arbeitsverhältnis und der dabei zu beachtenden Diskretion verbunden ist. Vielmehr geht es dabei allgemein um Beziehungen, die vom Auftragsrecht beherrscht sind. In diesem Fall kann das Vertrauensverhältnis zum Kunden zu einer restriktiveren Handhabung des Melderechts führen. Es ist deshalb nicht immer angezeigt, in der vorgeschlagenen Lösung einen Anwendungsfall von Artikel 14 StGB zu sehen. Die Anwendung der Lösung kann sich sogar als problematisch erweisen. Sofern keine schriftliche Bewilligung der vorgesetzten Behörde oder der Aufsichtsbehörde gemäss Artikel 321 Ziffer 2 StGB vorliegt, ist die Anwendung von allgemeinen Rechtfertigungsgründen nicht generell anerkannt. Unter der Annahme, dass eine solche Bewilligung erteilt wurde, gelangt Artikel 321a^{bis} E-OR nur zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer einem Arbeitsverhältnis untersteht, unter Ausschluss der Auftragnehmer. Auf Artikel 321a^{bis} E-OR könnten sich nur Arbeitnehmer im Sinn von Artikel 47 BankG und 43 BEHG berufen, nicht jedoch beispielsweise Auftragnehmer.

1.5 Korrelation zwischen den Aufgaben und den finanziellen Mitteln

Der vorliegende Entwurf bezieht sich auf den privaten Sektor. Er fördert die Aufdeckung von strafbaren Handlungen und Missständen. Damit erleichtert er die Aufgabe der Behörden, die mit der Anwendung des Gesetzes beauftragt sind. Er erfordert keine zusätzlichen finanziellen Mittel.

1.6 Internationales Recht, Verhältnis zum europäischen Recht und Rechtsvergleichung

1.6.1 Internationales Recht

Im Zusammenhang mit der Korruptionsbekämpfung ist die Meldung von Missständen im internationalen Recht anerkannt. Die Meldungen von Arbeitnehmern, die an ihrem Arbeitsplatz Korruptionshandlungen bemerken, sind vielfach das einzige Mittel, um solche strafbaren Handlungen aufzudecken. Vor diesem Hintergrund sind diese Meldungen von besonderer Bedeutung. Die Schweiz ist Vertragsstaat des Übereinkommens der OECD vom 21. November 1997 über die Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr⁷⁰. In Artikel 12 dieses Übereinkommens ist ein systematisches Überwachungsprogramm vorgesehen, das der Überwachung und Förderung der vollständigen Anwendung des Übereinkommens dient. Dieses Programm wird von der Arbeitsgruppe der OECD gegen die Bestechung im Rahmen des internationalen Geschäftsverkehrs durchgeführt. In Artikel 22 des Strafrechtsübereinkommens über Korruption des Europarats vom 27. Januar 1999⁷¹, das von der Schweiz ratifiziert wurde, ist vorgesehen, dass für Personen, die Angaben über die im Übereinkommen umschriebenen Straftaten machen, ein wirksamer und angemessener gesetzlicher Schutz zu gewährleisten ist. Dieses Übereinkommen bezieht sich indessen nur auf Personen, die selbst einer Straftat beschuldigt werden und bereit sind, mit der Justiz zusammenzuarbeiten⁷². In Artikel 24 ist vorgesehen, dass die Staatengruppe gegen Korruption (GRECO) die Durchführung des Übereinkommens überwacht. In Artikel 9 des Zivilrechtsübereinkommens des Europarates vom 4. November 1999 über Korruption⁷³ wird verlangt, dass alle Vertragsparteien in ihrem innerstaatlichen Recht vorsehen, dass Beschäftigte, die den zuständigen Personen oder Behörden in redlicher Absicht einen begründeten Korruptionsverdacht mitteilen, angemessen vor ungerechtfertigten Nachteilen geschützt werden. Die Schweiz hat dieses Übereinkommen nicht ratifiziert. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen vom 9. Dezember 2003 gegen Korruption enthält mit seinem Artikel 33 eine ähnliche Bestimmung. Die Schweiz sieht vor, dieses Übereinkommen zu ratifizieren.⁷⁴ Das

⁷⁰ SR 0.311.21

⁷¹ SR 0.311.55

⁷² Botschaft vom 10. November 2004 über die Genehmigung und die Umsetzung des Strafrechts-Übereinkommens und des Zusatzprotokolls des Europarates über Korruption (Änderung des Strafgesetzbuches und des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb), Ziff. 2.2.15.1

⁷³ SEV Nr. 174

⁷⁴ Botschaft vom 21. September 2007 zum UNO-Übereinkommen gegen Korruption, BBl 2007 7349

geltende schweizerische Recht entspricht dem Inhalt des eher unverbindlich formulierten Artikel 33⁷⁵.

In ihrem Beurteilungsbericht vom 24. Dezember 2004 zur Situation in der Schweiz empfahl die OECD-Arbeitsgruppe gegen Bestechung der Schweiz, Möglichkeiten zu prüfen, mit denen ein wirksamer Schutz für Personen gewährleistet werden kann, die mit den Justizbehörden zusammenarbeiten. Ein solcher Schutz soll insbesondere für Arbeitnehmer garantiert werden, die in redlicher Absicht einen Korruptionsverdacht mitteilen. Damit sollen diese Personen veranlasst werden, entsprechende Missstände ohne Angst vor Vergeltungsmassnahmen – wie beispielsweise der Kündigung – zu melden⁷⁶. In ihrem Folgebericht zur Umsetzung der Empfehlungen bezüglich der Phase 2 vom 2. Mai 2007 hielt die Arbeitsgruppe unter Bezugnahme auf die laufenden Arbeiten im Zusammenhang mit der Motion Gysin fest, dass ihre Empfehlung teilweise umgesetzt wurde⁷⁷.

Im Rahmen des Europarates wies die GRECO in ihrem Beurteilungsbericht über die Schweiz vom 4. April 2008 ebenfalls darauf hin, dass der Erlass einer Gesetzgebung zum Schutz der Hinweisgeber von Korruption dazu beitragen könnte, dass in der Schweiz Korruptionsfälle sowohl im öffentlichen als auch im privaten Sektor eher aufgedeckt würden. In diesem Zusammenhang wäre ein Schutz vor jeglicher Form von Vergeltungsmassnahmen wünschenswert. Deshalb empfiehlt die GRECO der Schweiz, einen gesetzlichen Rahmen einzuführen, mit dem die Hinweisgeber von vermuteten Korruptionsfällen wirksam geschützt werden können⁷⁸. Die Schweiz muss diese Empfehlung bis 31. Oktober 2009 umsetzen. Am 3. September 2008 entschied der Bundesrat über das weitere Vorgehen im Zusammenhang mit den Empfehlungen der GRECO. Dazu gehört unter anderem die Vernehmlassung zum vorliegenden Entwurf. Im Übrigen hat das EJPD diese Empfehlungen den Kantonen zur Prüfung zugesandt.

In der Rechtssache Guja gegen Moldawien⁷⁹ befasste sich der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte mit der Frage der Meldung von Missständen im Zusammenhang mit der Meinungsäusserungsfreiheit. Der Gerichtshof befand, dass die freie Meinungsäusserung auch die Weitergabe von Informationen umfasst und sich auch auf das berufliche Umfeld erstreckt (Ziff. 51 und 52). Kein Problem stellte die gesetzliche Grundlage und das öffentliche Interesse im Zusammenhang mit der Vertraulichkeit und der Geheimhaltungspflicht dar. Was die Verhältnismässigkeit betrifft, wurde eine Abwägung zwischen den Interessen des – in diesem Fall öffentlichen – Arbeitgebers und dem allgemeinen Interesse an der Weitergabe solcher Informationen vorgenommen (Ziff. 69 ff.). So kann ein überwiegendes öffentliches Interesse der Geheimhaltungspflicht vorgehen. Doch im Verhältnis zu einer entsprechenden Meldung an den Arbeitgeber oder an die zuständige Behörde muss die Benachrichtigung der Öffentlichkeit einen subsidiären Charakter haben (Ziff. 73 und 74). Zu berücksichtigen sind auch die Genauigkeit der Information und die Beweggründe des Arbeitnehmers (Ziff. 75 und 77).

⁷⁵ *Ibid*, Ziff. 2.3.2.7

⁷⁶ Ziff. 146, Bst. c

⁷⁷ Ziff. 8

⁷⁸ Ziff. 156, ii

⁷⁹ Urteil vom 12. Februar 2008, Antrag Nr. 14277/04

1.6.2 Verhältnis zum europäischen Recht

Die arbeitsrechtlichen Vorschriften der Europäischen Union enthalten keine Regeln zur Meldung von Missständen. Insbesondere untersagt die Richtlinie 2000/78/EG vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf⁸⁰ nur die Diskriminierung wegen der Religion, der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (Art. 1) und bezieht sich nicht auf Vergeltungsmassnahmen.

1.6.3 Rechtsvergleich

Vereinigte Staaten

Der *Whistleblower Protection Act* (WPA) von 1989⁸¹ schützt öffentliche Angestellte der Bundesbehörden, die Missstände melden, und beschränkt sich nicht auf eine Kategorie von Missständen. Der private Sektor verfügt auf bundesrechtlicher Ebene über keinen allgemeinen Schutz. Hingegen wird er durch zahlreiche sektorielle Gesetze abgedeckt. Das wichtigste ist das 2002 erlassene *Sarbanes-Oxley-Gesetz* (SOX)⁸². Es deckt jene Unternehmen ab, die den Abschnitten 12 und 15d des *Securities Exchange Act* von 1934⁸³ unterstehen, d. h. die meisten Publikumsgesellschaften⁸⁴. Das Gesetz ist auf die Meldung von strafbaren Handlungen im Bank- und Finanzsektor sowie von Handlungen ausgerichtet, die die Interessen der Aktionäre schädigen können. Die sektoriiellen Gesetze auf Bundes- und Regionalebene betreffen verschiedene Bereiche wie zum Beispiel die Gesundheit und die Sicherheit der Arbeitnehmer, die nukleare Sicherheit und das Umweltrecht.⁸⁵ Kürzlich wurde im Bereich der Sicherheit von Konsumgütern eine Schutzbestimmung für Arbeitnehmermeldungen eingeführt⁸⁶. Bestehen keine Rechtsvorschriften, können die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze herangezogen werden.

Im amerikanischen Arbeitsrecht gilt die sogenannte *at-will*-Doktrin oder Freiheit der grundlosen Kündigung. Diese Freiheit wird durch Ausnahmen eingeschränkt, die von der Rechtsprechung entwickelt wurden. So hat das oberste Gericht von Kalifornien 1959 für ein privatrechtliches Arbeitsverhältnis eine sogenannte Ausnahme der öffentlichen Ordnung (*public policy*) zugelassen, gemäss der die Rechtmässigkeit einer Kündigung oder einer Vergeltungsmassnahme im Hinblick auf das öffentliche Interesse oder das Gemeinwohl gewürdigt werden kann⁸⁷. Über vierzig Bundesstaaten lassen diese Ausnahme heute zu, und die meisten anerkennen die Meldung von Missständen als Anwendungsfall. Je nach Bundesstaat gelten

⁸⁰ ABl. vom 2.12.2000, L 303/16

⁸¹ Siehe 5 USC § 1213 und 5 USC 2302, b, 8

⁸² Section 806, 18 USC § 1514A

⁸³ 18 USC § 1514A, a

⁸⁴ Siehe Stephen M. Kohn / Michael D. Kohn / David K. Colapinto, *Whistleblower Law - A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*, 2004, S. 70.

⁸⁵ Siehe zum Beispiel OSHA Fact Sheet unter http://www.osha.gov/OshDoc/data_WhistleblowerFacts/whistleblower_protections-general.pdf, die Gesetze im Zuständigkeitsbereich der Occupational Security and Health Administration (OSHA).

⁸⁶ Section 219, Consumer Product Safety Improvement Act, H.R. 4040 und S. 2663, unterzeichnet vom Präsidenten am 14. August 2008.

⁸⁷ *Petermann v. International Brotherhood of Teamsters*, 174 Cal. App. 2d 184 (1959)

unterschiedliche Bedingungen für die Meldung von Missständen. In den meisten Bundesstaaten kann sich die Meldung auf strafbare oder gesetzwidrige Handlungen beziehen. Auch die direkte Meldung an die Behörden ist zulässig, und die Inkenntnissetzung der Medien ist nicht ausgeschlossen. Eine Kündigung oder Vergeltungsmassnahme gegen Hinweisgeber gilt in den meisten Bundesstaaten als strafbare Handlung. Sie gibt somit Anlass zur Leistung von Strafschadenersatz⁸⁸.

Die verschiedenen Spezialgesetze sehen unterschiedliche Schutzbedingungen und Anfechtungsverfahren vor. In der Regel erfassen sie jedoch jegliche Vergeltungsmassnahmen, lassen die externe Meldung von Missständen zu und gewährleisten die Wiedereinstellung⁸⁹. Wir beschränken uns hier auf den *Whistleblower Protection Act (WPA)* und das *Sarbanes-Oxley-Gesetz*.

Der Geltungsbereich des WPA⁹⁰ ist sehr weit gefasst. Das Gesetz gilt für alle Arbeitnehmer, ehemaligen Arbeitnehmer und Stellenbewerber. Ausgenommen sind die Dienststellen im Bereich der inneren Sicherheit und des Nachrichtendienstes⁹¹. Die Meldung muss sich auf einen Gesetzesverstoss, auf offensichtliche Misswirtschaft, einen erheblichen Mittelverlust, einen Machtmissbrauch oder eine erhebliche und spezifische Gefahr für die Gesundheit oder die öffentliche Sicherheit beziehen.⁹² Das Gesetz umfasst absichtlich «jede Meldung» (*any disclosure*)⁹³. Der Adressat der Meldung ist nur im Zusammenhang mit vertraulichen Informationen genauer festgelegt, die die Landesverteidigung oder die auswärtigen Angelegenheiten betreffen⁹⁴. Der Arbeitnehmer muss angemessen glaubhaft machen können (*reasonable belief*), dass die Handlung begangen wurde.

Eine Vergeltungsmassnahme im Anschluss an die Meldung von Missständen stellt eine Diskriminierung dar. Darunter fallen alle Massnahmen, die die Arbeitsbedingungen des Arbeitnehmers verändern⁹⁵, wie zum Beispiel eine Beförderung, eine Versetzung, eine Neuzuteilung, eine Leistungsbeurteilung oder das Vorschreiben eines psychiatrischen Tests. An den Beweis des Kausalzusammenhangs zwischen der Vergeltungsmassnahme und der Meldung von Missständen werden keine strengen Anforderungen gestellt. Der Ausdruck *as a reprisal for* wurde durch *because of* ersetzt, um den ursprünglich geforderten Beweis für die Absicht der Vergeltungsmassnahmen aufzuheben⁹⁶. Die Meldung muss ein Faktor sein, der zur Vergeltungsmassnahme beigetragen hat, ob in überwiegendem Ausmass oder nicht⁹⁷. Früher musste der Beweis erbracht werden, dass die Meldung der überwiegende Faktor war. Der Arbeitgeber hingegen muss zu seiner Entlastung eindeutig und überzeugend nachweisen (*clear and convincing evidence*), dass er auch ohne Arbeitnehmermeldung gleich gehandelt hätte.

⁸⁸ Siehe zur Rechtsprechung: Graser, Daniela, Whistleblowing: Arbeitnehmeranzeigen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main 2000, S. 47 ff.

⁸⁹ Siehe OSHA Factsheet (Fussnote 85) und Graser (Fussnote 88), S. 76, 79-80, 83

⁹⁰ Für eine umfassendere Darstellung siehe: CRS Report for Congress, L. Paige Whitaker, The Whistleblower Protection Act: An Overview, 12. März 2007, RL 33918, abrufbar unter <http://openocrs.com/document/RL33918>

⁹¹ 5 USC § 2302, a, 2, C

⁹² 5 USC § 1213, a, 1

⁹³ L. Paige Whitaker (Fussnote 90), S. 3-4

⁹⁴ 5 USC § 2302, b, 8, A und B

⁹⁵ 5 USC § 2302, a, 2, A

⁹⁶ L. Paige Whitaker (Fussnote 90), S. 7

⁹⁷ L. Paige Whitaker (Fussnote 90), S. 11

Das Verfahren zur Anfechtung einer gegen einen Arbeitnehmer gerichteten Massnahme ist festgelegt. In den meisten Fällen kann sich der Arbeitnehmer nur an eine Verwaltungsbehörde (OSC, Office of Special Counsel) wenden, die den Auftrag hat, Beschwerden im Zusammenhang mit *prohibited personnel practices* (diskriminierende Handlungen gegen das Personal) in der Bundesverwaltung entgegenzunehmen und zu untersuchen⁹⁸. In einem zweiten Schritt kann die Angelegenheit vom OSC oder vom Arbeitnehmer dem *Merits Systems Protection Board* (MSPB) vorgelegt werden, das über Sachentscheidungsbefugnis verfügt. Es besteht auch die Möglichkeit, die Aussetzung der strittigen Handlung während des Verfahrens zu verhängen⁹⁹. In einigen Fällen kann der Arbeitnehmer direkt an das MSPB gelangen¹⁰⁰. Er kann auch die in einem Gesamtarbeitsvertrag vorgesehenen Schiedsverfahren in Anspruch nehmen.

Abschnitt 806 des *Sarbanes-Oxley-Gesetzes* gewährt bei der Meldung von Missständen einen umfangreichen Schutz. Der Arbeitnehmer muss angemessen glaubhaft machen können, dass die Handlung begangen wurde, ohne dass er sie jedoch beweisen muss. Er bleibt geschützt, selbst wenn die betreffende Person in einem späteren Verfahren für unschuldig erklärt wird. Die Meldung kann unterschiedslos an eine Bundesbehörde mit Verordnungs- oder Exekutivbefugnis, ein Kongressmitglied oder einen Kongressausschuss, an den eigenen Vorgesetzten oder an ein Organ im Unternehmen gerichtet werden, das den Auftrag hat, Missständen nachzugehen¹⁰¹. Es muss somit nicht das interne Meldesystem nach Abschnitt 301 des Gesetzes genutzt werden, damit die Meldung geschützt ist. Die Rechtsprechung zu anderen Gesetzen, von der das *Sarbanes-Oxley-Gesetz* offensichtlich nicht abweichen will, lässt es auch zu, dass sich der Hinweisgeber an die Medien, an Nichtregierungsorganisationen oder an die Gewerkschaften wendet¹⁰². Als untersagte Vergeltungsmassnahmen gelten alle diskriminierenden Handlungen, die sich auf die Anstellungsbedingungen des Arbeitnehmers auswirken. Dieser muss beweisen, dass die Meldung ein Faktor war, der zur diskriminierenden Handlung beigetragen hat, allerdings nicht zwangsläufig in überwiegendem Ausmass. Je nach Stadium des Verfahrens sind die Beweisanforderungen unterschiedlich: In der ersten Eingabe an den Secretary of Labor muss aufgezeigt werden, dass wahrscheinlich ein Zusammenhang zwischen der Meldung des Missstands und der Vergeltungsmassnahme besteht (es genügt z. B. eine zeitliche Nähe zwischen den beiden Ereignissen)¹⁰³. Wird die Angelegenheit dem Verwaltungsgericht vorgelegt, muss der Arbeitnehmer beweisen, dass dieser Zusammenhang mit hoher Wahrscheinlichkeit besteht, wobei der Indizienbeweis zulässig ist¹⁰⁴. Der Arbeitgeber kann sich in jedem Stadium entlasten, indem er beweist, dass er die Massnahme auch dann getroffen hätte, wenn keine Meldung erfolgt wäre. Dabei gelten jedoch strenge Beweisanforderungen.

⁹⁸ 5 USC 1212, a, 2

⁹⁹ 5 USC § 1214 b, 1, A

¹⁰⁰ L. Paige Whitaker (Fussnote 90), S. 8

¹⁰¹ 18 USC 1504a, a, 1

¹⁰² Stephen M. Kohn / Michael D. Kohn / David K. Colapinto, *Whistleblower Law - A Guide to Legal Protections for Corporate Employees*, 2004, S. 87-88 und zitierte Rechtsprechung

¹⁰³ § 1980.104, *Procedures for the Handling of Discrimination Complaints under Section 806 of the Corporate and Criminal Fraud Accountability Act of 2002, Title VIII of the Sarbanes-Oxley Act of 2002*, Fed. Register 68:31859-31868

¹⁰⁴ *Ibid.*, § 1980.109

Der Arbeitnehmer kann eine Vergeltungsmassnahme beim *Secretary of Labor* (SOL) anfechten¹⁰⁵. Erlässt dieser nicht innerhalb von 180 Tagen eine abschliessende Verfügung, kann der Arbeitnehmer die Angelegenheit dem Gericht vorlegen, das erneut urteilen kann¹⁰⁶. Die Verfügung des SOL kann an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden. Auch gegen dessen Entscheid kann Berufung eingelegt werden.

Das *Sarbanes-Oxley-Gesetz* ist darauf ausgerichtet, die Situation vor der beanstandeten Handlung wiederherzustellen¹⁰⁷. Es sieht deshalb gegebenenfalls die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers vor. Zudem sieht es die Begleichung der Lohnrückstände und eines allfälligen Schadenersatzes vor. Überdies sind schwere strafrechtliche Sanktionen vorgesehen. Zum einen wurde der Tatbestand der Behinderung eines Gerichtsverfahrens angepasst und erfasst nun jegliche Vergeltungsmassnahmen, insbesondere im Rahmen der Berufstätigkeit, gegen eine Person, die eine Exekutivbehörde von einer Behinderung des Bundesrechts in Kenntnis gesetzt hat.¹⁰⁸ Es kann eine Busse oder eine Gefängnisstrafe von bis zu zehn Jahren verhängt werden. Zum anderen wird ein Verstoß gegen das *Sarbanes-Oxley-Gesetz* einem Verstoß gegen den *Securities Exchange Act* von 1934¹⁰⁹ gleichgestellt, der schwere Strafen vorsieht. Die *Securities and Exchange Commission* (SEC) kann somit ihre Untersuchungsbefugnisse ausüben.

Vereinigtes Königreich

Das Vereinigte Königreich hat das Recht zur Meldung von Missständen für den privaten Sektor und den öffentlichen Dienst umfassend im *Public Interest Disclosure Act 1998* (PIDA)¹¹⁰ geregelt, der seit dem 2. Juli 1999 in Kraft ist. Dieses Gesetz wurde nach mehreren Katastrophen verabschiedet, die auf Sicherheitsmängel zurückzuführen waren. Dem Personal waren diese Mängel zwar bekannt, doch es meldete sie nicht, da es Vergeltungsmassnahmen befürchtete. Das Gesetz stützt sich auf eine umfangreiche Rechtsprechung zur Vertraulichkeit und zum öffentlichen Interesse. Die Bestimmungen wurden in Teil IV A (Protected disclosures) des englischen Arbeitsgesetzes (*Employment Rights Act 1996; ERA*)¹¹¹ aufgenommen.

In Artikel 43B PIDA sind die Handlungen festgelegt, die gemeldet werden können: strafbare Handlung, Verletzung einer gesetzlichen Verpflichtung, Justizirrtum, Gefährdung der Gesundheit oder Sicherheit einer Person, erfolgte oder drohende Schädigung der Umwelt, Verheimlichung einer Information in Bezug auf die vorgängig beschriebenen Handlungen. Der Arbeitnehmer muss angemessen glaubhaft machen können, dass diese Handlungen erfolgt sind. Die Meldung ist nicht geschützt, wenn die gemeldeten Missstände dem Berufsgeheimnis unterstehen und der Arbeitnehmer im Hinblick auf eine rechtliche Beratung davon Kenntnis erhält.

In Artikel 43C bis 43G PIDA sind die möglichen Adressaten einer Meldung festgelegt, die gutgläubig erfolgen muss. In den Artikel 43C bis 43F sind die

¹⁰⁵ 18 USC 1504a, b, 1, A

¹⁰⁶ 18 USC 1504a, b, 1, B

¹⁰⁷ 18 USC 1504a, c, 1

¹⁰⁸ 18 USC 1513e

¹⁰⁹ Sarbanes-Oxley Act, Sec. 3, b, 1

¹¹⁰ 1998 Chapter 23

¹¹¹ 1996 Chapter 18

Personen aufgeführt, die ohne zusätzliche Bedingungen von den Missständen in Kenntnis gesetzt werden dürfen: der Arbeitgeber, eine Stelle, die der Arbeitgeber zu diesem Zweck eingesetzt hat, oder eine Person, die für den betreffenden Bereich zuständig ist (Art. 43C), ein Rechtsberater bei der Einholung von Rechtsauskünften (Art. 40D), ein Minister, falls der Arbeitgeber von diesem ernannt wurde (Art. 43E). Eine direkte externe Meldung ist nur bei jenen Personen möglich, die in einer entsprechenden Verordnung für einen bestimmten Bereich bezeichnet wurden (Art. 40F).

Artikel 43G regelt die Meldung an andere Personen, d. h. an nicht bezeichnete Behörden oder an Dritte. Für diesen Fall sind zusätzliche Bedingungen vorgesehen. Sie betreffen zunächst den Hinweisgeber: Er muss die Richtigkeit der gemeldeten Informationen angemessen glaubhaft machen können und darf keinen persönlichen Vorteil anstreben. Die Meldung bei anderen Adressaten ist sodann möglich, wenn bereits eine Meldung nach den Artikel 40C bis 40F erfolgt ist oder wenn die Meldung beim Arbeitgeber mit Nachteilen verbunden ist (Vergeltungsmassnahmen, Vernichtung von Beweisen). Auch wenn diese Bedingungen erfüllt sind, ist die Meldung nicht automatisch zulässig. Sie muss angesichts der Umstände des jeweiligen Einzelfalls angemessen sein: Person, die in Kenntnis gesetzt wird, Schweregrad der angezeigten Missstände, Verletzung einer Geheimhaltungspflicht des Arbeitgebers, Massnahmen, die der Arbeitgeber nach einer ersten Meldung getroffen hat oder die ihm zumutbar gewesen wären, allfällige Inanspruchnahme eines vom Arbeitgeber bereitgestellten Verfahrens.

Artikel 43H regelt die Meldung von gravierenden Missständen. Diese können jedermann angezeigt werden, falls die Meldung in Anbetracht der gewählten Person und der anderen Umstände des Einzelfalls als angemessen betrachtet werden kann. Der Arbeitnehmer muss zudem gutgläubig sein und angemessen glaubhaft machen können, dass die Information der Wahrheit entspricht, und er darf nicht aus persönlichem Interesse handeln.

Bestimmungen, die das Recht auf die Meldung von Missständen einschränken oder ausschliessen, sind nichtig (Art. 43J).

Ein Arbeitnehmer, der eine rechtmässige Meldung vornimmt, ist vor jeder Diskriminierung seitens des Arbeitgebers geschützt (Art. 47B). Er hat Anspruch auf eine angemessene Entschädigung unter Berücksichtigung des erlittenen Schadens (Art. 48 und 49).

Eine Kündigung wegen einer rechtmässigen Meldung von Missständen gilt als missbräuchlich im Sinne des *Employment Rights Act 1996* (Art. 103A). Das englische Recht ahndet eine missbräuchliche Kündigung durch die Wiedereinstellung am gleichen Arbeitsplatz, das Angebot einer vergleichbaren Beschäftigung oder andernfalls durch eine Entschädigung (Art. 112). Die Wiedereinstellung oder die Anstellung an einem vergleichbaren Arbeitsplatz werden nach Ermessen des Gerichts ausgesprochen, wenn der Arbeitnehmer dies wünscht und entsprechend der Machbarkeit für den Arbeitgeber und einem allfälligen Mitverschulden des Arbeitnehmers (Art. 116). Wird eine Wiedereinstellung verhängt, kann sie nicht zwangsvollstreckt werden (siehe unten). Der Arbeitgeber, der sich nicht an das Urteil hält, muss Strafschadenersatz leisten (Art. 117).

Im Fall einer missbräuchlichen Kündigung wegen der Meldung von Missständen ist der *interim relief* anwendbar (Art. 128). Dabei handelt es sich um ein Verfahren mit vorsorglichen Massnahmen, das auf einer Prima-facie-Prüfung des Falls beruht. Das

Gericht kann je nach Fall die Wiedereinstellung, die Zuweisung eines vergleichbaren Arbeitsplatzes oder die Weiterführung des Vertrags bis zum Abschluss des Prozesses anordnen. Die Weiterführung des Vertrags bezieht sich nur auf die finanziellen Vertragsansprüche. Das englische Recht kennt keine Zwangsvollstreckung für nicht finanzielle Verpflichtungen. Dabei handelt es sich um einen allgemeinen Common-Law-Grundsatz. Somit kann das Gericht die Wiederaufnahme der Arbeit durch den Arbeitnehmer nicht erzwingen, da das Arbeitsverhältnis als höchstpersönliches Verhältnis betrachtet wird¹¹².

Kanada

Kanada hat am 25. November 2005 ein Gesetz zum Schutz von Beamten erlassen, die Missstände melden¹¹³. Dieses Gesetz schützt die Beamten vor Vergeltungsmassnahmen im Anschluss an die Meldung von Missständen. Es bezieht sich auf alle Gesetzesverstöße, auf eine Gefährdung des Lebens, der Sicherheit oder der Umwelt, auf die missbräuchliche Verwendung von öffentlichen Mitteln oder Gütern sowie auf schwere Fälle von Misswirtschaft (Art. 8). Die interne Meldung hat Vorrang (Art. 12 bis 14), doch subsidiär ist die öffentliche Aufdeckung ausdrücklich vorgesehen (Art. 16). Jegliche Vergeltungsmassnahmen sind untersagt (Art. 19).

Am 29. März 2004 wurde zudem ein neuer Artikel 425.1 in das kanadische Strafgesetzbuch¹¹⁴ aufgenommen: Der Arbeitgeber muss mit einer Gefängnisstrafe von bis zu fünf Jahren rechnen, wenn er einen Arbeitnehmer bestraft, der eine Handlung, die seines Erachtens einem Bundes- oder Provinzgesetz zuwiderläuft, einer mit dem Vollzug des betreffenden Gesetzes beauftragten Behörde gemeldet hat oder zu melden beabsichtigt.

Im Übrigen¹¹⁵ hat die Rechtsprechung die Meldung von Missständen als im öffentlichen Interesse stehende Ausnahme von der Treuepflicht zugelassen. Allerdings beschränkt sich die Meldung auf schwere Verfehlungen, und die interne Meldung steht im Vordergrund. Auch in Spezialgesetzen, die sich auf den Umweltschutz oder die Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz beziehen, ist ein Schutz vorgesehen.

Frankreich

Ausser im Bereich der Korruption verfügt Frankreich über keine Spezialvorschriften zur Meldung von Missständen. Nach Artikel L. 1161-1 des *Code du travail*, der mit dem Gesetz Nr. 2007-1598 vom 13. November 2007 über die Bekämpfung der Korruption¹¹⁶ eingeführt wurde, ist jede Kündigung oder diskriminierende Handlung gegenüber einem Arbeitnehmer nichtig, der seinem Arbeitgeber oder den Gerichts- oder Verwaltungsbehörden gutgläubig Korruptionshandlungen gemeldet

¹¹² Siehe dazu Lang, Anna-Naomi, Arbeitsrechtliche Kündigungsschutzsysteme und ihre Sanktionen - Ein Vergleich des englischen, deutschen und schweizerischen Rechts, Dissertation, Basel 2004, S. 178-179

¹¹³ Gazette du Canada, Partie III, 25. Januar 2006, Vol. 28, n° 5; Partie II, 4. April 2007, Vol. 141, n° 7

¹¹⁴ Lois du Canada, 2004, chapitre 3

¹¹⁵ Siehe Johansen, David, Projet de loi S-6: Loi sur la dénonciation dans la fonction publique, LS-430F, Contexte, let. B, abrufbar unter <http://www.parl.gc.ca/LEGISINFO/index.asp?Language=F&query=3121&Session=11&List=ls>

¹¹⁶ JORF Nr. 264 vom 14. November 2007, S. 18648

oder bezeugt hat, von denen er bei der Ausübung seiner Tätigkeit Kenntnis erhielt. Der Arbeitnehmer muss nur die Tatsachen beweisen, die darauf schliessen lassen, dass er Korruptionshandlungen gemeldet oder bezeugt hat. Was eine allgemeine Regelung anbelangt, wird in einem Expertenbericht vom November 2006, der dem Arbeitsminister eingereicht wurde, davon ausgegangen, dass das französische Arbeitsrecht in diesem Bereich zwar ergänzt werden könnte, dass dies jedoch nicht dringlich sei¹¹⁷.

Die Bedingungen der Arbeitnehmermeldung sowie die Sanktionen für allfällige Vergeltungsmassnahmen bestimmen sich nach den allgemeinen Regeln des Arbeitsrechts. Die Bedingungen wurden vom Kassationshof festgelegt, der das Vorliegen eines schweren Verschuldens prüfte, das eine fristlose Kündigung rechtfertigt¹¹⁸.

Die Meldung bei den Behörden ist grundsätzlich zulässig, ohne dass zuvor der Arbeitgeber in Kenntnis gesetzt werden muss. Die Meldung muss der Wahrheit entsprechen, und der Arbeitnehmer darf nicht leichtfertig oder bösgläubig gehandelt haben. Die Meldung muss somit gutgläubig erfolgen, ohne dass bewiesen werden muss, dass die angezeigten Tatsachen in Wirklichkeit bestehen.

So hat der Kassationshof entschieden, dass ein Arbeitnehmer nicht an sich eine Verfehlung begeht, wenn er dem Arbeitsinspektorat ihm abnormal erscheinende Tatsachen meldet, unabhängig davon, ob diese strafrechtlich relevant sind oder nicht. Keine Verfehlung begeht auch der Betreuer, der strafrechtlich relevante Tatsachen meldet, denen die Bewohner des Heims ausgesetzt gewesen sein sollen. Die Meldung von rassistischen Äusserungen des Personalleiters an die Vorgesetzten stellt ebenfalls keine Verfehlung dar, wenn sie in den Rahmen der Tätigkeit des Arbeitnehmers fällt.

In bestimmten Fällen sieht das französische Recht vor, dass eine Kündigung von Rechts wegen nichtig ist: diskriminierende Kündigung (Art. L 1132-1 bis 1132-4), Kündigung wegen einer Diskriminierungsklage des Arbeitnehmers (Art. L1134-4), Kündigung im Fall von sexueller Belästigung (Art. L 1153-1 bis 1153-3) oder von Mobbing (Art. L 1152-1 bis 1152-3). Die Meldung von Diskriminierung, sexueller Belästigung oder Mobbing ist ebenfalls eingeschlossen (Art. L 1132-3, 1152-2 und 1153-3). Was für die Kündigung gilt, trifft auch für alle Vergeltungsmassnahmen zu, die als diskriminierend eingestuft werden.

Eine ordentliche (und mehr noch eine fristlose) Kündigung, die nicht durch einen tatsächlichen und ernsthaften Grund gerechtfertigt ist, gilt als missbräuchlich. Das Gericht kann in diesem Fall die Wiedereinstellung des Arbeitnehmers im Unternehmen vorschlagen (Art. L 1235-3). Lehnt dies eine der Parteien ab, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von mindestens sechs Monatslöhnen (*ibid.*). Die fristlose Kündigung ohne Vorliegen einer schweren Verfehlung gibt Anspruch auf eine besondere Entschädigung (Art. L 1234-5). Nach zwei Dienstjahren gibt jede Kündigung Anspruch auf eine Kündigungsentschädigung, sofern keine schwere Verfehlung begangen wurde (Art. L 1234-9). Diese Kündigungsentschädigung entspricht bei einer Kündigung aus

¹¹⁷ Chartes d'éthique, alerte professionnelle et droit du travail français: état des lieux et perspectives, Bericht von Paul-Henri Antonmattei und Philippe Vivien, S. 27-29

¹¹⁸ Cour de Cassation, Chambre sociale: Pourvoi n° 05-41504, 8. November 2006, Bull. 2006 N° 331, S. 321; Pourvoi n° 04-41075, 12. Juli 2006, Bull. 2006 N° 245, S. 232; Pourvoi n° 97-43268, 14. März 2000, Bull. 2000 V N° 104, S. 81.

persönlichen Gründen 20% des Monatslohns pro Dienstjahr und ab dem zehnten Jahr rund 33% des Monatslohns (Art. R 1234-2).

Da die Meldung von Missständen als solche keine Verfehlung darstellt, ermöglicht somit die Kündigung, die missbräuchlich ist, die Wiedereinstellung oder gibt andernfalls Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von mindestens sechs Monatslöhnen. Im Fall der Meldung von Diskriminierung, sexueller Belästigung oder Mobbing ist die Kündigung oder jede andere Massnahme von Rechts wegen nichtig.

Deutschland

Im deutschen Arbeitsrecht besteht keine Spezialregelung zur Meldung von Missständen. Es gelangen die allgemeinen arbeitsrechtlichen Regeln zur Anwendung. Zurzeit wird geprüft, ob die Grundsätze der Rechtsprechung in einer Sonderregelung kodifiziert werden sollen¹¹⁹.

In den Urteilen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 2. Juli 2001 sowie des Bundesarbeitsgerichts (BAG) vom 3. Juli 2003 und vom 7. Dezember 2006¹²⁰ wurden die Regeln dargelegt, die im Fall der Meldung von strafbaren Handlungen anwendbar sind.

So untersteht der Arbeitnehmer einer Treue- und Schweigepflicht. Diese findet ihre Grenzen in der Ausübung der verfassungsmässigen Rechte. Eine Privatperson, die diese ausübt, darf dafür nicht zivilrechtlichen Sanktionen ausgesetzt werden. Die Meldung von strafbaren Handlungen an die Behörden durch den Arbeitnehmer fällt in den Bereich der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit (Art. 20 Abs. 3 GG). Der Arbeitgeber kann die Wirtschaftsfreiheit nutzen. Es steht ihm frei, mit den Arbeitnehmern zusammenzuarbeiten, die im Interesse seines Unternehmens handeln. Auch sein Interesse, im Unternehmen begangene unerlaubte Handlungen geheim zu halten, ist geschützt.

Die Meldung von strafbaren Handlungen durch den Arbeitnehmer muss verhältnismässig sein. Es sind die folgenden Indizien in Erwägung zu ziehen: Stichhaltigkeit der Meldung, Begründung des Arbeitnehmers und vorgängige betriebsinterne Meldung. So ist eine Meldung nicht geschützt, wenn der Arbeitnehmer leichtfertig oder absichtlich falsche Tatsachen meldet oder wenn seine Absicht darin besteht, sich an seinem Arbeitgeber zu rächen oder diesem zu schaden. Eine vorgängige Meldung an den Arbeitgeber ist nicht systematisch zu verlangen. Ihre Notwendigkeit muss in jedem Einzelfall abgeklärt werden. So ist keine vorgängige interne Meldung erforderlich, wenn sich der Arbeitnehmer selbst einer mit Strafe bedrohten Handlung schuldig machen würde, wenn der Missstand gravierend ist, wenn der Arbeitgeber selbst am Missstand beteiligt ist oder wenn vernünftigerweise keine Reaktion zu erwarten ist.

Entspricht eine Meldung von Missständen diesen Bedingungen, zieht sie keine Verletzung der Vertragspflichten nach sich. In diesem Fall ist eine fristlose

¹¹⁹ OECD, Deutschland: Phase 2, Rapport de suivi sur la mise en œuvre des recommandations au titre de la phase 2 sur l'application de la convention et de la recommandation de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, genehmigt am 8. Dezember 2005.

¹²⁰ 1 BvR 2049/00 bzw. 2 AZR 235/02 und 2 AZR 400/05

Kündigung nach Artikel 626 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB)¹²¹ unwirksam. Auch eine ordentliche Kündigung ist im Sinne von Artikel 1 Absatz 2 des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG)¹²² sozial ungerechtfertigt, da sie nicht durch Gründe bedingt ist, die im Verhalten des Arbeitnehmers liegen. Eine ungerechtfertigte Kündigung ist rechtsunwirksam (Art. 1 Abs. 1 KSchG). Der Arbeitnehmer muss innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung handeln (Art. 4 KSchG). In den ersten sechs Monaten des Arbeitsverhältnisses ist das KSchG nicht anwendbar (Art. 1 Abs. 1 KSchG). Auch auf Betriebe mit weniger als fünf Arbeitnehmern ist es nicht anwendbar (Art. 23 Abs. 1 1. Satz KSchG). Ausserhalb des KSchG besteht ein minimaler Kündigungsschutz auf der Grundlage von Artikel 138 BGB (gute Sitten) und Artikel 242 BGB (Treu und Glauben).

Das Gericht entscheidet nicht auf Nichtigkeit, wenn keine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zu erwarten ist (Art. 9 Abs. 1 KSchG). In diesem Fall wird dem Arbeitnehmer eine Abfindung ausgerichtet (*ibid*). Diese Abfindung kann bis zwölf Monatslöhne (Art. 10 Abs. 1 KSchG) oder gar 15 (über 50-jähriger Arbeitnehmer mit 15 Dienstjahren) oder 18 Monatslöhne (55 Jahre, 20 Dienstjahre) betragen. Dem Antrag auf Wiedereinstellung des Arbeitnehmers während des Gerichtsverfahrens wird nicht vor dem erstinstanzlichen Entscheid stattgegeben, sofern die Kündigung nicht offensichtlich ungerechtfertigt ist¹²³. Nach der ersten Instanz wird auf Wiedereinstellung erkannt, wenn der Entscheid zugunsten des Arbeitnehmers ausgefallen ist.

Niederlande¹²⁴

In Artikel 162 des Strafgesetzbuchs ist eine Meldepflicht für die öffentlichen Angestellten vorgesehen. Im Personalgesetz der Zentralregierung und der Lokalregierungen ist ein Verfahren für die Meldung von Handlungen festgehalten, die gegen ethische Grundsätze verstossen. Personen, die gutgläubig auf dieses Verfahren zurückgreifen (und nicht selbst in den betreffenden Korruptionsfall verwickelt sind), sind vor jeglicher Diskriminierung geschützt.

Die Angestellten des privaten Sektors sind auf der Grundlage der Artikel 7-611 des niederländischen Zivilgesetzbuchs geschützt. Die gutgläubige Meldung eines Missstands (insbesondere entsprechend dem vom Unternehmen eingeführten Verfahren) stellt keine Verletzung von vertraglichen Verpflichtungen dar. Gemäss dem Good-Governance-Gesetz, das seit Dezember 2003 in Kraft ist, müssen die Unternehmen interne Meldungen vorsehen. Sie müssen Berichte über die Anwendung dieses Gesetzes einreichen und gegebenenfalls erklären, aus welchen Gründen sie bestimmte Vorschriften nicht eingehalten haben.

¹²¹ Gemäss Publikation vom 2. Januar 2002, BGBI. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738

¹²² Gemäss Publikation vom 25. August 1969, BGBI I S. 1317

¹²³ BAG, Beschluss vom 27.2.1985, GS 1/84

¹²⁴ OECD, The Netherlands: phase 2, Report on the application of the convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions and the 1997 recommendation on combating bribery in international business transactions, Juni 2006, <http://www.oecd.org/dataoecd/63/9/37031820.pdf>, S. 17-18

1.7 Anwendung

Der vorliegende Entwurf erfordert keine besonderen Ausführungsbestimmungen. Es wird Sache der Gerichte sein, die vorgeschlagenen Bestimmungen bei Rechtsstreitigkeiten anzuwenden und sie zu konkretisieren.

1.8 Abschreibung parlamentarischer Vorstösse

Mit dem vorliegenden Entwurf erfüllt der Bundesrat den Auftrag, der ihm vom Parlament mit der Verabschiedung der Motion Gysin (03.3212) erteilt wurde. Damit kann diese Motion gemäss Artikel 122 Absatz 2 ParlG abgeschlossen werden. Erfüllt wird mit dieser Vorlage auch das Postulat Marty (03.3344).

2 Kommentar

Art. 321a^{bis}

In Artikel 321a^{bis} E-OR werden die Voraussetzungen des Melderechts definiert. Dieser Artikel konkretisiert die in Artikel 321a Absatz 1 OR festgehaltene Treuepflicht und legt die Grenzen für die in Artikel 321a Absatz 4 OR vorgesehene Geheimhaltungspflicht fest. Die Bestimmung baut auf den Kriterien des überwiegenden Interesses und der Verhältnismässigkeit auf, wie sie bisher von der Rechtsprechung entwickelt worden sind.

Sie formalisiert das bei einer Meldung einzuschlagende Verfahren, womit andere Vorgehensweisen als mit der Treuepflicht und der Geheimhaltungspflicht unvereinbar erklärt werden. Die Bestimmung gilt indessen bloss für das Melderecht. Es besteht darin, dass dem Arbeitgeber oder der zuständigen Behörde bzw. der Öffentlichkeit ein Missstand zur Kenntnis gebracht wird. Insbesondere die Befragung einer Person zur Klärung des festgestellten Sachverhalts ist nicht mit einer Meldung von Missständen gleichzusetzen. Ein Arbeitnehmer, der einen Missstand feststellt, ist berechtigt, sich über den entsprechenden Sachverhalt zu informieren, bevor er den Arbeitgeber oder die zuständige Behörde auf den Missstand hinweist. Zu beachten sind aber auch in diesem Fall die Treuepflicht und die Pflicht zur Geheimhaltung. In diesem Sinn ist auch die Kontaktnahme mit einer Person oder Organisation, die entsprechende Auskünfte – insbesondere rechtlicher Art – geben kann, nicht verboten. Umgekehrt ist die Kontaktaufnahme mit einem Arbeitskollegen nicht in jedem Fall zulässig.

In Absatz 1 wird die organisationsinterne Meldung geregelt. Wenn der Arbeitgeber in einer Treu und Glauben entsprechenden Art und Weise auf Missstände hingewiesen wird, verstösst diese Meldung nicht gegen die Treuepflicht. In Absatz 1 sowie in Absatz 2 und Absatz 3 ist auch festgehalten, dass internen gegenüber externen Meldungen Priorität einzuräumen ist. Eine sich aus der Treuepflicht ergebende Pflicht zur Meldung wird dadurch nicht in Frage gestellt. Festgelegt wird sie weiterhin nach Artikel 321a Absatz 1 OR oder auf der Grundlage des Strafrechts, sofern eine Garantenstellung vorliegt.

Der Begriff Arbeitgeber ist in diesem Zusammenhang von zentraler Bedeutung, da er massgebend für die Frage ist, ob die Meldung eines Missstands ohne Einhaltung

des Dienstweges erfolgen darf. Unter dem Begriff Arbeitgeber ist jede Stelle zu verstehen, die berechtigt ist, sich mit dem angezeigten Fall zu befassen. Dabei kann es sich um die Unternehmensleitung oder um eine Stelle handeln, welche die Aufgabe hat, die Rechtmässigkeit der Aktivitäten des Unternehmens zu überprüfen. Das Erwähnen von Missständen gegenüber Arbeitskollegen oder bekannten Personen, die anderen Unternehmenseinheiten angehören, welche vom betreffenden Sachverhalt nicht betroffen sind, ist dagegen mit der Geheimhaltungspflicht nicht vereinbar. Wenn der Arbeitgeber für die Entgegennahme von Meldungen ausdrücklich eine Stelle oder ein Verfahren festlegt, ist dies das massgebende Vorgehen. Vom entsprechenden Verfahren darf nur unter besonderen Umständen abgewichen werden (beispielsweise wenn die zuständige Person selbst in den angezeigten Sachverhalt verwickelt ist).

Als Missstand gilt jeder Sachverhalt, der im Widerspruch zu einer Verpflichtung des Unternehmens oder seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter steht, unabhängig davon, ob diese Verpflichtung dem öffentlichen Interesse oder privaten Interessen dient. Dabei geht es in erster Linie um strafbare Handlungen. Ein Arbeitnehmer, der einen Korruptionsfall oder eine Verletzung von Sicherheitsvorschriften feststellt, kann seinen Arbeitgeber davon in Kenntnis setzen. Dabei kann es beispielsweise auch um vertragliche Verpflichtungen des Arbeitgebers gegenüber seinen Kunden gehen. Zu berücksichtigen sind auch Rechte und Pflichten, die sich aus den Arbeitsverhältnissen selber ergeben. Ein Arbeitnehmer darf den Arbeitgeber auf einen Fall von Mobbing oder auf die Beeinträchtigung der Gesundheit des Personals hinweisen, ohne dass ihm eine Verletzung der Treuepflicht vorgeworfen werden kann.

Die Meldung kann auch ein Verhalten betreffen, das bloss aus der Sicht einer ordnungsgemässen Geschäftstätigkeit oder der Öffentlichkeit als Missstand erscheint, ohne dass damit gegen eine spezifische gesetzliche Regel verstossen würde. So kann Meldung von einer nicht ordnungsgemässen Geschäftsführung oder einer Beeinträchtigung der Umwelt gemacht werden, ohne dass das betreffende Verhalten mit Strafe bedroht wäre. Vorausgesetzt ist bloss, dass das gemeldete Verhalten in Treu und Glauben als Missstand erscheint und dass es abgestellt oder geändert werden muss.

Auch die Meldung selber muss in Treu und Glauben erfolgen. Diese Bedingung entspricht der Voraussetzung, wie sie auch im Zusammenhang mit einer missbräuchlichen Kündigung nach Artikel 336 Absatz 1 Buchstabe d OR gilt. Sie bedeutet, dass der Arbeitnehmer nicht die Gewissheit vom vergangenen oder noch andauernden Missstand haben muss. Es müssen lediglich objektive Gründe vorliegen, die ihn dies glauben lassen. Wenn beispielsweise eine zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführte Überprüfung oder ein entsprechendes Verfahren zur Erkenntnis führt, dass keine strafbare Handlung begangen wurde, wird dadurch die Berechtigung der Meldung nicht beeinträchtigt. Die persönlichen Beweggründe des Arbeitnehmers sind in diesem Zusammenhang nicht massgebend. Wenn sich bestätigt, dass ein Missstand zu bejahen ist, der überdies schwer wiegt, hängt das Interesse an einer Meldung nicht vom Beweggrund des Arbeitnehmers ab. Vorbehalten bleibt der Rechtsmissbrauch.

In Absatz 2 wird die externe Meldung bei der zuständigen Behörde geregelt. Es wird klar festgehalten, dass diese grundsätzlich subsidiär zur internen Meldung zu erfolgen hat. Diese Bestimmung entspricht dem von der heutigen Rechtsprechung verlangten Verhältnismässigkeitsprinzip.

Die externe Meldung ist auf jene Fälle beschränkt, in denen öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen. Ein öffentliches Interesse ist zwangsläufig gegeben, wenn eine Behörde besteht, die für die Entgegennahme von Meldungen eingerichtet wurde. Diese Voraussetzung ist jedoch auch in jenen Fällen von Bedeutung, in denen die Öffentlichkeit involviert ist. Wo es hingegen ausschliesslich um private Interessen geht, darf ein entsprechender Missstand nicht extern gemeldet werden. So sind beispielsweise von der Verletzung vertraglicher Verpflichtungen ausschliesslich die Kunden des Arbeitgebers betroffen. Entsprechende Verfehlungen dürfen daher nicht öffentlich angezeigt werden. Eine andere Ausgangslage liegt indessen vor, wenn sich Verträge auf Interessen der Allgemeinheit beziehen oder wo es um strafbare Handlungen geht.

Es ist nicht nötig, dass sich das öffentliche Interesse in einer gesetzlichen Regelung niedergeschlagen hat. Es muss sich aber um einen Missstand handeln, der aufgrund von Treu und Glauben für die Allgemeinheit als schädlich angesehen wird. Aufgabe der Praxis wird es sein, diese Voraussetzung zu konkretisieren. Eine Begrenzung auf Gesetzesverstösse hätte willkürliche Unterscheidungen zur Folge, indem der Schutz beispielsweise davon abhinge, wann die neuen Gesetzesbestimmungen in Kraft getreten sind.

Absatz 2 enthält eine abschliessende Liste der Fälle, in denen eine externe Meldung erlaubt ist. Diese Fälle sind damit klar festgelegt. Was die Handhabung dieser Bestimmung anbelangt, muss es in erster Linie immer um die Beendigung oder die Sanktionierung des Missstands gehen. Auch die Meldung des Missstands an die zuständige Behörde muss eine notwendige Massnahme sein, um dieses Ziel zu erreichen.

In Buchstabe a wird davon ausgegangen, dass die Meldung des Missstands beim Arbeitgeber bereits erfolgt ist. Dieser muss innert einer angemessenen Frist wirksame Massnahmen ergreifen. Er muss die Sachlage abklären und eruieren, ob ein Missstand vorliegt oder nicht. Falls es erforderlich ist, muss auch die zuständige Behörde in Kenntnis gesetzt werden. Die wirksamen Massnahmen und die angemessene Frist müssen in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung des gemeldeten Missstands und der verfügbaren Mittel festgelegt werden. Es kann nicht systematisch die Einrichtung einer Stelle für die Entgegennahme von Meldungen und eines internen Verfahrens verlangt werden, um daran die angemessene Zeit für eine Reaktion zu messen. Umgekehrt kann, auch wenn eine solche Stelle und ein internes Verfahren eingerichtet wurden, die externe Meldung von Missständen nicht in allen Fällen ausgeschlossen werden. Die interne Stelle für die Entgegennahme von Meldungen muss effizient funktionieren. Eine externe Meldung von Missständen kann auch mit einem übermässig langen Verfahren gerechtfertigt werden.

In den Buchstaben b bis d sind jene Fälle vorgesehen, in denen eine direkte Meldung von Missständen bei der zuständigen Behörde gestattet ist. Eine interne Meldung muss aufgrund von objektiven Voraussetzungen nutzlos sein oder in keinem angemessenen Verhältnis zum Interesse stehen, den Missstand aufzudecken.

Die Bestimmung in Buchstabe b ist eine logische Folge der Bestimmung in Buchstabe a. Wenn aufgrund von besonderen Umständen davon ausgegangen werden kann, dass die interne Meldung eines Missstands nicht innert angemessener Frist wirksame Massnahmen zur Folge haben wird, muss eine externe Meldung bei der zuständigen Behörde zulässig sein. In diesem Zusammenhang sind die folgenden

Beispiele denkbar: Der Arbeitgeber ist selbst in den Missstand involviert, oder er hat Kenntnis vom betreffenden Fall und nichts unternommen, oder er hat bereits in der Vergangenheit bei anderen Meldungen eines Missstands keine wirksamen Massnahmen ergriffen. Wenn eine Stelle für die Meldung von Missständen und ein internes Meldeverfahren bestehen, sind direkte externe Meldungen nicht ausgeschlossen. Bei einer solchen Ausgangslage können derartige Meldungen jedoch nur unter restriktiven Voraussetzungen zugelassen werden. So muss offensichtlich sein, dass das interne Verfahren unwirksam ist. Die Bestimmung in Buchstabe c gehört zur Bestimmung in Buchstabe b und betrifft den besonderen Fall, dass eine spätere Aufdeckung des Missstands durch entsprechende Massnahmen verhindert werden könnte. Eine solche Ausgangslage ist beispielsweise gegeben, wenn die Gefahr besteht, dass Beweismittel vernichtet werden. Die Bestimmung in Buchstabe d ist für Krisensituationen vorgesehen. In solchen Extremfällen ist in der Tat eine rasche Reaktion erforderlich. Dabei kann es sich um sehr schwerwiegende strafbare Handlungen oder um Situationen handeln, in denen Menschenleben gefährdet sind. Wenn die Voraussetzungen von Buchstabe c und d erfüllt sind, nachdem eine interne Meldung gemacht worden ist, kann der Arbeitnehmer eine externe Meldung machen, ohne dass die Voraussetzungen von Buchstabe a erneut erfüllt werden müssen.

Der Arbeitnehmer muss sich an die zuständige Behörde wenden. Dieser Begriff ist weit auszulegen. Wird die Meldung eines Missstands irrtümlich bei der falschen Behörde vorgenommen, hat dies keine Konsequenzen. Eine Inkennnisssetzung aller möglichen Behörden, die mit dem betreffenden Sachverhalt überhaupt nichts zu tun haben, ist indessen unverhältnismässig.

In Absatz 3 ist die Benachrichtigung der Öffentlichkeit geregelt. Entsprechend dem Auftrag der Motion Gysin (Ziff. 1) darf sich der Arbeitnehmer nur als *ultima ratio* an die Öffentlichkeit wenden. Die Meldung des Missstands bei der zuständigen Behörde gemäss Absatz 2 muss ergebnislos verlaufen sein. Wie der Arbeitgeber muss auch die zuständige Behörde nicht innert angemessener Frist wirksame Massnahmen ergriffen haben. Die Anwendung der Rechtsvorschrift muss sich auch in diesem Fall am öffentlichen Interesse orientieren, dass Missstände sanktioniert oder verhindert werden. In absolut aussergewöhnlichen Fällen ist auch eine direkte Benachrichtigung der Öffentlichkeit erlaubt. Zunächst muss die interne Meldung gemäss Absatz 2 Buchstabe a bis d ausgeschlossen sein. Ausserdem muss eine Meldung an die zuständige Behörde eindeutig nutzlos sein. Gemäss Absatz 3 müssen besondere Umstände vorliegen, die darauf hindeuten, dass die zuständige Behörde nichts unternehmen wird. Diese Ausgangslage unterscheidet sich von der Situation, die für Absatz 2 Buchstabe b massgebend ist. Während der Arbeitgeber unter Umständen in den gemeldeten Missstand verwickelt ist, besteht für die zuständige Behörde abgesehen von ganz ausserordentlichen Umständen kein Grund, nichts zu unternehmen.

Die Mittel, auf die für eine Meldung in der Öffentlichkeit zurückzugreifen ist, werden im Entwurf nicht festgelegt. Nicht jede Form der Verbreitung von Nachrichten ist erlaubt. Zu berücksichtigen ist immer auch der mit dem Gang an die Öffentlichkeit verbundene Zweck. Er muss als *ultima ratio* dienen, um dem öffentlichen Interesse zum Durchbruch zu verhelfen. Was das Vorgehen für die Inkennnisssetzung der Öffentlichkeit anbelangt, sind in Absatz 3 als Beispiele für die benutzten Informationskanäle die Medien und Organisationen erwähnt, die sich mit entsprechenden Missständen befassen. Bei den letzteren handelt es sich

beispielsweise um Umweltschutzorganisationen, Konsumentenschutzorganisationen oder Gewerkschaften. Nicht an die Öffentlichkeit wendet sich hingegen, wer Bekannte auf Missstände am Arbeitsplatz hinweist. Die Vereinbarkeit dieses Verhaltens mit der Treuepflicht misst sich an der allgemeinen Regel von Artikel 321a OR.

Gemäss Absatz 4 bleiben Bestimmungen über das Berufsgeheimnis sowie Bestimmungen in Spezialgesetzen vorbehalten. Aus den oben dargelegten Gründen (siehe Kap. 1.4) untersteht das Berufsgeheimnis nicht den Vorschriften zur Meldung von Missständen. Die Spezialgesetze können von den Bestimmungen im Obligationenrecht abweichen, die für alle Arbeitsverhältnisse gelten.

Art. 336 Abs. 2 Bst. d

In dieser Bestimmung ist festgelegt, dass eine Kündigung, die im Anschluss an die Meldung eines Missstands gemäss Artikel 321a^{bis} E-OR ausgesprochen wird, missbräuchlich ist. Wie oben dargelegt wurde (Kap. 1.2.5), gilt die in Artikel 336a OR vorgesehene Sanktion auch in diesem Fall.

Die Konkretisierung der Treuepflicht tangiert auch die Anwendung von Artikel 337 ff. OR bei einer fristlosen Kündigung. Die derzeitige Praxis gilt in diesem Zusammenhang in gleicher Weise (Kap. 1.1.3.3). Da die Meldung eines Missstands gemäss Artikel 321a^{bis} E-OR keine Vertragsverletzung darstellt, ist eine fristlose Kündigung in diesen Fällen nicht gerechtfertigt. Umgekehrt stellt nicht jegliche Verletzung von Artikel 321a^{bis} E-OR einen wichtigen Grund dar.

Art. 362 Abs. 1

Artikel 321a^{bis} Absätze 2 und 3 E-OR werden der Liste der Bestimmungen des relativ zwingenden Rechts hinzugefügt. Während die interne Meldung von Missständen und die entsprechenden Modalitäten letztlich zur internen Organisation des Unternehmens gehören, geht es bei der externen Meldung von Missständen um das öffentliche Interesse. Externe Meldungen müssen deshalb zu Bedingungen vorgenommen werden können, die im Gesetz festgelegt sind. Das Interesse an der Meldung von Missständen darf nicht Gegenstand einer unterschiedlichen Beurteilung sein, die vom Willen der Parteien abhängt. Im Gesetz können Ausnahmen von den allgemeinen Regeln vorgesehen werden. So bleiben gemäss Artikel 321a^{bis} Absatz 4 E-OR Bestimmungen über das Berufsgeheimnis sowie Bestimmungen in Spezialgesetzen vorbehalten.

3 Auswirkungen

Der vorliegende Entwurf bezieht sich auf den privaten Sektor. Für den Bund, die Kantone und die Gemeinden hat er keine erkennbaren Auswirkungen.

Die Auswirkungen auf die Wirtschaft lassen sich nicht beziffern. Missstände, insbesondere Korruptionshandlungen, können Wettbewerbsverzerrungen und eine schlechte Allokation von Ressourcen zur Folge haben. Eine vermehrte Aufdeckung von Missständen wirkt sich daher positiv auf die Wirtschaft aus. Der vorliegende Entwurf sieht keine Verpflichtung zur Einrichtung eines internen Meldeverfahrens vor. Diesbezüglich hat er somit für die Unternehmen keine zusätzlichen Kosten zur Folge.

4 Zusammenhang mit der Legislaturplanung und dem Finanzplan

Die Botschaft über die Teilrevision des Obligationenrechts betreffend Kündigungsschutz von Hinweisgebern ist in der Legislaturplanung 2007 bis 2011 vorgesehen¹²⁵. Die Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens ist in den Zielen 2008 des Bundesrates enthalten.

5 Rechtliche Aspekte

5.1 Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit

Auf der Grundlage von Artikel 110 BV kann der Bund Vorschriften zum Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erlassen. Die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Zivilrechts beruht auf Artikel 122 BV. Der vorliegende Entwurf enthält nur privatrechtliche Vorschriften.

5.2 Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz

Der vorliegende Entwurf ist mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz vereinbar. Er entspricht insbesondere den Empfehlungen im Zusammenhang mit der Umsetzung von internationalen Instrumenten im Bereich der Korruptionsbekämpfung (siehe oben Kap. 1.6.1). Er ist auch mit der betreffenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vereinbar (siehe oben Kap. 1.6.2).

5.3 Form des vorgesehenen Erlasses

Das Obligationenrecht wird durch den Erlass eines Bundesgesetzes geändert.

5.4 Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen

Der vorliegende Entwurf erfordert keine Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen. Die Gesetzesänderungen können vollständig im Obligationenrecht vorgenommen werden.

¹²⁵ Botschaft vom 23. Januar 2008 zur Legislaturplanung 2007 bis 2011, BBl 2008 753, 818

Inhaltsverzeichnis

1 Erläuterung der Thematik	2
1.1 Hintergrund	2
1.1.1 Problematik	2
1.1.2 Motion Gysin (03.3212) Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption	4
1.1.3 Geltendes Recht	5
1.1.3.1 Interne Meldeverfahren	5
1.1.3.2 Pflicht und Recht zur Meldung von Missständen	6
1.1.3.3 Schutz vor Vergeltungsmassnahmen	11
1.1.4 Lücken im geltenden Recht und Regelungsbedarf	14
1.1.4.1 Meldepflicht	14
1.1.4.2 Voraussetzungen des Melderechts	14
1.1.4.3 Sanktionen gegen Vergeltungsmassnahmen	16
1.2 Geprüfte Lösungen	17
1.2.1 Verpflichtung zu internen Meldeverfahren	17
1.2.2 Spezialgesetz	17
1.2.3 Regelung für die öffentlichen Angestellten des Bundes und der Kantone	18
1.2.4 Meldepflicht im privaten und im öffentlichen Sektor	20
1.2.5 Strengere Sanktionen bei missbräuchlichen und ungerechtfertigten Kündigungen	20
1.2.6 Sanktionierung von anderen Vergeltungsmassnahmen	23
1.3 Vorgeschlagene Änderungen	23
1.3.1 Änderung des Obligationenrechts	23
1.3.2 Öffentliche Angestellte des Bundes	24
1.4 Begründung und Beurteilung der vorgeschlagenen Lösung	25
1.5 Korrelation zwischen den Aufgaben und den finanziellen Mitteln	27
1.6 Internationales Recht, Verhältnis zum europäischen Recht und Rechtsvergleichung	27
1.6.1 Internationales Recht	27
1.6.2 Verhältnis zum europäischen Recht	29
1.6.3 Rechtsvergleich	29
1.7 Anwendung	38
1.8 Abschreibung parlamentarischer Vorstösse	38
2 Kommentar	38
3 Auswirkungen	42
4 Zusammenhang mit der Legislaturplanung und dem Finanzplan	43
5 Rechtliche Aspekte	43
5.1 Verfassungsmässigkeit und Gesetzmässigkeit	43
5.2 Vereinbarkeit mit den internationalen Verpflichtungen der Schweiz	43
5.3 Form des vorgesehenen Erlasses	43
5.4 Übertragung von Gesetzgebungskompetenzen	43

