

Bundesamt für Justiz
Direktionsbereich Privatrecht
Bundesrain 20
3003 Bern

Bern, 14. Januar 2010

Vernehmlassungsantwort Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung)

Sehr geehrte Damen und Herren

Whistleblowing ist das geeignetste Instrument zur Bekämpfung von Wirtschaftskriminalität, Geldwäscherei und Korruption.

Die Schweiz hat ihr Engagement im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität mit dem Beitritt zu verschiedenen multilateralen Konventionen unterstrichen. Aus Sicht von Transparency International Schweiz (TI Schweiz) ist der Schutz von Whistleblowern, wie ihn die Motion Gysin vorsieht, für eine effektive Umsetzung dieser Konventionen unumgänglich. Dies bedeutet, dass ein wirksamer Schutz sowohl das Recht auf eine angemessene Entschädigung bei einer missbräuchlicher Kündigung als auch das Recht auf Wiedereinstellung für den zu Unrecht entlassenen Hinweisgebenden zwingend voraussetzt.

Aus diesem Grund freuen wir uns, zur aktuellen Vorlage Stellung zu beziehen. TI Schweiz begrüsst, dass die Sanktionen bei missbräuchlicher Kündigung nochmals genauer geprüft wurden und die Vorlage einen umfassenderen Kündigungsschutz beinhaltet. Dennoch möchten wir darauf hinweisen, dass aus Sicht von TI Schweiz das Recht auf Wiedereinstellung genauso zu einem wirksamen Schutz von meldenden Personen gehört wie eine erhöhte Entschädigung.

Wir bitten Sie deshalb, unsere nachfolgende Stellungnahme zur Kenntnis zu nehmen und entsprechend zu berücksichtigen.

Mit freundlichen Grüssen



Anne Schwöbel
Geschäftsführerin
Transparency International Schweiz



Prof. Dr. Mark Pieth
Professor für Strafrecht und Kriminologie an der
Universität Basel
Präsident des Basel Institute on Governance

Vernehmlassungsantwort von TI Schweiz zum laufenden Vernehmlassungsverfahren

Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung

1. Einleitung

Transparency International Schweiz (TI Schweiz) begrüsst, dass fast alle Kantone, fast alle Parteien und einige Wirtschaftsverbände den Bedarf einer gesetzlichen Regelung zum Schutz von Arbeitnehmenden bei Meldungen von Missständen am Arbeitsplatz anerkennen. Indem eine Meldung von Missständen nach Art. 321^{abis} E-OR neu explizit als missbräuchlicher Kündigungsgrund nach Art. 336 Abs. 2 lit. d OR aufgeführt wird, geniessen nun Hinweisgebende in öffentlichrechtlicher Anstellung einen umfassenderen Kündigungsschutz. Erfreulich ist ausserdem, dass vom Bundesrat anerkannt wird, dass die momentanen Sanktionen bei missbräuchlichen Entlassungen von Arbeitnehmenden in privatrechtlicher Anstellung unzureichend sind.

Ganz im Sinne des ursprünglichen Gedankens, den Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz zu erhöhen, bezieht sich die vorliegende Stellungnahme auf den Kündigungsschutz von (privatrechtlich angestellten) Hinweisgebenden. Auf den Kündigungsschutz von Gewerkschaftern wird nicht eingegangen, da TI Schweiz den Schwerpunkt ihrer Arbeit auf die Korruptionsbekämpfung setzt.

Die Berücksichtigung und Aufnahme der nachfolgenden Punkte sind für die Ausarbeitung einer auch in der Praxis effektiven Gesetzesvorlage aus unserer Sicht unerlässlich.

2. Erhöhung der Entschädigung auf mindestens zwölf Monatslöhne

TI Schweiz begrüsst die Absicht des Bundesrates die Entschädigung von bislang maximal sechs Monatsgehältern zu erhöhen. Die im Vorentwurf vorgeschlagenen zwölf Monatslöhne (Art. 336a Abs. 2 E-OR) sind jedoch das absolute Minimum um in der Praxis einen effektiven Schutz der Hinweisgebenden vor missbräuchlicher Entlassung zu garantieren. Wer einerseits den Verlust der Arbeitsstelle, einen schlechten Ruf als Nestbeschmutzer sowie Schwierigkeiten eine neue Stelle zu finden und einen mehrjährigen Gerichtsprozess in Kauf nehmen muss, wird auch mit maximal einem Jahresgehalt nicht in jedem Fall angemessen entschädigt.

Als Beispiel kann der Fall des Angestellten einer Tessiner Bank genannt werden, welcher unlautere Machenschaften seines Vorgesetzten aufdeckte und deswegen entlassen wurde¹. Der missbräuchlich

¹ BGE 4A_2/2008.

entlassene Bankier musste während des über drei Jahre dauernden Verfahrens die Kosten für seine Verteidigung selbst tragen und mit den Schwierigkeiten bei der Suche nach einem neuen Arbeitsplatz alleine fertig werden, um letztlich eine Entschädigung von CHF 30'000 zu erhalten, die für die Bank keine grossen Auswirkungen hatte².

Die Entschädigung für eine missbräuchliche und ungerechtfertigte Kündigung beinhaltet zwei Funktionen. Sie hat einen wiedergutzumachenden und einen bestrafenden Charakter³.

Die Wiedergutmachung betrifft die Beeinträchtigung, welche die Arbeitnehmenden erlitten haben. Diese hängt von der Dauer des Arbeitsverhältnisses, vom Alter der Arbeitnehmenden, von ihrer sozialen Lage und von den durch die Kündigung erlittenen wirtschaftlichen Nachteilen ab⁴. Vor allem die wirtschaftlichen Nachteile (bspw. Schwierigkeiten bei der Stellensuche und Verfahrenskosten) können für die Hinweisgebenden gravierende Folgen haben, die unter Umständen bedeutend höher liegen als ein Jahresgehalt. Ähnlich der Genugtuung ist die Wiedergutmachung auch dann geschuldet, wenn kein Schaden nachgewiesen ist⁵. Wenn aber die Wiedergutmachung den erlittenen wirtschaftlichen Schaden nicht deckt, können keine weiteren Schadenersatzansprüche aus dem Rechtstitel der missbräuchlichen Kündigung geltend gemacht werden⁶. Damit sich nach dem Ermessen des Richters die wirtschaftlichen Nachteile angemessen in der Entschädigung widerspiegeln, muss der Ermessensspielraum des Richters vergrössert werden. Es bedarf deshalb einer höheren maximalen Begrenzung der Entschädigung als zwölf Monatslöhne, um die unter Umständen grossen wirtschaftlichen Nachteile auszugleichen. Die Angst vor den wirtschaftlichen Folgen darf Hinweisgebende nicht davon abhalten, Missstände am Arbeitsplatz zu melden.

Die Entschädigung beinhaltet des Weiteren eine strafende Funktion, welche gleichzeitig auch eine abschreckende Wirkung haben soll. Dabei haben die gleichen Entschädigungen bei einem kleinen oder mittleren Unternehmen nicht die gleiche Wirkung wie bei einem Grossunternehmen. Zu Recht steht dem Richter deshalb ein weiter Ermessensspielraum zu, um die Höhe der Entschädigung festzulegen. Als massgebliches Kriterium gilt dabei unter anderem die Finanzkraft des Arbeitgebenden. Die im Vorentwurf festgelegte Begrenzung der Entschädigung auf maximal zwölf Monatsgehälter ist unter diesem Gesichtspunkt nicht angemessen. Im erläuternden Bericht wird ausdrücklich erwähnt, dass „krasse“ missbräuchliche Kündigungen mit hohen Sanktionen belegt werden müssen, damit die Wirkung der Sanktion strafend und abschreckend bleibt⁷. Entgegen dem Willen des Gesetzgebers können finanzstarke Unternehmen den Betrag von zwölf Monatsgehältern weiterhin aus der „Portokasse“ finanzieren. Die strafende und abschreckende Wirkung verblasst dadurch.

Das Risiko der Arbeitnehmenden bei einer missbräuchlichen Kündigung steht immer noch in keinem Verhältnis zum Risiko der Arbeitgebenden. Das Ziel muss sein, die missbräuchlich entlassenen Hinweisgebenden soweit schadlos zu halten, wie es dem Arbeitgebenden finanziell zuzumuten ist. Erst in diesem Fall ist aus Sicht von TI Schweiz eine abschreckende Wirkung vor missbräuchlicher Kündigung gegeben. Der Bundesrat selbst schlug in seinem Entwurf von 1984 zum allgemeinen Kündigungsschutz

² Kommentar von. CARRANZA/ Carlos Jaico und MICOTTI/Sébastien zum: Arrêt du Tribunal fédéral du 8 juillet 2008 (1ère Cour de droit civil), 4A_2/2008, in: AJP/PJA 2009, S. 115-117.

³ BGE 135 III 405, Erw. 3.1.

⁴ BGE 135 III 405, Erw. 3.1.

⁵ BGE 123 III 391, Erw. 3 c.

⁶ STAHELIN/Adrian, OR – Art. 336A : Der Arbeitsvertrag, Zürcher Kommentar, V2c, 3. Aufl., 1996.

⁷ Teilrevision des Obligationenrechts (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Erläuternder Bericht, September 2010, Kapitel 1.2.3 Höchstbetrag der Entschädigung, S. 19.

eine Höchstentschädigung von 36 Monatslöhnen vor⁸. TI Schweiz würde eine ähnlich hohe maximale Entschädigung für den Schutz von missbräuchlich entlassenen Hinweisgebenden in diesem Ausmass begrüssen.

3. Weitere Massnahmen zum Schutz von Whistleblowers

Wahlrecht auf Wiedereinstellung oder Entschädigung auch in privatrechtlicher Anstellung

Die Möglichkeit, eine missbräuchliche Kündigung anzufechten sowie das Recht auf Wiedereinstellung besteht bereits für das gesamte Schweizer Bundespersonal (Art 14 BPG). Auch den privatrechtlich angestellten Arbeitnehmenden soll grundsätzlich diese Wahl offen stehen. Der Gesetzesauftrag der Motion Gysin lautet unter Punkt 3 explizit, durch die OR Teilrevision eine Gleichbehandlung aller Hinweisgebenden in öffentlichrechtlicher und privatrechtlicher Anstellung zu erreichen. Hinweisgebenden in privatrechtlicher Anstellung bleibt dieser Schutz weiterhin verwehrt. Im vorliegenden Vorentwurf wurde diese Gleichbehandlung nicht erreicht und der Gesetzesauftrag der Motion Gysin damit nicht erfüllt.

Im erläuternden Bericht zur Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung) wird die Gültigkeit einer missbräuchlichen Kündigung nicht in Frage gestellt. Begründet wird dies damit, dass eine Aufrechterhaltung eines Arbeitsverhältnisses gegen den Willen einer Partei „kaum praktikabel“⁹ und „realitätsfremd“¹⁰ sei und eine genug hohe Entschädigung als abschreckende Wirkung ausreiche.

Für TI Schweiz ist es nicht vorstellbar, dass eine Wiedereinstellung in eine vergleichbare Position bei missbräuchlicher Entlassung von Hinweisgebenden für ein grösseres Unternehmen kaum praktikabel ist. Weiter zeigen auch das Bundespersonalgesetz, das Gleichstellungsgesetz und der Rechtsvergleich mit anderen Staaten auf, dass eine Wiedereinstellung der Realität entspricht.

Unter anderem Frankreich, Italien und Deutschland kennen ein Recht auf Wiedereinstellung der Arbeitnehmenden bei einer missbräuchlichen Kündigung. Die Wiedereinstellung wird sinnvollerweise von der Grösse des Betriebes und vom Willen der Arbeitnehmenden abhängig gemacht. Frankreichs Gesetz geht in Angelegenheiten der Korruption sogar noch weiter. Nach französischem Recht sind Kündigungen wegen gutgläubigen Meldungen von Korruptionsfällen von Gesetzes wegen nichtig.

Während der Kündigungsschutz in den genannten Ländern im Vergleich zur Schweiz stärker ausgebaut ist, kennen auch Staaten mit grundsätzlich schwächerem Kündigungsschutz wie Grossbritannien und die Vereinigten Staaten das Recht auf Wiedereinstellung bei missbräuchlich entlassenen Hinweisgebenden. Das Ziel in beiden Staaten ist es, die Hinweisgebenden bei gerechtfertigten Meldungen schadlos zu halten.

⁸ Siehe auch: Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Erläuternder Bericht, September 2010, *Kapitel 1.4.2 Besserer Kündigungsschutz*, S. 24.

⁹ Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Erläuternder Bericht, September 2010, *Kapitel 1.2.1 Überprüfung der Sanktionen nach geltendem Recht*, S. 16.

¹⁰ Teilrevision des Obligationenrechtes (Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung), Erläuternder Bericht, September 2010, *Kapitel 1.4.1 Beibehaltung der Prinzipien des positiven Rechts*, S. 23.

Der *Sarbanes Oxley Act*¹¹ für börsenkotierte Publikumsgesellschaften der Vereinigten Staaten aus dem Jahre 2002 zeigt auf, dass der verbesserte Schutz von Hinweisgebenden in privatrechtlicher Anstellung im Kampf gegen die Wirtschaftskriminalität notwendig ist. Die diskriminierten, resp. missbräuchlich entlassenen Hinweisgebenden haben nicht nur Anspruch auf die gleiche oder eine gleichwertige Stelle, sondern erhalten auch Lohnnachzahlungen für die Zeit seit der Entlassung und jegliche Gerichts- und Prozesskosten werden zurückerstattet¹².

Eine vorbildliche Regelung findet sich auch im Vereinigten Königreich. Grossbritannien hat das Recht zur Meldung von Missständen für den privaten Sektor und den öffentlichen Dienst umfassend im *Public Interest Disclosure Act 1998* (PIDA) geregelt, der seit 1999 in Kraft ist. Darin sind die Arbeitnehmenden, die eine rechtmässige Meldung vornehmen, vor jeder Diskriminierung seitens der Arbeitgebenden geschützt (*Section 47B*). Sie haben zusätzlich zur Wiedereinstellung Anspruch auf eine angemessene Entschädigung unter Berücksichtigung des erlittenen Schadens (*Section 48 und 49*).

Das öffentliche Interesse und der Schutz des Arbeitnehmenden gewichten in diesen Staaten schwerer als die missbräuchliche Abstützung auf die Vertrags- und Bindungsfreiheit. Ganz in diesem Sinne müssen auch die Hinweisgebenden in privatrechtlicher Anstellung in der Schweiz geschützt werden.

Schutz vor weiteren Repressalien wie Mobbing und Strafversetzung

Kündigung ist nicht die einzige Form von Repressalien, die gegen Hinweisgebende ausgeübt werden. Weitere Formen von Vergeltungsmassnahmen wie Mobbing, Zurückstufung in der Hierarchie oder Strafversetzung sind ebenfalls weit verbreitete Reaktionen, selbst auf gerechtfertigte Hinweise. Eine Norm, die Hinweisgebende vor Repressalien zu schützen beabsichtigt, sollte deshalb auch diese Formen von Vergeltungshandlungen berücksichtigen und unterbinden. Um einen wirklich umfassenden Schutz der Hinweisgebenden vor Vergeltungsmassnahmen zu erreichen, drängt sich eine Ergänzung von Art. 328 OR (Schutz der Persönlichkeit) auf. Ansonsten ist ein Schutz von geringfügigen Vergeltungsmassnahmen nicht gewährleistet. Art. 321a^{bis} E-OR ist folglich zu ergänzen und der folgende zusätzliche Absatz aufzunehmen:

„Den Arbeitnehmenden darf aufgrund einer gerechtfertigten internen oder externen Meldung keinerlei beruflicher Nachteil erwachsen.“

¹¹ *Public Law 107-204*, in Kraft seit dem 30 Juli 2002.

¹² *Sarbanes-Oxley Act*, 18 USC, § 1514A, c, 2, A, B, C.

4. Anträge von Transparency International Schweiz

Solange kein effektiver Schutz der Hinweisgebenden vor missbräuchlicher Entlassung vorliegt, werden Hinweisgebende nicht das Risiko eingehen, für eine gerechtfertigte Meldung missbräuchlich entlassen zu werden. Dies bedeutet weiterhin, dass die Dunkelziffer insbesondere im Bereich der Wirtschaftskriminalität ausserordentlich hoch bleiben wird, und die Durchsetzung der öffentlichen Interessen, um die es gemäss E-OR hauptsächlich geht, nur ungenügend erfolgen kann.

Aus diesem Grund stellt Transparency International Schweiz folgende Anträge:

- Eine missbräuchliche Kündigung aufgrund einer gerechtfertigten internen oder externen Meldung ist ungültig und anfechtbar.
- Der missbräuchlich entlassene Whistleblower hat wahlweise das Recht
 - auf Wiedereinstellung am gleichen Arbeitsplatz beziehungsweise auf eine vergleichbare Position beim gleichen Arbeitgeber oder
 - auf eine angemessene Entschädigung unter Berücksichtigung des erlittenen Schadens.
- Die maximal mögliche Entschädigung wird auf 36 Monatslöhne erhöht, um in speziell stossenden Fällen von missbräuchlicher Kündigung dem Richter einen angemessenen Ermessensspielraum zu gewähren.
- Den Arbeitnehmenden darf aufgrund einer gerechtfertigten internen oder externen Meldung keinerlei beruflicher Nachteil erwachsen. Hinweisgebende werden deshalb vor jeglicher Form von Diskriminierung geschützt, nicht nur vor Entlassung.