

Medienkonferenz vom 2. April 2012

Es gilt das gesprochene Wort

Gefährliche Förderung des «Whistleblowing»

Thomas Daum, Direktor Schweizerischer Arbeitgeberverband

Mit der «Causa Hildebrand» wurde auch das Thema «Whistleblowing» neu lanciert. Die Auseinandersetzungen über den Verrat und die Weitergabe von Kontodaten des SNB-Chefs mündeten rasch in eine allgemeine Diskussion über die Rechtfertigung des Bruchs gesetzlich oder vertraglich geschützter Geheimnisse. Wie schon nach der Verurteilung von zwei Mitarbeiterinnen der Stadt Zürich wegen einer Amtsgeheimnisverletzung ertönte weit herum der Ruf nach einem besseren rechtlichen Schutz von Arbeitnehmern, die Missstände aus ihrem Betrieb in die Öffentlichkeit tragen. Gegenüber der unkritischen Sympathie für diese «Aufklärer» sind jedoch aus Arbeitgebersicht grundsätzliche Bedenken anzumelden.

Eingriff in das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern

Den Verfechtern eines besonderen Schutzes für «Whistleblower» geht es nicht in erster Linie um den Arbeitnehmerschutz bei firmeninternen Meldungen. Sie wollen vielmehr das «Whistleblowing» fördern, weil sie darin ein Mittel sehen, um Verstösse gegen die Rechtsordnung oder auch nur so genannte «Missstände» mit Hilfe von Insidern bzw. von Geheimnisträgern öffentlich aufzudecken. Dieser Zweck soll die Mittel und damit auch den Geheimnisverrat der Arbeitnehmenden rechtfertigen. Demgegenüber ist zu betonen, dass der «Whistleblower» – abgesehen von der eventuellen Verletzung spezieller gesetzlicher Geheimhaltungspflichten – das Arbeitsverhältnis in einem Kernbereich angreift. Er zerstört das Vertrauen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, ohne welches eine gedeihliche Zusammenarbeit im Arbeitsverhältnis nicht möglich ist. Entsprechend seiner Bedeutung ist dieses Vertrauensverhältnis mit rechtlichen Verpflichtungen abgesichert. In Art. 328 OR statuiert der Gesetzgeber die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, und in Art. 321a OR auferlegt er dem Arbeitnehmer eine Treue- und Geheimhaltungspflicht. Die Vertrauenssphäre zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist also ein rechtlich geschütztes Gut, dessen Verletzung nur in gravierenden Ausnahmefällen durch das öffentliche Interesse an der Aufklärung von Rechtsverletzungen gerechtfertigt ist. Auf dieser Linie liegt auch die heutige Rechtsprechung des Bundesgerichts. Danach ist der Arbeitnehmer auch bei Verstössen gegen das Strafrecht an seine Geheimhaltungspflicht gebunden, sofern nicht ein höheres Interesse den Geheimnisbruch gebietet. Die Aufdeckung eines einfachen Missstands genügt jedenfalls nicht. Zudem verlangt das Bundesgericht vom Hinweisgeber, dass er sich zunächst an seinen Arbeitgeber, dann an die Behörden und nur im Extremfall an die Medien beziehungsweise an die Öffentlichkeit wendet.

Gegen die Funktionsteilung im Rechtsstaat

Für den Gang an die Medien sind die Hürden allerdings sehr hoch anzusetzen, weil hier der Eingriff in die geschützte Vertrauenssphäre des Arbeitsverhältnisses besonders schwer wiegt. Zudem unterspülen die Verfechter des einfachen, unqualifizierten «Whistleblowing» wichtige Errungenschaften des liberalen Rechtsstaates. Nach dessen Regeln obliegt die Durchsetzung des Zivilrechts den jeweiligen Rechtsträgern, während für die Verfolgung von eigentlichen Straftaten der Staat zuständig ist. Wenn wir diese fundamentale Funktionsteilung relativieren, dann geraten wir auf eine schiefe Bahn, die im Denunziantentum und in der Selbstjustiz enden kann. Der liberale Rechtsstaat unterscheidet auch klar zwischen der öffentlichen und der privaten Sphäre, in welche der Staat nur in klar definierten Ausnahmefällen eingreifen darf. Für die Arbeitgeber ist es deshalb nicht akzeptabel, dass ihre Mitarbei-

tenden für öffentliche Rechtsdurchsetzungs-Interessen instrumentalisiert werden. Sie wollen ihre Unternehmungen als Vertrauensgemeinschaften führen und die Arbeitnehmer nicht als Agenten des Staates oder eines willkürlich definierten gesellschaftlichen Interesses sehen.

Gefährliche «Anstiftung» der Arbeitnehmenden

Wenn man mit speziellen Schutzbestimmungen die Arbeitnehmenden zum «Whistleblowing» animiert, besteht die Gefahr, dass sie sich Urteile anmassen, die ihnen eigentlich nicht zustehen. Vielfach fehlen ihnen die genauen Sachverhaltskenntnisse und/oder die Fachkompetenz, um so genannt «auffällige» Vorgänge in einer Unternehmung richtig beurteilen zu können. Vieles, was in einer Unternehmung passiert, ist ohne detaillierte Kenntnis der Umstände und ohne einschlägige Handlungskompetenz bzw. Handlungsverantwortung nicht leicht als rechtmässig oder unrechtmässig qualifizierbar. Das Schadenpotenzial eines solchen unqualifizierten «Whistleblowing» dagegen ist gross und nach seiner Realisierung häufig nicht wieder gutzumachen. Dabei geht es nicht nur um die Reputations- oder materiellen Schäden der betroffenen Unternehmung. Gefährdet sind auch die Interessen von Mitarbeitenden und Kunden, wie gerade die eingangs zitierten Fälle Hildebrand und Sozialamt Zürich zeigen.

Das rechtmässige Verhalten der Unternehmungen ist Chefsache

Für das rechtmässige Handeln der Unternehmungen sind die Chefs verantwortlich. Dafür müssen sie zivilrechtlich und gegebenenfalls auch strafrechtlich geradestehen. Die Organisation der «Compliance» gehört zu den Kernaufgaben der Unternehmensführung und verlangt je nach Situation unterschiedliche Massnahmen. Vor allem in grossen Unternehmungen ist die Einrichtung von Meldeprozessen und unabhängigen Meldestellen ein gutes Instrument, um die Compliance zu gewährleisten. Das solchermassen organisierte und in die Unternehmenskultur integrierte «Whistleblowing» ist durchaus positiv zu bewerten. Es dient den Interessen der Unternehmungen. Und vor allem: Es spielt sich innerhalb der Vertrauenssphäre zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmenden ab. Damit unterscheidet es sich grundlegend vom Denunziantentum im gläsernen Arbeitsverhältnis, wie es mit einem speziellen gesetzlichen Schutz der «Whistleblower» gefördert würde.

Untauglicher Regelungsversuch

Die Fragwürdigkeit einer gesetzlichen Regelung des «Whistleblowing» zeigt der Entwurf für eine Teilrevision des Arbeitsvertragsrechts, den der Bundesrat 2009 unter dem Titel «Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz» in die Vernehmlassung gab. Danach soll u.a. Folgendes gelten:

Der Arbeitnehmer darf Missstände, die das öffentliche Interesse berühren, auch der zuständigen Behörde melden, sofern der Arbeitgeber nicht innert angemessener Frist wirksame Massnahmen dagegen ergreift oder aufgrund der Umstände anzunehmen ist, dass der Arbeitgeber keine wirksamen Massnahmen ergreifen wird, die Verfolgung der Taten andernfalls vereitelt werden könnte oder Gefahr im Verzug ist. Unternimmt die Behörde nicht innert angemessener Frist die nötigen Schritte, oder ist aufgrund der Umstände anzunehmen, dass sie nichts unternimmt, so kann der Arbeitnehmer auch die Öffentlichkeit über die Missstände informieren. Sofern ein Arbeitnehmer im Rahmen dieser Bestimmungen gehandelt hat, ist eine gegen ihn ausgesprochene Kündigung missbräuchlich.

Das ist eine gefährliche Einladung an die Arbeitnehmer zum «Whistleblowing».

- Die «Whistleblower» sollen entscheiden, ob ein relevanter, das öffentliche Interesse berührender Missstand vorliegt. Können sie das? Können sie mit hinreichender Sicherheit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht beurteilen, ob das Unternehmen bzw. dessen Mitarbeiter privat- oder öffentlich-rechtliche Pflichten verletzen und dadurch öffentliche Interessen tangiert sind? Lädt nicht der



offene Begriff des «Missstands» dazu ein, das individuelle Rechtsempfinden an die Stelle verbindlicher Rechtsnormen zu setzen?

- Die «Whistleblower» sollen weiter entscheiden, ob der Arbeitgeber innert angemessener Frist handelt und dabei wirksame Abhilfemassnahmen ergreift. Sollen sie also dem Arbeitgeber das Tempo seines Vorgehens diktieren können? Sollen sie den Handlungsverzicht eines Arbeitgebers, der seine Gründe aus Rücksicht auf berechnete Unternehmens- oder Dritt-Interessen nicht offen legen kann, mit dem Gang zur Behörde konterkarieren können?
- Die «Whistleblower» sollen entscheiden, ob ohne Gang zur Behörde die Verfolgung der Taten vereitelt werden könnte oder Gefahr im Verzug ist. Sind sie dazu mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in der Lage?
- Die «Whistleblower» sollen sogar entscheiden, ob die angerufene zuständige Behörde innert angemessener Frist die nötigen Schritte unternimmt und sie bei einer negativen Einschätzung die Öffentlichkeit informieren will. Wenn also zum Beispiel eine Staatsanwaltschaft aus rechtlichen Erwägungen, die der «Whistleblower» nicht versteht, auf die Eröffnung eines Verfahrens verzichtet, kann der «Whistleblower» die vorgeschlagene Schutzbestimmung als Einladung zum Gang an die Öffentlichkeit verstehen.

Spätestens beim letzten Punkt müssen die Alarmglocken läuten. Dem Arbeitnehmer wird eine Entscheidungsverantwortung zugemutet, die er nicht tragen kann. Mit einem Fehlentscheid gefährdet er seine Stelle und kann er vor allem Schaden stiften, der in manchen Fällen irreparabel ist.

Offenbar ist der zitierte Vorschlag des Bundesrates zurzeit auf Eis gelegt. Angesichts der aufgezeigten Problematik einer besonderen «Whistleblowing»-Regelung sollte er auch dort bleiben.