

## **Auszug aus dem Protokoll des Regierungsrates des Kantons Zürich**

Sitzung vom 18. März 2009

### **430. Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz; Vernehmlassung)**

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2008 eröffnete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) das Vernehmlassungsverfahren für eine Teilrevision des Obligationenrechts (OR; SR 220).

Gegenstand der vorliegenden Teilrevision des Obligationenrechts ist die Regelung der Voraussetzungen für eine rechtmässige Meldung von Missständen am Arbeitsplatz durch die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer. Der neue Art. 321a<sup>bis</sup> E-OR regelt die Reihenfolge der Adressaten der Meldung von Missständen und die jeweiligen Voraussetzungen. Die Meldung soll zuerst intern beim Arbeitgeber (Abs. 1) und erst an zweiter Stelle bei den zuständigen Behörden (Abs. 2) erfolgen; als letzte Massnahme kann die Öffentlichkeit informiert werden, namentlich über die Medien oder interessierte Organisationen (Abs. 3). Die interne Meldung gegenüber dem Arbeitgeber verstösst nicht gegen die Treuepflicht, wenn sie in Treu und Glauben erfolgt. Die externen Meldungen bei den zuständigen Behörden bzw. gegenüber der Öffentlichkeit sind dem Verhältnismässigkeitsprinzip entsprechend grundsätzlich subsidiär zur internen Meldung und auf jene Fälle beschränkt, in denen öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen. Die Fälle, in denen eine externe Meldung an die zuständigen Stellen zulässig ist, sind abschliessend aufgelistet (Abs. 2): Der Arbeitgeber ergreift innert angemessener Frist keine wirksamen Massnahmen gegen die Missstände oder aufgrund der Umstände ist anzunehmen, dass er keine wirksamen Massnahmen ergreifen wird, die Verfolgung der Taten könnte andernfalls vereitelt werden oder es ist Gefahr im Verzug. Nur als Ultima Ratio kann schliesslich die Öffentlichkeit informiert werden. Die Meldung bei der zuständigen Behörde muss ergebnislos verlaufen sein, indem diese nicht innert angemessener Frist die nötigen Massnahmen ergriffen hat. Eine direkte Benachrichtigung der Öffentlichkeit ist nur dann erlaubt, wenn die Meldung an die Behörde eindeutig nutzlos ist. Es müssen besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer anzunehmen ist, dass die Behörde nichts unternimmt. Die unter diesen Voraussetzungen erfolgten Meldungen von Missständen sind rechtmässig und stellen keine Verletzung der Treuepflicht dar. Die Bestimmungen über das Berufsgeheimnis sowie in Spezialgesetzen bleiben vorbehalten (Abs. 4).

Wird der oder dem Arbeitnehmenden gekündigt, weil er eine rechtmässige Meldung im Sinne von Art. 321a<sup>bis</sup> E-OR gemacht hat, so ist die Kündigung missbräuchlich. Art. 336 OR (Missbräuchliche Kündigung) wird unter Abs. 2 mit diesem Tatbestand ergänzt. Entsprechend gilt die Sanktion der missbräuchlichen Kündigung gemäss Art. 336 a OR (Entschädigung bis zu sechs Monatslöhnen).

Die neue Bestimmung über die Meldung von Missständen ist aus personalrechtlicher Sicht zu begrüssen. Zwar bildet für solche Meldungen bereits die Treuepflicht der oder des Arbeitnehmenden gemäss Art. 321a Abs. 1 OR die Grundlage. Mit der Normierung der Meldung wird jedoch der Rechtssicherheit ein Stück weit Rechnung getragen, indem die Treuepflicht konkretisiert und das Vorgehen in grundsätzlicher Weise festgelegt werden. Der Vorrang der internen Meldung wird zu Recht betont, und die einschränkenden abschliessenden Voraussetzungen für den Gang zu den zuständigen Behörden sind angemessen. Den direkten Weg an die Öffentlichkeit gilt es wenn immer möglich zu vermeiden; allerdings dürfte dieser Fall äusserst selten eintreffen, da für die zuständige Behörde kaum je ein Grund bestehen wird, nichts zu unternehmen.

Das kantonale Personalgesetz (LS 177.10; PG) sieht in § 18 Abs. 2 und 3 vor, dass die Kündigung durch den Staat nicht missbräuchlich im Sinne des OR sein darf und dass sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des OR über die missbräuchliche Kündigung bemisst. Damit verweist das PG auf Art. 336 und 336a OR, weshalb auch die neue Bestimmung über die Meldung von Missständen im kantonalen Personalrecht zu beachten wäre. Wie vorangehend erläutert, ist dies zu begrüssen. Die für die kantonalen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geltende Treuepflicht gemäss § 49 PG wird damit in vergleichbarer Weise wie im Privatrecht konkretisiert. Die Meldung von Missständen ist sodann kein neues Thema in der kantonalen Verwaltung. Der Regierungsrat hat sich im Frühjahr 2008 im Intranet der kantonalen Verwaltung zu den Themen Korruptionsbekämpfung und Whistleblowing geäussert und die kantonale Ombudsstelle als grundsätzlich erste Anlaufstelle für die kantonalen Mitarbeitenden bezeichnet. In seiner Beantwortung der Anfrage KR-Nr. 114/2008 betreffend Entlassung eines Whistleblowers an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften (ZHAW) in Winterthur hat der Regierungsrat bestätigt, dass die kantonale Ombudsperson in der Regel als erste Meldestelle für Korruptionsfälle am Arbeitsplatz gelte, sofern Meldungen an Vorgesetzte nichts bewirkten oder der Korruptionsverdacht sich gegen Vorgesetzte richte. Die Mitarbeitenden könnten sich aber stets allgemein direkt an die Ombudsperson wenden, und sollten dies auch tun in Zweifelsfällen und bei Unsicherheit über das Ausmass der vermuteten Korruption. Der Korruptionsbegriff werde weit gefasst; neben den Straftatbeständen der aktiven und passiven

Bestechung falle darunter auch nicht strafbares, jedoch unethisches Verhalten, mit dem jemand einen persönlichen Vorteil für sich oder andere aus seiner dienstlichen Stellung zu ziehen versuche und damit das Vertrauen des Arbeitgebers missbrauche. Gleichzeitig hat der Regierungsrat festgehalten, dass ein solches Vorgehen den Mitarbeitenden gerade nicht zum Vorwurf gereichen dürfe, dass sie sich nicht an den internen Dienstweg gehalten und damit die Treuepflicht gemäss § 49 PG verletzt hätten. Eine aus diesem Grund ausgesprochene Entlassung käme einer missbräuchlichen Kündigung gleich. Die Ombudsperson habe zugesichert, alle geeigneten Massnahmen zu treffen und sich persönlich beim zuständigen Regierungsratsmitglied für den Schutz der betreffenden Mitarbeitenden einzusetzen.

Auf Antrag der Finanzdirektion

beschliesst der Regierungsrat:

I. Schreiben an das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (Zustelladresse: Bundesamt für Justiz, Direktionsbereich Privatrecht, Bundesrain 20, 3003 Bern):

Wir begrüssen die neue Bestimmung in Art. 321a<sup>bis</sup> E-OR über die Meldung von Missständen. Zwar bildet für solche Meldungen bereits die Treuepflicht der Arbeitnehmerin und des Arbeitnehmers gemäss Art. 321a Abs. 1 OR die Grundlage. Die Normierung der Meldung dient jedoch der Rechtssicherheit, indem die Treuepflicht konkretisiert und das Vorgehen in grundsätzlicher Weise festgelegt werden. Der Vorrang der internen Meldung und die einschränkenden abschliessenden Voraussetzungen für den Gang zu den zuständigen Behörden entsprechen dem Verhältnismässigkeitsprinzip. Den direkten Weg an die Öffentlichkeit gilt es wenn immer möglich zu vermeiden; allerdings dürfte dieser Fall äusserst selten eintreffen, da für die zuständige Behörde kaum je ein Grund bestehen wird, nichts zu unternehmen. Wir begrüssen auch, dass die im Anschluss an eine rechtmässige Meldung erfolgte Kündigung als missbräuchlich gilt und entsprechend dem geltenden Recht zur missbräuchlichen Kündigung sanktioniert wird.

Unser kantonales Personalgesetz sieht vor, dass die Kündigung durch den Staat nicht missbräuchlich im Sinne des OR sein darf und dass sich die Entschädigung nach den Bestimmungen des OR über die missbräuchliche Kündigung bemisst. Mit der Verweisung auf Art. 336 und 336a OR würde deshalb auch die neue Bestimmung über die Meldung von Missständen im kantonalen Personalrecht gelten. Aus den vorerwähnten Gründen begrüssen wir dies. Die für die kantonalen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter geltende Treuepflicht wird damit in vergleichbarer Weise

wie im Privatrecht konkretisiert. Wir haben uns bereits im Frühjahr 2008 zu den Themen Korruptionsbekämpfung und Whistleblowing geäußert und die kantonale Ombudsstelle als in der Regel erste Anlaufstelle für die kantonalen Mitarbeitenden bezeichnet, sofern Meldungen an Vorgesetzte nichts bewirken oder der Korruptionsverdacht sich gegen Vorgesetzte richtet. Die Mitarbeitenden können sich stets allgemein direkt an die Ombudsperson wenden, und sollen dies auch tun in Zweifelsfällen und bei Unsicherheit über das Ausmass der vermuteten Korruption. Die Ombudsperson hat zugesichert, alle geeigneten Massnahmen zu treffen und sich persönlich beim zuständigen Regierungsratsmitglied für den Schutz der betreffenden Mitarbeitenden einzusetzen.

II. Mitteilung an die Geschäftsleitung des Kantonsrates, die Mitglieder des Regierungsrates und die Finanzdirektion.



Vor dem Regierungsrat  
Der Staatsschreiber:

**Husi**