

3. Winterthurer Tagung zum Arbeitsrecht Compliance und Ethic Codes - Schutz vor Kündigung?



Building Competence. Crossing Borders.

Sara Licci

sara.licci@zhaw.ch; 25. Juni 2014

- I. Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht
- II. Kündigung wegen Missachtung des CoC
- III. Kündigung wegen Whistleblowing

Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht

Compliance



- Regel- und gesetzeskonformes Verhalten von Unternehmen und deren Mitarbeitenden
- Ganzes „Organisationskonzept und Hilfsmittel der Führungskontrolle“¹
- Unternehmen und Arbeitnehmerschaft verhält sich dadurch regelkonform
- Compliance ist erreicht, wenn gesetzliche, regulatorische, aber auch interne Vorschriften sowie die auf dem Markt oder in einer Branche geltenden Standards und Standesregeln eingehalten werden.

1) HUNGER PATRICK, Compliance Pre-Clearance im Anstellungsverfahren, Human Resources Recruiting als Mittel zur Risikoreduktion, in: AJP 2007, S. 1347ff., S. 1348

Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht

Code of Conduct (CoC)

Code of conduct

Wir handeln nach ethischen Grundsätzen.

Code of Conduct

Code of Conduct Ho

Die ausgeschnittenen Titel stammen von: https://www.credit-suisse.com/governance/doc/code_of_conduct_de.pdf;
http://www.pwc.ch/de/alles_ueber_uns/code_of_conduct.html; <http://www.simsa.ch/engagements/code-of-conduct-hosting>.

– Private, regionale oder überregionale CoC:

Unternehmen gemeinsam, Branchenverbände, etc.

– Öffentliche CoC:

Durch Regierungen oder Vertreter eines Staates im Rahmen von internationalen Organisationen ausgearbeitet

– Corporate CoC:

– Grundlegende Verhaltensgrundsätze, Wertvorstellungen eines Unternehmens

– Befragung bei 191 CH-Unternehmen: 96.3% der Unternehmen verfügen über einen Code of Conduct; 62% verfügen über weitere Unternehmensrichtlinien.

(FRIEBE PHILIPP, Compliance als Aufgabenbereich des internen Audits, in: Der Schweizer Treuhänder, 9/12, S. 653)

– CoC für Angestellte der öffentlichen Verwaltung

Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht

Ethic(al) Code, Ethikkodex, Code of Ethics

Verhaltens- und Ethikkodex v

Ethikkodex

Code of Ethics

Overview

I. Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht

CoC: Hierarchische Stellung im Arbeitsvertrag

1

- Verfassungsrecht
- Zwingendes Gesetzesrecht

2

- Gesamtarbeitsvertrag (GAV)
- Arbeitsvertrag

3

- Weisungen
- Dispositives Gesetzesrecht (Art. 362 OR)

I. Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht

CoC: Hierarchische Stellung im Arbeitsvertrag



CoC = Weisungen im Sinne von Art. 321d OR:

- Weisungen können formlos eingeführt werden
- Sie sind empfangsbedürftig
- Weisungen können formlos abgeändert werden

I. Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht

CoC: Hierarchische Stellung im Arbeitsvertrag



CoC = Vertragsbestandteil:

- CoC sind wie allgemeine Vertragsbedingungen zu behandeln.
- AN muss Gelegenheit haben, Allgemeine Vertragsbedingungen einzusehen.
- AN muss genügend Zeit zur Kenntnisnahme haben.
- Meist Globalübernahme
- Auf ungewöhnliche Regeln muss aufmerksam gemacht werden, ansonsten besteht Risiko, dass sie nicht gelten.
- Unklare Regeln können zulasten der AG ausgelegt werden.

I. Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht

CoC: Hierarchische Stellung im Arbeitsvertrag



CoC = Vertragsbestandteil:

- Anpassung von CoC nur wenn Einverständnis der einzelnen Arbeitnehmer eingeholt wird
- Einverständnis kann auch konkludent gegeben werden (Art. 115 OR)
- Deshalb genügt Hochschalten der angepassten CoC auf Intranet

I. Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht

CoC: Hierarchische Stellung im Arbeitsvertrag



CoC = Vertragsbestandteil:

- Problem: Wenn Anpassungen von CoC eine Verschlechterung der Rechtsstellung des AN darstellen, muss ausdrückliches Einverständnis eingeholt werden.
- Auch bei derartigem Einverständnis, Neuerung erst auf Ende der Kündigungsfrist einführen, **da kurzfristige Einführung von Änderung nicht akzeptiert werden muss.**
- Wenn Einverständnis nicht gegeben wird: Änderungskündigung, mit entsprechenden Konsequenzen (z.B. Art. 335d OR, Massentlassung)
- Problem der Missbräuchlichkeit wegen Art. 336 Abs. 1 lit. d OR, wenn im Vorfeld nicht genügend Zeit (Abwarten der Kündigungsfrist) zum Akzept eingeräumt

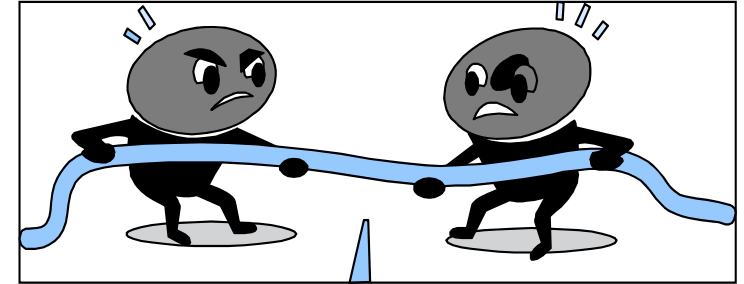
- I. Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht
- II. Kündigung wegen Missachtung des CoC
- III. Kündigung wegen Whistleblowing

II. Kündigung wegen Missachtung von CoC

Generelle Hinweise in CoC wegen Missachtung

Üblicher Inhalt von CoC:

- Widerhandlungen werden nicht toleriert.
- Es werden disziplinarische Massnahmen ergriffen.
- Es werden angemessene Massnahmen ergriffen.
- Selten erwähnt, welche Massnahmen damit gemeint sind
- Vereinzelt (z.B. CoC UBS, S. 10) wird unter Massnahmen folgendes erwähnt:
Abmahnung, Verwarnung, Versetzung in eine tiefere Position, Kündigung.

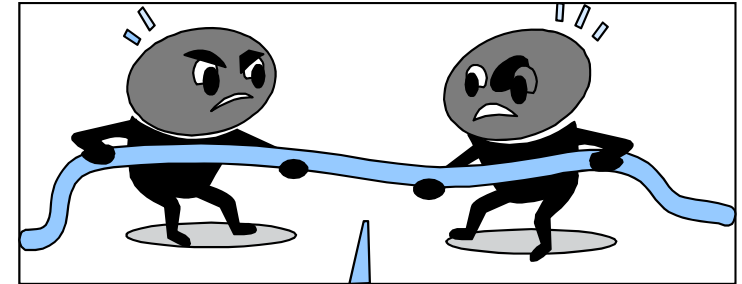


II. Kündigung wegen Missachtung von CoC

Weisung

- Art. 321d OR: Befugnis Weisungen zu erteilen
- Verbindlich, wenn arbeitsvertragliche Haupt- oder Nebenpflichten verdeutlicht werden
- Zusammenhang mit Tätigkeit des Arbeitnehmers gegeben
- Art. 321a Abs. 1 OR: Treuepflicht, Pflicht rechtmässige Weisungen zu befolgen
- Ausschliesslich unsittliche (Art. 27 ZGB), unrechtmässige Verhaltensanweisungen dürfen abgelehnt werden.
- Angemessene **Reaktion bei Verstoss hängt mit Intensität und Folgen des Verstosses** zusammen.
- Massgebend ist auch die **Stellung des Arbeitnehmers** und die negative Vorbildfunktion durch das Untätig bleiben der AG.

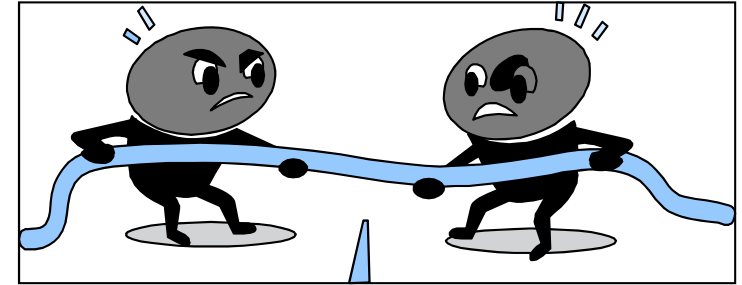
II. Kündigung wegen Missachtung von CoC Weisung



- Bei Verletzung von CoC, Vorgehen wie bei Weisung:
 - Verweis oder Verwarnung
 - Ordentliche Kündigung möglich
 - In sehr schweren Fällen: fristlose Kündigung
 - Bei wiederholter Abmahnung: fristlose Kündigung

II. Kündigung wegen Missachtung von CoC

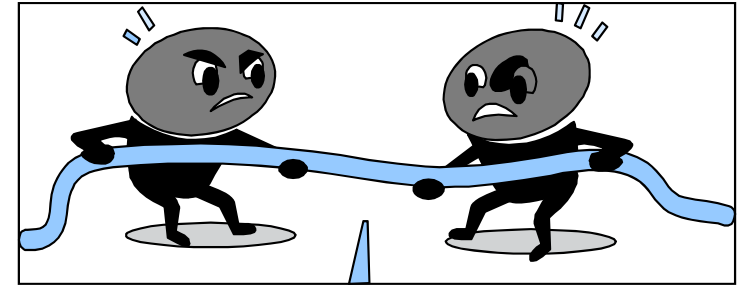
BGer 4A_236/2012 vom 02.08.2012: Vieraugenprinzip,
Weitergabe von Passwörtern



- X ist **Kadermitarbeiterin** der Bank Y
- Zahlungen, die durch Untergebenen getätigt werden, durch X zu **autorisieren**, sofern diese CHF 20'000 übersteigen
- Bei Zahlungen über CHF 100'000 Kunden zurückzurufen.
- Zahlungs**autorisierung** über Benutzer**konto** von X.
- Tägliche Prüfung der **Liste** der Transaktionen.
- X streitet mit Untergebenen, spricht danach kein Wort mehr mit ihnen und **gibt ihnen ihr Passwort weiter**. Von da an **autorisieren die Untergebenen die Zahlungen selbst**, rufen **Kunden selbst** zurück. X führt **keine Prüfung der Transaktionen mehr** durch.

II. Kündigung wegen Missachtung von CoC

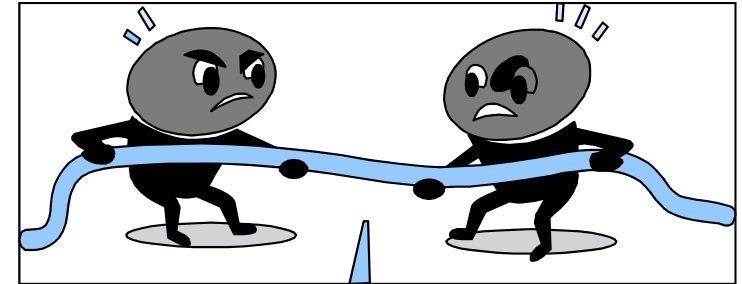
BGer 4A_236/2012 vom 02.08.2012:



« Les **instructions données** touchaient des **intérêts majeurs de l'entreprise**. Il s'agissait en effet d'éviter des erreurs et surtout qu'un employé indélicat puisse **détourner des fonds**. **L'importance** de la procédure mise en place **ne pouvait échapper à la recourante**. A cela s'ajoute que la recourante assumait une **fonction de cadre** et qu'il s'agissait d'assurer la fiabilité d'opérations financières. »

II. Kündigung wegen Missachtung von CoC

Weisung

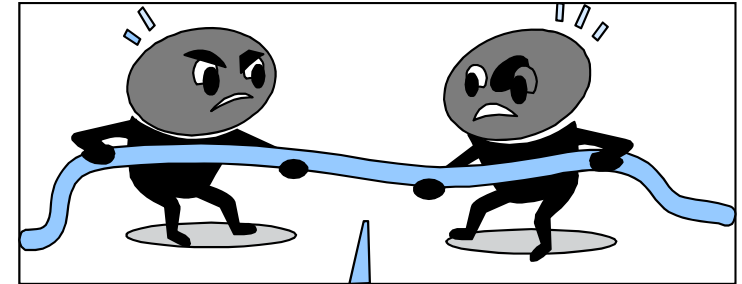


Problem, m.E. bei CoC für Kündigung (insbesondere fristlose Kündigung):

- CoC enthalten teilweise sehr konkrete Verhaltensanweisungen (so z.B. bei Annahmen von Geschenken)
- CoC enthalten aber auch sehr allgemeine Anweisungen (so z.B. «wir verhalten uns ethisch korrekt»)
- Deshalb: Zumindest bei allgemeinen Anweisungen, vor Kündigung meist Abmahnung mit Konkretisierung der Weisung (i.c. der Bestimmung im CoC)
- In öffentlich rechtlichen Anstellungsverhältnissen: Anhörungsrecht vor Kündigung berücksichtigen (z.B. Ausfluss aus Art. 29 Abs. 2 BV, § 18 Abs. 5 VO-PG ZH)
- Ohnehin klar ist, dass Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit betrieblichen Abläufen nicht akzeptiert werden müssen, ob nun der CoC darauf verweist oder nicht;

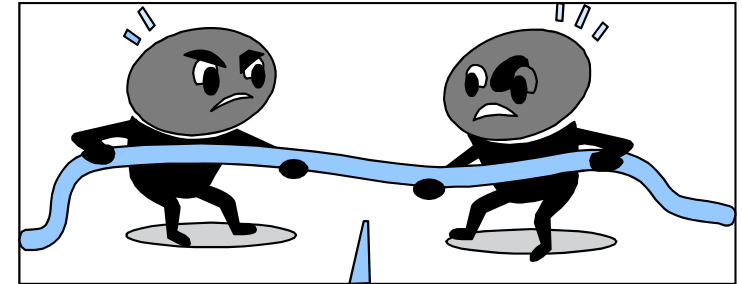
II. Kündigung wegen Missachtung von CoC Vertragsbestandteil

- Wenn CoC Vertragsbestandteil ist:
- Verletzung des CoC = Vertragsverletzung



- Achtung bei unklaren oder unüblichen Regeln bei Globalübernahme

II. Kündigung wegen Missachtung von CoC

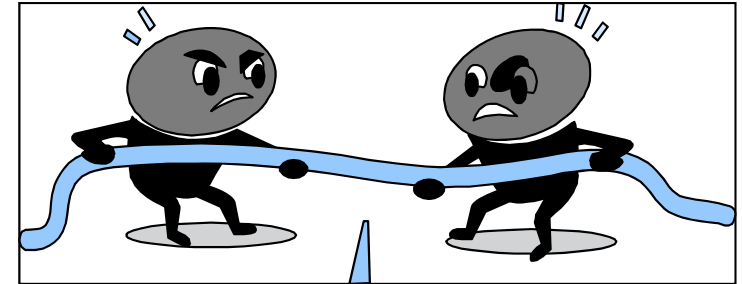


BGE 131 III 535:

- Jahrelanger Betrug eines Untergebenen in einer Bank, ordentliche Kündigung des Vorgesetzten, der 26 Jahre im Betrieb gearbeitet hatte, weil er nichts bemerkte, sich gemäss interner Untersuchung aber auch nichts hatte zuschulden kommen lassen: Kündigung missbräuchlich
- Erw. 4.2: Liste der Missbrauchstatbestände in Art. 336 CO ist nicht abschliessend, so kann auch die Art, wie die Kündigung ausgesprochen wird, zur Missbräuchlichkeit derselben führen.

BGE 121 III 60 (Missachtung von Weisungen)

II. Kündigung wegen Missachtung von CoC



BGer vom 5. März 2005 in: JdT 2013 II S. 187 :

Mitarbeiter schlägt einer Bank einen neuen Kunden vor,

- a) obwohl er weiss, dass diese neue Kundenbeziehung der Reputation oder anderen Interessen der Bank schaden würde.
 - b) und führt für einen Kunden Handlungen aus, von denen er weiss, dass diese höchstwahrscheinlich zu einem Verlust für die Arbeitgeber führen wird.
- Fristlose Kündigung gerechtfertigt. Hohes Salär unter gleichzeitig kurzer Anstellungsdauer und Weigerung, an einem klärenden Gespräch teilzunehmen, flossen in Beurteilung ein.

COC	Einführung	Änderung	Inhaltliche Schranken	Missachtung durch AN	Nicht korrekte Einführung durch AG
Weisung	Einseitig	Einseitig	<ul style="list-style-type: none"> Keine widerrechtlichen Inhalte Nur Konkretisierung des Arbeitsvertrags Nicht auf ausserbetriebliches Verhalten bei Nichtkader Keine Eingriffe in die Persönlichkeit 	<ul style="list-style-type: none"> Ordentliche Kündigung Für fristlose Kündigung: Abmahnung 	<ul style="list-style-type: none"> Weisung muss konkretisiert werden Kündigung missbräuchlich Keine Wiedereinstellung
Vertragsbestandteil	Übereinstimmende Willensäußerung	<ul style="list-style-type: none"> Zustimmung des Arbeitnehmers (ausdrücklich) Mit Abwarten der Kündigungsfrist Wenn keine Zustimmung: Änderungskündigung Allenfalls Bestimmungen über die Massenentlassung beachten Problem, dass tendenziell keine dynamischen Verweise möglich 	<ul style="list-style-type: none"> Keine Widerrechtlichen Inhalte Mögl. auf Verhalten ausserhalb des AV Einfluss zu nehmen (Schranke ZGB 27) Bei Globalübernahme auf ungewöhnliche Regeln hinweisen Bei Globalübernahme ohne Hinweis auf ungewöhnliche Regeln, keine Wirkung der Bestimmung. 	<ul style="list-style-type: none"> Ordentliche Kündigung Für fristlose Kündigung: allenfalls auch Abmahnung, aber Hürden m.E. weniger hoch 	<ul style="list-style-type: none"> Kündigung missbräuchlich Keine Wiedereinstellung

- I. Definition und Verortung im Arbeitsvertragsrecht
- II. Kündigung wegen Missachtung des CoC
- III. Kündigung wegen Whistleblowing

III. Kündigung wegen Whistleblowing

Allgemeines



- Meldung von Missständen am Arbeitsplatz,
 - an interne Stellen oder
 - an Aussenstehende,
 - durch Person, die den Unternehmen nahestehen (Insider),
 - meist Arbeitnehmer.

III. Kündigung wegen Whistleblowing

Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

- Zur Zeit keine Regelung zu Whistleblowing im OR
- Betroffene Rechte und Pflichten des AN:
 - Treuepflicht (Art. 321a)
 - Interessenswahrungspflicht und Schädigungsverbot (Art. 321a)
 - Geheimhaltungspflicht (Art. 321a Abs. 4 OR)
 - Generell Problem von Loyalitäts- und Interessenskonflikten
- Meiste Whistleblower müssen mit Kündigung rechnen, entweder weil sie nicht beweisen können, dass ihre Anschuldigungen zu Recht erfolgten oder auch wenn Anschuldigungen zu Recht erfolgten, weil sich das „Arbeitsklima“ verschlechtert hat.



III. Kündigung wegen Whistleblowing

Privatrechtliches Arbeitsverhältnis



– Codes of Conduct enthalten oft folgende Regelungen, zur Erreichung von Compliance:

a)

– Arbeitnehmende, die Missstände melden, müssen sich an dafür bezeichnete interne Stelle wenden.

– Arbeitnehmende, die in guten Treuen Meldung erstatten, erwarten keine Repressionsmassnahmen

b)

– Arbeitnehmende sind verpflichtet, Meldung zu erstatten, wenn sie Missstände entdecken.

c)

– Wenn nichts von beidem in CoC erwähnt: mindestens Hinweis auf internes Meldesystem/oder weitergehende interne Richtlinien

III. Kündigung wegen Whistleblowing

Privatrechtliches Arbeitsverhältnis



Aktueller Stand der Lehre und Rechtsprechung:

- Internes Whistleblowing zulässig, wenn gutgläubig
- Externes Whistleblowing grundsätzlich immer unzulässig: AG muss Möglichkeit haben, selbst Schritte zu ergreifen, damit Missstände beseitigt werden.

III. Kündigung wegen Whistleblowing

Privatrechtliches Arbeitsverhältnis

Externes Whistleblowing:

- Immer Verletzung der Treuepflicht nach Art. 321a OR
- Externes Whistleblowing erlaubt und deshalb Verletzung der Treuepflicht gerechtfertigt, wenn:
 - Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit das Vorgehen rechtfertigen.
 - Verhältnismässigkeit beachtet wird (zuerst interne Meldung an AG, dann gegenüber der zuständigen Behörde, dann gegenüber Dritten oder der Öffentlichkeit).
 - **Schwierige Abwägung, ob höherwertige Interessen gegeben.**
 - BGer 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008, E. 7.3.1f.
 - EGMR 28274/08 - Heinisch v. Germany

III. Kündigung wegen Whistleblowing

Privatrechtliches Arbeitsverhältnis



- AN erstattet keine Meldung über Missstände, weil Kollegen gleicher Stufe oder Vorgesetzte betroffen = **Kündigung grundsätzlich missbräuchlich**
- Art. 321a OR ist dispositives Recht.
- Deshalb können weitere Pflichten eingeführt werden.
- Wenn CoC oder Whistleblowing-Reglement, die allgemeine **Pflicht zum Tätigwerden** festhält und AN hätte tätig werden können = **Kündigung zulässig**
- Bei leitenden Angestellten wird unabhängig von ausdrücklicher Verpflichtung, eine allgemeine Meldepflicht angenommen.

III. Kündigung wegen Whistleblowing

Öffentlichrechtliches Arbeitsverhältnis

172.220.1

Bundespersonal

Art. 22a⁵⁷ Anzeigepflichten, Anzeigerechte und Schutz

¹ Die Angestellten sind verpflichtet, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, den Strafverfolgungsbehörden, ihren Vorgesetzten oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) anzuzeigen.

² Vorbehalten bleiben Anzeigepflichten aus anderen Bundesgesetzen.

³ Die Anzeigepflicht entfällt für Personen, die nach den Artikeln 113 Absatz 1, 168 und 169 der Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007⁵⁸ zur Aussage- oder Zeugnisverweigerung berechtigt sind.

⁴ Die Angestellten sind berechtigt, andere Unregelmässigkeiten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der EFK zu melden. Die EFK klärt den Sachverhalt ab und trifft die notwendigen Massnahmen.

⁵ Wer in guten Treuen eine Anzeige oder Meldung erstattet oder wer als Zeuge oder Zeugin ausgesagt hat, darf deswegen nicht in seiner beruflichen Stellung benachteiligt werden.

DANKE FÜR IHRE AUFMERKSAMKEIT