

Tätigkeitsbericht
2006



Tätigkeitsbericht an den Kantonsrat

Sehr geehrter Herr Präsident

Sehr geehrte Damen und Herren Kantonsrätinnen und Kantonsräte

Gemäss § 87 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG) erstatte ich Ihnen den nachstehenden Bericht über meine Tätigkeit im Jahre 2006.

Zürich, den 25. April 2007

**Der Ombudsmann des Kantons Zürich
Markus Kägi-Steiner**

Inhaltsverzeichnis

4	Dank Personelles
5	Vermischtes
6	Leitartikel Korruptionsmeldestelle
8	Whistleblowing
18	Geschäftsübersicht
20	Fallbeispiele
44	Adresse und Impressum

Dank

Meinen Mitarbeiterinnen Frau Dr. H. Wormser, Frau St. Zöbeli, Frau E. Behrens und Frau H. Hitz sowie meinem Mitarbeiter Herr lic.iur. S. Gerber danke ich für ihren grossen Einsatz im Berichtsjahr. Ebenso danke ich meiner „Ersatzperson“ Dorothee Jaun für ihren unkomplizierten, innovativen und fachkundigen Beistand während der Zeit, in der sie ihre Stellvertretungsfunktionen ausgeübt hat.

Ein nicht geringerer Dank für ihr grosses Engagement geht an die rund 36 000 Frauen und Männer, die für den Kanton Zürich arbeiten. Dass bei so vielen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern interne und externe Probleme auftreten können, ist verständlich. Wichtig für den neutralen Ombudsmann ist in diesem Zusammenhang das „Wie“, mit dem diese Probleme bereinigt werden.

Meinen Amtskollegen Franz Bloch (Basel-Land), Beatrice Inglin Buomberger und Dieter von Blarer (Basel-Stadt), Mario Flückiger (Stadt Bern), Hansruedi Wyss (Stadt St. Gallen), Véronique Jobin und François de Rougemont (Waadt), Dr. Karl Stengel (Winterthur), Dr. Claudia Kaufmann (Stadt Zürich) und Beat Gsell (Kanton Zug) danke ich für die konstruktive Zusammenarbeit während des vergangenen Jahres.

4

Personelles

Bestand der Institution Ombudsmann am 31.12.2006

Ombudsmann: Markus Kägi-Steiner, Inh. Zürcher Notarpatent, Niederglatt

Stellvertreterin: Dorothee Jaun, lic.iur., Rechtsanwältin, Fällanden

Juristische Sekretärin: Helen Wormser, Dr. phil. et lic.iur., Russikon

Juristischer Sekretär: Simon Gerber, lic.iur., Rechtsanwalt, Zürich

Kanzleisekretärinnen: Stephanie Zöbeli, Zürich
Elisabeth Behrens-Räber, Feldmeilen
Hedwig Hitz, Zürich

Beanspruchte Stelleneinheiten: Juristisches Sekretariat 1,5; Kanzlei 1,3

Wieder ein Rekordjahr!

Mit 738 neu eingegangenen und registrierten Fällen wurde der bisherige „Jahresrekord“ von 2005 (mit 711 Fällen) übertroffen. Der Arbeitsumfang erwies sich dementsprechend in diesem Berichtsjahr mehr als hoch und zusätzlich überaus arbeitsintensiv. Die Anzahl der eingegangenen Fälle widerspiegelt nur den „numerischen Trend“, sagt jedoch nichts über die Arbeitsintensität bzw. den Schwierigkeitsgrad der behandelten Beschwerden aus. Die Bearbeitung von äusserst komplexen Fällen schliesslich war sehr aufwändig und forderte das gesamte Ombudsteam in einem sehr hohen Masse.

Kontakte

Die Aktivitäten des Ombudsmanns entsprachen auch im Berichtsjahr den bisherigen Usancen. In- und ausländische Kontakte wurden gepflegt und Anfragen aus der ganzen Welt bezüglich der Organisation der Institution „Ombudsperson im Kanton Zürich“ beantwortet. Auch Einladungen zu Vorträgen oder Diskussionsveranstaltungen wurde gefolgt.

Weiterbildung

Die jährliche interne Weiterbildung fand am 2./3. Mai in Alp Füren (D) statt. Alle Mitarbeitende der Ombudsstelle unterzogen sich einem Persönlichkeitstest auf der Grundlage der sog. Transaktionsanalyse. Zweck war die Selbsteinschätzung mit Blick auf die bestmögliche Wahrnehmung der Beschwerdeführenden sowie deren Anliegen. Die anhand von Bewertungsschemen selbst evaluierten und anschliessend (auf freiwilliger Basis) mit einander verglichenen Ergebnisse förderten ein ebenso erstaunliches wie erfreuliches Ergebnis zu Tage: Alle Mitarbeitenden der Ombudsstelle zeigen grosse Empathie für die Anliegen der Beschwerdeführenden und sind bestrebt dazu beizutragen, dass Konflikte – im Sinne unseres Leitbildes – engagiert behoben werden können.

Weiter wurde über organisatorische Abläufe und deren Verbesserungen diskutiert und ein sog. „Notfallszenarium“ entwickelt.

Website

Unsere aufgeschaltete Website im Internet unter www.ombudsmann.zh.ch findet immer wieder gute Beachtung. 2006 wurden pro Monat durchschnittlich knapp 3000 Anwendersitzungen aus dem In- und Ausland registriert.

Leitartikel Korruptionsmeldestelle

(HW) Unternehmen, Wirtschaftsverbände, Gewerkschaften und andere nichtstaatliche Organisationen hatten ursprünglich die Initiative ergriffen, die am 17. Dezember 1997 zum Abschluss des Übereinkommens zur Bekämpfung der Bestechung ausländischer Amtsträger im internationalen Geschäftsverkehr führte. Die Schweiz hat dieses Übereinkommen im Jahr 2000 ratifiziert und in Kraft gesetzt – und gleichzeitig das eidgenössische Strafgesetzbuch angepasst. So ist neu in Art. 322ter ff. StGB die Bestechung eines schweizerischen Amtsträgers im Zusammenhang mit dessen amtlicher Tätigkeit strafbar, wenn es darum geht, eine pflichtwidrige oder auch nur in dessen Ermessen stehende Handlung zu Gunsten des Handelnden oder eines Dritten zu erwirken. Dasselbe gilt für jenen „Beamten“, der sich einen Vorteil versprechen lässt oder annimmt, wobei lediglich im Strafmass unterschieden wird, ob eine konkrete Gegenleistung erfolgt oder nur das „Klima“ zum Amtsträger gepflegt werden soll. Die Korruption ist nicht nur für viele im Ausland tätige Schweizer Unternehmen ein ernsthaftes Problem; sie kommt auch in der Schweiz und in staatlichen Organisationen vor.

6 Laut Daniel Jositsch, Strafrechtsprofessor an der Universität Zürich, zeigen wissenschaftliche Erkenntnisse, dass die Dunkelziffer im Bereich der Korruption sehr hoch ist. Aus Opferbefragungen ergibt sich, dass Schweizerinnen und Schweizer jährlich zwischen 25'000 und 55'000 Bestechungen im Ausland und rund 6'250 bis 13'750 Bestechungen im Land verüben sollen. Dennoch kommt es zu sehr wenigen Verurteilungen. Sogenannte Whistleblower („Skandalauftreiber“, wörtlich „Pfeifenbläser“) werden nicht aktiv, weil sie Benachteiligungen wie Mobbing oder Entlassung befürchten. Leider ist bisher weder terminologisch noch beim aufbereiteten Zahlenmaterial klar zwischen Privat- und Beamtenkorruption unterschieden worden. Wie viele solche Fälle in staatlichen Organisationen vorkommen, ist deshalb unbekannt.

Die Ombudsperson ist ausschliesslich für Meldungen zuständig, die eine Behörde beziehungsweise Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung betreffen. Zu melden sind nicht nur eindeutige Verdachtsfälle von Bestechung, sondern auch festgestellte andere Vergünstigungen, Vorteile usw., die Mitarbeitende der kantonalen Verwaltung für ihre erbrachten oder zukünftigen Dienstleistungen erhalten, soweit es sich nicht um geringfügige Höflichkeitsgeschenke handelt, die die Unabhängigkeit von Angestellten nicht beeinträchtigen (§ 142 der Vollzugsverordnung zum Personalgesetz). Was als geringfügig zu bezeichnen ist, wird von der vorgesetzten Dienststelle entschieden.

In den letzten Jahren sind der Ombudsperson nur zwei Verdachtsfälle von Korruption gemeldet worden. Entweder gibt es keine solchen Fälle in der Verwaltung des Kantons Zürich, oder die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen trauen sich nicht, solche Informationen weiter zu tragen. Es soll deshalb daran erinnert werden, dass die Ombudsperson jederzeit Ansprechpartnerin für Korruptionsmeldungen innerhalb der kantonalen Verwaltung ist. Die Ombudsperson hilft beim „Gewichten“ und kann vor allem den Sachverhalt genauer untersuchen, bevor dieser allenfalls der Staatsanwaltschaft unterbreitet wird. Sämtliche Vorkommnisse dürfen dem Ombudsmann berichtet werden, das Amtsgeheimnis wird dadurch nicht verletzt. Es ist auch nicht erforderlich, dass Mitarbeitende zuerst den internen Dienstweg beschreiten. Jedermann darf direkt an die Ombudsperson gelangen, um Rat oder Unterstützung beim weiteren Vorgehen zu erhalten. Deshalb sollen Mitarbeitende ihre Wahrneh-

mungen bezüglich eines Korruptionsverdachts hier melden. Wo möglich wird auf die Erhaltung der Anonymität geachtet. Durch Meldungen an die Ombudsperson soll in den nächsten Jahren die Dunkelziffer gesenkt und die Prävention im Bereich der Korruption verstärkt werden. Jedes Vorgehen nach einer Meldung wird mit dem jeweils berichtenden Mitarbeiter vorbesprochen, damit dieser selbst nicht zu Schaden kommt. Die Ombudsperson muss ausschliesslich strafbare Handlungen anzeigen. Aber auch dann kann und wird sie sich für den Schutz des „Whistleblowers“ einsetzen.

In Übereinstimmung mit Regierungsrat Dr. Markus Notter, Justizdirektor, und Dr. Andreas Brunner, Leitender Oberstaatsanwalt, geht man gegenwärtig davon aus, dass die Ombudsperson mit ihrem gesetzlichen Auftrag die geeignete Stelle ist, einem Korruptionsverdacht nachzugehen und alle Massnahmen zu treffen, um den Whistleblower zu schützen. Vorausgesetzt ist selbstverständlich eine gute Zusammenarbeit mit den jeweils amtierenden Regierungsrätinnen und -räten, denn nur sie können die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen vor widrigen „Retourkutschen“ der angezeigten Person letztlich schützen.

Wichtig ist, dass allen Bürgern, aber auch den Mitarbeitenden der kantonalen Verwaltung bekannt ist, wo ihr Verdacht ungestraft trotz Datenschutz oder Amtsgeheimnis ausgesprochen werden kann – und was unter dem Begriff „Whistleblowing“ überhaupt verstanden wird. Deshalb wird im diesjährigen Tätigkeitsbericht das Thema Whistleblower durch Dr. iur. Adrian von Kaenel (Wetzikon) behandelt, der aus anwaltlicher Sicht über dieses Thema berichtet.

Die Ombudsstelle des Kantons Zürich weist zudem auf ihrer Website* darauf hin, worum es sich bei der Korruption handelt und wie sie in diesen Fällen vorgeht. Es wird sich in den kommenden Jahren zeigen, ob Korruption innerhalb der Verwaltung ein Thema ist oder nicht.

*www.ombudsmann.zh.ch/ombudsmann.htm

Whistleblowing*

Dr. Adrian von Kaenel, Streiff Pellegrini & von Kaenel, Wetzikon

I. Einleitung und Begriffsklärung

Whistleblowing: Wieder so ein modischer Anglizismus, der unnötigerweise ins Neudeutsche überführt wird? Für einmal wohl nicht, sind doch die deutschen Sprachmöglichkeiten wie der „Hinweisgeber“ entweder blutleer oder wie der „Denunziant“ negativ besetzt. Ich halte mich deshalb an den herrschenden und aussagekräftigen Terminus des „Whistleblowings“.¹

Als *Whistleblower* bezeichne ich eine Person, die

- 1) aufgrund einer besonderen Beziehung zu einer Organisation Kenntnis erhält über illegale oder unethische Praktiken dieser Organisation oder von Personen, die dieser Organisation angehören, und
- 2) diese Praktiken in der Folge Dritten im Sinne einer Aufforderung, gegen diese Praktiken vorzugehen, zur Kenntnis bringt.

Der Dritte kann ein Funktionsträger dieser Organisation sein (*internes Whistleblowing*), eine mit dieser Organisation verbundene Stelle (z.B. Revisionsstelle, Berufsverband, externe Meldestelle), eine Behörde (Aufsichtsbehörde, Strafbehörden) oder die Öffentlichkeit (mindestens in den beiden letzten Fällen spricht man von *externem Whistleblowing*).

Es wird bewusst eine sehr weite und damit auch etwas abstrakte Umschreibung des Whistleblowings gewählt. Oft wird nur das Melden von illegalen Praktiken durch Arbeitnehmende als Whistleblowing bezeichnet. Die typische Problematik des Whistleblowings, dass nämlich eine in Abhängigkeit stehende Person einen Missstand meldet, kann sich jedoch auch bei Auftragnehmern, weiteren Geschäftspartnern, Bürgern, die eine Bewilligung benötigen, Konkurrenten in einem Vergabewettbewerb etc. manifestieren.²

II. Problemstellung

Wo liegt nun aber das Problem? Personen, die Missstände in Organisationen oder bei ihren Arbeitge-

bern zur Anzeige bringen, hat es schliesslich schon immer gegeben. Also einmal mehr alter Wein in neuen Schläuchen? Nicht ganz.

A. Erhöhte Anforderungen an Unternehmen und Staat

In den letzten Jahren werden durch Aufsichtsbehörden, insbesondere auch durch die Börsenaufsicht, Revisionsstellen, Strafbehörden, Anleger und die interessierte Öffentlichkeit immer höhere Anforderungen an Unternehmen gestellt, wenn es um Fragen der Unternehmensethik, der Einhaltung von Gesetzen und weiteren Regeln und damit im Zusammenhang um die Sicherstellung einer genügenden Unternehmensorganisation geht. Sodann ist die Korruptionsbekämpfung weltweit, aber durchaus auch in der Schweiz ins zentrale Blickfeld gerückt. Im globalen Kontext wurde erkannt, dass Korruption eines der wichtigsten Entwicklungshindernisse ist, im nationalen Kontext mindestens, dass Korruption das Vertrauen des Bürgers in die Institutionen untergräbt, um nur zwei der wichtigeren Punkte anzusprechen.

1. Handlungsbedarf in Unternehmen

Diese erhöhten Anforderungen führen zu mannigfaltigem Handlungsbedarf in Unternehmen und andern Organisationen, dies vor allem im Bereich der Corporate Governance. Damit die Einhaltung von Rechtsregeln und ethischen Standards durch die Unternehmensführung gesichert werden kann, muss vor allem ein ungehinderter Informationsfluss bis in die Unternehmensspitze gesichert sein.

* Leicht erweiterte Fassung des am 14. März 2007 vor dem Zürcher Juristenverein gehaltenen Vortrages.

¹ Ein Whistleblower bezeichnet ja im Englischen nicht den Schiedsrichter, der ein Fussballspiel pfeift, sondern jemanden, der einen anderen verpfeift bzw. verrät.

² Weiterführend zum Begriff Zora, Ledergerber: Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung (Bern 2005) 7ff.

Hier tritt die neue Bedeutung des Whistleblowings auf den Plan, indem die Sicherstellung dieses Informationsflusses gewisse Massnahmen erfordert, damit der Fluss nicht zum Rinnsal versiegt.

2. Aktivitäten nationaler Gesetzgeber und internationaler Organisationen

a) Ausland

Die Bemühungen zur Korruptionsbekämpfung und spektakuläre Fälle von zu spät aufgedeckten, illegalen Praktiken, die zum Zusammenbruch bedeutender Unternehmen führten (z.B. Enron, Arthur Andersen) haben vor allem im angelsächsischen Ausland zu einer Gesetzgebung über das Whistleblowing geführt. Genannt seien nur der bekannte Sarbanes-Oxley Act in den USA, der Public Interest Disclosure Act in England und weitere Gesetzgebungen in Australien, Südafrika, Holland und sogar Japan.³ Parallel dazu entstanden die UNO-Konvention gegen Korruption, die Zivilrechtskonvention gegen Korruption des Europarates und weitere Bemühungen internationaler Organisationen wie der OECD oder von NGO's wie Transparency International und es wurden Codices erarbeitet, um das Whistleblowing in Unternehmenskulturen zu verankern.⁴

Diese internationalen Entwicklungen haben einen starken Einfluss auf die Schweiz, so zunächst sehr direkt auf die international tätigen Schweizer Unternehmen und dies insbesondere dann, wenn sie oder ihre Muttergesellschaft an einer amerikanischen Börse kotiert oder für solche Unternehmen als Revisionsstelle tätig sind. Dieser Einfluss führte denn auch bereits vor rund 5 Jahren zur Regelung des Whistleblowings in international tätigen Schweizer Unternehmen vor allem des Finanzsektors.

Weiterreichend ist aber der indirekte Einfluss dieser internationalen Entwicklungen, der sich nun auch in Aktivitäten des Gesetzgebers niederschlägt.

³ Weiterführend zu diesen Entwicklungen im Ausland Ledergerber (Fn 2) 61 - 97.

⁴ Zusammenstellungen mit Fundstellen bei Dominique Portmann/Herbert Wohlmann: Whistleblowing, in: SJZ 103 (2007) 180; Ledergerber (Fn 2) 21 ff.

b) Schweiz

In der Schweiz haben sich die internationalen Entwicklungen konkret in den beiden Motionen Gysin⁵ und Marty⁶ niedergeschlagen. Die im Nationalrat angenommene Motion Gysin wurde im Ständerat in veränderter Form angenommen und konnte in dieser geänderten Version auch vom Bundesrat unterstützt werden.⁷ Sie ging im geänderten Wortlaut an den Nationalrat zurück, der sie in der Frühjahrssession 2007 behandeln wollte, wofür die Zeit dann allerdings nicht mehr reichte. Es steht zu erwarten, dass sie angenommen und damit dem Bundesrat ein verbindlicher Auftrag erteilt wird. Ziel der Bundesverwaltung war es nach der ursprünglichen Zeitplanung, noch dieses Jahr einen Vernehmlassungsentwurf ausarbeiten zu können,

⁵ Nationalrat, 03.3212.

⁶ Ständerat, 03.3344, als Postulat am 2.10.2003 überwiesen (AB 2003 S 1021 f.).

⁷ Vgl. dazu AB 2006 S 264 ff. und den Bericht der ständerätlichen Kommission für Rechtsfragen vom 21.2.2006 (www.parlament.ch/ajfs/data/d/bericht/2003/d_bericht_s_k25_0_20033212_0_20060221.htm). Der geänderte Wortlaut der Motion lautet wie folgt:

„Der Bundesrat wird aufgefordert, dem Parlament einen Gesetzesvorschlag folgenden Inhalts vorzulegen:

1. Im Obligationenrecht (Arbeitsvertrag) wird konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen Personen, die ihr Wissen über Unregelmässigkeiten, beispielsweise Korruption, in einem Betrieb aufdecken (Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen oder „Whistleblowers“), vor ungerechtfertigter Entlassung und weiterer Diskriminierung geschützt werden. Nur als ultima ratio dürfen Hinweisgeber und Hinweisgeberinnen ihr Wissen an die Öffentlichkeit tragen.

2. Im gleichen Zusammenhang ist zu prüfen, ob die Sanktion des geltenden Rechts – eine Entschädigung bis zu sechs Monatslöhnen (Art. 336a Abs. 2 OR) – genügt, um Arbeitgeber effektiv von einer missbräuchlichen Kündigung abzuhalten. Schärfere Sanktionen sind vorzuschlagen, wenn dies nicht der Fall ist.

3. Hinweisgeberinnen und Hinweisgeber sollen bei öffentlichrechtlicher Anstellung einen gleichwertigen Schutz wie bei privatrechtlicher Anstellung geniessen. Dem Amtsgeheimnis und der Zuständigkeit der Kantone ist Rechnung zu tragen.

4. Es ist zu prüfen, ob Amtsträgerinnen und Amtsträger des Bundes verpflichtet werden sollen, bei Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit wahrgenommene konkrete Verdachtsgründe für eine Straftat der zuständigen Behörde zu melden.“

was sich nun entsprechend verzögern wird. Der Entwurf wird voraussichtlich in eine Änderung des Arbeitsvertragsrechts im OR münden und materiell die Zulässigkeit von Whistleblowing-Meldungen und die Sanktionen bei einer allfälligen Diskriminierung von Whistleblowern regeln.

Hinsichtlich der Ratifizierung internationaler Konventionen nimmt der Bundesrat unterschiedliche Positionen ein: Währenddem der erwähnten Zivilrechtskonvention des Europarates gegen Korruption vom Bundesrat zurückhaltend ausgedrückt keine Priorität eingeräumt wird, ist er bereit, die UNO-Konvention gegen Korruption dem Parlament zur Ratifizierung vorzulegen. Gegenwärtig wird dazu eine Botschaft ausgearbeitet, die voraussichtlich noch dieses Jahr publiziert wird. Der Grund liegt darin, dass die Europarats-Konvention verbindliche Vorgaben für das nationale Recht macht, die in der Schweiz wesentliche Anpassungen erfordern würden, währenddem die UNO-Konvention mehrheitlich im Bereich unverbindlicher Empfehlungen bleibt.

Bereits im geltenden Recht haben wir allerdings das Whistleblowing unbemerkt in unserer Mitte; ich werde darauf zurückkommen.

B. Schutz des Whistleblowers

1. Diskriminierungsgefahr

Geschlossene Organisationen innerhalb eines Betriebs wie eine Verkaufsabteilung oder ein Arbeitsteam neigen zum Korpsgeist und dazu, ihre Mitglieder selbst dann zu schützen, wenn deren Verhalten zu Kritik Anlass gibt. Whistleblower werden deshalb oft als Denunzianten, Verräter und Nestbeschmutzer eingestuft und behandelt. Das gilt bereits für das Teammitglied, das eine illegale Praxis eines oder mehrerer Kollegen beim Chef anzeigt, erst recht aber für diejenige Person, die durch eine Anzeige an eine Behörde oder gar den Gang an die Öffentlichkeit den Missstand in der eigenen Organisation nach aussen trägt. Es ist klar, dass aus dieser Haltung die nahe Gefahr einer Diskriminierung des Whistleblowers durch Schikanen, Rückstufung oder andere Karrierehemmnisse bis hin zur Entlassung besteht. Nach einer älteren ameri-

kanischen Studie verloren 90% der Whistleblower ihre Arbeit.

2. Auswirkungen der Diskriminierungsgefahr

Ebenso klar ist, dass sich jede Person in abhängiger Stellung wie ein Arbeitnehmer dieser Gefahr bewusst ist und aus Angst, Nachteile bis hin zum Stellenverlust zu erleiden, nur in grossen Ausnahmefällen nach aussen tritt. Der erwünschte Informationsfluss zur Unternehmensspitze und die Möglichkeit, illegalen oder unethischen Praktiken im Unternehmen begegnen zu können, wird damit untergraben. Aus gesellschaftlicher Sicht stellt sich die unerwünschte Folge ein, dass viele Korruptionsdelikte und die viel häufigeren, korruptionsähnlichen Handlungen unentdeckt bleiben. Da es sich um sogenannte opferlose Delikte handelt, bei denen alle involvierten Personen am Delikt auf der Täterseite mitwirken, entfällt somit die wichtigste Quelle zur Aufdeckung von Korruptionsdelikten. Dementsprechend ist auch die Dunkelziffer bei Korruptionsdelikten sehr hoch. Sie soll in der Schweiz 97% betragen.⁸

3. Die politische Folgefrage

Angesichts dieser Situation, nämlich

1. erhöhte Anforderungen an Unternehmen zu ethischem und regeltreuem Verhalten,
2. erhöhte gesellschaftliche Relevanz der Korruptionsbekämpfung,
3. Whistleblowing als unentbehrliches Instrument zur Erfüllung der aus Ziff. 1 und 2 fliessenden Erfordernisse,
4. erfahrungsgemässe Diskriminierung der Whistleblower und fehlender gesetzlicher Schutz und
5. dadurch kaum vorkommendes Whistleblowing stellt sich die Frage, ob und wie der Gesetzgeber eingreifen soll. Es gilt, schwierige Zielkonflikte zwischen dem Bedürfnis nach Informationsfluss und funktionierender Selbstkontrolle und dem mög-

⁸ *Was allerdings Bundesrat Blocher im Parlament mit folgendem Bonmot bezweifelte: „Das Problem bei diesen Ziffern ist, dass sie im Dunkeln sind, sonst wären es keine Dunkelziffern.“*

lichen Abbau der in jedem Unternehmen unentbehrlichen Kultur des Vertrauens und der Loyalität zu lösen. Immerhin ist man sich in diesem Zielkonflikt insofern einig, als niemand illegale Praktiken dulden und deren Aufdeckung behindern will und ebensowenig jemand einem Zusammenarbeitsmodell mit gegenseitiger Bespitzelung, Denunziantentum und Misstrauen das Wort reden will. Stark auseinander gehen hingegen die Meinungen darüber, wo der richtige Mittelweg durchführt und mit welchen Mitteln er zu beschreiten ist.

C. Juristische Problemfelder

Das Phänomen des Whistleblowings kann in ganz verschiedenen Rechtsgebieten zu juristischen Problemen führen, zu denken ist etwa an das Strafrecht, insbesondere das Korruptionsstrafrecht; Bankenrecht; Börsenrecht; Wettbewerbsrecht; Kartellrecht; Gesellschaftsrecht; Arbeitsrecht einschliesslich öffentlichem Dienstrecht; Datenschutzrecht; öffentliches Vergaberecht; weiteres öffentliches Recht; Persönlichkeitsrecht.

Auswirkungen ergeben sich auch auf die unternehmerisch bedeutsamen Bereiche der Rechnungslegung und Compliance.

Von diesen zahlreichen Querverbindungen sollen drei kurz beleuchtet werden.

III. Strafrecht und Strafprozessrecht

A. Allgemeines

In aller Kürze: Jeder Straftatbestand kann Inhalt der Meldung eines Whistleblowers sein. Am Häufigsten dürfte es sich nebst den nachfolgend speziell behandelten Tatbeständen jedoch um ungetreue Geschäftsbesorgung, Veruntreuung, Geldwäscherei, Buchführungs- und Steuerdelikte handeln.

B. Korruptionsstrafrecht (Art. 322^{ter} – 322^{octies} StGB)

Relevant sind insbesondere auch die auf den 1. Mai 2000 neu gefassten Bestimmungen zum Korruptionsstrafrecht in Art. 322^{ter} – 322^{octies} StGB. Neu wurde dabei auch die Bestechung fremder Amtsträger unter Strafe gestellt.

C. Privatbestechung (Art. 23 i.V.m. Art. 4a UWG)

Seit dem 1. Juli 2006 ist durch die Umsetzung des Strafrechtsübereinkommens des Europarates über Korruption im UWG in der Schweiz auch die Privatbestechung unter Strafe gestellt. Strafbar macht sich, wer vorsätzlich einem Arbeitnehmer, einem Gesellschafter, einem Beauftragten oder einer anderen Hilfsperson eines Dritten im privaten Sektor im Zusammenhang mit dessen dienstlicher oder geschäftlicher Tätigkeit für eine pflichtwidrige oder eine im Ermessen stehende Handlung oder Unterlassung einen nicht gebührenden Vorteil anbietet, verspricht oder gewährt.⁹

D. Straftatbestände als Schranken des Whistleblowings

1. Art. 162 und 320 StGB

Art. 162 und 320 StGB stellen die Verletzung des Geschäftsgeheimnisses bzw. des Amtsgeheimnisses unter Strafe. Fällt die vom Whistleblower anzuzei-gende Tatsache unter die Begriffe des Geschäfts- oder Amtsgeheimnisses, stellt dies für den Whistleblower ein Problem dar. Eine gewisse Hilfe ist allerdings, dass nach herrschender Lehre eine Tatsache nur dann als geheim im strafrechtlichen Sinne gilt, wenn ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung der beschränkten Bekanntheit besteht.¹⁰ Meist wird aber für den potentiellen Whistleblower eine Rechtsunsicherheit darüber, ob der Geheimnischarakter mangels Schutzwürdigkeit des Geheimhaltungsinteresses tatsächlich nicht mehr gegeben ist, bestehen bleiben und ihn von einer für ihn riskanten Meldung abhalten. Zu Problemen können die beiden Tatbestände auch dann führen, wenn unethische, aber nicht strafbare

⁹ Art. 23 i.V.m. Art. 4a Abs. 1 Bst. a UWG. Eine analoge Strafbarkeit besteht auch für die passive Bestechung, Art. 23 i.V.m. Art. 4a Abs. 1 Bst. b UWG.

¹⁰ Marcel Niggli/Hans Wiprächtiger: *Basler Kommentar Strafgesetzbuch II*, Art. 111 – 401 StGB (Basel 2003) N 13 zu Art. 162 StGB; Stefan, *Trechsel: Kurzkomm. Schweizerisches Strafgesetzbuch (2. Aufl. Zürich 1997) N 2b zu Art. 162 StGB. An diesem schutzwürdigen Interesse fehlt es z.B. nach Trechsel, wenn im Betrieb Waren gefälscht werden.*

Praktiken vorliegen oder eine sinnvolle Anzeige von strafbaren Praktiken auch die Preisgabe weiterer Geschäfts- oder Amtsgeheimnisse erfordert.

2. Weitere Straftatbestände

Es gibt weitere Straftatbestände, die in das Thema hineinspielen und insbesondere eine Schranke für das Whistleblowing darstellen können, die allerdings von geringerer Wichtigkeit sind: Zu denken ist an die Ehrverletzungsdelikte (Art. 173 ff. StGB), die Veröffentlichung amtlicher geheimer Verhandlungen (Art. 293 StGB), die Rechtspflegedelikte (Art. 303 f. StGB), die Verletzung des Berufsgeheimnisses (Art. 321 StGB) sowie die Strafbestimmungen des BG gegen den unlauteren Wettbewerb (Art. 23 ff. UWG) sowie des Datenschutzgesetzes (Art. 35 DSGVO).

E. Die Strafbarkeit von Unternehmen und von deren Vertretern

12 Im neuen allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches ist ein siebter Titel „Verantwortlichkeit des Unternehmens“ eingefügt, der in Art. 102 StGB die Strafbarkeit des Unternehmens mit einer Busse von bis zu 5 Mio. vorsieht.¹¹ Sodann wurde ein neuer Art. 29 StGB ins Leben gerufen, der die strafrechtliche Zurechnung bei Vertretungsverhältnissen regelt.

1. Art. 102 StGB

Damit sich ein Unternehmen strafbar machen kann, bedarf es

1. eines strafbaren Verhaltens einer Person, die zum Unternehmen in einem hierarchisch-organisatorischen Verhältnis steht (sog. Anlasstat);
2. eines spezifischen Bezugs dieses strafbaren Verhaltens zum geschäftlichen Tätigkeitsbereich des Unternehmens;
3. eines organisatorischen Versagens des Unternehmens.

Im Fall von Art. 102 Abs. 1 StGB besteht dieses organisatorische Versagen darin, dass die Tat keiner bestimmten natürlichen Person zugerechnet werden kann, weil z.B. Zuständigkeiten unklar sind,

¹¹ In Kraft seit 1.1.2007, vorher als aArt. 100^{quater} StGB seit 1.10.2003 in Kraft.

Sitzungsprotokolle fehlen oder e-Mails gelöscht wurden. Unter dem Aspekt unseres Themas viel interessanter ist dagegen die Umschreibung des Organisationsversagens in Art. 102 Abs. 2 StGB: Es genügt der Vorwurf, dass das Unternehmen „nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehren getroffen hat, um eine solche Straftat zu verhindern“.¹²

Im Bereich der betriebsinternen Korruptionsbekämpfung zählt die Lehre auch die Schaffung eines Whistleblowing-Verfahrens unter bestimmten Voraussetzungen zu diesen zumutbaren Vorkehren.¹³ Dabei hängen die zumutbaren Vorkehren natürlich sehr von den betriebstypischen Gefährdungen für solche Delikte ab. Bei einer Bank oder einer Stelle, die grosse Aufträge vergibt, wird diese Gefährdung höher sein als bei einem Gewerbebetrieb.

2. Art. 29 StGB

Im weiteren Zusammenhang mit der Strafbarkeit von Unternehmen sei darauf hingewiesen, dass die Verletzung von strafrechtlich relevanten Pflichten einer Unternehmung umgekehrt auf eine Person durchschlagen kann, die für die Unternehmung z.B. als Organ oder Mitarbeiter mit selbständigen Entscheidungsbefugnissen handelt.

3. Gefährliches Fazit

Insbesondere Art. 102 Abs. 2 StGB führt im Resultat und für die darin genannten Delikte zu einer Deliktverhinderungspflicht des Unternehmens. Es steht zu befürchten, dass die Praxis die Anforderungen an die Unternehmensorganisation post festum und in Kenntnis des Delikts relativ hoch ansetzen wird. Es kann also durchaus sein, dass bei Korruptionsdelikten, die durch ein ausgebautes

¹² Die Strafbarkeit besteht dabei neben und auch unabhängig von der Strafbarkeit natürlicher Personen. Vgl. zu Art. 102 StGB weiterführend und umfassend Matthias, Forster: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Unternehmens nach Art. 102 StGB, Bern 2006.

¹³ Forster (Fn 12) 237.

Whistleblowingverfahren hätten verhindert werden können, die Unternehmung selbst strafbar wird. Auch aus diesem Grund ist dem Thema deshalb die gebührende Aufmerksamkeit im Unternehmen zu widmen.

F. Strafprozessrecht

Es liegt nahe, dass der Whistleblower seine strafrechtlichen und weiteren Probleme dadurch zu lösen versucht, indem er seine Anzeige bei einer Behörde anonym erstattet. Auch anonyme Anzeigen sind von den Behörden zu behandeln, doch zeigt die Erfahrung, dass ihnen oft weniger Beachtung geschenkt wird. Die neuere Lehre gesteht deshalb der Strafverfolgungsbehörde das Recht zu, die Anzeige einer ihr bekannten Person entgegenzunehmen, deren Identität jedoch geheim zu halten.¹⁴ In aller Regel nehmen auch öffentliche Ombudsstellen eine schützende Vermittlerrolle wahr, wenn Korruptionspraktiken Behörden zur Kenntnis gebracht werden sollen.¹⁵

Nicht selten werden jedoch die Kenntnisse des Whistleblowers wichtige oder gar entscheidende Beweismittel für das Strafverfahren darstellen. Tritt der Whistleblower als Zeuge auf, so kann seine Anonymität kaum je gewährleistet werden, da die verfassungsrechtlichen Ansprüche des Beschuldigten zu wahren sind. Ausnahmen kann es nur bei sehr schweren Delikten, bei einer schweren Gefährdung des Zeugen durch seine Aussage oder im Anwendungsbereich des seit dem 1. Januar 2005 in Kraft stehenden Bundesgesetzes über die verdeckte Ermittlung geben.¹⁶

¹⁴ *Andreas Donatsch: Die Anonymität des Tatzeugen und der Zeuge vom Hörensagen, in: ZStrR 104 (1987) 400; Daniel Jositsch: „Whistleblowing“ und Strafverfahren, in: Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006 (Zürich 2006) 269.*

¹⁵ *Vgl. z.B. die Ausführungen des Ombudsmanns des Kantons Zürich zu seiner Funktion als Korruptionsmeldestelle unter www.ombudsmann.zh.ch.*

¹⁶ *Vgl. weiterführend zu diesem Thema Jositsch (Fn 14) 270.*

IV. Bankenrecht

A. Vorschlag der Eidgenössischen Bankenkommission

Ein Entwurf der Eidgenössischen Bankenkommission für das Rundschreiben betreffend Überwachung und interne Kontrolle sah die Einführung von Regeln zum Whistleblowing sozusagen als Teil des internen Kontrollsystems vor. Aufgrund des Widerstandes namentlich kleinerer Banken wurde das Projekt dann fallen gelassen und in dem am 1. Januar 2007 in Kraft getretenen Rundschreiben 06/6 vom 27. September 2006 ist das Thema nicht mehr direkt angesprochen.

B. Art. 3 Bankengesetz

Hingegen hält das Bankenrecht andere Organisationsvorschriften bereit, deren Auslegung sich dynamisch entsprechend den Anforderungen des Bankengeschäftes entwickelt und die eine Verbindung zu unserem Thema des Whistleblowings aufweisen. So verlangt Art. 3 Abs. 2 Bst. a BankG eine Organisation, die „eine sachgemässe Überwachung der Geschäftsführung gewährleistet“. Dazu gehört zunächst der Aufbau eines internen Kontrollsystems einschliesslich Compliance-Funktionen, welches die Einhaltung aller Gesetze, aufsichtsrechtlichen Regeln, bankinternen Weisungen und banküblichen Standards gewährleistet. In diesbezüglich anfälligen Bereichen könnte dies auch das Erfordernis nach sich ziehen, ein wirksames Whistleblowing-Meldesystem einzurichten. Nachdem die Eidgenössische Bankenkommission es verworfen hat, den Banken ein solches Meldeverfahren vorzuschreiben, kann es selbstverständlich nicht angehen, dies nun über die Hintertür einer Auslegung von Art. 3 BankG wieder einzuführen. Es ist trotzdem nicht auszuschliessen, dass Gerichte oder Behörden in Zukunft entsprechende Anforderungen stellen könnten und insbesondere eine betriebliche Praxis, welche die Meldung von Regelverstössen eher behindert als fördert, nicht tolerieren werden.

V. Arbeitsrecht

A. Treuepflicht (Art. 321a OR)

1. Allgemeine Treuepflicht

Der Arbeitnehmer unterliegt bekanntlich einer allgemeinen Treuepflicht, indem er gemäss Art. 321a Abs. 1 OR „die berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen zu wahren“ hat. Daraus wird abgeleitet, dass er alles zu unterlassen hat, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte.¹⁷

Das Ausmass der Treuepflicht hängt stark von Funktion und Aufgabe des Arbeitnehmers und den betrieblichen Verhältnissen ab und ist für jedes Arbeitsverhältnis aufgrund der konkreten Umstände neu zu bestimmen. Es ist klar, dass das Mass an Loyalität, das von einem leitenden Angestellten verlangt wird, ganz erheblich grösser ist als bei einem Arbeitnehmer in untergeordneter Stellung.¹⁸

Die arbeitsrechtliche Treuepflicht wird begrenzt durch die überwiegenden, berechtigten Eigeninteressen des Arbeitnehmers und ihr Inhalt ist stets das Resultat einer Interessenabwägung.¹⁹ Dazu ist allerdings zu ergänzen, dass die arbeitsrechtliche Treuepflicht von einer gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht überlagert werden kann, so z.B. von der Treuepflicht des Verwaltungsrates nach Art. 717 OR. Das Bundesgericht hat das Verhältnis dieser beiden sich überlagernden Treuepflichten geklärt: Der angestellte Verwaltungsrat bleibt aufgrund seiner Organfunktion zur umfassenden Wahrung der Gesellschaftsinteressen verpflichtet, obwohl seine aufgrund des Arbeitsvertrages bestehende Treuepflicht nur eine beschränkte wäre.²⁰

Es ist klar, dass bereits diese allgemeine Treuepflicht dem – insbesondere ausserbetrieblichen – Whistleblowing enge Grenzen setzt. Dies vor allem dort, wo die Meldung dem Arbeitgeber wirtschaftlichen

Schaden zufügt und die Meldung nicht durch überwiegende Interessen des Arbeitnehmers oder hochrangiger Interessen Dritter gerechtfertigt ist.

2. Informationspflichten des Arbeitnehmers im Besonderen

Aus der allgemeinen Treuepflicht folgen auch Mitteilungs- und Auskunftspflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber. Wie bei der allgemeinen Treuepflicht steigern sich auch die Informationspflichten des Arbeitnehmers mit erhöhter Verantwortung und erhöhter hierarchischer Stellung. Zu informieren ist unaufgefordert, wahrheitsgetreu, vollständig und rechtzeitig über alle für den Arbeitgeber wesentlichen Tatsachen wie Missstände und Unregelmässigkeiten im Betrieb,²¹ Mängel in der Gesundheitsvorsorge,²² Absenzen, eingetretene oder drohende Schäden etc. Verfehlungen von Untergebenen müssen der zuständigen Stelle angezeigt, Kollegen dagegen nur dann mit Namensnennung denunziert werden, wenn dies zur Verhinderung eines Schadens notwendig ist oder die Interessen des Arbeitgebers erheblich verletzt oder gefährdet werden.²³ Rehbinder nimmt bei leitenden Angestellten aufgrund von deren Vertrauensstellung sogar eine generelle Meldepflicht an.²⁴

Eine Verletzung der Informationspflichten wird in der Praxis durchaus mit Konsequenzen belegt: Nach Auffassung des Bundesgerichts hat ein Verkaufingenieur im Aussendienst eine besondere Vertrauensposition inne; er hätte deshalb seinen Arbeitgeber über Verfehlungen seines Vorgesetzten informieren müssen. Dieser hatte ihn während 2 1/2 Tagen für Versuche bei Kunden des Arbeitgebers für eine Drittfirma eingesetzt. Seine fristlose

¹⁷ Ledergerber (Fn 2) 119; Wolfgang Portmann: *Individualarbeitsrecht* (Zürich 2000) Rz 524; Manfred Rehbinder: *Berner Kommentar* (Bd. VI/2/2/1, Bern 1985) N 3 zu Art. 321a OR, Ullin Streiff/Adrian von Kaenel: *Arbeitsvertrag, Praxis-kommentar zu Art. 319 – 362 OR* (6. Aufl. Zürich 2006) N 2 zu Art. 321a OR.

¹⁸ Statt vieler: BGE 127 III 86 = JAR 2001 S. 177.

¹⁹ Portmann (Fn 17) Rz 528.

²⁰ Pra 2000 Nr. 50.

²¹ *Botschaft des Bundesrates vom 25. August 1967 an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Revision des 10. Titels und des 10. Titelsbis des Obligationenrechts (Der Arbeitsvertrag)*, Separatdruck, S. 60.

²² Art. 10 Abs. 2 VO 3 zum Arbeitsgesetz.

²³ Rehbinder (Fn 17) N 9 zu Art. 321a OR; Adrian Staehelin: *Zürcher Kommentar* (Bd. V/2/c, 4. Aufl. Zürich 2006) N 13 zu Art. 321a OR.

²⁴ Rehbinder (Fn 17) N 9 zu Art. 321a OR.

Entlassung wurde trotz der von seinem Vorgesetzten erteilten diesbezüglichen Weisung als gerechtfertigt eingestuft.²⁵ In einem andern Fall hatte ein höherer Bankangestellter dem Arbeitgeber keine Meldung über Veruntreuungen des ihm nicht unterstellten Devisenhändlers der Bank erstattet. Das Bundesgericht sprach ihn zwar strafrechtlich vom Vorwurf der Gehilfenschaft zur Veruntreuung durch Unterlassen frei, erachtete aber Art. 321a Abs. 1 OR als zivilrechtlich verletzt.²⁶

Als Zwischenfazit kann festgehalten werden, dass mindestens das betriebsinterne Whistleblowing in der Schweiz gesetzlich geregelt ist und je nach Stellung im Betrieb sogar eine Pflicht des Arbeitnehmers darstellt. Er hat dabei den Dienstweg einzuhalten, ausser es sei von vornherein klar, dass eine Meldung an die nächstzuständige Stelle fruchtlos bleibt. Aus der Treuepflicht muss auch abgeleitet werden, dass die Information über die unlautere Praxis nicht unter andern Mitarbeitern im Betrieb gestreut werden darf. Eine Ausnahme ist dann gegeben, wenn eine Gefährdung dieser Mitarbeiter vorliegt.

3. Die Geheimhaltungspflicht im Besonderen

Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers nach Art. 321a Abs. 4 OR ist während der Dauer des Arbeitsverhältnisses nach herrschender Meinung absoluter Natur.²⁷ Es könnte deshalb der Gedanke aufkommen, die Pflicht zur Wahrung des Geschäftsgeheimnisses biete anders als die allgemeine Treuepflicht keinen Raum für Interessenabwägungen und der Arbeitnehmer sei zu Anzeigen nicht berechtigt, wenn ein Geschäftsgeheimnis zur Debatte stehe. Der Arbeitgeber hätte es dann auch in der Hand, illegale Praktiken zum Geschäftsgeheimnis zu erklären und damit allfälligen Lecks vorzubeugen.

Dass dies nicht der Fall sein kann, scheint klar. Als dogmatischer Ausweg böte sich zunächst die Not-

wehr- und Notstandsbestimmung in Art. 52 OR an.²⁸ Soweit muss allerdings nicht ausgeholt werden: Geschützt kann eine Tatsache nach Art. 321a Abs. 4 OR genau wie im strafrechtlichen Bereich²⁹ nämlich nur dann sein, wenn das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers ein berechtigtes ist.³⁰ Dies wäre bei illegalen Praktiken zu verneinen. Unter den vorgenannten, allgemeinen Einschränkungen sollte also ein Arbeitnehmer auch dann zum Erstaten einer Anzeige berechtigt sein, wenn es sich um ein Geschäftsgeheimnis handelt. Diese Auffassung wird allerdings von Lehre und Gerichtspraxis nicht durchwegs geteilt.³¹ Das Bundesgericht verlangt „un intérêt supérieur“, also ein höherrangiges Interesse.³² Damit wird immerhin eine Interessenabwägung im konkreten Fall möglich, doch behindert die damit immer verbundene Rechtsunsicherheit die Erstattung von Meldungen ganz entscheidend.

4. Recht zur Anzeige?

In Ausnahmefällen kann eine Anzeige an betriebs-externe Stellen wie eine Strafverfolgungsbehörde klarerweise im Interesse des Arbeitgebers liegen und daher ohnehin zulässig sein. In der Regel wird aber eine solche Anzeige mit den darauf folgenden, negativen Folgen wie Aufsichts- oder Strafverfahren, Echo in der Öffentlichkeit etc. dem Arbeitgeber nicht gelegen kommen und kann sich ganz erheblich zu seinem Schaden auswirken. Die Treuepflicht, welche darauf ausgerichtet ist, den Arbeitgeber möglichst vor Schaden zu bewahren, gerät in ein Spannungsverhältnis mit anderen Werten unserer Rechtsordnung.

Nach der aufgrund dieses Wertekonflikts vorzunehmenden Interessenabwägung darf ein Arbeitnehmer illegale Praktiken im Betrieb seines Arbeitgebers zur Anzeige bringen, wenn gewichtige

²⁵ Bundesgericht in JAR 1999 S. 292.

²⁶ BGE 113 IV 68.

²⁷ Manfred Rehbinder/Wolfgang Portmann: Basler Kommentar (3. Aufl. 2003) N 18 zu Art. 321a OR.

²⁸ Art. 52 OR ist auch auf vertragliche Verhältnisse anwendbar; Art. 99 Abs. 3 OR.

²⁹ Dazu vorn S. 11.

³⁰ Portmann (Fn 17) Rz 554 ff.; Urs Wickihalder: Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers (Bern 2004) 23 ff. und 26 ff.

³¹ Nachweise bei Wickihalder (Fn 30) 26 ff.

³² BGE 127 III 310 E.5a.

Interessen Dritter oder der Öffentlichkeit gefährdet sind, z.B. bei einem schweren Verbrechen, oder sich die Handlung gegen den Arbeitnehmer selbst oder ihm untergeordnete Mitarbeiter richtet, z.B. bei grober Verletzung der Unfallverhütungsregeln.³³ Leisinger stellt in seiner grundlegenden Publikation³⁴ einen Kriterienkatalog auf, der die ethische Abwägung unterstützen soll.

Der Arbeitnehmer hat bei einem solcher Vorgehen aber immer den Grundsatz der Verhältnismässigkeit zu wahren.³⁵ Dies bedeutet, dass er zuerst vom Arbeitgeber Abhilfe verlangen muss, bevor er eine Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörde einschaltet. Eine Ausnahme wäre wiederum dort zu machen, wo von vornherein klar ist, dass eine solche Démarche beim Arbeitgeber nicht zum Erfolg führt. Nur wenn die Behörde trotz Mahnung in der Folge untätig bleibt, darf schliesslich in schweren Fällen die Öffentlichkeit z.B. durch Information der Presse eingeschaltet werden. Es ist klar, dass beim Schritt an die Öffentlichkeit dem Verhältnismässigkeitsgebot besondere Bedeutung zukommt, da dies dem Arbeitgeber sehr grossen Schaden zufügen kann. Dem Gebot der Verhältnismässigkeit nicht nachgelebt hatte eindeutig die Pflegerin, die nur 24 Stunden nach Anzeige an die Behörde das Fernsehen informierte, diesem ein Interview gab, an einer Demonstration gegen die Arbeitgeberin teilnahm und bereits vorgängig des Nachts unter Verletzung der Persönlichkeitsrechte der Patienten einen Film gedreht hatte.³⁶

Wir können als weiteres Zwischenfazit festhalten, dass ein Arbeitnehmer in besonderen Situationen und unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgebotes nach schweizerischem Recht sogar zum externen Whistleblowing berechtigt ist. In seltenen Situationen, in denen ihn eine Garantienpflicht gegenüber den möglichen Opfern der illegalen

Praktiken trifft, kann ihn sogar eine Anzeigepflicht treffen.³⁷

B. Arbeitsrechtlicher Schutz des Whistleblowers

Der bereits dargestellte Kernpunkt der Problematik liegt oft darin, dass die Tätigkeit des Whistleblowers ganz und gar nicht erwünscht ist und dieser in Ungnade fällt. Ein effizienter Schutz auf Gesetzesebene fehlt in der Schweiz.

Der betroffene Arbeitnehmer muss oft mit der Kündigung rechnen. Eine solche Kündigung ist, auch wenn sie aus missbräuchlichen Motiven erfolgt, im privaten Arbeitsrecht bekanntlich gültig. Immerhin kann die Kündigung zu finanziellen Ansprüchen in Form einer Entschädigung von bis zu 6 Monatsgehältern führen, wenn sie missbräuchlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn dem Arbeitnehmer aufgrund der konkreten Umstände ein Recht zum Whistleblowing, also zur internen Meldung oder zur externen Anzeige, zustand oder ihm gar eine Pflicht dazu oblag. Er hat mit seinem Tun damit einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis im Sinne von Art. 336 Abs. 1 Bst. d OR geltend gemacht und eine deswegen erfolgende Kündigung wäre missbräuchlich. Vorstellbar wäre eine Missbräuchlichkeit auch dann, wenn der Arbeitnehmer die Missstände, berechtigt und unter Einhaltung des Verhältnismässigkeitsgebotes, zum Gegenstand seiner gewerkschaftlichen Tätigkeit gemacht hat und deswegen entlassen wird.³⁸ Ein besonderer Kündigungsschutz kann für Arbeitnehmende bestehen, die geschlechterdiskriminierende Praktiken zum Gegenstand einer innerbetrieblichen Beschwerde oder einer Klage machen.³⁹ Theoretisch ist schliesslich auch denkbar, dass ein Gericht die auf ein

³³ Staehelin (Fn 23) N 28 zu Art. 321a OR.

³⁴ Klaus Leisinger: *Whistleblowing und Corporate Reputation Management*, München/Mering 2003.

³⁵ BGE 127 III 310 E. 5a = JAR 2002 S. 166, *übersetzt in AJP 2001 S. 1457*; *Ledergerber* (Fn 2) 120.

³⁶ *Bundesgericht a. a. O.*, vgl. auch die *Kritik von Farmer in AJP 2001 S. 1457*.

³⁷ *Vorstellbar wäre dies etwa beim Spitalarzt angesichts patientengefährdender Praktiken des Spitals. Personen in einem öffentlichen Arbeitsverhältnis können darüber hinaus aufgrund gesetzlicher Vorschrift einer Anzeigepflicht unterworfen sein, vgl. als Beispiel § 21 SIPO ZH.*

³⁸ Vgl. Art. 336 Abs. 2 Bst. a OR.

³⁹ Art. 10 GIG

Whistleblowing folgende Entlassung gestützt auf Art. 2 ZGB missbräuchlich erklärt.

Praktisch gar kein Schutz besteht im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis gegenüber Nachteilen, die einem Whistleblower ausserhalb einer Kündigung zugefügt werden, z.B. durch Schikanierung am Arbeitsplatz, Ausbleiben von Beförderungen oder Lohnerhöhungen usw. Mit Art. 328 OR, der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, stünde zwar eine vertragliche Basis zur Verfügung, doch hat bereits die Rechtsprechung zum Mobbing gezeigt, dass es ausserordentlich schwierig ist, daraus finanzielle oder andere Ansprüche zugunsten des Arbeitnehmers abzuleiten.

Etwas besser sieht die Situation im öffentlichrechtlichen Arbeitsverhältnis aus. In einzelnen Kantonen kann nach einer Entlassung auf dem Aufsichtsweg die Wiedereinstellung verfügt werden, in jedem Fall kann die Kündigung aber zu weitgehenden finanziellen Ansprüchen führen. Auch hinsichtlich der Zufügung von Nachteilen ausserhalb einer Kündigung ist die juristische Situation angesichts der Bindung des öffentlichen Arbeitgebers an Gesetz und Verfassungsgrundsätze besser; der Weg bleibt allemal beschwerlich.

VI. Wohin führt der Weg?

Wir haben gesehen, dass im schweizerischen Recht eigentlich recht gut geklärt ist, was der Whistleblower darf, nicht darf oder allenfalls gar muss, dass sein Schutz aber erst ansatzweise in Form einer finanziellen Entschädigung bei missbräuchlicher Entlassung gewährleistet ist. Vor diesem Hintergrund und angesichts des involvierten öffentlichen Interesses an der Korruptionsbekämpfung sowie den Interessen jedes Unternehmens, über ein effizientes Frühwarnsystem zu verfügen, ist die von der abgeänderten Motion Gysin eingeschlagene Stossrichtung zu begrüßen. Hingegen würde ich eine bürokratie- und verfahrenslastige Gesetzgebung wie den Sarbanes-Oxley Act entschieden ablehnen.

Die Arbeit beginnt aber zuallererst in den Unternehmen und anderen betroffenen Organisationen.⁴⁰ Es ist anzustreben, das Verständnis für die

Rolle und den Schutz des Whistleblowers, der im wohlverstandenen Interesse der Mitarbeiter, des Unternehmens und allenfalls einer betroffenen Öffentlichkeit agiert, in die Unternehmenskultur und schliesslich in das Verständnis aller Mitarbeitenden zu integrieren. Dies geschieht zunächst dadurch, dass die Unternehmen Entsprechendes in ihre Bemühungen um eine zukunftsweisende Corporate Governance aufnehmen. Wichtig und hilfreich ist in jedem Fall auch die Einrichtung einer neutralen Anlaufstelle, da der Dienstweg im Sinne der operativen Linie häufig mit einbezogen ist, wenn es in einem Arbeitsbereich zu illegalen Praktiken gekommen ist. Dabei sollte diese Anlaufstelle dem Meldung erstattenden Mitarbeiter Schutz vor Bekanntgabe seiner Identität im Unternehmen gewähren können.⁴¹ Gleichzeitig sollte die Anlaufstelle ähnlich wie ein Ombudsmann über glaubwürdige Informations- und Handlungsoptionen im Unternehmen verfügen. Darüber hinaus sollte das Thema auch von den Verbänden aufgenommen und in Ausbildungen integriert werden und sodann könnte eine entsprechende Politik auch in den Swiss Code of best Practice for Corporate Governance aufgenommen werden. Es ist schliesslich auch vorstellbar, dass Zulassungsbehörden in sensiblen Branchen wie etwa die Schweizer Börse entsprechende Regeln in ihre Richtlinien aufnehmen. Die Sicherstellung eines raschen und ungehinderten Informationsflusses bei illegalen Praktiken ist letztlich ein Instrument der Compliance und liegt im wohlverstandenen Interesse jedes Unternehmens. Der Schutz vor illegalen Praktiken dient schliesslich auch dem korrekten Funktionieren eines Marktes und liegt auch aus andern Gründen im öffentlichen Interesse. Eine glaubwürdige Politik zur Whistleblower-Problematik hilft dabei mit, diesen Interessen gerecht zu werden.

⁴⁰ Vgl. dazu auch Portmann/Wohlmann (Fn 4) 179 ff.

⁴¹ Da die externe Stelle die Personalien des Meldenden kennt, ist dadurch auch der Gefahr vorgebeugt, dass haltlose Denunziationen erhoben werden, wie dies etwa bei der Möglichkeit anonymer betriebsinterner Meldungen befürchtet wird.

2006:

sind 738 neue Fälle eingegangen
sind 714 Fälle abgeschlossen worden
sind 113 Fälle pendent (Ende Jahr)

Vorgehen bei Erledigung:

- 714 Total erledigt, davon
- 498 von der Verwaltung eingeholte Vernehmlassungen bzw. Akteneinsicht
 - 286 angehörte Auskunftspersonen von Behörden und Verwaltung
 - 11 Augenscheine und Besprechungen bei Beschwerdeführern
 - 431 empfangene Beschwerdeführer

2006 kamen die Beschwerden von:

- 18
- 73.8% Privatpersonen
 - 1.7% Juristischen Personen
 - 21.6% Staatspersonal
 - 2.5% Eigene Wahrnehmung
 - 0.4% Gemeinden

Der 10-Jahres-Rückblick:



Der Eingang der Beschwerden und ihre Erledigung

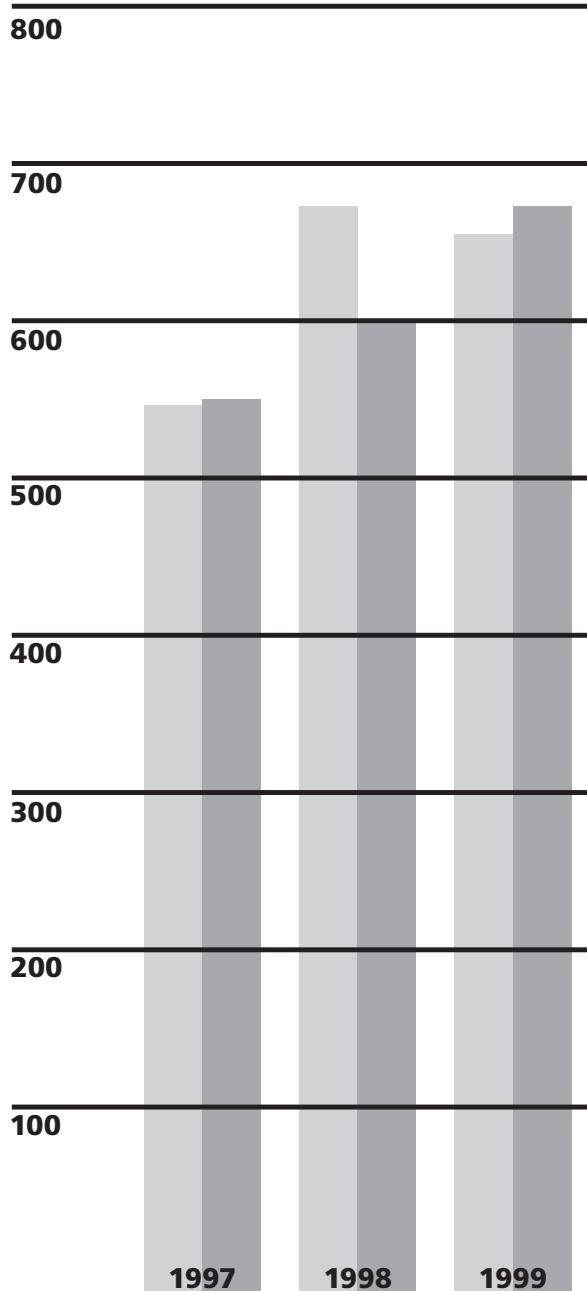
2006 wurden die Geschäfte nach folgenden Gesetzesgrundlagen erledigt

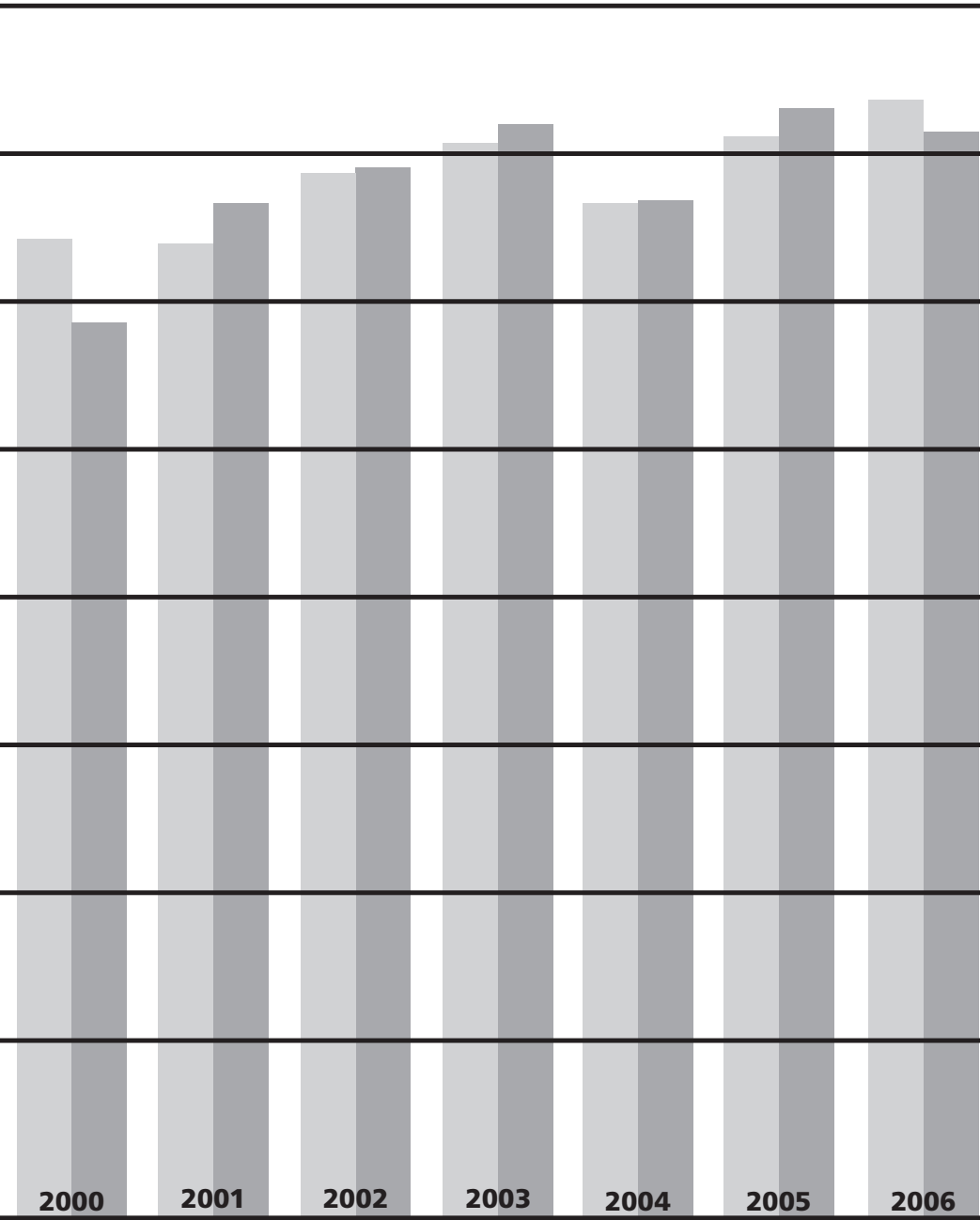
- 63.3% Nach §93a VRG (Rat erteilen)
- 36.4% Nach §93b VRG (Besprechung mit Behörden)
- 0.3% Nach §93c VRG (Formelle Empfehlung)

Erledigungsdauer

- 210 bis 10 Tage
- 159 11 Tage bis 30 Tage
- 336 31 Tage bis 1 Jahr
- 9 über 1 Jahr

-  Eingegangene Geschäfte
-  Erledigte Geschäfte





Vergangenheitsbewältigung nach dem Tod des Vaters

FALL
01

Für L ist es schwierig zu verstehen, dass sie nach dem Tod ihres Vaters keinerlei Auskunft über die Gründe seines letzten Spitalaufenthalts und seine Krankheit erhält. Sie harrt mit der Vergangenheit, denn sie stammt aus erster Ehe. Nach dem Tod ihrer Mutter habe die Stiefmutter jeden Kontakt zum leiblichen Vater verhindert. L ist bei den Geschwistern ihres Vaters aufgewachsen, die schon vor einiger Zeit gestorben sind. Nun ist auch ihr Vater tot – und es bleibt keine Möglichkeit mehr für klärende Gespräche. Dabei hätte sie so gerne gewusst, ob er im Spital je über sie gesprochen hat und woran er gestorben ist.

Es scheint irgendwie ungerecht, dass eine leibliche Tochter nichts über den Tod ihres Vaters erfahren darf, weil sie zur Stiefmutter als dessen letzte engste Angehörige keinen Kontakt hat. Der Ombudsmann möchte L gerne helfen. Der leitende Arzt des Krankenhauses will auch Auskunft geben, aber die Gesundheitsdirektion hat ihm dies unter Hinweis auf das Patientengeheimnis verweigert. Es wird argumentiert, L habe zeitlebens keine echte Beziehung zum Vater gehabt. Warum nun der Grund der Hospitalisierung hilfreich sein sollte, den Tod aufzuarbeiten, sei nicht ersichtlich. Nahe Angehörige des Verstorbenen hätten zum Gesuch von L auch keine Stellungnahme eingereicht. L habe zudem zu Lebzeiten ausreichend Möglichkeiten gehabt, sich über die Krankheit des Vaters und sein Verhältnis zu ihr zu orientieren.

Tatsache ist, dass L erst zwei Jahre nach dessen Tod vom Ableben ihres Vaters erfahren hat, da die Angehörigen untereinander keinen Kontakt pflegen. Der Ombudsmann möchte nun alles unternehmen, um L wenigstens einige Informationen über den Tod ihres Vaters zukommen zu lassen. Er wendet sich an den kantonsärztlichen Dienst. Der Ombudsmann schreibt, die Tatsache, dass sich der Vater von L nach der Wiederverheiratung überhaupt nicht mehr um seine Tochter kümmerte, sie bei Verwandten aufwachsen liess und auch später

kein Kontakt zwischen Vater und Tochter zustande kam, könne L nicht angelastet werden. Als dessen „genetisches Produkt“ habe sie Anspruch auf minimale Angaben, insbesondere zu seiner Erkrankung. Als seine Tochter müsse L ihre Vergangenheit rekonstruieren und damit ihren Seelenfrieden finden können.

Auf sein Schreiben hin erhält der Ombudsmann umgehend einen Rückruf. Es sei selbstverständlich, dass man L soweit möglich informieren werde, sonst steigere sie sich zu sehr in Phantasien. Dem Anruf folgt ein Schreiben der Gesundheitsdirektion, wonach der Chefarzt der Klinik, in welcher der Vater verstorben ist, wiedererwägungsweise von der Schweigepflicht entbunden wird, zumindest insoweit, als dass er zur genetischen Prädisposition von L Auskunft geben und damit krankheitsrelevante Daten ihres Vaters offen legen darf.

L teilt mit, sie sei übergelukkig und erleichtert, nun Antworten auf offene Fragen zu erhalten. Sie habe an ihrem Geburtstag einen Besprechungstermin mit dem Chefarzt vereinbart. Das Gespräch verläuft offenbar erfolgreich, denn L bringt keine weiteren Beanstandungen mehr vor.

Wie wäre es, wenn Rechnungen erst nach gründlichen Abklärungen zugestellt würden?

FALL
02

I gehört zu jenen Personen, die mit dem Ticketsystem der öffentlichen Verkehrsmittel regelmässig überfordert sind. Bei der Benützung der Fahrzeuge des ZVV irrt sie sich gelegentlich über die Tarife. In einem Fall hatte sie ein Fahrrad dabei und für dieses nichts bezahlt, weil sie es nicht gewusst habe.

In einem anderen Fall hatte sie vergessen, ihre persönliche Regenbogen-Karte für die Zone 10 zu erneuern. Sie gibt an, Selbstkontrollzuschlag und Gebühren jeweils umgehend bezahlt zu haben. Dennoch habe sie eine Nachforderung erhalten und sei verzeigt worden.

Am 27. Juli erhält I für den ersten Vorfall eine Rechnung der SBB von Fr. 80, die bis zum 26. August zu bezahlen ist. Mit Schreiben vom 4. August bekommt sie eine zweite Rechnung über Fr. 160, Absender VBZ, sowohl für die Fahrt mit den SBB als auch für die Fahrt mit den VBZ. Am 8. August zahlt sie zuhanden der SBB sowie des Zürcher Verkehrsverbunds (ZVV) je Fr. 80 bei der Post ein und glaubt, damit ihre Schuld beglichen zu haben. Mit Schreiben der VBZ vom 7. August wird ihr eine Zusatzgebühr von Fr. 50 auferlegt unter dem Titel „Rechnung für alle offenen Fälle“; zudem wird ihr eröffnet, dass Strafantrag gegen sie gestellt worden sei. Am 10. August erhält sie wieder ein Schreiben, nunmehr eine „Nachforderung“ über Fr. 90, unter Berücksichtigung der bereits geleisteten Zahlungen unter dem Titel „Anzahlung“. Die Nachforderung wird nicht weiter begründet.

Das Tempo, mit dem die Rechnungen bei I eingehen, ist beeindruckend! Der Ombudsmann fragt beim ZVV nach. Dieser leitet das Schreiben an die VBZ weiter. Nun wird klar, dass für eine zweite Fahrt ohne gültigen Fahrausweis innerhalb von 2 Jahren ein Taxzuschlag von Fr. 40 für den Wiederholungsfall erhoben wird. I hat zwar je die Gebühren bezahlt, so wie diese ihr in Rechnung gestellt worden waren. Die Abgeltung der Wiederholung hat sie unterlassen, denn I ist nicht klar, was warum zu bezahlen ist. Der Ombudsmann stellt

fest, dass die Zusammensetzung der in Rechnung gestellten Gebühren und Aufschläge nicht transparent ist. Das liegt teilweise daran, dass bei der ersten Gebührenrechnung nicht bekannt ist, wer in welchem Verkehrsmittel Zuschläge zu bezahlen hatte. Die Staffelung der Gebühren kann mithin erst erfolgen, wenn die beteiligten Inkassostellen PostAuto, SBB, Turbo und VBZ die erfassten Daten dem ZVV-Datenpool liefern. Nur sollten die anschliessend versandten Rechnungen klar aufzeigen, warum wer was zu bezahlen hat – und das tun sie nicht.

Die VBZ stellen in ihrem Schreiben an den Ombudsmann aber fest, dass der Strafantrag zu Unrecht eingereicht worden ist, weil die zu späte Erneuerung der persönlichen Monatskarte als Kulanzfall gelte. Er wird zurückgezogen und die Gebühr für den Strafantrag von Fr. 50 storniert. Die VBZ entschuldigten sich zudem bei der Beschwerdeführerin I. Diese wiederum dankt dem Ombudsmann und erklärt: „Wie gut, dass es Ihre Institution gibt, wir Konsumenten hätten keine Chance, zu unserem Recht zu kommen.“

Das Tarifsystem unserer öffentlichen Verkehrsmittel ist kompliziert, noch komplizierter wird es aber, wenn man den falschen Tarif für eine Fahrt löst!

Grosszügiger Erlass einer Darlehensforderung

FALL
03

R ist schwer krank. Es braucht keinen Arzt, dies festzustellen, als er die Räume beim Ombudsmann betritt. Deshalb kann er die Rückforderung eines Studiendarlehens des Jugendamts im Betrag von Fr. 60 000 nicht bezahlen. Dieses besteht auf der Rückforderung, weil R vor Jahren einen Erbvertrag abgeschlossen hat und mit Fr. 100 000 aus dem Nachlass seines Vaters ausgekauft worden ist.

R gibt an, er habe damals vergessen, die Zahlung anzugeben. Er habe nie Kontakt zum Vater gehabt und alles, was mit ihm in Zusammenhang stand, stets verdrängt. Mit der erhaltenen Summe habe er Bankforderungen bezahlt, heute noch habe er Verlustscheine im Betrag von Fr. 200000. Da er wegen seiner Erkrankung seit fünf Jahren vom Sozialdienst abhängig sei, würde eine neue Betreuung seine Chance, eine Wohnung zu finden, beeinträchtigen. Am Anfang, in der akuten Krankheitsphase, sei er auf eigenes Begehren hin durch einen Beistand begleitet worden. Heute noch müsse er so viele Schmerzmittel schlucken, dass er im Denken beeinträchtigt sei. Die zuständige Verantwortliche im Amt sei zwar sehr nett, habe ihm sogar kürzlich ins Spital angerufen, aber er könne höchstens Fr. 50 im Monat abzahlen, um die Schuld wenigstens moralisch zu tilgen.

Die Abklärungen des Ombudsmanns ergeben, dass R ausser den Sozialleistungen schon seit vielen Jahren kein Einkommen oder Vermögen mehr hat, sondern nur noch Schulden. Wegen der weiterhin bestehenden schweren Krankheit wird es R auch in Zukunft kaum gelingen, eine Arbeit anzunehmen. Deshalb kontaktiert der Ombudsmann das Jugendamt. Er erhält sogleich Antwort. Das Amt geht mit dem Ombudsmann einig, dass R nicht in der Lage ist, das Darlehen zurück zu zahlen. Es spricht, ihm die Forderung zu erlassen, wenn auch nicht gerne. R sei nämlich vorzuwerfen, dass er vor 14 Jahren einen Erbverzicht unterzeichnet habe.

Selbst wenn dies nicht erfolgt sei, um so der Rückzahlungspflicht zu entgehen, bleibe ein ungutes Gefühl. Der Vater hätte nämlich ein genügend grosses Vermögen gehabt, um die Schulden von R beim Jugendamt zu begleichen.

Der Ombudsmann versteht diese Haltung und teilt sie auch. Es scheint einmal mehr so, dass der Staat finanziell die Folgen zerrütteter Familienverhältnisse zu tragen hat. Aber das Leben habe R wiederholt mehr als „bestraft“, deshalb sei es richtig, ihn nicht weiter mit einer Forderung zu bedrängen.

U gelangt an den Ombudsmann und ersucht um Unterstützung. Er ist seit Jahren selbständig erwerbender Landwirt und nunmehr hauptberuflich Feuerungskontrolleur. Die Sozialversicherungsanstalt (SVA) habe ihm mitgeteilt, in seiner Tätigkeit als Feuerungskontrolleur gelte er nicht als selbständig erwerbend. Alle Verhandlungen hätten nichts genützt. Ob der Ombudsmann helfen kann?

Den Unterlagen entnimmt der Ombudsmann, dass U bis anhin als selbständig erwerbender Landwirt der Ausgleichskasse angeschlossen gewesen ist. Auf der Beitragsverfügung 2006 hatte er nun die Tätigkeit Landwirt gestrichen und durch Feuerungskontrolleur ersetzt. Die SVA entnahm seinen Unterlagen, dass er „arbeitsorganisatorisch“ von der Gemeinde Z abhängig und damit als unselbständig zu qualifizieren sei. Die Gemeinde Z werde von der SVA informiert, dass sein Einkommen abgerechnet und Sozialversicherungsbeiträge einbezahlt werden müssten. U reagiert umgehend und erklärt, er sei weiterhin noch als Landwirt tätig, im übrigen habe er als Feuerungskontrolleur die notwendigen Investitionen selbst zu übernehmen, mache die Rechnungsstellung selbständig und trage auch den Verlust bei Zahlungsunfähigkeit der Kunden. Die SVA antwortet ihm, auch dies führe nicht zum Schluss, dass eine selbständige Erwerbstätigkeit vorliege.

Bereits der Fragebogen für Selbständigerwerbende der SVA Zürich lässt auf die Unterscheidungskriterien zwischen selbständig und unselbständig Erwerbenden schliessen. Tritt man gegenüber der Kundschaft im eigenen Namen auf, werden Offerten gemacht, werden Rechnungen direkt gestellt, und trägt der Gesuchsteller allfällige Verluste bei Zahlungsunfähigkeit der Kunden selbst? Wie sieht es mit seiner Infrastruktur aus, und welche Verträge werden mit Kunden/Auftraggebern abgeschlossen? Indizien für einen Selbständigerwerbenden sind zudem Anstellung von Personal,

Anschluss bei Berufsverbänden oder Teilhaber an einer Firma. Dank diesem Fragebogen ist es für jeden Bürger einfach festzustellen, ob er sich bei der SVA als selbständig Erwerbender versichern kann oder nicht.

Im Falle von U zeigt sich, dass er nicht nur für eine Gemeinde, sondern für mehrere Gemeinden im Auftrag tätig ist. Er muss sich dabei zwar an die Gebührenverordnung der Gemeinden halten, hat aber selbst für Aufträge durch die Kunden zu sorgen, muss auf eigene Rechnung investieren, Material beschaffen usw. Es hat mithin mehrere Anhaltspunkte, die für eine Tätigkeit als selbständiger Unternehmer sprechen. Die SVA erklärt sich deshalb bereit, U rückwirkend die selbständige Erwerbstätigkeit zuzusprechen. Jedoch sei die Sachlage nicht so klar, weswegen die SVA nun die Auftragsverhältnisse aller Feuerungskontrolleure im Kanton Zürich einer näheren Überprüfung unterziehen werde, da bisher nicht alle gleich behandelt worden seien. Es lägen eben auch Kriterien vor, die für eine unselbständige Tätigkeit im Dienste der Gemeinden sprechen würden.

Für U ist die Angelegenheit vorläufig erledigt. Er nimmt aber auch zur Kenntnis, dass die SVA erst nach weiteren Abklärungen für die Zukunft entscheiden wird, welche Art von Erwerbstätigkeit vorliegt.

„Die berufliche Qualifikation von Frau X liegt brach“

FALL
05

Dies schreibt der Ombudsmann dem Chef des Zürcher Migrationsamtes in seiner schriftlichen Empfehlung. - X, einer verwitweten Ärztin aus dem Kosovo, und ihren Kindern war im Jahr 2000 durch das Bundesamt für Flüchtlinge (BFF, heute: Bundesamt für Migration, BFM) nach Abweisung ihres Asylgesuches die vorläufige Aufnahme (Ausweis F) gewährt worden. Begründet wurde dies in erster Linie damit, dass eine Rückkehr ins Heimatland wegen der schwerst behinderten, minderjährigen Tochter unzumutbar sei.

Das Gesuch von X auf Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (Ausweis B) wies das kantonale Migrationsamt im Jahre 2005 ab. Es stellte die Prüfung eines Gesuches um Überführung in ein ordentliches Anwesenheitsverhältnis erst für die Zeit nach Ablauf von mindestens acht Jahren ab registrierter Einreise, das heisst frühestens per 2007, in Aussicht. Die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung machte es sodann von einem in jeder Hinsicht einwandfreien Verhalten, regelmässiger Ausübung einer bewilligten Erwerbstätigkeit, geregelten finanziellen Verhältnissen sowie fehlender Sozialhilfe abhängig.

Nach Beizug und eingehender Prüfung der Akten lädt der Ombudsmann das Migrationsamt in seiner schriftlichen Empfehlung dringend ein, X und ihre Kinder hinsichtlich der Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung (B) zu unterstützen und dem Bundesamt für Zuwanderung, Integration und Auswanderung (IMES, heute: BFM) mit positivem Antrag zur Prüfung vorzulegen.

In rechtlicher Hinsicht kann der Ombudsmann zunächst die Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung mit dem Vorliegen eines schwerwiegenden Härtefalls unterstützen, bezüglich dem das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung die „Berücksichtigung aller Gesichtspunkte und Besonderheiten des Einzelfalls“ verlangt, was vorliegend aber nicht nachvollziehbar erfolgt sei.

Der Ombudsmann betont, dass das IMES und mehrere Kantone die Umwandlung einer F- in eine B-Bewilligung bei Familien keineswegs von einer achtjährigen Anwesenheitsdauer wie der Kanton Zürich abhängig machen, sondern nur eine vierjährige Mindestaufenthaltsdauer verlangen, was in diesem Fall längst erfüllt wäre.

Der Ombudsmann weist sodann darauf hin, dass es X als ausgebildeter Ärztin angesichts des heutigen Arbeitsmarktes – mit Blick auf eine Umwandlung der F- in eine B-Bewilligung – so gut wie unmöglich sei, das Erfordernis einer „gefestigten Erwerbstätigkeit“ zu erfüllen. So könne sie auch nicht der Sozialhilfe entkommen, obwohl sie dies – wie von ihr wiederholt geäussert – noch so gerne möchte. Inhaber von F-Ausweisen seien erfahrungsgemäss auf Billiglohnsegmente verwiesen. Damit habe es X im Vergleich zu anderen vorläufig Aufgenommenen, die über einen weniger hohen Ausbildungsgrad verfügten oder gänzlich ohne Berufsausbildung seien, auch viel schwieriger, auf dem Arbeitsmarkt Fuss zu fassen. Nicht anders ergehe es dem Sohn, der nun eine Lehrstelle suchen müsse, was mangels gesicherten Aufenthalts mit grossen Schwierigkeiten verbunden sei.

Einzig die Psychiatrische Universitätsklinik (PUK) habe beim Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) Interesse für X als Unterassistentin be-

kundet. Die Ärztin bringe berufliche Erfahrung mit, beherrsche Albanisch und Serbisch, verfüge aber auch über ausgezeichnete Deutschkenntnisse, so dass sie die PUK bei der zunehmenden Zahl von Patientinnen und Patienten aus dem Kosovo und aus Serbien enorm unterstützen könnte. Eine ausbildungsadäquate Tätigkeit als Ärztin sei X aber wegen des F-Status verwehrt, und ihre berufliche Qualifikation läge somit brach.

Im Endeffekt entstehe deshalb eine völlig paradoxe Situation: Obwohl als gesichert gelten könne, dass X, zusammen mit den Kindern, mangels Zumutbarkeit kaum je wieder in den Kosovo zurückkehren werde, behalte man die Familie – aufgrund einer vorliegend formalistisch gehandhabten Zürcher Praxis betr. Mindestanwesenheitsdauer – wohl noch weit länger als acht Jahre künstlich am „Staatsstropf“ (Sozialhilfe) und behindere dadurch auch noch die Berufs- und Integrationschancen der betroffenen Familienmitglieder.

Verfüge die Familie bereits über eine rund sechseinhalbjährige Aufenthaltsdauer in der Schweiz, habe sie sich ferner nach Kräften um Integration bemüht, soweit ihr diese nicht aus Gründen einer starren Praxis verwehrt worden sei, und könne auch in Zukunft nicht vom Vollzug einer Wegweisung ausgegangen werden, dann sei vorliegend der gesetzliche Härtefall als gegeben zu betrachten und X und ihren Kindern durch Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung der Schritt in die finanzielle Eigenständigkeit zu ermöglichen beziehungsweise eine fortdauernde Sozialhilfeabhängigkeit zu verhindern.

Einige Zeit später trifft die Antwort der Sicherheitsdirektion ein: Darin teilt deren Vorsteher mit, dass die Branchen, in denen vorläufig aufgenommene Personen erwerbstätig sein dürfen, durch das Amt für Wirtschaft und Arbeit (AWA) bestimmt würden. Nachdem das AWA die Erteilung einer Arbeitsbewilligung an X zunächst ab-

gelehnt habe, erkläre es sich – nach dem Ersuchen des Migrationsamtes um erneute Überprüfung des Falles – ausnahmsweise bereit, die Tätigkeit als Unterassistentin bei der PUK zu bewilligen.

Die Aufnahme einer assistenzärztlichen Tätigkeit bedürfte – im Unterschied zur vorliegend bewilligten Tätigkeit als Unterassistentin – zusätzlich einer Bewilligung der Gesundheitsdirektion, sofern die Gesuchstellerin nicht über ein eidgenössisches oder eidgenössisch anerkanntes ausländisches Arztdiplom verfüge. Mithin hänge die Aufnahme einer medizinischen Tätigkeit nicht in erster Linie von einer fremdenpolizeilichen, sondern von einer arbeitsamtlichen und je nach konkreter Tätigkeit auch von einer gesundheitspolizeilichen Bewilligung ab.

Weil X nun die von ihr gewünschte Tätigkeit als Unterassistentin aufnehmen könne, bestehe keine Notwendigkeit zur Erteilung einer Aufenthaltsbewilligung, zumal sie die – von den Rechtsmittelinstanzen in langjähriger Praxis regelmässig bestätigten – Kriterien für die Umwandlung der vorläufigen Aufnahme in eine Aufenthaltsbewilligung nicht erfülle.

Nachdem der Ombudsmann dieses Ergebnis an die Beschwerdeführerin weitergeleitet hat, teilt ihm diese mit, dass sie zwar ein bisschen enttäuscht gewesen sei, „weil ich mir zu viele Hoffnungen gemacht habe, dass ich endlich eine Aufenthaltsbewilligung B erhalten werde. Aber ich sehe, dass mit dieser Arbeitsbewilligung doch sehr viel erreicht wurde und es ein Weg zur Selbständigkeit ist.“

Im Rahmen der damit erneut bestätigten strengen Praxis des Kantons Zürich hinsichtlich der Umwandlung einer F- in eine B-Bewilligung konnte mit einer Ausnahmbewilligung immerhin eine angemessene Lösung gefunden werden, was Anerkennung verdient.

Von der „Kirschlorbeerhecke als Zankapfel“ oder der „Geduld der Behörden“

FALL
06

X schreibt dem Ombudsmann: „Das Recht wird nicht für alle gleich angewendet (...). Die einen dürfen standortfremde Pflanzen anpflanzen und züchten, und andere werden mit grossem Geschütz gezwungen, sie zu entfernen.“

Die Liegenschaft von X liegt in einer Landschaftsschutzzone. Bereits im Jahr 2000 ist X vor Verwaltungsgericht unterlegen, unter anderem bezüglich des Erhalts der auch nach alter Schutzverordnung widerrechtlich erstellten Kirschlorbeerhecke, die teilweise als Umfriedung der Liegenschaft dient. Die Vergleichbarkeit von Kirschlorbeer in der Nachbarschaft mit seiner eigenen Hecke war ihm nicht gelungen. Den Rückbau dieser Bepflanzung bestätigte das Amt für Raumordnung und Vermessung (ARV) mit einer weiteren Verfügung im Jahr 2005. Der Termin für die behördliche Entfernung ist bereits gesetzt.

Mit Y, der Nachbarin und Beschwerdegegnerin im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, liegt X schon seit längerem im Streit. Anlässlich der Besprechung beim Ombudsmann beklagt X, dass unter anderen auch die Liegenschaft von Y über Kirschlorbeer verfüge.

Auf Anfrage teilt das ARV dem Ombudsmann mit: „Der Spielraum ist klein. Die Hecke muss im Prinzip vollständig weg.“ Das ARV zieht aber dem formaljuristischen Vollzug eine pragmatische Lösung vor: Unter Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit, im Sinne eines Entgegenkommens gegenüber X, ferner im Wissen, dass die Nachbarin Y sehr genau hinsehen werde, und unter Vorbehalt, dass auch die Gemeinde mitmache, sei X bereits in Aussicht gestellt worden, dass die Hecke an vereinzelten Orten bestehen bleiben könne.

Der Ombudsmann teilt die Auffassung des ARV, wonach vor Ort eine Gesamtlösung nur möglich ist, wenn Y darin einbezogen wird.

Der Anwalt von Y bestätigt dem Ombudsmann das Desinteresse an der Beseitigung der Kirschlorbeerhecke von X, falls mit diesem als Dienstbarkeit ein „Sichtfenster,“ – mit freiem Blick auf das Naturschutzgebiet – via die Umfriedung seiner Liegenschaft errichtet werden könnte, Bemühungen, die bisher ohne Erfolg geblieben seien.

In einer nochmaligen Besprechung mit dem Ombudsmann kann X dafür gewonnen werden, die Hecke zumindest teilweise entfernen zu lassen und der Errichtung einer Dienstbarkeit (Sichtfenster) grundsätzlich zuzustimmen.

Auf dieser Grundlage wird mit den Beteiligten beziehungsweise ihren Vertretern und Begleitern vor Ort ein Augenschein durchgeführt: Das „Sichtfenster“ und die dadurch zu entfernenden Pflanzen sind dabei unter anderem ebenso Thema wie die teilweise Entfernung der Kirschlorbeerhecke.

Bereits kurz nach dem Augenschein bereut es X, dass die Zierkirschbäume eckseitig des „Sichtfensters“ zu entfernen seien, und er will für die Dienstbarkeit auch keinen Grundbucheintrag. Das alte Zerwürfnis unter den Nachbarn bricht wieder voll auf. Nachdem auch ein privater Vorschlag von X an den Anwalt von Y unbeantwortet geblieben ist,

erklärt der Ombudsmann die Vermittlungsbemühungen als gescheitert.

Ein Misserfolg für den Ombudsmann? Vielleicht. Jedoch: Lorbeeren – nicht Kirschlorbeeren – gehören hier vorab dem ARV. Es hätte schon längst – und ohne mit der Wimper zu zucken – die rechtskräftigen Entscheide vollziehen und damit die Kirschlorbeerhecke durch die kommunale Baubehörde entfernen lassen können. Wichtiger war ihm aber eine „gute Lösung“ ohne unnötigen Zeitdruck, bei der es sogar bereit war, den privaten Interessen der Nachbarn für ein Gesamtpaket Raum zu geben. Bürgerfreundlichkeit par excellence!

Das bedachte Vorgehen dieses Amtes verdient darum Anerkennung und Respekt. Der Ombudsmann weiss, wie viel Geduld, Zeit und nicht selten kreative Ideen es gelegentlich braucht, mehrere Beteiligte auf einen gemeinsamen Nenner hin zu führen. Darum: Ist eine Nichteinigung tatsächlich ein Misserfolg? Kaum: Der Versuch einer umfassenden Befriedung ist für das nachhaltige Zusammenleben unter Menschen allemal besser als ein nüchterner, punktueller Vollzug rechtskräftiger behördlicher Entscheide. Der Staat ist für den Bürger da, nicht umgekehrt. Beschönigung? Nein: Realität.

Steuerlicher Kinderabzug bei Fachhochschulstudium zulässig?

FALL
07

X hatte nach der Berufsmatura zunächst noch während dreier Monate auf dem erlernten Beruf gearbeitet, bevor sie als Zugsbegleiterin jobbte, um sich für die seit langem geplante mehrwöchige Reise und das nachfolgend vorgesehene Fachhochschulstudium ein finanzielles Polster anzulegen. Den durch die Eltern in der Steuererklärung für die volljährige Tochter geltend gemachten Kinderabzug wollte der Steuerkommissär nicht zulassen, da mit der Berufsmatura die Erstausbildung abgeschlossen sei.

Gestützt auf § 34 Abs. 2 lit. a des Zürcher Steuergesetzes und in Anlehnung an die steuerrechtliche Literatur hielt der Steuerkommissär dafür, dass die Erstausbildung dann als abgeschlossen zu betrachten sei, wenn ein Abschluss erlangt werde, der für die Ausübung eines bestimmten Berufs erforderlich sei und somit die Aufnahme einer angemessenen beruflichen Tätigkeit erlaube.

Abklärungen der Ombudsstelle beim Steueramt ergeben dann aber eine differenziertere neue Praxis: Da die Aufnahme eines Studiums an Fachhochschulen zwingend den Abschluss einer Berufslehre oder einer Berufsmatura voraussetzt, sind Kinderabzüge für mündige Kinder unter der Voraussetzung möglich, dass die Schule unmittelbar an die Berufslehre anknüpft, dass sie ganz- oder mindestens halbtägig durchgeführt wird, dass das studierende Kind seinen Lebensunterhalt nicht selbst bestreiten kann und dass die pflichtigen Eltern für den grössten Teil des Lebensunterhalts aufkommen.

Ein Fachhochschulstudium, das erst nach praktischer Berufsausübung aufgenommen werde, sei dagegen in der Regel – auch bei elterlicher Finanzierung – als eine über den zivilrechtlichen Ausbildungsanspruch hinausgehende, steuerlich nicht abzugsfähige Zweitausbildung zu qualifizieren.

Gegenüber der Ombudsstelle können die Eltern ihre finanzielle Unterstützung und das bereits lang dauernde Interesse von X für ein Fachhochschulstudium ohne weiteres darlegen. Ausserdem machen sie geltend, dass für ihre Tochter eine Erwerbstätigkeit neben dem Fachhochschulstudium als Ganztagesausbildung eine nicht zu bewältigende Doppelbelastung darstelle. Als eigentlicher Knackpunkt des Falles erweist sich indes, dass Berufsmatura und Beginn des Fachhochschulstudiums rund 14 Monate auseinander lagen.

Gegenüber dem Steuerkommissär vertritt die Ombudsstelle aber entschieden die Auffassung, dass es als geradezu klassisches Vorgehen von Schulabgängern bezeichnet werden könne, vor Aufnahme eines Studiums (Fachhochschule oder Universität) ein Zwischenjahr einzuschalten. Anhand der Abfolge der Tätigkeiten von X zwischen Berufsmatura und Aufnahme des Studiums zeige sich, dass sie im erlernten Beruf nicht ihre Zukunft gesehen habe.

Mit Hinweis auf die durch die Bologna-Reform stark veränderte Bildungslandschaft habe deshalb heute ein Lehrabschluss mit Berufsmatura nur noch den Stellenwert einer „beruflichen Grundausbildung“. Wer sich anschliessend an einer Fachhochschule immatrikuliere, setze damit nur die Ausbildung mittels Studiums fort. Vor die-

sem Hintergrund lädt die Ombudsstelle den Steuerkommissär ein, den Kinderabzug zuzulassen.

Nach einiger Zeit teilt der Steuerkommissär folgendes mit: „Dank einem persönlichen Gespräch (...) sowie den nunmehr nachträglich eingereichten Unterlagen konnte der Nachweis erbracht werden, dass die Tochter die Neigung und Fähigkeit zum (...) [Studium] hatte. Entsprechend wird der Kinderabzug gewährt.“

Die steuerliche Abzugsmöglichkeit solcher Ausbildungsgänge vermag das Budget der Eltern nicht unwesentlich zu entlasten und trägt angesichts des gewandelten Bildungsverständnisses deren gesetzlicher Verpflichtung ebenso Rechnung wie dem Willen, ihren Kindern durch finanzielle Unterstützung zu einer angemessenen Ausbildung und damit zu optimalen beruflichen Chancen zu verhelfen.

FALL
08

9 350 Franken beziehungsweise 10 900 Franken für Übernachtungen zur Kontrolle im UniversitätsSpital Zürich: X ist empört über diesen hohen Preis, da es sich nur um Übernachtungen zur Kontrolle nach einer ambulanten Behandlung gehandelt hat. Zudem hat die Frau erfahren, dass in einer privaten Klinik eine Übernachtung nicht einmal halb so viel wie im UniversitätsSpital Zürich gekostet hätte.

X versteht die hohen Kosten für die zwei Übernachtungen nicht, vor allem deshalb nicht, weil sie bei der ersten Übernachtung keine weiteren medizinischen Behandlungen beansprucht hat. Sie wendet sich deshalb an den Ombudsmann.

Der Ombudsmann lässt zuerst die Rechnungsstellung der ersten Übernachtung durch das UniversitätsSpital Zürich (USZ) nach Rechenfehlern überprüfen, da diese in Bezug auf die in Anspruch genommene Leistung doch sehr hoch wirkt. Es stellt sich heraus, dass keine Rechenfehler vorliegen.

In seinen Antwortschreiben nimmt das USZ Stellung zu den hohen Tarifen für die beiden Übernachtungen. Es erklärt, dass für stationäre Aufenthalte ein Tarifsystem mit Pauschalen zur Anwendung kommt. Dieses System und die Tarife sind zwischen den Tarifpartnern und den Spitälern vertraglich vereinbart und akzeptiert worden. „Da sich die Pauschalen aus Durchschnittskosten berechnen, bedeutet dies für kurze Aufenthalte und einfache Behandlungen, dass die Rechnungen im Verhältnis zur erbrachten Leistung eher zu hoch ausfallen.“ Das Gleiche gilt für die Zuschläge für die Privatabteilung und die Verrechnung des Zusatzhonorars für den behandelnden Arzt.

Diese Aussagen lassen sowohl den Ombudsmann als auch X sprachlos werden. Zudem schreibt der Finanzchef des USZ, „die Mängel des aktuellen Tarifsystems sind den Tarifpartnern und der Gesund-

heitsdirektion bekannt. Aus diesem Grund unterstützen praktisch alle Partner die geplante Einführung eines leistungsgerechteren Tarifsystems (...).“ Dies hilft X auch nicht weiter. Es macht sie geradezu wütend, dass dem USZ bewusst ist, dass die Tarife zu hoch ausfallen. Trotzdem wird keine sofortige Korrektur vorgenommen. Der Ombudsmann stösst sich auch an der Aussage des behandelnden Arztes, „dies übernimmt ja die Krankenkasse...“. X muss in der Tat einen grossen Teil der Rechnung nicht selbst bezahlen, dieser wird einfach auf die Krankenkasse und damit auch auf den Steuerzahler abgewälzt, was nicht gebilligt werden kann.

Der Ombudsmann kann in diesem Fall mangels Flexibilität des USZ nichts Weiteres unternehmen. Er verspricht aber X, bei diesem Thema „dran zu bleiben“, da die Rechnungen, obwohl die Tarife vertraglich vereinbart worden sind, auf sein volles Unverständnis stossen.

Sind die Aargauer tatsächlich kulanter als die Zürcher?

FALL
09

W ist pensioniert. Er lebt zeitweise im Ausland, reist viel in der Welt umher und hat seinen Wohnsitz in Zürich. Vergeblich versucht er, die Schreibweise seines Namens offiziell von „ä“ in „ae“ zu ändern. Das zuständige Amt weist immer wieder auf die wichtigen Gründe hin, die er nicht dargelegt habe.

W ist langsam verzweifelt und ungeduldig. Er hat seinen Nachnamen immer mit „ae“ geschrieben. Abschlusszeugnisse, Armeepapiere usw. sind mit „ae“ ausgestellt. Da er sich oft im Ausland aufhält, wo der Umlaut „ä“ gar nicht bekannt ist, möchte er seine offiziellen Dokumente entsprechend angepasst haben. Dies würde ihm auch die Reisen zu seinem in einem arabischen Staat lebenden Sohn erleichtern, der im übrigen seinen Namen im Kanton Aargau ohne weiteres von der Schreibweise mit „ä“ in „ae“ hatte ändern können. Die Ausstellung der Immigrationspapiere bei Besuchen sei erschwert, wenn er und sein Sohn einen unterschiedlichen Nachnamen trügen.

Für das zuständige Amt sind das alles keine wichtigen Gründe. Der Beschwerdeführer habe den lückenlosen Beweis der Schreibweise mit „ae“ nicht erbringen können. W fühlt sich schikaniert, weil sein Sohn im Nachbarkanton den Namen ohne Komplikationen hat ändern können. Er wünscht sich eine unbürokratische und faire Erledigung der Angelegenheit auch im Kanton Zürich.

Der Ombudsmann bestellt die Akten und wird durch das Amt darauf hingewiesen, dass die bisher geltend gemachten Argumente nicht den Anforderungen von Art. 30 Abs. 1 ZGB entsprächen. Der Ombudsmann sieht dies aber nicht so eng. Wer würde denn in seinen Rechten verletzt, wenn W nun seinen Namen mit „ae“ schreiben dürfte – und somit die Identität der Familiennamen wieder hergestellt wäre? Der Sohn gibt dem Ombudsmann umgehend die Vollmacht, seine Aargauer

Namensänderungsakten einzusehen. Nun könnte der Ombudsmann prüfen, unter welchen Voraussetzungen der Sohn die Namensänderung bewilligt erhalten hat. Die Verantwortliche der Aargauer Amtsstelle will aber dem Ombudsmann trotz Vollmacht keine Akteneinsicht gewähren. Sie arbeite nun schon seit 17 Jahren in der Aufsichtsbehörde und habe es 17 Jahre lang gleich gemacht. Sie dürfe die Akten nur einer kantonalen Stelle übergeben, die gleichfalls ein Namensänderungsgesuch bearbeite.

Also bittet der Ombudsmann die hiesige Amtsstelle, für ihn die Akten bei der Aargauer Verwaltung zu bestellen. Dieser Wunsch wird umgehend erfüllt. Dem Ombudsmann wird das Dossier mit einem Schreiben der hiesigen Behörde zugestellt. Diese erklärt nunmehr, da es nach Aargauer Praxis genüge, wenn zwei Belege für eine Änderung des Namens vorlägen, würde ausnahmsweise im Sinne einer Vereinheitlichung des Namens einer Familie dem Gesuch von W stattgegeben. Allerdings entspreche dies nicht der Zürcher Praxis, die einen lückenlosen Nachweis über Generationen oder wenigstens seit der Geburt verlange. Der Ombudsmann schreibt zurück, vorliegend handle es sich nur um eine geringfügige Änderung der Schreibweise eines Namens, deshalb erachte er die Zürcher Praxis als allzu hart – insbesondere im Vergleich mit dem Nachbarkanton. Was die Aargauer können, muss in Zürich auch möglich sein – und ist es schliesslich auch. W darf seinen Namen endlich mit „ae“ schreiben.

FALL 10

Nach korrekt durchgeführtem Mitarbeiterbeurteilungsverfahren wurde das 15jährige Anstellungsverhältnis der Mitarbeiterin X ordentlich gekündigt. In der Folge entstanden grundlegende Differenzen über den Inhalt des Schlusszeugnisses, vorab bezüglich des Verhaltensbeschriebs und des Kündigungsgrundes.

Das AMZ teilte der Vertreterin von X folgendes mit: „Da ich den Kündigungsgrund Ihrem Wunsch entsprechend gestrichen habe, will ich das Verhalten von Frau (...) [X] im Zeugnis auch nicht darstellen, da diese beiden Punkte miteinander verknüpft sind.“

Dieser Auffassung vermochte die Vertreterin von X nicht zu folgen. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass Angaben zum Verhalten zwingender Bestandteil eines Arbeitszeugnisses seien. Da X sehr lange beim AMZ angestellt gewesen sei, habe sie „Anrecht auf eine gute Verhaltensbeurteilung“.

In seiner Antwort an X hält der Ombudsmann zunächst fest, dass Arbeitszeugnisse wahr, vollständig, klar und wohlwollend sein müssen. Ein grundsätzlicher Anspruch auf ein „gutes Zeugnis“ und damit auf eine gute Verhaltensbeurteilung, auch bei 15jähriger Anstellungszeit, bestehe deshalb nicht.

Sodann kann er X auf das eingehende Studium ihres Personaldossiers verweisen, wonach mit verschiedensten Dokumenten und damit wiederholt folgende Vorwürfe belegt sind: Unzureichendes Verhalten gegenüber Aussenstellen, Publikum (Beschwerden), Vorgesetzten und Mitarbeitenden, fehlende Freundlichkeit, Team- und Kritikfähigkeit sowie Anpassungsschwierigkeiten trotz wiederholter Besprechungen und Aktennotizen.

Dem Wahrheits- und Vollständigkeitsgebot von Zeugnissen folgend, muss sich das Vollzeugnis daher sowohl über die Art und die Dauer der Anstel-

lung als auch über die Leistungen und das Verhalten des Arbeitnehmers aussprechen. Wer sich für ein Vollzeugnis entscheidet, hat damit gemäss Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts kein Wahlrecht, entweder nur seine Leistungen oder nur sein Verhalten beurteilen zu lassen, würde sich der Arbeitgeber doch sonst etwelchen Haftungsrisiken eines späteren Arbeitgebers aussetzen.

Insgesamt erachtet der Ombudsmann das durch das AMZ vorgeschlagene Weglassen sowohl der Verhaltensumschreibung als auch des Kündigungsgrundes bei sonst äusserst wohlwollender Gesamtqualifikation der Arbeit als zwar unüblich, jedoch als Ausdruck von „Fairness bis zum Letzten“. Er rät deshalb X, die letzte, durch das AMZ vorgeschlagene Zeugnisversion zum definitiven Wortlaut des Schlusszeugnisses erheben zu lassen: „Eine noch wohlwollendere Zeugnisversion müsste unweigerlich das Wahrheitsgebot verletzen oder schlicht negativer ausfallen.“

Die Aktenlage im Falle von X war selten gut, ja geradezu vorbildlich dokumentiert, was es ermöglichte, die unberechtigten Forderungen von X auf ein geschöntes Zeugnis ohne weiteres zu entkräften.

Wie dieser Fall klar zeigt, tun Personalfachleute gut daran, Vorwürfe gegen Mitarbeitende rechtzeitig zu dokumentieren.

Zangengeburt oder einfach unwilliges Amt?

FALL 11

Genau zwei Jahre lang begleitet der Ombudsmann die Familie X, der erhebliche Schwierigkeiten bei der Vorbereitung der Adoption ihres marokkanischen Wunschkindes bereitet werden – zuerst bis zum Abschluss einer Vereinbarung mit der Adoptionsbehörde, dann bei der Klärung der Frage, wie ein zweites Waisenkind aus Marokko aufgenommen werden könnte. Die Familie X hat verständlicherweise grosse Bedenken angesichts ihrer Erfahrungen und der nach wie vor bestehenden Rechtsunsicherheit. Auch Y, eine zweite Familie, die sich in derselben Situation befindet und ein Kind mit provisorischer Bewilligung aufgenommen hat, wendet sich an den Ombudsmann.

Beide Familien berichten von unverbindlichen und dürftigen Auskünften bis zur wiederholten Nichterreichbarkeit der zuständigen Personen im Amt. Die zwei Familien hatten „ihr“ Kind bereits bei sich in der Schweiz – und mussten gemäss Behördenauskunft damit rechnen, dass es wieder „ausgeschafft“ werde. Die Familien wiesen auf Beispiele aus anderen Kantonen hin, wo es mit der Aufnahme von marokkanischen Kindern zwecks Adoption problemlos geklappt hatte – ganz im Gegensatz zu Zürich.

Der Ombudsmann befasst sich in den Jahren 2005 und 2006 immer wieder mit dieser Problematik. Aber auch die Beschwerdeführer bleiben nicht untätig. X kann gar bewirken, dass das Bundesamt für Justiz eine Empfehlung zuhanden der Zentralen Adoptionsbehörden der Kantone im Juni 2005 erlässt. Darin wird festgestellt, die Aufnahme von Pflegekindern aus Marokko im Hinblick auf eine Adoption in der Schweiz dürfe nicht durch eine restriktive Auslegung der einschlägigen Bestimmungen der Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption (PAVO) verunmöglicht werden. Genau dies tut aber die Zürcher Behörde, wie der Ombudsmann feststellt. Sie praktiziert ihre eigene Auslegung, verunmöglicht dadurch letztlich die Aufnahme von marokkanischen Waisenkindern und gefährdet zudem das

Wohl der bereits hier befindlichen Kinder und deren (provisorischen) Pflegeeltern.

Das Bundesamt hält fest, dass gute Gründe bestehen, Adoptionen mit Marokko weiterhin zu ermöglichen. Es gibt zu viele verlassene Kinder, die dort nicht in Familien aufgenommen werden. In den letzten Jahren seien mehrere Kinder in der Schweiz platziert worden, ohne dass Missbräuche festgestellt werden konnten.

Das Bundesamt empfiehlt, einige Kriterien bei der Aufnahme zur Adoption zu beachten, weil das marokkanische Recht die Adoption nicht kennt und das bisherige Kindesverhältnis deshalb nicht erlischt, nämlich:

Ausstellen von Bewilligungen

1. nur für Kinder, deren Eltern gestorben oder unbekannt sind;
2. nur für Kinder, die von offiziell anerkannten Kinderschutzzentren betreut werden;
3. nur in enger Zusammenarbeit der Gesuchsteller mit der schweizerischen Botschaft;
4. immer mit dem Hinweis, dass die marokkanischen Behörden jederzeit eine Praxisänderung vornehmen können.

Aufgrund dieser eindeutigen Empfehlungen gehen die Beschwerdeführer davon aus, dass ihnen

auch im Kanton Zürich nun die Aufnahme eines marokkanischen Waisenkindes nicht verwehrt werden dürfe. Leider zeigt sich die hiesige Zentralstelle unbeweglich und rät weiterhin von Adoptionen aus Marokko ab, weshalb der Ombudsmann wiederholt intervenieren muss. Die verlangten Auflagen sind für die Beschwerdeführer nicht zu erfüllen, gibt es doch zum Beispiel keine für Adoptionen zuständige Behörden in Marokko, da dort ja die Institution der Adoption nicht bekannt ist. Die marokkanischen Behörden können aber eine Freigabe verfügen, was sie regelmässig in Kenntnis der Adoptionsbestimmungen in der Schweiz oder anderen europäischen Ländern tun. Deshalb sollte diese bewährte Praxis auch der Zürcher Behörde genügen. Diese schreibt aber noch am 14. Juli 2006 der Familie Y, also lange Zeit nach Erlass der eindeutigen Empfehlungen durch das Bundesamt: „Die (Behörde) stellt für das Kinderherkunftsland Marokko keine vorläufigen Bewilligungen zur Aufnahme eines Kindes zwecks Adoption mehr aus...“. Verwiesen wird einmal mehr auf die PAVO (Verordnung über die Aufnahme von Kindern zur Pflege und zur Adoption), wonach die Zustimmung des Herkunftslandes zur Adoption vorliegen müsse, bevor das Kind in die Schweiz einreise. Dies wird im Bewusstsein festgehalten, dass Marokko die Adoption in unserem Sinne nicht kennt und deshalb auch keine entsprechende Zustimmung erteilen kann. Für die Beschwerdeführer ist das nur noch Schikane. Sie wollen eindeutige und verbindliche Richtlinien, unter welchen Voraussetzungen die Zürcher Behörden eine Adoption marokkanischer Kinder ermöglichen. Der Ombudsmann unterstützt sie in ihrem Anliegen und wendet sich an die vorgesetzte Direktion, denn die Familie X möchte ein zweites Kind aus Marokko und die Familie Y ihr erstes Kind adoptieren.

Familie X hatte schon Monate zuvor versucht, die Sachlage in Bezug auf die Adoption des zweiten Kindes direkt mit dem zuständigen Amt abzuklären. Sie erhält zur Antwort: Es handle sich um eine komplexe Frage des internationalen Rechtes,

und der Rechtsdienst sei derzeit mit anderen wichtigen gesetzgeberischen Aufgaben beschäftigt. Da aber das marokkanische Recht die Adoption der marokkanischen Kinder durch in der Schweiz lebende Eltern nicht erlaube, werde das Amt bis auf weiteres nicht auf Gesuche zur Aufnahme von Kindern aus Marokko zwecks Adoption eintreten. Diese Auskunft erhält die Familie X drei Monate nach Erlass der klaren Empfehlungen des Bundesamtes für Justiz! Der Ombudsmann fordert die Verantwortlichen dieses Schreibens umgehend auf, mit ihm in Kontakt zu treten, um diese „Ermessensfrage“ zu klären. Der Empfang des Schreibens wird bestätigt. Nachdem auch einen Monat später keine Rückmeldung der Verantwortlichen eingegangen ist, macht sich der Ombudsmann nochmals bemerkbar. Er will diese Frage lösen.

Kurz darauf kann die Angelegenheit mit dem Amt besprochen werden. Der Ombudsmann ist nicht zufrieden, wird ihm doch mitgeteilt, es sei der Familie X unbenommen, ein neues Gesuch einzureichen. Dieses werde bei der geltenden Rechtslage jedoch abschlägig beschieden, denn die Zentralbehörde des Kantons Zürich teile die Auffassung des Bundesamtes für Justiz nicht. Die Zentralbehörde möchte die Frage durch ein ordentliches Gericht geklärt haben. Das heisst: Die Familie X wird auf den Rechtsweg verwiesen, nachdem deren Gesuch abschlägig entschieden worden ist.

Der Ombudsmann wendet sich an die Bildungsdirektion und beanstandet, dass die verantwortliche Behörde nicht die Auseinandersetzung mit dem Bundesamt für Justiz sucht, um allenfalls offene Fragen mit diesem zu klären. Sie wolle vielmehr einen Bürger in ein kompliziertes und teures Gerichtsverfahren drängen. Das Amt sei nicht bereit zu verhandeln, sondern wünsche einen höchstrichterlichen Entscheid. Die Bildungsdirektion verspricht Abklärungen. Seitens des Amtes wird der Familie X nun zugesichert, es werde sich mit den Empfehlungen des Bundes bald-

möglichst rechtlich vertieft auseinandersetzen. Gleichzeitig werde das Amt auf den Antrag zur Aufnahme eines Kindes zwecks Adoption doch eintreten, damit die Familie X den Rekursweg beschreiten könne. Immer noch zeigt sich das Amt bemüht, die Beschwerdeführer in ein Rechtsmittelverfahren zu drängen! Die Familie X lässt sich nicht drängen und wendet sich nach weiteren drei Monaten selbst an die Bildungsdirektion, weil immer noch kein Ergebnis der versprochenen Abklärungen vorliegt. Auch der Ombudsmann hat nichts erhalten.

Neun Monate nach der Zusicherung einer Abklärung durch die Bildungsdirektion wendet sich der Ombudsmann erneut an dieselbe und bekundet sein Erstaunen darüber, dass immer noch keine Ergebnisse der angezeigten Abklärungen vorliegen. Er erhält keine Antwort und erneuert seine Anfrage gut zwei Monate später. Es ist mittlerweile die dritte Aufforderung, sich zu den Empfehlungen des Bundesamtes für Justiz zu äussern und klare Richtlinien zur Adoption von marokkanischen Waisenkindern bekannt zu geben.

Die Bildungsdirektion antwortet nun umgehend zur Beschwerde der Familie X und erklärt, es sei ein Rekurs dieser Familie (im Zusammenhang mit der ersten Adoption) gutgeheissen worden. Die Familie habe man aufgefordert, ihr Gesuch um Aufnahme eines zweiten Kindes einzureichen, sie habe dies aber nicht getan (Anm. weil ihr im Vorfeld unmissverständlich die Abweisung angekündigt worden war). Im Übrigen werde das zuständige Amt ein Merkblatt für Adoptionen aus Marokko herausgeben und dieses den Beschwerdeführern X und Y sowie weiteren interessierten Adoptiveltern zustellen. Das Merkblatt werde per Ende November 2006 unter www.lotse.zh.ch veröffentlicht.

Dies ist zum angekündigten Zeitpunkt nicht der Fall, worauf die Familie Y direkt der Bildungsdirektion schreibt und nachfragt. Da sie keine Antwort erhält, wendet sich der Ombudsmann Mitte

Januar 2007 selbst nochmals an die Bildungsdirektion und erkundigt sich nach dem Merkblatt. Das zeigt Wirkung, wie die Familie Y mitteilt. Sie erhält drei Tage später einen Anruf des zuständigen Amtes, wonach das Merkblatt jetzt publiziert sei. Dieses wiederholt die Empfehlungen des Bundesamtes für Justiz und gibt bekannt, dass nun in Abweichung früherer Entscheide grundsätzlich auch die Aufnahme von Kindern aus Marokko unter bestimmten Voraussetzungen bewilligt wird.

Dank der Familie X in erster Linie, aber auch dank der Hartnäckigkeit der Familie Y, konnte die Frage der Adoption marokkanischer Kinder nach zweijährigen Verhandlungsbemühungen mit tatkräftiger Unterstützung durch den Ombudsmann auch für den Kanton Zürich verbindlich geklärt werden – nicht zuletzt aufgrund der klaren Empfehlungen des Bundesamtes für Justiz.

„Muss ein 14jähriges Mädchen eine Busse von 340 Franken bezahlen?“

FALL
12

Dies will die Mutter der 14jährigen X wissen, nachdem die Tochter innert nur 67 Minuten gleich zweimal bei Ticketkontrollen in öffentlichen Verkehrsmitteln ohne gültigen Fahrausweis angehalten worden ist.

Die Mutter berichtet dem Ombudsmann, ihre Tochter sei mit Freundinnen, die ein Ticket und Geld dabei gehabt hätten, unterwegs gewesen. Auf der Hinfahrt habe X eine Busse erhalten. Für die Rückfahrt nach einer Stunde habe die Tochter altersbedingt kein Geld auftreiben können. Die Freundin habe ihr im Bus ihr Ticket gegeben, um es in der Tasche von X zu deponieren. X habe dem Kontrolleur sofort ihre Busse gezeigt und auch noch das Ticket der Freundin in der Hand gehalten. Die Busse habe X dem Kontrolleur hingestreckt im Glauben, diese gelte auch für die Retourfahrt. Die Kontrolleure hätten dann behauptet, das Ticket sei „geschoben“ worden. Ihre Tochter könne nichts dafür, dass ihr das Ticket gegeben worden sei. Auch betrage die erste Busse bereits Fr. 120.- statt lediglich Fr. 80.-.

Solches Verhalten kann beim Ombudsmann nur Kopfschütteln auslösen, was er der Mutter von X kurz und knapp wie folgt vorhält: „Hatte Ihre Tochter kein Geld dabei, hätte sie sich welches borgen müssen. Wäre dies nicht möglich gewesen, hätte sie entweder auf die Fahrt in die Stadt verzichten oder zu Fuss gehen müssen. (...) Jedes Kind – jedenfalls ab dem Alter von 6 Jahren – weiss, dass es zur Benützung des öffentlichen Verkehrs eines gültigen Billettes bedarf.“

Geradezu unverständlich wirkt für den Ombudsmann auch, dass X bereits eine Stunde später wiederum ohne gültigen Fahrausweis den Bus benützte. Dass X geglaubt haben will, die „Busse“ – es handelt sich nicht um eine (Geld)Strafe, sondern um eine Gebühr (sog. Selbstkontrollzu-

schlag) – berechtige auch zur Rückfahrt, wertet er als reine Schutzbehauptung, nachdem die Freundinnen des „geschobenen“ Tickets überführt worden waren. X hätte das Ticket von ihrer Freundin nicht entgegenzunehmen brauchen. Tat sie es dennoch, konnte dies einzig zu dem Zweck geschehen sein, gegenüber dem Kontrolleur überhaupt eines vorweisen zu können.

Wird ein Fahrgast in einem Verkehrsmittel des Zürcher Verkehrsverbundes (ZVV) innerhalb von zwei Jahren mehrmals beim Schwarzfahren erwischt, werden die Gebühren seit dem 1. Januar 2006 laufend erhöht: Wer das erste Mal ohne ein gültiges Ticket unterwegs ist, muss wie bisher eine Gebühr von 80 Franken bezahlen. Beim zweiten Mal beträgt die Gebühr 120 Franken und ab dem dritten Mal 150 Franken. Eine strafrechtliche Verfolgung bleibt in jedem Fall vorbehalten.

Weil der Selbstkontrollzuschlag auf der Hinfahrt bereits Fr. 120.- betragen hatte, vermutete der Ombudsmann, X sei möglicherweise seit Einführung der gestaffelten Gebühren schon früher „schwarz gefahren“. Mit zwei Selbstkontrollzuschlägen und einer zusätzlichen Gebühr für die Verwendung des geschobenen Tickets kostete der Ausflug in die Stadt und zurück damit insgesamt Fr. 340.-. Der Ombudsmann sieht keinerlei Veranlassung, beim ZVV zu intervenieren. Er empfiehlt der Mutter von X, den Betrag zu bezahlen.

Nichtärztliche Akupunktur: Die Nadeln des Ombudsmanns

FALL

13

X kann seit seinem Studium an der ETH auf eine bereits über 20jährige Praxis als Apotheker zurückblicken. Trotz mehrjähriger Ausbildung zum Akupunkteur mit entsprechenden Abschlüssen in traditioneller Chinesischer Medizin verweigert ihm die Gesundheitsdirektion die Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung als Akupunkteur.

Die Gesundheitsdirektion stützt ihren ablehnenden Entscheid, mit Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung (BGE 125 I 335ff.), auf die Stellungnahme der Schweizerischen Berufsorganisation für Traditionelle Chinesische Medizin (SBO-TCM) als anerkannter schweizerischer Ausbildungsinstitution. Durch die SBO werde ein nachprüfbarer schweizerischer Ausbildungsnachweis erbracht, da diese Berufsorganisation ein hinreichendes Ausbildungsniveau definiere, wodurch die Gleichwertigkeit der vorgelegten ausländischen Abschlüsse überprüft werden könne.

Die Gesundheitsdirektion begründet ihren ablehnenden Entscheid sodann im Wesentlichen damit, dass die Ausbildungsstätte gemäss der durch X eingereichten Unterlagen insbesondere auf die Weiterbildung von diplomierten Ärzten ausgerichtet sei, weshalb anzunehmen sei, dass die Teilnehmer „eine bestimmte ärztliche Vorbildung mitbringen“ müssten, und deshalb gehe die Ausbildung denn auch „in gewissen Punkten weniger weit als nichtärztliche Ausbildungen, die von der zuständigen Berufsorganisation anerkannt werden“.

Die SBO-TCM hatte in ihrer Stellungnahme bemängelt, dass die von X aufgeführten Akupunktur-Schulen private und keine staatlichen Institutionen seien sowie ferner, dass X keine Nachweise der abgeschlossenen Prüfungen von Deutschland oder von Peking eingereicht habe.

Ebenfalls fehlten ein Leitfaden der Schule in Deutschland und sämtliche Curricula, um den Inhalt der Prüfungen zu überprüfen. Schliesslich akzeptiere die SBO-TCM grundsätzlich nur staatliche Examen. Beide eingereichten Diplome seien aber keine staatlichen Diplome. X müsste deshalb die SBO-TCM-Prüfungen sowie die geforderten Praktikumsstunden absolvieren, um als A-Mitglied in die SBO-TCM aufgenommen zu werden.

Der Ombudsmann weist die Gesundheitsdirektion darauf hin, dass das Bundesgericht im erwähnten Entscheid die geforderte Gleichwertigkeit gerade nicht davon abhängig mache, dass es sich bei der ausländischen Ausbildungsstätte um eine staatliche Institution handle. Im Vordergrund müsse vielmehr die Qualität der Ausbildungsstätte stehen und nicht deren Trägerschaft. Akzeptiere die SBO-TCM (selber eine private Institution) gemäss eigener Website nebst staatlich durchgeführter Examen aber explizit auch solche „anderer neutraler Stellen“, sei aber vorliegend weder behauptet noch dargetan, dass und inwieweit es den durch X besuchten Schulen an der geforderten Neutralität mangle. Demgegenüber habe X insbesondere dokumentiert, dass die von ihm besuchte Akademie in Peking direkt dem chinesischen Gesundheitsministerium unterstellt sei, von der Weltgesundheitsorganisation (WHO) kontrolliert werde und im Übrigen in China den höchsten Stellenwert einnehme.

Allenfalls fehlende, für eine Anerkennung der ausländischen Ausbildungen erforderliche Belege habe X sodann der Gesundheitsdirektion nachgereicht. Weshalb diese Unterlagen der SBO-TCM nicht zur ergänzenden Prüfung zugestellt worden seien, könne man nicht nachvollziehen.

Dass X als ausgebildeter und langjährig tätiger Apotheker mit Ärzten an der Ausbildung teilnehmen können, spreche ja gerade dafür, dass er die nötige fachliche Vorbildung mitgebracht habe. Anders wäre nicht zu erklären, dass er einerseits überhaupt zu den Akupunktur-ausbildungen wie zu den Prüfungen zugelassen wurde, andererseits auch die Prüfungen bestand. Somit bleibe auch völlig unklar, in welchen „gewissen Punkten“ die Ausbildung weniger weit gehe als bei nichtärztlichen Ausbildungen, die von der SBO-TCM anerkannt würden, zumal die SBO-TCM, trotz zweimaliger Aufforderung, der Gesundheitsdirektion die verlangte detaillierte Begründung für die Ablehnung der ausländischen Diplome nicht geliefert habe.

Für den Ombudsmann ist damit insgesamt nicht nachvollziehbar, ob und inwieweit sich die SBO-TCM, aber auch die Gesundheitsdirektion tatsächlich mit den durch X eingereichten Unterlagen auseinander gesetzt haben und sich überhaupt in der Lage sehen, abschliessend beurteilen zu können, inwieweit Ausbildung und Abschlüsse von X die hiesigen Erfordernisse an eine durch das Bundesgericht geforderte „genügende Ausbildung“ nicht erreicht hätten.

Den Ombudsmann irritiert sodann auch die Information, wonach mehrere SBO-Vorstandsmitglieder angeblich gleichzeitig Mitbesitzer von Schulen sind und in der Ausbildung an Schulen involviert sein sollen. Falls dies tatsächlich zutreffen sollte, wäre seiner Auffassung nach die notwendige Unabhängigkeit der SBO-TCM mit Blick auf die Anerkennung ausländischer Diplome in Frage gestellt: Es gälte die Vermutung zu

entkräften, dass die SBO geneigt sein könnte, ausländische Diplome aus verbandspolitischen Gründen nur deshalb abzulehnen, um den Ausbildungsgängen der von der Berufsorganisation anerkannten Schulen den Vorzug zu gewähren. Hierzu spricht das Bundesgericht eine deutliche Sprache (BGE 125 I 339 E. 3b): Dass „ein erhebliches öffentliches Interesse daran [besteht], dass im Gesundheitswesen nur fähige Personen tätig sind (, ...) darf jedoch nicht dazu missbraucht werden, aus standespolitischen [oder eben hier: verbandspolitischen] Überlegungen den Zugang zu den Berufen des Gesundheitswesens stärker einzuschränken, als dies zur Wahrung der berechtigten gewerbepolizeilichen Interessen gerechtfertigt ist.“

Zusammenfassend kommt der Ombudsmann zum Ergebnis, dass aufgrund der Akten jedenfalls nicht ausgeschlossen sei, dass X – der im Kanton Schwyz übrigens bereits über eine solche Zulassung verfügt – im Bereich der Akupunktur mindestens so gut beziehungsweise sogar besser ausgebildet sei als ein diplomierter Arzt mit Zusatzausbildung in Akupunktur. Demgegenüber fehle es insbesondere mit dem Entscheid der Gesundheitsdirektion an einer stichhaltigen Argumentation mit differenzierter Auseinandersetzung darüber, weshalb X die Bewilligung nicht erteilt werden könnte.

Zwei Monate später teilt die Gesundheitsdirektion dem Ombudsmann kurz und knapp mit: „Wir (...) können Ihnen nun mitteilen, dass (...) [X] die Bewilligung zur selbständigen Berufsausübung in Akupunktur gestützt auf die Anerkennung der SBO-TCM (...) erteilt werden konnte.“ – Auf welchen Wegen diese Bewilligung nun doch möglich geworden ist, erfährt der Ombudsmann nicht.

Machtwort des Regierungsrats zur Zahlung eines Bagatellbetrags

FALL

14

T führt seit eineinhalb Jahren einen Streit mit einer Amtsstelle. Als Psychiaterin hat sie eine Dienstleistung erbracht und nach Tarmed abgerechnet. Die Amtsstelle akzeptiert den Tarmed-Tarif nicht und stellt sich auf den Standpunkt, die fragliche Besprechung sei ohnehin teilweise im Interesse der Ärztin erfolgt. Die Honorarforderung wird nicht vollumfänglich bezahlt. T wendet sich an den Ombudsmann.

Nach Einsicht in die Akten zeigt sich, dass wegen der Honorarrechnung mehrfach korrespondiert worden ist. T schreibt, zuerst sei die abendliche Sitzung als kulante Aktion ihr zuliebe dargestellt worden, dann als interdisziplinäre Arbeit, ohne Honorar. Schliesslich hätte sie pauschal, aber nicht nach Tarmed entschädigt werden sollen. T wendet sich an die FMH (Verbindung der Schweizer Ärztinnen und Ärzte), die feststellt: „Wenn Behörden ärztliche Fachleute zu Besprechungen einladen, sollen sie sich gefälligst überlegen, zu welchen Themen deren Präsenz erforderlich ist und die Sitzung entsprechend planen. Es dürfte auch in der Verwaltung des Kantons Zürich üblich sein, dass man nicht nur für die eigene Redezeit an Sitzungen entschädigt resp. entlöhnt wird.“ Alle Bemühungen von T, in eigener Sache vorzugehen, bleiben erfolglos, und auch eine Aufsichtsbeschwerde an den Regierungsrat scheidet.

In den Gesprächen mit den Verantwortlichen der Amtsstelle weist die Ombudsperson auf die widersprüchlichen Angaben zur in Rechnung gestellten Sitzung hin, hat damit aber keinen Erfolg. Auch der Hinweis, wonach eine erhebliche Rechtsunsicherheit bestehe, weil den regelmässig in Anspruch genommenen externen Ärzten kein Merkblatt zu den Tarifen ausgehändigt wird und kein entsprechendes Reglement im Amt existiert, führt bei den Verantwortlichen nicht zur Einsicht, dass aufgrund dieser Lücke T in gutem Glauben eine auf Tarmed basierende Rechnung stellen durfte. Es ist zu spät, nach erbrachter Leistung

über den anzuwendenden Tarif zu streiten. Wenn nicht der allgemein gültige Tarmed-Tarif zur Anwendung gelangt, dann hat sich die Amtsstelle vor Auftragserteilung über den von ihr als angemessen erachteten Tarif klar mit dem Auftragnehmer zu verständigen.

Das ist vorliegend nicht geschehen. Dennoch ist T bereit, auf einen Teil ihrer Honorarforderung zu verzichten. Ein entsprechendes Entgegenkommen erwartet nun die Ombudsperson auch vom Amt, geht es doch nur noch um einen kleinen Betrag, der nachzuzahlen ist. Die Vertreter des Amtes zeigen sich aber stur, so dass die Ombudsperson an den Regierungsrat gelangen muss. Dieser ordnet die Nachzahlung von Fr. 186.70 an.

Der Honorarstreit mit T hat annähernd zwei Jahre gedauert. Die Psychiaterin hatte im Februar 2005 Rechnung gestellt und sich im Februar 2006 an die Ombudsperson gewandt, die den Fall mangels Kooperation seitens des Amtes erst im Dezember – dem Machtwort des Regierungsrats sei Dank! – erledigen konnte. Soviel Aufwand für die Nachzahlung einer geringfügigen Summe muss die Ombudsperson zum Glück nicht oft erbringen. Gäbe es dies häufiger, würden andere Beschwerdeführer mit ihren Anliegen wohl zu kurz kommen.

Doch noch mehr Rente – dank Rechenfehler

FALL
15

S hat sein Leben lang für den Kanton gearbeitet. Im Alter von 59 Jahren wird er altershalber entlassen. Er ist mit seiner BVK-Rente nicht zufrieden. Sein Arbeitgeber habe ihm trotz langer Dienstdauer nicht die bestmögliche Rente zukommen lassen.

S ist über die Art und Weise, wie er behandelt wird, tief erschüttert. Bei seinem Gang zum Ombudsmann lässt er sich deshalb begleiten. Sein Begleiter hat für S bei der Beamtenversicherungskasse (BVK) Einsprache erhoben. Aus dem Einspracheentscheid der BVK ergibt sich, dass diese für die Rentenhöhe nicht verantwortlich ist, sondern der Arbeitgeber einen bescheidenen Einkauf für S getätigt hatte als möglich gewesen wäre. S kann dies nach so vielen Dienstjahren nicht verstehen.

Der Ombudsmann verspricht S, seine Rente zu überprüfen und mit dem Amtschef seiner Abteilung ein Gespräch über den Einkauf bei der Entlassung zu führen. Es zeigt sich, dass der Arbeitgeber von der BVK drei Varianten vorgelegt erhalten hatte, wie sich die Rente von S gestalten könnte. In einer Variante war eine Abfindung mit entsprechend später einsetzender Rentenauszahlung vorgesehen, die zweite Variante sah einen Einkauf des Arbeitgebers in die BVK auf das Rentenziel 63 mit entsprechender Reduktion der Abfindung vor, die dritte Variante betraf die Alterspensionierung mit fester Einkaufssumme – alle Varianten gemäss § 69 der Statuten der Versicherungskasse für das Staatspersonal. Diese Vorschläge der BVK waren für den Arbeitgeber bestimmt, wurden aber S durch die Personalverantwortliche vorgelegt. So sah er die um einige 100 Franken divergierenden Renten und wünschte sich die bestmögliche, wie er der Personalverantwortlichen sagte. Bei seiner Wahl hatte er die Berechnung aber offensichtlich nicht verstanden, und so erhielt er weniger Rente als erwartet.

Beim Ombudsmann macht er nun einen Irrtum geltend. Er sei schlecht beraten worden und habe jetzt eine schlechtere Rente. Die BVK hatte S nämlich mitgeteilt, der Arbeitgeber habe sich für einen Einkauf in der Höhe von Fr. 118 000 und nicht für einen Einkauf von Fr. 136 000 entschieden. Die Altersleistungen würden der Einkaufssumme entsprechend reduziert.

Der Ombudsmann will vom Arbeitgeber wissen, warum für einen so langjährigen Mitarbeiter nicht die bestmögliche aller Renten ausgerichtet wird. Der Arbeitgeber zieht den Rechtsdienst des Personalamtes bei, und es folgen mehrere Schreiben und Gespräche mit den Verantwortlichen. Schliesslich zeigt sich, dass der Kanton „nicht mehr Geld habe“ und S stattdessen eine hohe Abfindung erhalten hat. Würde man für ihn nun eine höhere Rente einkaufen, wäre er besser gestellt als andere vorzeitig entlassene Arbeitnehmer. Eine ungleiche Behandlung könne nicht das Ziel sein.

Das Personalamt stellt dann noch einen Rechenfehler fest – und dank diesem wird die monatliche Rente von S um 25 Franken erhöht. S ist mit diesem Ergebnis zufrieden, wie sein Dankeschreiben an den Ombudsmann zeigt: „Dieser Dank soll auch im Namen der Armen und Schwachen gelten, die sich nicht selber für mehr Gerechtigkeit wehren können.“

Ombudsstelle auch für Gemeinden: Der Fall Nr. 1

FALL

16

Seit 1. Januar 2006 ist die neue, total revidierte Kantonsverfassung (KV) in Kraft. Im Art. 81 ist die Ombudsstelle verankert worden. Abs. 4 dieser Bestimmung hält fest, dass die Ombudsstelle auch in Gemeinden tätig werden kann, deren Gemeindeordnung dies vorsieht. Bis Ende 2006 haben acht Zürcher Gemeinden von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. – Der Gemeindefall Nr. 1 betrifft das Personalrecht.

X – lange Jahre in leitender Position tätig und mit besten Zeugnissen und Referenzen ausgestattet – wollte „noch einmal etwas anderes machen“: Nachdem er in einer Landgemeinde die Stelle als Abteilungsleiter erhalten hatte, kündigte er seine langjährige Stelle in der Stadt. Das ihm auftragene Änderungskonzept für das betreffende Amt habe der Verwaltungsausschuss vollumfänglich gutgeheissen. Ein Probezeitgespräch im Sinne einer Standortbestimmung sei vom Vorgesetzten aber mit dem Hinweis abgelehnt worden, es sei ja alles in Ordnung.

Nach vorzeitiger Rückkehr aus dem Krankenstand (Diskushernie) habe ihm dann der Vorgesetzte mangelnden Einsatz vorgeworfen. Seine Leitungsfunktion sei nun einem ihm befristet zur Seite gestellten Coach übertragen worden; selber sei er zum Stellvertreter rückversetzt worden, bei angekündigter Kürzung des Lohns und Entzug eines Teils seiner Aufgabe. Der Coach, der nebenbei seinen privaten Geschäften nachgegangen sei, habe für ihn keine Hilfe, sondern eine Belastung dargestellt. Angesichts der Option, entlassen werden zu können, sei er zunehmend unter psychischen Druck geraten. Als ihm die Leitungsfunktion rückübertragen wurde, habe ihm der Vorgesetzte tags darauf beim Kaffee im Restaurant einer anderen Gemeinde vorab wegen Unfähigkeit zur Kündigung geraten, worauf er sich anderntags habe krank schreiben lassen müssen.

Dem Ombudsmann teilt X mit, noch immer nicht zu wissen, was der Grund für eine Kündigung sein sollte. Er sei in keinen einzigen, ihn betreffenden Entscheidungsprozess mit einbezogen worden. Auch sei mit ihm weder eine Beurteilung mit Zielvereinbarung durchgeführt worden, noch sei die Rückversetzung zum Stellvertreter und der Entzug eines Teils seines Fachbereichs mit schriftlicher Verfügung erfolgt.

Aufgrund der geschilderten Sachlage sieht der Ombudsmann für X keine Chance mehr, an der bisherigen Stelle zu bleiben. Er rät ihm daher, das Anstellungsverhältnis durch eine allseits faire Lösung zu beenden. – Im Gespräch mit dem Gemeindepräsidenten erreicht der Ombudsmann, dass X hinsichtlich der im Entwurf bereits vorliegenden Auflösungsvereinbarung selber kündigen kann und die Kündigungsfrist um einen weiteren Monat verlängert wird. Die Angelegenheit findet einen gütlichen Abschluss. X schreibt dem Ombudsmann: „Ich danke Ihnen nochmals für Ihre erfolgreiche Vermittlung.“

Ein Routinefall? Nein, inhaltlich nicht, da jeder Fall einzigartig ist und einer einzelfallgerechten Lösung bedarf. Routine besteht aber bezüglich der Beratung der Beschwerdeführenden und der Verhandlungstätigkeit mit den Behörden. Kurz: Jeder Fall ist neu, das Vorgehen aber nicht; es hat sich bewährt.

OMBUDSMANN DES KANTONS ZÜRICH

MÜHLEBACHSTRASSE 8

8090 ZÜRICH

TELEFON 044 269 40 70

FAX 044 269 40 79

www.ombudsmann.zh.ch

E-MAIL: ombudsmann@ombudsmann.zh.ch

