

Aktuelle Rechtslage für Hinweisgeber in der Schweiz und Best Practice für Hinweisgebersysteme

MLaw Daniel S. Weber, LL.M., Rechtsanwalt, Counsel Wenger & Vieli AG (Zürich)

MLaw Tim Vetterli, Junior Lawyer Wenger & Vieli AG (Zürich)

Aktuelle Fälle aus der Praxis zeigen, dass Hinweisgeber bei der Aufdeckung und Meldung von Fehlverhalten und Missständen oft eine entscheidende Rolle spielen. Dennoch tut sich die Schweiz im Umgang mit Hinweisgebern vergleichsweise schwer. Nachdem das Parlament im März 2020 eine Gesetzesvorlage zum Schutz von Hinweisgebern abgelehnt hat, stellt sich die Frage nach der aktuellen Rechtslage. Unternehmen sind aber nicht nur deshalb gut beraten, ihr internes Hinweisgebersystem auf den neusten Stand zu bringen.



Zu den Autoren

Daniel S. Weber ist Counsel bei Wenger & Vieli (Schwerpunkte: Wirtschaftskriminalität, Compliance und interne Untersuchungen). Er verfügt aufgrund seiner früheren Tätigkeit als Deputy Head Investigations einer Schweizer Grossbank über breite Erfahrung in Whistleblowing-Verfahren.

Tim Vetterli ist Junior Lawyer bei Wenger & Vieli, wo er die nötige Praxiserfahrung für den Erwerb des Anwaltspatents erwirbt.

Ausgangslage

Fast täglich berichten Medien über Fehlverhalten und Missstände in Politik, Wirtschaft und Gesellschaft. Bei deren Aufdeckung spielen Hinweisgeber oft eine entscheidende Rolle, da sie als Insider die Unregelmässigkeiten einer internen oder externen Stelle melden. Internationale Fälle – die Meldung des Ukraine-Telefonats von US-Präsident Trump durch einen Hinweisgeber löste ein

Impeachment-Verfahren aus – wie auch nationale Fälle – die aktuellen Vorgänge am Universitätsspital Zürich (USZ) brachte ein Hinweisgeber ans Licht – zeigen: Whistleblowing hat nichts mit Nestbeschmutzung, Verpfeifen oder Denunziantentum zu tun. Es ist deshalb unbestritten, dass Hinweisgeber vor ungerechtfertigter Diskriminierung oder sogar Entlassung geschützt werden müssen.

Dennoch tut sich die Schweiz, etwa im Vergleich mit der EU oder den USA, im Um-

gang mit Hinweisgebern schwer und das hiesige Verständnis für die wichtige Funktion von Hinweisgebern hält sich in Grenzen. Die OECD hielt in ihrem Bericht vom März 2018 zur Implementierung der Anti-Korruptions-Konvention fest, dass die Situation in der Schweiz in Bezug auf das Whistleblowing «kritisch» und der rechtliche Schutz von Hinweisgebern «ungenügend» sei. Sie spricht von einem «universellen Misstrauen gegenüber Hinweisgebern» und einem «tief verwurzelten kulturellen Widerstand gegen Personen, die Verdachtsmomente von Fehlverhalten melden». In der Schweiz existiere noch immer eine «starke Kultur der Geheimhaltung» auf verschiedenen Ebenen der Gesellschaft, welche Meldungen behindere und dazu führe, dass Hinweisgeber in einem «feindseligen Umfeld» Meldung erstatten müssten. In dieses Bild passt, dass das Parlament im März 2020 – nach mehr als zehnjährigem Hin und Her – den überarbeiteten Gesetzesvorschlag des Bundesrats für unternehmensinterne Hinweisgeber definitiv abgelehnt hat (Geschäft 13.094 «OR. Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz»). Die Ratslinke bemängelte den fehlenden Kündigungsschutz, währenddem der bundesrätliche Vorschlag für die Ratsrechte (immer noch) zu kompliziert war. Es stellt sich im Lichte dieser Entwicklungen die Frage, wie sich nun die aktuelle Rechtslage für Hinweisgeber in der Schweiz präsentiert und ob Hinweisgeber weiterhin auf die Richter hoffen müssen.

Aktuelle Rechtslage

Im Gegensatz zum öffentlichen Sektor gibt es in der Privatwirtschaft keinen spezifischen gesetzlichen Schutz für Hinweisgeber. Whistleblowing wird in der Schweiz nicht explizit geregelt, weshalb die Rechtsfragen anhand der bestehenden Gesetzesbestimmungen im Arbeits-, Straf- und Datenschutzrecht beurteilt werden müssen. Die Gerichte müssen im Einzelfall entscheiden, ob eine Meldung gerechtfertigt und/oder eine diesbezügliche Kündigung rechtmässig war. Zwar kann sich der hinweisgebende Arbeitnehmer grundsätzlich auf den Schutz vor einer missbräuchlichen Kündigung (Art.

336 OR) sowie auf den Schutz vor diskriminierender Kündigung (Art. 3 GLG) berufen, sofern er sich nach Treu und Glauben verhält und ein klarer Kausalzusammenhang zwischen der Meldung und der Kündigung besteht. Es herrscht dennoch erhebliche Rechtsunsicherheit, wann eine (insbesondere externe) Meldung «rechtmässig» ist.

Gemäss Bundesgericht ist (externes) Whistleblowing ausnahmsweise zulässig, wenn ein übergeordnetes Interesse besteht (BGE 127 III 310). Nach dieser Rechtsprechung müssen bei der Meldung der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und ein strenges dreistufiges Kaskadenprinzip eingehalten werden. Der hinweisgebende Arbeitnehmer muss – sofern zumutbar – die Missstände zuerst intern anzeigen (ausser dies sei aufgrund der konkreten Umstände aussichtslos), bevor er sich an eine Behörde wendet. Erst als letzte Massnahme steht dem Hinweisgeber der Gang an die Medien und die Öffentlichkeit offen. Besonders kompliziert wird es, wenn die Meldung strafbewehrte Geheimnisse (z.B. Bank- und Geschäftsgeheimnisse) beinhaltet.

Hinweisgeber als Frühwarnsystem und Best Practice

Es liegt im ureigenen Interesse jedes Unternehmens, dass Arbeitnehmer – auch gestützt auf ihre arbeitsrechtliche Treuepflicht – frühzeitig auf Fehlverhalten und Missstände innerhalb des Unternehmens hinweisen können und dürfen. Die Unternehmenskultur sollte solche Meldungen fördern und die Mitarbeiter zu solchen ermuntern. Angesichts der unklaren Rechtslage und der damit einhergehenden Rechtsunsicherheit ist es deshalb zentral, in Unternehmen ein adäquates internes Meldesystem (*Whistleblowing Framework*) zu etablieren bzw. das bestehende entsprechend auszubauen. Eine Weisung sollte in einfacher Sprache festhalten, wie der Arbeitnehmer konkret vorzugehen hat, wenn er auf Missstände stösst (z.B. Meldung an eine unabhängige Stelle). Gleichzeitig soll sie Ausführungen zum Schutz der Hinweisgeber beinhalten (z.B. Kündigungs- und Diskriminierungsschutz).

Die Implementierung eines ausgeklügelten Hinweisgebersystems ist heute *Best Prac-*



Unternehmen sollten jetzt beginnen, wirksame Prozesse und Meldeverfahren in Bezug auf interne Missstände und Fehlverhalten auf- und auszubauen. Empfehlenswert ist insbesondere die Erstellung einer massgeschneiderten Whistleblowing-Weisung.

tice und liegt in der Selbstverantwortung des Unternehmens. Die Arbeitnehmer müssen Vertrauen in das System haben, ansonsten sie keine Meldungen erstatten. Das System muss deshalb Gewähr für eine unabhängige, vertrauliche und effektive Behandlung der eingegangenen Meldungen bieten sowie anonyme Meldungen ermöglichen. Die internen Regeln sollen ausdrücklich Kündigungen und andere Vergeltungsmassnahmen aufgrund erstatteter Meldungen sanktionieren. Die Meldung muss einen wirksamen, definierten und strukturierten Prozess auslösen. Bei einer Meldung bzw. einem konkreten Verdacht sollten rasch diskrete und adäquate Untersuchungshandlungen eingeleitet werden. Bei komplexeren Fällen macht es sodann oft Sinn, spezialisierte externe Fachpersonen mit der Untersuchung zu beauftragen. Nicht zu vergessen sind adäquate Schutzmassnahmen für die beteiligten Personen (z.B. der Schutz der Identität des Hinweisgebers oder die temporäre Freistellung der Involvierten).

Der Erfolg eines Hinweisgebersystems hängt massgeblich davon ab, ob die Arbeitnehmer von der obersten Unternehmensführung über die Meldemöglichkeiten informiert werden. Als Meldekanäle können bspw. Online-Plattformen, Mobile Apps oder spezifische E-Mail-Adressen eingerichtet werden. Viele Unternehmen designieren auch unabhängige *Whistleblowing Officers*, schaffen eine unabhängige Untersuchungseinheit oder haben eine externe Fachperson (z.B. eine Anwaltskanzlei) auf Abruf. Für alle Arbeitnehmer sind in der Folge regelmässige Trainings – z.B. in Form von *Web-based Trainings* – anhand von konkreten Beispielfällen

von grosser Bedeutung. Das Meldesystem soll zudem auf einer offenen internen Kommunikation basieren, die eine echte *Speak-up*-Kultur ermöglicht.

Schlussfolgerung

Der schweizerische Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die unternehmensinterne Meldung von Unregelmässigkeiten gesetzlich zu regeln. Umso mehr liegt es nun in der Selbstverantwortung jedes Unternehmens, ein modernes Hinweisgebersystem zu implementieren und den eigenen Arbeitnehmern Schutz bei Meldungen von Missständen zu gewähren. Mit der Etablierung eines Hinweisgebersystems demonstriert ein Unternehmen seine *Good Governance*, erfasst und begrenzt seine Compliance-Risiken und schafft nicht zuletzt eine Unternehmenskultur, welche ein hohes Mass an Ethik aufweist und Vertrauen in die unternehmens-eigenen Werte fördert. Ein funktionsfähiges Hinweisgebersystem verhindert, dass hinweisgebende Arbeitnehmer den Gang zu den Behörden oder zur Öffentlichkeit suchen müssen und damit unternehmensinterne Missstände externalisieren. Ein *Best Practice*-Hinweisgebersystem führt zu Rechtssicherheit für Arbeitnehmer und Arbeitgeber und ermöglicht die frühzeitige Erkennung von Unregelmässigkeiten, was zu einer Verminderung oder sogar Vermeidung von Rechts- und Reputationsrisiken führt. Es herrscht im Unternehmen Klarheit darüber, wer wem was wie melden soll. Dies verbessert nicht zuletzt die interne Kommunikation und den Informationsfluss.

Achtung



Für ein rechtmässiges (externes) Whistleblowing ist zwingend die dreistufige Meldekaskade einzuhalten.