

Compliance Berater



7 / 2019

Betriebs-Berater Compliance

26.6.2019 | 7.Jg
Seiten 225–268

EDITORIAL

Markt statt Regeln – Mehr Markt für Hochschulen | I

Prof. Dr. Stefan Behringer

AUFSÄTZE

Zivilrechtliche Konzernhaftung im Kartellrecht – Teil 1 | 225

Prof. Dr. Christian Kersting

**Internationale Handelspolitik geprägt durch
nationales Sicherheitsdenken – Teil 2** | 231

Andreas Haak, RA, Dr. Maria Brakalova, RAin, und
Dr. Barbara Thiemann, LL.M. (Bristol), RAin

Schweizer Gesetzesnovelle zum Schutz von Whistleblowern | 235

Dr. Rita Pikó, RAin

**Strategische Projektplanung eines
Compliance-Management-Systems** | 243

Dr. Katharina Hastenrath

Compliance bei Corporate-Venture-Capital-Transaktionen | 248

Dr. Bernd Federmann, LL. M., Dr. Christian Hensel, LL. M. (UCL), und
Sven Krause, LL. M.

**Bitcoin-Handel als Anwendungsfall der Regulierung
„virtueller Währungen“** | 254

Prof. Dr. Dr. Kai-Michael Hingst, RA, und
Dr. Karl-Alexander Neumann, RA, LL. M. (Sorbonne)

RECHTSPRECHUNG

EuGH: Erfassung der täglichen effektiven Arbeitszeit | 259

KG Berlin: Strafbarkeit des Handels mit Bitcoins | 266

CB-BEITRAG

Dr. Rita Pikó, RAin

Schweizer Gesetzesnovelle zum Schutz von Whistleblowern

Unter Berücksichtigung der EU-Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden

Die EU-Whistleblower-Richtlinie wurde am 16.4.2019 verabschiedet. Die Schweiz tut sich mit dem Thema schwer: Der Nationalrat hat am 3.6.2019 die vorliegende Gesetzesnovelle zum Schutz von Whistleblowern abgelehnt. Nun liegt es am Ständerat, ob die Gesetzesnovelle noch eine Chance hat.

I. Einleitung

Das Whistleblowing und der Schutz von Hinweisgebern hat eine wesentliche Bedeutung bei der Bekämpfung internationaler wie auch nationaler Wirtschaftskriminalität: Laut ACFE-Studie werden 40 % der Fälle von Wirtschaftskriminalität („occupational fraud“) mittels Hinweisen entdeckt, wobei 53 % der Hinweisgeber Angestellte sind.¹ Eine aktuelle Untersuchung in der Schweiz hat ergeben, dass die Hälfte der befragten Unternehmen zwischen 21 und 60 % ihres finanziellen Gesamtschadens dank einer Meldestelle aufdecken konnten.² Das Europäische Parlament hat am 16.4.2019 die EU-Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (EU-Whistleblower-RL), verabschiedet.³ Die EU-Mitgliedstaaten sind verpflichtet, die Regelungen binnen zwei Jahren ab Veröffentlichung in nationales Recht umzusetzen.

Ein expliziter Schutz von Whistleblowern ist in der Schweiz – mit Ausnahme von Art. 22a des Bundespersonalgesetzes – gesetzlich bisher nicht verankert. Es fehlt somit an Rechtssicherheit sowohl für Arbeitgeber wie Arbeitnehmende, zumal die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für einen Schutz der Hinweisgeber nicht ausreichen können. Aus diesem Grund wird die Schweiz von der OECD in Bezug auf den rechtlichen Schutz von Hinweisgebenden derzeit als *unzureichend* evaluiert.⁴ Die OECD kritisiert neben dem Mangel eines grundsätzlichen Schutzes von Hinweisgebern u. a. fehlende Sanktionen gegen diejenigen, die Vergeltungsmaßnahmen gegen einen Hinweisgeber vornehmen, fehlende Regelungen zur Wahrung der Vertraulichkeit der Meldung sowie zum Schutz vor Offenlegung der Identität des Hinweisgebers.⁵ Die gesetzliche Lücke eines rechtlichen Schutzes von Hinweisgebenden soll durch die vorliegende Gesetzesnovelle geschlossen werden. Jedoch wurde die Vorlage vom Nationalrat am 3. Juni 2019 mit 144 zu 27 Stimmen klar abgelehnt.⁶

II. Historie

Die Schweiz setzt sich seit über einem Jahrzehnt mit dem Schutz von Hinweisgebern auseinander und behandelte mehrere Gesetzesentwürfe. Bereits am 22.6.2007 hat das Parlament die Motion Gysin „Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption“ (Nr. 03.3212) angenommen. Der Bundesrat hat am 5.12.2008 einen ersten Vorentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts (OR) in die Vernehmlassung geschickt. Daraufhin erarbeitete das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD), eine Vernehmlassungsvorlage. Am 1.10.2010 wurde ein weiterer Vorentwurf für die Teilrevision des

- 1 ACFE, Report to the Nations on Occupational Fraud and Abuse, 2018 Global Fraud Study, Seite 17; abgerufen am 2.6.2019 unter: <https://www.acfe.com/report-to-the-nations/2018/>.
- 2 Christian Hauser/Nadine Hergovits/Helene Blumer, Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, 61.
- 3 Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 16. April 2019 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden (COM (2018)0218 – C8–0159/2018 – 2018/0106(COD)); abgerufen am 2.6.2019 unter: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0366_DE.pdf
- 4 Der OECD-Bericht vom 15.3.2018 besagt: „The examiners recommend that Switzerland adopt urgently an appropriate regulatory framework to compensate and protect private sector employees who report suspicions of foreign bribery from any discriminatory or disciplinary action. (...) Finally, the examiners recommend that the Working Group should follow up on prosecutions brought in Switzerland against whistleblowers who report suspected financial offences including, in particular, foreign bribery.“, OECD, Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, Phase 4 Report: Switzerland, Seite 13f.; abgerufen am 2.6.2019 unter: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Switzerland-Phase-4-Report-ENG.pdf>
- 5 OECD Anti-Bribery Convention, Phase 4 Report: Switzerland (15 March 2018), 16.
- 6 Meldung vom 3.6.2019, abgerufen am 3.6.2019 unter: https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2019/20190603185414556194158159041_bsd155.aspx

OR zu Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung in die Vernehmlassung geschickt.⁷ Der Bundesrat hat am 20.11.2013 dem Parlament eine entsprechende Botschaft zur Teilrevision des OR vorgelegt,⁸ die der Ständerat am 22.9.2014 mit wenigen Änderungen angenommen hat. Allerdings wies der Nationalrat am 5.5.2015 die Vorlage deutlich mit 134 zu 49 Stimmen zurück und beauftragte den Bundesrat, den Entwurf verständlicher und einfacher zu formulieren.⁹ Der Ständerat stimmte diesem Rückweisungsbeschluss einstimmig zu.¹⁰ Nach dieser langen Vorgeschichte bekräftigte der Bundesrat erneut, das Whistleblowing gesetzlich regeln zu wollen: Am 21.9.2018 verabschiedete er – die Grundsätze der Vorgängerversionen während – einen überarbeiteten Entwurf¹¹ (E-OR) und eine entsprechende Zusatzbotschaft¹².

Da der Nationalrat wie auch der Ständerat sich auf die Gesetzesvorlage eingelassen haben, befindet sich das Verfahren nach der Ablehnung durch den Nationalrat formell im Divergenzvereinigerungsverfahren. Nun hat der Ständerat die Möglichkeit, dem Nationalrat zu folgen oder in die Detailberatung einzutreten und die OR-Revision – einschließlich eventueller Änderungen am Entwurf des Bundesrates – zu verabschieden. Voraussichtlich wird der Ständerat diese Entscheidung im kommenden Herbst fällen.

III. Die Schweizer Novelle im Licht der EU-Whistleblower-Richtlinie

1. Regulatorischer Ansatz

Gemäß einer aktuellen Studie haben bereits ohne gesetzliche Pflicht ein Großteil der Schweizer Unternehmen, nämlich 71,2 % der Schweizer Großunternehmen und 50,5 % der KMU mit 20 bis 249 Mitarbeitenden eine Meldestelle für Hinweisgeber eingeführt. Die Gründe für das Einführen einer Meldestelle bei diesen Schweizer Unternehmen liegen v. a. im Stärken des Images als ethisches und integriertes Unternehmen, in der Vermeidung von finanziellen Schäden sowie der Überzeugung vom Nutzen und der Effektivität einer Meldestelle. Als wichtigste Gründe für das Fehlen einer Meldestelle wurden die fehlende gesetzliche Pflicht sowie das Vermeidenwollen einer Denunziationskultur genannt.¹³

Obwohl die Einführung von Hinweisgebersystemen bei Schweizer Unternehmen bereits weit gediehen ist, schlägt der Bundesrat eine gesetzliche Regelung dazu vor. Damit verfolgt der Bundesrat das Ziel, Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu schaffen. Arbeitnehmende erhalten das Recht zur Meldung.¹⁴ Sie sollen Klarheit erhalten, unter welchen Voraussetzungen sie – unter Wahrung ihrer arbeitsrechtlichen Treupflicht – eine Meldung machen können. Damit wird die Rechtmäßigkeit von Meldungen anerkannt. Die Arbeitgeber sollen bei Einführung von unternehmensinternen Hinweisgebersystemen Klarheit erhalten, welche Maßnahmen sie einhalten müssen, um das Risiko einer Meldung ihrer Arbeitnehmenden an Behörden oder die Öffentlichkeit reduzieren zu können. Dabei wählt der Schweizer Bundesrat in seinem Gesetzesentwurf den Weg von rechtlichen *Anreizen* statt einer gesetzlichen Pflicht für die Einführung interner Meldesysteme.

Im Gegensatz zur Schweiz verpflichtet die EU-Whistleblower-RL Unternehmen und Gemeinden ab einer gewissen Größe zur Einführung von Hinweisgebersystemen und legt Mindeststandards fest.

2. Persönlicher Anwendungsbereich

Der Schweizer Gesetzesentwurf ist anwendbar auf Meldungen, die im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen der Privatwirtschaft stehen. Aus diesem Grund soll der Schutz von Whistleblowern im Obligationenrecht (OR) niedergelegt werden. Die Regelungen sollen im Zusammenhang mit der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und der daraus fließenden Geheimhaltungspflicht gemäß Art. 321a OR verankert werden (Art. 321a^{bis} ff E-OR).

Nicht unter den Anwendungsbereich fallen damit freiwillige bzw. ehrenamtliche sowie pensionierte Mitarbeiter und Selbstständige. Für Angestellte des öffentlichen Dienstes gilt das Bundespersonalgesetz (BPG)¹⁵, das seit dem 1.1.2011 in Art. 22a BPG das Melderecht und die Meldepflicht bei festgestellten Missständen regelt.¹⁶ Ebenfalls aus dem Anwendungsbereich fallen Kunden, Lieferanten, Aktionäre und sonstige Stakeholder ohne arbeitsrechtliches Verhältnis zum Unternehmen. Fälle von Meldungen durch Dritte, die häufig bei Hinweisgebersystemen internationaler Großkonzerne meldeberechtigt sind, werden damit vom Anwendungsbereich des Entwurfes ebenfalls nicht erfasst.

In der Praxis bieten Schweizer Unternehmen zusätzlich zu ihren Mitarbeitenden weiteren Personengruppen die Möglichkeit, ihre Meldestelle zu nutzen. Zu diesen Gruppen gehören u. a. Kunden (40,6 %), Aktionäre (22,4 %), Mitarbeitende der Lieferanten (22,4 %) oder Konkurrenzfirmen (13 %).¹⁷

Der Schutz der EU-Whistleblower-RL erstreckt sich dagegen nicht nur auf privatrechtliche, sondern umfasst gemäß Art. 4 auch öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse (einschließlich Beamte) sowie Selbstständige im Sinne von Art. 49 AEUV, Anteilseigner und Personen, die Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorganen angehören, einschließlich nicht geschäftsführender Mitglieder sowie Freiwillige und Praktikanten sowie Personen, die unter der Aufsicht und Leitung von Auftragnehmern und Lieferanten stehen. Zudem sollen die Schutz-

7 Siehe dazu *Diana Imbach Haumüller*, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011; *Diana Imbach Haumüller*, Whistleblowing – Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, GesKR 2013, 71 ff.; *Nicole Jungo*, Whistleblowing – Lage in der Schweiz, recht. 2012, 65, 72 f.

8 BBI 2013 9513.

9 Siehe dazu *Sara Licci*, Codes of Conduct im Arbeitsverhältnis mit besonderem Blick auf das Whistleblowing, AJP 2015, 1168.

10 Siehe die Zusammenfassung der Ausgangslage in: Zusatzbotschaft zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmäßigkeiten am Arbeitsplatz) vom 21. September 2018 (Zusatzbotschaft), BBI 2019 1409, 1411 f.

11 BBI 2019 1433 ff.

12 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409 ff.

13 *Christian Hauser/Nadine Hergovits/Helene Blumer*, Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, 17, 18 und 20.

14 Auf die Frage, ob Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine *Meldepflicht* in Bezug auf Unregelmäßigkeiten haben, kann hier nicht eingegangen werden; siehe dazu *Diana Imbach Haumüller*, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Diss. Universität Zürich, Zürich/Basel/Genf 2011, Rn. 73; *Sara Licci*, Codes of Conduct im Arbeitsverhältnis mit besonderem Blick auf das Whistleblowing, AJP 2015, 1168, 1180.

15 BPG, SR 172.220.1.

16 Auf das BPG kann hier nicht weiter eingegangen werden kann; siehe dazu *Nicole Jungo*, Whistleblowing – Lage in der Schweiz, recht. 2012, 65, 68 f.

17 *Christian Hauser/Nadine Hergovits/Helene Blumer*, Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, 38.

maßnahmen nach Art. 4 Abs. 4 auch für Mittler, Dritte wie Kollegen und Verwandte des Hinweisgebers gelten.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Schweizer Gesetzesentwurf und der EU-Whistleblower-RL besteht in Folgendem: Die EU-Whistleblower-RL überlässt es der einzelstaatlichen Umsetzung, die Pflicht zur Einführung von Meldesystemen nur auf Arbeitgeber mit 50 oder mehr Beschäftigten bzw. Gemeinden mit mehr als 10.000 Einwohnern anzuwenden (Art. 8).¹⁸ Unternehmen des Finanzdienstleistungssektors sind unabhängig von ihrer Größe zur Einrichtung verpflichtet (Art. 8 Abs. 4).¹⁹ Der Schweizer Gesetzesentwurf kennt keine solche Abgrenzung, so dass die Bestimmungen grundsätzlich bereits ab einem Arbeitnehmenden anwendbar sind.

3. Sachlicher Anwendungsbereich

Derzeit besteht für Arbeitnehmende in der Schweiz Rechtsunsicherheit darüber, ob und an wen sie Unregelmäßigkeiten an ihrer Arbeitsstelle melden können, ohne gegen ihre Treuepflicht (Art. 321a Abs. 4 OR) zu verstoßen und sich ggf. strafbar zu machen (Art. 162 CH-StGB).²⁰ Die Gesetzesnovelle greift dies auf und regelt die Voraussetzungen, unter denen Arbeitnehmende Hinweise auf Unregelmäßigkeiten unter Wahrung ihrer arbeitsrechtlichen Treuepflicht und somit rechtmäßig melden können.

Dieser Logik folgend, bestimmt die Zusatzbotschaft, dass die Einhaltung der Voraussetzungen für eine Meldung einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund im Sinne von Art. 14 CH-StGB darstellt. Handelt ein Whistleblower also im Einklang mit den Regelungen des E-OR, drohen ihm keine strafrechtlichen Sanktionen.²¹

a) Unregelmäßigkeiten

Gemäß Art. 321a^{bis0} E-OR können Arbeitnehmende *Unregelmäßigkeiten* melden. Als Unregelmäßigkeiten gelten dabei Straftaten, Widerhandlungen gegen gesetzliche Regelungen wie auch Verstöße gegen interne Regelungen des Arbeitgebers (Art. 321a^{bis0} Abs. 2 E-OR)²², die unter die aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers fallen (Art. 321a Abs. 4 OR). Dazu gehören alle geheim zu haltenden Tatsachen, von denen der Arbeitnehmende im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erlangt, namentlich Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse sowie alle anderen Tatsachen, die der Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzung geheim halten will.²³ Tatsachen, die nicht dieser Geheimhaltungspflicht unterstehen, unterliegen folglich nicht den Voraussetzungen einer Meldung gemäß Art. 321a^{bis0} Abs. 2 E-OR.²⁴

Der Begriff der Unregelmäßigkeit ist auf der ersten Kaskadenstufe²⁵ teilweise *dispositives* Recht.²⁶ Denn der Arbeitgeber kann zusätzlich zu Widerhandlungen gegen Straf- und Verwaltungsrecht sowie andere gesetzliche Regelungen, die von Behörden überprüfbar sind, weitere Verstöße (z. B. gegen interne Regularien) als Unregelmäßigkeiten im Sinne von Art. 321a^{bis} E-OR festlegen. So liegt es im Ermessen des Arbeitgebers in dem unternehmenseigenen Verhaltenskodex festzulegen, welche zusätzlichen Fälle meldefähig sind, wie z. B. Fälle von Diskriminierungen bzw. sexueller Belästigung. Unregelmäßigkeiten, die der zuständigen Behörde gemeldet werden dürfen oder über die die Öffentlichkeit informiert werden darf, sind hingegen nicht dispositiv, sondern werden von Gesetzes wegen abschließend definiert.²⁷ Der sachliche Anwendungsbereich der EU-Whistleblower-RL regelt den für alle EU-Mitgliedsstaaten geltenden Mindeststandard durch Verweis auf *Verstöße* gegen das Unionsrecht in den in Art. 2 aufgezählten Bereichen. Dazu zählen insbesondere das öffentliche Auftragswesen, Finanzdienstleistungen, Finanzprodukte und Finanz-

märkte sowie Verhütung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, Produktsicherheit, Umweltschutz, Lebensmittelsicherheit, öffentliche Gesundheit, Verbraucherschutz, Schutz der Privatsphäre und personenbezogener Daten sowie Sicherheit von Netz- und Informationssystemen. Als Verstöße gelten dabei Handlungen oder Unterlassungen, die rechtswidrig sind und mit den genannten Bereichen im Zusammenhang stehen oder die dem Ziel oder Zweck der Vorschriften in diesen Bereichen zuwiderlaufen (Art. 6 Ziff. 1).

b) Sonderfall Berufsgeheimnisträger

Von der Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers gemäß Art. 321a Abs. 4 OR ist der Sonderfall des Berufsgeheimnisträgers zu unterscheiden. Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die selbst Berufsgeheimnisträger sind, enthält der Entwurf einen Vorbehalt betreffend das Berufsgeheimnis (Art. 321 CH-StGB, Art. 47 CH-BankG²⁸, Art. 43 BEHG²⁹) und nimmt dieses von der neuen Regelung aus (Art. 321a^{septies} E-OR). Dies betrifft neben der ärztlichen Schweigepflicht u. a. das Anwalts- oder Bankgeheimnis. Sofern nicht ein anderer gesetzlicher Rechtfertigungsgrund vorliegt, kann sich die Meldung von Unregelmäßigkeiten für Berufsgeheimnisträger nur auf den außergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der *Wahrung berechtigter Interessen* stützen.³⁰ In Art. 3 stellt die EU-Whistleblower-RL fest, dass der Schutz der anwaltlichen und ärztlichen Verschwiegenheitspflichten von der RL nicht berührt.

4. Dreistufige Meldekaskade

Der Schweizer Gesetzesentwurf sieht eine dreistufige Meldekaskade vor, wonach der Whistleblower zunächst die Meldung an den Arbeitgeber, dann an die zuständige Behörde und erst in der letzten Stufe

18 Die in der Entwurfsversion der EU-Whistleblower-RL enthaltene Regelung, wonach die Verpflichtung für juristische Personen des Privatrechts mit einem Jahresumsatz oder einer Jahresbilanz von mehr als 10 Mio. Euro pro Jahr gelten soll, ist in der verabschiedeten Version nicht mehr enthalten.

19 Einzelstaatliche Regelungen können auf Basis einer Risikobewertung auch Unternehmen anderer Sektoren verpflichten, ungeachtet ihrer Größe Meldesystem einzurichten (Erwägung 48) sowie Anreize für Meldesysteme (u. a. durch Herabsetzen der Anforderungen) für kleine Unternehmen setzen, die die Mindestgröße nicht erreichen (Erwägung 49); P8_TA-PROV(2019)0366, S. 32.

20 Art. 162 CH-StGB besagt: „Wer ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis, das er infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollte, verrät, wer den Verrat für sich oder einen andern ausnützt, wird, auf Antrag, mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft.“; Schweizerisches Strafgesetzbuch, SR 311.0 (CH-StGB).

21 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1414.

22 Diese Aufzählung ist nicht abschließend; Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1416.

23 Als geheim zu haltende Tatsache gilt dabei jede Tatsache, die kumulativ nur einem beschränkten Personenkreis bekannt und nicht allgemein zugänglich ist, an der ein berechtigtes Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers besteht und an welcher der Arbeitgeber einen mindestens aus den Umständen erkennbaren oder mutmasslichen Geheimhaltungswillen hat; *Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph*, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012, Rn. N12 zu Art. 321a OR.

24 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1414 f. und 1422.

25 Siehe dazu Ziff. III. 4.

26 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1425.

27 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1425.

28 Bundesgesetz vom 8. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, BankG) SR 952.0.

29 Bundesgesetz vom 24. März 1995 über die Börsen und den Effektenhandel (Börsengesetz, BEHG) SR 954.1.

30 BGE 6B_1369/2016, E.6. vom 20. Juli 2017.

an die Öffentlichkeit geben darf. Halten sich die Arbeitnehmende an diese Kaskade und deren Voraussetzungen, so ist die Meldung einer Unregelmäßigkeit grundsätzlich im Einklang mit der Treuepflicht (Art. 321a^{bis} E-OR). Diese Meldekaskade kodifiziert die bundesgerichtliche Rechtsprechung für ein zulässiges Whistleblowing in der Schweiz.³¹

Arbeitnehmende verstoßen auch nicht gegen ihre Treuepflicht, wenn sie sich zu ihrem Melderecht von Unregelmäßigkeiten durch eine der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterstehende Person beraten lassen (Art. 321a^{sexies} E-OR).

Im Einzelnen bleiben die Bedingungen bzw. Voraussetzungen der jeweiligen Kaskade trotz gesetzlicher Grundlage sowohl für Arbeitgeber wie Arbeitnehmende komplex.

a) Meldung an Arbeitgeber (1. Kaskade)

Arbeitnehmende müssen sich mit einem Hinweis auf Unregelmäßigkeiten grundsätzlich immer zuerst an den Arbeitgeber wenden (1. Kaskade).

Der Entwurf sieht dabei die *gesetzliche Vermutung* vor, dass eine Meldung an den Arbeitgeber eine Wirkung erzielt, wenn dieser über eine unabhängige Stelle für die Entgegennahme und Behandlung von Meldungen sowie über Regeln zu deren weiteren Behandlung verfügt, Kündigungen und andere Nachteile wegen einer Meldung verbietet und anonyme Meldungen ermöglicht (Art. 321a^{quater} Abs. 2 E-OR). Damit will der Gesetzgeber einen Anreiz zur Implementierung von Hinweisgebersystemen setzen. Denn bei Einführen eines solchen Hinweisgebersystems muss der Whistleblower den Nachweis erbringen, dass dieses Meldeverfahren nicht wirksam ist und eine Meldung an den Arbeitgeber deshalb keine Wirkung erzielen würde.³² Somit ist bei einem implementierten Meldesystem nur im Ausnahmefall eine direkte Meldung an die zuständige Behörde zulässig.³³ Der Gesetzgeber sagt allerdings nicht eindeutig, dass das Fehlen eines Hinweisgebersystems den Hinweisgeber berechtigt, direkt bei der Behörde Meldung zu erstatten. Auch bei Fehlen eines Hinweisgebersystems gilt dies nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfes nur, wenn er vernünftigerweise davon ausgehen darf, dass eine Meldung (z. B. an den Vorgesetzten) keine Wirkung erzielen würde.

Auch die EU-Whistleblower-RL setzt eine Präferenz und stellt klar, dass die Nutzung interner Kanäle der externen Meldung in den Fällen bevorzugt wird, in denen intern wirksam gegen den Verstoß vorgegangen werden kann (Art. 7 Abs. 2).

aa) Interne Hinweisgebersysteme

Dem Arbeitgeber wird bei der Ausgestaltung seines Meldesystems ausreichend Freiheit gelassen: Art. 321a^{bis} E-OR enthält – im Gegensatz zu den Regelungen unter Art. 321a^{quater} Abs. 2 E-OR – keine Vorgaben, *wie* ein internes Meldesystem ausgestaltet werden muss. Es muss zur angemessenen Behandlung von Meldungen geeignet sein und eine unabhängige Behandlung der Meldung sicherstellen.³⁴

aaa) Befugte Meldekanäle

Der Schweizer Entwurf unterscheidet zwischen *internen* oder *externen Personen* und *Stellen*, die zur Entgegennahme der Meldung *befugt* sind (Art. 321a^{bis} Abs. 1 Bst. b. E-OR). Eine befugte interne *Person* kann dabei der vorgesetzte Verantwortliche, die Geschäftsleitung, der Verwaltungsrat einer Aktiengesellschaft³⁵ wie natürlich auch der Compliance Officer sein. Als eine vom Arbeitgeber zur Entgegennahme von Meldungen benannte interne *Stelle* kommen insbesondere die Compliance- oder die Personalabteilung in Betracht. In

der Schweizer Praxis sind meist die Geschäftsleitung, die Compliance- sowie die Personalabteilung für die Entgegennahme eingehender Hinweise verantwortlich.³⁶

Alternativ kann der Arbeitgeber diese Rolle ausgliedern und eine externe Vertrauensperson beauftragen. Dabei kann er auf eine eigene Lösung (z. B. Beauftragen einer Rechtsanwältin oder eines Rechtsanwalts als Ombudsperson) oder auf Branchenlösungen zurückgreifen. Für letzteren Fall könnten bspw. Verbände für ihre Mitglieder, die sich aus Kostengründen keine eigene Ombudsperson leisten können, eine für diesen Sektor eigens errichtete Ombudsstelle schaffen. Dies wäre z. B. eine Lösung für Non-Profit-Organisationen, wie gemeinnützige Stiftungen oder Vereine.³⁷

Hat der Arbeitgeber eine Meldestelle eingerichtet, handelt der Hinweisgeber nur dann gemäß seiner Treuepflicht, wenn er seinen Hinweis an diese Meldestelle tätigt (Art. 321a^{bis} Abs. 1 Bst. b. E-OR). Diesem Verständnis folgt auch die EU-Whistleblower-RL, wonach Meldekanäle intern von einer hierfür benannten Person oder Dienststelle betrieben oder extern von einem Dritten bereitgestellt werden können (Art. 8 Abs. 5).

bbb) Nachvollziehbarer Verdacht

Weitere Voraussetzung nebst der Meldung an die vom Arbeitgeber bezeichnete Meldestelle für das Einhalten der Treuepflicht durch die Arbeitnehmerin bzw. den Arbeitnehmer ist, dass ein *nachvollziehbarer Verdacht* besteht (Art. 321a^{bis} Abs. 1 Bst. a. E-OR). In der neuen Fassung des Gesetzesentwurfes wurde der Ausdruck „hinreichender Verdacht“ durch „nachvollziehbaren Verdacht“ ersetzt, um eine bessere Kohärenz mit der französischen und italienischen Version zu erreichen.³⁸ Dem Whistleblower müssen folglich im Zeitpunkt der Meldung objektive Gründe vorliegen, damit er von einer Unregelmäßigkeit ausgehen kann.

ccc) Meldewege

Ein entscheidender Faktor für die erfolgreiche Nutzung der Hinweisgebersysteme, ist die positive Kommunikation und Information der Belegschaft über die möglichen Meldungswege. Nur wenn allen die Existenz des Meldesystems bekannt ist und Vertrauen generiert wurde, wird das Hinweisgebersystem genutzt. Dem Arbeitgeber steht es dabei frei, auf welchem Wege er Hinweise ermöglicht. Diese können durch persönliche Vorsprache, auf schriftlichem Wege (Brief, Fax, E-Mail), telefonisch oder mittels spezialisierten Meldekanälen wie z. B. Mobile Apps, Social Media oder internetbasierten Hinweisgebersystemen erfolgen. In der Praxis bieten Schweizer Unternehmen im Durchschnitt drei Meldekanäle an, nämlich Meldung per E-Mail, persönliche Vorsprache bei der verantwortlichen Stelle und Meldung per Telefon. Lediglich 31 % der Unternehmen bieten ein internetbasiertes Hinweisgebersystem an.³⁹

31 BGE 127 III 310 vom 30. März 2001; BGE 4A-2/2008 vom 8. Juli 2008.

32 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1417.

33 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1427.

34 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1417.

35 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1416 und 1422.

36 Christian Hauser/Nadine Hergovits/Helene Blumer, Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, 43.

37 Rita Pikó, Compliance bei Non-Profit-Organisationen – Teil 2, Unter besonderer Berücksichtigung von gemeinnützigen Stiftungen und Vereinen in Deutschland und der Schweiz, CB 2018, 263, 264 f.

38 Zusatzbotschaft, BBI 2019 1409, 1422.

Nach der EU-Whistleblower-RL müssen Meldungen auf schriftlichem und/oder mündlichem Weg sowie persönlichem Zusammentreffen ermöglicht werden (Art. 9 Abs. 2).

ddd) Anonyme Meldungen

Die EU-Whistleblower-RL überlässt es den Mitgliederstaaten, ob *anonyme* Hinweise entgegengenommen und nachverfolgt werden müssen (Art. 5 Abs. 2). Der Schweizer Gesetzentwurf erlaubt *anonyme* Meldungen⁴⁰ und anerkennt damit, dass anonyme Meldungen unter Umständen das einzige Mittel darstellen können, eine Unregelmäßigkeit ohne Risiko für den Hinweisgeber zu melden.⁴¹ So ermöglichen bspw. 73 % der Großunternehmen in der Schweiz anonyme Meldungen. Dass bei diesen Unternehmen 58 % der Erstmeldungen ohne Hinweise auf die Identität des Hinweisgebers eingingen, zeigt den Bedarf an dieser Lösung.⁴²

eee) Missbrauch des Hinweisgebersystems

Oft wird befürchtet, dass die Implementierung von Hinweisgebersystemen, insbesondere wenn anonyme Hinweise möglich sind, den Missbrauch steigern und falsche Anschuldigungen fördern können.⁴³ Statistisch lässt sich diese Befürchtung nicht belegen: Nur 3 % aller Meldungen können laut einer Studie als missbräuchlich eingestuft werden, so dass Unternehmen mit anonymer Meldungsmöglichkeit nicht mehr missbräuchliche Meldungen erhalten. Vielmehr melden anonyme Hinweisgeber grundsätzlich in gutem Glauben.⁴⁴ Das anonyme Melden hat entgegen vielfach geäußerten Befürchtungen im Übrigen keinen Einfluss auf den Anteil missbräuchlicher Meldungen.⁴⁵

Der Arbeitgeber sollte bei der Einführung eines Hinweisgebersystems – ebenso wie bei der Implementierung anderer Compliance-Maßnahmen – seine Erwartungen klar kommunizieren. Entsprechend empfiehlt sich der deutliche Hinweis, dass der Missbrauch des Meldesystems zu eigenen Zwecken oder gar Verleumdung arbeitsrechtlich sanktioniert wird. Aus diesem Grund sieht Art. 23 Abs. 2 der EU-Whistleblowing-RL vor, dass die Mitgliedstaaten wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen für Personen festzulegen haben, die nachweislich wissentlich falsche Meldungen vorgenommen haben. Zudem sollen Maßnahmen zur Wiedergutmachung von Schäden vorgesehen werden, die durch solche Falschmeldungen verursacht wurden.

bb) Handlungspflichten des Arbeitgebers

aaa) Ergreifen genügender Maßnahmen

Der Arbeitgeber ist verpflichtet, einer eingegangenen Meldung nachzugehen. Dies gilt unabhängig davon, ob er über ein internes Meldesystem verfügt oder nicht.⁴⁶ Der Entwurf spricht in diesem Zusammenhang von der Pflicht, *genügende Maßnahmen* zur Behandlung der Meldung zu ergreifen (Art. 321a^{bis} Abs. 2 lit. c. E-OR). Dabei wird bewusst nicht konkretisiert, was unter dem Begriff *genügend* zu verstehen ist⁴⁷. Ob Maßnahmen im Einzelfall genügend sind, soll objektiv begründet werden und darf nicht aus der subjektiven Warte des Arbeitgebers oder des Whistleblowers beurteilt werden. Kriterien für die Beurteilung der vom Arbeitgeber ergriffenen Maßnahmen sind dabei insbesondere die Schnelligkeit und Angemessenheit der Reaktion des Arbeitgebers im Hinblick auf die gemeldete Unregelmäßigkeit.⁴⁸

In diesem Zusammenhang seien beispielhaft als genügende Maßnahmen zur Behandlung der Meldung eine erste, vorläufige Schlüssigkeitsprüfung genannt, auf die eine Triage folgen sollte. Dabei ist von

der für die Untersuchung zuständigen Stelle die Entscheidung zu fällen, ob der Fall zu untersuchen ist und insbesondere, ob die Untersuchung intern oder extern durchgeführt werden soll. Unternehmen sollten diese Prozesse frühzeitig standardisieren, um die Prozesse ab Eingang einer Meldung effizient, schnell und wirksam durchführen zu können. Laut einer Studie erfolgt dies lediglich durch 50 % der befragten Unternehmen.⁴⁹

Erst wenn der Vorfall untersucht und aufgeklärt worden ist, kann der Arbeitgeber über die nächsten Maßnahmen entscheiden. Der Arbeitgeber kann dem Hinweisgeber gegenüber signalisieren, dass er die Meldung ernst nimmt und verfolgt, indem er regelmäßig den Whistleblower über den Stand der Untersuchung und Bearbeitung informiert. Dies stärkt das Vertrauen in den Arbeitgeber wie auch in das Hinweisgebersystem.

bbb) Fristen zur Behandlung der Meldung

Der Gesetzentwurf legt Handlungspflichten für den Arbeitgeber bei Eingang einer Meldung fest. So muss der Arbeitgeber eine für die Behandlung der eingegangenen Meldung angemessene Frist von maximal 90 Tagen ab Erhalt der Meldung festlegen (Art. 321a^{bis} Abs. 2 lit. a E-OR). Die Vorlage versucht dabei verschiedenen Konstellationen Rechnung zu tragen: einfache und dringende Fälle, die eine rasche Reaktion und eine entsprechend kürzere Frist erfordern sowie komplexere Fälle, in denen eine längere Abklärung notwendig sein kann.⁵⁰ Es scheint, dass der Schweizer Gesetzgeber damit dem Arbeitgeber aufgeben will, die Untersuchung eines Hinweises auf eine Unregelmäßigkeit innerhalb maximal 90 Tagen zum Abschluss zu bringen. Gerade für komplexe Fälle zeigt die Praxis allerdings, dass dies schlicht unmöglich ist. Verschiedene international bekannte Compliance-Vorfälle, die intern untersucht wurden, dauerten teilweise über mehrere Jahre bis zu ihrem Abschluss. Eine andere, wohl praxisgerechtere Interpretation dieser Bestimmung wäre, dass der Arbeitgeber innerhalb der 90 Tagefrist Untersuchungsmaßnahmen eingeleitet, aber nicht zwingend abgeschlossen haben muss.

Der Arbeitgeber muss den Hinweisgeber über den Erhalt und die Behandlung der Meldung benachrichtigen (Art. 321a^{bis} Abs. 2 lit. b. E-OR) und zwar unabhängig davon, ob ein Hinweisgebersystem implementiert wurde oder nicht.⁵¹ Der Arbeitgeber ist von der Benach-

39 Christian Hauser/Nadine Hergovits/Helene Blumer, Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, 36.

40 Art. 321a^{quater} Abs. 2 Bst. d. E-OR.

41 Beispielhaft nennt die Zusatzbotschaft die internetbasierten Hinweisgebersysteme der Eidgenössische Finanzkontrolle (<https://www.efk.admin.ch/de/wistleblowing-d.html>) sowie des Bundesamtes für Polizei (<https://www.bkmsystem.ch/EFK-de/www.whistleblowing.admin.ch>); BBl 2019 1409, 1423.

42 Christian Hauser/Nadine Hergovits/Helene Blumer, Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, 39 und 59.

43 SwissHoldings Sessionsticker (Sommer-session 2019) vom 29.5.2019, Seite 2; abgerufen am 2.6.2019 unter: <https://swissholdings.ch/wp-content/uploads/2019/05/Ticker-Sommer-session-2019.pdf>.

44 Christian Hauser/Lea Stühlinger, Meldestellen für Hinweisgeber: Unternehmen und Politik sind gefordert, CB 2018, 447.

45 Christian Hauser/Nadine Hergovits/Helene Blumer, Whistleblowing Report 2019, Chur 2019, 10.

46 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1427.

47 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1419.

48 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1424.

49 Christian Hauser/Lea Stühlinger, Meldestellen für Hinweisgeber: Unternehmen und Politik sind gefordert, CB 2018, 446.

50 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1424.

51 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1427.

richtigungspflicht über den Erhalt und die Behandlung der Meldung nur befreit, wenn die Meldung anonym erfolgt ist und die Benachrichtigung daher dem Arbeitgeber unmöglich oder offensichtlich unzumutbar ist. Gesetzlich nicht festgelegt ist dabei, wann der Arbeitgeber den Hinweisgeber über die von ihm getroffene Behandlung des Hinweises informieren muss (Art. 321a^{bis} Abs. 2 lit. b. E-OR).

Die EU-Whistleblower-RL ist in diesen Aspekten konkreter: Binnen sieben Tagen nach Eingang einer Meldung muss der Arbeitgeber eine Bestätigung des Eingangs an den Hinweisgeber richten (Art. 9 Abs. 1 Bst. b). Innerhalb von drei Monaten ab der Bestätigung des Eingangs der Meldung muss der Arbeitgeber dem Hinweisgeber eine Rückmeldung über die getroffenen Folgemaßnahmen geben (Art. 9 Abs. 1 Bst. f). Als Folgemaßnahmen sind dabei ergriffene Maßnahmen zur Prüfung der Stichhaltigkeit der in der Meldung erhobenen Behauptungen sowie solche zur Abstellung des gemeldeten Verstoßes zu verstehen (Art. 6 Ziff. 12).

b) Meldung an Behörde (2. Kaskade)

Wenn ein Arbeitgeber seinen gesetzlichen Pflichten nach Eingang eines Hinweises auf Unregelmäßigkeiten (siehe oben Ziffer III.4.a.) nicht nachkommt, kann der Hinweisgeber unter Wahrung seiner Treuepflicht die zuständige Behörde über die Unregelmäßigkeit informieren (Art. 321a^{ter} E-OR). Gleiches gilt, wenn dem Hinweisgeber auf Grund der Meldung an den Arbeitgeber gekündigt wurde oder ihm dadurch andere Nachteile entstanden sind (Art. 321a^{ter} Bst. b. E-OR). Ein Hinweisgeber darf einen Hinweis gemäß dem Entwurf direkt, d. h. *ohne vorherige* Meldung an den Arbeitgeber, einer Behörde melden, wenn ein nachvollziehbarer Verdacht besteht und der Hinweisgeber davon ausgehen kann, dass (i) eine Meldung an den Arbeitgeber keine Wirkung erzielen würde oder (ii) die zuständige Behörde ohne sofortige Meldung in ihrer Tätigkeit behindert würde oder (iii) eine unmittelbare und ernsthafte Gefährdung des Lebens, der Gesundheit oder der Sicherheit von Personen oder der Umwelt oder die unmittelbare Gefahr großen Schadens besteht (Art. 321a^{quater} E-OR). Die Einschätzung, ob in einer Situation eine Gefahr besteht oder nur unmittelbar droht, erfolgt durch den Whistleblower.⁵²

Adressaten der Meldung einer Unregelmäßigkeit sind die für die Kontrolle der Einhaltung der verletzten Bestimmung zuständigen Behörden: bei Straftaten die Strafverfolgungsbehörden, bei Verstößen gegen das öffentliche Recht die Verwaltungsbehörden. Der aktuelle Entwurf präzisiert, dass es sich um Normen handeln muss, deren Einhaltung durch eine Behörde kontrolliert wird. Damit wird das Privatrecht grundsätzlich ausgeschlossen, sofern einzig die Rechtsbeziehung zwischen zwei Privatpersonen betroffen ist. Trotz ihrer Zugehörigkeit zum Privatrecht können hingegen diejenigen Konstellationen dem Anwendungsbereich unterliegen, in denen eine Rechtsbeziehung zwischen einer Privatperson und einer Behörde vorliegt, wie beim Erwachsenenschutz- oder dem Handelsregisterrecht, und sind somit zulässig.⁵³ Entsprechend können vom Arbeitgeber als zusätzliche Unregelmäßigkeiten definierte Verstöße, die keine von Behörden überprüfbare Gesetzesverstöße darstellen, einer Behörde nicht gemeldet werden. Vielmehr würde der Hinweisgeber in diesem Fall wohl gegen seine Treuepflicht verstoßen. Eine der Treuepflicht entsprechende Information der Öffentlichkeit ist in diesem Fall vom Schweizer Gesetzesentwurf allerdings auch nicht vorgesehen, denn dies setzt zwingend die Meldung an die zuständige Behörde voraus (Art. 321a^{quinquies} E-OR, siehe unten Ziffer III.4.c.).

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang außerdem, dass die Bestimmungen nur für Meldungen an inländische, nicht aber an auslän-

dische Behörden Anwendung finden.⁵⁴ Folglich wäre z. B. eine bei der Schweizer Tochtergesellschaft eines deutschen Unternehmens angestellte Person, die eine strafrechtlich relevante Unregelmäßigkeit an eine deutsche Behörde meldet, nicht durch den Schweizer Gesetzesentwurf geschützt.

Nach Art. 10 ff der EU-Whistleblower-RL können Hinweisgeber Informationen an Behörden nach Nutzung interner Kanäle oder unter gewissen Voraussetzungen durch direkte Meldung an die zuständigen Behörden erstatten.

c) Information der Öffentlichkeit (3. Kaskade)

Gemäß dem Schweizer Gesetzesentwurf soll die Information der Öffentlichkeit durch einen Hinweisgeber die Ausnahme darstellen. Nur wenn (i) der Hinweisgeber die Unregelmäßigkeit zuvor der zuständigen Behörde gemeldet hat und trotz entsprechendem Verlangen von der Behörde innerhalb einer Frist von 14 Tagen keine geeigneten Auskünfte erhalten hat, oder (ii) dem Hinweisgeber nach der Meldung an die Behörde gekündigt wurde oder ihm andere Nachteile entstanden sind, steht es gemäß Art. 321a^{quinquies} Bst. c. E-OR im Einklang mit seiner Treuepflicht, wenn er danach die Öffentlichkeit über die Unregelmäßigkeiten informiert.⁵⁵ Weitere Voraussetzung ist, dass der Hinweisgeber ernsthafte Gründe hat, den gemeldeten Umstand in guten Treuen für *wahr* zu halten (Art. 321a^{quinquies} Bst. a. E-OR). Damit setzt der Gesetzgeber eine höhere Hürde als bei den vorausgehenden Kaskadenstufen, bei denen es ausreicht, wenn der Hinweisgeber einen nachvollziehbaren Verdacht hat.⁵⁶ Folglich hat der Hinweisgeber lediglich dann einen gesetzlichen Rechtfertigungsgrund nach Art. 14 CH-StGB, wenn alle diese Voraussetzungen erfüllt sind.⁵⁷

In der finalen Version der EU-Whistleblower-RL wurden die Bedingungen neu festgelegt, unter denen ein Hinweisgeber Anspruch auf Schutz hat, wenn er Informationen offenlegt (Art. 15). Danach muss der Hinweisgeber (i) zunächst an interne und externe Meldekanäle oder auf direktem Weg extern eine Meldung erstattet haben, ohne dass innerhalb der Fristen keine geeigneten Maßnahmen ergriffen wurden und (ii) er hat hinreichenden Grund anzunehmen, (iii) dass der Verstoß eine unmittelbare oder offenkundige Gefährdung des öffentlichen Interesses darstellen kann oder er muss bei einer externen Meldung Repressalien befürchten oder es bestehen geringe Aussichten, dass gegen den Verstoß vorgegangen wird.

5. Arbeitgeberpflichten zum Schutz des Whistleblowers

Der Arbeitgeber hat dafür zu sorgen, dass dem Whistleblower keine Nachteile aufgrund von einer unter Einhaltung der oben beschriebenen Kaskadenordnung erfolgten Meldung entstehen. Dem Hinweisgeber dürfen ebensowenig für die Inanspruchnahme einer Beratung zur Überprüfung des Melderechts durch eine zur gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterstehenden Person Nachteile entstehen (Art. 328 Abs. 3 E-OR). Was dabei als Nachteil gelten soll und welche Schutzmaßnahmen der Arbeitgeber treffen muss, lässt der Gesetzesentwurf ebenso offen, wie die Konsequenzen eines Verstoßes.

52 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1428.

53 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1426.

54 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1417.

55 Siehe dazu auch Fn. 64.

56 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1417.

57 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1414.

Information der Öffentlichkeit			
3. Kaskadenstufe (Öffentlichkeit)	ist im Einklang mit AN-Treuepflicht, wenn <ul style="list-style-type: none"> AN hat ernsthafte Gründe Meldung für wahr zu halten nach Meldung an zuständige Behörde UND Behörde hat AN trotz Ersuchen nicht binnen 14 Tagen über Behandlung der Meldung Auskunft gegeben ODER AN wurde nach Meldung an Behörde gekündigt oder AN sind Nachteile entstanden 		
2. Kaskadenstufe (Behörde)	Meldung an zuständige Behörde ohne vorherige Meldung an AG	Meldung an zuständige Behörde nach Meldung an AG	Pflichtmaßnahmen der Behörde
	ist im Einklang mit AN-Treuepflicht, wenn <ul style="list-style-type: none"> AN nachvollziehbaren Verdacht einer Unregelmäßigkeit hat UND AN vorher nicht an AG gemeldet hat UND AN vernünftigerweise davon ausgehen kann, dass Meldung an AG keine Wirkung erzielen würde ODER Behörde ohne sofortige Meldung in Tätigkeit behindert würde ODER unmittelbare + ernsthafte Gefährdung von Leben, Gesundheit, Sicherheit von Personen oder Umwelt oder unmittelbarer Gefahr großen Schadens besteht 	ist im Einklang mit AN-Treuepflicht, wenn <ul style="list-style-type: none"> AN nachvollziehbaren Verdacht einer Unregelmäßigkeit hat UND AN zuerst an AG gemeldet hat UND AG Pflichtmaßnahmen nicht binnen 90 Tage-Frist ergriffen hat ODER AN wurde aufgrund der Meldung gekündigt wurde oder AN andere Nachteile entstanden sind 	<ul style="list-style-type: none"> Behörde hat AN auf Grund des Ersuchens binnen 14 Tagen über Behandlung der Meldung Auskunft zu geben
1. Kaskadenstufe (Arbeitgeber)	Meldung an AG	Meldung an AG	Pflichtmaßnahmen des AG
	ist im Einklang mit AN-Treuepflicht, wenn <ul style="list-style-type: none"> bei nachvollziehbarem Verdacht einer Unregelmäßigkeit = <ul style="list-style-type: none"> - Widerhandlungen gegen Gesetz - Verstöße gegen interne Regelungen keine Meldestelle 	ist im Einklang mit AN-Treuepflicht, wenn <ul style="list-style-type: none"> bei nachvollziehbarem Verdacht einer Unregelmäßigkeit = <ul style="list-style-type: none"> - Widerhandlungen gegen Gesetz - Verstöße gegen interne Regelungen an befugte Person / Stelle 	<ul style="list-style-type: none"> Behandlungspflicht binnen max. 90 Tagen Empfangsbestätigung der Meldung + Behandlungsschritte Einleitung genügender Maßnahmen

Whistleblower		
<ul style="list-style-type: none"> Angestellt im privaten Sektor Melderecht anonyme Meldung möglich AN darf sich durch der gesetzlichen Geheimhaltungspflicht unterliegenden Person beraten lassen 		
Regulatorischer Ansatz:	Schutz des AG vor Meldung an Dritte	Schutz des AN
<ul style="list-style-type: none"> Keine gesetzliche oder selbstregulatorische Pflicht zur Einführung unternehmensinterner Hinweisgebersysteme Aber rechtlicher Anreiz zur Einführung interner Meldesysteme, um Informationen an Behörde bzw. Öffentlichkeit vorzubeugen, damit gesetzliche Vermutung der Wirkungserzielung greift 	Schutz des AG vor Meldung des AN an Behörde bzw. Öffentlichkeit durch gesetzliche Vermutung , dass Meldung an AG Wirkung erzielt, wenn AG <ul style="list-style-type: none"> über unabhängige Stelle für Entgegennahme + Behandlung von Meldungen verfügt über Regeln zur weiteren Behandlung von Meldungen verfügt (Whistleblowing-Prozess) Kündigungen + andere Nachteile verbietet anonyme Meldungen ermöglicht 	<ul style="list-style-type: none"> Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch AG ist missbräuchlich, wenn AN im Einklang mit Treuepflicht meldet. AG hat Fürsorgepflicht, dass AN aufgrund der Meldung keine Nachteile entstehen.

Die EU-Whistleblower-RL stellt in Art. 19 ausdrücklich klar, welche Handlungen als Repressalien zu qualifizieren sind und verpflichtet die Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu treffen, die jegliche Form von Vergeltungsmaßnahmen unterbinden. Dazu gehören u.a. Suspendierung, Entlassung, Herabstufung oder Versagung einer Beförderung, Gehaltsminderung, negative Leistungsbeurteilung, Einschüchterung, Diskriminierung, Rufschädigung auch der Versuch oder die Androhung dieser Repressalien. Zudem sind weitreichende Schutzvorkehrungen vorgesehen: Hinweisgeber werden von der Haftung für Verstöße gegen vertragliche oder gesetzliche Beschränkungen der Offenlegung von Informationen ausgenommen (Art. 21). Die Hinweisgeber erhalten ein Recht auf ein faires Verfahren und rechtliches Gehör, wirksamen Rechtsbehelf und Einsicht in die Akten (Art. 22). Personen, die Meldungen verhindern oder zu verhindern versuchen, Vergeltungsmaßnahmen ergreifen oder Vertraulichkeitspflichten nicht einhalten, drohen Sanktionen (Art. 23 Abs. 1).

6. Missbräuchliche Kündigung

Das Schweizer Arbeitsrecht ist vom Grundsatz der Kündigungsfreiheit geprägt. Arbeitgeber wie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer haben die Möglichkeit, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ordentlich, ohne besondere sachliche Rechtfertigung und unter Einhaltung von Kündigungsfristen und -terminen nach Art. 334 ff OR bzw. fristlos nach Art. 337 ff OR zu kündigen. Einen sachlichen Kündigungsschutz gewährt Art. 336 OR und listet Missbrauchstatbestände beispielhaft auf. Diese Missbrauchstatbestände sollen durch den Gesetzesentwurf um folgenden Fall ergänzt werden: eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, weil der Whistleblower eine Unregelmäßigkeit unter Wahrung der Kaskade gemeldet hat oder sich dazu hat beraten lassen, soll als *missbräuchlich* gelten (Art. 336 Abs. 2 Bst. d. E-OR). Der Whistleblower kann in diesem Fall nach Art. 336b Abs. 1 OR beim Arbeitgeber schriftlich Einsprache gegen die Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist erheben.

Die arbeitsrechtlichen Konsequenzen einer missbräuchlichen Kündigung sind in Art. 336a OR bzw. Art. 337c OR geregelt. Bei einer missbräuchlichen ordentlichen Kündigung hat der Hinweisgeber Anspruch auf eine Entschädigung in Höhe von bis zu sechs Monatslöhnen. Im Falle einer missbräuchlichen fristlosen Kündigung hat der Hinweisgeber nach Art. 337c OR Anspruch auf Ersatz dessen, was er verdient hätte, wenn das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist beendet worden wäre.

Die Kündigung bleibt allerdings wirksam. Weiter will der Bundesrat bewusst nicht gehen.⁵⁸ Der Gesetzesentwurf sieht keinen Bestandschutz für den Whistleblower oder ein explizites Verbot von Vergeltungsmaßnahmen oder gar eine Strafe für eine missbräuchliche Kündigung vor. Vielmehr setzt der Gesetzgeber auf die Abschreckungswirkung, dass ein Hinweisgeber, dem gekündigt wird oder andere Nachteile entstehen, die Öffentlichkeit informiert, wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.⁵⁹

IV. Angleichung an internationale Entwicklungen

Laut Zusatzbotschaft wird keine umfassende Nachführung der internationalen Entwicklung vorgenommen.⁶⁰ Eine Angleichung des Schweizer Entwurfes an die EU-Whistleblower-RL ist folglich derzeit nicht geplant.

Aufgrund der bewussten Entscheidung des Schweizer Gesetzgebers, hier derzeit keine Angleichung vorzunehmen, müssen international

tätige Konzerne Lösungswege finden, wie sie mit zwei teilweise unterschiedlichen Regularien zum Schutz von Whistleblowern umgehen wollen, sollte der Schweizer Gesetzesentwurf verabschiedet werden.

V. Ausblick

Eine gesetzliche Regulierung der Voraussetzungen für ein zulässiges Whistleblowing in der Schweiz ist unzweifelhaft notwendig, um Rechtssicherheit für Hinweisgeber wie Arbeitgeber zu schaffen. Jedoch ist es in dieser Phase ungewiss, ob der aktuell vorliegende Gesetzesentwurf jemals in Kraft treten wird. Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates lehnte die Vorlage des Bundesrates zum „Whistleblowing“ mit der Begründung ab, die Vorlage des Bundesrates sei auch nach der erfolgten Überarbeitung noch sehr kompliziert und für betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer schwer verständlich.⁶¹ Nun hat der Nationalrat am 3.6.2019 den Gesetzesentwurf „schicklich“ begraben.⁶²

Es ist in den Händen des Ständerats, ob er der Gesetzesvorlage – voraussichtlich im September 2019 – noch eine vermutlich letzte Chance gewährt oder dem Nationalrat folgt.

AUTORIN



Dr. Rita Pikó, LL. M. (Exeter), ist Dozentin für Compliance an der Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften und Studiengangleiterin des CAS Compliance Investigator sowie Rechtsanwältin in Zürich.

58 Botschaft über die Teilrevision des Obligationenrechts vom 20. November 2013, BBl 2013 9513, 9515: „Eine missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigung im Anschluss an eine Meldung, die nicht gegen die Treuepflicht verstösst, wird weiterhin nach dem geltenden Recht sanktioniert. (...) Ein erweiterter Kündigungsschutz nur für den Fall der Meldung einer Unregelmäßigkeit lässt sich im Vergleich mit anderen Gründen für eine missbräuchliche Kündigung nicht rechtfertigen.“

59 Bemerkungswert ist dabei, dass der Hinweisgeber sich nur dann an die Öffentlichkeit wenden kann, wenn ihm *nach* Meldung an die Behörde vom Arbeitgeber gekündigt wird oder andere Nachteile entstanden sind. Dem Gesetzesentwurf folgend kann sich der Hinweisgeber nicht rechtmäßig an die Öffentlichkeit wenden, wenn er sich (i) erfolglos an den Arbeitgeber gewendet hat und ihm der Arbeitgeber darauf hin gekündigt hat, (ii) der Hinweisgeber darauf hin erfolglos die Behörde informiert hat und die übrigen Voraussetzungen für die Information der Öffentlichkeit gegeben sind. Denn gemäß Art. Art. 321a^{quinquies} Bst. c. Ziffer 2 E-OR darf die Öffentlichkeit nur informiert werden, wenn dem Hinweisgeber nach Meldung an die Behörde – aber nicht davor – gekündigt worden ist.

60 Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1420.

61 Die Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates lehnte am 3.5.2019 die Vorlage des Bundesrates zum „Whistleblowing“ mit 19 zu 4 Stimmen ab; Medienmitteilung der Kommission für Rechtsfragen vom 3.5.2019, abgerufen am 2.6.2019 unter: <https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-rk-n-2019-05-03.aspx>.

62 Nationalrat für „schickliches Begräbnis“ der Whistleblower-Vorlage, Meldung vom 3.6.2019; https://www.parlament.ch/de/services/news/Seiten/2019/20190603185414556194158159041_bsd155.aspx.