

Thomas Kälin / Kerstin Kirchhoff

Whistleblowing – Eine Anleitung

Eine Revision des Arbeitsvertragsrechts soll die grundsätzliche Zulässigkeit einer nach Treu und Glauben erfolgten Meldung eines Missstandes zu dessen Beseitigung oder Sanktionierung gesetzlich verankern und klarstellen, dass eine darauf basierende Kündigung als missbräuchlich zu gelten hat. Der Beitrag soll einerseits einen Überblick über die mögliche künftige Regelung zur Meldung von Missständen im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis geben. Andererseits soll aus einem praxisbezogenen Blickwinkel aufgezeigt werden, mit welchen Massnahmen Arbeitgebende das Risiko von externem Whistleblowing minimieren können.

Rechtsgebiet(e): Arbeitsrecht; Beiträge

Zitiervorschlag: Thomas Kälin / Kerstin Kirchhoff, Whistleblowing – Eine Anleitung, in: Jusletter 20. Juni 2011

Inhaltsübersicht

1. Einleitung
2. Welche gesetzlichen Grundlagen gelten aktuell bei der Meldung von Missständen im Arbeitsverhältnis?
3. Welche gesetzlichen Grundlagen gelten möglicherweise künftig bei der Meldung von Missständen im Arbeitsverhältnis?
4. Neue Guidelines für den Arbeitnehmer
 - 4.1 Wann liegt ein meldungsrelevanter Missstand vor?
 - 4.2 Welchen Dienstweg hat der Arbeitnehmer bei Vorliegen eines Missstandes zu befolgen?
 - 4.2.1 In erster Linie: Meldung an den Arbeitgeber
 - 4.2.2 Subsidiär: Meldung an die zuständige Behörde
 - 4.2.3 Ultima ratio: Meldung an die Öffentlichkeit
5. Mit welchen Konsequenzen muss ein Whistleblower bei Nichteinhaltung der Kaskadenordnung rechnen?
6. Generelle Guidelines für den Arbeitgeber
 - 6.1 Was bietet das Melde-System im Idealfall?
 - 6.1.1 Erreichbarkeit rund um die Uhr
 - 6.1.2 Gewährleistung von Anonymität und zweiseitiger Kommunikation
 - 6.1.3 Entgegennahme nicht nur von Meldungen sondern auch von Fragen
 - 6.2 Richtige Implementierung
 - 6.3 Ein Beispiel aus der Praxis
7. Wird die Gesetzesrevision ihr Ziel erreichen?

1. Einleitung

[Rz 1] In der heutigen Medienwelt, insbesondere im Internet, können Informationen schneller denn je und mit wenigen Klicks einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden. Dies gilt nicht nur für angenehme oder positive Nachrichten; auch unangenehme oder negative Fakten rauschen in rasanter Geschwindigkeit um die Welt. Der mit einer negativen Äusserung zu bewirkende (Reputations-)Schaden gegenüber einer verunglimpften Person kann ungeahntes Ausmass erreichen und wird oft nicht leicht wiedergutmachen sein. Nicht zuletzt aufgrund dieses mit geringem Aufwand zu erreichenden grossen Schadens ist das Thema «Whistleblowing» – Offenlegung von illegalen oder unethischen Geschäftspraktiken, sei es durch interne Meldung oder durch Benachrichtigung der Öffentlichkeit¹ – so aktuell wie kaum je zuvor.

[Rz 2] Besonders im Fokus dieser Thematik steht das Arbeitsverhältnis. Die nachfolgenden Ausführungen sollen aufzeigen, welche gesetzlichen Grundlagen allenfalls künftig bei der Meldung von entdeckten Missständen im Arbeitsverhältnis zu beachten sind. Des Weiteren wird aufgezeigt, wie der Arbeitgeber² ungeachtet der gesetzlichen Regelung mittels betriebsinternen Vorkehrungen bewirken kann, dass sich Mitarbeiter betreffend Ungereimtheiten am Arbeitsplatz vertrauensvoll an ihn, und nicht an externe Stellen, wenden.

2. Welche gesetzlichen Grundlagen gelten *aktuell* bei der Meldung von Missständen im Arbeitsverhältnis?

[Rz 3] Bis dato ist gesetzlich nicht geregelt, was ein Arbeitnehmer bei Entdecken von Missständen am Arbeitsplatz vorkehren muss oder darf. Dies will aber nicht heissen, dass der Arbeitnehmer keine Grundregeln zu beachten hätte. Vielmehr hat er sich mangels konkreter gesetzlicher Normierung an seine allgemeinen Arbeitnehmerpflichten gegenüber dem Arbeitgeber, insbesondere an seine Treuepflicht nach Art. 321a OR³, zu halten.

[Rz 4] Gemäss Art. 321a OR ist der Arbeitnehmer u.a. zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers in guten Treuen und zur Geheimhaltung von Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen verpflichtet. Welche konkreten Verhaltensregeln sich aus dieser Generalklausel ergeben, ist im Einzelfall zu bestimmen.⁴ Grundsätzlich findet die Treuepflicht ihre Grenzen bei der Beeinträchtigung eigener Interessen des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit.⁵ Darunter fällt auch die Möglichkeit zur freien Meinungsäusserung. Der Arbeitnehmer hat letztlich für den Entscheid, ob und wie er über ihm bekannte Missstände Meldung erstatten soll, eine Abwägung seiner eigenen Interessen gegenüber jenen des Arbeitgebers vorzunehmen.

[Rz 5] Nach geltender Rechtslage bestehen – nicht zuletzt mangels konkreter gesetzlicher Regelung – grosse Rechtsunsicherheiten. Das Unwissen bezüglich der geltenden Bestimmungen und die Ungewissheit hinsichtlich der Berechtigung einer Meldung veranlassen die Arbeitnehmer in den meisten Fällen, Stillschweigen zu bewahren.⁶

3. Welche gesetzlichen Grundlagen gelten möglicherweise *künftig* bei der Meldung von Missständen im Arbeitsverhältnis?

[Rz 6] Die Teilrevision des Obligationenrechts⁷ zum Schutz

¹ PORTMANN/WOHLMANN, Whistleblowing, in: SJZ 103 (2007) S. 179.

² In diesem Beitrag wird der Einfachheit halber nur die männliche Form verwendet. Die weibliche Form ist selbstverständlich immer mit eingeschlossen.

³ Vgl. auch Art. 162, 273, 320 und 321 StGB, Art. 6 UWG, Art. 47 BankG, Art. 43 BEHG.

⁴ Zu beachten ist, dass die Grenzen der allgemeinen Treuepflicht aufgrund diverser Umstände, wie z.B. Stellung des Arbeitnehmers oder betriebliche Verhältnisse, verschieden sein können und auch individuell bestimmt werden müssen (STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 6. Aufl., Zürich 2006, N 2 zu Art. 321a OR).

⁵ BGE 117 II 74.

⁶ Erläuternder Bericht zum Vorentwurf der Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz) (Bericht), S. 16.

⁷ Die Vernehmlassung ist kontrovers ausgefallen. In der Folge wurde zum besseren Schutz der Arbeitnehmer eine weitere Teilrevision in die Vernehmlassung geschickt, nach welcher die maximale Entschädigung für missbräuchliche oder ungerechtfertigte Kündigungen von sechs auf zwölf

bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz hat nun zum Ziel, mehr Klarheit zu schaffen, den Arbeitnehmer mit gewissen Leitplanken beim Vorgehen bei einer Meldung von Missständen zu führen und für mehr Rechtssicherheit zu sorgen.

[Rz 7] Neben der Einführung eines neuen Art. 321a^{bis} E-OR, der die Erlaubnis und das Vorgehen von Meldungen zufolge Missständen normieren wird, soll gesetzlich festgehalten werden, dass eine Kündigung des Arbeitgebers missbräuchlich ist, wenn sie ausgesprochen wird, weil eine Meldung nach Art. 321a^{bis} E-OR gemacht worden ist.

[Rz 8] Der ausgearbeitete Gesetzesentwurf⁸ lautet wie folgt:

Art. 321abis E-OR

¹ Der Arbeitnehmer verstösst nicht gegen seine Treuepflicht, wenn er dem Arbeitgeber in Treu und Glauben Missstände meldet.

² Der Arbeitnehmer darf Missstände, die das öffentliche Interesse berühren, auch der zuständigen Behörde melden, sofern:

- a. der Arbeitgeber nicht selber innert angemessener Frist wirksame Massnahmen dagegen ergreift;
- b. aufgrund der Umstände anzunehmen ist, dass der Arbeitgeber keine wirksamen Massnahmen ergreifen wird;
- c. die Verfolgung der Taten andernfalls vereitelt werden könnte;
- d. Gefahr im Verzug ist.

³ Unternimmt die zuständige Behörde nicht innert angemessener Frist die nötigen Schritte oder ist aufgrund besonderer Umstände anzunehmen, dass sie nichts unternehmen wird, so kann der Arbeitnehmer auch die Öffentlichkeit über die Missstände informieren, namentlich indem er sich an die Medien oder interessierte Organisationen wendet.

⁴ Bestimmungen über das Berufsgeheimnis sowie in Spezialgesetzen bleiben vorbehalten.

Art. 336 Abs. 2 lit. d E-OR

² Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber ist im Weiteren missbräuchlich, wenn sie ausgesprochen wird:

- d. weil eine Meldung nach Artikel 321a^{bis} gemacht worden ist.

Art. 362 Abs. 1 E-OR ¹ Durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag darf von den folgenden

Vorschriften zuungunsten der Arbeitnehmerin oder des Arbeitnehmers nicht abgewichen werden:

Artikel 321a^{bis} Absätze 2 und 3 (Meldung von Missständen).

[Rz 9] Der Vorentwurf orientiert sich an den Kriterien des überwiegenden Interesses und der Verhältnismässigkeit.⁹ Verhält sich der Arbeitnehmer bei der Meldung des Missstandes nach Treu und Glauben und beachtet er das gesetzlich vorgesehene formelle Verfahren, hat eine hierauf gestützte Kündigung seitens des Arbeitgebers als missbräuchlich zu gelten. Dies zieht eine Entschädigungszahlung nach sich. Andere Sanktionen, wie bspw. eine Wiedereinsetzung in die gekündigte Position, sind weiterhin nicht vorgesehen. Mit einer weiteren Teilrevision des Obligationenrechts soll indes die maximale Entschädigung bei missbräuchlicher Kündigung von sechs auf zwölf Monatslöhne erhöht werden, um den Kündigungsschutz der Arbeitnehmer allgemein zu verbessern.

4. Neue Guidelines für den Arbeitnehmer

[Rz 10] Der Arbeitnehmer verstösst nicht gegen seine Treuepflicht, wenn er dem Arbeitgeber in Treu und Glauben Missstände meldet (Art. 321a^{bis} Abs. 1 E-OR).¹⁰ Er hat bei einer Meldung von Missständen allerdings einen klar vorgegebenen Dienstweg (dazu hinten Ziff. 4.2) einzuhalten, um ungerechtfertigten Vergeltungsmassnahmen durch den Arbeitgeber vorzubeugen bzw. zumindest für solche finanziell entschädigt zu werden.

[Rz 11] Wie erwähnt, wird die Missbräuchlichkeit einer erfolgten Kündigung nach wie vor nur eine monetäre Entschädigung nach sich ziehen. Die ansonsten rechtskonform ausgesprochene Kündigung bleibt gültig. Bei Meldung eines Missstandes droht mithin auch künftig ein «entschädigter Stellenverlust».

4.1 Wann liegt ein meldungsrelevanter Missstand vor?

[Rz 12] Als Missstand gilt jeder Sachverhalt, der im Widerspruch zu einer Verpflichtung des Unternehmens oder seiner Mitarbeiter steht, unabhängig davon, ob diese Verpflichtung dem öffentlichen Interesse oder privaten Interessen dient. Dabei geht es in erster Linie um strafbare Handlungen.¹¹

[Rz 13] Ob ein Arbeitnehmer einen Umstand, den er entdeckt

Monatslöhne erhöht werden soll. Im Januar 2011 wurde diese Vernehmlassung – wiederum mit kontroversen Meinungen – beendet. Zurzeit steht noch nicht fest, wie es mit den Vorlagen weitergehen wird.

⁸ Der Gesetzesentwurf bezieht sich nur auf den privaten Sektor. Der Fokus des vorliegenden Beitrages liegt auf dem neu einzuführenden Art. 321a^{bis} E-OR; internationale Abkommen werden im vorliegenden Beitrag nicht diskutiert.

⁹ Bericht, S. 38.

¹⁰ Ausdrücklich vorbehalten bleiben in Art. 321a^{bis} Abs. 4 E-OR Bestimmungen über das Berufsgeheimnis sowie Spezialgesetze. So finden Abs. 1 bis 3 des neuen Art. 321a^{bis} E-OR insbesondere auf Arbeitnehmer keine oder nur beschränkt Anwendung, die sich an das Berufsgeheimnis zu halten haben. Eine Meldung eines Missstandes ist jedoch nicht in jedem Fall verwehrt. Vielmehr hat der Arbeitnehmer in die Interessenabwägung zusätzlich jene an der Wahrung des Berufsgeheimnisses einzubeziehen.

¹¹ Bericht, S. 39.

hat, als Missstand erachten und melden will, unterliegt auch in Zukunft seinem Ermessensentscheid. Grundsätzlich vorausgesetzt wird aber, dass das gemeldete Verhalten nach Treu und Glauben als Missstand erscheint. Auch die Meldung an sich hat nach Treu und Glauben zu erfolgen. Mit Verweis auf Art. 336 Abs. 1 lit. d OR muss der Arbeitnehmer nicht die Gewissheit vom vergangenen oder noch andauernden Missstand haben, sondern es genügt, wenn objektive Gründe vorliegen, die den Arbeitnehmer zu einem entsprechenden Glauben bewegen.¹²

[Rz 14] Nicht als eigentliche Meldung eines Missstandes gilt die Befragung einer Person zur Klärung eines festgestellten Sachverhaltes. Der Arbeitnehmer soll jederzeit berechtigt sein, sich diesbezüglich vor Erhebung einer Meldung mit einer hierfür kompetenten bzw. bezeichneten Person oder einer Organisation, die entsprechende Auskünfte erteilen oder auch Beratung betreffend das weitere Meldeverfahren anbieten kann, in Verbindung zu setzen. Auch hierbei hat der Arbeitnehmer seine Treue- und Geheimhaltungspflicht zu bewahren.¹³

4.2 Welchen Dienstweg hat der Arbeitnehmer bei Vorliegen eines Missstandes zu befolgen?

4.2.1 In erster Linie: Meldung an den Arbeitgeber

[Rz 15] Art. 321a^{bis} E-OR nennt als Adressaten der Meldung betreffend einen entdeckten Missstand in erster Linie den Arbeitgeber («internes Whistleblowing»). Als Arbeitgeber gilt dabei jede Stelle, die berechtigt ist, sich mit dem angezeigten Fall zu befassen.¹⁴ Ist (durch den Arbeitgeber) keine andere zuständige Anlaufstelle bezeichnet¹⁵, werden hierzu intern regelmässig die Personalabteilungen für arbeitsrechtliche Meldungen bzw. die Rechtsabteilung und/oder das Management zuständig sein. Das Erwähnen von Missständen gegenüber Arbeitskollegen oder Personen, welche vom betreffenden Sachverhalt nicht betroffen sind, ist dagegen zu vermeiden; eine solche Kontaktaufnahme ist allenfalls mit der Geheimhaltungspflicht nicht vereinbar.

[Rz 16] Ist ein spezifisches Verfahren unternehmensintern vorgesehen, so kann das Abweichen von diesem Verfahren nur unter besonderen Umständen zulässig sein. Zu denken ist dabei insbesondere an Fälle, in welchen es dem Arbeitnehmer unzumutbar ist, den vorgegebenen Dienstweg einzuhalten, bspw. weil die für zuständig bezeichnete Stelle selbst in den zu meldenden Missstand involviert ist.

4.2.2 Subsidiär: Meldung an die zuständige Behörde

[Rz 17] Der Gesetzesentwurf sieht vor, dass unter gewissen Umständen eine Meldung auch an eine unternehmensexterne Behörde zulässig ist (Art 321a^{bis} Abs. 2 E-OR). Dieses «externe Whistleblowing» ist jedoch nur dann möglich, wenn öffentliche Interessen durch den Missstand berührt werden. Arbeitnehmer sollen dann von der Tangierung öffentlicher Interessen ausgehen können, wenn eine Behörde für die Entgegennahme entsprechender Meldungen eingerichtet wurde. Ferner ist die Voraussetzung dann erfüllt, wenn die Öffentlichkeit direkt involviert ist. Es muss sich aber um einen Missstand handeln, der aufgrund von Treu und Glauben für die Allgemeinheit als schädlich angesehen wird.¹⁶ Der Arbeitnehmer hat somit vorab selber abzuschätzen, ob lediglich private Interessen durch den Missstand berührt werden oder aber auch öffentliche. Sind nur private Interessen tangiert, scheidet eine Meldung an eine externe Behörde von vornherein aus.

[Rz 18] In zeitlicher Hinsicht gilt, dass eine externe Behörde erst angerufen werden darf, wenn eine Meldung an den Arbeitgeber bereits erfolgt ist, dadurch aber innert angemessener Frist keine wirksame Massnahme erreicht werden konnte. Auf die betriebsinterne Meldung kann nur bei Vorliegen eines Tatbestandes gemäss Art. 321a^{bis} Abs. 2 lit. b bis d E-OR verzichtet werden. Dies ist dann der Fall, wenn aufgrund der Umstände anzunehmen ist, dass der Arbeitgeber keine wirksamen Massnahmen ergreifen wird, wenn die Verfolgung der Tat ohne das unmittelbare externe Whistleblowing vereitelt werden könnte oder wenn das direkte Anrufen der externen Behörde aufgrund zeitlicher Dringlichkeit geboten ist.

4.2.3 Ultima ratio: Meldung an die Öffentlichkeit

[Rz 19] Unternimmt nach erfolgter Meldung auch die zuständige Behörde innert angemessener Frist die nötigen Schritte nicht oder ist nicht mit entsprechenden Schritten zu rechnen, so erhält der Arbeitnehmer schliesslich die Erlaubnis, die Öffentlichkeit über die Missstände zu informieren (Art. 321a^{bis} Abs. 3 E-OR).

[Rz 20] Das Informieren der Öffentlichkeit ist aus der Sicht des Arbeitgebers im Hinblick auf den möglichen Reputationsverlust unter allen Umständen zu vermeiden. Der Gesetzgeber unterstützt den Arbeitgeber insofern, als dass er dem Arbeitnehmer diese Möglichkeit lediglich auf dritter Stufe der vorgesehenen Kaskadenordnung und damit als ultima ratio zur Verfügung stellt. Die Meldung muss bei der zuständigen externen Behörde ergebnislos verlaufen sein. Es darf weder vom Arbeitgeber noch von der angerufenen Behörde innert angemessener Frist eine wirksame Massnahme ergriffen worden sein; erst dann ist eine Meldung an die Öffentlichkeit denkbar.¹⁷

¹² Bericht, S. 39.

¹³ Vgl. zum Ganzen: Bericht, S. 38.

¹⁴ Bericht, S. 39.

¹⁵ Bspw. im Arbeitsvertrag, in einem internen Reglement, in einem Code of Conduct oder dergleichen.

¹⁶ Bericht, S. 40.

¹⁷ Eine direkte Benachrichtigung der Öffentlichkeit ist nur dann zulässig,

[Rz 21] Wie der Gang an die Öffentlichkeit zu unternehmen ist bzw. welche Organisationen¹⁸ bzw. Medienunternehmen angegangen werden dürfen oder anzugehen sind, ist nicht vorgeschrieben.

5. Mit welchen Konsequenzen muss ein Whistleblower bei Nichteinhaltung der Kaskadenordnung rechnen?

[Rz 22] Die Gesetzesrevision lässt die Frage offen, welche Konsequenzen ein Whistleblower bei Nichteinhalten der gesetzlich vorgesehenen Kaskadenordnung zu befürchten hat.

[Rz 23] Die vorgesehene Formalisierung des einzuschlagenden Verfahrens bei Entdeckung eines Missstandes soll andere, davon abweichende Vorgehensweisen als mit der Treuepflicht und der Geheimhaltungspflicht unvereinbar erklären.¹⁹ Wird also die Kaskadenordnung missachtet, würde das an den Tag gelegte Verhalten als Verletzung der Treue- und der Geheimhaltungspflicht ausgelegt. Welche Konsequenzen dieser Verstoss in einem solchen Fall haben kann, wird sich in der Praxis zeigen müssen. Neben der Geltendmachung von Schadenersatz interessiert vorliegend insbesondere, ob der Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung des entsprechenden Arbeitsverhältnisses berechtigt wäre.

[Rz 24] Aus wichtigen Gründen kann gemäss Art. 337 OR ein Arbeitsverhältnis jederzeit aufgelöst werden. Nach Art. 337 Abs. 2 OR gilt als wichtiger Grund namentlich jeder Umstand, bei dessen Vorhandensein dem Kündigenden nach Treu und Glauben die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden darf. Es stellt sich also die Frage, ob die Missachtung der Kaskadenordnung als derart schwere Verfehlung betrachtet werden kann, dass eine Weiterführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber als unzumutbar erscheint. Ob die Voraussetzungen des wichtigen Grundes im Sinne von Art. 337 OR gegeben sind, ist stets nach den Umständen des Einzelfalles zu bestimmen. Einfluss darauf haben kann insbesondere die Stellung und die Verantwortung des Arbeitnehmers, die Natur und Dauer des Arbeitsverhältnisses, die Art und Schwere der Vertragsstörung und eine allfällige vorausgegangene Verwarnung.²⁰

[Rz 25] Das Arbeitsgericht Zürich (bestätigt durch das Obergericht Zürich) hat eine fristlose Kündigung geschützt, die ausgesprochen wurde, nachdem ein Arbeitnehmer gegenüber potentiellen neuen Mitarbeitern aus freien Stücken

verlauten liess, die Arbeitgeberin würde ihren Vertretern nicht alle Provisionen auszahlen. Das Verhalten des Arbeitnehmers, das die Arbeitgeberin in ein schlechtes Licht rückte, wurde als krass treuwidrig qualifiziert, wonach die Weiterführung des Arbeitsverhältnisses der Arbeitgeberin nicht weiter zumutbar war (Arbeitsgericht ZH vom 31. Mai 1988 in JAR 1990, S. 126). Eine krasse Verletzung der Treue- und Loyalitätspflichten wurde auch gesehen in klar diffamierenden und kreditschädigenden Äusserungen eines Arbeitnehmers gegenüber einer Lizenzgeberin, weil die verunglimpfte Arbeitgeberin aufgrund des Vorgefallenen ähnlich kreditschädigendes Verhalten auch gegenüber weiteren Geschäftspartnern befürchten musste (Kantonsgesicht BL vom 7. Mai 2002 in JAR 2003, S. 338).

[Rz 26] Missachtet ein Arbeitnehmer den Dienstweg und bringt einen Missstand an die Öffentlichkeit, bevor er seinem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben hat, den Missstand intern zu beseitigen, so kann dieses Handeln unseres Erachtens einen krassen Treuebruch darstellen, welcher eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses für den Arbeitgeber unzumutbar macht. Dies muss insbesondere dann gelten, wenn der Arbeitgeber aufgrund der Umstände befürchten muss, dass der Arbeitnehmer den Dienstweg auch künftig nicht befolgen könnte. Vorauszusetzen ist allerdings, dass eine interne Stelle als für die Meldungsannahme zuständig bezeichnet sowie der Arbeitnehmer explizit auf das vorgesehene gesetzliche und unternehmensinterne Verfahren aufmerksam gemacht wurde, und es dem Arbeitnehmer darüber hinaus zumutbar war, den Dienstweg einzuhalten.

6. Generelle Guidelines für den Arbeitgeber

[Rz 27] Der Gesetzesentwurf steckt lediglich die Handlungsleitplanken für den Arbeitnehmer ab; dem Arbeitgeber werden keine Vorgaben gemacht. Auch Arbeitgeber haben aber – auch aus eigenen Interessen – ihre Hausaufgaben zu erledigen. Mit der Einführung eines internen Melde-Systems kann der Arbeitgeber das Risiko einer externen Missstandsmeldung minimieren. Dies gilt natürlich unabhängig von der allenfalls neu einzuführenden gesetzlichen Regelung.

[Rz 28] Die Internationale Handelskammer (ICC) hat als erste internationale Organisation Richtlinien zur Thematik des Whistleblowings veröffentlicht.²¹ Die Richtlinien sollen eine praktische Hilfe zur Implementierung von Whistleblowing-Programmen sein, um den Unternehmen eine effektive Möglichkeit zu verschaffen, möglichst früh von Unregelmässigkeiten Kenntnis zu erlangen. Die ICC empfiehlt im Wesentlichen, als interne Compliance-Massnahme ein

wenn eine Meldung nach Art. 321a^{bis} Abs. 2 lit. a bis d E-OR ausgeschlossen ist und ausserdem besondere Umstände vorliegen, die darauf hindeuten, dass die zuständige Behörde nichts unternehmen wird (Bericht, S. 41).

¹⁸ Bspw. Umweltschutzorganisationen, Konsumentenschutzorganisationen oder Gewerkschaften (Bericht, S. 42).

¹⁹ Bericht, S. 38.

²⁰ STREIFF/VON KAENEL, N2 zu Art. 337.

²¹ http://www.icc-deutschland.de/fileadmin/ICC_Dokumente/GuidelIC-CWhistleblowing.pdf; besucht am 3. Mai 2011.

Whistleblowing-Programm zu etablieren unter Gewährleistung der folgenden Voraussetzungen:

- Sicherstellung, dass Meldungen schnell und unter Gewährleistung voller Vertraulichkeit bearbeitet werden;
- Benennung eines hochrangigen Managers als Verantwortlichen für den Whistleblowing-Bereich;
- Implementierung des Programmes in allen Ländern, in denen ein Unternehmen tätig ist, sowie Übersetzung der Massnahmen in alle relevanten Sprachen;
- Befolgung der externen rechtlichen Vorschriften;
- Entscheidung, ob Rückmeldungen anonym erfolgen oder offen gelegt werden sollen, sowie ob sie verpflichtend oder freiwillig sind;
- Rückmeldung, Aufzeichnung und Überprüfung aller Hinweise;
- Sicherstellung, dass Angestellte ohne Angst vor Vergeltungsmassnahmen, Diskriminierung oder disziplinarischen Massnahmen Vorfälle melden können.

[Rz 29] Wir erachten diese von der ICC herausgearbeiteten Richtlinien als plausibel und sinnvoll. In praktischer Hinsicht bedarf es jedoch der Ergänzung, dass das Whistleblowing-Programm oder Melde-System so ausgestaltet werden sollte, dass ein Arbeitnehmer mit möglichst geringem Aufwand und auf möglichst einfache Art und Weise eine Meldung deponieren kann. Andernfalls wird riskiert, dass das Melde-System wenig benutzt und das damit verfolgte Ziel entsprechend verfehlt wird.

6.1 Was bietet das Melde-System im Idealfall?

[Rz 30] Von grundsätzlicher Wichtigkeit ist es, darauf zu achten, dass die Hemmschwelle seitens der Arbeitnehmer zur Erstattung einer allfälligen Meldung so tief wie möglich gehalten werden kann, ansonsten mit dem Ausbleiben von Meldungen zu rechnen ist. Weiter ist entscheidend, dass eine sachgerechte und zielgerichtete Behandlung von gemeldeten Missständen gewährleistet wird. Nur wenn die Mitarbeiter Vertrauen in das System und in eine Lösung des Missstandes gewinnen, kann der bestmögliche Nutzen erreicht werden.

[Rz 31] Die einwandfreie Abwicklung und Betreuung von gemeldeten Fällen wird die Arbeitnehmer im Willen bestärken, gemeinsam mit dem Arbeitgeber Missstände zu beseitigen bzw. deren Entstehen gar nicht mehr zuzulassen.

6.1.1 Erreichbarkeit rund um die Uhr

[Rz 32] Idealerweise gewährleistet ein internes System zur Meldung von Missständen, dass ein Arbeitnehmer eine Meldung in einem ihm richtig erscheinenden Zeitpunkt und auch fern von seinem Arbeitsplatz erstatten kann. Es ist

anzunehmen, dass eine Meldung in der Regel nicht während den Arbeitszeiten und somit auch nicht vom betriebsinternen Computer, Telefon etc. aus erstattet wird. Es erleichtert dem Arbeitnehmer die Meldung zudem, wenn er diese in seiner Mutter- oder zumindest in seiner Arbeitssprache erstatten kann.

6.1.2 Gewährleistung von Anonymität und zweiseitiger Kommunikation

[Rz 33] Eines der wichtigsten Merkmale eines funktionierenden Melde-Systems ist die Wahrung der Anonymität des Whistleblowers und nicht bloss der Vertraulichkeit einer Meldung. Je gewichtiger der Missstand, desto grösser die Wahrscheinlichkeit, dass Meldungen nur erfolgen, wenn die eigene Anonymität gewahrt werden kann.

[Rz 34] Trotz der Anonymität sollte eine zweiseitige Kommunikation zwischen dem Whistleblower und der zuständigen Stelle ermöglicht werden. Es vereinfacht das Untersuchen der Meldung, wenn auch mit einem anonymen Hinweisgeber solange kommuniziert werden kann, bis alle relevanten Fakten bekannt sind. Das Fehlen einer Dialog-Möglichkeit bei anonymen Meldungen erschwert oder verunmöglicht eine umfassende Aufklärung der gemeldeten Fälle. Zudem wird mit einem regelmässigen Feedback vermieden, dass der Arbeitnehmer vorschnell zum Schluss kommt, seiner Meldung würde intern keine Beachtung geschenkt.²² Aus Sicht des Arbeitgebers ungewollte Folge eines solchen Schlusses könnte einerseits sein, dass sich der Arbeitnehmer an eine externe Stelle ausserhalb des Unternehmens wendet. Andererseits könnte es zur Folge haben, dass der Arbeitnehmer infolge Verlust des Vertrauens in das Melde-System und/oder den Arbeitgeber künftig nicht mehr mithelfen wird, Missstände aufzudecken und zu beseitigen. Beides gilt es zu verhindern.

6.1.3 Entgegennahme nicht nur von Meldungen sondern auch von Fragen

[Rz 35] Für die Arbeitnehmer wird es wichtig sein, bei Unklarheiten Fragen stellen zu können. Wie ausgeführt, ist zu erwarten, dass sich die Arbeitnehmer auch nach Einführung der neuen Bestimmungen in gewisser Hinsicht in einem luftleeren Raum befinden werden. Insofern ist es notwendig, den Arbeitnehmern die Möglichkeit zu bieten, Fragen im Zusammenhang mit potentiellen Missständen oder aber auch zum Ablauf des Meldeverfahrens zu stellen, damit eine grösstmögliche Rechtssicherheit für die Arbeitnehmer hergestellt werden kann.

[Rz 36] Auch für den Arbeitgeber ist es vorteilhaft, wenn den Arbeitnehmern gleichzeitig die Möglichkeit geboten wird, auch Fragen zu stellen. Er gewinnt hierdurch einen guten Einblick, welche (Compliance-)Fragen die Arbeitnehmer

²² Suboptimal ist daher die Installation einer Hotline zur Meldung von Missständen, welche keine Rückantwort zulässt.

beschäftigen. Dies ermöglicht es dem Arbeitgeber allenfalls, Risiken und Schwachstellen gezielt zu identifizieren und frühzeitig zu beheben.

6.2 Richtige Implementierung

[Rz 37] Damit ein grundsätzlich funktionierendes Melde-System genutzt wird und für ein Unternehmen von Wert sein kann, ist es natürlich wichtig, die Implementierung so zu gestalten, dass die Arbeitnehmer davon Kenntnis erhalten.²³ Es ist darauf zu achten, dass die Arbeitnehmer mittels Schulung einerseits die korrekte Nutzung des Systems kennen lernen und ihnen insbesondere aufgezeigt wird, wie eine Meldung zu deponieren ist. Andererseits sind die Arbeitnehmer zu informieren, was mit der Meldung anschliessend geschehen wird, und welche Konsequenzen die Meldung für sie selbst haben könnte bzw. wie unliebsame Konsequenzen vermieden werden können. Hilfreich kann schliesslich sein, die Mitarbeiter zu ermuntern, allfällige Missstände oder einen entsprechenden Verdacht frühzeitig zu melden, sodass rechtzeitig Massnahmen ergriffen werden können.

6.3 Ein Beispiel aus der Praxis

[Rz 38] Wie den Medien zu entnehmen war, hat die Schweizerische Post – als jüngstes Beispiel – unlängst eine Internetplattform²⁴ einrichten lassen, die den Arbeitnehmern zur Meldung von Missständen zur Verfügung steht. Es ist das erklärte Ziel der Schweizerischen Post, deliktisches Handeln zu bekämpfen und zu verhindern.²⁵ Die Schweizerische Post bedient sich hierfür eines Melde-Systems, welches die vorgenannten Grundsätze beachtet und sich flexibel gestalten lässt.²⁶ Dieses Melde-System zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass die internetbasierte Meldeplattform zwar ein internes Instrument darstellt, die Daten aber verschlüsselt über externe und gesicherte Server des Systembetreibers laufen. So wird die Anonymität in jedem Zeitpunkt gewährleistet.

[Rz 39] Ein automatisiertes Triage-System stellt durch individuelles Definieren verschiedenster Problemkreise (z.B. Korruption, Geldwäscherei, Mobbing etc.) sicher, dass die Meldungen zu der unternehmensintern zuständigen Stelle

gelangen. Die entsprechende Person kann sich mittels Passwort auf dem externen Server anmelden, die Meldungen in Empfang nehmen und sich mit dem Whistleblower auf anonymer Basis in Verbindung setzen. So kann der Ablauf so effizient und zuverlässig wie möglich gestaltet werden.

7. Wird die Gesetzesrevision ihr Ziel erreichen?

[Rz 40] Die Gesetzesrevision will mehr Klarheit und Rechtssicherheit schaffen im Zusammenhang mit der Meldung von Missständen im Arbeitsverhältnis. Ob dies mit der Revision allein erreicht wird, ist fraglich. Auch nach Durchführung der Gesetzesrevision wird es Rechtsunsicherheiten geben. Etliche Sachverhalte lassen sich auch künftig nur durch Ausüben von Ermessen und Einzelfallbetrachtung qualifizieren, und zahlreiche Begriffe²⁷ lassen Raum für Interpretationen. Inwiefern die möglichen neuen Bestimmungen dem Arbeitnehmer helfen werden, sich zu entscheiden, eine entsprechende Meldung zu machen, wird sich in der Praxis zeigen müssen.

[Rz 41] Immerhin erhält der Arbeitnehmer durch die neu einzuführende Bestimmung (Art. 321a^{bis} E-OR) in formeller Hinsicht gewisse Leitplanken, so dass er wissen muss oder zumindest in Erfahrung bringen kann, welchen Dienstweg er bei einer Meldung zu beschreiten hat. Weiter wird zum Schutz der Arbeitnehmer beitragen, dass die durch den Arbeitgeber infolge einer Meldung nach Art. 321a^{bis} E-OR ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich zu gelten hat.

[Rz 42] Dessen ungeachtet kann der Arbeitgeber – unabhängig von der Gesetzesrevision – selbst dazu beitragen, die Gefahr von externem Whistleblowing zu minimieren. Mit der Einführung eines funktionierenden Melde-Systems kann er erreichen, dass rufschädigende Meldungen einzig intern behandelt werden und nicht an die Öffentlichkeit gelangen. Gelingt es dem Arbeitgeber, dass seine Arbeitnehmer Vertrauen in das System gewinnen, werden sie motiviert sein, betriebsinterne Ungereimtheiten frühzeitig zu melden, ohne Gefahr zu laufen, ihre Geheimhaltungspflichten gegenüber dem Arbeitgeber zu verletzen oder gar Vergeltungsmassnahmen befürchten zu müssen. Der Arbeitgeber erhält hierdurch die Möglichkeit, früh an Informationen betreffend mögliche Unstimmigkeiten zu gelangen und darauf reagieren zu können. Missstände können hernach beseitigt und grössere Schäden vermieden werden. Dies wiederum kann dazu führen, dass die Zufriedenheit am Arbeitsplatz gefördert wird und die Arbeitsmotivation der Arbeitnehmer steigt. So kann es gelingen, Missstände gar nicht erst entstehen zu lassen; und wo kein Missstand, da kein Whistleblower.

²³ Z.B. mittels Übergabe und Erläuterung eines Reglements; eine blosser Erwähnung der Möglichkeit einer Meldung im Intranet einer Unternehmung wird nicht genügen.

²⁴ <https://post.integrityline.org/>; besucht am 3. Mai 2011.

²⁵ http://www.nzz.ch/nachrichten/politik/schweiz/post_bietet_whistleblowing-plattform_an_1.10026703.html; besucht am 3. Mai 2011.

²⁶ Entwickelt und betrieben wird die Plattform durch die Integrity Line GmbH, welche darauf spezialisiert ist, massgeschneiderte Systeme zur internen Meldung von Missständen zu entwickeln und in Unternehmen zu implementieren. Die Integrity Line GmbH stellt verschiedene Meldedispositive zur Verfügung, die auf die Grösse, Bedürfnisse, Organisationskultur und finanziellen Verhältnisse des Unternehmens angepasst werden können.

²⁷ Bspw. «Treu und Glauben», «Missstand», «öffentliches Interesse», «angemessene Frist», «wirksame Massnahme», «nötige Schritte».

Thomas Kälin, lic.iur., ist als Rechtsanwalt bei meyerlustenberger tätig. Kerstin Kirchhoff, lic.iur., arbeitet als juristische Mitarbeiterin bei meyerlustenberger.

* * *