

Infoletter

Zentrum für Wettbewerbs- und Handelsrecht

Compliance Kompakt

Juni 2019

Gesetzesnovellierungen zum Schutz von Whistleblowern in der EU und der Schweiz

Compliancesysteme verlangen durchwegs für ihre Wirksamkeitsbeurteilung nach einer Whistleblowingstelle. Doch wie steht es um den Schutz der Whistleblower? Dies wird im Folgenden anhand der Gesetzgebung in der Europäischen Union und in der Schweiz näher betrachtet.

Das Europäische Parlament hat am 16. April 2019 die EU-Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstösse gegen das Unionsrecht melden¹ (EU-Richtlinie) verabschiedet. Dabei hat die EU im letzten Moment die dreistufige Meldekaskade aufgeweicht. Diese Meldekaskade sah ursprünglich vor, dass Hinweisgebende zunächst intern an ihren Arbeitgeber, danach an eine externe Meldestelle (Behörde) und erst in der letzten Meldestufe an die Öffentlichkeit gehen dürfen, um den Hinweisgeberschutz zu erhalten. Nun erhalten Hinweisgebende auch dann einen Hinweisgeberschutz, wenn sie ihren Arbeitgeber vorher nicht informieren und direkt an externe Kanäle gelangen. Die EU-Richtlinie sieht grundsätzlich eine Pflicht zur Einrichtung von effizienten und wirksamen Meldekanälen bei juristischen Personen des privaten Sektors ab einer Beschäftigungszahl von 50 Mitarbeitenden oder bei Gemeinden mit mehr als 10'000 Einwohnerinnen und Einwohnern vor.

Schweizer Gesetzesentwurf

Die Schweiz setzt sich seit einem Jahrzehnt mit verschiedenen Gesetzesvorlagen zum Schutz von Whistleblowern auseinander. Zuletzt hat der Bundesrat am 21. September 2018 einen überarbeiteten Entwurf² (E-OR bzw. CH-Entwurf) und eine entsprechende Zusatzbotschaft³ verabschiedet. Dieser Entwurf wurde jedoch vom Nationalrat am 3. Juni 2019 mit 144 zu 27 Stimmen abgelehnt. Da der Nationalrat wie auch der Ständerat sich auf die Gesetzesvorlage eingelassen haben, befindet sich das Verfahren nach dieser Ablehnung durch den

¹ 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)); abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2019-0366_DE.pdf.

² BBl 2019 1433 ff.

³ BBl 2019 1409.

Nationalrat formell im Divergenzbereinigungsverfahren. Nun hat der Ständerat die Möglichkeit, dem Nationalrat zu folgen und den Entwurf ebenfalls abzulehnen. Der Ständerat kann aber auch in die Detailberatung eintreten und die OR-Revision – einschliesslich Änderungen am Entwurf des Bundesrates – verabschieden. Voraussichtlich wird der Ständerat diese Entscheidung im kommenden Herbst fällen.

Rechtliche Anreize statt gesetzliche Pflicht

Im Gegensatz zur EU-Richtlinie regelt der CH-Entwurf nur Meldungen, die im Zusammenhang mit Arbeitsverhältnissen der Privatwirtschaft stehen. Dabei wählt der Bundesrat statt einer gesetzlichen Pflicht zur Einführung unternehmensinterner Hinweisgebersysteme, wie es die EU-Richtlinie vorsieht, den Weg von rechtlichen Anreizen für den Arbeitgeber zur Einführung solcher Meldesysteme. Indem der Gesetzgeber Anreize für die Arbeitgeber schafft, interne Hinweisgebersysteme einzuführen, sollen Whistleblower ihre Meldung primär an diese Meldekanäle adressieren und erst im nächsten Schritt an Behörden bzw. die Öffentlichkeit. Dafür wird dem Arbeitgeber als Anreiz die gesetzliche Vermutung gewährt, dass die Meldung an das interne Hinweisgebersystem Wirkung erzielt. Die Anreize gelten unabhängig von der Grösse der Organisation. Folglich kämen diese Anreize auch bei kleinen Unternehmen oder gar bei Stiftungen und Vereinen zur Anwendung, sofern diese Arbeitsverhältnisse haben.

Meldung von Unregelmässigkeiten

Nach dem CH-Entwurf sollen lediglich Unregelmässigkeiten gemeldet werden können. Als solche gelten Tatsachen, die der beruflichen Schweigepflicht gemäss Art. 321a Abs. 4 OR unterliegen. Tatsachen, die nicht dieser Geheimhaltungspflicht unterstehen, müssen sich nicht an den Voraussetzungen einer Meldung gemäss Art. 321a^{bis} Abs. 2 E-OR halten.⁴ Als Unregelmässigkeiten gelten dabei Straftaten, Widerhandlungen gegen gesetzliche Regelungen, wie auch Verstösse gegen interne Regelungen des Arbeitgebers (Art. 321a^{bis} Abs. 2 E-OR).

Dreistufige Meldekaskade: Arbeitgeber, Behörde und Öffentlichkeit

Der CH-Entwurf hält an der dreistufigen Meldekaskade fest, wobei die Voraussetzungen der jeweiligen Kaskaden nach wie vor komplex sind. Die erste Kaskade ist die Meldung an den Arbeitgeber. Dabei hält der Whistleblower seine Treuepflicht ein, wenn ein nachvollziehbarer Verdacht für eine Unregelmässigkeit besteht und die Meldung an eine interne oder externe Person bzw. Stelle erfolgt, die zur Entgegennahme der Meldung befugt ist (Art. 321a^{bis} Abs. 1 E-OR). Der Gesetzentwurf lässt anonyme Meldungen zu. Der Arbeitgeber muss eine für die Behandlung der Meldung angemessene Frist von maximal 90 Tagen ab Erhalt der Meldung festlegen.

Die nächste Kaskade ist die Meldung an die für die Kontrolle der Einhaltung der verletzen Bestimmung zuständige Behörde. Die Behörde kann dabei die erste oder zweite Kaskadenstufe sein, abhängig davon, ob der Arbeitgeber vorher involviert war. Eine direkte Meldung an die Behörde – unter Umgehung des Arbeitgebers – steht im Einklang mit der Treuepflicht des Whistleblowers, wenn

- (i) ein nachvollziehbarer Verdacht besteht und
- (ii) sie oder er davon ausgehen kann, dass eine Meldung an den Arbeitgeber keine Wirkung erzielen würde,
- (iii) die zuständige Behörde ohne sofortige Meldung in ihrer Tätigkeit behindert würde oder

⁴ Zusatzbotschaft, BBl 2019 1409, 1414 f und 1422.

- (iv) 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).

Hat der Whistleblower die Unregelmässigkeit dem Arbeitgeber vorher gemeldet, ist die Meldung an die Behörde im Einklang mit der Treuepflicht, wenn ein nachvollziehbarer Verdacht besteht und der Arbeitgeber nicht die gesetzlich vorgesehenen Massnahmen ergriffen hat oder dem Whistleblower auf Grund der Meldung gekündigt wurde oder ihm andere Nachteile entstanden sind (Art. 321a^{ter} E-OR).

Bei Einhaltung der Kaskade ist Kündigung missbräuchlich

Die letzte Kaskade ist die Information der Öffentlichkeit. Sie stellt die zweite oder dritte Kaskadenstufe dar, abhängig davon, ob der Arbeitgeber vorher involviert war. Eine Information der Öffentlichkeit über eine Unregelmässigkeit ist im Einklang mit der Treuepflicht des Whistleblowers, wenn

- (i) er oder sie ernsthafte Gründe hat, den gemeldeten Umstand in guten Treuen für wahr zu halten,
- (ii) die Unregelmässigkeit vorher der zuständigen Behörde gemeldet hat und
- (iii) trotz Ersuchens der Behörde ihn oder sie über die Behandlung der Meldung zu informieren, die Behörde binnen vierzehn Tagen ab Erhalt des Ersuchens keine geeigneten Auskünfte erteilt hat oder
- (iv) nach der Meldung an die Behörde dem Whistleblower gekündigt wurde oder ihr oder ihm Nachteile entstanden sind (Art. 321a^{quinquies} Abs. 2 E-OR).

Nur wenn sich der Whistleblower an die Kaskade hält, ist die Meldung im Einklang mit seiner Treuepflicht (Art. 321a^{bis} E-OR). Eine Kündigung durch den Arbeitgeber wäre in diesem Fall nach Art. 336 OR missbräuchlich. Letztlich ist diese Meldekaskade die gesetzliche Verankerung bundesgerichtlicher Rechtsprechung für ein zulässiges Whistleblowing.

Weiterführende Informationen zum Thema:

Am 4. Juli 2019 findet die 2. Tagung «Compliance bei Stiftungen und Vereinen» an der ZHAW School of Management an Law in Winterthur statt. In der diesjährigen Konferenz wird ein besonderer Schwerpunkt auf das Thema Whistleblowing gelegt: David Rüetschi, Bundesamt für Justiz, wird über den aktuellen Gesetzesentwurf zu Whistleblowing berichten. Auf seinen Vortrag folgt eine Paneldiskussion mit Verbänden, Vereinen und Stiftungen zu der Frage, ob es einer Ombudsstelle für NPOs in der Schweiz bedarf.

Lesen Sie zudem den ausführlichen Fachbeitrag «Anstehende Schweizer Gesetzesnovellierung zum Schutz von Whistleblowern» in der Juli-Ausgabe des Compliance Beraters.

Dr. [Rita Pikó](#), Dozentin für Compliance und Studiengangleiterin CAS Compliance Investigator