

Arbeits- und datenschutzrechtliche Aspekte von Whistleblowing

Dr. iur. HSG Stefan Rieder, LL.M., Rechtsanwalt

St. Galler Juristenverein / 10. Juni 2015

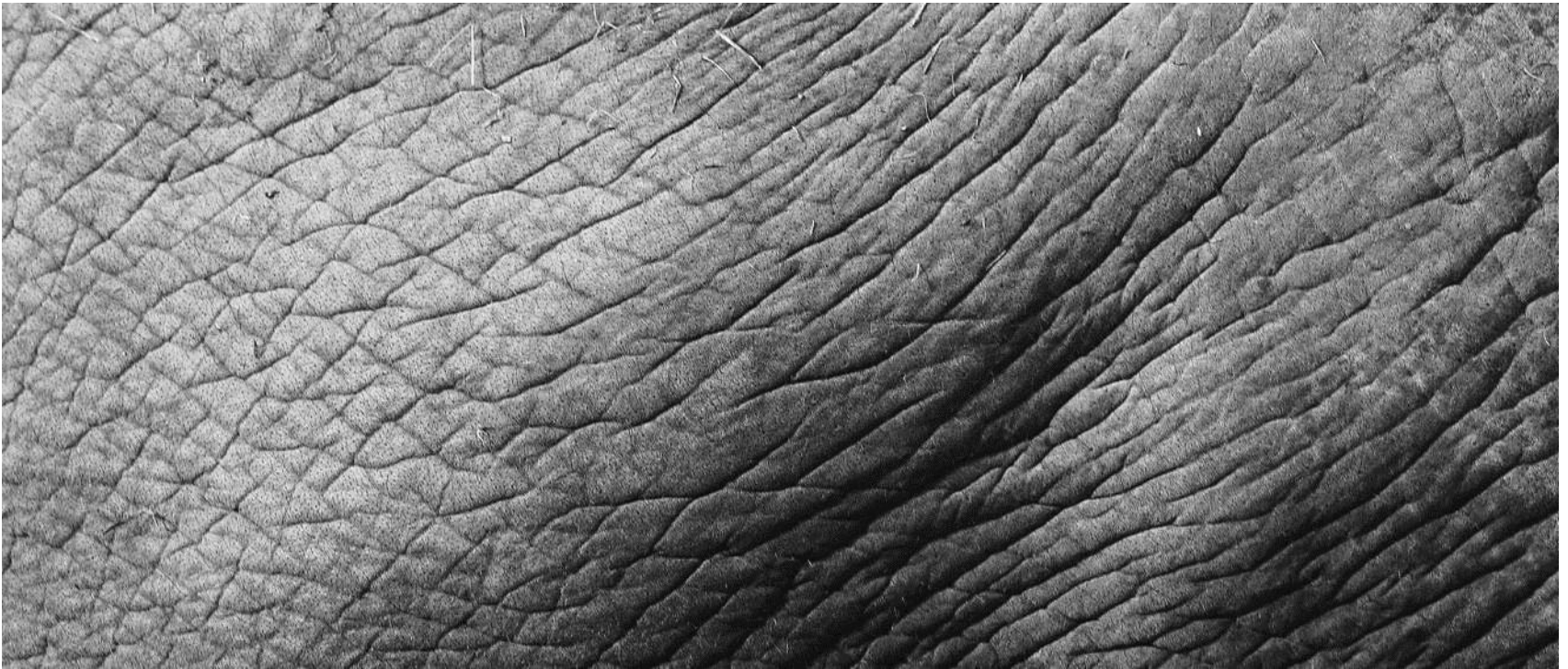


Inhalt

1. Ausgangslage und Problemstellung
2. Internes Whistleblowing
 - Melderecht
 - Meldepflicht
 - Meldestellen
 - Umgang mit Meldungen
3. Externes Whistleblowing
4. Schutz des Whistleblowers
5. Whistleblowing-System

Ausgangslage und Problemstellung

bratschi
wiederkehr
& buob



Was ist Whistleblowing?

Whistleblowing im arbeitsrechtlichen Kontext charakterisiert sich durch:

- die Offenlegung eines Missstandes (illegales, illegitimes und unmoralisches Fehlverhalten sowie andere ernsthafte Risiken), der die Arbeitgeberin betrifft;
- durch einen Arbeitnehmenden;
- an eine unternehmensinterne oder -externe Stelle, damit diese Massnahmen gegen den Missstand ergreift.

Praxisrelevantes Phänomen

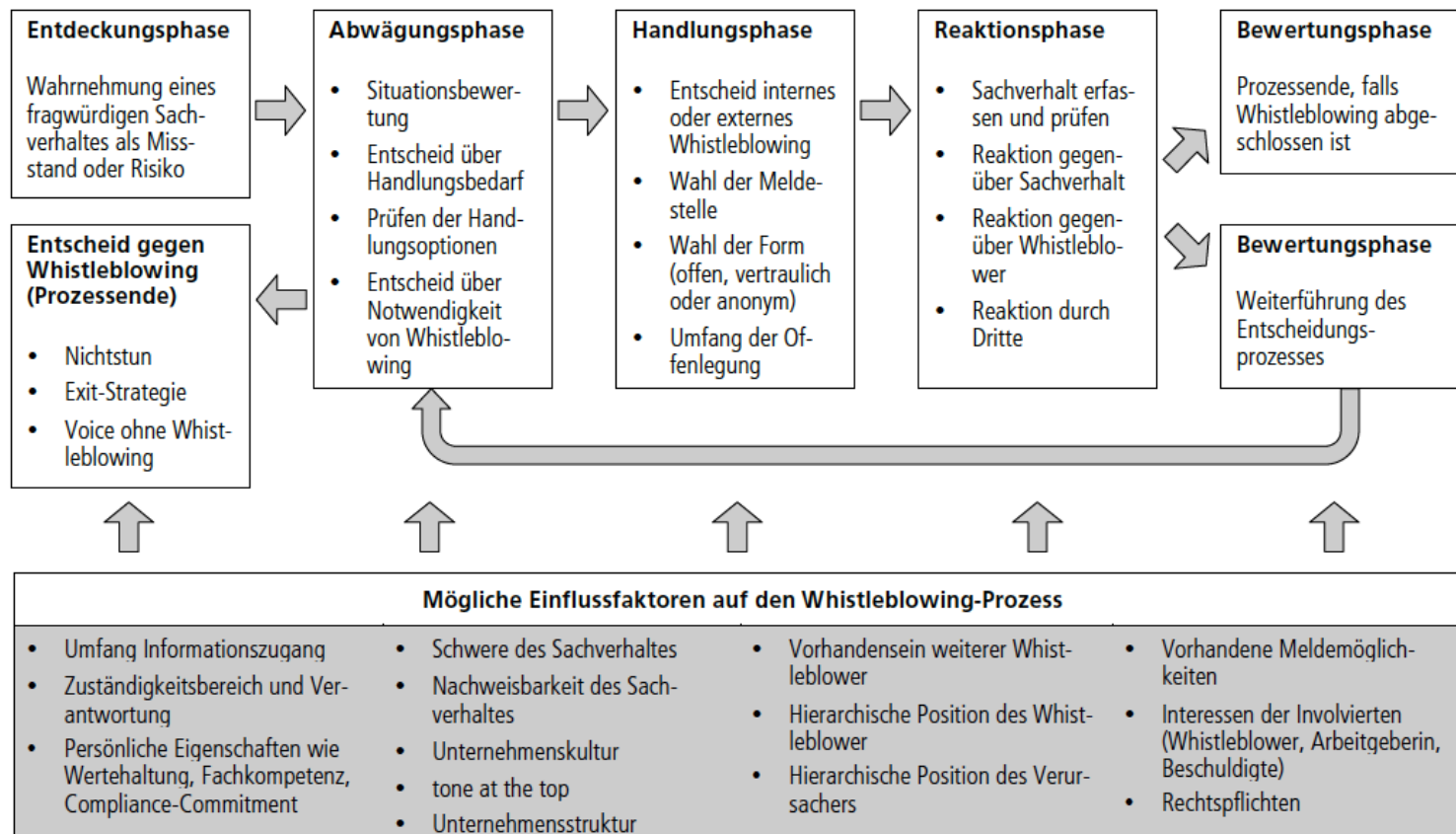
- Öffentlichkeitswirksame Fälle von externem Whistleblowing
- Teilrevision des OR „Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz“ (BBI 2013 9589)
 - Ständerat: Zustimmung zur Vorlage
 - Nationalrat: Eintreten und Rückweisung an den Bundesrat

„Die Vorlage ist verständlicher und einfacher zu formulieren. An der Grundstruktur der Vorlage sei festzuhalten, namentlich was die Kaskade (Arbeitgeber, Behörde, Öffentlichkeit) sowie den Anreiz für die Schaffung interner Meldestellen betrifft.“

Praxisrelevantes Phänomen

- Whistleblowing in einem Unternehmen betrifft:
 - Arbeitnehmende, die rechtmässig einen Missstand melden (Schutzbedürfnis)
 - Arbeitnehmende, die von einem Missstand Kenntnis haben und diesen nicht melden
 - Arbeitnehmende, die einen Missstand im Wissen darum, dass dieser nicht existiert, missbräuchlich melden
 - Arbeitnehmende, die durch eine Meldung beschuldigt werden (Schutzbedürfnis)
 - Arbeitgeberin, welche sich mit einer Meldung konfrontiert sieht
 - Unternehmenskultur?

Whistleblowing als Entscheidungsprozess

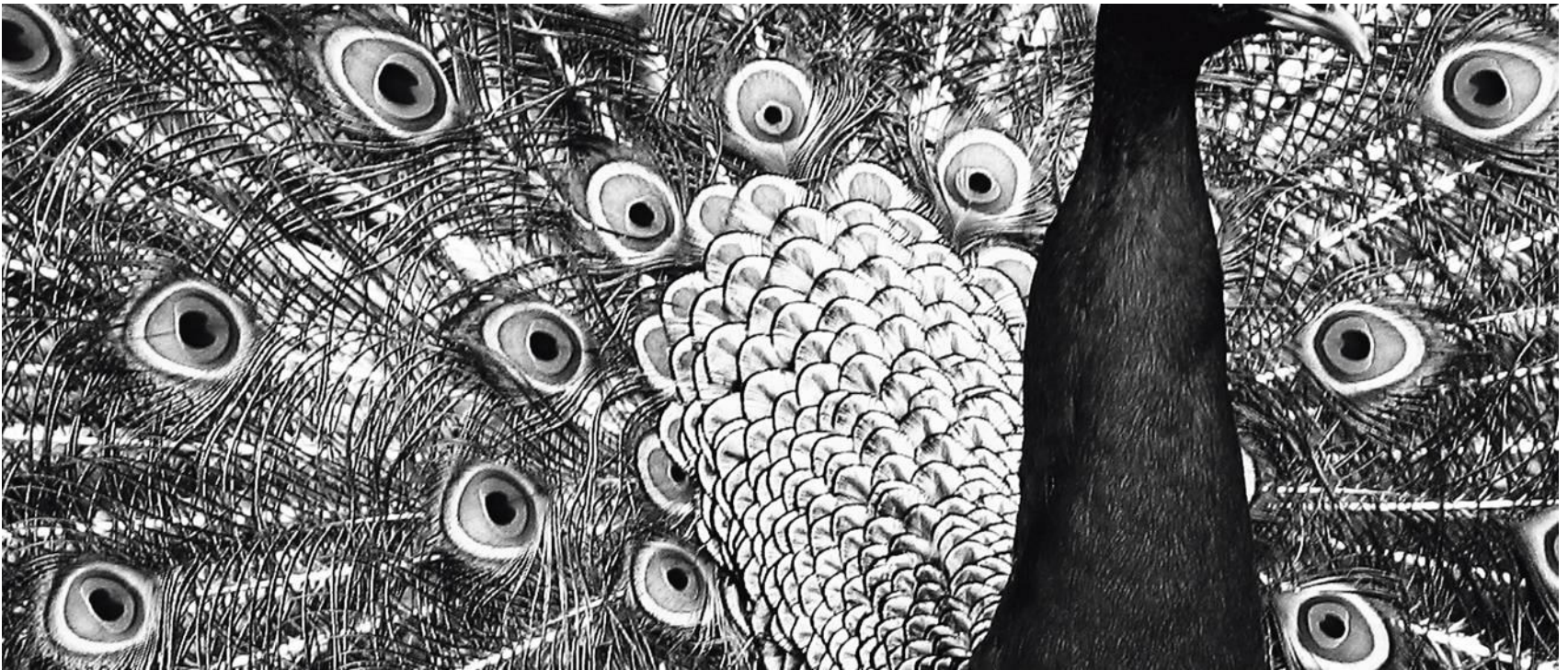


Rechtsfragen

- Zulässigkeit von internem und externem Whistleblowing?
- Blosses Melderecht oder Meldepflicht?
- An welche Stelle muss eine interne Meldung erfolgen?
- Muss eine interne Meldung von der Arbeitgeberin untersucht werden?
- Wie müssen meldende und beschuldigte Arbeitnehmende geschützt werden?
- Muss die Arbeitgeberin ein Whistleblowing-System implementieren?

Internes Whistleblowing

bratschi
wiederkehr
& buob



Melderecht

- Meldung als kommunikative Äusserung (Meinungsäusserungsfreiheit)
- Arbeitnehmende haben das Recht, die Arbeitgeberin auf Missstände hinzuweisen (4A_432/2009, E. 2.2.2)
- Meldung von Missständen ist i.d.R. im Interesse der Arbeitgeberin (≠ missbräuchliche Meldungen)
- Treuepflicht darf aber nicht verletzt werden (Interessenswahrungspflicht und keine Schädigung)
 - Begründeter Verdacht als Meldevoraussetzung
 - Wahrheitsgetreue, vollständige und möglichst frühzeitige Meldung
 - Keine unwahren Meldungen
 - Keine Störung des Betriebsfriedens (z.B. triviale Sachverhalte, böswillige Beschuldigung anderer Arbeitnehmenden)

Meldepflicht (Lehre)

- Keine gesetzlich verankerte Meldepflicht (ausser Art. 10 Abs. 2 ArGV3)
- Treuepflicht ist keine blosser Unterlassungspflicht, sondern umfasst:
 - Schaden von der Arbeitgeberin abzuwenden
 - Störungen im Arbeitsvollzug, Missstände und Unregelmässigkeiten im Betrieb zu melden
- Meldung von Verfehlungen anderer Arbeitnehmenden, falls:
 - erhebliche Gefährdung der Arbeitgeberinteressen
 - Schädigung der Arbeitgeberin
 - Beaufsichtigung des Fehlbaren
 - leitende Stellung des Arbeitnehmenden

Konkretisierung der Meldepflicht

- Wesentliche Missstände (mögliche Schädigung der Arbeitgeberin) müssen unabhängig von der Tätigkeit und Stellung des Arbeitnehmenden gemeldet werden (nicht leistungsbezogene Meldepflicht)
 - Verfehlungen von anderen Arbeitnehmenden müssen immer gemeldet werden
- Andere Missstände, an denen die Arbeitgeberin ein Offenlegungsinteresse hat, müssen nur gemeldet werden, wenn der Missstand im Zusammenhang mit der Arbeitstätigkeit steht (leistungsbezogene Meldepflicht)
 - Verfehlungen von anderen Arbeitnehmenden müssen nur bei einer Aufsichts- oder Kontrollfunktion gemeldet werden

Konkretisierung der Meldepflicht

- Keine Meldepflicht bei trivialen Sachverhalten
- Meldepflichten bestehen auch bei Personalverleih und Konzernarbeitsverhältnissen
 - Primär gegenüber dem Einsatzbetrieb
 - u.U. zusätzlich gegenüber der Arbeitgeberin
- Überwiegende eigene Interessen als Grenze der Meldepflicht
 - Arbeitnehmender weiss nicht, welche Meldestelle geeignet ist
 - Kein begründeter Verdacht
 - Arbeitgeberin hat bereits Kenntnis vom Missstand
 - Vergeltungsmassnahmen drohen durch eine Meldung und es bestehen keine angemessenen Schutzmassnahmen
 - Keine Selbstbelastung

Meldepflicht (Rechtsprechung)

- Höherer Bankangestellter informiert Arbeitgeberin nicht über Veruntreuungen eines ihm nicht unterstellten Devisenhändlers (BGE 113 IV 68)
- Aussendienstmitarbeitender arbeitete auf Anordnung seines Vorgesetzten für ein fremdes Unternehmen und arbeitete eine Verkaufsofferte für firmenfremde Produkte aus (JAR 1999 S. 293)
- Sekretärin führt Schreibarbeiten im Zusammenhang mit Verfehlungen des Vorgesetzten aus (JAR 1986 S. 156)
- Arbeitnehmender hat Kenntnis von Veruntreuungen eines befreundeten Arbeitnehmenden und lässt sich mit dem veruntreuten Geld einladen (ZR 1968 Nr. 33)

Zuständige Meldestelle

- Von der Arbeitgeberin bezeichnete Meldestelle
- Andere geeignete Meldestellen unter Berücksichtigung der Arbeitgeberinteressen
- Geeignetheit ist abhängig von Art und Schwere des Missstandes (Zuständigkeit und Kompetenzen der Stelle)
 - Vorgesetzte bzw. Abteilungs-/Bereichsleiter
 - Compliance-Abteilung
 - Rechtsabteilung
 - Interne Revision
 - Geschäftsführung
 - Verwaltungsrat
 - Stellen mit Sonderfunktionen

Zuständige Meldestelle

- m.E. keine Pflicht, die Meldung an den Vorgesetzten zu richten bzw. über den Dienstweg (ausser wenn Weisung besteht)
- Vorgesetzte sind u.U. nicht geeignet:
 - Missstand betrifft nicht den Verantwortungsbereich
 - Involvierung in den Missstand
 - Hierarchisch bedingte Informationsfilter (Vermeidung einer Verantwortlichkeit)
- Externer Rechtsanwalt der Arbeitgeberin ohne ausdrückliche Zuständigkeit, sofern dieser im Zusammenhang mit dem Meldegegenstand mandatiert wurde (4A_2/2008)
 - m.E. auch externer Rechtsanwalt im Sinne eines ausgegliederten Rechtsdienstes

Ungeeignete Meldestelle

- Meldung an eine ungeeignete Meldestelle ist eine Treuepflichtverletzung
- Ungeeignet sind in der Regel:
 - Personen oder Unternehmensfunktionen, die in den Missstand involviert sind
 - Unterstellte oder gleichrangige Arbeitnehmende (4A_613/2010)
 - Personalabteilung
 - Arbeitnehmervertretung
 - Generalversammlung einer als AG organisierten Arbeitgeberin
 - Unternehmensexterne Stellen wie z.B. Gewerkschaften

Umgang mit einer Meldung

- Situationsanalyse und Plausibilitätsprüfung
- Durchführung einer internen Untersuchung, u.U. besteht sogar eine Untersuchungspflicht:
 - Sorgfaltspflicht der Organe (Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR)
 - Schutz von beschuldigten Arbeitnehmenden (Art. 328 OR)
 - Grundsatz der Datenrichtigkeit (Art. 5 Abs. 1 DSGVO)
- Kündigung eines beschuldigten Arbeitnehmenden ohne angemessene Untersuchung der Vorwürfe kann missbräuchlich sein (ZR 1997 Nr. 84), ist jedoch nicht per se missbräuchlich (4A_510/2010)

Umgang mit einer Meldung

- Fürsorgepflicht darf durch Untersuchung nicht verletzt werden
 - Untersuchungsmassnahmen sind schonend und zurückhaltend durchzuführen
 - Intensive und systematische Untersuchung nur wenn erforderlich
 - Keine Diskreditierung von Arbeitnehmenden bei anderen Arbeitnehmenden und Vorgesetzten (Information nach dem „need to know-Prinzip“)
- Untersuchung muss die datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze einhalten
- Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung, d.h. es muss ein Arbeitsplatzbezug vorhanden sein
- Verhältnismässigkeit der Datenbearbeitung, d.h. nicht alle Untersuchungsmassnahmen sind zulässig

Umgang mit einer Meldung

- Datenbearbeitung muss für betroffene Arbeitnehmende transparent erfolgen, d.h. betroffene Arbeitnehmende müssen über Untersuchung und Vorwürfe informiert werden (Aufschiebung ist aber erlaubt)
- Auskunfts- und Berichtigungsrechte von betroffenen Arbeitnehmenden
 - m.E. besteht kein Anspruch auf Namensnennung des meldenden Arbeitnehmenden
 - Identität des meldenden Arbeitnehmenden muss vertraulich behandelt werden (Fürsorgepflicht), gilt aber u.U. nicht bei böswilligen Meldungen
- Zweckgebundene Datenbearbeitung, d.h. nicht mehr benötigte Daten müssen gelöscht, anonymisiert oder archiviert werden
- Datensicherheit, d.h. Schutz der Daten vor unautorisierten Personen

Gesetzesentwurf

- Melderecht wird gesetzlich verankert (Art. 321a^{bis} E-OR)
 - Hinreichender Verdacht als Voraussetzung
 - Meldung an eine von der Arbeitgeberin bezeichnete Stelle oder an eine Person, die befugt ist, sich damit zu befassen
- Keine ausdrückliche gesetzliche Meldepflicht
- Faktischer Untersuchungszwang nach Art. 321a^{ter} Abs. 1 E-OR (externes Whistleblowing ist sonst u.U. zulässig)

Externes Whistleblowing

bratschi
wiederkehr
& buob



Kaskadenprinzip

- Externes Whistleblowing ist von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt, die arbeitsrechtliche Treue- und Geheimhaltungspflicht muss aber beachtet werden (Grundrechtsbeschränkung)
- Externes Whistleblowing muss verhältnismässig sein und es braucht ein überwiegendes Interesse an einer externen Offenlegung
- Kaskadenprinzip (BGE 127 III 310)
 - Vorgängige interne Meldung und die Arbeitgeberin trifft keine angemessenen Massnahmen gegen den Missstand
 - Meldung an zuständige Behörde (ausnahmsweise auch direkt, wenn die Arbeitgeberin kein berechtigtes Interesse an einer vorgängigen internen Meldung hat)
 - Meldung an Öffentlichkeit als ultima ratio

Gesetzesentwurf (Art. 321a^{ter} E-OR)

- Externes Whistleblowing ist zulässig, wenn die Arbeitgeberin
 - den Sachverhalt nicht innert max. 60 Tagen klärt sowie keine genügenden Massnahmen ergreift
 - Informationspflicht gegenüber meldenden Arbeitnehmenden nicht erfüllt (Eingang der Meldung, Bearbeitungsfrist und Informationen über die Behandlung und die Ergebnisse der Massnahmen)
- Externes Whistleblowing kann durch ein funktionsfähiges Whistleblowing-System verhindert werden (Safe Harbor Regel)
 - Unabhängige Meldestelle
 - Regeln über das Meldeverfahren und die Behandlung einer Meldung
 - Schutzmassnahmen für den meldenden Arbeitnehmenden
- Externes Whistleblowing ist zulässig, wenn der meldende Arbeitnehmende nach einer berechtigten internen Meldung sanktioniert wird

Gesetzesentwurf

- Direkte Meldung an die zuständige Behörde ist nur in Ausnahmefällen zulässig
 - Interne Meldung erzielt keine Wirkung (Annahme gestützt auf objektive Tatsachen)
 - Tätigkeit der Behörde wird ohne sofortige Meldung behindert
 - Vorliegen einer unmittelbaren und ernsthaften Gefährdung des Lebens, der Gesundheit, der Sicherheit oder der Umwelt oder unmittelbaren Gefahr des Eintritts grosser Schäden
- Meldung an die Öffentlichkeit ist nur zulässig, wenn ernsthafte Gründe für das Vorliegen des Missstandes bestehen und die zuständige Behörde keine geeigneten Auskünfte über die weitere Behandlung der Meldung oder den Stand des Verfahrens erteilt (direkte Meldung an die Öffentlichkeit ist nie zulässig)

Schutz des Whistleblowers

bratschi
wiederkehr
& buob



Kündigungsschutz

- Kündigung als Reaktion auf zulässiges internes oder externes Whistleblowing ist missbräuchlich (Urteil des OG LU vom 1. Dezember 2011 in: JAR 2012, S. 506)
- Keine missbräuchliche Kündigung, wenn (Urteil des OG ZH Nr. LA130043 vom 6.3.2014):
 - sich der Whistleblower selber nicht nach Treu und Glauben verhalten hat, insbesondere bei Mitverschulden am Missstand
 - zwischen der Kündigung und dem Whistleblowing kein klarer Kausalzusammenhang besteht
- Keine missbräuchliche Kündigung, wenn durch internes oder externes Whistleblowing die Treue- oder Geheimhaltungspflicht verletzt wird

Schutz vor anderen Sanktionen

- Fürsorgepflicht verlangt Schutz von Arbeitnehmenden, die einen Missstand rechtmässig gemeldet haben:
 - Schutz der Identität des meldenden Arbeitnehmenden
 - Arbeitgeberin darf einen meldenden Arbeitnehmenden nicht sanktionieren
 - Arbeitgeberin muss einen meldenden Arbeitnehmenden vor Sanktionen durch andere Arbeitnehmende schützen
- Art. 328 Abs. 3 E-OR sieht ausdrückliche Schutzpflicht vor
- Kündigung als Reaktion auf rechtmässiges Whistleblowing wird in den Tatbestandskatalog einer missbräuchlichen Kündigung aufgenommen (Art. 336 Abs. 2 lit. d E-OR)

Unternehmensinternes Whistleblowing-System

bratschi
wiederkehr
& buob



Pflicht oder Kür?

- Gewährleistung einer wirksamen internen Kontrolle sowie einer zweckmässigen Organisation der Risikomanagement- und Compliance-Funktion (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 1-3 und 5 OR)
- Implizite Pflicht je nach potentiellen Risiken, Unternehmensgrösse, Branche, Geschäftsaktivität
- Bestandteil einer Good Corporate Governance
- Arbeitnehmende sind die beste Quelle, um Missstände in Erfahrung zu bringen
- Art. 321a^{ter} Abs. 2 E-OR als Anreiz

Funktionen

- Reputationsschutzfunktion (Verhinderung von externem Whistleblowing)
- Frühwarnsystem / Risikokommunikationsfunktion
- Aufdeckungsfunktion
- Haftungsvermeidungsfunktion (Unternehmensverantwortlichkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB)
- Qualitätssicherungsfunktion bei produktions- und sicherheitsrelevanten Ereignissen als Meldegegenstand

Kernelemente eines Whistleblowing-Systems

- Risikokommunikationskultur (Whistleblowing als nutzenstiftendes Compliance-Instrument)
- Interne und/oder externe Meldestrukturen, die regelmässig kommuniziert werden
- Whistleblowing-Reglement, das Meldeverfahren, Behandlung der Meldung sowie Rechte und Pflichten der Arbeitnehmenden regelt
- Verfahren für eine zeitnahe und sorgfältige Überprüfung und Bearbeitung der Meldungen
- Angemessene Schutzmassnahmen für meldende und von einer Meldung betroffene Arbeitnehmende

Ausgestaltung

- Unternehmensindividuelle Ausgestaltung, da keine rechtlichen Mindestanforderungen bestehen
 - zukünftig evtl. Art. 321a^{ter} Abs. 2 E-OR
- Einseitige Einführung eines Whistleblowing-Systems ist möglich
- Keine gesetzlichen Mitwirkungsrechte, Mitwirkung ist aber u.U. sinnvoll
- Datenschutzrechtliche Informationspflicht über Umfang und Zweck der Datenbearbeitung

Ausgestaltung

- Anmeldung der Datensammlung, sofern kein unternehmensinterner Datenschutzverantwortlicher besteht:
 - Regelmässige Datenbearbeitung durch externe Meldestelle
 - Bearbeitung von Persönlichkeitsprofilen
- Anonymes Whistleblowing ja oder nein?
m.E. ist Zulässigkeit zu bejahen
 - Behandlung von anonymen Meldungen zwecks Funktionsfähigkeit des Whistleblowing-Systems erforderlich
 - Empfehlung: In Reglement ausdrücklich festhalten, dass Personalien angegeben werden sollten und Identität vertraulich behandelt wird

bratschi
wiederkehr
& buob



Literaturhinweise

IMBACH HAUMÜLLER DIANA, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Zürich 2011.

RIEDER STEFAN, Whistleblowing als interne Risikokommunikation, Ausgestaltung eines unternehmensinternen Whistleblowing-Systems aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht, Zürich/St. Gallen 2013.

RIEDER STEFAN, Der Umgang mit Whistleblowing aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 22. Dezember 2014.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

Dr. iur. HSG Stefan Rieder, LL.M., Rechtsanwalt

Bratschi Wiederkehr & Buob AG
Vadianstrasse 44
Postfach 262
9001 St. Gallen
+41 58 258 14 00
stefan.rieder@bratschi-law.ch
www.bratschi-law.ch