

## Compliance aus HR-Sicht

# Whistleblowing und interne Untersuchung

Compliance sollte in jedem Unternehmen ein relevantes Thema sein, weil die Regeleinhaltung jeden einzelnen Mitarbeitenden betrifft. Nachdem im ersten und zweiten Teil aufgezeigt worden ist, was Compliance ist und wie mit den Themen Interessenskonflikten und Annahme von Geschenken umgegangen werden kann, geht es im dritten Teil um das Melden von möglichen Verstössen und um deren Untersuchung.

Von Dr. iur. HSG Stefan Rieder, LL.M., Fachanwalt SAV Arbeitsrecht

Whistleblowing, das Melden von einem Missstand wie z.B. einem Gesetzesverstoss, ist ein Phänomen, das leider oft negativ aufgefasst wird. Während eine Meldung an eine Behörde oder an die Medien (externes Whistleblowing) nicht im Interesse eines Unternehmens ist, ist internes Whistleblowing – d.h. eine Meldung an eine zuständige interne Stelle – eine Art Risikokommunikation, die dem Unternehmen ermöglicht, Hinweise über mögliche Compliance-Verstösse zu erhalten. Solche Hinweise sind wichtig, um Compliance im Unternehmen sicherzustellen. Das schweizerische Recht regelt Whistleblowing nicht ausdrücklich, weshalb sich die Zulässigkeit und die Voraussetzungen von Whistleblowing nach den bestehenden Gesetzesbestimmungen in unterschiedlichen Rechtsbereichen wie etwa dem Arbeits-, Datenschutz- und Strafrecht richten. In arbeitsrechtlicher Hinsicht sind die allgemeine Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR und die Geheimhaltungspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR von Bedeutung.

## Interne Meldung von Missständen

Internes Whistleblowing wird von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt, und Mitarbeitende haben, unabhängig von ihrer Tätigkeit und Funktion, ein Melderecht, solange die Meldung im Interesse der Arbeitgeberin erfolgt und sie nicht eine Treuepflichtverletzung oder eine Schädigung der Arbeitgeberin zur Folge hat (z.B. Störung des Betriebsfriedens durch falsche Beschuldigungen). Je

nach Art des Missstands und Stellung des Mitarbeitenden ist dieser aufgrund der Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) sogar verpflichtet, einen mutmasslichen Missstand der Arbeitgeberin zu melden. Die Meldung von mutmasslichen Missständen wird normalerweise in einem Code of Conduct oder in einem Compliance-Reglement thematisiert, und es wird entweder eine Meldeerwartung oder eine Meldepflicht vorgesehen.

### Musterformulierung «Meldung von Missständen»

Der Mitarbeitende hat aufgrund seiner Treuepflicht (Art. 321a OR) die Interessen der Muster AG zu wahren und Schaden von ihr abzuwenden. Er trägt eine Mitverantwortung für die Compliance der Muster AG, und die Muster AG bestärkt alle Mitarbeitenden, Hinweise auf Gesetzesverstösse, Unregelmässigkeiten oder Risiken (Missstände) unverzüglich zu melden. Die Muster AG schützt aufgrund ihrer Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) die Persönlichkeit von meldenden und von einer Meldung betroffenen Mitarbeitenden. Die Muster AG untersucht begründete und genügend substantiierte Meldungen und trifft, falls erforderlich, angemessene Massnahmen zur Behebung von Missständen.

Wenn Mitarbeitende einen Missstand feststellen und diesen melden wollen oder müssen, stellt sich die Frage, an welche interne Stelle die Meldung erfolgen muss. Sofern die Arbeitgeberin keine zuständige Meldestelle bezeichnet hat (das kann z.B. auch ein externer Rechtsanwalt sein), muss die interne Meldung an eine

geeignete Stelle erfolgen, die berechtigt ist, sich mit dem Sachverhalt zu befassen, und die über die erforderlichen Fähigkeiten und Kompetenzen verfügt, um die Meldung zu bearbeiten. Ob sich eine Meldestelle als solche eignet, ist abhängig von der Art und Schwere des Missstands sowie von der Organisation der Arbeitgeberin. Die Arbeitgeberin ist in der Regel verpflichtet, eine eingegangene Meldung auf deren Inhalt und Richtigkeit hin zu überprüfen. Dabei muss sie die datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze einhalten und aufgrund ihrer Fürsorgepflicht sowohl die Persönlichkeit des meldenden Mitarbeitenden (vertrauliche Behandlung der Identität sowie Schutz vor Sanktionen und Diskriminierungen) als auch diejenige des beschuldigten Mitarbeitenden (Schutz vor Falschbeschuldigungen) schützen.

## Schutz des Whistleblowers

Externes Whistleblowing wird zwar von der Meinungsäusserungsfreiheit geschützt, allerdings müssen die allgemeine Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR und die Geheimhaltungspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR eingehalten werden. Externes Whistleblowing ist gemäss Gerichtspraxis nur zulässig, wenn die Interessen des Mitarbeitenden oder der Öffentlichkeit die Interessen der Arbeitgeberin überwiegen und eine externe Meldung erforderlich und verhältnismässig ist. Im Rahmen von externem Whistleblowing gilt grundsätzlich das Kaskadenprinzip, d.h., die Meldung muss zuerst erfolglos



Bei externem Whistleblowing gilt grundsätzlich das Kaskadenprinzip, d.h., die Meldung muss zuerst erfolglos intern stattfinden, bevor sie an die zuständigen Behörden und in einem letzten Schritt als allerletztes Mittel an die Öffentlichkeit erfolgen darf.

intern stattfinden, bevor sie dann an die zuständigen Behörden und in einem letzten Schritt als wirklich allerletztes Mittel an die Öffentlichkeit erfolgen darf.

**Merke**

Mitarbeitende, denen aufgrund von rechtmässig erfolgtem internem oder externem Whistleblowing gekündigt oder die anderweitig sanktioniert oder diskriminiert werden, sind durch den Schutz vor missbräuchlichen Kündigungen nach Art. 336 OR und die Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR geschützt.

**Untersuchungspflicht**

Wenn die Arbeitgeberin einen Hinweis auf mögliche Compliance-Verstösse hat (z.B. durch internes Whistleblowing), dann ist sie nicht nur berechtigt, eine interne Untersuchung durchzuführen, sondern es kann auch eine Pflicht zur Durchführung einer internen Untersuchung vorliegen. Eine Untersuchungspflicht kann sich auch aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin nach Art. 328 OR ergeben. Die Fürsorgepflicht beinhaltet die Pflicht

der Arbeitgeberin, die Persönlichkeit der Mitarbeitenden zu achten und zu schützen. Bei Anhaltspunkten zu einem mutmasslichen Compliance-Verstoss stehen typischerweise auch einzelne oder mehrere Mitarbeitende in Verdacht. Die Arbeitgeberin sollte deshalb einen Verdacht angemessen verifizieren, da andernfalls eine ausgesprochene Kündigung ohne vorgängige Sachverhaltsabklärung missbräuchlich sein kann. Die Gerichte betrachten eine Kündigung jedenfalls als missbräuchlich, wenn die Arbeitgeberin ohne Durchführung einer internen Untersuchung an ihrem Verdacht festhält, obwohl der beschuldigte Mitarbeitende die Vorwürfe ausdrücklich bestritten und eine Konkretisierung der Vorwürfe verlangt hat.

**Grenzen einer Untersuchung**

Die Arbeitgeberin muss aufgrund ihrer Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR auch bei einer internen Untersuchung die Persönlichkeit des Mitarbeitenden schützen und im Rahmen der zulässigen Datenbearbeitung im Arbeitsverhältnis

die allgemeinen datenschutzgesetzlichen Bearbeitungsgrundsätze berücksichtigen. Untersuchungsmassnahmen sind deshalb zurückhaltend sowie schonend durchzuführen und dürfen nicht schikanoös sein. Die Arbeitgeberin kann auch bei schwachen Verdachtsmomenten ein berechtigtes Interesse an einer internen Untersuchung haben, allerdings bedeutet dies nicht automatisch, dass sie diesen schwachen Verdachtsmomenten intensiv und systematisch nachgehen darf. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht liegt etwa vor, wenn von einer internen Untersuchung betroffene Mitarbeitende gegenüber Vorgesetzten oder anderen Arbeitnehmenden diskreditiert werden.

Aus der Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR lassen sich zudem verschiedene weitere Pflichten der Arbeitgeberin ableiten. Die interne Untersuchung sowie allfällige Vorwürfe gegenüber Mitarbeitenden müssen von der Arbeitgeberin vertraulich behandelt werden, d.h., die Informationen dürfen nach dem «need to know»-Prinzip nur Personen zur Verfügung stehen, die diese aufgrund ihrer

Aufgabe im Rahmen der internen Untersuchung oder aufgrund ihrer Funktion im Unternehmen (z.B. Verwaltungsrat, Geschäftsführer, Rechtsanwalt des Unternehmens) erhalten müssen. Ansonsten werden betroffene Mitarbeitende unnötig gegenüber anderen Mitarbeitenden diskreditiert.

Von einer internen Untersuchung betroffene Mitarbeitende haben zudem einen legitimen Anspruch, sich gegen die ihnen zur Last gelegten Vorwürfe verteidigen zu können. Die Arbeitgeberin sollte betroffene Mitarbeitende über die interne Untersuchung und die Vorwürfe in Kenntnis setzen, wobei bei überwiegenden Interessen der Arbeitgeberin auch eine zeitlich beschränkte heimliche Untersuchung zulässig ist. Eine heimliche Untersuchung kann z.B. in einer Anfangsphase einer Untersuchung erforderlich und gerechtfertigt sein, damit die Untersuchung und Beweissicherung nicht vereitelt werden kann. Sobald eine solche Vereitelungsgefahr aber nicht mehr besteht, muss der von der Untersuchung betroffene Mitarbeitende über die Untersuchung und die ihm zur Last gelegten Vorwürfe informiert werden.

### Befragung von Mitarbeitenden

Bei einer internen Untersuchung werden regelmässig Mitarbeitende befragt, und diese sind verpflichtet, der Arbeitgeberin wahrheitsgemäss und vollständig Aus-

kunft zu erteilen. Eine treuwidrige Behinderung der Sachverhaltsaufklärung durch einen Mitarbeitenden kann eine fristlose Kündigung nach Art. 337 OR rechtfertigen. Bei der Befragung von Mitarbeitenden sollte beachtet werden, dass solche Befragungen geeignet sind, die Beweiskraft späterer Einvernahmen in einer Strafuntersuchung zu schwächen, weil bei Mehrfachbefragungen in Kombination mit suggestiver Einflussnahme eine gewisse Gefahr der Aussageverfälschung besteht. Die Befragungen sind deshalb nicht nur sorgfältig zu planen, sondern es muss auch dem Ablauf der Befragung und der Fragetechnik eine grosse Bedeutung beigemessen werden. Zudem sollten die Befragungen protokolliert werden, wobei dies aufgrund der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin dem befragten Mitarbeitenden vorgängig mitzuteilen ist.

Auch bei Befragungen von Mitarbeitenden muss die Arbeitgeberin ihre Fürsorgepflicht beachten, namentlich auch dann, wenn die Arbeitgeberin Dritte (z.B. einen Rechtsanwalt) mit der Befragung beauftragt hat. Dem ist insbesondere bei der Anordnung, der Art der Durchführung, der Form der Fragestellungen und der Protokollierung Rechnung zu tragen. Die Arbeitgeberin darf bei der Befragung z.B. durch eine Anwesenheit von Anwälten keinen ungebührlichen Druck auf den befragten Mitarbeitenden ausüben. Bei Befragungen kann der befragte Mitarbeitende infolge der Drucksituation ein

berechtigtes Interesse an der Begleitung eines Rechtsbeistands haben, selbst wenn dem Mitarbeitenden kein strafbares Verhalten vorgeworfen wird. Die Arbeitgeberin hat dieses Interesse grundsätzlich infolge ihrer Fürsorgepflicht zu berücksichtigen und die Begleitung durch einen Rechtsbeistand hinzunehmen.

### Arbeitsrechtliche Sanktionen

Nach Abschluss der internen Untersuchung geht es in arbeitsrechtlicher Hinsicht auch darum, arbeitsrechtliche Sanktionen (Verwarnung, ordentliche oder fristlose Kündigung) sowie gegebenenfalls die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen (z.B. Verrechnung mit Lohnansprüchen) einzuleiten, wobei insbesondere bei einer fristlosen Kündigung zu beachten ist, dass diese rechtlich korrekt erfolgt (Vorliegen eines wichtigen Grunds und umgehende Reaktion nach Kenntnis des wichtigen Grunds). Allenfalls kann es auch Sinn machen, das Arbeitsverhältnis mit einem fehlbaren Mitarbeitenden durch eine Aufhebungsvereinbarung einvernehmlich aufzulösen.



**Stefan Rieder** ist als Fachanwalt SAV Arbeitsrecht im privaten Arbeitsrecht, öffentlichen Personalrecht und Sozialversicherungsrecht sowohl beratend als auch prozessierend tätig.



## Das Geschenk für jeden Geschmack

Ob für Partner, Kunden oder Mitarbeitende: Die Lunch-Check Geschenkkarte wird jedem Geschmack gerecht.

- Willkommen in 8000 Restaurants in der ganzen Schweiz
- kein Verfallsdatum
- Bis CHF 500.- als Naturalgeschenk für Ihre Mitarbeitenden nicht steuerpflichtig
- Individuelles Design möglich

Jetzt online bestellen unter [lunch-check.ch](https://lunch-check.ch)

**SCHWEIZER LUNCH-CHECK**  
DIE LECKERSTE WÄHRUNG DER SCHWEIZ.

