



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Whistleblowing in der Schweiz: quo vadis?

Unter Berücksichtigung der neuen EU-Richtlinie 2019/1937

Mastervorlesung Arbeitsrecht

Frühjahrssemester 2021

Roger Rudolph

MEHRERE ÄRZTE STEHEN IN KRITIK

Aktualisiert 30.05.2020 14:30

Unispital Zürich entlässt Whistleblower

Das Unispital Zürich hat den Whistleblower entlassen, der Missstände in der Herzchirurgie publik gemacht hatte.



Dieser war in einer leitenden Funktion am Unispital in Zürich tätig.
KEYSTONE

Zürcher Universitätsspital hat Whistleblower entlassen – nun schaltet sich Gesundheitsdirektorin Rickli ein

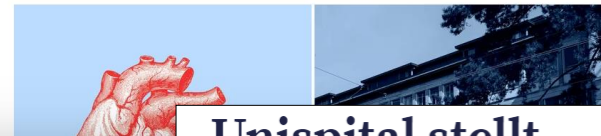
Ein Arzt hat die Untersuchung gegen den Direktor der Klinik für Herzchirurgie des Universitätsspitals Zürich ins Rollen gebracht. Nun darf er nicht mehr am Krankenhaus arbeiten. Zu den Gründen schweigt sich das Spital aus.

Universitätsspital Zürich

Nicht an dieser Klinik ...

... würde sich die Patientenschützerin Erika Ziltener am Herz operieren lassen. Denn im Unispital Zürich häufen sich die Skandale. Sie fordert: Eine neue Spitalleitung muss her!

Interview: Sarah Jäggi, 3. Juni 2020, 16:55 Uhr / Editiert am 3. Juni 2020, 19:27 Uhr / ZEIT Schweiz Nr. 24/2020, 4. Juni 2020 / 5 Kommentare / [□](#)



Unispital stellt Whistleblower vor die Tür

Seit Monaten weiss die Spitalleitung über die schweren Vorwürfe gegen Francesco Maisano Bescheid. Sie stellte sich bedingungslos hinter den Klinikchef. Und kündigte stattdessen jenem Arzt, der die Missstände aufgedeckt hatte.



Überblick

- Einleitung
- Gescheitertes Gesetzgebungsprojekt
- Rechtslage de lege lata
- Die neue EU-Richtlinie 2019/1937 zum Schutz von Whistleblowern und ihr Einfluss auf das schweizerische Arbeitsrecht
- Fazit



Einleitung

- Ausgangspunkt:
 - Bekämpfung von Korruption und anderen Missständen in Unternehmen
 - Schutz von Hinweisgebern
 - Katalisatoren: nationale und internationale Whistleblowingfälle seit Ende der 1990er Jahre
 - Breiter Konsens: rechtlicher Regelungsbedarf
- Teils übereinstimmende, teils divergierende Interessenlagen:
 - Aus Sicht der Arbeitnehmenden
 - Aus Sicht der Unternehmen
 - Aus Sicht der Öffentlichkeit
 - Aus Sicht weiterer Interessengruppen

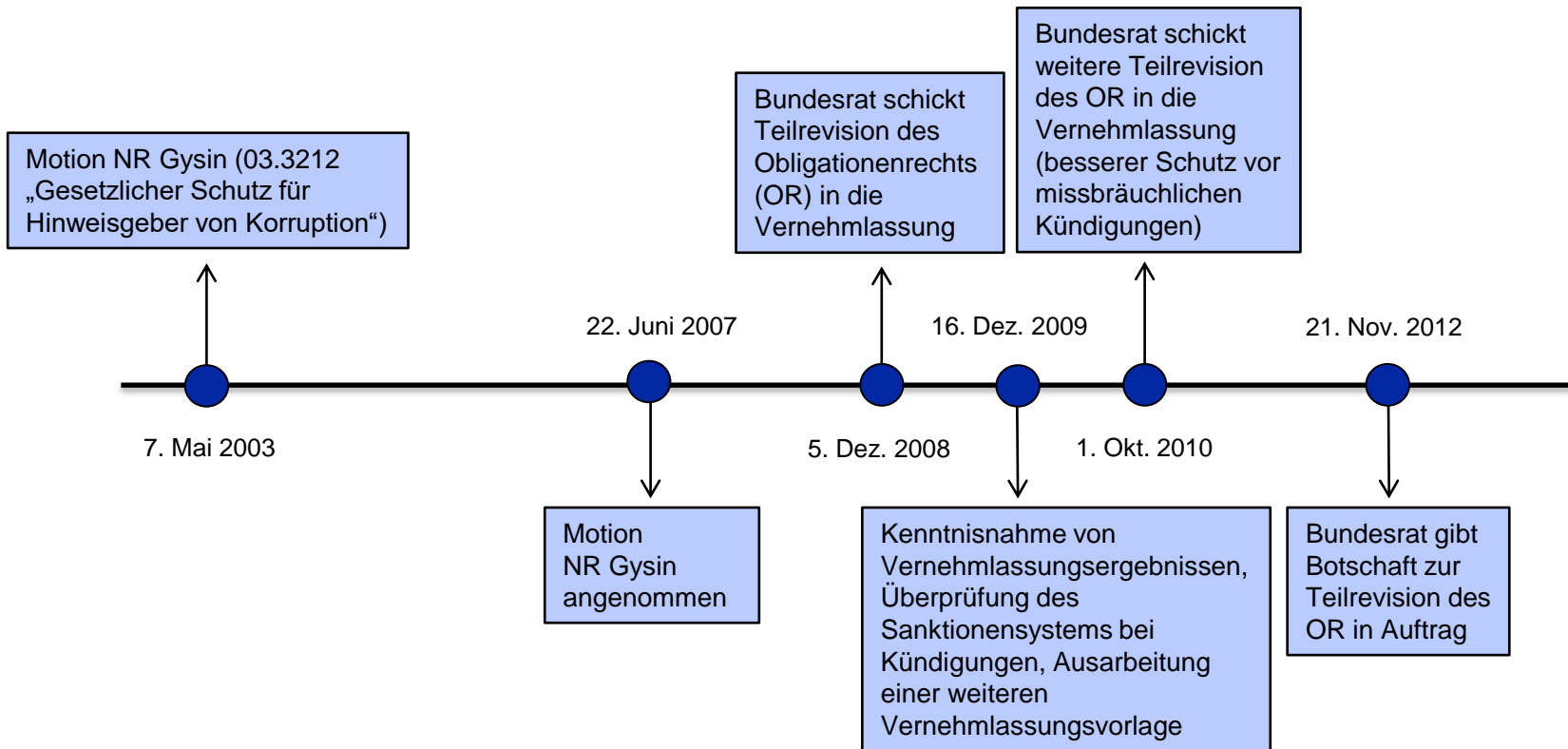


Einleitung

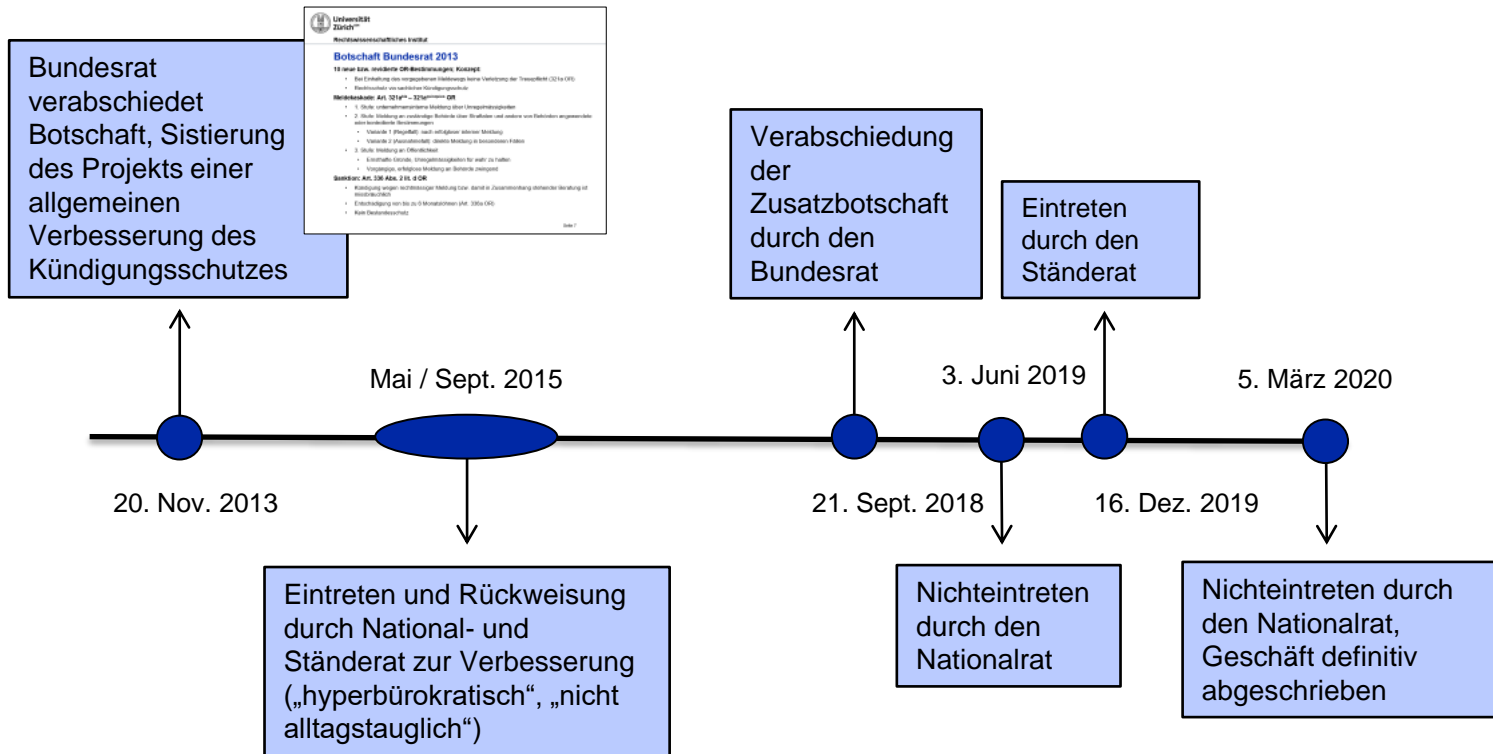
- Rechtliche Problemfelder (Auswahl):
 - **Arbeitsrecht**
 - Datenschutzrecht
 - Strafrecht
 - Aktien-/Revisionsrecht
 - Aufsichtsrecht
 - Corporate Governance/Compliance/Best Practice
 - Internationales Umfeld
- Aktuell im Fokus:
 - Gescheitertes Gesetzgebungsprojekt in der Schweiz (5. März 2020: endgültiges Nichteintreten des Nationalrats)
 - EU-Richtlinie 2019/1937 („Whistleblower-Richtlinie“) vom 23. Oktober 2019, in Kraft seit 16. Dezember 2019
 - Zahlreiche aktuelle Fälle (national und international)



Gescheitertes Gesetzgebungsprojekt



Gescheitertes Gesetzgebungsprojekt





Botschaft Bundesrat 2013

Konzept des Entwurfs

- Übernahme der von Lehre und Rechtsprechung in Anwendung von Art. 321a OR (Treue- und Geheimhaltungspflicht) entwickelten Grundsätze durch Ergänzung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen des Obligationenrechts
- Bei Einhaltung des vorgegebenen Meldewegs keine Verletzung der Treue- und Geheimhaltungspflicht (Art. 321a Abs. 1 und 4 OR)

Meldekaskade bei festgestellten Unregelmässigkeiten: Art. 321a^{bis} – 321a^{quinquies} OR (verkürzt und vereinfacht)

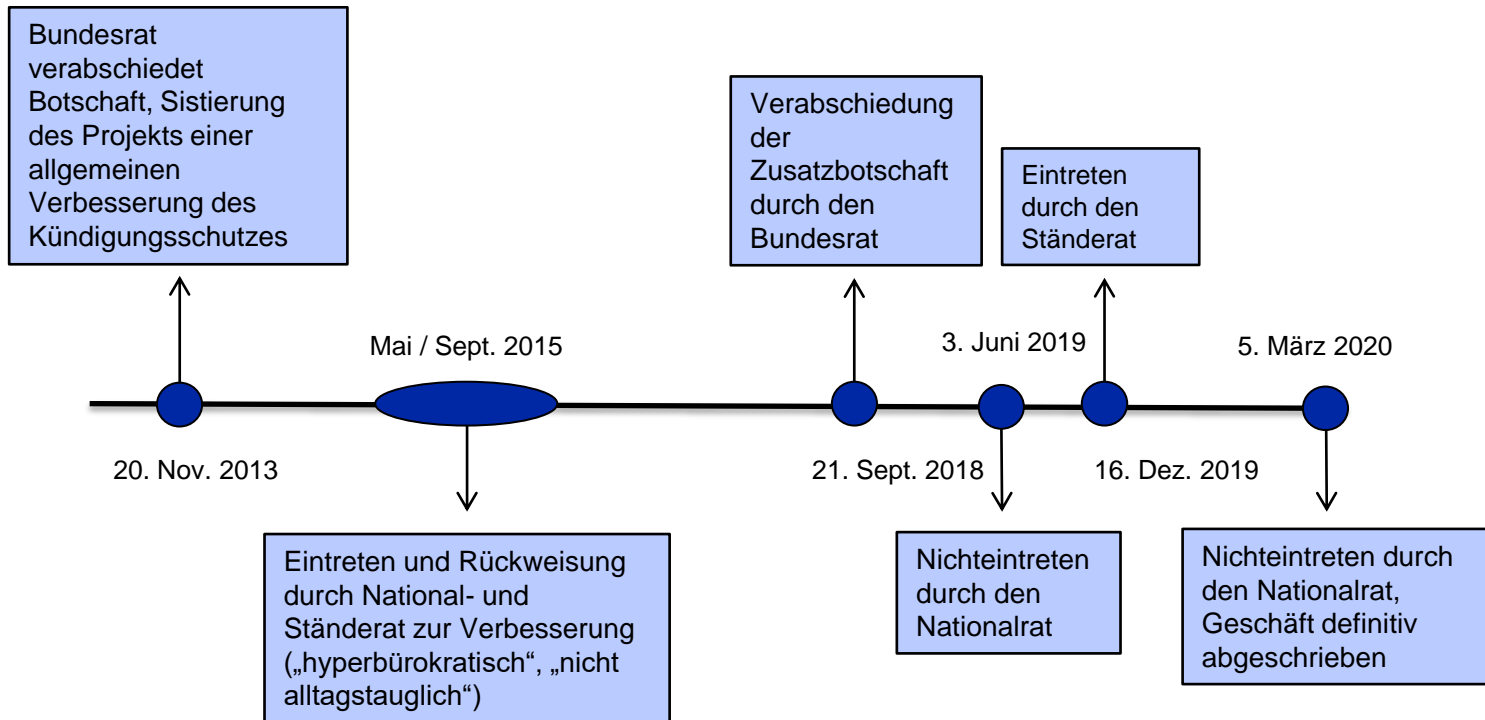
1. Stufe: unternehmensinterne Meldung
2. Stufe: Meldung an zuständige Behörde (Voraussetzung: erfolg- bzw. reaktionslose interne Meldung oder Vergeltungsmassnahmen nach interner Meldung; Regel und Ausnahme)
3. Stufe: Meldung an Öffentlichkeit (zwingende Voraussetzung: reaktionslose Meldung an Behörde)

Rechtsschutz: Art. 328, 336 Abs. 2 lit. d und 336a OR

- Fürsorgepflicht
- Kündigung wegen rechtmässiger Meldung (bzw. damit in Zusammenhang stehender Beratung) ist missbräuchlich; Entschädigung von bis zu 6 Monatslöhnen
- Kein Bestandesschutz



Gescheitertes Gesetzgebungsprojekt



Gescheitertes Gesetzgebungsprojekt

Neue Zürcher Zeitung

Freitag, 6. März 2020

WIRTSCHAFT 27



Verfügung.

KARL MATHIS / KEYSTONE

US-Chefs

Abfuhr für Gesetz zum Informantenschutz

Nationalrat versenkt «Whistleblower»-Vorlage

HANSUELI SCHÖCHLI

Grosse Worte, kleine Taten. Dieser Widerspruch gehört zuweilen zum Berufsbild von Parlamentariern. Das hat seinen Charme, denn das Reden als eines der beiden Hauptwerkzeuge von Parlamentariern kann deutlich günstiger sein als der Einsatz des zweiten Hauptwerkzeugs: der Produktion von Gesetzen. Dies trifft nach Ansicht des Nationalrats für das Dossier Informantenschutz zu. Gemeint ist damit der Schutz von Angestellten, die auf Missstände in ihrem Betrieb hinweisen und damit unter Umständen die Verärgerung mancher Kollegen und sogar die eigene Stelle riskieren.

Die medienkräftigen in- und ausländischen Fälle wie Snowden, Birkenfeld, Elmer und Wyler/Zopfi sind dabei nur die Spitze des Eisbergs: Jährlich erhalten Schweizer Betriebe Tausende von Hinweisen über mutmassliche Brüche von Gesetzen und Firmenregeln. Laut einer Erhebung von 2019 war knapp die Hälfte der erhaltenen Hinweise «relevant», und nur 5% galten als «missbräuchlich». Wer Gläser lieber als halb

unsicherheit für Betroffene. Die Kritik im Nationalrat in Sachen «Kompliziertheit» und «Rechtsunsicherheit» war denn auch zum Teil vorgeschoben.

Dies gilt vor allem für die politische Linke. Sie hatte mit dem Gesetzesprojekt zwei ganz andere Probleme: Der Vorschlag brachte keinen formalen Ausbau des Kündigungsschutzes, und die Gewerkschaften befürchteten, dass sich Mitarbeiter mit Kritik

über
unter
tig
täre
nicht
sind.
dings

2018 in seiner Botschaft ans Parlament klargemacht, dass die Information der Sozialpartner durch Arbeitnehmer mit dieser Vorlage nicht abgedeckt sei und deshalb diesbezüglich die Rechtslage unverändert bleibe.

Unklar ist dabei, welche Art der betriebsinternen Information durch Arbeitnehmer zuhanden von Gewerkschaften nach geltendem Recht überhaupt zulässig ist. Der nun abgelehnte

«Es muss regnen, aber nichts darf nass werden.»



Rechtslage de lege lata: Arbeitsprivatrecht

- Nach Scheitern des Revisionsprojekts weiterhin Fehlen einer gesetzlichen Whistleblowing-Regelung
- Rechtsentwicklung weiterhin durch Richterrecht
- Orientierungspunkt: Bundesgerichtliche Rechtsprechung (z.B. BGE 127 III 310 E. 5; BGer, Urteil 1C_635/2014 vom 29. September 2015)
- Ausgangspunkt: Treue- und Geheimhaltungspflicht (Art. 321a Abs. 1 und 4 OR); gilt auch in Bezug auf festgestellte Missstände, sofern keine höheren Interessen entgegenstehen
- Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips
- Einhalten einer dreistufigen Meldekaskade:
 - Unternehmensintern
 - Meldung an Behörden
 - Gang an die Öffentlichkeit als ultima ratio



Rechtslage de lege lata: Arbeitsprivatrecht

- Rechtsfolge:
 - Keine Verletzung der Treue- und Geheimhaltungspflicht
 - Fürsorgepflicht (Art. 328 OR); Kündigungsschutz (Art. 336 ff. OR, insbesondere Art. 336 Abs. 1 lit. d OR [„Rachekündigung“]; Art. 337 OR); kein Bestandesschutz
- Pro memoria: unternehmensinterne Lösungen



Rechtslage de lege lata: öffentliches Personalrecht

- Bund: Art. 22a Bundespersonalgesetz (BPG); Eidgenössische Finanzkontrolle (EFK) als zentrale Meldestelle
- Kantone (Auswahl):
 - Bern (Art. 50a Personalgesetz)
 - Basel-Stadt (§ 19a Personalgesetz); Meldung an kantonale Ombudsstelle
 - St. Gallen (Art. 62 Personalgesetz)
 - Zürich („Integrity Line“ des kantonalen Ombudsmanns)
- Rechtsfolgen gemäss anwendbarem Personalrecht (im Bund: Art. 34c Abs. 1 lit. a BPG)



Die neue EU-Richtlinie 2019/1937: Kernelemente

- Umsetzungsfrist für Mitgliedstaaten: bis 17. Dezember 2021 (bzw. 17. Dezember 2023 im Fall von Art. 8 Abs. 3 RL 2019/1937)
- Ziel: Hohes Schutzniveau für Personen, die Verstöße gegen Kernbereich des Unionsrechts melden (Art. 1 RL 2019/1937)
- Persönlicher Anwendungsbereich (Art. 4 RL 2019/1937):
 - Privater und öffentlichen Sektor
 - Neben Arbeitnehmenden und Beamten z.B. auch selbständige Personen, Kunden, Lieferanten oder Berater



Die neue EU-Richtlinie 2019/1937: Kernelemente

- Meldekonzept (Art. 7 ff. RL 2019/1937):
 - Interne Meldung
 - Externe Meldung
 - Information der Öffentlichkeit („Offenlegung“)
- Pflicht zur Errichtung interner und externer Meldestellen (Ausnahmen; Art. 7 – 9 RL 2019/1937)
- Wahlrecht in Bezug auf interne oder externe Meldung (Art. 7 Abs. 1 und 2 sowie Art. 10 RL 2019/1937)
- Information der Öffentlichkeit: unter restriktiven Voraussetzungen direkte Information zulässig (Art. 15 RL 2019/1937)
- Spezifische Schutzmassnahmen und Sanktionen (Art. 19 – 24 und Erwägungen 87 ff. RL 2019/1937), aber: kein obligatorischer Bestandesschutz (nur Empfehlung)



Die neue EU-Richtlinie 2019/1937: Einfluss auf die Schweiz (Auswahl)

- Traditionell beachtlicher Einfluss des Unionsrechts auf das schweizerische Arbeitsrecht (inkl. dynamische Rechtsentwicklung und Rechtsprechung des EuGH; grundlegend BGE 129 III 335); „autonomer Nachvollzug“ in Rechtsetzung und Rechtsprechung
- Starke Interpretationsbedürftigkeit der massgeblichen OR-Bestimmungen (Lücken intra legem): Art. 321a Abs. 1 und 4 und 328 OR („berechtigte Interessen“, „in guten Treuen“, „billigerweise zugemutet“); konkretisierender Beizug von Richtlinienregelungen und der dazugehörigen Rechtsprechung naheliegend
- Massstab für unternehmensinterne Regelungen
- Schweizerische Unternehmen mit Konzerngesellschaften in der EU



Die neue EU-Richtlinie 2019/1937: Einfluss auf die Schweiz (Auswahl)

- Internationaler Druck auf die Schweiz dürfte spätestens nach Umsetzung der Richtlinie in den Mitgliedstaaten steigen:
 - Im Verhältnis zur EU
 - Im Verhältnis zur OECD (Länderbericht 2018, S. 14 ff.: „*Inadequate legal framework*“, „*The examiners recommend that Switzerland adopt urgently an appropriate regulatory framework*“)



Fazit

- Trotz Scheitern des Gesetzgebungsprojekts kein rechtsfreier Raum
- Überwindung des Regelungsvakuums mit den bestehenden rechtlichen Instrumenten möglich, aber:
 - Wohl weitere Gewichtsverlagerung vom Gesetzes- zum Richterrecht
 - Rechtsunsicherheit mit potentiell hemmender Wirkung (insbesondere aus Sicht potentieller Hinweisgeber); Perpetuierung unerwünschter Missstände
 - Ungeklärte rechtspolitische Schlüsselfrage: Wie viel Whistleblowingschutz wollen wir?
- Einfluss europäischer und internationaler Entwicklungen auf dem Weg der Rechtsanwendung wahrscheinlich
- Internationaler Druck zur Einführung einer Whistleblowinggesetzgebung dürfte zunehmen
- (Vorläufiger) Königsweg: Unternehmensinterne, branchenweite oder sozialpartnerschaftliche Lösungen