

Niccolò Della Corte

**Zur Rechtsstellung des Whistleblowers im
schweizerischen Recht –
eine rechtsgebietsübergreifende Analyse**

ISBN 978-3-03916-228-4

Editions Weblaw
Bern 2024

Zitiervorschlag:

Niccolò Della Corte, Zur Rechtsstellung des Whistleblowers
im schweizerischen Recht – eine rechtsgebietsübergreifende Analyse,
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2024

Zur Rechtsstellung des Whistleblowers im schweizerischen Recht – eine rechtsgebietsübergreifende Analyse

Masterarbeit von

Niccolò Della Corte

niccolo@della-corte.com

11. Semester

Maturitätssprache: Italienisch

Verfasst im Rahmen der Masterarbeit und betreut von Prof. Dr. iur. Franca Contratto, LL.M.
im Herbstsemester 2023 an der Universität Luzern

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-------------|
| Literaturverzeichnis | V |
| Materialienverzeichnis | XIII |
| Abkürzungsverzeichnis | XIV |
| | |
| I. Einleitung | 1 |
| 1. Relevanz der Thematik und Problemstellung | 1 |
| 2. Forschungsfrage und Aufbau der Arbeit | 2 |
| II. Aktueller Stand der Gesetzgebung und Regulierungsversuche | 3 |
| 1. Übersicht über den aktuellen Stand der Gesetzgebung in der Schweiz | 3 |
| 2. Motion Gysin (Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption)..... | 3 |
| 2.1 OR-Teilrevision (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz) | 5 |
| III. Whistleblowing: Grundlagen | 6 |
| 1. Definitionsansatz | 6 |
| 2. Arten von Whistleblowing | 8 |
| 2.1 Internes und externes Whistleblowing | 8 |
| 2.2 Anonymes, vertrauliches und offenes Whistleblowing..... | 8 |
| 2.3 Persönliches und unpersönliches Whistleblowing..... | 9 |
| 3. Phasen des Whistleblowings | 9 |
| IV. Stellung des Whistleblowers im Arbeitsrecht | 11 |
| 1. Die allgemeine Treuepflicht der Arbeitnehmenden (Art. 321a OR)..... | 12 |
| 1.1 Interessenwahrungspflicht und Schädigungsverbot | 13 |
| 1.2 Pflicht zur Wahl der richtigen Meldestelle | 13 |
| 1.3 Geheimhaltungspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR..... | 14 |
| 1.4 Meldepflicht | 14 |
| 1.4.1 Meldepflicht aus Vertrag | 15 |
| 1.4.2 Meldepflicht aus Gesetz | 16 |
| 2. Die Zulässigkeit des externen Whistleblowings | 17 |
| 2.1 Interessenabwägung | 18 |
| 2.2 Verhältnismässigkeit..... | 19 |
| 2.2.1 Eignung..... | 20 |
| 2.2.2 Erforderlichkeit: Das Kaskadenprinzip..... | 21 |

| | |
|---|-----------|
| 2.2.2.1 Direkte externe Meldung..... | 21 |
| 2.2.2.2 Das Kaskadenprinzip in der gescheiterten Teilrevision des Obligationenrechts | 22 |
| 2.2.3 Zumutbarkeit | 23 |
| 3. Rechtsfolgen der Verletzung der Treue- und Geheimhaltungspflicht..... | 24 |
| 3.1 Schadenersatz- und Erfüllungsklage | 24 |
| 3.2 Konventionalstrafe..... | 25 |
| 3.3 Ordentliche Kündigung (Art. 335 ff. OR) | 25 |
| 3.4 Ausserordentliche bzw. fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)..... | 26 |
| 4. Schutz des Whistleblowers..... | 27 |
| 4.1 Missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 OR..... | 27 |
| 4.1.1 Verfahren | 30 |
| 4.1.2 Rechtsfolgen..... | 31 |
| 4.2 Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR (Schutz vor anderen Sanktionen bzw. Repressalien)..... | 31 |
| 5. Zwischenfazit | 33 |
| V. Stellung des Whistleblowers im öffentlichen Recht | 33 |
| 1. Angestellte des öffentlichen Dienstes des Bundes (BPG/BPV)..... | 33 |
| 1.1 Allgemeine Treuepflicht (Art. 20 BPG) | 34 |
| 1.1.1 Rechtsfolgen der Pflichtverletzung | 34 |
| 1.2 Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis (Art. 22 BPG i.V.m. Art. 94 BPV)..... | 35 |
| 1.2.1 Berufsgeheimnis | 36 |
| 1.2.2 Geschäftsgeheimnis..... | 36 |
| 1.2.3 Amtsgeheimnis | 36 |
| 1.2.4 Rechtsfolgen der Verletzung | 36 |
| 1.3 Anzeigepflichten, Anzeigerechte und Schutz des Whistleblowers (Art. 22a BPG)..... | 37 |
| 1.3.1 Die Anzeigepflicht (Abs. 1) | 37 |
| 1.3.2 Der Vorbehalt (Abs. 2 und 3)..... | 38 |
| 1.3.3 Das Melderecht (Abs. 4) | 39 |
| 1.3.4 Schutz des Whistleblowers (Abs. 5) | 40 |
| 1.4 Zwischenfazit | 40 |
| 2. Stellung des Whistleblowers in einem Enforcementverfahren der FINMA | 41 |
| 2.1 Die FINMA: Einführung..... | 41 |
| 2.2 Meldungen an die FINMA | 42 |
| 2.3 Stellung der Anzeiger in einem Verwaltungsverfahren | 42 |
| 2.4 Parteivoraussetzungen nach Art. 6 VwVG | 43 |
| 2.4.1 Parteifähigkeit..... | 43 |
| 2.4.2 Rechtsschutzinteresse (materielle Beschwer) | 44 |
| 2.5 Zwischenfazit | 45 |

| | |
|---|-----------|
| VI. Stellung des Whistleblowers im Strafrecht | 45 |
| 1. Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 Abs. 1 StGB) | 46 |
| 1.1 Tatbestand | 46 |
| 1.2 Relevanz für Whistleblowing | 47 |
| 2. Verletzung des Bankgeheimnisses durch Whistleblowing (Art. 47 BankG) | 47 |
| 2.1 Tatbestand | 47 |
| 2.2 Relevanz für Whistleblowing | 48 |
| 3. Rechtfertigungsgründe | 48 |
| 4. Zwischenfazit | 49 |
| VII. Fazit und Zusammenfassung | 49 |

Literaturverzeichnis

Zitierweise:

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

- | | |
|--|---|
| DONATSCH ANDREAS | Kommentierung des Art. 162 StGB, in: Donatsch Andreas (Hrsg.) et al., StGB/JStG Kommentar, Mit weiteren Erlassen und Kommentar zu den Strafbestimmungen des SVG, BetmG und AuG/AIG, Orell Füssli Kommentar, 21. Aufl., Zürich 2022 (zit. DONATSCH, OFK, N ... zu Art. 162 StGB) |
| DRENCKHAN HELKE | Whistleblowing-System: Eine Bauanleitung für Schweizer Unternehmen, in: Jusletter 21. Februar 2022 |
| FRITSCHÉ CLAUDIA M./ STUDER NADINE | Arbeitsprodukte interner Untersuchungen, in: AJP 2/2018, S. 168 ff. |
| GEISER THOMAS/ MÜLLER ROLAND/ PÄRLI KURT | Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl., Bern 2019 |
| GERDEMANN SIMON | Transatlantic Whistleblowing, Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowings in den USA und seine Bedeutung für Deutschland, Tübingen 2018 |

| | |
|---|---|
| GRONEBERG RUT | Whistleblowing, Eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB, Diss. Berlin 2011 |
| GRÜNEWALD SERAINA | Parteistellung im aufsichtsrechtlichen Verfahren der FINMA, GesKR 3/2013, S. 432 ff. |
| HÄFELIN ULRICH/ MÜLLER GEORG/ UHLMANN FELIX | Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 |
| HAUSER CHRISTIAN/ BRETTI-RAINALTER JEANINE/ BLUMER HELENE | Whistleblowing Report 2021, Chur 2021 |
| HELBLING PETER | Kommentierung der Art. 20 und 22 BPG, in: Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. HELBLING, SHK, N ... zu Art. ... BPG) |
| HERTIG MAYA | Kommentierung des Art. 16 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. HERTIG, BSK BV, N ... zu Art. 16 BV) |
| HUGENTOBLER MARKUS | Kommentierung des Art. 328 OR, in: Fischer Willi/Lutembacher Thierry (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016 (zit. HUGENTOBLER, HK, N ... zu Art. 328 OR) |

- HUMBERT DENIS G. Die missbräuchliche Kündigung im Spannungsfeld zwischen Kündigungsfreiheit, Generalklausel von Art. 336 OR und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, in: AJP 11/2011, S. 1471 ff.
- HUNZIKER SILVIA Whistleblowing, in: Vertrauen – Vertrag – Verantwortung, Festschrift für Hans Caspar von der Crone zum 50. Geburtstag, Zürich 2007, S. 163 ff.
- IMBACH HAUMÜLLER DIANA Whistleblowing – Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle, in: GesKR 1/2013, S. 71 ff. (zit. IMBACH HAUMÜLLER, GesKR)
- DIESELBE Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Diss. Zürich 2011
- JAÏCO CARRANZA CARLOS/
MICOTTI SÉBASTIEN Whistleblowing, Perspectives en droit suisse, Zürich 2014
- JOSITSCH DANIEL/
CONTE MARTINA Bankgeheimnisverletzung durch Whistleblowing, in: SJZ 113/2017, S. 357 ff.
- JUNGO NICOLE Whistleblowing – Lage in der Schweiz, in: recht 2/2012, S. 65 ff.
- KIENER REGINA/
KÄLIN WALTER/
WYTTENBACH JUDITH Grundrechte, 3. Aufl., Bern 2018 (zit. KIENER/KÄLIN/WYTTENBACH, N ... zu § ...)

- KIENER REGINA/
RÜTSCHKE BERNHARD/
KUHN MATHIAS
Öffentliches Verfahrensrecht, 3. Aufl., Zürich 2021
- LEDERGERBER ZORA
Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung, Diss. Zürich, Bern 2005
- LEISINGER KLAUS M.
Whistleblowing und Corporate Reputation Management, München/Mering 2003
- MARANTELLI-SONANINI VERA/
HUBER SAID
Kommentierung des Art. 6 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Krauskopf Patrick L. (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. MARANTELLI-SONANINI/HUBER, VwVG PraxKomm, N ... zu Art. 6 VwVG)
- MICELI MARCIA P./
NEAR JANET P./
Blowing the Whistle, The Organizational and Legal Implications for Companies and Employees, New York 1992
- MICELI MARCIA P./
NEAR JANET P./
DWORKIN TERRY M.
Whistleblowing in Organizations, New York 2008
- MILANI DOMINIK
Kommentierung des Art. 321a OR, in: Etter Boris/Facincani Nicolas/Sutter Reto (Hrsg.), Arbeitsvertrag, Der Einzelarbeitsvertrag unter Einbezug der Art. 319-355 OR sowie Art. 361/362 OR, Stämpflis Handkommentar, Bern 2021 (zit. MILANI, SHK, N ... zu Art. 321a OR)

- | | |
|---|---|
| MÜLLER NICOLA | Meldungen von Missständen am Arbeitsplatz, in: Marschner Laura/Zumsteg Patrice Martin (Hrsg.), Risiko und Verantwortlichkeit, Zürich 2016, S. 251 ff. |
| NIGGLI MARCEL ALEXANDER/ HAGENSTEIN NADINE | Kommentierung des Art. 162 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht, 4. Aufl., Basel 2019 (zit. NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB, N ... zu Art. 162 StGB) |
| NOBEL PETER | Schweizerisches Finanzmarktrecht, 4. Aufl., Bern 2019 (zit. NOBEL, N ... zu § ...) |
| NÖTZLI HARRY | Kommentierung des Art. 22a BPG, in: Portmann Wolfgang/Uhlmann Felix (Hrsg.), Bundespersonalgesetz (BPG), Stämpflis Handkommentar, Bern 2013 (zit. NÖTZLI, SHK, N ... zu Art. 22a BPG) |
| PIKÓ RITA | Schweizer Gesetzesnovelle zum Schutz von Whistleblowern, in: CB 7/2019, S. 235 ff. |
| PORTMANN DOMINIQUE/ WOHLMANN HERBERT | Whistleblowing, in: SJZ 103/2007, S. 179 ff. |
| PORTMANN WOLFGANG | Gesetzliche Regelung des Whistleblowing in der Schweiz, Überflüssig, nützlich oder notwendig?, in: AJP 8/2010, S. 987 ff. (zit. PORTMANN, AJP) |

- | | |
|--|--|
| DERSELBE | Zum Inkrafttreten des Bundespersonalgesetzes und der Bundespersonalverordnung Darstellung einiger Schwerpunkte mit Hinweisen zur obligationenrechtlichen Regelung des Arbeitsvertrages, in: ARV 4/2001, S. 179 ff. (zit. PORTMANN, ARV) |
| DERSELBE | Individualarbeitsrecht, Zürich 2000 |
| PORTMANN WOLFGANG/ RUDOLPH ROGER | Kommentierung der Art. 321a, 321e, 328, 335 und 336 OR, in: Widmer Lüchinger Corinne/Oser David (Hrsg.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Aufl., Basel 2020 (zit. PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N ... zu Art. ... OR) |
| PORTMANN WOLFGANG/ STÖCKLI JEAN-FRITZ | Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020 |
| REHBINDER MANFRED | Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl., Bern 2002 |
| REHBINDER MANFRED/ STÖCKLI JEAN-FRITZ | Kommentierung des Art. 321a OR, in: Hausheer Heinz/Walter Hans Peter (Hrsg.), Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2. Teilband: Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, 1. Abschnitt: Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, 2. Aufl., Bern 2013 (zit. REHBINDER/STÖCKLI, BK, N ... zu Art. 321a OR) |
| RIEDER STEFAN | Der Umgang mit Whistleblowing aus arbeitsrechtlicher Sicht, in: Jusletter 22. Dezember 2014 (zit. RIEDER, Jusletter) |

- DERSELBE Whistleblowing als interne Risikokommunikation, Ausgestaltung eines unternehmensinternen Whistleblowing-Systems aus arbeits- und datenschutzrechtlicher Sicht, Diss. St. Gallen 2012, Zürich/St. Gallen 2013
- SÄNGER MARC Whistleblowing in der börsennotierten Aktiengesellschaft, Diss. Frankfurt am Main 2011
- STAEHLIN ADRIAN Kommentierung des Art. 321a OR, in: Gauch Peter/Schmid Jörg (Hrsg.), Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Art. 1-529 OR, 4. Aufl., Zürich 2006 (zit. STAEHLIN, ZK, N ... zu Art. 321e OR)
- STRATENWERTH GÜNTER Kommentierung des Art. 47 BankG, in: Watter Rolf/Vogt Nedim Peter/Bauer Thomas/Winzeler Christoph (Hrsg.), Basler Kommentar, Bankengesetz, 2. Aufl., Basel 2013 (zit. STRATENWERTH, BSK BankG, N ... zu Art. 47 BankG)
- STREIFF ULLIN/
VON KÄNEL ADRIAN/
RUDOLPH ROGER Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N ... zu Art. 321a OR)
- TREZZINI FRANCESCO Commentario pratico al contratto di lavoro, Contratto individuale, collettivo e normale di lavoro (Art. 319-362 CO), Collocamento privato e fornitura di personale a prestito (Art. 1-23 LC), Lugano 2021 (zit. TREZZINI, CommPra-CO, N ... zu Art. ... OR)

- VISCHER FRANK/
MÜLLER ROLAND M. Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl., Basel 2014 (zit. VISCHER/MÜLLER, N ... zu § ...)
- VON KÄNEL ADRIAN Whistleblowing: Unjuristisches und Juristisches zur Einführung, in: von Känel Adrian (Hrsg.), Whistleblowing – Multidisziplinäre Aspekte, Bern 2012, S. 9 ff.
- DERSELBE Whistleblowing, in: SJZ 103/2007, S. 309 ff. (zit. VON KÄNEL, SJZ)
- WICKIHALDER URS Die Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers, unter Abgrenzung zulässiger Verwertung von Berufserfahrung nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, Diss. Bern 2004
- WIEDERKEHR RENÉ/
MEYER CHRISTIAN/
BÖHME ANNA VwVG Kommentar, Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren und weitere Erlasse, Orell Füssli Kommentar, Zürich 2022 (zit. WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, OFK, N ... zu Art. 6 VwVG)
- WYLER ESTHER Whistleblowing, Bedingungen und internationale Rechts-situation, Zürich 2012
- ZIBUNG OLIVER Kommentierung des Art. 71 VwVG, in: Waldmann Bernhard/Krauskopf Patrick L. (Hrsg.), Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Zürich 2023 (zit. ZIBUNG, VwVG PraxKomm, N ... zu Art. 71 VwVG)

Materialienverzeichnis

GYSIN REMO, Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption, Motion 03.3212, eingereicht am 7. Mai 2003 (zit. Motion GYSIN)

MARTY DICK, Schutzmassnahmen für «Whistleblowers», Motion 03.3344, eingereicht am 19. Juni 2003 (zit. Motion MARTY)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10. September 2008, BBl 2008 8125 ff. (zit. Botschaft StBOG)

Erläuternder Bericht zum Vorentwurf über die Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz), vom 21. Juni 2010 (zit. Bericht VE-OR)

Botschaft über die Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 20. November 2013, BBl 2013 9513 ff. (zit. Botschaft OR)

Geschäft des Bundesrates 13.094, OR. Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz, eingereicht am 20. November 2013 (zit. Geschäft des Bundesrates)

Zusatzbotschaft zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz) vom 21. September 2018, BBl 2019 1409 ff. (zit. Zusatzbotschaft OR)

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|--------|--|
| a.a.O. | am angeführten Ort |
| Abb. | Abbildung |
| Abs. | Absatz |
| AIG | Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer und über die Integration (Ausländer- und Integrationsgesetz, SR 142.20) |
| AJP | Aktuelle Juristische Praxis (Zürich) |
| a.M. | anderer Meinung |
| ArG | Bundesgesetz vom 13. März 1964 über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel (Arbeitsgesetz, SR 822.11) |
| Art. | Artikel |
| ARV | Zeitschrift für Arbeitsrecht und Arbeitslosenversicherung (Zürich) |
| Aufl. | Auflage |
| AuG | Bundesgesetz vom 16. Dezember 2005 über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, SR 142.20) |
| BankG | Bundesgesetz vom 08. November 1934 über die Banken und Sparkassen (Bankengesetz, SR 952.0) |
| BB1 | Bundesblatt |
| BetmG | Bundesgesetz vom 3. Oktober 1951 über die Betäubungsmittel und die psychotropen Stoffe (Betäubungsmittelgesetz, SR 812.121) |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGE | Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts |
| BGer | Bundesgericht |
| BK | Berner Kommentar |
| BPG | Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1) |
| BPV | Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3) |
| BSK | Basler Kommentar |

| | |
|----------|--|
| bspw. | beispielsweise |
| BV | Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101) |
| BVGer | Bundesverwaltungsgericht |
| bzw. | beziehungsweise |
| CB | Compliance-Berater (Frankfurt am Main) |
| CommPra | Commentario pratico |
| COVID-19 | Coronavirus disease 2019 |
| DBG | Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer vom 14. Dezember 1990 (SR 642.11) |
| ders. | derselbe |
| d.h. | das heisst |
| Diss. | Dissertation |
| Dr. iur. | Doctor iuris |
| E. | Erwägung |
| E-OR | Entwurf vom 19. Februar 2019 zur Teilrevision des Obligationenrechts (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz), BBl 2019 1433 ff. |
| EFK | Eidgenössische Finanzkontrolle |
| EJPD | Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement |
| EMRK | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101) |
| et al. | et alii (= und weitere) |
| f. | und folgende/folgender |
| ff. | und fortfolgende |
| FINMA | Eidgenössische Finanzmarktaufsicht |
| FINMAG | Bundesgesetz vom 22. Juni 2007 über die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (Finanzmarktaufsichtsgesetz, SR 956.1) |
| GesKR | Schweizerische Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht sowie Umstrukturierungen (Zürich) |

| | |
|-----------|---|
| GwG | Bundesgesetz über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung vom 10. Oktober 1997 (Geldwäschereigesetz, SR 955.0) |
| h.L. | herrschenden Lehre |
| Hrsg. | Herausgeber |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| JStG | Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 20. Juni 2003 (Jugendstrafgesetz, SR 311.1) |
| Kap. | Kapitel |
| LC | Legge federale sul collocamento e il personale a prestito del 6 ottobre 1989 (Legge sul collocamento, SR 823.11) |
| lit. | litera |
| LL.M. | Legum Magistra |
| m.a.W. | mit anderen Worten |
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen |
| N | Note, Randnote |
| NGO | Non-governmental organization |
| Nr. | Nummer, Randnummer |
| OFK | Orell Füssli Kommentar |
| OR (= CO) | Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 30. März 1911 (Fünfter Teil: Obligationenrecht, SR 220) |
| ParlG | Bundesgesetz über die Bundesversammlung vom 13. Dezember 2002 (Parlamentsgesetz, SR 171.10) |
| PraxKomm | Praxiskommentar |
| Prof. | Professorin |
| recht | recht - Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern) |
| S. | Seite |
| SBB | Schweizerische Bundesbahnen |
| SHK | Stämpflis Handkommentar |

| | |
|-------|---|
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich) |
| sog. | sogenannte |
| SR | Systematische Rechtssammlung |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0) |
| StPO | Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (Strafprozessordnung, SR 312.0) |
| StuPO | Studien- und Prüfungsordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Luzern vom 28. September 2016 |
| SUVA | Schweizerische Unfallversicherungsanstalt |
| SVG | Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01) |
| USA | United States of America |
| usw. | und so weiter |
| UWG | Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241) |
| VE | Vorentwurf |
| VG | Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit des Bundes sowie seiner Behördemitglieder und Beamten vom 14. März 1958 (Verantwortlichkeitsgesetz, SR 170.32) |
| vgl. | vergleiche |
| VwVG | Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (Verwaltungsverfahrensgesetz, SR 172.021) |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |
| Ziff. | Ziffer |
| zit. | zitiert (als) |
| ZK | Zürcher Kommentar |

I. Einleitung

1. Relevanz der Thematik und Problemstellung

Das Thema «*Whistleblowing*» ist in den letzten Jahren in aller Munde, vor allem im Zusammenhang mit den Wirtschaftsskandalen um Enron und Worldcom. Diesen ist gemeinsam, dass die Öffentlichkeit durch Hinweise von Mitarbeitern auf kriminelle Machenschaften in den Unternehmen aufmerksam wurde.¹ Cynthia Cooper, Coleen Rowley und Sherron Watkins, die drei betroffenen Whistleblower, wurden 2002 vom amerikanischen Magazin «*Time*» zu den «*Persons of the year*» gewählt.² Doch nicht allen Whistleblowern werden dieser Ruhm und diese Ehre zuteil. Jedes Land geht anders mit Whistleblowern um. In den Vereinigten Staaten beispielsweise ist Whistleblowing Teil der Sprache und Kultur geworden, und dementsprechend gibt es zahlreiche Regelungen, insbesondere zum Schutz von Whistleblowern.³ In einigen europäischen Ländern, wie z.B. in der Schweiz, ist das Phänomen lange Zeit unbemerkt geblieben, weshalb es keine Bestimmungen zum Schutz von Whistleblowern gibt.⁴ Dies bedeutet jedoch nicht, dass es dieses Phänomen in der Schweiz nicht bekannt ist. Tatsächlich gab es in der Schweiz mehrere Fälle von Whistleblowing, die für Schlagzeilen sorgten. Zu den bekanntesten Whistleblowern in der Schweiz gehören Rudolf Elmer, ein ehemaliger Mitarbeiter von Julius Bär, der Kundendaten der Bank an die Steuerbehörden und an die Plattform «*Wikileaks*» weitergab, oder Hervé Falciani, ein ehemaliger Informatiker der Bank HSBC in Genf, der bis 2008 die Daten hunderttausender Kunden der Bank kopierte und an die französischen Steuerbehörden weiterleitete.⁵

Es ist somit offensichtlich, dass das Phänomen des Whistleblowings auch in der Schweiz auftritt, was auch die verfügbaren Statistiken zu diesem Thema belegen: Gemäss dem «*Whistleblowing Report 2021*» der Fachhochschule Graubünden sind 32,5% der Schweizer Unternehmen von Missständen betroffen⁶ und 63,4% der Unternehmen haben eine Meldestelle eingerichtet,⁷ bei der in 45,5% der Unternehmen mindestens eine Meldung eingegangen ist.⁸

¹ JUNGO, S. 65; PORTMANN/WOHLMANN, S. 179.

² Time Staff, 2002: The Whistleblowers, 5. März 2020, <www.time.com/5793757/the-whistleblowers-100-women-of-the-year/> (besucht am: 21.12.2023).

³ JUNGO, S. 65; IMBACH HAUMÜLLER, S. 1.

⁴ JUNGO, a.a.O.

⁵ RAVAL, Diese fünf Whistleblower bewegten die Schweiz, 29. August 2018, <www.srf.ch/radio-srf-3/schweizer-whistleblower-diese-fuenf-whistleblower-bewegten-die-schweiz> (besucht am: 21.12.2023).

⁶ HAUSER/BRETTI-RAINALTER/BLUMER HELENE, S. 14.

⁷ HAUSER/BRETTI-RAINALTER/BLUMER HELENE, S. 23.

⁸ HAUSER/BRETTI-RAINALTER/BLUMER HELENE, S. 58.

2. Forschungsfrage und Aufbau der Arbeit

Whistleblowing ist ein sehr komplexes Phänomen, das in der Schweiz nicht geregelt und dessen rechtlicher Rahmen sehr fragmentiert und unklar ist. Ein Whistleblower kann mit rechtlichen Fragen konfrontiert werden, die sich sowohl aus dem Privatrecht als auch aus dem öffentlichen Recht und dem Strafrecht ergeben. Aufgrund des derzeitigen Rechtsrahmens, der teilweise nur durch Rechtsprechung und Lehre geregelt ist, besteht eine grosse **Rechtsunsicherheit**,⁹ und für den Hinweisgeber, der häufig ein Laie ist und nicht unbedingt über die erforderlichen Rechtskenntnisse verfügt, ist nicht immer klar, wie er sich verhalten soll und was rechtlich zulässig ist.

Das **erste Ziel** dieser Masterarbeit besteht darin, eine rechtsübergreifende Analyse des Whistleblowings im schweizerischen Recht vorzunehmen. Es werden die aktuellen Begriffe aus Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre untersucht, um die wichtigsten rechtlichen Aspekte des Whistleblowings im Privatrecht, öffentlichen Recht und Strafrecht übersichtlich darzustellen.

Das **zweite Ziel** dieser Masterarbeit besteht darin, den Whistleblowern auf der Grundlage dieser Rechtskenntnisse ein Verständnis dafür zu vermitteln, wie sie sich in solchen Situationen verhalten müssen, um keine Sanktionen befürchten zu müssen, und in welchen Fällen sie Schutz beanspruchen können. Diese Themen werden also aus der Sicht der Person, die einen Missstand entdeckt und sich entschliesst, Hinweisgeber zu werden, und nicht aus der Sicht der Organisation oder des Unternehmens, das vom Whistleblowing betroffen ist, behandelt.

Zunächst werden die **aktuelle Rechtslage** und die **Regulierungsversuche** zum Whistleblowing dargestellt, die in den Gesetzesentwurf zur Teilrevision des Obligationenrechts «Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz» mündeten (II.). Dann werden die **Grundlagen des Whistleblowings** erläutert (III.): die Definition des Begriffs, die Arten von Whistleblowing sowie die unterschiedlichen Phasen. Das vierte Kapitel (IV.) befasst sich mit der Analyse der **Rechtsstellung des Arbeitnehmers** aus privatrechtlicher Sicht, der zum Whistleblower wird. Im fünften Kapitel (V.) wird der rechtliche Rahmen des Whistleblowers im **öffentlichen Recht** erläutert, der zutrifft, wenn der Whistleblower ein Angestellter des Bundes ist oder wenn der Whistleblower eine Meldung bei der FINMA einreicht. Abschliessend wird anhand **ausgewählter Strafvorschriften** dargestellt, welche strafrechtlichen Konsequenzen ein Whistleblower zu befürchten hat und in welchen Fällen eine Strafbarkeit gerechtfertigt ist (VI.).

⁹ Zusatzbotschaft OR, S. 1413; RIEDER, Nr. 570.

II. Aktueller Stand der Gesetzgebung und Regulierungsversuche

1. Übersicht über den aktuellen Stand der Gesetzgebung in der Schweiz

In der Schweiz gibt es derzeit – abgesehen von einigen Spezialgesetzen wie das Bundespersonalgesetz – **keine gesetzliche Grundlage**, die das Phänomen des Whistleblowings regelt.¹⁰ Vielmehr enthält das geltende Recht in verschiedenen Rechtsbereichen – wie Arbeitsrecht, Strafrecht oder Datenschutzrecht – Lösungen für Probleme, die in diesem Bereich auftreten können;¹¹ dabei handelt es sich entweder um Bestimmungen, die sich speziell auf Whistleblowing beziehen (z.B. Meldepflichten), oder um allgemeinere Bestimmungen, die umgesetzt werden müssen, wie z.B. die Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber.¹² Es **fehlt** daher sowohl für die Arbeitgeber als auch für die Arbeitnehmer an **Rechtssicherheit**. Dies umso mehr, als die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum Schutz von Whistleblowern nicht ausreichend sind.¹³

2. Motion Gysin (Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption)

Auch wenn die geltende schweizerische Rechtsordnung keine Ad-hoc-Gesetzgebung zur Regelung des Whistleblowings kennt, bedeutet dies nicht, dass es in der Vergangenheit keine Versuche gab, eine Rechtsgrundlage zu schaffen. Ein solcher Versuch war die am 7. Mai 2003 von Nationalrat REMO GYSIN eingereichte Motion mit dem Titel «**Gesetzlicher Schutz für Hinweisgeber von Korruption**» (sog. **Motion GYSIN**).¹⁴

In der ursprünglichen Fassung der Motion – die am 13. Juni 2005 vom Nationalrat angenommen wurde¹⁵ – forderte man den Bundesrat auf, dem Parlament einen Gesetzesvorschlag zu unterbreiten, der Arbeitnehmenden einen wirksamen Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung und anderen Diskriminierungen bietet, wenn sie Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz wie z.B. Korruption aufdecken und diese intern melden oder öffentlich machen.¹⁶

Die Kommission für Rechtsfragen des Ständerates hat in ihrem Bericht vom 21. Februar 2006 eine abgeänderte Fassung der Motion vorgelegt, die den Gesetzgebungsauftrag an den Bundesrat präzisiert. Sie hat insbesondere den Rahmen für allfällige Gesetzesänderungen festgelegt.¹⁷

¹⁰ DRENCKHAN, Nr. 5; Bericht VE-OR, S. 5; PIKÓ, S. 235.

¹¹ Bericht VE-OR, a.a.O.; IMBACH HAUMÜLLER, GesKR, S. 73.

¹² Bericht VE-OR, a.a.O.

¹³ PIKÓ, S. 235.

¹⁴ Motion GYSIN.

¹⁵ Bericht VE-OR, S. 4; HUNZIKER, S. 168.

¹⁶ PORTMANN, AJP, S. 987; Bericht VE-OR, a.a.O.

¹⁷ Bericht VE-OR, a.a.O.; HUNZIKER, S. 168 f.

Diese Version der Motion wurde vom Ständerat am 22. März 2006 und später auch vom Nationalrat, wenn auch mit wesentlichen Änderungen, am 22. Juni 2007 gutgeheissen.¹⁸ Diese letzte Fassung bestand aus vier Punkten: Der **erste** Punkt verlangte, dass das Obligationenrecht explizit die Voraussetzungen für den Schutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern von Missständen (sog. Whistleblower) regelt; sie dürfen ihre Erkenntnisse nur als letztes Mittel an die Öffentlichkeit bringen dürfen. Der **zweite** Punkt verlangte eine Prüfung, ob die in Art. 336a Abs. 2 OR vorgesehene maximale Entschädigung von sechs Monatslöhnen als Abschreckung gegen missbräuchliche Kündigungen durch Arbeitgeber ausreicht. Der **dritte** Punkt forderte, dass Whistleblower bei öffentlich-rechtlichen Anstellungsverhältnissen den gleichen Schutz geniessen wie privatrechtliche Arbeitnehmer. Der **vierte** Punkt verlangte die Prüfung der Frage, ob die Amtsträgerinnen und Amtsträger des Bundes verpflichtet werden sollen, den Verdacht einer strafbaren Handlung, die sie in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit wahrgenommen haben, zu melden.

Am 10. September 2003 beantragte der Bundesrat in seiner Antwort die Ablehnung der Motion. Er erkannte die Existenz eines Problems an und damit die Notwendigkeit, das Phänomen der Korruption ernst zu nehmen. Eine Ausweitung des Kündigungsschutzes und insbesondere der Nichtigkeit von Kündigungen würde jedoch eine übermässige Reform des schweizerischen Arbeitsrechts bedeuten und unverhältnismässig in die Vertragsfreiheit eingreifen. Der Bundesrat war der Ansicht, dass das geltende Recht in diesen Fällen einen ausreichenden Schutz bietet. Dennoch hat der Bundesrat am 10. März 2006 die abgeänderte Fassung der Motion angenommen.¹⁹

Zu den Versuchen, eine gesetzliche Grundlage für Whistleblowing zu schaffen, gehört auch eine Motion von Ständerat DICK MARTY «**Schutzmassnahmen für Whistleblower**» («**Motion MARTY**»), die am 19. Juni 2003 eingereicht und vom Ständerat am 22. September 2014 in Form eines Postulats überwiesen wurde.²⁰

Sowohl die Motion GYSIN als auch die Motion MARTY wurden gemäss Art. 122 Abs. 2 ParlG **abgeschrieben**, nachdem der Bundesrat den Auftrag des Parlaments erfüllt und einen Gesetzesentwurf vorgelegt hatte, der sowohl die Motion GYSIN als auch das Postulat MARTY erfüllt.²¹

¹⁸ PORTMANN, AJP, S. 987; Bericht VE-OR, S. 4.

¹⁹ Vgl. zum Ganzen Bericht VE-OR, a.a.O.

²⁰ PORTMANN, AJP, S. 988; JUNGO, S. 67; Motion MARTY.

²¹ Bericht VE-OR, S. 38.

2.1 OR-Teilrevision (Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz)

Der Bundesrat hat am 5. Dezember 2008 einen ersten **Vorentwurf** zur Teilrevision des Obligationenrechts (OR) in die Vernehmlassung geschickt, worauf das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) eine Vernehmlassungsvorlage ausgearbeitet hat.²² Ein weiterer Vorentwurf für die Teilrevision des OR zu Sanktionen bei missbräuchlicher oder ungerechtfertigter Kündigung wurde am 1. Oktober 2010 in die Vernehmlassung geschickt. Der Bundesrat unterbreitete dem Parlament am 20. November 2013 eine entsprechende **Botschaft** zur Teilrevision des OR, die der Ständerat am 22. September 2014 mit einigen Änderungen verabschiedete.²³ Am 5. Mai 2015 lehnte der Nationalrat die Vorlage mit 134 zu 49 Stimmen ab und beauftragte den Bundesrat, sie verständlicher und einfacher zu formulieren. Der Ständerat stimmte diesem Rückweisungsbeschluss einstimmig zu. Der Bundesrat bekräftigte in der Folge seine Absicht, Whistleblowing gesetzlich zu regeln, und verabschiedete am 21. September 2018 einen **überarbeiteten Entwurf** (E-OR) sowie die dazugehörige Zusatzbotschaft.²⁴

Am 5. März 2020 **scheiterte** die Vorlage endgültig mit der zweiten Ablehnung durch den Nationalrat mit 147 zu 42 Stimmen. Die Vorlage wurde von der Mehrheit als zu kompliziert und unwirksam erachtet, da sie nicht die nötige Rechtssicherheit bieten könne. Eine Nationalrätin vertrat sogar die Ansicht, sie könne zu einer Verschlechterung der Situation von Whistleblowern führen. Für einen anderen Nationalrat war sie zu «technokratisch und praxisfern». Zudem wurde das Fehlen eines ausreichenden Kündigungsschutzes für Whistleblower bemängelt.²⁵

Das Dilemma der Whistleblower bleibt also bestehen. Sie wollen aus Pflichtgefühl und aus ethischen Gründen Missstände am Arbeitsplatz melden, was im Interesse der Gesellschaft und einer funktionierenden Demokratie liegt. Informationen über den eigenen Arbeitgeber herauszugeben, bleibt jedoch durch die arbeitsrechtliche Treuepflicht, den Datenschutz und die Geheimhaltungspflichten des Arbeitnehmers verboten. Was richtig oder falsch ist, entscheiden weiterhin die Gerichte, was für potenzielle Hinweisgeber ein **unkalkulierbares Risiko** darstellt.²⁶

²² PIKÓ, S. 235 f.

²³ PIKÓ, a.a.O.

²⁴ PIKÓ, a.a.O.

²⁵ Geschäft des Bundesrates.

²⁶ Geschäft des Bundesrates.

III. Whistleblowing: Grundlagen

1. Definitionsansatz

Der Begriff «*Whistleblowing*» ist kein klar definierter Rechtsbegriff und wird in den einzelnen Ländern unterschiedlich verwendet.²⁷ Auch in der Literatur werden Hinweisgeber (sog. «*Whistleblower*») je nach Autor unterschiedlich definiert.²⁸

Dieser Begriff stammt aus den Vereinigten Staaten aber sein Ursprung ist nicht ganz klar. Ein Teil der amerikanischen Lehre geht davon aus, dass Whistleblower in Analogie zu Schiedsrichtern zu sehen sind, und dass «Whistleblowing» sich vom englischen «*to blow the whistle*» ableitet, was wörtlich übersetzt «pfeifen» oder «in die Pfeife blasen» bedeutet und sich auf den Schiedsrichter bezieht, der bei einem Fehlverhalten während eines Spiels in die Trillerpfeife bläst. Damit macht der Schiedsrichter auf ein Fehlverhalten aufmerksam und bestraft es.²⁹ Laut einer anderen Lehrmeinung hingegen geht der Begriff auf die Karikatur eines «*bulbous-cheeked English Bobby*» zurück, der in seine Pfeife bläst, um flüchtige Diebe zu stellen.³⁰

In den USA ist die Definition von MICELI/NEAR weit verbreitet. Sie definieren Whistleblowing als «*the disclosure by organization members (former or current) of illegal, immoral or illegitimate practices under the control of their employer, to persons or organizations that may be able to effect action*».³¹ Auf der Grundlage dieser Definition können **drei wesentliche Merkmale** des Begriffs «Whistleblowing» unterschieden werden:

1. Eine Person oder Organisation kann nur dann zum Whistleblower werden, wenn sie direkt bei der betreffenden Organisation angestellt ist oder war oder ihr als Lieferant, Kunde oder auf andere Weise nahesteht. Mit anderen Worten: Der Whistleblower muss ein «*Insider*» der betreffenden Organisation sein. Der Whistleblower ist jedoch nicht selbst (Mit-)Täter, im Gegensatz zum Kronzeugen.³²

²⁷ VON KÄNEL, S. 14.

²⁸ MÜLLER, S. 253; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 24.

²⁹ JUNGO, S. 65; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 22; GERDEMANN, S. 4; HUNZIKER, S. 164; LEDERGERBER, S. 151.

³⁰ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

³¹ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 24; MICELI/NEAR/MOREHEAD, S. 4. Deutsche Übersetzung nach LEISINGER, S. 27: «Enthüllung illegaler, unmoralischer oder illegitimer Praktiken, die unter der Kontrolle einer Person oder Organisation passieren, durch eine Person, die dieser Organisation angehört oder angehört und selbst nicht in der Lage ist oder die Macht hat, den empfundenen Missstand zu beseitigen».

³² IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 25; siehe VON KÄNEL, S. 14 und MÜLLER, S. 253. A.M. RIEDER, Nr. 17; LEDERGERBER, Nr. 9; VON KÄNEL, S. 14, die nur natürliche Personen (und nicht auch Organisationen) als Whistleblower in Betracht ziehen.

2. Der Hinweisgeber muss illegale, unmoralische oder illegitime Praktiken der Organisation melden. Der Begriff «**illegale Praktiken**» bezieht sich auf Verstösse gegen Rechtsvorschriften. Dabei kann es sich um Gesetze des öffentlichen Rechts (z.B. Umwelt-, Gewässer-, Tierschutz- oder Gesundheitsschutzvorschriften), des Zivilrechts oder des Strafrechts handeln. Bei den strafrechtlichen Vorschriften sind vor allem solche relevant, die sich auf Straftaten im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts beziehen, wie Bestechung, Geldwäscherei oder Insiderdelikte.³³ **Unmoralische Praktiken** sind als ethisch verwerfliche Handlungen definiert und beziehen sich – auch wenn der Begriff missverständlich ist – auf Fragen der sozialen Verantwortung. Ethische oder moralische Grundsätze können sich beispielsweise aus allgemeinen «*Codes of Ethics*» und aus berufs- oder branchenspezifischen ethischen Grundsätzen ergeben.³⁴ Unter «**illegitimen Praktiken**» versteht man Verstösse gegen interne Regeln oder Weisungen, die nicht als gesetzliche Bestimmungen eingestuft werden können. Wie bei den unethischen Praktiken liegt es oft im Ermessen des Betrachters, ob ein bestimmtes Verhalten als illegitim zu betrachten ist.³⁵
3. Das letzte wesentliche Element des Whistleblowings betrifft den **Adressaten** der Meldung. Nach der obigen Definition ist eine Meldung nur dann als Whistleblowing zu qualifizieren, wenn sie nicht auf dem üblichen Dienstweg, sondern auf einem anderen Weg erfolgt.³⁶ Entscheidend ist, dass die Informationen über illegale, unethische oder illegitime Praktiken einer Organisation an eine Person weitergeleitet werden, die nicht nur das Vertrauen des Hinweisgebers genießt, sondern auch in der Lage ist, auf das festgestellte Verhalten der Organisation wirksam Einfluss zu nehmen, gegebenenfalls auch durch Verhängung von Sanktionen.³⁷

Zu erwähnen ist auch die folgende Definition des Begriffs «Whistleblower», die im erläuternden Bericht zum Vorentwurf für die Revision des Obligationenrechts («Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz») enthalten ist: «Als solche gelten Personen, die an ihrem Arbeitsplatz Korruptionsfälle und andere Missstände aufdecken und diese ihrem Arbeitgeber melden oder an die Öffentlichkeit tragen».³⁸

³³ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 25; VON KÄNEL, S. 14; RIEDER, Jusletter, Nr. 1; HUNZIKER, S. 165.

³⁴ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

³⁵ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

³⁶ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.; LEISINGER, S. 28.

³⁷ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.; siehe MICELI/NEAR/MOREHEAD, S. 4.

³⁸ Bericht VE-OR, S. 4.

2. Arten von Whistleblowing

Whistleblowing kann auf unterschiedliche Weise erfolgen. Die Erscheinungsformen ergeben sich aus der Wahl der Stelle, an dem der Whistleblower die Meldung erstattet, aus der Form der Meldung und daraus, ob der gemeldete Missstand jemandem zugerechnet werden kann oder nicht.³⁹

Daher lassen sich folgende Arten von Whistleblowing unterscheiden: (1) Internes und externes Whistleblowing; (2) anonymes, vertrauliches und offenes Whistleblowing; (3) persönliches und unpersönliches Whistleblowing.⁴⁰

2.1 Internes und externes Whistleblowing

Das Kriterium für die Unterscheidung zwischen internem und externem Whistleblowing ist die Frage, ob die betreffende Information das Unternehmen verlässt oder nicht.⁴¹ **Internes** Whistleblowing erfolgt gegenüber dem Arbeitgeber, seinen Organen oder anderen unternehmensinternen Stellen, wie z.B. einem Ombudsmann, Betriebsräten oder speziell eingerichteten Meldesystemen.⁴² **Externes** Whistleblowing bezieht sich auf Meldungen, die ausserhalb der Organisation erfolgen, z.B. an Aufsichts- oder Strafverfolgungsbehörden, Regierungsvertreter, NGOs, die Medien oder eine andere (Teil-)Öffentlichkeit.⁴³

2.2 Anonymes, vertrauliches und offenes Whistleblowing

Sowohl internes als auch externes Whistleblowing kann anonym, vertraulich oder offen erfolgen. **Anonymes** Whistleblowing erfolgt, ohne dass der Hinweisgeber seine Identität preisgibt, was in bestimmten Konstellationen problematisch sein kann, da aufgrund der Anonymität nicht sofort beurteilt werden kann, ob es sich bei dem Hinweisgeber um einen Insider der Organisation mit privilegiertem Zugang zu Informationen handelt oder nicht. Das kann nur aufgrund der Qualität der Informationen vermutet werden.⁴⁴ Legt der Hinweisgeber seine Identität vollständig offen – was Rückfragen zulässt und eine blossе Verbreitung von Gerüchten oder Anschwörungen durch andere Insider der Organisation sanktioniert – handelt es sich um **offenes** Whistleblowing.⁴⁵ Whistleblowing kann auch **vertraulich** erfolgen, etwa wenn der Whistleblower

³⁹ RIEDER, Nr. 47 ff.; GERDEMANN, S. 5 ff.

⁴⁰ RIEDER, a.a.O.; GERDEMANN, a.a.O.

⁴¹ SÄNGER, S. 38.

⁴² GRONEBERG, S. 36; RIEDER, Jusletter, Nr. 2.

⁴³ GRONEBERG, a.a.O.; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 26; VON KÄNEL, S. 15; RIEDER, Jusletter, Nr. 2.

⁴⁴ RIEDER, Nr. 50; vgl. IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 28.

⁴⁵ RIEDER, Nr. 51.

seine Identität mit der Zusicherung der vertraulichen Behandlung preisgibt. Man spricht dann von beschränkt offenem Whistleblowing.⁴⁶

2.3 Persönliches und unpersönliches Whistleblowing

Beim **unpersönlichen** Whistleblowing wird der Missstand ohne Nennung der verantwortlichen Person offengelegt. Beim **persönlichen** Whistleblowing wird die für den Missstand verantwortliche Person explizit genannt, was zu einer persönlichen Betroffenheit anderer Organisationsmitglieder führt.⁴⁷

Diese Unterscheidung ist wichtig, weil im Falle einer persönlichen Anschuldigung, die Rechte des Beschuldigten durch eine ausdrückliche Zuweisung von Verantwortung bei den Ermittlungen nach der Offenlegung geschützt werden müssen, was bei einer unpersönlichen Offenlegung (wenn keine Verantwortung zugewiesen werden kann) nicht unbedingt zutrifft.⁴⁸

3. Phasen des Whistleblowings

Whistleblowing ist ein sehr komplexer Vorgang. Ein Whistleblower kann eine interne oder externe Meldung vornehmen oder von einer Meldung absehen. Diese Entscheidung ist das Ergebnis eines **Entscheidungsprozesses**, der von mehreren Faktoren beeinflusst wird.⁴⁹ STEFAN RIEDER hat ein Modell in Anlehnung an MICELI/NEAR entwickelt, das diesen Prozess darstellt und in die folgenden fünf Phasen unterteilt: (1) Entdeckungsphase, (2) Abwägungsphase, (3) Handlungsphase, (4) Reaktionsphase und (5) erneute Bewertungsphase.⁵⁰

Die erste Phase ist die **Entdeckungsphase**, in der der Arbeitnehmer von Tatsachen oder Vorkommnissen erfährt, die er aufgrund seiner persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten als mutmasslichen Missstand bewertet.⁵¹ Zur Auslösung des Whistleblowing-Prozesses ist somit ein sog. «*triggering event*» erforderlich. Auslöser kann beispielsweise eine Situation sein, in der ein Arbeitnehmer interne Memoranden erhält, die illegale oder unethische Arbeitgeberpraktiken aufzeigen.⁵²

⁴⁶ RIEDER, Nr. 51; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 28.

⁴⁷ RIEDER, Nr. 52.

⁴⁸ RIEDER, a.a.O.

⁴⁹ RIEDER, Jusletter, Nr. 4 f.

⁵⁰ RIEDER, Jusletter, a.a.O.; vgl. IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 30 und MICELI/NEAR, S. 58 ff.

⁵¹ RIEDER, Jusletter, Nr. 4 ff.; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 31; LEDERGEGER, Nr. 10; vgl. MICELI/NEAR, S. 58.

⁵² IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

Es folgt der erste Entscheidungsprozess, die **Abwägungsphase**, in der der Arbeitnehmer auf der Grundlage der vorliegenden Verdachtsmomente sowie der Schwere des Sachverhalts entscheidet, ob eine Meldung erforderlich ist.⁵³ Dem Arbeitnehmer stehen grundsätzlich drei Handlungsoptionen zur Verfügung: (1) eine bewusste Missachtung der Notwendigkeit einer Intervention, sodass nichts unternommen und der Sachverhalt ignoriert wird («*Silence*»), (2) eine Resignation und das Verlassen des Unternehmens ohne Intervention («*Exit*») und (3) eine Intervention gegen den fragwürdigen Sachverhalt («*Voice*»)⁵⁴

Nachdem sich der Arbeitnehmer in der Abwägungsphase für eine *Voice*-Strategie in Form von Whistleblowing entschieden hat, geht der Entscheidungsprozess weiter in die **Handlungsphase**, in der der Arbeitnehmer nicht nur die möglichen Meldestellen evaluiert, sondern auch entscheidet, ob das Whistleblowing intern oder extern erfolgen soll.⁵⁵

Auf die Meldung eines vermuteten Fehlverhaltens folgt eine **Reaktionsphase**. Der Arbeitgeber ist grundsätzlich verpflichtet, jeder Meldung von Missständen nachzugehen und gegebenenfalls eine interne Untersuchung einzuleiten. Nach der Meldung an eine interne oder externe Stelle wird der gemeldete Sachverhalt in der Regel von der Meldestelle erfasst und überprüft.⁵⁶ Erfolgt die Meldung an eine externe Stelle, kann die Reaktion darin bestehen, dass Druck von aussen auf das betroffene Unternehmen ausgeübt wird, z.B. durch die Einleitung eines behördlichen Verfahrens oder durch die öffentliche Berichterstattung über den Missstand in den Medien.⁵⁷ Der mutmassliche Missstand kann auch ignoriert, gerechtfertigt oder im Einzelfall durch Massnahmen behoben werden.⁵⁸

Nach der Reaktion auf den mutmasslichen Missstand und gegenüber dem Whistleblower folgt eine **erneute Bewertungsphase**. In dieser Phase entscheidet der Hinweisgeber, ob das Whistleblowing abgeschlossen ist oder ob eine weitere Meldung erforderlich ist. Im letzteren Fall wiederholt sich der Whistleblowing-Prozess.⁵⁹

⁵³ RIEDER, Nr. 72; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 32; LEDERGEGER, Nr. 10; vgl. MICELI/NEAR, S. 58 f.

⁵⁴ RIEDER, Nr. 79.

⁵⁵ RIEDER, Jusletter, Nr. 4 ff.; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 34; LEDERGEGER, Nr. 10; vgl. MICELI/NEAR, S. 72.

⁵⁶ RIEDER, Nr. 87.

⁵⁷ RIEDER, Jusletter, Nr. 5; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 35; vgl. MICELI/NEAR, S. 72 ff.

⁵⁸ RIEDER, Jusletter, a.a.O.; vgl. MICELI/NEAR, a.a.O.

⁵⁹ RIEDER, Jusletter, a.a.O.; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 36; vgl. MICELI/NEAR, S. 88.

Die oben beschriebenen Phasen des Whistleblowing-Prozesses sind in diesem von STEFAN RIEDER entwickelten Schema zusammengefasst:

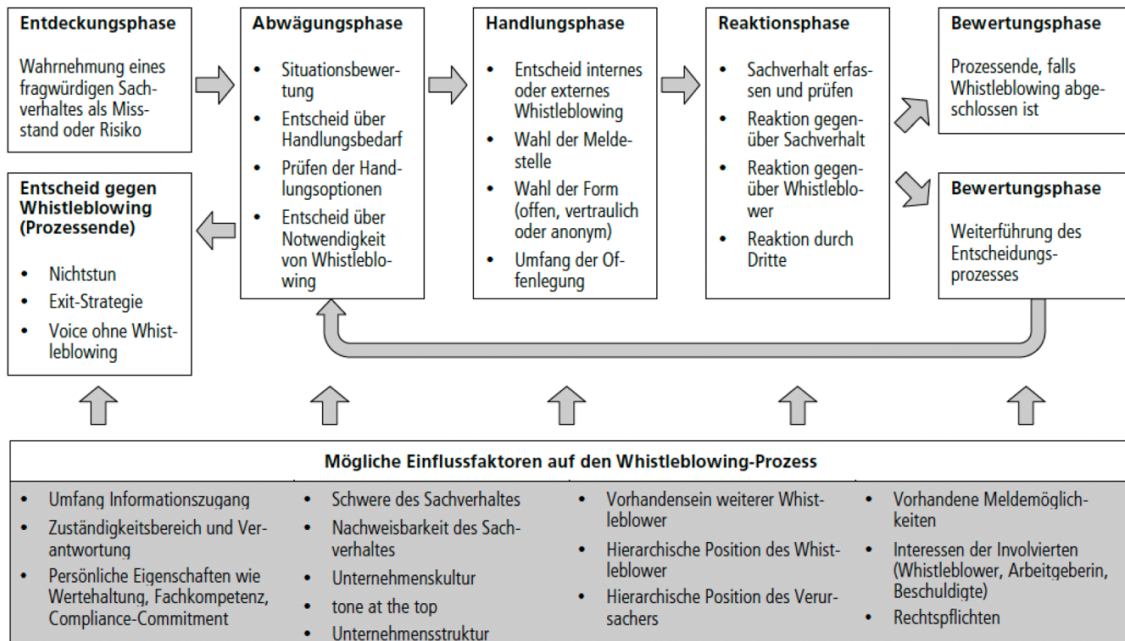


Abb. 1: Phasen des Whistleblowing-Prozesses⁶⁰

IV. Stellung des Whistleblowers im Arbeitsrecht

Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei einem Whistleblower häufig um eine Person, die bei der betreffenden Organisation direkt angestellt ist oder war. Dies bedeutet, dass in der Praxis im Allgemeinen ein **Arbeitsverhältnis** zwischen dem Hinweisgeber und der Organisation besteht, was auch in den Fällen zutrif, über die in den Medien am meisten berichtet wurde.

Aus diesem Grund ist es wichtig zu untersuchen, welche Folgen ein Fall von Whistleblowing sowohl für den Arbeitnehmer als auch für den Arbeitgeber haben kann.

Die oben vorgenommene Unterscheidung zwischen den verschiedenen Arten von Whistleblowing ist in diesem Zusammenhang von Bedeutung, da unterschiedliche Regeln gelten, je nachdem, ob das Whistleblowing innerhalb der Organisation (*internes Whistleblowing*) oder gegenüber einer Behörde oder der Öffentlichkeit (*externes Whistleblowing*) erfolgt.⁶¹

Da das schweizerische Recht (zurzeit) keine expliziten gesetzlichen Bestimmungen zum Whistleblowing kennt, muss zur Lösung der Probleme in diesem Bereich auf allgemein gültige Bestimmungen und Grundsätze zurückgegriffen werden.⁶² Diese finden sich in verschiedenen

⁶⁰ RIEDER, Jusletter, Nr. 5.

⁶¹ Botschaft OR, S. 9527 f.

⁶² IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 68.

Rechtsgebieten wie dem Strafrecht, dem Datenschutzrecht oder dem Arbeitsrecht.⁶³ Sie lassen sich nach drei *Regelungszwecken* unterteilen: Regelung der internen Meldeverfahren, Regelung der Meldepflicht bzw. des Melderechts und Schutz von Hinweisgebern vor Vergeltungsmassnahmen.⁶⁴ Im Arbeitsrecht ergeben sich die Pflicht und das Recht, Missstände in einem Unternehmen zu melden, aus mehreren Grundsätzen und Normen wie Meinungsfreiheit, Treuepflicht des Arbeitnehmers, strafrechtliche Bestimmungen und Spezialgesetze.⁶⁵

1. Die allgemeine Treuepflicht der Arbeitnehmenden (Art. 321a OR)

Das Fehlen eines «Whistleblowing-Gesetzes» in der Schweiz bedeutet nicht, dass es im geltenden Recht keine Artikel gibt, die den Arbeitnehmern Pflichten im Zusammenhang mit Whistleblowing auferlegen. Eine Reihe relevanter Pflichten sind insbesondere in **Art. 321a OR** enthalten.⁶⁶

Das Arbeitsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber beschränkt sich nicht auf den Austausch wirtschaftlicher Leistungen, sondern begründet auch persönliche Beziehungen. Gemäss Art. 321a **Abs. 1** OR hat der Arbeitnehmer deshalb «die berechtigten Interessen des Arbeitgebers **in guten Treuen** zu wahren», sofern ihm dies zumutbar ist.⁶⁷ Dies bedeutet, dass er neben der eigentlichen Arbeitsleistung die Pflicht hat, Schaden vom Arbeitgeber abzuwenden und dessen Interessen zu fördern. Diese allgemeine Treuepflicht, die ihre Entsprechung in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers findet, ist in erster Linie eine **Unterlassungspflicht**. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, alles zu unterlassen, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte.⁶⁸ Diese Pflicht tritt aber auch als **Handlungspflicht** in Erscheinung.⁶⁹

Aus dieser **allgemeinen Treuepflicht**, die die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gegenüber ihrem Arbeitgeber haben, ergeben sich folgende Pflichten, die auch für Hinweisgeber relevant sind: (1) die Interessenwahrungspflicht und das Schädigungsverbot, (2) die Geheimhaltungspflicht, (3) die Pflicht zur Wahl der richtigen Meldestelle als Unterlassungspflicht und (4) die Meldepflicht als Leistungspflicht.⁷⁰

Da es sich bei Art. 321a OR um eine *dispositive* Bestimmung handelt, können die Parteien – innerhalb der Grenzen des Art. 328 OR – eine Erweiterung oder Einschränkung der Sorgfalts-

⁶³ Botschaft OR, S. 9523; IMBACH HAUMÜLLER, GesKR, S. 73.

⁶⁴ Botschaft OR, a.a.O.

⁶⁵ Botschaft OR, S. 9527.

⁶⁶ LEDERGERBER, Nr. 189 f.; HUNZIKER, S. 171.

⁶⁷ REHBINDER, Nr. 124; WYLER, S. 90; HUNZIKER, S. 171; TREZZINI, CommPra-CO, N 4 zu Art. 321a OR.

⁶⁸ REHBINDER, a.a.O.; MILANI, SHK, N 13 zu Art. 321a OR.

⁶⁹ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N 2 zu Art. 321a OR; MILANI, SHK, N 14 zu Art. 321a OR.

⁷⁰ LEDERGERBER, Nr. 190; REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 2 zu Art. 321a OR; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 69 ff.

und Treuepflicht vereinbaren. Diese kann auch durch besondere Weisungen konkretisiert werden.⁷¹

1.1 Interessenwahrungspflicht und Schädigungsverbot

Im Rahmen der Treue- bzw. Interessenwahrungspflicht ist der Arbeitnehmer verpflichtet, sowohl während der Arbeitszeit als auch in der Freizeit alles zu *unterlassen*, was den Arbeitgeber wirtschaftlich schädigen könnte.⁷² Der Arbeitnehmer hat grundsätzlich jede Mitteilung an Dritte (z.B. an die Presse) zu unterlassen, die das Ansehen oder den Kredit des Unternehmens gefährden könnte, auch wenn sie nachweislich wahr ist, und dies gilt auch für Anzeigen an Behörden. Die Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers wird also durch die Treuepflicht aus dem Arbeitsverhältnis eingeschränkt.⁷³ Ausgenommen sind Fälle des Whistleblowings;⁷⁴ die Voraussetzungen für zulässiges externes Whistleblowing müssen jedoch erfüllt sein.⁷⁵

Diese Pflicht ist insbesondere für **externes Whistleblowing** relevant, da Meldungen an die Medien in der Regel zu einem Reputationsverlust des Unternehmens führen, während eine Meldung an die zuständige Behörde eine Geldbusse nach sich ziehen kann. Externes Whistleblowing führt daher häufig zu einem finanziellen Schaden für den Arbeitgeber und stellt damit einen Verstoß gegen die Interessenwahrungspflicht dar.⁷⁶

1.2 Pflicht zur Wahl der richtigen Meldestelle

Aufgrund der Treuepflicht hat der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu geben, auf den Hinweis zu reagieren und die Angelegenheit intern und ohne grosses Aufsehen zu erledigen, weshalb die Meldung zuerst an den Arbeitgeber zu richten ist.⁷⁷ Erst wenn dieser nicht reagiert, kann sich der Whistleblower an eine externe Stelle wenden, d.h. an die zuständige Behörde (z.B. Wettbewerbskommission, Steuerbehörde, SUVA, Lebensmittelpolizei). Auf diese Weise kann die Behörde der Beschwerde abhelfen, ohne dass das Unternehmen einen Reputationsverlust erleidet.⁷⁸ Eine externe Mitteilung oder Anzeige kann daher kritisch sein,

⁷¹ TREZZINI, CommPra-CO, N 2 zu Art. 321a OR; REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 2 zu Art. 321a OR.

⁷² REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 3 ff. zu Art. 321a OR; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 72; PORTMANN, Nr. 524; HUNZIKER, S. 171.

⁷³ REHBINDER/STÖCKLI, BK, a.a.O.; PORTMANN, Nr. 533; REHBINDER, Nr. 124; IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

⁷⁴ REHBINDER/STÖCKLI, BK, a.a.O.

⁷⁵ Siehe IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 72.

⁷⁶ LEDERGERBER, Nr. 195; HUNZIKER, S. 171; siehe PORTMANN/WOHLMANN, S. 180.

⁷⁷ LEDERGERBER, Nr. 196; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 72.

⁷⁸ LEDERGERBER, a.a.O.

ist aber nach Ansicht des Bundesgerichts *ausnahmsweise* zulässig, wobei im Einzelfall eine Abwägung der entgegenstehenden Interessen vorzunehmen ist⁷⁹ (vgl. dazu Kap. IV. 2.).

1.3 Geheimhaltungspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR

Als besondere Ausprägung der Treuepflicht ist es den Arbeitnehmenden gemäss **Art. 321a Abs. 4 OR** untersagt, geheimzuhaltende Tatsachen Dritten mitzuteilen.⁸⁰ Diese Geheimhaltungspflicht gilt für alle Tatsachen, von denen der Arbeitnehmer während der Dauer des Arbeitsverhältnisses Kenntnis erhält, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind, an deren Geheimhaltung der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse hat und die er geheim halten will.⁸¹ Wie diese Kenntnis erlangt wird, ist unerheblich. Die Tatsachen können dem Arbeitnehmer zufällig, durch eine unerlaubte oder eine gegen die guten Sitten verstossende Handlung bekannt geworden oder ihm anvertraut worden sein.⁸² Nach der h.L. erstreckt sich die Geheimhaltungspflicht auch auf Straftaten, Verletzungen von Verwaltungsvorschriften, Vertragsverletzungen oder Verstösse gegen Wettbewerbsvorschriften des Arbeitgebers, es sei denn, es besteht ein überwiegendes Interesse. Auch in diesem Fall sollte zuerst der Arbeitgeber und dann die zuständige Behörde kontaktiert werden, bevor man sich an die Öffentlichkeit wendet.⁸³

Whistleblower melden definitionsgemäss die Begehung von Straftaten oder Verstössen gegen Verwaltungsvorschriften durch ihren Arbeitgeber. Wenn sie damit – wie in der Lehre mehrheitlich vertreten wird – grundsätzlich eine Treuepflichtverletzung begehen, so bedeutet dies, dass der Arbeitnehmer **faktisch** daran **gehindert** ist, in zulässiger Weise externes Whistleblowing zu betreiben. Allerdings gibt es auch hier Ausnahmen, in denen externes Whistleblowing zulässig ist⁸⁴ (vgl. dazu Kap. IV.2.).

1.4 Meldepflicht

In Ausnahmefällen verpflichtet die Treuepflicht den Arbeitnehmer, aktiv zu werden und den Arbeitgeber über eingetretene oder drohende Störungen und Schäden sowie über Unregelmässigkeiten und Missstände im Betrieb zu informieren. Dies ermöglicht dem Arbeitgeber, geeignete Massnahmen zu ergreifen.⁸⁵ Die Meldepflicht kann sich (1) aus dem **Vertrag** (bzw. aus

⁷⁹ Urteil des BGer 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008 E. 5 ff.; TREZZINI, CommPra-CO, N 23 zu Art. 321a OR.

⁸⁰ MÜLLER, S. 257.

⁸¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 24 zu Art. 321a OR; REHBINDER, Nr. 131; VISCHER/MÜLLER, N 21 ff. zu § 15; WICKIHALDER, S. 48 f.; HUNZIKER, S. 173.

⁸² REHBINDER, a.a.O.; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, a.a.O.; JUNGO, S. 71.

⁸³ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 25 zu Art. 321a OR; JUNGO, a.a.O.; HUNZIKER, S. 173.

⁸⁴ LEDERGERBER, Nr. 203; VON KÄNEL, SJZ, S. 315; HUNZIKER, S. 172.

⁸⁵ LEDERGERBER, Nr. 199; REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 6 zu Art. 321a OR.

einer berechtigten Weisung) oder (2) aus dem **Gesetz** (Art. 321a OR) ergeben.⁸⁶ Die Meldepflicht ist für den Whistleblower jedoch von *geringer praktischer Bedeutung*, da sie nur in bestimmten Fällen und nur für internes Whistleblowing gilt und keinen Einfluss auf die Rechtmässigkeit von Whistleblowing im Allgemeinen hat.⁸⁷

1.4.1 Meldepflicht aus Vertrag

Wenn ein Arbeitnehmer zum Zeitpunkt der Einstellung einen Verhaltenskodex oder eine Ethik-Charta unterzeichnen muss, die im Prinzip Teil des Arbeitsvertrags ist und ihn verpflichtet, am Arbeitsplatz beobachtete Unregelmässigkeiten zu melden, hat das Whistleblowing eine **vertragliche Grundlage**. In einigen Organisationen gibt es ein obligatorisches internes Meldesystem, das sich im Vertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber widerspiegelt, wie z.B. bei Banken, die ihre Mitarbeiter häufig verpflichten, bestimmte Vorfälle der Compliance-Funktion zu melden. Ein Verstoss gegen diese vertragliche Pflicht stellt eine Vertragsverletzung im Sinne von **Art. 97 OR** dar und kann zu einem positiven Schadenersatzanspruch führen.

Der Hinweisgeber kann jedoch mit unangenehmen Konsequenzen rechnen, wenn der Verhaltenskodex keinen Schutz für den Fall vorsieht, dass sich eine Meldung als unbegründet erweist. Die Anonymität, das in den Vereinigten Staaten am weitesten verbreitete System, scheint den Mitarbeitern keinen ausreichenden Schutz zu bieten. Selbst wenn die Organisation eine spezielle Stelle für die Meldung von Missständen eingerichtet hat, ist es unwahrscheinlich, dass der Hinweisgeber, insbesondere bei internen Ermittlungen, von den Betroffenen nicht identifiziert wird, da es sich häufig um Kollegen oder Personen handelt, die Zugang zu bestimmten Daten haben. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass, selbst wenn internes Whistleblowing durch ein Reglement oder einen Verhaltenskodex des Unternehmens gerechtfertigt und vorgeschrieben ist, immer noch die Gefahr besteht, dass es zu «Fehlwirkungen» kommt, wenn der Vorgesetzte des Whistleblowers verärgert wird oder eine Person betroffen ist, die die Macht hat, den Whistleblower in eine schwierige Lage zu bringen. Ein weiteres Problem besteht darin, dass, selbst wenn der Arbeitsvertrag, der Verhaltenskodex oder andere unternehmensinterne Regelungen – vertraglich festgelegt oder auf Grundlage des Weisungsrechts des Arbeitgebers nach Art. 321d OR – so abgefasst sind, dass sie ein effektives Whistleblowing ermöglichen, sie auch durchgesetzt werden müssen, was nicht immer der Fall ist.⁸⁸

⁸⁶ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N 4 zu Art. 321a OR.

⁸⁷ LEDERGERBER, Nr. 201; HUNZIKER, S. 172.

⁸⁸ Vgl. zum Ganzen JAÏCO CARRANZA/MICOTTI, S. 27 ff.

1.4.2 Meldepflicht aus Gesetz

Eine generelle Meldepflicht gegenüber dem Arbeitgeber ist zwar *nicht* explizit im Gesetz kodifiziert, jedoch ebenfalls in Art. 321a OR enthalten.⁸⁹ Obwohl sich die Lehre einig ist, dass die Treuepflicht des Arbeitnehmers eine Meldepflicht darstellt, besteht eine erhebliche **Rechtsunsicherheit** hinsichtlich Geltung und Umfang. Lehre und Rechtsprechung gehen nur unter bestimmten, nicht einheitlich definierten Voraussetzungen von einer Meldepflicht aus.⁹⁰

Laut h.L. ist es grundsätzlich die Pflicht des Arbeitnehmers, relevante Tatsachen und Vorkommnisse im Betrieb zu melden, insbesondere Missstände, Unregelmässigkeiten, eingetretene oder drohende Schadensfälle sowie Störungen im Arbeitsvollzug.⁹¹ Nach der Lehre ist die Treuepflicht *relativ* und hängt von der Ausgestaltung des konkreten Arbeitsverhältnisses ab, weshalb auch Inhalt und Umfang der Meldepflicht in gewissem Mass von der konkreten Ausgestaltung des einzelnen Arbeitsverhältnisses abhängen.⁹² Der konkrete Umfang richtet sich nach Aufgaben- und Verantwortungsumfang des Arbeitnehmers und den betrieblichen Gegebenheiten: Je höher die berufliche Stellung des Arbeitnehmers, desto höher sind die Anforderungen an die Einhaltung der Treuepflicht.⁹³ In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass Arbeitnehmer in untergeordneter Stellung ihre Kollegen nur bei unverhältnismässig hohen Schäden melden müssen, während Arbeitnehmer in leitender Stellung aufgrund ihrer Vertrauensstellung immer zur Meldung verpflichtet sind.⁹⁴

Auch in **Spezialgesetzen** können sich Meldepflichten oder -rechte finden. Häufig handelt es sich dabei um Vorschriften, die für bestimmte Bereiche Ausnahmen vom Berufs- oder Amtsgeheimnis vorsehen. Der Gesetzgeber gewährt in diesen Bestimmungen ein überwiegendes Interesse an der Aufdeckung von Missständen und erlaubt oder verpflichtet die Geheimnisträger, spezifische Tatsachen gegenüber bestimmten Behörden offen zu legen.⁹⁵ So sehen beispielsweise Art. 321 Ziff. 3 StGB (Berufsgeheimnis) und Art. 47 Abs. 5 BankG (Bankgeheimnis) solche Ausnahmen ausdrücklich vor und enthalten einen Vorbehalt bezüglich Zeugnis- und Auskunftspflicht gegenüber Behörden.⁹⁶

⁸⁹ RIEDER, Nr. 92; REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 6 zu Art. 321a OR.

⁹⁰ RIEDER, Nr. 93; LEDERGERBER, Nr. 199; HUNZIKER, S. 172.

⁹¹ REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 6 zu Art. 321a OR; STAEHLIN, ZK, N 10 zu Art. 321a OR; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 12 zu Art. 321a OR.

⁹² RIEDER, Nr. 98; STAEHLIN, ZK, N 8 zu Art. 321a OR; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 14 zu Art. 321a OR; VISCHER/MÜLLER, N 7 zu § 15.

⁹³ RIEDER, a.a.O.; STAEHLIN, ZK, a.a.O.; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, a.a.O.; VISCHER/MÜLLER, a.a.O.

⁹⁴ HUNZIKER, S. 172.

⁹⁵ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 75.

⁹⁶ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

Vor allem im **Finanzbereich** bestehen verschiedene Meldepflichten. Insbesondere Art. 9 Abs. 1 GwG verpflichtet die Finanzintermediäre, einer Meldestelle Meldung zu erstatten, wenn sie wissen oder den begründeten Verdacht haben, dass ein strafbares Geldwäscherdelikt vorliegt.⁹⁷ Seit dem 1. Februar 2009 muss ein Finanzintermediär zudem nach Art. 9 Abs. 1 lit. b GwG der Meldestelle Meldung erstatten, wenn er Verhandlungen über eine Geschäftsbeziehung abbricht, weil ein begründeter Verdacht auf eine strafbare Handlung im Bereich der Geldwäscherei besteht. Gemäss Art. 305^{ter} Abs. 2 StGB ist der Finanzintermediär zudem berechtigt, auch Fälle zu melden, bei denen zwar ein Verdacht besteht, die aber die Anforderungen an die Begründetheit von Art. 9 GwG nicht erfüllen.⁹⁸

2. Die Zulässigkeit des externen Whistleblowings

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Treuepflicht, der der Arbeitnehmer unterliegt, ihm grundsätzlich jede Handlung oder Äusserung verbietet, die dem Arbeitgeber schaden könnte. Darüber hinaus verpflichtet die Geheimhaltungs- und Verschwiegenheitspflicht den Arbeitnehmer, über Tatsachen, die er im Rahmen seines Arbeitsverhältnisses erfährt und die der Arbeitgeber geheim halten möchte, Stillschweigen zu bewahren.⁹⁹

Bei **internem** Whistleblowing – wenn die Meldung innerhalb des Unternehmens erfolgt – kann der Arbeitgeber das Fehlverhalten korrigieren, ohne dass dies auffällt oder ihm Nachteile bringt.¹⁰⁰

Wenn der Arbeitnehmer **externes Whistleblowing** betreibt, d.h. die Behörden oder die Öffentlichkeit auf einen Missstand im Unternehmen aufmerksam macht, hat dies in der Regel negative Folgen für den Arbeitgeber, z.B. Sanktionen, Schliessung des Unternehmens oder andere Nachteile wie Rufschädigung und damit verbundene wirtschaftliche Nachteile wie Umsatzeinbussen.¹⁰¹ Externes Whistleblowing stellt grundsätzlich eine **Verletzung der Treuepflicht** dar und kann daher vom Arbeitgeber sanktioniert werden.¹⁰² Die externe Offenlegung von Missständen ist eine Meinungsäusserung bzw. -mitteilung, die in der Regel auch ein Werturteil des Whistleblowers über die Schwere des Missstandes enthält, und nicht nur eine blossen Tatsachenbehauptung. Externes Whistleblowing fällt damit in den Schutzbereich der **Meinungsäusserungsfreiheit**, die durch Art. 16 Abs. 1 und 2 BV und Art. 10 EMRK geschützt ist.¹⁰³ Das

⁹⁷ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 75.

⁹⁸ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

⁹⁹ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 93.

¹⁰⁰ REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 3 ff. zu Art. 321a OR; TREZZINI, CommPra-CO, N 23 zu Art. 321a OR.

¹⁰¹ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 93; LEDERGERBER, Nr. 195; HUNZIKER, S. 171.

¹⁰² IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 94.

¹⁰³ RIEDER, Nr. 345; HERTIG, BSK BV, N 50 zu Art. 16 BV; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 2 zu § 19.

Grundrecht der Meinungsäusserungsfreiheit schützt unabhängig von Inhalt, Zweck und Form einerseits die Äusserung einer persönlichen Meinung, andererseits aber auch kritische Äusserungen über den Arbeitgeber und seine Interessen sowie die Offenlegung von Tatsachen und rein informativen Mitteilungen. Es besteht somit eine indirekte Drittwirkung der Grundrechte auf das Arbeitsverhältnis, die sich aus Art. 336 Abs. 1 lit. b OR ergibt.¹⁰⁴ Wie bereits mehrfach vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte bestätigt, führt die Einbeziehung des externen Whistleblowings unter die Meinungsfreiheit grundsätzlich zu einem **Whistleblowing-Recht**, das durch Grundrechte geschützt ist. Es ist jedoch wichtig zu beachten, dass die Ausübung dieses Rechts gemäss Art. 10 Abs. 2 EMRK ausdrücklich an Pflichten und Verantwortung geknüpft ist: Bei externem Whistleblowing sind auch die allgemeine arbeitsrechtliche Treuepflicht gemäss Art. 321a Abs. 1 OR und die Geheimhaltungspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR im Sinne von Grundrechtsbeschränkungen zu beachten.¹⁰⁵

Es gibt jedoch **Ausnahmefälle**, in denen eine Pflichtverletzung zulässig ist. Das Bundesgericht und die Lehre haben im Laufe der Zeit definiert, unter welchen Voraussetzungen sie gerechtfertigt ist.¹⁰⁶ Eine solche Mitteilung oder Anzeige ist zulässig, soweit sie (1) zum Schutz eines **überwiegenden Interesses** Dritter oder der Öffentlichkeit erforderlich ist und (2) dem Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** entspricht.¹⁰⁷

2.1 Interessenabwägung

Beim externen Whistleblowing ist in zweifacher Hinsicht eine Interessenabwägung vorzunehmen. Einerseits besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der Meinungsäusserungsfreiheit des Arbeitnehmers und seiner Treue- und Geheimhaltungspflicht.¹⁰⁸ Zum anderen besteht im Rahmen der arbeitsrechtlichen Treuepflicht ein Konflikt zwischen den berechtigten Interessen des Arbeitgebers und denen des Arbeitnehmers, die die Treuepflicht einschränken.

Nur wenn der Arbeitnehmer **keine überwiegenden Interessen** hat, die die Treuepflicht hinfällig machen, kann die Treuepflicht die Meinungsfreiheit einschränken.¹⁰⁹ Wie bereits erwähnt, besteht bei externem Whistleblowing häufig die Gefahr, dass der Ruf des Arbeitgebers geschädigt wird. Daher ist das Interesse des Arbeitgebers am Schutz seiner Ehre und seines guten Rufs

¹⁰⁴ RIEDER, Nr. 345; HERTIG, BSK BV, N 9 ff. zu Art. 16 BV.

¹⁰⁵ RIEDER, Nr. 346; LEDERGERBER, Nr. 204; HUNZIKER, S. 173.

¹⁰⁶ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 94.

¹⁰⁷ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 72; REHBINDER, Nr. 124; TREZZINI, CommPra-CO, N 23 zu Art. 321a OR.

¹⁰⁸ RIEDER, Nr. 357; VON KÄNEL, SJZ, S. 316.

¹⁰⁹ RIEDER, a.a.O.; Siehe KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 10 zu § 19.

gegen das Interesse des Arbeitnehmers an der freien Meinungsäusserung und die zu schützenden eigenen oder öffentlichen Interessen abzuwägen.¹¹⁰

Die Gerichte haben im Rahmen der Rechtsanwendung eine **Interessenabwägung** vorzunehmen, d.h. zu beurteilen, ob das Interesse des Arbeitnehmers an der externen Offenlegung das grundsätzlich schutzwürdige Interesse des Arbeitgebers an einer Nicht-Information überwiegt und das externe Whistleblowing aus diesem Grund rechtmässig ist.¹¹¹ Um externes Whistleblowing zu rechtfertigen, müssen die Interessen des Whistleblowers umso gewichtiger sein, je stärker das externe Whistleblowing in die Rechte des Arbeitgebers eingreift und je wahrscheinlicher es ist, dass dem Arbeitgeber dadurch ein Schaden entsteht.¹¹² Die Interessen sind stets im Einzelfall auf der Grundlage der konkreten Umstände zu ermitteln und gegeneinander abzuwägen. Je nach Art und Schwere des Missstandes sind die Interessen unterschiedlich stark zu gewichten.¹¹³

2.2 Verhältnismässigkeit

Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid BGE 127 III 310 vom 30. März 2001 ein wichtiges Urteil zum externen Whistleblowing gefällt, in dem es die Methode der «**Meldekaskade**» bejaht und direkt mit dem **Verhältnismässigkeitsprinzip** in Verbindung gebracht hat.¹¹⁴ In diesem Fall ging es um eine Mitarbeiterin eines Pflegeheims, die ohne Wissen und Genehmigung ihres Arbeitgebers heimlich Filmaufnahmen von den Aufenthaltsbedingungen der Patienten gemacht hatte. Anschliessend hatte sie das Filmmaterial dem Westschweizer Fernsehen zur Ausstrahlung übergeben und an einer kritischen Sendung teilgenommen, in der der Film gezeigt wurde. Infolgedessen wurde die Angestellte wegen Verletzung der Treuepflicht angeklagt.¹¹⁵ In diesem Entscheid hat das Bundesgericht in E. 5a festgehalten, dass sich der Arbeitnehmer nur dann auf ein **überwiegendes Interesse** berufen und externes Whistleblowing betreiben darf, wenn er gleichzeitig den **Grundsatz der Verhältnismässigkeit** beachtet.¹¹⁶

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit setzt voraus, dass *drei Voraussetzungen* kumulativ erfüllt sind: (1) Eignung, (2) Erforderlichkeit und (3) Zumutbarkeit.¹¹⁷ In Bezug auf externes

¹¹⁰ RIEDER, Nr. 360; HERTIG, BSK BV, N 50 zu Art. 16 BV.

¹¹¹ RIEDER, a.a.O.; JUNGO, S. 70.

¹¹² RIEDER, a.a.O.

¹¹³ RIEDER, a.a.O.

¹¹⁴ BGE 127 III 310 E. 5a.

¹¹⁵ JAICO CARRANZA/MICOTTI, S. 33; BGE 127 III 310 S. 311 f.; PORTMANN/WOHLMANN, S. 180.

¹¹⁶ BGE 127 III 310 E. 5a.

¹¹⁷ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 514 ff.; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 121 ff. zu § 9.

Whistleblowing bedeutet dies, dass die externe Offenlegung ein geeignetes, erforderliches und angemessenes Mittel darstellen muss, um überwiegende legitime Interessen zu schützen.¹¹⁸

2.2.1 Eignung

Externes Whistleblowing muss geeignet sein, das angestrebte Ziel zu erreichen. Dies kann im überwiegenden Eigeninteresse des Arbeitnehmers, im Interesse Dritter oder im öffentlichen Interesse liegen. Ziel des externen Whistleblowings ist es, durch die externe Offenlegung von Missständen einen Druck auf den Arbeitgeber auszuüben, damit dieser geeignete Massnahmen zur Beseitigung der Missstände ergreift. Durch die Veröffentlichung der Missstände sollen die Beteiligten über die Missstände informiert und vor möglichen Gefahren gewarnt werden.¹¹⁹

Ungeeignet ist externes Whistleblowing, wenn die externe Offenlegung des Fehlverhaltens nicht geeignet ist, die überwiegenden eigenen Interessen, die Interessen Dritter oder die öffentlichen Interessen wirksam zu schützen, oder wenn die externe Offenlegung keinerlei Wirkung im Hinblick auf den angestrebten Zweck entfaltet oder die Erreichung dieses Zweckes erschwert oder verhindert.¹²⁰

Das externe Whistleblowing ist zudem **geeignet**, wenn die externe Offenlegung gegenüber einer Meldestelle erfolgt, die in der Lage ist, die eigenen Interessen des Arbeitnehmers oder die öffentlichen Interessen so zu wahren, dass das externe Whistleblowing seinen Zweck erfüllen kann.¹²¹

Aus dem Erfordernis der Eignung ergibt sich somit die Pflicht zur Auswahl einer geeigneten externen **Meldestelle**. Wann eine Meldestelle für externes Whistleblowing geeignet ist, ist im Einzelfall zu bestimmen. Zu den geeigneten Meldestellen zählen die zuständigen Behörden (Strafverfolgungs-, Verwaltungs- oder Aufsichtsbehörden) sowie die Öffentlichkeit.¹²² Unter Öffentlichkeit versteht man direkt betroffene Dritte im Sinn einer beschränkten Öffentlichkeit wie z.B. die Generalversammlung des betroffenen Unternehmens, Institutionen wie Berufsverbände und die unbeschränkte Öffentlichkeit (Medien). Es ist durchaus möglich, dass es mehrere geeignete Meldestellen gibt. Der Whistleblower hat jedoch keine freie Wahl hinsichtlich der Meldestelle. Er hat vielmehr das sogenannte Kaskadenprinzip zu beachten.¹²³

¹¹⁸ RIEDER, Nr. 376.

¹¹⁹ RIEDER, Nr. 377; siehe KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 127 zu § 9 und HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 522.

¹²⁰ RIEDER, Nr. 378; siehe KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, a.a.O.

¹²¹ RIEDER, Nr. 379.

¹²² RIEDER, Nr. 380.

¹²³ RIEDER, a.a.O.

2.2.2 *Erforderlichkeit: Das Kaskadenprinzip*

Die Voraussetzung der Erforderlichkeit verlangt, dass das externe Whistleblowing im Hinblick auf das im eigenen Interesse des Arbeitnehmers oder im öffentlichen Interesse verfolgte Ziel erforderlich ist. Externes Whistleblowing hat daher zu unterbleiben, wenn eine ebenso geeignete, aber mildere Massnahme für den angestrebten Erfolg ausreichen würde und dem Whistleblower zugemutet werden kann, davon Gebrauch zu machen.¹²⁴

Da der Arbeitgeber kein berechtigtes (d.h. rechtlich anerkanntes) Interesse an der Fortsetzung rechtswidriger oder unethischer Praktiken haben kann und die Meldung dem Schutz höherwertiger Rechtsgüter dient, ist Whistleblowing *nicht* als Treuebruch zu qualifizieren, wenn im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips das von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte **Kaskadenprinzip** eingehalten wird.¹²⁵

Nach dem Kaskadenprinzip muss der Arbeitnehmer zunächst seinen **Arbeitgeber** zur Rede stellen und ihm die Möglichkeit geben, die Angelegenheit intern zu regeln oder ohne grosses Aufsehen zu bereinigen. Erst wenn dieser nicht innert angemessener Frist Abhilfe schafft, kann sich der Arbeitnehmer nach aussen wenden, und zwar zunächst an die für die Beseitigung des Missstandes **zuständige Behörde**.¹²⁶ Diese ist in der Lage, die Beanstandung zu beseitigen, ohne dem Ansehen des Unternehmens in der Öffentlichkeit zu schaden. Erst wenn die Behörde untätig bleibt und keine Abhilfe schafft, kann sich der Arbeitnehmer, wenn die Umstände dies rechtfertigen, an die **Öffentlichkeit** (d.h. an die Medien) wenden.¹²⁷ Es besteht also grundsätzlich ein Vorrang des internen Whistleblowings, und erst nach erfolglosem internen Whistleblowing darf zum externen Whistleblowing an die zuständige Behörde gegriffen werden. Externes Whistleblowing an die Öffentlichkeit ist nur als *ultima ratio* zulässig.¹²⁸

2.2.2.1 *Direkte externe Meldung*

Die Rechtsunsicherheit beim Whistleblowing erschwert es dem Laien zu erkennen, was unter dem Gesichtspunkt der Treuepflicht erlaubt oder verboten ist, bei welcher Stelle er was melden darf oder muss und wie mit Geschäfts- und Geschäftsgeheimnissen umzugehen ist.¹²⁹ So sind Situationen denkbar, in denen sich der Whistleblower direkt an die Öffentlichkeit wendet und damit die Treuepflicht verletzt. Ein solches Verhalten ist jedoch nicht in jedem Fall unzulässig;

¹²⁴ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 527; RIEDER, Nr. 381; KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, N 130 zu § 9.

¹²⁵ REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 3 ff. zu Art. 321a OR; TREZZINI, CommPra-CO, N 23 zu Art. 321a OR; BGE 127 III 310 E. 5a.

¹²⁶ REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 3 zu Art. 321a OR; BGE 127 III 310 E. 5a.

¹²⁷ REHBINDER/STÖCKLI, BK, a.a.O.; BGE 127 III 310 E. 5a.

¹²⁸ RIEDER, Nr. 382; Botschaft OR, S. 9529.

¹²⁹ VON KÄNEL, S. 17.

es gibt **Ausnahmefälle**, in denen der Whistleblower sich **direkt an die Öffentlichkeit** wenden kann, ohne das Kaskadenprinzip einzuhalten. Ein Ausnahmefall liegt insbesondere dann vor, wenn der Arbeitgeber kein berechtigtes Interesse an einer vorherigen internen Meldung hat, z.B. wenn nach Treu und Glauben¹³⁰

- der Arbeitgeber selbst an dem Missstand beteiligt ist und daher keine Abhilfe zu erwarten ist;¹³¹
- der Arbeitgeber bereits über den Missstand informiert ist und keine angemessenen Massnahmen ergreift, um den Missstand zu beseitigen;¹³²
- es dem Arbeitgeber aus technischen oder zeitlichen Gründen offensichtlich nicht möglich ist, wirksame Massnahmen zur Abwendung einer unmittelbar drohenden ersten Gefahr zu treffen;¹³³
- der Arbeitnehmer zur Meldung an eine Behörde verpflichtet ist und sich selbst strafbar machen würde, wenn er die Meldung unterlassen würde.¹³⁴

Auch in solchen Ausnahmefällen ist der Grundsatz der **Verhältnismässigkeit** zu beachten, weshalb grundsätzlich zunächst die zuständigen Behörden zu informieren sind und eine Information der Öffentlichkeit nur als *ultima ratio* in Frage kommt.¹³⁵ Eine direkte Meldung an die Öffentlichkeit, namentlich an die Medien, ohne vorgängige Information des Arbeitgebers und ohne vorgängige Einschaltung der zuständigen Behörden ist nur in besonderen Ausnahmefällen zulässig, insbesondere wenn eine **erhebliche Gefahr für Leib und Leben** einer Vielzahl von Personen besteht und die drohende Gefahr nur durch unverzügliches Informieren der Öffentlichkeit abgewendet werden kann.¹³⁶

2.2.2.2 Das Kaskadenprinzip in der gescheiterten Teilrevision des Obligationenrechts

Am 19. Februar 2018 wurden die Anträge des Bundesrats zum Erlassentwurf der Botschaft zur Teilrevision des Obligationenrechts («Schutz bei Meldung von Unregelmässigkeiten am Arbeitsplatz») veröffentlicht. Ziel des Gesetzesentwurfs war es, die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum zulässigen Whistleblowing im Gesetz zu verankern und die Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit Whistleblowing zu beseitigen.¹³⁷

¹³⁰ RIEDER, Jusletter, Nr. 42.

¹³¹ RIEDER, Jusletter, a.a.O.; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 95; Zusatzbotschaft OR, S. 1317.

¹³² RIEDER, Jusletter, a.a.O.; IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

¹³³ RIEDER, Jusletter, a.a.O.; LEDERGERBER, Nr. 204; REHBINDER/STÖCKLI, BK, N 3 zu Art. 321a OR.

¹³⁴ RIEDER, Jusletter, a.a.O.; REHBINDER/STÖCKLI, BK, a.a.O.

¹³⁵ RIEDER, Jusletter, Nr. 43; MÜLLER, S. 264.

¹³⁶ RIEDER, Jusletter, Nr. 44; JUNGO, S. 71.

¹³⁷ PIKÓ, S. 237 f.; Zusatzbotschaft OR, S. 1412.

Von besonderer Bedeutung war dabei **Art. 321a^{bis} E-OR** (Meldung von Unregelmässigkeiten): Der Gesetzesentwurf sah eine dreistufige Meldekaskade vor, wonach der Whistleblower zunächst den Arbeitgeber, dann die zuständige Behörde und erst in einem letzten Schritt die Öffentlichkeit informieren kann.¹³⁸ Befolgt der Arbeitnehmer diese Kaskade und deren Voraussetzungen, ist die Meldung eines Missstands grundsätzlich mit der Treuepflicht vereinbar.

Im Einzelnen bleiben auch in diesem Gesetzesentwurf die Voraussetzungen bzw. Bedingungen der Kaskade trotz der gesetzlichen Grundlage sowohl für Arbeitgeber als auch für Arbeitnehmer **komplex**.¹³⁹

Diese Bestimmung **scheiterte** zusammen mit dem gesamten Gesetzesentwurf, da sie nicht geeignet war, Rechtssicherheit in diesem Bereich zu schaffen: Dem Nationalrat war die Regelung zu komplex, zu wenig detailliert, und die Kaskadenlösung bot dem Arbeitnehmer keinen Kündigungsschutz.¹⁴⁰

2.2.3 Zumutbarkeit

Das Erfordernis der Zumutbarkeit ist nur dann gegeben, wenn ein **vernünftiges Verhältnis** zwischen dem angestrebten Zweck der Offenlegung und dem Eingriff in die Interessen des Arbeitgebers besteht.¹⁴¹ Dementsprechend muss der Arbeitnehmer immer das schonendste Mittel wählen, um den Missstand zu beheben.¹⁴² Welches das schonendste Mittel ist, muss im Einzelfall unter Berücksichtigung der konkreten Umstände und unter Abwägung der Bedeutung des öffentlichen Interesses an der externen Offenlegung und der von ihrer Wirkung betroffenen Interessen des Arbeitgebers bestimmt werden.¹⁴³ Wenn das öffentliche Interesse an der externen Offenlegung gering ist, die externe Offenlegung jedoch schwerwiegende Folgen für den Arbeitgeber nach sich zieht (z.B. eine Rufschädigung), ist sie für den Arbeitgeber nicht zumutbar.¹⁴⁴

Externes Whistleblowing darf unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit **keine unverhältnismässige Reaktion** des Whistleblowers darstellen.¹⁴⁵ So hat das Bundesgericht im Entscheid BGE 127 III 310 vom 30. März 2001 die Reaktion einer Arbeitnehmerin einer Pflegeinstitution als *unverhältnismässig* beurteilt. Sie hatte das Fernsehen über Missstände in der Pflege von

¹³⁸ PIKÓ, S. 238 f.; vgl. Art. 321a^{bis} Abs. 1 E-OR.

¹³⁹ PIKÓ, S. 238.

¹⁴⁰ Geschäft des Bundesrates.

¹⁴¹ RIEDER, Nr. 408; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Nr. 556; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, N 139 zu § 9.

¹⁴² IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 96.

¹⁴³ RIEDER, Nr. 408.

¹⁴⁴ RIEDER, a.a.O.

¹⁴⁵ RIEDER, Nr. 409.

Patienten informiert, und zwar weniger als 24 Stunden nach der Meldung an die Gesundheitsdirektion und unmittelbar nach der Einleitung eines Verfahrens zum Entzug der Betriebsbewilligung. In diesem Fall wurde auch der Inhalt der Meldung als unverhältnismässig beurteilt, da die heimlich gefilmten Aufnahmen die Persönlichkeitsrechte der pflegebedürftigen Person verletzten.¹⁴⁶

3. Rechtsfolgen der Verletzung der Treue- und Geheimhaltungspflicht

Bei Verletzung der Treue- oder der Geheimhaltungspflicht durch den Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber je nach Situation auf Schadenersatz (Art. 321e Abs. 1 OR) oder auf Erfüllung klagen, Konventionalstrafen einfordern, das Arbeitsverhältnis ordentlich (Art. 335 ff. OR) oder fristlos (Art. 337 ff. OR) kündigen oder Disziplinar massnahmen verhängen.¹⁴⁷

3.1 Schadenersatz- und Erfüllungsklage

Nach Art. 321e Abs. 1 OR ist der Arbeitnehmer verantwortlich für den Schaden, den er dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zufügt. Verletzt der Arbeitnehmer die im vorigen Kapitel beschriebenen Pflichten gegenüber seinem Arbeitgeber, liegt eine **Pflichtverletzung** im Sinne des allgemeinen Vertragsrechts vor.¹⁴⁸

Art. 321a Abs. 1 OR verwendet unbestimmte Rechtsbegriffe wie «sorgfältig», «berechtigte Interessen» oder «in guten Trauen», die darauf hindeuten, dass das Vorliegen einer Pflichtverletzung des Arbeitnehmers im konkreten Fall eine **Ermessensfrage** ist, welche im «Ernstfall» vom Richter zu beurteilen ist.¹⁴⁹ Der Richter muss eine **Interessenabwägung** nach Treu und Glauben vornehmen. Diese Abwägung ist oft nicht einfach und hängt stark von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab.¹⁵⁰ Sie erfolgt zwischen dem Interesse des Arbeitgebers an der strikten Verfolgung der Unternehmensziele bzw. am Schutz vor negativen Folgen einer allfälligen Meldung an die Behörden oder die Öffentlichkeit und dem Interesse des Arbeitnehmers an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit, insbesondere an der freien Meinungsäusserung sowie allfälligen Interessen der Öffentlichkeit.¹⁵¹

Führt die Pflichtverletzung in natürlicher und adäquat kausaler Weise zu einem **Schaden** für den Arbeitgeber, so haftet der Arbeitnehmer bei Verschulden (Art. 321e Abs. 1 OR) für diesen

¹⁴⁶ BGE 127 III 310 E. 5a; RIEDER, Nr. 409; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N 14 zu Art. 321a OR; VON KÄNEL, SJZ, S. 316.

¹⁴⁷ HUNZIKER, S. 174; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 399.

¹⁴⁸ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 81.

¹⁴⁹ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N 3 zu Art. 321a OR.

¹⁵⁰ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, a.a.O.

¹⁵¹ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

Schaden und ist dazu verpflichtet, dem Arbeitgeber Ersatz zu leisten. Der Arbeitgeber trägt lediglich die **Beweislast** für die Vertragsverletzung und den dadurch verursachten Schaden. Der Arbeitnehmer hat im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.¹⁵² Dieser Entlastungsbeweis ist in der Regel **relativ schwer** zu erbringen, da nicht nur vorsätzliches, sondern auch fahrlässiges Handeln des Schädigers ausreicht, um ihn gegenüber dem Geschädigten haftbar zu machen. Für den Hinweisgeber ist die Erbringung eines Entlastungsbeweises noch schwieriger, wenn nicht gar unmöglich, da er die Behörde oder die Öffentlichkeit in der Regel erst nach sorgfältiger Abwägung sämtlicher Argumente informiert und sich bewusst ist, dass die Offenlegung des Missstandes die Organisation in ein schlechtes Licht rücken könnte.¹⁵³ Bei Teilaspekten der Treuepflicht, so etwa bei der Geheimhaltungspflicht, kommt auch eine **Erfüllungsklage** in Betracht.¹⁵⁴

3.2 Konventionalstrafe

Der Arbeitgeber kann auch eine vereinbarte Konventionalstrafe geltend machen und vorgesehene Ordnungsstrafen einfordern, sofern eine ausreichende Rechtsgrundlage im Arbeitsvertrag oder in der Betriebsordnung besteht.¹⁵⁵ Die Konventionalstrafe muss verhältnismässig sein und darf nicht einseitig vom Arbeitgeber festgelegt werden. Ihre Höhe muss sich aus dem Arbeitsvertrag, aus einem darin für anwendbar erklärten Bussenreglement, aus einer Betriebsordnung (Art. 38 ArG) oder aus objektiven, vom Arbeitgeber nicht beeinflussbaren Bemessungsgrössen ergeben.¹⁵⁶

3.3 Ordentliche Kündigung (Art. 335 ff. OR)

Die ordentliche Kündigung ist die Willenserklärung, das Arbeitsverhältnis einseitig und *ex nunc* unter Einhaltung der vorgeschriebenen Fristen und Termine einseitig zu beenden.¹⁵⁷ Ein unbefristetes Arbeitsverhältnis besteht grundsätzlich so lange, bis es von der einen oder anderen Partei gekündigt wird. Art. 335 Abs. 1 OR räumt jeder Vertragspartei ausdrücklich das Recht zur Kündigung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses ein.¹⁵⁸ In der Schweiz gilt das

¹⁵² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 1 zu Art. 321e OR; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 82; REHBINDER, Nr. 139.

¹⁵³ IMBACH HAUMÜLLER, a.a.O.

¹⁵⁴ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N 3 zu Art. 321a OR; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 403; VI-SCHER/MÜLLER, N 54 zu § 15.

¹⁵⁵ PORTMANN, Nr. 252; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 207, 402.

¹⁵⁶ STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N 3 zu Art. 321a OR; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 207; STAEHLIN, ZK, N 4 zu Art. 321a OR.

¹⁵⁷ PORTMANN, Nr. 1017; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 657; TREZZINI, CommPra-CO, N 4 zu Art. 335 OR.

¹⁵⁸ PORTMANN, Nr. 947; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 659.

sog. **Prinzip der Kündigungsfreiheit**, d.h. die Kündigung wird vom Gesetz nicht vom Vorliegen bestimmter Kündigungsgründe abhängig gemacht. Die Parteien können also das (unbefristete) Arbeitsverhältnis jederzeit aus einem beliebigen Grund einseitig auflösen. Die Kündigung darf nur *nicht missbräuchlich* sein¹⁵⁹ und muss nur auf Verlangen der Gegenpartei schriftlich begründet werden (Art. 335 Abs. 2 OR).¹⁶⁰

Da der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer grundsätzlich aus jedem Grund kündigen kann, kann dies für den Hinweisgeber *problematisch* sein, denn sobald ein Arbeitnehmer unbequem wird, kann er relativ einfach entlassen werden.¹⁶¹

3.4 Ausserordentliche bzw. fristlose Kündigung (Art. 337 ff. OR)

Die ausserordentliche bzw. fristlose Kündigung ist die Willenserklärung, ein unbefristetes Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung von Fristen und Terminen oder ein befristetes Arbeitsverhältnis vor Ablauf der Vertragsdauer einseitig und *ex nunc* zu beenden.¹⁶² Bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes** kann jedes Arbeitsverhältnis *jederzeit* rechtmässig ausserordentlich gekündigt werden (Art. 337 Abs. 1 OR). Sowohl bei befristeten als auch bei unbefristeten Arbeitsverhältnissen ist eine ausserordentliche Kündigung möglich.¹⁶³

Entgegen dem Wortlaut von Art. 337 OR ist die ausserordentliche Kündigung **voraussetzungslos** möglich. Auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes beendet die fristlose Kündigung das Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung. Bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist die Kündigung zulässig, andernfalls ist sie zwar unzulässig, aber nicht weniger wirksam.¹⁶⁴ Voraussetzung ist gemäss Rechtsprechung, dass die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses für die andere Partei unzumutbar ist. Dabei ist im Hinblick auf die Möglichkeit einer ordentlichen Kündigung immer zu fragen, ob es der anderen Partei nicht zumutbar wäre, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist abzuwarten.¹⁶⁵

Ein *wichtiger Grund* kann in der **Verletzung der Treuepflicht** liegen, insbesondere bei strafbaren Handlungen, die sich gegen den Arbeitgeber richten oder im Zusammenhang mit dem

¹⁵⁹ PORTMANN, Nr. 953; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 666; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 6 zu Art. 335 OR; HUNZIKER, S. 174; m.w.H. GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 577 ff.

¹⁶⁰ PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 667; PORTMANN, Nr. 1022; TREZZINI, CommPra-CO, N 27 zu Art. 335 OR.

¹⁶¹ LEDERGERBER, Nr. 210.

¹⁶² PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 744; PORTMANN, Nr. 1145.

¹⁶³ PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 748; PORTMANN, Nr. 1150.

¹⁶⁴ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 600; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 754.

¹⁶⁵ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 601; vgl. TREZZINI, CommPra-CO, N 17 ff. zu Art. 337 OR.

Arbeitsverhältnis stehen, oder auch bei einer schwerwiegenden **Verletzung der Geheimhaltungspflicht**.¹⁶⁶ Auf Verlangen der anderen Partei ist auch die ausserordentliche Kündigung schriftlich zu begründen (Art. 337 Abs. 1 Halbsatz 2 OR).¹⁶⁷

Obwohl der wichtigste Entscheid des Bundesgerichts im Bereich des Whistleblowings (BGE 127 III 310) die Zulässigkeit der fristlosen Kündigung wegen Verletzung der Treue- und Geheimhaltungspflicht des Arbeitnehmers betrifft, ist die fristlose Kündigung für Hinweisgeber **weniger relevant** als die ordentliche und die missbräuchliche Kündigung, da sie nur in *Sonderfällen* ausgesprochen wird.¹⁶⁸

4. Schutz des Whistleblowers

Wenn ein Arbeitnehmer sich entschliesst, einen Missstand zu melden, läuft er häufig Gefahr, **Vergeltungsmassnahmen** seitens des Arbeitgebers, der Kollegen oder der Vorgesetzten ausgesetzt zu sein. Die schwerwiegendste Vergeltungsmassnahme ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, aber auch andere Sanktionen wie Degradierung, Reduktion oder Streichung von Gratifikationen, die Versetzung oder Mobbing durch Kollegen können schwerwiegende Folgen haben.¹⁶⁹

In der Schweiz sieht das Gesetz **keinen expliziten Schutz** für Whistleblower vor Kündigung oder anderen Sanktionen vor. Dies ist zum einen darauf zurückzuführen, dass Bestrebungen zur Schaffung eines eigenständigen Gesetzes über Whistleblowing gescheitert sind, und zum anderen darauf, dass Whistleblower auf allgemeine rechtliche Instrumente zurückgreifen können, die bereits einen gewissen Schutz bieten, wie z.B. Art. 328 OR (**Fürsorgepflicht**) und Art. 336 OR (**missbräuchliche Kündigung**).¹⁷⁰

4.1 Missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 OR

Art. 335 Abs. 1 OR räumt beiden Vertragsparteien das Recht ein, das Arbeitsverhältnis einseitig aus beliebigen Gründen aufzulösen, und gewährt für die ordentliche Kündigung eine weitgehende **Kündigungsfreiheit**.¹⁷¹ Durch eine Reihe von Vorschriften wird das ordentliche Kündigungsrecht bzw. der Grundsatz der Kündigungsfreiheit sachlich (Art. 336-336b OR) und zeitlich (Art. 336c-336d OR) **eingeschränkt**.¹⁷² Auf diese Weise wird ein gewisser Schutz des

¹⁶⁶ PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 765; HUNZIKER, S. 176; BGE 127 III 310.

¹⁶⁷ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 603; PORTMANN, Nr. 1151.

¹⁶⁸ LEDERGERBER, Nr. 217; HUNZIKER, S. 174 f.

¹⁶⁹ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 107; Botschaft OR, S. 9536.

¹⁷⁰ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 108; RIEDER, Nr. 425.

¹⁷¹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 6 zu Art. 335 OR.

¹⁷² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 1 zu Art. 336 OR; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 624.

Arbeitsverhältnisses vor Kündigung gewährleistet. Die Art. 336-336b OR befassen sich mit dem sog. **sachlichen Kündigungsschutz**. Dieser Schutz war ursprünglich als Schutz des Arbeitnehmers gedacht. Heute liegt er – zumindest theoretisch und teilweise – im Interesse beider Vertragsparteien.¹⁷³

Die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen setzen einen rechtsgültigen Arbeitsvertrag voraus. Wird das Arbeitsverhältnis wegen eines Rechtsmangels aufgelöst, finden sie daher keine Anwendung. Der Missbrauchsschutz der Art. 336-336b OR setzt weiterhin eine **Kündigung** durch die Gegenpartei voraus und greift bei Eigenkündigung nicht ein.¹⁷⁴ Zudem wird das Vorliegen eines **Missbrauchstatbestandes** vorausgesetzt. Das Gesetz sieht in Art. 336 OR einen *nicht abschliessenden* Katalog «verbotener Gründe» vor.¹⁷⁵ Die Kündigung ist missbräuchlich, wenn sie aus den in Art. 336 OR vorgesehenen Gründen erfolgt. Dies ist namentlich der Fall, wenn die Kündigung ausgesprochen wird wegen persönlicher Eigenschaften, wegen Ausübung eines verfassungsmässigen Rechtes, zur Vereitelung der Entstehung von Ansprüchen, wegen Leistung von Militär-, Schutz- oder Zivildienst oder weil Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend gemacht werden.¹⁷⁶ Durch diese Aufzählung wurde der Missbrauch vom Gesetzgeber konkretisiert und ein Beurteilungsmassstab gesetzt.¹⁷⁷

Nach h.L. und bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die in Art. 336 OR aufgeführten Missbrauchsgründe **nicht abschliessend** aufgezählt. Die Partei, der gekündigt worden ist, kann sich daher in jedem Fall darauf berufen, dass die Kündigung missbräuchlich erfolgt ist.¹⁷⁸ Gründe, die nicht ausdrücklich genannt sind, können nur dann als missbräuchlich angesehen werden, wenn sie ebenso schwer wiegen wie die im Gesetz genannten.¹⁷⁹ Im Katalog von Art. 336 OR ist die Kündigung als Reaktion des Arbeitgebers auf ein Whistleblowing des Arbeitnehmers **nicht ausdrücklich** erwähnt. Die Rechtsprechung hat jedoch in einzelnen Urteilen Kündigungen als Reaktion auf ein Whistleblowing als missbräuchlich anerkannt. Auch in der Lehre wird die als Reaktion auf ein *zulässiges* Whistleblowing ausgesprochene Kündigung als missbräuchlich qualifiziert, da es sich um eine **Rachekündigung** handle.¹⁸⁰

¹⁷³ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 1 zu Art. 336 OR; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 686.

¹⁷⁴ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 2 zu Art. 336 OR.

¹⁷⁵ PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 624; HUNZIKER, S. 175.

¹⁷⁶ RIEDER, Nr. 428; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 689 ff.

¹⁷⁷ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 624.

¹⁷⁸ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 21 zu Art. 336 OR; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 698; Bericht VE-OR, S. 11; MÜLLER, S. 266.

¹⁷⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 624; PORTMANN/STÖCKLI, a.a.O.; HUNZIKER, S. 175.

¹⁸⁰ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 641a; RIEDER, Nr. 430; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 115; HUMBERT, S. 1478; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N 8 zu Art. 336 OR; HUNZIKER, a.a.O.

Gemäss **Art. 336 Abs. 1 lit. d OR** ist die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses missbräuchlich, wenn sie von einer Partei ausgesprochen wird, «weil die andere Partei nach Treu und Glauben Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis geltend macht». Dies ist der Missbrauchstatbestand, auf den sich der Schutz des Whistleblowers vor missbräuchlicher Kündigung in der Regel stützen wird. «**Nach Treu und Glauben**» bedeutet nicht, dass die geltend gemachten Ansprüche begründet sein müssen, sondern dass der Arbeitnehmer in guten Treuen an deren Begründetheit geglaubt haben muss. Letzteres muss auch für den **Wahrheitsgehalt** der Meldung gelten. Allerdings ist zu betonen, dass die Meldung «in guten Treuen» auch das **Verhältnismässigkeitsprinzip** umfasst, was zur Folge hat, dass der Whistleblower die auch vom Bundesgericht vorgegebene «**Meldekaskade**» einhalten muss.¹⁸¹

Diese Einordnung ist deshalb *richtig*, weil dem Arbeitnehmer grundsätzlich ein **Melderecht** zusteht, welches als Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis zu verstehen ist. Eine Kündigung, die im Zusammenhang mit einer zulässigen Meldung steht, würde sich daher als Vergeltungsmassnahme für das Whistleblowing darstellen.¹⁸²

Im Rahmen der geplanten Teilrevision des Obligationenrechts («Schutz bei Meldung von Missständen am Arbeitsplatz») war eine Ergänzung dieser Missbrauchstatbestände vorgesehen: **Art. 336 Abs. 2 lit. d E-OR** sah vor, dass die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, weil der Whistleblower einen Missstand unter Einhaltung der Kaskade gemeldet oder sich dazu beraten hat, explizit als missbräuchlich gelten soll.¹⁸³

Ein **unzulässiges** internes oder externes Whistleblowing kann *keinen* sachlichen Kündigungsschutz auslösen. Verstösst der Hinweisgeber durch seine interne oder externe Meldung gegen arbeitsrechtliche Pflichten, sind arbeitsrechtliche Sanktionen durchaus zulässig. Je nachdem, wie schwerwiegend die Pflichtverletzung wiegt, kann sogar eine fristlose Kündigung gerechtfertigt sein.¹⁸⁴ Dies gilt insbesondere dann, wenn der Whistleblower ohne ein überwiegendes Interesse die von Lehre und Rechtsprechung entwickelte Meldekaskade nicht einhält und das externe Whistleblowing erfolgt, ohne dass zuvor intern auf den Missstand hingewiesen wurde.¹⁸⁵

Erwähnenswert ist in diesem Kontext das BGer 4A_32/2008 vom 20. Mai 2008, in welchem das Bundesgericht die fristlose Kündigung eines Kadermitarbeiters schützte, der gegen seinen

¹⁸¹ Vgl. zum Ganzen VON KÄNEL, S. 19.

¹⁸² GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 641a; RIEDER, Nr. 430; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 115.

¹⁸³ PIKÓ, S. 242; HUMBERT, S. 1478.

¹⁸⁴ RIEDER, Nr. 432; Bericht VE-OR, S. 11.

¹⁸⁵ RIEDER, a.a.O.; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 118.

direkten Vorgesetzten und Hauptaktionär seines Arbeitgebers Strafanzeige wegen Veruntreuung, Betrug und ungetreuer Geschäftsbesorgung eingereicht hatte, ohne dass dafür sachliche Gründe vorlagen und ohne, dass er vorgängig eine interne Klärung versucht hatte.¹⁸⁶

4.1.1 Verfahren

Zur Geltendmachung eines Anspruchs wegen missbräuchlicher Kündigung muss der gekündigte Arbeitnehmer bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bei der Gegenpartei schriftlich **Einsprache** erheben (Art. 336b Abs. 1 OR). An die Formulierung sind keine hohen Anforderungen zu stellen, doch setzt eine gültige Einsprache voraus, dass der Arbeitnehmer klar zu erkennen gibt, dass er das Arbeitsverhältnis fortsetzen will.¹⁸⁷ Die Einsprachefrist ist nur bei Eintreffen der Einsprache spätestens am letzten Tag der Kündigungsfrist gewahrt und verlängert sich auch nicht bei Nichterfüllung der Begründungspflicht durch den Arbeitgeber. Das Vorliegen einer schriftlichen Begründung stellt jedoch kein Gültigkeitserfordernis dar, da die Einsprache unabhängig davon bereits unmittelbar nach der Kündigung oder zusammen mit dem Begründungsbegehren erhoben werden kann.¹⁸⁸ Aus Art. 336b Abs. 2 OR ergibt sich sodann die Pflicht, über die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses zu verhandeln; dies ist jedoch keine formelle Anspruchsvoraussetzung für die Fortsetzung des Verfahrens.¹⁸⁹ Können sich die Parteien nicht einigen, so hat die gekündigte Partei ihren Anspruch gemäss Art. 336b Abs. 2 OR **innert 180 Tagen** nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit **Klage** geltend zu machen.¹⁹⁰

Die **Beweislast** für die Missbräuchlichkeit der Kündigung liegt gemäss Art. 8 ZGB beim Arbeitnehmer, der die Missbräuchlichkeit behauptet, also beim diskriminierten Arbeitnehmer.¹⁹¹ Nebst dem Missbrauchstatbestand hat der Arbeitnehmer auch das Vorliegen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem missbräuchlichen Grund und der Kündigung zu beweisen. Da das Kündigungsmotiv eine innere Tatsache ist, ist dieser Beweis **schwierig zu erbringen**, insbesondere wenn die schriftliche Begründung der Kündigung (Art. 335 Abs. 2 OR) ausbleibt, unwahr oder unvollständig ist oder mehrere Gründe aufgezählt werden. Nicht selten befinden sich Beschäftigte daher in Beweisnot. Die Rechtsprechung lässt daher eine **hohe Wahrscheinlichkeit** ausreichen.¹⁹²

¹⁸⁶ RIEDER, Nr. 432; Urteil des BGer 4A_32/2008 vom 20. Mai 2008 E. 3.3.2.

¹⁸⁷ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 646; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, N 3 zu Art. 336b OR; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 703; HUNZIKER, S. 178.

¹⁸⁸ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O.; STREIFF/VON KÄNEL/RUDOLPH, OR PraxKomm, a.a.O.

¹⁸⁹ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 647.

¹⁹⁰ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 648; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 703.

¹⁹¹ HUNZIKER, S. 175; LEDERGERBER, Nr. 214; TREZZINI, CommPra-CO, N 5 zu Art. 336 OR.

¹⁹² PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 31 zu Art. 336 OR; HUNZIKER, a.a.O.; Bericht VE-OR, S. 12; TREZZINI, CommPra-CO, N 6 zu Art. 336 OR.

4.1.2 Rechtsfolgen

Obwohl nach schweizerischem Recht rechtsmissbräuchliche Handlungen grundsätzlich nichtig sind (Art. 2 Abs. 2 ZGB), wird im Arbeitsrecht davon abgewichen.¹⁹³ Die missbräuchliche Kündigung führt zur **Auflösung des Arbeitsverhältnisses**, und zwar auch dann, wenn sie direkt auf Art. 2 Abs. 2 ZGB als Missbrauchstatbestand gestützt wird. Die gekündigte Partei hat lediglich Anspruch auf eine **Entschädigung** in Form von Geld (Art. 336a Abs. 1 OR). Der sachliche Kündigungsschutz, den das Gesetz gegen missbräuchliche Kündigungen gewährt, bietet also keinen Bestandsschutz für das Arbeitsverhältnis.¹⁹⁴

Nach Art. 336a Abs. 2 erster Satz OR wird die Entschädigung vom Richter unter Würdigung aller Umstände, namentlich der Schwere des Verschuldens und der Persönlichkeitsverletzung, sowie der wirtschaftlichen Verhältnisse der Parteien, festgesetzt.¹⁹⁵ Die Entschädigung darf jedoch den Lohn des Arbeitnehmers für sechs Monate nicht übersteigen (Art. 336a Abs. 2 erster Satz OR).

Dem Arbeitnehmer stehen auch andere Ansprüche zu, wie z.B. der **Anspruch auf Lohn** bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder die in Art. 336a Abs. 2 zweiter Satz OR ausdrücklich vorbehaltenen **Schadenersatzansprüche**. In Ausnahmefällen wird zusätzlich zu einer Entschädigung nach Art. 336a OR eine **Genugtuung** nach Art. 49 OR zugesprochen, wenn die Maximalentschädigung von sechs bzw. zwei Monatslöhnen wegen der Schwere der Verletzung zur Wiedergutmachung nicht ausreichen sollte.¹⁹⁶

4.2 Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR (Schutz vor anderen Sanktionen bzw. Repressalien)

Neben der Kündigung des Arbeitsverhältnisses gibt es zahlreiche andere **Vergeltungsmassnahmen** gegen Whistleblower. In der Praxis häufig anzutreffen sind Degradierung, Diskreditierung innerhalb und ausserhalb des Unternehmens, Verweigerung anstehender Beförderungen oder gezielte Schikanen im persönlichen Umgang und bei der Arbeitszuteilung sowie Mobbing.¹⁹⁷ Solche Vergeltungsmassnahmen stellen grundsätzlich eine *Persönlichkeitsverletzung* des Whistleblowers dar.¹⁹⁸

¹⁹³ HUNZIKER, S. 175; MÜLLER, S. 267.

¹⁹⁴ PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 700; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Nr. 630; TREZZINI, CommPra-CO, N 9 zu Art. 336 OR.

¹⁹⁵ PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 702; GEISER/MÜLLER/PÄRLI, a.a.O.; TREZZINI, CommPra-CO, N 7 zu Art. 336a OR.

¹⁹⁶ HUNZIKER, S. 178; LEDERGERBER, Nr. 213; TREZZINI, CommPra-CO, N 5, 11 zu Art. 336a OR.

¹⁹⁷ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 119; RIEDER, Nr. 433.

¹⁹⁸ RIEDER, Nr. 434; Bericht VE-OR, S. 13.

Das Gegenstück zur allgemeinen Treupflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a Abs. 1 OR) ist die **allgemeine Fürsorgepflicht** (Art. 328 OR) des Arbeitgebers, die beide den gleichen umfassenden Charakter haben. Letztere besagt, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, dem Arbeitnehmer im Rahmen des Arbeitsverhältnisses Schutz und Fürsorge zu gewähren und dessen berechnete Interessen in guten Treuen zu schützen. Der Umfang dieser Pflicht im Einzelfall bestimmt sich nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB).¹⁹⁹ Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach Art. 328 OR begründet primär **Unterlassungspflichten** und verpflichtet den Arbeitgeber, ungerechtfertigte Eingriffe in die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu unterlassen. Darüber hinaus können sich aber auch **Handlungspflichten** ergeben: Der Arbeitgeber ist verpflichtet, angemessene Massnahmen zum Schutz der Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu treffen sowie Eingriffe von Vorgesetzten, Mitarbeitern und Dritten abzuwehren.²⁰⁰ Art. 328 OR bietet Whistleblowern somit einen gewissen Schutz vor weiteren möglichen Diskriminierungen durch den Arbeitgeber, durch Kollegen oder Dritte. Er schützt sie jedoch nicht vor einer Kündigung durch den Arbeitgeber.²⁰¹

Wird der Whistleblower durch die Vergeltungsmassnahmen in seiner psychischen oder physischen Integrität verletzt, besteht grundsätzlich ein Anspruch auf **Schadenersatz** (Art. 28a Abs. 3 ZGB) oder auf **Genugtuung** (Art. 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 47 und 49 OR).²⁰² Bei Missachtung der Schutzvorschriften und bei Mobbing kann der Arbeitnehmer die Arbeit auch verweigern. Der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug und muss den Lohn trotz Arbeitsverweigerung des Arbeitnehmers zahlen.²⁰³

In Bezug auf die Verletzung der Fürsorgepflicht und einzelne Vergeltungsmassnahmen ist der **Whistleblower beweispflichtig**.²⁰⁴ Da Mobbing aus vielen normal erscheinenden alltäglichen Handlungen besteht, die sich der Arbeitnehmer auch nur einbilden kann, ist es gemäss VON KÄNEL aufgrund der Beweislastverteilung für den Whistleblower ausserordentlich **schwierig**, daraus finanzielle oder sonstige Ansprüche abzuleiten.²⁰⁵ Aus diesen Gründen genügt gemäss der Rechtsprechung ein **Indizienbeweis**.²⁰⁶

¹⁹⁹ PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 1 zu Art. 328 OR.

²⁰⁰ HUNZIKER, S. 181; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 416; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 7 zu Art. 328 OR; TREZZINI, CommPra-CO, N 8 zu Art. 328 OR.

²⁰¹ HUNZIKER, a.a.O.; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 423; LEDERGERBER, Nr. 226.

²⁰² RIEDER, Nr. 435; PORTMANN/RUDOLPH, BSK OR I, N 53 zu Art. 328 OR; HUGENTOBLE, HK, N 25 f. zu Art. 328 OR; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 558.

²⁰³ HUGENTOBLE, HK, N 24 zu Art. 328 OR; PORTMANN/STÖCKLI, Nr. 557.

²⁰⁴ RIEDER, Nr. 435; vgl. TREZZINI, CommPra-CO, N 53 zu Art. 336 OR.

²⁰⁵ VON KÄNEL, S. 317; HUGENTOBLE, HK, N 15 zu Art. 328 OR; MÜLLER, S. 270.

²⁰⁶ HUGENTOBLE, HK, a.a.O.; TREZZINI, CommPra-CO, N 53 zu Art. 336 OR.

5. Zwischenfazit

Gemäss Art. 321a OR hat der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber eine **allgemeine Treuepflicht**; will er einen Missstand rechtmässig melden, muss er eine Reihe von Pflichten beachten, die sich aus dieser allgemeinen Treuepflicht ergeben. Insbesondere muss der Arbeitnehmer bei einer Meldung ausserhalb des Unternehmens das **Kaskadenprinzip** beachten. Verhält sich der Hinweisgeber nicht rechtmässig, drohen ihm eine Reihe von **Konsequenzen** bis hin zur Kündigung. Aufgrund des geltenden Rechtsrahmens besteht für die Arbeitnehmer **Rechtsunsicherheit**. Diese Unsicherheit zum Zeitpunkt der Meldung ist für alle Beteiligten unbefriedigend: Der Arbeitnehmer weiss nicht, ob und wem er eine Meldung machen darf, und der Arbeitgeber weiss nicht, wie er auf die Meldung reagieren soll. Diese Situation führt zu Konflikten oder zu ungerechtfertigten Handlungen wie der direkten Information der Öffentlichkeit. Dies kann dazu führen, dass Beschäftigte von einer Meldung absehen, weil sie befürchten, unrechtmässig zu handeln. Die geltende Rechtslage schadet daher im Ergebnis gerade dem öffentlichen Interesse an der Aufdeckung von Missständen.²⁰⁷ Obwohl es kein spezielles Whistleblower-Gesetz gibt, können Whistleblower trotzdem unter bestimmten Voraussetzungen **Schutz** vor Kündigung (Art. 336 OR) und Vergeltungsmassnahmen (Art. 328 OR) geniessen.

V. Stellung des Whistleblowers im öffentlichen Recht

1. Angestellte des öffentlichen Dienstes des Bundes (BPG/BPV)

Whistleblower können sowohl Angestellte der Privatwirtschaft als auch Angestellte des öffentlichen Dienstes des Bundes sein. Es ist daher wichtig zu untersuchen, inwieweit sich die beiden Sektoren in Bezug auf Rechte, Pflichten, Schutz und Konsequenzen bei Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers unterscheiden. Für das Personal des öffentlichen Dienstes gelten andere Regelungen als für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die in einem privatrechtlichen Arbeitsverhältnis stehen. Für das Bundespersonal kommen insbesondere das **Bundespersonalgesetz** (BPG) und die **Bundespersonalverordnung** (BPV) zur Anwendung.²⁰⁸

Handelt es sich bei einem Whistleblower um einen Arbeitnehmer, der gemäss Art. 2 BPG in den Geltungsbereich des Bundespersonalgesetzes fällt, so gelten dessen Regeln; diese entsprechen weitgehend denen des Privatrechts, unterscheiden sich aber in einigen Punkten. Gemäss

²⁰⁷ Zusatzbotschaft OR, S. 1413.

²⁰⁸ LEDERGERBER, Nr. 172; JUNGO, S. 68; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 126.

Art. 6 Abs. 2 BPG sind die Bestimmungen des Obligationenrechts sinngemäss anwendbar, soweit das BPG oder andere Bundesgesetze nichts anderes bestimmen.

1.1 Allgemeine Treuepflicht (Art. 20 BPG)

Wie das Obligationenrecht (OR), das auf privatrechtliche Arbeitsverhältnisse anwendbar ist, enthält auch das BPG einen Artikel über die Wahrung der Interessen des Arbeitgebers.²⁰⁹ Nach **Art. 20 Abs. 1 BPG** haben die Angestellten die ihnen übertragene Arbeit mit Sorgfalt auszuführen und die berechtigten Interessen des Bundes beziehungsweise ihres Arbeitgebers zu wahren.

Diese Bestimmung entspricht Art. 321a Abs. 1 OR, der die Sorgfalts- und Treuepflicht der privatrechtlich angestellten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer statuiert.²¹⁰ Trotz der unterschiedlichen Formulierungen im BPG und im OR bestehen keine inhaltlichen Unterschiede. Insofern sind sie **materiell identisch** und im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 BPG redundant.²¹¹ Der einzige Unterschied in der Formulierung zwischen dem BPG und dem OR, der eine inhaltlich abweichende Regelung zum Ausdruck bringt, besteht in der «**doppelten Loyalität**» des Arbeitnehmers.²¹² Anders als im Privatrecht gilt die Treuepflicht der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber (z.B. gegenüber SBB, Bundesverwaltung, BGer), sondern gegenüber dem Gemeinwesen schlechthin (*Sonderstatusverhältnis*). Dazu gehöre auch, dass die Beschäftigten die Interessen des Staates, seine Autorität und Integrität wahren.²¹³ Die dem BPG unterstellten Personen sind aufgrund der doppelten Loyalitätsverpflichtung nicht nur als Arbeitnehmer, sondern nach dem Willen des Gesetzgebers auch als Staatsbürger in Pflicht genommen und schulden diese Loyalität sowohl bei ihrem auf die Arbeit bezogenen Verhalten (innerdienstlich) als auch ausserhalb ihres Arbeitsverhältnisses (ausserdienstlich).²¹⁴

1.1.1 Rechtsfolgen der Pflichtverletzung

Als **Rechtsfolgen** der Verletzung arbeitsrechtlicher Pflichten nach Art. 20 BPG sind zunächst zu nennen:

- die Pflicht, **Schadenersatz** und gegebenenfalls **Genugtuung** zu leisten (vermögensrechtliche Verantwortlichkeit gemäss VG);

²⁰⁹ LEDERGERBER, Nr. 172; JUNGO, S. 68.

²¹⁰ PORTMANN, ARV, S. 183; IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 126.

²¹¹ HELBLING, SHK, N 45 zu Art. 20 BPG.

²¹² HELBLING, SHK, N 46 zu Art. 20 BPG.

²¹³ HELBLING, SHK, N 7, 51 zu Art. 20 BPG.

²¹⁴ HELBLING, SHK, N 51 zu Art. 20 BPG.

- **arbeitsrechtliche Massnahmen** (z.B. Lohnkürzung, ordentliche Kündigung nach Art. 10 Abs. 3 BPG oder ausserordentliche fristlose Kündigung nach Art. 10 Abs. 4 BPG);
- **disziplinarische Massnahmen** nach Art. 25 BPG;
- **strafrechtliche Massnahmen** nach dem StGB und dem Nebenstrafrecht (z.B. Verletzung von Amts- oder Geschäftsgeheimnissen).²¹⁵

1.2 Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnis (Art. 22 BPG i.V.m. Art. 94 BPV)

Die Pflicht zur Wahrung des Berufs-, Geschäfts- und Amtsgeheimnisses ist in Art. 22 BPG und Art. 94 BPV verankert.²¹⁶ Bei der Geheimhaltungspflicht in Art. 22 BPG handelt es sich um eine besondere Ausprägung der Treue- bzw. der Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht, wie sie in Art. 20 BPG bzw. in Art. 321a Abs. 4 OR geregelt sind. Art. 22 BPG präzisiert insofern, was das BPG und das OR bereits allgemeiner regeln.

Die Geheimhaltungspflicht (Art. 22 BPG, Art. 321a Abs. 4 OR) kann weiter gehen als die Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht (Art. 20 BPG, Art. 321a OR). Sie kann insbesondere auch Privatgeheimnisse umfassen, die den Arbeitgeber nicht betreffen und deshalb nicht unter die Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht fallen. Geheimnisse, die durch Art. 22 BPG geschützt sind, können auch inhaltlich mehr umfassen als solche, die strafrechtlich geschützt sind. Insofern stellt nicht jede Verletzung von Art. 22 BPG zwingend auch eine strafbare Geheimnisverletzung dar.

Der Inhalt des arbeitsrechtlich geschützten Geheimnisses unterscheidet sich danach, ob es sich um ein Arbeitsverhältnis nach BPG oder nach OR handelt: Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die nach dem **BPG** angestellt sind, umfasst das Geheimnis nach Art. 22 BPG das Berufs-, das Geschäfts- und das Amtsgeheimnis. Für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach **OR** (vgl. Art. 2 Abs. 2 und Art. 6 Abs. 5-7 BPG) ist Art. 321a Abs. 4 OR anwendbar, welches die OR-Angestellten nur das Berufs- und das Geschäftsgeheimnis zu wahren verpflichtet. Das BPG regelt das Geheimnis umfassender als das OR: Als Geheimnis, wird in Art. 22 BPG – in Ergänzung zu Art. 321a Abs. 4 OR – auch das **Amtsgeheimnis** bezeichnet. In Bezug auf das Berufs- und das Geschäftsgeheimnis sind sie jedoch deckungsgleich.²¹⁷

²¹⁵ Vgl. zum Ganzen HELBLING, SHK, N 58 ff. zu Art. 20 BPG.

²¹⁶ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 126.

²¹⁷ Vgl. zum Ganzen HELBLING, SHK, N 5 ff. zu Art. 22 BPG.

1.2.1 Berufsgeheimnis

Angehörige **bestimmter Berufe** unterliegen dem Berufsgeheimnis. Zu erwähnen sind insbesondere das Arztgeheimnis, das Anwaltsgeheimnis, das Postgeheimnis, das Bankgeheimnis und das Pfarrgeheimnis. Die Angehörigen entsprechender Berufe, unterstehen grundsätzlich der gleichen Geheimhaltungspflicht, unabhängig davon, ob sie beim Bund oder bei einem anderen Arbeitgeber angestellt sind oder ob sie eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben.²¹⁸

1.2.2 Geschäftsgeheimnis

Das Geschäftsgeheimnis nach Art. 22 Abs. 1 BPG umfasst alle Tatsachen, die nach Art. 321a Abs. 4 OR geheim zu halten sind, d.h. sowohl «Geschäftsgeheimnisse» als auch «Fabrikationsgeheimnisse» sowie gewillkürte Geheimnisse, also Tatsachen, bei denen sich die Geheimhaltungspflicht aus den Umständen oder aus dem erkennbaren Willen des Arbeitgebers bzw. Geheimnisinhabers ergibt.²¹⁹

1.2.3 Amtsgeheimnis

Das Amtsgeheimnis ist **nur im BPG** geregelt. Die Angestellten des Bundes, die dem OR unterstehen, unterstehen somit nicht bereits aufgrund des OR der Pflicht, das Amtsgeheimnis zu wahren, sondern müssen gegebenenfalls vertraglich oder durch Weisung unterstellt werden. Das Amtsgeheimnis umfasst eine Vielzahl von Tatsachen, von denen Bundesangestellte im Rahmen ihrer Tätigkeit Kenntnis erlangen (können). Die durch das Amtsgeheimnis geschützten Tatsachen sind in einer Reihe von **Bundeserlassen bereichsspezifisch** geregelt (bspw. im Steuergeheimnis nach Art. 110 DBG).²²⁰

1.2.4 Rechtsfolgen der Verletzung

Die Folgen einer Geheimnisverletzung im Arbeitsverhältnis sind im BPG und im OR unterschiedlich geregelt. Im Arbeitsverhältnis nach BPG kann die das Geheimnis verletzende Person **arbeitsrechtlich, disziplinarrechtlich, strafrechtlich und vermögensrechtlich** haftbar gemacht werden. Im BPG sind nur die Regelungen der arbeits- bzw. disziplinarrechtlichen Folgen der Geheimnisverletzung zu finden (Art. 25 BPG). Die strafrechtlichen und vermögensrechtlichen Sanktionen der Geheimnisverletzung sind in anderen Gesetzen geregelt, insbesondere im VG sowie in den Strafbestimmungen der Spezialgesetze und des StGB.²²¹

²¹⁸ HELBLING, SHK, N 17 f. zu Art. 22 BPG.

²¹⁹ HELBLING, SHK, N 19 ff. zu Art. 22 BPG.

²²⁰ HELBLING, SHK, N 23 f. zu Art. 22 BPG.

²²¹ HELBLING, SHK, N 55 ff. zu Art. 22 BPG; m.w.H. DERS., SHK, N 58 ff. zu Art. 22 BPG.

1.3 Anzeigepflichten, Anzeigerechte und Schutz des Whistleblowers (Art. 22a BPG)

Im Rahmen der Verabschiedung des Strafbehördenorganisationsgesetzes vom 19. März 2010 und der damit notwendig gewordenen Änderungen verschiedener Bundesgesetze, wurde Art. 22a in das BPG eingefügt, welcher am 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist.²²²

Art. 22a BPG begründet in Abs. 1 eine **Anzeigepflicht** und in Abs. 4 BPG ein **Anzeigerecht**: Derartige ausdrückliche Anzeigepflichten bzw. -rechte finden sich im Obligationenrecht nicht. Die Rechtsunsicherheit im privaten Arbeitsrecht ist aufgrund dieser fehlenden expliziten Regelung gross. Während die Zulässigkeit des internen Whistleblowings unter dem Aspekt der Treupflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR *unbestritten* ist, kann das externe Whistleblowing jedoch mit der sich aus Art. 321a Abs. 1 OR ergebenden Pflicht zur Interessenwahrung, zur Verschwiegenheit und Geheimhaltung sowie zur Wahl der richtigen Meldeinstanz kollidieren.²²³ Externes Whistleblowing ist nur dann gerechtfertigt, wenn das öffentliche Interesse des Arbeitnehmers an der Aufdeckung das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitgebers überwiegt. Wann dies im konkreten Anwendungsfall zutrifft, ist jedoch eine **Ermessensfrage**, die auch unter Zuhilfenahme von Lehre und Rechtsprechung nicht einfach zu beantworten ist und zu entsprechender Rechtsunsicherheit führt. Der neue Art. 22a BPG hat dazu beigetragen, die Rechtslage im Bundespersonalrecht zu klären.²²⁴ Mit der Einführung dieses neuen Artikels werden auch die Forderungen der Motion GYSIN und MARTY in Bezug auf das Bundespersonal erfüllt.²²⁵

1.3.1 Die Anzeigepflicht (Abs. 1)

Nach Art. 22a Abs. 1 BPG sind die Angestellten verpflichtet, alle von Amtes wegen zu verfolgenden Verbrechen oder Vergehen, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, den Strafverfolgungsbehörden, ihren Vorgesetzten oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) anzuzeigen.

In Art. 22a Abs. 1 BPG wird somit eine **Anzeigepflicht** und nicht nur ein Anzeige- bzw. Melderecht statuiert. Ob der Arbeitnehmer ein entsprechendes Verbrechen oder Vergehen melden will oder nicht, steht **nicht** in seinem **Ermessen**. Kommt er dieser Pflicht nicht nach, kann dies nach Art. 10 Abs. 3 BPG sogar die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben.²²⁶

²²² IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 126; JUNGO, S. 68.

²²³ NÖTZLI, SHK, N 3 zu Art. 22a BPG.

²²⁴ NÖTZLI, SHK, a.a.O.

²²⁵ JUNGO, S. 68; Botschaft StBOG, S. 8181.

²²⁶ NÖTZLI, SHK, N 5 zu Art. 22a BPG.

Anzeigepflichtig sind alle Verbrechen und Vergehen, die von Amtes wegen verfolgt werden und die sowohl innerhalb als auch ausserhalb der Bundesverwaltung begangen werden, unabhängig davon, ob sie von Bundesangestellten oder von externen Personen begangen werden.²²⁷

Nach der Botschaft wird die Anzeigepflicht bereits bei einem «**begründeten Verdacht**» ausgelöst,²²⁸ wobei die Botschaft offenlässt, was unter einem «begründeten» Verdacht zu verstehen ist. Die Anforderungen an die Begründetheit des Verdachts dürfen nach Ansicht von NÖTZLI jedoch nicht zu tief angesetzt werden. Umgekehrt wäre es aber ebenso verfehlt, zu hohe Anforderungen an die Begründetheit des Verdachts zu stellen, da sonst die Anzeigepflicht zur Farce zu werden droht.²²⁹

Nach dem Gesetzeswortlaut sind nur Verbrechen und Vergehen anzeigepflichtig, welche die Angestellten bei ihrer **amtlichen Tätigkeit** feststellen oder die ihnen gemeldet werden. Die Kenntnisnahme eines Deliktes bei blosser «Gelegenheit» einer amtlichen Tätigkeit dürfte somit die Anzeigepflicht noch nicht auslösen,²³⁰ ebenso wenig wie Verbrechen und Vergehen, von denen die Angestellten privat Kenntnis erlangt haben.²³¹

Die Angestellten haben die Delikte den Strafverfolgungsbehörden, ihren Vorgesetzten oder der Eidgenössischen Finanzkontrolle (EFK) anzuzeigen. Die Wahl des Ansprechpartners richtet sich nach der Botschaft, nach den «Umständen, den gemachten Erkenntnissen oder der Art und Weise der Kenntnisnahme».²³² Zur Erfüllung der Meldepflicht stellt das Gesetz dem Arbeitnehmer somit alternativ drei mögliche Meldestellen zur Verfügung. Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, die richtige Meldestelle zu wählen, lässt sich nach NÖTZLI aus dieser unklaren Formulierung nicht ableiten. Ausreichend ist die Meldung bei einer der im Gesetz genannten Stellen, zumal der Arbeitnehmer schwer beurteilen kann, welche Meldestelle im Einzelfall die geeignetste ist.²³³

1.3.2 Der Vorbehalt (Abs. 2 und 3)

Nach Art. 22a Abs. 2 BPG bleiben die Anzeigepflichten nach anderen Bundesgesetzen **vorbehalten**. Abs. 2 stellt also klar, dass sich die Anzeigepflichten nicht mit Art. 22a BPG erschöpfen, sondern sich auch aus anderen Bundesgesetzen ergeben können.²³⁴

²²⁷ Botschaft StBOG, S. 8181.

²²⁸ Botschaft StBOG, a.a.O.

²²⁹ NÖTZLI, SHK, N 6 zu Art. 22a BPG.

²³⁰ NÖTZLI, SHK, N 7 zu Art. 22a BPG.

²³¹ Botschaft StBOG, S. 8181.

²³² Botschaft StBOG, S. 8181 f.

²³³ NÖTZLI, SHK, N 8 zu Art. 22a BPG.

²³⁴ NÖTZLI, SHK, N 10 zu Art. 22a BPG.

Gemäss Art. 22a Abs. 3 BPG nicht von der Anzeigepflicht erfasst sind Personen, die nach den Art. 113 Abs. 1, 168 und 169 StPO zur Aussage- oder Zeugnisverweigerung berechtigt sind, und nämlich:

- Art. 113 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 22a Abs. 3 BPG entbindet denjenigen von der Anzeigepflicht, der **selbst im Verdacht** steht, ein von Amtes wegen zu verfolgendes Verbrechen oder Vergehen begangen zu haben.
- Art. 168 StPO i.V.m. 22a Abs. 3 BPG befreit von der Anzeigepflicht Personen, die mit der verdächtigten Person in **enger persönlicher Beziehung** stehen.
- Nicht zur Anzeige verpflichtet ist nach Art. 169 StPO i.V.m. Art. 22a Abs. 3 BPG, derjenige, der sich durch seine Aussagen **selbst belasten würde**.²³⁵

1.3.3 Das Melderecht (Abs. 4)

Nach Art. 22a Abs. 4 BPG sind die Angestellten **berechtigt**, andere Unregelmässigkeiten, die sie bei ihrer amtlichen Tätigkeit festgestellt haben oder die ihnen gemeldet worden sind, der EFK zu melden. Die EFK klärt den Sachverhalt ab und trifft die notwendigen Massnahmen.

Im Gegensatz zu Art. 22a Abs. 1 BPG wird in Art. 22a Abs. 4 BPG keine Anzeigepflicht, sondern ein **Melderecht** statuiert. Die Angestellten sind somit berechtigt, aber nicht verpflichtet, der EFK Unregelmässigkeiten zu melden. Aus diesem Grund dürfen den Angestellten auch keine Nachteile entstehen, wenn sie von diesem Recht keinen Gebrauch machen.²³⁶

Nach der Botschaft umfasst der Begriff «**andere Unregelmässigkeiten**» nicht nur strafrechtliche Vorwürfe (anders als die in Abs. 1 genannten), sondern z.B. auch verschwenderische oder unnötige Ausgaben.²³⁷

Als **Meldestelle** wird in Abs. 4 nur die EFK genannt. Fraglich ist somit, ob die Meldung von Missständen an die Vorgesetzten des Angestellten unzulässig ist, da diese im Gegensatz zu Abs. 1 nicht explizit erwähnt werden. Dies ist zu *verneinen*, da bei einer internen Meldung die Gefahr einer Geheimnisverletzung nicht besteht. Eine Meldung an die Strafverfolgungsbehörden ist jedoch nicht zulässig, da es sich nur um mindergewichtige Verfehlungen handelt.²³⁸

²³⁵ NÖTZLI, SHK, N 11 zu Art. 22a BPG.

²³⁶ NÖTZLI, SHK, N 12 zu Art. 22a BPG; JUNGO, S. 68.

²³⁷ Botschaft StBOG, S. 8182.

²³⁸ NÖTZLI, SHK, N 14 zu Art. 22a BPG.

1.3.4 Schutz des Whistleblowers (Abs. 5)

Nach Art. 22a Abs. 5 BPG darf in seiner beruflichen Stellung nicht benachteiligt werden, wer in guten Treuen eine Anzeige oder Meldung erstattet oder wer als Zeuge oder Zeugin ausgesagt hat. Die Sanktionierung von internen Whistleblowern ist somit im Bundespersonalrecht neu ausdrücklich verboten.²³⁹

Was unter **Benachteiligung der beruflichen Stellung** zu verstehen ist, lassen Gesetz und Botschaft offen. Unbestritten ist, dass ein Angestellter, der in guten Treuen eine Anzeige oder Meldung erstattet, seine Wohlverhaltenspflicht explizit erfüllt und nicht wegen Treuepflichtverletzung entlassen werden darf (Art. 10 Abs. 3 lit. a BPG).²⁴⁰

Eine solche Kündigung wäre **nichtig** und auch **missbräuchlich** im Sinne von Art. 34c Abs. 1 lit. b BPG. Eine Disziplinar massnahme oder gar eine Lohnkürzung bzw. Nichtberücksichtigung bei einer allgemeinen Lohnerhöhung wäre ebenfalls nicht gerechtfertigt. Ebenso unstrittig ist, dass eine Anzeige oder Meldung im Arbeitszeugnis keine Erwähnung finden oder sich negativ auswirken darf.²⁴¹

Ob hingegen eine Versetzung von vornherein als unzulässig oder als berufliche Benachteiligung zu qualifizieren ist, wenn die übrigen Voraussetzungen (vgl. z.B. Art. 25 Abs. 3, 3^{bis} und 4 BPV) vorliegen, erscheint fraglich und muss im Einzelfall entschieden werden. Unzulässig erscheint beispielsweise eine Versetzung als unmittelbare Reaktion auf eine entsprechende Anzeige oder Meldung.²⁴²

Nur der Arbeitnehmer, der in «**gutem Treuen**» eine Anzeige oder Meldung erstattet oder als Zeuge ausgesagt hat, geniesst den Schutz von Art. 22a Abs. 5 BPG. Mit einer Kündigung muss also rechnen, wer wider besseres Wissen einen Arbeitnehmer anschwärzt (Art. 10 Abs. 3 lit. a und b BPG).²⁴³

1.4 Zwischenfazit

Ein Arbeitnehmer, der dem Bundespersonalgesetz und der -verordnung untersteht, hat ähnliche Rechte und Pflichten wie ein Arbeitnehmer in der Privatwirtschaft. Dank den in den letzten Jahren unternommenen Anstrengungen zur Änderung des BPG geniesst das Bundespersonal jedoch eine wesentlich grössere Rechtssicherheit als die dem OR unterstellten Whistleblower, da die Pflichten, Rechte und der Schutz der Whistleblower ausdrücklich kodifiziert wurden.

²³⁹ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 126.

²⁴⁰ NÖTZLI, SHK, N 15 zu Art. 22a BPG.

²⁴¹ NÖTZLI, SHK, a.a.O.

²⁴² NÖTZLI, SHK, a.a.O.

²⁴³ NÖTZLI, SHK, N 16 zu Art. 22a BPG.

Zudem hat die EFK eine Online-Plattform für Whistleblowing eingerichtet,²⁴⁴ und dank dieser Anstrengungen hat die Zahl der Meldungen an die EFK deutlich zugenommen. Von 61 Meldungen an die EFK im Jahr 2011 stieg diese Zahl auf 279 Meldungen im Jahr 2022 (davon 47 im Zusammenhang mit COVID-19).²⁴⁵

2. Stellung des Whistleblowers in einem Enforcementverfahren der FINMA

2.1 Die FINMA: Einführung

Die **FINMA** beaufsichtigt Banken, Effekthändler, Fondsleitungen sowie Börsen und börsenähnliche Einrichtungen im Rahmen der Institutsaufsicht in allen Belangen. Diese benötigen eine Bewilligung der FINMA, um ihre Geschäftstätigkeit aufzunehmen. Zudem untersucht die FINMA von Amtes wegen Verstösse gegen die Finanzmarktgesetze, die sie durchzusetzen hat. Um die Ziele der Finanzmarktaufsicht zu erreichen, ist von entscheidender Bedeutung, dass die Finanzmarktaufsicht auch über die Mittel verfügt, das Finanzmarktrecht zwangsweise durchzusetzen. Für diese zwangsweise Durchsetzung des Aufsichtsrechts hat sich der Begriff ***Enforcement*** etabliert. Die FINMA versteht unter *Enforcement* «alle Ermittlungen, Verfahren und Massnahmen der FINMA, mit denen sie Verstösse gegen das Aufsichtsrecht abklärt und ahndet».

Im Rahmen ihrer Aufsichtstätigkeit erhält die FINMA zahlreiche **Hinweise** auf mögliche Verletzungen des Finanzmarktrechts. Oft ergibt sich aus diesen ersten Hinweisen noch kein vollständiges Bild, und es ist noch nicht klar, ob überhaupt ein Verfahren eröffnet werden muss, um den ordnungsgemässen Zustand wiederherzustellen. Mit dem Instrument der **Vorabklärungen** hat die FINMA deshalb die Möglichkeit, im Vorfeld erste Abklärungen zum Sachverhalt vorzunehmen. Vorabklärungen werden von der Rechtsprechung dem sogenannten informellen Verwaltungshandeln zugeordnet. Die FINMA wendet das VwVG in dieser Phase somit nicht direkt an. Sie hat sich jedoch an die allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätze zu halten. Im Rahmen der Vorabklärungen klärt die FINMA den Sachverhalt so weit ab, bis sie entscheiden kann, ob ein Anfangsverdacht für eine Verletzung des Finanzmarktrechts zu bejahen ist. Ist dies der Fall, stellt sie entweder die Abklärungen ein oder eröffnet ein formelles Verwaltungsverfahren (Art. 30 FINMAG).²⁴⁶

²⁴⁴ Vgl. <www.whistleblowing.admin.ch> (besucht am: 21.12.2023).

²⁴⁵ <www.efk.admin.ch/de/whistleblowing-d.html> (besucht am: 21.12.2023).

²⁴⁶ Vgl. zum Ganzen NOBEL, N 221 ff. zu § 5.

2.2 Meldungen an die FINMA

Gemäss **Art. 71 Abs. 1 VwVG**, der analog auf die Anzeige bei der FINMA anwendbar ist,²⁴⁷ kann jedermann jederzeit Tatsachen, die im öffentlichen Interesse ein Einschreiten gegen eine Behörde von Amtes wegen erfordern, der Aufsichtsbehörde anzeigen.

Für diesen Zweck verfügt die FINMA über eine *Webseite*, auf der vermutete Verletzungen aufsichtsrechtlicher Bestimmungen oder sonstige Missstände bei einem von der FINMA beaufsichtigten Institut gemeldet werden können. Es besteht auch die Möglichkeit, einen Anbieter auf dem Finanzmarkt zu melden, der ohne die erforderliche Bewilligung tätig ist. Über dieses Portal können Kundinnen und Kunden eines beaufsichtigten Instituts oder Personen mit Innensicht (z.B. Mitarbeitende, Beauftragte, Organe) eine Meldung einreichen.²⁴⁸

Auf der Webseite der FINMA wird zudem darauf hingewiesen, dass zuerst eine interne Meldung zu erfolgen hat und erst wenn diese erfolglos oder aussichtslos ist, eine externe Meldung an die FINMA als Aufsichtsbehörde gerechtfertigt ist (sog. **Kaskadenprinzip**). Andernfalls könnte sich der Hinweisgeber mit seiner Meldung an die FINMA unter Umständen wegen Verletzung seiner Geheimhaltungspflicht strafbar machen.²⁴⁹

Im Anschluss an die Meldung führt die FINMA die notwendigen informellen Abklärungen durch und entscheidet, ob ein *Enforcementverfahren* einzuleiten ist. Beschliesst die FINMA die Eröffnung eines Verfahrens, so teilt sie dies den Parteien unter Angabe der behaupteten Gesetzesverletzungen mit.²⁵⁰ Das *Enforcementverfahren* richtet sich nach dem **Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)** (Art. 53 FINMAG), und die FINMA hat den Sachverhalt von Amtes wegen abzuklären (Art. 12 VwVG).²⁵¹

2.3 Stellung der Anzeiger in einem Verwaltungsverfahren

Nach Eröffnung des Verfahrens haben die Parteien **Rechte** und **Pflichten** gemäss Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG).²⁵² Die Parteien haben insbesondere Anspruch auf rechtliches Gehör, das im Wesentlichen das Recht einer Partei auf Teilnahme am Verfahren und auf Einflussnahme auf den Entscheidungsprozess umfasst.²⁵³

²⁴⁷ JAÏCO CARRANZA/MICOTTI, S. 103.

²⁴⁸ <www.finma.ch/de/finma/meldung-erstatten/> (besucht am: 21.12.2023).

²⁴⁹ <www.finma.ch/de/finma/meldung-erstatten/> (besucht am: 21.12.2023).

²⁵⁰ <www.finma.ch/de/durchsetzung/unerlaubte-taetigkeiten/verfahren/> (besucht am: 21.12.2023).

²⁵¹ NOBEL, N 230 zu § 5.

²⁵² <www.finma.ch/de/durchsetzung/bewilligungstraeger/verfahren/> (besucht am: 21.12.2023); FRITSCHKE/STUDER, S. 172 f.

²⁵³ NOBEL, N 231 zu § 5.

Gemäss **Art. 71 Abs. 2 VwVG** hat der Anzeiger *nicht* die Rechte einer Partei. Ein Anzeiger erlangt somit nicht allein aufgrund seiner Aufsichtsanzeige, also seiner Stellung als Anzeiger, Parteistellung im folgenden Aufsichtsverfahren. Art. 71 VwVG begründet somit keinen Anspruch auf Einleitung eines Aufsichtsverfahrens: Die angerufene Behörde entscheidet nach pflichtgemäsem Ermessen, ob sie auf eine Aufsichtsbeschwerde/-anzeige eintritt oder nicht.²⁵⁴ Umgekehrt lässt sich aus Art. 71 Abs. 2 VwVG aber nicht ableiten, dass dem Anzeiger in einem allfälligen nachfolgenden Aufsichtsverfahren in jedem Fall die Parteistellung zu versagen ist. Die Parteistellung richtet sich vielmehr nach **Art. 6 und 48 VwVG**. Bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen haben die Anzeiger *ausnahmsweise* auch in einem Aufsichtsverfahren **Parteirechte**.²⁵⁵

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Person, die die Meldung an die FINMA erstattet (d.h. der Whistleblower), als Partei im Sinne von **Art. 6 VwVG** gilt und damit die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten einer Verfahrenspartei genießt.

2.4 Parteivoraussetzungen nach Art. 6 VwVG

Die Parteistellung im öffentlichen Verfahren ist an zwei Voraussetzungen, die sich aus Art. 6 VwVG positivrechtlich ableiten lassen, geknüpft: (1) Parteifähigkeit und (2) Rechtsschutzinteresse.²⁵⁶

2.4.1 Parteifähigkeit

Parteifähigkeit ist die allgemeine Fähigkeit, als Partei an einem Verfahren teilzunehmen. Parteifähig sind jedenfalls alle Personen, die **rechtsfähig** sind. In erster Linie sind natürliche und juristische Personen des Privatrechts (Art. 11 und 53 ZGB) rechtsfähig und damit parteifähig.²⁵⁷

Bei der Person des Whistleblowers muss es sich zwingend um eine **Person** handeln, die einer Organisation angehört oder die der Organisation nahesteht.²⁵⁸ Als Hinweisgeber kommen in erster Linie Arbeitnehmer und Personen, die in einem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis zum Unternehmen stehen, in Betracht.²⁵⁹ In den meisten Fällen handelt es sich also um **natürliche Personen**, die nach Art. 11 ZGB rechtsfähig sind (nach IMBACH HAUMÜLLER können auch

²⁵⁴ Urteil des BVGer A-1672/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 4.1; ZIBUNG, VwVG PraxKomm, N 32 zu Art. 71 VwVG.

²⁵⁵ Urteil des BVGer A-1672/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 4.2; ZIBUNG, VwVG PraxKomm, N 33 zu Art. 71 VwVG.

²⁵⁶ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 566 f.

²⁵⁷ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 568 f.; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, VwVG PraxKomm, N 13 zu Art. 6 VwVG.

²⁵⁸ RIEDER, Nr. 17; LEDERGEGER, Nr. 9; VON KÄNEL, S. 14; Bericht VE-OR, S. 4.

²⁵⁹ RIEDER, Nr. 19.

Organisationen Whistleblower sein,²⁶⁰ die jedenfalls nach Art. 53 ZGB rechtsfähig sind). Damit ist die Voraussetzung der Parteifähigkeit **erfüllt**.

2.4.2 Rechtsschutzinteresse (*materielle Beschwer*)

Das Rechtsschutzinteresse bestimmt, ob jemand das Recht hat, sich an einem bestimmten Verfahren als Partei zu beteiligen. Gemäss **Art. 6 VwVG** kann ein Rechtsschutzinteresse und damit eine Parteistellung grundsätzlich aus zwei verschiedenen Gründen bestehen:²⁶¹

- Rechtsschutzinteresse aufgrund **Betroffenheit in schutzwürdigen Interessen**;
- Rechtsschutzinteresse wegen **gesetzlicher Befugnis** zur prozessualen Verfolgung öffentlicher Interessen.²⁶²

Ein Rechtsschutzinteresse haben nach Art. 6 VwVG zunächst Personen, deren «Rechte oder Pflichten die Verfügung berühren soll». Unter «berühren» ist danach zu verstehen, dass jemand durch die zu erwartende Verfügung in **schutzwürdigen Interessen**, d.h. in Interessen, die wegen ihres Gewichts von der Rechtsordnung als schutzwürdig anerkannt sind, berührt wird.²⁶³ Während Verfügungsadressaten in der Regel ohne Weiteres materiell beschwert sind, müssen Dritte ein spezifisches Rechtsschutzinteresse nachweisen.²⁶⁴

In einem *Enforcementverfahren* sind Whistleblower keine Verfügungsadressaten. Ein *Enforcementverfahren* wird aufgrund einer Aufsichtsanzeige des Whistleblowers eingeleitet, d.h. der Whistleblower ist vielmehr als **Anzeigesteller** zu qualifizieren. Fraglich ist zudem, ob der Whistleblower ein Rechtsschutzinteresse i.S.v. Art. 6 VwVG aufweist.

Nach der Rechtsprechung erlangt derjenige, der bei einer Aufsichtsbehörde eine **Anzeige** einreicht oder ein aufsichtsrechtliches Verfahren gegen einen Dritten beantragt, Parteistellung, wenn er die Voraussetzungen von Art. 48 Abs. 1 lit. b und c VwVG erfüllt. Er muss durch die Verfügung oder Handlung der beaufsichtigten Stelle **besonders berührt** oder wegen einer besonderen, beachtlichen Nähe zum Streitgegenstand **stärker betroffen** sein als die Allgemeinheit. Darüber hinaus muss ein **schutzwürdiges Interesse** bestehen, d.h. ein aus der Sicht der Rechtspflege ausreichender Grund für die Befassung der angerufenen Stelle mit der Sache. Der Anzeiger muss aus einer allfälligen Aufhebung oder Änderung der angefochtenen Entscheidung einen praktischen Nutzen ziehen: Seine Situation muss durch den Ausgang des Verfahrens

²⁶⁰ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 25.

²⁶¹ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 572 f.

²⁶² KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 573.

²⁶³ KIENER/RÜTSCHKE/KUHN, Nr. 574; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, VwVG PraxKomm, N 16 zu Art. 6 VwVG.

²⁶⁴ WIEDERKEHR/MEYER/BÖHME, OFK, N 19 zu Art. 6 VwVG; MARANTELLI-SONANINI/HUBER, VwVG PraxKomm, a.a.O.

in relevanter Weise beeinflusst werden können. Das schutzwürdige Interesse besteht darin, einen materiellen oder ideellen Nachteil abzuwenden, den der bemängelte Entscheid mit sich bringen würde. Ob ein Anzeiger diese Voraussetzungen erfüllt, muss für jedes Rechtsgebiet und für jeden Einzelfall gesondert beurteilt werden. Es gibt keine rechtslogisch stringente, sondern nur eine praktisch vernünftige Abgrenzung zur Popularbeschwerde oder zur blossen Aufsichtsbeschwerde/-anzeige, die dem Anzeiger keine Parteistellung verschafft.²⁶⁵

2.5 Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass ein Whistleblower, der eine Anzeige bei einer Aufsichtsbehörde (wie z.B. der FINMA) einreicht, grundsätzlich keine Parteistellung und damit auch keine Rechte und Pflichten erlangt. Sind jedoch die von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen erfüllt, kann der Whistleblower Parteistellung im Verfahren erlangen.

Dem Whistleblower sollte jedoch – nach Auffassung von JAÏCO CARRANZA und MICOTTI – zumindest in gewissem Umfang eine Parteistellung eingeräumt werden, die es ihm ermöglicht, seine Interessen in parallelen arbeits- oder strafrechtlichen Verfahren zu wahren, die infolge seines Handelns gegen ihn eingeleitet werden können.²⁶⁶

VI. Stellung des Whistleblowers im Strafrecht

Das Strafgesetzbuch und andere Spezialgesetze enthalten zahlreiche Artikel, die die Offenlegung von Geheimnissen unter Strafe stellen²⁶⁷ oder Melderechte und -pflichten vorschreiben.²⁶⁸ Darüber hinaus kann jeder Tatbestand des Strafgesetzbuches Gegenstand von Whistleblowing sein.²⁶⁹ Es gibt also eine Vielzahl von Strafbestimmungen, die für den Bereich des Whistleblowings relevant sind. Neben den Grenzen, die sich aus den arbeitsrechtlichen Pflichten ergeben, sind dem **externen Whistleblowing** auch **strafrechtliche Grenzen** gesetzt. Wer einen Missstand meldet, verstösst unter Umständen gegen eine strafrechtlich geschützte Geheimhaltungspflicht.²⁷⁰ In diesem Zusammenhang werden in diesem Kapitel zwei ausgewählte Tatbestände behandelt, nämlich **Art. 162 StGB**, der vor allem im Zusammenhang mit dem oben behandelten Art. 321a OR relevant ist, sowie **Art. 47 BankG i.V.m. Art. 320 StGB**, die im Rahmen des Bankenrechts von grosser Bedeutung sind.

²⁶⁵ Vgl. zum Ganzen Urteil des BVGer A-1672/2016 vom 25. Oktober 2016 E. 4.2; siehe GRÜNEWALD, S. 433.

²⁶⁶ JAÏCO CARRANZA/MICOTTI, S. 106.

²⁶⁷ Siehe z.B. Art. 162, 320, 321 StGB, Art. 4 lit. c und 6 UWG, Art. 47 BankG und Art. 14 FINMAG.

²⁶⁸ Siehe z.B. Art. 9 GwG und Art. 29 FINMAG.

²⁶⁹ VON KÄNEL, SJZ, S. 312.

²⁷⁰ JUNGO, S. 76.

1. Verletzung des Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses (Art. 162 Abs. 1 StGB)

1.1 Tatbestand

Gemäss Art. 162 StGB werden Personen, die ein Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnis verraten, welches sie infolge einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht bewahren sollten, auf Antrag mit einer Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren oder einer Geldstrafe bestraft.

Jede Person, die gegenüber dem Geheimnisherrn einer gesetzlichen oder vertraglichen Geheimhaltungspflicht unterliegt, kann **Täter** des Geheimnisverrats (Abs. 1) sein.²⁷¹

Der Begriff des **Geheimnisses** wird im StGB nicht definiert. Die Rechtsprechung und die Lehre haben jedoch eine Umschreibung entwickelt, die sich aus mehreren Elementen zusammensetzt und die auch auf das Fabrikations- und das Geschäftsgeheimnis anwendbar ist.²⁷² Art. 162 StGB erfasst nicht alle Geheimnisse, sondern **nur Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse**. Diese Einschränkung setzt zunächst voraus, dass ein Geheimnis den Geschäftserfolg beeinflussen kann, mithin muss die Tatsache für den Geheimnisherrn von wirtschaftlichem Wert und ihr Bekanntwerden geeignet sein, den Wettbewerb der Konkurrenz zu steigern oder sonst dem eigenen Unternehmen zu schaden.²⁷³ Voraussetzung ist ferner das Vorliegen der allgemeinen Elemente des **Geheimnisbegriffs**: Gegenstand eines Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnisses i.S.v. Art. 162 StGB sind alle Tatsachen, die weder offenkundig noch allgemein zugänglich sind (relative Unbekanntheit), an deren Geheimhaltung der Geheimnisherr ein berechtigtes Interesse hat (Geheimhaltungsinteresse) und die er auch tatsächlich geheim halten will (Geheimhaltungswille).²⁷⁴ Wichtig ist auch die Unterscheidung zwischen Fabrikations- und Geschäftsgeheimnissen: Das **Fabrikationsgeheimnis** bezieht sich auf technische Belange, also z.B. auf die Art und Weise eines Verfahrens und der Herstellung eines Produkts.²⁷⁵ **Geschäftsgeheimnisse** sind demgegenüber Tatsachen, die den Bereich des Vertriebs und die Vermögenslage des Unternehmens betreffen.²⁷⁶

Nach Art. 162 Abs. 1 OR kann sich die Geheimhaltungspflicht aus einer **vertraglichen Vereinbarung** oder aus dem **Gesetz** ergeben. Als gesetzliche Geheimhaltungspflicht ist insbeson-

²⁷¹ NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB, N 6 zu Art. 162 StGB.

²⁷² NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB, N 8 zu Art. 162 StGB.

²⁷³ DONATSCH, OFK, N 3 zu Art. 162 StGB; NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB, N 9 zu Art. 162 StGB.

²⁷⁴ DONATSCH, OFK, N 2 zu Art. 162 StGB; NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB, N 10 zu Art. 162 StGB.

²⁷⁵ NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB, N 18 zu Art. 162 StGB.

²⁷⁶ NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB, N 19 zu Art. 162 StGB.

dere die arbeitsrechtliche Bestimmung von Art. 321a Abs. 4 OR zu erwähnen, wonach der Arbeitnehmer Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse, von denen er im Dienst des Arbeitgebers Kenntnis erhält, während des Arbeitsverhältnisses weder verwerten noch Dritten mitteilen darf. Er bleibt auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit dies zur Wahrung der berechtigten Interessen des Arbeitgebers erforderlich ist.²⁷⁷

1.2 Relevanz für Whistleblowing

Der Arbeitnehmer ist gemäss Art. 321a Abs. 4 OR – der als gesetzliche Grundlage für eine Strafbarkeit nach Art. 162 StGB gilt – zur Geheimhaltung verpflichtet (siehe dazu Kap. IV.). Dementsprechend kann sich der Whistleblower bei externem Whistleblowing neben den arbeitsrechtlichen Konsequenzen auch nach Art. 162 StGB strafbar machen, wenn er im Rahmen des Whistleblowings Fabrikations- und/oder Geschäftsgeheimnisse an Dritte weitergibt.

2. Verletzung des Bankgeheimnisses durch Whistleblowing (Art. 47 BankG)

2.1 Tatbestand

Nach Art. 47 Abs. 1 lit. a BankG wird bestraft, wer vorsätzlich ein Geheimnis offenbart, das ihm in seiner Eigenschaft als Organ, Angestellter, Beauftragter oder Liquidator einer Bank oder einer Person nach Art. 1b BankG oder als Organ oder Angestellter einer Prüfgesellschaft anvertraut worden ist oder das er in dieser Eigenschaft wahrgenommen hat.

Der Geheimnisträger macht sich strafbar, wenn er Tatsachen offenbart, zu deren Geheimhaltung er verpflichtet ist. Insofern deckt sich der Tatbestand weitgehend mit demjenigen der Verletzung des Amtsgeheimnisses (Art. 320 StGB). Hier wie dort muss es sich bei der geschützten Information um ein **Geheimnis** handeln. Dies ist nach der allgemeinen Definition dann der Fall, wenn sie relativ unbekannt ist und der Geheimnisherr an ihrer Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse hat, das er gewahrt wissen will. Die geheimzuhaltenden Tatsachen müssen dem Verpflichteten in seiner Eigenschaft als **Angestellter einer Bank** usw. anvertraut worden sein oder von ihm in dieser Eigenschaft wahrgenommen worden sein. Auch dies entspricht dem Paralleltatbestand von Art. 320 StGB.

Offenbaren der geheimzuhaltenden Tatsachen bedeutet nach allgemeinem Verständnis, sie Unbefugten zugänglich zu machen.²⁷⁸

²⁷⁷ NIGGLI/HAGENSTEIN, BSK StGB, N 21 zu Art. 162 StGB; DONATSCH, OFK, N 4 zu Art. 162 StGB.

²⁷⁸ Vgl. zum Ganzen STRATENWERTH, BSK BankG, N 12 ff. zu Art. 47 BankG.

2.2 Relevanz für Whistleblowing

Art. 47 BankG ist im Finanzbereich und insbesondere für Bankangestellte besonders wichtig. Das Berufsgeheimnis der Bankiers und Händler (Bankgeheimnis) kann in vielen Fällen eine **ernsthafte Hindernis** für den Mitarbeiter in der Position des (tatsächlichen oder potenziellen) Whistleblowers darstellen, insbesondere wenn dieser (1) sich (moralisch oder zu seinem eigenen Schutz) verpflichtet sieht, Sachverhalte ausserhalb der Bank zu melden, oder (2) gezwungen ist, Beweise für seine Behauptungen vorzulegen, z.B. im Rahmen eines Verfahrens, das aufgrund seiner Meldung gegen ihn eingeleitet wurde.²⁷⁹

Auch in diesem Artikel werden dem Whistleblowing Grenzen gesetzt: Die Bankangestellten sind daher verpflichtet, neben den privatrechtlichen Bestimmungen auch Art. 47 BankG zu beachten.

3. Rechtfertigungsgründe

Im Zusammenhang mit Whistleblowing ist insbesondere die gewohnheitsrechtliche Rechtsprechung zum übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der «**Wahrnehmung berechtigter Interessen**», der zu den notstandsähnlichen Rechtfertigungsgründen zählt, aktuell geworden.²⁸⁰ Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung, insbesondere zum Vorgehen des Whistleblowers, der an die Öffentlichkeit gelangt, im Laufe der Jahre gefestigt.²⁸¹ Damit die Wahrung übergeordneter Interessen als Rechtfertigungsgrund anerkannt werden kann, muss das angewandte Mittel im Hinblick auf den verfolgten Zweck **angemessen** und **notwendig** sein. Die Tat muss das einzig mögliche Mittel darstellen und darüber hinaus offensichtlich weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu schützen versucht.²⁸² M.a.W. muss die Meldung tatsächlich einem **überwiegenden Interesse** entsprechen und den **Verhältnismässigkeitsgrundsatz** wahren. Eine externe Meldung darf demnach nur erfolgen, wenn alle organisationsinternen Möglichkeiten ausgeschöpft sind. Die Information der Öffentlichkeit muss die *ultima ratio* sein.²⁸³ Die Feststellung eines Rechtfertigungsgrundes beruht somit sowohl in strafrechtlicher als auch in arbeitsrechtlicher Hinsicht auf einer **Interessenabwägung**.²⁸⁴ Diese Voraussetzungen müssen auch erfüllt sein, wenn der Täter nicht private, sondern öffentliche Interessen wahrnehmen will. Das Bundesgericht unterwirft diesen Rechtfertigungsgrund ähnlichen Einschränkungen

²⁷⁹ JAICO CARRANZA/MICOTTI, S. 98.

²⁸⁰ Urteil des BGer 6B_200/2018, 6B_210/2018 vom 8. August 2018 E. 3.1; JOSITSCH/CONTE, S. 364; JUNGO, S. 76.

²⁸¹ JOSITSCH/CONTE, a.a.O.

²⁸² JOSITSCH/CONTE, a.a.O.; Urteil des BGer 6B_200/2018, 6B_210/2018 vom 8. August 2018 E. 3.2.

²⁸³ JUNGO, S. 76.

²⁸⁴ JOSITSCH/CONTE, S. 364.

wie den Notstand: Es genügt nicht, dass die verletzten Interessen deutlich weniger schwer wiegen, sondern die Handlung muss auch ein angemessenes Mittel zur Erreichung des verfolgten Zwecks sein.²⁸⁵

4. Zwischenfazit

Neben den möglichen Sanktionen, die sich aus dem Privat- und Verwaltungsrecht ergeben, besteht für den Whistleblower – insbesondere wenn es sich um einen Laien handelt – ein hohes Risiko, auch strafrechtlich belangt zu werden, wenn er nicht rechtmässig handelt. Allerdings kann auch unzulässiges Whistleblowing gerechtfertigt sein, in bestimmten Fällen durch Einwilligung (siehe z.B. Art. 320 Ziff. 2 StGB, Art. 321 Ziff. 2 StGB, Art. 47 BankG), durch allgemeine Rechtfertigungsgründe (siehe z.B. Art. 14 und 17 StGB)²⁸⁶ oder durch den übergesetzlichen Rechtfertigungsgrund der «Wahrnehmung berechtigter Interessen».

VII. Fazit und Zusammenfassung

Das Whistleblowing ist im schweizerischen **Privatrecht** bisher nicht speziell geregelt. Ein Arbeitnehmer, der einen Missstand melden will, muss zudem grundsätzlich die strengen Voraussetzungen erfüllen, die das Bundesgericht und die Lehre entwickelt haben. Eine Meldung hat demnach grundsätzlich zunächst an den Arbeitgeber zu erfolgen. Nur wenn dieser nicht reagiert, kann sich der Arbeitnehmer an eine zuständige Behörde wenden. Schafft auch diese keine Abhilfe, ist die betroffene Person schliesslich berechtigt, sich als *ultima ratio* an die Öffentlichkeit zu wenden (sog. **Kaskadenprinzip**). Darüber hinaus ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit bei der Wahl der entsprechenden Meldeinstanz zu beachten. Der Arbeitnehmer verletzt grundsätzlich seine Treue- und Geheimhaltungspflicht, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind.²⁸⁷ Daraus kann geschlossen werden, dass Whistleblowing auch ohne spezielle Whistleblowing-Bestimmungen durch die Anwendung allgemeiner arbeits-, datenschutz- und strafrechtlicher Grundsätze grundsätzlich geregelt ist. Angesichts der Komplexität der Whistleblowing-Sachverhalte und der nicht zu unterschätzenden Bedeutung des Whistleblowings ist dies jedoch *ungenügend* und führt zu Rechtsunsicherheit und mangelnder Rechtsklarheit. Zudem ist der Rechtsschutz für Whistleblower in der Praxis unzureichend.²⁸⁸ Aus diesen Gründen wäre es wünschenswert, wenn das Parlament einen weiteren Versuch unternähme, eine gesetzliche

²⁸⁵ Urteil des BGer 6B_200/2018, 6B_210/2018 vom 8. August 2018 E. 3.2.

²⁸⁶ Urteil des BGer 6B_200/2018, 6B_210/2018 vom 8. August 2018 E. 2.1 ff.

²⁸⁷ Vgl. zum Ganzen IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 530; Botschaft OR, S. 9529.

²⁸⁸ RIEDER, Nr. 570.

Grundlage für Whistleblowing in der Schweiz zu schaffen, die Whistleblowern mehr Schutz und Rechtssicherheit bietet. Dies wäre auch für die Unternehmen von Vorteil, da sie dadurch in die Lage versetzt würden, ein effizienteres Kontrollsystem aufzubauen. Ein weiteres Problem besteht darin, dass der Whistleblower, selbst wenn er rechtmässig handelt, häufig in Beweisnot gerät und seine Ansprüche nur schwer durchsetzen kann. Wie gezeigt, muss die Rechtsprechung dem Whistleblower nicht selten ein tieferes Beweismass genügen lassen. Zudem wäre es angezeigt, eine Beweislastumkehr einzuführen.²⁸⁹

Im **öffentlichen Recht** ist die Situation anders als im Privatrecht. In den letzten Jahren wurden Anstrengungen unternommen, um für Hinweisgeber, die Angestellte des Bundes sind, eine grössere Rechtssicherheit als im Privatrecht zu schaffen. Dies geschah durch die Einführung neuer Artikel im BPG, insbesondere Art. 22a BPG, der klar definiert, wann ein Angestellter eine Anzeigepflicht (Art. 22a Abs. 1 BPG) oder ein Anzeigerecht (Art. 22a Abs. 4 BPG) hat. Whistleblower, die in gutem Glauben eine Anzeige erstatten, eine Meldung machen oder als Zeuge aussagen, haben das Recht, deswegen keine beruflichen Nachteile zu erleiden (Art. 22a Abs. 5 BPG). Auch der Schutz des Whistleblowers ist somit einigermaßen kodifiziert. Nach der hier vertretenen Auffassung besteht daher im BPG weniger gesetzgeberischer Handlungsbedarf als im Privatrecht. Auch im BPG wäre die Einführung einer Beweislastumkehr angezeigt, um die Problematik der Beweisnot zu lösen. Das Parlament könnte im Übrigen in Anlehnung an Art. 22a BPG einen entsprechenden Artikel im Obligationenrecht einführen, der einfacher und klarer ist als die in der vorgeschlagenen Teilrevision des OR vorgesehenen Artikel.

Das schweizerische **Strafrecht** sieht verschiedene Tatbestände vor, die im Zusammenhang mit Whistleblowing zur Anwendung kommen können. Insbesondere stellen verschiedene Straftatbestände eine weitere Schranke für externes Whistleblowing dar, und der Whistleblower muss darauf achten, rechtmässig zu handeln, um nicht strafrechtlich verfolgt zu werden. Auch im Strafrecht herrscht jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit. Der übergesetzliche Rechtfertigungsgrund «Wahrnehmung berechtigter Interessen», der es dem Whistleblower in bestimmten Fällen erlaubt, nicht strafrechtlich verurteilt zu werden ergibt sich aus Rechtsprechung und Lehre: Um mehr Rechtssicherheit zu schaffen, könnte dieser Rechtfertigungsgrund im Strafgesetzbuch kodifiziert werden.

²⁸⁹ IMBACH HAUMÜLLER, Nr. 532.