

Recht in privaten und öffentlichen Unternehmen
Law for Private and Public Enterprises

Band / Volume 2

Stefan Rieder

Dr. iur., Rechtsanwalt

Whistleblowing als interne Risikokommunikation

**Ausgestaltung eines unternehmensinternen
Whistleblowing-Systems aus arbeits- und
datenschutzrechtlicher Sicht**



Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis.....	XXI
Materialienverzeichnis	LI
Abkürzungsverzeichnis.....	LII
Abbildungs- und Tabellenverzeichnis.....	LVII
Zusammenfassung	LVIII
Résumé	LIX

1. Teil: Einführung in das Phänomen Whistleblowing 1

§ 1 Einleitung.....	1
I. Ausgangslage und Problemstellung	1
II. Gegenstand der Untersuchung.....	4
III. Methodik	5
§ 2 Whistleblowing	7
I. Merkmale.....	7
1. Person des Whistleblowers.....	8
a) Organisationsinsider	8
b) Privilegierter Informationszugang.....	9
2. Gegenstand von Whistleblowing.....	10
a) Offenlegung von illegalen, illegitimen und unmoralischen Praktiken ...	10
b) Offenlegung von anderen ernsthaften Risiken	11
c) Offenlegung von Missständen	12
d) Nicht-trivialer Sachverhalt	13
e) Begründeter Verdacht	14
f) Anforderungen an die Offenlegung.....	15
aa) Fehlende Eigenmacht.....	15
bb) Ausdrückliche Offenlegung.....	17
cc) Vorsätzliche Offenlegung.....	17
dd) Nicht autorisierte externe Offenlegung.....	18
g) Motiv der Offenlegung.....	18
3. Meldestelle	20

a) Organisationsinterne und -externe Meldestelle	20
b) Anforderungen an die Meldestelle.....	21
II. Definition	23
III. Abgrenzungen	24
IV. Arten	26
1. Allgemeines	26
2. Internes und externes Whistleblowing	26
3. Anonymes, vertrauliches und offenes Whistleblowing	27
4. Persönlich und unpersönliches Whistleblowing.....	28
V. "to blow the whistle"	28
1. Begriff.....	28
2. Bedeutung	29
3. Sprachgebrauch.....	32
2. Teil: Rechtliche Grundlagen von Whistleblowing.....	35
§ 3 Whistleblowing als Entscheidungsprozess.....	35
I. Prozesscharakter.....	35
II. Entdeckungsphase	38
1. Arbeitnehmer als Wissensträger	38
2. Subjektive Wahrnehmung	38
3. Entdeckungspflicht.....	40
III. Abwägungsphase.....	41
1. Subjektive Situationsbewertung	41
a) Zweck	41
b) Bewertung der Verdachtsmomente	41
c) Fact-Finding und Abklärungen.....	42
2. Handlungsoptionen.....	43
IV. Handlungsphase.....	46
V. Reaktionsphase	47
VI. Bewertungsphase.....	48
§ 4 Internes Whistleblowing	49
I. Meldepflicht.....	49
1. Bestandteil der Treuepflicht.....	49
2. Gegenstand und Umfang.....	50

a) Lehre.....	50
b) Rechtsprechung	52
c) Konkretisierung.....	54
aa) Meldepflicht über wesentliche Tatsachen und Vorkommnisse....	54
bb) Meldepflicht über andere Tatsachen und Vorkommnisse	60
cc) Meldepflicht bei Personalverleih	62
dd) Meldepflicht im Konzern	64
ee) Meldepflicht als Voraussetzung von externem Whistleblowing ..	65
ff) Wiederaufleben der Meldepflicht	66
d) Erweiterung der Meldepflicht	67
e) Beschränkte Meldepflicht	68
aa) Berechtigte Eigeninteressen als Grenze.....	68
bb) Fehlen einer internen Meldestelle	69
cc) Fehlender begründeter Verdacht.....	70
dd) Angeordnete oder bewusst tolerierte Missstände	71
ee) Drohende Vergeltungsmassnahmen	71
ff) Eigene Verfehlungen.....	72
3. Meldestelle	73
a) Arbeitgeberin als Berechtigte der Meldepflicht.....	73
aa) Massgeblichkeit der Arbeitgeberinteressen.....	73
bb) Erfordernis der Geeignetheit	74
b) Geeignete Meldestellen	75
aa) Vorgesetzter	75
bb) Abteilungs-/Bereichsleiter	78
cc) Compliance-Officer	78
dd) Interne Revision	79
ee) Rechtsabteilung	80
ff) Externer Rechtsanwalt.....	81
gg) Geschäftsleitung	82
hh) Verwaltungsrat	83
ii) Revisionsstelle	84
jj) Stellen mit Sonderfunktionen	85
c) Ungeeignete Meldestellen	86
aa) Involvierte Personen oder Stellen	86

bb)	Unterstellte oder gleichrangige Arbeitnehmer	86
cc)	Vorgesetzte sowie Abteilungs- und Bereichsleiter	87
dd)	Generalversammlung	88
ee)	Unternehmensexterne Stellen	89
ff)	Weitere Stellen	90
4.	Verletzung der Meldepflicht	90
II.	Melderecht	92
1.	Meinungsäusserungsfreiheit und Treuepflicht	92
2.	Gegenstand und Umfang	94
3.	Meldestelle	95
4.	Verletzung der Treuepflicht	96
III.	Anforderungen an die Meldung	96
1.	Inhalt	96
a)	Informationsqualität	96
b)	Unaufgeforderte Meldung	97
c)	Richtige Meldung	98
d)	Vollständige Meldung	98
e)	Rechtzeitige Meldung	99
2.	Form	99
a)	Ausdrückliche Meldung	99
b)	Offene oder anonyme Meldung	100
IV.	Interne Untersuchung	101
1.	Allgemeines	101
2.	Zulässigkeit der internen Untersuchung	102
a)	Untersuchungspflicht der Arbeitgeberin	102
aa)	Verantwortlichkeit für die Regeleinhaltung	102
bb)	Fürsorgepflicht nach Art. 328 OR	103
b)	Arbeitsrechtliche Grenzen	105
aa)	Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin	105
bb)	Überwachung und Kontrolle des Arbeitnehmers	105
c)	Einhaltung der datenschutzrechtlichen Bearbeitungsgrundsätze	106
aa)	Allgemeines	106
bb)	Rechtmässigkeit der Datenbearbeitung	106
cc)	Datenbearbeitung nach Treu und Glaube	107

dd)	Verhältnismässige Datenbearbeitung.....	109
ee)	Zweckgebundene Datenbearbeitung.....	110
ff)	Datenrichtigkeit	110
gg)	Datensicherheit.....	110
3.	Inhalt und Ablauf einer internen Untersuchung	111
a)	Allgemeines	111
b)	Vorbereitungsphase	112
aa)	Entgegennahme der Meldung.....	112
bb)	Situationsanalyse.....	113
cc)	Sofortmassnahmen	113
dd)	Untersuchungsplanung	114
ee)	Kommunikation	116
c)	Untersuchungsphase	118
aa)	Allgemeines	118
bb)	Befragung von Arbeitnehmern	118
cc)	Auswertung von Dokumenten	121
d)	Nachbearbeitungsphase	122
aa)	Untersuchungsbericht	122
bb)	Erforderliche Massnahmen.....	123
cc)	Information des Whistleblowers	123
4.	Falschmeldungen	124
a)	Treuepflichtverletzung	124
b)	Namensnennung des Fehlbaren.....	125
§ 5	Unternehmensinternes Whistleblowing-System	126
I.	Funktionen von internem Whistleblowing.....	126
1.	Risikoerkennungsquelle.....	126
a)	Risikokommunikation	126
b)	Frühwarnsystem	127
2.	Aufdeckung von Fehlverhalten	128
3.	Reputationsschutz.....	131
a)	Reputation	131
b)	Externes Whistleblowing als Risiko.....	131
aa)	Funktionen von externem Whistleblowing.....	131
bb)	Reputationsrisiko	134

c) Internes Whistleblowing als Schutzinstrument	136
4. Qualitätssicherung	137
a) Whistleblowing im Qualitätsmanagement.....	137
b) Whistleblowing in der Arzneimittel-Bewilligungsverordnung.....	138
5. Haftungsvermeidung.....	139
a) Bonusregel nach Art. 49a Abs. 2 KG	139
b) Unternehmensverantwortlichkeit nach Art. 102 Abs. 2 StGB	140
II. Pflicht zur Errichtung eines Whistleblowing-Systems	143
1. Oberaufsicht	143
2. Risikomanagement.....	144
3. Compliance.....	146
4. Corporate Governance.....	147
5. Implizite Pflicht.....	148
6. Pflicht nach SOX	150
7. Organisationsverantwortung	150
III. Ausgestaltung	151
1. Anforderungen an ein Whistleblowing-System	151
a) Elemente	151
b) Arbeitsrechtliche Aspekte	152
c) Datenschutzrechtliche Aspekte	153
2. Interne Risikokommunikationskultur.....	154
a) Bewusstsein der Arbeitnehmer	154
b) Kommunikation und Schulung	155
3. Kommunikationskanäle.....	156
a) Gewöhnliche Meldekanäle	156
b) Besondere Meldekanäle	157
aa) Allgemeines	157
bb) Interne Ansprechpersonen	158
cc) Externe Whistleblowing-Hotline	159
dd) Webbasierte Whistleblowing-Plattform	160
ee) Ombudsmann	160
ff) Selbstregulierungsorganisation.....	162
4. Whistleblowing-Reglement	163
5. Verfahren zur Überprüfung und Bearbeitung	164

6.	Schutzmassnahmen	165
	a) Geheimhaltung der Identität	165
	aa) Glaubwürdigkeit einer Meldung.....	165
	bb) Vertrauliches Whistleblowing	166
	cc) Anonymes Whistleblowing.....	167
	b) Sanktionierungsverbot.....	169
	c) Schutz beschuldigter Arbeitnehmer	170
7.	Anreizmechanismen.....	171
	a) Prämien.....	171
	b) Amnestieregelung	172
§ 6	Externes Whistleblowing	173
I.	Rechtsgrundlagen.....	173
	1. Meinungsäusserungsfreiheit vs. Schutz des guten Rufes	173
	2. Arbeitsrechtliche Treuepflicht	174
	a) Allgemeine Treuepflicht nach Art. 321a Abs. 1 OR	174
	b) Geheimhaltungspflicht nach Art. 321a Abs. 4 OR.....	175
II.	Interessenabwägung	177
	1. Allgemeines	177
	2. Mögliche überwiegende Interessen	179
	a) Interessen der Arbeitgeberin.....	179
	b) Interessen des Arbeitnehmers.....	180
	c) Öffentliche Interessen.....	182
III.	Verhältnismässigkeitsprinzip	184
	1. Allgemeines	184
	2. Eignung	185
	3. Erforderlichkeit.....	186
	a) Kaskadenprinzip.....	186
	b) Mehrstufiges Whistleblowing	187
	aa) 1. Stufe: Internes Whistleblowing.....	187
	bb) 2. Stufe: Externes Whistleblowing an Behörden.....	189
	cc) 3. Stufe: Externes Whistleblowing an die Öffentlichkeit.....	193
	c) Direktes externes Whistleblowing	195
	4. Zumutbarkeit	197
IV.	Anforderungen an die Meldung	198

1. Inhalt	198
2. Form	200
V. Unzulässiges externes Whistleblowing	201
1. Allgemeines	201
2. Rechtsfolgen	201
a) Verletzung der arbeitsrechtlichen Treuepflicht	201
b) Verletzung von Geheimhaltungspflichten ausserhalb des Arbeitsrechts	202
§ 7 Schutz des Whistleblowers	204
I. Ignore the message, shoot the messenger	204
II. Kündigungsschutz	205
1. Grundsatz der Kündigungsfreiheit	205
2. Sachlicher Kündigungsschutz	205
a) Allgemeines	205
b) Whistleblowing als Missbrauchstatbestand	206
III. Fürsorgepflicht	208
§ 8 Gesetzgebungsprojekt	211
I. Ausgangslage	211
II. Vorentwurf	213
1. Art. 321a ^{bis} VE-OR	213
a) Wortlaut	213
b) Melderecht betreffend Missstände	213
c) Meldung in Treu und Glaube	214
d) Kaskadenprinzip	214
2. Art. 336 Abs. 2 lit. d VE-OR	216
III. Kritische Würdigung	217
1. Allgemeines	217
2. Sachlicher Geltungsbereich	218
a) Meldung von Missständen	218
b) Meldung nach Treu und Glaube	219
3. Melderecht vs. Meldepflicht	220
4. Kaskadenprinzip	221
a) Allgemeines	221
b) Meldung an die Arbeitgeberin	221

c) Meldung an Behörden.....	223
aa) Öffentliches Interesse.....	223
bb) Wartezeit.....	224
d) Meldung an die Öffentlichkeit.....	225
5. Schutz des Whistleblowers.....	226
a) Missbräuchliche Kündigung.....	226
b) Schutz vor Diskriminierungen.....	228
c) Whistleblowing-Stelle als Schutzmassnahme.....	228
§ 9 Folgerungen aus den rechtlichen Grundlagen.....	230
3. Teil: Untersuchung zum internen Whistleblowing.....	235
§ 10 Internes Whistleblowing bei Banken und Versicherungen.....	235
I. Untersuchungsgegenstand.....	235
1. Fragestellung und Zielsetzung.....	235
2. Untersuchungsgruppe.....	235
II. Untersuchungsmethode.....	236
1. Methodik.....	236
2. Vorgehen.....	237
3. Aussagewert der Untersuchung.....	238
III. Ergebnisse früherer Untersuchungen.....	239
IV. Ergebnisse der eigenen Untersuchung.....	241
1. Bedeutung von internem Whistleblowing.....	241
a) Bedeutung.....	241
b) Vorteile.....	242
c) Nachteile.....	242
d) Umsetzung.....	244
aa) Unternehmen mit Whistleblowing-System.....	244
bb) Unternehmen ohne Whistleblowing-System.....	245
2. Ausgestaltung von Whistleblowing-Systemen.....	245
a) Melderecht und Meldepflicht.....	245
b) Meldegegenstand.....	246
c) Meldekanäle.....	248
d) Whistleblowing-Reglement.....	250
e) Schutzmassnahmen.....	251

aa)	Vertraulichkeit und Anonymität.....	251
bb)	Sanktionierungsverbot	251
f)	Nutzung des Whistleblowing-Systems.....	252
g)	Anschluss an eine Selbstregulierungsorganisation	253
3.	Umgang mit Meldungen	254
a)	Interne Untersuchung.....	254
b)	Missbräuchliche Meldungen	255
V.	Vergleich zwischen den Untersuchungen	256
§ 11	Folgerungen aus der Untersuchung der Unternehmenspraxis	258
4. Teil: Zusammenfassung und Empfehlungen	263	
§ 12	Zusammenfassende Schlussbetrachtung.....	263
§ 13	Empfehlungen	273
I.	Empfehlungen für Unternehmen	273
II.	Empfehlungen für den Gesetzgeber	277
Anhang 1:	Tabellarische Übersicht über die Meldepflichten	281
Anhang 2:	Vor- und Nachteile eines Whistleblowing-Systems	286
Anhang 3:	Implementierung eines Whistleblowing-Systems.....	289
Anhang 4:	Checkliste Whistleblowing-Reglement.....	293
Anhang 5:	Muster Whistleblowing-Reglement.....	297
Anhang 6:	Fragebogen.....	306
Anhang 7:	Teilnehmer der Umfrage	311
Anhang 8:	Begleitschreiben zur Umfrage.....	313
Anhang 9:	Auswertung der Experteninterviews	314
Sachregister	357	

Abbildungs- und Tabellenverzeichnis

Abbildung 1: Whistleblowing als Entscheidungsprozess.....	37
Abbildung 2: Glaubwürdigkeit einer Meldung	166
Tabelle 1: Gegenüberstellung der Untersuchungsergebnisse.....	257
Tabelle 2: Übersicht über die Meldepflichten	282
Tabelle 3: Vorteile eines Whistleblowing-Systems	286
Tabelle 4: Nachteile eines Whistleblowing-Systems	287
Tabelle 5: Schritte zur Implementierung eines Whistleblowing-Systems.....	289
Tabelle 6: Teilnehmer der Umfrage.....	311
Tabelle 7: Auswertung der Experteninterviews.....	314