

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von S.K. Alexander, R. Arnet Gantner, P. Breitschmid,
A. Büchler, H.C. von der Crone, A. Heinemann, H. Heiss, R.M. Hilty, C. Huguenin,
D. Jakob, P. Nobel, W. Portmann, A.K. Schnyder, R. Sethe, H.U. Vogt, R.H. Weber

Diana Imbach Haumüller

**Whistleblowing in der Schweiz
und im internationalen
Vergleich – ein Bestandteil einer
effektiven internen Kontrolle?**

Inhaltsverzeichnis

| | |
|--|-------|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Abkürzungsverzeichnis | XIX |
| Bibliographie | XXIII |
| Materialien | XXXV |
| Einleitung | 1 |
| Teil I. Grundlagen | 5 |
| § 1. Grundlagen und Begriff | 5 |
| I. Drei Fallbeispiele | 5 |
| 1. Stanley Adams | 5 |
| a. Ausgangslage | 5 |
| b. Information der EG-Behörden | 6 |
| c. Verfahren gegen Roche | 7 |
| d. Strafverfahren gegen Stanley Adams | 7 |
| 2. Sherron Watkins und Enron | 8 |
| a. Ausgangslage | 8 |
| b. Interne Meldung von Missständen | 9 |
| c. Sherron Watkins als «interne Whistleblowerin» | 10 |
| 3. Roger Boisjoly | 11 |
| a. Ausgangslage | 11 |
| b. Problematik mit den Dichtungsringen | 12 |
| c. Internes Whistleblowing | 13 |
| d. Start des Fluges 51-L | 13 |
| II. Begriff | 14 |
| 1. Herkunft des Begriffs | 14 |
| 2. Begriffsdefinition und wesentliche Merkmale | 16 |
| III. Wissenschaftliche Auseinandersetzung mit Whistleblowing | 19 |
| 1. Einleitung | 19 |
| 2. Der Prozess des Whistleblowings | 20 |
| a. Ausgangslage | 20 |
| b. Der Auslöser | 20 |
| c. Entscheidungsfindung und Konflikt | 21 |

| | | |
|----------|--|----|
| | d. Der Akt des Whistleblowings | 22 |
| | e. Die Reaktion des Umfelds | 22 |
| | f. Die Evaluation durch den Whistleblower | 22 |
| | 3. Wer wird zum Whistleblower? | 23 |
| | 4. Motive des Whistleblowers | 24 |
| | 5. Wahrnehmung von Whistleblowern | 26 |
| § 2. | Relevanz und Problematik in der Praxis | 28 |
| | I. Praktische Relevanz von Whistleblowing | 28 |
| | 1. Ausgangslage | 28 |
| | 2. Perception is not reality | 29 |
| | 3. Aufdeckung durch Whistleblowing | 30 |
| | 4. Fazit | 32 |
| | II. Konsequenzen für Whistleblower in der Praxis | 33 |
| | 1. Im Allgemeinen | 33 |
| | 2. Persönliche Konsequenzen für Adams, Watkins und Boisjoly | 34 |
| | a. Stanley Adams | 34 |
| | b. Sherron Watkins | 36 |
| | c. Roger Boisjoly | 36 |
| Teil II. | Rechtliche Grundlagen des Whistleblowings in der Schweiz | 39 |
| § 3. | Rechtliche Situation im Privatrecht | 39 |
| | I. Ausgangslage | 39 |
| | II. Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers | 41 |
| | 1. Ausgangslage | 41 |
| | 2. Die allgemeine Treuepflicht des Arbeitnehmers | 42 |
| | a. Grundlagen | 42 |
| | b. Interessenwahrungspflicht und Schädigungsverbot | 43 |
| | c. Pflicht zu positivem Handeln sowie Meldepflichten | 44 |
| | aa. Im Allgemeinen | 44 |
| | bb. Aufgrund von Spezialgesetzen | 46 |
| | 3. Die Verschwiegenheits- oder Geheimhaltungspflicht im Besonderen | 47 |
| | 4. Konsequenzen bei Pflichtverletzungen durch den Arbeitnehmer | 49 |
| | III. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers | 51 |
| | 1. Grundlagen | 51 |
| | 2. Die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers | 52 |
| | 3. Verletzung der Fürsorgepflicht durch den Arbeitgeber | 53 |

| | |
|---|-----|
| IV. Treue- und Fürsorgepflichten im Konzernverhältnis | 54 |
| V. Voraussetzungen für zulässiges Whistleblowing | 55 |
| 1. Ausgangslage | 55 |
| 2. Externes Whistleblowing | 56 |
| 3. Internes Whistleblowing | 58 |
| a. Ausgangslage | 58 |
| b. Erlaubtes internes Whistleblowing | 62 |
| VI. Schutz von Whistleblowern in der Schweiz | 63 |
| 1. Grundlagen | 63 |
| 2. Schutz vor Kündigung | 64 |
| a. Kündigung im Allgemeinen | 64 |
| aa. Ordentliche Kündigung | 64 |
| bb. Missbräuchliche Kündigung | 64 |
| cc. Fristlose Kündigung | 66 |
| b. Konkrete Auswirkungen auf Whistleblower | 67 |
| 3. Schutz vor anderen Sanktionen | 70 |
| a. Allgemeines | 70 |
| b. Degradierung und Verweigerung von Beförderungen | 71 |
| c. Mobbing | 71 |
| 4. Zwischenfazit | 72 |
| § 4. Rechtliche Situation im öffentlichen Recht | 75 |
| I. Ausgangslage | 75 |
| II. Situation auf Bundesebene | 76 |
| III. Situation im Bereich der Kantone | 79 |
| 1. Ausgangslage | 79 |
| 2. Kanton Basel-Stadt | 80 |
| a. Gesetzliche Grundlagen | 80 |
| b. Thematisierung auf kantonaler Ebene | 83 |
| 3. Kanton Zürich | 85 |
| a. Gesetzliche Grundlagen | 85 |
| b. Thematisierung auf kantonaler Ebene | 89 |
| IV. Zwischenfazit | 90 |
| § 5. Zusammenfassung der rechtlichen Situation in der Schweiz | 93 |
| I. Keine explizite Schutznorm in der Schweiz | 93 |
| II. Die Angst vor Missbrauch und übertriebener Überwachung | 96 |
| Teil III. Whistleblowing im internationalen Vergleich | 101 |
| § 6. Einleitende Bemerkung | 101 |
| § 7. Whistleblowing in Kontinentaleuropa | 103 |
| I. Ausgangslage | 103 |

| | |
|---|-----|
| II. Deutschland | 104 |
| III. Frankreich | 106 |
| IV. Niederlande | 108 |
| § 8. Whistleblowing in Common Law-Staaten | 109 |
| I. Ausgangslage und Hypothese | 109 |
| II. Situation in den USA | 111 |
| 1. Grundsätzliches zur US-amerikanischen Whistleblower-Gesetzgebung | 111 |
| a. Ausgangslage | 111 |
| b. Die Employment-at-will-Doktrin | 112 |
| aa. Grundlagen | 112 |
| bb. Die Public-Policy-Ausnahme | 112 |
| cc. Die First-Amendment-Rechtsprechung als Ausnahme | 113 |
| c. Weitere Regelungen | 115 |
| 2. Weitere Regelungen auf Bundesebene | 115 |
| a. National Labor Relations Act (NLRA) und spätere Entwicklung | 115 |
| b. Civil Service Reform Act (CSRA) | 116 |
| c. Whistleblower Protection Act (WPA) | 117 |
| d. Federal False Claims Act (FFCA) | 120 |
| e. Dodd-Frank Act 2010 | 123 |
| f. Sarbanes-Oxley Act 2002 (SOX) | 124 |
| g. Weitere Regelungen | 124 |
| 3. Würdigung | 125 |
| III. Australien | 126 |
| 1. Ausgangslage | 126 |
| 2. Ebene der einzelnen Staaten | 128 |
| a. Grundlagen | 128 |
| b. Die einzelnen gesetzlichen Regelungen | 129 |
| aa. Ausgangslage | 129 |
| bb. Anwendungsbereich | 130 |
| cc. Vertraulichkeit/Anonymität | 130 |
| dd. Verbot von Repressionen und Diskriminierungen | 130 |
| ee. Rechtliche Handhabung bei Verletzungen | 131 |
| ff. Meldungen von Missständen an Medien | 131 |
| 3. Ebene des Commonwealth | 132 |
| a. Privatrechtlicher Sektor | 132 |
| aa. Ausgangslage | 132 |
| bb. Corporations Act 2001 | 133 |
| aaa. Protected Disclosure gemäss Corporations Act | 133 |

| | | |
|-------|---|-----|
| | bbb. Schutzbestimmungen für Whistleblower | 134 |
| | ccc. Kritische Würdigung | 136 |
| | ddd. Revisionsbestrebungen | 139 |
| | cc. Workplace Relations Amendment Act 2004 | 140 |
| | dd. Kartellrechtliche Bestimmungen | 141 |
| | ee. Australian Standard | 142 |
| | ff. Finanzdienstleistungs-Sektor | 144 |
| | b. Öffentlichrechtlicher Sektor | 146 |
| | 4. Relevanz in der Praxis | 148 |
| | 5. Würdigung | 150 |
| IV. | Grossbritannien | 152 |
| | 1. Ausgangslage | 152 |
| | 2. Der Public Interest Disclosure Act 1998 (PIDA) | 153 |
| | a. Public Disclosure im Sinne des PIDA | 153 |
| | b. Internal und External Disclosure | 154 |
| | c. Schutz vor Vergeltungsmassnahmen | 156 |
| § 9. | Japan | 158 |
| | I. Ausgangslage | 158 |
| | 1. Das japanische Rechtssystem als «Hybrid» | 158 |
| | 2. Spezifische kulturelle und sozio-ökonomische Eigenheiten | 158 |
| | II. Der Whistleblower Protection Act von 2004 | 161 |
| | 1. Regelungszweck | 161 |
| | 2. Whistleblowing durch einen Arbeiter | 161 |
| | 3. Gutgläubigkeit | 162 |
| | 4. Meldungsfähige Angelegenheit | 162 |
| | 5. Zuständigkeit des Empfängers einer Meldung | 163 |
| | 6. Schutz von Whistleblowern | 164 |
| | 7. Weitere Bestimmungen | 165 |
| | III. Kritische Würdigung des Whistleblower Protection Acts | 166 |
| § 10. | Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – eine zusammenfassende Schlussbetrachtung | 170 |
| § 11. | Der Spezialfall – Sarbanes-Oxley Act von 2002 | 173 |
| | I. Grundlagen | 173 |
| | 1. Ausgangslage und Hintergrund | 173 |
| | 2. Zielsetzung des Sarbanes-Oxley Acts | 175 |
| | 3. Konfliktpotenzial mit Berufspflichtigen Schweizer Revisoren | 176 |
| | II. Whistleblower-Bestimmungen in SOX | 179 |

| | |
|---|-----|
| 1. Grundlagen | 179 |
| 2. Section 301 – Implementierung interner Meldemöglichkeiten | 179 |
| 3. Section 806 – Whistleblower Protection Statute | 182 |
| a. Schutz vor Vergeltungsmassnahmen | 182 |
| b. Verwaltungs- und zivilrechtliche Konsequenzen | 183 |
| 4. Section 1107 – strafrechtliche Sanktionen | 184 |
| 5. Section 307 – Meldepflicht für Rechtsanwälte und Bevollmächtigte | 185 |
| a. Grundlagen | 185 |
| b. Konfliktpotenzial mit den Berufspflichten des Anwalts | 186 |
| aa. Das Anwaltsgeheimnis in den USA | 186 |
| bb. Konfliktpotenzial mit Section 307 SOX | 186 |
| 6. Exkurs – Diskussion in der Schweiz | 188 |
| III. Extraterritoriale Anwendung des Sarbanes-Oxley Acts | 190 |
| 1. Ausgangslage | 190 |
| 2. Extraterritoriale Wirkung von Section 301 | 191 |
| 3. Extraterritoriale Wirkung von Section 806 | 195 |
| a. Grundlagen | 195 |
| b. Ruben Camero v. Boston Scientific Corp. | 196 |
| aa. Ausgangslage | 196 |
| bb. Urteil des United States Court of Appeals | 198 |
| c. Rosemary O'Mahony v. Accenture LTD and Accenture LLP | 200 |
| aa. Ausgangslage | 200 |
| bb. Urteil des United States District Courts | 201 |
| d. Würdigung | 202 |
| e. Einfluss des Dodd-Frank Acts 2010 | 206 |
| 4. Extraterritoriale Wirkung von Section 1107 | 208 |
| 5. Extraterritoriale Wirkung von Section 307 | 208 |
| Teil IV. Gesetzgebungsprojekte im Schweizer Privatrecht | 211 |
| § 12. Ausgangslage | 211 |
| § 13. Vorstösse auf Bundesebene | 215 |
| I. Ausgangslage | 215 |
| II. Vorentwurf betreffend Sanktionen | 218 |
| § 14. Vorentwurf betreffend Schutz von Whistleblowern | 222 |
| I. Ausgangslage | 222 |
| II. Geprüfte Lösungsmöglichkeiten und vorgeschlagene Lösungen | 223 |

| | |
|--|-----|
| 1. Verpflichtung zur Implementierung interner Meldeverfahren | 223 |
| 2. Erlass eines Spezialgesetzes | 224 |
| 3. Meldepflichten | 225 |
| 4. Strengere Sanktionen bei Kündigungen | 226 |
| 5. Sanktionierung weiterer Vergeltungsmassnahmen | 226 |
| III. Vorgeschlagene Änderungen des Obligationenrechts | 227 |
| 1. Ausgangslage | 227 |
| 2. Gesetzliche Regelung der Voraussetzungen für rechtmässige Meldungen | 228 |
| 3. Ausdrückliche Regelung als Missbräuchlichkeitstatbestand | 232 |
| IV. Würdigung und Ergänzungsvorschläge | 233 |
| 1. Würdigung des Revisionsentwurfes | 233 |
| 2. Ergänzungs- und Änderungsvorschläge | 237 |
| a. Erweiterung des Anwendungsbereichs | 237 |
| b. Beschränkte Pflicht zur Einführung von internen Meldestellen | 238 |
| c. Verschärfung der Sanktionen von Vergeltungsmassnahmen | 243 |
| d. Strafrechtliche Sanktionen | 246 |
| e. Beweislasterleichterung | 246 |
| f. Immunität vor zivil – und strafrechtlicher Verfolgung | 247 |
| 3. Fazit | 249 |
| Teil V. Whistleblowing als Teilaspekt der internen Unternehmenskontrolle | 253 |
| § 15. Corporate Governance, interne Kontrolle und Compliance | 253 |
| I. Ausgangslage | 253 |
| II. Begriffliches und Grundlagen | 253 |
| 1. Corporate Governance | 253 |
| a. Grundlagen | 253 |
| b. Definition | 256 |
| c. Kernelemente der Corporate Governance | 256 |
| d. Shareholder-Value einer «guten» Corporate Governance | 258 |
| 2. Interne Kontrolle | 260 |
| a. Ausgangslage | 260 |
| b. Definition und Zielsetzung | 261 |
| c. Konkrete Ausgestaltung interner Kontrollsysteme | 263 |
| d. Das COSO-Modell | 264 |

| | | |
|-------|---|-----|
| aa. | Grundlagen | 264 |
| bb. | Die Elemente des COSO-Modells | 266 |
| aaa. | Zielkategorien von COSO | 266 |
| bbb. | Kontrollumfeld | 267 |
| ccc. | Risikobeurteilung | 267 |
| ddd. | Kontrollaktivitäten | 268 |
| eee. | Information und Kommunikation | 268 |
| fff. | Überwachung (Monitoring) | 269 |
| e. | Arten von Kontrollen | 270 |
| f. | Zuständigkeit für interne Kontrollen | 270 |
| g. | Interne Kontrolle in der Praxis | 272 |
| 3. | Compliance | 273 |
| a. | Ausgangslage | 273 |
| b. | Herkunft des Begriffs und Definition | 274 |
| c. | Sinn und Zweck eines Compliances-Konzepts | 275 |
| III. | Zusammenspiel Corporate Governance, interne Kontrolle und Compliance | 276 |
| § 16. | Rechtliche Grundlagen in der Schweiz | 279 |
| I. | Ausgangslage | 279 |
| II. | Geschichtlicher Hintergrund | 280 |
| III. | Gesetzliche Grundlagen | 281 |
| 1. | Bestimmungen im Aktienrecht – Organisation und Kompetenzverteilung | 281 |
| a. | Organisation und Aufgaben des Verwaltungsrats | 281 |
| aa. | Die innere Organisation des Verwaltungsrats | 281 |
| bb. | Aufgaben des Verwaltungsrats | 281 |
| cc. | Unübertragbare und unentziehbare Aufgaben des Verwaltungsrats | 282 |
| b. | Zuständigkeit im Bereich Corporate Governance und interne Kontrolle | 284 |
| 2. | Bestimmungen im Revisionsrecht | 285 |
| a. | Die Gesetzesrevision von 2005 | 285 |
| b. | Finanzverantwortung als unübertragbare und unentziehbare Aufgabe | 286 |
| c. | Prüfungshandlungen im Bereich der internen Kontrolle | 286 |
| aa. | Ausgangslage | 286 |
| bb. | Angaben zur Risikobeurteilung im Anhang | 288 |
| cc. | Das zu berücksichtigende interne Kontrollsystem | 289 |
| 3. | Bestimmungen im Strafrecht | 290 |
| a. | Rechtliche Ausgangslage | 290 |

| | | |
|-------|--|-----|
| | b. Der Corporate Governance-Gedanke im Unternehmensstrafrecht | 292 |
| | 4. Weitere gesetzliche bzw. aufsichtsrechtliche Bestimmungen | 294 |
| | a. Besondere Bestimmungen im Finanzsektor | 294 |
| | b. FINMA-Rundschreiben 2008/24 | 295 |
| | c. Rechtfertigung besonderer Vorschriften im Finanzsektor | 298 |
| | 5. Richtlinien und Standards | 298 |
| | a. Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance | 298 |
| | b. Richtlinie Corporate Governance der SIX | 299 |
| | 6. OECD | 300 |
| § 17. | Whistleblowing als Teilaspekt der internen Kontrolle | 302 |
| | I. Ausgangslage | 302 |
| | II. Whistleblowing als Bestandteil der internen Kontrolle | 303 |
| | 1. Whistleblowing und das Kontrollumfeld | 303 |
| | 2. Whistleblowing und die Risikobeurteilung | 304 |
| | 3. Whistleblowing und die Kontrollaktivität | 305 |
| | 4. Whistleblowing und Kommunikation sowie Information | 306 |
| | 5. Whistleblowing und Überwachung | 309 |
| | 6. Zwischenfazit | 309 |
| | III. Whistleblower-Reglemente in Organisationen | 310 |
| | 1. Ausgangslage | 310 |
| | 2. Ausgestaltung eines Whistleblower-Reglements | 313 |
| | a. Einleitende Bemerkungen | 313 |
| | b. Eckpunkte eines Whistleblower-Reglements | 314 |
| | aa. Bekenntnis zu einwandfreier Geschäftstätigkeit | 314 |
| | bb. Bekenntnis zur Förderung von internem Whistleblowing | 314 |
| | cc. Definition der zu einer Meldung Berechtigten | 316 |
| | dd. Definition der meldefähigen Missstände | 317 |
| | ee. Klar definierte und effektive Melde- und Untersuchungsverfahren | 317 |
| | ff. Schutz vor Sanktionierungen | 319 |
| | gg. Vertraulichkeit und Anonymität | 321 |
| | IV. Fazit | 322 |
| | 1. Whistleblowing als Bestandteil einer effektiven Unternehmenskontrolle | 322 |
| | 2. Beschränkter Einfluss interner Kontrollen | 323 |

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 3. Empfehlungen für die Zukunft | 325 |
| Zusammenfassende Schlussbetrachtung | 327 |
| Anhang 1 | 335 |
| Anhang 2 | 340 |