Kellerhals Carrard

WHISTLEBLOWING IM GESUNDHEITSWESEN

2. GESUNDHEITS-RECHT TAG

31. MAI 2021

1

Kellerhals Carrard

THEMEN

1. Was ist Whistleblowing?
2. Auftreten im Gesundheitsbereich
3. Die Rechtslage
4. Exkurs: Die Perspektive des Whistleblowers
5. Whistleblowing aus arbeitsrechtlicher Sicht
6. Was sollte eine Organisation vorkehren?
   i. Umgang mit einer Meldung
   ii. Internes System
   iii. Schutz des Whistleblowers
7. Take-aways
8. Exkurs: Interne Untersuchungen

2

Kellerhals Carrard

3

Kellerhals Carrard

1. WAS IST WHISTLEBLOWING?

- Offenlegen von innerbetrieblichen Missständen durch einen Insider
- Vom Englischen „to blow the whistle", sinngemäss „etwas aufdecken", „jemanden verpfeifen"
- Ein Whistleblower:
  - weist auf Missstände in Unternehmen, Verwaltungen etc. hin (illegales, illegitimes, unmoralisches Fehlverhalten sowie andere ernsthafte Risiken);
  - ist meist Arbeitnehmer oder Kunde;
  - berichtet i.d.R. aus eigener Erfahrung;
  - informiert eine unternehmensinterne oder -externe Stelle, damit diese Massnahmen gegen den Missstand ergreift, oder er gelangt direkt an die Medien und/oder die Öffentlichkeit.

4

Kellerhals Carrard

1. WAS IST WHISTLEBLOWING?

- Folge von Whistleblowing kann Rufschädigung von Institutionen, Organisationen und/oder einzelner Personen (u.U. Whistleblower selbst) sein
- Beispiele:

  André Plass (Universitätsspital Zürich); Lothar Gawlik (Landesspital Liechtenstein); Brigitte Heinisch (Altenpflegeheim in Berlin); Esther Wyler und Margrit Zopfi (Sozialdepartement Zürich); Radio Télévision Suisse (RTS); Wachmann Christoph Meili (SBG); Bradley Birkenfeld (UBS); Edward Snowden (NSA)
- Risiko für WB: strafrechtliche Sanktionen, disziplinarische Massnahmen (z.B. Kündigung), andere Repressalien

5

Kellerhals Carrard

2. AUFTRETEN IM GESUNDHEITSWESEN

Whistleblower können z.B. sein:

- (ehemalige) Mitarbeiter*innen
- (ehemalige) Geschäftsleitungsmitglieder oder Verwaltungsratsmitglieder
- Patient*innen / Heimbewohner*innen
- Angehörige
- Lieferanten / Kunden
- Dienstleister*innen
- Vertragspartner*innen (Kooperationen)

6

Kellerhals Carrard

2. AUFTRETEN IM GESUNDHEITSWESEN

Gegenstand kann sein (beispielhafte Aufzählung):

- Sexuelle Belästigung (von Mitarbeiter*innen oder Patient*innen oder Bewohner*innen)
- Diskriminierung (von Mitarbeiter*innen oder Patient*innen oder Bewohner*innen)
- Mobbing (von Mitarbeiter*innen)
- Systematische Behandlungsfehler / Misshandlungen (von Patient*innen oder Bewohner*innen)
- Korruption / Bestechung
- Subventionsbetrug
- Ungetreue Geschäftsführung / Veruntreuung
- Wettbewerbsverzerrende Absprachen
- Verletzen interner Normen oder branchenspez. Regelungen / Normen
- Verletzen akademischer Standards

7

Kellerhals Carrard

2. AUFTRETEN IM GESUNDHEITSWESEN

Besonderheit im Gesundheitsbereich

- Besonders hohes öffentliches Interesse, über Missstände informiert zu werden
- Grosse wirtschaftliche Bedeutung
- Oft ausgeprägtes Machtgefälle
- Stark reglementiert
- Häufig komplexe (Unternehmens-)Strukturen
- Ein herausforderndes Umfeld (Stichwort: Organisation/Planung, Personalmangel, etc.)
- Politisch exponiert (häufig ist Politik involviert oder zumindest interessiert)
- Unternehmen in diesem Bereich haben besondere Bedeutung für das Allgemeinwohl
- Patienten oder Pflegebedürftige sind in vielen Fällen hilflos ausgeliefert

8

Kellerhals Carrard

2. AUFTRETEN IM GESUNDHEITSWESEN

Besondere Erwartungshaltung:

- Die Anforderungen an Akteure im Gesundheitswesen sind vielfältig und teilweise widersprüchlich: ausgezeichnete Patientenversorgung gewährleisten, betriebswirtschaftlich arbeiten und effizient sein, äusserste Sorgfalt in ihren Behandlungs-/Pflegeroutinen pflegen, Neuerungen vorantreiben und innovativ sein, Nachwuchs ausbilden und Forschung betreiben.
- Ausserdem sollen alle ethischen Anforderungen erfüllt werden, sollen die Akteure einer kritischen Öffentlichkeit standhalten und den politisch Verantwortlichen keine Probleme bereiten.

9

Kellerhals Carrard

2. AUFTRETEN IM GESUNDHEITSWESEN

Unternehmenskultur:

- Trotz aller formalen Strukturen, Weisungen, Regelungen und Guidelines, die definieren, was wie zu tun und was zu unterlassen ist: Die Menschen in einem Unternehmen/einer Institution produzieren miteinander eine Kultur. Diese Kultur prägt, welche Probleme gesehen und welche ignoriert werden, welche Lösungen und Personen gewählt werden, welche Praktiken toleriert und welche sanktioniert werden, und wie miteinander umgegangen wird.
  → Die (vor-)gelebte Kultur in einer Organisation ist zentral
- Normverstösse oder Patienten schädigendes Verhalten sind anzuzeigen.
- Wenn alle Meldeversuche und Dienstwege versagen, hat Whistleblowing eine wichtige Funktion.

10

Kellerhals Carrard

2. AUFTRETEN IM GESUNDHEITSWESEN

Funktionierende Meldesysteme:

- Persönliche und anonyme Meldemöglichkeit
  - Diese Möglichkeit ist zentral. Im Vordergrund sollen die gemeldeten Missstände stehen, nicht die Person des Whistleblowers
- Unabhängige interne oder externe Meldestelle
- Zeit- und sachgerechte Reaktion ist entscheidend.
  - Meldungen von Whistleblowern sind Frühwarnsignale für die Leitungsorgane. Dahinter können sich grosse Risiken verbergen.
- Gemeldete Hinweise ernst nehmen, sorgfältig abklären und ggf. geeignete Massnahmen treffen.
  - Trotz Verdachtsmomenten nicht oder nur halbherzig zu handeln, kann entstandenen Schaden zusätzlich vergrössern
- Critical Incident Reporting Systems (CIRS) als besondere Meldesysteme

11

Kellerhals Carrard

2. AUFTRETEN IM GESUNDHEITSWESEN

Ombuds- und sonstige Anlaufstellen (beispielhafte Aufzählung):

- Ombudsstelle für das Spitalwesen des Kantons Bern
- Ombudsstelle Spitäler Nordwestschweiz
- Ombudsstelle Inselspital
- Ombudsstelle der Ärztegesellschaft des Kantons Zürich
- Ombudsstelle der Gesellschaft der Ärztinnen und Ärzte des Kantons Solothurn
- Unabhängige Beschwerdestelle für das Alter UBA / alter ego
- Ombudsstelle für pflegebedürftige Menschen Kanton Aargau
- Stiftung Bernische Ombudsstelle für Alters-, Betreuungs-und Heimfragen
- Ombudsstelle soziale Institutionen Kanton Solothurn
- OSP Organisation Suisse des Patients Lausanne
- Patientenstelle Westschweiz
- Swissmedic

12

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: GESETZLICHE REGELUNG HEUTE

- Stand heute: **Kein spezifischer gesetzlicher Schutz** von Whistleblowern im Privatrecht
- Diverse Anläufe gescheitert
  - 2003: Vorstoss NR Remo Gysin
  - 2007: Auftrag zur gesetzlichen Verankerung des Schutzes für Whistleblower an BR
  - 1. Anlauf des BR ist 2015 im NR gescheitert
  - 2. Anlauf ist in der Frühlingssession 2020 definitiv gescheitert
    → Der Ständerat hat sich zwar für die Vorlage ausgesprochen, doch der Nationalrat hat sie in der ersten Lesung im Juni 2019 deutlich abgelehnt. Mit dem zweiten Nein im Frühjahr 2020 hat der Nationalrat den Gesetzesvorschlag 2020 definitiv beerdigt
- Keine gesetzliche Neuregelung des Whistleblowings in naher Zukunft in der Schweiz
- Es bleibt bei **Einzelfallbeurteilung durch Gerichte**

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 13

13

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: GESETZLICHE REGELUNG HEUTE

- **kein** spezifischer gesetzlicher Schutz im Arbeitsrecht;
- Gerichte müssen im **Einzelfall** entscheiden, ob die Betätigung als Whistleblower und eine allfällige Kündigung als Konsequenz davon mit dem geltenden Recht vereinbar sind;
- Arbeitnehmer werden primär geschützt über Art. 336 OR (missbräuchliche Kündigung) und allenfalls GlG (Schutz vor diskriminierender Kündigung);
- Staatsanwaltschaften und Gerichte werden bei Strafanzeigen/–anträgen gegen WB im Einzelfall entscheiden müssen, ob strafbares Verhalten vorliegt (z.B. Amts-/Berufs-/Geschäftsgeheimnisverletzung; Verleumdung etc.).

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 14

14

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: GESETZESÄNDERUNGSVORSCHLAG (DURCHGEFALLEN!)

- Der (abgelehnte) Gesetzesentwurf sah eine dreistufige Meldekaskade vor, wenn nachvollziehbarer Verdacht vorliegt:
  - zuerst Meldung an den Arbeitgeber,
  - dann an die zuständige Behörde,
  - und erst in der letzten Stufe an die Öffentlichkeit.
- Wären Kaskade und deren Voraussetzungen eingehalten gewesen = Meldung grundsätzlich im Einklang mit der Treuepflicht (Art. 321a[bis] E-OR).
- Mit der Vorlage hätte das vom Bundesgericht entwickelte Kaskadenprinzip gesetzlich verankert werden sollen.
- Einen eigentlichen Kündigungsschutz sah die Vorlage nicht vor. Auch hinsichtlich Beweisproblematik des WB enthielt die Vorlage keine Erleichterungen.

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 15

15

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: EU WHISTLEBLOWER-RICHTLINIE → BEDEUTUNG FÜR CH?

- EU Whistleblower-Richtlinie am 16. Dezember 2019 in Kraft getreten.
- Bis zum 17. Dezember 2021 Umsetzungsfrist für Mitgliedstaaten in nationales Recht
  - Pflicht zur Einrichtung eines internen Meldesystems
  - Schutz der Whistleblower vor Vergeltungsmassnahmen (Kündigung, Degradierung, Belästigung, etc.)
  - Prozessuale Beweislastumkehr zugunsten des hinweisgebenden Arbeitnehmers
  - Angemessene und abschreckende Sanktionen im Falle unrechtmässiger Meldungsbeschränkungen oder Vergeltungsmassnahmen gegen WB
  - Schadenersatzanspruch des WB nicht nur für unmittelbare Schäden, sondern auch für künftige finanzielle Einbussen und immaterielle Schäden
- International tätige CH-Unternehmen sind gut beraten, die Unterstellung und ggf. die interne Umsetzung der EU-Richtlinie genau zu prüfen.
- Es bleibt abzuwarten, welchen konkreten Einfluss die EU-Richtlinien auf in der Schweiz tätige internationale Unternehmen haben wird.

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 16

16

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: GESETZLICHE REGELUNG

BETREFFEND BUNDESPERSONAL

- Die Angestellten sind **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 EFK **anzuzeigen** (Art. 22a Abs. 1 BPG).
- Wer in guten Treuen eine Anzeige erstattet, darf deswegen nicht in seiner beruflichen Stellung benachteiligt werden (vgl. Art. 22 Abs. 5 BPG). Wird einem Angestellten aufgrund einer solchen Anzeige gekündigt (sog. „Kündigung wegen Whistleblowing"), so erwächst ihm ein Anspruch auf **Weiterbeschäftigung** (vgl. Art. 34c Abs. 1 Bst. a BPG).
- Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung besteht ebenso im Falle einer missbräuchlichen oder diskriminierenden Kündigung (Art. 336 i.V.m. Art. 34c Abs. 1 Bst. b bzw. Art. 34c Abs. 1 Bst. d BPG).

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 17

17

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: RECHTSPRECHUNG

BUNDESGERICHT

- **ATF 127 III 310 vom 30. März 2001 (Leitentscheid):** Externes Whistleblowing kann **ausnahmsweise** dann **zulässig** sein, wenn ein übergeordnetes Interesse gegeben ist. Allerdings muss bei externem Whistleblowing der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet werden und es gilt das sog. **Kaskadenprinzip**. d.h. der Arbeitnehmer muss – sofern zumutbar – die Missstände zuerst die Arbeitgeberin intern anzeigen, bevor er sich an eine zuständige Behörde oder bevor er sich als letzte Massnahme an die Öffentlichkeit wendet (sog. Kaskadenprinzip).
- **BGE 4A_2/2008 vom 8. Juli 2008:** Der Bankangestellte, der gutgläubig einen Anwalt der Bank über seinen Verdacht informierte, dass der Direktor strafbare Handlungen vorgenommen habe, hat sich nicht pflichtwidrig verhalten, wenn kein besonderes bankinternes Verfahren vorgesehen ist. Das Bundesgericht qualifizierte seine Entlassung als missbräuchlich.

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 18

18

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: RECHTSPRECHUNG

BUNDESGERICHT

- **BGer 6B_305/2011 vom 12. Dezember 2011** (betr. Amtsgeheimnisverletzung; strafrechtl. Verurteilung) → Kaskadenprinzip bestätigt:

  *«Der aussergesetzliche Rechtfertigungsgrund der Wahrung berechtigter Interessen setzt nach der Rechtsprechung unter anderem voraus, **dass die Straftat** zur Erreichung des Ziels **notwendig und angemessen ist und den einzig möglichen Weg darstellt**. »* (…)

  *«Die inkriminierte Handlung **war nicht der einzig mögliche Weg** zur Erreichung des Ziels, den Kampf gegen den Sozialhilfemissbrauch und die diesbezüglichen Kontrollen deutlich zu verstärken. Die Beschwerdeführerinnen **hätten sich an verschiedene Stellen ausserhalb der Hierarchie des Sozialdepartements**, in dem sie tätig waren, **wenden können**, um über ihre Wahrnehmungen und Erfahrungen in der Praxis zu berichten. (…) Eine geeignete Anlaufstelle war der Rechtsdienst.»*

→ Schwierigkeit «zuständige Behörde»: Je nach Fall z.B. Straf- oder Verwaltungsbehörde; Arbeitsinspektorat; Aufsichtsorgan bei Kanton oder Bund, politisches Kontrollorgan (Departementsleitung oder Geschäftsprüfungskommission); Rechtsdienst; Ombudsstelle etc.

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 19

19

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: RECHTSPRECHUNG

BUNDESGERICHT

- **BGE 6B_200/2018 vom 8. August 2018 (betr. Verletzung des Bankgeheimnisses) → Präzisierung der Rechtsprechung:**

  Whistleblowing = (aus strafrechtlicher Perspektive) **aussergesetzlicher Rechtfertigungsgrund** der Wahrung berechtigter Interessen. Voraussetzung ist grundsätzlich, dass zuvor der Rechtsweg mit legalen Mitteln beschritten und ausgeschöpft worden ist. Die inkriminierte Handlung muss ein zum Erreichen des angestrebten berechtigten Ziels notwendiges und angemessenes Mittel darstellen und offenkundig weniger schwer wiegen als die Interessen, die der Täter zu wahren sucht. Vorliegend verneint und vorinstanzliche Verurteilung bestätigt.

  Zwei interessante Take-aways:
  - Kommunikation zwischen Whistleblower und beigezogenem Rechtsanwalt ist als Folge der Bedeutung des **Anwaltsgeheimnisses** gerechtfertigt. Eine Strafbarkeit des Whistleblowers scheidet hier aus.
  - Art. 301 Abs. 1 StPO (*«Jede Person ist berechtigt, Straftaten bei einer Strafverfolgungsbehörde schriftlich oder mündlich anzuzeigen.»*) erlaubt dem Whistleblower zu jedem Zeitpunkt die Kontaktierung der **Strafverfolgungsbehörden** (z.B. Polizei, Staatsanwaltschaft). Der Whistleblower kann im Prinzip auf eine interne Meldung verzichten und direkt Strafanzeige erstatten. Allerdings wird das nur Konsequenzen haben, wenn es sich um mutmassliche Straftaten handelt.

  Umso wichtiger: Wirksame interne Whistleblowing-Prozesse, die das Anliegen des Whistleblowers ernst nehmen.

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 20

20

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: RECHTSPRECHUNG

KANTONALE RECHTSPRECHUNG

– **OGer UR, OG V 15 17 vom 10. Juni 2016:**

„Weil die Bediensteten der öffentlichen Verwaltung eine Pflicht zu Loyalität im Amt sowie zu Zurückhaltung und Diskretion haben, wird vom Whistleblower erwartet, dass er nicht aus subjektiven Gründen (wie Frustration, Rachsucht, kommerzielle Verwertung der Weitergabe von Informationen), sondern ***im Interesse notwendiger oder jedenfalls wünschenswerter Reformen, also im öffentlichen Interesse****, handelt. (…) Für ein schützenswertes Whistleblowing ist das Vorliegen eines Missstandes alleine nicht ausreichend. Insbesondere muss das Vorgehen des Whistleblowers den genannten Anforderungen hinsichtlich des Motivs und der Verhältnismässigkeit entsprechen. "*

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 21

21

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: RECHTSPRECHUNG

KANTONALE RECHTSPRECHUNG

– **OGer ZH, A130043 vom 6. März 2014:**

„Beschwert sich ein Arbeitnehmer bei seinen Vorgesetzten über Missstände am Arbeitsplatz (Whistleblowing) und wird ihm in der Folge gekündigt, kann eine missbräuchliche Kündigung im Sinne von Art. 336 OR vorliegen. Voraussetzung dafür ist aber, dass sich der Arbeitnehmer ***nach Treu und Glauben verhält****, was nicht der Fall ist, wenn er selber die beklagten Missstände mitverschuldet hat. Sodann muss ein* ***klarer Kausalzusammenhang*** *zwischen der Beschwerde und der Kündigung bestehen; eine Kündigung aus anderen Gründen ist trotz eines Whistleblowings zulässig".*

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 22

22

Kellerhals Carrard

3. RECHTSLAGE: RECHTSPRECHUNG

KANTONALE RECHTSPRECHUNG

– **OGer ZH, RA150002-O/U vom 27. Oktober 2015:**

Anordnung von Schutzmassnahmen für Whistleblowerinnen im Gerichtsverfahren gegen den Beschuldigten verneint.

«Wird eine Meldung über sexuelle Übergriffe gemacht, kann ein Verdacht nur erhärtet werden, wenn klar ermittelt wird, gegenüber wem, wann, was genau gemacht respektive gesagt worden ist. Genau diesen Fragen ist die Beklagte in ihrer internen Untersuchung nachgegangen und hat die Ergebnisse dokumentiert (interne Aktennotiz samt Anhänge).»

«Verspricht nun die Beklagte ihren Mitarbeiterinnen eine über die Whistleblower-Policy hinausgehende Vertraulichkeit (Urk. 1 S. 10), so kann dies nicht zulasten der "Verteidigungsrechte" des Klägers gehen. Etwaige mit solchen Versprechen einhergehende Verluste ihrer Glaubwürdigkeit und damit verbunden eine Erschütterung ihres Whistleblower-Systems als solches hat sie selbst verschuldet. (…) Es rechtfertigt sich nicht, aus diesem Grund das rechtliche Gehör des Klägers zu beschneiden.»

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 23

23

Kellerhals Carrard

4. EXKURS: DIE PERSPEKTIVE DES WHISTLEBLOWERS

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021- 24

24

Kellerhals Carrard

4. EXKURS: DIE PERSPEKTIVE DES WHISTLEBLOWERS

- Vorsicht und Sorgfalt walten lassen
- Optionen abklären und sich über interne Systeme/Abläufe informieren
- Rechtliche Beratung (allenfalls alles über Anwalt laufen lassen)
  - Vor Sanktionen und Repressionen kann sich ein WB schützen, indem er Beweise für die Machenschaften bei einem Anwalt deponiert, der an der Stelle des WB an die Vorgesetzten, zuständigen Behörden und später allenfalls an die Medien gelangt. Der WB selbst bleibt anonym.
- Anonyme Meldeplattformen?
- Unabhängige Beschwerdestellen (z.B. Unabhängige Beschwerdestelle für das Alter «UBA»)
- Keine Anonymität mehr im Falle eines Gerichtsverfahrens?
- Der Gang direkt an die Medien → Quellenschutz als bester Schutz?

25

Kellerhals Carrard

5. WHISTLEBLOWING AUS ARBEITSRECHTLICHER SICHT

Melderecht

- Grundsatz: Meinungsäusserungsfreiheit
- Arbeitnehmende haben das Recht, die Arbeitgeberin auf Missstände hinzuweisen (4A_432/2009, E. 2.2.2)
  - → Meldung von Missständen ist grundsätzlich im Interesse der Arbeitgeberin
- Grenze: Keine missbräuchlichen Meldungen
  - → Treuepflicht darf nicht verletzt werden

26

Kellerhals Carrard

5. WHISTLEBLOWING AUS ARBEITSRECHTLICHER SICHT

Meldepflicht

- Gesetz: Keine gesetzlich verankerte Meldepflicht (ausser Art. 10 Abs. 2 ArGV3 → Gesundheitsschutz)
- Rechtslehre:
  - Ausfluss der Treuepflicht gegenüber Arbeitgeberin
    - → Schaden von der Arbeitgeberin abwenden
    - → Störungen im Arbeitsvollzug, Missstände und Unregelmässigkeiten im Betrieb melden
    - → Meldung von Verfehlungen von anderen Mitarbeitenden (umstritten)
  - Wesentliche Missstände (mögliche Schädigung der Arbeitgeberin) müssen unabhängig von der Tätigkeit und Stellung des Arbeitnehmers gemeldet werden

27

Kellerhals Carrard

5. WHISTLEBLOWING AUS ARBEITSRECHTLICHER SICHT

- Grenze der Meldepflicht
  - → Kein begründeter Verdacht
  - → Arbeitgeberin hat bereits Kenntnis vom Missstand
  - → Keine Selbstbelastung

28

Kellerhals Carrard

6. WAS SOLLTE EINE ORGANISATION VORKEHREN?

Präventive Massnahmen

- Allgemein: Unternehmenskultur
- Sehr wichtig: Aufklärung der Mitarbeiter (insb. betr. nicht tolerierter Verhaltensweisen)
- Erstellen von internen Reglementen
- Bezeichnen einer geeigneten Meldestelle (z.B. Whistleblower-Hotline)
- Erstellen eines Ablaufplans für den Ernstfall
- Organisatorische Massnahmen
- Erstellen eines Unterstützungsangebots

29

Kellerhals Carrard

6. WAS SOLLTE EINE ORGANISATION VORKEHREN?

Pflichten der Arbeitgeberin: Allgemeine Sorgfaltspflicht

Das Treffen präventiver Massnahmen ist eine gesetzliche Pflicht des Arbeitsgebers

Art. 328 OR:
Abs. 1
«Der Arbeitgeber hat im Arbeitsverhältnis die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen, auf dessen Gesundheit gebührend Rücksicht zu nehmen und für die Wahrung der Sittlichkeit zu sorgen. Er muss insbesondere dafür sorgen, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht sexuell belästigt werden und dass den Opfern von sexuellen Belästigungen keine weiteren Nachteile entstehen.»

Abs. 2
***«Er hat zum Schutz von Leben, Gesundheit und persönlicher Integrität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer** die **Massnahmen zu treffen**, die nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stand der Technik anwendbar und den Verhältnissen des Betriebes oder Haushaltes angemessen sind, soweit es mit Rücksicht auf das einzelne Arbeitsverhältnis und die Natur der Arbeitsleistung ihm billigerweise zugemutet werden kann».*

30

Kellerhals Carrard

6. WAS SOLLTE EINE ORGANISATION VORKEHREN?

Umgang mit einer Meldung

- Erste Analyse und «Triage»
- Interne oder externe Untersuchung
  - → Einzelfall zählt
  - → U.U. besteht Untersuchungspflicht (Sorgfaltspflicht der Organe, Verantwortlichkeit nach Art. 754 OR)
  - → Schutz von beschuldigten Arbeitnehmern (Art. 328 OR)
  - → Kündigung eines beschuldigten Arbeitnehmers ohne angemessene Untersuchung der Vorwürfe kann missbräuchlich sein, ist es aber nicht per se (BGE 4A_510/2010)

31

Kellerhals Carrard

6. WAS SOLLTE EINE ORGANISATION VORKEHREN?

Massnahmen bei Meldung

- Hinweise / Meldungen ernst nehmen
- Bei Verdacht oder Beschwerde rasch, diskret und fair Abklärungen vornehmen
- Bei Bedarf externe Fachperson mit einer eingehenden Untersuchung beauftragen
- Provisorische Massnahmen zum Schutz der betroffenen Person ergreifen
- Interne Kommunikation durchdenken und unter Kontrolle halten
- Vorschläge des Untersuchungsberichts umsetzen
- Bei besonders heiklen Fällen PR-Kommunikation planen

32

Kellerhals Carrard

6. WAS SOLLTE EINE ORGANISATION VORKEHREN?

Internes Whistleblowing-System

Warum?

- Externes Whistleblowing kann durch ein funktionsfähiges Whistleblowing-System verhindert werden
- Qualitätssicherung (frühzeitige Risikoerkennung; Aufdeckung bei Fehlverhalten)
- Reputationsschutzfunktion
- Haftungsvermeidung (vgl. auch Unternehmensstrafbarkeit, Art. 102 Abs. 2 StGB)
- Rechtssicherheit für AN und AG (Klarheit darüber, wer wem was wie melden darf oder muss)
- Verbesserte Kommunikation und Informationsfluss

33

Kellerhals Carrard

6. WAS SOLLTE EINE ORGANISATION VORKEHREN?

Internes Whistleblowing-System

Ausgestaltung:

- Kommunikationskultur (Meldungen = wertvoller Beitrag und kein «Verpfeifen») und Verhaltenskodex
- Klares Whistleblowingreglement
- Klare Kommunikationskanäle (Dienstweg? Rechts- oder Complianceabteilung? Externe Hotline? Externer Anwalt?)
- Massnahmen zum Schutz von Meldenden und Betroffenen
- Ein klares Verfahren (wie gelangen Hinweise an die Meldestellen, wie wird der Sachverhalt abgeklärt, wer rapportiert wem wie)
- Ausgestaltung des Systems individuell (je nach Unternehmen)
- Anmeldung der Datensammlung bei EDÖB, sofern kein interner Datenschutzverantwortlicher besteht

34

Kellerhals Carrard

6. WAS SOLLTE EINE ORGANISATION VORKEHREN?

Schutz des Whistleblowers

- Kündigungsschutz
  - Kündigung als Reaktion auf zulässiges internes oder externes Whistleblowing ist missbräuchlich (Urteil des OG LU vom 1. Dezember 2011 in: JAR 2012, S. 506)
  - Keine missbräuchliche Kündigung, wenn (Urteil des OG ZH Nr. LA130043 vom 6.3.2014):
    - sich der Whistleblower selber nicht nach Treu und Glauben verhalten hat, insbesondere bei Mitverschulden am Missstand
    - zwischen der Kündigung und dem Whistleblowing kein klarer Kausalzusammenhang besteht
- Schutz als Ausfluss der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin

35

Kellerhals Carrard

7. TAKE-AWAYS

- Vorfälle können schwerwiegende Folgen für ein Unternehmen haben
- Reputationsrisiko
- Interne Reglemente und ein internes Meldesystem dringend empfohlen
- Ein internes Meldesystem lässt sich für Unternehmen jeder Grösse und Branche massschneidern
- Ergreifen präventiver Massnahmen bewahren vor Vorfällen und vor einer Haftung im Ernstfall
- Whistleblowing als Chance erkennen
- Wichtig:
  - Unternehmenskultur / Aufklärung
  - Organisation / Vorbereitung

36

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN

- Interne Untersuchungen werden in der überwiegenden Zahl der Fälle durch **Whistleblower ausgelöst**
  - **„Disgruntled employees"** in Schlüsselpositionen, die Fehlverhalten direkt an Behörden weiterleiten, weil sie intern nicht ernst genommen wurden
  - Korruption, Geldwäscherei, Sanktionsrechtsverstösse, Kartell-und Wettbewerbsrecht etc.
  - Steigende Bedeutung von #Me Too-Untersuchungen, Cybersecurity, Datenschutz-Untersuchungen
- Interne Untersuchungen und Grad der Kooperation für global operierende Konzerne haben einen hohen Stellenwert
- Extraterritoriale Anwendung von ausländischen Gesetzen (Bsp.: FCPA, UK Bribery Act)
- Verstärkte X-Border-Behörden-Kooperation (z.B. Informationsaustausch)
- Verfolgung von Individuen neben Verfolgung von Unternehmen nimmt zu

37

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN

BGer 4C.358/2005, E. 5.2.1:

*«(…) Ergibt sich aus diesen Informationen der **Verdacht** falscher oder unsorgfältiger Ausübung der delegierten Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse, **ist der Verwaltungsrat verpflichtet, sogleich die erforderlichen Abklärungen zu treffen**, nötigenfalls durch Beizug von Sachverständigen (…)»*

Zweck einer internen Untersuchung:

- **Dient der Risikobewirtschaftung:** Kooperation oder Verteidigung im In- und Ausland setzt Faktenkenntnisse voraus
- **Teilaspekt einer effektiven Compliance** entsprechend dem Compliance-Tripel: Vorbeugen, Erkennen, Sanktionieren
- **Zeichen an Mitarbeiter**, sofern Untersuchung fair, professionell ist

38

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN

DOS

- Rasche **Plausibilisierung** der Vorwürfe
- Investigation **Hold**
- Sicherstellen der "**Chain of Custody**"
- Unterbinden von **Fehlverhalten**
- Prüfung, ob eine interne Untersuchung neben staatlichen (parallelen) Ermittlungen **zulässig** ist
- Prüfung von **Offenlegungspflichten**, inkl. gegenüber **D&O**-Versicherungen
- Prüfung von **Sofort-Massnahmen** gegenüber Arbeitnehmern
- Festlegung der **rechtlichen Strategie** als **Ausgangspunkt** der Kommunikationsstrategie

DON'TS

- **Widersprüchliches Handeln**, andernfalls funktioniert weder die interne noch die externe Kommunikation
- „**PR-Reinwaschung**"
- „**Salami-Taktik**" mit Bezug auf die Information von verschieden Anspruchsgruppen
- **Unterschiedliche Kommunikation** gegenüber verschiedenen Anspruchsgruppen

39

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN - KOMMUNIKATION

- Allfällig nötiges **Krisenmanagement** oder vorsorgliche Massnahmen sowie eine frühzeitig entwickelte **Kommunikationsstrategie** sind zentral, um die Herausforderungen zu Beginn einer internen Untersuchung zu meistern.
- Zur **Kommunikations-Toolbox** gehören zumindest ein schlüssiges und widerspruchsfreies Standby-Statement sowie ein Q&A-Katalog.
- Eine **international vernetzte Welt** lässt keine unterschiedliche Kommunikation gegenüber Medien, Staatsanwaltschaften und Aufsichtsbehörden zu.

40

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN - PROJEKTPLANUNG

DOS

- Klare und konkrete Definition des **Untersuchungszwecks** und des **Untersuchungsumfangs**
- Klare Bestimmung des **Untersuchungsmandats** und der **Aufgabenverteilung**
- Anwendung von **prozessorientierten Lösungen**
- Aufstellen eines **Untersuchungsplans** (inkl. Zeit- und Ressourcenplan)
- **Untersuchung in Phasen**
- Wahrung der Vertraulichkeit der Untersuchung („**Need-to-Know**"-Prinzip)

DON'TS

- Fehlender Fokus, **zu breiter Untersuchungsumfang**
- **Fehlendes Projektmanagement** (Workstreams, Steering Commitee)
- **Intransparente** Untersuchungen
- **Dysfunktionale Teams** (intern und extern)
- Unterschätzen von **X-Border-Fragen** (Art. 271/273/162 StGB, Datenschutz etc.) resp. deren zu späte Berücksichtigung im Prozess
- Fehlender Einbezug von **eDiscovery** in die Gesamtstrategie
- Einbezug von in die Sache **involvierten** Personen

41

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN - MITARBEITERBEFRAGUNGEN

DOS

- Sicherstellung der **Glaubwürdigkeit** und **Verwertbarkeit** der Informationen
- **Korrekte Belehrung** (Best Practices)
- Prüfung, ob der Arbeitnehmer einen **eigenen Rechtsbeistand** benötigt
- **Zeitpunkt und Reihenfolge** der Befragung berücksichtigen
  - Befragung i.d.R. nach Datenanalyse
  - I.d.R. werden untere Hierarchiestufen vor höheren befragt, und Verdächtige tendenziell am Schluss
- Prüfung eines Hinweises auf das **Selbstbelastungsprivileg**
- Bewusstsein, dass Befragung ein **kommunikativer Prozess** ist

DON'TS

- **Unfaire**, nicht objektive und unsachliche **Befragungen**, Einschüchterungen, Druckversuche, Vorverurteilungen
- Befragungen ungenügend **vorbereiten**
- **Fehlende Aktenkenntnisse**
- **Grundregeln der Befragung missachten** (fehlende Geduld, fehlendes Interesse zeigen, Fehlen einer neutralen, vertrauenserweckenden Position)
- Einlassung auf **Provokationen**, statt jederzeit sachlich zu bleiben

42

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN - MITARBEITERBEFRAGUNGEN

Best Practices der Mitarbeiterbelehrung

- Vorstellung der befragenden Personen und ihrer Rolle
- Insbesondere der Hinweis darauf, dass die anwesenden Anwälte die Interessen des Unternehmens und nicht die des befragten Mitarbeiters vertreten
- Gegenstand und Hintergrund der Befragung
- Benennung des Vorwurfs (falls anwendbar)
- Hinweis auf die Vertraulichkeit der Befragung
- Aufklärung über die beabsichtigte Verwendung der Informationen
- Hinweis auf eine Gelegenheit zur Stellungnahme
- Hinweis auf die Art der Dokumentation der Befragung
- Gegebenenfalls: Hinweis auf Selbstbelastungsprivileg

43

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN

Zusatz (1/5): Untersuchungen am Arbeitsplatz in der #MeeToo-Ära

- Ausbreitung #MeToo-Bewegung seit Oktober 2017
- Aktuell aber seit ca. 2007
- Zunehmende Artikulierung von unzulässigem Verhalten und damit verbunden: Vermehrte Arbeitsplatzuntersuchungen
- Bereits im Jahr 2013 hatte eine schweizweite Studie zur sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz ergeben, dass rund die Hälfte aller Arbeitnehmenden - Frauen und Männer - im Erwerbsleben mindestens einmal mit potenziell belästigendem Verhalten konfrontiert wurden
- Als Urheber stehen Arbeitskollegen an erster Stelle, gefolgt von Kunden, Klienten und Patienten

44

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN

Zusatz (2/5): Untersuchungen am Arbeitsplatz in der #MeeToo-Ära
Pflicht zum Treffen präventiver Massnahmen

Unternehmenskultur als wichtigster Faktor
- Mobbing- und belästigungsfreies Arbeitsklima
- Verantwortung liegt bei Führungskräften in ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen
  - Nachweis präventiver Massnahmen wirkt sich positiv auf die Haftung der Arbeitgeberin aus

Grundsatzerklärung
- Thematisierung im Unternehmen (Grundsatzerklärung, Beispiele)
- Aufklärung der Mitarbeitenden
- Einrichtung einer Meldestelle (Möglichkeit der anonymen Meldung)
  - Vermerk in Reglementen, Merkblättern, Information über Rechte und Pflichten, Information betr. Vorgehen im Verdachtsfall

Schulungen, Prüfung der Einhaltung der Vorgaben
- Regelmässige Schulung und Information der Mitarbeitenden (insb. Auch von Vorgesetzten und Personalverantwortlichen)
- Prüfung der Einhaltung der Vorgaben durch die Arbeitgeberin

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 45

45

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN

Zusatz (3/5): Untersuchungen am Arbeitsplatz in der #MeeToo-Ära
Prüfen von Sofortmassnahmen

- Nach Eingang einer Meldung **umgehend prüfen**, ob provisorische **Massnahmen** zum **Schutz der betroffenen Person** während der Untersuchung notwendig sind
  - Die Arbeitgeberin ist verpflichtet, betroffene Arbeitnehmer durch aktives Einschreiten vor weiteren Nachteilen und Belästigungen zu schützen (Fürsorgepflicht)
  - Massnahmen dürfen aber nicht so weit gehen, dass sie auf eine Vorverurteilung hinauslaufen
- Interne und externe **Kommunikationsstrategie** frühzeitig entwickeln
- **Vermeidung** von **«Labels»**, wie z. B. «Täter», «Opfer»
- **Vermeidung** der **Vorwegnahme der Untersuchungsergebnisse**
- **Investigation Hold**: Sicherung relevanter Beweismittel
  - E-Mails, Chats der involvierten Personen, Organisations-Reglemente, interne Manuals, ggf. Social Media Accounts

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 46

46

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN

Zusatz (4/5): Untersuchungen am Arbeitsplatz in der #MeeToo-Ära
Planung und Durchführung der Untersuchung

- **Klare Mandatierung**, sorgfältige Planung, klare Bestimmung des Untersuchungsgegenstands, Untersuchungsplan inkl. Zeit- und Ressourcenplan aufstellen
- **Vertraulichkeitswahrung**, «Need-to-Know»-Prinzip
- **Datenanalysen** sind idealerweise **vor den Befragungen** durchzuführen, um die daraus gewonnen Erkenntnisse in den Interviews zu verwerten
- **Rechtliches Gehör**:
  - Gebietet, dass der beschuldigten Person der ihr gegenüber erhobene Vorwurf offen gelegt wird, und dass sie sich einlässlich zur Sache äussern kann
  - Die beschuldigte Person und diejenige Person, die die Beschuldigungen erhebt, ist zu befragen
- **Befragung weiterer Personen** zur Klärung der Sachlage
  - Falls die Untersuchung durch Whistleblower oder die betroffen Person ausgelöst wurde, so sind diese i.d.R. zuerst zu befragen
  - Die Person, welcher unzulässiges Verhalten vorgeworfen wird, ist tendenziell am Schluss zu befragen

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 47

47

Kellerhals Carrard

8. EXKURS: INTERNE UNTERSUCHUNGEN

Zusatz (5/5): Untersuchungen am Arbeitsplatz in der #MeeToo-Ära
Planung und Durchführung der Untersuchung

- Befragung hat **Arbeitsplatzbezug** aufzuweisen und hat **fair, ohne Druck oder Zwang** zu erfolgen
- Aus der **Fürsorgepflicht** der Arbeitgeberin ergibt sich, dass die **zu befragende Person** zu Beginn der Befragung **ein Minimum an Informationen** erhalten muss
  - höhere Kooperationsbereitschaft
- **Sorgfältige Vorbereitung** und einwandfreie **Aktenkenntnis** sind unerlässlich
- Befragungen sind kommunikative Prozesse; der Befragende hat **die Art der verbalen und nonverbalen Kommunikation** der Situation und Zielsetzung **anzupassen**
- Der Befragende hat eine **neutrale Position** einzunehmen und der befragten Person aktiv zuzuhören, Unterbrechungen sind zu vermeiden

michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch 31.05.2021 - 48

48

Kellerhals
Carrard

Dr. Michael Daphinoff

Rechtsanwalt, LL.M.
Partner

Effingerstrasse 1
Postfach
3011 Bern

Direktwahl +41 58 200 35 51
michael.daphinoff@kellerhals-carrard.ch

Basel – Bern – Genf – Lausanne – Lugano – Sion – Zürich
www.kellerhals-carrard.ch

49