



Juni 2019

Kommentar

Ablehnung des Whistleblower-Gesetzes: Parlamentarisches Trauerspiel, aber keine Tragödie und nicht das Ende der Geschichte

Am [3. Juni 2019](#) verwarf der Nationalrat eine Revision der Bestimmungen zum Arbeitsvertrag im Obligationenrecht zur Frage von sogenannten Whistleblowern. Der Ständerat dürfte folgen. Keine Frage: ein parlamentarisches Trauerspiel. Es schadet aber im Ergebnis nicht, weil die Vorlage Whistleblower im Wesentlichen nicht besser schützen würde als heute die Gerichtspraxis. Das Thema wird jedoch nicht vom Tisch sein, auch wegen des Einflusses des ausländischen und insbesondere des EU und des US-Rechts.

Trauerspiel

Das Whistleblower-Gesetz dürfte ein Schulbeispiel für parlamentarischen Leerlauf werden: Der Bundesrat unterbreitete den Räten im [November 2013](#) nach 10 Jahren Vorarbeit eine Botschaft zum Schutz von Whistleblowern. Das Parlament fand den Vorschlag zwar im Grundsatz richtig, aber zu kompliziert. Im [September 2015](#) wies es deshalb den Entwurf an den Bundesrat zurück mit dem Wunsch, einen einfacheren Text auf der gleichen Grundlage auszuarbeiten. Dies tat der Bundesrat im September 2018 mit einer [Zusatzbotschaft](#) und einem neuen Gesetzesentwurf. Ohne Erfolg. Auch diese Vorlage wurde noch als zu kompliziert erachtet. Am [3. Juni 2019](#) lehnte der Nationalrat die neue Vorlage mit 144 zu 27 Stimmen ab. Angesichts dieses breiten Widerstandes und der Stimmenverhältnisse dürfte der Ständerat dem Nationalrat folgen, womit das Geschäft gescheitert wäre. 16 Jahre Arbeit für nichts. Kein Zweifel: das Parlament macht keine bella figura, das Geschäft ist ein parlamentarisches Trauerspiel. Aber wie ist das Ergebnis in der Sache zu betrachten?

Ablehnung kein Schaden

Auch wenn es schwerfällt und weh tut: die Ablehnung dieser Vorlage schadet nicht, denn sie hätte Whistleblower nicht wirklich besser geschützt als das geltende Recht, eher im Gegenteil:

Unnötige Beschränkung des Beurteilungsspielraums der Gerichte

Das geltende Recht überlässt es weitgehend den Gerichten, die sich in Whistleblower-Fällen gegenüberstehenden privaten und öffentlichen Interessen abzuwägen. So mussten die Gerichte beurteilen, ob eine gegenüber einem Whistleblower ausgesprochene Kündigung rechtsmissbräuchlich ist (vgl. etwa das Bundesgericht in [4A 2/2008](#), 8. Juli 2008). Sie haben dabei Lösungen entwickelt, welche im Wesentlichen den vom Bundesrat vorgeschlagenen Kaskadenanforderungen entsprechen. Um dies festzuhalten, braucht es kein Gesetz. Ein solches könnte die Gerichte sogar in ihrer Suche nach der im Einzelfall angemessenen Lösung beschränken.

Übermäßige Beschränkung direkter Meldungen an Behörden

Ein direkter Hinweis an eine Behörde ohne vorgängige unternehmensinterne Meldung wäre nach dem Vorschlag des Bundesrates nur ganz ausnahmsweise möglich, vorausgesetzt ein Unternehmen besitzt ein effektives internes Meldesystem. Die Whistleblower müssten nämlich «vernünftigerweise davon ausgehen können», dass die Behörde «ohne sofortige Meldung in ihrer Tätigkeit behindert würde» (Art. 321quater Abs. 2), etwa weil das Unternehmen daran ist, Beweismittel zu vernichten ([Botschaft 2013](#), S. 9579). Sind diese Einschränkungen sinnvoll?

Nehmen wir folgenden Fall: Die Geschäftsleitung und der Verwaltungsrat einer kleinen Privatbank melden sehr grosse und profitable Geschäftsbeziehungen ausländischer Amtsträger der Meldestelle für Geldwäscherei nicht, obschon klare Hinweise auf Korruption vorliegen. Eine Compliance-Mitarbeiterin der Bank weiss dies. Nach der neuen Regelung wäre sie bei einem Hinweis an die FINMA nicht geschützt. Braucht es dazu ein Gesetz? Demgegenüber wird die im April im Grundsatz beschlossene [Whistleblower-Richtlinie](#) der EU direkte Meldung an die Behörde voraussetzungslos erlauben und den Hinweisgebern Schutz gewähren.

Fehlende klare Pflichten der Behörden

In einem Punkt geht der Vorschlag des Bundesrates über die neue EU-Richtlinie hinaus: er wäre anwendbar auf Hinweise jeglicher «Unregelmässigkeiten», «namentlich Widerhandlungen gegen das Straf- und das Verwaltungsrecht und gegen andere gesetzliche Regelungen sowie Verstösse gegen interne Regelungen» (Art. 321abis). So weit so gut. Das bedeutet aber auch, dass es potentiell sehr viele «zuständige Behörden» gibt, welche in den Genuss solcher Hinweise kommen können. Der Kreis geht weit über die üblichen Aufsichtsbehörden wie FINMA, WEKO, RAB oder Swissmedic hinaus und umfasst potentiell zahlreiche Behörden des Bundes, der Kantone und der Gemeinden, so alle Schweizer Strafbehörden aber auch Erwachsenenschutzbehörden, Handelsregister, Grundbuchämter, Baubehörden, Gesundheitsbehörden usw.

Was genau sollen diese Behörden unter dem neuen Gesetz tun? Wie müssen sie sich vorbereiten? Ist ihnen allen klar, dass sie ein Meldesystem einrichten sollten, welches u.a. auch die Behandlung anonymer Hinweise, die nötigen Abklärungen und die zeitgerechte Information darüber sowie die saubere Dokumentation sicherstellt? Der Wunsch aller Beteiligten an schlanker Regulierung ist verständlich und löblich, aber hier ist die Regulierung sehr schlank geblieben, wohl zu schlank.

Kein Ende in Sicht

Die wahrscheinliche Ablehnung der Whistleblower-Vorlage wäre somit zwar ein parlamentarisches Trauerspiel, aber keine Tragödie. Wer aber meint, die Sache und das Thema wären damit für den Gesetzgeber dauernd vom Tisch, wird sich wohl massiv täuschen.

Zum einen dürfte es auch in Zukunft und auch in der Schweiz kontroverse Whistleblower-Fälle von grossem öffentlichem Interesse geben, welche die Frage adäquater Regulierung wieder

aufwerfen werden. Zudem lehrt die Erfahrung des Wirtschaftsrechts der letzten Jahrzehnte, dass substantielle Unterschiede zwischen dem Schweizer und dem massgebenden ausländischen Wirtschaftsrecht nicht nachhaltig sind. Erfahrungsgemäss deregulieren die ausländischen Staaten nicht zurück auf das Schweizer Niveau, sondern umgekehrt.

US-Whistleblower-Schutz klebt am expansiven US-Wirtschaftsrecht

Wir wissen es: Verschiedene Teile des US-Wirtschaftsrechts wirken extra-territorial. Bekannt sind das US-Steuerrecht, das US-Sanktionsrecht, das US-Wertschriftenrecht und das US-Korruptionsrecht. Alle diese Regulierungen sind verbunden mit Programmen zum Schutz von und mit Belohnungen für Whistleblower. Soweit diese US-Normenkomplexe auf Teile der Tätigkeit eines Schweizer Unternehmens anwendbar sind, sind es auch die damit verbundenen Whistleblower-Regeln einschliesslich Programmen mit finanziellen Belohnungen für Whistleblower. Das bedeutet, wie der Fall Birkenfeld exemplarisch zeigt: Whistleblower in Schweizer Unternehmen können bei möglichen Verletzungen des US-Rechts direkt an US-Behörden richten und kommen so in den Anwendungsbereich des US-Whistleblower-Rechts. Der damit verbundene arbeitsrechtliche Schutz wird sich zwar rechtlich nicht auf Arbeitsverträge nach Schweizer Recht erstrecken. Ein Unternehmen, welches in ein US-Enforcementverfahren gerät, wird aber aus eigenem Interesse alle nachteiligen Massnahmen gegen den Whistleblower unterlassen, um seine Position im Verfahren nicht zu verschlechtern.

Fazit: auch der Status Quo verlangt eine Beschäftigung mit Whistleblowern

Auch nach Ablehnung des Whistleblower-Gesetzes kennt die Schweiz einen rechtlichen Whistleblower-Schutz: denjenigen allgemeiner Schweizer Rechtsprinzipien konkretisiert durch die Schweizer Gerichte und denjenigen des extra-territorial wirkenden ausländischen, insbesondere US-Rechts. Schweizer Unternehmen sind auch gut beraten, sich mit dem Thema zu befassen und nicht nachzulassen, effektive interne Meldesysteme einzurichten und ernsthaft zu betreiben (vgl. die [Studie der HTW Chur](#) vom Mai 2019).