



# Untersuchungen im Arbeitsumfeld

Medien berichten zunehmend über interne Untersuchungen bei privaten und öffentlich-rechtlichen Unternehmen, wenn Verdacht auf Unregelmässigkeiten besteht oder sich ungewöhnliche Vorkommnisse ereignen. Solche internen Untersuchungen können sehr einschneidend für die Mitarbeitenden und das Unternehmen sein und gravierende Konsequenzen haben – entsprechend wichtig ist es, den Sachverhalt durch sehr erfahrene Personen umsichtig, neutral und ergebnisoffen zu untersuchen, sodass die Abklärungen den Mitarbeitenden und dem Unternehmen gerecht werden.

■ Von Lara Elsayan und Nadine Balkanyi-Nordmann

## Was kann eine interne Untersuchung auslösen?

Interne Untersuchungen können sowohl intern wie auch extern ausgelöst werden: durch eigene Feststellungen des Unternehmens, Feststellungen der Revisionsgesellschaft oder von behördlicher Seite. Oftmals werden Untersuchungen von Mitarbeitenden des Unternehmens angestoßen, die Kenntnis von mutmasslichen Unregelmässigkeiten innerhalb des Unternehmens gewinnen oder davon betroffen sind und diese – nicht selten auf anonymem Weg – der Unternehmensleitung, bestimmten unternehmensinternen Stellen wie z.B. der Personalabteilung, einer Ombudsstelle, einer externen Whistleblower-Hotline bzw. Medien oder Behörden mitteilen.

Während Gesetzesverletzungen zu Untersuchungen durch Aufsichts- und Strafverfolgungsbehörden führen können, gibt es Ereignisse, an deren Abklärung das Unternehmen ein eigenes Interesse hat und daher eine interne Untersuchung einleitet. Dies ist insbesondere auch dann der Fall, wenn Sanktionen gegen mutmasslich fehlbare Mitarbeitende im Raum stehen. Unabhängig von der Ursache einer internen Untersuchung geht es letzten Endes um die Reputation des Unternehmens als solches und als Arbeitgeber. Denken wir in diesem Zusammenhang an die «Me too»-Bewegung. Hat ein Unternehmen Kenntnis von übergriffigen Handlungen von Mitarbeitenden und unterlässt es, Massnahmen im Sinne der Aufarbeitung einer solchen Anzeige zu ergreifen, kommt die Unternehmung ihrer Fürsorgepflicht den Arbeitnehmern gegenüber nicht nach und gefährdet ihre Stellung im Arbeitsmarkt.

## Wer führt eine Untersuchung durch?

Innerhalb eines Unternehmens, insbesondere bei grösseren Unternehmen, ist regelmässig die Rechts- und/oder Compliance-Abteilung aufgrund der organisatorisch vorgegebenen Unabhängigkeit von der Geschäftsleitung federführend für interne Untersuchungen. Von grosser Wichtigkeit ist eben diese Unabhängigkeit und auch eine gewisse «persönliche Distanz». Sind den Untersuchenden die beschuldigten Personen persönlich bekannt, was innerhalb eines Unternehmens naturgemäß der Fall ist, kann dies die Objektivität einer Untersuchung beeinträchtigen. Auch aus diesem Grund werden oftmals externe Stellen wie z.B. Rechtsanwaltskanzleien mit der Durchführung interner Untersuchungen betraut. Allfälligen internen Interessenkonflikten wird dadurch Rechnung getragen.

## Governance

Im Sinne einer starken und transparenten Governance ist es wichtig, dass Unternehmen Untersuchungen und Whistleblowing in Weisungen regeln. Dasselbe gilt für Konsequenzen bei Verstössen gegen Regeln. Bei grossen und internationalen Unternehmen gehören heutzutage entsprechende Weisungen zum Standard. Es geht einerseits darum, gegenüber den Mitarbeitenden darzulegen, welche Konsequenzen fehlbares Verhalten hat und wie vorgegangen wird, und andererseits, welche Möglichkeiten Mitarbeitenden offenstehen, wenn sie Verstöße innerhalb des Unternehmens feststellen oder davon betroffen sind.

## Kein kodifiziertes Recht

Solche internen Regelungen sind umso wichtiger, als die Verfahrensschritte, Verantwort-

lichkeiten, Rechte und Pflichten bei internen Untersuchungen gesetzlich nicht geregelt sind. Die grundsätzlichen Rechte und Pflichten des Unternehmens als Arbeitgeber und der Mitarbeitenden ergeben sich vor allem aus dem Arbeitsrecht. Aus dem Weisungsrecht des Arbeitgebers wird dessen Recht auf Durchführung einer internen Untersuchung abgeleitet, wobei die Rechte des Arbeitgebers durch seine Fürsorgepflicht begrenzt sind. Demgegenüber ist der Arbeitnehmende aufgrund seiner Treuepflichten verpflichtet, an einer internen Untersuchung mitzuwirken und Auskunft zu geben.

## Bisherige Rechtsprechung

In einem Entscheid vom 4. Mai 2016 klärte das Bundesgericht die Frage der Missbräuchlichkeit der Entlassung einer Mitarbeiterin nach elf Dienstjahren wegen eines Diebstahlvorwurfs von CHF 9.– ab. Das Bundesgericht bejahte die Missbräuchlichkeit der Entlassung. In den Erwägungen zum Entscheid führte das Bundesgericht aus, dass bei schweren Vorwürfen eine vollständige Untersuchung durchzuführen sei und der beschuldigten Person ausreichende Verteidigungs- und Vertretungsmöglichkeiten zugeschlagen seien, und zog dabei eine Analogie zu den strafrechtlichen Verfahrensgarantien (*«une enquête complète comportant, pour le travailleur dénoncé, des garanties équivalentes à celles d'une instruction pénale, telles les possibilités de préparer sa défense, se faire assister d'un conseil et faire administrer des preuves ...»*).

## Jüngste Rechtsprechung und praktische Umsetzung

In seinem Entscheid vom 19. Januar 2024 hat das Bundesgericht eine Kehrtwendung vollzogen bzw. Klarstellungen vorgenommen. Dennoch oder gerade deshalb wird nach Auffassung der Autorinnen durch diesen jüngsten Bundesgerichtsentscheid die Wichtigkeit unternehmensinterner Regelungen zum Verfahrensablauf interner Untersuchungen verstärkt.

Das Bundesgericht musste den Fall einer ordentlichen Kündigung eines Mitarbeitenden aufgrund des Vorwurfs der sexuellen Belästigung am Arbeitsplatz beurteilen. Die Vorinstanz hatte sich in ihren Erwägungen am Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 2016 orientiert, wonach es sich «durchaus ähnlich



wie in einem Strafverfahren» verhalte. Diese Sichtweise wurde von der Beschwerdeführerin kritisiert.

Das Bundesgericht sprach sich durch Gutheissung der Beschwerde gegen eine analoge Heranziehung der strafprozessualen Garantien für den Verfahrensablauf bei internen Untersuchungen aus.

Es wird argumentiert, dass die Auswirkungen eines Strafverfahrens für eine Partei aufgrund der staatlichen Autorität viel einschneidender sind. Die betroffene Partei ist unabhängig von ihrem Willen der staatlichen Staatsgewalt unterworfen. Demgegenüber gehen die Parteien im Arbeitsrecht auf freiwilliger Basis ein vertragliches Verhältnis ein. Die Konsequenz ist im schlimmsten Fall die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, aber kein Freiheitsentzug.

Interessant ist der Bundesgerichtsentscheid insbesondere mit Bezug auf die Rechte eines

Arbeitnehmenden, der von einer Untersuchung betroffen ist. Es wird klar festgehalten, dass es ausreichend ist, den Arbeitnehmenden im Rahmen des ersten Gesprächs mit einem Vorfall bzw. den Vorwürfen zu konfrontieren. Der Arbeitnehmende hat keinen Anspruch, vorgängig über den Inhalt einer Untersuchung informiert zu werden, um sich entsprechend vorzubereiten.

Weiter hat das Bundesgericht in seinem Entscheid festgehalten, dass dem betroffenen Arbeitnehmenden das Recht auf die Begleitung durch eine Vertrauensperson nicht vorgängig mitgeteilt werden muss. Eine vorgängige Mitteilung ist überdies auch im Strafprozessrecht nicht vorgesehen. Das Bundesgericht erachtete im konkreten Fall das Fehlen einer Vertrauensperson nicht als einen gravierenden Mangel, auch wenn die unternehmensinternen Richtlinien dieses Recht zugestehen.

Der bundesgerichtliche Entscheid bedeutet gleichzeitig eine Erleichterung und eine Er-

schwerung: Einerseits fällt durch die fehlende Wirkung der strafprozessualen Garantien eine Leitlinie weg, an der sich Unternehmen für interne Untersuchungen orientieren können, und andererseits sind Unternehmen nicht mehr an die strengen Regeln strafprozessualer Garantien gebunden. Was nun? Diese Frage gilt auch mit Bezug auf eine allfällige Berufung auf ein Aussageverweigerungsrecht. Muss eine beschuldigte Person Fragen beantworten, die sie selber belasten, oder kann sie die Aussage verweigern? Die Lehrmeinungen zu dieser Thematik gehen auseinander. Nach Auffassung der Autorinnen sollte grundsätzlich das Recht zugesprochen werden, die Aussage zu verweigern. Oftmals wird es in der Praxis so sein, dass Personen, wenn sie zu einer Frage nichtstellung nehmen wollen, sich – sofern es die Frage erlaubt – auf fehlende Erinnerung berufen werden.

Die Unternehmen müssen einen gangbaren Weg finden, und für die internen Richtlinien ergibt es sicher Sinn, die bundesgerichtlichen Feststellungen im Grundsatz zu beachten. Das heisst aber nicht, dass nicht davon abgewichen werden kann und dem betroffenen Arbeitnehmenden – solange niemand zu Schaden kommt – dennoch weitergehende Rechte eingeräumt werden können. So sollte sich ein Unternehmen in der Praxis fallbezogen die Frage stellen, ob es für die Untersuchung förderlich sein kann, den betroffenen Arbeitnehmenden dennoch vorgängig über den Vorwurf und die Möglichkeit, eine Vertrauensperson beizuziehen, zu informieren. Eine vorgängige Information kann eine Untersuchung durchaus erleichtern und verkürzen und ist dann zu empfehlen, wenn eine negative Einflussnahme der betroffenen Person auf die Untersuchung nicht zu befürchten ist. Auf jeden Fall sind dem betroffenen Arbeitnehmenden ausreichende Verteidigungsrechte zuzugestehen: Er muss zu den Vorwürfen Stellung nehmen können. Der Sachverhalt muss hierzu einen Detaillierungsgrad aufweisen, der eine angemessene Selbstverteidigung ermöglicht. Andererseits müssen eindeutige Rückschlüsse auf die meldende Person vermieden werden. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat der betroffene Arbeitnehmende kein Recht, zu



erfahren, wer den Vorfall gemeldet hat. Die Anonymität der meldenden Person ist im Rahmen der Untersuchung auf jeden Fall zu wahren. Dieser Spagat ist in der Praxis je nach Sachverhalt eine grosse Herausforderung. Auch aus diesem Grund sollte ein Unternehmen im Einzelfall beurteilen, ob sie von einer Person, die einen Vorfall gemeldet hat, das Einverständnis zur Aufhebung der Anonymität einholen möchte. Dieser Punkt ist aber heikel und sollte nur begrenzt erfolgen, da das Einverständnis freiwillig zu erfolgen hat und in keiner Weise Druck ausgeübt werden darf. In einem allfälligen Strafverfahren hat die beschuldigte Person ein Recht zu erfahren, wer sie belastet hat.

Nach einem erfolgten Gespräch sollte die befragte Person die Möglichkeit haben, in das Protokoll Einsicht zu nehmen und dieses zu berichtigten. Dies auch, um einem späteren Vorwurf, die Aussagen der befragten Person falsch oder missverständlich protokolliert zu haben, vorzubeugen. Das finale Protokoll ist durch alle Parteien am Gespräch teilnehmenden Personen zu unterzeichnen. Ein Recht auf Erhalt des Protokolls – vor und nach der Berichtigung – besteht nach Ansicht der Autorinnen nicht. Werden an einem Tag mehrere Gespräche mit befragten Personen durchgeführt, so ist es für einen angemessenen Ablauf, und um jeglichem Eindruck eines Zeitdrucks entgegenzuwirken, sinnvoll, der befragten Person in einem separaten Raum unter Aufsicht ausreichende Gelegenheit zur Durchsicht des Protokolls zu geben. In dieser Zeit kann der Untersuchende weitere Befragungen durchführen.

Anders gestaltet sich die Lage mit Bezug auf einen allfälligen abschliessenden Untersuchungsbericht. Nach aktueller Rechtslage hat ein Mitarbeitender Anspruch auf den Erhalt eines solchen Untersuchungsberichts, sofern er sich auf seine Person bezieht, und zwar in vollständiger Ausführung. Zwar sind Schwärzungen und Anonymisierungen erlaubt, diese sind aber auf das Notwendige zu beschränken.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die prozessualen Anforderungen an eine interne Untersuchung gemäss der jüngsten bundes-



gerichtlichen Rechtsprechung mit Bezug auf die Rechte eines betroffenen Arbeitnehmens weniger streng als im Strafprozessrecht ausgelegt wurden. Nichtsdestotrotz haben betroffene Arbeitnehmende Rechte – insbesondere das Recht auf eine sorgfältige Abklärung allfälliger im Raum stehender Vorwürfe, *da es in der Konsequenz bei internen Untersuchungen immer auch um persönliche Schicksale geht und insofern Umsicht zu wahren ist.*

## Abschliessende Bemerkungen

Eine interne Untersuchung kann gravierende Konsequenzen haben – stellen Sie sich vor, jemand wird zu Unrecht beschuldigt und es wird nicht seriös untersucht. Die Praxis zeigt, dass jeder einer Untersuchung zugrunde liegende Sachverhalt anders gelagert ist und entsprechend fallbezogen behandelt werden muss, unter Berücksichtigung der internen Richtlinien. Umso mehr müssen

die Untersuchenden erfahren sein, um den Sachverhalt umsichtig, neutral, seriös und ergebnisoffen zu untersuchen, sodass sie den Mitarbeitenden und dem Unternehmen gerecht werden.

## AUTORINNEN



**Nadine Balkanyi-Nordmann**, Schweizer Rechtsanwältin, leitet die Abteilung interne, regulatorische und Administrativuntersuchungen bei Lexperience AG und führt regelmässig Untersuchungen im privaten und öffentlichen Bereich durch – von kurzen Untersuchungen bis zu hochkomplexen, forensischen Untersuchungen in Industrieunternehmen, öffentlicher Hand und Finanzindustrie.



**Lara Elsayan**, Schweizer Rechtsanwältin, leitet die Abteilung Datenschutz bei Lexperience AG und ist in der Abteilung Untersuchungen massgeblich an der Durchführung diverser Untersuchungen beteiligt. Sie ist zudem unsere erste Ansprechstelle für die Überarbeitung von unternehmensinternen Weisungen.