



Beilage 1

Datenschutzstelle, Postfach 156, 6301 Zug

An die zuständige Kommission  
des Kantonsrats

nur per E-Mail

T direkt 041 728 31 87  
rene.huber@zg.ch  
Zug, 25. Januar 2013 HREE

**Revision des Gesetzes über das Arbeitsverhältnis des Staatspersonals  
(Personalgesetz, PG)**

Vorlage 2194.1/14181 bzw. 2194.2/14182

Sehr geehrter Herr Kommissionspräsident  
Sehr geehrte Kommissionsmitglieder

In obiger Sache möchten wir Sie bezüglich «Whistleblowing» aus datenschutzrechtlicher Sicht gerne auf Folgendes aufmerksam machen:

**1. Grundsätzliches**

Whistleblowing wurde nach verschiedenen Finanzskandalen grosser US-Wirtschaftsunternehmen in den USA zum Thema. Der US-Gesetzgeber wollte insbesondere Wirtschaftskorruption verhindern und erliess deshalb im Jahr 2002 den «Sarbanes-Oxley Act» (SOX). Gemäss SOX müssen US-Aktiengesellschaften und ihre Unternehmenseinheiten in der EU sowie Nicht-US-Unternehmen, die an einer US-Börse kotiert sind, über Whistleblower-Meldestellen verfügen.

Whistleblowing ist in erster Linie ein Thema für *private Unternehmen*, nicht aber für die öffentliche Verwaltung. Denn im Gegensatz zur Privatwirtschaft haben die Mitarbeitenden öffentlicher Verwaltungen eine ganze Reihe zwingender Vorgaben zu beachten, wie bei erkannten Missständen vorzugehen ist (s. dazu den folgenden Abschnitt).

**2. Verzicht auf eine «Whistleblowing»-Regelung**

Im Rahmen des Mitberichts- und des Vernehmlassungsverfahrens haben wir den Antrag gestellt, §28bis E-PG sei *zu streichen*.

**Begründung**

Es ist unklar, was unter «Missständen» zu verstehen ist. Zudem stellen sich sehr heikle datenschutzrechtliche Fragen betr. der Datenbearbeitung im Zusammenhang mit dem Whistleblowing: Wem sind welche Daten bekanntzugeben, wie sieht es mit der Einsicht von Betroffenen aus? Kurz: Was genau sind die Rechte und Pflichten von Meldenden und

von gemeldeten Personen? Wie ist der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet?

Die bereits vorhandenen Instrumente sind unseres Erachtens griffig genug, um Missstände zu verhindern bzw. zu beseitigen. Erinnerung sei insbesondere an Folgendes:

*a) betr. strafbarer Handlungen*

Gemäss § 93 des Gesetzes über die Gerichtsorganisation (GOG, BGS 161.1) und zudem § 28ter (neu) der Vorlage sind die Verwaltungsmitarbeitenden verpflichtet, *alle strafbaren Handlungen*, die von Amtes wegen verfolgt werden und die ihnen in Ausübung ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt werden, mit allen sachdienlichen Angaben *zur Anzeige* zu bringen.

Kommen sie dieser Pflicht nicht nach, machen sie sich ggfs. der Begünstigung strafbar (Art. 305 StGB).

*b) betr. Missstände finanzieller Natur*

Stellen Mitarbeitende Missstände bezüglich Finanzgebaren fest, kann Meldung an die vorgesetzte Stelle und/oder an die Finanzkontrolle erstattet werden.

*c) betr. arbeitsrechtlicher Missstände*

Diese haben Mitarbeitende direkt mit dem Vorgesetzten bzw. dessen vorgesetzter Stelle auf dem internen Dienstweg zu lösen.

Unterstützung können dabei auch Personalamt und/oder Ombudsstelle erbringen.

*d) betr. weiterer Missstände*

Allenfalls können die sachlich zuständigen Kommissionen des Kantonsrates – im Rahmen der kantonsrätlichen Oberaufsicht über die Verwaltung – informiert werden.

Da die Mitarbeitenden dem strafbewehrten Amtsgeheimnis unterliegen (Art. 320 StGB), müssen sie den *Dienstweg* einhalten und dürfen nicht direkt an die Medien gelangen. Damit ist das Thema unseres Erachtens erschöpfend und verfahrensrechtlich korrekt geregelt.

### **3. Eventualiter**

Sollte das Thema Whistleblowing im Gesetz aufgenommen werden, sind die zentralen Aspekte ausdrücklich im Gesetz zu regeln. Dies betrifft insbesondere die wichtigsten Rechte und Pflichten aller Beteiligten.

#### **Wichtige Aspekte des Whistleblowings**

##### 1. Fragen vor der Meldung

- § 28<sup>bis</sup> Entwurf Änderung PG (E-PG) sagt «[...] namentlich strafbare Handlungen oder anderweitige Unregelmässigkeiten [...]» Wie sollen Mitarbeitende beurteilen, was «anderweitige Unregelmässigkeiten» sind? Bzw. wann es sich um einen Fall von

§ 28<sup>bis</sup> oder um von § 28<sup>ter</sup> handelt?

- Darf eine strafbare Handlung nur bei klarer Nachweisbarkeit, bei begründetem Verdacht oder bereits bei einer blossen Vermutung gemeldet werden?
- Was sind «anderweitige Unregelmässigkeiten»? An welchen Kriterien können/sollen sich Mitarbeitende orientieren?
- Wie steht es z.B. mit unethischem Verhalten, das nicht die Intensität der Sittenwidrigkeit erreicht?
- Wie steht es z.B. bei Nichteinhaltung von gesetzlichen Bestimmungen, die nicht mit Strafe bedroht sind (z.B. Verstösse gegen Vorschriften des Datenschutzgesetzes)?
- Wie ist vorzugehen, wenn übereifrige Mitarbeitende Bagatellen oder bloss vermutete Verdachtsmomente melden?
- Wie soll man wissen, aus welchen Beweggründen ein Whistleblower eine Meldung macht? Ist sie oder er vom Wunsch getragen, die Verwaltung, Dritte oder die Allgemeinheit vor Schaden zu bewahren? Oder geht es ihr/ihm unter Umständen auch darum, sich vor einer strafbaren Komplizenschaft zu schützen oder gegenüber Vorgesetzten und Arbeitskollegen Vergeltung zu üben?
- Es ist vorzusehen, dass nur *rechtmässig* erlangte Informationen und Hinweise in ein allfälliges Whistleblowing-Verfahren einfließen dürfen. Unzulässig wäre daher etwa ein geheimes Durchsuchen des Büros oder des PC eines Regierungsrates durch einen Verwaltungsmitarbeiter.

2. Welche Anforderungen sind an die Qualität der Meldungen zu stellen?

- Wie sollen die Mitarbeitenden wissen, welche konkreten Angaben eine Meldung beinhalten muss?
- Wie wird verhindert, dass übereifrige Mitarbeitende Bagatellen oder bloss theoretische Verdachtsmomente melden?

3. An wen geht die Meldung?

- Der E-PG sagt: «[...] und geben die vorgesetzten Stellen der Anzeige keine Folge [...]» An welche vorgesetzten Stellen kann eine Mitarbeiterin ein Mitarbeiter gelangen? Ist damit der unmittelbare Vorgesetzte gemeint oder sind es (gleichzeitig?) auch alle mittelbaren Vorgesetzten?
- Ist somit der vollständige Dienstweg einzuhalten (inkl. beschuldigte Person)?
- Wie ist das konkrete Vorgehen wenn der Verdacht/die Vermutung den nächsten/übernächsten/höchsten Vorgesetzten in der Verwaltungshierarchie betrifft?
- Wieso wird in Abs. 1 das Wort «Anzeige» verwendet, wo es doch gemäss Überschrift in § 28bis um eine «Meldung» geht?

4. Kann die Meldung auch anonym erfolgen? Wird die Identität des Whistleblowers geheim gehalten?

- § 28bis äussert sich zu diesen Fragen überhaupt nicht.
- Es muss unterschieden werden zwischen Anonymität und Geheimhaltung der Identität des Whistleblowers.
- Anonymität würde heissen, dass die Meldung anonym erfolgen darf. Anonyme Meldungen über Missstände sind grundsätzlich abzulehnen, da die Gefahr besteht, dass leichtfertige oder gar böswillige Meldungen gefördert werden, die den Zweck haben, Funktionsträger in Misskredit zu bringen oder nachteilige Gerüchte über die Verwaltung zu verbreiten. Ferner fehlt die Möglichkeit, die meldende Person und damit die Glaubwürdigkeit der Meldung einzuschätzen und allfällige Rückfragen zu stellen. Ausserdem gerät die Bearbeitung anonymen Meldungen in Konflikt mit anerkannten Grundsätzen des Rechtsstaates bzw. des Datenschutzes.
- Bis zu welchem Zeitpunkt kann die vorgesetzte Stelle oder die (zuständige) Meldestelle die Identität des Whistleblowers geheim halten? Ergänzend: Die Rechte des Beschuldigten sind zu beachten!
- Wie sieht es aus, wenn die vorgesetzte Stelle oder die Meldestelle in einem Verfahren vor den Rechtspflegebehörden als Zeugin einvernommen wird?

5. Was passiert mit der Meldung?

- Wie ist das Vorgehen bei einer Meldung geregelt? Wer macht wann was wie?
- Ist die vorgesetzte Stelle/Meldestelle verpflichtet, den Sachverhalt abzuklären?
- Kann die vorgesetzte Stelle/Meldestelle die Meldung je nach ihrer Natur an andere Stellen zur Abklärung überweisen? Z.B. an die Finanzkontrolle, das Personalamt, die Ombudsstelle.
- Müssen Whistleblower periodisch über den Verlauf von Untersuchungen und über getroffene Massnahmen gegen die Missstände unterrichtet werden? Im Falle der Beschreitung des Dienstweges vor «Anzeige» an die Meldestelle müsste das ja wohl geschehen, andernfalls der Whistleblower nicht weiss, ob er nun an die Meldestelle gelangen darf oder nicht. Wie sieht dies aus, wenn es zu einem Disziplinar-/Strafverfahren kommt?
- Es ist anzunehmen, dass der Whistleblower in keinem Fall – somit auch bei Untätigkeit der Meldestelle – an die Öffentlichkeit gelangen darf?

6. Rechte der beschuldigten Person

- Der beschuldigten Person stehen Verfahrensrechte aus dem Verwaltungsverfahrenrecht zu, zudem sind die übrigen Bestimmungen des Personalrechts und des Datenschutzgesetzes zu beachten.

- Wann, wie und durch wen wird die beschuldigte Person über die gegen sie erhobenen Vorwürfe informiert?
- Mit der Meldung von Verstößen gegen Verhaltenspflichten ist immer die Erhebung, Verwendung und das Speichern von personenbezogenen Daten verbunden. Wie wird man dem Auskunfts- und Einsichtsrecht der betroffenen Person nach DSGVO gerecht?
- Wie und wann kann eine betroffene Person zu den Vorwürfen Stellung nehmen?
- Die Identität des Whistleblowers muss ihr offengelegt werden, ansonsten sie sich nicht entsprechend mit den Vorwürfen auseinandersetzen kann.
- Die beschuldigte Person ist in jedem Fall über ein Verfahren zu informieren, auch wenn sich zeigt, dass nichts vorliegt. «Geheimverfahren» bzw. solche «hinter dem Rücken» des Beschuldigten sind nicht zulässig.

#### 7. Wie wird ein Whistleblower wirksam gegen Vergeltungsmassnahmen geschützt?

- § 28bis sagt: «[...] und darf deswegen in der beruflichen Stellung nicht benachteiligt werden [...]» Was heisst das konkret? Darf ein Arbeitnehmer/eine Arbeitnehmerin wenn nicht fristlos, dann jedenfalls ordentlich entlassen werden? Muss sie sich mit einer anderen Stelle zufrieden geben? Klarer wäre eine konkrete Umschreibung, z.B.: dürfen weder direkt noch indirekt benachteiligt werden, namentlich nicht in Bezug auf die Aufgabenzuteilung, Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Entlohnung, Aus- und Weiterbildung, Beförderung und Entlassung.

#### 8. Was sind die Konsequenzen für den Whistleblower, wenn die Meldung missbräuchlich erfolgt?

- Wie wird vermieden, dass eine Unkultur des gegenseitigen Misstrauens und der Bespitzelung entsteht?
- Die Förderung von berechtigten Meldungen über Missstände muss durch Massnahmen gegen treuwidriges Whistleblowing ergänzt werden. Dazu gehört das konsequente Ergreifen von disziplinarischen und gegebenenfalls strafrechtlichen Sanktionen sowie eine entsprechende Informationspolitik der Verwaltung.
- Ungerechtfertigte Meldung von Missständen können strafrechtlich relevant sein (etwa: Verletzung des Amtsgeheimnisses, falsche Anschuldigung, Irreführung der Rechtspflege oder Ehrverletzungsdelikte) und sind ihrerseits anzuzeigen.
- Es muss klar gemacht werden, dass gegen leichtfertiges oder gar böswilliges Whistleblowing konsequent disziplinar- und strafrechtliche Sanktionen ergriffen werden. Dies ist unentbehrlich zum Schutz beschuldigter Personen, eines gedeihlichen Arbeitsklimas und der Verwaltung.
- Was ist, wenn eine Meldung wahre und unwahre Einzelheiten enthält?

#### **4. Fazit**

Es ist *im Gesetz* sicherzustellen, dass das Verfahren und die Datenbearbeitung unter Beachtung der Persönlichkeitsrechte von Whistleblower *und* Beschuldigtem rechtsstaatlich einwandfrei, klar und korrekt geregelt werden, stehen doch hier sehr gewichtige Interessen der Verwaltung auf dem Spiel.

Fälle von Whistleblowing finden denn auch meist den Weg in die Medien, wo sie in aller Regel mit entsprechend grosser Aufmerksamkeit bedacht werden.

Ich hoffe, mit diesen Ausführungen gedient zu haben. Für zusätzliche Hinweise stehe ich gerne zur Verfügung.

Freundliche Grüsse

René Huber