

# Sie haben das Recht zu schweigen – Oder doch nicht? – Eine Mitarbeiterbefragung in fünf Akten

Dr. Claudia Götz Staehelin, LL.M., Advokatin, CIPP/E, Partnerin Kellerhals Carrard (Basel)  
 Marlen Schultze, LL.M., Advokatin, Associate Kellerhals Carrard (Basel)

Mitarbeiterbefragungen als Teil der Sachverhaltsermittlung sind in internen Untersuchungen meist unverzichtbar, um die aus Dokumenten gewonnenen Informationen richtig einordnen oder weitere Informationsquellen identifizieren zu können. Das folgende *fiktive Fallbeispiel* zeigt den heiklen Balanceakt zwischen der Treuepflicht des Arbeitnehmers und der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin auf und beleuchtet typische Problemfelder, die bei Mitarbeiterbefragungen auftreten können.

## «Die Akte»

Nach einer anonymen Whistleblowing-Meldung kommt bei einem im Industriesektor tätigen Schweizer Unternehmen der Verdacht auf, dass das Unternehmen in Südafrika durch Korruptionszahlungen an lokale Entscheidungsträger Aufträge in Millionenhöhe erhalten haben könnte. Ohne Verzug ordnet das Audit Committee am Schweizer Hauptsitz eine interne Untersuchung des Sachverhaltes an. Die mit der Untersuchung beauftragte interne Rechtsabteilung identifiziert rasch, möglicherweise auch am Hauptsitz involvierte Mitarbeitende, darunter den Group CEO des Unternehmens sowie den ehemaligen Head Audit.

## «Eine Frage der Ehre»

*Nach einer Analyse der relevanten E-Mail-Korrespondenz der möglicherweise involvierten Hauptakteure sowie einer Analyse der Finanzdaten wird der CEO von der Leiterin der internen Untersuchung telefonisch zu einer Mitarbeiterbefragung aufgeboten, damit die Untersuchungsleitung die aus der Datenreview gewonnenen Erkenntnisse verifizieren kann. Der CEO ist überrascht, reagiert nervös und besteht darauf, dass er vor dem Interview detailliert über dessen Inhalt informiert wird. Zudem besteht er darauf, dass ihm vorab die Interview-Fragen gestellt werden. Die Untersuchungsleiterin entscheidet sich dafür, dem CEO diese Informationen nicht vorab zu kommunizieren. Der CEO wendet sich entrüstet an den Präsidenten des Audit Committees und beschwert sich über das Verhalten der Untersuchungsleiterin. Am Tag des geplanten Interviews erscheint der CEO nicht und lässt ausrichten, der Präsident des Audit Committees habe ihm Rückendeckung gegeben, er müsse nicht kommen.*

Soweit ein genügender Bezug zum Arbeitsverhältnis gegeben ist, sind gegenwärtige Mitarbeitende, anders als ehemalige Mitarbeitende oder Externe, grundsätzlich verpflichtet, an einer Befragung der Arbeitgeberin teilzunehmen und wahrheitsgemäss auszusagen. Diese Pflicht zur Teilnahme und die Pflicht zur wahrheitsgemässen Aussage ergibt sich aus der Treuepflicht (Art. 321a Abs. 1 OR) und der Rechenschafts- und Herausgabepflicht (Art. 321b OR) des Ar-

beitnehmenden sowie aus dem Weisungsrecht der Arbeitgeberin (Art. 321d Abs. 1 OR). Auf diese Teilnahmepflicht ist der Arbeitnehmende bei der Einladung zur Befragung hinzuweisen. Wie diese Pflichten im konkreten Fall ausgestaltet sind, hängt in erster Linie vom Aufgabenbereich und der Hierarchiestufe des Mitarbeitenden ab. Verletzt ein Mitarbeiter seine Treuepflicht, d.h. nimmt er z.B. nicht an der Befragung teil, stehen der Arbeitgeberin verschiedene arbeitsrechtliche Rechtsbehelfe zu (in schwerwiegenden Fällen bis hin zur Entlassung).

Bei der Einladung zu einer Befragung ist einer möglichen Verunsicherung und Anspannung des Arbeitnehmenden Rechnung zu tragen. Es hat sich bewährt, die Einladung durch interne Stellen, Legal oder HR, auszusprechen und nicht durch evtl. beteiligte externe Anwälte. Auch sollte die Einladung zur Befragung dazu genutzt werden, Unsicherheiten und Ängste der zu befragenden Mitarbeitenden möglichst abzufangen. Einen Anspruch auf vorgängige Information zum Inhalt der Untersuchung oder eine vorgängige Zustellung von Interviewfragen haben die Mitarbeitenden hingegen nicht. Eine Offenlegung dieser Informationen ist auch nicht empfehlenswert, denn sie verhindert eine uneingeschränkte Informationsgewinnung.

Was die Einmischung des Präsidenten des Audit Committees anbelangt, so gilt: Während der Untersuchung selbst übernimmt die Auftraggeberin der internen Untersuchung keine operativen Aufgaben, sondern ihre Funktion besteht darin,

der Untersuchungsleitung und dem Untersuchungsteam als übergeordnete Führungsfunktion die «Steine aus dem Weg zu räumen». Die Bewahrung der Integrität und Unabhängigkeit der Untersuchung muss jederzeit oberstes Ziel sein. Nur so können verlässliche Untersuchungsergebnisse erzielt werden.

### «Der Klient»

Die Untersuchungsleiterin lässt nicht locker und lädt den CEO erneut zur Befragung ein, diesmal in schriftlicher Form und mit dem Hinweis, dass er zur Teilnahme an der Befragung als Mitarbeiter des Unternehmens verpflichtet ist. Sie weist auf die Konsequenzen bei erneutem Nichterscheinen hin. Zur neu angesetzten Befragung erscheint der CEO, allerdings nicht allein, sondern in Begleitung einer von ihm mandatierten Anwältin. Diese legt der Untersuchungsleiterin eine Rechnung für ihre Vorbereitung der Befragung vor und beharrt darauf, dass die Rechnung vom Unternehmen übernommen wird. Die Untersuchungsleiterin stellt sich die Frage, ob der CEO sich zu einem Interview überhaupt von einer Anwältin begleiten lassen darf und ob das Unternehmen zur Übernahme der Kosten verpflichtet ist.

Die Begleitung des Mitarbeitenden durch eine Vertrauensperson kann zur Beruhigung einer allfällig emotional aufgeladenen Atmosphäre während der Befragung beitragen, die Kooperationschancen erhöhen und der internen Untersuchung im Ganzen zusätzliche Glaubwürdigkeit verleihen. Beim Vorliegen von ernsthaften Interessensgegensätzen, bei drohenden arbeitsrechtlichen Sanktionen oder bei einer besonderen Exponierung des Mitarbeitenden kann es aufgrund der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin angezeigt sein, die Anwesenheit eines Rechtsbeistandes zuzulassen oder zu empfehlen. Die Kosten für die Vertretung hat der Arbeitnehmer im Grundsatz selbst zu tragen. Die Arbeitgeberin muss die Anwaltskosten ihres Mitarbeiters nur

übernehmen, wenn dieser im Zusammenhang mit seiner geschäftlichen Tätigkeit zu einer behördlichen Befragung vorgeladen wird und dabei eine anwaltliche Vertretung angezeigt ist.

### «Wer den Wind sät»

*Nach der Klärung der Kostenübernahme beginnt das Interview, und die Untersuchungsleiterin steigt sogleich mit der ersten Interviewfrage ein. Sichtlich überrumpelt und nervös beantwortet der CEO die ersten Fragen. Die anwesende Anwältin meldet sich zu Wort und bemängelt die fehlende Belehrung.*

Das Bundesgericht hat in BGer 6B\_48/2020, 6B\_49/2020 (sog. «Esigsäure-Entscheid») geklärt, dass die Arbeitgeberin keine sog. Miranda Warnings, also strafprozessuale Hinweise bei der ersten Einvernahme (Art. 158 StPO), erteilen muss. Aus der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin ergibt sich allerdings, dass der Arbeitnehmer zu Beginn der Befragung ein Minimum an Informationen erhalten muss. Die Arbeitgeberin, die an einer Aussage des Arbeitnehmers interessiert ist, wird aber ohnehin Interesse daran haben, ihm ein Mindestmass an Informationen zur Verfügung zu stellen, weil sie damit tendenziell die Kooperationsbereitschaft erhöhen wird. Denn es gilt: Wer weiss, worum es geht und wofür die Informationen verwendet werden, wird eher bereit sein, auszusagen.

Heute haben sich Best Practices herausgebildet, worüber der zu befragende Mitarbeiter zu Beginn der Befragung in internen Untersuchungen zu belehren ist. Dazu gehören namentlich:

- Informationen zum Hintergrund und Zweck der Untersuchung inkl. Erläuterung der Vorwürfe;
- Vorstellung der Befragenden und ihrer Rolle;
- Hinweis darauf, dass die anwesenden Anwälte ausschliesslich die Inte-

ressen des Unternehmens und nicht die des Mitarbeiters vertreten;

- Hinweis auf wahrheitsgemässe und umfassende Auskunftspflicht des Arbeitnehmers bzgl. geschäftsbezogener Vorgänge und Hinweis darauf, dass die grundlose Weigerung eine Treuepflichtverletzung darstellt;
- Je nach Fallkonstellation: Hinweis auf die Möglichkeit zur Aussageverweigerung (insbesondere, wenn mit der Beschlagnahme und Verwertung von Befragungsprotokollen zu rechnen ist, und bei besonders exponierten Arbeitnehmenden);
- Hinweis auf Form der Dokumentation und Möglichkeit der späteren Einsichtnahme;
- Hinweis auf Vertraulichkeit gegenüber Dritten, insbesondere anderen Mitarbeitenden;
- Versicherung und Dokumentation, dass der Mitarbeiter die Belehrung verstanden hat.

### «Find me Guilty»

*Miranda Warnings erfolgen trotz Hinweis der Anwältin nicht und die Stimmung ist merklich angespannt. Im Laufe der Befragung räumt der CEO Kenntnis über Zahlungen an ranghohe Beamte in Südafrika ein und belastet sich schwer. Er sagt weiter aus, dass das Vorgehen zur Auftragsgewinnung in Südafrika über die letzten Jahre von weiteren Mitgliedern im Senior Management des Unternehmens gutgeheissen worden sei. Alle hätten davon profitiert, da ihre Boni vom Gewinn der lokalen Gesellschaft abhängig gewesen seien. Noch während der Befragung reicht der CEO seine Kündigung ein.*

Ausgehend vom Grundsatz, dass der Arbeitnehmer an der Befragung teilnehmen und wahrheitsgemäss aussagen muss, stellt sich die Frage, ob diese Pflicht umfassend gilt, auch wenn die Gefahr besteht, dass er sich selbst Nachteilen aussetzt. Nicht nur kann ihm aufgrund seiner Aussage eine Kündigung drohen, seine Aussagen könnten auch in einem paral-

le laufenden oder nachgelagerten Strafverfahren gegen ihn verwendet werden. In einem isoliert gegen ihn geführten Strafverfahren könnte er aber die Aussage und Mitwirkung verweigern, weil sich niemand selbst belasten muss (Nemo-tenetur-Grundsatz). Mit anderen Worten: Muss der Arbeitnehmer auch zur Befragung erscheinen und die ihm gestellten Fragen wahrheitsgemäss beantworten, wenn er damit Gefahr läuft, Aussagen zu machen, die ihn selbst belasten? Wie ist vorzugehen, wenn es um eine strafrechtliche Selbstbelastung geht?

Bis heute ist in der Schweiz nicht höchstrichterlich geklärt, ob der Arbeitnehmer bei drohender Selbstbelastung im Rahmen einer Befragung ein absolutes oder beschränktes Recht zur Auskunftsverweigerung hat. Auch die Lehre ist sich uneins. In diesem Zusammenhang zeigt sich das Spannungsverhältnis zwischen der Fürsorgepflicht der Arbeitgeberin und der Treuepflicht des Arbeitnehmenden besonders ausgeprägt: Das Interesse der Arbeitgeberin an der vollständigen Aufklärung des Sachverhaltes steht in einem Spannungsverhältnis zum strafrechtlichen Nemo-tenetur-Grundsatz des Arbeitnehmenden.

Das Bundesgericht hat im bereits erwähnten «Essigsäure-Entscheid» zumindest eine gewisse «Fernwirkung» des Nemo-tenetur-Grundsatzes bestätigt; es legte den Fokus allerdings auf die spätere Verwertbarkeit der Aussagen in einem Strafverfahren.

Besteht die Möglichkeit, dass ein Strafverfahren eröffnet wird, kann die Fürsorgepflicht die Arbeitgeberin veranlassen, besonders exponierte Arbeitnehmende mit Schutzmassnahmen wie dem Hinweis auf die Aussageverweigerung im Rahmen des Interviews zu schützen.

### TIPP

Auch strategische Überlegungen im eigenen Interesse des Unternehmens, z.B. im Hinblick auf eine spätere Verwertbarkeit, sollten bei der Frage des Selbstbelastungsprivilegs miteinbezogen werden. In einer vorgängigen Risikoanalyse sollte sich das Unternehmen auch Gedanken zu einer möglichen eigenen Strafbarkeit nach Art. 102 StGB machen.

### «Vergiftete Wahrheit»

*Im Nachgang an die Befragung entscheidet sich der CEO, in die kommunikative Offensive zu gehen, und spielt einem Journalisten Details der Geschehnisse in Südafrika zu. Die Zeitung nimmt die Story auf. Das Unternehmen wird von der Medienberichterstattung komplett überrascht und ist nicht darauf vorbereitet. Als Folge des grossen Presseinteresses melden sich die Strafbehörden und aufgebrauchte Kunden beim Unternehmen.*

Interne Untersuchungen stellen ein Unternehmen regelmässig vor kommunikative Herausforderungen und bedürfen ein frühzeitiges Krisenmanagement. Die Kommunikation bei solchen Untersuchungen zeichnet sich durch eine hohe Komplexität, hohes Tempo und die Schnelligkeit der Informationen aus. Sofern das Unternehmen über keine interne professionelle Kommunikationsabteilung verfügt, sowie wenn der Compliance-Vorfall und die Medienberichterstattung sich im Ausland konzentrieren, empfiehlt es sich, frühzeitig eine externe, spezialisierte Kommunikationsberatung beizuziehen.

In einem Konzern sollte die Kommunikation im Krisenfall zentral erfolgen, denn eine unkontrollierte Kommunikation birgt

gerade am Anfang einer internen Untersuchung erhebliche Reputationsrisiken in sich und erschwert das Aufklären der Fakten.

Gerade im Hinblick auf Medienanfragen empfiehlt sich bei der Planung der internen Untersuchung von Anfang an, einen eigenen Kommunikations-Workstream einzurichten. Dort wird in enger Abstimmung und Zusammenarbeit mit dem Legal-Workstream die notwendige Toolbox erarbeitet, inklusive eines schlüssigen und widerspruchsfreien Standby Statements und eines Q&A-Katalogs für die Kommunikation, um jederzeit auf Anfragen reagieren zu können. Ausgangspunkt jeder Kommunikationsstrategie ist die Legal-Strategie. Dies deshalb, weil nur eine mit dem Untersuchungsziel koordinierte und kongruente Kommunikation stimmig ist und Inkonsistenzen zu Misstrauen gegenüber den Handlungen des Unternehmens führen können. Gestützt auf die Legal-Strategie und in ständigem Austausch mit den verantwortlichen internen und externen Anwälten legen die Kommunikationsexperten den Rahmen der Kommunikation fest, in dem die gesamte Kommunikation zentral koordiniert wird.

### ZU DEN AUTORINNEN:

**Dr. Claudia Götz Staehelin** und **Marglen Schultze** sind spezialisiert auf das Führen von internen Untersuchungen. Bei Kellerhals Carrard beraten sie Unternehmen in den Bereichen Healthcare Compliance, Litigation, Wirtschaftsstrafrecht, grenzüberschreitende Verfahren, internationale Rechtshilfe sowie Datenschutz, und unterstützen diese im Krisenmanagement.