

## Untersuchungen durch unabhängige Beauftragte

### *Ein interessantes Instrument der Aufsicht und Vertrauensbildung auch für schweizerische Unternehmen und Organisationen*

von Roland Truffer und Tina Wüstemann

*Den Entscheidungsträgern einer Organisation, die Hinweise auf Unregelmässigkeiten im eigenen Hause erhalten oder mit einer internen oder externen Vertrauenskrise konfrontiert sind, bietet sich als mögliche Antwort die Einsetzung unabhängiger Beauftragter an, die in einer gründlichen Untersuchung die relevanten Sachverhalte klären sollen. Diese namentlich in den USA etablierte Praxis scheint auch hierzulande an Beliebtheit zu gewinnen und könnte nicht zuletzt durch die aktuellen Bemühungen zu Schutz und Ermutigung von ‚whistleblowers‘ weiteren Auftrieb erhalten.*

Am 14. Oktober 2004 wurde öffentlich bekannt, dass der Generalstaatsanwalt von New York gegen Marsh & McLennan Companies, Inc. und ihre Tochter Marsh Inc. eine Klage wegen unzulässiger Praktiken im Geschäft der Versicherungsvermittlung erhoben hatte. Noch am selben Tage liessen die vom Management unabhängigen Mitglieder des *Board of Directors* (entsprechend etwa dem schweizerischen Verwaltungsrat) von Marsh & McLennan in einer Pressemitteilung verlauten, eine unabhängige Untersuchung sei eingeleitet worden: *“... An independent review is underway. The review will be thorough, prompt and efficient. [...] When the review has been concluded, the Board will take all appropriate action ...”*. Zahlreiche Beispiele wie dieses zeigen, dass für US-amerikanische Unternehmen die Anordnung einer unabhängigen internen Untersuchung zu einer Selbstverständlichkeit geworden ist, sobald seitens von Behörden oder in der Öffentlichkeit ernstliche Vorwürfe zu ihrem Geschäftsgebaren verlauten. Vor allem seit dem Inkrafttreten der Sarbanes-Oxley Act zur Verbesserung der Unternehmensberichterstattung im Jahre 2002 haben solche Untersuchungen in den USA drastisch zugenommen. Der entsprechenden Erwartungshaltung der US-amerikanischen Behörden (einschliesslich der Börsenaufsicht, *Securities and Exchange Commission*) können sich manchmal auch schweizerische Unternehmen mit US-Präsenz nicht entziehen. So veranlasste die *Adecco SA* umfangreiche Untersuchungen, als im Frühjahr 2004 Zweifel bezüglich der Verlässlichkeit ihrer Rechnungslegung aufkamen (die dann weitgehend ausgeräumt werden konnten).

Aber auch wo keine Ansprüche ausländischer Aufsichtsbehörden zu befriedigen sind, hat das Instrument der unabhängigen Untersuchung in den vergangenen Jahren hierzulande an Verbreitung gewonnen. In diesem Bereich sind Beispiele schwieriger zu nennen, da die (teilweise umfangreichen) Untersuchungen oft vertraulich sind und bleiben - sei es, dass sie nur der Information der Aufsichtsorgane der auftraggebenden Organisation selbst (Verwaltungsrat, Stiftungsrat) dienen, sei es, dass mit interessierten Behörden Stillschweigen vereinbart werden konnte. Ausnahmen bilden etwa der *Schweizerische Fussballverband* (Untersuchung der ‚Spuckaffäre‘ durch alt Regierungsrat Ulrich Fässler im Sommer 2004), die *SUVA* (verschiedene Untersuchungsaufträge im Herbst 2005 im Zusammenhang mit Unregelmässigkeiten beim Immobilienverkauf) oder die *Swissair*, wo eine ursprünglich vom Richter angeordnete aktienrechtliche Sonderprüfung durch *Ernst & Young* nach der Anordnung der Nachlassstundung im Auftrag des Sachwalters in eine Untersuchung zur Abklärung von Verantwortlichkeitsansprüchen übergeführt wurde (2001-03) - auch insofern ein ungewöhnlicher Fall, als hier die untersuchte Organisation ihre Tätigkeit bereits eingestellt hatte. Aus jüngster Zeit sind etwa noch die Untersuchungsaufträge im Umfeld der Entwicklungen bei der *Swissfirst*-Gruppe sowie derjenige der *Siemens-Pensionskasse* zur Untersuchung ihrer Geschäftspraktiken durch zwei Anwälte von September 2006 zu nennen.

### **Nutzen und Kosten der Unabhängigkeit**

Die unmittelbare Aufgabe einer unabhängigen Untersuchung ist stets die Abklärung eines Sachverhaltes; mittelbarer Zweck ist meist im weitesten Sinne die Vertrauensbildung. Organisationen greifen zu diesem Mittel, wo entweder das Vertrauen von Öffentlichkeit und Behörden oder ihre internen Vertrauensbeziehungen (oft auch beides) gestört oder gefährdet sind: Vielleicht sind bei der Aufsichtsbehörde Zweifel aufgekommen, ob sie sich auf die Auskünfte eines beaufsichtigten Institutes in einer bestimmten Sache noch verlassen kann; vielleicht wurden im Verwaltungsrat eines

Unternehmens Befürchtungen laut, ein gescheitertes Projekt sei vom Management hintertrieben worden; vielleicht droht eine Organisation als Folge öffentlicher Unterstellungen das dringend benötigte Vertrauen des Publikums einzubüssen. In solchen und ähnlichen Fällen kann eine Untersuchung, die zwar im Auftrag der betroffenen Organisation, aber von unabhängiger Seite durchgeführt wird, zur Stärkung oder Wiederherstellung des Vertrauens beitragen.

Die Chance besteht auf zwei Ebenen: einerseits kann es sein, dass die Ergebnisse der Untersuchung die Befürchtungen ganz oder weitgehend widerlegen; die Unabhängigkeit der Beauftragten wehrt in diesem Fall dem Verdacht der Vertuschung. Andererseits setzt die Organisation bereits mit dem Auftrag zur Untersuchung ein Zeichen nach innen wie auch (gegebenenfalls) nach aussen, dass sie die Angelegenheit ernst nimmt, die Wahrheit nicht scheut und sich den Konsequenzen stellen wird. Dieser Aspekt wird gerade in dem Fall wichtig, dass die Untersuchungsergebnisse die schlimmsten Befürchtungen bestätigen. Ein erster Schritt auf dem Weg zurück zur Glaubwürdigkeit ist dann bereits getan, und es besteht ein solider Anknüpfungspunkt für die notwendigen Korrekturen, die von disziplinarischen Sanktionen bis hin zu Änderungen in der Organisationsstruktur reichen können. Oft zeigt sich ein Bedarf nach Stärkung der ‚Compliance‘-Funktionen der Organisation in der einen oder anderen Weise. Nicht selten werden die mit der Untersuchung Beauftragten zum Ende gebeten, auch Vorschläge für solche Massnahmen zu unterbreiten (was den eigentlichen Untersuchungsauftrag überschreitet).

Mit dem Zweck der Vertrauensbildung hängt der zentrale Vorteil der unabhängigen Untersuchung gegenüber einer Untersuchung durch interne Kräfte der Organisation zusammen, wenn man vom Schutz durch das Berufsgeheimnis (von dem noch die Rede sein soll) einmal absieht. Während die Erhebung des Sachverhaltes grundsätzlich oft ebenso gut und sogar mit weniger Aufwand durch interne Stellen möglich wäre (namentlich wo ein internes Revisorat besteht), hat ein Aussenstehender einen entscheidenden Glaubwürdigkeitsvorsprung. Dieser mag teilweise auf der Ebene der Wahrnehmung liegen; er hat aber wohl einen objektiven Kern, indem sich die ständige Einbindung in eine Organisation auch bei grösster persönlicher Integrität in Befangenheiten niederschlagen kann. Wer hingegen nur gerade für die Untersuchung mit einer Organisation in Kontakt tritt und allein (beispielsweise) dem Vorsitzenden ihres Prüfungsausschusses Rechenschaft zu geben hat, ist ideal positioniert, um ohne Ansehen der Person vorzugehen.

Die damit verbundene ‚institutionelle‘ Glaubwürdigkeit der Untersuchung erleichtert es insbesondere auch einer zuständigen Behörde, sich auf die Ergebnisse zu verlassen, und schützt sie ihrerseits gegen Vorwürfe der Leichtgläubigkeit. Im Gegenzug wird die Behörde oft geneigt sein, das kooperative Verhalten der Organisation (welche die eingehende Klärung der Verdachtsmomente durch eine unabhängige Untersuchung auf eigene Kosten anbietet, anstatt diese Aufgabe unter erschwerten Bedingungen der Behörde zu überlassen) ‚strafmildernd‘ zu würdigen, wenn es zur Festsetzung von Sanktionen für allfällige Regelverstösse kommt.

Als Nachteil der unabhängigen Untersuchung fallen demgegenüber am ehesten die meist erheblichen Kosten in Betracht; der Zeitbedarf ist ebenfalls tendenziell grösser als bei einer rein internen Untersuchung. Die Kehrseite der Unabhängigkeit des Beauftragten ist sein Einarbeitungsaufwand; vor allem aber setzt das Ziel der Vertrauensbildung meistens grosse, ja demonstrative Gründlichkeit der Untersuchung voraus. Wer am Ende mit seinem Namen hinter den Untersuchungsergebnissen stehen soll, kann zudem den dafür erforderlichen Aufwand nicht beliebig den Wünschen des Auftraggebers anpassen. Hingegen lässt sich die oft befürchtete Störungswirkung auf das Tagesgeschäft der untersuchten Organisation durch zweckmässige Planung und Zusammenarbeit mit einem internen Koordinator in engen Grenzen halten. Dies gilt jedenfalls für Störungen objektiver Art (Beanspruchung wichtiger Mitarbeiter für Befragungen, Fehlen ‚beschlagnehmter‘ Akten etc.). Die psychologische Wirkung hängt demgegenüber von der Art und Schwere der zu untersuchenden Befürchtungen ab, kann aber durchaus auch positiv sein. Oft wird mit der Einleitung der Untersuchung eine belastende Situation vager Verdächtigungen beendet, und alle Beteiligten erhalten eine faire Gelegenheit, zur Aufklärung der Tatsachen beizutragen und mit ihrer Sicht der Dinge gehört zu werden.

### ***Neue Technik, alte Gesetze***

Fällt die Entscheidung zur Einleitung einer unabhängigen Untersuchung, so bieten sich als fachkundige Beauftragte insbesondere Revisionsgesellschaften und Anwaltssozietäten an. Beliebte sind auch einzelne Vertrauenspersonen des öffentlichen Lebens (etwa ein pensionierter Richter oder Staatsanwalt), die

allerdings für die arbeitsintensive Durchführung der Untersuchung meist wiederum auf den Beizug geeigneten Personals angewiesen sind. Bilden Revisoren eine naheliegende Wahl, wenn der Untersuchungsgegenstand zentral die Rechnungslegung betrifft, so haben Anwälte einen Vorteil, wo rechtliche Fragen mitspielen oder eine Verbindung zu hängigen Verfahren besteht; in komplexen Fällen ist manchmal ein gemischtes Team sinnvoll. Vor allem im angelsächsischen Raum ist eine Vorliebe für die primäre Beauftragung von Rechtsanwälten zu beobachten, weil der damit verbundene starke Geheimnisschutz (*legal privilege*) gewährleistet sein soll, falls der untersuchte Vorfall später zum Gegenstand von Zivil- oder Strafprozessen wird (ähnliche Überlegungen bestimmen oftmals auch Form und Ausmass der Berichterstattung an den Auftraggeber und der Offenlegung an interessierte Behörden). In Ländern wie der Schweiz, die nur dem selbständigen Anwalt und nicht auch dem internen Rechtskonsultanten den spezifischen Schutz eines Berufsgeheimnisses zubilligen, liegt darin ein zusätzliches Argument für die unabhängige Untersuchung. In jedem Fall sind unter dem Aspekt der Unabhängigkeit ‚neue Kräfte‘ gefragt - also kaum die eigene Revisionsstelle oder der schon bisher regelmässig beigezogene Anwalt, sondern *ad hoc* ausgewählte Beauftragte, die im Idealfall bisher keinerlei Tätigkeit für die Organisation ausgeübt haben.

Das Anliegen der Unabhängigkeit sollte andererseits nicht der engen Zusammenarbeit des verantwortlichen Beauftragten mit geeigneten und ‚unverdächtigen‘ internen Stellen der untersuchten Organisation im Wege stehen. Insbesondere die interne Revision (wo vorhanden), der Rechtsdienst, die Personalabteilung, das Generalsekretariat und die IT-Spezialisten sind oft wichtige Ansprechpartner. Sogar gemischte Untersuchungsteams aus unabhängigen Beauftragten und internen Spezialisten kommen vor. Es ist allerdings auch sorgfältig auf Befangenheiten der internen Kontrollinstanzen zu achten, da oftmals das Thema der Untersuchung (direkt oder indirekt) auch die Frage umfasst, weshalb die bestehenden Kontrollmechanismen die inkriminierten Vorkommnisse nicht verhindert haben oder ob erste, intern getätigte Abklärungen angemessen und gründlich genug waren.

Die jüngere Entwicklung zur elektronischen Kommunikation, Dokumentenverwaltung und Archivierung erweitert erheblich die Möglichkeiten des Beauftragten bei der Durchführung der Untersuchung. In der Folge der *Enron*-Untersuchungen (wo die Entdeckung einer gezielten Aktenvernichtungsaktion in Erwartung des Aufsichtsverfahrens dem Wirtschaftsprüfer *Arthur Andersen* das Genick brach) und ähnlicher Verfahren ist auch das allgemeine Bewusstsein für die Wichtigkeit korrekter Aufbewahrung der physischen und elektronischen Korrespondenz (*retention policies*) deutlich gestiegen. Ein Unternehmen mit professioneller Datenverwaltung ist heute oftmals in der Lage, für die Zwecke einer Untersuchung alle an einem bestimmten Tag in der Vergangenheit von Mitarbeitern erhaltenen, versandten, bearbeiteten oder im Speicher gehaltenen *e-mails* und elektronischen Dokumente sicherzustellen, in einem automatischen Suchlauf auf die Verwendung bestimmter Stichwörter hin zu prüfen und diejenigen auszusondern, die entsprechende Treffer zeigen (*screening*). Diese erste Auswahl möglicherweise relevanter Dokumente und Mitteilungen wird dann einer individuellen Prüfung durch das Untersuchungsteam unterzogen. Daneben behalten selbstverständlich die klassischen Mittel der persönlichen Befragung sowie der Durchsicht von Akten, welche in Papierform von angefragten Personen beigebracht oder bei überprüften Mitarbeitern gefunden werden, ihre Bedeutung.

Da der Untersuchungsbeauftragte mit dem Einverständnis der untersuchten Organisation handelt, stehen ihm die Türen zu den relevanten Daten, Dokumenten und Auskunftspersonen im Grundsatz ohne weiteres offen. Gleichwohl sind bei der Durchführung rechtliche Schranken zu beachten, etwa unter dem Gesichtspunkt des Daten- und Persönlichkeitsschutzes (private Unterlagen und *e-mails* von Mitarbeitern, Kundendaten) und des Arbeitsrechts. Neben der Vertrautheit mit dem regulatorischen Umfeld der untersuchten Organisation und Prozessführungspraxis gehört auch das Verständnis für solche Fragen zum Idealprofil des Beauftragten, wie die jüngsten Turbulenzen um eine mit zweifelhaften Mitteln geführte Untersuchung beim US-Computerkonzern Hewlett-Packard unterstreichen. Ist eine ausländische Behörde an den Ergebnissen der Untersuchung interessiert, verlangen zudem die Bestimmungen des Strafgesetzbuches zum Schutz der schweizerischen Hoheitsinteressen Beachtung (“wirtschaftlicher Nachrichtendienst” gemäss Art. 273 StGB; “verbotene Handlungen für einen fremden Staat” gemäss Art. 271 StGB). Die letztgenannte Bestimmung aus der Weltkriegszeit, die primär das unkontrollierte Tätigwerden ausländischer Beamten und Behörden auf schweizerischem Boden verbieten will, führt infolge ihrer weiten Auslegung in einigen Urteilen des Bundesgerichts manchmal zu Unsicherheiten, insbesondere wo die Untersuchung nicht auf wirklich freiwilliger Basis durchgeführt wird. Folge ist namentlich die Tendenz, das Einverständnis und den Miteinbezug einer zuständigen *schweizerischen* Behörde anzustreben.

### ***Kommen schweizerische Behörden auf den Geschmack ?***

Eine Vereinbarung zwischen Aufsichtsbehörde und beaufsichtigter Organisation, wonach diese einen Hinweis auf Ungereimtheiten durch die Beauftragung unabhängiger Prüfer verfolgt und der Behörde über die Ergebnisse Rechenschaft geben wird, kann eine für beide Seiten befriedigende Mittellösung zwischen einer behördlichen Untersuchung und blindem Vertrauen in die Angaben der Organisation bieten. Abgesehen vom Bankensektor, wo mit der gesetzlich verankerten, zweistufigen Aufsichtsstruktur eine besondere Ausgangslage besteht (direkte Aufsicht durch die bankengesetzlichen Revisionsstellen, indirekte Aufsicht durch die Eidg. Bankenkommission), scheint die hiesige Praxis von dieser Möglichkeit bislang noch nicht allzu ausgiebig Gebrauch zu machen. Es wird interessant sein zu sehen, ob unter dem Eindruck der ausländischen Praxis und jüngster Beispiele die Aufmerksamkeit für das Institut der unabhängigen Untersuchung auch von dieser Seite zunimmt.

Eine andere Quelle solcher Aufmerksamkeit könnten die ‚whistleblowing‘-Regeln sein, die gegenwärtig - wiederum amerikanischen Beispielen folgend - in vielen mittleren und grossen Unternehmen unseres Landes eingeführt werden. Sie sollen Hinweise auf interne Missstände aus den Reihen der Mitarbeiter fördern und die Anzeiger vor Repressalien schützen. Doch anders als auf dem Fussballfeld markiert hier das Ertönen der Pfeife erst den Anfang der Wahrheits- und Entscheidungsfindung. Dem erhaltenen Hinweis in gewissenhafter und für alle Beteiligten fairer Weise nachzugehen, kann eine schwierige Aufgabe sein. Ein Unternehmen, das in potentiell gravierenden Fällen die Abklärung einem unabhängigen Beauftragten anvertraut, demonstriert den Ernst seiner *Compliance*-Bemühungen und investiert in seine Glaubwürdigkeit.

*Weiterführende Literatur:* Paul A. von Hehn/Wilhelm Hartung, Independent internal investigations: a tool of good corporate governance in Europe too ? (*PLC Cross-border Quarterly* 10-12/2005); Jay G. Martin, Conducting a Successful Internal Corporate Investigation in Response to Allegations of Improper Corporate Conduct (2004); William Michael Jr./Mark D. Larsen, Internal Investigations (Association of Corporate Counsel (Hrsg.), 2004); Dan K. Webb/Robert W. Tarun/Steven F. Molo, Corporate Internal Investigations (New York 1993/2003).

#### Unabhängige Untersuchungen und internes Regelwerk

Je nach dem Anlass, der zur Einleitung einer unabhängigen Untersuchung führt (z.B. Verlauten von Gerüchten in der Öffentlichkeit, Eklat im Verwaltungsrat, Auftreten einer Behörde mit Auskunftsbegehren), können deren erste Tage von einiger Hektik geprägt sein. Zudem melden sich in dieser kurzen Zeit der Weichenstellungen gerne auch divergierende ‚politische‘ Interessen der beteiligten Instanzen und Personen zu Wort. Für Organisationen, die über ein ausgebautes internes Regelwerk verfügen (insbesondere für Unternehmen mit internationaler Präsenz), kann es sich daher empfehlen, auch zu diesem Gegenstand vorsorglich bestimmte Grundsätze niederzulegen. Während die Untersuchungsmethodik selbst nicht präjudiziert werden sollte, können geeignete Richtlinien etwa zu den folgenden Fragen helfen, die Anfangsphase ohne Reibungsverluste zu überstehen:

- In welchen Situationen wird eine förmliche Untersuchung veranlasst? Wer entscheidet nach welchen Kriterien über die Frage „hauseigene oder unabhängige Untersuchung“ ?
- Wer wählt nach welchen Kriterien einen Untersuchungsbeauftragten aus ?
- Wem im Unternehmen wird die Begleitung der Untersuchung anvertraut ?
- Welche Massnahmen stellen, falls erforderlich, die (auch unternehmensinterne) Geheimhaltung der Untersuchung sicher ?
- Wie wird andererseits, falls opportun, die Einleitung der Untersuchung intern und extern bekanntgegeben ? Wer entscheidet darüber ? Welche Grundsätze der Kommunikation gelten während der Untersuchung ?
- Wie wird sichergestellt, dass nach Bekanntwerden der Untersuchung nicht relevante Dokumente verschwinden oder anderweitige Kollusion stattfindet ?