

Verletzung der Pflicht von Art. 66 des Kotierungsreglements zum Grundsatz der „True and Fair View“

(Die Disziplinarkommission entschied auf Beschwerde der Emittentin A. und bestätigte einen Entscheid des Ausschusses der Zulassungsstelle.)

Sachverhalt

Die Inhaberaktien der A. (A. oder Gesellschaft) sind im Hauptsegment der SWX Swiss Exchange (SWX) kotiert. (...) Die Gesellschaft wendet für die Konzernrechnung im Berichtsjahr 2002 die International Financial Reporting Standards (IFRS, ehemals IAS) als Rechnungslegungsstandard an. In der konsolidierten Bilanz per 31. Dezember 2002 wurden in den flüssigen Mitteln zurückgekauft eigene Anlehensanteile ausgewiesen. Durch die Aktivierung der eigenen Anlehensanteile nahmen die flüssigen Mittel in der Bilanz sowie im Fonds flüssige Mittel der konsolidierten Geldflussrechnung um EUR 6.7 Mio. bzw. 30% zu. Weiter wurde in der konsolidierten Geldflussrechnung 2002 eine noch nicht ausbezahlte Tranche der Aktienkapitalherabsetzung liquiditätswirksam ausgewiesen. Als Folge davon nahm der Geldfluss aus Geschäftstätigkeit im Umfang von EUR 4.1 Mio. bzw. 11% zu.

Erwägungen

I. Zuständigkeit

(...)

II. Grundlagen

(...)

Als von der SWX anerkanntes Normenwerk gelten gemäss Art. 70 KR und Mitteilung Nr. 20/2000 der Zulassungsstelle auch IFRS. Die Gesellschaft hat im Berichtsjahr 2002 eine konsolidierte Jahresrechnung nach IFRS erstellt.

(...)

III. Materielles

Ausweis zurückgekaufter eigener Anleihen

1. In der konsolidierten Bilanz der A. wurden per 31. Dezember 2002 flüssige Mittel im Betrag von EUR 29.3 Mio. ausgewiesen. Die konsolidierte Geldflussrechnung zeigte für das Geschäftsjahr 2002 eine Zunahme des Fonds flüssige Mittel um EUR 8.6 Mio. Gemäss Erläuterung 5 im Anhang der Konzernrechnung 2002 beinhalteten diese flüssigen Mittel Wertpapiere im Wert von EUR 7.8 Mio.
2. Wie die Vorabklärungen der Geschäftsstelle (der SWX) ergaben, handelte es sich bei diesen Wertpapieren unter anderem um zurückgekauft Anteile von EUR 6.7 Mio. der eigenen Anleihe.
3. Nach Auffassung der Geschäftsstelle qualifizieren sich zurückgekauft eigene Anleihen nach IFRS nicht als Aktivum, sondern sind gemäss IAS 39p57 sowie Questions and

Answers (Q&A) 57-2 des Implementation Guidance Committee (IGC) zu IAS 39 als Reduktion der Verbindlichkeit aus Anleihen in den Passiven zu erfassen.

4. Die Geschäftsstelle macht (...) geltend, dass durch diese inkorrekte Aktivierung der zurückgekauften eigenen Anleihensanteile, die flüssigen Mittel in der konsolidierten Bilanz per 31. Dezember 2002 um EUR 6.7 Mio. bzw. 30% zu hoch ausgewiesen waren. Als Folge davon war auch in der Geldflussrechnung die Zunahme des Fonds flüssige Mittel um EUR 6.7 Mio. bzw. 353% zu hoch ausgewiesen.
5. Die Gesellschaft legt in ihrer Stellungnahme (...) dar, dass aus IAS 39p57 nicht hervorgehe, dass eine Verrechnung der Verbindlichkeit aus Anleihen mit den zurückgekauften Anleihensanteilen zwingend erfolgen müsse. Es heisse in IAS 39p57 nur, dass eine Verbindlichkeit aus der Bilanz auszubuchen ist, wenn diese getilgt ist - d.h. wenn die im Vertrag genannten Verpflichtungen beglichen, aufgehoben oder ausgelaufen sind.
6. Diesem Argument kann nicht gefolgt werden, da in IAS 39p57 einerseits mittels einer Fussnote explizit auf die zusätzlichen Erläuterungen in IGC 57-1, IGC 57-2 und IGC 57-3 verwiesen wird. Andererseits erfolgt die Präzisierung im nachfolgenden IAS 39p58, worin unter Ziffer (a) klar festgehalten wird, dass die Bedingung (Ausbuchung der Verbindlichkeit) aus IAS 39p57 dann erfüllt sei, wenn der Schuldner die Verbindlichkeit - oder einen Teil der Verbindlichkeit - begleicht, indem er den Gläubiger bezahlt. Eine Aktivierung der zurückgekauften eigenen Anleihe war somit nicht zulässig.
7. A. macht (...)ferner geltend, dass die in der Implementation Guidance zu IAS 39 enthaltenen Q&A gemäss IFRS nicht verbindlich sind (2003 International Financial Reporting Standards, Seite 39 IGC - 2, Status of the implementation guidance, 2. Absatz: "the implementation guidance does not have the status of such a Standard or Interpretation).
8. Auch dieser Ansicht der Gesellschaft kann nicht gefolgt werden. Es ist zwar richtig, dass die Q&A nicht den Status eines Standards oder einer Interpretation haben, dennoch wird klar festgehalten, dass eine Unternehmung in der Wahl und Anwendung ihrer Rechnungslegungsgrundsätze die Implementation Guidance beachten muss (2003 International Financial Reporting Standards, Seite 39 IGC - 2, Status of the implementation guidance, 3. Absatz: "entreprises should consider the guidance as they select and apply accounting principles". Wobei das Englische "should" einen zwingenden Charakter aufweist und in der vom IASB genehmigten deutschen Ausgabe jeweils als "muss/hat zu" übersetzt wird.)

Ausweis Aktienkapitalherabsetzung

9. Die Aktionäre der A. hatten anlässlich der Generalversammlung vom 7. Juni 2002 eine Aktienkapitalherabsetzung um EUR 6.2 Mio. beschlossen. Gemäss Beschluss der Generalversammlung wurde ein Anteil von EUR 2.1 Mio. noch im Berichtsjahr 2002 ausbezahlt, während die restlichen EUR 4.1 Mio. erst im Jahr 2003 auszubezahlen waren.
10. Der Geldabfluss der A. aus Finanzierungstätigkeit im Rahmen der Aktienkapitalherabsetzung betrug somit im Berichtsjahr 2002 EUR 2.1 Mio. Die erst 2003 fällig werdende Tranche der Aktienkapitalherabsetzung von EUR 4.1 Mio. war per 31. Dezember 2002 in der konsolidierten Bilanz unter der Position "sonstige kurzfristige Verbindlichkeiten" ausgewiesen.
11. Die Geschäftsstelle macht (...) geltend, dass es sich bei der im Berichtsjahr 2002 noch nicht ausbezahlten Tranche der Aktienkapitalherabsetzung von EUR 4.1 Mio. um eine liquiditätsunwirksame Transaktion ("transactions that do not require the use of cash or cash equivalents") handelte, welche gemäss IAS 7p43 nicht in der Geldflussrechnung dargestellt werden darf.
12. (Die Geschäftsstelle legt dar...), dass in der konsolidierten Geldflussrechnung 2002 der Gesellschaft ein "Geldabfluss aus Finanzierungstätigkeit" im Rahmen der Aktienkapitalherabsetzung von EUR 6.2 Mio. - entsprechend der gesamten beschlossenen Aktienkapitalherabsetzung - ausgewiesen war. Gleichzeitig wurde die gesamte Veränderung

der sonstigen kurzfristigen Verbindlichkeiten in der Geldflussrechnung als "Geldfluss aus Geschäftstätigkeit" ausgewiesen, obwohl im Umfang von EUR 4.1 Mio. kein Geldzufluss stattfand. Als Folge davon ist der "Geldzufluss aus Geschäftstätigkeit" im Umfang von EUR 4.1 Mio. bzw. 11% zu hoch dargestellt.

13. Die Gesellschaft führt in ihrer Stellungnahme (...) aus, dass sie aus Transparenzgründen bewusst diesen Bruttoausweis in der Geldflussrechnung gewählt hat, um eine Übereinstimmung mit der Behandlung im Eigenkapitalnachweis und der Bilanz zu erreichen.
14. Dieser Ansicht der Gesellschaft kann nicht gefolgt werden. Der Sinn und Zweck ("Objective") einer Geldflussrechnung nach IAS 7 ist es, den Abschlussadressaten Informationen über die Bewegung der flüssigen Mittel eines Unternehmens bereitzustellen, welche in Geldflüsse aus Geschäfts-, Investitions- und Finanzierungstätigkeit klassifiziert werden. Diese Informationen über die Cashflows eines Unternehmens vermitteln den Abschlussadressaten eine wichtige Grundlage zur Beurteilung der Fähigkeit des Unternehmens, flüssige Mittel zu erwirtschaften, sowie zur Abschätzung des Liquiditätsbedarfs des Unternehmens. Es ist darum nicht ersichtlich, warum gerade aus Transparenzgründen ein fehlerhafter Ausweis der Geldflüsse vorgenommen werden soll.
15. A. macht in ihrer Stellungnahme (...) ferner geltend, dass es sich bei diesem Bruttoausweis um eine verbreitete Praxis bei vergleichbaren Situationen hinsichtlich der Darstellung von Investitionen in der Geldflussrechnung handle. Entsprechende Beispiele glaubt die Gesellschaft in den Geschäftsberichten 2002 von Nestlé AG, Novartis AG, Georg Fischer AG, SIG Holding AG, Rieter Holding AG und Unaxis Holding AG zu finden.
16. Diese von der Gesellschaft vorgebrachte Behauptung kann nicht nachvollzogen werden. Zudem rechtfertigt ein allfälliger Verstoss von anderen Emittenten nicht das eigene fehlbare Verhalten.

Expertengruppe für Rechnungslegungsfragen

17. (...)
18. Die Expertengruppe hielt (...) fest, dass es sich bei der Zuordnung der eigenen Anleihen zu den liquiden Mitteln um eine Verletzung von IFRS-Vorschriften handelt, welche eine Verzerrung der ökonomischen Realität zur Folge hat. Zudem werde mit der fehlenden Offenlegung des Bestands an eigenen Anleihen ein bedeutendes Klumpenrisiko ungenügend dargestellt.
19. Weiter handle es sich bei der fehlerhaften Behandlung der Aktienkapitalherabsetzung im Geldfluss aus Geschäftstätigkeit um einen wesentlichen Verstoss gegen IFRS, welcher die Anleger durch die Vorenthaltung wichtiger Informationen täusche.
20. Die Gesellschaft führt (...) dazu aus, dass in Bezug auf die Zuordnung der zurückgekauften eigenen Anlehensanteile zu den flüssigen Mitteln nicht von einem Klumpenrisiko gesprochen werden könne, da kein Risiko bestehe. Ein Risiko könne nur vorliegen, wenn Anleihen eines anderen Unternehmens erworben würden, da dieses theoretisch zahlungsunfähig werden könnte. Bei eigenen Anleihen sei dies ausgeschlossen, da im Fall der Zahlungsunfähigkeit die Anleihen vollwertig zur Entschuldung verrechnet werden könnten.
21. Diesem Argument kann nicht gefolgt werden, da vernachlässigt wird, dass neben dem Bonitätsrisiko auch weitere Risiken (z.B. Zinsänderungsrisiko, Marktliquiditätsrisiko, Währungsrisiko CHF/EUR etc.) zu berücksichtigen sind. Zudem zeigt gerade eben die von der Gesellschaft angesprochene Verrechnung der Forderung aus zurückgekauften Anlehensanteilen mit der Verbindlichkeit aus Anleihen, dass es sich nicht um flüssige Mittel handeln kann.

IV. Entscheidungsfindung

22. Art. 82 Abs. 1 KR bestimmt, dass beim Ergreifen einer Sanktion die Schwere der Verletzung und das Verschulden zu berücksichtigen sind. Zudem ist zu beachten, ob einem Emittenten Fahrlässigkeit, Eventualvorsatz oder Vorsatz vorzuwerfen ist.

Schwere der Verletzung

23. (Die Geschäftsstelle stuft) die Mängel im Zusammenhang mit dem Ausweis der zurückgekauften eigenen Anleihen und der Aktienkapitalherabsetzung als schwer ein, da es sich um klare Verletzungen der anwendbaren Rechnungslegungsgrundsätze handle. So stelle der Bestand an flüssigen Mitteln sowie dessen Veränderung eine elementare Information im Rahmen der finanziellen Berichterstattung dar. Aufgrund der Höhe der Abweichung und der Bedeutung der flüssigen Mittel sei der Anleger erheblich getäuscht worden. Ferner handle es sich auch beim Geldfluss aus Geschäftstätigkeit um ein zentrales Element innerhalb der finanziellen Berichterstattung. Durch die inkorrekte Darstellung dieser wichtigen Messgrösse sei der Anleger auch hier beträchtlich getäuscht worden.
24. Die Gesellschaft hingegen vertritt (...) die Meinung, dass es sich um keine klaren Verletzungen der anwendbaren Rechnungslegungsnormen handle. Zudem sei im Hinblick auf die Aktienkapitalherabsetzung öffentlich mehrfach deutlich und unmissverständlich kommuniziert worden, wann die entsprechenden Raten durch die A. bezahlt werden. Es sei vor diesem Hintergrund deshalb unverständlich, weshalb (die Geschäftsstelle) von einer beträchtlichen Täuschung des Anlegers ausgehe.
25. Zu diesem Punkt ist vorerst grundsätzlich festzuhalten, dass die Gesellschaft gegen die angewandten Rechnungslegungsvorschriften IFRS verstossen hat. Die Gesellschaft hätte in Übereinstimmung mit IAS 1p10 die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie die Cashflows in der konsolidierten Jahresrechnung 2002 den tatsächlichen Verhältnissen entsprechend darstellen müssen. Eine mangelhafte Anwendung der Rechnungslegungsvorschriften kann nach IAS 1p12 auch nicht durch entsprechende Angaben im Anhang oder durch zusätzliche Erläuterungen in anderer Form geheilt werden.
26. In Bezug auf die von der Gesellschaft angesprochene Kommunikation der Kapitalherabsetzung muss weiter festgehalten werden, dass eben gerade daraus ersichtlich war, dass die zweite Tranche der Kapitalherabsetzung erst im Berichtsjahr 2003 zahlbar wurde. Der Ausweis dieser Transaktion als Geldzufluss aus Geschäftstätigkeit in der Jahresrechnung 2002 war folglich geeignet, eine erhebliche Täuschung zu bewirken.
27. Insgesamt handelt es sich bei den in diesem Verfahren zu beurteilenden Verstössen der A. (...) um wesentliche Verletzungen der angewandten Rechnungslegungsnorm. Dies muss als schwerer Verstoss gegen die Vorschriften des Kotierungsreglements (Art. 66 KR) betrachtet werden.

Verschulden

28. Voraussetzung für das Aussprechen einer Sanktion nach Art. 81 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 KR in Verbindung mit Art. 82 Abs. 3 KR ist nach ständiger Praxis (...), dass den handelnden Personen der A. mindestens eine fahrlässige Verletzung von Regeln des Kotierungsreglements vorgeworfen werden kann.
29. Fahrlässig handelt, wer die Folge seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat. Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Fahrlässigkeitshaftung ist die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe müssen in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sein.
30. Eventualvorsatz ist dann gegeben, wenn der Emittent den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er den Erfolg für den

Fall seines Eintritts in Kauf nimmt. Er findet sich mit ihm ab, mag er ihm auch unerwünscht sein.

31. Nach (Auffassung der Geschäftsstelle) hat die Gesellschaft es bewusst in Kauf genommen, dass durch ihr Vorgehen ("Bruttoausweis") für den Investor wesentliche Informationen nicht oder auf eine falsche Weise offen gelegt wurden. Der Gesellschaft ist deshalb Eventualvorsatz in der Anwendung von IAS 7 "Geldflussrechnung" vorzuwerfen. Betreffend fehlerhaftem Ausweis der eigenen Anleihen und damit der flüssigen Mittel in der Bilanz muss zumindest Fahrlässigkeit angenommen werden.
32. Die A. hingegen ist (...) der Meinung, dass aufgrund der Systematik der Erstellung der Geldflussrechnung ("indirekte Methode") und der wohl erstmaligen Auszahlung einer Kapitalherabsetzung in zwei Tranchen über zwei Jahre in Bezug auf den Ausweis der Kapitalherabsetzung allenfalls eine entschuld bare, leichte Fahrlässigkeit vorgeworfen werden könne. Hinsichtlich des Ausweises der eigenen Anleihen sei die A. von jeglichem Verschulden frei, da der vorgenommene Ausweis der eigenen Anleihen mit der Revisionsstelle (...) besprochen und von dieser akzeptiert worden sei.
33. Der Argumentation der Gesellschaft kann in diesem Punkt insofern gefolgt werden, als dass der fehlerhafte Ausweis der Kapitalherabsetzung in der Geldflussrechnung wohl eine Folge der automatisierten Vorgehensweise bei deren Erstellung ("indirekte Methode") war und nicht im Vorsatz der Gesellschaft lag. Bei pflichtgemässer Sorgfalt hätte dieser Fehler aber aufgrund seiner absoluten und relativen Grösse erkannt werden müssen.
34. Obschon die Gesellschaft in Bezug auf den fehlerhaften Ausweis der eigenen Anleihe behauptet, dass der vorgenommene Ausweis der eigenen Anleihen mit der Revisionsstelle (...) besprochen und von dieser akzeptiert wurde, ohne allerdings für diese Behauptung einen Nachweis zu erbringen, ist festzuhalten, dass sich die Gesellschaft nicht dadurch vom Verschulden befreien kann, indem sie sich auf offensichtliche Fehlaukünfte von Experten verlässt. So wäre die richtige buchhalterische Behandlung der zurückgekauften eigenen Anleihensanteile, bei gebotener Sorgfalt, auch ohne Mithilfe der Revisionsstelle aus IAS 39p57 klar ersichtlich gewesen. Auch wenn die Revisionsstelle in der Konzernrechnung trotz Mängeln keine Einschränkung gemacht hat oder gar allenfalls, wie von der Gesellschaft behauptet, einen offensichtlich falschen Rat erteilt hat, so befreit dies die Gesellschaft nicht von ihrer Pflicht, die Jahresrechnung ordnungsgemäss zu erstellen. Der an sich statthafte Beizug von Experten für besondere Fragen in Zusammenhang mit der Rechnungslegung findet seine Grenze beim Verbot der Delegation der Verantwortung zur Erstellung des Geschäftsberichts (Art. 716 a Abs. 1 Ziff. 6 OR). Hinzu kommt die besondere Problematik, welche sich in diesem Zusammenhang ergeben kann, wenn es sich bei den beigezogenen Experten um das Gesellschaftsorgan handelt, welches mit der Überprüfung der Rechnungslegung betraut ist.
35. Die Gesellschaft macht in (...) geltend, dass die Transparenz der Rechnungslegung der A. von Investoren und Analysten als sehr gut beurteilt wird und dass sich Exponenten der Gesellschaft seit Jahren für die Transparenz bei der Berichterstattung engagieren.
36. Die Bemühungen der A. in Bezug auf Transparenz in der Berichterstattung werden anerkannt, sind aber in Bezug auf das vorliegende Verfahren insofern nicht von Relevanz, da sie auf einer anderen Sichtweise beruhen. So steht im vorliegenden Verfahren nicht die Transparenz und Aussagekraft des Geschäftsberichts (z.B. klar formulierte Unternehmensstrategie, Qualität und Realitätsnähe von Informationen betreffend Geschäftsgang, Auskunftsbereitschaft des Managements etc.) als solches zur Diskussion, sondern die korrekte Anwendung von spezifischen IFRS-Vorschriften.
37. Gestützt auf die obigen Ausführungen ergibt sich, dass der A. insgesamt zumindest eine fahrlässige Verletzung von Art. 66 KR vorgeworfen werden muss. Bei pflichtgemässer Sorgfalt wäre es der A. möglich gewesen, den vom Kotierungsreglement aufgestellten Pflichten nachzukommen.

Auszusprechende Sanktion

38. Die Gesellschaft wurde bisher noch nicht durch die SWX sanktioniert.
39. Die Expertengruppe für Rechnungslegungsfragen hat (...) empfohlen, die Gesellschaft durch Verweis mit Publikation zu sanktionieren sowie ein Restatement der Geldflussrechnung 2002 mit entsprechender Publikation im Geschäftsbericht 2003 im Rahmen der Konzernrechnung zu verlangen.
40. (...)
41. In Abwägung des Verschuldens und der Schwere der Verletzung ist ein Verweis mit Publikation gegenüber der A. als angemessene Sanktion auszusprechen (Art. 82 Abs. 1 Ziff. 1 und Ziff. 9 KR).
42. (...)

V. Gebühren

43. Bei Sanktionsverfahren gestützt auf Art. 81 ff. KR werden die Gebühren gemäss Ziff. 7.8 der Gebührenordnung (in Kraft seit 1. Januar 2004) nach Aufwand festgelegt. Im vorliegenden Fall rechtfertigen sich unter Berücksichtigung des für das Verfahren nötigen Aufwands Verfahrenskosten in der Höhe von CHF 10'000. Diese Verfahrenskosten sind der Gesellschaft aufzuerlegen.

Entscheid

1. Es wird festgestellt, dass A. die Pflichten von Art. 66 des Kotierungsreglements verletzt hat.
2. Gegen A. wird ein zu publizierender Verweis ausgesprochen.
3. (Publikation)
4. (Kosten)

(Entscheid vom 28.05.2004)