

## Entscheid

im Verfahren [...]

### X. AG

---

#### Entscheid

1. Es wird festgestellt, dass die X. AG Art. 64 aKR in Verbindung mit der Einigung vom [...] verletzt hat, indem sie in ihrem Jahresabschluss [...] entgegen Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 30 die Fehler im Vorjahresabschluss nur quantitativ, nicht aber qualitativ offenlegte.
2. Der X. AG wird eine Busse von CHF [...] auferlegt.
3. Dieser Entscheid wird nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist von der SIX Swiss Exchange publiziert.
4. Die Kosten des Verfahrens von CHF [...] werden der X. AG auferlegt.
5. Gegen diesen Entscheid kann die X. AG innert 20 Tagen ab Zustellung beim Schiedsgericht der SIX Swiss Exchange Klage erheben [...].

#### Erwägungen

##### Zum Verfahren:

1. Swiss Exchange Regulation (SER) schloss am [...] mit X. AG (X.) eine Einigung im Sinne der Verfahrensordnung in der Fassung vom November 2006 (aVO) ab. Damit wurde gemäss Ziff. 2.10 aVO eine Untersuchung wegen Verletzung der von Bestimmungen der Swiss GAAP FER im Jahresabschluss [...] von X. beendet (Verfahren E-REL-IV/09). X. verpflichtete sich in der Einigung u.a. dazu, im Jahresabschluss [...] Fehler aus dem Jahresabschluss [...] zu korrigieren. X. stimmte zu, dass eine Verletzung der Einigung zur Fälligkeit einer Konventionalstrafe von CHF [...] führt und der Swiss Exchange AG das Recht gibt, „die Öffentlichkeit in von ihr festzulegender Art und Weise über die Verletzung zu informieren.“ SER teilte am [...] der X. mit, sie habe im Halbjahres- und Jahresabschluss [...] die Korrekturen nicht korrekt vorgenommen, weshalb die Einigung verletzt sei. SER forderte die Zahlung von CHF [...] und gab X. eine Frist bis [...], um zu einer auf den [...] angesetzten Medienmitteilung Stellung zu nehmen.
2. X. gelangte mit einer Beschwerde an die Sanktionskommission gegen diese Mitteilung von SER. Dies wurde anhand genommen und hatte somit aufschiebende Wirkung. Anwendbar ist die seit 1. Juli 2009 geltende Verfahrensordnung (VO) in der per 1. Mai 2010 leicht geänderten Version (Ziff. 1.1 und Ziff. 1.2, welche hier nicht von Bedeutung sind).
3. Die VO enthält keine ausdrückliche Bestimmung, wie gegen Massnahmen von SER (oder der SIX Swiss Exchange AG) vorgegangen werden kann, welche auf eine Einigung gestützt wird. Die Frage musste noch nie beantwortet werden, weshalb das im vorliegenden Fall vorab zu entscheiden ist. X. vertritt die Meinung, faktisch handle es

sich bei der Mitteilung von SER vom [...] um einen Sanktionsbescheid (vor dessen Erlass dem Emittenten die in der VO vorgesehenen Verfahrensrechte gewährt werden müssten). SER macht geltend, mit einer Einigung werde ein Verfahren abgeschlossen, bei deren Durchsetzung gebe es kein Rechtsmittel und SER könnte sie vor zivilen Gerichten oder einem Schiedsgericht durchsetzen. SER lasse sich vorliegend nur auf das Verfahren vor der Sanktionskommission ein, um ein paralleles Verfahren zu vermeiden.

4. Wer innerhalb der SIX Swiss Exchange AG für die Sanktionierung und deren Durchsetzung zuständig ist, richtet sich nach dem Organisationsreglement (OrgR) und der VO. Die Regulatorischen Organe sind einander gewaltenteilig gleichgestellt (OrgR 1.3. III). SER obliegt das Führen von regulatorischen Verfahren und Schiedsprozessen (OrgR 8.1. II, lit. f). Die Sanktionskommission verhängt nach dem in der VO geregelten Verfahren Sanktionen (OrgR 5.2.). Sie entscheidet über Beschwerden gegen Endentscheide und Sanktionsbescheide von Untersuchungsorganen (Ziff. 5.1 und 5.2 VO).
5. Wenn die Sanktionskommission angerufen wird, ist es SER grundsätzlich nicht freigestellt, sich auf das Verfahren dieses Organs einzulassen oder nicht. SER ist vielmehr dazu verpflichtet. SER und Sanktionskommission sind Organe derselben Aktiengesellschaft und Zweck von deren (behördlich genehmigten) Organisation ist, den Vertragspartnern (Emittenten und Teilnehmern) gegenüber den ihnen mit der Befugnis zur Sanktionierung auftretenden Börsenorganen der SIX Swiss Exchange AG ein faires Verfahren zu sichern. In der Zustimmungserklärung gemäss Art. 45 KR, welche die SIX Swiss Exchange AG formuliert hat und die von den Emittenten unterzeichnet werden muss, ist ausdrücklich festgehalten, dass das Schiedsgericht erst angerufen werden kann, nachdem zuvor ein allfälliger Instanzenzug (...) ausgeschöpft worden ist. Das gilt auch für die SIX Swiss Exchange AG selbst resp. deren Organe. Auch das Schiedsgericht (die ordentlichen Gerichte sind ausgeschlossen) dürfte erst nach Abschluss des internen Instanzenzugs bei SIX Swiss Exchange AG tätig werden.
6. Verfahren von SER enden, falls keine Einstellung erfolgt, mit einer Einigung, einem Sanktionsbescheid oder einer Überweisung an die Sanktionskommission. Die Einigung ist als Abschluss eines Verfahrens in Ziff. 2.10 VO ausdrücklich vorgesehen. Sie bedarf, wie der Name es besagt, der ausdrücklichen Zustimmung des Emittenten. Dabei ist zu beachten, dass SER und Emittent sich nicht in der gleichen Ausgangslage befinden. Der Emittent steht vor einem ihm gegenüber mit Sanktionskompetenz ausgestatteten Organ der SIX Swiss Exchange AG, deren Regelwerk er sich vertraglich unterworfen hat. Mithin ist eine Einigung nicht einfach ein privatrechtlicher Vertrag. Solange ein Emittent mit der Durchsetzung der in der Einigung vereinbarten Sanktionen oder andern Handlungen von SER einverstanden ist, entstehen keine Probleme. Andernfalls aber versteht sich von selbst, dass es einer Rechtsmittelinstanz bedarf, welche vom Betroffenen vor der Durchsetzung der Massnahmen (vorliegend das Zwangsverfahren zum Busseneinzug und die Publikation) angerufen werden kann. Damit ist auch klar, dass SER die Durchsetzung der Massnahmen aus der Einigung nicht einleiten oder bekannt geben darf, ohne auf die Möglichkeit der Beschwerde hinzuweisen.
7. Wird vom Betroffenen gegen die Durchsetzung einer Einigung die Sanktionskommission angerufen, so tritt diese darauf ein. Sie entscheidet im konkreten Fall, ob die Sache spruchreif sei, ob weitere eigene Handlungen nötig seien oder das Dossier an das Untersuchungsorgan zurückgewiesen werden müsse. Im Regelfall wird das Untersuchungsorgan zur Stellungnahme eingeladen (eventuell mit einem weiteren Schriftenwechsel – wie im vorliegenden Fall). Hingegen hat SER als Organ derselben Aktiengesellschaft wie die Sanktionskommission keinen förmlichen Anspruch auf

„rechtliches Gehör“, soweit sie – im Unterschied zu Emittenten oder Teilnehmern – befugt ist, Entscheidungen der Sanktionskommission anzufechten.

8. Gelangt ein Betroffener gegen die Durchsetzung von Massnahmen aus einer Einigung an die Sanktionskommission, so entscheidet diese gemäss den anwendbaren Reglementen und ihrer Sanktionspraxis. Damit ist auch klar, dass SER zwar Konventionalstrafen für den Fall einer zukünftigen Verletzung vereinbaren kann. SER resp. die SIX Swiss Exchange AG könnte sie aber gegen einen Betroffenen, der später gegen die Durchsetzung der Konventionalstrafen die Sanktionskommission anruft, nicht vollziehen, wenn sie weder dem Kotierungsreglement noch der Praxis der Sanktionskommission entsprechen.
9. Die Sanktionskommission führte im vorliegenden Fall einen doppelten Schriftenwechsel durch. Das Dossier ist spruchreif. Eine Rückweisung wie von SER beantragt, wäre formalistisch, brächte keine weiteren Erkenntnisse und würde das Verfahren unnötig verlängern. Sowohl SER wie X. konnten ihre Auffassungen genügend darlegen.

#### Zu den verletzten Regeln:

10. Gemäss der Einigung vom [...] hat X. anerkannt, im Halbjahresabschluss [...] und im Jahresabschluss [...] Fehler aus dem Jahresabschluss [...] gemäss Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 30 zu korrigieren. X. übernahm die Verfahrenskosten von CHF [...], bezahlte eine Zuwendung von CHF [...] an die Stiftung FER und stimmte der Fälligkeit einer Konventionalstrafe von CHF [...] und dem Recht der SIX Swiss Exchange AG zu, die Öffentlichkeit in von dieser festzulegenden Art und Weise zu informieren, falls die Einigung verletzt würde. SER publizierte am [...] den Inhalt der Einigung (unter Erwähnung der verletzten Bestimmungen der Swiss GAAP FER, aber ohne Hinweis auf die Konventionalstrafe).
11. Mit der Einigung und deren Publikation wurde das damalige Verfahren abgeschlossen und die gemachten Fehler sanktioniert. Es ging um drei Fehler:
  - Die von Swiss GAAP FER 16/13 verlangten Offenlegungsangaben zu Vorsorgeverpflichtungen waren nicht vollständig und teilweise unrichtig.
  - Die „Aufwendungen für Rentner“ wurden entgegen Swiss GAAP FER 16/3a als ausserordentlicher Aufwand ausgewiesen.
  - In der Erfolgsrechnung wurden anteilige Nettoergebnisse, die Minderheiten zustehen, nicht gemäss Swiss GAAP FER 30/11 ausgewiesen.
12. Nunmehr geht es um die Frage, ob im Jahresabschluss [...] die Fehlerkorrekturen gemäss Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 30 (FER 30) vorgenommen wurden oder nicht. (Die Frage, ob beim Halbjahresabschluss die Korrektur richtig vorgenommen worden sei, wird angesichts der in den Unterlagen erscheinenden unterschiedlichen Interpretation eines E-Mail-Verkehrs zwischen X. und SER nicht weiterverfolgt. Dies umso mehr, als die quantitative Korrektur im Halbjahres- wie im Jahresabschluss auch von SER als vorgenommen bezeichnet wird und der Mangel der qualitativen Umschreibung für die Beurteilung von X. – wie noch zu zeigen wird - nicht schwer wiegt.) SER kam zum Schluss, dass die Korrektur nicht richtig war, forderte die Konventionalstrafe ein und plante eine Medienmitteilung. X. machte geltend, die Korrekturen FER-konform vorgenommen zu haben. Auch die Revisionsgesellschaft ging davon aus, dass die drei Fehler in der Konzernrechnung quantitativ korrekt und für Bilanzleser genügend verständlich bzw. nachvollziehbar offengelegt wurden, weshalb die Prüfungsbestätigung nicht eingeschränkt wurde.

13. Auf die vorgebrachten Argumente wird eingegangen, soweit dies für die Feststellung der Verletzung von Swiss GAAP FER nötig ist.
14. Unbestritten ist, dass X. die quantitative Korrektur vorgenommen hat. Die Zahlen für [...] wurden in der Jahresrechnung [...] korrigiert („restated“). SER wirft X. jedoch vor, die Korrekturen nicht auch als Fehler in früheren Jahresrechnungen offengelegt zu haben (sog. qualitative Verbesserung gemäss FER 30).
15. FER 30, um deren Anwendung es vorliegend unbestrittenermassen geht, schreibt vor, dass es Abweichungen in der Jahresrechnung gegenüber der Vorjahresperiode (nur) geben darf bei (1.) Änderungen von Grundsätzen der Rechnungslegung, (2.) Fehlern in früheren Jahresrechnungen und (3.) Änderungen von Schätzungen. Vorliegend geht es um die „Fehler in früheren Jahresrechnungen“. Dazu sagt FER 30: „Die Auswirkungen von Fehlern ist im Anhang zu erläutern und quantitativ offen zu legen.“
16. X. macht im wesentlichen geltend, dass die im Anhang der Jahresrechnung vorzunehmenden Erläuterungen der Auswirkungen von Fehlern nicht einer der drei Kategorien zugeordnet werden müssen, also konkret der Kategorie „Fehler“. Das ist offensichtlich unzutreffend. Hätte FER 30 auf die Pflicht zur Zuordnung verzichtet, wäre bei keiner der drei Kategorien separat die Art der Offenlegung geregelt worden. Insbesondere wäre der Satz „Die Auswirkungen von Fehlern ist im Anhang zu erläutern und (...)“ zwecklos, wenn ohne Bezug auf „Fehler“ eine Auswirkung von Fehlern erläutert werden sollte.
17. SER macht zurecht geltend, dass die Beurteilung des Unternehmens nicht nur mit der quantitativen Offenlegung (korrigierte Zahlen), sondern auch mit einer Erläuterung der Fehler erfolgen muss. Demgegenüber reichte X. ein Gutachten von Prof. Dr. [...] ein. Dieses geht davon aus, dass ein Fehler in der früheren Jahresrechnung nur dann ausdrücklich als Fehler offengelegt werden muss, wenn seine Tragweite Rückschlüsse auf die Qualität der Rechnungslegung und die Aussagekraft der Jahresrechnung zulässt, mithin nur unter dem Gesichtspunkt der Wesentlichkeit. Das ist insofern vorliegend nicht relevant, weil es um Änderungen geht, die gerade offen gelegt werden müssen, weil sie vorangehend als wesentlich betrachtet wurden. Wären sie gar nicht wesentlich gewesen, so hätten sie im Sinne von GAAP FER im Abschluss [...] auch nicht erfasst werden müssen. X. hat jedoch selbst im Vorjahr einer Einigung zugestimmt, wonach Fehler zu korrigieren sein. Diese wurden in der damaligen Publikation auch konkret erwähnt.
18. Im Anhang zum Jahresabschluss [...] hat X. unter der N 30 („Prior year adjustments“) Korrekturen bezüglich der Klassifikation von Wechselkursgewinnen/-verlusten vermerkt. Das hat offensichtlich nichts mit den drei Fehlern im Vorjahr zu tun. In N 31 („Changes in presentation“) wurde erwähnt, dass neu die früher separat ausgewiesenen Aufwendungen für Rentner im Personalaufwand enthalten sind. Zudem wurde auf N 21 verwiesen (wo sich eine quantitative Offenlegung zu „provisions for pensions and similar commitments“ findet). Der Titel von N 31 zeigt nicht, um welche der drei Kategorien von FER 30 es geht. Auch aus den Begriffen „re-presented“ oder „as previously reported“/„adjustment“/„as restated“ geht lediglich hervor, dass Korrekturen gemacht wurden. Auf welche der drei von FER 30 vorgegebenen Ursachen kann daraus nicht geschlossen werden.
19. Ob bei der qualitativen und quantitativen Offenlegung gemäss FER 30 zu „Fehlern in früheren Jahresrechnungen“ ausdrücklich das Wort „Fehler“ erscheinen müsse oder nicht, kann dahin gestellt bleiben. Es dürfte allerdings schwierig sein, ohne diesen Begriff auszukommen, um Klarheit zu verschaffen. Das von X. eingereichte Gutachten erwähnt denn auch, dass bereits das Wort „correct“ statt „restated“ ein Ansatz wäre, das gilt auch die von SER erwähnten „incorrect“ oder „error“.

20. Zusammenfassend ergibt sich, dass X. im Jahresabschluss [...] FER 30 und damit Art. 64 aKR verletzt hat.

### Zur Sanktion

21. Verletzt ein Emittent die Pflichten von Art. 64 aKR, so ergreift die Sanktionskommission der SIX Swiss Exchange die in Art. 82 aKR aufgeführten Sanktionen, wobei das Verschulden und die Schwere der Verletzung zu berücksichtigen sind. Die leichteste Sanktion ist der blosser Verweis, in schweren Fällen konnten gemäss aKR insbesondere Bussen bis CHF 200'000 angeordnet werden
22. Das aKR (sowie auch das neue KR) sanktionieren kotierte Gesellschaften und nicht natürliche Personen. Deshalb kann die Beurteilung des Verschuldens nicht nach den gleichen Massstäben für Fahrlässigkeit und Vorsatz (inkl. Eventualvorsatz) erfolgen, wie dies bei der Prüfung des Wissens und Willens (subjektiver Tatbestand) von rechtswidrigem Verhalten bei natürlichen Personen geschieht. Vielmehr ist von objektiven Kriterien auszugehen. Der Emittent muss dann sanktioniert werden, wenn ihm vorzuwerfen ist, dass er nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorgehen getroffen hat, um eine Verletzung des KR zu verhindern. Die Sanktion richtet sich somit nach der Schwere der Handlung resp. Unterlassung und der Schwere des Organisationsmangels. Zudem wird die Sanktionsempfindlichkeit des Emittenten beachtet. Bei der Schwere der Tat ist mit zu berücksichtigen, welchen Nachteil die Verletzung den Aktionären und andern Adressaten verursachte.
23. Im vorliegenden Fall wiegt der Fehler objektiv leicht, da insbesondere der Gewinn insgesamt sich durch die Korrekturpositionen nicht verändert hat. Die mangelnde Umschreibung der Zuordnung zur Kategorie "Fehler in früheren Jahresrechnungen" (FER Rahmenkonzept 30) ist hier kein gewichtiger Nachteil für die Beurteilung des Jahresabschlusses.
24. Beim Verschulden ist hingegen von Bedeutung, dass sich X. ausdrücklich verpflichtet hatte, die Korrektur gemäss FER vorzunehmen. Es ist aber offensichtlich, dass die Organe nicht für die klare Umsetzung der deutlich eingegangenen Verpflichtung gemäss Einigung sorgten. Auch ohne die Einigung hätte die Korrektur im Sinne von FER 30 der Kategorie Fehler zugeordnet werden müssen. Angesichts der ausdrücklich eingegangenen Verpflichtung, speziell gemäss FER 30 vorzugehen, wiegt das Verschulden – im Unterschied zur objektiv leichten Verletzung – erheblich schwerer. Insbesondere bei einer Einigung ist der Grundsatz zu beachten, dass ausdrücklich eingegangene Verpflichtungen erst recht eingehalten werden.
25. Die X. vorzuwerfende Verletzung betrifft allerdings nur einen kleinen Teil der Einigung; alle anderen Teile wurden erfüllt. Ohne Einigung hätte dieser Fehler im Sanktionsverfahren zu einer kleinen Busse geführt, in der Grösse der [...] geleisteten Zuwendung von X. an FER von CHF [...]. Nunmehr ist ausschlaggebend, dass X. selber einer Konventionalstrafe von CHF [...] für den Fall einer Nichtbefolgung der verschiedenen Pflichten aus der Einigung ausdrücklich zugestimmt und sich nun diesen Bussenrahmen entgegenhalten lassen muss. Da aber nur ein Teil der Einigung verletzt ist, wird die Busse entsprechend tiefer angesetzt und auf CHF [...] angesetzt.
26. Ziff. 6.3 der VO schreibt vor, dass die rechtskräftigen Entscheide der Sanktionskommission publiziert werden müssen.
27. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat X. die Kosten des Verfahrens der Sanktionskommission zu tragen, nicht aber die Kosten von SER. SER hat einerseits das Verfahren fehlerhaft angegangen. Andererseits hat SER zu langatmige und in der Wortwahl nicht immer angemessene Eingaben verfasst, welche bei X. zu entspre-

chend ausführlichen Reaktionen führten. Diese Aufwendungen gehen zu Lasten der SIX Swiss Exchange AG. Gemäss Ziff. 2.9 VO trägt der Emittent jedoch die Kosten seiner Verbeiständung selbst.

(Sanktionsentscheid vom 30. November 2010)