

ZUL-RLE-III/05

Entscheid des Ausschusses der Zulassungsstelle in Sachen X.

Der Ausschuss der Zulassungsstelle hat entschieden:

[...]

Dem Entscheid liegen folgende Erwägungen zu Grunde:

Sachverhalt

Die X. AG (X. oder Gesellschaft) ist eine Aktiengesellschaft nach Schweizer Recht mit Sitz in der Schweiz. Die X. ist im Hauptsegment der SWX Swiss Exchange (SWX) kotiert.

Die Gesellschaft wendet die International Financial Reporting Standards (IFRS) als Rechnungslegungsstandard an.

Die Geschäftsstelle wirft der Gesellschaft vor, dass der Zwischenbericht nicht in Übereinstimmung mit den Vorschriften von Art. 65 ff. des Kotierungsreglements (KR) bzw. den angewandten IFRS erstellt wurde.

I. Zuständigkeit

Die Beurteilung eines möglichen sanktionswürdigen Verhaltens aufgrund einer Verletzung der Informationspflichten sowie der Unterlassung vorgeschriebener Veröffentlichungen oder Bekanntgaben durch den Emittenten erfolgt gemäss Art. 81 Abs. 1 Ziff. 1 und 3 KR in Verbindung mit Art. 82 Abs. 3 KR, je nach auszusprechender Sanktion, durch die Zulassungsstelle oder die Disziplinarkommission der SWX. Hinsichtlich Sanktionen gestützt auf Art. 82 Abs. 1 Ziff. 1-3 und 9 KR entscheidet der Ausschuss der Zulassungsstelle (vgl. Geschäftsordnung der Zulassungsstelle, Ziff. 3.5.3).

II. Grundlagen

Gestützt auf Art. 67 Abs. 3 KR wurde die Richtlinie betreffend Durchsetzung der Rechnungslegungsvorschriften und Registrierung der Revisionsorgane am 1. Juni 2000 in Kraft gesetzt. Diese Richtlinie sieht in Rz. 10 vor, dass die SWX die Anwendung eines von ihr anerkannten Normenwerks überprüft.

Als von der SWX anerkanntes Normenwerk gilt gemäss Art. 70 KR und Mitteilung Nr. 20/2000 der Zulassungsstelle auch IFRS.

Gemäss Mitteilung der Zulassungsstelle Nr. 12/2002 ist für Halbjahresberichte ab Geschäftsjahr beginnend am oder nach dem 1. Januar 2003 integral, d.h. auch bezüglich Präsentation und Offenlegung, der gleiche Rechnungslegungsstandard wie beim Jahresabschluss anzuwenden. Da der Geschäftsbericht des Vorjahrs basierend auf IFRS erstellt wurde, bedeutet dies, dass die Gesellschaft IAS 34 "Interim Reporting" in der Zwischenberichterstattung anzuwenden hat.

III. Materielles

Unternehmensübernahme

1. X. hat die im ersten Halbjahr erworbenen Tochtergesellschaften bereits auf den 1. Januar mit in die Konsolidierung einbezogen. Der Übergang der tatsächlichen Kontrolle erfolgte nach Angaben der Gesellschaft im Halbjahresbericht jedoch erst im Mai. Die Gesellschaft hat diese Tatsache in ihrem Halbjahresbericht auch entsprechend offen gelegt.
2. Nach den Bestimmungen von IFRS 3 "Unternehmenszusammenschlüsse" ist der Miteinbezug von Ertrag und Aufwand von erworbenen Gesellschaften erst zum Zeitpunkt der Kontrollerlangung ("acquisition date") möglich. Die korrekte Ermittlung des Zeitpunkts der Kontrollerlangung ist für die Darstellung der tatsächlichen Vermögens-, Finanz- und Ertragslage von grosser Wichtigkeit. Auch gemäss IFRS 3p38 ist der Zeitpunkt der Kontrollerlangung zur Abgrenzung von durch die Akquisition erworbenen gegenüber den künftig zu erwirtschaftenden Umsätzen und Gewinnen essentiell. Zum Zeitpunkt der Übernahme ist der Wert der Unternehmung zu bestimmen, welcher in Relation zum Kaufpreis die Höhe des Goodwills ergibt (IFRS 3p36).
3. Dadurch, dass X. die akquirierten Tochtergesellschaften bereits per 1. Januar und nicht erst wie vorgeschrieben zum Zeitpunkt der Kontrollerlangung konsolidiert hat, wurden der Umsatz, der operative Gewinn sowie der Geldfluss aus Geschäftstätigkeit im Halbjahresbericht zu hoch ausgewiesen. Die Anleger wurden durch die verfrühte Konsolidierung über die finanzielle Situation der X. getäuscht. Dabei ist unerheblich, dass X. in ihrem Halbjahresbericht auf die Nichteinhaltung von IFRS 3 hinweist. Durch diesen blossen Hinweis erhalten die Anleger keine zusätzlichen Informationen bezüglich des tatsächlichen Umsatzes, des tatsächlichen operativen Gewinns sowie des tatsächlichen Geldflusses aus Geschäftstätigkeit. Der Halbjahresbericht der X. entspricht daher nicht den Anforderungen von IFRS bzw. der ebenfalls vom KR (Art. 66) geforderten "True and Fair View".

Geldflussrechnung

4. X. hat in der Geldflussrechnung in ihrem Halbjahresbericht einen Geldfluss durch Kapitalerhöhung von CHF 26.6 Mio. ausgewiesen. Tatsächlich zugeflossen ist jedoch nur ein Betrag im Umfang von CHF 8.4 Mio. Die Differenz von CHF 18.2 Mio. wurde zum nicht liquiditätswirksamen Erwerb der Tochtergesellschaften verwendet.
5. Die Akquisition der Tochtergesellschaften erfolgte als Sacheinlage mittels einer Aktienkapitalerhöhung bei X. Damit war die diesbezügliche Ausgabe von Aktien nicht liquiditätswirksam. Eine Akquisition mittels Ausgabe von Eigenkapitalinstrumenten gilt gemäss IAS 7p44b als "non-cash transaction". Daher darf diese Transaktion auch nicht in der Geldflussrechnung abgebildet werden.
6. Die Geldflussrechnung weist die Geldflüsse aus Geschäfts-, Investitions- und Finanzierungstätigkeit aus (IAS 7p10). Dadurch, dass die Eigenkapitalerhöhung in vollem Umfang in der Geldflussrechnung erfasst wurde, geriet der Geldabfluss aus Investitionstätigkeit um die für die Akquisition benötigten CHF 18.2 Mio. oder 46% resp. der Geldzufluss aus Finanzierungstätigkeit um dieselbe Summe oder 54% zu hoch.
7. Die Geldflussrechnung stellt für den Anleger ein wichtiges Instrument dar, die Fähigkeit des Emittenten zu beurteilen, flüssige Mittel zu generieren sowie dessen künftige Geldflussströme abzuschätzen (IAS 7p4). Ein inkorrektter Ausweis beeinträchtigt sowohl die Beurteilung dieser Zahlungsströme als auch die Vergleichbarkeit verschiedener Gesellschaften untereinander. Durch den fehlerhaften Ausweis wurde die Aussagekraft der Geldflussrechnung von X. erheblich vermindert.

Andere, untergeordnete Mängel

8. Die Geschäftsstelle macht in ihrem Sanktionsantrag geltend, dass in der Erfolgsrechnung des Halbjahresberichts nach dem Betriebsergebnis und nach den Finanzierungsaufwendungen, aber vor den Steueraufwendungen ein betriebsfremdes Ergebnis ausgewiesen worden sei. Da nahezu alle Erträge und Aufwendungen aus betrieblichen Tätigkeiten stammen, sind diese gemäss IAS 8p12 nicht als betriebsfremd bzw. als ausserordentlich zu bezeichnen.
9. Weiter wird im Sanktionsantrag der Geschäftsstelle auf die ungenügende Darstellung des Eigenkapitalnachweises hingewiesen, welcher gemäss IAS 34p8c einen integralen Bestandteil des Zwischenberichts bildet. Gemäss IAS 34p10 müssen bei einer verkürzten Aufstellung mindestens die Überschriften und Zwischentotale enthalten sein, welche auch im letzten jährlichen Abschluss im Eigenkapitalnachweis enthalten waren. Dementsprechend wären die Veränderungen resp. der Bestand der Eigenkapitalkategorien "Aktienkapital", "Agio" und "Gewinnreserven" mit Überschriften offen zu legen, da diese Kategorien bereits im Geschäftsbericht des Vorjahres enthalten waren.
10. Der Sanktionsantrag der Geschäftsstelle bemängelt überdies, dass X. es unterlassen habe, in ihrem Halbjahresbericht darauf hinzuweisen, dass es sich um einen verkürzten Zwischenbericht nach IAS 34 handle. Weiter habe X. den Zwischenbericht "als in Übereinstimmung mit IFRS" bezeichnet, obwohl von IFRS 3 abgewichen wurde. IAS 1p11 bzw. IAS 34p19 erlaubt nur eine Übereinstimmungserklärung, wenn der gesamte Halbjahresbericht IFRS-konform ist.

IV. Entscheidungsfindung

11. Art. 82 Abs. 1 KR bestimmt, dass beim Ergreifen einer Sanktion die Schwere der Verletzung und das Verschulden zu berücksichtigen sind.

Schwere der Verletzung

12. Der Sanktionsantrag der Geschäftsstelle hält zur Schwere der Verletzung fest, dass die von X. eingestandene, inkorrekte Anwendung von IFRS 3 im Rahmen der Konsolidierung der akquirierten Tochtergesellschaften sowie die inkorrekte Geldflussrechnung als schwere Verstösse gegen das KR und gegen IFRS zu werten seien.
13. Durch die rückwirkende Konsolidierung der beiden Tochtergesellschaften wurde dem Anleger verunmöglicht, die tatsächliche Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Gesellschaft zu ersehen. Die rückwirkende Konsolidierung führte dazu, dass der Umsatz, der operative Gewinn sowie der Geldfluss aus Geschäftstätigkeit höher ausgewiesen wurden, als sie tatsächlich waren. Dadurch wurde der in Art. 66 KR festgehaltene Grundsatz der "True and Fair View" in schwerer Weise verletzt. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass im Halbjahresbericht offen gelegt wurde, dass IFRS 3 nicht vollständig eingehalten wurde.
14. Durch die Erfassung der Akquisition in der Geldflussrechnung wurde der Geldabfluss aus Investitionstätigkeit um 18.2 Mio. oder 46% resp. der Geldzufluss aus Finanzierungstätigkeit um denselben Betrag resp. 54% zu hoch ausgewiesen. Beim Geldfluss aus Investitionstätigkeit und aus Finanzierungstätigkeit handelt es sich um elementare Grössen der Geldflussrechnung (IAS 7p16 und IAS 7p17). Zusätzlich ist die Abweichung mit 46% resp. 54% massiv. Daher muss von einer schweren Verletzung gesprochen werden.
15. Insgesamt wiegen die **Verletzungen** der anwendbaren Vorschriften zur Zwischenberichterstattung **schwer**.

Verschulden

16. 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 des Ausschusses der Zulassungsstelle und der Disziplinarkommission, dass dem Emittenten resp. den für ihn handelnden Personen mindestens eine fahrlässige Verletzung von Regeln des Kotierungsreglements vorgeworfen werden kann.
17. 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 Zurechnung der Verantwortung ist die Vorhersehbarkeit des Erfolgs bzw. der Tatbestandsverwirklichung. Die zum Erfolg bzw. zur Tatbestandsverwirklichung führenden Geschehensabläufe müssen in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sein.
18. Eventualvorsatz ist dann gegeben, wenn der Emittent den Eintritt des Erfolgs bzw. die Tatbestandsverwirklichung für möglich hält, aber dennoch handelt, weil er dies für den Fall des Eintritts in Kauf nimmt. Er findet sich damit ab, mag es auch unerwünscht sein.

19. Von Vorsatz wird dann gesprochen, wenn die Regelverletzung bewusst gewollt ist. Der Wille braucht sich nur auf die Regelwidrigkeit zu beziehen. Der Emittent muss nicht auch die Herbeiführung eines Schadens wollen.
20. X. hat es bewusst unterlassen, die Akquisition der beiden Tochtergesellschaften im Einklang mit IFRS 3 erst per Datum der Kontrollnahme zu konsolidieren. Diese Tatsache hält die Gesellschaft im Zwischenbericht auch so fest. Damit handelte X. mit **Vorsatz**. Der Hinweis der Gesellschaft, dass IFRS 3 freiwillig angewendet wurde und noch gar nicht hätte angewendet werden müssen, ist unbehelflich. So unterscheidet sich IFRS 3 zwar in diversen Punkten von seinem Vorgängerstandard IAS 22, doch genau bei der hier relevanten Frage des Zeitpunkts der Kontrollübernahme ("acquisition date") besteht kein Unterschied zu den entsprechenden Bestimmungen in IAS 22p20.
21. Die Gesellschaft macht weiter geltend, dass die SWX im September des Geschäftsjahrs über die von ihr im Halbjahresbericht beabsichtigte Darstellung der Akquisition telefonisch informiert wurde. Diese sei von der SWX nicht umgehend kategorisch abgelehnt worden ("no go"). Diese Argumentation ist nicht haltbar. Von der SWX konnte und durfte aufgrund einer telefonischen Anfrage kein "Vorbescheid" erwartet werden, auch kein negativer im Sinne eines "no go". Wie bereits von X. richtig festgehalten wird, werden von der SWX auf telefonische Anfragen hin keine verbindlichen Auskünfte erteilt. Noch weniger konnte X. also aus dem Schweigen etwas zu ihren Gunsten ableiten. Auch hier gilt der Grundsatz "qui tacet, consentire non videtur" (wer schweigt, gilt *nicht* als zustimmend).
22. Es kann demzufolge auch nicht angehen, von der SWX zu erwarten, aufgrund einer telefonischen Sachverhaltsschilderung oder Anfrage auf sämtliche Problemfelder aufmerksam gemacht zu werden. Unklarheiten in der Anwendung von Rechnungslegungsstandards hat der Emittent primär mit seiner Revisionsstelle zu klären. Die Verantwortung für einen korrekten Rechnungsabschluss kann nicht durch einen Anruf an die SWX delegiert werden. Es gehört zu den elementarsten Aufgaben des Verwaltungsrats, für die finanzielle Berichterstattung besorgt zu sein (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR).
23. Die Gesellschaft ist nach eigenen Angaben davon ausgegangen, ihr Vorgehen sei zulässig resp. würde nicht als schwerwiegende Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften qualifiziert werden. Mit anderen Worten gesteht die Gesellschaft selbst ein, dass ihr klar war, es handle sich um eine Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften, wenn auch nicht um eine schwere. Damit handelte sie jedoch **vorsätzlich**, da sie offensichtlich um die Regelverletzung wusste.
24. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass es für die Gesellschaft offensichtlich schwierig festzustellen war, wann die effektive Kontrollübernahme stattgefunden hat. In ihrem Zwischenbericht hält X. fest, dass die Übernahme "im Mai retroaktiv auf den 1. Januar" erfolgte. X. hielt jedoch fest, dass bereits seit Dezember des Vorjahrs zwischen den Verwaltungsräten und der Geschäftsleitung der Tochtergesellschaften sowie dem Verwaltungsrat von X. eine enge Zusammenarbeit bestand, und dass sämtliche wichtigen Entscheide der Tochtergesellschaften durch den Verwaltungsrat von X. abgesegnet werden mussten. Ab welchem Zeitpunkt von einer effektiven Kontrollübernahme gesprochen werden konnte, bleibt jedoch nach wie vor unklar. Unter diesem Aspekt erscheint der 1. Januar als Übernahmedatum eher willkürlich gewählt. In ihrer Stellungnahme entschied sich X. schliesslich definitiv für den Mai. Festzuhalten bleibt jedoch, dass das von X. gewählte Vorgehen, die gemäss Aussage im Halbjahresbericht erst per Mai kontrollierten Tochtergesellschaften retroaktiv per 1. Januar zu konsolidieren, in jedem Fall unzulässig war.

25. Die Gesellschaft gesteht selbst ein, dass die Geldflussrechnung nicht mit der gebotenen Sorgfalt und unter Vernachlässigung von weiter gehenden Abklärungen erstellt wurde. Andernfalls hätte der Fehler im Zusammenhang mit der Geldflussrechnung vermieden werden können. Das Verhalten von X. ist daher zumindest als fahrlässig zu qualifizieren. Der Hinweis der Gesellschaft, das Management habe sich vorab um die operative Integration der akquirierten Unternehmen und die Restrukturierung gekümmert, ist dabei unbehelflich. Es gehört zu den elementarsten Aufgaben des Verwaltungsrats, für die finanzielle Berichterstattung besorgt zu sein (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR). Dazu zählt auch die Einhaltung der relevanten Rechnungslegungsstandards. Kümmert sich der Verwaltungsrat nicht darum, so handelt er **grob fahrlässig**.
26. Gestützt auf die obigen Ausführungen ergibt sich, dass X. in Bezug auf die Unternehmensübernahme eine **vorsätzliche Verletzung** und in Bezug auf die Geldflussrechnung eine **grob fahrlässige Verletzung** des KR und von IFRS vorzuwerfen ist.

Auszusprechende Sanktion

27. Die Gesellschaft wurde von der SWX bereits in einem früheren Jahr sanktioniert.
28. In Abwägung des Verschuldens, der Schwere der Verletzung und unter Berücksichtigung der bereits früher ausgesprochenen Sanktion ist ein **Verweis mit Publikation** sowie die Verpflichtung zum **Restatement** des Halbjahresberichts mit entsprechender Publikation im Rahmen des folgenden Halbjahresberichts gemäss Art. 82 KR gegenüber der X. als angemessene Sanktion auszusprechen.

V. Verfahrenskosten

29. Bei Sanktionsverfahren gestützt auf Art. 81 ff. KR werden die Verfahrenskosten gemäss Ziff. 7.8 der Gebührenordnung nach Aufwand festgelegt. Im vorliegenden Fall rechtfertigen sich unter Berücksichtigung des für das Verfahren nötigen Aufwands Verfahrenskosten in der Höhe von CHF [...]. Diese Kosten werden der Gesellschaft auferlegt.

* * * * *

Entscheid

Gestützt auf diese Erwägungen erlässt der Ausschuss der Zulassungsstelle folgenden Entscheid:

1. Gegenüber der X. wird ein **Verweis** ausgesprochen (Art. 82 Abs. 1 Ziff. 1 KR).
2. Die Sanktion gegenüber der X. wird durch die SWX Swiss Exchange **publiziert** (Art. 82 Abs. 1 Ziff. 9 KR in Verbindung mit Art. 82 Abs. 2 KR; Publikation nach Ablauf der Beschwerdefrist von Art. 82 Abs. 4 KR).
3. Die X. wird dazu verpflichtet, ein **Restatement** des Halbjahresberichts sowie dessen Publikation im Rahmen des folgenden Halbjahresberichts vorzunehmen (Art. 82 Abs. 1 Ziff. 3 KR).
4. Die **Verfahrenskosten** für die Untersuchung und den erstinstanzlichen Entscheid im Umfang von CHF [...] werden der X. auferlegt (Ziff. 7.8 der Gebührenordnung zum KR).