

Verletzung der Pflichten zur Ad hoc-Publizität gemäss Art. 72 Kotierungsreglement

Entscheid

Die Disziplinarkommission hat festgestellt, dass die AG die Pflichten zur Ad hoc-Publizität gemäss Art. 72 des Kotierungsreglements verletzt hat, indem sie im Hinblick auf den möglichen Aufschub der Bekanntgabe des Jahresabschlusses 2003 kein Dispositiv für den Fall eines Informationslecks vorbereitet hatte.

Der AG wurde ein Verweis erteilt. Um die Öffentlichkeit über den Ausgang des Verfahrens zu informieren, wurde dieser Entscheid nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist von der SWX publiziert.

Die Kosten des Verfahrens von CHF 25'000 (Ausschuss der Zulassungsstelle CHF 15'000, Disziplinarkommission CHF 10'000) wurden der AG auferlegt.

Erwägungen:

1. Der Ausschuss der Zulassungsstelle hatte AG einen Verweis mit Publikation erteilt, weil sie nach Auftreten eines Informationslecks am 9. Januar 2004 nicht innert angemessener kurzer Frist die Öffentlichkeit informiert hatte. AG erhob rechtzeitig Beschwerde. Der Entscheid des Ausschusses erwuchs nicht in Rechtskraft und die Disziplinarkommission fällt einen eigenen Entscheid.
2. Der Sachverhalt ist unbestritten. Am Freitag, 9. Januar 2004, wurden von AG um 10'21 Uhr resp. 11'22 Uhr je eine E-Mail an zwei aussenstehende Personen in US-amerikanischen Firmen versandt. Die E-Mails waren unter „Betreff“ versehen mit den Worten „XY article“ und hatten als Inhalt einen Text aus einem Informationsmedium, in welchem der Verwaltungsratspräsident von AG, XY, zitiert wurde. Daran anschliessend war irrtümlicherweise eine andere E-Mail-Korrespondenz eines Beraters an XY angehängt, welche u.a. den Text enthielt: „As discussed yesterday, we are putting on hold all further 'corporate' media initiatives involving you (...) The corporate 'slack' will now be focused on the crisis management inputs around the audit issues“. (...)
3. AG erfuhr um ca. 13'00 Uhr vom ersten und um 14'12 Uhr vom zweiten Empfänger von der diesen übermittelten zusätzlichen Informationen. Unmittelbar darauf teilte AG diesen beiden Empfängern mit, dass sie unbeabsichtigt vertrauliche Informationen erhalten hätten, dass deren Gebrauch untersagt sei und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen könnte. Es ist unbestritten, dass sich beide Empfänger des Verbots bewusst waren und dass weder sie noch andere diese Information nutzten. Auch der Markt zeigte bis Handelsschluss keine besondere Volumen- oder Preisbewegungen.
4. Zu beantworten ist die Frage, ob AG wegen der irrtümlichen Zustellung der erwähnten Information an zwei Personen eine sofortige Information der Öffentlichkeit hätte vornehmen müssen. Art. 72 Abs. 2 des Kotierungsreglements (KR) schreibt vor, dass jeder Emittent dem Markt kursrelevante Tatsachen bekannt geben muss, sobald er von der Tatsache in ihren wesentlichen Punkten Kenntnis hat. Ein Aufschub ist bei den in Abs. 2 erwähnten Bedingungen möglich und nur, wenn der Emittent die umfassende Vertraulichkeit gewährleistet (Abs. 3). Die Berechtigung für den Bekanntgabeaufschub endet, wenn die umfassende Vertraulichkeit nicht mehr gewährleistet ist. Das Rundschreiben Nr. 2 zur Ad hoc-Publizität hält fest, dass beim Auftritt eines Lecks die Bekanntgabe unverzüglich zu erfolgen habe, wobei die SWX während der Handelszeit mindestens 90 Minuten vor der Bekanntgabe zu kontaktieren ist (Ziff. 11).
5. Es ist Pflicht aber auch Recht des Emittenten, vorab abzuklären, ob wirklich ein Leck entstanden ist, bevor eine Publikation erfolgen muss. Geht es um zwei Personen, die versehent-

lich eine vertrauliche Information erhielten und die sich des Verwendungsverbots und der strafrechtlichen Konsequenzen einer Übertretung bewusst sind, und gelingt es, diese zwei Personen in kurzer Frist zur gleichen Geheimhaltung wie die übrigen Geheimnisträger zu bringen, so darf der Emittent davon ausgehen, dass die Vertraulichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 3 KR noch immer gewährleistet ist. Dann erübrigt es sich, unmittelbar eine Information zu verbreiten. Das gilt insbesondere dann, wenn es sich um einen Freitagnachmittag handelt und noch rund zwei Stunden (17'30 abzüglich 90 Minuten Vorankündigung an die SWX – vgl. Ziff. 11 des Rundschreibens Nr. 2) verbleiben, um der SWX die Information zuzustellen oder eine Handelseinstellung zu veranlassen.

6. Ob bereits das stereotype Anhängen eines Textes an E-Mails, der – wie im vorliegenden Fall meist in englischer Sprache – jeden unbeabsichtigten Empfänger auf das Verbot der Verwendung der Information und die mögliche Strafbarkeit hinweist, genügende Verbindlichkeit zu erzielen vermag, ist zwar zweifelhaft. Immerhin ist bei Empfängern, welche mit den bei der Insiderverfolgung herrschenden Gepflogenheiten in den USA vertraut sind, davon auszugehen, dass sie sich des Verwendungsverbots und der Strafbarkeit bewusst sind. Dies gilt insbesondere, wenn sie ergänzend ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht werden. Im vorliegenden Fall waren sich beide Empfänger des Verbots des Gebrauchs der irrtümlicherweise zugestellten Information bewusst. AG hat sie zudem unmittelbar nach dem Irrtum aufgefordert, die Information nicht zu gebrauchen und auf die Konsequenzen hingewiesen. In dieser Situation an einem Freitagnachmittag, in welcher nur noch rund zwei Stunden verblieben, um der SWX eine Mitteilung oder einen Antrag zu unterbreiten, und in der mit der Entscheidung über eine Medienmitteilung für Montagmorgen begonnen wurde, durfte AG für sich in Anspruch nehmen, das Leck gestopft zu haben. Mithin durfte AG am Freitag, 9. Januar 2004, davon ausgehen, dass bis Börsenschluss die Vertraulichkeit im Sinne von Art. 72 Abs. 3 KR noch immer gewährleistet war. AG ist in dieser Hinsicht kein Vorwurf zu machen.
7. Anlass zum Verfahren gegen AG gab deren Medienmitteilung vom 12. Januar 2004, wonach die Veröffentlichung des Jahresabschlusses 2003 hinausgeschoben werden müsse, und die nachfolgenden Ereignisse. Gemäss unbestrittenem Sachverhalt wurde der (Kontroll- und Finanzausschuss) von AG erstmals im Juli 2003 von der externen Revisionsstelle (...) auf mögliche Mängel in der Buchhaltung orientiert. Auf Antrag des Kontroll- und Finanzausschusses beauftragte der Verwaltungsrat dann am 17. September 2003 die (...) mit einer externen Untersuchung. Am 17. November 2003 informierte (...) den Kontroll- und Finanzausschuss, dass in den USA Probleme bei der Buchhaltung bestünden, weshalb zusätzlicher Prüfungsaufwand nötig sei. Die dazu vorgeschlagene Methode erlaube jedoch die Einhaltung des geplanten Publikationsdatums vom 4. Februar 2004. Am 15. Dezember 2003 erfuhr jedoch das Management von AG von (...), dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit eines sog. „material warning letter“ bestünde (womit die Einhaltung des Publikationsdatums in Frage gestellt wurde). Am 18. Dezember 2003 bekräftigte (...) diese Absicht und verlangte eine Besprechung mit dem AFC. Diese fand am 23. Dezember 2003 statt. Das AFC und (...) einigten sich auf einen Vorgehensplan, um zu versuchen, das ursprüngliche Publikationsdatum einzuhalten. Ob das effektiv möglich sei, solle am 9. Januar 2004 entschieden werden. Am 8. Januar 2004 erfuhren Angestellte von AG, die in die Sache involviert waren, von Angestellten von (...), dass die Einhaltung des geplanten Publikationsdatums nicht mehr möglich sei. Am Freitag, 9. Januar 2004, nach 16'00 Uhr, wurde der Kontroll- und Finanzausschuss von (...) darüber sowie über die beiden irrtümlich zugestellten E-Mails informiert. Der Kontroll- und Finanzausschuss entschied, dass die Publikation des Jahresabschlusses hinausgeschoben werden und der Gesamtverwaltungsrat über diese Information entscheiden müsse. An einer – vorsorglich anberaumten – Telefonkonferenz um 18'45 Uhr beschloss der Verwaltungsrat, vor Handelsbeginn am Montagmorgen, 12. Januar 2004, eine Medienmitteilung zu veröffentlichen. Diese wurde über das Wochenende verfasst.
8. Bereits der Ausschuss der Zulassungsstelle hielt fest, dass ein Hinausschieben der auf den 4. Februar 2004 öffentlich geplanten Präsentation der Jahreszahlen 2003 eine potentiell kursrelevante Tatsache darstellt. Er billigte AG die Berechtigung zu einem Informationsaufschub bis zum Zeitpunkt zu, an welchem sie von dieser Tatsache in ihren wesentlichen Punkten

Kenntnis hat. Ob dies nun am 8. Januar 2004, als erst Angestellte von (...) informiert waren, oder erst am 9. Januar 2004 war, als auch der Kontroll- und Finanzausschuss und Verwaltungsrat Kenntnis hatten, kann dahin gestellt bleiben, konnte doch AG die Vertraulichkeit bis am 9. Januar 2004 gewährleisten (vgl. voranstehende Erwägungen). Die Medieninformation erfolgte dann vor Handelsbeginn des nächsten Handelstages.

9. Das KR erlaubt den Aufschub von kursrelevanten Tatsachen nur, wenn der Emittent eine umfassende Vertraulichkeit gewährleisten kann (Art. 72 Abs. 3 KR). Der Aufschub ist die Ausnahme. Beansprucht ein Emittent diesen Aufschub, so hat er für eine unverzügliche Bekanntgabe im Falle eines Lecks zu sorgen (vgl. Rz 11 des Rundschreibens Nr. 2). Informationen entstehen nicht von selbst, sie müssen vorbereitet werden. Damit in diesem Fall die unverzügliche Bekanntgabe an den Markt möglich ist, muss der Emittent somit rechtzeitig eine Mitteilung oder Varianten aufarbeiten. Diese Information muss dann die Anforderungen von Rz. 10 des Rundschreibens erfüllen und kann nicht in letzter Minute gestaltet werden. Je grösser die Zahl vorabinformierter Personen ist und je länger es geht, bis sich die Vermutung über eine kursrelevante Tatsache zur Gewissheit verdichtet, umso grösser ist das Risiko eines Lecks. Das Rundschreiben verlangt zudem auch ausdrücklich dann die sofortige Information, wenn ursprünglich ein späteres Datum (und damit eine spätere Vorbereitung) geplant war. Ein Emittent, der beim Informationsaufschub keine Vorbereitung der Information für den Fall eines Lecks trifft, ist nicht in der Lage, die von Art. 72 KR vorgeschrieben sofortige Information vorzunehmen.
10. Bei AG war die Frage eines möglichen Ungenügens der Buchhaltung erstmals im Juli 2003 ein Thema. Im Dezember verdichtete sich die Möglichkeit des Verzugs der rechtzeitigen Publikation der Jahreszahlen und am 23. Dezember 2003 verschob AG – aus verständlichen Gründen – den definitiven Entscheid auf den 9. Januar 2004. Erst an diesem Tag wurde das Management mit dem Ausarbeiten einer Medienmitteilung beauftragt. Es ist unverständlich, dass in diesem langen Zeitablauf keine konkrete Vorbereitung für den Fall eines Lecks getroffen wurde. Es bestand (...) kein „leak contingency plan“. Ein Dispositiv hätte spätestens im Dezember vorbereitet werden müssen. Es genügt nicht, allfällige Sprachregelungen zu diskutieren. Der Emittent muss in solchen Fällen auch den Mehraufwand einer allfälligen Aktualisierung auf sich nehmen. Weil AG diese Vorbereitungen nicht traf, war sie nicht in der Lage, sofort zu reagieren. Sie hat damit die mit dem Beanspruchen des Informationsaufschubs verbundene Pflicht zur Informationsvorbereitung gemäss Art. 72 Abs. 2 KR verletzt. Es ist festzuhalten, dass es nur dank dem erfolgreichen Stopfen des Lecks nicht nötig war, am Freitag, 9. Januar 2004, sofort zu reagieren und sich damit der Mangel eines „leak contingency plan“ gar nicht auswirken konnte und über das Wochenende Zeit für die Aufarbeitung der Information blieb. (Diese und die spätere Information steht nicht zur Diskussion.) Falls aber eine grössere Zahl Adressaten mit dem versehentlich versandten Text bedient oder andere Lecks festgestellt worden wären, so hätte eine sofortige Information erfolgen müssen. Eine rechtzeitige Vorbereitung hätte dies ermöglicht.*
11. (...)
12. Verletzt ein Emittent die Pflichten von Art. 72 KR, so spricht die SWX eine der in Art. 82 aufgeführten Sanktionen aus, wobei das Verschulden und die Schwere der Verletzung zu berücksichtigen sind. Die SWX hat die Pflicht, glaubwürdig die Einhaltung der behördlich genehmigten Regeln zu prüfen und Sanktionen zu ergreifen. Vorliegend wiegen weder das Verschulden noch die Verletzung schwer. Als Sanktion genügt die leichteste, mithin ein Verweis.
13. Der Ausschuss der Zulassungsstelle ist im angefochtenen Entscheid von einem mittelschweren Verstoss gegen Art. 72 KR ausgegangen und hat neben dem Verweis eine Publikation angeordnet. Zu beachten ist nun, dass die SWX am 12. Februar 2004 dem Publikum in einer Medienmitteilung die Einleitung einer Untersuchung gegen AG bekannt gegeben und mitgeteilt hatte, dass über den Ausgang des Verfahrens informiert werde. Dieses Vorgehen entspricht den geltenden Normen der SWX. Das führt dazu, dass die SWX das Ergebnis eines Sanktionsverfahrens bekannt geben muss. Falls keine Sanktion ergriffen wird, stellte die Mitteilung an das Publikum über die Einstellung eines Verfahrens kein Problem dar. Hingegen

ist nicht möglich, einen blossen Verweis – als leichteste Sanktion – ohne Publikation auszusprechen. Auch ein blosser Verweis muss als Folge der Information über die Einleitung der Untersuchung publiziert werden. Diese Publikation selbst ist dann aber keine Sanktion gemäss Art. 82 Ziff. 9 KR, auch wenn es für den Emittenten auf dasselbe herauskommt. Im vorliegenden Fall muss in der Medienmitteilung der SWX auf diese Unterscheidung Rücksicht genommen werden. Dies drängt sich umso mehr auf, als in der NZZ Online am 8. März 2005 der Sprecher der SWX dahin zitiert wurde, dass die Untersuchung zwar abgeschlossen sei, die Resultate aber noch nicht mitgeteilt werden könnten, weil noch Rechtsmittelfristen laufen würden. Damit stand für den kundigen Marktteilnehmer fest, dass ursprünglich mehr als ein blosser Verweis ausgesprochen wurde.

14. Nach konstanter Praxis entscheidet die SWX selber über den Publikationstext. Die sanktionierte Gesellschaft wird jedoch darüber rechtzeitig orientiert.
15. Im Ergebnis entspricht der Entscheid der Disziplinarkommission jenem des Ausschusses: Verweis wegen Verletzung von Art. 72 KR und Publikation der Sanktion. Lediglich die Begründung ist unterschiedlich. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat somit AG die Kosten des Verfahrens zu tragen (Art. 9 des Verfahrensreglements der Disziplinarkommission).

(Entscheid vom 29.06.2005)

- * Hinweis: Erst später – nach Kenntnisnahme des vorliegenden Entscheides – wurde bei AG festgestellt, dass in der Kommunikationsabteilung am 22. Dezember 2003 gewisse Vorarbeiten für eine sofortige Information der Medien geleistet worden waren. Diese wurden aber den Verantwortlichen nicht zugestellt und damit waren diese auch nicht in der Lage, sofort zu reagieren.