

ZUL-CG-IV-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. Die X. ist an der SWX Swiss Exchange (SWX) kotiert.

Die Prüfung durch die Geschäftsstelle der Zulassungsstelle der SWX (Geschäftsstelle) basiert auf dem Geschäftsbericht [...] der X..

Die Geschäftsstelle wirft der Gesellschaft vor, dass der Geschäftsbericht [...] nicht in Übereinstimmung mit den Vorschriften von Art. 64 des Kotierungsreglements (KR) sowie der Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance (RLCG) erstellt wurde.

[...]

ZUL-CG-IV-05

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

Die RLCG ist seit dem 1. Juli 2002 in Kraft und war erstmals für das Geschäftsjahr anwendbar, welches am 1. Januar 2002 oder später begann. Die RLCG hat bindenden Charakter und ist durchsetzbar, da sie zum Regelwerk der SWX gehört.

Der Anwendungsbereich der Richtlinie umfasst gemäss Rz. 3 RLCG sämtliche Emittenten, deren Beteiligungsrechte an der SWX kotiert sind und deren Geschäftssitz in der Schweiz liegt. Demzufolge ist die RLCG für die X. anwendbar.

III. Materielles

Ausbildung und beruflicher Hintergrund der Verwaltungsräte (Ziff. 3.1.a RLCG)

1. Gemäss Ziff. 3.1.a RLCG sind im Corporate Governance-Bericht Angaben zum beruflichen Hintergrund der Verwaltungsratsmitglieder zu publizieren. Der Kommentar zur RLCG vom 1. August 2004 erläutert, dass zum beruflichen Hintergrund die wesentlichen Stationen des bisherigen Werdegangs und die aktuelle berufliche Tätigkeit anzugeben sind.
2. Der Sanktionsantrag der Geschäftsstelle wirft der Gesellschaft vor, dass ihr Corporate Governance-Bericht zu den Verwaltungsratsmitgliedern keine resp. zu wenige Angaben zum beruflichen Hintergrund enthalte.
3. Die Gesellschaft hielt in ihrer Stellungnahme zum Sanktionsantrag fest, sie habe sich auf die für die Investoren wesentlichen Informationen beschränkt. Der Kommentar zu Ziff. 3.1.a RLCG verlange nur die wesentlichen Stationen des bisherigen Werdegangs. Eine vollständige Auflistung sämtlicher beruflicher Tätigkeiten oder der Beginn der gegenwärtigen beruflichen Tätigkeit werde nicht verlangt. Sie ist der Auffassung, dass mit den bereits im Geschäftsbericht [...] enthaltenen Angaben den Anforderungen der RLCG im Grossen und Ganzen Genüge getan worden sei.
4. Die RLCG verlangt in Ziff. 3.1.a, dass über den Verwaltungsrat des Emittenten Angaben zum beruflichen Hintergrund zu machen sind. Der Kommentar präzisiert dazu, dass unter dem beruflichen Hintergrund die wesentlichen Stationen des bisherigen Werdegangs und die aktuelle berufliche Tätigkeit anzugeben sind.
5. Die Angaben zum beruflichen Hintergrund und zur jetzigen beruflichen Tätigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern börsenkotierter Gesellschaften haben für die Anleger einen hohen Stellenwert. Sie ermöglichen ihnen eine bessere qualitative Beurteilung der obersten Aufsichts- und Führungsebene der Gesellschaft.

ZUL-CG-IV-05

6. Die RLCG verlangt in Rz. 5, dass sich die Informationen zur Corporate Governance auf das für die Investoren Wesentliche zu beschränken haben sowie sachgerecht und verständlich darzulegen sind. Wird ohne Beachtung der davon abweichenden tatsächlichen Gegebenheiten auf die rechtliche Form abgestützt, so ist der Grundsatz der Klarheit und Wesentlichkeit der RLCG verletzt. Die von der RLCG verlangten Informationen sind so zu publizieren, dass sie für durchschnittlich informierte Investoren sowohl in Bezug auf die Darstellung als auch auf den Inhalt klar, verständlich und vor allem aussagekräftig sind. Inhaltsleere Formulierungen und Floskeln sind zu unterlassen. Die veröffentlichten Informationen haben für die Anleger auch wesentlich zu sein. Dies ist dann der Fall, wenn die Einschätzung der Corporate Governance der Gesellschaft in den Augen der Anleger durch die Veröffentlichung dieser Informationen beeinflusst wird. Die beiden Begriffe "beruflicher Hintergrund" sowie "wesentliche Stationen" sind dementsprechend unter dem Aspekt der Relevanz für die Position in der jetzigen Gesellschaft und die jetzigen Investoren zu beurteilen. Berufliche Positionen, welche für die aktuelle Führungsfunktion keine Bedeutung haben, bieten den Aktionären der Gesellschaft keine wesentlichen Informationen für ihren Anlageentscheid. Der Begriff der Wesentlichkeit bezieht sich daher auf die aktuelle Führungsfunktion des Organmitglieds.
7. Der Gesellschaft ist deswegen in ihrer Auffassung zuzustimmen, dass sie sich auf die für die Investoren wesentlichen Informationen beschränken will. Präzisierend ist dazu zu sagen, dass die Bedeutung der früheren beruflichen Positionen umso stärker abnimmt, je weiter sie zurück liegen. Sinnvollerweise sind im konkreten Fall dementsprechend Angaben zu den für die jetzige Funktion relevanten Angaben der ungefähr zehn letzten Jahre aufzuführen. Wesentlich ist dabei auch der Gesamteindruck, den die Informationen vermitteln.
8. [...]
9. Aufgrund des Alters der Mitglieder und der im Corporate Governance-Bericht gewählten Formulierung ist entsprechend den obigen Erwägungen davon auszugehen, dass alle Mitglieder des Verwaltungsrats ihre jetzigen beruflichen Positionen bereits seit vielen Jahren innehaben. Unter Berücksichtigung der Erwägungen ist der Ausweis des beruflichen Hintergrunds somit im Einklang mit Ziff. 3.1.a RLCG erfolgt. Den Anlegern wird insgesamt ein den Anforderungen der RLCG gerade noch genügender Gesamteindruck zum beruflichen Hintergrund der Verwaltungsratsmitglieder vermittelt.
10. Die im Sanktionsantrag bezüglich der Verletzung von Ziff. 3.1.a RLCG erhobenen Vorwürfe sind gemäss den obigen Ausführungen unbegründet. Der Ausweis des beruflichen Hintergrunds entspricht gerade noch den Anforderungen von Ziff. 3.1.a RLCG und es folgt diesbezüglich keine Sanktionierung der Gesellschaft.

Aktienbesitz (Ziff. 5.5 RLCG)

11. Die RLCG schreibt in Ziff. 5.5 vor, dass Angaben zur Anzahl der Aktien des Emittenten zu machen sind, die per Stichtag gehalten werden von:
 - a. Der Gesamtheit der exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats und der Mitglieder der Geschäftsleitung sowie diesen nahe stehenden Personen einerseits;
 - b. Der Gesamtheit der nicht exekutiven Mitglieder des Verwaltungsrats sowie diesen nahe stehenden Personen andererseits.

Unter nahe stehenden Personen sind natürliche und juristische Personen im Sinne von Art. 678 OR zu verstehen.

ZUL-CG-IV-05

12. Die Gesellschaft hat in ihrem Corporate Governance-Bericht festgehalten, dass [...], mit [...] % ein bedeutender Aktionär sei und dass es sich dabei um eine nahe stehende Person des Verwaltungsrats handle. Einen Ausweis zur Anzahl Aktien, welche die Organmitglieder per Stichtag halten, publiziert der Bericht nicht, ebenso wenig wie die Angabe, ob die dem Verwaltungsrat nahe stehende Person einem exekutiven oder nicht exekutiven Mitglied zuzuordnen ist. Die Offenlegung der bedeutenden Aktionäre hat entsprechend Ziff. 1.2 RLCG gemäss den Publikationen im Schweizerischen Handelsamtsblatt zu erfolgen. Dementsprechend sind die Personen ebenfalls aufzuführen, welche eine Beteiligung an X. indirekt über [...] halten. Somit erfolgte der Ausweis der bedeutenden Aktionäre nicht in Übereinstimmung mit den Anforderungen der RLCG.
13. [...]
14. In ihrer Stellungnahme zum Sanktionsantrag sah die Gesellschaft zwar ein, dass sie ungenügende Angaben zum Aktienbesitz publiziert hatte, war jedoch der Ansicht, dass den Investoren die wesentlichen Informationen, wie es Rz. 5 RLCG verlange, zur Verfügung gestanden hätten. Aus dem Geschäftsbericht gehe hervor, dass [...] % der Aktien im Besitz von [...] sowie [...] % der Aktien in den Händen der Publikumsaktionäre seien, inklusive der [...] Aktien, welche von den Verwaltungsräten gehalten würden. Die restlichen Aktien seien im eigenen Besitz und im Geschäftsbericht auch so ausgewiesen worden. X. ist weiter der Auffassung, dass es sich deshalb nicht um eine schwere Verletzung von Ziff 5.5 RLCG handeln könne.
15. Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Die Regelung in Ziff. 5.5 der RLCG verlangt klar den Ausweis der *Anzahl* der Aktien des Emittenten, die per Stichtag von den Organmitgliedern gehalten werden, unterteilt nach exekutiven und nicht exekutiven Mitgliedern. Diese Angaben fehlen im Bericht der Gesellschaft unbestrittenermassen. Dabei ist es für die Gesellschaft auch unbehelflich, wenn sie den prozentualen Anteil der gehaltenen Aktien des Grossaktionärs ausweist. Für den Anleger ist es aufgrund der prozentualen Angabe des Aktienanteils des Hauptaktionärs unmöglich zu eruieren, wie viele Aktien sich tatsächlich im Besitz der Organmitglieder befinden und ob es sich dabei um exekutive oder nicht exekutive Mitglieder handelt. Durch den unterlassenen Ausweis der Anzahl Aktien der Organmitglieder hat die Gesellschaft Ziff. 5.5 der RLCG verletzt.

Aufsichts- und Kontrollinstrumente gegenüber der Revision (Ziff. 8.4 RLCG)

16. Die RLCG schreibt in Ziff. 8.4 vor, dass Angaben zu machen sind über die Ausgestaltung der Aufsichts- und Kontrollinstrumente des Verwaltungsrats zur Beurteilung der externen Revision. Der Kommentar zu Ziff. 8.4 RLCG erläutert diese Bestimmung und führt beispielhaft auf, was unter dem Begriff der Aufsichts- und Kontrollinstrumente zu verstehen ist. Gemäss Kommentar gehören insbesondere das Reporting der Revisionsstelle an den Verwaltungsrat und die Anzahl Sitzungen des Audit Committees oder des Gesamtverwaltungsrats, an welchen die externe Revisionsstelle teilgenommen hat, dazu. Zusätzlich können auch der Auswahlprozess und die Auswahlkriterien der externen Revisionsstelle beschrieben werden.
17. Gemäss Corporate Governance-Bericht der Gesellschaft beurteilt der Verwaltungsrat jährlich die Leistung, Honorierung und Unabhängigkeit der Revisionsstelle und unterbreitet der Generalversammlung einen Vorschlag, wer als Revisionsstelle und Konzernrechnungsprüfer gewählt werden soll.

ZUL-CG-IV-05

18. Mit ihrer Formulierung hat die Gesellschaft die vorgeschriebenen Angaben zu den Aufsichts- und Kontrollinstrumenten nicht offen gelegt. Sie hat lediglich festgehalten, dass sie die Revisionsstelle beaufsichtigt, jedoch keine Angaben zu den eingesetzten Instrumenten gemacht. Die Geschäftsstelle hält in ihrem Sanktionsantrag zu Recht fest, es sei nicht nur zu publizieren, dass der Verwaltungsrat die Leistung, Honorierung und Unabhängigkeit jährlich beurteile, sondern wie dies geschehe. Den Anlegern sind Angaben zu liefern, die ihnen ein Bild über die in der Gesellschaft zum Einsatz gelangenden Aufsichts- und Kontrollinstrumente vermitteln.
19. [...]
20. [...]
21. Zur Publikation der Angaben zu den Aufsichts- und Kontrollinstrumenten gehört als Mindestumfang die Berichterstattung der Revisionsstelle an den Verwaltungsrat oder an eines seiner Mitglieder resp. an den zuständigen Verwaltungsratsausschuss sowie die Anzahl Sitzungen desselben mit der Revisionsstelle. Dementsprechend hätte X. als Mindestanforderung die Berichterstattung der Revisionsstelle an den Verwaltungsrat oder den zuständigen Verwaltungsratsausschuss sowie die Anzahl Sitzungen des Verwaltungsratsmitglieds mit der externen Revisionsstelle publizieren müssen. Da die Gesellschaft diese Mindestangaben nicht publizierte, hat sie Ziff. 8.4 RLCG verletzt. Überdies hält auch der Kommentar zu Ziff. 8.4 RLCG fest, dass zu den Aufsichts- und Kontrollinstrumenten insbesondere die Berichterstattung der Revisionsstelle an den Verwaltungsrat oder an eines seiner Mitglieder resp. an den zuständigen Verwaltungsratsausschuss sowie die Anzahl Sitzungen des Gesamtverwaltungsrats oder eines seiner Mitglieder resp. des zuständigen Verwaltungsratsausschusses, an welchen die externe Revisionsstelle teilgenommen hat, zu verstehen sind.

IV. Entscheidungsfindung

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

Schwere der Verletzung

23. Der Sanktionsantrag der Geschäftsstelle hält zur Schwere der Verletzung fest, dass es sich bei der unterlassenen Offenlegung des Aktienbesitzes um eine schwere Verletzung von Ziff. 5.5 RLCG handle.
24. Ziff. 5.5 RLCG hält klar und unmissverständlich fest, welche Angaben zum Aktienbesitz zu publizieren sind. Für das gesamte Kapitel 5 gilt in Abweichung vom Grundsatz "comply or explain" nur die Möglichkeit des "comply". Mit anderen Worten hat die Gesellschaft die Angaben zum Aktienbesitz, so wie sie von Ziff. 5.5 RLCG verlangt werden, in jedem Fall zu publizieren. Da diese Angaben zwingend zu publizieren sind, wiegen Verletzungen von Bestimmungen des Kapitels 5 in jedem Fall nicht mehr leicht. Sind die Angaben zur Anzahl gehaltener Aktien der Organmitglieder nicht nur unvollständig, sondern fehlen sie ganz, so ist von einer **schweren Verletzung** von Ziff. 5.5 RLCG auszugehen.
25. Ziff. 8.4 RLCG lässt der Gesellschaft bei ihrer Erfüllung einen gewissen Ermessensspielraum da sie relativ allgemein formuliert ist. Als Mindestanforderung an eine ge-

ZUL-CG-IV-05

nügende Publikation der Aufsichtsinstrumente ist jedoch die Berichterstattung der Revisionsstelle an den Verwaltungsrat, ein Verwaltungsratsmitglied oder den zuständigen Verwaltungsratsausschuss sowie die Anzahl Sitzungen des Verwaltungsrats resp. des zuständigen Verwaltungsratsausschusses mit der externen Revisionsstelle zu veröffentlichen.

26. Die Gesellschaft hat zu den Informations- und Kontrollinstrumenten in ihrem Corporate Governance-Bericht lediglich festgehalten, dass der Verwaltungsrat jährlich die Leistung, Honorierung und Unabhängigkeit der Revisionsstelle überprüfe sowie der Generalversammlung einen Vorschlag zur Wahl der Revisionsstelle unterbreite. Damit wurde zwar eine Angabe gemacht, dass die Revisionsstelle vom Verwaltungsrat beaufsichtigt wird, zur Ausgestaltung der Instrumente, wie sie Ziff. 8.4 im Wortlaut fordert, sind die Angaben jedoch nicht vorhanden. Zwar fehlen die Angaben nicht vollständig, sie entsprechen jedoch bei weitem nicht den Minimalanforderungen. Die Verletzung von Ziff. 8.4 RLCG ist daher zumindest als **leicht** einzustufen.
27. Zusammenfassend sind die **Verletzungen** der RLCG insgesamt als **mittelschwer** zu qualifizieren.

Verschulden

28. Für das Aussprechen einer Sanktion nach Art. 81 KR i.V.m. Art. 82 Abs. 3 KR ist das Verschulden der Gesellschaft bei der Verletzung der anwendbaren Vorschriften zu berücksichtigen.
29. Fahrlässig handelt, wer die Folgen seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat (BGE 130 IV 10, 126 IV 91 E. 4, 122 IV 225 E. 2). Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltspflichtverletzung und mithin für die Zurechnung der Verantwortung ist die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe müssen in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar sein. Bei einer Unterlassung liegt eine Sorgfaltswidrigkeit dann vor, wenn die aufgrund der konkreten Umstände gebotene Sorgfalt nicht aufgewendet wurde, d.h. wenn nicht gehandelt wurde, obwohl nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung im Zeitpunkt der Unterlassung die zur Diskussion stehende Verletzung von Art. 64 KR bzw. der RLCG voraussehbar und vermeidbar war.
30. 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.
31. 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. Eventualvorsatz und Vorsatz sind bei der Strafzumessung jedoch gleich zu behandeln.
32. Die Gesellschaft hat in ihrem Corporate Governance-Bericht die von der RLCG geforderten Informationen zum Aktienbesitz und zu den Aufsichts- und Kontrollinstrumenten gar nicht respektive unvollständig publiziert.
33. Die RLCG ist bezüglich der geforderten Angaben zum Aktienbesitz unmissverständlich und klar. Die Angaben zu den Aufsichts- und Kontrollinstrumenten des Verwaltungsrats gegenüber der Revision haben zumindest die Berichterstattung der Revi-

ZUL-CG-IV-05

sionsstelle an den Verwaltungsrat oder an eines seiner Mitglieder resp. an den zuständigen Verwaltungsratsausschuss und die Anzahl Sitzungen des Verwaltungsrats oder eines seiner Mitglieder resp. des zuständigen Verwaltungsratsausschusses, an welchen die externe Revisionsstelle teilgenommen hat, zu umfassen. Dies ist auch im Kommentar zu Ziff. 8.4 RLCG so festgehalten. Die Gesellschaft ist verpflichtet, die RLCG einzuhalten. Die SWX stellt den Emittenten als Hilfsmittel sowohl den Kommentar als Interpretationshilfe als auch eine Checkliste zur Überprüfung der Vollständigkeit der Berichterstattung zur Verfügung. Schenkt die Gesellschaft einzelnen Ziffern keine resp. zu wenig Beachtung, obwohl sie die Bestimmungen kennen muss und diese eindeutig formuliert sind, so ist ihr zumindest **grobe Fahrlässigkeit** bei der Verletzung der RLCG vorzuwerfen.

34. Gestützt auf die obigen Ausführungen ergibt sich, dass X. in Bezug auf die Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance eine **grob fahrlässige Verletzung** des KR und der RLCG vorzuwerfen ist.

Auszusprechende Sanktion

35. Gegen die Gesellschaft wurde von der SWX in den letzten 5 Jahren keine Sanktion ausgesprochen. Allfällige Sanktionen, die länger zurückliegen, werden nicht berücksichtigt.
36. In Abwägung des Verschuldens und der Schwere der Verletzung ist ein **Verweis** gemäss Art. 82 KR gegenüber der X. als angemessene Sanktion auszusprechen. Der Verweis wird zum Zweck der Information der übrigen Emittenten **publiziert**. Da bei der Publikation der generalpräventive Aspekt im Vordergrund steht, wird auf eine Pressemitteilung, in welcher die Gesellschaft namentlich genannt wird, verzichtet. Der Entscheid wird lediglich anonymisiert auf der Website der SWX veröffentlicht.

* * * * *

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. AG wird zum Zweck der Information der übrigen Emittenten durch die SWX gemäss Ziff. 3 **publiziert**.
3. Da bei der Publikation der generalpräventive Aspekt im Vordergrund steht, wird auf eine Pressemitteilung verzichtet und der Entscheid wird lediglich anonymisiert auf der Website der SWX veröffentlicht.