

SaKo 2009-AHP I/09
Entscheid der
Sanktionskommission
vom 15. Dezember 2009
in Sachen
X AG

Die Sanktionskommission - in der Zusammensetzung ... - hat

zum Verfahren entschieden:

Das Ausstandsbegehren gegen Y wird abgewiesen.

Anschliessend wurde folgender Entscheid gefällt:

1. Es wird festgestellt, dass die X AG im Zusammenhang mit den Reaktionen auf Medienmitteilungen im ... 2009 und bei der am ... 2009 bei H AG gehaltenen Präsentation die Bestimmungen zur Ad hoc-Publizität gemäss Art. 72 aKR nicht verletzt hat.
2. Dieser Entscheid wird von der SIX Swiss Exchange publiziert.
3. Die Kosten des Verfahrens werden von der SIX Swiss Exchange getragen.

Die Sanktionskommission stützt sich auf die nachstehenden Erwägungen:

Zum Verfahren

1. X AG rügte, dass eine Mitarbeiterin der SIX Exchange Regulation (SIX), welche von X AG am ... 2009 verlangt hatte, eine Mitteilung gemäss der Richtlinie zur Ad-hoc-Publizität zu veröffentlichen, in der Untersuchung nicht in den Ausstand getreten ist. Damit liege ein schwerer Verfahrensmangel vor, weshalb der Sanktionsantrag nur schon deshalb abzuweisen sei.
2. Das Verfahren für Untersuchungen der SIX Swiss Exchange, sei es durch die SIX oder durch die Sanktionskommission, erfolgt gemäss der Verfahrensordnung. Diese regelt in Ziff 2.1 die Ausstandsgründe. Absatz 4 beschreibt in den lit.a – e die Fälle, in denen eine Person „von der Ausübung ihrer Funktion ausgeschlossen“ ist. Y ist Mitarbeiterin von SIX. Sie war mithin als „Angehörige des Untersuchungsorgans“ tätig, nicht aber in einer andern Stellung. Lit. b bis e fallen damit a priori ausser Betracht und müssen nicht geprüft werden.

X AG stützt das Ausstandsbegehren nebst lit. a auch auf lit. e. In lit. e wird der Ausstand „aus andern Gründen, insbesondere wegen eines Pflicht- oder Abhängigkeitsverhältnis etc. (...) mit einem Betroffenen“ verlangt. Eine derartiges Verhältnis zum Betroffenen, also zu X AG, liegt weder vor noch wurde dies behauptet. Somit kämen nur „andere Gründe“ in Frage.

X AG liess nicht spezifizieren, in welcher Weise lit. a resp. lit. e verletzt seien, sondern erwähnte lediglich, lit. a und lit. e seien verletzt. Gemäss lit. a muss in den Ausstand treten, wer „in der Sache ein persönliches Interesse hat“. Aus den Begehren von X AG ist lediglich der Vorwurf zu entnehmen, Y habe die Untersuchung nur gemacht, weil sie von X AG am Anfang eine Ad-hoc-Publikation verlangt hatte. Damit habe sie ein persönliches Interesse daran gehabt, dass die Untersuchung zum Vorwurf einer Regelverletzung führe, um sich nicht selbst zu desavouieren.

3. Es kann vorliegend dahin gestellt bleiben, ob es sich nun um „andere Gründe“ oder um „ein persönliches Interesse“ handle. Es ist allen Untersuchungsorganen eigen (sowohl im Strafverfahren wie in privat- oder verwaltungsrechtlichen Verfahren), vorerst eine - genau genommen - vorgefasste Meinung über mögliche Regelverletzungen zu haben. Ohne dies gäbe es keine Untersuchungen. Mass-

gebend ist, dass dann die effektiv sanktionierende Instanz nicht voreingenommen ist. Die untersuchende Person muss sich eine Arbeitshypothese machen und darf diese dann verfolgen. Vorliegend durfte Y die Hypothese annehmen, X AG habe die RLAhP verletzt und anschliessend Untersuchungshandlungen vornehmen oder auch bloss dabei mitwirken, um die These zu erhärten. Es genügt, wenn die Sanktionskommission resp. deren Delegation als unbefangener Entscheidungsträger wirkt.

SIX Exchange Regulation ist Teil der Aktiengesellschaft SIX Exchange, welche als Unternehmung effizient organisiert sein muss. Es ist Sache der Unternehmensführung dafür zu sorgen, dass Mitarbeiter nicht Untersuchungen führen, welche bloss dazu dienen, eine Regelverletzung zu behaupten, um nicht von einer ursprünglich vertretenen Rechtsauffassung abweichen zu müssen. Im Sanktionsverfahren, in welchem die Sanktionskommission direkt oder als Beschwerdeinstanz entscheidet, greift das Argument nicht.

4. Ganz grundsätzlich ist daran zu erinnern, dass die Anforderungen an die Unparteilichkeit bei Untersuchungsorganen nicht dieselben wie bei Richtern sind. Das Bundesgericht hat dies im Urteil vom 16. Januar 2009 bezüglich einer Staatsanwaltschaft erneut festgehalten (vgl. Die Praxis 9/2009, S. 635 ff.). Erst wenn ein Untersuchungsorgan rechtsprechende Funktionen übernimmt, genügt bereits der Anschein der Befangenheit, um seine Ablehnung zu begründen, nicht jedoch wenn das Untersuchungsorgan bei demselben Sachverhalt in einer früheren Phase eine bestimmte Auffassung vertrat.

Zur Ad-hoc-Publizität:

A. Erfüllung von Covenants

1. SIX wirft X AG vor, die Aussagen über die Einhaltung von Kreditbestimmungen (sog. Covenants) nicht gemäss den Vorschriften der Richtlinie zur Ad-hoc-Publizität (RLAhP) gemacht zu haben. Auf die Begründung von SIX resp. die Stellungnahme von X AG wird eingegangen, soweit dies für den vorliegenden Entscheid relevant ist.

Der Vollständigkeit halber ist vorab zu erwähnen, dass diese Covenants von X AG im zur Diskussion stehenden Zeitraum eingehalten waren.

2. Am ... 2008 hatte der CEO von X AG in einem Interview mit der Zeitung Z erklärt, X AG könne die Covenants (vertraglich eingegangene Auflagen im Zusammenhang mit umfangreichen Krediten) einhalten. SIX wirft X AG vor, diese Information hätte gemäss den Vorschriften der RLAhP verbreitet werden müssen.

Am ... 2009 verbreitete die Nachrichtenagentur S eine Mitteilung, wonach der Aktienkurs um 14% gesunken sei, nachdem es Gerüchte gegeben hatte, dass X AG die Covenants nicht einhalte. In derselben Meldung hielt S gleichzeitig fest, X AG habe angegeben, die Covenants nicht zu verletzen. Ein Mitarbeiter von der Nachrichtenagentur S hatte vorher bei X AG nachgefragt und die Auskunft erhalten, dass X AG die Covenants erfülle. Nach der Veröffentlichung der Meldung hatte X AG auf Anfrage Dritter dieselbe Aussage gemacht. SIX wirft X AG vor, sie hätte die Information (wonach die Covenants eingehalten werden) gemäss den Vorschriften der RLAhP verbreiten müssen.

3. Art. 72, Abs. 1 des Kotierungsreglements in der damaligen Fassung (KR) schreibt den Emittenten vor, den Markt über kursrelevante Tatsachen zu informieren, welche ... *eingetreten* und nicht öffentlich bekannt sind. Mithin besteht

erst dann eine Pflicht zur Ad-hoc-Publizität, wenn etwas eingetreten ist. Blosser gleichbleibender Sachverhalt führt grundsätzlich nicht zur Ad-hoc-Publizität. Gemäss Rz 3 der RLAhP (in der damaligen Fassung) zählen nur jene Ereignisse zu den potentiell kursrelevanten Tatsachen i.S. von Art. 72 des Kotierungsreglements, welche von erheblicher Kursrelevanz sind. Der Kommentar zur RLAhP hält dazu fest, dass blosser Gerüchte nicht unter die Ad-hoc-Publizität fallen (N 3). Im Zusammenhang mit sog. Gewinnwarnungen schreibt der Kommentar, dass diese nur dann als kursrelevante Tatsache betrachtet werden, wenn die Erwartungshaltung vom Emittenten selbst geweckt wurde (N 21). Keine Bekanntgabepflicht besteht, wenn die Erwartung von Dritten geweckt wurde (N 22).

Es ist nicht Zweck der Ad-hoc-Publizität, von den Emittenten zu verlangen, in Form der RLAhP bekräftigen zu müssen, dass sie ihre vertraglichen Pflichten erfüllen oder erfüllen können. Nur im Gegenteil, wenn die Vertragserfüllung gefährdet ist, ist zu prüfen, ob eine Information gemäss der RLAhP erfolgen muss. Mit hin dürfen ein Emittent resp. dessen Organe einer einzelnen Zeitung oder einem Investor in einem Interview mitteilen oder bekräftigen, dass die eingegangenen Verpflichtungen eingehalten werden.

4. Dem Interview des CEO von X AG in der Zeitung Z vom ... 2008 kann nichts entnommen werden, das gemäss der RLAhP nicht nur einer Zeitung, sondern allen Adressaten im Sinne der Ad-hoc-Publizität hätte mitgeteilt werden müssen. Die Aussagen des CEO bestätigen den vorher bekannten Zustand. Er führte aus, dass die Covenants eingehalten sind. Nur wenn das geändert hätte, hätte X AG diese Neuigkeit gemäss den Vorschriften der RLAhP bekannt geben müssen.

Als am ... 2009 ein Mitarbeiter von der Nachrichtenagentur S sich bei X AG nach der Einhaltung der Covenants erkundigte, wurde ihm vom Sprecher direkt Antwort gegeben. Diese Dementierung des Gerüchtes genügte; sie musste nicht in den Formen der RLAhP erfolgen. Etwas anderes wäre nur nötig gewesen, falls die Nichteinhaltung Tatsache oder absehbar gewesen wäre.

Es würde den Wert der Ad-hoc-Publizität erheblich mindern, wenn Emittenten auf Gerüchte oder blosser Anfragen hin (insbesondere auch, wenn diese suggestiv formuliert sind), ob sie ihre vertraglichen Verpflichtungen einhalten, immer mit Mitteilungen gemäss Ad-hoc-Publizität reagieren würden.

B. Stellenabbau

5. In der Medieninformation zum Halbjahresbericht 2008, welche am ... 2008 regelkonform publiziert wurde, hatte X AG einen Personalabbau bei X AG von „ca. 1'000 Mitarbeitenden“ in Europa angekündigt. In der Medienmitteilung vom ... 2008 teilte X AG mit, dass im Rahmen dieses Personalabbaus bis 2010 in einem Bereich von X AG 240 Arbeitsplätze betroffen sein werden. Und in der Medienmitteilung vom ... 2008 wurde erwähnt, dass die Restrukturierung in den vom Rückgang betroffenen Segmenten umgesetzt werde, die Anpassung - rund 1'000 Arbeitsplätze – verlaufe plangemäss.

An einer Präsentation bei der H AG, einem Wertpapierhandelsunternehmen, stellte der CEO von X AG am ... 2009 die Emittentin vor. Die Präsentation wurde gleichentags auf der Website von X AG aufgeschaltet. Dabei erwähnte der CEO wiederholt die Personalreduktion in verschiedener Weise: „1'000 headcount reduction + 400 temporary workforce“. Unter dem Titel „additional capacity adjustment measures initiated in Q4 2008“ „Headcount reductions ... [>1'000 perm. + temp.]“, „Reduced working hours“, „Salary freeze“.

6. SIX wirft X AG vor, die in dieser Präsentation vom ... 2009 gemachten Angaben seien neu und kursrelevant und hätten gemäss den Vorschriften der RLAhP bekannt gegeben werden müssen.
7. Die Präsentation bei der H AG wurde am ...2009 zwischen 09'45 Uhr und 15'30 Uhr einzelnen Personen gezeigt, um 16'14 wurde sie auf der Website publiziert und um 16'30 Uhr vom CEO einer grösseren Zuschauerzahl vorgestellt. Es bestehen keine Anzeichen, dass an diesem Anlass andere Informationen als die dargestellten gegeben wurden. Das wurde auch nicht behauptet, weshalb sich weitere Abklärungen erübrigen.
8. Weder der Präsentation noch dem Dossier kann entnommen werden, dass neue, relevante Angaben zum Stellenabbau gemacht wurden, welche nicht schon 2008 bekannt gegeben wurden.

Schon 2008 gab X AG die Grössenordnung des Stellenabbaus bekannt. Dieselben Angaben finden sich in der Präsentation wieder. Sie sind zudem im Zusammenhang mit den Angaben von X AG im Jahr 2008 zu sehen, wonach der Stellenabbau Teil eines Restrukturierungsprogrammes ist. Der Präsentation kann auch nicht entnommen werden oder in sie hineininterpretiert werden, es gäbe bei X AG zusätzliche 1'000 Stellen weniger. Zwar wurde dies in einer Tageszeitung („X AG baut nochmals 1000 Stellen ab“) und in einer andern Medienmitteilung („...kommt es zu einem weiteren Stellenabbau“) so erwähnt. Da dies aber nicht der Präsentation entsprach, genügte es, dass X AG dies auf Anfrage richtig stellte.

SIX wirft X AG vor, dass an der Präsentation nebst dem Stellenabbau neue Informationen gegeben worden seien, welche gemäss RLAhP als potentiell kursrelevante Gegebenheiten hätten bekannt gegeben werden müssen: Kurzarbeit, Produktionsstopps, Einfrierung von Gehältern. Vorab ist dazu festzuhalten, dass die Grössenordnung des Stellenabbaus, wie erwähnt, nichts Neues war. In der Medienmitteilung vom ...2008 zum 3. Quartal erwähnte X AG die Umsetzung der Restrukturierungs- und Portfoliomassnahmen in den vom Rückgang betroffenen Segmenten. Es wurde auf die Anpassung der Produktionskapazitäten, die Verringerung von Arbeitszeiten wie auch auf die Erweiterung und Beschleunigung von Restrukturierungsprogrammen gewiesen. Im am ... 2009 verteilten und auf der Website aufgeschalteten Dokument gibt es eine Zusammenfassung der Massnahmen. Obschon der Titel dieser Zusammenfassung für sich allein möglicherweise Missverständnisse erwecken kann („Additional capacity adjustment measures initiated in Q4 2008“), geht aus dem Inhalt und dem Zusammenhang hervor, dass nichts Neues mitgeteilt wurde. Dass hier erstmals ausdrücklich die Rede von Einfrieren von Gehältern ist, vermag angesichts der früheren Ankündigung von Restrukturierungen nicht erstaunen; dies umso weniger, als bei „salary freeze“ bis auf eine Ausnahme auf „Top and Senior Management“ und „Mgmt“ gewiesen wurde.

Einzelheiten des Verhältnisses zwischen Stellenabbau, Kurzarbeit und Lohnstopp sind in arbeitsrechtlicher Hinsicht relevant (Mitwirkungsrechte, Benachrichtigung von Behörden, Arbeitslosenversicherung). Angesichts der 2008 gemachten Aussagen von X AG sind diese Einzelheiten der Kostensenkungsmassnahmen insbesondere für das Verständnis des durchschnittlichen Marktteilnehmers aber nicht mehr potentiell kursrelevant.

9. Unter diesen Umständen mussten die Informationen, welche X AG am ... 2009 präsentierte, und die in der Folge auch gegenüber Dritten (wozu einige Journalisten gehörten) gegeben wurden, nicht in den Formen der RLAhP verbreitet werden.

10. Auf Veranlassung von SIX hat X AG am ... 2009 eine „Klarstellung zu Personal-massnahmen bei X AG“ an die Adressaten gemäss RLAhP versandt. Dazu ist anzumerken, dass zwar der Titel klar war. Im Text jedoch hätte deutlicher formuliert werden können, dass keine zusätzlichen 1'000 Stellen abgebaut werden. („Insgesamt betreffen diese Massnahmen 1'000 Stellen“ wäre z.B. verständlicher gewesen als „In Summe...“)
11. Im Lauf des Untersuchungsverfahrens der SIX stand zur Debatte, wieweit Kostenenkungsmassnahmen, welche von einzelnen Gruppengesellschaften durchgeführt wurden (vorliegend Entlassungen), auf Gruppenebene zur Ad-hoc-Publizität führen können. Obschon dazu kein Entscheid gefällt werden muss, ist der Vollständigkeit festzuhalten, dass die Verantwortung für die Informationen gemäss RLAhP immer beim zuständigen Organ des Emittenten selbst und nicht bei den nicht-kotierten Tochtergesellschaften liegt. Konkret hätte sich X AG nicht darauf berufen können, es sei in einer Lokalzeitung bereits früher über Entlassungen bei einer Tochtergesellschaft berichtet worden.
12. Insgesamt ist somit X AG im Rahmen der am ... 2009 eröffneten Untersuchung keine Regelverletzung vorzuwerfen. Die Eröffnung der Untersuchung wurde publiziert. Folgerichtig ist auch der Ausgang des Verfahrens dem Publikum mitzuteilen. Zudem sieht die Verfahrensordnung vor, dass alle rechtskräftigen Entscheide der Sanktionskommission publiziert werden müssen.
13. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat X AG keine Kosten zu tragen. Die Verfahrensordnung sieht vor (Ziffer 2.9, Abs. 2), dass die Kosten der Verbeiständung in der Regel von den Betroffenen selbst zu tragen sind. Es gibt vorliegend keine Gründe, von dieser Regel abzuweichen.
14. Gegen den Entscheid kann die X AG innert 20 Tagen ab Zustellung beim Schiedsgericht der SWX Klage erheben.