

SaKo 2010-CG-I/10

**Entscheid der
Sanktionskommission
vom 11. Juni 2010
in Sachen
X AG**

Die Sanktionskommission - in der Zusammensetzung [...] - hat folgenden Entscheid gefällt:

1. Es wird festgestellt, dass die X AG Art. 64 aKR in Verbindung mit den Vorschriften zur Corporate Governance Richtlinie verletzt hat, indem sie in ihrem Geschäftsbericht 2008
 - a. entgegen Ziff. 2.7. Anhang aRLCG den Umfang des gesamthaft erfassten Aktienkapitals betreffend Wandelanleihen und Optionen nicht aufführte;
 - b. entgegen Ziff. 3.6. Anhang aRLCG die Angaben zur Kompetenzregelung nicht in genügender Weise zugänglich machte;
 - c. entgegen Ziff. 5.1. Anhang aRLCG ungenügende Ausführungen zu den Kriterien zur Festsetzung der Entschädigung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung und keine Angaben zur Gewichtung der einzelnen Ziele betreffend die Bonusfestsetzung für die Geschäftsleitung machte.
2. Der X AG wird ein Verweis erteilt.
3. Dieser Entscheid wird nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist von der SIX Swiss Exchange publiziert.
4. Die Kosten des Verfahrens von [...] werden der X AG auferlegt.

Erwägungen

Zu den verletzten Regeln:

1. Die SIX Exchange Regulation, Listing & Enforcement, hat der Sanktionskommission beantragt, gegen die X AG wegen Verletzung verschiedener Vorschriften des Anhangs zu der bis 30. Juni 2009 gültigen Richtlinie betreffend Informationen zur Corporate Governance (aRLCG) in ihrem Geschäftsbericht 2008 eine Busse in Höhe von CHF 15'000 auszusprechen und die Sanktion zu publizieren.
2. Die X AG bestreitet, dass ihr Corporate-Governance-Bericht 2008 ("CG-Bericht") nicht der aRLCG entsprach. Es wird nachfolgend auf jeden strittigen Punkt eingegangen.
3. Da die X AG den CG-Bericht am [...]. Februar 2009 veröffentlicht hat und somit die umstrittenen Verletzungen im Februar 2009 geschehen sind, sind das alte Kotierungsreglement (siehe Art. 114 und 116 Abs. 2 KR vom 1. Juli 2009) sowie die bis am 30. Juni 2009 geltende Richtlinie betr. Informationen zur Corporate Governance anwendbar.
4. Die Untersuchung gegen die X AG wurde am [...] 2009 eröffnet, weshalb die seit dem 1. Juli 2009 gültige Verfahrensordnung zur Anwendung kommt.
5. *Ziff. 2.7 Anhang aRLCG (Wandelanleihen und Optionen)*
- 5.1 SIX Exchange Regulation wirft der X AG eine Verletzung von Ziff. 2.7. Anhang aRLCG vor. Diese Bestimmung verlangt die Offenlegung von Informationen bezüglich Wandelanleihen und Optionen. Dazu gehört "der Hinweis auf den Umfang des gesamthaft erfassten Aktienkapitals". Die X AG verweist im CG-

Bericht für die ausgegebenen Optionen auf den Anhang der Konzernrechnung unter Anmerkung 28. Für ausstehende Ausleihen wird am gleichen Ort auf Anmerkung 25 verwiesen. Diese zwei Anmerkungen enthalten jedoch keinen Hinweis auf den Umfang des gesamthaft erfassten Aktienkapitals. In ihrer Stellungnahme vom 8. März 2010 macht die X AG diesbezüglich geltend, dass auf S. 107 des Geschäftsberichts die emittierten Optionen auf Aktien der X AG detailliert veröffentlicht seien und dass sich das theoretisch erfasste Eigenkapital einfach berechnen lasse, so dass die Angaben der Ziff. 2.7. entsprechen. Zudem sei diese Information (zum Umfang des gesamthaft erfassten Aktienkapitals) aufgrund der spezifischen Ausgangslage (weder bedingtes noch genehmigtes Kapital und keine ausstehende Wandelanleihen) eine rein theoretisch Information ohne jegliche Aussagekraft.

- 5.2 Entgegen der Meinung der Gesellschaft erfüllen die Angaben zu Wandelanleihen und Optionen im Geschäftsbericht 2008 die Erfordernisse von Ziff. 2.7. Anhang aRLCG nicht. Die Gesellschaft ist gemäss der aRLCG verpflichtet, das gesamte erfasste Aktienkapital aufzuführen. Weil die aRLCG dies ausdrücklich verlangt, ist es der Gesellschaft benommen, zu entscheiden, ob die verlangte Information relevant oder für den Anleger von Interesse sei. Zudem obliegt es ihr und nicht dem Leser, die entsprechende Berechnung vorzunehmen und die resultierende Zahl explizit im CG-Bericht auszugeben. Die unterlassene Nennung des erfassten Aktienkapitals stellt deshalb einen Verstoß gegen Ziff. 2.7. Anhang aRLCG dar.
6. *Ziff 3.5.3 Anhang aRLCG (Arbeitsweise des Verwaltungsrats und seiner Ausschüsse)*
 - 6.1 SIX Exchange Regulation macht geltend, die Gesellschaft habe Ziff. 3.5.3. Anhang aRLCG verletzt, indem die Angaben im CG-Bericht 2008 betreffend die Arbeitsweise des Gesamtverwaltungsrates (VR) und des Verwaltungsratsausschusses nicht richtig aufgeführt wurden. Zu diesen Angaben gehören Informationen zum Sitzungsrythmus, zur üblichen Sitzungsdauer und zur im Berichtsjahr abgehaltenen Anzahl Sitzungen. Im CG-Bericht 2008 führte die Gesellschaft auf, dass der Verwaltungsrat mindestens vier Mal jährlich tagt und dass die übliche Sitzungsdauer ungefähr acht Stunden beträgt. Im Berichtsjahr fanden sieben Sitzungen statt, davon eine zweitägige Strategiesitzung. Danach folgen ähnliche Angaben für jeden Ausschuss, nämlich die übliche Sitzungsdauer und die Anzahl Sitzungen im Berichtsjahr.
 - 6.2 Entgegen der Meinung der SIX Exchange Regulation sind diese Angaben zwar beschränkt, erfüllen aber die Erfordernisse von Ziff. 3.5.3. Anhang aRLCG. Es mag zutreffen, dass die Angabe der Sitzungsanzahl nicht die Angabe des Sitzungsrythmus ersetzt. Jedoch kann aus der Information, dass der VR mindestens viermal jährlich tagt, ohne Schwierigkeit hergeleitet werden, dass eine Sitzung mindestens einmal pro Quartal abgehalten wird. Selbstredend könnten hier detaillierter Angaben gemacht werden. Die gelieferten Informationen erlauben es aber dem durchschnittlichen Anleger ohne weiteres, sich ein Bild über die Arbeitsweise des VR zu machen, und sie erfüllen die Anforderungen von Ziff. 3.5.3 Anhang aRLCG.
7. *Ziff. 3.6 Anhang aRLCG (Kompetenzregelung - Grundzüge der Kompetenzregelung zwischen VR und Geschäftsleitung)*
 - 7.1 Gemäss Ziff. 3.6. Anhang aRLCG ist die Gesellschaft verpflichtet, offenzulegen, in wieweit der VR Kompetenzen an die Geschäftsleitung delegiert hat. Diese Informationen sollen sachgerecht und verständlich dargelegt werden. Sie sind im jährlichen Geschäftsbericht in einem eigenen Kapitel zu veröffentlichen. In diesem Kapitel kann auf andere Stellen im Geschäftsbericht oder auf

andere, leicht zugängliche Informationsquellen verwiesen werden. Bei Verweisen auf Webseiten ist der Suchpfad (URL) anzugeben (Rz. 5 und 6 aRLCG). Beide Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt.

- 7.2 Ziff. 3.6 Anhang aRLCG verlangt die Offenlegung der Grundzüge der Kompetenzregelung. Die Frage kann offen gelassen werden, ob diese Bestimmung die Offenlegung sämtlicher Geschäfte verlangt, die der Bewilligung durch den VR bedürfe, wie es die SIX Exchange Regulation zu fordern scheint und was die Gesellschaft bestreitet. Vorliegend und entgegen der Meinung der Gesellschaft ist jedoch die Beschreibung der Kompetenzregelung in ihrem GC-Bericht zu summarisch. Die Gesellschaft paraphrasiert teilweise Art. 716a OR, ohne konkrete Angaben zu den effektiven wichtigsten Geschäften zu liefern. Das entspricht nicht den materiellen Anforderungen der aRLCG.
- 7.3 Zwar führt die Gesellschaft an, dass die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen dem VR, dessen Ausschüssen, dem CEO und der Gruppenleitung in der Kompetenzzuordnung der Gruppe detailliert festgelegt sei. Wie dargelegt, ist ein Verweis auf andere Dokumente nur zulässig, wenn diese den Investoren leicht, also rasch und kostenlos, zugänglich sind. Vorliegend verweist der CG-Bericht auf ein internes Reglement, ohne eine Bezugsquelle oder einen direkten Pfad anzugeben. Es ist daher festzustellen, dass die Angaben betreffend Kompetenzregelung des Verwaltungsrats ungenügend sind.
8. *Ziff. 5.1 Anhang aRLCG (Inhalt und Festsetzungsverfahren der Entschädigungen und der Beteiligungsprogramme)*
- 8.1 Ziff. 5.1. Anhang aRLCG verlangt, dass die Gesellschaft im Geschäftsbericht klare Informationen zum Inhalt und zu den Verfahren zur Festsetzung der Entschädigungen und Beteiligungsprogramme ausführen muss, sodass sich der Investor ein eindeutiges Bild über den Mechanismus des Verfahrens machen kann. Die Informationen zur Corporate Governance müssen ferner verständlich und nachvollziehbar sein. Dies ergibt sich auch aus dem Swiss Code of Practice for Corporate Governance.
- 8.2 Vorliegend verweist der Geschäftsbericht auf "Benchmark und Lohnvergleiche für den Finanzdienstleistungs- und Bankenbereich", welche regelmässig zur Beurteilung herangezogen werden. Betreffend die Geschäftsleitungsmitglieder wird weiter ausgeführt, dass deren Entschädigung - neben einem Bonus - aus einem "marktkonformen Basissalär" besteht. Wie SIX Exchange Regulation richtig festgestellt hat, sind derartige Hinweise zu allgemein und erlauben den Investoren nicht, sich ein klares Bild zu den Kriterien betreffend die Festsetzung der Entschädigungen zu machen. Insbesondere ist der Verweis auf ein marktkonformes Basissalär zu allgemein.
- 8.3. Aus denselben Gründen ist die Gewichtung der einzelnen Ziele betreffend die Bonusfestsetzung für die Geschäftsleitung ungenügend. Die Gesellschaft hat die einzelnen Ziele betreffend die Bonusfestsetzung nicht offengelegt. Die Gesellschaft macht geltend, dass die Ausgestaltung der Vergütungssysteme ein übliches Thema bei den regelmässigen und intensiven Kontakten mit der FINMA sei und ihre Entschädigungsmodelle von der FINMA geprüft werden. Kontakte und Absprachen mit der FINMA oder der Revisionsstelle betreffend Vergütungssysteme oder die konkrete Festsetzung von Vergütungen entbinden nicht von der Offenlegungspflicht gemäss aRLCG.
- 8.4 Die Gesellschaft hat somit Ziff. 5.1. Anhang aRLCG verletzt, indem sie die Gewichtung der einzelnen Ziele betreffend die Bonusfestsetzung für die Geschäftsleitung nicht offenlegte.

9. *Ziff. 8.4. Anhang aRLCG (Informationsinstrumente der externen Revision)*
- 9.1 Schliesslich macht SIX Exchange Regulation geltend, der CG-Bericht weise bezüglich Ziff. 8.4. Anhang aRLCG verschiedene Mängel auf. Erstens fehlten Hinweise betreffend die Kriterien zur Beurteilung der Leistung der externen Revisionsstelle und zur Festsetzung des Honorars dieser Revisionsstelle. Zweitens fehlten Angaben der Beurteilung der Non-Audit Dienstleistungen der Revisionsstelle. Drittens seien die Ausführungen bezüglich der Art der Non-Audit Dienstleistungen der Revisionsstelle ungenügend.
- 9.2. Gemäss Ziff. 8.4 Anhang aRLCG muss die Gesellschaft im Geschäftsbericht Informationen über die Ausgestaltung der Instrumente, mit denen sich der VR über die Tätigkeit der externen Revision informiert, veröffentlichen. Dazu gehören insbesondere die Berichterstattung des Revisionsorgans an den VR sowie die Anzahl Sitzungen des Gesamtverwaltungsrats oder Prüfungsausschusses mit der externen Revision. Die SIX Exchange Regulation wirft der Gesellschaft im Wesentlichen vor, keine Hinweise betreffend die Kriterien zur Beurteilung der externen Revisionsstelle angegeben zu haben. Diese Voraussetzung ist jedoch in Ziff. 8.4 nicht enthalten und würde den Zweck des aRLCG überschreiten. Es ist in der Praxis gar nicht möglich, einen im Voraus definierten Kriterienkatalog auszustellen, anhand dessen die Leistung der Revisionsstelle beurteilt wird. Wie die Gesellschaft zutreffend aufführt, lassen sich die Mitglieder des Audit Committee und des VR bei der Beurteilung der Leistungen, der Honorare und der Unabhängigkeit der Revisionsstelle von ihren eigenen Erfahrung und ihren professionellen Urteilsfähigkeiten leiten.
- 9.3. Aus diesen Gründen ist festzuhalten, dass die X AG genügende Angaben gemäss Ziff. 8.4 Anhang aRLCG, inklusiv betreffend die Beurteilung der Non-Audit Dienstleistungen und die Ausführungen zur Art der Non-Audit Dienstleistungen, veröffentlicht hat.
- 9.4. Im Übrigen ist festzuhalten, dass es für den Zweck der Informationen zur Corporate Governance irrelevant ist, ob die Non-Audit Dienstleistungen in den regelmässigen Besprechungen mit der FINMA erörtert wurden und der Verwaltungsrat allfällige Bemerkungen und Hinweise der FINMA in seiner Gesamtbeurteilung berücksichtigte. Allgemein gilt, dass allfällige zusätzliche aufsichtsrechtliche Bestimmungen bezüglich der Corporate Governance die Gesellschaft nicht von der Einhaltung der aRLCG entbinden. Die aRLCG gilt für alle von ihr betroffenen Emittenten gleichermassen und unabhängig davon, ob sie der Aufsicht durch die FINMA oder anderer Behörden unterstehen und unbezogen auf die Tatsache, dass eine Revisionsstelle die Einhaltung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen prüft.

Zur Sanktion

10. Verletzt ein Emittent die Pflichten von Art. 64 aKR, so ergreift die 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 können insbesondere Bussen bis CHF 200'000 angeordnet werden. Gemäss Ziff. 6.3 der Verfahrensordnung werden die rechtskräftigen Entscheidungen der Sanktionskommission publiziert.
11. Das aKR (sowie das neue KR) sanktioniert 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. Bei der Schwere der Tat ist mit zu berücksichtigen, welchen Nachteil eine nicht gelieferte Schlüsselinformation gemäss aRLCG den Aktionären verursachte.

12. Die Gesellschaft hat die drei in den Ziffern 5, 7 und 8 voranstehend erwähnten Bestimmungen der aRLCG verletzt. Für diese Verletzungen ist nun die Schwere zu würdigen. Bei den verletzten Normen handelt es sich um solche, bei denen der Emittent von der Offenlegung absehen kann, falls er diese Abweichungen jeweils gemäss der Regel comply or explain (Rz 7 aRLCG) begründet. Im vorliegenden Fall stellen die Mängel betreffend dem Umfang des gesamthaft erfassten Aktienkapitals, betreffend die Kompetenzregelung des Verwaltungsrates und betreffend Inhalt und Festsetzungsverfahren der Entschädigungen und der Beteiligungsprogramme keine gewichtige Verletzung der Pflicht zur Lieferung von Schlüsselinformationen dar.
13. Zudem stellen diese drei Verletzungen der aRLCG weder einzeln noch gesamthaft einen relevanten Nachteil für die Aktionäre dar. Die Verletzungen sind objektiv als leicht zu qualifizieren. Das der X AG vorzuwerfende Verschulden ist klein. Die von SIX Exchange Regulation vorgenommene Qualifizierung war teilweise zu streng und legte einen zu engen Massstab an die Umsetzung dessen an, was unter Wesentlichkeit der von einem Emittenten zu liefernden Informationen zu verstehen ist. Unter Berücksichtigung aller Aspekte ist die leichteste Sanktion, ein Verweis auszusprechen.
14. Die Eröffnung der Untersuchung gegen der X AG wurde publiziert. Folgerichtig ist auch der Ausgang des Verfahrens dem Publikum mitzuteilen. Zudem schreibt Ziff. 6.3 der Verfahrensordnung vor, dass die rechtskräftigen Entscheide der Sanktionskommission publiziert werden müssen.
15. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die X AG die Kosten des Verfahrens sowohl der Untersuchung wie der Sanktionskommission zu tragen.