

SCAI Verfahren Nr. 900012-2020

ENDSCHIEDSSPRUCH

X. ___, c/o X. ___, [Adresse], [Ort] ([Land])

Klägerin

vertreten durch

[...], [Anwaltskanzlei A], [Ort]

gegen

SIX EXCHANGE REGULATION AG, Hardturmstrasse 201, 8005 Zürich (Schweiz)

Beklagte

vertreten durch

[...], [Anwaltskanzlei B], [Ort]

Vor dem Schiedsgericht:

[...]

[...]

[...] (Vorsitzende)

Inhalt

VERWENDETE ABKÜRZUNGEN	4
I. DIE PARTEIEN UND IHRE RECHTSVERTRETER	8
A. Die Klägerin	8
B. Die Beklagte	8
II. DAS SCHIEDSGERICHT	9
A. Die Schiedsvereinbarung	9
B. Die Bestellung der Schiedsrichter	9
III. SITZ UND SPRACHE DES SCHIEDSVERFAHRENS	10
IV. ANWENDBARES RECHT	10
V. ANWENDBARE VERFAHRENSREGELN	11
VI. DER VERFAHRENSVERLAUF	11
A. Verfahren vor der Sanktionskommission	11
B. Verfahren bis zur Sistierung am [Datum] [20X4]	12
C. Verfahren vor dem BVGer	14
D. Verfahren bis zum Erlass des Teilschiedsspruchs	15
E. Verfahren nach Erlass des Teilschiedsspruchs	16
VII. SACHVERHALT (UNBESTRITTEN)	18
VIII. ERWÄGUNGEN DES SCHIEDSGERICHTS	19
A. Natur des vorliegenden Verfahrens	19
1. Position der Klägerin	19
2. Position der Beklagten	21
3. Beurteilung durch das Schiedsgericht	22
B. Keine Anspruchsgrundlage für die Vertragsstrafe der SER	23
1. Position der Klägerin	23
2. Position der Beklagten	25
3. Beurteilung durch das Schiedsgericht	26
C. Einleitende Bemerkungen zur Beurteilung der behaupteten Verletzungen von Swiss GAAP FER Vorschriften durch die Klägerin	27
1. Position der Klägerin	27
2. Position der Beklagten	28
3. Beurteilung durch das Schiedsgericht	29

D.	Übernahme bzw. Erstansatz der Rückstellung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin	31
	1. Verjährung	31
	2. Materielles	33
E.	Jahresrechnung [20X0]	46
	1. Position der Klägerin	46
	2. Position der Beklagten	50
	3. Beurteilung durch das Schiedsgericht	54
F.	Jahresrechnung [20X1]	68
	1. Position der Klägerin	68
	2. Position der Beklagten	70
	3. Beurteilung durch das Schiedsgericht	71
G.	Frage nach dem rechtmässigen Alternativverhalten	74
	1. Position der Klägerin	74
	2. Position der Beklagten	75
	3. Beurteilung durch das Schiedsgericht	77
H.	Die Bemessung der Sanktion	79
	1. Position der Klägerin	79
	2. Die Position der Beklagten	80
	3. Beurteilung durch das Schiedsgericht	82
IX.	KOSTEN	86
A.	Festlegung und Verteilung der Kosten des Schiedsverfahrens	86
B.	Effektive Kosten des Schiedsverfahrens	87
C.	Aufwendungen der Parteien für ihre Vertretungen und andere Auslagen im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren	88
X.	SCHIEDSSPRUCH	90

VERWENDETE ABKÜRZUNGEN

Anhang zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin	Notes to the Consolidated Financial Statements der Klägerin im Annual Report [20X0] der X.____ (Beilage K 55, S. 12 ff.)
Anhang zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin	Notes to the Consolidated Financial Statements der Klägerin im Annual Report [20X1] der X.____ (Beilage K 68, S. 8 ff.)
Beklagte	SIX Exchange Regulation AG
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
BVO	Ordnung über die Verwendung von Bussen vom 18. April 2018
Duplik	Duplik vom [Datum] [20X6]
Einleitungsantwort	Einleitungsantwort vom [Datum] [20X4]
Einleitungsanzeige	Einleitungsanzeige vom [Datum] [20X4]
Financial Review & Management Report [20X0] der Klägerin	Financial Review & Management Report im Annual Report [20X0], X.____ (Beilage K 55, S. 4 ff.)
Financial Review & Management Report [20X1] der Klägerin	Financial Review & Management Report im Annual Report [20X1], X.____ (Beilage K 68, S. 4 ff.)
IFRS	International Financial Reporting Standards
Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung	Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Institution de prévoyance de X.____ in Institution de prévoyance de X.____, [Ort], Comptes au 31 décembre [20X0 – 1 Jahr], Etat au [Datum] [20X0] (Beilage K 51)
Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung	Jahresrechnung [20X0] der Institution de prévoyance de X.____ in Institution de prévoyance de X.____, [Ort], Exercice [20X0], Rapport de l'organe de contrôle au Conseil de fondation, Comptes annuels (Beilage K 64)

Gerichtshof	Gerichtshof der Swiss Chambers' Arbitration Institution
Klageantwort bzw. KA	Klageantwort vom [Datum] [20X6]
Klageschrift bzw. KS	Klageschrift vom [Datum] [20X5]
Klägerin	X.
KR	Kotierungsreglement von 8. November 2019 der SIX unter Berücksichtigung der Revisionen, soweit relevant, ab [Datum] [20X0]
Konsolidierte Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin	Consolidated Financial Statements der Klägerin in Consolidated Financial Statements [20X0 – 2 Jahre], X.____ (Beilage K 48, S. 6 ff.)
Konsolidierte Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin	Consolidated Financial Statements der Klägerin im Annual Report [20X0 – 1 Jahr], X.____ (Beilage B-SER 30, S. 8 ff.)
Konsolidierte Jahresrechnung [20X0] der Klägerin	Consolidated Financial Statements der Klägerin im Annual Report [20X0], X.____ (Beilage K 55, S. 8 ff.)
Konsolidierte Jahresrechnung [20X1] der Klägerin	Consolidated Financial Statements der Klägerin im Annual Report [20X1] der X.____ (Beilage K 68, S. 8 ff.)
Lagebericht [20X0] der Klägerin	Brief an die Aktionäre, Lagebericht [20X0], X.____ (Beilage K 61, S. 11)
Lagebericht [20X1] der Klägerin	Brief an die Aktionäre, Lagebericht [20X1], X.____ (Beilage K 69, S. 11)
B.____ SA	B.____ SA
Replik	Replik vom [Datum] [20X6]
RLR	Richtlinie betr. Rechnungslegung der SIX vom 19. August 2021 unter Berücksichtigung der Revisionen, soweit relevant, ab 2. März 2016
SaKo bzw. Sanktionskommission	Sanktionskommission der SIX Group AG
SaKo-Entscheid bzw. angefochtener Entscheid	Entscheid der Sanktionskommission der SIX Group AG vom [Datum] [20X4] im Verfahren SAKO-RLE-I/19

SCAI	Swiss Chambers' Arbitration Institution (zwischenzeitlich Swiss Arbitration Centre)
SCAI Regeln	Regeln der Swiss Chambers' Arbitration Institution als Ernennungsinstanz in UNCITRAL oder anderen ad-hoc Schiedsverfahren
SchO SIX	Schiedsordnung des Schiedsgerichts der SIX Group AG vom 25. Oktober 2018 in Kraft seit 1. Juli 2019
Sekretariat	Sekretariat des Gerichtshofs der Swiss Chambers' Arbitration Institution
SER	SIX Exchange Regulation AG
SIX	SIX Swiss Exchange AG, c/o SIX Group, Pfingstweidstrasse 110, Postfach, 8021 Zürich
Stellungnahme zur Triplik	Stellungnahme der Beklagten zur Triplik vom [Datum] [20X6]
Swiss GAAP FER bzw. Swiss GAAP FER [samt entsprechendem Zusatz]	Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung Swiss GAAP FER, Fachempfehlungen zur Rechnungslegung, Stand: 1. Januar 2020 (Beilage B-SER 23) Im vorliegenden Urteil verwendet: Einführung Swiss GAAP FER Rahmenkonzept, überarbeitet: 2014, in Kraft gesetzt: 1. Januar 2016 Swiss GAAP FER 1 (Grundlagen), überarbeitet: 2009, in Kraft gesetzt: 1. Januar 2009 Swiss GAAP FER 3 (Darstellung und Gliederung), überarbeitet: 2014, in Kraft gesetzt: 1. Januar 2016 Swiss GAAP FER 6 (Anhang), überarbeitet: 2014, in Kraft gesetzt: 1. Januar 2016 Swiss GAAP FER 16 (Vorsorgeverpflichtungen), überarbeitet: 2010, in Kraft gesetzt: 1. Januar 2011 Swiss GAAP FER 23 (Rückstellungen), überarbeitet: 2009, in Kraft gesetzt: 1. Januar 2010

	Swiss GAAP FER 26 (Rechnungslegung von Vorsorgeeinrichtungen), überarbeitet: 2013, in Kraft gesetzt 1. Januar 2014
X. _____	X. _____
Triplik	Triplik vom [Datum] [20X6]
VO	Verfahrensordnung der SIX Exchange Regulation AG vom 25. Oktober 2018
Vorsorgebericht	Rapport actuariel von B. _____ SA vom [Datum] [20X0 – 2 Jahre]
Vorsorgeeinrichtung	Institution de prévoyance de X. _____
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung
Zustimmungserklärung	Von der Klägerin am [Datum] [20X3] unterzeichnete Emittenten- bzw. Zustimmungserklärung

I. DIE PARTEIEN UND IHRE RECHTSVERTRETER

A. Die Klägerin

- 1 Die Klägerin in diesem Verfahren ist die X. ____:
X. ____
c/o X. ____
[Adresse]
[Ort], [Land]
- 2 Die Klägerin ist in diesem Verfahren vertreten durch:
[...], [Anwaltskanzlei A]
[Adresse]
[Ort], [Land]
Tel.: [...]
E-Mail: [...]

B. Die Beklagte

- 3 Die Beklagte in diesem Verfahren ist die SIX Exchange Regulation AG:
SIX Exchange Regulation AG
Hardturmstrasse 201
8005 Zürich, Schweiz
- 4 Die SER ist in diesem Verfahren vertreten durch:
[...], [Anwaltskanzlei B]
[Adresse]
[Ort], [Land]
Tel.: [...]
E-Mail: [...]

II. DAS SCHIEDSGERICHT

A. Die Schiedsvereinbarung

- 5 Die von der Klägerin am [Datum] [20X3] unterzeichnete Zustimmungserklärung enthält in Ziffer 2 folgende Schiedsklausel:

Sämtliche Streitigkeiten mit SIX Exchange Regulation AG werden ausschliesslich und endgültig nach den anwendbaren Regularien von SIX Group AG und des Regulatory Board von einem Schiedsgericht entschieden, nachdem zuvor ein allfälliger interner Instanzenzug gemäss den Regularien von SIX Group AG und des Regulatory Board ausgeschöpft worden ist. Es gilt die zur Zeit der Zustellung der Einleitungsanzeige an die Vorinstanz in Kraft stehende Fassung der Schiedsordnung. Der dritte Teil der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) findet auf das Schiedsverfahren grundsätzlich Anwendung. Kapitel 12 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG; SR 291) ist ausgeschlossen. Die Zuständigkeit des staatlichen Gerichts gemäss Art. 374 ZPO, vorsorgliche Massnahmen anzuordnen, ist ab dem Zeitpunkt der Konstituierung des Schiedsgerichts ebenfalls ausgeschlossen. Das Schiedsgericht besteht grundsätzlich aus drei Mitgliedern. Die Parteien des Schiedsverfahrens können jedoch übereinkommen, dass das Schiedsgericht nur aus einem Mitglied besteht. Die Mitglieder des Schiedsgerichts werden gemäss der Schiedsordnung ernannt. Der Sitz des Schiedsverfahrens ist Zürich.

B. Die Bestellung der Schiedsrichter

- 6 In der Einleitungsanzeige benannte die Klägerin als Mitschiedsrichter gemäss Ziffer 2.1 Abs. 3 lit. e SchO SIX:

[...], [Anwaltskanzlei C]

[Adresse]

[Ort]

Tel.: [...]

E-Mail: [...]

- 7 Mit Schreiben vom [Datum] [20X4] (Ziffer 3.5 i.V.m. Ziffer 3.2 SchO SIX) benannte die SER als Mitschiedsrichter:

[...], [Anwaltskanzlei D]

[Adresse]

[Ort]

Tel: [...]

E-Mail: [...]

- 8 Mit Schreiben vom [Datum]]20X4] teilte das Sekretariat den Parteien mit, dass der Gerichtshof als Vorsitzende des Schiedsgerichts gemäss Ziffer 1.6 und Ziffer 3.2 der SchO SIX i.V.m Art. 2 und Art. 3 der SCAI Regeln ernannt hat:

[...], [Anwaltskanzlei E]

[Adresse]

[Ort]

Tel.: [...]

E-Mail: [...]

III. SITZ UND SPRACHE DES SCHIEDSVERFAHRENS

- 9 Zürich ist der Sitz des Schiedsverfahrens (Ziffer 2 der Zustimmungserklärung und Ziffer 1.3 SchO SIX).
- 10 Das Schiedsverfahren wird auf Deutsch geführt (Ziffer 1.4 Abs. 1 SchO SIX).

IV. ANWENDBARES RECHT

- 11 Gemäss Ziffer 5.2 SchO SIX und Ziffer 9 der Zustimmungserklärung entscheidet das Schiedsgericht die Streitsache aufgrund der anwendbaren Regularien und des Schweizer Rechts.

V. ANWENDBARE VERFAHRENSREGELN

- 12 Dieses Schiedsverfahren untersteht den folgenden Bestimmungen:
- a) den zwingenden Bestimmungen des 3. Teils der ZPO;
 - b) der in Ziff. 2 der Zustimmungserklärung enthaltenen Schiedsklausel (vgl. Rz. 5);
 - c) den Bestimmungen der SchO SIX; sowie
 - d) den spezifischen Verfahrensbestimmungen, welche das Schiedsgericht in einer separaten Verfügung nach Konsultation der Parteien erlassen hat.
- 13 Sofern die vorstehend genannten Bestimmungen eine bestimmte verfahrensrechtliche Frage nicht regeln, soll das Schiedsgericht diese Frage direkt oder durch Verweis auf Gesetz oder Schiedsregeln entscheiden.

VI. DER VERFAHRENSVERLAUF**A. Verfahren vor der Sanktionskommission**

- 14 Mit Schreiben vom [Datum] [20X2] eröffnete die Beklagte ein Sanktionsverfahren gegen die Klägerin im Hinblick auf die Übereinstimmung der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin mit den Swiss GAAP FER Rechnungslegungsvorschriften.
- 15 Mit Schreiben vom [Datum] [20X3] eröffnete die Beklagte ein weiteres Verfahren gegen die Klägerin hinsichtlich der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin und legte das Verfahren mit dem am [Datum] [20X2] eröffneten Verfahren zusammen.
- 16 Am [Datum] [20X3] unterbreitete die Beklagte der Klägerin den Sanktionsantrag SAKO-RLE-I/19 zuhanden der Sanktionskommission zur Stellungnahme. Der Sanktionsantrag sah eine Busse gegen die Klägerin in der Höhe von CHF [Betrag] vor. Des Weiteren wollte die SER nach Versand des Sanktionsantrags an die SaKo die Öffentlichkeit über den Sachverhalt informieren.
- 17 Nachdem die Klägerin am [Datum] [20X3] ihre Stellungnahme zum Sanktionsantrag der Beklagten eingereicht und u.a. um Einstellung des Verfahrens sowie Verzicht auf Veröffentlichung der Untersuchung ersucht hatte, nahm die Beklagte hierzu mit Schreiben vom [Datum] [20X3] nochmals Stellung und sah von einer Veröffentlichung ab.

- 18 Am [Datum] [20X3] überwies die Beklagte den Sanktionsantrag vom [Datum] [20X3] der Sanktionskommission.
- 19 Nachdem die Klägerin auf eine weitere Stellungnahme verzichtet hatte, erliess die SaKo am [Datum] [20X4] im Verfahren SAKO-RLE-I/19 ihren Entscheid, worin die Klägerin wegen vorsätzlicher Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften gemäss Art. 51 KR in Verbindung mit Art. 6 RLR mit einer Busse von CHF [Betrag] sanktioniert wurde. Des Weiteren wurde sie zur Übernahme der Verfahrenskosten von insgesamt CHF [Betrag] verpflichtet. Dieser Entscheid wurde der Klägerin am [Datum] [20X4] zugestellt.

B. Verfahren bis zur Sistierung am [Datum] [20X4]

- 20 Die Einleitungsanzeige der Klägerin datiert vom [Datum] [20X4] (eingereicht samt Beilagen 1 – 5) und wurde der Sanktionskommission am [Datum] [20X4] zugestellt. Letztere wurde von der Klägerin ebenfalls als Beschwerdegegnerin resp. Beklagte benannt.
- 21 In der Einleitungsanzeige erklärte die Klägerin *«rechtswahrend»* die Einleitung des Schiedsverfahrens und stellte folgende Rechtsbegehren:
1. *«In Feststellung, dass kein Verstoss gegen die Regularien vorliege, sei die Verfügung der Sanktionskommission vom [Datum] [20X4] aufzuheben;*
 2. *in Feststellung, dass kein Verstoss gegen die Regularien vorliege, sei die Busse in der Höhe von CHF [...] gegen X.____ aufzuheben;*
 3. *alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Sanktionskommission.»*
- 22 Ferner teilte die Klägerin in der Einleitungsanzeige mit, dass sie am [Datum] [20X4] gegen den SaKo-Entscheid beim BVGer eine Beschwerde eingereicht und so die Rechtshängigkeit am BVGer begründet habe, wodurch die Sperrwirkung einsetzte und die Begründung einer weiteren Rechtshängigkeit vor dem Schiedsgericht der SIX Group AG ausgeschlossen sei. Die Einleitungsanzeige erfolge daher lediglich rechtswahrend. Das vorliegende Verfahren sei in Anwendung von Art. 372 Abs. 2 ZPO i.V. mit Ziffer 1.2. Abs. 2 lit. b SchO SIX auszusetzen, bis das zuerst angerufene BVGer über seine Zuständigkeit entschieden habe, da gemäss Ziffer 2.1. Abs. 1 SchO SIX das Schiedsverfahren durch Zustellung einer schriftlichen Einleitungsanzeige an die Vorinstanz anhängig gemacht werde.

- 23 In der Einleitungsanzeige benannte die Klägerin [...] als Mitschiedsrichter gemäss Ziffer 2.1 Abs. 3 SchO SIX.
- 24 Am [Datum] [20X4] liess die SER sowohl der Klägerin als auch dem Sekretariat ihre Einleitungsantwort samt Beilagen 1 – 10 und mit einem Gesuch im Sinn von Ziffer 1.6 und Ziffer 3.2 SchO SIX i.V.m. Art. 2 der SCAI Regeln zukommen, worin sie folgende Begehren stellte:
- «Rechtsbegehren:
1. Die Klage sei, soweit darauf eingetreten werden kann, abzuweisen und der Entscheid der Sanktionskommission vom [Datum] [20X4] sei, im Falle des Eintretens auf die Klage, zu bestätigen;
 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der klagenden Partei;
- und folgenden Verfahrensanträgen:
1. Es sei eine oder ein Vorsitzende(r) des Schiedsgerichts zu ernennen;
 2. Der Antrag der klagenden Partei auf Aussetzung des Schiedsverfahrens sei (a) vom so konstituierten Schiedsgericht zu prüfen und (b) abzuweisen.»
- 25 In der Einleitungsantwort hielt die SER u.a. fest, dass die Einleitungsanzeige fälschlicherweise gegen die SaKo eingereicht worden sei, dass aber die SER für die Zwecke der Konstituierung des Schiedsgerichts die Einleitungsanzeige entgegen ihrem Wortlaut als einstweilen gegen sie gerichtet betrachte. Die Einleitungsantwort erstatte sie mit den Angaben einer beklagten Partei, wobei sie davon ausgehe, dass die klagende Partei umgehend schriftlich und ausdrücklich bestätigen müsse, falls sie entgegen dieser Annahme weiterhin die SaKo ins Recht fassen wolle.
- 26 Nachdem das Sekretariat den Erhalt der Einleitungsantwort der SaKo am [Datum] [20X4] mit Schreiben vom [Datum] [20X4] verdankt und die SaKo bzw. SER zur Leistung der Einschreibegebühr von CHF [...] aufgefordert hatte, liess die SER mit Schreiben vom [Datum] [20X4] u.a. mitteilen, dass die Einleitungsantwort durch die SER eingereicht worden sei und diese auch die Einschreibegebühr leisten werde.
- 27 Mit Schreiben vom [Datum] [20X4] verdankte das Sekretariat den Erhalt der Einschreibegebühr am [Datum] [20X4] und teilte den Parteien mit, dass der Gerichtshof [...] zur Vorsitzenden des Schiedsgerichts ernannt habe und dass sowohl ihr als auch dem durch die Klägerin bezeichneten Mitschiedsrichter die Akten gleichentags zugestellt worden seien. Da der durch «die Beklagte/ SER» bezeichnete Mitschiedsrichter von der Klägerin mit Schreiben vom [Datum] [20X4]

abgelehnt worden war und in der Folge mit Schreiben vom [Datum] [20X4] seinen Rücktritt erklärt hatte, bat das Sekretariat überdies um Benachrichtigung, sobald der neue Parteischiedsrichter feststünde, um diesem ebenfalls die Akten zustellen zu können.

- 28 Mit Schreiben vom [Datum] [20X4] bezeichnete die SER [...] als neuen Mitschiedsrichter.
- 29 Am [Datum] [20X4] erliess das Schiedsgericht die Konstituierungsverfügung. Darin wurden die Parteien zur Sicherstellung der Verfahrenskosten je zur Leistung eines Vorschusses in Höhe von CHF [...] aufgefordert. Des Weiteren wurde die Klägerin aufgefordert, zu den Ausführungen der SER in der Einleitungsantwort betreffend Bezeichnung der beklagten Partei bis zum [Datum] [20X4] Stellung zu nehmen.
- 30 Am [Datum] [20X4] reichte die Klägerin ihre Stellungnahme zu den Ausführungen der SER betreffend Bezeichnung der beklagten Partei samt Beilagen 1 – 4 ein und hielt darin unter anderem an ihrer Ansicht fest, dass auch wenn das BVGer zum Schluss kommen sollte, die Streitsache sei schiedsfähig, so sei dies ein öffentlich-rechtliches Schiedsverfahren mit der SaKo als Vorinstanz und in der Terminologie der SchO SIX als beklagte Partei.
- 31 Mit Schreiben vom [Datum] [20X4] forderte das Schiedsgericht die SER und die SaKo auf, bis zum [Datum] [20X4] zum Sistierungsantrag und zu den Ausführungen der Klägerin betreffend Rechtshängigkeit vor BVGer in ihrer Eingabe vom [Datum] [20X4] Stellung zu nehmen.
- 32 Mit Eingaben vom [Datum] bzw. [Datum] [20X4] reichten sowohl die SaKo als auch die SER ihre jeweiligen Stellungnahmen (samt Beilage resp. Beilagen 1 – 2) ein und beantragten die Abweisung des Sistierungsantrags bzw. aller Anträge der Klägerin in ihrer Stellungnahme vom [Datum] [20X4].
- 33 Mit Verfügung Nr. 1 vom [Datum] [20X4] sistierte das Schiedsgericht das Verfahren bis zum Erlass des Entscheids des BVGers über dessen Zuständigkeit.

C. Verfahren vor dem BVGer

- 34 Mit Eingabe vom [Datum] [20X4] erhob die Klägerin beim BVGer gegen den SaKo-Entscheid Beschwerde. Nachdem die Klägerin die «*Sanktionskommission der SIX Swiss Exchange AG, c/o SIX Group AG*» als Gegenpartei in der Beschwerde aufgeführt hatte, informierte die SaKo das BVGer mit Schreiben vom [Datum] [20X4], dass die SER im vorliegenden Fall als interessierte Drittpartei oder Gegenpartei in Frage kommen könnte.

- 35 Mit Gesuch vom [Datum] [20X4] ersuchte die Beklagte das BVGer als Partei ins Verfahren aufgenommen zu werden. Mit jeweiligen Eingaben vom [Datum] [20X4] beantragte die Klägerin dem Ersuchen der SER nicht zu entsprechen, während sich die Sanktionskommission damit einverstanden erklärte.
- 36 Mit Zwischenverfügung vom [Datum] [20X4] wurde die SER als Partei in das Beschwerdeverfahren aufgenommen.
- 37 Mit Urteil vom [Datum] [20X5] trat das BVGer mit ausführlicher Begründung wegen fehlender sachlicher Zuständigkeit auf die Beschwerde der Klägerin nicht ein.

D. Verfahren bis zum Erlass des Teilschiedsspruchs

- 38 Mit Schreiben vom [Datum] [20X5] beantragte die Klägerin die Aufhebung der am [Datum] [20X4] angeordneten Sistierung sowie die Wiederaufnahme des Schiedsverfahrens und die Ansetzung einer Frist gemäss Ziffer 4.6 Abs. 1 SchO SIX zur Einreichung der Klageschrift.
- 39 Am [Datum] [20X5] erliess das Schiedsgericht Verfügung Nr. 3 (spezifische Verfahrensregeln) sowie Verfügung Nr. 2, worin es die Wiederaufnahme gemäss dargelegtem Zeitplan sowie die Beschränkung des Verfahrens vorerst auf die von den Parteien bereits teilweise diskutierten Fragen der richtigen Person/Personen auf der Beklagtenseite und zur Rechtzeitigkeit der Einleitung der Schiedsklage gegen diese Person/Personen anordnete.
- 40 Mit Eingabe vom [Datum] [20X5] samt Beilagen K 1 – K 18 reichte die Klägerin ihre Stellungnahme zur Frage der richtigen Person/Personen auf der Beklagtenseite und zur Rechtzeitigkeit der Einleitung der Schiedsklage gegen diese Person/Personen ein.
- 41 Mit Eingabe vom [Datum] [20X5] reichte die SaKo ihre Stellungnahme zur Frage der richtigen Person/Personen auf der Beklagtenseite und zur Rechtzeitigkeit der Einleitung der Schiedsklage gegen diese Person/Personen ein und hielt fest, dass sie gemäss SchO SIX nicht beklagte Partei des Schiedsverfahrens, sondern deren Vorinstanz sei.
- 42 Mit Eingabe vom [Datum] [20X5] samt Beilagen B-SER-1 – 19 reichte die SER ihre Stellungnahme zur Frage der richtigen Person/Personen auf der Beklagtenseite und zur Rechtzeitigkeit der Einleitung der Schiedsklage gegen diese Person/Personen ein und hielt an ihrer Ansicht fest, die Klägerin habe die SER nicht fristgerecht eingeklagt und die SaKo könne nicht beklagte Partei des Schiedsverfahrens sein.

- Am [Datum] [20X5] reichte die Klägerin unaufgefordert eine Replik zu den Stellungnahmen der Sako und der SER vom [Datum] bzw. [Datum] [20X5] ein.
- 44 Mit jeweiligen Eingaben vom [Datum] [20X5] reichten sowohl die SaKo als auch die SER unaufgefordert Stellungnahmen zur Replik der Klägerin vom [Datum] [20X5] ein.
- 45 Am [Datum] [20X5] erliess das Schiedsgericht einen Teilschiedsspruch, worin es u.a. festhielt, dass die Einleitung der Schiedsklage rechtzeitig und am richtigen Ort erfolgte, es seine Zuständigkeit im Verfahren SCAI Nr. 900012-2020 bestätigte und anordnete, dass das Verfahren SCAI Nr. 900012-2020 zwischen der X.____ als Klägerin und der SER als Beklagte, unter gleichzeitiger Entlassung der SaKo als Beklagte aus dem Verfahren, weitergeführt werde.

E. Verfahren nach Erlass des Teilschiedsspruchs

- 46 Mit Schreiben vom [Datum] [20X5] teilte das Schiedsgericht den Parteien mit, dass es beabsichtige, eine Verfahrenskonferenz zur Besprechung der weiteren Verfahrensschritte und des Verfahrenskalenders gemäss Ziffer 4.1 Abs. 3 SchO SIX durchzuführen, und bat um Mitteilung der jeweiligen Verfügbarkeiten. Des Weiteren ersuchte das Schiedsgericht die SaKo um Zustellung der vollständigen vorinstanzlichen Akten.
- 47 Mit Schreiben vom [Datum] [20X5] überwies die SaKo dem Schiedsgericht die vorinstanzlichen Akten.
- 48 Die Verfahrenskonferenz fand am [Datum] [20X5] um [Uhrzeit] Uhr in den Büroräumlichkeiten der [Anwaltskanzlei E] an der [Adresse], in [Ort] statt.
- 49 Mit Verfügung Nr. 4 vom [Datum] [20X5] erliess das Schiedsgericht den Zeitplan für den weiteren Verfahrensverlauf.
- 50 Am [Datum] [20X5] reichte die Klägerin die Klageschrift samt Beilagen K 19 – 74 und folgenden Anträgen ein:
- «1. In Feststellung, dass kein Verstoss gegen die Regularien vorliege, sei der Entscheidung der Sanktionskommission vom [Datum] [20X4] aufzuheben;
 2. In Feststellung, dass kein Verstoss gegen die Regularien vorliege, sei die Busse in der Höhe von CHF [Betrag] gegen X.____ aufzuheben;
 3. alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.»

Am [Datum] [20X6] reichte die Beklagte die Klageantwort samt Beilagen B-SER-20 – 36 und folgenden Rechtsbegehren ein:

«1. Die Klage sei, soweit darauf eingetreten werden kann, abzuweisen und der Entscheid der Sanktionskommission vom [Datum] [20X4] sei, im Falle des Eintretens auf die Klage, zu bestätigen;

2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der klagenden Partei;»

und mit folgenden Präzisierungen/Anpassungen:

«3. Die klagende Partei sei zu verpflichten, der Beklagten CHF [Betrag] zu bezahlen, sowie die Aufwendungen von CHF [Betrag] für ihre Bemühungen für das Verfahren vor der Sanktionskommission;

4. Eventualiter: Die Klägerin sei zu verpflichten, der SIX Swiss Exchange AG CHF [Betrag] zu bezahlen, sowie der Beklagten die Aufwendungen von CHF [Betrag] für ihre Bemühungen für das Verfahren vor der Sanktionskommission;

5. Sub-Eventualiter: Die klagende Partei sei zu verpflichten, der SIX Group AG CHF [Betrag] zu bezahlen, sowie der Beklagten die Aufwendungen von CHF [Betrag] für ihre Bemühungen für das Verfahren vor der Sanktionskommission;»

52 Am [Datum] [20X6] reichte die Klägerin die Replik samt Beilagen K 75 – 79 und unveränderten Anträgen ein.

53 Am [Datum] [20X6] reichte die Beklagte die Duplik samt Beilagen B-SER-37 – 40 ein.

54 Am [Datum] [20X6] reichte die Klägerin unaufgefordert eine Triplik zur Duplik der Beklagten vom [Datum] [20X6] ein. Die Einreichung der Triplik begründete die Klägerin mit in der Duplik vorgebrachten neuen Tatsachenbehauptungen sowie ihrem unbedingten Replikrecht.

55 Mit Verfügung Nr. 5 vom [Datum] [20X6] gewährte das Schiedsgericht der Beklagten eine Frist bis zum [Datum] [20X6], um sich zur Triplik zu äussern. Des Weiteren wurde die für den [Datum] [20X6] geplante, verfahrensleitende Besprechung verschoben sowie die Parteien aufgefordert, je einen weiteren Betrag von CHF [Betrag] zur Sicherstellung der Verfahrenskosten zu leisten.

56 Am [Datum] [20X6] reichte die Beklagte ihre Stellungnahme zur Triplik samt Beilagen B-SER 41 – 42 ein, wobei sie hinsichtlich der Zulässigkeit der Triplik vorbrachte, dass diese nach Ablauf der zehntägigen Frist, welche für das unbedingte Replikrecht gelte, erfolgt und somit verspätet sei.

Mit Verfügung Nr. 6 vom [Datum] [20X6] stellte das Schiedsgericht fest, dass die Beklagte ihre Stellungnahme zur Triplik fristgerecht eingereicht habe und setzte den Parteien eine Frist bis [Datum] [20X6] zur Einreichung und/oder Bezeichnung weiterer Beweismittel und Beweisanträge. Von diesem Recht hat weder die Klägerin noch die Beklagte Gebrauch gemacht.

- 58 Mit Verfügung Nr. 7 vom [Datum] [20X6] erklärte das Schiedsgericht den Schriftenwechsel für abgeschlossen und das Verfahren für spruchreif. Des Weiteren gewährte es den Parteien eine Frist zur Einreichung der Kostennoten bis am [Datum] [20X6] sowie eine Frist bis am [Datum] [20X6], um zur Kostennote der jeweiligen Gegenpartei Stellung zu nehmen.
- 59 Am [Datum] [20X6] reichte die Klägerin ihre Kostennote ein.
- 60 Am [Datum] [20X6] reichte die Beklagte ihre Kostennote samt Beilagen B-SER 43 – 44 ein.
- 61 Mit jeweiliger E-Mail vom [Datum] [20X6] teilten sowohl die Klägerin als auch die Beklagte dem Schiedsgericht mit, dass sie auf eine Stellungnahme zur Kostennote der Gegenpartei verzichten würden.
- 62 Mit Verfügung Nr. 8 vom [Datum] [20X6] wurden die Parteien aufgefordert, je einen weiteren Betrag von CHF [Betrag] zur Sicherstellung der Verfahrenskosten zu leisten.

VII. SACHVERHALT (UNBESTRITTEN)

- 63 Die Aktien der Klägerin sind an der SIX Swiss Exchange kotiert, womit es sich bei ihr um eine Emittentin i.S.d. SIX Regularien handelt. Durch Unterzeichnung der Zustimmungserklärung hat die Klägerin die Regularien der SIX als verbindlich anerkannt.¹
- 64 Auf das Geschäftsjahr [20X0 – 2 Jahre] hin wechselte die Klägerin ihre Rechnungslegungsstandards von IFRS auf Swiss GAAP FER. Während die Klägerin unter IFRS Regeln Vorsorgeverpflichtungen im Umfang von rund CHF [Betrag] auswies, enthielt die Konsolidierte Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin, welche erstmals nach Swiss GAAP FER erstellt wurde, für die Vorsorgeeinrichtung nur noch Rückstellungen im Umfang von CHF [Betrag]. Diese Anpassung erfolgte im Rahmen des aufgrund der Umstellung von IFRS auf Swiss GAAP FER notwendigen Restatements.²

¹ KS Rz. 4, KA Rz. 22.

² KS Rz 78, KA Rz 23-25, 48-49; Beilage K 35

Die Rückstellung von CHF [Betrag] blieb in der weiterhin nach Swiss GAAP FER erstellten Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin unverändert bestehen.³

- 66 Nachdem der Verwaltungsrat der Klägerin zuerst entschieden hatte, diese Rückstellung im nächsten Jahr vollständig auflösen zu wollen, beschloss er in der Folge deren teilweise Auflösung in der weiterhin nach Swiss GAAP FER erstellten Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin im Umfang von CHF [Betrag], womit CHF [Betrag] als Rückstellung verblieben. Dies hatte folgende Auswirkungen auf die Erfolgsrechnung der Klägerin für das Geschäftsjahr [20X0]: CHF [Betrag] flossen in die Reduktion der «Cost of sales» und CHF [Betrag] in die Reduktion der «Operating expenses». Ersteres führte zu einer Verbesserung des Brutto-Gewinns («Gross profit») und beides zusammen verbesserte das betriebliche Ergebnis («Operating result/EBIT») durch Kostenreduktion von [tiefe zweistellige Zahl]%.⁴
- 67 Für die weiterhin nach Swiss GAAP FER erstellte Konsolidierte Jahresrechnung [20X1] der Klägerin beschloss der Verwaltungsrat eine weitere Reduktion der verbliebenen Rückstellung von CHF [Betrag] um CHF [Betrag] auf CHF [Betrag]. Über die Auswirkungen dieser weiteren Rückstellungsauflösung auf die Erfolgsrechnung [20X1] finden sich keine weiteren Erklärungen seitens der Klägerin.⁵

VIII. ERWÄGUNGEN DES SCHIEDSGERICHTS

A. Natur des vorliegenden Verfahrens

1. Position der Klägerin

- 68 Nach Ansicht der Klägerin handelt es sich bei der vorliegenden Klage um eine negative Feststellungsklage i.S.v. Art. 88 ZPO, womit ihr die Behauptungslast hinsichtlich des Feststellungsinteresses obliegen würde. Letzteres bzw. ihr Rechtsschutzinteresse ergebe sich direkt aus Ziff. 5.3 Abs. 2 VO. Des Weiteren seien auch die nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für das Vorliegen eines Feststellungsinteresses (Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung der klägerischen Rechtsstellung, Unzumutbarkeit der Fortdauer und Behebung nicht auf andere Weise möglich) gegeben.⁶

³ KS Rz. 89, KA 29, 74.

⁴ KS Rz. 140, 146, KA Rz. 30-33.

⁵ KS Rz. 155, 180, KA Rz. 36.

⁶ KS Rz. 4, 31-36, Replik Rz. 36; Beilage K 22, K 25, K 6.

Die Klägerin vertritt ferner die Auffassung, dass es sich beim vorliegenden Verfahren um ein erstinstanzliches Zivilverfahren über die verfahrensgegenständliche Vertragsstrafe vor einem Schiedsgericht handeln würde, wobei das Schiedsgericht nicht an einen vorinstanzlichen Entscheid eines Gerichts im Sinn der ZPO gebunden sei. Folglich obliege es der Beklagten als angebliche Gläubigerin der Konventionalstrafe, deren rechtsbegründenden Tatsachen zu behaupten und zu beweisen, und alle diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin hätten lediglich rechtswahrenden Charakter.⁷

- 70 Entgegen der Auffassung der Beklagten vertritt die Klägerin die Ansicht, dass das Schiedsgericht erstinstanzlich darüber zu befinden habe, ob die Organe der SIX in korrekter Anwendung der eigenen Verfahrensregeln materiell zu Recht zum Schluss kommen konnten, die Emittentin schulde eine Vertragsstrafe, wobei nicht nur der Entscheid der Vorinstanz, sondern auch dessen Begründung der Überprüfung durch das Schiedsgericht standhalten müsse. Bei entsprechender Verletzung der Regeln, wie sie in casu stattgefunden habe, könne kein Anspruch aus Vertrag entstehen. Insbesondere müsse sich die Beklagte auch die Erklärungen der SaKo in deren Entscheid und ihre Begründungen im Sanktionsantrag entgegenhalten lassen.⁸
- 71 Nach Auffassung der Klägerin sind sowohl der SER als auch der SaKo in diesem vorgelagerten Verfahren verschiedentlich Fehler unterlaufen, und zwar folgende:
- Gemäss Ziff. 3.3 Abs. 2 VO ist die SER gemäss der Klägerin verpflichtet, im Rahmen der Untersuchungen den Sachverhalt soweit abzuklären, als dies für die Begründung eines Sanktionsentscheids oder eines Antrags an die Sanktionskommission notwendig ist, mithin also eine dem Untersuchungsgrundsatz nachgebildete Pflicht der SER als Untersuchungsorgan. Die SER ist dieser Verpflichtung insbesondere im Zusammenhang mit der Entscheidung des Verwaltungsrats und der Geschäftsleitung der Klägerin hinsichtlich der Auflösung der Rückstellungen nicht nachgekommen. Des Weiteren wurde die Verjährung der Sachverhalte, welche sich im Jahr [20X0 – 2 Jahre] abspielten, nicht beachtet. Überdies unterliess es die Beklagte, die Organe der Klägerin zu befragen.⁹ Die Häufung dieser Verfahrensfehler führte nach Ansicht der Klägerin zu widersinnigen Ergebnissen wie dem nachfolgenden: während die SER der Klägerin vorwirft, durch willkürliche Auflösung einer ungerechtfertigt angesetzten Rückstellung für Personalvorsorgeverpflichtungen gegen Swiss GAAP FER 16 und 23 verstossen zu haben, sanktionierte die SaKo die Klägerin für die Beibehaltung bzw. blosse

⁷ KS Rz. 37-39, 56, 258, Replik Rz. 9, 11-17, 37-38; Beilage K 14, K 1, K 30, K 33, K 25.

⁸ Replik Rz. 10, 18-33.

⁹ Triplik, Rz. 8.

Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen in den Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] der Klägerin.¹⁰

- Gemäss Ziff. 3.1 Abs. 1 VO sind gemäss der Klägerin die entlastenden und belastenden Momente von der SER und der SaKo mit gleicher Sorgfalt zu berücksichtigen. Dies ist *in casu* nicht geschehen, insbesondere da das von der Klägerin eingereichte Expertengutachten (K 33) nicht gehörig berücksichtigt wurde. Exemplarisch werden hierfür die Ausführungen in Rz. 71 ff. des SaKo-Entscheids genannt. Dasselbe gilt auch für die weiteren Expertisen, namentlich den Vorsorgebericht und die klägerischen Stellungnahmen.¹¹

2. Position der Beklagten

- 72 Die Beklagte bestreitet das Rechtsschutzinteresse der Klägerin an der Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit durch ein Schiedsgericht nicht, obwohl *in casu* gemäss der Beklagten keine negative Feststellungsklage vorliegt. Des Weiteren bestreitet sie auch die Anwendbarkeit von Art. 8 ZGB nicht und anerkennt, dass es grundsätzlich an ihr ist, die Verletzung der Regularien der SIX und der Swiss GAAP FER darzulegen. Für die sie entlastenden Elemente sowie unbestimmte Negativa müsse jedoch die Klägerin die Behauptungs- und Beweislast tragen.¹²
- 73 Nach Ansicht der Beklagten handelt es sich beim vorliegenden Verfahren um ein «*de novo*» Verfahren, weshalb das Schiedsgericht den vorliegenden Fall so beurteilt, wie wenn er noch nie von einer Instanz beurteilt worden wäre, was bedeutet, dass beide Parteien ihren Standpunkt nochmals neu unter Einreichung sämtlicher im relevanten Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Beweismittel (auch Zeugen) darzulegen haben. Die Beklagte wäre sogar frei, eine Verschärfung der von der SaKo ausgesprochenen Sanktion zu verlangen, was bedeutet, dass sie und die SaKo nicht die gleiche Ansicht vertreten müssen. Es ist nach Auffassung der Beklagten unzulässig, wenn die Klägerin zur Begründung gewisser Standpunkte nur auf ihre Ausführungen in ihrer Stellungnahme zum Sanktionsantrag vom [Datum] [20X3] verweist.¹³
- 74 Die Tatsache, dass es sich um ein «De-Novo»-Verfahren handelt, ergibt sich gemäss der Beklagten aus den nachfolgend genannten Bestimmungen der SchO SIX, nämlich Art. 4.7 Abs. 2, Art. 4.5 und Art. 5.1. Des Weiteren hat das Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zu Art. 391 ZPO wiederholt festgehalten, dass es «De-Novo»-

¹⁰ KS Rz. 233-238; Beilage K 25, K 27, K 1.

¹¹ KS Rz. 239-247; Beilage K 1, K 33, K 38, K 70, K 71, K 22, K 25.

¹² KA Rz. 376, 388; Duplik Rz. 17-19.

¹³ KA Rz. 263-266; Duplik Rz. 30-32, 38-39, 41-43.

Schiedsverfahren gibt, die auf verbandsinterne Disziplinarverfahren folgen. Dies, da das verbandsinterne Gremium, welches den Erstentscheid gefällt hat, die Voraussetzungen eines unabhängigen und unparteiischen Schiedsgerichts nicht erfüllt. Vergleichbare Konstellationen wie im vorliegenden Fall gibt es insbesondere im Bereich der GwG-Selbstregulierung, der Sorgfaltspflicht der Banken sowie der Sportschiedsgerichtsbarkeit.¹⁴

- 75 Die Beklagte ist der Auffassung, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung allfällige Verfahrensmängel des erstinstanzlichen, internen Verfahrens im nachfolgenden Schiedsverfahren vollumfänglich geheilt würden, wenn dieser Entscheid an ein echtes, unabhängiges und unparteiisches Schiedsgericht weitergezogen werden kann, welches die Kompetenz hat, den gesamten Fall von Grund auf neu und mit unbeschränkter Kognition zu beurteilen. Folglich hat sich ein Schiedsgericht auch nicht mit der Geltendmachung solcher allfälligen, wenn auch von der Beklagten bestrittenen, Verfahrensfehlern auseinanderzusetzen.¹⁵ Die Beklagte bestreitet überdies, die klägerischen Organe nicht befragt zu haben, und verweist auf die Unzulässigkeit des klägerischen Vorbringens in der Triplik da verspätet.¹⁶

3. Beurteilung durch das Schiedsgericht

- 76 Das vorliegende Schiedsverfahren stützt sich auf Ziff. 1.1 lit. a) SchO SIX, wonach eine Klage gegen einen Entscheid der SaKo anstelle des in Art. 37 Abs. 4 FinfraG vorgesehen Zivilgerichts vor einem Schiedsgericht durchzuführen ist. Dass anstelle einer Klage beim Zivilrichter auch die Anrufung eines Schiedsgerichts zulässig ist, wenn eine gültige Schiedsvereinbarung vorliegt, entspricht überwiegender Lehre und Praxis (vgl. BGE 137 III 37 E.2.2.2; BSK FinfragG – Baumgarten/Lanz, Art. 37 N 10). Dies wird auch von den Parteien nach dem Urteil des BVGers vom [Datum] [20X5] nicht mehr in Frage gestellt.
- 77 Mit der Klage vor dem Schiedsgericht wird erstmals ein (im Gegensatz zur verbandsinternen Beschwerdeinstanz) unabhängiges Zivilgericht angerufen, wie dies bei der Sportgerichtsbarkeit, der GwG-Selbstregulierung oder im SchKG bei der Aberkennungsklage der Fall ist. Es geht in diesem Schiedsverfahren nicht darum, wie bei der Berufung gegen ein erstinstanzliches Zivilurteil, sich hauptsächlich mit dem Entscheid der Vorinstanz und dessen Begründung auseinanderzusetzen, sondern den Fall

¹⁴ KA Rz. 269-303, Duplik 33-37; Beilage B-SER 31, B-SER 32, B-SER 33, B-SER 7.

¹⁵ KA Rz. 304-307, 488-489; Duplik Rz. 22-23 50-58.

¹⁶ Stellungnahme zur Triplik, Rz. 3-16; B-SER 41, K 22.

noch einmal «*de novo*» vorzutragen, zu begründen und mit Beweismitteln zu dokumentieren. Demnach hat das Schiedsverfahren die Funktion eines Rechtsmittels gegen Entscheide der SaKo in dem Sinne, dass in einem «*de novo*» Schiedsverfahren zwischen denselben Parteien zum gleichen Sachverhalt, der von der SaKo getroffene Entscheid überprüft und gegebenenfalls korrigiert werden soll.

- 78 Ob die klagende Partei im Rechtsbegehren an das Schiedsgericht eine negative Feststellungsklage erhebt, wie es die Klägerin vorträgt, oder ein anderes Rechtsbegehren, z.B. auf Aufhebung des SaKo-Entscheides, stellt, ist ohne Belang. Richtig ist, was auch die Beklagte anerkennt, dass die Beweislast bei der Beklagten liegt, die behaupteten Verletzungen der Regularien der SIX, der RLR und der Swiss GAAP FER durch die Klägerin darzulegen. Die Klägerin hat demgegenüber substantiiert vorzutragen und zu beweisen, mit welcher Begründung sie die diesbezüglichen Ausführungen der Beklagten als unzutreffend erachtet (vgl. für die mit der vorliegenden Verfahrenssituation gleichgelagerte Aberkennungsklage gemäss Art. 83 Abs. 2 SchKG die Ausführungen in BSK SchKG - Staehelin, Art. 83 N 54-58).
- 79 Dabei ist für ein «*de novo*» Schiedsverfahren wesentlich, dass die Parteien nebst ihren Anträgen dem Schiedsgericht den für sie relevanten Sachverhalt und dessen rechtliche Begründung unterbreiten müssen (vgl. Ziff. 4.5, 4.6 und 4.7 SchO SIX). Wenn die Klägerin z.B. beanstandet, dass ihre Organe im SaKo Verfahren nicht befragt wurden (vgl. Rz. 71 supra), ist dies irrelevant, weil die Klägerin im Schiedsverfahren keine Befragung ihrer Organe beantragt hat.
- 80 Zusammenfassend gilt für das vorliegende Verfahren, dass das Schiedsgericht die ihm unterbreitete Auseinandersetzung mit voller Kognition neu und nur aufgrund der ihm vorgetragenen Tatsachenbehauptungen und Beweismittel innerhalb der gestellten Anträge beurteilt (vgl. Ziff. 5.1 und Ziff. 4.5 SchO SIX). Trotz der verfahrensrechtlichen Unterschiede ist aber das Schiedsverfahren funktional im Verhältnis zum SaKo-Entscheid ebenfalls ein zivilgerichtliches Rechtsmittelverfahren, und das Schiedsgericht kann im Schiedsspruch den SaKo-Entscheid bestätigen, ganz aufheben oder auch nur teilweise ändern.

B. Keine Anspruchsgrundlage für die Vertragsstrafe der SER

1. Position der Klägerin

- 81 Nach Auffassung der Klägerin ist die Kotierungsvereinbarung, auf welcher die geltend gemachte Vertragsstrafe fusst, zwischen der SIX als Börsenbetreiberin und der Klägerin abgeschlossen worden und eine allfällige Vertragsstrafe würde somit der

SIX zustehen. Die Beklagte hat es jedoch diesbezüglich unterlassen, ihre Gläubigerstellung bzw. die Anspruchsgrundlage für die von ihr geltend gemachte Vertragsstrafe genügend zu behaupten. Die Klägerin begründet dies wie folgt:

- Die Zustimmungserklärung gemäss Art. 45 KR ist Teil des Kotierungsgesuchs und, obwohl von der SER gegengezeichnet, ist mit Letzterer keine Vereinbarung über die Begründung einer Vertragsstrafe zustandegekommen, da es an einem natürlichen Konsens hinsichtlich der Person der Beklagten fehlte, wodurch auch keine Mentalreservation der Klägerin hinsichtlich der SIX vorliegen kann.¹⁷ Ausserdem durfte und musste die Klägerin nach Auslegung der Zustimmungserklärung nach dem Vertrauensprinzip diese dahingehend verstehen, dass sie dadurch keine Vereinbarung mit der SER über die Begründung einer Vertragsstrafe abschliessen würde. Des Weiteren kann auch aus der in Ziff. 2 der Zustimmungserklärung enthaltenen Schiedsklausel als rein prozessrechtlicher Vereinbarung nichts anderes hervorgehen.
- Es hat keine Vertragsübernahme durch die SER stattgefunden. Die hierfür notwendigen Zustimmungen wurden weder von der SIX im Rahmen der Zustimmungserklärung erteilt, noch musste die Klägerin die Schiedsklausel dahingehend verstehen, weshalb die klägerische Zustimmung zur Übernahme der Kotierungsvereinbarung fehlt.
- Die Forderung der Vertragsstrafe wurde auch nicht an die SER zediert.

- 82 Aufgrund dieser Ansicht hatte die Klägerin die SIX Swiss Exchange AG, Sanktionskommission, c/o SIX Group AG, Pfingstweidstrasse 110, Postfach 8021 Zürich eingeklagt und hätte einer entsprechenden Erweiterung der Schiedsklausel zugestimmt. Da dies von der SaKo resp. SIX abgelehnt wurde, erklärte sich die Klägerin mit der Beschränkung des vorliegenden Schiedsverfahrens auf die SER einverstanden, wobei es zu beachten gelte, dass die SIX und ihre Organe nicht gleichzeitig eine gruppenweite Anwendung der Schiedsklausel ablehnen und sich gleichzeitig einer Behauptungs- und Beweislast für das Bestehen einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der Klägerin und Beklagten entziehen könnten.¹⁸
- 83 Hinsichtlich der von der Beklagten behaupteten Irrelevanz der Gläubigerstellung lässt die Klägerin ausführen, dass das von der Beklagten behauptete Konstrukt der

¹⁷ Triplik, Rz. 26.

¹⁸ KS Rz. 23, 40-54, Replik Rz. 39-54, 57-61, 300; Beilage K 17, K 18, K 14, K 16, K 32, K 31, K 12, K 1.

Konventionalstrafe zugunsten Dritter in casu nicht zielführend ist, da für dessen Bejahung nichtsdestotrotz eine Anspruchsberechtigung der SER, welche von der Klägerin gerade verneint wird, vorausgesetzt werde.¹⁹

2. Position der Beklagten

- 84 Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass sie die Gläubigerin der auszusprechenden Busse sei. Die Klägerin habe durch Unterzeichnung der Zustimmungserklärung erklärt, dass sie die dort definierten Rechtsgrundlagen samt Verpflichtung zur Zahlung einer Busse gemäss Art. 60 und 61 KR als verbindlich für ihre rechtliche Beziehung zur Beklagten anerkenne, wobei die Beklagte diese Zusage angenommen habe. Des Weiteren ist von der Klägerin anerkannt, dass sie mit der Beklagten eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat, wobei angesichts des von der Klägerin vorgebrachten Vertrauensprinzips der Abschluss einer solchen Vereinbarung nur sinnvoll erscheint, wenn Streitigkeiten von vereinbarten Pflichten zwischen den Parteien zu beurteilen sind.²⁰
- 85 Die Beklagte bestreitet, dass hinsichtlich der Vereinbarung einer Konventionalstrafe zwischen der SER und der Beklagten kein natürlicher Konsens zustande gekommen ist. Falls die Klägerin mit der Bestreitung des natürlichen Konsenses behaupten sollte, dass sie eine Erklärung unter Mentalreservation abgegeben hätte, dann wäre das aufgrund des Vertrauensschutzes, welcher die Position der Beklagten schützt, für das vorliegende Verfahren irrelevant. Überdies wäre dann die Aufrechterhaltung der Kotierung in Frage gestellt.²¹
- 86 Die Beklagte bringt ferner vor, dass die Frage ihrer Gläubigerstellung irrelevant ist, da die Beklagte die Zahlung dennoch im vorliegenden Verfahren durchsetzen könnte. Die Klägerin versprach der Beklagten unbestrittenermassen die Regularien einzuhalten, und deren Verletzung zieht eine Busse nach sich, wobei eine Konventionalstrafe auch zu Gunsten eines Dritten vereinbart werden kann. Folglich wäre die Beklagte berechtigt, die Durchsetzung der Zahlung der Busse zugunsten der SIX Swiss Exchange oder der SIX Group AG zu verlangen. Sicherheitshalber hat die Beklagte ihre Rechtsbegehren in diesem Sinne angepasst.²²

¹⁹ Replik Rz. 55-56; K 17.

²⁰ KA Rz. 309-322, Duplik 68-80; Beilage K 17, B-SER17, B-SER 18, B-SER 7.

²¹ Duplik Rz. 68

²² KA Rz. 323-334; Beilage B-SER 7.

- 87 Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass die Anpassung der Rechtsbegehren in der Klageantwort unter Verweis auf gewichtige Autorenmeinungen und allgemein anerkannte Regeln der Schiedsgerichtspraxis zulässig ist, auch wenn die anwendbaren Schiedsregeln hierzu keine Regelung enthalten. Die geltend gemachten Änderungen/Präzisierungen sind denn auch so schnell wie möglich, d.h. in der Klageantwort erfolgt, nachdem die Klägerin in der Klageschrift einen bisher nicht behaupteten Standpunkt bezüglich der fehlenden Gläubigerstellung der SER hinsichtlich der geschuldeten Konventionalstrafe vorgebracht hatte.²³
- 88 Die Beklagte lehnt ferner die klägerische Behauptung ab, dass die Beklagte eine Ausdehnung der Schiedsklausel auf die SIX (wohl die SIX Swiss Exchange AG) abgelehnt habe. Aufgrund ihrer obigen Ausführungen war eine solche nicht notwendig. Überdies stand eine solche auch nie zur Debatte, da die SaKo, welche bei der SIX Group AG angesiedelt ist, eingeklagt und in der Folge aus dem Verfahren entlassen wurde. Des Weiteren bestreitet die Beklagte die Existenz einer SIX Swiss Exchange AG, Sanktionskommission, c/o SIX Group AG, Pfingstweidstrasse 110, Postfach 8021 Zürich.²⁴

3. Beurteilung durch das Schiedsgericht

- 89 In der Zustimmungserklärung hat die Klägerin die dort angegebenen Rechtsgrundlagen als verbindlich für ihre rechtlichen Beziehungen zur Beklagten erklärt. Unter diese Rechtsgrundlagen fallen auch das KR, die RLR und die SchO SIX. In Art. 61 KR wird bestimmt, dass gegen den Emittenten, also auch die Klägerin, als Sanktion u.a. eine Busse bis zu CHF 1.0 Mio. bei Fahrlässigkeit bzw. bis zu CHF 10 Mio. bei Vorsatz ausgesprochen werden kann.
- 90 Indem die Klägerin mit der Beklagten in der Zustimmungserklärung eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat, gemäss welcher das Schiedsgericht Verstösse des Emittenten gegen Pflichten gemäss KR und die Festsetzung von Sanktionen zu beurteilen hat, kann nach dem auch von der Klägerin betonten Vertrauensprinzip diese Verbindlichkeitserklärung der Klägerin in der Zustimmungserklärung gar nicht anders verstanden werden, als dass Gläubigerin einer zu zahlenden Busse die SIX Exchange Regulation AG, also die Beklagte, ist. Dies ist auch deshalb einleuchtend und sinnvoll, weil gemäss der BVO die SER zuständig ist für die Verwendung von Bussengeldern zugunsten von Dritten.

²³ KA Rz. 359-373; Beilage B-SER 34.

²⁴ KA Rz. 382-383.

C. Einleitende Bemerkungen zur Beurteilung der behaupteten Verletzungen von Swiss GAAP FER Vorschriften durch die Klägerin

1. Position der Klägerin

- 91 Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie keine Rechnungslegungsvorschriften der Swiss GAAP FER verletzt habe und somit auch nicht gegen Art. 51 KR i.V.m. Art. 6 RLR verstossen konnte. Infolgedessen bestehe auch keine Leistungspflicht gemäss Art. 60 Abs. 1 KR.²⁵
- 92 Die Klägerin führt aus, dass die Standards von Swiss GAAP FER als prinzipienorientierte Fachempfehlung ein gewisses Mass an Offenheit und Unbestimmtheit beinhalten und somit einen Ermessenspielraum zugunsten der Anwenderin schaffen, womit sie sich deutlich von den durchregulierten IFRS unterscheiden. Offene Fragen sind im Sinne der im Rahmenkonzept enthaltenen Prinzipien, welche der Rechnungslegung nach Swiss GAAP FER zugrunde liegen, zu lösen, dies gilt auch für Swiss GAAP FER 16 und 23. Die Swiss GAAP FER stellen es folglich ausdrücklich ins Ermessen der Gesellschaft, ob sie unmittelbar auf den Deckungsgrad gemäss statutarischem Abschluss der Vorsorgeeinrichtung abstellt oder ob sie sich auf andere Berechnungen zur Ermittlung der finanziellen Situation der Vorsorgeeinrichtung abstützt, wobei es sich dann entgegen der SaKo nicht um international anerkannte Standards, namentlich die IFRS, handeln muss.²⁶
- 93 Gemäss der Klägerin ist die Rechnungslegung Teil der unübertragbaren und unentziehbaren Aufgaben des Verwaltungsrats, wobei er bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe an die Treue- und Sorgfaltspflicht gemäss Art. 717 OR gebunden ist. Bei der Ausübung des erwähnten Ermessensspielraums, welcher im Rahmen der Rechnungslegung besteht, ist der Verwaltungsrat folglich ebenfalls an die Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht gemäss Art. 717 OR gebunden, welche verlangt, dass Geschäftsentscheide aufgrund einer eingehenden Analyse und Evaluation aller sich bietenden Optionen gefällt werden. Sofern ein entsprechender Beschluss in einem einwandfreien, auf angemessener Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen ist, wird die Richtigkeit und Interessengerechtigkeit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung vermutet (die sog. Business Judgment Rule). Relevant im vorliegenden Verfahren ist folglich, ob die Bildung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen im Jahr [20X0] aufgrund der damaligen Umstände nachvollziehbar ist und der Verwaltungsrat zum

²⁵ KS Rz. 55, 57.

²⁶ KS Rz. 58-64, Replik Rz. 62-65; Beilage K 33, K 34, B-SER 29.

jeweiligen Entscheidungszeitpunkt unter den jeweiligen Umständen einen vertretbaren Entscheid gefällt hat.²⁷

2. Position der Beklagten

- 94 Nach Auffassung der Beklagten darf den Swiss GAAP FER nicht eine pauschale Unbestimmtheit zugeschrieben werden, und eine Gesellschaft darf Swiss GAAP FER nicht völlig autonom in ihrem Sinne anwenden, auch dann nicht, wenn weder in den Swiss GAAP FER noch dessen Rahmenkonzept Fragen geregelt sind. Diese Rechnungslegungsvorschriften dürfen von den Anwendern stets nur in Bezug auf den Empfängerkreis der Rechnungslegung und unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze, insbesondere der «True and Fair View» angewendet werden. Des Weiteren sind die in casu relevanten Themenkreise der Behandlung von Verpflichtungen gegenüber Vorsorgeeinrichtungen und der Auflösung von Rückstellungen unter Swiss GAAP FER ebengerade spezifisch geregelt. Der von der Klägerin genannte Ermessensspielraum hinsichtlich des Abstellens auf den Deckungsgrad gemäss statutarischem Abschluss der Vorsorgeeinrichtung oder auf andere Berechnungen zur Ermittlung der finanziellen Situation der Vorsorgeeinrichtung gibt es nicht. Und selbst wenn es diesen Ermessensspielraum gäbe, bestreitet die Beklagte, dass die Klägerin ihn pflichtgemäss ausgefüllt hätte.²⁸
- 95 Hinsichtlich der behaupteten Geltung von Art. 717 OR im Zusammenhang mit der Ermessensausübung ist die Beklagte der Ansicht, dass es sich bei der Sorgfalts- und Interessenwahrungspflicht nach Art. 717 OR um die persönliche Pflicht des Exekutivorgans handelt. Sie ist ein Filter, damit nicht bei jedem Fehlverhalten der Gesellschaft, das zu einem Schaden führt, auch eine persönliche Haftung der Organe droht. Im vorliegenden Verfahren hingegen geht es jedoch nur um die Frage, ob die Gesellschaft selbst und nicht eine Organperson eine Busse bezahlen muss, und das Handeln einer Gesellschaft kann nie mit der Business Judgment Rule gerechtfertigt werden, womit sich die Klägerin auf einen falschen Sorgfalt- und Haftungsmassstab beruft.²⁹
- 96 Die Beklagte bringt überdies vor, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nur eigentliche Geschäftsentscheide der Business Judgment Rule unterliegen, was die Klägerin selbst auch anerkannt habe. Verstossen Organe im Rahmen anderer Entscheide gegen gesetzliche Schutzvorschriften, namentlich gegen Buchführungs- und Rechnungslegungsvorschriften nach Art. 957 ff. OR, gelangt die Business Judgment

²⁷ KS Rz. 65-69, Replik Rz. 66-73; K 33.

²⁸ KA Rz. 254-255, 393-394, 396-401, Duplik Rz. 94-96, 103-104.

²⁹ KA Rz. 211-220, Duplik Rz. 98.

Rule nicht zur Anwendung und das Verhalten ist nach Art. 717 OR stets pflichtwidrig. Dies, da die Einhaltung solcher gesetzlichen Vorschriften der normalen justizmässigen Nachkontrolle zugänglich ist. Demgegenüber müsste der Richter bei der Überprüfung von Geschäftsentscheidungen das unternehmerische Ermessen durch sein eigenes ersetzen, womit solche Entscheidungen nur ausnahmsweise überprüft werden können. Da die Business Judgment Rule gewissermassen eine gesetzliche Vermutung der Richtigkeit schafft, darf dieser Standard nicht auf die Einhaltung von Rechtsvorschriften ausgeweitet werden, da ansonsten deren Schutzwirkung faktisch weitestgehend ausgehebelt wäre. Ausserdem kann sie nicht zur Anwendung gelangen, wenn wie in casu wissentlich und willentlich gegen anwendbare Normen verstossen wird. Schliesslich resultiert in casu die Verletzung der Swiss GAAP FER aus der mangelhaften Offenlegung von Informationen, womit die Business Judgment Rule keine Rolle spielen kann.³⁰

3. Beurteilung durch das Schiedsgericht

- 97 Die von der Klägerin behauptete prinzipienbasierte Fachempfehlung von Swiss GAAP FER mit einem Ermessensspielraum zugunsten der Anwenderin besteht in dieser allgemeinen Art und Weise nicht. Wie nachfolgend in Rz. 164 ff. zu zeigen ist, muss jede Norm von Swiss GAAP FER diesbezüglich spezifisch geprüft werden, und insbesondere bei Swiss GAAP FER 16 und 23 besteht dieser Spielraum nicht.
- 98 An dieser Beurteilung des Schiedsgerichts ändert auch nichts, dass die Klägerin sich für ihre Argumentation, dass die Swiss GAAP FER generell eine prinzipienbasierte Fachempfehlung mit Ermessensspielraum zugunsten der Anwenderin sei, auf ein Expertengutachten von C.____ und D.____ von [Datum] [20X3] beruft.³¹ Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts weist ein Parteigutachten, wie es das Expertengutachten C.____/D.____ darstellt, nicht die Qualität eines Beweismittels i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO auf, sondern gilt nur als blosser Parteibehauptung (vgl. BGE 141 III 433 E.2.3 und 2.6; ZR 121 (2022) Nr. 29 E. 3.3, je mit weiteren Hinweisen).
- 99 Dieser Ermessensspielraum kann auch nicht unter Hinweis auf Art. 717 OR geschaffen werden, wonach der Verwaltungsrat bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben an die Treue- und Sorgfaltspflicht gebunden ist und dafür als Massstab die Business Judgment Rule beigezogen werden muss. Dies hätte zur Folge, dass jeder Beschluss

³⁰ KA Rz. 221-232, Duplik 98-101, 105.

³¹ K 33, insbes. Rz. 33 ff und Rz. 56 ff.

bezüglich der anwendbaren Rechnungslegungsvorschrift, welcher in einem einwandfreien, auf angemessener Informationsbasis beruhenden und von Interessenkonflikten freien Entscheidungsprozess zustande gekommen ist, als vertretbar und somit nicht pflichtwidrig zu beurteilen wäre (vgl. zur Business Judgment Rule BGE 139 III 24 E.3.2; BGer 4A_623/2018 vom 31.8.2019 E. 3.1; Von der Crone, Aktienrecht, 2. Auflage Bern 2020, §18 Rz. 1549 f. mit weiteren Hinweisen).

- 100 Die Business Judgment Rule ist ein Anwendungsfall des Grundsatzes, wonach die Gerichte bei der Überprüfung von Unternehmensentscheiden, welche vom Verwaltungsrat in Ausübung der Geschäftstätigkeit gefällt wurden, Zurückhaltung ausüben sollten. Das Gericht sollte sich nicht anmassen, eigentliche unternehmerische Entscheide im Nachhinein besser beurteilen zu können als die das konkrete Geschäft tätigenden, verantwortlichen Organe. Die Business Judgment Rule kommt deshalb nur für Geschäftsentscheide zur Anwendung, nicht aber für Kontroll- und Organisationsaufgaben, welche von den Gerichten in einer justizmässigen Nachkontrolle umfassend überprüft werden können (vgl. BGer 4A_623/2018 E.3.1; Von der Crone, a.a.O., §18 Rz. 1549, je mit weiteren Hinweisen)
- 101 Zu solchen Kontrollaufgaben gehört nach Überzeugung des Schiedsgerichts auch die Einhaltung der Rechnungslegungsvorschriften. Sie betreffen individuelle subjektive Rechte von Aktionärinnen und Aktionären und dienen den Interessen eines Anleger-schutzes im Kapitalmarkt (vgl. auch Von der Crone, Geschäftsermessen im Aktienrecht, ZSR 141 (2022) I 103, 115 f., BSK OR II – Gericke/Waller, Art. 754 N31).
- 102 Überdies wird, wie die Beklagte in KA Rz. 211 zu Recht hinweist, die Business Judgment Rule nur angewendet bei der Frage der Verantwortlichkeit von Organpersonen und ihrer möglichen Schadenersatzpflicht bei der Beurteilung ihres pflichtwidrigen Verhaltens gemäss Art. 754 ff. OR. Hier geht es aber um die Beurteilung, ob die Klägerin als Gesellschaft Pflichten bei der Anwendung von sie selbst betreffende Vorschriften verletzt hat oder nicht. Nach heutiger Lehre und Gerichtspraxis wurde die Business Judgment Rule für Pflichtverletzungen juristischer Personen soweit ersichtlich nirgends für anwendbar erklärt.

D. Übernahme bzw. Erstansatz der Rückstellung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin

1. Verjährung

a) Position der Klägerin

103 Mit Verweis auf Ziff. 2.5. Abs. 1 i.V.m. Ziff. 7.2 Abs. 2 VO vertritt die Klägerin die Ansicht, dass in casu nur Sachverhalte Sanktionsgrundlage sein können, welche sich nach dem [Datum] [20X0] zugetragen haben, weshalb für angebliche Regelverstösse bei der Bildung der Rückstellung für Pensionskassenverpflichtungen in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin und der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin die Verjährung eingetreten sei. Die damalige Bildung der Rückstellung als Faktum und Ausgangspunkt ist jedoch zu akzeptieren, da die Darlegung der Methodik und Stetigkeit der Bildung und Auflösung der Rückstellung und die Bestätigung ihrer Regelkonformität für das vorliegende Verfahren unabdingbar ist. Aufgrund der erforderlichen jährlichen Neubeurteilung nach Swiss GAAP FER 23/8 begann die Frist für das geltend gemachte Restatement bezüglich des Erstansatzes der Rückstellung im Jahr [20X0 – 2 Jahre] sowie für den Wiederansatz in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin ebenfalls mit Präsentation der jeweiligen Jahresrechnung. Auch die SaKo vertrat die Ansicht, dass die Bildung der Rückstellungen für die Geschäftsjahre [20X0 – 2 Jahre] sowie [20X0 – 1 Jahr] aufgrund der Verjährung nicht zu beurteilen sind.³²

104 Entgegen der beklagischen Vorbringen wird durch Ziff. 2.5 VO nicht die obligationenrechtliche Verjährungsfrist abgeändert, sondern es handelt sich um eine vertraglich vereinbarte Bedingung für das Entstehen einer Vertragsstrafe aufgrund von Art. 60 f. KR.³³

b) Position der Beklagten

105 Im Gegensatz zur SaKo, welche die Verjährung im Rahmen der Vertragsstrafe berücksichtigt hat, war die Beklagte nie der Auffassung, dass Teile des Sachverhalts verjährt sind und dies aus folgenden Gründen:

- Die Klägerin ist der Ansicht, dass es sich bei der verfahrensgegenständlichen Sanktion um ein vertragliches Forderungsrecht handelt. Dieses verjährt gemäss Art. 127 OR mit Ablauf von zehn Jahren, wobei diese Frist gemäss Art. 129 OR

³² KS Rz. 71-77, Replik 84-87, 89-96; Beilage K 19, K 22, K 1.

³³ Replik Rz. 24, 88.

nicht abgeändert werden kann. Folglich unterliegt das hier strittige Forderungsrecht unabhängig von Ziff. 2.5 VO der zwingenden zehnjährigen Verjährungsfrist, womit auch diejenigen Sachverhalte noch nicht verjährt sind, die sich vor dem [Datum] [20X0] ereignet haben.

- Überdies ist der gesamte Sachverhaltskomplex nicht verjährt, weil es um einen einheitlichen bis nach dem [Datum] [20X0] sich erstreckenden Sachverhalt geht. Dies, da die Bildung der Rückstellung, deren fortlaufende jährliche Wiederansetzungen in den Folgejahren (im reduzierten Umfang) sowie deren teilweise Auflösung eine einheitliche Handlung darstellen, bestehend aus notwendigerweise miteinander verknüpften, wiederholten Teilhandlungen. In solchen Fällen beginnt die Verjährungsfrist mit dem Tag der letzten Handlung oder dem Tag, an dem das Verhalten aufgehört hat.
- Des Weiteren hat es die Klägerin unterlassen, die zu Unrecht gebildeten Rückstellungen im Rahmen eines Restatements aus der Welt zu schaffen, wobei ein solches Restatement entgegen der Klägerin nicht nur bis zum Tag der Präsentation der jeweiligen Jahresrechnung möglich ist. Bei vertragsverletzenden Unterlassungen beginnt die Verjährungsfrist am Tag zu laufen, an dem letztmals rechtmässig hätte gehandelt werden müssen.
- Schliesslich ist auch die Tatsache zu berücksichtigen, dass die Rückstellungen gemäss Swiss GAAP FER nicht einfach unbesehen in einen neuen Abschluss übernommen werden dürfen, sondern an jedem Bilanzstichtag neu beurteilt werden müssen. Die Zulässigkeit der Neuansetzung beurteilt sich nach denselben Regeln wie die Zulässigkeit der ursprünglichen Bildung im Jahr [20X0 – 2 Jahre], und diese Regeln wurden fortlaufend verletzt.³⁴

c) *Beurteilung durch das Schiedsgericht*

- 106 Im SaKo-Entscheid wurde zu Recht darauf hingewiesen, dass gemäss der für das Verfahren anwendbaren VO in der Fassung vom [Datum] [20X2] ein Sanktionsverfahren nicht mehr eingeleitet werden kann, wenn eine mögliche Verletzung der Regularien mehr als zwei Jahre zurückliegt. Gemäss Ziff. 2.5 Abs. 2 VO kann keine Sanktion mehr ausgefällt werden, wenn seit Einleitung eines Sanktionsverfahrens mehr als zwei Jahre verstrichen sind. Im vorliegenden Fall wurde das Sanktionsverfahren am [Datum] [20X2] eröffnet (vgl. vorn Rz. 14). Deshalb können Verletzungen vor dem [Datum] [20X1] nicht mehr sanktioniert werden. Die SaKo hielt

³⁴ KA Rz. 335-358, Duplik 44-45, 135-156.

jedoch auch fest, dass eine mögliche Verletzung des von der X.____ gewählten Rechnungslegungsstandards für die Jahresabschlüsse [20X0] und [20X1] nicht verjährt ist (vgl. SaKo-Entscheid Ziff. 18, 40-42). Dies wird von den Parteien zu Recht nicht bestritten.

- 107 Die von der Beklagten vertretene Auffassung, dass es sich bei der verfahrensgegenständlichen Sanktion um ein vertragliches Forderungsrecht handle, welches gemäss Art. 127 und Art. 129 OR zwingend einer zehnjährigen Verjährungsfrist unterstehe, ist vorliegend nicht relevant. Massgebend dafür, dass ein Verfahren mit dem Ziel einer Sanktion einer Emittentin durchgeführt werden kann, ist das Vorliegen einer gemäss Ziff. 2.5 VO nicht verjährten möglichen Verletzung von Regularien. Sollte die Verletzung weiter zurückliegen, besteht gar kein der Beklagten gestützt auf eine Vertragsstrafe zustehendes Forderungsrecht, und die Frage der zivilrechtlichen Verjährung stellt sich nicht.
- 108 Relevant für das vorliegende Verfahren sind somit nur die Jahresabschlüsse [20X0] und [20X1] der Klägerin, einschliesslich der Eröffnungsbilanz per 1. Januar [20X0] (vgl. auch SaKo-Entscheid Rz. 42), Die Vorgänge in der Erstellung der Konsolidierten Jahresrechnungen [20X0 – 2 Jahre] und [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin sind daher nicht weiter zu prüfen, denn es geht nicht um die Verletzung eines Prinzips der Stetigkeit, sondern darum, ob die Konsolidierten Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] der Klägerin gemäss Swiss GAAP FER 16 und 23 richtig oder falsch erstellt worden sind und ob bei einer fehlerhaften Erstellung eine (zweifelloos nicht verjährte) Vertragsstrafe von der Klägerin geschuldet ist.

2. Materielles

a) *Position der Klägerin*

aa) *Grundlage für die von der Klägerin stetig angewandte Berechnungsmethode und den Erstansatz der Rückstellung*

- 109 Die Klägerin bringt vor, dass anlässlich der aufgrund des Wechsels der Rechnungslegungsvorschriften notwendigen Überprüfung der Vorsorgeverpflichtungen gegenüber ihrer schweizerischen Vorsorgeeinrichtung der Verwaltungsrat zum Schluss gelangte, es bestünde auch nach Swiss GAAP FER die Wahrscheinlichkeit einer wirtschaftlichen Verpflichtung der Klägerin gegenüber der schweizerischen Vorsorgeeinrichtung.³⁵

³⁵ KS Rz. 78-82, 133; Beilage K 35, K 36, K 37.

- 110 Gemäss klägerischen Ausführungen stützte sich der Verwaltungsrat für seine Entscheidung auf den periodischen Prüfungsbericht nach Art. 52e BVG, den Vorsorgebericht. Darin empfahl B.____ SA den Wechsel von Perioden- zu Generationentafeln und die Fortführung der Bildung von Rückstellungen zur bereits [20X0 – 4 Jahre] durch die Vorsorgeeinrichtung begonnenen Reduktion des technischen Zinssatzes von [tiefe einstellige Zahl]% auf den Referenzzinssatz der Schweizerischen Kammer der Pensionskassen-Experten, wobei dieses Vorgehen den Fachrichtlinien der Schweizerischen Kammer der Pensionskassen-Experten entsprach. Des Weiteren enthielt der Vorsorgebericht eine Berechnung zur «Sensibilité du degré de couverture» der Vorsorgeeinrichtung und einen von B.____ SA durchgeführten Solvenztest PKST® der Schweizerischen Kammer der Pensionskassenexperten, welcher bezüglich dem Jahresabschluss [20X0 – 3 Jahre] nur einen Deckungsgrad von [hohe zweistellige Zahl]% ergab.³⁶
- 111 Die Klägerin bestreitet, dass sie in irgendeiner Weise in Verletzung von Art. 51b Abs. 2 BVG auf die Vorsorgeeinrichtung eingewirkt hat. Insbesondere wurde der Wunsch, vorsichtig zu sein und die Vorsorgeeinrichtung nicht in eine Unterdeckung zu bringen, vom gesamten Stiftungsrat getragen.³⁷
- 112 Die Klägerin führt weiter aus, dass sie insbesondere³⁸ gestützt auf diesen Vorsorgebericht und vor dem Hintergrund der Teilliquidation in [20X0 – 3 Jahre] – ausgelöst durch einen massiven Stellenabbau zwischen [20X0 – 5 Jahre] und [20X0 – 3 Jahre] und einem dementsprechenden Missverhältnis der Aktivversicherten im Vergleich zur sehr hohen Zahl von Rentenbezüglern – ihre wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung ermittelte und dementsprechend in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin Rückstellungen aufgrund von Swiss GAAP FER 16/9 als Gesamtbetrag für den veranschlagten Zeitraum von sieben Jahren in Höhe von CHF [Betrag].³⁹ für die Vorsorgeeinrichtung bildete (entsprach rund [tiefe zweistellige Zahl]% des im Restatement [20X0 – 4 Jahre] nach IFRS ausgewiesenen Betrags). Das klägerische Vorgehen entsprach somit Swiss GAAP FER 16/11. Darüber hinaus berücksichtigte der Verwaltungsrat die erwähnte Sensibilitätsanalyse des Deckungsgrads der Vorsorgeeinrichtung, welche ergab, dass eine Reduktion des technischen Zinssatzes von [Zahl <1]% zu einer Reduktion der Deckungsspanne der Vorsorgeeinrichtung um -[tiefe einstellige Zahl]% führen würde, was im Jahr [20X0 – 2 Jahre] bei Anwendung des von der Klägerin damals als angemessen erachteten technischen Zinssatzes von [tiefe einstellige Zahl]% lediglich einen Deckungsgrad von 100% ergab.⁴⁰

³⁶ KS Rz. 83-86, 102, 134, Replik 107; Beilage K 38, K 39.

³⁷ Replik Rz. 226-233; K 39, K 47, K 38.

³⁸ Wobei die Klägerin bestreitet, dass sie sich nicht am Abschluss ihrer Vorsorgeeinrichtung orientiert, Replik Rz. 104.

³⁹ Für sämtliche Vorsorgeeinrichtungen wies sie eine Rückstellung von CHF [Betrag] aus.

⁴⁰ KS Rz. 80, 87-89, 97, 102, 134, Replik Rz. 234, 237-238; Beilage K 36, K 37, K 41.

- 113 Die Klägerin lässt ausführen, dass die Vorsorgeeinrichtung in der Folge die Reduktion des technischen Zinssatzes rascher vollziehen konnte als im Vorsorgebericht veranschlagt wurde.⁴¹

bb) *Regelkonforme Berechnungsmethode zur Erfassung der wirtschaftlichen Verpflichtung*

- 114 Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass die Beurteilung ihrer wirtschaftlichen Verpflichtung zur Bildung einer Rückstellung in Abhängigkeit steht zur Berechnungsmethode der Deckung der Vorsorgeverpflichtungen. Dies ergibt sich u.a. auch aus Swiss GAAP FER 16/3 lit. b, wonach die Jahresrechnungen der Vorsorgeeinrichtung gemäss Swiss GAAP FER lediglich als *eine* mögliche Grundlage für die Erfassung der wirtschaftlichen Auswirkungen aus Vorsorgeeinrichtungen zu betrachten sind, wobei dieser Ermessensspielraum von Swiss GAAP FER 16/7 vorausgesetzt wird und es sich bei einer Alternativmethode gemäss Swiss GAAP FER 16/9 nicht um einen internationalen Standard handeln muss, wie von der Beklagten behauptet. Swiss GAAP FER 16/9 führt überdies explizit aus, dass statische ebenso wie dynamische Modelle zu den anerkannten und angemessenen Methoden zählen.⁴²
- 115 Hinsichtlich der beklagischen Behauptung, dass es sich bei der von der Klägerin angewandten Berechnungsmethode eigentlich um dieselbe Methode wie bei der Vorsorgeeinrichtung unter Verwendung anderer Zahlen handle, bringt die Klägerin vor, dass nicht bestritten werden kann, dass die Klägerin die wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung so bemessen hat, dass am Bilanzstichtag ein wirtschaftlich gerechtfertigter Zusammenhang zur finanziellen Lage der Vorsorgeeinrichtung im Sinn von Swiss GAAP FER 16/10 bestand. Des Weiteren war die Verwendung durch die Klägerin eines tieferen Zinssatzes als jener bei der Vorsorgeeinrichtung aufgrund von Swiss GAAP FER 16/7 geboten. Letzteres ist denn auch von der Beklagten anerkannt, sofern die Zinssatzsenkung per 31. Dezember [20X0 – 2 Jahre] bereits beschlossen gewesen wäre.⁴³
- 116 Die von der Beklagten eingereichten Auszüge aus dem Lehrbuch von Conrad Meyer, welche ihre Auffassung stützen sollen, dass eine Rückstellung für Schweizer Vorsorgeeinrichtungen nur ausgewiesen werden darf, falls der nach Swiss GAAP FER 26 erstellte Abschluss der besagten Vorsorgeeinrichtung eine Unterdeckung aufweise, zeigen dies nicht auf. Dasselbe gilt für den Verweis auf die Publikation der KPMG AG und das für die Beklagte erstellte Parteigutachten (B-SER 29). Auch aus

⁴¹ KS Rz. 90-92; Beilage K 40.

⁴² KS Rz. 93-96, Replik 116, 118-120, 255, 258; Beilage K 1, K 33, B-SER 29.

⁴³ Replik Rz. 121-125

Swiss GAAP FER 16 und insbesondere Swiss GAAP FER 16/11, welche Bestimmung nach beklagtischer Auffassung *lex specialis* zu Swiss GAAP FER 16/9 ist, ergibt sich nichts anderes.⁴⁴

- 117 Die Klägerin bringt vor, dass das von ihr gewählte Vorgehen, d.h. das Abstellen auf eine vom Vorsorgeexperten vorgenommene Simulationsrechnung, die keinem formellen Kontroll- oder Genehmigungsprozess unterliegt und nicht vollständig den Berechnungen nach international anerkannten Rechnungsstandards folgt, anstatt auf den Jahresabschluss der Vorsorgeeinrichtung abzustellen, gemäss Swiss GAAP FER 16/9 zulässig ist und war. Bei der Bildung der Rückstellung bei der Vorsorgeeinrichtung zur Reduktion des technischen Zinssatzes handelt es sich ebenfalls um eine anerkannte und für die betreffende Vorsorgeeinrichtung angemessene Methode; die technischen Grundlagen wie der technische Zinssatz waren anerkannt sowie allgemein zugänglich, und die für die Umsetzung einer Methode notwendige Annahme einer mittelfristigen wesentlichen Reduktion des technischen Zinssatzes stand in einem sachlogischen Zusammenhang zur Bildung der Rückstellung. Ferner war die Berücksichtigung der zu erwartenden Entwicklung des technischen Zinssatzes durch die Klägerin in Einklang mit Swiss GAAP FER 16/7 sogar geboten.⁴⁵

cc) *Erfüllung der Voraussetzung für den Ausweis der Rückstellung*

- 118 Nach Auffassung der Klägerin lag im Einklang mit Swiss GAAP FER 16/10 und 23/1 die Wahrscheinlichkeit einer Zahlungsverpflichtung ihrerseits vor, wobei sie sich bei ihrem diesbezüglichen Entscheid auf den geringen Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung,⁴⁶ die in der Vergangenheit bereits mehrfach ausgewiesene Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung, die begrenzte Sanierungsfähigkeit der Vorsorgeeinrichtung,⁴⁷ den Deckungsgrad gemäss dem Solvenztest PKST® von [hohe zweistellige Zahl]⁴⁸ und die Tatsache stützte, dass sich die Vorsorgeeinrichtung bereits nahe am BVG-Minimum bewegte und für den Fall, dass Mindestverzinsung und Mindest-Umwandlungssatz zu einer Unterdeckung führen, der Arbeitgeber von Gesetzes wegen zu einer Sanierungsleistung verpflichtet werden kann. Entgegen der beklaglichen Ansicht zeigt der Vorsorgebericht nicht auf, dass die Vorsorgeeinrichtung sämtliche zukünftigen Verpflichtungen uneingeschränkt erfüllen konnte. Ihr Entscheid ist folglich nachvollziehbar, in allen Teilen umfassend dokumentiert und unter Einbezug aller Faktoren gefallen. Bestritten wird hingegen, dass es sich bei der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen um eine Rückstellung

⁴⁴ Replik Rz. 111-115, 117; Beilage K 76, B-SER 29.

⁴⁵ KS Rz. 99-110, 134; Beilage K 1, K 33, K 38, K 42, K 43, K 44

⁴⁶ Vgl. Rz. 112, *supra*.

⁴⁷ Vgl. Rz. 112, *supra*.

⁴⁸ Vgl. Rz. 110, *supra*.

für künftige Aufwendungen handelt, welche gemäss Swiss GAAP FER 23/3 kein verpflichtendes Ereignis darstellen und folglich unzulässig sind.⁴⁹

- 119 Die Klägerin lässt ausführen, dass das verpflichtende Ereignis in casu der Bestand von Vorsorgeverpflichtungen der eigenen Vorsorgeeinrichtung sei, welche nachweislich am jeweiligen Bilanzstichtag bestanden. Ob der Bestand von Vorsorgeverpflichtungen zu einem verpflichtenden Ereignis für die Bildung einer Rückstellung führt, würde überdies vom verwendeten technischen Zinssatz abhängen, da dieser der langfristigen Bewertung der Vorsorgekapitalien und der technischen Rückstellungen dient. Wie von der Klägerin bereits ausgeführt,⁵⁰ sei es geboten und zulässig gewesen, dass die Klägerin einen anderen Bewertungszinssatz, welcher auch marktgerecht war, als die Vorsorgeeinrichtung verwendete (Swiss GAAP FER 23/6). Aufgrund des Vorsorgeberichts war der Klägerin bewusst, dass der von der Vorsorgeeinrichtung verwendete technische Zinssatz zu hoch war, was die Verwendung eines tieferen Bewertungszinssatzes umso notwendiger machte, als sich die Klägerin jeweils auf den vergangenen Jahresabschluss der Vorsorgeeinrichtung abstützen musste.⁵¹
- 120 Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass das verpflichtende Ereignis auf einer ausdrücklich rechtlichen oder einer faktischen Verpflichtung basieren kann. Die Klägerin wollte vorsorgen, dass ihre Arbeitnehmer nicht zweimal von der wirtschaftlichen Lage getroffen würden, einmal durch den Verlust der Arbeitsstelle und das zweite Mal als Versicherte durch eine potenzielle Sanierung der Vorsorgeeinrichtung. Als börsenkotiertes Unternehmen war eine fehlende Beteiligung der Klägerin an der Sanierung der Vorsorgeeinrichtung aus Reputationsgründen überdies nicht denkbar. Indem sie sich folglich verpflichtet sah, zur Sanierung der eigenen Vorsorgeeinrichtung beizutragen, lag eine faktische Verpflichtung i.S.v. Swiss GAAP FER 23/2 vor.⁵² Die Klägerin bestreitet die beklagte Behauptung, dass keine faktische Verpflichtung vorlag, da sich eine faktische Verpflichtung willentlich begründen lässt. Der faktische Wille der Klägerin, ihren Beitrag zur Sanierung der Vorsorgeeinrichtung zu leisten, um ihren sozialen Verpflichtungen nachzukommen, wurde durch die Bildung von Rückstellungen manifest. Gemäss dem Grundsatz *negativa non sunt probanda*

⁴⁹ KS Rz. 112 -116, 215-216, Replik 134, 136-143; Beilage K 38, K 41, K 43, K 33, K 1, K 51, K 64, K 39, K 37, B-SER 29.

⁵⁰ Vgl. Rz. 91, 111 ff., *supra*.

⁵¹ Replik Rz. 126-135, 235-236; Beilage B-SER 29, K 37, K 51, K 64, K 48.

⁵² KS Rz. 117-122, Replik 227; Beilage K 45, K 46, K 47, K 33.

wäre es nun an der Beklagten, das fehlende Vorliegen dieses Willens zu behaupten und zu beweisen.⁵³

- 121 Die Klägerin bringt schliesslich vor, dass sie, um die Auswirkungen der erwarteten und später eingetroffenen Reduktion des technischen Zinssatzes auf die finanzielle Situation der Vorsorgeeinrichtung abzubilden und offenzulegen, entschied, im Sinne von Swiss GAAP FER 16/10 eine Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen in der Höhe von CHF [Betrag] auszuweisen. Diese Berechnung basierte auf den Empfehlungen zur Bildung einer Rückstellung zur Senkung des technischen Zinssatzes im Vorsorgebericht sowie dem Jahresabschluss [20X0 – 3 Jahre] der Vorsorgeeinrichtung, was in Einklang mit Swiss GAAP FER 16/10 und 23/2 ist, wonach Höhe und Fälligkeit der Rückstellung schätzbar sein muss. Die Klägerin bestreitet, dass ihre Berechnung des Rückstellungsbedarfes basierend auf dem Vorsorgebericht falsch war.⁵⁴

dd) *Regelkonforme Offenlegung der Rückstellung in den Consolidated Financial Statements und Wahrung des Grundsatzes von True & Fair View durch die Klägerin*

- 122 Die Klägerin behauptet, dass sie die Rückstellung regelkonform offengelegt und somit gegenüber den Anlegern ihre tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse regelkonform und ausgerichtet auf die Bedürfnisse der Empfänger abgebildet habe. So wurde der Wechsel der Rechnungslegungsvorschriften in Ziffer 2.2 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin beschrieben, wobei an erster Stelle die unterschiedliche Erfassung der Vorsorgeverpflichtungen ausgeführt wurde. Auch im Geschäftsbericht [20X0 – 2 Jahre] erläuterte die Klägerin in Ziff. 2.2 des Anhangs zur Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre], dass der Wechsel der Rechnungslegungsvorschriften hauptsächlich zu Anpassungen in der Bilanzierung der Vorsorgeverpflichtungen führe. Des Weiteren wies sie in der Eröffnungsbilanz und der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin die genannte Rückstellung aus, gemäss Swiss GAAP FER 16/3 unter den langfristigen Verbindlichkeiten mit Verweis auf Ziff. 24 des Anhangs. Mit der Tabelle unter Ziff. 24.1 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin setzte die Klägerin ferner die Vorschriften von Swiss GAAP FER 16/5 um, wo der Betrag von CHF [Betrag] in der Spalte «Economic part of the organization at the end of» ausgewiesen wurde. Unter der Tabelle wird ferner deutlich ausgeführt, dass die Ansetzung der genannten Rückstellung auf der Annahme basiert, dass der technische Zinssatz mittelfristig gesenkt werden müsse und infolgedessen eine wirtschaftliche Verpflichtung anerkannt werde und eben keine Unterdeckung im

⁵³ Replik Rz. 144-148, Triplik Rz. 20-23; Beilage K 33.

⁵⁴ KS Rz. 123-124, Replik Rz. 149-155; Beilage K 41, K 38, K 37.

Jahresabschluss [20X0 – 3 Jahre] der Vorsorgeeinrichtung gemäss Swiss GAAP FER 26 vorlag.⁵⁵

- 123 Hinsichtlich der vorgeworfenen zu hoher Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen und der dadurch erfolgten Verletzung des Grundsatzes von True & Fair View bringt die Klägerin ferner vor, dass die nach IFRS / IAS 19 Methodik berechneten Verpflichtungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung sogar CHF [Betrag] betrugen.⁵⁶
- 124 Die Klägerin bestreitet, dass hinsichtlich der Rückstellungen in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin keine Neubeurteilung stattgefunden hat. Des Weiteren bringt sie vor, dass deren Beibehaltung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin ausgewiesen wurde, und verweist darauf, dass dieser Sachverhalt gemäss Ziff. 2.5 Abs. 1 VO keine Sanktionsgrundlage bilden kann. In der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin erfolgte die Berechnung der wirtschaftlichen Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung überdies stetig aufgrund derselben wesentlichen Einflussfaktoren, wobei trotz des positiven Deckungsgrads festgestellt wurde, dass bei einer Reduktion des technischen Zinssatzes auf [tiefe einstellige Zahl]% und unter Berücksichtigung des Wechsels auf die Generationentafel eine leichte Unterdeckung von [hohe zweistellige Zahl]% resultieren würde. Entsprechend wurde die Rückstellung vollständig beibehalten.⁵⁷
- 125 Die Klägerin führt weiter aus, dass die Information, welcher Anteil der Rückstellungsauflösung die Anschaffungs- und Herstellungskosten verbesserte und welcher Anteil die übrigen Betriebsaufwände, von ihr nicht ausgewiesen wurde, weil sie im vorliegenden Fall schlicht unwesentlich war und nicht zur Einschätzung der tatsächlichen finanziellen Lage und Leistungsfähigkeit der Gesellschaft beigetragen hätte.⁵⁸

b) Position der Beklagten

aa) Grundlage für die von der Klägerin stetig angewandte Berechnungsmethode und den Erstansatz der Rückstellung

- 126 Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass unter Swiss GAAP FER 16/11 ein Unternehmen zur Beurteilung seiner wirtschaftlichen Verpflichtungen gegenüber seiner Schweizer Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich auf den letzten Jahresabschluss dieser Vorsorgeeinrichtung, welcher nach Swiss GAAP FER 26 zu erstellen ist und nicht älter als zwölf Monate sein darf, abzustellen hat und nur, wenn diese Bilanz eine

⁵⁵ KS Rz. 125-131, 135, Replik 156-160; Beilage K 48, S.7, K 49, S. 15, B-SER 29.

⁵⁶ KS Rz. 132; Beilage K 35, K 48, K 33.

⁵⁷ Replik Rz. 168-171, Replik 193-194; Beilage B-SER 30, K 25.

⁵⁸ Replik Rz.205.

Unterdeckung ausweist, die Gesellschaft prüfen muss, ob wegen einer Unterdeckung in der Vorsorgeeinrichtung eine negative Auswirkung auf ihren künftigen Geldfluss im Rahmen einer gewünschten oder geforderten Finanzierung möglich ist, wobei hierfür zusätzlich die Bedingungen für die Bildung einer Rückstellung erfüllt sein müssen (Swiss GAAP FER 16/2 und 16/7).⁵⁹

- 127 Gemäss der Beklagten wies der Jahresabschluss der Schweizer Vorsorgeeinrichtung der Klägerin unbestrittenermassen nie eine Unterdeckung auf, und die Klägerin begründete die Bildung der Rückstellungen auch nie mit einer solchen, womit im Restatement [20X0 – 3 Jahre] und im konsolidierten Abschluss [20X0 – 2 Jahre] nach Swiss GAAP FER keine entsprechenden Rückstellungen zu erfassen gewesen wären und dem CFO der Klägerin diese Tatsache bekannt war. Mit Ansetzung dieser Rückstellungen und nicht Offenlegung der alternativen Methode hat die Klägerin somit vorsätzlich gegen Swiss GAAP FER 16 sowie gegen das den Swiss GAAP FER zu Grunde liegende Prinzip der «True and Fair View» verstossen. Des Weiteren hat sie im Restatement nicht erläutert, wie sie unter diesen eigenen Berechnungen der Verpflichtungen von ursprünglich ca. CHF [Betrag] auf noch CHF [Betrag] gelangte, wodurch sie Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 8 verletzte. Des Weiteren ist die erfolgte Offenlegung vor allem deshalb falsch, weil die Klägerin im Geschäftsbericht [20X0 – 2 Jahre] ausdrücklich festhält, dass die Wert-Herleitung auf Basis des Deckungsgrads der Vorsorgeeinrichtung kalkuliert wurde.⁶⁰

bb) Regelkonforme Berechnungsmethode zur Erfassung der wirtschaftlichen Verpflichtung

- 128 Die Beklagte führt aus, dass hinsichtlich der Grundlage für die Beurteilung der wirtschaftlichen Verpflichtungen in casu entgegen der Ansicht der Klägerin und ihres Gutachtens nicht Swiss GAAP FER 16/9 einschlägig ist, da es sich hierbei um eine allgemeine Regel handelt, welche durch Swiss GAAP FER 16/11 als *lex specialis* für rein schweizerische Konstellationen, d.h. eine Schweizer Gesellschaft und eine Schweizer Vorsorgeeinrichtung, verdrängt wird. Des Weiteren, falls Raum für andere Methoden bestanden hätte, wären die entsprechenden Voraussetzungen in casu nicht gegeben gewesen und wäre die Bestimmung von der Klägerin falsch angewandt worden.⁶¹

⁵⁹ KA Rz 53-54, 123-132, 139-140, 429, 431, Duplik Rz. 190-193, 196-203, 207, 411-412; Beilag B-SER 29, K 76, B-SER 40.

⁶⁰ KA Rz. 28, 55-58, 27, 133-135, 206, 434-435, Duplik 206, 255-258; Beilage K 46, B-SER 29.

⁶¹ KA Rz. 141-143, 236-238, 433; Beilage B-SER 29, K 33.

- 129 Gemäss der Beklagten müssten allfällige abweichende Berechnungen gemäss international anerkannten Regelwerken erstellt und verwendet werden, die dazu verwendeten technischen Grundlagen anerkannt und allgemein zugänglich sein und die Methode stetig beibehalten werden (Swiss GAAP FER 16 und 16/9). Entgegen dem klägerischen Gutachten besteht unter Swiss GAAP FER 16/9 kein Wahlrecht der Gesellschaft, nach welchem wechselnden Standard die wirtschaftlichen Verpflichtungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung ermittelt werden sollen.⁶² Die von der Klägerin berechnete Unterdeckung und die daraus angeblich folgende wirtschaftliche Verpflichtung folgt jedoch keinem internationalen Regelwerk. Des Weiteren folgen die Berechnungen nicht einem dynamischen Modell, was ausschliesslich zulässig wäre, sondern sie verwendet dieselbe statische Methode, welche auch die Vorsorgeeinrichtung selbst anwandte, jedoch mit einem eigenen, abgeänderten technischen Zinssatz, dadurch implizierend, dass der Abschluss der Vorsorgeeinrichtung unter falschen Prämissen und somit in Verletzung von Swiss GAAP FER «True and Fair View» erstellt worden ist. Die Klägerin hat also gar keine alternative Methode angewandt.⁶³
- 130 Die Beklagte bestreitet die klägerische Behauptung, dass sich der Verwaltungsrat der Klägerin bei der ursprünglichen Ansetzung der Rückstellungen in Höhe von CHF [Betrag] unter Swiss GAAP FER von den drei genannten Kriterien (massiver Stellenabbau, die hohe Wahrscheinlichkeit der Senkung des technischen Zinssatzes von [tiefe zweistellige Zahl]% sowie der Wechsel zu den Generationentafeln) leiten liess. Dies widerspricht den Fakten, dem Abstimmungsverhalten der Klägerin in der Vorsorgeeinrichtung – welche daraufhin arbeitete, dass dort keine Unterdeckung ausgewiesen wurde, und den Zinssatz von [tiefe zweistellige Zahl]% als vertretbar erachtete – der Erkenntnis des CFO,⁶⁴ der Mathematik⁶⁵ und dem Auflösungsbeschluss der gesamten Rückstellungen durch den Verwaltungsrat, der sich von völlig anderen Kriterien leiten liess.^{66 67}
- 131 Die Beklagte bestreitet, dass sich der klägerische Verwaltungsrat bei seinem Entscheid zur Ansetzung der Rückstellung auf den Vorsorgebericht stützte, denn dieser kam zum Schluss, dass die Vorsorgeeinrichtung sämtliche zukünftigen Verpflichtungen ohne fremde Hilfe uneingeschränkt erfüllen konnte. Hinsichtlich der klägerischen Ausführungen zu den Höhen der Zinssätze im Zusammenhang mit der Bildung der Rückstellung im Jahre [20X0 – 2 Jahre] vertritt die Beklagte die Ansicht, dass

⁶² KA Rz. 241-247.

⁶³ KA Rz. 60-61, 144-149, Duplik Rz. 182-183, 204-205, 413; Beilag B-SER 29, K 48.

⁶⁴ Vgl. Rz. 151 ff., *infra*.

⁶⁵ Vgl. Rz. 131, *infra*.

⁶⁶ Vgl. Rz. 151 ff., *infra*.

⁶⁷ KA Rz. 406-407, Duplik 173, 177.

die Senkung des technischen Zinssatzes von [tiefe zweistellige Zahl]% auf [tiefe zweistellige Zahl]% (wobei die Beklagte bestreitet, dass ein solcher als realistisch erachtet wurde) noch nicht zu einer Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung geführt hätte und ihr Deckungsgrad immer noch bei [Zahl >100]% gelegen hätte. Eine Unterdeckung wäre erst bei Vorliegen eines technischen Zinssatzes von [tiefe zweistellige Zahl]% möglich gewesen, wobei sich diese dann auf CHF [Betrag] belaufen hätte, was sich nicht mit der vorgenommenen Rückstellung von CHF [Betrag] deckte. Eine Unterdeckung in diesem Rahmen hätte aber noch nicht zur Notwendigkeit einer Sanierung geführt, welche erst bei einer Unterdeckung von [hohe zweistellige Zahl]% gegeben wäre, was auch den klägerischen Organen bekannt war, und selbst wenn, dann wäre höchstens eine Rückstellung von CHF [Betrag] oder sogar nur die Hälfte (im Sinne der Teilauflösung der Rückstellungen in den Jahresabschlüssen [20X0] und [20X1]) gerechtfertigt gewesen.⁶⁸

- 132 Die Beklagte bestreitet, dass die Angleichung des technischen Zinssatzes der Vorsorgeeinrichtung an den Referenzzinssatz der Vorsorgeexperten über einen Zeitraum von sieben Jahren gemäss Fachrichtlinie FRP 4 bereits im Jahr [20X0 – 4 Jahre] beschlossen wurde und sich die Klägerin folglich darauf stützte. Denn im Abschluss der Vorsorgeeinrichtung [20X0 – 4 Jahre] bestand gar keine Differenz zwischen technischem und empfohlenem Zinssatz; beide lagen bei [tiefe einstellige Zahl]%. Grundsätzlich sei die Frage aber irrelevant. Des Weiteren bestreitet die Beklagte, dass die Vorsorgeeinrichtung mehrfach eine massgebliche Unterdeckung aufwies, wobei die Klägerin selbst eine Unterdeckung von [hohe zweistellige Zahl]% als relevant einstufte. Im Vorsorgebericht findet sich ausserdem keine Empfehlung, wonach die Anpassung des Zinssatzes über sieben Jahre erfolgen solle, wobei dies grundsätzlich irrelevant wäre, da bei der Vorsorgeeinrichtung auch die Senkung des technischen Zinssatzes um [Zahl <1]% nicht zu einer Unterdeckung geführt hätte. Und auch die als K 41 ins Recht gelegte Tabelle vermag die Herleitung der [20X0 – 2 Jahre] und [20X0 – 1 Jahr] angesetzten Rückstellungen in der Höhe von CHF [Betrag] nicht zu begründen.⁶⁹
- 133 Die Beklagte bestreitet ferner, dass sich die von der Klägerin herbeigerechnete Unterdeckung aus dem Abstellen auf die Fachrichtlinien der Schweizerischen Kammer der Pensionskassen-Experten ergeben würde, was sich aus der Tabelle mit den für jedes Jahr von der Kammer veröffentlichten Referenzzinssätzen ergibt.⁷⁰ Ausserdem ist, da eine sofortige Liquidation der Vorsorgeeinrichtung nie zur Diskussion stand,

⁶⁸ KA Rz. 62-73, 408-409, 421-424, 449, Duplik 174-176, 220-223, 244-247; Beilage K 25, B-SER 27, K 38, K 54, K 47, B-SER 37

⁶⁹ Duplik Rz. 230-234, 248, 250; Beilage K 38, K 41.

⁷⁰ KA Rz. 410-414; Beilage B-SER 35.

der Solvenzttest PKST irrelevant und stellt überdies keine Methode im Zusammenhang mit der Rechnungslegung nach Swiss GAAP FER dar.⁷¹ Schliesslich bestreitet die Beklagte auch die Richtigkeit der klägerischen Behauptung, wonach sich ein Rückstellungsbedarf daraus ergeben habe, dass bei der Vorsorgeeinrichtung in früheren Jahren zeitweise eine Unterdeckung vorlag.⁷²

cc) Erfüllung der Voraussetzung für den Ausweis der Rückstellung

134 Das von der Klägerin gewählte Vorgehen ist gemäss der Beklagten in den Swiss GAAP FER nirgends vorgesehen und verstösst auch insoweit gegen Swiss GAAP FER 16/11, wonach die Ermittlung der wirtschaftlichen Verpflichtungen der Organisation mit den Annahmen der Vorsorgeeinrichtung übereinstimmen soll. Die von B. SA erstellten Szenarien bilden keine rechnungslegungsmässige Methode i.S.v. Swiss GAAP FER 16/9, sondern sind als ökonomische Stresstests zu betrachten und wurden der Vorsorgeeinrichtung nicht zur Kenntnis gebracht. Schliesslich hat die Klägerin in ihrer Jahresrechnung die Anwendung ihrer alternativen Methode nicht offengelegt.⁷³

135 Die Beklagte lässt ausführen, dass selbst wenn die Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung gegeben gewesen wäre, mehrere der Voraussetzungen gemäss Swiss GAAP FER 23/1 für die Bildung von Rückstellungen nicht vorgelegen hätten:

- (1) Es fehlte an einem in der Vergangenheit liegenden Ereignis, welches vor dem Bilanzstichtag stattgefunden hatte, da das Risiko von jeweils aus Sicht des entsprechenden Bilanzstichtags in Zukunft sinkenden technischen Zinssätzen diese Voraussetzung nicht erfüllte. Die Beklagte bestreitet die klägerische Behauptung, dass das verpflichtende Ereignis in casu der Bestand der Vorsorgeverpflichtungen der eigenen Vorsorgeeinrichtung ist. Relevant wird diese Vorsorgeverpflichtung für die Klägerin allenfalls erst, wenn die Vorsorgeeinrichtung eine Unterdeckung ausweist. Die Beklagte geht mit der Klägerin einig, dass die Höhe der Rückstellungen vom zukünftigen Zinssatz abhängt. Dieser wird aber nicht nach Gutdünken gewählt und auch nicht von der Gesellschaft bestimmt, sondern von der Vorsorgeeinrichtung für die Berechnung ihres Deckungsgrads verwendet (Swiss GAAP FER 16/9).

⁷¹ KA Rz. 415-418.

⁷² KA Rz. 439.

⁷³ KA Rz. 150-155, 425; Beilage B-SER 29, K 48.

- (2) Dass im Zeitpunkt der jeweiligen Bilanzierung eine rechtliche Verpflichtung der Klägerin zur Sanierung der Vorsorgeeinrichtung bestanden hätte, kann ausgeschlossen werden und wird nicht (substantiiert) behauptet. Die Beklagte bestreitet ferner, dass eine faktische Verpflichtung bestand, und weist darauf hin, dass selbst die Klägerin zugibt, dass es keinen Beschluss gab, die Vorsorgeeinrichtung freiwillig zu unterstützen. Der Zirkelschluss⁷⁴ der Klägerin, wonach sich ihre faktische Verpflichtung als Voraussetzung für die Bildung einer Rückstellung eben darin gezeigt habe, dass man eine Rückstellung gebildet habe, ist irrelevant. Schliesslich wäre es überdies an der Klägerin, das Vorliegen der positiven Tatsache, d.h. das Vorhandensein der faktischen Verpflichtung zu beweisen, wobei diese Beweislast auch bei Anwendung des Grundsatzes *negativa non sunt probanda* bei der Klägerin liegen würde.⁷⁵
- (3) Des Weiteren war auch das Kriterium der Wahrscheinlichkeit der Mittelabflüsse nicht erfüllt. Nicht einmal die Vorsorgeeinrichtung selbst ging von einer absehbaren Sanierungsbedürftigkeit aus (allenfalls lag eine eingeschränkte Risikofähigkeit vor, was aber noch nicht zu einer Sanierungspflicht führt)⁷⁶ und entsprechend wurden auch keine Schritte für eine Sanierung skizziert, geschweige denn von der Klägerin behauptet, dass die Vorsorgeeinrichtung für eine Sanierung auf deren Mittel angewiesen sein würde. Des Weiteren war die Höhe des voraussichtlichen Mittelabflusses mit der angewandten Methode nicht schätzbar. Überdies reicht entgegen dem klägerischen Gutachten eine weitaus tiefere Eintrittswahrscheinlichkeit, d.h. wenn die Eintretenswahrscheinlichkeit klar unter [mittlere zweistellige Zahl]% liegt, nicht für die zulässige Bildung einer Rückstellung.^{77 78}
- 136 Die Beklagte bestreitet, dass die erwartete und später eingetroffene Reduktion des technischen Zinssatzes die gebildete Rückstellung rechtfertigt. In der Tat gab es auch später nie eine Reduktion, welche zu einer Unterdeckung der Vorsorgeeinrichtung führte.⁷⁹

⁷⁴ KA Rz. 256-257; Beilage K 33.

⁷⁵ Duplik, Rz. 241-242, Stellungnahme zur Triplik, Rz. 35-54.

⁷⁶ Duplik Rz. 229, 236-238; K 38.

⁷⁷ KA Rz. 447, 239-240, Duplik Rz. 240; Beilage K 33.

⁷⁸ KA Rz. 156-168, 387, 441-442, 449, 445, Duplik Rz 209-218, 224, 228, 235, Stellungnahme zur Triplik Rz. 66-72; Beilage B-SER 29, K 46, B-SER 42.

⁷⁹ KA Rz. 446; Beilage B-SER 36.

dd) Regelkonforme Offenlegung der Rückstellung in den Consolidated Financial Statements und Wahrung des Grundsatzes von True & Fair View durch die Klägerin

- 137 Gemäss der Beklagten blieben die Rückstellungen in Höhe von CHF [Betrag] im konsolidierten Jahresabschluss [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin nicht unverändert in den Büchern, sondern wurden gemäss Swiss GAAP FER 23/8 in derselben Höhe wieder angesetzt, obwohl sich der Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung auf [Zahl >100]% erhöht hatte, womit der Ansatz für die Rückstellung noch weniger gerechtfertigt war als im vorangehenden Jahr und unter denselben Mängeln litt. Da sich der Deckungsgrad verbessert hatte, war zudem die Ausgangslage günstiger als im Vorjahr, womit die identische Behandlung der Rückstellungsfrage den Grundsatz der Stetigkeit verletzte⁸⁰. Im Anhang zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin finden sich keinerlei Informationen zum konzeptionellen Vorgehen bei der jährlichen Neufestsetzung der Rückstellung, obwohl dies nötig gewesen wäre.⁸¹

c) Beurteilung durch das Schiedsgericht

- 138 Wie bereits unter Rz. 106 ff. ausgeführt, sind im vorliegenden Verfahren nur die Konsolidierte Jahresrechnung [20X0] der Klägerin und die Konsolidierte Jahresrechnung [20X1] der Klägerin relevant. Das Schiedsgericht muss sich deshalb nicht zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin und zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin äussern.
- 139 Insbesondere muss sich das Schiedsgericht aus diesem Grund auch nicht zur Regelkonformität des Erstansatzes der Rückstellung für wirtschaftliche Verpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahr] der Klägerin und zur Regelkonformität der unveränderten Fortschreibung dieser Rückstellung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin äussern.⁸²
- 140 Vielmehr geht es vorliegend nur um die Beurteilung der Rückstellungen bzw. reduzierten Rückstellungen für wirtschaftliche Verpflichtungen der Klägerin aus der Vorsorgeeinrichtung in den Konsolidierten Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] der Klägerin.

⁸⁰ KA Rz. 74-76, 169-174, 426-427, Dublik 262-264, B-SER 29.

⁸¹ Beilage B-SER 30.

⁸² Siehe Rz.108, *supra*.

E. Jahresrechnung [20X0]**1. Position der Klägerin****a) Regelkonforme Teilauflösung der Rückstellung**

- 141 Nach Auffassung der Klägerin nahm sie im Hinblick auf die Erstellung der Jahresrechnung [20X0] pflichtgemäss in Anwendung von Swiss GAAP FER 16/3, 23/8 und 16/9 die jährliche Neubeurteilung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen vor. Der damalige CFO führte in seiner Präsentation vom [Datum] [20X0] vor dem Audit Komitee aus, dass die Vorsorgeeinrichtung per Dezember [20X0 – 1 Jahr] bei Verwendung eines technischen Zinssatzes von [tiefe einstellige Zahl]% und BGV [20X0 – 6 Jahre] einen Deckungsgrad von [Zahl >100]% auswies und dass eine weitere Reduktion auf [tiefe einstellige Zahl]% oder sogar [tiefe einstellige Zahl]% jedoch notwendig werden würde aufgrund der ungünstigen Struktur der Vorsorgeeinrichtung. Aufgrund diverser Berechnungen, welche erneut auf B.____ SA-Szenarien beruhten, ergab sich ein Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung von [hohe zweistellige Zahl]% resp. [hohe zweistellige Zahl]% bei Anwendung eines technischen Zinssatzes von [tiefe einstellige Zahl]% bzw. [tiefe einstellige Zahl]%. Aufgrund dessen schlug der CFO eine vollständige Beibehaltung der Rückstellungen vor.⁸³ Im Wissen um eine erwartete Reduktion des technischen Zinssatzes entschied der Verwaltungsrat jedoch am [Datum] [20X0], die Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen vollständig aufzulösen, da die Vorsorgeeinrichtung bis zum damaligen Datum nicht hatte saniert werden müssen.⁸⁴
- 142 Gemäss der Klägerin wandten sich daraufhin der CEO und der CFO mit dem Antrag vom [Datum] [20X0] an den Verwaltungsrat und beantragten, den Entscheid vom [Datum] [20X0] in Wiedererwägung zu ziehen, wobei sie ihren Antrag insbesondere mit dem absehbaren Abfall des technischen Zinssatzes auf [tiefe einstellige Zahl]% und mittelfristig sogar auf [tiefe einstellige Zahl]% und den daraus nachteiligen Folgen für die Klägerin und die Vorsorgeeinrichtung sowie den Sanierungsmassnahmenplan, welcher bei einer Unterdeckung von [hohe zweistellige Zahl]% zu unterbreiten wäre, begründeten⁸⁵. Auf Wunsch des Verwaltungsratspräsidenten führte der CFO in der Folge mit E-Mail vom [Datum] [20X0] nochmals detailliert die Gründe für den Rückkommensantrag aus und stellte den Antrag, die Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen im Betrag von CHF [Betrag] auf CHF [Betrag] zu reduzieren.⁸⁶ Die Klägerin bestreitet, dass der CFO in dieser E-Mail zugab, dass kein Sachverhalt für eine Rückstellung vorlag. Die Klägerin ist

⁸³ KS Rz. 139, Beilage K 50, K 51, K 52.

⁸⁴ KS Rz. 136, 139-140; Beilage K 50, K 51, K 52, K 53.

⁸⁵ KS Rz. 144, Beilage K 46.

⁸⁶ Replik 184ff.

im Gegenteil der Ansicht, dass sich daraus die Anerkennung einer moralischen und somit faktischen Verpflichtung der Klägerin ergibt.⁸⁷

- 143 In seinen Ausführungen legte der CFO dar, dass sich der Betrag von CHF [Betrag] rechnerisch belegen liess, wobei er bei seinen Überlegungen u.a. dieselben Unterlagen zu Rate zog wie für seinen Vorschlag, die Rückstellungen im vollen Umfang beizubehalten: Bei einem Vorsorgevermögen von CHF [Betrag] und einem technischen Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% beliefen sich die Vorsorgeverpflichtungen auf CHF [Betrag], woraus eine Unterdeckung von CHF [Betrag] resultierte. Angesichts des positiven Deckungsgrads bei mittlerweile [tiefe einstellige Zahl]% und der Stabilisierung des Mitarbeiterbestands kam die Geschäftsleitung zum Schluss, dass eine Rückstellung in der Höhe der Hälfte der Unterdeckung, aufgerundet, wobei eine angemessene Rundung⁸⁸ gemäss Swiss GAAP FER 33 als zur besseren Übersicht zweckmässig erscheint, auf CHF [Betrag] angemessen sei. Dies insbesondere auch, da der Verwaltungsrat nicht bereit war, die Vorsorgeeinrichtung einseitig zu refinanzieren. Des Weiteren stützte sich der CFO bei seiner Überlegung auf die Feststellungen der Revisionsstelle, wonach eine wirtschaftliche Verpflichtung der Klägerin gegenüber der Vorsorgeeinrichtung vorlag, und den Umstand, dass eine vollständige Auflösung der Rückstellungen bei den Anlegern angesichts des relativ hohen Jahresverlusts eine nicht den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Finanzlage präsentieren würde und daher Probleme mit der SIX auslösen könnte.⁸⁹
- 144 Die Klägerin führt aus, dass in der Folge der Verwaltungsratspräsident, nachdem er mit E-Mail vom [Datum] [20X1] die restlichen Mitglieder des Verwaltungsrats konsultiert hatte, mit E-Mail vom [Datum] [20X1] dem CFO mitteilte, dass der Verwaltungsrat dem Antrag der Geschäftsleitung folge und lediglich eine Auflösung der Rückstellung im Umfang von CHF [Betrag] beschlossen habe. Dieser Meinungsbildungsprozess wurde im Protokoll des Audit Komitees vom [Datum] [20X1] zusammengefasst. Des Weiteren stimmte auch die Revisionsstelle dem Vorgehen zu. Die Klägerin hielt folglich eine wirtschaftliche Verpflichtung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung in der Höhe von CHF [Betrag] immer noch für wahrscheinlich, weshalb sie sich gegen eine vollständige Auflösung der Rückstellung entschied.⁹⁰
- 145 Hinsichtlich der Auflösung auf den Wertberichtigungen auf Vorräten lässt die Klägerin ausführen, dass bereits in ihrem Schreiben vom [Datum] [20X3] dargelegt

⁸⁷ KS Rz. 141-142, Replik 186; Beilage K 54, K 46.

⁸⁸ Replik Rz. 197.

⁸⁹ KS Rz. 143-144; Beilage K 52, K 55, K 53, K 56.

⁹⁰ KS Rz. 145-148, 155; Beilage K 57, K 58, K 59, K 60, K 33.

wurde, dass diese in keinem Zusammenhang mit der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen standen. Hierfür bestanden wirtschaftliche Gründe und sie wurde von der SER auch nicht beanstandet.⁹¹

- 146 Die Klägerin ist der Ansicht, dass die bei erstmaligem Ansatz der Rückstellung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin angewandte Berechnungsmethode zur Erfassung einer wirtschaftlichen Verpflichtung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung mit denselben anerkannten und allgemein zugänglichen Einflussfaktoren stetig fortgeführt wurde. Dies wird auch im beklagischen Gutachten festgestellt, wonach die Herleitung der verbleibenden Unterdeckung und die Offenlegung der Rückstellung stetig gemacht wurde. Des Weiteren ist inzwischen belegt, dass die Klägerin in Einklang mit Swiss GAAP FER 16/9 von objektiven markt- und wirklichkeitsnahen Annahmen, insbesondere auch hinsichtlich des damals verwendeten Zinssatzes, ausging, als sie basierend auf der Simulation des technischen Referenzzinssatzes von F.____ SA den Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung durch B.____ SA simulieren und die Höhe der wirtschaftlichen Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung berechnen liess.⁹²

b) Regelkonforme Offenlegung der Rückstellung

- 147 Die Klägerin lässt ausführen, dass sie die verbleibende Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen im Betrag von CHF [Betrag] den Anforderungen von Swiss GAAP FER 16/5 entsprechend und übereinstimmend mit der Offenlegung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin und in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Klägerin offenlegte. In der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin wird auf Ziff. 25 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin verwiesen, wobei unter Ziff. 25.1 die Veränderung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen tabellarisch offengelegt wird, und zwar als Veränderung der wirtschaftlichen Verpflichtungen zwischen den beiden offengelegten Bilanzstichtagen. Anschliessend an die Tabelle wird wiederum erläutert mit Verweisung auf den wesentlichsten Einflussfaktor für die Bewertung der Rückstellung, dass die Ansetzung der genannten Rückstellung auf der Annahme basiert, dass der technische Zinssatz mittelfristig gesenkt werden müsse und infolgedessen immer noch eine wirtschaftliche Verpflichtung bestehe, wobei nach einer Neubewertung die Rückstellung CHF [Betrag] betrage und als Personalaufwand erfasst werde.⁹³

⁹¹ KS Rz. 226, Replik Rz. 180-181; Beilage K 40, K 57.

⁹² KS Rz. 149-154, 156, Replik 195-198; Beilage K 33, K 42, K 60, K 52, K 50, B-SER 29.

⁹³ KS Rz. 158-160, 165, Replik 203; Beilage K 55, K 77

148 Gemäss den klägerischen Ausführungen wurde der bilanzielle Einbezug der wirtschaftlichen Verpflichtungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung zudem u.a. auf S. 6 des Financial View & Management Report [20X0] der Klägerin unter dem Untertitel «Balance Sheet» erläutert. Ferner erfolgte derselbe Hinweis im Lagebericht [20X0] der Klägerin. Gemäss den Darstellungen und Erläuterungen in Ziff. 25. 1 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin wurde die Auflösung der Rückstellung ferner vorschriftsgemäss über den entsprechenden Vorsorgeaufwand als Teil des Personalaufwands in der Erfolgsrechnung erfasst sowie grundlegend in Ziff. 2.14 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin. Ausserdem wurde unter der Rubrik «Personnel expenses» in Ziff. 7 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin die Auflösung der Rückstellung unter der Bezeichnung «Release of provision for retirement benefit obligations» offengelegt und zum übrigen Personalaufwand in Beziehung gesetzt, wobei gleichzeitig auch der gesamte Vorsorgeaufwand im Jahr [20X0] offengelegt wurde. In der konsolidierten Erfolgsrechnung im Annual Report [20X0] flossen CHF [Betrag] des aufgelösten Rückstellungsbetrags in den Betriebsaufwand («Operating expenses») und CHF [Betrag] wurden unter den Umsatzkosten («Cost of sales») verbucht.⁹⁴

c) *Keine Beeinträchtigung der finanziellen Berichterstattung [20X0]*

149 Die Klägerin ist der Ansicht, dass sie gemäss gängiger Praxis nicht aufschlüsselte, unter welcher Kostenart in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin die aufgelöste Rückstellung erfasst wurde, wobei dies den Ausweis des Betriebsergebnisses nicht beeinflusste, da dieses beide Kostenarten beinhaltet. Ausserdem war die vorgenommene Aufteilung der Rückstellung vorliegend unwesentlich. Dies, da der Betrag der Rückstellungsauflösung gemessen am jeweiligen Aufwandsposten verschwindend klein war und auch der Gross profit dadurch kaum beeinflusst wurde. Im Financial View & Management Report [20X0] der Klägerin wurde unter dem Untertitel «Operating expenses» dann ausgeführt, dass die Klägerin im Jahr [20X0] in der Lage war, ihren Betriebsaufwand dank Kosteneinsparungsmassnahmen im Betrag von CHF [Betrag] zu reduzieren. Letztere waren in der Tat hauptsächlich auf den gesunkenen Umsatz der Klägerin zurückzuführen, wobei der Anteil der Rückstellungsauflösung an der gesamten Kostenreduktion lediglich [tiefe zweistellige Zahl]% ausmachte. Hinsichtlich der Beurteilung der Schwere einer allfälligen Verletzung der finanziellen

⁹⁴ KS Rz. 161-164; Beilage K 55, K 61.

Berichterstattung ist zu fragen, ob sich die Rückstellungsauflösung in der Tat auf die Aussagekraft der Berichterstattung ausgewirkt hat. In casu musste die Klägerin trotz Auflösung der Rückstellung nach wie vor ein negatives Ergebnis präsentieren.⁹⁵

- 150 Gemäss der Klägerin ist folglich nicht ersichtlich, inwiefern die Rückstellungsauflösung unter Berücksichtigung ihrer Offenlegungsmassnahmen geeignet gewesen war, die finanzielle Berichterstattung [20X0] zu verfälschen und den Grundsatz von True & Fair View nach Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 6 zu verletzen. Dies, da es für die Anleger aufgrund der regelkonformen Offenlegung ein Leichtes war, diese bei der Beurteilung des klägerischen Ergebnisses zu berücksichtigen.⁹⁶

2. Position der Beklagten

- 151 Gemäss den beklagten Behauptungen erwies sich das Geschäftsjahr [20X0] als schwierig für die Klägerin, weshalb die Rückstellung für die Vorsorgeverpflichtungen im Zusammenhang mit der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin intern ausführlich besprochen wurde. Alle denkbaren Varianten, d.h. gänzliche Beibehaltung, gänzliche Auflösung bzw. teilweise Auflösung wurden einmal formell beantragt und/oder im ersten oder zweiten Anlauf formell beschlossen, was die Relevanz der Rückstellung für die Abschlussgestaltung zeigt.⁹⁷
- 152 Gemäss der Beklagten präsentierte sich die Situation damals wie folgt: Der für den Konzernabschluss relevante Abschluss der Vorsorgeeinrichtung wies bei Anwendung eines Zinssatzes von [tiefe einstellige Zahl]% einen Deckungsgrad von [Zahl >100]% aus, womit für eine Rückstellung kein Grund vorlag. Entgegen dem Antrag des CFO (und der Revisionsstelle), die Rückstellung komplett beizubehalten, entschied der Verwaltungsrat am [Datum] [20X0] die vollständige Auflösung der Rückstellung mit der Begründung, dass die Vorsorgeeinrichtung im jetzigen Zeitpunkt nicht zu sanieren gewesen sei. Da dieses Kriterium bereits in den Jahren [20X0 – 2 Jahre] und [20X0 – 1 Jahr] vorlag war, damals aber anders entschieden wurde, verletzte ein solcher Entscheid den Grundsatz der Stetigkeit. Des Weiteren wäre mit dieser Begründung die frühere Bildung der Rückstellung sicher falsch gewesen, denn die Vorsorgeeinrichtung musste noch nie saniert werden.⁹⁸

⁹⁵ KS Rz. 167-172, Replik 204-209, 216; Beilage K 1; K 62, K 55, B-SER 29, K 72.

⁹⁶ KS Rz. 173-175; Beilage K 55, K 1.

⁹⁷ KA Rz. 77-81; Beilage B-SER 28, K 54, K 46, K 57, K 58.

⁹⁸ KA Rz. 82-85, 456-457; Beilage K 50, K 53.

- 153 Am [Datum] [20X0] stellten der CFO und der CEO an den Verwaltungsrat der Klägerin einen Rückkommensantrag und beantragten, eine Teilauflösung der Rückstellung zu beschliessen mit der Begründung, dass verschiedene Anzeichen, welche auch genannt wurden, für eine mittelfristige mögliche Sanierung vorliegen.⁹⁹
- 154 Die Beklagte führt hierzu weiter aus, dass die offizielle Begründung nicht den effektiv aufgeführten Gründen für das Vorgehen und dem Antrag des CFO zur teilweisen Beibehaltung der Rückstellungen entsprach, was der E-Mail zwischen dem CFO und dem Verwaltungsratspräsidenten vom [Datum] [20X1] zu entnehmen ist, wobei dieser in Kenntnis des rechtmässigen Alternativverhaltens ein Restatement befürchtete. In der E-Mail vom [Datum] [20X1] räumte der CFO überdies ein, dass die Rückstellung von Anfang an unnötig gewesen war und mahnte insbesondere hinsichtlich der SIX zur Vorsicht bei deren Auflösung unter dem Verweis, dass die fehlenden CHF [Betrag] zur Abschlussgestaltung anderweitig aufgebracht werden können (was dann auch durch die Auflösung von Wertberichtigungen auf Vorräten beinahe komplett gelang). Des Weiteren teilte der CFO dem Verwaltungsratspräsident mit, dass in der Tat trotz Bildung von Rückstellungen keine diesbezügliche Leistungsverpflichtung der Klägerin bestehe, wenn schon höchstens eine moralische. Die Beklagte bestreitet, dass die E-Mail vom [Datum] [20X1] die Verantwortung hinsichtlich der eigenen Vorsorgeeinrichtung belegen soll. Zusammengefasst kann nach Auffassung der Beklagten somit festgehalten werden, dass die Rückstellung nicht aufgrund der offiziell genannten Gründe gemacht wurde, sondern um die Beklagte im Rahmen der gewünschten Abschlussgestaltung nicht auf den Plan zu rufen.¹⁰⁰
- 155 Die Beklagte bestreitet, dass die Teilauflösung der Wertberichtigungen für Vorräte in keinem Zusammenhang mit der Rückstellung der Vorsorgeverpflichtungen stand. Der Zusammenhang wurde durch die Organe der Klägerin selbst hergestellt und ist belegt.¹⁰¹
- 156 In der Folge wurde die Rückstellung teilweise aufgelöst, wobei die Rückstellung nun in der Höhe der Hälfte der berechneten Unterdeckung angesetzt wurde, was einen nicht deklarierten Methodenwechsel darstellt im Vergleich zu den Jahren [20X0 – 2 Jahre] und [20X0 – 1 Jahr] und das Prinzip der Stetigkeit verletzte.¹⁰² Die Auflösung hatte folgende Auswirkungen auf die Erfolgsrechnung für das Geschäftsjahr [20X0]: CHF [Betrag] flossen in die Reduktion der «Cost of sales» und CHF [Betrag] in die Reduktion der «Operating expenses». Ersteres führte zu einer Verbesserung des

⁹⁹ KA Rz. 86-90, Duplik 455-461; Beilage K 54.

¹⁰⁰ KA Rz. 91-107, 180, 188, 444, 459, Duplik 291-297, 455-461, 464; Beilage K 20, K 46.

¹⁰¹ Replik Rz. 276-284; Beilage K 40, K 46, K 57.

¹⁰² Duplik Rz. 250-251; K 41.

Brutto-Gewinns («Gross profit») und beides zusammen verbesserte das betriebliche Ergebnis («Operating result» / EBIT). Diese Aufteilung resp. die Auswirkungen des klägerischen Vorgehens wurden nirgends offengelegt.¹⁰³

- 157 Die Beklagte bestreitet den klägerischen Vorwurf der mangelnden Substantiierung der Regelverletzung im Zusammenhang mit der Reduktion der Rückstellung für Vorsorgeleistungen im Jahr [20X0] (und [20X1]). Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass sie die unzulässige Erstansetzung der Rückstellung im Jahr [20X0 – 2 Jahre] rechtsgenügend behauptet und bewiesen hat, womit deren (teilweise), jederzeit die Swiss GAAP FER verletzende, Beibehaltung in den Folgejahren, da sich die entscheidenden Tatsachen auch nicht verändert haben, nicht nochmals substantiiert behauptet und bewiesen werden muss.¹⁰⁴
- 158 Entgegen dem klägerischen Gutachten erfolgte die Auflösung der Rückstellung in casu nicht transparent. Die Beklagte lässt vortragen, dass das klägerische Vorgehen bei der Auflösung der Rückstellung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin (und dann auch in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin, demselben Muster folgend) Swiss GAAP FER in verschiedener Hinsicht verletzt:
- In beiden Jahren blieben vorsätzlich Rückstellungen bestehen bzw. wurden neu angesetzt trotz bestehendem positiven Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung. Des Weiteren wurden die bereits im Jahr [20X0 – 2 Jahre] mit der Erstbildung gemachten Verstösse¹⁰⁵ wiederholt.
 - Überdies hatte die Reduktion der Rückstellung einen Effekt auf die Erfolgsrechnungen der Jahre [20X0] und [20X1], indem dadurch das Betriebsergebnis verbessert wurde.
 - Sowohl die Offenlegung bezüglich der verbleibenden Rückstellung als auch der aufgelösten Rückstellungen war zu knapp und ungeeignet, das Vorgehen effektiv transparent und nachvollziehbar zu machen, was auch der Klägerin bewusst war.¹⁰⁶
- 159 Gemäss der Beklagten ist eine Rundung im Betrag von CHF [Betrag] und im Umfang von [tiefe zweistellige Zahl]% ungewöhnlich.¹⁰⁷
- 160 Gemäss der Beklagten führte die Verletzung der Swiss GAAP FER zu einem falschen Bild für die Anleger, da das in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0]

¹⁰³ KA Rz. 108-114, 181, 183, 460-461, Duplik 307-313; Beilage K 46.

¹⁰⁴ Duplik Rz. 298-305 mit weiteren Verweisen.

¹⁰⁵ KA Rz. 66-77, 123-168.

¹⁰⁶ KA Rz. 175-179, 183-187, 189, 250-253; Beilage B-SER 29, K 33.

¹⁰⁷ Duplik Rz. 321; Beilage B-SER 29.

der Klägerin ausgewiesene Betriebsergebnis und der EBT (Resultat vor Ertragssteuern) ohne die Auflösung der Rückstellung für Vorsorgeleistungen bei einem Verlust von CHF [Betrag] und nicht CHF [Betrag] zu liegen gekommen wäre. Das tatsächliche Betriebsergebnis [20X0] war also um [hohe zweistellige Zahl]% schlechter als das im Jahresabschluss ausgewiesene. Das für das Jahr [20X1] ausgewiesene Betriebsergebnis verbesserte sich dank der Auflösung der Rückstellung im Betrag von CHF [Betrag] von CHF [Betrag] auf CHF [Betrag], d.h. um [tiefe zweistellige Zahl]%.¹⁰⁸

- 161 Hinsichtlich der Wesentlichkeit der Teilauflösung auf das Jahresergebnis [20X0] führt die Beklagte aus, dass die Veränderung des Gross profit im Umfang von CHF [Betrag] sogar oberhalb der von der Revisionsstelle der Klägerin selbst festgelegten Grenze der «Overall Group Materiality» von CHF [Betrag] lag. Des Weiteren erlaubte die Rückstellungsauflösung der Klägerin ihr negatives operatives Ergebnis (EBIT) sowie das negative Nettoergebnis von CHF [Betrag] auf CHF [Betrag] zu reduzieren und dadurch ihre im tieferen einstelligen Millionenbereich liegende Negativprognose nicht komplett zu verfehlen. Schon aus diesem Grund ist die «Manipulation» wesentlich. Die Wesentlichkeit wurde von den klägerischen Organen auch erkannt. Nicht relevant ist überdies die Tatsache, dass aus der Rückstellungsauflösung kein Gewinn resultierte.¹⁰⁹
- 162 Die Beklagte bestreitet, dass die Aufteilung der Auflösung der Rückstellung im Geschäftsjahr [20X0] sich aus S. 8 des Finanzberichts [20X0] herleiten lasse. Die von der Klägerin in der Klageschrift aufgezeigte Aufteilung der Beträge, - CHF [Betrag] werden über Operating expenses und CHF [Betrag] werden über Cost of sales aufgelöst wird in der Erfolgsrechnung und im Anhang nicht gezeigt.¹¹⁰ Ausserdem ist die Verweisung der Klägerin auf die Anwendung von Swiss GAAP FER 16/5 im genannten Kontext falsch.¹¹¹
- 163 Die Beklagte lässt überdies ausführen, dass es für den Betrachter sehr wohl von Relevanz ist, auf welcher Stufe im Betriebsergebnis sich eine Auflösung der Rückstellung auswirkt. Da nur ein Teil der Auflösung in den Cost of sales enthalten war, wird der falsche Eindruck erweckt, die Klägerin habe ihren Gross profit (wobei auch für diesen Titel die Kriterien der Verlässlichkeit und Klarheit gemäss Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 32 und 33 gelten), also eine wichtige Kennzahl bei der Beurteilung

¹⁰⁸ KA Rz. 190-193, Duplik Rz. 334.

¹⁰⁹ Duplik Rz. 340-348, 352-355; Beilage B-SER 38.

¹¹⁰ KA Rz. 466-468; Beilage K 55

¹¹¹ Duplik Rz. 327.

der unternehmerischen Leistung, entsprechend verbessert. Deshalb hätte die Aufteilung auf Cost of sales and Operating expenses offengelegt werden müssen.¹¹²

3. Beurteilung durch das Schiedsgericht

a) *Einleitung*

- 164 Unbestritten ist, dass die Klägerin den Verpflichtungen des KR untersteht. Nach Art. 49 Abs. 1 KR ist der Emittent verpflichtet, einen Geschäftsbericht zu veröffentlichen. Dieser umfasst den geprüften Jahresabschluss gemäss dem anwendbaren Rechnungslegungsstandard sowie den zugehörigen Bericht des Revisionsorgans (Testat). Gemäss Art. 51 KR sind Jahres- und Zwischenabschlüsse in Übereinstimmung mit einem vom Regulatory Board anerkannten Rechnungslegungsstandard zu erstellen. Unbestritten ist, dass die Klägerin ab 1. Januar [20X0 – 2 Jahre] ihre konsolidierten Jahresrechnungen gemäss Swiss GAAP FER erstellte und dies ein vom Regulatory Board nach Art. 51 KR in Verbindung mit Art. 6 RLR anerkannter Rechnungslegungsstandard ist. Ebenfalls unbestritten ist, dass die Konsolidierte Jahresrechnung [20X0] der Klägerin nach Swiss GAAP FER erstellt wurde.¹¹³ Wie Swiss GAAP FER, Einführung, zu entnehmen ist, wird der Rechnungslegungsstandard Swiss GAAP FER von der Stiftung für Fachempfehlungen zur Rechnungslegung in St. Gallen definiert und weiterentwickelt.¹¹⁴
- 165 Nach dem Rechnungslegungsstandard Swiss GAAP FER muss die Klägerin als börsennotierte Gesellschaft die sogenannten Kern-FER, d.h. Swiss GAAP FER Rahmenkonzept und Swiss GAAP FER 1-6, und die weiteren Standards von Swiss GAAP FER, d.h. Swiss GAAP FER 10-41 ohne Swiss GAAP FER 14, 21, 26, 40 und 41, einhalten. Daneben gilt für die konsolidierten Jahresrechnungen der Klägerin Swiss GAAP FER 30 (Konzernrechnung). Zudem ist die Klägerin als börsennotierte Gesellschaft an Swiss GAAP FER 31 (Ergänzende Fachempfehlung für kotierte Unternehmen) gebunden.¹¹⁵ Oberstes Prinzip von Swiss GAAP FER ist die «Vermittlung eines den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bilds der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage (True & Fair View)». ¹¹⁶ Ziff. 6 Swiss GAAP FER Rahmenkonzept lautet dementsprechend wie folgt:

¹¹² KA Rz. 470, 11-17, Duplik Rz. 338-339.

¹¹³ Ziff. 2.1 Anhang zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin.

¹¹⁴ Swiss GAAP FER, Einführung, S. 5 ff.

¹¹⁵ Zum Ganzen Swiss GAAP FER, Einführung, S. 11 f., und Ziff. 2 Swiss GAAP FER 1.

¹¹⁶ Swiss GAAP FER, Einführung, S. 5.

«Die Grundlage für die Jahresrechnung bildet ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild (True & Fair View).

True & Fair View ist ein Grundsatz, der verlangt, dass alle Informationen einer Organisation

- *die wirtschaftlichen Tatsachen wiedergeben und somit frei von Täuschungen und Manipulationen*
- *zuverlässig sowie*
- *auf die Bedürfnisse der Empfänger ausgerichtet sind.»*

Wiederholt wird dieses oberste Prinzip der True & Fair View gemäss Swiss GAAP FER in vielen weiteren Bestimmungen von Swiss GAAP FER, so z.B. Ziff. 1, 2 Abs. 2 und 4 Abs. 1 Swiss GAAP FER 1.

- 166 Die Rechnungslegung nach Swiss GAAP FER basiert nach Ziff. 4 Abs. 1 Swiss GAAP FER 1 auf dem Konzept von prinzipienorientierten Fachempfehlungen. Offene Fragen sind nach Ziff. 4 Abs. 2 Swiss GAAP FER 1 im Sinne von Swiss GAAP FER Rahmenkonzept¹¹⁷ und damit insbesondere im Sinne des Prinzips der True & Fair View zu lösen.¹¹⁸ Entsprechend seiner Prinzipienorientiertheit ist es nicht das Ziel von Swiss GAAP FER, jede Frage zu regeln.¹¹⁹ Das bedeutet aber nicht, dass von Swiss GAAP FER geregelte Fragen mittels Berufung auf die Prinzipienorientierung von Swiss GAAP FER und mittels Berufung auf vermeintliche Regelungslücken unterlaufen und übersteuert werden dürfen. Es verhält sich nicht anders als bei vom Schweizer Recht geregelten Fragen, welche nicht durch die vorschnelle Berufung auf Regelungslücken und die Anwendung von allgemeinen Prinzipien wie das Prinzip von Treu und Glauben gemäss Art. 2 ZGB unterlaufen und übersteuert werden dürfen.¹²⁰

¹¹⁷ Vgl. zur Prinzipienorientiertheit von Swiss GAAP FER (im Gegensatz «zum Modell des angelsächsischen «cookbook-accounting» oder des «rule-based approach») und zum «Fangnetz» Swiss GAAP FER Rahmenkonzept auch Peter Leibfried/Anita Gierbl Offene Fragen nach Swiss GAAP FER, EF 2018, S. 357 ff.

¹¹⁸ Leibfried/Gierbl, a.a.O., S. 357 ff.

¹¹⁹ Leibfried/Gierbl a.a.O., S. 357.

¹²⁰ Hans Merz, in: Hans Becker (Hrsg.), Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Einleitung Artikel 1-10 ZGB, Bern 1962, Art. 2 ZGB N 31 f., zur Generalklauseln wie Art. 2 ZGB innewohnenden Gefahr der Untergrabung und Auflösung des geformten Rechts durch Umdeutung in eine Legitimation für reine Billigkeitsentscheidungen im Sinne des gerade Angemessenen oder Wünschbaren.

- 167 Das Argument der Prinzipienorientiertheit von Swiss GAAP FER darf deshalb nicht dazu benutzt werden, eine spezifische Regel von Swiss GAAP FER, z.B. eine spezifische Regel von Swiss GAAP FER 16, unter Berufung auf eine vermeintliche Regelungslücke zu unterlaufen und zu übersteuern.¹²¹
- 168 Diesen Grundsatz exemplifiziert Swiss GAAP FER selbst am Beispiel des Vorsichtsprinzips, zu dem sich Ziff. 13 Swiss GAAP FER Rahmenkonzept wie folgt äussert:

«Der Grundsatz der Vorsicht ist eine Verhaltensweise, die in erster Linie bei der Bewertung Bedeutung hat. Das Vorsichtsprinzip darf nicht bewusst benutzt werden, um willkürliche stille Reserven zu bilden. Eine vorsichtige Bewertung gestattet nicht, Aktiven bewusst zu tief oder Verbindlichkeiten zu hoch zu bewerten, da die Jahresrechnung das Kriterium der Zuverlässigkeit und der True & Fair View erfüllen muss. Dagegen entspricht es dem Vorsichtsprinzip, bei Ungewissheit und gleicher Eintreffenswahrscheinlichkeit, die weniger optimistische Variante zu wählen.»

- 169 Somit darf das Vorsichtsprinzip als allgemeines Prinzip trotz Prinzipienorientiertheit von Swiss GAAP FER nicht dazu benutzt werden, Swiss GAAP FER und das Kriterium der True & Fair View zu unterlaufen und willkürlich stille Reserven zu bilden.

b) Swiss GAAP FER 16 im Allgemeinen

- 170 Die Klägerin ist unbestrittenermassen auch an Swiss GAAP FER 16 (Vorsorgeverpflichtungen) gebunden.¹²² Swiss GAAP FER 16 ist entsprechend seinem Titel den Vorsorgeverpflichtungen gewidmet. Es geht darin um *«die Rechnungslegung über die tatsächlichen wirtschaftlichen Auswirkungen von Vorsorgeverpflichtungen auf die Organisation (Arbeitgeber)»*.¹²³

c) Regelkonforme Teilauflösung der Rückstellung gemäss Swiss GAAP FER 16

- 171 Gemäss Ziff. 2 Swiss GAAP FER 16 bestehen die wirtschaftlichen Auswirkungen von Vorsorgeverpflichtungen auf eine Organisation entweder in einem wirtschaftli-

¹²¹ Gl.M. Leibfried/Gierbl, a.a.O., 358: *«Die Ziele einer Vermittlung eines den tatsächlichen Verhältnissen entsprechenden Bildes und der Entscheidungsrelevanz sind damit weder verhandelbar noch können sie durch die gezielte Suche nach (vermeintlichen) Regelungslücken, das unangemessene Verbiegen einzelner Formulierungen oder eine exzessive Ausnützung von Ermessensspielräumen umgangen werden.»*

¹²² Vgl. Rz. 165 *supra*.

¹²³ Einleitung erster Satz Swiss GAAP FER 16, s.a. Ziff. 1 Swiss GAAP FER 16.

chen Nutzen für die Organisation oder in wirtschaftlichen Verpflichtungen der Organisation. Wirtschaftliche Verpflichtungen für die Organisation können sich einerseits direkt aus vertraglichen, reglementarischen oder gesetzlichen Grundlagen (z.B. in Form von geschuldeten Beiträgen) ableiten. Andererseits kann aufgrund einer Unterdeckung in der Vorsorgeeinrichtung die Möglichkeit einer negativen Auswirkung auf den künftigen Geldfluss der Organisation bestehen, indem diese an der Finanzierung mitwirken will oder muss (z.B. in Form von Sanierungsbeiträgen).

- 172 Vorliegend ist unbestritten, dass die Klägerin in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin nicht einen wirtschaftlichen Nutzen, sondern eine gegenüber dem Vorjahr im Umfang von CHF [Betrag] reduzierte wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] auswies.¹²⁴
- 173 Es ist zu prüfen, ob die in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin ausgewiesene, gegenüber dem Vorjahr im Umfang von CHF [Betrag] reduzierte, wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] Swiss GAAP FER 16 entspricht.
- 174 Dabei ist zu berücksichtigen, dass gemäss Ziff. 3b Swiss GAAP FER 16 jährlich zu beurteilen ist, ob aus einer Vorsorgeeinrichtung aus Sicht der Organisation eine wirtschaftliche Verpflichtung besteht. Als Basis für diese jährliche Beurteilung dienen gemäss Ziff. 3b Swiss GAAP FER 16 Verträge, Jahresrechnungen der Vorsorgeeinrichtungen, welche nach Swiss GAAP FER 26 erstellt werden und andere Berechnungen, welche die finanzielle Situation, also die bestehende Über- bzw. Unterdeckung für jeder Vorsorgeeinrichtung, entsprechend den tatsächlichen Verhältnissen darstellt. Massgebender Stichtag für die jährliche Beurteilung ist gemäss Ziff. 2 Swiss GAAP FER 16 der Bilanzstichtag.
- 175 Gemäss Ziff. 7 Swiss GAAP FER 16 (= Erläuterung zu den Ziff. 2 und 3 Swiss GAAP FER 16) erfolgt die Ermittlung der wirtschaftlichen Auswirkungen von Vorsorgeverpflichtungen grundsätzlich auf der Basis der finanziellen Situation jeder Vorsorgeeinrichtung gemäss deren letzter Jahresrechnung, deren Abschlussdatum nicht länger als zwölf Monate zurückliegt. Diese Ziff. 7 wird in Ziff. 9 Swiss GAAP FER 16 (= Erläuterung zu Ziff. 2 und 3 Swiss GAAP FER 16) im ersten Aufzählungszeichen nach dem Ingress (nachstehend ebenfalls wiedergegeben) wie folgt aufgenommen:

¹²⁴ Ziff. 25.1 Anhang zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin; s.a. Ausführungen unter dem Titel «Balance Sheet» im Financial Review & Management Report [20X0] der Klägerin und unter dem Titel «Bilanz» im Lagebericht [20X0] der Klägerin.

«Die Ermittlung der finanziellen Situation, die Ermittlung einer allfällig bestehenden Überdeckung bzw. einer Unterdeckung erfolgt für jede Vorsorgeeinrichtung nach einer anerkannten und für die betreffende Vorsorgeeinrichtung angemessenen Methode:

- *Zu den anerkannten und angemessenen Methoden zählen statische Modelle, wie z.B. die am schweizerischen Gesetz (BVG/FZG) orientierten Verfahren. Die Über- bzw. Unterdeckung kann deshalb der Bilanz der Vorsorgeeinrichtung entnommen werden (z.B. in der Schweiz nach Swiss GAAP FER 26). Anwendbar sind auch die in internationalen Rechnungslegungsstandards beschriebenen dynamischen Modelle (z.B. Methode der laufenden Einmalprämie)».*¹²⁵

176 Das Schiedsgericht teilt hier die Ansicht von Prof. J. ___ in seiner präzisierenden Stellungnahme, dass das erste Aufzählungszeichen von Ziff. 9 Swiss GAAP FER 16 (in Übereinstimmung mit Ziff. 7 Swiss GAAP FER) verlangt, dass für die Ermittlung des Deckungsgrads von schweizerischen Vorsorgeeinrichtungen deren letzte, nach Swiss GAAP FER 26 erstellte Jahresrechnung massgeblich ist. Wenn Unternehmen von diesem Grundsatz abweichen, dann dürfen sie dies gemäss Ziff. 9 erstes Aufzählungszeichen Swiss GAAP FER 16 nur in Form der Anwendung von dynamischen Modellen umsetzen, wie sie in internationalen Rechnungslegungsstandards beschrieben werden.¹²⁶ Die beiden weiteren Aufzählungszeichen von Ziff. 9 Swiss GAAP FER 16 beschreiben keine weiteren möglichen Vorgehensweisen, Vielmehr sind in Ziff. 9 zweites Aufzählungszeichen Swiss GAAP FER 16 lediglich die Ansprüche an die technischen Grundlagen bei Gebrauch eines dynamischen Modells gemäss Ziff. 9 erstes Aufzählungszeichen dritter Satz Swiss GAAP FER 16 und in Ziff. 9 drittes Aufzählungszeichen Swiss GAAP FER 16 die Gleichbehandlung von Vorsorgeeinrichtungen mit gleicher Ausgangslage erwähnt.¹²⁷ Selbst C. ___ und D. ___ stellen fest, dass Swiss GAAP FER 16 stark auf die letzte, nach Swiss GAAP FER 26 erstellte Jahresrechnung der Vorsorgeeinrichtung fokussiert, wobei sie aber der Auffassung sind, dass eine in der letzten, nach Swiss GAAP FER 26 erstellten Jahresrechnung der Vorsorgeeinrichtung bereits bilanzierte Unterdeckung keine

¹²⁵ Vgl. auch Einleitung letzter Satz Swiss GAAP FER 16: *«Zusätzliche Berechnungen seitens der Organisation sind deshalb nicht notwendig, können jedoch im Sinne einer Option entsprechend international anerkannter Regelwerke erstellt und verwendet werden.»*.

¹²⁶ Zur in Ziff. 9 erstes Aufzählungszeichen Swiss GAAP FER 16 als dynamisches Modell explizit genannten Methode der laufenden Einmalprämie (Projected Unit Credit Method oder PUCM) z.B. Marc Sager, *The Swiss Pension Accounting Controversy: An Empirical Investigation of the Value-Relevance of Swiss Pension Plans*, Bamberg 2018, S. 68 ff.

¹²⁷ Beilage B-SER 40, Rz 8.

zwingende Voraussetzung für eine Rückstellungsbildung in der Jahresrechnung der Organisation ist.¹²⁸ Entgegen anderslautenden Meinungen ist das Schiedsgericht ebenfalls der Ansicht, dass alternativ zum Abstellen auf die letzte, nach Swiss GAAP FER 26 erstellte Jahresrechnung der Vorsorgeeinrichtung gemäss Ziff. 9 erstes Aufzählungszeichen Swiss GAAP FER 16 auch das Abstellen auf ein *dynamisches Modell gemäss internationalen Rechnungslegungsstandards* erlaubt ist.¹²⁹ Hingegen kommt gemäss GAAP FER 16 Ziffer 9 erstes Aufzählungszeichen das Abstellen auf ein statisches Modell nicht in Frage.

- 177 Dieser Grundsatz des alternativen Abstellens auf ein dynamisches Modell wird auch in der Einleitung zu Swiss GAAP FER 16 wie folgt wiederholt: *«Seit dem 1.1.2005 erstellen schweizerische Personalvorsorgeeinrichtungen ihre Jahresrechnungen gemäss Swiss GAAP FER 26. Diese Jahresrechnungen weisen vorhandene Über- und Unterdeckungen sowie gesondert bestehende Arbeitgeberbeitragsreserven von Organisationen aus und bilden zusammen mit vertraglichen Regelungen eine geeignete Grundlage für die notwendigen Beurteilungen. Zusätzliche Berechnungen seitens der Organisation sind deshalb nicht notwendig, können jedoch im Sinne einer Option entsprechend international anerkannter Regelwerke erstellt und verwendet werden.»*¹³⁰
- 178 Diese Ausführungen in Ziff. 7 und Ziff. 9 Swiss GAAP FER 16 werden im ersten und dritten Aufzählungszeichen von Ziff. 11 Swiss GAAP FER 16 (= Erläuterung zu den Ziff. 2 und 3 Swiss GAAP FER) für Vorsorgeeinrichtungen in der Schweiz, die ihre Jahresrechnung nach Swiss GAAP FER 26 erstellen, wie folgt bestätigt:

¹²⁸ Beilage K-33, Rz 26 und 28.

¹²⁹ Anders, d.h. für ein Wahlrecht nur für ausländische Vorsorgewerke, aber z.B. Daniel Haas/Isabelle Senn, Umstellung auf Swiss GAAP FER, Ein Massanzug für Ihren Jahresabschluss, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/ch/pdf/conversion-to-swiss-gaap-fer.pdf>, besucht am [Datum] [20X6] S. 42: *«Für Schweizer Vorsorgepläne ist die finanzielle Situation anhand der nach FER 26 erstellten Jahresrechnungen der Vorsorgeeinrichtungen zu ermitteln. Es stellt sich die Frage, auf welcher Basis die Ermittlung bei ausländischen Vorsorgewerken, welche keinen FER 26-Abschluss erstellen, zu erfolgen hat. FER 16 definiert, dass die Ermittlung der finanziellen Situation einer Vorsorgeeinrichtung nach einer anerkannten und für die betreffende Vorsorgeeinrichtung angemessenen Methode zu erfolgen hat. Es ergibt sich daraus das folgende direkte Wahlrecht für ausländische Vorsorgepläne: Ermittlung einer Vorsorgeeinrichtung nach einer länderspezifisch anerkannten (statischen) Methode oder Ermittlung der finanziellen Situation einer Vorsorgeeinrichtung nach einer gemäss internationalem Rechnungslegungsstandards vorgegebenen Methode (z.B. Methode der laufenden Einmalprämie).»*

¹³⁰ S.a. den in der Beschreibung von Swiss GAAP FER 16 auf der Internetseite von Swiss GAAP FER <https://www.fer.ch/standards/swiss-gaap-fer-16-vorsorgeverpflichtung/>, besucht am [Datum] [20X6], verwendeten identischen Satz.

- «Grundlage für die Ermittlung [...] der wirtschaftlichen Verpflichtungen bilden die in der Vorsorgeeinrichtung [...] ausgewiesene Unterdeckung [...].
- Die Ermittlung der wirtschaftlichen Verpflichtung der Organisation im Falle einer Unterdeckung in der Vorsorgeeinrichtung soll mit den im Rahmen der Sanierung vorgesehenen und getroffenen Massnahmen und den Annahmen der Vorsorgeeinrichtung übereinstimmen, d.h. die Organisation bilanziert so, wie sie in der Vorsorgeeinrichtung agiert hat oder zu agieren beabsichtigt.»

179 Damit ist für die Ermittlung der wirtschaftlichen Verpflichtungen der Klägerin grundsätzlich die nach Swiss GAAP FER 26 erstellte Jahresrechnung der Vorsorgeeinrichtung¹³¹ massgebend.

180 Für die Beurteilung der Regelkonformität der Teilauflösung der Rückstellungen in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin ist somit auf die nach Swiss GAAP FER 26 erstellte Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung abzustellen, liegt diese doch nicht länger als zwölf Monate vor dem Bilanzstichtag der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin, d.h. dem 31. Dezember [20X0], zurück. Diese Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung weist keine Unterdeckung aus, sondern eine Überdeckung mit einem Deckungsgrad per 31. Dezember [20X0 – 1 Jahr] von [Zahl >100]%.¹³²

181 In der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin wies die Klägerin trotz dieser Überdeckung in der Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung nun aber nicht einen wirtschaftlichen Nutzen, sondern eine wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] aus.¹³³ Die Klägerin wich damit von der letzten, gemäss Swiss GAAP FER 26 erstellten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung ab. Die Klägerin erklärte dies damit, dass sie zwar dasselbe statische Modell wie die Vorsorgeeinrichtung gebrauchte,¹³⁴ diesem aber u.a. mit LPP [20X0 – 1 Jahr] G¹³⁵ und dem technischen Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]%¹³⁶ andere Parameter zugrunde legte, als dies die Vorsorgeeinrichtung in der Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] u.a. mit LPP [20X0 – 6 Jahre] G und dem technischen

¹³¹ Zur Anwendung von Swiss GAAP FER 26 in der Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung s. Ziff. 4.1 und 4.2 Anhang zur Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung.

¹³² Ziff. 5.7 Anhang zur Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung.

¹³³ Vgl. Rz. 172 *supra*.

¹³⁴ So deutlich Gutachten C. ___/D. ___ (Beilage K 33), Rz 41, bezüglich Konsolidierter Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin (relevant infolge von Rz 48 auch für die Konsolidierte Jahresrechnung [20X0] der Klägerin): «Verwendet wird weiterhin eine statische Methode, wie sie auch bereits für den statutarischen Abschluss der Vorsorgeeinrichtung zur Anwendung kam.»

¹³⁵ Vgl. Rz. 188, 188 *infra*.

¹³⁶ Vgl. Ziff. 25.1 a.E. Anhang zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin; s.a. Rz. 188, *infra*.

Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% tat.¹³⁷

- 182 Wie vorn in Rz. 176 ff. ausgeführt, ist die von der Klägerin vorgebrachte Begründung im Lichte von Swiss GAAP FER 16 nicht haltbar. Wenn eine Schweizer Vorsorgeeinrichtung ihre letzte Jahresrechnung, wie hier die Vorsorgeeinrichtung der Klägerin die Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr], nach Swiss GAAP FER 26 erstellt, muss die Organisation in Bezug auf die wirtschaftliche Verpflichtung aus dieser Vorsorgeeinrichtung grundsätzlich auf diese Jahresrechnung abstellen, es sei denn, sie verwende in Bezug auf die wirtschaftliche Verpflichtung ein dynamisches Modell gemäss internationalen Rechnungslegungsstandards. Letzteres aber tat die Klägerin nicht. Vielmehr verwendete sie dasselbe statische Modell wie die Vorsorgeeinrichtung gemäss Swiss GAAP FER 26, setzte aber in dieses statische Modell andere Parameter als die Vorsorgeeinrichtung ein. Das von der Klägerin gewählte Verfahren verletzt Swiss GAAP FER 16 und insbesondere deren Ziff. 9 erstes Aufzählungszeichen und Ziff. 11 drittes Aufzählungszeichen.
- 183 Zusätzlich stellt das Schiedsgericht fest, dass sich die Klägerin insofern widersprüchlich verhält, als dass sie sich zur Stützung ihres Standpunkts bezüglich Konsolidierter Jahresrechnung [20X0] der Klägerin auf dieselben Dokumente stützte, wie dies die Vorsorgeeinrichtung und damit auch die Vertreter der Klägerin in der Vorsorgeeinrichtung in Bezug auf die Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung taten. Hingegen versuchte die Klägerin, aus diesen Dokumenten etwas anders herauszulesen als die Vorsorgeeinrichtung und damit auch ihre Vertreter in der Vorsorgeeinrichtung. Bei diesen Dokumenten handelt es sich im Wesentlichen um Dokumente,¹³⁸ welche die Vorsorgeeinrichtung und damit auch die Vertreter der Klägerin in der Vorsorgeeinrichtung bei B.____ SA, dem Pensionskassenexperten und Berater der Vorsorgeeinrichtung, in Auftrag gegeben hatten, namentlich um den Vorsorgebericht,¹³⁹ und um das von B.____ SA auf der Grundlage dieses Vorsorgeberichts erstellte undatierte Dokument mit dem Titel «Fondation de prévoyance X.____, Scenarii au 31.12.[20X0 – 1 Jahr]»,¹⁴⁰ welches Dokument in der

¹³⁷ Vgl. Ziff. 6.6 Anhang zur Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung.

¹³⁸ S.a. Rz. 187 ff., *infra*.

¹³⁹ Beilage K 38, s.a. S. 5 zum Auftraggeber von Beilage K 38; s.a. Ziff. 7.7 Anhang zur Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung, mit dem Ausweis der von der Vorsorgeeinrichtung an B.____ SA bezahlten Honorare von CHF [Betrag] und CHF [Betrag] für das Jahr [20X0 – 1 Jahr] [und von CHF [Betrag] und CHF [Betrag] für das Jahr [20X0]]; s.a. zur Würdigung von K 38 durch die Vorsorgeeinrichtung Ziff. 5.5 Anhang zur Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung [und Ziff. 5.5 Anhang zur Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung], woraus erhellt, dass die Vorsorgeeinrichtung sich bewusst war, dass der von ihr per 31.12.[20X0 – 3 Jahre] verwendete Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% höher als die Empfehlung der Schweizer Kammer der Pensionskassenexperten war.

¹⁴⁰ Beilage K 52.

Darstellung der letzten Seite des Vorsorgeberichts mit dem Titel «Fondation de prévoyance X.____, Scenarii au 31.12. [20X0 – 2 Jahre]» folgte.

- 184 Das widersprüchliche Verhalten der Klägerin in Bezug auf die Konsolidierte Jahresrechnung [20X0] der Klägerin zeigt sich auch darin, dass ihre Vertreter in der Vorsorgeeinrichtung in der parallel zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin erstellten Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung wie bereits in deren Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] erneut eine Überdeckung, nämlich von [Zahl >100]%, ausweisen liessen,¹⁴¹ während sie gleichzeitig für die Konsolidierte Jahresrechnung [20X0] der Klägerin behaupteten, es liege nicht ein wirtschaftlicher Nutzen, sondern eine wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung vor.
- 185 Zusammengefasst hat nach Auffassung des Schiedsgerichts die Klägerin mit der Ausweisung von Rückstellungen für Vorsorgebeiträge in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin gegen Swiss GAAP FER 16 verstossen, indem sie sich für die Ausweisung der Unterdeckung weder auf die nach Swiss GAAP FER 26 erstellte Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung noch auf ein nach Swiss GAAP FER 16 erlaubtes dynamischen Model gestützt hat. Entsprechend hält das Schiedsgericht fest, dass die Klägerin in richtiger Anwendung der Rechnungslegungsstandards keine Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung hätte ausweisen dürfen und dass sie somit gegen Art. 49 KR und 51 KR verstossen hat.
- 186 Damit kann an sich offenbleiben, ob die Klägerin die, in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin ausgewiesene wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag], im Detail richtig berechnete. Denn sie hätte wie gesagt nach Swiss GAAP FER 16 überhaupt keine Rückstellung ausweisen dürfen, weshalb die korrekte Berechnung des Betrags von CHF [Betrag] an sich irrelevant ist.
- 187 Dennoch ist in Bezug auf den rückgestellten Betrag von CHF [Betrag] festzuhalten, dass die Klägerin im Zusammenhang mit der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin und im vorliegenden Verfahren keine detaillierte und überzeugende Berechnung vorlegt, welche diesen Betrag von CHF [Betrag] rechtfertigen würde. Vielmehr begnügt sich die Klägerin im Wesentlichen mit dem Hinweis auf das auf der Grundlage des Vorsorgeberichts¹⁴² von B.____SA erstellte, undatierte Dokument

¹⁴¹ Ziff. 5.6 und 5.7 der Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung.

¹⁴² Beilage K 38.

mit dem Titel «Fondation de prévoyance X.____, Scenarii au 31.12.[20X0 – 1 Jahr]»¹⁴³ und die darauf basierende Berechnung des CFO vom [Datum] [20X0].¹⁴⁴ Die Klägerin erklärte aber nicht, warum diese Dokumente relevant sein sollen. Aus den eingereichten Dokumenten ist ersichtlich, dass der CFO mit seiner auf das von B.____ SA erstellte undatierte Dokument gestützten Berechnung vom [Datum] [20X0] nicht eine Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] und eine verbleibende Rückstellung von CHF [Betrag] erreichen, sondern eine Auflösung von CHF [Betrag] und die Beibehaltung der Rückstellung in der ursprünglichen Höhe von CHF [Betrag] rechtfertigen wollte.

188 Selbst wenn der CFO mit seiner Berechnung vom [Datum] [20X0] eine Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] und eine verbleibende Rückstellung von CHF [Betrag] hätte rechtfertigen wollen, bleibt unklar, warum in den zum Beweis von der Klägerin eingereichten Tabellen¹⁴⁵ jeweils die erste Kolonne massgeblich sein soll, welcher jeweils die technische Grundlage LPP [20X0 – 1 Jahr] G und der technische Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% zugrunde liegt. Entsprechend bleibt unklar, warum nicht die von der Vorsorgeeinrichtung per 31. Dezember [20X0 – 1 Jahr] verwendete technische Grundlage LPP [20X0 – 6 Jahre] G und der von ihr verwendete technische Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% massgebend sein soll. Dies erklärt sich jedenfalls nicht mit dem undatierten Dokument «Technischer Referenzzinssatz / Taux technique de référence» für das Jahr [20X0 – 1 Jahr],¹⁴⁶ lässt sich doch diesem vielmehr der von der Vorsorgeeinrichtung für ihre Jahresrechnung [20X0] verwendete technische Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% entnehmen. Ebenso erklärt sich dies nicht mit dem Dokument «Asset & Liability Management, F.____ SA, [...], CFA, Associé, Nyon, mai [20X0 – 2 Jahre]»,¹⁴⁷ welchem zu entnehmen ist, dass der von der Vorsorgeeinrichtung in ihrer Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] verwendete technische Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% unter dem technischen Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% liegt, welcher gemäss diesem Dokument für das Jahr [20X0 – 1 Jahr] die höchste Eintretenswahrscheinlichkeit, nämlich von [tiefe zweistellige Zahl]% hatte, während der von der Klägerin propagierte technische Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% für das Jahr [20X0 – 1 Jahr] eine Eintretenswahrscheinlichkeit von 0% hatte.¹⁴⁸

189 Auch das Memorandum der H.____ AG vom [Datum] [20X2] mit dem Titel «Institution de prévoyance de X.____ S.A., Stellungnahme zur finanziellen Situation der

¹⁴³ Beilage K 52.

¹⁴⁴ Beilage K 50.

¹⁴⁵ Beilagen K 52 und K 50.

¹⁴⁶ Beilage K 43.

¹⁴⁷ Beilage K 42.

¹⁴⁸ Beilage K 42, S. 5.

Institution de prévoyance de X.____ S.A. per 31.12.[20X0 – 3 Jahre]»,¹⁴⁹ hilft der Klägerin in Bezug auf den in den angesprochenen Kolonnen enthaltenen technischen Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% nicht. Auch wenn dieses Dokument nach der hier interessierenden Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung erstellt wurde, ist es in Bezug auf diese Jahresrechnung nicht einschlägig, äussert es sich doch nicht zum Stichtag des 31.12.[20X0 – 1 Jahr], sondern zum Stichtag des 31.12.[20X0 – 3 Jahre]. Auch enthält es letztlich nur eine unbegründete Meinung (bezüglich des nicht massgeblichen Stichtags des 31.12.[20X0 – 3 Jahre]), nämlich die Meinung, dass ein *«technischer Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% (per 31.12.[20X0 – 3 Jahre] die mittelfristig erwartete Entwicklung des technischen Zinssatzes gemäss FRP 4) unter Berücksichtigung der Situation einer eher ungünstigen demographischen Ausgangslage der Institution de prévoyance de X.____ [...] die finanzielle Situation damals sicherlich realistischer dargestellt hätte»* und dass man verstehen könne, *«dass der Arbeitgeber wünschte, Rückstellungen und Reserven in seiner Bilanz zu bilden.»*

- 190 Dasselbe gilt hinsichtlich der E-Mail von G.____ vom [Datum] [20X3].¹⁵⁰ Auch dieses Dokument datiert zwar nach der hier interessierenden Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung, ist aber trotzdem nicht einschlägig, weil es sich nur zur hier nicht relevanten Periode [20X0 – 4 Jahre] - [20X0 – 2 Jahre] äussert, nämlich der Periode, in der G.____ gemäss seinen Aussagen bei B.____ SA, dem Pensionskassenexperten der Vorsorgeeinrichtung, angestellt war. Auch diese E-Mail ist letztlich eine unbegründete Meinungsäusserung, zumal G.____ im E-Mail festhält, dass er sich nicht mehr daran erinnert, was als Basis für diese Berechnung diene.
- 191 Ebenso erklärt die Klägerin in keiner Weise, warum gemäss Berechnung des CFO vom [Datum] [20X0] die Hälfte der in der ersten Kolonne des undatierten Dokuments von B.____ SA mit dem Titel *«Fondation de prévoyance X.____, Scenarii au 31.12.[20X0 – 1 Jahr]»*¹⁵¹ ausgewiesenen Unterdeckung von CHF [Betrag], d.h. CHF [Betrag], relevant sein soll. Wie oben in Rz. 187 dargelegt, wollte der CFO mit seiner Berechnung vom [Datum] [20X0] nicht eine Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] und eine verbleibende Rückstellung von CHF [Betrag], sondern eine Auflösung von CHF 0 und eine verbleibende Rückstellung in der ursprünglichen Höhe von CHF [Betrag] rechtfertigen.
- 192 Dazu kommt, dass die Klägerin die beachtliche Differenz von CHF [Betrag], d.h. [tiefe zweistellige Zahl]% zwischen der behaupteten wirtschaftlichen Verpflichtung der Klägerin aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] und dem in der

¹⁴⁹ Beilage K 70.

¹⁵⁰ Beilage K 47.

¹⁵¹ Beilage K 52.

Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin effektiv ausgewiesenen Betrag von CHF [Betrag], nicht überzeugend zu begründen vermag. Denn die hierfür von der Klägerin gelieferte Begründung, dass sich die Differenz aus dem Schätzungsermessen im Sinne des Vorsichtsprinzips¹⁵² ergibt, überzeugt nicht, weil das Vorsichtsprinzip wie ausgeführt nicht dazu dient, Swiss GAAP FER 16 und das Prinzip der True & Fair View zu unterlaufen und willkürlich stille Reserven zu bilden.¹⁵³ Die ursprüngliche (und am 1. Januar [20X0] noch bestehende) ausgewiesene wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] wurde zudem offensichtlich exakt und ohne Schätzungsermessen im Sinne des Vorsichtsprinzips berechnet, so dass nicht ersichtlich ist, wieso dies nicht auch für die entsprechende wirtschaftliche Verpflichtung per 31. Dezember [20X0] hätte möglich sein sollen. Swiss GAAP FER erlaubt zudem nur angemessene Rundungen zum Zweck der besseren Übersicht.¹⁵⁴ Auch das klägerische Argument der Unwesentlichkeit verfängt nicht,¹⁵⁵ ist doch eine Rundung von CHF [Betrag] bzw. [tiefe zweistellige Zahl]% wesentlich, zumal die Klägerin in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin fast durchgängig Zahlen in TCHF und nicht von 0.5 MCHF verwendete und damit Rundungen im Bereich von plus/minus CHF 1'000 und nicht von plus/minus CHF 500'000 vornahm.

- 193 Ist die in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin ausgewiesene wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] gemäss Swiss GAAP FER 26 unzulässig, so muss nicht geprüft werden, ob diese Rückstellung auch im Lichte von Swiss GAAP FER 23 unzulässig war. Anzumerken bleibt dazu immerhin, dass im Geschäftsjahr [20X0] unbestrittenermassen eine rechtliche Sanierungsverpflichtung der Klägerin in Bezug auf die Vorsorgeeinrichtung fehlte¹⁵⁶ und dass das Audit Komitee und der Verwaltungsrat der Klägerin mindestens noch am [Datum] [20X0] auch eine faktische Sanierungsverpflichtung der Klägerin verneinten, ansonsten sie an diesem Tag nicht die vollständige Auflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung hätten beschliessen können.¹⁵⁷

¹⁵² KS Rz 143, 154.

¹⁵³ Vgl. Rz. 165 ff., *supra*.

¹⁵⁴ Ziff. 33 Abs. 2 Swiss GAAP FER Rahmenkonzept.

¹⁵⁵ Replik Rz. 197.

¹⁵⁶ KS Rz 117 ff.

¹⁵⁷ Beilage K 53, Beilage K 59, Beilage K 54.

d) Regelkonforme Offenlegung der Rückstellung gemäss Swiss GAAP FER 16

- 194 Ziff. 5 Swiss GAAP FER 16 schreibt vor, welche Informationen u.a. für Vorsorgeeinrichtungen ohne Über-/Unterdeckung resp. mit Überdeckung oder Unterdeckung in tabellarischer Form offengelegt werden müssen. Ein Beispiel für diese Offenlegung in tabellarischer Form findet sich im Anhang zu Swiss GAAP FER 16. Diese Offenlegung in tabellarischer Form übernahm die Klägerin in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin.¹⁵⁸ Sie reihte die Vorsorgeeinrichtung in die Spalte «Pension plans without surplus/deficit according to Swiss GAAP FER 26» ein,¹⁵⁹ obwohl die Vorsorgeeinrichtung gemäss ihrer nach Swiss GAAP FER 26 erstellten Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] eine Überdeckung und gemäss ihrer eigenen Darstellung keine Unterdeckung und nicht weder eine Über- noch eine Unterdeckung aufwies.
- 195 Ziff. 3b Swiss GAAP FER 16 verlangt, dass Veränderungen der wirtschaftlichen Verpflichtungen aus Vorsorgeeinrichtungen gegenüber der Vorperiode im Periodenergebnis in der Position Personalaufwand zu erfassen sind. Die Klägerin kam dieser Verpflichtung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin grundsätzlich nach, indem sie die aufgelöste Rückstellung im Zusammenhang mit der Vorsorgeverpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] in der Position Personalaufwand auswies.¹⁶⁰ Allerdings ist aus der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin nicht ersichtlich, welchen Aufwandpositionen die Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] in welchem Umfang zugeordnet wurde. So findet sich bei vier Aufwandpositionen in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin der Hinweis auf Ziff. 6 und dort auf Ziff. 7 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin, nämlich bei den Aufwandpositionen Cost of Sales, Marketing and Sales, General and Administrative Expenses sowie Research and Development. Damit bleibt unklar, welcher der vier Aufwandpositionen welcher Betrag der Teilauflösung von CHF [Betrag] zugeordnet wurde. Erst der Klageschrift ist eine grobe Zuordnung dieser Teilauflösung zu den in Frage stehenden vier Aufwandpositionen zu entnehmen, nämlich die Zuordnung von CHF [Betrag] zur Aufwandposition Cost of Sales und von CHF [Betrag] zu den restlichen drei Aufwandpositionen,¹⁶¹ wobei weiter unklar bleibt, welcher dieser drei Aufwandpositionen der Teilauflösungsbetrag von CHF [Betrag] zugeordnet wurde.

¹⁵⁸ Vgl. KS. Ziff. 25.1 Anhang zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin.

¹⁵⁹ Ziff. 25.1 Anhang zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin.

¹⁶⁰ Vgl. Ziff. 7 Zeile 3, Ziff. 25.1, Ziff. 2.14 Anhang zur konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin.

¹⁶¹ Vgl. KS 158ff.

- 196 Nach Auffassung des Schiedsgerichts verletzt diese Darstellung das Gebot der «True & Fair View»¹⁶² und insbesondere auch das daraus abgeleitete Gebot der Klarheit, wonach gleichartige Posten nicht ungleich zusammengefasst (gebucht) werden sollten, zumindest dann, wenn dies nicht erklärt wird.¹⁶³ Das von der Klägerin vorgebrachte Argument der Unwesentlichkeit¹⁶⁴ verfängt auch hier nicht, ist doch ein Betrag von insgesamt CHF [Betrag] durchaus als wesentlich zu qualifizieren.¹⁶⁵ Auch das von Klägerin weiter vorgebrachte Argument, ihre Darstellung ändere an der bottom line, nämlich dem Gewinn, nichts, trifft nicht zu, wären doch ansonsten viele die Positionen oberhalb der Position Gewinn betreffende Vorschriften in Swiss GAAP FER irrelevant, welche die Positionen „oberhalb des Gewinns“ betreffen. Auch die Klägerin selbst vertrat früher eine andere Meinung, nahm sie doch in Bezug auf das Geschäftsjahr [20X0] in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin ein umfassendes Restatement der Positionen Cost of Sales und Operating Expenses vor,¹⁶⁶ was zeigt, dass es richtig und wichtig ist, zwischen den Positionen Cost of Sales und Operating Expenses zu unterscheiden.¹⁶⁷
- 197 Ebenfalls eine Verletzung des Gebots der «True & Fair View» liegt nach Auffassung des Schiedsgerichts in der Darstellung im Financial Review & Management Report [20X0] der Klägerin. In diesem wird unter dem Titel «Operating Expenses» ausgeführt, dass die Klägerin [20X0] sowie [20X0 – 1 Jahr] in der Lage gewesen sei, die Operating Expenses wesentlich, d.h. um total CHF [Betrag], nämlich Marketing and Sales um CHF [Betrag], General and Administrative Expenses um CHF [Betrag] sowie Research and Development um CHF [Betrag], zu reduzieren.¹⁶⁸ Diese Darstellung ist unwahr, fanden doch in diesen drei Aufwandpositionen nicht effektive Aufwandreduktionen im behaupteten Umfang statt. Vielmehr fielen die effektiven Aufwandreduktionen infolge der Teilauflösung

¹⁶² Rz. 165 ff., *supra*.

¹⁶³ Ziff. 33 Swiss GAAP FER Rahmenkonzept.

¹⁶⁴ Replik Rz 205.

¹⁶⁵ Vgl. Rz. 192, *supra*.

¹⁶⁶ Vgl. Ziff. 2 und 2.2.1 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin; zum Restatement im Allgemeinen bei Fehlern Ziff. 30 zweiter Absatz drittes Aufzählungszeichen und dritter Absatz Swiss GAAP FER Rahmenkonzept und Ziff. 6 fünftes Aufzählungszeichen Swiss GAAP FER 6 (= Erläuterung zu Ziff. 2 und 3 Swiss GAAP FER 6).

¹⁶⁷ S.a. Ziff. 8 Swiss GAAP FER 3 mit einer klaren Unterscheidung zwischen Anschaffungs- oder Herstellungskosten der verkauften Produkte und Leistungen und Verwaltungsaufwand etc. im von der Klägerin in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin verwendeten Umsatzkostenverfahren.

¹⁶⁸ Beilage K 55, S. 5.

der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung um CHF [Betrag]¹⁶⁹ niedriger aus, als im Financial Review & Management Report [20X0] der Klägerin offengelegt wurde.

- 198 Immerhin ist anzufügen, dass die Klägerin die genannte Auflösung nicht nur in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin,¹⁷⁰ sondern auch im Financial Review & Management Report [20X0] der Klägerin und im Lagebericht [20X0] der Klägerin unter dem Titel «Balance Sheet» bzw. unter dem Titel «Bilanz» offenlegte.¹⁷¹ Allerdings erfolgte diese Offenlegung im Lagebericht [20X0] der Klägerin nicht korrekt, enthält sie doch die falsche Behauptung, die Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung ergäbe sich als Resultat der Kalkulationen des Pensionskassenexperten. Tatsächlich erstellte B. ___ SA¹⁷² verschiedene Kalkulationen,¹⁷³ die nicht zwingend zu diesem Resultat führten, wie u.a. die Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] der Vorsorgeeinrichtung zeigt.¹⁷⁴
- 199 Zusammengefasst hält das Schiedsgericht fest, dass die Klägerin durch die Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung das Gebot der True & Fair View verletzt hat, indem widersprüchliche Darstellungen dieser Teilauflösung in der konsolidierten Jahresrechnung [20X0] und im Financial Review & Management Report [20X0] der Klägerin bzw. im Lagebericht [20X0] der Klägerin erfolgten. Damit hat sie Art. 49 und Art. 51 KR verletzt.

F. Jahresrechnung [20X1]

1. Position der Klägerin

a) Regelkonforme Teilauflösung der Rückstellung

- 200 Nach Auffassung der Klägerin nahm sie im Hinblick auf die Erstellung der Jahresrechnung [20X1] pflichtgemäss in Anwendung von Swiss GAAP FER 16/3 lit. b die jährliche Neubeurteilung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen vor. Der damalige CFO führte in seiner Präsentation vom [Datum] [20X1] vor dem Audit Komitee aus, dass die Vorsorgeeinrichtung per Ende [20X0] bei Verwendung eines technischen Zinssatzes von [tiefe einstellige Zahl]% und BVG [20X0 – 1 Jahr] einen Deckungsgrad von [Zahl >100]% auswies, dass eine weitere Reduktion des technischen Zinssatzes auf [tiefe einstellige Zahl]% oder sogar [tiefe einstellige Zahl]% jedoch notwendig werden würde aufgrund der ungünstigen Struktur der

¹⁶⁹ Vgl. Rz. 195, *supra*.

¹⁷⁰ K 5

¹⁷¹ Vgl. K 61 rechte Spalte erster Absatz.

¹⁷² Ziff. 7.7 Beilage K 64, vgl. vorn Rz. 183, *supra*.

¹⁷³ Z.B. Beilage K 38 und Beilage K 52.

¹⁷⁴ Vgl. Rz. 183 ff., *supra*.

Vorsorgeeinrichtung. Aufgrund diverser Berechnungen der H.____ AG ergab sich ein Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung von [Zahl <100]% resp. eine Unterdeckung von CHF [Betrag] bei Anwendung eines technischen Zinssatzes von [tiefe einstellige Zahl]% und unter Berücksichtigung der durch die Vorsorgeeinrichtung vollzogenen Senkung des Umwandlungssatzes. Aus denselben Gründen wie im Jahr [20X0] schlug der CFO daher eine Beibehaltung der Rückstellungen in Höhe des hälftigen Betrags der Unterdeckung vor, nämlich CHF [Betrag], was sowohl vom Audit Komitee als auch von der Revisionsstelle gutgeheissen wurde. Die Voraussetzungen für die Beibehaltung der vollen Rückstellung waren hingegen nicht mehr gegeben.¹⁷⁵

- 201 Die Klägerin ist der Ansicht, dass die bei erstmaligem Ansatz der Rückstellung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin angewandte Berechnungsmethode zur Erfassung einer wirtschaftlichen Verpflichtung gegenüber der Vorsorgeeinrichtung mit denselben anerkannten und allgemein zugänglichen Einflussfaktoren auch in diesem Fall stetig fortgeführt wurde. Des Weiteren ist gemäss Klägerin belegt, dass sie in Einklang mit Swiss GAAP FER 16/9 von objektiven markt- und wirklichkeitsnahen Annahmen, insbesondere auch hinsichtlich des damals verwendeten Zinssatzes, ausging, als sie basierend auf der Simulation des technischen Referenzzinssatzes von F.____ SA den Deckungsgrad der Vorsorgeeinrichtung simulieren und die Höhe der wirtschaftlichen Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung berechnen liess.¹⁷⁶

b) Regelkonforme Offenlegung der Rückstellung im Annual Report [20X1]

- 202 Die Klägerin behauptet, dass sie die verbleibende Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen im Betrag von CHF [Betrag] entsprechend dem Vorjahr den Anforderungen von Swiss GAAP FER 16/5 entsprechend offenlegte. In der konsolidierten Bilanz [20X1] der Klägerin wird auf Ziff. 25 des Anhangs zur Jahresrechnung verwiesen, wo unter Ziff. 25.1 im Anhang zur Jahresrechnung [20X1] die Veränderung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtung tabellarisch offengelegt wird. Anschliessend an die Tabelle wurde wiederum erläutert mit Verweis auf den wesentlichsten Einflussfaktor für die Bewertung der Rückstellung, dass die Ansetzung der genannten Rückstellung auf der Annahme basierte, dass der technische Zinssatz mittelfristig

¹⁷⁵ KS Rz. 179-181, 184-186; Beilage K 63, K 64, K 40, K 65, K 66, K 67, K 33.

¹⁷⁶ KS Rz. 182-183; Beilage K 33, K 42, K 43.

gesenkt werden müsse und infolgedessen immer noch eine wirtschaftliche Verpflichtung bestehe, wobei nach einer Neubewertung die Rückstellung CHF [Betrag] betrage und als Personalaufwand erfasst werde.¹⁷⁷

- 203 Gemäss den klägerischen Ausführungen wurde der bilanzielle Einbezug der wirtschaftlichen Verpflichtungen gegenüber der Vorsorgeeinrichtung zudem u.a. im Financial Review & Management Report des Annual Report [20X1] unter dem Untertitel «Balance Sheet» erläutert. Ferner erfolgte derselbe Hinweis im Lagebericht [20X1] der Klägerin. Gemäss den Darstellungen und Erläuterungen in Ziff. 25. 1 des Anhangs der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin wurde die Auflösung der Rückstellung ferner vorschriftsgemäss über den entsprechenden Vorsorgeaufwand als Teil des Personalaufwands in der Erfolgsrechnung erfasst sowie grundlegend in Ziff. 2.15 des Anhangs zur Jahresrechnung [20X1]. Ausserdem wurde unter der Rubrik «Personnel expenses» in Ziff. 7 des Anhangs zur Jahresrechnung [20X1] die Auflösung der Rückstellung ausgewiesen und dadurch der Personalaufwand in der Höhe von CHF [Betrag] brutto auf CHF [Betrag] netto reduziert.¹⁷⁸

c) *Keine Beeinträchtigung der finanziellen Berichterstattung [20X1]*

- 204 Hinsichtlich der behaupteten Beeinträchtigung der finanziellen Berichterstattung [20X1] verweist die Klägerin grundsätzlich auf ihre Ausführungen i.Z.m. der Berichterstattung [20X0] und führt aus, dass der Korrekturbedarf der Ergebniszahlen im Jahr [20X1] im Vergleich zu [20X0] tiefer ausfällt und sich die von der Klägerin erzielten Ergebnisse im positiven Bereich bewegen, wobei dies nicht auf die Auflösung der Rückstellung für Vorsorgeeinrichtungen zurückzuführen ist.¹⁷⁹

2. Position der Beklagten

- 205 Die Beklagte lässt vortragen, dass sich das für [20X0] beschriebene Vorgehen hinsichtlich des Jahresabschlusses [20X1] wiederholte: Der relevante Abschluss der Vorsorgeeinrichtung wies bei einem technischen Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% einen Deckungsgrad von [Zahl >100]% aus. Durch Anpassung des Zinssatzes auf [tiefe einstellige Zahl]% wies die Vorsorgeeinrichtung einen hypothetischen Deckungsgrad von [Zahl <100]% auf, womit die Klägerin die Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen im Umfang von CHF [Betrag] rechtfertigte. Wo sich diese teilweise Rückstellungsauflösung in der

¹⁷⁷ KS Rz. 187-188; Beilage K 68.

¹⁷⁸ KS Rz. 189-192; Beilage K 68, K 69.

¹⁷⁹ KS Rz. 193-194; Beilage K 68.

Erfolgsrechnung niederschlug, ist den klägerischen Ausführung nicht zu entnehmen.¹⁸⁰

3. Beurteilung durch das Schiedsgericht

a) *Regelkonforme Teilauflösung der Rückstellung gemäss Swiss GAAP FER*

- 206 Auch die Konsolidierte Jahresrechnung [20X1] der Klägerin beruht unbestrittenermassen auf Swiss GAAP FER.¹⁸¹ Erneut ist unbestritten, dass die Klägerin damit auch an Swiss GAAP FER 16 (Vorsorgeverpflichtungen) gebunden ist. Vorliegend ist weiter unbestritten, dass die Klägerin in ihrer Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] nicht einen wirtschaftlichen Nutzen, sondern eine gegenüber dem Vorjahr im Umfang von CHF [Betrag] reduzierte wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] auswies.¹⁸²
- 207 Es ist zu prüfen, ob die in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin ausgewiesene, gegenüber dem Vorjahr im Umfang von CHF [Betrag] reduzierte wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] Swiss GAAP FER 16 entspricht. Erneut ist diese Prüfung gemäss Ziff. 3b Swiss GAAP FER 16 für jedes Jahr vorzunehmen. Basis für die Prüfung ist die Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung, liegt diese doch nicht länger als zwölf Monate vor dem Bilanzstichtag der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin, d.h. dem 31. Dezember [20X1], zurück.
- 208 Die Vorsorgeeinrichtung wies in ihrer Jahresrechnung [20X0] wie schon in ihrer Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] eine Überdeckung aus, nämlich eine Überdeckung mit einem Deckungsgrad per 31. Dezember [20X0] von [Zahl >100]%.¹⁸³ In der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin wies die Klägerin trotz dieser Überdeckung nicht einen wirtschaftlichen Nutzen, sondern eine wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] aus.¹⁸⁴
- 209 Nach Auffassung des Schiedsgerichts ist dies im Lichte von Swiss GAAP FER 16 nicht zulässig, stützt sich die Klägerin doch erneut nicht auf ein dynamisches Modell

¹⁸⁰ KA Rz. 115-118.

¹⁸¹ Ziff. 2.1 Anhang zur konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin.

¹⁸² Ziff. 25.1 Anhang der konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin; Ausführungen unter dem Titel «Balance Sheet» im Financial Review & Management Report [20X1] der Klägerin bzw. unter dem Titel Lagebericht [20X1] der Klägerin.

¹⁸³ Ziff. 5.7 und 8 Anhang Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung.

¹⁸⁴ Rz. 206, *supra*.

gemäss Ziff. 9 erstes Aufzählungszeichen Swiss GAAP FER 16. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin verwiesen werden.¹⁸⁵ Es ist deshalb nach Auffassung des Schiedsgerichts erwiesen, dass die Klägerin in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin infolge der fehlenden Wahl eines dynamischen Modells und wegen ihres widersprüchlichen Verhaltens keine Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung hätte ausweisen dürfen.

- 210 Damit kann an sich wieder offenbleiben, ob die Klägerin die, in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin ausgewiesene wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] im Detail richtig berechnete. Denn sie hätte wie gesagt nach Swiss GAAP FER 16 überhaupt keine Rückstellung ausweisen dürfen, weshalb die korrekte Berechnung des Betrags von CHF [Betrag] an sich irrelevant ist.
- 211 Zu diesem Betrag von CHF [Betrag] ist immerhin festzuhalten, dass die Klägerin im Zusammenhang mit der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] und im vorliegenden Verfahren keine detaillierte und überzeugende Berechnung vorlegte, welche diesen Betrag von CHF [Betrag] rechtfertigen würde. Das Dokument mit dem Titelblatt «X.____, 4. Audit Committee, BoD, [Datum].[20X1]/BE»¹⁸⁶ und das undatierte Dokument mit dem Titel «Institution de prévoyance de X.____.»,¹⁸⁷ deren Urheber nicht aus den Dokumenten hervorgehen, enthalten jedenfalls keine solche detaillierte und überzeugende Berechnung. Erneut bleibt unklar, welche Kolonne aus welchen Gründen massgeblich ist. Ebenso bleibt unklar, welche Senkung des Umwandlungssatzes in den beiden Dokumenten angesprochen ist. Zudem liegt der von der Vorsorgeeinrichtung in ihrer Jahresrechnung [20X0] verwendete technische Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]%¹⁸⁸ unter dem technischen Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]%, welcher gemäss dem Dokument «Asset & Liability Management, F.____ SA, [...], CFA, Associé, Nyon, mai [20X0 – 2 Jahre]»¹⁸⁹ für das Jahr [20X0] die höchste Eintretenswahrscheinlichkeit, nämlich von [tiefe zweistellige Zahl]% hatte, während der von der Klägerin propagierte technische Zinssatz von [tiefe einstellige Zahl]% für das Jahr [20X0]¹⁹⁰ eine Eintretenswahrscheinlichkeit von [tiefe einstellige Zahl]% hatte.¹⁹¹
- 212 Ist die in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin ausgewiesene wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] gemäss

¹⁸⁵ Vgl. Rz. 176 ff., *supra*.

¹⁸⁶ Beilage K 63.

¹⁸⁷ Beilage K 65.

¹⁸⁸ Vgl. Ziff. 5.6 und 8 Anhang zur Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung.

¹⁸⁹ Beilage K 42.

¹⁹⁰ Vgl. K 68. Ziff. 25.1 a.E. Anhang zur Jahresrechnung [20X1] der Klägerin.

¹⁹¹ Beilage K 42, S. 5.

Swiss GAAP FER 16 unzulässig, so muss nicht geprüft werden, ob diese Rückstellung auch im Lichte von Swiss GAAP FER 23 unzulässig war.

b) Regelkonforme Offenlegung der Rückstellung gemäss Swiss GAAP FER 16

- 213 Erneut ist aus der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin nicht ersichtlich, welchen Aufwandpositionen in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin die Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] in welchem Umfang zugeordnet wurde. So findet sich bei den vier Aufwandpositionen in dieser Jahresrechnung der Hinweis auf Ziff. 6 und damit Ziff. 7 des Anhangs zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin, nämlich bei den Aufwandpositionen Cost of Sales, Marketing and Sales, General and Administrative Expenses sowie Research and Development.¹⁹² Der Klageschrift ist in Bezug auf die Konsolidierte Jahresrechnung [20X1] anders als in Bezug auf die Konsolidierte Jahresrechnung [20X0] der Klägerin keine grobe Zuordnung der Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] zu den in Frage stehenden vier Aufwandpositionen zu entnehmen.
- 214 Nach Auffassung des Schiedsgerichts verletzt diese Darstellung erneut das Gebot der True & Fair View und insbesondere auch das Gebot der Klarheit. Es kann diesbezüglich auf die Ausführungen zur Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin verwiesen werden.¹⁹³ Zudem liegt nach Auffassung des Schiedsgerichts in der Darstellung im Financial Review & Management Report [20X1] der Klägerin erneut eine Verletzung des Gebots der True & Fair View. In diesem wird unter dem Titel «Operating Expenses» ausgeführt, dass sich diese um CHF [Betrag] erhöhten, nämlich die Marketing and Sales Expenses um CHF [Betrag] «*due to more extensive sales activities*», die Research and Development costs um CHF [Betrag] und die General and Administrative Expenses im Sinne eines «*slight increase*» um CHF [Betrag].¹⁹⁴ Diese Darstellung ist unwahr, fanden doch in diesen drei Aufwandpositionen grössere Aufwanderhöhungen als im behaupteten Umfang statt.

¹⁹² Beilage K 68, S. 8.

¹⁹³ Vgl. Rz. 196 ff., *supra*.

¹⁹⁴ Beilage K 68, S. 5.

- 215 Immerhin ist anzufügen, dass die Klägerin die genannte Auflösung nicht nur in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin,¹⁹⁵ sondern auch im Financial Review & Management Report [20X1] der Klägerin und im Lagebericht [20X1] der Klägerin unter dem Titel «Balance Sheet» bzw. unter dem Titel «Bilanz» offenlegte.¹⁹⁶
- 216 Das Schiedsgericht hält zusammengefasst fest, dass die Klägerin durch die Teilauflösung der Rückstellung für Vorsorgeverpflichtungen aus der Vorsorgeeinrichtung das Gebot der True & Fair View verletzt hat, indem widersprechenden Darstellungen dieser Teilauflösung in der konsolidierten Jahresrechnung [20X1] und im Financial Review & Management Report [20X1] der Klägerin bzw. im Lagebericht [20X1] der Klägerin erfolgten. Damit hat sie gegen Art. 49 und Art. 51 KR in Verbindung mit Art. 6 RLR und insbesondere Swiss GAAP FER 16 Ziff. 9 und 11 (was die Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] betrifft) und insbesondere Swiss GAAP FER Rahmenkonzept Ziff. 6 und Ziff. 13 (was die gegen True & Fair View verstossende Offenlegung in der Berichterstattung betrifft) verstossen. Damit hat sie Art. 49 KR und Art. 51 KR verletzt, so dass gemäss Art. 61 KR eine Sanktion auszusprechen ist.

G. Frage nach dem rechtmässigen Alternativverhalten

1. Position der Klägerin

- 217 Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass ihr nach regelkonformer Bildung einer Rückstellung für die Vorsorgeverpflichtungen im Jahr [20X0 – 2 Jahre] drei mögliche Vorgehensweisen im Jahre [20X0] zur Verfügung standen, nämlich: Beibehaltung, Teilauflösung oder vollständige Auflösung der Rückstellung, wobei ihr jeweils gewähltes Vorgehen aufgrund der damaligen markt- und wirklichkeitsnahen Annahmen korrekt¹⁹⁷ war. Dies ergibt sich deutlich aus ihren Ausführungen zu den Jahresrechnungen [20X0] und [20X1],¹⁹⁸ woraus ersichtlich ist, dass die Klägerin zur Ermittlung ihrer wirtschaftlichen Verpflichtung jeweils identisch vorging und damit den Grundsatz der Stetigkeit nach Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 30 und Swiss GAAP FER 16/9 erfüllte und sie sich ausserdem auf Berechnungen von B.____ SA resp. H.____ AG abstützte.¹⁹⁹
- 218 Die Klägerin behauptet überdies mit Verweis auf ihre früheren Ausführungen,²⁰⁰ dass es an der Wesentlichkeit der Beeinträchtigung der finanziellen Berichterstattung [20X0] durch die Auflösung der Rückstellung fehlte. Dies da aufgrund der schwachen

¹⁹⁵ Vgl. Rz. 208 ff., *supra*.

¹⁹⁶ Beilage K 69 rechte Spalte zweiter Absatz sowie Rz. 198, *supra*.

¹⁹⁷ KS Rz. 134 ff.

¹⁹⁸ KS Rz. 141 ff. und 200 ff., *supra*.

¹⁹⁹ KS Rz. 206-209; Beilage K 22, K 33, K 59, K 54.

²⁰⁰ KS Rz. 149 f. und Rz. 182 ff., *supra*.

Ergebniszahlen zwangsläufig eine verstärkte Auswirkung der Rückstellungsauflösung resultierte. Bei Ergebniszahlen nahe null ist ein Abstellen auf die Umsatzzahlen zur Beurteilung der Wesentlichkeit angemessener. Grundsätzlich ist hier richtigerweise zu fragen, ob die Teilauflösung die Aussagekraft der finanziellen Berichterstattung beeinträchtigt oder verfälscht hat (Einhaltung des Grundsatzes von True & Fair View Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 6). Nicht ersichtlich ist folglich, wie eine vollständige Auflösung der Rückstellung wie von der SaKo als richtig erachtet, die finanzielle Berichterstattung sowie den Grundsatz von True & Fair View besser gefördert hätte.²⁰¹

- 219 Die Klägerin lässt ausführen, dass in casu entgegen der beklagischen Annahme und in Einklang mit dem beklagischen Gutachten, eine Fehlerkorrektur durch ein nicht erfolgswirksames Restatement nicht in Frage kam, da der Erstansatz der Rückstellung die Rechnungslegungsvorschriften von Swiss GAAP FER nicht verletzt hat, wobei sich aus der E-Mail des CFO an den Verwaltungsratspräsident vom [Datum] [20X1] auch nicht ergibt, dass die Klägerin die korrekte Vorgehensweise erkannt hat. Bei der Neubewertung der Rückstellung in den Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] durch die Klägerin handelt es sich um Schätzungsänderungen, welche gemäss Swiss GAAP FER Rahmenkonzept 30 keine Fehler früherer Abschlüsse sind. Solche Schätzungsänderungen ergeben sich insbesondere bei Rückstellungen als wahrscheinliche Verpflichtungen, deren Höhe und/oder Fälligkeit ungewiss, aber schätzbar ist. Eine Erfassung der Rückstellungsaufösungen in den Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] als nicht erfolgswirksames Ergebnis war daher vorliegend nach Swiss GAAP FER nicht zulässig.²⁰²

2. Position der Beklagten

- 220 Die Beklagte widerspricht der klägerischen Behauptung, dass es nicht sein könne, dass ihr gleichzeitig die Bildung von Rückstellungen und zugleich deren spätere Auflösung vorgeworfen werde. Denn wenn eine zu Unrecht im Rahmen eines Restaments gebildete Rückstellung erfolgswirksam aufgelöst wird, so wird dadurch nicht der Ursprungszustand wieder hergestellt, sondern der ersten Verfehlung eine zweite hinzugefügt, da im Resultat in der Erfolgsrechnung nie erzielte Betriebsgewinne ausgewiesen werden. Das rechtmässige Alternativverhalten hätte in casu dementsprechend wie folgt ausgesehen:

²⁰¹ KS Rz. 210-214; Beilage K 1, K 72, K 62.

²⁰² Replik Rz. 74-83, 252; Beilage K 46, B-SER 29.

- Die Klägerin hätte die Rückstellungen im Jahr [20X0 – 2 Jahre] nicht bilden dürfen;
- Im Jahr [20X0 – 1 Jahr] hätten die Rückstellungen nicht nochmals in derselben Höhe angesetzt werden dürfen, sondern sie hätten im Rahmen eines Restatements aufgelöst werden müssen;
- In den Jahresabschlüssen [20X0] und [20X1] hätte keine erfolgswirksame Reduktion mit dem Zweck der Abschlussgestaltung stattfinden dürfen, welche das Betriebsergebnis beschönigte, sondern die Rückstellungen hätten im Rahmen eines Restatements erfolgsneutral und insgesamt aufgehoben werden müssen;²⁰³
- Die jeweils nach der Reduktion noch verbleibenden Rückstellungen hätten ebenfalls insgesamt im Rahmen eines Restatements nicht erfolgswirksam aufgelöst werden dürfen. Zudem hätte man das Restatement als «Korrektur eines Fehlers» im Anhang erläutern und begründen müssen.²⁰⁴

- 221 Die Beklagte bestreitet, dass der Nachweis eines klägerischen Fehlers fehle und dass eine Fehlerkorrektur in casu nicht in Frage kam. Entgegen den klägerischen Behauptungen ergibt sich aus der E-Mail des CFO vom [Datum] [20X1], dass die Klägerin das korrekte Vorgehen kannte und es zu Gunsten der Abschlussgestaltung nicht eingehalten hat.²⁰⁵
- 222 Die Beklagte bestreitet, dass es sich bei der teilweisen Rückstellungsauflösung um eine Schätzungsänderung gehandelt hat, dies da in casu nicht die Höhe einer Rückstellung, sondern deren Bildung umstritten ist. Da keine Rückstellung hätte gebildet werden dürfen, gibt es auch keine Schätzungsunsicherheiten, und eine zu Unrecht angesetzte Rückstellung kann auch nicht durch eine Neu-Schätzung tiefer angesetzt oder auf null herabgesetzt werden. Angezeigt wäre in diesen Fällen ein Vorgehen nach Swiss GAAP FER 30, d.h. retrospektive Korrektur und Restatement.²⁰⁶
- 223 Des Weiteren hätte die Klägerin u.a. offenlegen müssen, wie sie auf den Betrag der Erstrückstellung in der Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] von CHF [Betrag] kam²⁰⁷ und generell, selbst wenn entgegen den beklagischen Ausführungen die Rückstellungen zulässig gewesen wären, deren erfolgswirksame Auflösung transparenter darstellen müssen, damit für den Betrachter der Erfolgsrechnung und des Anhangs ersichtlich ist, welcher Anteil die Anschaffungs- und Herstellungskosten resp. den übrigen Betriebsaufwand verbesserte. Und schliesslich

²⁰³ KA Rz. 7-10, wo die Beklagte erläutert, wie sich Rückstellungen und ein Restatement zueinander verhalten, Duplik Rz 75.

²⁰⁴ KA Rz. 194-204; Duplik Rz. 127-133, 403-411 417; Beilage B-SER 40.

²⁰⁵ Duplik Rz. 112-118 mit Verweis auf KA Rz. 119-193; Beilage K 46.

²⁰⁶ Duplik 119-126.

²⁰⁷ Vgl. Beilage K 48, K 49

hätte die Klägerin so bilanzieren müssen, wie sie in der Vorsorgeeinrichtung agiert, wobei insgesamt festzuhalten ist, dass die Verstösse gegen Swiss GAAP FER zugleich Verstösse gegen das KR darstellen und dementsprechend sanktionsbehaftet sind.²⁰⁸

- 224 Hinsichtlich ihres Gutachtens lässt die Beklagte ausführen, dass die Frage nach dem rechtmässigen Alternativverhalten nicht Teil der Gutachter-Frage bildete. Dementsprechend fand sich keine Äusserung zur Notwendigkeit eines Restatements im ersten Gutachten.²⁰⁹

3. Beurteilung durch das Schiedsgericht

- 225 Wie vorstehend aufgezeigt wurde, war die Rückstellung von CHF [Betrag] aus Verpflichtungen für die Vorsorgeeinrichtung der Klägerin in der Jahresrechnung [20X0] der Vorsorgeeinrichtung gemäss Swiss GAAP FER 16 in keiner Weise gerechtfertigt und hätte auch nicht nur in einem Teilbetrag von CHF [Betrag] aufgelöst werden dürfen. Denn die Vorsorgeeinrichtung wies in ihrer Jahresrechnung [20X0 – 1 Jahr] keine Unterdeckung, sondern eine Überdeckung mit einem Deckungsgrad von CHF [Zahl >100]% aus. Trotz dieser Überdeckung wies die Klägerin in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin keinen wirtschaftlichen Nutzen, sondern eine wirtschaftliche Verpflichtung aus der Vorsorgeeinrichtung von CHF [Betrag] aus. Wie das Schiedsgericht vorn in Rz. 167 ff. ausführlich dargelegt hat, gibt es für diese Darstellung gemäss Swiss GAAP FER keine Rechtfertigung, und es wurde dadurch auch das Gebot der True & Fair View und das Gebot der Klarheit verletzt.
- 226 Dasselbe gilt für die Rückstellung von CHF [Betrag] aus Verpflichtungen für die Vorsorgeeinrichtung in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin, welche nur in einem Teilbetrag von CHF [Betrag] auf CHF [Betrag] reduziert wurde, obschon die Vorsorgeeinrichtung in ihrer Jahresrechnung [20X0] keine Unterdeckung, sondern eine Überdeckung mit einem Deckungsgrad von [Zahl >100]% auswies. Trotz dieser Überdeckung wies die Klägerin in Verletzung von Swiss GAAP FER 16 nicht einen wirtschaftlichen Nutzen, sondern eine wirtschaftliche Verpflichtung von CHF [Betrag] in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin aus. Diese falsche Darstellung verletzte zudem das Gebot der True & Fair View und auch das Gebot der Klarheit (vgl. vorn Rz. 213 f.).

²⁰⁸ KA Rz. 205-210.

²⁰⁹ Duplik 132-133; Beilage B-SER 40.

- 227 An sich ist der Beklagten zuzustimmen, dass wenn die Rückstellung von CHF [Betrag] in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin zu Unrecht gebildet worden wäre, keine erfolgswirksame Reduktion in der konsolidierten Jahresabrechnung [20X0] der Klägerin und in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin hätte stattfinden dürfen. Vielmehr hätte die Rückstellung im Rahmen eines Restatements erfolgsneutral insgesamt aufgelöst werden müssen. Dies hätte zudem in den Jahresrechnungen ausführlicher und korrekt erläutert werden müssen.
- 228 Da aber die Bildung der Rückstellung von CHF [Betrag] in der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0 – 2 Jahre] der Klägerin wie vorn in Rz. 138 ff. festgehalten wegen Verjährung nicht Thema dieses Schiedsspruches sein kann, ist auf das Erfordernis eines Restatements in den Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] nicht weiter einzugehen. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass im Verfahren vor der SaKo und im SaKo-Entscheid die Frage eines rechtmässigen Alternativverhaltes der Klägerin und die Notwendigkeit eines Restatements der Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] der Klägerin nicht angesprochen wurde, sondern nur über Rechnungslegungsvorschriften gestritten wurde.
- 229 Dies gilt auch für dieses Schiedsverfahren. Es geht nicht um ein Restatement der Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] der Klägerin mit Erläuterung der bereits fehlerhaften Bildung der Rückstellung für Vorsorgepflichten im Jahre [20X0 – 2 Jahre], sondern ausschliesslich darum, gemäss den Ausführungen der Klägerin und der Beklagten in diesem Schiedsverfahren zu beurteilen, ob die zum gleichen Sachverhalt verfügte Busse der SaKo gegenüber der X.____ gerechtfertigt ist oder nicht. Wie die Klägerin bei der Erstellung der Konsolidierten Jahresrechnung [20X0] der Klägerin und der Konsolidierten Jahresrechnung [20X1] der Klägerin nach Beurteilung des Schiedsgerichts korrekterweise hätte vorgehen müssen, ist vorn in Rz. 167 ff. und Rz. 198 ff. ausführlich dargelegt worden.
- 230 Es kann somit auch offenbleiben, ob die Berufung auf ein rechtmässiges Alternativverhalten für den vorliegenden Fall überhaupt anwendbar ist. Es ist zwar ein allgemein geltender Grundsatz des Haftpflichtrechts, *«dass keine Haftung greift, wenn der präsumptiv Haftpflichtige beweist, dass ein rechtmässiges Alternativverhalten denselben Schaden bewirkt hätte wie das tatsächlich erfolgte rechtswidrige Verhalten»* (BGer 4C.268/2004 vom 04.01.2001, E.3.1 mit weiteren Verweisen). Die Tragweite der Konstruktion des rechtmässigen Alternativverhaltens ist noch ziemlich umstritten. Aber auch wenn dies ein Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens wäre, so wurde er bisher immer nur als zulässiger Einwand im *Haftpflichtrecht* im Zusammenhang mit der Verpflichtung zum Entstehen für einen zugefügten *Schaden* verstanden (vgl. Christoph B. Bühler, Kausalität und rechtmässiges Alternativverhalten

in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, in: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, 61, 68 ff). Vorliegend geht es jedoch um eine Busse als Sanktion einer Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften.

H. Die Bemessung der Sanktion

1. Position der Klägerin

- 231 Die Klägerin vertritt die Ansicht, dass es sich bei der verfahrensgegenständlichen Sanktion, welche auf Art. 60 f. KR fusst, um eine Konventionalstrafe gemäss Art. 160 Abs. 1 OR handelt, die sich in casu gemäss Art. 163 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 61 Abs. 1 Ziff. 2 KR bei Fahrlässigkeit bis zu einer Höhe von CHF 1 Mio. und bei Vorsatz bis zu CHF 10 Mio. belaufen kann. Da die Klägerin die Leistung zur Zahlung abgelehnt hat, obliegt es der Beklagten, den Bestand und die Höhe der Zahlungsverpflichtung (Vertrags- resp. Anspruchsgrundlage inkl. Vereinbarung der Vertragsstrafe, Vorliegen eines Verstosses gegen die Pflichten nach KR und Vorsätzlichkeit des klägerischen Handelns) zu behaupten und nachzuweisen, wobei sie dieser Pflicht bisher nicht nachgekommen ist.²¹⁰
- 232 Die Klägerin lässt ausführen, dass für die Leistung einer Konventionalstrafe eine durch den Schuldner verschuldete Nicht- bzw. Schlechterfüllung der Hauptverpflichtung verlangt wird. In casu hat jedoch der Verwaltungsrat seine Ermessensentscheide vorbereitet, abgewogen und gefällt und die Rechnungslegungsvorschriften nicht verletzt. So belegt insbesondere die E-Mail des CFO an den Verwaltungsratspräsidenten vom [Datum] [20X1] entgegen der Ansicht der SaKo das getreue und umsichtige Handeln der Klägerin. War doch der CFO insbesondere bestrebt, den Anlegern ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild zu präsentieren, weshalb er sich gegen eine vollständige Auflösung der Rückstellung aussprach.²¹¹
- 233 Die Klägerin behauptet, dass das regelkonforme Vorgehen auch durch die Revisionsstelle sowie weitere Expertisen uneingeschränkt testiert wurde. Der Zweck der Revision ist, die Angemessenheit der angewandten Berechnungsmethoden zur Schätzung einer Rückstellung und die Einhaltung des Grundsatzes von «True & Fair View» zu prüfen. Schliesslich hätte die Klägerin auch weitere Expertisen eingereicht,

²¹⁰ KS Rz. 253-270; Beilage K 14, K 6, K 13, K 17, K 1, K 46; Replik Rz. 34-38.

²¹¹ KS Rz. 217-230; Beilage K 46, K 25, K 1, K 57, K 40, K 73.

wobei es die Beklagte aber bislang versäumt hätte, sich mit diesen auseinanderzusetzen.²¹² Die Klägerin bestreitet, dass ihr Gutachten auf einem nicht vollständig dargelegten Sachverhalt basiert.²¹³

234 Die Klägerin lässt hinsichtlich der E-Mail des CFO an den Verwaltungsratspräsidenten vom [Datum] [20X1] ausführen, dass das klägerische Wissen im Jahr [20X1] nicht massgeblich ist für ihr Verhalten [20X0 – 2 Jahre] und dass die Beklagte zu behaupten und zu belegen hätte, dass die Klägerin im Jahr [20X0 – 2 Jahre] wusste, dass sie mit dem Erstansatz der Rückstellung willentlich gegen die Rechnungslegungsvorschriften versties, wofür die genannte E-Mail nicht ausreicht. Des Weiteren wird mit dem Hinweis auf das Wissen des damaligen CFO um die abschlussrelevante Wirkung der Rückstellungsauflösung ein Wissen der Klägerin um Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften weder behauptet noch bewiesen. Es wird bestritten, dass die Rückstellung mit dem Ziel der Abschlussgestaltung aufgelöst wurde.²¹⁴

235 Eventualiter beantragte die Klägerin gemäss Art. 163 Abs. 3 OR eine Herabsetzung der übermässig hohen Konventionalstrafe nach Ermessen des Schiedsgerichts. Dies insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass kein vorsätzliches Verhalten der Klägerin gegeben ist und gegen I. ___ AG, einem 17mal grösseren Unternehmen als die Klägerin, wegen fahrlässiger, wenn auch schwerer Verletzung der Vorschriften zur Ad hoc-Publizität nur eine Busse von CHF [Betrag] gesprochen wurde.²¹⁵

2. Die Position der Beklagten

236 Die Beklagte anerkennt, dass es an ihr ist die Verletzung des KR durch Verletzung von Swiss GAAP FER zu behaupten und, soweit sie nach Art. 8 ZGB die Beweislast trifft, zu beweisen.

237 Mit Verweis auf Art. 61 Abs. 2 KR führt die Beklagte aus, dass bei der Festsetzung der Sanktion die Schwere des Verstosses und des Verschuldens in Betracht gezogen werden muss. In Bezug auf die Festsetzung der Bussenhöhe wird zusätzlich auch die Sanktionsempfindlichkeit des Betroffenen berücksichtigt.

238 Gemäss der Beklagten ist nicht von Relevanz, ob die Klägerin pflichtwidrig gehandelt hat oder nicht, da die Pflichtwidrigkeit keine notwendige Voraussetzung für eine

²¹² KS Rz. 203-205, Replik Rz. 239-248; Beilage K 70, K 71, K 78, K 79, K 72.

²¹³ Triplik Rz. 75-77.

²¹⁴ Replik Rz. 283-285, 287-295.

²¹⁵ KS Rz. 271-274, Beilage K 74.

Sanktion ist. Voraussetzung ist der Verstoss gegen das KR resp. in casu der klägerische Verstoss gegen die Swiss GAAP FER. Diese Verstösse wurden aufgezeigt, ebenso wie die Tatsache, dass die Verstösse im Zusammenhang mit der Auflösung der Rückstellung vorsätzlich im Rahmen einer bewussten Abschlussgestaltung erfolgten. Auch deren Bildung, Beibehaltung und reduzierte Beibehaltung erfolgte vorsätzlich falsch.²¹⁶

- 239 Gemäss der Beklagten sind das Bewusstsein und der Wille der Klägerin Swiss GAAP FER zu verletzen, durch die eigenen Ausführungen des CFO in der E-Mail vom [20X1] an den Verwaltungsratspräsidenten zum Jahresabschluss [20X0] und somit auch für [20X1] bewiesen. Des Weiteren ist das Verschulden für die klägerischen Verfehlungen in den Jahresabschlüssen [20X0 – 2 Jahre] und [20X0 – 1 Jahr] insbesondere durch die Aussagen im Rückkommensantrag vom [Datum] [20X0] «[dass] zum heutigen Zeitpunkt kein Tatbestand einer Rückstellung resp. Sanierung vorliegt»,²¹⁷ ebenfalls erstellt. Die Verletzung der Rechnungslegungsstandards ist ausserdem mit direktem Vorsatz erfolgt. Von einer börsenkotierten Gesellschaft kann erwartet werden, dass sie die einschlägigen Regularien kennt, womit Nichtwissen resp. das Vorliegen eines Irrtums ein Verschulden nicht ausschliessen kann und dennoch mindestens Fahrlässigkeit seitens der Klägerin vorliegen würde.²¹⁸
- 240 Die Beklagte erachtet die Höhe der angebehrten Busse gestützt auf den vorliegenden Sachverhalt als gerechtfertigt und bestreitet, dass eine Ungleichbehandlung der Klägerin vorliegt.²¹⁹
- 241 Die Beklagte bestreitet, dass das Testat einer Revisionsstelle ein valables Argument bei der Frage nach der korrekten Rechnungslegung ist. Überdies weist die Revisionsstelle in ihrem Testat darauf hin, dass auch eine einwandfrei durchgeführte Prüfung nicht garantiert, dass falsche Darstellungen aufgedeckt würden. Des Weiteren ist auch nicht sicher, dass Jahresabschlussprüfungen stets einwandfrei durchgeführt werden. Hinsichtlich der drei nachträglich von der Klägerin in Auftrag gegebenen und von der Klägerin eingereichten Gutachten der H. ___ AG²²⁰, der A. ___ AG²²¹ und der E. ___ AG²²² lässt die Beklagte ausführen, dass sie sich mit diesen in ihrem Sanktionsantrag vom [Datum] [20X3] auseinandergesetzt hat.²²³

²¹⁶ KA Rz. 483-487.

²¹⁷ Beilage K 54.

²¹⁸ Duplik 430-450; Beilage K 46, K 54, B-SER 30, B-SER 4.

²¹⁹ KA Rz. 491-493.

²²⁰ K 70.

²²¹ K 72.

²²² K 71.

²²³ KA Rz. 476, Duplik Rz. 390-400; K 55, B-SER 39, K 22.

- 242 Hinsichtlich des klägerischen Gutachtens K 33 vertritt die Beklagte die Ansicht, dass dieses vermutungsweise verfasst wurde, ohne dass den Gutachtern der vollständige Sachverhalt geschildert worden war, was durch die Aussage der Klägerin in Rz. 274 der Replik unterstützt wird.²²⁴
- 243 Für die Klägerin sei bezüglich der auszufällenden Busse von einer durchschnittlichen Sanktionsempfindlichkeit auszugehen.
- 244 Aufgrund der vorliegenden vorsätzlichen Verletzung des KR und in Anbetracht aller Umstände beantragt die Beklagte die Bestätigung der Sanktion in der Höhe von CHF [Betrag] gegenüber der Klägerin.

3. Beurteilung durch das Schiedsgericht

- 245 Verstösst eine Emittentin gegen die Pflichten des KR, der Zusatzreglemente oder ihrer Ausführungserlasse, kann eine in Art. 61 KR genannte Sanktion ausgesprochen werden (Art. 60 KR). Gegen Emittenten und Sicherheitsgeber können gemäss Art. 61 Abs. 1 KR folgende Sanktionen – gegebenenfalls auch kumulativ – ausgesprochen werden: 1. Verweis; 2. Busse bis zu CHF 1 Mio. (bei Fahrlässigkeit) bzw. CHF 10 Mio. (bei Vorsatz); 3. Sistierung des Handels; 4. Dekotierung oder Umteilung unter einen anderen regulatorischen Standard; 5. Ausschluss von weiteren Kotierungen; 6. Entzug der Anerkennung.
- 246 Bei der Festsetzung der Sanktion sind namentlich die Schwere des Verstosses und des Verschuldens in Betracht zu ziehen (Art. 61 Abs. 2 Satz 1 KR), sowie die Sanktionsempfindlichkeit der Gesellschaft. Im Rahmen des Verschuldens ist insbesondere zu berücksichtigen, ob eine Gesellschaft während der vorangegangenen drei Jahre bereits sanktioniert wurde (Ziff. 2.6 Abs. 4 Satz 1 VO e contrario).

a) *Schwere des Verstosses*

- 247 Wie auch schon die SaKo in ihrem Entscheid ausgeführt hat, sind Jahres- und Zwischenabschlüsse für den Investor die wichtigsten Mittel zur Beurteilung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage sowie der Aussichten einer Gesellschaft.²²⁵ Demnach ist die korrekte Darstellung der wirtschaftlichen Lage eines Unternehmens von grösster Bedeutung (s. Entscheide der Sanktionskommission vom 13. August 2013 [Sako 2013-AHP- I/12], Ziff. 33 und vom 28. Juni 2012 [Sako 2012-AHP-H/11], Ziff. 56).

²²⁴ Duplik Rz. 427.

²²⁵ SaKo Entscheid, K-1 Rz 82.

- 248 Innerhalb der Jahresrechnung sind für den Investor und die interessierte Öffentlichkeit die ausgewiesenen Ergebnisse in der Erfolgsrechnung von besonderer Relevanz in Bezug auf Investitions- und Devestitionsentscheide. Folglich ist es von fundamentaler Bedeutung, dass bei einem Swiss GAAP FER-Abschluss die Ergebnisse gemäss dem Grundsatz der «True & Fair View» ermittelt werden. Dies bedeutet, dass die wirtschaftlichen Tatsachen frei von Täuschungen und Manipulationen sowie zuverlässig wiederzugeben und auf die Bedürfnisse der Empfänger auszurichten sind (Swiss GAAP FER Rahmenkonzept/6) (vgl. Rz. 165 *supra*).
- 249 Wie vom Schiedsgericht festgehalten (vgl. Rz. 199 und 216 *supra*), sind die Fehler in den Jahresrechnungen [20X0] und [20X1] auf die Verletzung von Swiss GAAP FER 16 und 23 zurückzuführen. Für die Empfänger der Jahresrechnung ist das Geschäftsergebnis deutlich relevanter als die Umsatzzahlen. Entgegen den Ausführungen von A.____ AG im oben erwähnten dritten Bericht muss der Korrekturbedarf daher in Relation zum Ergebnis und nicht zum Umsatz beurteilt werden. Die Fehler in den Swiss GAAP FER-Jahresabschlüssen [20X0] und [20X1] der Klägerin haben Einfluss auf folgende Kennzahlen: das Betriebsergebnis, das ordentliche Ergebnis, das Ergebnis vor Ertragssteuern und das Jahresergebnis. Diese Kennzahlen sind in den Konsolidierten Jahresrechnungen der Klägerin zu positiv ausgewiesen, für das Jahr [20X0] zwischen [mittlere zweistellige Zahl]% und [mittlere zweistellige Zahl]% und für das Jahr [20X1] zwischen [tiefe zweistellige Zahl]% und [tiefe zweistellige Zahl]%.
- 250 Die Fehler in den Swiss GAAP FER-Jahresabschlüssen [20X0] und [20X1] sind somit wesentlich. Der Verstoß der Gesellschaft ist als mittelschwer einzustufen.

b) Schwere des Verschuldens

- 251 Eine Gesellschaft ist zu sanktionieren, wenn ihr vorzuwerfen ist, dass sie nicht alle erforderlichen und zumutbaren organisatorischen Vorkehrungen getroffen hat, um eine Verletzung der gemäss KR eingegangenen Verpflichtungen zu verhindern. Die Beurteilung des Verschuldens erfolgt dementsprechend nach weitgehend objektivierten Massstäben. Das Verhalten der für die Gesellschaft handelnden natürlichen Personen bzw. Organe wird dabei der Gesellschaft zugerechnet (Entscheide der Sanktionskommission vom 5. August 2021 [SB-RMP-II/21], Ziff. 36; vom 14. April 2015 [SaKo/AhP/I/15], Ziff. 19; vom 30. Juli 2010 [SaKo 2010-CG-II/10/SaKo 2010-MP-I/10], Ziff. 13; Sanktionsbescheide von SIX Exchange Regulation vom 12. August 2013 [SER-KTR-FOR-I/13], Ziff. 28; vom 4. Februar 2013 [SER-MT II/12/SER-AHP-I/12/SER-Listing I/12], Ziff. 103).
- 252 Vorsätzlich handelt, wer die entsprechende Vorschrift mit Wissen und Willen verletzt. Eine eventualvorsätzliche Verletzung liegt vor, wenn die Emittentin zwar nicht

direkt beabsichtigt, eine der regulatorischen Pflichten zu verletzen, sie aber die Möglichkeit der Verletzung zumindest in Kauf nimmt und sich mit der Möglichkeit der Verletzung abfindet (siehe Entscheide der Sanktionskommission vom 5. August 2021 [SB-RMP-II/21], Ziff. 37; vom 28. Juni 2012 [SaKo 2012-AHP-II/11], Ziff. 46; Sanktionsbescheide von SIX Exchange Regulation vom 11. Oktober 2013 [SER-AHP-I/13], Ziff. 48; vom 12. August 2013 [SERKTR-FOR-I/13], Ziff. 26; vom 4. Februar 2013 [SER-MT II/12/SER-AHP-I/12/SER-Listing I/12], Ziff. 101).

- 253 Fahrlässig handelt grundsätzlich, wer die Folgen seines Verhaltens aus pflichtwidriger Unvorsichtigkeit nicht bedacht oder darauf nicht Rücksicht genommen hat. Grundvoraussetzung für das Bestehen einer Sorgfaltpflichtsverletzung ist die Vorhersehbarkeit des Erfolgs. Die zum Erfolg führenden Geschehensabläufe müssen in ihren wesentlichen Zügen voraussehbar gewesen sein (siehe Entscheide der Sanktionskommission vom 5. August 2021 [SB-RMP-II/21], Ziff. 38; vom 13. August 2013 [SaKo 2013-AHP-I-12], Ziff. 36; Sanktionsbescheide von SIX Exchange Regulation vom 21. August 2014 [SER-MP-I/14], Ziff. 22; vom 11. Oktober 2013 [SER-AHP-I/13], Ziff. 48; vom 12. August 2013 [SERKTR-FOR-I/13], Ziff. 26; vom 4. Februar 2013 [SER-MT-II/12/SER-AHP-I/12/SER-Listing I/12], Ziff. 102).
- 254 Bei der Beurteilung des Verschuldens wird nach konstanter Praxis von kotierten Gesellschaften ohne weiteres die Einhaltung der Börsenregularien erwartet. Der verantwortliche Mitarbeiter hat die Börsenregularien, Kommentare und die Praxis der Börsenorgane zu kennen (siehe Entscheide der Sanktionskommission vom 5. August 2021 [SB-RMP-II/21], Ziff. 39; vom 14. April 2015 [SaKo 2015-AHP-1-15], Ziff. 26; vom 13. August 2013 [SaKo 2013-AHP-1-12], Ziff. 37). Bei Verstössen gegen die Regularien ist der Emittentin daher häufig zumindest Fahrlässigkeit als Pflichtwidrigkeit vorzuwerfen (siehe Sanktionsbescheide von SIX Exchange Regulation vom 11. Oktober 2013 [SER-AHP-I/13], Ziff. 49; vom 4. Februar 2013 [SER-MT II/12/SER-AHP-I/12/SER-Listing I/12], Ziff. 104).
- 255 Für die Beurteilung des Verschuldens ist relevant, dass das Schiedsgericht (vgl. Rz. 180 *supra*) festgestellt hat, dass keine Notwendigkeit einer Sanierung bestand und die Rückstellungen, respektive die darauf folgenden Rückstellungsaufösungen in den Jahresabschlüssen [20X0] und [20X1] somit in Verletzung der Rechnungslegungspflichten erfolgten, dass ein Zukunftselement eingebaut wurde, was aber weder nötig noch gerechtfertigt war, da keine Unterdeckung vorlag, und dass gemäss E-Mail-Austausch zwischen dem VR und dem CFO der Klägerin bewusst eine Täuschung in Kauf genommen wurde (vgl. oben Rz. 194 ff. und 213 ff.).

- 256 Das Schiedsgericht zieht diesbezüglich aber auch in Betracht, dass der Wortlaut von Swiss GAAP FER 16 neben dem grundsätzlich anwendbaren Jahresabschluss nach Swiss GAAP FER 26 auch die Anwendung einer international anerkannten dynamischen Methode zur Beurteilung der Sanierungsnotwendigkeit erlaubt. Selbst wenn das Schiedsgericht festgehalten hat, dass die Klägerin eine nicht zugelassene statische Methode angewendet hat, so ist ihr dennoch zugute zu halten, dass der Wortlaut der Ziff. 9 erstes Aufzählungszeichen von Swiss GAAP FER 16 nicht sehr klar ist. Viel mehr ergibt sich erst in Verbindung mit der Einleitung zu Swiss GAAP FER 16, letzter Satz, dass eine alternative Berechnung der finanziellen Situation der Vorsorgeeinrichtung als Option für die Organisation nur die in internationalen Rechnungslegungsstandards beschriebenen dynamischen Modelle zur Verfügung stehen (vgl. Rz.176 und 177 *supra*). Das Schiedsgericht stuft deshalb das Verschulden der Klägerin im Zusammenhang mit der Anwendung einer falschen Alternativmethode als leicht ein.
- 257 Schwerer wiegt das Verschulden der Klägerin in Bezug auf die Offenlegung, respektive Darstellung in den Jahresabschlüssen [20X0] und [20X1]. Wie oben in Rz. 194 ff. und 213 ff. ausgeführt, erachtet das Schiedsgericht die von der Klägerin bewusst gewählte Darstellung in den Financial Review & Management Reports der Klägerin in Bezug auf die Zuteilung der Aufwandpositionen als falsch und unwahr.
- 258 Aus diesen Gründen ist das Schiedsgericht der Auffassung, dass die Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften vorsätzlich oder zumindest eventualvorsätzlich geschah.
- c) *Verhalten in den vorangegangenen Jahren***
- 259 Im Rahmen der Strafbemessung sind ferner allfällige zuvor ergangene Sanktionen der letzten drei Jahre zu berücksichtigen (Ziff. 2.6 Abs. 4 VO e contrario). In den letzten drei Jahren sind keine Sanktionen ausgesprochen worden, was wie schon im Entschied der SaKo ausgeführt, neutral zu beurteilen ist.
- d) *Sanktionsempfindlichkeit***
- 260 Angesichts der konstatierten Verletzungen der Rechnungslegungsvorschriften und damit des KR würde ein Verweis als Sanktion der Schwere der Verstösse und des Verschuldens nicht Rechnung tragen; die Klägerin ist daher in Anwendung von Art. 61 KR mit einer Busse zu sanktionieren.

- 261 Bei der Festsetzung der Bussenhöhe ist neben der Schwere des Verstosses und des Verschuldens auch die Sanktionsempfindlichkeit in Betracht zu ziehen (Art. 61 Abs. 2 KR). Eine Emittentin mit geringerer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit wird dieselbe Busse härter treffen als eine Gesellschaft mit vergleichsweise grösserer wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit. Zu deren Feststellung können wirtschaftliche Kennzahlen in Betracht gezogen werden, z.B. EBIT, Reinergebnis, betrieblicher Geldfluss, liquide Mittel oder Eigenkapital (vgl. Entscheide der Sanktionskommission vom 5. August 2021 [SB-RMP-II/21], Ziff. 56; vom 28. Juni 2012 [SaKo 2012-AHP-II/11], Ziff. 63 ff. und vom 8. Dezember 2011 [SaKo 2011-AhP-I/11, SaKo 2011-CG-I/11], Ziff. 37 f.).
- 262 Die Klägerin ist der Ansicht, dass ihre Sanktionsempfindlichkeit als hoch anzusetzen ist, dies insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass kein vorsätzliches Verhalten der Klägerin gegeben ist und gegen I.____ AG, einem 17mal grösseren Unternehmen als die Klägerin, wegen fahrlässiger, wenn auch schwerer Verletzung der Vorschriften zur Ad hoc-Publizität nur eine Busse von CHF [Betrag] gesprochen wurde.
- 263 Die Beklagte erachtet die Sanktionsempfindlichkeit der Klägerin als mittelhoch.
- 264 Die SaKo hat in ihrem Entscheid unter Berücksichtigung der von der Klägerin in ihren Jahresabschlüssen [20X0] bis [20X3] publizierten Zahlen die Sanktionsempfindlichkeit der Klägerin als relativ hoch eingestuft. Das Schiedsgericht sieht keinen Grund, von dieser Einschätzung abzuweichen, insbesondere da die Wirtschaftslage, wie aus den von der Klägerin publizierten Jahresabschlüssen [20X4] und [20X5] zu entnehmen ist, sich tendenziell verschlechtert hat. Das Schiedsgericht erachtet die Sanktionsempfindlichkeit der Klägerin in Anbetracht der Grösse der Gesellschaft und des nach wie vor unbefriedigenden Geschäftsganges als hoch.
- 265 Unter Berücksichtigung sämtlicher Faktoren der Strafzumessung erweist sich nach Beurteilung des Schiedsgerichts eine Festsetzung der Busse auf CHF [Betrag] als angemessen.

IX. KOSTEN

A. Festlegung und Verteilung der Kosten des Schiedsverfahrens

- 266 Gemäss Ziffer 8.4 Abs. 1 SchO SIX setzt das Schiedsgericht die Kosten des Schiedsverfahrens im Endschiedsspruch fest. Gemäss Ziffer 8.1 SchO SIX umfassen die Kosten des Schiedsverfahrens u.a.:

- die Honorare des Schiedsgerichts, die für jedes Mitglied im Schiedsspruch einzeln anzugeben sind;
- die vernünftigen Auslagen der Mitglieder des Schiedsgerichts;
- die Kosten der Ernennungsinstanz; und
- die angemessenen Aufwendungen der Parteien für ihre Vertretungen und andere Auslagen im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren.

267 Die Tätigkeiten des Swiss Arbitration Centre (bzw. SCAI) als Ernennungsinstanz sind durch die am [Datum] [20X4] geleistete Einschreibgebühr in Höhe von CHF [Betrag] abgegolten.

268 Das Honorar der Mitglieder des Schiedsgerichts richtet sich nach Zeitaufwand (Ziffer 8.3 Abs. 1 SchO SIX). Der Stundensatz aller Mitglieder des Schiedsgerichts wird durch die Ernennungsinstanz, d.h. den Gerichtshof, festgelegt, wobei die Festlegung des Stundensatzes gleichzeitig mit der Ernennung des Vorsitzenden des Schiedsgerichts erfolgt (Ziffer 8.3 SchO SIX).

269 Die unterliegende Partei muss grundsätzlich die Kosten des Schiedsverfahrens tragen. Das Schiedsgericht kann jedoch die Kosten zwischen den Parteien anders aufteilen, wenn es dies unter Berücksichtigung aller Umstände für angemessen erachtet (Ziffer 8.4 Abs. 2 SchO SIX).

270 Im vorliegenden Verfahren hält das Schiedsgericht fest, dass die Klägerin zwar im Grundsatz der Verletzung der Rechnungslegungspflichten unterliegt, das Schiedsgericht aber die von der Vorinstanz auf CHF 500'000 angesetzte Busse neu auf CHF 300'000 festsetzt. Das Schiedsgericht berücksichtigt ausserdem, dass das Schiedsgericht Verfahrensentscheide fällen musste im Zusammenhang mit der Bezeichnung der Parteien und der Sistierung des Verfahrens, wobei die dadurch entstandenen Mehrkosten durch die Klägerin veranlasst worden sind. Gestützt auf Ziffer 8.4 Abs. 2 SchO SIX erachtet es das Schiedsgericht unter Berücksichtigung der Umstände als angemessen, dass die Klägerin 75% der Kosten des Schiedsverfahrens und die Beklagte 25% dieser Kosten zu tragen hat.

B. Effektive Kosten des Schiedsverfahrens

271 Mit E-Mail vom [Datum] [20X4] teilte das Sekretariat dem Schiedsgericht mit, dass der Gerichtshof den Stundensatz der Mitglieder des Schiedsgerichts auf CHF [Betrag] festgesetzt hat. Aufgrund der jeweils von den Schiedsrichtern mit Zurückhaltung für

ihre Arbeit an diesem Schiedsverfahren aufgeschriebenen Stunden betragen die Honorare der Mitglieder des Schiedsgerichts:

- Vorsitzende: CHF [Betrag]
- von der Klägerin bezeichneter Schiedsrichter: CHF [Betrag]
- von der Beklagten bezeichneter Schiedsrichter: CHF [Betrag]

272 Die Auslagen und Bankspesen der Schiedsrichter sind in diesen Beträgen eingeschlossen.

273 Die Parteien haben je einen Betrag von CHF [Betrag] als Vorschuss für die Kosten des Schiedsverfahrens geleistet. Wie oben (Rz. 270) festgehalten, hält das Schiedsgericht fest, dass die Klägerin für [hohe zweistellige Zahl]% der Kosten des Schiedsverfahrens aufzukommen hat, i.e. CHF [Betrag]. Dementsprechend hat die Klägerin der Beklagten den Betrag von CHF [Betrag] zurückzuerstatten.

C. Aufwendungen der Parteien für ihre Vertretungen und andere Auslagen im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren

274 Mit Eingabe vom [Datum] [20X6] macht die Klägerin Kosten und Auslagen im Betrag von CHF [Betrag] geltend. Diese setzen sich zusammen aus einerseits den Kosten für das vorliegende Schiedsverfahren von April [20X4] bis Juni [20X6] und andererseits aus den Kosten für das Sanktionsverfahren von September [20X3] bis März [20X4].

275 Die Klägerin beantragt gestützt auf Ziff. 8.1 lit. e SchO SIX eine Entschädigung für ihre angemessenen Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren in der Höhe von CHF [Betrag].

276 Die Klägerin beantragt überdies in analoger Anwendung von Ziff. 2.9 Abs. 1 lit. b VO eine Entschädigung, d.h. Schadenersatz, für das vorinstanzliche Verfahren vor der SER und der SaKo. Nach Auffassung der Klägerin war aufgrund des Gewichts des Vorwurfs einer vorsätzlichen Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften der Beizug eines Anwalts im Sanktionsverfahren notwendig. Ein grosser Teil der bisher angefallen Kosten der Klägerin war ausserdem auf das Vorverfahren entfallen. Ausserdem haben nach Auffassung der Klägerin die SER und die SaKO das Sanktionsverfahren durch mehrfache Verletzung der Verfahrensregeln (Ziff. 3.1 Abs. 1 VO,

unterlassene Würdigung des Sachverhalts und der Beweise) pflichtwidrig verschuldet.²²⁶ Die Klägerin ist der Ansicht, dass es die SER zuerst unterliess, den Sachverhalt umfassend zu erstellen, und beim Vorwurf der vorsätzlichen Verletzung der Rechnungslegungsvorschriften von Swiss GAAP FER zentral auf einen verjährten Sachverhalt abstellte.²²⁷ Da die SaKo und die SER das Sanktion- und Schiedsverfahren durch mehrfache Verletzung der Verfahrensregeln pflichtwidrig verschuldet und das Gewicht des Vorwurfs einer vorsätzlichen Verletzung von Rechnungslegungsvorschriften die Einschaltung einer anwaltlichen Vertretung im Sanktionsverfahren notwendig machte, sind die SaKo und die Beklagte der Klägerin für die notwendigen Kosten Schadenersatzpflichtig.

- 277 Mit Eingabe vom [Datum] [20X6] macht die Beklagte Kosten und Auslagen im Betrag von CHF [Betrag] geltend. Diese setzen sich einerseits aus den Kosten für die Vertretung vor dem Schiedsgericht und andererseits für die Kosten des Gutachtens und der präzisierenden Stellungnahme von J. ____ im Gesamtbetrag von CHF [Betrag] zusammen.²²⁸
- 278 Die Beklagte anerkennt, dass sich die Klägerin im vorliegenden Verfahren anwaltlich vertreten lassen durfte. Die Kosten des Schiedsverfahrens sind jedoch ausgangsgemäss auf die Parteien zu verteilen. Des Weiteren wird die Klägerin der Beklagten die Kosten für das Verfahren vor der SaKo zu ersetzen haben und eine Entschädigung für die durch das Schiedsverfahren entstandenen Anwalts- und Gutachterkosten leisten müssen. Für eine ausserhalb dieser Regeln liegende Überbindung der Kosten des Vorverfahrens besteht, selbst bei einer allfälligen, jedoch bestrittenen, Verfahrensverletzung, kein Raum. Die Beklagte bestreitet ferner, dass die Klägerin einen Schadenersatzanspruch oder einen Schaden erlitten hat.²²⁹
- 279 Das Schiedsgericht zieht in Erwägung, dass Ziffer 8.4 SchO SIX vorsieht, dass die unterliegende Partei grundsätzlich die Kosten des Schiedsverfahrens trägt. Das Schiedsgericht kann jedoch die Kosten zwischen den Parteien anders aufteilen, wenn es dies unter Berücksichtigung aller Umstände für angemessen erachtet.
- 280 Die Klägerin stützt ihr Begehren auf Schadenersatz auf Artikel 2.9 VO. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

²²⁶ KS Rz. 275-279, Replik Rz. 304-306.

²²⁷ KK, Rz 2-8.

²²⁸ KB; B-SER 43, B-SER 44.

²²⁹ KA Rz. 494-495, Duplik Rz. 473-475; Beilage B-SER 2.

«Die Organe können den Betroffenen die Verfahrenskosten oder allfällige besondere Auslagen, wie Kosten von Gutachten und Kosten für die Bearbeitung von Akten ganz oder teilweise überbinden, sofern:

a) Sanktionen ausgesprochen werden oder

b) die Betroffenen diese Kosten durch Verletzung von Verfahrenspflichten verursacht haben.

Allfällige Kosten der Verbeiständung sind in der Regel von den Betroffenen zu tragen. Müssen Verfahrenshandlungen wiederholt werden, so können die zusätzlichen Verfahrenskosten ganz oder teilweise, ungeachtet des Verfahrensausganges, denjenigen Verfahrensbeteiligten auferlegt werden, die sie verursacht haben.»

- 281 Das Schiedsgericht stellt fest, dass die VO auf das vorliegende Schiedsverfahren nicht direkt anwendbar ist. Insbesondere aber stellt das Schiedsgericht fest, dass selbst in Anwendung von Artikel 2.9 VO, angesichts des Ausgangs des Verfahrens, der Bestätigung einer Sanktion und der darauf sich stützenden Kostenverteilung in Rz. 270, der Klägerin auch gestützt auf Artikel 2.9 VO kein Schadenersatz geschuldet wäre und die als Schaden geltend gemachten Kosten von ihr selbst getragen werden müssen. Überdies stellt das Schiedsgericht fest, dass der Antrag der Klägerin auf Schadenersatz in der Kostennote verspätet und unsubstantiiert gestellt wurde.
- 282 Wie oben (Rz. 269 und 279) dargelegt, sieht Ziff. 8.4 SchO SIX eine Verteilung der Schiedskosten nach Erfolg vor. Das Schiedsgericht hat festgestellt, dass die Klägerin Pflichtverletzungen begangen hat. Soweit hat das Schiedsgericht den Entscheid der Sanktionskommission bestätigt. Die tiefere Ansetzung der Busse durch das Schiedsgericht ändert nichts daran, dass die Klägerin im Verfahren grundsätzlich unterliegt. Das Schiedsgericht hält fest, dass die Klägerin, wie in Rz 270 und Rz 273 dargelegt, 75% der Kosten der Beklagten im Schiedsverfahren zu erstatten hat (i.e. CHF [Betrag]) und die Beklagte 25% der Kosten der Klägerin im Schiedsverfahren (i.e. CHF [Betrag]).
- 283 Entsprechend hat die Klägerin der Beklagten für deren angemessenen Aufwendungen im Schiedsverfahren CHF [Betrag] zu erstatten.

X. SCHIEDSSPRUCH

- 284 Gestützt auf diese Erwägungen erlässt das Schiedsgericht folgenden

ENDSCHIEDSSPRUCH

1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen.
2. Ziff. II des Dispositivs des angefochtenen Entscheids wird aufgehoben.
3. Die gegen die Klägerin ausgesprochene Busse (Ziff. 2 des angefochtenen Entscheids) wird auf CHF 300'000.- festgesetzt.
4. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen und der angefochtene Entscheid bestätigt.
5. Die Kosten des Schiedsverfahrens im Betrag von insgesamt CHF [Betrag] werden zu 75% der Klägerin und zu 25% der Beklagten auferlegt. Diese Kosten werden mit den von den Parteien geleisteten Kostenvorschüssen von insg. CHF [Betrag] verrechnet. Die Klägerin hat der Beklagten den Betrag von CHF [Betrag] zurückzuerstatten.
6. Die Klägerin ist verpflichtet, der Beklagten einen Beitrag zu deren Parteikosten im Betrag von CHF [Betrag] zu leisten.
7. Der vorliegende Schiedsspruch wird den Parteivertretern per Einschreiben zugestellt. Er wird überdies per A-Post der Vorinstanz (SaKo) zur Information übermittelt.

Sitz des Schiedsgerichts: [Ort], Schweiz

Datum: 20. Dezember 2022

[...]

Schiedsrichter

[...]

Schiedsrichter

[...]

Vorsitzende