



## Verfügung 501/01

vom 2. April 2012

Gesuch von **venBio Global Strategic Fund L.P., Amgen Investments Ltd., Abingworth Bioventures V L.P., Abingworth Bioequities Master Fund Limited und Aisling Capital III, LP** um Gewährung einer Ausnahme von der Angebotspflicht für **Cytos Biotechnology AG**

### Sachverhalt:

#### A.

Cytos Biotechnology AG (**Cytos** oder **Zielgesellschaft**) ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Schlieren (ZH). Cytos wurde 1995 als Spin-off der Eidgenössischen Technischen Hochschule Zürich (ETH) gegründet und hat sich auf die Entdeckung, Entwicklung und Vermarktung einer neuen Klasse von biopharmazeutischen Präparaten spezialisiert. Hauptproduktkandidat von Cytos ist CYT003-QbG10. Cytos verfügt über ein Aktienkapital von CHF 576'005.60, eingeteilt in 5'760'056 Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.10 (**Cytos-Aktien**). Cytos verfügt zudem über ein genehmigtes Aktienkapital von CHF 260'000 (entsprechend 2'600'000 Cytos-Aktien), ein bedingtes Aktienkapital von CHF 187'000 (entsprechend 1'870'000 Cytos-Aktien) für eigenkapitalbezogene Finanzierungsinstrumente sowie ein weiteres bedingtes Aktienkapital von CHF 27'327.30 (entsprechend 273'273 Cytos-Aktien) für Mitarbeiterbeteiligungen. Die Cytos-Aktien sind an der SIX Swiss Exchange AG (**SIX**) gemäss Main Standard kotiert (SIX: CYTN). Ferner hat Cytos eine Wandelanleihe ausstehend (**Cytos-Wandelanleihe**), die ebenfalls an der SIX kotiert ist (SIX: CYT07; vgl. zur Cytos-Wandelanleihe Sachverhalt lit. H). Aktionäre mit einer Beteiligung von mehr als 3 % an Cytos sind: Brennus Fund Ltd./Brennus Fund Limited mit 790'000 Cytos-Aktien (entsprechend 13.72 %), InCentive Holding AG sowie InCentive Investmente Ltd./René und Susanne Branginsky mit Cytos-Aktien im Umfang zwischen 3 % und 5 % und Matter Group AG/Thomas Matter mit 180'000 Cytos-Aktien (entsprechend 3.13 %).

#### B.

venBio Global Strategic Fund L.P. (**venBio**) ist ein nach dem Recht der Cayman Islands ausgestalteter Venture Capital Fund in der Form einer Limited Partnership (LP) mit Geschäftsadresse in San Francisco, USA. General Partner (GP) von venBio ist venBio Global Strategic GP, L.P., Geschäftsadresse in San Francisco, USA. Deren General Partner wiederum ist venBio Global Strategic GP, Ltd., ebenfalls mit Geschäftsadresse San Francisco, welche ihrerseits durch Kurt von Emster, Robert Adelman, Paul Brooke und Corey Goodman kontrolliert wird.

#### C.

In venBio sind verschiedene Investoren als Limited Partner investiert, darunter auch Amgen Investments Ltd. (**Amgen**) bzw. die mit ihr verbundenen Gesellschaften mit einer Kapitalbeteiligung von rund 43 %. Amgen ist eine nach dem Recht von Bermuda gegründete Gesellschaft, die als Investment-Vehikel des Amgen-Konzerns dient. Amgen wird zu 100 % von Amgen Manufacturing Ltd., ebenfalls einer Bermuda-Gesellschaft, gehalten. Diese wird wiederum von Amgen



Technology Ltd., einer weiteren Bermuda-Gesellschaft gehalten, welche zu 10 % durch Amgen International Inc. und zu 90 % durch Amgen Inc. (**Amgen, Inc.**), beides Delaware-Gesellschaften, gehalten wird. Amgen Inc. hält Amgen International Inc. zu 100 %. Amgen Inc. ist die Konzernobergesellschaft eines weltweit tätigen Medizinkonzerns mit Hauptsitz in Thousand Oaks, USA. Die Aktien von Amgen, Inc. sind an der NASDAQ kotiert.

**D.**

Abingworth ist eine internationale Investment-Gruppe, welche sich dem Life Sciences- und Gesundheits-Sektor widmet und in alle Phasen der Unternehmensentwicklung investiert. Abingworth Bioventures V L.P. (**Abingworth Bioventures**) ist ein Venture Capital Fund in der Rechtsform einer englischen Limited Partnership mit Geschäftsadresse in London, UK. Der General Partner von Abingworth Bioventures ist Abingworth Bioventures V GP L.P. mit Geschäftsadresse in Edingburgh, UK, dessen General Partner wiederum ist Abingworth Bioventures V GP Limited mit Geschäftsadresse in Edinburgh, UK. Der Letztere wird von der Abingworth LLP mit Geschäftssitz in London, UK, kontrolliert. Abingworth LLP wiederum ist kontrolliert von James Abell, Joe Anderson, Michael Bigham, Stephen Bunting, Tim Haines, Genghis Lloyd-Harris, David Leathers, Jonathan MacQuitty und Abingworth Management Limited (zusammen **Abingworth Management**).

**E.**

Abingworth Bioequities Master Fund Limited (**Abingworth Bioequities**) ist ein Feeder-Fonds in der Rechtsform einer Exempted Company nach dem Recht der Cayman Islands mit Geschäftsadresse in Grand Cayman. Dieser Fonds wird gespeist durch Abingworth Bioequities Fund Limited, einer Exempted Company nach dem Recht der Cayman Islands mit Geschäftsadresse in Grand Cayman, und Abingworth Bioequities Fund L.P., einer in Delaware gegründeten Limited Partnership mit Geschäftsadresse in Delaware, USA. Abingworth Bioequities Fund Limited wird durch Abingworth LLP mit Geschäftsadresse in London, UK, geführt. Der General Partner von Abingworth Bioequities Fund L.P. ist Abingworth Bioequities GP Limited mit Geschäftsadresse in Grand Cayman. Abingworth Bioequities GP Limited wird durch Abingworth LLP mit Geschäftssitz in London, UK, kontrolliert. Die Kontrolle über Abingworth LLP hat das Abingworth Management (vgl. Sachverhalt lit. D). Verschiedene Non-US Investoren sind in Abingworth Bioequities Fund Limited als Anteilsinhaber investiert, und verschiedene US Investoren sind als Limited Partner in Abingworth Bioequities Fund L.P. investiert.

**F.**

Aisling Capital III LP (**Aisling**) mit Geschäftsadresse in New York, USA, wurde zum Erwerb, Halten und Veräussern von Investitionen in verschiedenen Gesellschaften gegründet. General Partner von Aisling ist Aisling Capital Partners III, LP, der durch Aisling Investitionen tätig und andere Zwecke erfüllt, welche jeweils von Aisling festgelegt werden. Aisling Capital Partners III LLC ist der General Partner von Aisling Capital Partners III, LP. Dennis Purcell, Steve Elms und Andrew Schiff sind die Manager von Aisling Capital Partners III LLC. Mit Aisling Investors III LP wurde ein Mitarbeiter-Investitionsvehikel gegründet, um über Aisling Investitionen zu tätigen. Aisling Capital LLC ist der Investment Manager von Aisling.



#### G.

Dem Geschäftsbericht von Cytos für das Jahr 2011 kann entnommen werden, dass Cytos in der Zeitspanne vom 1. Januar bis 31. Dezember 2011 einen Reinverlust in der Höhe von CHF 18.8 Mio. erlitt, der sich gegenüber dem Vorjahr (CHF 1.5 Mio. im Jahr 2010) stark vergrösserte. Per 31. Dezember 2011 belief sich das verfügbare Kapital zur Finanzierung des operativen Geschäfts auf CHF 28.8 Mio. und war damit CHF 19.6 Mio. tiefer als Ende Dezember 2010. Der Umsatz sank von CHF 22.3 Mio. im Jahr 2010 auf CHF 1.6 Mio. im Jahr 2011. Der Betriebsverlust erhöhte sich von CHF 3.9 Mio. im Jahr 2010 um CHF 15.8 Mio. auf CHF 19.7 Mio. im Jahr 2011. Per 23. März 2012 belaufen sich die flüssigen und geldnahen Mittel, Finanzanlagen und ausstehenden Debitorenforderungen auf insgesamt ca. CHF 7.5 Mio. Der budgetierte Bruttomittelverbrauch für die operativen Geschäftsaktivitäten im weiteren Verlauf des Geschäftsjahrs 2012 beträgt insgesamt ca. CHF 4 Mio. und die Phase IIb Studie in CYT003-QbG10 (vgl. Sachverhalt lit. A) erfordert über die nächsten zwei Jahre mehr als CHF 25 Mio. Der Verwaltungsrat von Cytos prüfte im Jahr 2011 verschiedene strategische Optionen, unter anderem die vollständige Übernahme von Cytos durch eine Private Equity Gesellschaft oder einen industriellen Partner sowie die Auslizenzierung von CYT003-QbG10, welche jedoch allesamt nicht durchgeführt werden konnten.

#### H.

Im Jahre 2011 hat Cytos verschiedene strategische und organisatorische Massnahmen eingeleitet, welche es Cytos ermöglichen sollten, die Geschäfte weiter zu führen und insbesondere auch die benötigte Zeit verschaffen sollten, um sich auf ihr Hauptproduktkandidat CYT003-QbG10 zu konzentrieren. So hat Cytos mit Wirkung per Dezember 2011 die Belegschaft von 82 auf rund 30 Angestellte reduziert und wird mit Wirkung per Mai 2012 die Anzahl der Angestellten nochmals auf rund 16 reduzieren.

#### I.

Zudem beschloss die Gläubigergemeinschaft der Cytos-Wandelobligationäre am 10. November 2011 eine Restrukturierung der Cytos-Wandelanleihe. Dabei wurde 50 % des Nominalwerts per 20. März 2012 rückzahlbar und die anderen 50 % für drei Jahre gestundet. Ferner wurde beschlossen, den Zinssatz zu verdoppeln, die Cytos-Wandelanleihe zu subordinieren und den Wandlungspreis von CHF 157 auf CHF 8.21 zu reduzieren. Die Massnahmen wurden durch das Obergericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 31. Januar 2012 genehmigt. Infolge dieser Restrukturierung wird die Cytos-Wandelanleihe seit dem 20. März 2012 neu mit einem um 50 % reduzierten Nominalbetrag, d.h. CHF 2'500 (statt CHF 5'000) gehandelt. Cytos hat zudem Cytos-Wandelanleihen mit altem Nominalwert im Betrag von rund CHF 37'730'000 zurückgekauft, und im Umfang von CHF 31'255'000 vernichtet. Damit befinden sich derzeit noch Cytos-Wandelanleihen im Umlauf mit (neuem) Nominalwert von CHF 16'135'000.

#### J.

Als weitere Massnahme zur Behebung der finanziellen Schwierigkeiten schloss Cytos am 20. März 2012 mit venBio, Amgen, Abingworth Bioventures, Abingworth Bioequities und Aisling (alle zusammen: **Investoren** oder **Gesuchsteller**) ein Investment Agreement (**Investment Agreement**) ab, welches verschiedene Transaktionen beinhaltet. Dadurch sollen Cytos unmittel-



bar bei Vollzug CHF 30'375'000 zufließen und später weitere CHF 35'125'000, sofern Cytos bestimmte Milestones erreicht, welche sich auf klinische Studien beziehen, und die Investoren die ihnen eingeräumte Bezugsrechte (**Warrants**) ausüben. Durch die neuen Finanzmittel soll Cytos nachhaltig saniert werden. Das Investment Agreement steht unter anderem unter den Bedingungen, dass die Generalversammlung von Cytos, welche voraussichtlich am 20. April 2012 stattfinden wird, die zum Vollzug notwendigen Beschlüsse fasst und dass die vorliegend beantragte Befreiung von der Angebotspflicht ohne wesentliche Auflagen rechtskräftig gewährt wird. Das Investment Agreement sieht im Einzelnen im Wesentlichen folgende Verpflichtungen und Bedingungen vor:

1. Kapitalerhöhung und Ausgabe von neuen Cytos-Aktien an die Investoren

Gemäss Investment Agreement ist zunächst vorgesehen, dass Cytos das Aktienkapital in zwei Tranchen erhöht. Eine erste Tranche von 12'700'532 Cytos-Aktien wird unter Ausschluss des Bezugsrechts der bisherigen Aktionäre zu einem Ausgabebetrag von insgesamt CHF 23'750'000, d.h. CHF 1.87 pro Cytos-Aktie an die Investoren ausgegeben. Eine zweite Tranche von 2'673'796 Cytos-Aktien wird den bisherigen Aktionären zum Ausgabebetrag von CHF 5'000'000 angeboten, d.h. zum selben Ausgabepreis von CHF 1.87 pro Cytos-Aktie. Soweit die bisherigen Aktionäre ihr Bezugsrecht nicht ausüben, kann auch die zweite Tranche den Investoren angeboten werden. Die Kapitalerhöhung soll voraussichtlich Ende April oder anfangs Mai 2012 (**Vollzugstag**) durchgeführt werden, sofern alle Vollzugsbedingungen erfüllt sind.

2. Ausgabe von Warrants an die Investoren

Weiter ist gemäss Investment Agreement vorgesehen, dass Cytos bei Vollzug insgesamt 12'700'532 Warrants an die Investoren ausgibt, wobei jeder Investor pro gezeichnete Cytos-Aktie einen Warrant erhält. Die bei Ausübung der Warrants notwendigen Cytos-Aktien werden aus genehmigtem Aktienkapital bzw. aus eigenen Cytos-Aktien bezogen, welche Cytos zu diesem Zweck zu schaffen und zu halten beabsichtigt. Jeder Warrant berechtigt während der Laufzeit zum Bezug einer Cytos-Aktie zu einem Ausübungspreis von CHF 2.244 (unter Vorbehalt der Anpassung an Verwässerungseffekte), entsprechend dem Ausgabepreis der neuen Cytos-Aktien zuzüglich einer Prämie von 20 % pro Cytos-Aktie. Die Laufzeit beträgt vier Jahre ab Eintragung der Kapitalerhöhung und des genehmigten Kapitals ins Handelsregister. Falls alle Warrants ausgeübt werden, fließen der Gesellschaft daraus CHF 28'500'000 an neuem Eigenkapital zu. Die Warrants werden nicht kotiert und unterliegen gewissen Übertragungsbeschränkungen.

3. Ausgabe von Convertible Loan Notes

Schliesslich sieht das Investment Agreement vor, dass Cytos am oder um den Vollzugstag Convertible Loan Notes im Nominalbetrag von vorerst CHF 6'625'000 an die Investoren (exkl. Abingworth Bioequities) herausgibt. Sofern und sobald die klinischen Studien der Gesellschaft gewisse vertraglich definierte Milestones erreichen, kann die Gesellschaft



eine zweite Tranche der Convertible Loan Notes von weiteren CHF 6'625'000 an die Investoren ausgeben bzw. die Erhöhung des Nominalwerts (und die Einzahlung der entsprechenden Tranche des Ausgabepreises) verlangen. Den Investoren steht umgekehrt das Recht zu, die zweite Tranche der Convertible Loan Notes (unabhängig vom Erreichen der Milestones) einzubezahlen. Der Zinssatz beträgt 9 % p.a. Die Convertible Loan Notes haben eine Laufzeit bis zum 10. Februar 2015 und sind in Cytos-Aktien wandelbar zu einem Wandelpreis von CHF 2.244 pro Cytos-Aktie (unter Vorbehalt der Anpassung an Verwässerungseffekte). Die Convertible Loan Notes werden mittels eines Pfandrechts an bestimmten Immaterialgüterrechten von Cytos besichert. Sie werden nicht kotiert und unterliegen gewissen Übertragungsbeschränkungen. Wie die noch ausstehende, zweite Hälfte der bestehenden Wandelanleihe sind auch die Convertible Loan Notes bei Fälligkeit zu 150 % des Nominalwertes rückzahlbar.

#### 4. Ausgabe von Optionen an venBio

Als Entschädigung für ihren Aufwand im Zusammenhang mit der Finanzierung soll venBio ausserdem 350'000 Optionen mit einem Ausübungspreis von CHF 2.244 (entsprechend dem Wandelpreis der Convertible Loan Notes bzw. Ausübungspreis der Warrants und unter Vorbehalt der Anpassung im Rahmen des Verwässerungsschutzes) und einer Laufzeit von fünf Jahren ab dem Ausgabedatum zugeteilt werden. Diese sollen ebenfalls gestützt auf neu zu schaffendes, bedingtes Aktienkapital ausgegeben werden.

Sofern die Warrants vollumfänglich ausgeübt werden, die zweite Tranche der Convertible Loan Notes ausgegeben wird und die Convertible Loan Notes vollständig gewandelt sowie die Optionen von venBio vollständig ausgeübt werden und unter der Annahme von im übrigen gleich bleibenden Verhältnissen, wird Cytos nach der Ausübung bzw. Wandlung dieser Erwerbsrechte voraussichtlich die folgende Aktionärsstruktur aufweisen (Berechnungszeitpunkt: 23. März 2012):

Aktionär	Anzahl Aktien	Stimmrechte/Kapital
venBio	8'549'643	21.66 %
Amgen	3'030'303	7.68 %
Abingworth Bioventures	10'984'848	27.83 %
Abingworth Bioequities	2'406'417	6.10 %
Aisling	6'684'491	16.94 %
Investoren gesamt:	31'655'702	80.21 %
Eigene Aktien Cytos	2'051'176	5.20 %
Publikum	5'760'056	14.59 %
Total	39'466'934	100 %

#### K.

Im Investment Agreement ist schliesslich auch vorgesehen, dass der Generalversammlung von Cytos, die zwecks Durchführung der Sanierung und Fassung der notwendigen Beschlüsse einzu-berufen ist, insgesamt fünf neue, von den Investoren nominierte Verwaltungsratsmitglieder zur



Wahl vorgeschlagen werden, wobei es sich um drei eigentliche Investorenvertreter und zwei unabhängige Dritte mit Sachkenntnis im Biotechnologie- und Medizinalbereich handelt. Der Vollzug der Investition ist bedingt auf die Wahl dieser von den Investoren vorgeschlagenen Verwaltungsratsmitglieder.

**L.**

Mit Gesuch vom 21. März 2012 stellten die Investoren folgende Anträge:

- „1. *venBio Global Strategic Fund L.P., venBio Global Strategic GP L.P., venBio Global Strategic GP Ltd. und deren Aktionäre; Amgen Investments Ltd., Amgen Manufacturing Limited., Amgen Technology Limited, Amgen International Inc., Amgen Inc. und deren direkte und indirekte Tochtergesellschaften; Abingworth Bioventures V L.P., Abingworth Bioventures V GP L.P., Abingworth Bioventures V GP Ltd.; Abingworth Bioequities Master Fund Limited, Abingworth Bioequities Fund Limited, Abingworth Bioequities Fund L.P., und Abingworth Bioequities GP Limited, Abingworth LLP und deren Aktionäre; Aisling Capital III, L.P., Aisling Capital Partners III, L.P., Aisling Capital Partners III LLC und Aisling Investors III, LP; seien, soweit sie einzeln den Grenzwert von 33⅓ Prozent der Stimmrechte der Cytos Biotechnology AG überschreiten, je einzeln sowie als organisierte Gruppe im Sinne von Art. 31 BEHV-FINMA gemeinsam, von der Pflicht zu befreien, ein öffentliches Kaufangebot für alle sich im Publikum befindenden Namenaktien mit einem Nennwert von je CHF 0.10 der Cytos Biotechnology AG, Schlieren, zu unterbreiten.*
2. *Allfälligen qualifizierten Aktionären mit Parteistellung sei Einsicht in die von den Gesuchstellern eingereichten Akten lediglich unter Strafandrohung gemäss Art. 292 StGB unter der Auflage zu gewähren, dass sie die erlangten Informationen vertraulich behandeln und nur im Zusammenhang mit diesem Verfahren verwenden und diese insbesondere keinem Dritten, insbesondere keinen Medien, weitergeben.“*

**M.**

Die Stellungnahme des Verwaltungsrats von Cytos zum vorliegenden Gesuch wurde der Übernahmekommission eingereicht. Der Verwaltungsrat unterstützt das Gesuch der Investoren um eine Ausnahme von der Angebotspflicht einstimmig.

**N.**

Zur Prüfung dieser Angelegenheit wurde ein Ausschuss bestehend aus Raymund Breu (Vorsitzender), Susan Emmenegger und Thomas A. Müller gebildet.

—

**Die Übernahmekommission zieht in Erwägung:**

**1. Bestehen einer Gruppe im Sinn von Art. 31 in Verbindung mit Art. 10 BEHV-FINMA**

[1] Gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG muss diejenige Person, welche direkt, indirekt oder in gemeinsamer Absprache mit Dritten Beteiligungspapiere erwirbt und damit zusammen mit den Papieren, die sie bereits besitzt, den Grenzwert von 33 ⅓ % der Stimmrechte einer Zielgesellschaft, ob au-



sübbar oder nicht, überschreitet, ein Angebot für alle kotierten Beteiligungspapiere der Gesellschaft unterbreiten. Gemäss Praxis der Übernahmekommission bilden mehrere Sanierer zusammen eine Gruppe im Sinn von Art. 31 in Verbindung mit Art. 10 BEHV-FINMA, wenn sie ihr Stimmrechtsverhalten an der Generalversammlung der Zielgesellschaft abstimmen und sich im Hinblick auf die Sanierung der Zielgesellschaft koordinieren (Empfehlung 132/01 vom 26. Juni 2002 in Sachen *Tornos Holding AG*, Erw. 1.2; Empfehlung 118/02 vom 18. März 2002 in Sachen *4M Technologies Holding*, Erw. 1).

[2] Vorliegend haben sich die Investoren mit der Unterzeichnung des Investment Agreement bezüglich der Sanierung der Zielgesellschaft koordiniert. Dementsprechend haben sie sich (und die mit ihnen verbundenen Einheiten) mit Offenlegungsmeldung vom 27. März 2012 als Gruppe offengelegt, die ihr Verhalten mit Blick auf die Rekapitalisierung von Cytos koordiniert. Sie werden zudem fünf neue Verwaltungsratsmitglieder zur Wahl in den Verwaltungsrat von Cytos vorgeschlagen (vgl. Sachverhalt lit. I) und nach deren Wahl über eine Mehrheit im Verwaltungsrat von Cytos verfügen. Als Folge der Koordination bezüglich der Sanierung ist auch damit zu rechnen, dass die Investoren die Stimmrechte ihrer künftigen Beteiligungen an den künftigen Generalversammlungen von Cytos koordiniert ausüben werden, namentlich auch – aber nicht nur – bezüglich der Wiederwahl der von ihnen vorgeschlagenen fünf Verwaltungsräte.

[3] Nach Gesagtem sind die Investoren als Gruppe im Sinn von Art. 31 in Verbindung mit Art. 10 BEHV-FINMA zu qualifizieren.

—

## **2. Ausnahmen von der Angebotspflicht beim Erwerb zu Sanierungszwecken**

[4] Gemäss Art. 32 Abs. 2 BEHG kann die Übernahmekommission in berechtigten Fällen Ausnahmen von der Angebotspflicht gewähren, namentlich bei Erwerb zu Sanierungszwecken (lit. e). Damit sollen Investoren privilegiert werden, welche die Gesellschaft in einer prekären Finanzlage zu unterstützen bereit sind, da in solchen Fällen das Interesse der Aktionäre am Fortbestand der Gesellschaft grösser sein kann als ihr Interesse an einem Pflichtangebot. Hätte ein solcher Erwerb eine Angebotspflicht zur Folge, könnten Sanierungen in vielen Fällen nur unter erschwerten Bedingungen oder gar nicht durchgeführt werden. Vor diesem Hintergrund ist Art. 32 Abs. 2 lit. e BEHG ein betriebswirtschaftlicher Sanierungsbegriff zugrunde zu legen. Demnach stellen alle Massnahmen Sanierungsmassnahmen dar, die dazu dienen, die einer wirtschaftlich Not leidenden Unternehmung anhaftenden, existenzgefährdenden Schwächen zu beheben und ihre Ertragskraft wieder herzustellen. Die Massnahmen müssen notwendig und nach dem normalen Lauf der Dinge mit vernünftiger Wahrscheinlichkeit geeignet sein, den Fortbestand der betroffenen Gesellschaft zu sichern. Der Gesuchsteller hat darzulegen, dass er, ohne rechtlich bereits dazu verpflichtet gewesen zu sein, Leistungen erbringt oder auf Ansprüche verzichtet, um die Finanzlage der notleidenden Gesellschaft zu verbessern. Nicht verlangt werden kann hingegen eine Garantie für den langfristigen Erfolg von Sanierungsmassnahmen. Es genügt vielmehr, dass der Gesuchsteller den Nachweis erbringt, dass die gewählten Massnahmen in dieser Ausnahmesituation notwendig und nach dem normalen Lauf der Dinge mit vernünftiger

—  
—



Wahrscheinlichkeit geeignet sind, den Fortbestand der betroffenen Gesellschaft zu sichern (Empfehlung 132/01 vom 26. Juni 2002 in Sachen *Tornos Holding AG*, Erw. 2.2.1).

## 2.1 Sanierungsbedarf

[5] Die finanziellen Schwierigkeiten von Cytos haben sich seit einiger Zeit abgezeichnet und die Gesellschaft ist offensichtlich sanierungsbedürftig (vgl. Sachverhalt lit. G). Trotz der inzwischen erfolgten Restrukturierung der Cytos-Wandelanleihe und weiterer Massnahmen (vgl. Sachverhalt lit. H und I) sind hinsichtlich der Fortführung des Geschäftsbetriebs weitere Finanzmittel notwendig, um eine Illiquidität zu vermeiden. Eine Sanierung resp. Rekapitalisierung von Cytos ist folglich erforderlich.

## 2.2 Sanierungsmassnahmen

[6] Neben der am 10. November 2011 beschlossenen Restrukturierung der Cytos-Wandelanleihe (vgl. Sachverhalt lit. I) wurde als weitere Massnahme, um die Fortführung der Geschäftstätigkeit von Cytos sicher zu stellen, das Investment Agreement mit den Investoren abgeschlossen. Als Folge der Transaktion fliessen Cytos unmittelbar bei Vollzug mindestens CHF 30'375'000 an zusätzlichem Kapital zu. In der Zukunft können ihr bis zu weiteren CHF 35'125'000 zufließen, sofern die Gesellschaft gewisse Milestones erreicht und die Investoren die ihnen eingeräumten Bezugsrechte (Warrants) ausüben. Durch die neu zugeführten Finanzmittel soll Cytos nachhaltig saniert werden, so dass eine Weiterführung der Geschäftstätigkeit für die nächsten drei Jahre und insbesondere eine Phase IIB Studie in CYT003-QbG10 gewährleistet wäre.

[7] Soll gestützt auf Art. 32 Abs. 2 lit. e BEHG eine Ausnahme von der Angebotspflicht gewährt werden, hat der Gesuchsteller darzulegen, dass die geplanten Sanierungsmassnahmen geeignet sind, den Fortbestand des Unternehmens zu sichern. Die Übernahmekommission prüft diese Frage nur mit Zurückhaltung. Wenn aber – wie im vorliegenden Fall – ausgewiesen ist, dass die Fortführung der Geschäftstätigkeit gefährdet ist, wird die Zweckmässigkeit der von der Generalversammlung getroffenen Massnahmen zur Verbesserung der finanziellen Situation grundsätzlich angenommen. In casu sollten die von der Generalversammlung zu beschliessenden Massnahmen zum Zufluss neuer Mittel geeignet sein, um die mittelfristige Fortführung des Geschäftsbetriebs zu ermöglichen und die Gefahr einer Illiquidität einstweilen abzuwenden und damit den Fortbestand der Gesellschaft zu sichern.

## 2.3 Ergebnis

[8] Die Gesuchsteller und der Verwaltungsrat von Cytos haben dargelegt, dass sich Cytos in finanziellen Schwierigkeiten befindet, welche Sanierungsmassnahmen notwendig machen. Die geplanten Massnahmen gemäss Investment Agreement scheinen aus heutiger Sicht geeignet, den Fortbestand der Gesellschaft mindestens mittelfristig zu sichern. Namentlich die Bonität und Liquidität von Cytos werden erheblich verbessert.





[9] Die Investoren sind mit dem Investment Agreement eine bedingte Verpflichtung zur Zeichnung von Cytos-Aktien eingegangen bzw. werden zum späteren Erwerb solcher Aktien berechtigt. Ihr Engagement bzw. der Erwerb der neu auszugebenden Cytos-Aktien erfolgt im Rahmen und zum Zweck der Sanierung von Cytos. Dieser Erwerb kann dazu führen, dass die Investoren, einzeln oder als Gruppe im Sinn von Art. 31 in Verbindung mit Art. 10 BEHV-FINMA, die angebotspflichtige Schwelle gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG überschreiten. Den Investoren ist daher, sowohl einzeln als auch als Gruppe, eine Ausnahme von der Angebotspflicht gemäss Art. 32 Abs. 2 lit. e BEHG zu gewähren.

—

### **3. Stellungnahme des Verwaltungsrats**

[10] Der Verwaltungsrat einer (potentiellen) Zielgesellschaft hat im Verfahren betreffend Angebotspflicht eine Stellungnahme abzugeben (Art. 61 Abs. 1 UEV). Die Stellungnahme hat die Überlegungen und die Argumentation des Verwaltungsrats zu enthalten, die ihn bewogen haben, das Gesuch zu unterstützen oder abzulehnen. Zudem sind allfällige Interessenskonflikte im Verwaltungsrat und eventuell in diesem Zusammenhang getroffene Massnahmen offenzulegen.

[11] Der Entwurf der Stellungnahme des Verwaltungsrats von Cytos wurde der Übernahmekommission zur Prüfung unterbreitet. Der Verwaltungsrat unterstützt das Gesuch einstimmig. Die Stellungnahme erfüllt die erwähnten Anforderungen. Die Rekapitalisierung durch die Investoren stellt aus Sicht des Verwaltungsrats von Cytos angesichts der finanziellen Situation des Unternehmens einen fairen und vernünftigen Vorschlag dar, welcher es dem Unternehmen ermöglicht, die Geschäfte weiter zu führen.

[12] Die vom Verwaltungsrat unterzeichnete Stellungnahme ist der Übernahmekommission vor der Publikation einzureichen.

—

### **4. Geheimhaltung**

[13] Über den Antrag Ziff. 2 der Gesuchsteller betreffend Geheimhaltung wird entschieden, falls ein qualifizierter Aktionär Parteistellung beantragt und Akteneinsicht verlangt.

—

### **5. Publikation**

[14] Stellt die Übernahmekommission fest, dass keine Angebotspflicht besteht oder gewährt sie eine Ausnahme, so ist die Zielgesellschaft verpflichtet, die Veröffentlichung gemäss Art. 61 UEV vorzunehmen. Die Veröffentlichung wird voraussichtlich am 4. April 2012 erfolgen. Die vorliegende Verfügung wird gleichentags auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht (Art. 33a Abs. 1 BEHG).

—



## 6. Gebühr

[15] Gemäss Art. 69 Abs. 6 UEV wird für die Prüfung von Gesuchen betreffend Angebotspflicht eine Gebühr erhoben. Angesichts der Komplexität des Sachverhalts und der sich stellenden Rechtsfragen erscheint eine Gebühr von CHF 40'000 als angemessen. Die Gesuchsteller haften hierfür solidarisch.

—



### **Die Übernahmekommission verfügt:**

1. venBio Global Strategic Fund L.P, venBio Global Strategic GP L.P., venBio Global Strategic GP Ltd. und deren Aktionäre; Amgen Investments Ltd., Amgen Manufacturing Limited., Amgen Technology Limited, Amgen International Inc., Amgen Inc. und deren direkte und indirekte Tochtergesellschaften; Abingworth Bioventures V L.P., Abingworth Bioventures V GP L.P., Abingworth Bioventures V GP Ltd.; Abingworth Bioequities Master Fund Limited, Abingworth Bioequities Fund Limited, Abingworth Bioequities Fund L.P, und Abingworth Bioequities GP Limited, Abingworth LLP und deren Aktionäre; Aisling Capital III, L.P., Aisling Capital Partners III, L.P., Aisling Capital Partners III LLC und Aisling Investors III, LP werden sowohl einzeln als auch als Gruppe eine Ausnahme von der Angebotspflicht gewährt für den Fall, dass es infolge des Vollzugs des Investment Agreements vom 20. März 2012 einzeln oder als Gruppe zu einer Überschreiten des Grenzwerts gemäss Art. 32 Abs. 1 BEHG kommt.
2. Cytos Biotechnology AG hat die Stellungnahme ihres Verwaltungsrats samt Dispositiv der vorliegenden Verfügung und Hinweis auf das Einspracherecht zu publizieren.
3. Diese Verfügung wird am Tag der Publikation der Stellungnahme des Verwaltungsrats von Cytos Biotechnology AG auf der Website der Übernahmekommission veröffentlicht.
4. Die Gebühr zu Lasten der Gesuchsteller beträgt CHF 40'000, unter solidarischer Haftung.

Der Vorsitzende:

Dr. Raymund Breu

—

### **Diese Verfügung geht an die Parteien:**

- venBio Global Strategic Fund L.P., Amgen Investments Ltd., Abingworth Bioventures V L.P., Abingworth Bioequities Master Fund Limited und Aisling Capital III, LP (alle vertreten durch Matthias Wolf, Lenz & Staehelin);
- Cytos Biotechnology AG (vertreten durch Dr. Dieter Dubs, Bär & Karrer AG).

### **Rechtsmittelbelehrung:**

#### **Beschwerde (Art. 33c des Börsengesetzes, SR 954.1):**

Gegen diese Verfügung kann innerhalb von fünf Börsentagen Beschwerde bei der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, CH-3003 Bern erhoben werden. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach Eröffnung der Verfügung per Telefax oder auf elektronischem



Weg zu laufen. Die Beschwerde hat den Erfordernissen von Art. 33c Abs. 2 BEHG und Art. 52 VwVG zu genügen.

—

**Einsprache (Art. 58 der Übernahmeverordnung, SR 954.195.1):**

Ein Aktionär, welcher eine Beteiligung von mindestens 2 Prozent der Stimmrechte an der Zielgesellschaft, ob ausübbar oder nicht, nachweist (qualifizierter Aktionär, Art. 56 UEV), kann gegen die vorliegende Verfügung Einsprache erheben.

Die Einsprache ist bei der Übernahmekommission (Selnaustrasse 30, Postfach, CH - 8021 Zürich, [counsel@takeover.ch](mailto:counsel@takeover.ch), Telefax: +41 58 399 22 91) innerhalb von fünf Börsentagen nach der Veröffentlichung der Stellungnahme des Verwaltungsrates einzureichen. Die Frist beginnt am ersten Börsentag nach der Veröffentlichung zu laufen.

Die Einsprache muss einen Antrag und eine summarische Begründung sowie den Nachweis der Beteiligung gemäss Art. 56 UEV enthalten.

—