

# ZH\_OBERGERICHT PS110248 vom 31. Januar 2012

ZH Obergericht, 2012-01-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_PS110248](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_PS110248)

FR: ZH\_OBERGERICHT PS110248 du 31 janvier 2012

IT: ZH\_OBERGERICHT PS110248 del 31 gennaio 2012

## Erwägungen

### E. 1

Mit Eingabe vom 22. Dezember 2011 reichte die A. \_\_\_\_\_ AG (nachfolgend Gesuchstellerin genannt) ein Gesuch um Genehmigung im Sinne von Art. 1176 OR ein. Sie beantragt, es seien die von den Anleiensgläubigern anlässlich der Gläubigerversammlung vom 10. November 2011 und unter Nachreichung der Zustimmungserklärungen innerhalb von zwei Monaten am 19. Dezember 2011 beschlossenen Anpassungen der Anleiensbedingungen betreffend die von der A. \_\_\_\_\_ AG, B. \_\_\_\_\_ [Ortschaft], emittierte Fr. 70'000'000 Wandelanleihe mit einem Coupon von 2.875 %, fällig am 20. Dezember 2012 (recte: Februar), zu genehmigen (act. 1).

### E. 1.1

Art. 1176 Abs. 1 OR sieht vor, dass Beschlüsse der Anleiensgläubigergemeinschaft für ihre Wirksamkeit gegenüber den nicht zustimmenden Anleiensgläubiger von der oberen kantonalen Nachlassbehörde zu genehmigen sind, wenn sie einen Eingriff in die Gläubigerrechte gemäss Art. 1170 OR enthalten (BSK OR II-STEINMANN/REUTTER, 3. Aufl. 2008, Art. 1176 N 3).

### E. 1.2

Die in Art. 1170 OR vorgesehenen gesetzlichen Massnahmen lassen sich in die Kategorien Abänderung der Zahlungsmodalitäten, Veränderung der Substanz der Forderung und Änderung der Sicherheiten gliedern (BSK OR II-STEINMANN/REUTTER, 3. Aufl. 2008, Art. 1170 N 4).

### E. 1.3

Die vorliegend zu genehmigenden Beschlüsse 1-5 betreffen im Wesentlichen die Zahlungsmodalitäten, die Laufzeit der Anleihe und die Sicherheiten (act. 1 S. 6, act. 3/2 Anhang II S. 3 und Anhang IV, Prot. S. 8 ff.; vgl. E. I.2 vorstehend). Konkret wurde beschlossen, dass 50 % des Nominalwertes pro ausstehender Wandelobligation per 20. Februar 2012 bar ausbezahlt wird, die Fälligkeit

- 6 - der verbleibenden 50 % des Nominalwertes für 3 Jahre (Fälligkeitsdatum 20. Februar 2015) gestundet und mit einem Zuschlag von 50 % zurückbezahlt werden, die Fälligkeit der Zinszahlungen bis zum 20. Februar 2015 gestundet wird, die Coupons per 20. Februar 2012 von 2.875 % auf 5.75 % verdoppelt werden und der Wandlungspreis per 20. Februar 2012 von Fr. 175 auf Fr. 8.21 reduziert wird. Des Weiteren wurde die Nachrangigkeit der gestundeten Wandelobligationen, die Erweiterung der Event of Default, die Aufhebung der Negative Pledge-Klausel und die Stundung der Fälligkeit der frühzeitigen Rückzahlungsforderung durch die Anleiensgläubiger im Falle einer Reverse Takeover-Transaktion beschlossen.

#### **E. 1.4**

Die vorliegenden Änderungen der Anleihsbedingungen betreffen damit alle drei vorgesehenen Kategorien, im Einzelnen Art. 1170 Abs. 1 Ziff. 1, 5,

#### **E. 1.5**

Sachlich zuständig für die Genehmigung dieser Beschlüsse ist die obere kantonale Nachlassbehörde, welche gemäss Art. 4 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 20 EG SchKG und § 48 GOG das Obergericht ist. Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen der schweizerischen ZPO (Art. 1 lit. c ZPO).

#### **E. 2**

Die zur Genehmigung vorgelegten fünf Beschlüsse der Anleihsgläubiger haben den folgenden Wortlaut (Resolutions 1-5, act. 3/2 Anhang IV):

- 3 -

- 4 -

- 5 -

#### **E. 2.1**

Die Frist zur Beantragung der Genehmigung beträgt einen Monat und läuft ab dem Zeitpunkt, in welchem die Gesuchstellerin von den Beschlüssen Kenntnis erhielt (Art. 1176 Abs. 2 OR; ZR 103 [2004] Nr. 15 E. 2.c).

#### **E. 2.2**

Die Gläubigerversammlung fand am 10. November 2011 statt. Innerhalb der vorgesehenen Frist von zwei Monaten wurden die weiteren Zustimmungserklärungen gemäss Art. 1172 Abs. 2 OR beigebracht (act. 3/2). Die Beschlüsse wurden am 19. Dezember 2011 öffentlich beurkundet (act. 3/2). Mit Ein-

- 7 - gabe vom 22. Dezember 2011 (eingegangen am 23. Dezember 2011) wurde die Monatsfrist gewahrt. 3. Art. 1177 OR umschreibt in einem Negativkatalog die materiellen Voraussetzungen für die Genehmigung eines Beschlusses der Anleihsgläubigergemeinschaft. Demnach darf die Genehmigung nur verweigert werden, 1. wenn die Vorschriften über die Einberufung und das Zustandekommen der Beschlüsse der Gläubigerversammlung verletzt worden sind; 2. wenn der zur Abwendung einer Notlage des Schuldners gefasste Beschluss sich als nicht notwendig herausstellt; 3. wenn die gemeinsamen Interessen der Anleihsgläubiger nicht genügend gewahrt sind; oder 4. wenn der Beschluss auf unredliche Weise zustande gekommen ist. Durch die behördliche Genehmigung wird erreicht, dass Mehrheitsbeschlüsse der Gläubigergemeinschaft auch für die nicht zustimmenden Gläubiger verbindlich sind. Art. 1177 OR ist einschränkend auszulegen. Trotzdem hat die Genehmigungsbehörde auch die objektive Zweckmässigkeit des Beschlusses abzuklären, mithin die materielle Angemessenheit zu prüfen. Die Verletzung der formellen Voraussetzungen für das gültige Zustandekommen des Quorumsbeschlusses führt – dem Schutzgedanken der unterlegenen Gläubiger entsprechend – zwingend zur Verweigerung der Genehmigung. Die Genehmigungsbehörde hat den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und trotz Untätigbleiben der nicht zustimmenden Gläubiger im Genehmigungsverfahren die Genehmigung zu verweigern, falls sie einen der Verweigerungsgründe von Art. 1177 OR feststellt (ZR 103 [2004] Nr. 15 E. 3).

### **E. 3**

Nachdem die Gesuchstellerin den ihr mit Verfügung vom 29. Dezember 2011 auferlegten Kostenvorschuss für das Genehmigungsverfahren rechtzeitig geleistet hatte (act. 7-9), wurde in Anwendung von Art. 1176 Abs. 3 OR mit Verfügung vom 10. Januar 2011 eine mündliche Verhandlung auf den 31. Januar 2012 angesetzt (act. 10). Die Zeit der Verhandlung wurde am tt.mm.2012 im Schweizerischen Handelsamtsblatt öffentlich bekannt gemacht, mit der Anzeige an die Anleihergläubiger, dass sie ihre Einwendungen schriftlich oder in der Verhandlung mündlich anbringen können (act. 12). Schriftliche Einwendungen gingen keine ein.

### **E. 4**

An der Verhandlung vom 31. Januar 2012 erschienen Rechtsanwalt Dr. X. \_\_\_\_\_ namens und in Begleitung der Gesuchstellerin sowie ein Finanzberater der C. \_\_\_\_\_ [Bank]. Von den Anleihergläubigern erschien niemand (Prot. S. 4). Mit Eingabe vom 27. Januar 2012 und anlässlich der Verhandlung reichte die Gesuchstellerin weitere Unterlagen ein (act. 15-17). II.

#### **E. 4.1**

Vorausgesetzt ist vorab, dass die Vorschriften über die Einberufung der Gläubigerversammlung eingehalten wurden. Massgebend sind die Art. 1165 und Art. 1169 OR sowie die Verordnung über die Gläubigergemeinschaft bei Anleiherobligationen vom 9. Dezember 1949 (SR 221.522.1, nachfolgend GGV). Zum Schutz der Gläubiger regelt die GGV die Einladung und Traktandierung der Gläu-

- 8 - bigerversammlung. Die Einberufung der Obligationäre zur Gläubigerversammlung erfolgt durch mindestens zweimalige öffentliche Auskündigung im Handelsamtsblatt und in den durch die Anleiherbedingungen angegebenen öffentlichen Blättern. Dabei muss die zweite öffentliche Bekanntmachung mindestens zehn Tage vor dem Versammlungstermin erfolgen (Art. 1 Abs. 1 GGV). Mit der Bekanntmachung beziehungsweise mit der Einladung oder allenfalls separat mindestens zehn Tage zum Voraus sind die Traktanden ihrem wesentlichen Inhalt nach bekanntzugeben (Art. 2 GGV). An der Abstimmung teilnehmen können nur Personen, die sich bei der Urkundsperson über ihre Stimmberechtigung ausgewiesen haben (Art. 3 Abs. 1 GGV). Über die Teilnehmer wird ein Verzeichnis angelegt (Art. 4 Abs. 1 GGV). Über jeden Beschluss ist eine öffentliche Urkunde zu errichten, wobei ihr das Teilnehmerverzeichnis beizufügen ist (Art. 6 Abs. 1 und 2 GGV).

#### **E. 4.2**

Die Anleiherbedingungen sehen vorliegend keine anderen öffentlichen Blätter als das Handelsamtsblatt vor, in denen die Auskündigung zu veröffentlichen wäre (act. 16/2). Die Einladung zur Gläubigerversammlung am

#### **E. 4.3**

Die Beschlussfassung anlässlich der Gläubigerversammlung mit den rechtzeitig nachgereichten Zustimmungserklärungen wurde öffentlich beurkundet; ein Teilnehmerverzeichnis für die Gläubigerversammlung und die nachgereichten

- 9 - Erklärungen wurde erstellt und beigelegt (act. 3/2 inkl. Anhänge). Die Gesuchstellerin ist damit auch den weiteren Anforderungen nachgekommen.

#### E. 4.4

Zudem müssen die Beschlüsse die erforderlichen Quoren gemäss Art. 1170 OR erreicht haben. Die öffentlich beurkundeten Beschlüsse der Gläubigerversammlung der Anleihegläubiger und der nachträglichen Zustimmungserklärungen vom 19. Dezember 2011 betreffend Anpassung der Anleihebedingungen halten folgende Stimmabgaben fest (act. 3/2 S. 2-4): Von den insgesamt 14'000 ausgegebenen Obligationen mit einem Gesamtnennwert von Fr. 70'000'000 sind abzüglich der von der Gesuchstellerin zurückgekauften 6'811 Obligationen mit einem Nennwert von Fr. 34'055'000, die gemäss Art. 1167 Abs. 2 OR nicht stimmberechtigt sind, 7'189 Obligationen mit einem Gesamtnennwert von Fr. 35'945'000 stimmberechtigt. Von diesen im Umlauf befindlichen Obligationen wurden anlässlich der Gläubigerversammlung vom 10. November 2011 Ja-Stimmen im Umfang von 3'663 für Beschluss 1, 3'693 für Beschluss 2, 3'691 für Beschluss 3, 3'517 für Beschluss 4 und 3'564 für Beschluss 5 sowie Nein-Stimmen im Umfang von 20 für Beschluss 1, 0 für Beschluss 2, 0 für Beschluss 3, 174 für Beschluss 4 und 119 für Beschluss 5 abgegeben. Mit den nachgereichten Zustimmungserklärungen vom 19. Dezember 2011 wurden jeweils 1'465 Ja-Stimmen und keine Nein-Stimmen für alle Beschlüsse abgegeben. Das erforderliche 2/3-Quorum (4'792) wurde daher mit 5'128 (Beschluss 1), 5'158 (Beschluss 2), 5'156 (Beschluss 3), 4'982 (Beschluss 4) und 5'029 (Beschluss 5) Ja-Stimmen zu 20 (Beschluss 1), 0 (Beschluss 2), 0 (Beschluss 3), 174 (Beschluss 4) und 119 (Beschluss 5) Nein-Stimmen erreicht; die Beschlüsse 1-5 wurden gültig gefasst. 5.1 Im Weiteren müssen die gefassten Beschlüsse zur Abwendung einer eingetretenen oder drohenden Notlage der Gesuchstellerin notwendig und geeignet erscheinen (BSK OR II-STEINMANN/REUTTER, 3. Aufl. 2008, Art. 1177 N 4). Die Beschlüsse müssen mindestens dem Sinn nach zur Abwendung einer Notlage der Gesuchstellerin gefasst worden sein (BSK OR II-STEINMANN/REUTTER, 3. Aufl. 2008, Art. 1177 N 3). Eine Notlage ist bereits gegeben, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die Anleihe zurückzubezahlen (BGE 89 II 344 E. 3,

- 10 - bestätigt in BGer 7B.156/2006 E. 3.4 vom 13. Oktober 2006) oder ein Zinsbetreffnis aufzubringen (BSK OR II-STEINMANN/REUTTER, 3. Aufl. 2008, Art. 1177 N 4). 5.2 Die Gesuchstellerin macht geltend, der Nominalwert der nicht von der Gesuchstellerin gehaltenen Wandelanleihe in der Höhe von Fr. 38'800'000 übersteige die flüssigen und geldnahen Mittel, Finanzanlagen und Forderungen in Höhe von insgesamt Fr. 33'700'000. Auf Grund des vom 1. Januar bis 30. September 2011 erwirtschafteten Reinverlusts in Höhe von Fr. 16'130'000, der sich gegenüber dem Vorjahr dramatisch vergrössert habe, bestehe eine sehr grosse Wahrscheinlichkeit, dass die Rückzahlung der Anleihe, welche am 20. Februar 2012 fällig werden, unmöglich sei beziehungsweise die Gesuchstellerin in eine Notlage versetze. Die Gesuchstellerin habe die gefassten Beschlüsse gegenüber den Anleihegläubigern daher zur Abwendung einer drohenden Notlage beantragt (act. 1 S. 6). Anlässlich der Verhandlung vom 31. Januar 2012 ergänzte die Gesuchstellerin präzisierend, dass sie mit der Fälligkeit der Anleihe am 20. Februar 2012 illiquid und der Konkurs unvermeidbar würde (Prot. S. 11 f.). Mit der Änderung der Anleihebedingungen könnte diese Konsequenz abgewendet werden. Denn mit den beschlossenen Änderungen würde es für einen möglichen Geldgeber attraktiver, in sie zu investieren. Damit bestehe alternativ zur bisher nicht realisierbaren Auslizenzierung des Hauptproduktes der Gesuchstellerin die Möglichkeit, mit solchen neuen finanziellen Mitteln dieses innovative Produkt selber weiterzuentwickeln und zu vermarkten. Auf diese Weise könnten Erträge generiert und ihr Fortbestehen gesichert werden (Prot. S. 5 ff.). 5.3 Nach Einsicht in den Geschäftsbericht

2010 und den 3. Quartalsbericht per 30. September 2011 der Gesuchstellerin (act. 3/4-5) ist festzustellen, dass die Rückzahlung des gesamten fällig werdenden Kapitals, sofern dies überhaupt zu bewerkstelligen wäre, zur Zahlungsunfähigkeit der Gesuchstellerin führen würde. Die Gesuchstellerin befindet sich damit in einer Notlage und die gefassten Beschlüsse erscheinen zur Abwendung dieser finanziellen Notlage geeignet und notwendig.

6.1 Für die Beurteilung der genügenden Wahrung der gemeinsamen Interessen der Anleiensgläubiger ist im Sinne von Art. 1177 Ziff. 3 OR von der Figur

- 11 - eines vernünftigen Alleingläubigers auszugehen, welcher als reiner Kreditgeber keine anderen Interessen (z. B. als Aktionär) verfolgt. Massnahmen, welche in Beschlüssen der Gläubigerversammlung verabschiedet werden, können nur dann als für alle Obligationäre angemessen gelten, wenn der vernünftige Alleingläubiger unter denselben Voraussetzungen dazu bereit gewesen wäre. Dies ist dann der Fall, wenn der Beschluss allgemein den gegebenen Verhältnissen gerecht wird (ZR 103 [2004] Nr. 15 E. 3 mit weiteren Hinweisen). 6.2 Die Gesuchstellerin führte in der Verhandlung vom 31. Januar 2012 hierzu im Wesentlichen aus, dass mit der Rückzahlung der ersten Hälfte per 20. Februar 2012 die Anleiensgläubiger ungefähr den Betrag erhalten würden, der der Dividende im Konkursfalle entspräche (Prot. S. 7). Mit der Abwendung der Notlage bestünde für alle Anleiensgläubiger allerdings die Option, die zweite Hälfte zwar erst per 20. Februar 2015 aber nicht zu par (100 %) sondern zu 150 % zu erhalten. Ferner hätten die Anleiensgläubiger die Zusicherung, dass in dieser Zeit keine Dividendenausschüttungen vorgenommen würden (Prot. S. 8 ff.). 6.3 Mit der Anpassung der Anleiensbedingungen werden sämtliche Anleiensgläubiger, die im Februar 2012 fällig werdende Obligationen halten, gleich behandelt (Art. 1174 Abs. 1 OR). Zudem lassen sich mit der teilweisen Verlängerung der Laufzeit der Anleihe die Interessen der Anleiensgläubiger besser wahren als aller Voraussicht nach im Liquidationsfall. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Anleiensgläubiger insofern besser gestellt werden, als die zweite Hälfte der Anleihe mit einem Zuschlag von 50 % zurückbezahlt und die Verzinsung für diesen Betrag verdoppelt wird. Die Massnahmen erscheinen daher insgesamt den Interessen eines vernünftigen Gläubigers angemessen. 7. Ein unredliches Zustandekommen der zu genehmigenden Gläubigerbeschlüsse ist im Übrigen aus den Akten nicht ersichtlich. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass die Beschlüsse 1-5 die materiellen Voraussetzungen erfüllen, weshalb die beantragte Genehmigung zu erteilen ist.

- 12 - III. 1. Gemäss Art. 151 HRegV sind Urkunden über Beschlüsse der Gläubigerversammlung von Anleiensobligationen dem Handelsregister zur Aufbewahrung einzureichen und die Beschlüsse bei der Schuldnerin oder beim Schuldner ins Handelsregister einzutragen. Art. 7 Abs. 2 GGV bestimmt ferner, dass eine beglaubigte Abschrift des Protokolls von Beschlüssen, welche Eingriffe in die Gläubigerrechte vornehmen, sowie der Genehmigungsbeschluss der Nachlassbehörde oder allenfalls des Bundesgerichts und die Gerichtsurteile über erhobene Anfechtungsbegehren beim Handelsregister zu den Akten des Schuldners zu geben sind. Die Eintragungen im Handelsregister werden, soweit nicht eine nur teilweise oder auszugsweise Bekanntmachung durch Gesetz und Verordnung vorgeschrieben ist, ihrem ganzen Inhalt nach ohne Verzug durch das Schweizerische Handelsamtsblatt bekannt gemacht (Art. 931 Abs. 1 OR). Art. 7 Abs. 1 GGV hält schliesslich fest, dass jeder zustande gekommene Beschluss, der Eingriffe in die Gläubigerrechte vornimmt oder die Anleiensbedingungen sonstwie abändert, im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in den durch die

Anleihensbedingungen angegebenen öffentlichen Blättern bekanntzugeben ist. 2. Der vorliegende Genehmigungsbeschluss ist mithin dem kantonalen Handelsregister zuzustellen. Der Beschluss der Gläubigerversammlung und die nachgereichten Zustimmungserklärungen vom 19. Dezember 2011 bzw. die beglaubigte Abschrift des Protokolls hat die Gesuchstellerin dem Handelsregisteramt einzureichen. Die Publikation im Handelsamtsblatt erfolgt dann nach den allgemeinen Regeln für die Eintragung (Art. 31 ff. HRegV). 3. Die Kosten des Genehmigungsverfahrens trägt gemäss Art. 1176 Abs. 4 OR die Gesuchstellerin.

- 13 - Es wird erkannt:

#### **E. 7**

und 9 OR. Es handelt sich somit um Beschlüsse, welche Eingriffe in die Gläubigerrechte im Sinne von Art. 1170 OR darstellen. Sie sind deshalb für ihre Wirksamkeit genehmigungsbedürftig. Die örtliche Zuständigkeit für den beantragten Genehmigungsbeschluss richtet sich nach Art. 19 ZPO; zuständig sind die Gerichte am Sitz der Gesuchstellerin, mithin die Gerichte des Kantons Zürich.

#### **E. 10**

November 2011 samt Tagesordnung, Hintergrundinformation und den Entwürfen für die Beschlüsse 1-5 wurde am tt. und tt.mm.2011 im Schweizerischen Handelsamtsblatt veröffentlicht und von der Clearing Stelle D.\_\_\_\_\_ AG am tt. Oktober 2011 an die Anleihensgläubiger geschickt (act. 3/2 S. 2 und Anhang II). Die zehntägige Frist wurde damit eingehalten. Der Antrag für den Beschluss 1 wurde nach der Auskündung von der Gesuchstellerin allerdings noch abgeändert. Die zugunsten der Anleihensgläubiger gemachten Änderungen beinhalten indes lediglich die Erhöhung des Rückzahlungspreises für die per 20. Februar 2015 fällige Hälfte von 100 % auf 150 % sowie die Streichung des derzeitigen Rückzahlungsrechts der Gesuchstellerin (act. 1 S. 4, act. 3/2 Anhang II und Anhang IV, act. 3/3, Prot. S. 8 f.). Die Änderungen betreffen damit nicht den wesentlichen Inhalt des entsprechenden Beschlusses.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.