



BILDUNGS-KickOff

Nachrangdarlehen und Genussrechte

Mag. Martin Pichler

Agenda

- ▶ Allgemeines zu Nachrangdarlehen
- ▶ Das qualifizierte Nachrangdarlehen
- ▶ Judikatur
- ▶ Allgemeines zu Genussrechten
- ▶ Arten der Genussrechte

Nachrangdarlehen

Das Nachrangdarlehen im Überblick (1/2)

- ▶ Spezielle Form: Darlehen mit Nachrangklausel
- ▶ **Nachrangklausel** bedeutet, dass Geldgeber im Insolvenzfall sein Geld erst zurückbekommt, wenn alle anderen Gläubiger befriedigt wurden
- ▶ Durch ein (besonders) **hohes Risiko** gekennzeichnet, deswegen zumeist auch **höhere Zinsen** (aber in der Praxis sind Zinsen oft nur zu leisten, wenn ein frei verfügbarer Jahresüberschuss erwirtschaftet wird)
- ▶ Nachrangdarlehen = eine **prospektpflichtige Veranlagung** iSd KMG

Das Nachrangdarlehen im Überblick (2/2)

- ▶ **Risiko des Totalverlusts**
- ▶ Typisch für Nachrangdarlehen: **Keine Sicherheiten**
- ▶ Das **unternehmerische Risiko** wird zum Teil auf den Geldgeber übergewälzt, dieser nimmt aber nicht am unternehmerischen Erfolg teil
- ▶ Die gewerbliche Begebung von Nachrangdarlehen ist ein **Bankgeschäft** iSd BWG (nach dem "Fall Staudinger" – VwGH 29.11.2013, 2013/17/0242)

Das qualifizierte Nachrangdarlehen (1/2)

- ▶ Durch die Qualifizierung des Nachrangdarlehens als Einlagengeschäft hat sich das qualifizierte Nachrangdarlehen herausgebildet

- ▶ Ist **kein Bankgeschäft** (auch Ansicht der FMA)
 - Daher **keine Konzessionspflicht** und **keine Einlagensicherung**

- ▶ **Zulässigkeit** von qualifizierten Nachrangdarlehen wurde bestätigt (OGH 24.8.2017, 4 Ob 110/17f)

Das qualifizierte Nachrangdarlehen (2/2)

- ▶ Zieht weitere Kreise als das herkömmliche Nachrangdarlehen:
 - Nachrangige Anspruchsbefriedigung bei Insolvenz- oder Liquidationsfall
 - **Keine Anspruchsbefriedigung**, wenn sich der Darlehensnehmer in einer **Krise** befindet oder die Befriedigung eine Krise herbeiführen würde
- ▶ Nach jüngster Judikatur: Auch das qualifizierte Nachrangdarlehen ist eine **prospektpflichtige Veranlagung** iSd KMG (OGH 12.7.2016, 4 Ob 47/16i)
 - Diese Prospekte werden jedoch **nicht von der FMA gebilligt**

Beispiel für eine qualifizierte Nachrangklausel

- ▶ "Der Anleger erklärt hiermit gemäß [§ 67 Abs 3 Insolvenzordnung](#), dass bei der Prüfung einer **rechnerischen Überschuldung** der Gesellschaft Verbindlichkeiten gegen ihn aus diesem Nachrangdarlehensvertrag **nicht zu berücksichtigen** sind. Der Anleger erklärt weiters, dass er die Befriedigung seiner Forderungen aus diesem Nachrangdarlehensvertrag erst nach Beseitigung eines allfälligen negativen Eigenkapitals ([§ 225 Abs 1 UGB](#)) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass **wegen dieser Verbindlichkeiten kein Insolvenzverfahren eröffnet** zu werden braucht. Zahlungen durch die Gesellschaft erfolgen daher nur, wenn und soweit unter **Berücksichtigung der Forderungen sämtlicher** (derzeitigen und zukünftigen) **Gläubiger** der Gesellschaft, deren Forderungen nachrangig gem [§ 67 Abs 3 Insolvenzordnung](#) sind, ein positives Eigenkapital vorliegt und soweit die Auszahlung des jeweils fälligen Betrags **keine Insolvenz der Gesellschaft bewirken würde.**"

In: Bachner/Wittmann in Pöltner/Horak, Crowdfunding und Crowdfunding - Neue Wege der Unternehmensfinanzierung für Start-ups und KMU plus Fallbeispiele 36.

Exkurs: Alternativfinanzierungsg esetz

Crowdfunding

- ▶ Das AltFG bildet den Rechtsrahmen für alternative Finanzierungen (Crowdfunding).
- ▶ Besonders geeignet für KMUs.
- ▶ Die Anzahl der Finanzierungen mittels Crowdfunding steigt jährlich.
- ▶ Viele kapitalsuchende Unternehmen schlossen die Möglichkeit aber wegen der schwierigen Abgrenzung zwischen AltFG und KMG bisher für sich aus.

EU-Prospektverordnung

- ▶ Die EU-Prospektverordnung ist grundsätzlich erst ab 21.7.2019 anwendbar.
- ▶ Manche Bestimmungen gelten bereits seit 21.7.2018.
- ▶ Der Gesetzgeber sah sich deshalb im Sommer 2018 veranlasst, das Prospektrecht und das Zusammenspiel zwischen AltFG und KMG zu vereinfachen.

Sachlicher Abgrenzungsbereich - alt

- ▶ Die Abgrenzungsbereiche zwischen dem AltFG und dem KMG haben sich bisher überschritten und die genaue Abgrenzung war auch unter Experten strittig.
- ▶ Unterschieden wurde zwischen:
 - Veranlagungen gem KMG
 - Wertpapieren gem KMG
 - alternativen Finanzinstrumenten gem AltFG
- ▶ Die Folge für Fehler in diesem Bereich waren gerichtliche Strafen für die Geschäftsführung (§ 15 KMG).

Sachlicher Anwendungsbereich - neu

- ▶ Zentraler Punkt der Novelle war das Angleichen des Rechtsrahmens.
- ▶ Der sachliche Anwendungsbereich des AltFG erfasst ab jetzt Finanzierungen durch ein öffentliches Angebot über Wertpapiere oder Veranlagungen iSd KMG, die gemäß dem neu gefassten § 3 Abs 1 Z 10 KMG von der Prospektspflicht ausgenommen sind.
- ▶ Die bisherigen, taxativ aufgezählten "alternativen Finanzinstrumente" verbleiben im Anwendungsbereich des AltFG, solange diese als Wertpapiere oder Veranlagungen zu qualifizieren sind.

Persönlicher Anwendungsbereich - alt

- ▶ Bisher konnten KMU Crowdfunding nur dann als Finanzierungsform heranziehen, wenn sie das eingesammelte Kapital für ihr operatives Geschäft verwendeten.
- ▶ Konzessionsträger – wie zB Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen oder Wertpapierfirmen – waren vom Crowdfunding ausgeschlossen.

Persönlicher Anwendungsbereich - neu

- ▶ Der persönliche Anwendungsbereich des AltFG wurde stark erweitert.
- ▶ Alle Emittenten, die Wertpapiere oder Veranlagungen iSd KMG begeben, können vom erleichterten Regime des AltFG Gebrauch machen, solange die Produkte nicht die Prospektschwelle des KMG überschreiten.
- ▶ Emittenten sind auch nicht mehr verpflichtet, das eingesammelte Kapital unmittelbar für ihre operative Geschäftstätigkeit zu verwenden → Die Mittelverwendung ist deutlich flexibler, wodurch die Attraktivität des Crowdinvestings steigt.

Anwendungsbereich AltFG und KMG

- ▶ Die Anwendungsbereiche des KMG und des AltFG unterscheiden sich nur noch durch ihre jeweiligen **Wertgrenzen**.
- ▶ Mit dem neuen Schwellenwertmodell besteht mehr Klarheit und Rechtssicherheit, wobei natürlich auch die sonstigen rechtlichen Rahmenbedingungen zu berücksichtigen sind.

Schwellenwert unter EUR 250.000,--

- ▶ Unter EUR 250.000,-- Gesamtgegenwert binnen 12 Monaten ist weder ein Informationsblatt noch ein Prospekt erforderlich.
- ▶ Dies gilt sowohl für Wertpapiere, als auch für jedwede Form der Veranlagung.

Schwellenwert zwischen EUR 250.000,-- und EUR 2 Mio

- ▶ Ein Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen mit einem Gesamtgegenwert von jeweils bis zu EUR 2 Mio unterliegt dem Regelungsregime des AltFG → Anwendungsbereich des AltFG (§ 3 Abs 1 Z 1 AltFG).
- ▶ Diese Schwelle berücksichtigt alle Angebote nach dem AltFG **innerhalb der letzten zwölf Monate** – wird diese Schwelle überschritten, ist das KMG anzuwenden.
- ▶ Bei Veranlagungen ist zusätzlich die allgemeine Obergrenze iHv EUR 5 Mio über **sieben Jahre** gerechnet zu beachten– wird diese Schwelle überschritten, ist das KMG anzuwenden.
- ▶ Wichtig: Veranlagungen und Wertpapiere sind unabhängig voneinander zu betrachten. Pro Jahr ist ein Ausgabebetrag von bis zu EUR 4 Mio möglich, ohne dem KMG zu unterliegen.

Schwellenwert zwischen EUR 2 Mio und EUR 5 Mio

- ▶ Zwischen EUR 2 Mio und EUR 5 Mio ist zwischen Wertpapieren und Veranlagungen zu unterscheiden:
 - Bei Wertpapieren ist ein KMG-Prospekt mit Billigung durch die FMA zu erstellen.
 - Für Veranlagungen ist der KMG-Prospekt einer Prospektprüfung zu unterziehen.

Schwellenwert ab EUR 5 Mio

- ▶ Die Grenze von EUR 5 Mio ist der absolute Schwellenwert innerhalb eines Jahres.
- ▶ Ab diesem Gesamtwert ist nur mehr das KMG anwendbar.

Neue Schwellenwerte jeweils für einen Betrachtungszeitraum von zwölf Monaten	Wertpapiere	Veranlagungen
Unter 250.000 Euro (750.000 Euro bei Genossenschaftsanteilen)	Keine Prospektpflicht	Keine Prospektpflicht
Ab 250.000 Euro (750.000 Euro bei Genossenschaftsanteilen)	Informationsblatt nach dem AltFG	Informationsblatt nach dem AltFG (Ausnahme: aushaftender Betrag überschreitet binnen 7 Jahren 5.000.000 Euro)
Ab 2.000.000 bis 5.000.000 Euro	KMG Prospekt unter der Prospektbilligung durch die FMA gem § 8a KMG (Inland); optional EU-Prospekt	Vereinfachter KMG-Prospekt nach Schema F oder Prospekt gem § 8 KMG nach Schema C
Ab 5.000.000 Euro	EU-Prospekt mit FMA-Billigung	KMG-Prospekt ohne FMA-Billigung nach Schema C

Einzelveranlagungsgrenzen

- ▶ Die Einzelanlegebeschränkung gab es schon vor der Novelle und diese gilt weiter.
- ▶ Emittenten dürfen nach § 3a AltFG von einem einzelnen Anleger innerhalb von zwölf Monaten max EUR 5.000,-- pro Emission entgegennehmen (ausgenommen sind professionelle Anleger und juristische Personen).
- ▶ Der Betrag darf nur dann überschritten werden, wenn der Anleger bestätigt, dass er höchstens das Doppelte seines durchschnittlichen monatlichen Nettoeinkommens oder maximal 10 Prozent seines Finanzanlagevermögens investiert.

Internetplattformen (1/3)

- ▶ Betreiber einer Internetplattform dürfen zwischen Anlegern und Emittenten vermitteln:
 - Für das Vermitteln von Veranlagungen müssen sie über eine Berechtigung nach § 94 Z 75 GewO 1994 oder für das Vermitteln von Wertpapieren über eine Konzession nach § 3 WAG 2018 verfügen.
 - Sie dürfen nicht gleichzeitig über eine Konzession nach dem AIFMG, dem ZaDiG, dem VAG 2016 oder dem E-Geldgesetz 2010 verfügen – ob und in welchem Umfang dies als ein solcher Konzessionsträger möglich ist, richtet sich nach den jeweiligen Aufsichtsgesetzen.

Internetplattformen (2/3)

- ▶ Plattformbetreiber nach AltFG treffen zahlreiche Pflichten:
 - Geldwäscheprävention, insbesondere zum Identifizieren von Anlegern;
 - Mindestinformationspflichten, insbesondere über die eigene Plattform und ihren Betreiber, über Auswahlkriterien für Projekte und über die eingehobenen Entgelte;
 - Veröffentlichen des Jahresabschlusses;
 - Verbot, auf der eigenen Plattform als Emittent zu agieren (nur unter bestimmten Umständen darf die Plattform selbst als Anleger agieren);
 - Hinweispflicht hinsichtlich der empfohlenen Risikostreuung und Warnpflicht betreffend das Risiko eines Totalverlusts der Investition.

Internetplattformen (3/3)

- ▶ Für Betreiber von Internetplattformen, die Wertpapiere oder Veranlagungen vermitteln, gibt es Sonderbestimmungen (§ 5 AltFG) bezüglich des Informationsblatts:
 - Feststellen der Identität der Emittenten; Angaben über den Betreiber der Internetplattform; Angaben über Auswahlkriterien bzgl der Emittenten; Angabe der Art, Häufigkeit und Höhe der von Anlegern und Emittenten eingehobenen Entgelte.
 - Den Anlegern muss ein Zugang zum Informationsblatt gewährt werden.

Informationsblatt gemäß AltFG

- ▶ Für Angebote über Veranlagungen und Wertpapiere dem AltFG ist ein Informationsblatt zu erstellen.
 - Das Informationsblatt hat der Alternativfinanzierungs-
Informationsverordnung "AltF-InfoV" zu entsprechen.
 - Das Prinzip der Wahrheit und der Klarheit ist einzuhalten und es darf nicht irreführend sein.
 - Eine Eröffnungsbilanz, ein Geschäftsplan und die allgemeinen Vertragsbedingungen ist anzuschließen.

Inhalt des Informationsblatts gemäß AltFG

- ▶ Informationen über den Emittenten und das geplante Projekt.
- ▶ Hauptmerkmale des Angebots-Verfahrens und Bedingungen für die Kapitalbeschaffung.
- ▶ Besondere Risikofaktoren, wie zB Nachschussverpflichtungen oder Totalverlustrisiko.
- ▶ Informationen über das Angebot von Wertpapieren oder Veranlagungen.
- ▶ Spezielle Anlegerrechte (wie bspw Ausstiegsmöglichkeiten).
- ▶ Kosten, Informationen und Rechtsbehelfe.

Prospektpflicht bei Nachrangdarlehen

- ▶ Die Prospektpflicht richtet sich nach den allgemeinen **Regelungen des KMG und AltFG**
- ▶ Demnach ist Folgendes zu beachten:
 - Unter EUR 250.000: Weder ein Informationsblatt noch ein Prospekt
 - Zwischen EUR 250.000 und EUR 2 Mio.: Informationsblatt noch AltFG
 - Zwischen EUR 2 Mio. und EUR 5 Mio.: Vereinfachter Prospekt gemäß Schema F des KMG
 - Über EUR 5 Mio.: Voller Veranlagungsprospekt gemäß KMG

Judikatur zum Nachrangdarlehen

Zulässigkeit der AGB bei qualifizierten Nachrangdarlehen – OGH 24.8.2017, 4 Ob 110/17f (1/2)

► Sachverhalt:

- Die Bekl betreibt ein Unternehmen für erneuerbare Energie. Sie nimmt zur Finanzierung **qualifizierte Nachrangdarlehen** von Verbrauchern auf.
- Die von der Bekl verwendeten **AGB** sehen ua vor, dass der Darlehensgeber dem Darlehensnehmer ein qualifiziertes Nachrangdarlehen gewährt, entweder in Form von Monatsraten oder einer Einmalzahlung.
- Der Darlehensgeber verzichtet für 4 Jahre auf die Ausübung des Kündigungsrechts.

Zulässigkeit der AGB bei qualifizierten Nachrangdarlehen – OGH 24.8.2017, 4 Ob 110/17f (2/2)

▶ **Rechtliche Beurteilung** des OGH:

- Der OGH hat schon zuvor entschieden, dass Bestimmungen, die die Preisberechnung in allgemeiner Form regeln oder die die vertragstypische Leistung in allgemeiner Form näher umschreiben, **nicht der Inhaltskontrolle** nach § 879 Abs 3 ABGB **unterliegen**.
- Bei diesem Vertragstypus ist die qualifizierte Nachrangklausel ein **konstitutives Merkmal** und der Inhaltskontrolle damit entzogen.
- Die qualifizierte Abrede schaffe einen **eigenen Vertragstyp** und regle eine **Hauptleistungspflicht** (= Teil der essentialia negotii).

Einstufung als Veranlagung – OGH 12.7.2016, 4 Ob 47/16i (1/2)

- ▶ **Sachverhalt:** Das bekl Unternehmen (eine GmbH) handelt mit Photovoltaik-Produkten und nutzt zur direkten Unternehmensfinanzierung qualifizierte Nachrangdarlehen. Sie hat zu diesen keinen Kapitalmarktprospekt aufgelegt

- ▶ **Rechtliche Beurteilung** des OGH:
 - Prospektpflicht besteht nach § 2 Abs 1 KMG bei einem "**öffentlichen Angebot**" über Veranlagungen

 - Eine Veranlagung liegt vor, wenn das Kriterium einer gesellschafts- oder schuldrechtlich organisierten **Risikogemeinschaft** erfüllt ist

Einstufung als Veranlagung – OGH 12.7.2016, 4 Ob 47/16i (2/2)

▶ **Rechtliche Beurteilung** des OGH:

- Entscheidendes Bezugsmerkmal für das bejahte Vorliegen einer Risikogemeinschaft war das Bestehen eines **Totalverlustrisikos**. Es liege eine **klassische Form** der gemeinschaftlichen Kapitalaufbringung vor.
- Dem Argument, dass **bei qualifizierten Nachrangdarlehen keine Prospektpflicht** bestehe und dies eine vertretbare Rechtauffassung sei, **folgt der OGH nicht**.
- Daher stuft die FMA öffentlich angebotene Nachrangdarlehen und qualifizierte Nachrangdarlehen **als prospektpflichtige Veranlagungen** ein.

Prospekt- und Beratungspflicht – OGH 28.6.2018, 6 Ob 97/18k (1/4)

▶ Sachverhalt:

- Der Beklagte vermittelte dem Kläger ein **qualifiziertes Nachrangdarlehen über EUR 20.000,--** mit der Option am Laufzeitende Vorzugsaktien der e*AG zu erwerben.
- Der Kläger trat an den Beklagten mit dem Wunsch heran, **in die e*AG zu investieren.**
- Es lag kein Kapitalmarktprospekt auf, was der Beklagte wusste. Der Beklagte nahm an, dass kein Prospekt nötig ist.

Prospekt- und Beratungspflicht – OGH 28.6.2018, 6 Ob 97/18k (2/4)

▶ Sachverhalt:

- Die e* AG ging insolvent und der Kläger begehrte **Schadenersatz** und die **Feststellung der Haftung des Beklagten**.
- Der Beklagte habe nicht über die Risiken aufgeklärt und außerdem liege kein geprüfter Prospekt vor. Der Kläger hätte bei **Kenntnis der Umstände nicht investiert**.
- Der Beklagte brachte vor, dass **Mitverschulden** in beachtlichem Ausmaß vorliege.

Prospekt- und Beratungspflicht – OGH 28.6.2018, 6 Ob 97/18k (3/4)

▶ **Rechtliche Beurteilung** des OGH:

- Nach **§ 2 KMG** besteht bei "öffentlichen Angeboten" über "Veranlagungen" (in § 1 Abs 1 Z 1 und 3 KMG definiert) eine **Prospektpflicht**
- Auch hier wird vom OGH bestätigt, dass es sich um eine **Risikogemeinschaft** handelt (Bestehen eines Totalverlustrisikos) und dass die Rechtsansicht, dass ein qualifiziertes **Nachrangdarlehen keine Veranlagung** im Sinne des KMG ist, **keine vertretbare Rechtsansicht** sei.
- Den Berater trifft daher zumindest die **Pflicht, auf das Fehlen eines Prospekts** hinzuweisen. Der OGH bestätigt, dass der beklagten Partei ein **Sorgfaltsverstoß** zur Last gelegt werden.

Prospekt- und Beratungspflicht – OGH 28.6.2018, 6 Ob 97/18k (4/4)

▶ **Rechtliche Beurteilung** des OGH:

- Die beklagte Partei brachte vor, keine Anbieterin iSd § 1 Abs 1 Z 6 KMG zu sein. Dem widerspricht der OGH: Anbieter ist jeder, der eine Mitteilung an das Publikum macht.
- Der Schaden ist durch den Erwerb des eigentlich nicht gewollten Finanzprodukts eingetreten. Der Anlegeberater haftet für den **Vertrauensschaden**.
- Aufgrund der Wertlosigkeit der Veranlagung ist ein Verkauf der Wertpapiere für das Geltendmachen des Differenzschadens nicht erforderlich.

Genussrechte

Genussrechte – gesetzliche Grundlagen (1/2)

- ▶ **Keine** allgemeine **gesetzliche Definition**

- ▶ Eine Regelung findet sich aber in **§ 174 AktG**
 - Regelt Wandelschuld- und Gewinnschuldverschreibungen und lässt die Regelungen auch für Genussrechte gelten

 - Auch hier keine Definition des Begriffs

- ▶ Für Genussscheine auch das **Beteiligungsfondsgesetz**

Genussrechte – gesetzliche Grundlagen (2/2)

- ▶ Dadurch **großer Gestaltungsfreiraum** iSd Privatautonomie;
zivilrechtliche Schranken:
§ 879 ABGB (Sittenwidrigkeit), §§ 27f Insolvenzordnung
- ▶ Gesetzgeber hat **absichtlich keine genaueren Regelungen** getroffen,
damit die Flexibilität der Genussrechte gewahrt bleibt
- ▶ Ein in der Praxis beliebtes Finanzierungsmodell, zählt zum Überbegriff
des Crowdfundings

Genussrechte im Überblick (1/3)

- ▶ Gegenstand sind nach hA **schuldrechtliche Gläubigerrechte**
- ▶ Schuldrechtliche Finanzierungs- und Beteiligungsform, demnach kein mitgliedschaftliches Verbandsverhältnis
- ▶ Der Inhaber des Genussrechts bekommt jährlich Zinsen, welche **aktionärstypischen Vermögensrechten** ähneln, bspw Gewinnbeteiligung
- ▶ Verbriefte Genussrechte = **Genussscheine**, als Inhaber-, Rekta- oder Orderpapier (unternehmerische Verpflichtungsscheine iSd § 363 Abs 1 S 2 UGB)

Genussrechte im Überblick (2/3)

- ▶ VwGH hat dazu folgenden **Rechtssatz** entwickelt (GZ 98/14/0131, RS 1):
*"Genussrechte im Sinne des § 174 Aktiengesetz können **handelsrechtlich weitgehend frei ausgestaltet** werden. Das Aktiengesetz setzt Genussrechte voraus, ohne sie zu definieren. Es handelt sich um vielfältig gestaltbare Rechte **schuldrechtlichen Inhalts** gegenüber Kapitalgesellschaften, die sowohl **Gesellschaftern als auch Nichtgesellschaftern zustehen** können. Gemeinsam ist ihnen, dass sie weniger Rechte als Gesellschaftsanteile, jedoch mehr Rechte als normales Fremdkapital vermitteln. Soweit die **Ansprüche verbrieft** werden, spricht man von **Genussscheinen**. In der Regel räumen Genussrechte nur einen Anteil am Gewinn ein, zum Teil aber auch eine Beteiligung am Liquidationserlös bzw. –gewinn"*

Genussrechte im Überblick (3/3)

- ▶ Grundsätzlich können sie **auch bei anderen Gesellschaftsformen** auftreten, vor allem bei der GmbH, Sparkassen, Genossenschaften und Personengesellschaften
- ▶ Erfüllen verschiedene Aufgaben, bspw **Finanzierungsfunktion** oder Begründung lang andauernder Rechtsverhältnisse (wie **Beteiligung von Mitarbeitern** am Unternehmen)
- ▶ Die Ausgabe bedarf der **Zustimmung** in der **Geschafterversammlung**, da ihr Gewinnanteil minimiert wird

Formen von Genussrechten (1/3)

- ▶ Der Judikatur und der Lehre sind allgemein zwei Arten bekannt: aktien- und obligationsähnliche Genussrechte

- ▶ Unterscheidung wichtig für:
 - **Gesellschaftsrechtliche Umgründungsvorgänge** (aktienähnliche unterliegen dabei § 226 Abs 3 AktG, Recht auf Gewährung gleichwertiger Rechte)

 - **Ertragssteuerliche Unterschiede** (aktienähnliche dabei ertragssteuerlich wie Beteiligungen)

 - Bei der **Abschichtung** von Genussrechten (eine Form der Einlagenrückzahlung)

Formen von Genussrechten (2/3)

▶ **Obligationenähnliche Genussrechte:**

- Im Wesentlichen eine **Schuldverschreibung mit Gewinnbeteiligungskomponente**
- Hauptzweck ist die Kapitalbeschaffung und Finanzierung, Zuordnung des eingezahlten Kapitals **als Fremdkapital**
- Kriterien, die auf aktienähnliche Genussrechte deuten lassen (GZ 98/14/0131, RS 3):
Gleichrangige Rückzahlungsregelung und das Fehlen von Mitwirkungs- und Kontrollrechten, sowie eine **(Mindest-)Verzinsungsvereinbarung**

Formen von Genussrechten (3/3)

▶ Aktienähnliche Genussrechte:

- Genussrechtsinhaber ist vermögensrechtlich einem Gesellschafter fast gleichgestellt
- Deswegen auch **Genussrechte mit Eigenkapitalcharakter** (= materielles Eigenkapital), auch **Substanzgenussrecht** genannt
- Kriterien, die auf aktienähnliche Genussrechte deuten lassen (GZ 98/14/0131, RS 3, RS 4): **Unbegrenzte Laufzeit**, die Gewinnabhängigkeit der vereinbarten Vergütung, die **Beteiligung am Unternehmenswert** und am Liquidationsgewinn, die **Nachrangigkeit** gegenüber Gesellschaftsgläubigern oder das **Fehlen einer Besicherung**.

Diskussion über aktienähnliche Genussrechte

- ▶ Aktienähnliche Genussrechte durch Rsp grundsätzlich für zulässig erklärt
- ▶ Ein Teil der Lehre kritisiert, dass durch die Ausgabe von aktienähnlichen Genussrechten die § 12a AktG (stimmrechtslose Vorzugsaktien) **umgangen werden** würde
 - Stimmrechtslose Vorzugsaktien dürfen nur bis zu einem Drittel des Grundkapitals ausgegeben werden
- ▶ Weiters die Frage, ob und inwiefern Genussrechte dem **EKEG** unterliegen
- ▶ Sowie ob Genussrechte in der **Insolvenz als Eigenkapital** zu behandeln sind (würden dann nur nachrangige Befriedigung erfahren)
- ▶ Bilanzielles Darstellung (Fremdkapital als Schuld des Unternehmens und damit abzugsfähig)

Genussrechte in der Praxis (1/2)

- ▶ Bei **Verzinsung** gibt es grundsätzlich zwei Möglichkeiten:
 - Die **gewinnorientierte** Verzinsung (abhängig von Höhe des Gewinns)
 - Die **gewinnabhängige** Verzinsung (fixe Verzinsung; entfällt bei Bilanzverlust)
 - **Mischformen** (bspw fixe Mindestverzinsung und der Rest gewinnabhängig)
- ▶ **Beteiligung am Liquidationserlös** ist keine Voraussetzung für ein Genussrecht, kann aber vertraglich eingeräumt werden (= aktienähnliches Genussrecht)

Genussrechte in der Praxis (2/2)

- ▶ **Verlustbeteiligung** (kein nötiges Kriterium für die gewinnabhängige Vergütung, aber in Praxis oft vorzufinden)
- ▶ **Wandlungsrecht** (durch Wandlung anschließend Gesellschafter; auch ein Bezugsrecht für den Genussrechtsinhaber möglich)
- ▶ **Rang des Genussrechts** (Vorrangigkeit, Nachrangigkeit und Gleichrangigkeit möglich)
- ▶ **Niemals** können ein **Stimmrecht** oder eine **Anfechtungsbefugnis** eingeräumt werden

Kündigungsrecht

- ▶ Genussrechte sind als **Dauerschuldverhältnis** zu qualifizieren (somit ordentliche und außerordentliche Kündigungsmöglichkeit)
- ▶ Der **OGH** hat sich dazu folgendermaßen geäußert:
 - Das Recht auf außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund kann nicht ausgeschlossen werden.
 - Ältere Rsp: Ein Ausschluss vom ordentlichen Kündigungsrecht uU **möglich**, bspw wenn es die Möglichkeit der Veräußerung gibt (hauptsächlich bei Börsennotierung).
 - Jüngere Rsp weicht etwas davon ab: Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrecht nicht möglich, wenn auch die Genussrechtsemittentin das Recht auf ordentliche Kündigung hat.

Jüngere Judikatur des VwGH zur steuerlichen Behandlung

VwGH vom 11.2.2016, 2012/13/0061

▶ Sachverhalt:

- GmbH hat obliagtionenähnliche Genussrechte ausgegeben, die von einer mit der GmbH verbundenen Stiftung gezeichnet wurde.
 - Die Finanzbehörden haben die Abzugsfähigkeit der Gewinnbeteiligung unter Berufung auf verdeckte Ausschüttung vereint.
- ▶ Der VwGH hat die **gänzliche Nichtabzugsfähigkeit bestätigt**; er geht von einer nachgewiesenen Nahebeziehung des Gesellschafters der GmbH und der liechtensteinischen Stiftung aus.

Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH

Mariahilfer Straße 116

1070 Wien

T +43 1 522 5700

E office@btp.at

W www.btp.at



Folgen Sie uns:

