

4.4. Ergebnisbeteiligung

4.4.1. Gewinnbeteiligung

4.4.1.1. Begriff und Wesen

Genussrechtsverträge sehen in aller Regel eine Beteiligung des Genussrechtsinhabers am Gewinn des Emittenten vor.¹⁵¹⁰⁾ Eine tiefere Auseinandersetzung mit diesem Gestaltungsaspekt gebietet es zunächst, den Begriff der Gewinnbeteiligung näher zu definieren.¹⁵¹¹⁾ Unter dem Begriff „Gewinn“ soll im gegenständlichen Zusammenhang eine vom positiven Ergebnis abhängige abstrakte Größe verstanden, unter die solcherart nicht nur unterschiedlichste gewinnorientierte Jahresabschlussposten (wie zB der Bilanzgewinn, der Jahresüberschuss, ein positives Betriebsergebnis oder ein positives Finanzergebnis), sondern auch beliebige sonstige, vom positiven Ergebnis abhängige Größen zu subsumieren sind (wie zB eine im Jahresabschluss nicht aufscheinende positive Ergebnisgröße eines Teilbetriebs,¹⁵¹²⁾ Lizenzerträge aus bestimmten Patenten,¹⁵¹³⁾ der steuerliche Gewinn,¹⁵¹⁴⁾ das steuerliche Einkommen oder Jahresabschlusskennzahlen wie die Eigenkapitalrentabilität,¹⁵¹⁵⁾ die Gesamt-

¹⁵¹⁰⁾ Vgl OGH 6. 7. 2010, 1 Ob 105/10p; 24. 1. 2006, 10 Ob 34/05f; 29. 1. 2003, 7 Ob 267/02v; KFS/RL 13 Rz 1; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2013, 133 (137); *Wertheimer*, *JW* 1923, 573 (575); *Jusits*, *WBl* 1987, 81 (82); *Ernst*, *AG* 1967, 75 (77); *Ziebe*, *DStR* 1991, 1594 (1595); *Habersack* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 76 und 94; *Winner* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 386 und 390; *Seiler* in *Spindler/Stilz*, *AktG*² § 221 Rz 22; *Rengers* in *Blümich*, *KStG*¹²³ § 8 Rn 192; *Mantler* in *Schragl/Stefaner*, *Handbuch Genussrechte*² 89 (104); *Kallrath*, *Die Inhaltsskontrolle der Wertpapierbedingungen von Wandel- und Optionsanleihen, Gewinnschuldverschreibungen und Genußrechten* 12; *Thiele*, *Das Eigenkapital im handelsrechtlichen Jahresabschluß* 18; *Singer*, *Genußscheine als Finanzierungsinstrument* 26.

¹⁵¹¹⁾ Das den folgenden Ausführungen zugrunde gelegte Begriffsverständnis der Gewinnbeteiligung ist nicht aus dem Gesetz abgeleitet, sondern eine zweckmäßig erscheinende – aber gewisserweise willkürlich getroffene – eigenständige Begriffsdefinition, die freilich auch in anderer Art und Weise vorgenommen werden könnte. Die Auswirkungen eines abweichenden Verständnisses des Gewinnbeteiligungsbegriffs wären aber lediglich von terminologischer Natur und hätten aus praktischer Sicht keine relevanten Konsequenzen.

¹⁵¹²⁾ Vgl *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2013, 133 (137); *Eberhartinger/Hofians/Six* in *iwp*, *Wirtschaftsprüfer Jahrbuch* 2006, 231 (234); *Habersack* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 95; *Stein* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, *KStG*²⁵⁴ § 8 Anm 184; *Frantzen*, *Genußscheine* 111 f; *van Husen*, *Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital* 153; *Eberhartinger*, *Bilanzierung und Besteuerung von Genußrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen* 15.

¹⁵¹³⁾ Vgl *Frantzen*, *Genußscheine* 106 und 111; *van Husen*, *Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital* 153; *Habersack* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 95.

¹⁵¹⁴⁾ Vgl *Capelle*, *Der Genußschein als kapitalmarktfähiges Instrument der Eigenfinanzierung von Aktiengesellschaften* 56; *van Husen*, *Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital* 153 f; *Frantzen*, *Genußscheine* 111.

¹⁵¹⁵⁾ Vgl *Ziebe*, *DStR* 1991, 1594 (1595); *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, *AktG*² § 221 Rz 34; *van Husen*, *Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital* 153.

kapitalrentabilität,¹⁵¹⁶) die Umsatzrentabilität,¹⁵¹⁷) das EBIT¹⁵¹⁸) oder das EBITDA¹⁵¹⁹)). Unter einer „Beteiligung“ am Gewinn wird im Folgenden nicht nur eine Gewinnbeteiligung im engeren Sinn verstanden, sondern jedwede Vergütungsform, die die Erwirtschaftung eines Gewinnes (in welcher Form auch immer) voraussetzt¹⁵²⁰) und beim Genussrechtsinhaber zu rechtlich durchsetzbaren wirtschaftlichen Vorteilen führt.

Im Zusammenhang mit der Gewinnbeteiligung muss zwischen einer solchen am laufenden Gewinn (dazu D.4.4.1.2.) und einer solchen an einem allfälligen Liquidationsgewinn (dazu D.4.4.1.3.) differenziert werden. Genussrechtsvertraglich können laufende Gewinnbeteiligungen und Beteiligungen am Liquidationsgewinn sowohl jeweils für sich als auch in Kombination miteinander vereinbart werden, wobei eine Kombination häufig aus ertragsteuerlichen Gründen (siehe unten F.2.3.1.) vermieden wird.¹⁵²¹)

Fraglich ist, was hinsichtlich der Gewinnbeteiligung zu gelten hat, wenn genussrechtsvertraglich weder das Vorliegen noch das Nichtvorliegen einer solchen positiv festgelegt wird. Zumal eine Gewinnbeteiligung nicht als wesensimmanentes Tatbestandsmerkmal des Genussrechtsbegriffs einzustufen ist (siehe oben D.4.1.1.), wird man bei Schweigen des Genussrechtsvertrages eine solche nicht ohne weiteres annehmen können. Maßgeblich muss stets die Auslegung des tatsächlichen bzw. hypothetischen Parteiwillens im konkreten Einzelfall sein. Dabei wird insbesondere auch anderen Gestaltungsaspekten (wie etwa der Reichweite der Verlustbeteiligung, der Vereinbarung ergebnisunabhängiger Vergütungs- bzw. Belastungsformen, der Vereinbarung von Umtausch- bzw. Bezugsrechten oder der Vereinbarung von Benutzungsrechten) insofern Rechnung zu tragen sein, als man im Zweifel davon ausgehen können wird,

¹⁵¹⁶) Vgl. *Dross*, Genussrechte 43; *Eberhartinger*, Bilanzierung und Besteuerung von Genussrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen 15; *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 290; *Habersack* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 95; *Stein* in *Herrmann/Heuer/Raupach*, KStG²⁵⁴ § 8 Anm 184; *Ziebe*, DStR 1991, 1594 (1595); *Feddersen/Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genusscheine² 32.

¹⁵¹⁷) Vgl. auch *Frantzen*, Genusscheine 110; *van Husen*, Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital 153.

¹⁵¹⁸) Vgl. *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, AktG² § 221 Rz 34.

¹⁵¹⁹) Vgl. *Seiler* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 221 Rz 32; *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, AktG² § 221 Rz 34.

¹⁵²⁰) Offenbar von einem ähnlichen Verständnis ausgehend *van Husen*, Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital 150 ff.

¹⁵²¹) Vgl. *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 259 und 316; *Habersack* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 65, 76 und 114; *Seiler* in *Spindler/Stilz*, AktG² § 221 Rz 29; *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, AktG² § 221 Rz 37; *Hammen*, DB 1988, 2549 (2550); *Eberhartinger*, RWZ 1995, 361 (361); *Frotz* in *GedS Schönherr* 167 (178f); *Herrmann*, Quasi-Eigenkapital im Kapitalmarkt- und Unternehmensrecht 83f; *van Husen*, Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital 129; *Frantzen*, Genusscheine 87f und 171; *Singer*, Genusscheine als Finanzierungsinstrument 59; *Kanders*, Bewertung von Genusscheinen 17.

dass einander Fremde sich nichts schenken zu pflegen und folglich eine einigermäÙe äquivalente Ausgestaltung der genussrechtsvertraglichen Rechte und Pflichten beabsichtigt war. Ergibt sich bei Gesamtbetrachtung der genussrechtsvertraglich positivierten Rechte und Pflichten, dass bereits ohne Gewinnbeteiligung ein im Wesentlichen äquivalentes Verhältnis zwischen Genussrechtsinhaber und Emittenten vorliegt, so wird dies tendenziell gegen das zusätzliche Vorliegen einer Gewinnbeteiligung sprechen. Ist dies hingegen nicht der Fall, wird Gegenteiliges gelten. Sofern eine Gewinnbeteiligung im Einzelfall lediglich schlüssig aus dem tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillen abgeleitet wird, oder eine solche zwar grundsätzlich vereinbart wurde, deren nähere Ausgestaltung aber nicht erfolgt ist, stellt sich weiters die Frage, ob diese laufende Gewinne und/oder Liquidationsgewinne erfasst. Das Aufstellen allgemein gültiger Zweifelsregeln dürfte in diesem Zusammenhang kaum möglich sein. Insofern scheint die im Schrifttum vertretene Auffassung, dass eine Beteiligung am Liquidationsgewinn nur dann zustehen soll, wenn eine solche genussrechtsvertraglich positiv vereinbart wurde, zu pauschal zu sein.¹⁵²²⁾ Gewisse Anhaltspunkte über die Reichweite einer Gewinnbeteiligung werden sich über allfällige genussrechtsvertragliche Regelungen betreffend die Verlustbeteiligung ableiten lassen. Im Zweifel scheint nämlich die Annahme naheliegend zu sein, dass sich die Gewinnbeteiligung spiegelbildlich zur Verlustbeteiligung verhält.¹⁵²³⁾ Sofern genussrechtsvertraglich nur eine Beteiligung am laufenden Gewinn positiv vereinbart ist, wird man daraus in aller Regel schließen können, dass eine solche am Liquidationsgewinn nicht zustehen soll. Einem negativen Ausschluss der Beteiligung am Liquidationsgewinn wird diesfalls nur deklaratorische Bedeutung beizumessen sein.¹⁵²⁴⁾ Demgegenüber wurde im älteren Schrifttum mitunter noch die Auffassung vertreten, dass der Liquidationsgewinn aus zuvor einbehaltenen laufenden Gewinnen bestünde und deshalb Genussrechtsinhaber mit laufender Gewinnbeteiligung schon aufgrund dieser auch am Liquidationsgewinn beteiligt seien,¹⁵²⁵⁾ weswegen sich eine ausdrückliche genussrechtsvertragliche Erwähnung der Beteiligung am Liquidationsgewinn erübrigte, solange man eine solche nicht ausschließen wollte.¹⁵²⁶⁾ Nicht unwesentliche Bedeutung dürfte in Zweifelsfällen hinsichtlich des Vorliegens bzw der Reichweite einer genussrechtsvertraglichen Gewinnbeteiligung auch der Unklarheitenregel des § 915 Halbsatz 2 ABGB zukommen, nach der undeutliche Äußerungen zum Nachteile desjenigen auszulegen sind, der sich dieser bedient hat (siehe dazu

¹⁵²²⁾ Vgl idS *Frantzen*, *Genußscheine* 135; *van Husen*, *Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital* 145 f.

¹⁵²³⁾ Wenn sich etwa eine Verlustbeteiligung nur auf laufende Verluste erstreckt, wird im Zweifel auch auf Seiten der Gewinnbeteiligung nur eine solche am laufenden Gewinn (und nicht auch eine solche am Liquidationsgewinn) vorliegen.

¹⁵²⁴⁾ Vgl *Frantzen*, *Genußscheine* 135; *van Husen*, *Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital* 145 f.

¹⁵²⁵⁾ Vgl *Zander*, *Der Genußschein im deutschen und französischen Recht* 13 f.

¹⁵²⁶⁾ Vgl *van Husen*, *Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital* 145.

oben D.3.1.2.5.). Da Genussrechtsbedingungen in der Praxis regelmäßig vom Emittenten einseitig vorformuliert werden, dürften nach dieser Bestimmung nach einer Auslegung verbleibende Unklarheiten im Zweifel zu dessen Lasten gehen.

4.4.1.2. Beteiligung am laufenden Gewinn

4.4.1.2.1. Allgemeines

Eine Beteiligung am laufenden Gewinn liegt dann vor, wenn einem Genussrechtsinhaber während fortdauerndem Genussrechtsverhältnis bedingt durch die emittentenseitige Realisierung eines laufenden Gewinns ein rechtlich durchsetzbarer wirtschaftlicher Vorteil erwächst. Vergütungsansprüche aus laufenden Gewinnbeteiligungen können in der Regel wiederholt (zB in jährlichen Intervallen) anfallen.

4.4.1.2.2. Ermittlung

Im Zusammenhang mit der Ausgestaltung laufender Gewinnbeteiligungen von Genussrechtsinhabern wird im Schrifttum mitunter zwischen der „Bemessungsgrundlage“ und der „Bezugsgröße“ differenziert.¹⁵²⁷⁾ Während unter der Bemessungsgrundlage (Berechnungsgrundlage) diejenige Kenngröße verstanden wird, anhand derer sich die auf einen Genussrechtsinhaber entfallende Vergütung berechnet,¹⁵²⁸⁾ soll die Bezugsgröße denjenigen Jahresabschlussposten darstellen, aus dem heraus der – basierend auf der Bemessungsgrundlage ermittelte – Betrag an den Genussrechtsinhaber zu leisten ist.¹⁵²⁹⁾ Tatsächlich ist aber die Festlegung jenes Jahresabschlusspostens, aus dem heraus die auf Genussrechtsinhaber entfallenden Vergütungen zu leisten sind, aufgrund der weitgehend zwingenden Regelungen des Rechnungslegungsrechts der Parteien-disposition entzogen (zu der in Abhängigkeit von der Einstufung des hingegebenen Genussrechtskapitals gebotenen rechnungslegungsrechtlichen Behandlung siehe unten E.). In Genussrechtsbedingungen anzutreffende Bezugsgrößen stellen insofern nichts anderes als eine weitere Rechengröße zur Ermittlung der Höhe gewinnbedingter Vergütungsansprüche dar. Deshalb führt etwa eine Vereinbarung, dass Vergütungen „aus dem Bilanzgewinn“ zu leisten sind, nicht dazu, dass die Vergütung im Jahresabschluss tatsächlich einen Anteil an diesem darstellt.¹⁵³⁰⁾

Innerhalb der allgemeinen Grenzen der privatautonomen Gestaltungsfreiheit sind vielfältige Gestaltungsvarianten genussrechtsvertraglicher Gewinnbe-

¹⁵²⁷⁾ Vgl *Frantzen*, *Genußscheine* 100 ff; *Dross*, *Genußrechte* 42 f; *van Husen*, *Genußrechte* *Genußscheine* *Partizipationskapital* 152.

¹⁵²⁸⁾ Vgl *Frantzen*, *Genußscheine* 100 f; *van Husen*, *Genußrechte* *Genußscheine* *Partizipationskapital* 152; *Dross*, *Genußrechte* 42.

¹⁵²⁹⁾ Vgl *van Husen*, *Genußrechte* *Genußscheine* *Partizipationskapital* 152; *Frantzen*, *Genußscheine* 101; *Dross*, *Genußrechte* 42.

¹⁵³⁰⁾ Vgl HFA 1/1994, Wpg 1994, 419 (422).

teiligungen denkbar.¹⁵³¹⁾ Die Bemessungsgrundlage und die Bezugsgröße können an beinahe beliebige (auch externe) Kenngrößen anknüpfen, die ihrerseits nicht notwendigerweise vom positiven Emittentenergebnis abhängig sein müssen (wie zB der Nennbetrag des Genussrechtskapitals). Damit von einer Beteiligung am Gewinn des Emittenten im Sinne einer gewinnbedingten Vergütungsform gesprochen werden kann, muss jedoch zumindest hinsichtlich der Bemessungsgrundlage oder der Bezugsgröße eine vom positiven Emittentenergebnis abhängige Größe vereinbart sein. Sofern dies nicht der Fall ist, liegt keine Gewinnbeteiligung, sondern eine ergebnisunabhängige Vergütungsform vor (siehe dazu unten D.4.5.1.). Die Bemessungsgrundlage und die Bezugsgröße können entweder miteinander übereinstimmen oder voneinander abweichen (zB wenn der Gewinnanteil aus dem Jahresüberschuss zu ermitteln ist, aber nur insoweit gezahlt werden muss, als er im Bilanzgewinn Deckung findet).¹⁵³²⁾

Die auf einen Genussrechtsinhaber entfallende gewinnbedingte Vergütung ermittelt sich in der Regel durch Multiplikation der Bemessungsgrundlage mit einem vereinbarten fixen oder variablen¹⁵³³⁾ Prozentsatz, wobei hinsichtlich der Höhe des Prozentsatzes sowohl nach oben als auch nach unten hin grundsätzlich keine Grenzen existieren¹⁵³⁴⁾ und dem Genussrechtsinhaber – gemessen am Verhältnis der Nennbeträge des Genussrechtskapitals und der Summe aus Nennkapital und Genussrechtskapital – nicht nur ein proportionaler,¹⁵³⁵⁾ sondern auch ein über- oder unterproportionaler Gewinnanteil zugestanden werden kann (zum eingeschränkten Äquivalenzerfordernis siehe oben D.4.1.5.1.). Es können freilich auch andere Berechnungsformen vereinbart werden. Von der Vereinbarung einer Bemessungsgrundlage kann auch gänzlich Abstand ge-

¹⁵³¹⁾ Vgl *Dross*, Genussrechte 42f; *van Husen*, Genussrechte Genussrechte Partizipationskapital 150 und 152; *Frantzen*, Genussrechte 101.

¹⁵³²⁾ Vgl *Frantzen*, Genussrechte 101; *van Husen*, Genussrechte Genussrechte Partizipationskapital 152.

¹⁵³³⁾ Üblich sind etwa Vereinbarungen dahingehend, dass sich der auf einen Genussrechtsinhaber entfallende prozentuelle Gewinnanteil aus dem Verhältnis des Nennwerts des Genussrechtskapitals zu jenem der Summe aus Nennkapital und Genussrechtskapital ergibt, wobei dieses Verhältnis insofern variabel ist, als es durch Vorgänge wie Nennkapitalerhöhungen bzw -herabsetzungen oder weiteren Genussrechtsemissionen Schwankungen unterliegen kann.

¹⁵³⁴⁾ Es wäre etwa auch eine Vereinbarung dahingehend möglich, dass einem Genussrechtsinhaber 150% (Prozentsatz bzw Multiplikator) der Lizenzerträge aus bestimmten Patenten (Bemessungsgrundlage) zustehen sollen. Problematisch sind solche Vereinbarungen, die einem Genussrechtsinhaber mehr als 100% einer bestimmten Bemessungsgrundlage zugestehen, freilich dann, wenn als Bezugsgröße ein und derselbe Posten herangezogen wird, zumal der auf Basis der Bemessungsgrundlage ermittelten Gewinnanteil betraglich mit der Gesamthöhe der Bezugsgröße gedeckelt ist (siehe dazu gleich) und folglich der Gewinnanteil niemals mehr als 100% der Bezugsgröße ausmachen kann. In derartigen Fällen wird einzelfallbezogen zu prüfen sein, ob entweder (zu Lasten des Genussrechtsinhabers) die Festlegung der Bemessungsgrundlage oder (zu Lasten des Emittenten) die Festlegung der Bezugsgröße nichtig ist.

¹⁵³⁵⁾ Vgl *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 97.

nommen¹⁵³⁶) und stattdessen ein dem Genussrechtsinhaber fix zustehender Geldbetrag festgelegt werden. Sofern eine vom positiven Emittentenergebnis unabhängige Bemessungsgrundlage vereinbart bzw von der Heranziehung einer Bemessungsgrundlage gänzlich Abstand genommen wird, muss freilich als Bezugsgröße ein vom positiven Ergebnis des Emittenten abhängiger Posten herangezogen werden, damit überhaupt eine Gewinnbeteiligung vorliegt. Auch von der Festlegung einer Bezugsgröße kann Abstand genommen werden,¹⁵³⁷) ohne dass es der Qualifikation als Gewinnbeteiligung abträglich wäre, sofern eine diesfalls notwendigerweise vom positiven Emittentenergebnis abhängige Bemessungsgrundlage vorliegt. Im Falle der Vereinbarung einer Bezugsgröße ist der auf einen Genussrechtsinhaber entfallende Gewinnanteil betraglich mit der Gesamthöhe der Bezugsgröße gedeckelt. Ist die Bezugsgröße geringer als der auf Basis der Bemessungsgrundlage ermittelte oder in sonstiger Weise genussrechtsvertraglich festgelegte Betrag, so kommt es zu einem anteiligen oder gänzlichen Entfall der auf einen Genussrechtsinhaber entfallenden gewinnbedingten Vergütung (zur Möglichkeit der Vereinbarung von Nachzahlungsklauseln siehe unten D.4.4.1.2.4.1.). Mehreren Genussrechtsinhabern (und sonstigen Bezugsberechtigten) darf zusammen nicht mehr als 100% ein und derselben Bezugsgröße zugesichert werden.

Bemessungsgrundlage und Bezugsgröße werden in Genussrechtsverträgen häufig nicht als solche bezeichnet. Im Falle unklarer Regelungen muss im Wege der Auslegung ermittelt werden, welche Kenngrößen gegebenenfalls als Bemessungsgrundlage bzw Bezugsgröße heranzuziehen sind.¹⁵³⁸) Unklarheiten werden dabei regelmäßig zu Lasten des Genussrechtsemitenten gehen, weil es typischerweise dieser ist, der sich der Formulierung bei Erstellung der Genussrechtsbedingungen bedient hat (§ 915 Halbsatz 2 ABGB).¹⁵³⁹) Geklärte Verhältnisse über die maßgeblichen Gewinnfaktoren sind Voraussetzung, um die auf Genussrechtsinhaber entfallende gewinnbedingte Vergütung ermitteln zu können.¹⁵⁴⁰)

Laufende Gewinnbeteiligungen können genussrechtsvertraglich auch von Bedingungen abhängig gemacht werden. So wäre etwa eine Regelung dahingehend möglich, dass dem Genussrechtsinhaber nur dann und insoweit ein prozentueller Gewinnanspruch erwächst, als dieser einen genussrechtsvertraglich näher bestimmten Betrag überschreitet.

Mitunter wird als Bemessungsgrundlage auch das Ausmaß der vorgenommenen Gewinnausschüttungen (Dividendenzahlungen) des Emittenten an seine verbandsrechtlichen Mitglieder herangezogen.¹⁵⁴¹) Aus Perspektive von

¹⁵³⁶) AA *Frantzen*, Genußscheine 101.

¹⁵³⁷) Vgl *Frantzen*, Genußscheine 101.

¹⁵³⁸) Vgl *Frantzen*, Genußscheine 101.

¹⁵³⁹) Vgl *Frantzen*, Genußscheine 101 und 122.

¹⁵⁴⁰) Vgl *Frantzen*, Genußscheine 101.

¹⁵⁴¹) Vgl *Lorch*, Der börsenfähige aktienähnliche Genußschein 11; *Emde*, Der Genußschein als Finanzierungsinstrument 68; *Singer*, Genußscheine als Finanzierungsinstrument 28; *Frantzen*, Genußscheine 106 und 108f; *van Husen*, Genußrechte Genuß-

Genussrechtsinhabern sind derartige Regelungen dann nicht unproblematisch, wenn nicht gleichzeitig auch eine Beteiligung am Liquidationsgewinn vereinbart ist, weil diesfalls für den Emittenten die Möglichkeit besteht, Genussrechtsinhaber gegenüber verbandsrechtlichen Mitgliedern zu benachteiligen, indem Gewinnausschüttungen während aufrechtem Genussrechtsverhältnis nicht vorgenommen werden. Ähnlich problematisch stellen sich aus Perspektive von Genussrechtsinhabern Gewinnbeteiligungsregelungen dar, die als Bemessungsgrundlage den Bilanzgewinn heranziehen, wenn nicht gleichzeitig auch eine Beteiligung am Liquidationsgewinn vereinbart ist, weil dann für den Emittenten die Möglichkeit besteht, Genussrechtsinhaber gegenüber verbandsrechtlichen Mitgliedern durch die Dotierung von Gewinnrücklagen zu übervorteilen,¹⁵⁴²⁾ wenn nicht während aufrechtem Genussrechtsverhältnis entsprechende bilanzgewinnwirksame Auflösungen der Gewinnrücklagen erfolgen.

Abstrakt betrachtet lassen sich im Zusammenhang mit der Ermittlung der Höhe der auf Genussrechtsinhaber entfallenden laufenden Gewinnanteile mE zwei unterschiedliche Grundtypen festmachen,¹⁵⁴³⁾ nämlich laufende Gewinnbeteiligungsformen ohne gewinnbedingten Mindest- und Höchstvergütungen und solche mit gewinnbedingten Mindest- und/oder Höchstvergütungen. Gewinnbeteiligungsformen ohne gewinnbedingten Mindest- und Höchstvergü-

scheine Partizipationskapital 153; *Rittershausen*, Industrielle Finanzierungen 178; *Jann*, Kapitalertragsteuer und Endbesteuerung bei Genußrechten 26; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2013, 133 (137); *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 95 und 99; *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, AktG² § 221 Rz 34.

¹⁵⁴²⁾ Vgl *Hedrich*, ZfgK 1990, 670 (672); *Singer*, Genußscheine als Finanzierungsinstrument 28.

¹⁵⁴³⁾ Demgegenüber differenziert die wohl hA zwischen „gewinnorientierten“ und „gewinnabhängigen“ Verzinsungsformen (vgl nur *Bauer* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 19 [23 und 26]; *Beuchert/Redeker* in *Schön*, Eigenkapital und Fremdkapital 289 [310]; *Karollus*, GesRZ 2009, 209 [211]; *Busch*, AG 1994, 93 [95f]; *Eberhartinger*, Bilanzierung und Besteuerung von Genußrechten, stillen Gesellschaften und Gesellschafterdarlehen 14; *Hirte* in GroßKomm AktG⁴ § 221 Rz 330). Unter gewinnorientierten Verzinsungen werden echte Gewinnbeteiligungen dahingehend verstanden, dass die variable Höhe der Verzinsung von der Höhe des Emittentengewinns abhängig gemacht wird, während mit dem Begriff der gewinnabhängigen Verzinsungen Festverzinsungen angesprochen werden, die dann und insoweit entfallen, als kein hinreichender Gewinn vorliegt, aus dem heraus die Festverzinsung geleistet werden könnte (vgl *Bauer* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 19 [23]; *Karollus*, GesRZ 2009, 209 [211]; *Gehling*, WM 1992, 1093 [1094]; *Hirte* in GroßKomm AktG⁴ § 221 Rz 330). Dieser Kategorisierungsansatz ist mE jedoch unbefriedigend, zumal er nicht sämtliche ergebnisabhängigen Vergütungsformen erfassen vermag (variable Gewinnbeteiligungsformen mit gewinnbedingter Mindest- und/oder Höchstvergütung lassen sich weder unter die gewinnorientierten noch von gewinnabhängigen Verzinsungsformen in ihren Reinformen subsumieren). Mitunter wird im Schrifttum überhaupt von vier – mE Überschneidungen aufweisenden und deshalb ebenso wenig befriedigenden – Grundtypen der Gewinnbeteiligung ausgegangen (vgl *Frantzen*, Genußscheine 112; *van Husen*, Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital 154).

tungen sind der Höhe nach weder nach oben noch nach unten hin beschränkt. Sie stimmen solcherart im Grunde mit Gewinnbeteiligungen von Emittentenmitgliedern überein, können sich von diesen aber insoweit unterscheiden, als genussrechtsvertraglich eine von den teilweise zwingenden verbandsrechtlichen Vorschriften (zB §§ 52 und 54 AktG, § 82 GmbHG) abweichende Bemessungsgrundlage und Bezugsgröße vereinbart werden kann. Wenn als Bemessungsgrundlage eine vom positiven Emittenergebnis abhängige Gewinngröße vereinbart wird, kann von echten Gewinnbeteiligungen gesprochen werden. Den Gewinnbeteiligungsformen ohne gewinnbedingten Mindest- und Höchstvergütungen stehen solche mit der Vereinbarung gewinnbedingter Mindest- und/oder Höchstvergütungen gegenüber. Aufgrund der Gewinnbedingtheit sind dabei selbst Mindestverzinsungen nur dann zu leisten, wenn und soweit sie in der vereinbarten (diesfalls notwendigerweise) gewinnabhängigen Bezugsgröße Deckung finden.¹⁵⁴⁴) Faktisch führen derartige gewinnbedingte Mindestzinsvereinbarungen dazu, dass auch ein geringerer Zinssatz als der vereinbarte Mindestzinssatz zum Tragen kommen kann.¹⁵⁴⁵) Vereinbarungen über gewinnbedingte Mindestverzinsungen stellen gewinnbedingte Floor-Agreements und solche über gewinnbedingte Höchstverzinsungen gewinnbedingte Cap-Agreements dar. Im Kombinationsfalle liegt ein gewinnbedingtes Collar-Agreement vor.¹⁵⁴⁶) Den in der Praxis wohl wichtigsten Unterfall von Gewinnbeteiligungsformen mit gewinnbedingten Mindest- und Höchstvergütungen stellen gewinnbedingte Festvergütungen dar. Bei diesen stimmen die Mindestvergütung und die Höchstvergütung der Höhe nach überein, weswegen diese zu einer Festvergütung zusammenfallen, die vom Emittenten aufgrund der Gewinnbedingtheit allerdings nur dann und insoweit zu bedienen ist, als sie in der vereinbarten gewinnabhängigen Bezugsgröße Deckung finden.¹⁵⁴⁷) Durch das Erfordernis einer hinreichenden Deckung in der Bezugsgröße unterscheiden sich gewinnbedingte Festvergütungen von ergebnisunabhängigen Festvergütungsformen, bei denen Vergütungen auch in Verlustjahren bzw bei nicht hinreichenden positiven bzw ausgeglichenen Ergebnissen zu leisten sind (siehe dazu unten D.4.5.1.). Als Bemessungsgrundlage gewinnbedingter Festvergütungen wird in der Regel der – allenfalls durch laufende Verluste geminderte (siehe dazu unten D.4.4.2.2.3.) – Nennbetrag des hingegebenen Genussrechtskapitals herangezogen. Insbesondere in solchen Fällen kann auch von gewinnbedingten Festverzinsungen gesprochen werden. Die beiden Grundtypen zur Ermittlung der auf Genussrechtsinhaber entfallenden laufenden Gewinnanteile können nicht nur in ihren – in sich vielfältigen – Reinformen ver-

¹⁵⁴⁴) Vgl *Singer*, Genusscheine als Finanzierungsinstrument 27.

¹⁵⁴⁵) Vgl *Singer*, Genusscheine als Finanzierungsinstrument 27.

¹⁵⁴⁶) Vgl näher zu den Begriffen Floor, Cap und Collar *Hull*, Options, Futures And Other Derivatives⁸ 653 ff.

¹⁵⁴⁷) Vgl *van Husen*, Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital 151; *Singer*, Genusscheine als Finanzierungsinstrument 27.

einbart, sondern auch in beliebiger Weise kombiniert werden.¹⁵⁴⁸⁾ So wäre es etwa möglich eine laufende Gewinnbeteiligung dahingehend zu vereinbaren, dass dem Genussrechtsinhaber ein prozentueller Anteil des Jahresüberschusses zusteht und zusätzlich eine gewinnbedingte Festverzinsung des Nennbetrages des Genussrechtskapitals erfolgen soll. Auch die Kombination ergebnisabhängiger und ergebnisunabhängigen Vergütungsformen (siehe zu diesen unten D.4.5.1.) ist möglich.¹⁵⁴⁹⁾ Zu denken ist in diesem Zusammenhang insbesondere an laufende Gewinnbeteiligungen mit ergebnisunabhängigen Mindestvergütungen.¹⁵⁵⁰⁾ Dabei handelt es sich im Ergebnis um nichts anderes um eine Kombination einer die ergebnisunabhängigen Fixvergütung mit einer unter Vorbehalt stehende Gewinnbeteiligung dahingehend, dass ein prozentueller Gewinnanspruch nur dann und insoweit erwächst, als dieser den Mindestvergütungsbetrag überschreitet. Auch die Kombination vorbehaltloser Gewinnbeteiligungen mit ergebnisunabhängigen Vergütungsformen ist aber denkbar.

Sofern vom Genussrechtsemittenten eine bilanzieller Ausweis des Genussrechtskapitals als Eigenkapital angestrebt wird, muss bei Ausgestaltung der Gewinnbeteiligung dafür Sorge getragen werden, dass eine ergebnisabhängige Vergütung im Sinne der Stellungnahme KFS/RL 13 des Fachsenats für Unternehmensrecht und Revision der Kammer der Wirtschaftstreuhänder vorliegt (siehe dazu ausführlich unten E.3.1.2.3.).

4.4.1.2.3. Formen des wirtschaftlichen Vorteils beim Inhaber

4.4.1.2.3.1. Laufende Vergütungen und Erhöhungen des Rückzahlungsanspruches bei Beendigung

Der wirtschaftliche Vorteil, der Genussrechtsinhabern durch eine emittentenseitige Realisierung laufender Gewinne erwachsen muss, damit einen Beteiligung an diesen vorliegt, kann in unterschiedlichen Formen zum Ausdruck kommen. In Betracht kommt insbesondere ein Vergütungsanspruch des Genussrechtsinhabers während aufrechter Genussrechtsverhältnis oder eine Erhöhung des dem Genussrechtsinhaber bei Beendigung des Genussrechtsverhältnisses zustehenden Rückzahlungsanspruches bzw eine Kombination dieser beiden Elemente. Damit von einer Gewinnbeteiligung gesprochen werden kann, müssen solche Ansprüche gegenüber dem Emittenten rechtlich durchsetzbar sein.

¹⁵⁴⁸⁾ Vgl *Natusch* in *Häger/Elkemann-Reusch*, *Mezzanine Finanzierungsinstrumente* Rz 31; *Seiler* in *Spindler/Stilz*, *AktG*² § 221 Rz 34.

¹⁵⁴⁹⁾ Vgl *Hedrich*, *ZfgK* 1990, 670 (672); *Singer*, *Genußscheine als Finanzierungsinstrument* 27; *Bauer* in *Schragl/Stefaner*, *Handbuch Genussrechte*² 19 (24 und 26); *Frantzen*, *Genußscheine* 114; *Habersack* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 99.

¹⁵⁵⁰⁾ Vgl *Frantzen*, *Genußscheine* 114; *Bauer* in *Schragl/Stefaner*, *Handbuch Genussrechte*² 19 (24 und 26); *Lang* in *Dötsch/Pung/Möhlenbrock*, *KStG*⁶⁵ § 8 Abs 3 Teil A Rz 104.

Auch bei einer Gewinnbeteiligung in Gestalt einer Erhöhung des dem Genussrechtsinhaber bei Beendigung des Genussrechtsvertrages zustehenden Rückzahlungsanspruches liegt eine Beteiligung am laufenden Gewinn und nicht eine solche am Liquidationsgewinn vor, weil die zur Erhöhung des Rückzahlungsanspruches führenden Gewinne bereits während laufenden Genussrechtsverhältnis und nicht erst anlässlich dessen Beendigung realisiert werden.

4.4.1.2.3.2. *Besserungsklauseln*

Genussrechtsverträge sehen regelmäßig sogenannte „Besserungsklauseln“ („Besserungsabreden“) dahingehend vor, dass die auf einen Genussrechtsinhaber entfallenden gewinnbedingten laufenden Vergütungen vorrangig vor anderen Verwendungen zur Wiederauffüllung des durch vorangegangene laufende Verluste reduzierten Genussrechtskapitalkontos heranzuziehen sind und erst im Anschluss an eine vollständige Wiederauffüllung ein Auszahlungsanspruch auf laufende gewinnbedingte Vergütungsansprüche besteht.¹⁵⁵¹⁾

Die Ausgestaltung von Besserungsklauseln steht in der Regel in engem Zusammenhang mit den konkreten genussrechtsvertraglichen Regelungen über die laufende Verlustbeteiligung (siehe dazu unten D.4.4.2.2.). Wird durch laufende Verluste der dem Genussrechtsinhaber bei Beendigung des Genussrechtsverhältnisses zustehende Rückzahlungsanspruch reduziert, so wird es dieser sein, der nach den getroffenen Regelungen über eine Besserungsabrede wieder aufzufüllen ist. Wird durch laufende Verluste hingegen die Bemessungsgrundlage für künftige gewinnbedingte Vergütungsansprüche gemindert, dann wird die Wiederauffüllungsverpflichtung von Besserungsklausel regelmäßig an diese anknüpfen. Sofern genussrechtsvertraglich eine Beteiligung des Genussrechtsinhabers an laufenden Verlusten des Emittenten nicht vorgesehen ist, besteht für eine Besserungsklausel freilich von vornherein kein Bedarf.

Der Höhe nach sind Besserungsklauseln in der Regel mit der Ursprungshöhe des Rückzahlungsanspruches bei Beendigung bzw der Bemessungsgrundlage für laufende gewinnbedingte Vergütungsansprüche gedeckelt,¹⁵⁵²⁾ doch ist genussrechtsvertraglich grundsätzlich auch die Vereinbarung geringerer oder höherer Grenzwerte (zB bis zur Höhe eines den Nennbetrag agiobedingt übersteigenden Ausgabebetrag¹⁵⁵³⁾) möglich.¹⁵⁵⁴⁾

¹⁵⁵¹⁾ Vgl Seiler in *Spindler/Stilz*, AktG² § 221 Rz 35; *Rohatschek/Schiemer* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 145 (149) FN 20; *Kanders*, Bewertung von Genufscheinen 45; *Singer*, Genufscheine als Finanzierungsinstrument 32; *Frantzen*, Genufscheine 128; *van Husen*, Genufscheine Partizipationskapital 162 f; *Schaber/Kuhn/Eichhorn*, BB 2004, 315 (316); *Habersack*, NGZ 2014, 1041 (1042); *derselbe* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 105; *Karollus* in *Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 302; *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, AktG² § 221 Rz 40.

¹⁵⁵²⁾ Vgl *Schaber/Kuhn/Eichhorn*, BB 2004, 315 (316).

¹⁵⁵³⁾ Vgl *Frantzen*, Genufscheine 128; *van Husen*, Genufscheine Partizipationskapital 162 f.

¹⁵⁵⁴⁾ Vgl *Karollus* in *Gefler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 303.