

Qualifizierte Nachrangdarlehen als Finanzierungsinstrument

Wirtschaftsrecht · Univ.-Ass. Mag. Elisabeth Pirker · RdW 2016/591 · RdW 2016, 807 · Heft 12 v. 20.12.2016

Zum Spannungsverhältnis zwischen Inhaltskontrolle und Privatautonomie

Das qualifizierte Nachrangdarlehen zeichnet sich (grob gesagt) dadurch aus, dass der Darlehensgeber mit seinen Kapitalrückzahlungs- und Zinsansprüchen hinter die übrigen (nicht nachrangigen) Gläubiger im Rang zurücktritt und überdies eine Anspruchsbefriedigung im Falle der Krise des Darlehensnehmers nicht verlangt werden kann. Es erfreut sich bei Schwarmfinanzierungen großer Beliebtheit und hat insb dadurch an praktischer Bedeutung gewonnen. Seine rechtliche Einordnung stellt jedoch in vielerlei Hinsicht eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis dar. So sind die Gerichte vermehrt mit kapitalmarkt-, zivil- und verbraucherschutzrechtlichen Fragen iZm Nachrangdarlehen befasst.¹ Für besonderes Aufsehen hat ein Urteil des LGZ Graz zur Zulässigkeit dieses Finanzierungsinstruments gesorgt.² Nach Auffassung des Landesgerichts kommt es wegen des massiven Eingriffs in grundlegende dispositive Regelungen durch die erfolgsunabhängige Ausgestaltung des Nachrangdarlehens (mit fixen Zinsen) zu einer unzulässigen Risikoüberwälzung auf den Anleger als Darlehensgeber, weil dieser nur am hohen Risiko, nicht aber am Unternehmenserfolg beteiligt sei. Eine derartige Nachrangabrede sei daher gröblich benachteiligend iSd § 879 Abs 3 ABGB.

Der vorliegende Beitrag unterzieht die Rechtsansicht des LGZ Graz einer kritischen Würdigung und beleuchtet die gesetzlichen Anforderungen an das Nachrangdarlehen sowie die Bedeutung des genannten Urteils über den Einzelfall hinaus. Im Fokus des Beitrags steht sohin die Frage, ob eine Nachrangabrede überhaupt der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB unterliegt und ob bzw inwieweit die Aufnahme einer qualifizierten Nachrangabrede in den Darlehensvertrag tatsächlich gröblich benachteiligend ist.

Nach der einleitenden Schilderung des Grazer Urteils wird auf die Ausgestaltungsmöglichkeiten und die Rechtsnatur des Nachrangdarlehens sowie auf die Nachrangabrede an sich eingegangen, um daran anschließend die Problematik der AGB-Kontrolle eines solchen Finanzierungsinstruments aufzugreifen.

1. Zum Sachverhalt der Entscheidung des LGZ Graz

Anlässlich einer Unterlassungsklage des Vereins für Konsumenteninformation (VKI) gegen eine GmbH, die Photovoltaik-Produkte anbot und sich (ua) durch die Aufnahme qualifizierter Nachrangdarlehen finanzierte, hat das erkennende Gericht die beklagte Partei für schuldig erkannt, die Verwendung diverser Klauseln in ihren AGB und Vertragsformblättern zu unterlassen und sich auf diese oder sinngleiche Klauseln zu berufen. Bei einer der vom LGZ Graz als unzulässig befundenen Klauseln handelte es sich um eine qualifizierte Nachrangabrede, die wie folgt lautete: "Der DG tritt für den Fall der Insolvenz hiermit mit seinen Forderungen unwiderruflich im Rang hinter sämtliche Forderungen gegenwärtiger und zukünftiger Gläubiger [...] zurück. [...] Außerhalb der Insolvenz verpflichtet sich der DG, seine Forderungen so lange und soweit nicht geltend zu machen, wie die teilweise oder vollständige Befriedigung dieser Forderung zu einer zum Insolvenzantrag verpflichtenden Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit des DNs führen würde. Die Forderungen des DGs

können außerhalb einer Insolvenz nur nachrangig, und zwar nach Befriedigung aller anderen nicht gleichrangiger Gläubiger und erst nach Beendigung einer allenfalls vorliegenden Krise, befriedigt werden. [...]"

2. Die rechtliche Beurteilung des LGZ Graz

Nach Ansicht des LGZ Graz greift eine solche Nachrang-Klausel "massiv in grundlegende dispositive Regelungen ein [...], indem das unternehmerische Risiko auf den Darlehensgeber im Umfang der Finanzierung übertragen wird, während er in keiner Weise am unternehmerischen Erfolg der beklagten Partei partizipiert. Die-

Seite 807

ses Ungleichgewicht kann auch nicht durch unüblich hohe Zinsen ausgeglichen werden."³ Die Begründung stützt sich somit insb auf das Totalverlustrisiko bzw die Risikoüberwälzung bei fehlender Beteiligung am unternehmerischen Erfolg; das Zinsargument könne dieses Ungleichgewicht nicht ausgleichen. Auch die gesetzliche Anerkennung des Nachrangdarlehens durch das AltFG rechtfertige eine solche Bestimmung nur, wenn die konkrete vertragliche Regelung "die einzige Möglichkeit darstellt, derartige gesetzlich anerkannte Finanzierungsformen umzusetzen."⁴ Im vorliegenden Fall sei eine andere Finanzierungsform, bei der der Darlehensgeber am unternehmerischen Erfolg beteiligt ist, faktisch möglich und rechtlich zulässig gewesen; das gewählte Finanzierungsmodell in Form des Nachrangdarlehens sei daher gröblich benachteiligend und daher unzulässig.

3. Das Nachrangdarlehen

3.1. Die einfache Nachrangabrede

Das materiell-rechtliche Schicksal eines nachrangigen Anspruchs hängt entscheidend von der rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung der Nachrangabrede im Einzelfall ab. So ist zwischen der einfachen und qualifizierten Nachrangabrede zu unterscheiden. Bei einer einfachen Nachrangabrede tritt der Gläubiger im Fall der Liquidation oder Insolvenz mit seinen Ansprüchen hinter alle anderen (nicht nachrangigen) Gläubiger zurück.⁵ Mit dieser Vereinbarung wird für den Insolvenzfall eine vom gesetzlichen Normalfall abweichende Befriedigungsreihenfolge etabliert. Das Gesetz sieht eine solche einfache Nachrangigkeit nur für eigenkapitalersetzende Leistungen gem § 57a IO vor. Die Voraussetzungen des § 67 Abs 3 IO werden durch eine einfache Nachrangabrede nicht erfüllt.⁶

3.2. Die qualifizierte Nachrangabrede

Die qualifizierte Nachrangabrede gem § 67 Abs 3 IO bezweckt, dass die betreffende Verbindlichkeit bei der Prüfung der rechnerischen Überschuldung nicht berücksichtigt werden muss. Die Anforderungen an eine solche qualifizierte Nachrangigkeit sind weit höher als die der einfachen Nachrangabrede und lassen die Pflicht zur Passivierung einer Verbindlichkeit im Überschuldungsstatus nur entfallen, "wenn der Gläubiger erklärt, dass er Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen Eigenkapitals (§ 225 Abs. 1 UGB) oder im Fall der Liquidation nach Befriedigung aller Gläubiger begehrt und dass wegen dieser Verbindlichkeit kein Insolvenzverfahren eröffnet zu werden braucht".⁷

3.3. Das (qualifizierte) Nachrangdarlehen als alternatives Finanzierungsinstrument

3.3.1. Wirtschaftlicher und gesetzlicher Hintergrund

Das Nachrangdarlehen weicht vom "klassischen" Darlehen durch die zusätzliche Vereinbarung einer einfachen oder qualifizierten Nachrangabrede ab. Da die rechtliche Einordnung des Nachrangdarlehens stark von der konkreten rechtsgeschäftlichen Ausgestaltung abhängt, können hierzu nur schwer generelle Aussagen getroffen werden.

Mit dem AltFG hat das Nachrangdarlehen erstmals eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung erfahren und wurde vom Gesetzgeber als alternative Finanzierungsform anerkannt (§ 2 Z 2 AltFG). Zur konkreten schuldrechtlichen Ausgestaltung des Nachrangdarlehens schweigt das Gesetz weitgehend. Lediglich in § 2 Z 2 leg cit wird festgehalten, dass das Nachrangdarlehen keinen unbedingten Rückzahlungsanspruch⁸ gewähren darf. Dadurch wird in Form einer negativen Definition das Wesenselement des qualifizierten Nachrangdarlehens gesetzlich determiniert. Diese Abgrenzung war erforderlich, um nicht in den Bereich des konzessionspflichtigen Bankgeschäfts einzugreifen, weswegen insb gewöhnliche Darlehen, denen naturgemäß ein unbedingter Rückzahlungsanspruch inhärent ist, nicht erfasst sind.⁹

In der Schwarmfinanzierung erfreut sich das qualifizierte Nachrangdarlehen großer Beliebtheit. Denn anders als herkömmliche Darlehen mit unbedingtem Rückzahlungsanspruch stellen qualifizierte Nachrangdarlehen kein Einlagengeschäft dar (vgl § 1 Abs 1 Z 1 und § 4 Abs 1 BWG)¹⁰ und ermöglichen - der Intention des AltFG entsprechend - eine einfache und kostengünstige Finanzierung. Aufseiten des Anlegers liegt der Vorteil in der meist höheren Verzinsung als bei anderen Anlageprodukten.¹¹ Auf der anderen Seite ist mit dem bloß bedingten Rückzahlungsanspruch aber auch ein erhöhtes Ausfallrisiko verbunden. In der Krise des Darlehensnehmers droht der teilweise oder sogar gänzliche Kapitalverlust,¹² zumal alle nicht nachrangigen Gläubiger vorrangig befriedigt werden.

3.3.2. Die privatautonome Ausgestaltung des (qualifizierten) Nachrangdarlehens
Als Grundlage für die Ausgestaltung des Nachrangdarlehens dienen die dispositiven Regelungen des Darlehensvertrages (§§ 983 ff ABGB). Der Darlehensgeber verpflichtet sich zur Über-

Seite 808

tragung einer vertretbaren Sache in das Eigentum des Darlehensnehmers und der Darlehensnehmer zu Rückgabe ebenso vieler Sachen derselben Gattung - bei Geldbeträgen derselben Höhe. Für die Ausgestaltung der Darlehenszinsen kommen in der Praxis im Wesentlichen drei Varianten zur Anwendung: erfolgsunabhängige Zinsen, erfolgs- bzw gewinnbezogene Verzinsung (sog partiarisches Darlehen) oder eine Kombination hieraus.¹³ Eine Verlustbeteiligung ist beim partiarischen Darlehen im Gegensatz zum Genussrecht und zur stillen Beteiligung jedoch ausgeschlossen.¹⁴ Dem Urteil des LGZ Graz lag ein qualifiziertes Nachrangdarlehen mit erfolgsunabhängiger Verzinsung zugrunde. Nachrangdarlehen weichen von herkömmlichen Darlehen ganz wesentlich ab. So stellt der unbedingte Rückzahlungsanspruch die Hauptleistungsverpflichtung des klassischen Darlehens dar. Beim Nachrangdarlehen steht der Rückzahlungsanspruch allerdings nicht unbedingt zu, sondern es wird aufschiebend bedingt mit Eintritt eines negativen Eigenkapitals (bzw des Fehlens eines Bilanzgewinns oder Liquidationsüberschusses) auf die Durchsetzbarkeit des Anspruchs verzichtet; dies wiederum unter der auflösenden Bedingung des Wegfalls des negativen Eigenkapitals bzw des Vorliegens eines Bilanzgewinns oder Liquidationsüberschusses.¹⁵ Es handelt sich somit um kein gewöhnliches Darlehen, sondern um eine atypische Ausgestaltung.¹⁶ Man könnte sogar so weit gehen, dass man das Nachrangdarlehen als eigenen neu geschaffenen Vertragstyp ansieht. Der Gesetzgeber hat das Nachrangdarlehen schließlich ausdrücklich in § 2 Z 2 AltFG verankert und die Hauptleistungspflicht gegenüber einem herkömmlichen Darlehen explizit dahin gehend modifiziert, dass nur ein bedingter Rückzahlungsanspruch gewährt werden darf.¹⁷

3.3.3. Das (qualifizierte) Nachrangdarlehen als gesetzlich zulässige, nicht subsidiäre Finanzierungsform

Der österreichische Gesetzgeber hat das (qualifizierte) Nachrangdarlehen durch die soeben skizzierten Regelungen des AltFG explizit als zulässige Finanzierungsform anerkannt. Da beim Nachrangdarlehen die nächstverwandten Regelungen heranzuziehen sind,¹⁸ kommen ergänzend die Bestimmungen zum herkömmlichen Darlehen zur Anwendung. So sieht § 988 iVm § 1000 Abs 1 ABGB vor, dass das Entgelt idR in Zinsen besteht. Diese werden in Bruchteilen vom Kapital berechnet.¹⁹ Dies muss grds auch für das Nachrangdarlehen gelten. Somit stellt in Wahrheit ein gewinn- oder erfolgsabhängiges Entgelt die Abweichung von der Regel (erfolgsunabhängige Verzinsung) dar.²⁰ Ein Vorrang oder gar eine Verpflichtung zur Ausgestaltung mit Partizipation am unternehmerischen Erfolg besteht aber gerade nicht²¹ und würde die Privatautonomie der Parteien unangemessen einschränken. Zwingende Normen oder gar die Sittenwidrigkeit nicht partiarischer Finanzierungsformen liegen idZ fern. Das gilt umso mehr, als das Nachrangdarlehen gesetzlich anerkannt ist. Auch eine Pflicht zur Ausgestaltung des Nachrangdarlehens als partiarisches Darlehen oder gar zur Wahl einer gänzlich anderen Finanzierungsform (etwa des Genussrechts oder der stillen Beteiligung) lässt sich auf dem Boden des österreichischen Rechts kaum rechtfertigen und würde dem Grundgedanken der Typenfreiheit widersprechen. Anhaltspunkte für eine gesetzlich intendierte generelle Subsidiarität dieser Finanzierungsform lassen sich weder dem AltFG noch sonstigen Normen des österreichischen Privatrechts entnehmen. Gewinnunabhängige Nachrangdarlehen sind also gesetzlich anerkannt und gegenüber erfolgsabhängigen Finanzierungsformen nicht subsidiär. Ihre Subsidiarität ließe sich allenfalls auf Grundlage des § 879 Abs 3 ABGB begründen. Die Frage, ob die Nachrangabrede der AGB-Kontrolle und insb der Inhaltskontrolle unterworfen ist, stellt in dieser Diskussion den Dreh- und Angelpunkt dar.

4. Die AGB-Kontrolle beim (qualifizierten) Nachrangdarlehen

4.1. Zur Einbeziehungs- und Geltungskontrolle

Nach wohl hA unterliegen Emissionsbedingungen von Finanzinstrumenten der AGB-Kontrolle.²² Dies gilt folglich auch für Nachrangdarlehen, denen AGB oder Vertragsformblätter zugrunde liegen. Sind die AGB wirksam in den Vertrag einbezogen, müssen sie für ihre Wirksamkeit der Geltungskontrolle gem § 864a ABGB standhalten: Inhaltlich ungewöhnliche und für den AGB-Unterworfenen nachteilige und überraschende Klauseln sind unwirksam. Die stRsp nimmt dies insb für solche Klauseln an, denen ein

Seite 809

Überrumpelungseffekt innewohnt.²³ Die inhaltliche Ungewöhnlichkeit wird grds objektiv beurteilt, also an der Verkehrsüblichkeit des betreffenden Vertragstyps gemessen; subjektive Elemente können aber im Einzelfall berücksichtigungswürdig sein, wenn etwa eine an sich übliche Klausel im konkreten Zusammenhang überraschend sein musste.²⁴

Sieht man das qualifizierte Nachrangdarlehen als atypisches Darlehen oder gar eigenen Vertragstyp an, weil ja gerade der für das herkömmliche Darlehen charakteristische unbedingte Rückzahlungsanspruch abbedungen und verändert wird, so ist für den Vertragstyp "qualifiziertes Nachrangdarlehen" auch die Nachrangklausel als vertraglicher Mindestbestandteil anzusehen und somit für dieses Finanzierungsinstrument verkehrsüblich.²⁵ Dass mit einer gewissen Klausel zu rechnen ist, kann gem § 864a ABGB auch durch das äußere Erscheinungsbild des Vertragstextes (zB Übertitelung des Vertrags, drucktechnisch hervorgehobene Überschrift, Fettdruck) unterstützt werden, etwa wenn der Vertrag als "Nachrangdarlehen" bezeichnet wird.²⁶ In die Beurteilung kann auch ein dem Vertragspartner bekanntes Sonderinteresse an der ungewöhnlichen Vertragsgestaltung miteinbezogen werden.²⁷ Beim Nachrangdarlehen ist wohl das beiderseitige Interesse an der

qualifizierten Nachrangabrede entscheidend, weil die Darlehensvergabe nur so konzessionslos möglich ist und die höhere Verzinsung auch von der Nachrangigkeit abhängt. Wird hingegen eine Nachrangabrede bei einem anderen Vertragstyp mitvereinbart oder nachträglich abgeschlossen, kann nicht von vornherein von der Verkehrsüblichkeit ausgegangen werden. Dies ist letztendlich immer anhand der konkreten Ausgestaltung im Einzelfall zu prüfen.

4.2. Zur Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB

4.2.1. Haupt- oder Nebenleistungspflicht?

Von der Kontrolle des § 879 Abs 3 ABGB sind Vertragsbestimmungen ausgenommen, die nicht eine der beiderseitigen Hauptleistungen festlegen. Das entspricht Art 4 Abs 2 der Klausel-RL.²⁸ Auch sie nimmt die Beurteilung der Angemessenheit zwischen Leistung und Gegenleistung von der Kontrolle missbräuchlicher Klauseln aus, soweit diese Klausel klar und verständlich abgefasst ist.

Bei der Vereinbarung eines Nachrangdarlehens stellt sich somit die schwierige Abgrenzungsfrage, ob durch die Nachrangabrede die Hauptleistungspflicht festgelegt wird, oder ob sie bloß eine Nebenabrede darstellt. Die Einigung über die vertragstypischen Leistungen und das Entgelt sollen von der Inhaltskontrolle nicht erfasst sein, weil die Hauptleistungen weitgehend durch den Markt selbst einer ausreichenden Kontrolle unterzogen sind.²⁹ So werden Produkte von einer bestimmten Qualität, deren Preis dafür nicht gerechtfertigt ist, am Markt tendenziell weniger nachgefragt werden. Dies veranlasst den Anbieter selbst dazu, entweder den Preis zu senken oder die Qualität zu steigern.³⁰ Der Kunde orientiert sich idR an der angebotenen Leistung und der dafür von ihm zu erbringenden Gegenleistung; ist das Äquivalenzverhältnis nicht ausgeglichen, wird er sich einen anderen Anbieter suchen. Bei dieser Entscheidung soll er aber frei, also privatautonom agieren können. Falls er dabei in seiner Entscheidungs- bzw Willensfreiheit beschränkt ist, stellt ihm die Rechtsordnung andere Instrumentarien zur Verfügung (zB Irrtum, Wucher); die Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB greift hier jedoch nicht. Die Hauptleistung (und somit auch die Ausnahme von der Kontrollunterworfenheit des § 879 Abs 3 ABGB) ist allerdings nach hA möglichst eng auszulegen und erfasst grds nur die individuelle, zahlenmäßige Umschreibung der beiderseitigen Leistung.³¹

Wie ist nun die Abgrenzung von Haupt- und Nebenleistungspflicht beim Nachrangdarlehen vorzunehmen? Die essentialia negotii eines Darlehens stellen aufseiten des Darlehensgebers naturgemäß die Überlassung von Geld dar; aufseiten des Darlehensnehmers die Rückzahlung der Kreditvaluta samt Zinsen. Beim qualifizierten Nachrangdarlehen wird jedoch der Rückzahlungsanspruch mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Darlehensnehmers verknüpft. Überdies erfolgt die Befriedigung im Insolvenzfall erst nach den nicht nachrangigen Gläubigern. Die qualifizierte Nachrangigkeit führt daher begriffsnotwendig zu einem erhöhten Ausfallrisiko. Auf dieser vertragscharakteristischen, erhöhten Risikoübernahme basiert allerdings auch die - im Vergleich zu regulären Darlehen höhere - Gegenleistung, nämlich verhältnismäßig hohe Zinsen als Risikoaufschlag.³² Die qualifizierte Nachrangabrede prägt somit die Natur des Rechtsgeschäftes ganz wesentlich, wovon auch andere Vertragsbedingungen (Zinsen, Vertragslaufzeit) abhängen.³³ Auch der Investitionsentscheidung in Form eines Nachrangdarlehens liegt der bedingte Rückzahlungsanspruch (samt dem damit einhergehenden Risiko des Totalverlustes) ganz wesentlich zugrunde. Denn das erhöhte Verlustrisiko ist dem Anleger idR bekannt und fließt in seine Investitionsentscheidung ein.³⁴ Dieser wirtschaftliche Hintergrund spricht dafür, die qualifizierte Nachrangklausel als Festlegung der vertraglichen Hauptleistungspflicht iSd § 879 Abs 3 ABGB zu verstehen, die nicht der Inhaltskontrolle unterliegt.³⁵ Nur so kann

sichergestellt werden, dass die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung bei diesen Finanzierungsformen auf den Märkten privatautonom und selbsttätig gesichert wird. Der selbstregulierende Marktmechanismus wäre grob gestört, wenn man einen der Hauptleistungspflicht inhärenten Teil der Vereinbarung - in dem Fall die qualifizierte Nachrangabrede - der Inhaltskontrolle unterwerfen und uU für nichtig erklären würde.³⁶ Ein weiteres Argument für die Qualifikation als Hauptleistungspflicht ergibt sich aus der zivilrechtlichen Einordnung nachträglich vereinbarter qualifizierter Nachrangabreden: Eine solche Änderung eines bestehenden Vertrages ist als Novation gem § 1376 ABGB und nicht als Schuldänderung iSd § 1379 ABGB zu qualifizieren, weil gerade der unbedingte Rückzahlungsanspruch durch einen bedingten ersetzt wird. Diese Änderung stellt eine Änderung des Hauptgegenstandes des Schuldverhältnisses dar.³⁷ Selbiges muss mutatis mutandis auch für die bereits bei Vertragsabschluss des Darlehens vereinbarte qualifizierte Nachrangabrede - also beim qualifizierten Nachrangdarlehen - gelten.³⁸ Auch ein Blick auf die vergleichbare Lage in Deutschland lohnt sich. So wird vertreten, dass bei Anleihe- und Genussrechtsbedingungen Hauptleistungsabreden der Inhaltskontrolle entzogen sind. In der Fachliteratur plädieren gewichtige Stimmen für die Kontrollfreiheit wesentlicher Produktmerkmale von Mezzanine-Finanzierungen.³⁹ Dies gilt - vorbehaltlich des Transparenzgebotes - ausdrücklich auch für die Nachrangvereinbarung.⁴⁰ Die Abgrenzung zwischen Haupt- und Nebenleistungspflicht hat sich auch bei Bearbeitungsgebühren von Kreditverträgen gestellt. Jüngst wurden diese von Literatur und Judikatur als Teil der Hauptleistungspflicht anerkannt.⁴¹ Die Bearbeitungsgebühr stelle sogar eine "condicio sine qua non" für die Erfüllung der Hauptleistungspflicht der Gegenseite dar.⁴² Dieses Argument überzeugt auch beim Nachrangdarlehen.⁴³ Die Nachrangigkeit und der (gesetzlich vorgesehene) bedingte Rückzahlungsanspruch werden als Entscheidungskriterien zwischen verschiedenen Anlageprodukten herangezogen. Dem erhöhten Risiko durch die Nachrangabrede steht ein potenziell höherer Zinsertrag gegenüber. Die (risikoreiche) Kapitalüberlassung durch den Darlehensgeber steht somit im Synallagma und untrennbarem Zusammenhang mit der Einräumung eines bloß nachrangigen Rückzahlungs- sowie eines entsprechend höheren Zinsanspruchs. Damit ist die Nachrangabrede als Teil der Hauptleistungspflicht des Nachrangdarlehens zu qualifizieren. Sie unterliegt nicht der Inhaltskontrolle gem § 879 Abs 3 ABGB.

4.2.2. Zur gröblichen Benachteiligung

Doch selbst wenn man der oben dargestellten Ansicht nicht folgen möchte, so besteht dennoch wenig Raum für die Anwendbarkeit des § 879 Abs 3 ABGB. Schon die gesetzliche Verankerung des Nachrangdarlehens sowie die Zulässigkeit der qualifizierten Nachrangabrede gem § 67 Abs 3 IO sprechen gegen eine (generelle) gröbliche Benachteiligung. Ansonsten hätte der Gesetzgeber das Nachrangdarlehen wohl kaum (in dieser Form) im AltFG vorgesehen.

Gleichwohl widerspricht dem LGZ Graz zufolge die Nachrangabrede den dispositiven gesetzlichen Regelungen zu Darlehensverträgen, sodass es zur Zulässigkeit der Klausel einer sachlichen Rechtfertigung bedürfe. Allein die Abweichung vom dispositiven Recht bewirkt jedoch nicht die Kontrollunterworfenheit der betreffenden Klausel unter § 879 Abs 3 ABGB. Vielmehr ist - umgekehrt - der Grad der Abweichung vom dispositiven Recht bei der Prüfung einer allfälligen gröblichen Benachteiligung zu beachten.⁴⁴ Wenn man nun - trotz allem - von der Anwendbarkeit des § 879 Abs 3 ABGB ausginge, so wäre eine solche Vereinbarung ohne Erfolgsbeteiligung nicht per se gröblich benachteiligend.

Die Beurteilung der gröblichen Benachteiligung gem § 879 Abs 3 ABGB hat durch eine Abwägung der Interessenlage im Sinne eines beweglichen Systems zu erfolgen. Dabei sind

objektive Äquivalenzstörungen und eine möglicherweise verdünnte Willensbildung zu berücksichtigen.⁴⁵ Ein Abgehen vom dispositiven Recht bedeutet meist die Verschlechterung der Rechtsposition eines Vertragspartners, die eine gröbliche Benachteiligung darstellen kann (aber wohl nicht muss), wenn es dafür keine sachliche Rechtfertigung gibt. Denn das dispositive Recht wird als Leitbild eines ausgewogenen Interessenausgleichs angesehen.⁴⁶ Bei Abweichungen ist im Zuge der Interessenabwägung auch die Natur des Rechtsgeschäftes zu berücksichtigen, wobei Nachteile durch vorteilhafte Nebenbestimmungen ausgeglichen werden können.⁴⁷ Eine isolierte Betrachtung der Nachrangklausel kann hier nicht genügen. In diese Gesamtabwägung sind auch die Laufzeiten und Kündigungsmöglichkeiten miteinzubeziehen, die das Ausfallrisiko noch zusätzlich erhöhen können,⁴⁸ sowie die erhöhte Verzinsung.⁴⁹ Zu überlegen ist daher, ob die durch die qualifizierte Nachrangabrede herbeigeführte Risikoüberwälzung auf den Darlehensgeber sachlich gerechtfertigt werden kann. Das LGZ Graz

Seite 811

sieht eine solche Risikoüberwälzung ohne Beteiligung am unternehmerischen Erfolg als gröblich benachteiligend an, wobei dieses Ungleichgewicht auch nicht durch unüblich hohe Zinsen gerechtfertigt werden könne. Damit lehnt es das Preisargument hinsichtlich der (wohl gewährten) höheren Verzinsung ab und führt es zugleich aber bei erfolgsabhängiger Verzinsung ("Partizipation am unternehmerischen Erfolg") selbst ins Treffen. Dem sog Preisargument (in diesem Fall Zinsargument) liegt die Frage zugrunde, ob man nachteilige Nebenbedingungen durch einen niedrigen Preis bzw in unserem Fall durch erhöhte Zinsen rechtfertigen kann. Da missbräuchliche Klauseln nicht "erkauft" werden sollen, wird das Preisargument von Rsp und Lehre weitgehend abgelehnt.⁵⁰ Ob auch Hauptleistungen in die Abwägung der vorteilhaften und nachteiligen Klauseln miteinbezogen werden können, ist strittig.⁵¹ Bei Vorliegen eines Alternativangebots wird das Preisargument überwiegend als zulässig erachtet (sog Tarifwahlssystem),⁵² wobei ungeklärt ist, ob es vom selben Anbieter stammen muss. Bollenberger hält es - wegen der Transparenz der Marktlage - nicht für erforderlich, dass das Alternativprodukt vom selben Emittenten angeboten wird.⁵³ Es mangle in diesen Fällen nämlich gewöhnlich an der verdünnten Willensfreiheit, soweit auch keine besondere Verhandlungsübermacht vorliegt. So liegt es auch beim Nachrangdarlehen: Eine verdünnte Willensfreiheit ist in der bewussten Investitionsentscheidung in Form eines Nachrangdarlehens ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht zu erkennen.⁵⁴ Für die Berücksichtigung des Preisarguments spricht auch der ErwGr 19 der Klausel-RL, wonach "der Hauptgegenstand des Vertrages und das Preis-/Leistungsverhältnis bei der Beurteilung der Mißbräuchlichkeit anderer Klauseln berücksichtigt werden [können]". So wird zu Recht vertreten, dass das Preisargument bei Finanzprodukten zu berücksichtigen ist (soweit man überhaupt eine Kontrollunterworfenheit annimmt), weil der hohe Zinssatz mit der Nachrangklausel ganz offensichtlich verknüpft ist sowie bei der Investitionsentscheidung idR berücksichtigt wird und diese maßgeblich beeinflusst.⁵⁵ Die Berücksichtigungswürdigkeit ergibt sich somit aus der Zweckkongruenz der Bestimmungen sowie aus der Natur des Rechtsgeschäftes.⁵⁶ Denn es weicht nicht nur die Nachrangklausel von den dispositiven Regelungen (zum Darlehen) ab, sondern das Finanzprodukt Nachrangdarlehen in seiner Gesamtheit⁵⁷ - was mit Blick auf § 2 Z 2 AltFG und § 67 Abs 3 IO jedenfalls zulässig sein muss. Somit muss die gröbliche Benachteiligung im Zusammenspiel mit anderen Vertragsbestimmungen gesehen werden, die das Nachrangdarlehen prägen. Zu diesen gehört insb das Entgelt. Da der Zinssatz auch das vom Anleger übernommene Risiko widerspiegelt,⁵⁸ können Nachrangdarlehen mit einem unüblich hohen Mindestzinssatz dem Grunde nach durchaus gerechtfertigt und angemessen sein.⁵⁹ So weisen geringe Zinsen

typischerweise auf ein geringes Risiko hin; bei hohen Zinsen muss man jedoch auch mit einem höheren Risiko rechnen. Eine gröbliche Benachteiligung könnte uU dann vorliegen, wenn geringe Zinsen einem hohen Risiko gegenüberstehen.

Weiters gilt es zu berücksichtigen, dass eine Erfolgsbeteiligung für den Anleger nicht zwingend ertragreicher ist als eine erfolgsunabhängige Verzinsung. Auch das Gegenteil ist möglich, gerade bei jungen Unternehmen (Start-ups). Diese erwirtschaften in den ersten Jahren ihrer Existenz typischerweise keine bzw nur geringe Erträge; eine erfolgsabhängige Verzinsung würde daher zu keinen bzw nur geringen Zahlungsflüssen an den Darlehensgeber führen. Eine (uU über dem Marktzinsniveau liegende) Fixverzinsung kann in dieser Periode vorteilhafter sein. Das Risiko des Totalverlustes besteht freilich in beiden Fällen (erfolgsabhängige und erfolgsunabhängige Verzinsung) gleichermaßen. Es trifft auch nicht zu, dass ein Nachrangdarlehen mit erfolgsunabhängiger Verzinsung nur dann gerechtfertigt ist, wenn die konkrete vertragliche Regelung die (faktisch mögliche und rechtlich zulässige) einzige Möglichkeit darstellt, um eine solche Finanzierung umzusetzen.⁶⁰ Vielmehr sind die Wesenselemente und die Rechtsnatur des Nachrangdarlehens zu berücksichtigen. Die Beurteilung der gröblichen Benachteiligung ist allenfalls in einem Gesamtvergleich - unter Berücksichtigung anderer Klauseln (etwa der erhöhten Verzinsung) - vorzunehmen.

5. Zusammenfassung

Nachrangabreden sind ein praktisch bedeutsames alternatives Finanzierungsinstrument. Sie sind auch ohne Partizipation am unternehmerischen Erfolg zulässig. Dafür spricht die privatautonome Gestaltungsfreiheit, die der österreichische Gesetzgeber in diesem Kontext sogar durch die Regelungen des AltFG explizit anerkannt hat. (Qualifizierte) Nachrangdarlehen sind in der österreichischen Privatrechtsordnung weder per se unzulässig noch gegenüber anderen Finanzierungsformen subsidiär.

Seite 812

Die Hauptleistungspflicht eines qualifizierten Nachrangdarlehens weicht wesentlich von jener eines herkömmlichen Darlehens ab. So stellt der unbedingte Rückzahlungsanspruch die Hauptleistungspflicht des klassischen Darlehens dar; beim Nachrangdarlehen steht der Rückzahlungsanspruch allerdings nur bedingt zu. Die Nachrangabrede und der bedingte Rückzahlungsanspruch als Wesenselemente des Nachrangdarlehens stehen in untrennbarem Zusammenhang mit der (höheren) Verzinsung und liegen somit der Investitionsentscheidung ganz wesentlich zugrunde. Die Nachrangabrede stellt sohin einen Teil der Hauptleistungspflicht dar, die der Inhaltskontrolle des § 879 Abs 3 ABGB entzogen ist.

Selbst wenn Nachrangklauseln der Inhaltskontrolle unterworfen wären, läge in der Nachrangigkeit eines Darlehens mit erfolgsunabhängiger Verzinsung nicht zwangsläufig eine gröbliche Benachteiligung des Darlehensgebers. Die gröbliche Benachteiligung ist vielmehr im Zusammenspiel mit anderen Vertragsbestimmungen zu beurteilen. Dabei ist insb auch das höhere Entgelt als Risikoaufschlag für die Übernahme des erhöhten Ausfallrisikos zu berücksichtigen.

¹ Zuletzt OGH 12. 7. 2016, 4 Ob 47/16i.

² LGZ Graz 10. 6. 2016, 35 Cg 135/15t.

³ LGZ Graz 10. 6. 2016, 35 Cg 153/15t.

⁴ LGZ Graz 10. 6. 2016, 35 Cg 153/15t.

⁵ Stellvertretend Schummer, Eigenkapitalersatzrecht - Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) 161.

⁶ MwN Pateter/Pirker, Zur Rechtsnatur der Nachrangabrede, ZIK 2015, 217 (218 f).

⁷ Siehe dazu bereits Pateter/Pirker, ZIK 2015, 219 ff mwN.

⁸ Als unbedingten Rückzahlungsanspruch definiert das AltFG in § 2 Z 3 den Anspruch auf Rückzahlung hingegebener Gelder, der ohne Bedingung, insb ungeachtet der wirtschaftlichen Lage des Emittenten, geltend gemacht werden kann.

⁹ [ErläutRV 628 BlgNR 25. GP](#) 3.

¹⁰ Siehe nur Waldherr/Ressnik/Schneckenleitner in Dellinger (Hrsg), BWG Kommentar (8. Lfg; 2016) § 1 Rz 39.

¹¹ Vgl Karollus, "Crowd Funding" über Nachrangdarlehen und Prospektpflicht nach dem KMG, in Hainz/Krejci (Hrsg), Festschrift Reich-Rohrwig (2014) 81 (82); Primožic/Schaaf, AGB-Kontrolle von Rangrücktrittsvereinbarungen, ZInsO 2014, 1831 (1834 f); Poelzig, Nachrangdarlehen als Kapitalanlage - Im "Bermuda-Dreieck" von Bankaufsichtsrecht, Kapitalmarktrecht und AGB-Recht, WM 2014, 917 (925 f).

¹² Stellvertretend Finanzmarktaufsicht (FMA), Bürgerbeteiligungsmodelle und alternative Finanzierungen (Juni 2016) 7; Pittl/Steiner, Wann handelt es sich bei nachrangigen Darlehen um eine Veranlagung iSd KMG? ZFR 2014, 159 (160).

¹³ Krejci/van Husen, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54 (54, 62); Schürnbrand in MüKo, AktG⁴ (2016) Vorbem zu §§ 182 ff Rz 38.

¹⁴ Stellvertretend Krejci/van Husen, GesRZ 2000, 62. Teilweise wird vertreten, dass die Nachrangabrede eine Verlustbeteiligung bewirkt: Bergmann, Genussrechte: Ausgestaltung - Rechnungslegung - Besteuerung (2016) Rz 272; Habersack in MüKo, AktG⁴ § 221 Rz 111 ff. Der OGH (4 Ob 47/16i) nimmt beim Nachrangdarlehen keine generelle Verlustbeteiligung an: "Im Anlassfall [qualifiziertes Nachrangdarlehen mit erfolgsunabhängiger Verzinsung] waren die Anleger nicht anteilig am wirtschaftlichen Gewinn oder Verlust beteiligt; vielmehr ging es für sie um ‚Alles oder Nichts‘." Für die Zulässigkeit eines partiarisch ausgestalteten Nachrangdarlehens: Haghofer, Zur Wirksamkeit qualifizierter Nachrangklauseln, VbR 2015, 43 (44); Weitnauer, Die VC-Beteiligung, in Weitnauer (Hrsg), Handbuch Venture Capital⁵ (2016) Rz 299 f; Gabrysch, § 1 Gründungsfinanzierung, in Breithaupt/Ottersbach, Kompendium Gesellschaftsrecht (2010) Rz 18.

¹⁵ Siehe dazu Pateter/Pirker, ZIK 2015, 221.

¹⁶ Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 169 f.

¹⁷ Siehe dazu 4.2.1.

- ¹⁸ Zu Innominatkontrakten siehe nur Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 (2014) § 859 Rz 29 ff.
- ¹⁹ Siehe nur Perner in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar IV⁴ (2014) § 1000 Rz 2.
- ²⁰ Mangels gemeinsam verfolgten Zwecks handelt es sich dabei idR aber auch nicht um eine stille Gesellschaft.
- ²¹ AA wohl LGZ Graz 10. 6. 2016, 35 Cg 153/15t; Haghofer, VbR 2015, 45 f.
- ²² StRsp, zuletzt OGH 1 Ob 93/16g; stellvertretend Bollenberger, Emissionsbedingungen und Konsumentenschutz, ÖBA 2012, 156; Kalss, Anlegerinteressen: Der Anleger im Handlungs-dreieck von Vertrag, Verband und Markt (2001) 95 ff.
- ²³ RIS-Justiz RS0014646.
- ²⁴ Siehe nur Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 864a Rz 19.
- ²⁵ Wilfling/Komuczky, Alternative Finanzinstrumente im Lichte der AGB-Kontrolle - zivilrechtliche Zulässigkeit qualifizierter Nachrangdarlehen, ZFR 2016, 367 (368).
- ²⁶ BGH IX ZR 137/13, DStR 2014, 1684 (1686); Wilfling/Komuczky, ZFR 2016, 368.
- ²⁷ Siehe nur Rummel in Rummel/Lukas, ABGB4 § 864a Rz 26.
- ²⁸ [Richtlinie 93/13/EWG](#) des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl L1933/95, 29.
- ²⁹ [ErläutRV 744 BlgNR 14. GP](#) 47.
- ³⁰ Graf, Zur Zulässigkeit der Vereinbarung einer Bearbeitungsgebühr beim Kreditvertrag, ÖJZ 2015, 293 (300 f).
- ³¹ [ErläutRV 744 BlgNR 14. GP](#) 47; RIS-Justiz RS0016908.
- ³² Gabrysch in Breithaupt/Ottersbach Rz 18; Karollus in FS Reich-Rohrwig 82; Poelzig, WM 2014, 925 f; Primozic/Schaaf, ZInsO 2014, 1834 f.
- ³³ Vgl Bollenberger, ÖBA 2012, 163; Poelzig, WM 2014, 924; ausführlich (auch zu den Folgen eines Wegfalls der Nachrangabrede) Engel/Jeitler, Aus für Finanzierungen über Nachrangdarlehen? ÖBA (in Druck) Punkt 5.2.1. ff.
- ³⁴ Kalss/Schauer, Anlegerschutz und nachrangiges Kapital, ÖBA 2002, 347 (347).
- ³⁵ Vgl Graf, ÖJZ 2015, 298 f.
- ³⁶ Zu den Folgen des Wegfalls und zur Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit Engel/Jeitler, ÖBA (in Druck) Punkt 5.2.2., 5.2.3. und 5.3.3.
- ³⁷ Ausführlich Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 171; Schummer, Wandelschuldverschreibungen, Mezzaninkapital & Co im Insolvenzverfahren, Insolvenz-Forum 2012 (2013) 105 (120); Pateter/Pirker, ZIK 2015, 219.

- ³⁸ So auch Engel/Jeitler, ÖBA (in Druck) Punkt 5.2.4.
- ³⁹ Habersack in MüKo, AktG4 § 221 Rz 259 mwN; Poelzig, WM 2014, 923 f.
- ⁴⁰ Stellvertretend Habersack in MüKo, AktG4 § 221 Rz 259 mwN.
- ⁴¹ OGH 6 Ob 13/16d, ÖBA 2016/2217, 446 f; stellvertretend Graf, ÖJZ 2015, 301 f.
- ⁴² Vgl OGH 6 Ob 13/16d, ÖBA 2016, 446; Graf, ÖJZ 2015, 301 f.
- ⁴³ So auch Engel/Jeitler, ÖBA (in Druck) Punkt 5.2.1.
- ⁴⁴ OGH 6 Ob 13/16d, ÖBA 2016, 446.
- ⁴⁵ Stellvertretend Krejci in Rummel/Lukas, ABGB4 § 879 Rz 367; RIS-Justiz RS0016914.
- ⁴⁶ RIS-Justiz RS0014676.
- ⁴⁷ Stellvertretend Bollenberger in KBB⁴ § 879 Rz 23; Krejci in Rummel/Lukas, ABGB4 § 879 Rz 380.
- ⁴⁸ Oberndorfer, Die Prospektpflicht nach dem KMG (2014) 143 f; Karollus in FS Reich-Rohrwig 89; Bollenberger, ÖBA 2012, 162; Pittl/Steiner, ZFR 2014, 162.
- ⁴⁹ Siehe dazu sogleich.
- ⁵⁰ Stellvertretend Krejci, Über "gröblich benachteiligende" Nebenbestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Vertragsformblättern (§ 879 Abs 3 ABGB), JBI 1981, 245 (247 f); vgl auch OGH 6 Ob 220/09k, ÖBA 2011/1680 (Koch); [ErläutRV 744 BlgNR 14. GP](#) 47.
- ⁵¹ Siehe etwa OGH 6 Ob 220/09k mwN, ÖBA 2011/1680 (Koch); bejahend Poelzig, WM 2014, 925 f; differenzierend Bollenberger, ÖBA 2012, 161 ff; P. Bydlinski, Beschränkung und Ausschluß der Gewährleistung, JBI 1993, 559 (570 f); ablehnend Krejci, JBI 1981, 247 f.
- ⁵² [ErläutRV 744 BlgNR 14. GP](#) 47; OGH 4 Ob 5/08a, RdW 2008/346; Basedow in MüKo, BGB7 (2016) § 310 BGB Rz 82 f; ablehnend Krejci, JBI 1981, 247 f.
- ⁵³ Bollenberger, ÖBA 2012, 162 f.
- ⁵⁴ Wilfling/Komuczky, ZFR 2016, 370 f.
- ⁵⁵ Eingehend Engel/Jeitler, ÖBA (in Druck) Punkt 5.3.1; Poelzig, WM 2016, 923 ff mwN; Primožic/Schaaf, ZInsO 2014, 1834 f.
- ⁵⁶ Wilfling/Komuczky, ZFR 2016, 370; vgl Bollenberger, ÖBA 2012, 162.
- ⁵⁷ Daher wird zT sogar vertreten, es gäbe keine dispositiven Normen, von denen das Nachrangdarlehen abweichen kann; vgl Wilfling/Komuczky, ZFR 2016, 368, 370.
- ⁵⁸ Siehe nur Gabrysch in Breithaupt/Ottersbach Rz 18.

⁵⁹ Zur starren Verzinsung als adäquatem Ausgleich für die Risikoerhöhung Engel/Jeitler, ÖBA (in Druck) Punkt 5.3.1.

⁶⁰ So aber das LGZ Graz 10. 6. 2016, 35 Cg 135/15t. Dazu, dass das (qualifizierte) Nachrangdarlehen im österreichischen Privatrecht keineswegs gegenüber anderen Finanzierungsformen subsidiär ist, siehe schon eingehend oben 3.3.3.



Senad Albani 3.6.2025