

Strukturierung von Immobilienfinanzierungen und Eigenkapitalausstattung in der Krise

Legal Breakfast

05/12/2023



Inhalt

1. Immobiliengesellschaftsformen und Kapitalerhaltungsvorschriften
2. Gesellschafter-Finanzierung und Eigenkapitalersatzgesetz
3. Gesellschafter-Finanzierung in Joint-Venture Vereinbarungen und Fallstricke
4. Stabilisierung von bestehenden Immobilienfinanzierungen in der Schieflage

1

Immobilien gesellschaftsformen und Kapitalerhaltungsvorschriften

Zweck von Immobiliengesellschaften

- Zweckgesellschaft = Special Purpose Vehicle (SPV), PropCo, AssetCo
- Gründe für SPV
 - Haftungsbegrenzung
 - Eigentümerin der Projektliegenschaft(en), Projekt wird durch SPV realisiert
 - SPV schließt relevante Verträge (Finanzierungsverträge (Gesellschafterdarlehen, Bankkredite, Sicherheitenverträge), Generalunternehmervertrag, Versorgungsverträge, Dienstbarkeitsverträge, Mietverträge, Versicherungsverträge, etc.) ab
 - Vorteile bei Veräußerung von Gesellschaftsanteilen (Share Deal) vs Veräußerung Liegenschaft (Asset Deal)
 - Steuerliche Vorteile (zB Reduzierung Grunderwerbsteuer)
 - Verträge müssen nicht separat übertragen werden, weil sie bereits durch das SPV abgeschlossen wurden

Immobilien-gesellschaftsformen

- Häufig Kapitalgesellschaft: Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)
- „Verdeckte Kapitalgesellschaften“ (auch: „kapitalistische Personengesellschaften“):
 - verbinden Vorteile von Personengesellschaften mit der Haftungsbegrenzung von Kapitalgesellschaften
 - sind Personengesellschaften, jedoch ohne eine **natürliche** Person als **unbeschränkt** haftenden Gesellschafter (Komplementär)
 - Bedeutendste Erscheinungsform: GmbH & Co KG

Komplementär - GmbH

(haftet grundsätzlich wegen der Eigenschaft als Komplementärin unbeschränkt, aber wegen der Rechtsform einer GmbH **beschränkt** mit dem Gesellschaftsvermögen)



Kommanditistin

(haftet **beschränkt** mit ihrer Haftenlage)

Kapitalgesellschaften & Kapitalerhaltung

- Kapitalgesellschaften haften beschränkt mit ihrem Gesellschaftsvermögen
- Kapitalerhaltung
 - Kapitalgesellschaften unterliegen aufgrund ihrer beschränkten Haftung zum Schutz der Gläubiger strengen Regeln über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung
 - Regeln sind strenger als in anderen Rechtsordnungen (zB Deutschland)
 - Gesellschaftskapital der Kapitalgesellschaft soll gegen eine Schmälerung durch unzulässige Leistungen an ihre (direkten oder indirekten) Gesellschafter abgesichert werden (v.a. Sicherstellung eines **Haftungsfonds für Gesellschaftsgläubiger**)
 - Ausfluss der Regeln über die Kapitalerhaltung ist das **Verbot der Einlagenrückgewähr**.
- Nach der Rsp des OGH wird das Verbot der Einlagenrückgewähr **analog auf verdeckte Kapitalgesellschaften** (wie GmbH & Co KG) angewendet

Kapitalerhaltung & Einlagenrückgewähr (I)

- Verbotene Einlagenrückgewähr
 - Offene: die Gesellschaft wendet dem Gesellschafter Vermögen ohne Gegenleistung zu
 - Verdeckte: es gibt eine Gegenleistung, jedoch ist diese nicht drittüblich
- Verboten ist jeder **unmittelbar oder mittelbar** an einen Gesellschafter gewährte **Vorteil**, daher Zuwendungen oder Vergünstigungen aller Art, die zu einem Vermögenstransfer führen, dem **keine drittübliche Gegenleistung** gegenübersteht (und der keine Gewinnverteilung ist).
- Verboten ist dabei nicht nur die Gewährung von Vorteilen an den Gesellschafter, sondern auch auf dessen Verlangen vorgenommene Zuwendungen an Dritte, z.B. an eine direkte oder indirekte **Schwestergesellschaft**.
- Relevant sind daher Leistungsbeziehungen **up-stream** und **side-stream**.
- **Drittvergleich:** Hätte ein sorgfältig handelnder Geschäftsführer mit einem Dritten das betreffende Geschäft überhaupt, und wenn ja, zu den gleichen Konditionen abgeschlossen.

Kapitalerhaltung & Einlagenrückgewähr (II)

- Mögliche Beispiele in der Praxis:
 - Gesellschaft (PropCo) erhält zu niedrige Miete bzw bezahlt (OpCo) zu hohe Miete an Konzerngesellschaft
 - Gesellschaft gewährt upstream / side-stream Sicherheiten ohne Vorteil (zB on-lending)
 - zB im Zusammenhang mit Gesellschafterfinanzierung an SPV
 - Gesellschaft gewährt upstream / side-stream Kredite
 - Andere Leistungsbeziehungen zu nicht drittüblichen Konditionen (zB Buchhaltungs-, Marketingleistungen)

Kapitalerhaltung & Einlagenrückgewähr (III)

- Verstoß gegen Verbot der Einlagenrückgewähr
 - Nicht drittübliches Rechtsgeschäft ist **nichtig** (rückwirkend)
 - Erstattungsanspruch gegen den Leistungsempfänger (zB Gesellschafter, Schwestergesellschaft)
 - Subsidiäre Haftung der Geschäftsführer

Verdeckte Kapitalgesellschaften & Kapitalerhaltung

- Beispielhafte Bedeutung der analogen Anwendung der Kapitalerhaltung auf die GmbH & Co KG:
 - Geschäfte zwischen der GmbH & Co KG und einem (direkten oder indirekten) Gesellschafter (Komplementär oder Kommanditist) sowie Schwestergesellschaften müssen drittblich sein
 - Angemessene Vergütung des Komplementärs für die Übernahme der Geschäftsführer-Funktion bei der GmbH & Co KG
 - Angemessenes Haftungsentgelt für die Übernahme der Haftung als Komplementär

2

Gesellschafter-Finanzierung und Eigenkapitalersatzgesetz

Gesellschafter-Finanzierung

- Finanzierung der Gesellschaft durch ihre Gesellschafter spielt eine große Rolle → insbesondere in wirtschaftlich angespannten Situationen
- Unterschiedliche Formen der Finanzierung – Eigenkapital bis Fremdkapital:
 - EK: Kapitalerhöhung oder Gesellschafterzuschuss
 - Hybridformen
 - FK: Gesellschafterdarlehen
- **Achtung:** Kapitalerhaltungsregeln finden in der Form des Eigenkapitalersatzgesetzes („**EKEG**“) auch auf Gesellschafterdarlehen (Kredite) Anwendung
 - Gesellschafterdarlehen werden bei Anwendung des EKEG wie Eigenkapital behandelt (siehe Näheres sogleich)

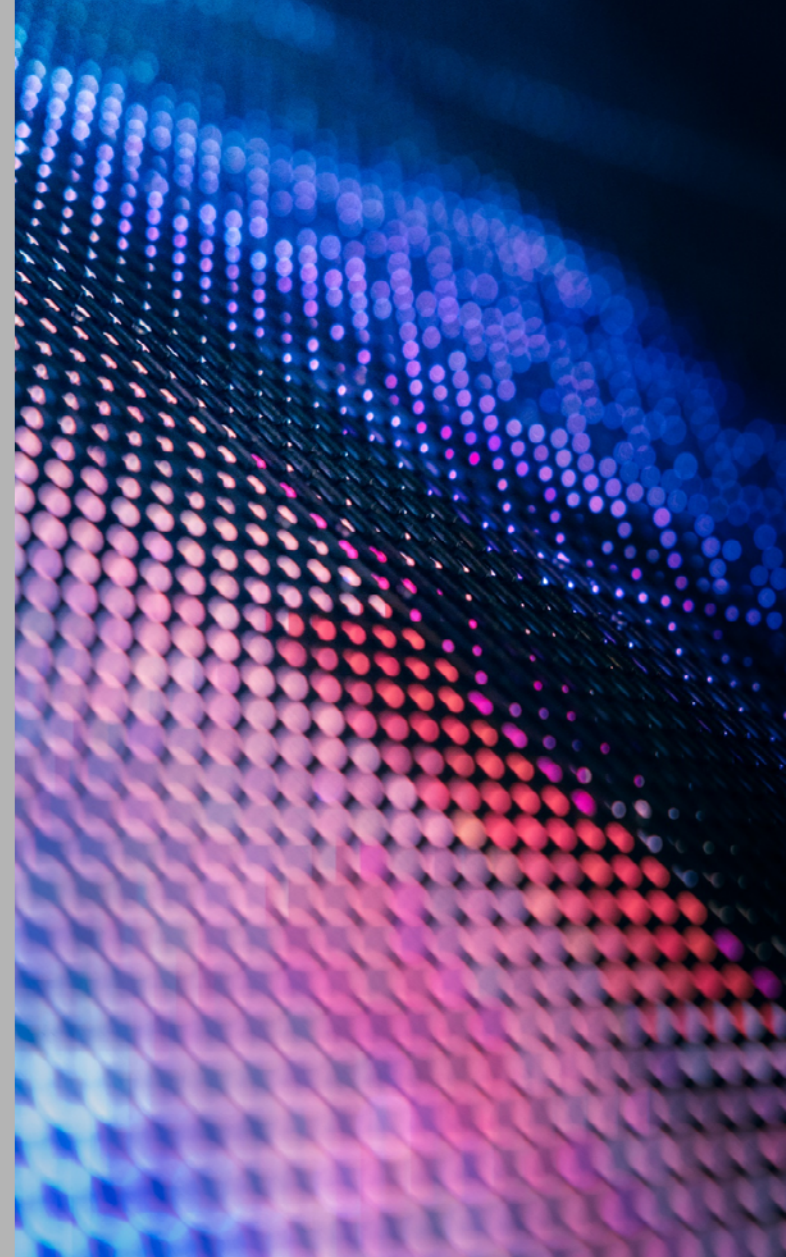
Eigenkapitalersatzgesetz („EKEG“)

- Ist anzuwenden wenn ein **Gesellschafter** einer **Gesellschaft** **während** der **Krise** der Gesellschaft einen **Kredit** gewährt
- Krise:
 - zahlungsunfähig
 - überschuldet oder
 - Vermutung des Reorganisationsbedarfs (Eigenmittelquote der Gesellschaft ist weniger als 8% und fiktive Schuldentilgungsdauer beträgt mehr als 15 Jahre):
 - Kennzahlen an Positionen des JAB gebunden
 - Tw sind Hybridformen EK zuzuordnen
 - Gegenbeweis zulässig, dass trotz Vorliegen der Kennzahlen kein Reorganisationsbedarf besteht



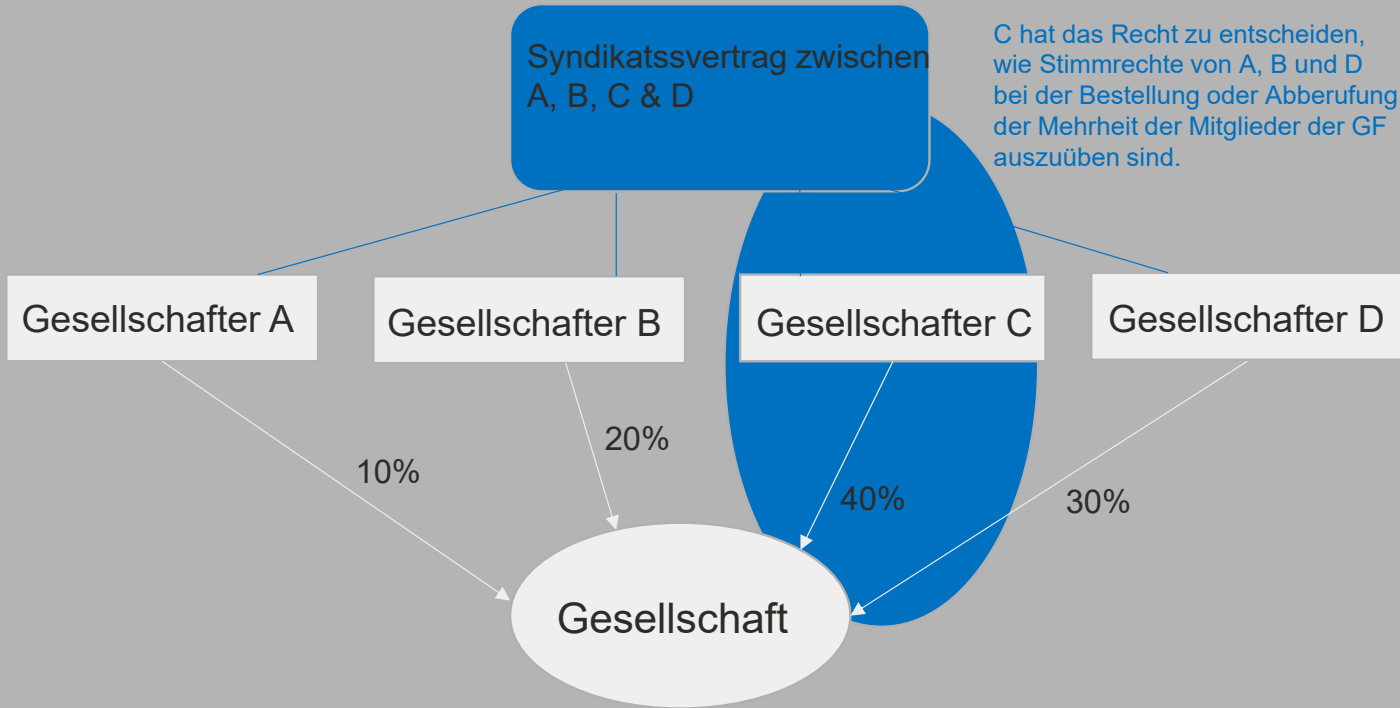
Eigenkapitalersatzgesetz („EKEG“)

- Gesellschafter:
 - kontrollierende Beteiligung
 - zum. 25% Beteiligung oder
 - Faktische Beherrschung
- Gesellschaft:
 - Kapitalgesellschaft oder auch
 - verdeckte Kapitalgesellschaften (GmbH & Co KG)
- Kredit:
 - Kredit oder
 - vergleichbare Gesellschafterleistungen
(Gesellschaftersicherheiten)



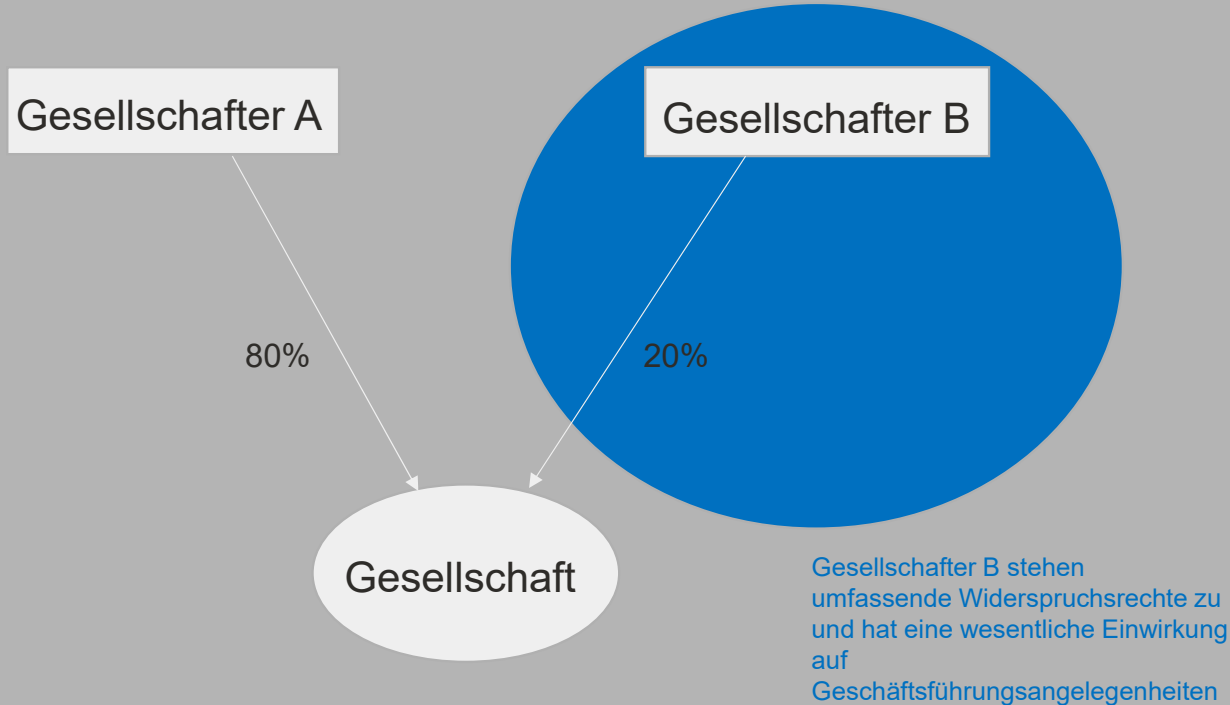
Eigenkapitalersatzgesetz („EKEG“)

- Kontrollierende Beteiligung, Beispiel nach § 5 Abs 2 Z 4 EKEG



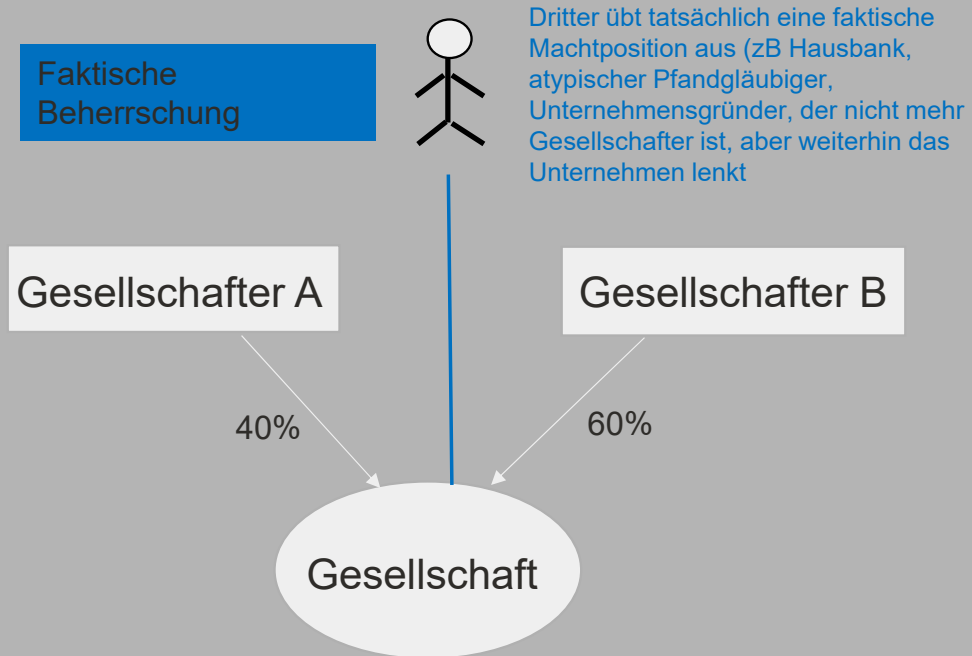
Eigenkapitalersatzgesetz („EKEG“)

- Kontrollierende Beteiligung, Beispiel nach § 5 Abs 2 Z 5 EKEG



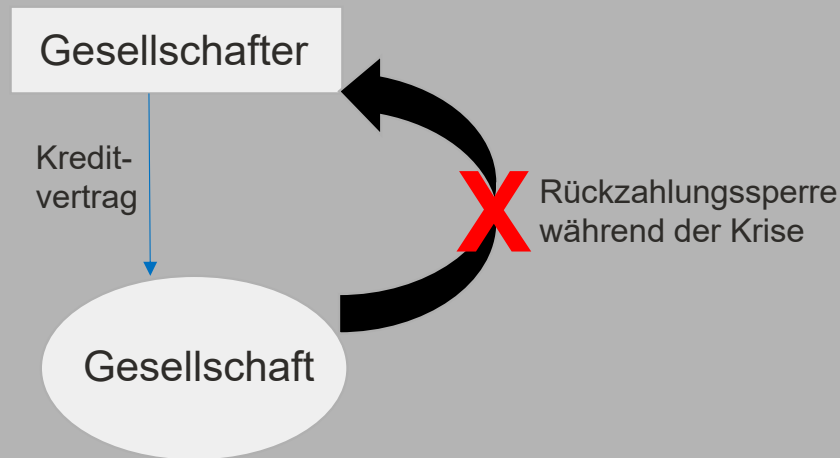
Eigenkapitalersatzgesetz („EKEG“)

- Faktische Beherrschung:



Eigenkapitalersatzgesetz („EKEG“)

- Rechtsfolgen:
 - Kredit samt Zinsen darf während der Krise nicht an den Gesellschafter zurückbezahlt werden (**Rückzahlungssperre**)
 - Ansprüche aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen sind in der Insolvenz nachrangige Insolvenzforderungen



Eigenkapitalersatzgesetz („EKEG“)

- **Sanierungsprivileg:** erwirbt jemand an einer in der Krise befindlichen Gesellschaft eine Beteiligung zum Zweck der Überwindung der Krise, sind die neu gewährten Kredite nicht Eigenkapital ersetzend → Rückzahlung des Kredits samt Zinsen an den Gesellschafter daher erlaubt

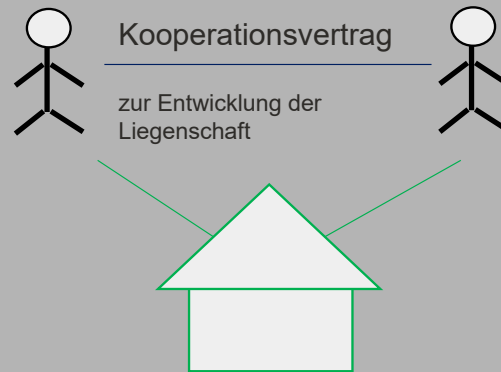


3

Gesellschafter-Finanzierung in Joint-Venture Vereinbarungen und Fallstricke

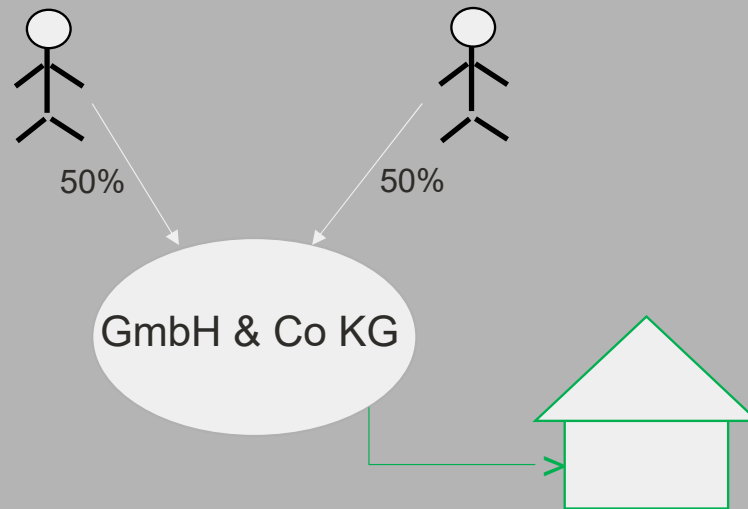
Joint-Ventures

- Joint-Ventures bezeichnen verschiedenste Formen von Kooperationen zweier / mehrerer Unternehmen
 - Non equity Joint-Venture
 - keine Beteiligung an einem gemeinsamen Unternehmen
 - bloße Arbeitsgemeinschaften / Kooperationen



Joint-Ventures

- Equity Joint-Venture
 - Gründung eines Unternehmens, das von zwei Unternehmen mit (in etwa) gleicher Beteiligungshöhe betrieben wird, um einen bestimmten Zweck durch das gegründete Unternehmen zu verfolgen



Finanzierungsverpflichtung durch Gesellschafter?

- Keine Regelung → gesetzliche Regelung
- Treuepflicht der Gesellschafter und Finanzierungsspflicht?
- Regelung im Gesellschaftsvertrag oder in der Joint-Venture Vereinbarung (Gesellschaftervereinbarung):
 - Form der Finanzierung
 - Fälle der Finanzierungs- bzw. Ausstattungsverpflichtung:
 - Finanzierung anhand des gemeinsam festgelegten Budgetplans
 - Notfinanzierung → Finanzierung der Gesellschaft bei Eintritt vertraglich definierter Kennzahlen / Umstände

Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Finanzierungs- bzw. Ausstattungsverpflichtungen (I)

- Gesellschafter weigert sich / ist finanziell nicht in der seiner Ausstattungsverpflichtung nachzukommen
 - (1) Asymmetrische Finanzierung:
 - Verwässerung der Beteiligung des säumigen Gesellschafters im Ausmaß der Ausstattung des zahlenden Gesellschafters
 - Unterscheidung Beteiligungs- und Wertverwässerung → genaue Definition der Verwässerung entscheidend
 - Achtung: notfinanzierender Gesellschafter trägt hohes finanzielles Risiko; säumige Gesellschafter bleibt Gesellschafter

Rechtsfolgen bei Verstoß gegen Finanzierungs- bzw. Ausstattungsverpflichtungen (II)

(2) Aufgriffsrecht

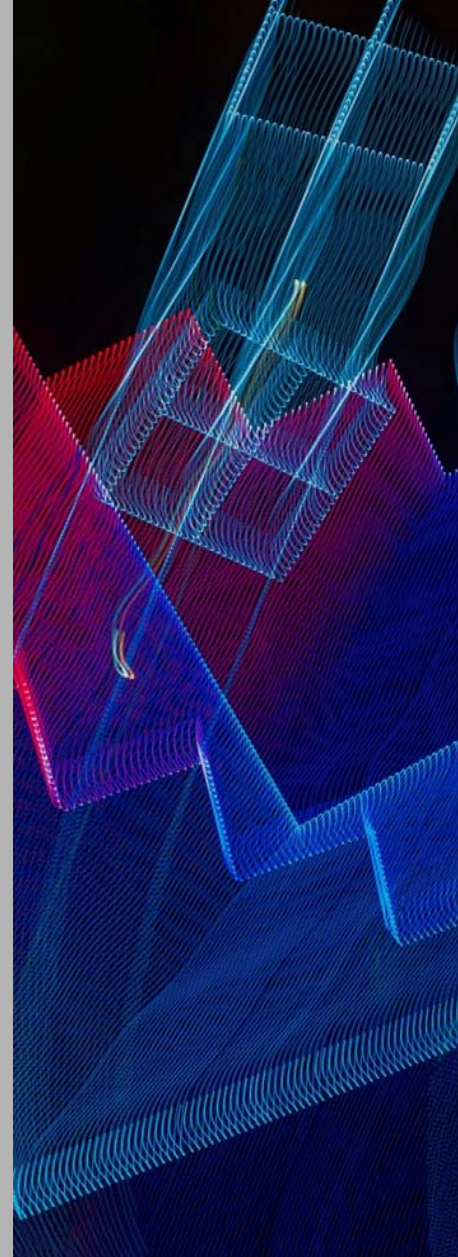
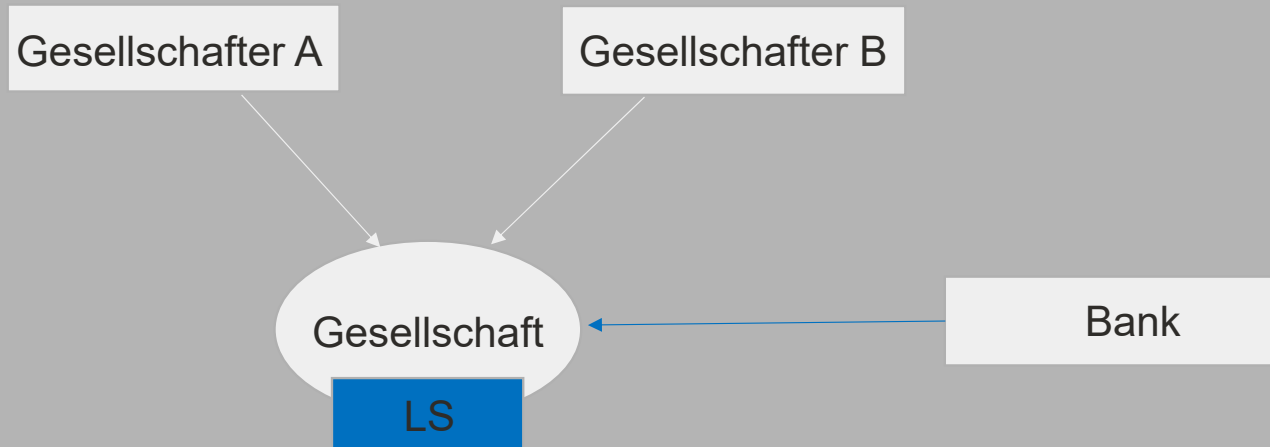
- Aufgriffsrecht des notfinanzierenden Gesellschafters hinsichtlich des gesamten Gesellschaftsanteils des nicht zahlenden Gesellschafters
- Klare Definition des Aufgriffsfalls und des Erwerbspreises erforderlich
→ Abschlag / Discount kann vereinbart werden
- Notfinanzierender Gesellschafter erwirbt vollständigen Gesellschaftsanteil des nicht finanzierenden Gesellschafters und kann das Projekt in eigener Verantwortung führen

4

Stabilisierung von bestehenden Immobilienfinanzierungen in der Schieflage

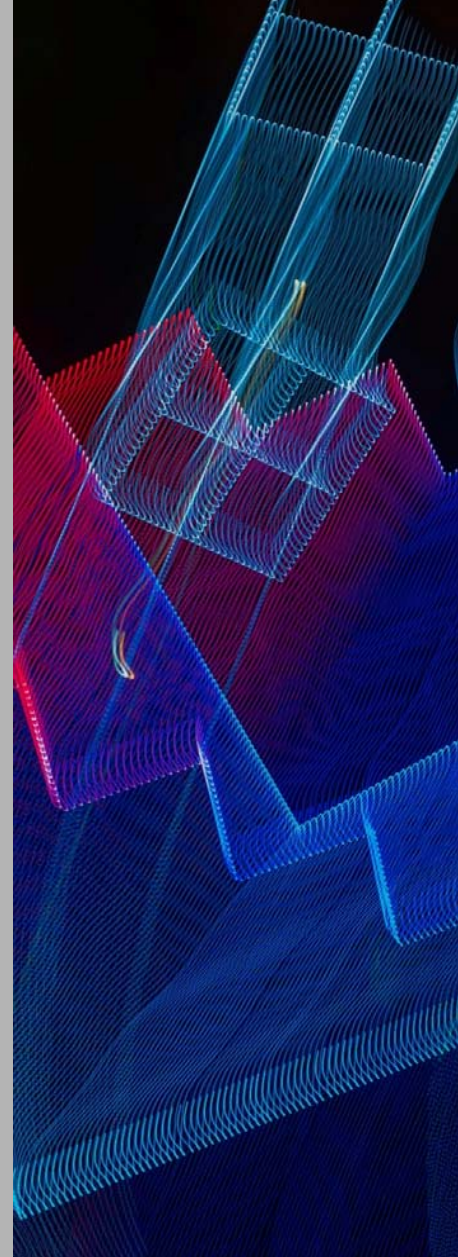
Immobilienfinanzierung in der Schieflage

- Gesellschaft nimmt zwecks Ankauf und Entwicklung einer Liegenschaft einen Kredit auf.
 - Wegen gestiegener Bau- und Personalkosten und höherer Zinsen kann die Entwicklung des Projekts nicht mit dem ursprünglichen Budget vollendet werden
 - Wegen schlechterer Marktlage findet sich kein Käufer / Investor / Refinanzierungsgeber für das Projekt – Rückzahlung wird zum Problem



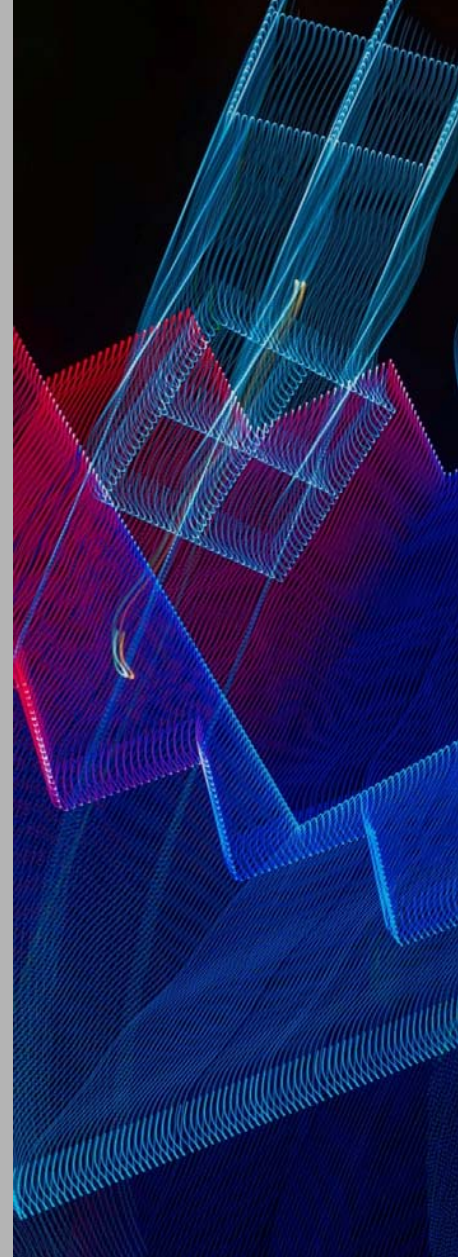
Gesellschaft in der Krise – zentrale To Dos für Geschäftsführung

- Finanz- und Liquiditätsplanung
- Laufende Prüfung Insolvenztatbestände:
 - Zahlungsunfähigkeit
 - Überschuldung
- Abstimmung mit Gesellschaftern / Aufsichtsrat
- Kommunikation mit wesentlichen Gläubigern
- Frühzeitiges Erkennen der Krisenursachen
- Zeitnahes Einleiten von Stabilisierungs- und Sanierungsmaßnahmen
- Dokumentation der wesentlichen Entscheidungsgrundlagen zur Haftungsvermeidung



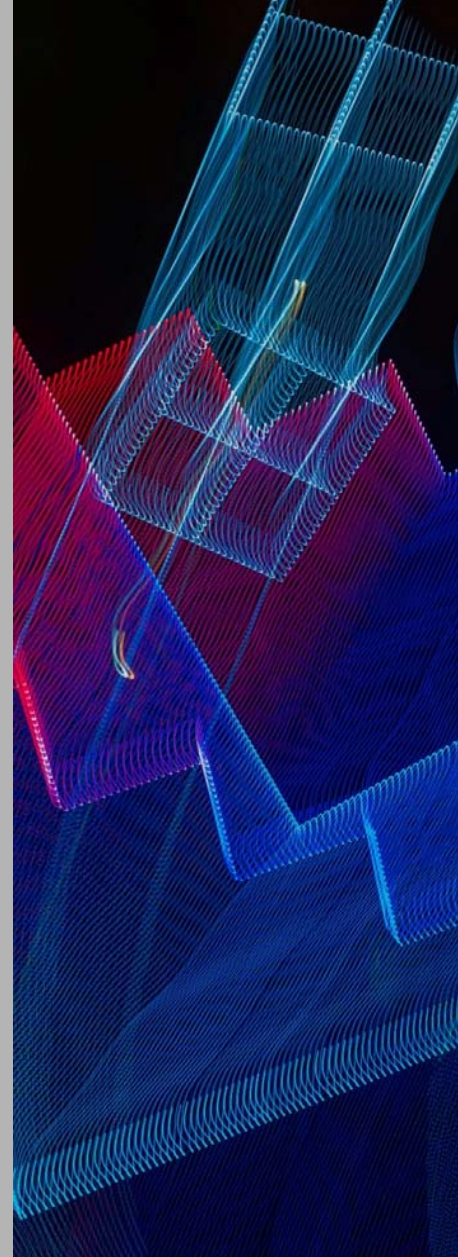
Gesellschaft in der Krise – Überlegungen für Finanzierer

- Wie sieht die Sicherheitenposition aus?
 - Aktuelle Bewertungen im Lichte der derzeitigen Marktlage
- Welche Erlöse sind in einem Verwertungs- bzw. Insolvenzscenario zu erwarten?
- Gibt es Anfechtungsrisiken aus der Vergangenheit?
- Bereitschaft zur mittelfristigen Stabilisierung des Kreditnehmers?
- Bereitschaft, Fresh Money zur Verfügung zu stellen?
- Vertrauen in das Management des Kreditnehmers?
 - CRO notwendig?
- Kommunikations-/Reportingkanäle verstärken



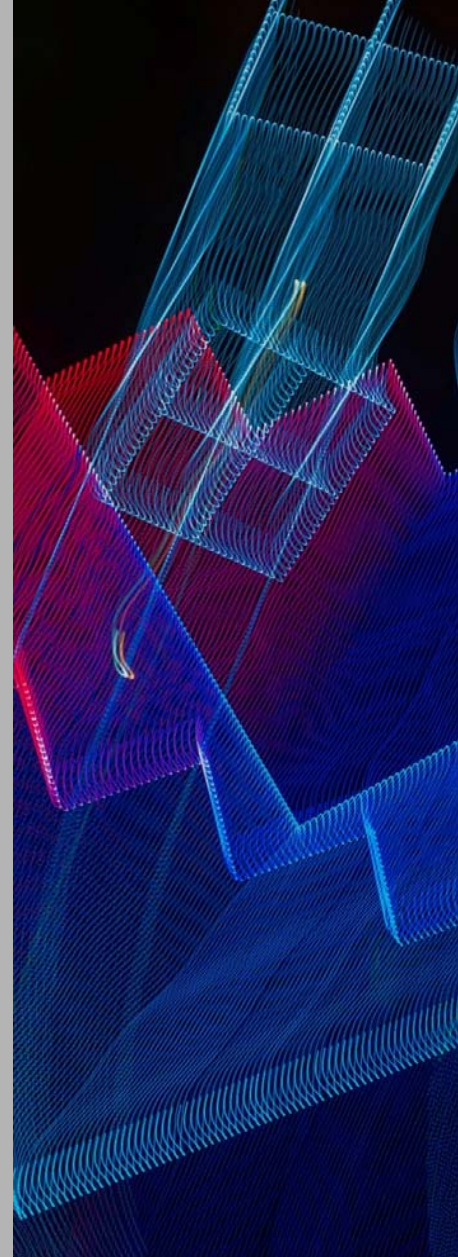
Stundung & Rangrücktritt bei Insolvenznähe (1)

- Sanierungsinstrumente für Gesellschafter und sonstige Gläubiger
- Stundung als Maßnahme zur **Beseitigung / Verhinderung der Zahlungsunfähigkeit**
 - Fälligkeitsändernde Stundung
 - Reine Stundung
 - Bloßes Nicht-Geltendmachen ist keine Stundung!
 - Auch zur mittelfristigen Stabilisierung während der Ausarbeitung der umfassenden Restrukturierung
- Stundungsvereinbarungen können mit weiteren Elementen verknüpft werden, zB Informationspflichten, Gesellschafterbeiträge etc



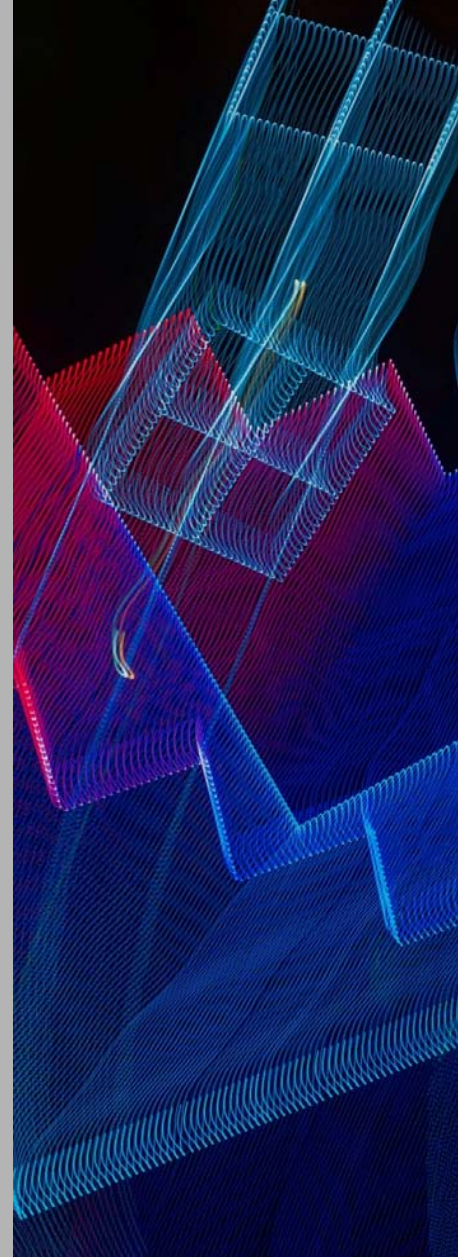
Stundung & Rangrücktritt bei Insolvenznähe (2)

- Rangrücktritt als Maßnahme zur **Beseitigung / Verhinderung der Überschuldung**
 - Qualifizierter Rangrücktritt: Befriedigung erst nach Beseitigung eines negativen EK, bei Liquidation nach allen Gläubigern; keine Insolvenzeröffnung wegen dieser Forderung
 - Im Überschuldungsstatus nicht zu berücksichtigen
 - Schlichter Rangrücktritt: je nach Ausgestaltung zu berücksichtigen (Fortbestehensprognose, Zahlungsunfähigkeit)



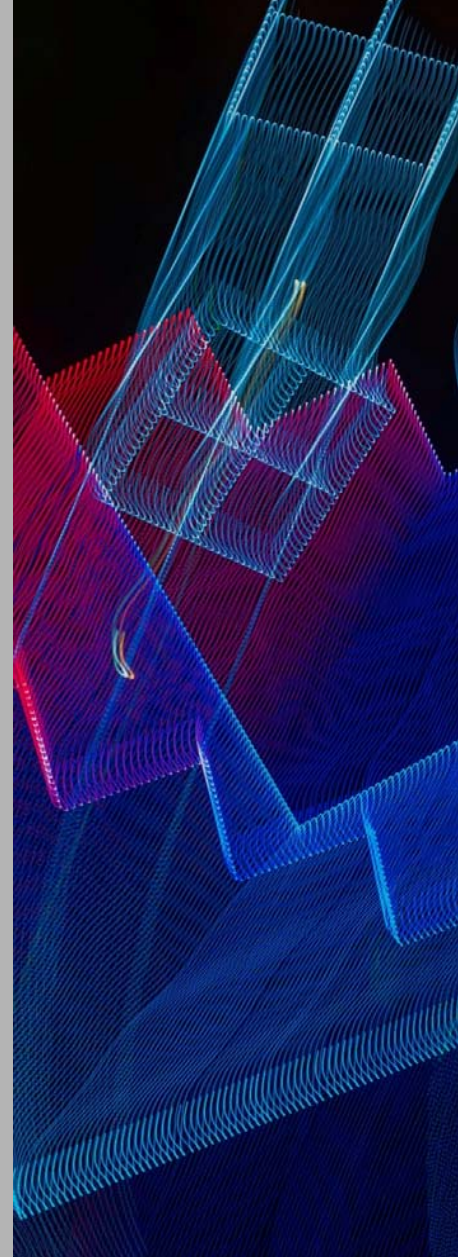
Sanierungstreuhand

- **Sofortige Verwertung** wäre für Gläubiger und Schuldner **nachteilig**
- Oftmals fehlt das Vertrauen der Gläubiger für schlichte Verlängerungslösung
- Sanierungstreuhand ermöglicht eine **Stabilisierungsphase** und **geordneten Verkauf / Investoreneinstieg**
 - Zwischenschaltung eines externen Treuhänders
 - Transparenz & Prozesssicherheit
 - Im Idealfall: Ausnützung einer besseren Marktlage für den Verkauf
 - Gestaltungsvarianten – Verkaufs-/Verwaltungs-/Sanierungs-/Verwertungstreuhand
 - Erlösverteilung flexibel – Beteiligung von Gesellschafter / Mezzaninkapitalgeber möglich



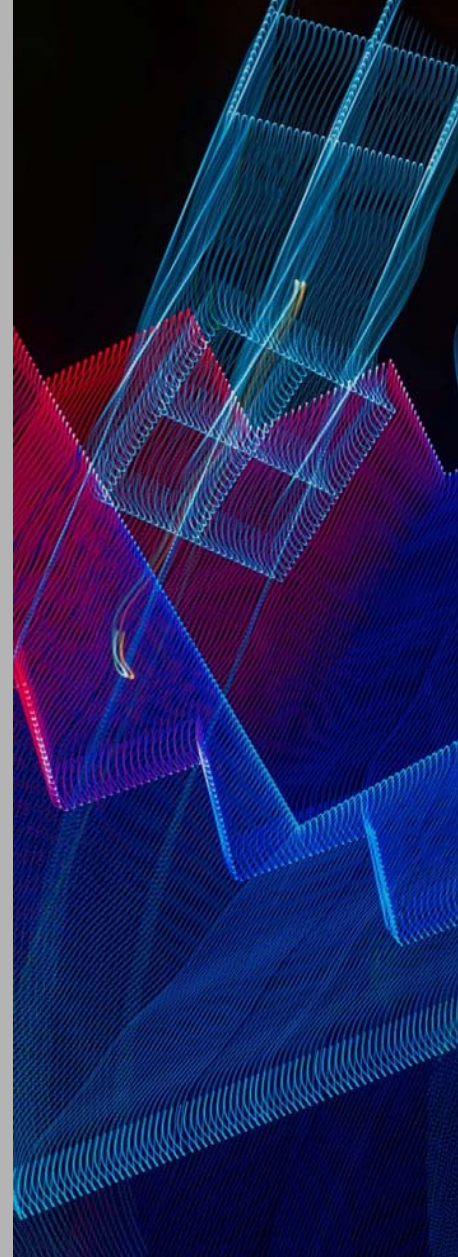
Immobilienfinanzierung & Insolvenz (1)

- Bei Vorliegen von materieller Insolvenz (Zahlungsunfähigkeit / Überschuldung) trifft die GF die **unverzügliche Insolvenzantragspflicht**, **max. 60 Tage** bleiben für außergerichtliche Sanierungsversuche
 - Achtung: bei Verschleppung direkte Haftung ggü Gläubigern!
- **Insolvenzverfahren:**
 - Sanierungsverfahren mit Eigenverwaltung: zielt auf Sanierungsplan mit mind. 30% Quote, Geschäftsführung bleibt mit Aufsicht durch Verwalter
 - Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung: zielt auf Sanierungsplan mit mind. 20% Quote, Bestellung eines Insolvenzverwalters
 - Konkursverfahren: Verwertung des Vermögens und Verteilung an Gläubiger, Bestellung eines Insolvenzverwalters



Immobilienfinanzierung & Insolvenz (2)

Aus Sicht von...	Sanierung in der Insolvenz	Außergerichtliche Restrukturierung
Schuldner / Kreditnehmer / Gesellschafter	Schnelles Verfahren, weitreichende Vertragsauflösungen möglich, Anerkennung in EU <u>Aber</u> : Stigma der Insolvenz, externer Verwalter, Kosten	Einzel- oder Gesamtlösung möglich Erlösbeteiligung möglich <u>Aber</u> : keine Mehrheitsentscheidungen, Haftungsrisiken
Gläubiger	externe Vorgaben durch Gericht bzw. Insolvenzverwalter, Verfahrensablauf vorgegeben	idR höherer Erlös bei außergerichtlicher Sanierung
Investor / Käufer	Rechtssicherheit bei Erwerb aus Insolvenz <u>Aber</u> : keine Exklusivität gegenüber anderen Interessenten	Anfechtungsrisiken bei Folgeinsolvenz



Fragen



Danke.

EH

Kontakt

Dr. Clemens Lanschützer | Mag. Karoline Hofmann | Johannes Feilmair, LL.M.

Vienna Office

Wienerbergstraße 11
1100 Wien | Vienna
Österreich | Austria
+43 1 606 3647 0 (T)
+43 1 606 3647 58 (F)

Graz Office

Frauengasse 5
8010 Graz
Österreich | Austria
+43 316 3647 (T)
+43 316 3647 58 (F)

Klagenfurt Office

Sterneckstraße 19
9020 Klagenfurt
Österreich | Austria
+43 463 203 36 4 (T)
+43 463 203 36 4 599 (F)

Brussels Office

Rond-Point Schuman 6, 7th Floor
1040 Brüssel | Brussels
Belgien | Belgium
+32 2 234 6386 (T)

Die Informationen, Meinungen und Rechtsansichten in dieser Präsentation sind nicht als umfassende Darstellung gedacht und können eine individuelle, auf die Besonderheiten des Sachverhaltes bezogene Prüfung jedenfalls nicht ersetzen.