

Herausgeber:
Franz Althuber
Friedrich Fraberger
Hellwig Torggler

Schriftleiter:
Christian Knauder
Michael Petritz
Friederike Schäfer

Schwerpunktthema:
Genussrechte

Stephan Frotz/Clemens Spitznagel:
**Gesellschaftsrechtliche Grenzen der
Ausgestaltung von Genussrechten**

Alexander Schopper:
Genussrechte und EKEG

Ernst Marschner:
**Genussrechte im internationalen
Steuerrecht**

Alexander Cserny:
Genussrechte und Kapitalertragsteuer

Klaus Hirschler/Helga Rohner:
Genussrechtsbilanzierung nach UGB

Gordon Schlägel:
Genussrechtsbilanzierung nach IFRS

Genussrechte und EKEG

Der Wortlaut des Eigenkapitalersatzgesetzes erwähnt an keiner Stelle Genussrechte. Dennoch werfen Genussrechte im Eigenkapitalersatzrecht zahlreiche Auslegungsfragen auf, die im österreichischen Schrifttum bisher noch wenig Beachtung fanden. Einigen davon ist der folgende Beitrag gewidmet.

1. Grundlegendes zur Rolle von Genussrechten im Eigenkapitalersatzrecht

Im Unterschied zu Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen enthält § 174 AktG keine Definition von Genussrechten, sondern setzt diesen Begriff in Abs 3 voraus. Auch außerhalb des AktG finden sich keine gesetzlichen Bestimmungen, die Genussrechte allgemeingültig definieren.¹⁾ Die Zurückhaltung des Gesetzgebers ist kein Zufall, sondern – zumindest im Bereich des AktG – eine bewusste legistische Entscheidung. Die Entwicklung dieses Instituts sollte nicht durch eine Legaldefinition beschränkt werden, sondern der Gestaltungsfreiheit der beteiligten Personen vorbehalten bleiben.²⁾ Vielfältig sind daher auch die in der Praxis anzutreffenden Gestaltungsformen und Einsatzfelder von Genussrechten,³⁾ wobei für den vorliegenden Zusammenhang der Einsatz von Genussrechten zur Sanierung von Kapitalgesellschaften besonders hervorzuheben ist.⁴⁾ Insb zur Abgrenzung von verwandten Instituten sind Lehre und Rsp dennoch bemüht, Genussrechte zu definieren. Demnach sind Genussrechte dadurch gekennzeichnet, dass sie dem Gläubiger

als Gegenleistung für eine Unternehmensfinanzierung schuldrechtliche Ansprüche auf aktionärstypische Vermögensrechte (idR Beteiligung am Gewinn und/oder am Liquidationserlös) gewähren, nicht aber aktionärstypische Verwaltungsrechte (vor allem Stimm- und Anfechtungsrecht) einräumen.⁵⁾

Gegenstand dieses Beitrags sind Sonderfragen, die Genussrechte (bzw im Falle einer Verbriefung Genusscheine) im Zusammenhang mit dem Eigenkapitalersatzgesetz (EKEG)⁶⁾ aufwerfen. Die Kernaussage des Gesetzes fasst § 1 EKEG zusammen: „Ein Kredit, den eine Gesellschafterin oder ein Gesellschafter der Gesellschaft in der Krise gewährt, ist Eigenkapital ersetzend.“ Bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft kann der Gesellschafter seinen Kredit nicht von der Gesellschaft zurückfordern. In der Insolvenz der Gesellschaft sind Forderungen aus Eigenkapital ersetzenden Leistungen nachrangig, dh sie sind erst nach den Insolvenzforderungen zu befriedigen.⁷⁾ Genussrechte oder Genusscheine werden an keiner Stelle des EKEG erwähnt. Dennoch stellen sich im Bereich des EKEG zahlreiche Sonderprobleme, wie etwa die Frage, ob Genussrechte die Stellung als erfasster Gesellschafter iSd EKEG vermitteln können oder ob das Genusskapital einen Kredit iSd EKEG darstellen kann. Die besondere Herausforderung bei der Lösung dieser Fragen besteht vor allem darin, die bereits oben erwähnten vielfältigen Erscheinungsformen von Genussrechten mit dem EKEG, bei dem der Gesetzgeber bewusst aus Gründen der Rechtssicherheit überwiegend feste und klar abgrenzbare Tatbestände verwendet hat, in Einklang zu bringen.

1) Vgl etwa § 6 BeteilFG (BGBI I 1982/111) und § 8 Abs 3 Z 1 KStG (BGBI I 1988/401).

2) Amtl Begr zu § 174 AktG, abgedruckt bei *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 801, siehe auch *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 174 Rz 17; *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 174 Rz 27; zur Parallelbestimmung § 221 dAktG siehe die Begründung zum Entwurf 1930, 124, wiedergegeben zB bei *Gehling*, WM 1992, 1094 bei FN 10; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 64.

3) Siehe dazu *van Husen*, GenusBrechte, Genußscheine, Partizipationskapital (1998) 128 ff; *Krejci/van Husen*, Über Genussrechte, Gesellschafterähnlichkeit, stille Gesellschaften und partiarische Darlehen, GesRZ 2000, 54 (55 ff); *Lindinger*, Über die Zulässigkeit und Beendbarkeit bestimmter Genussrechte, JBL 2003, 724 (724 f); *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 75.

4) Dazu *Stadler*, Die Sanierung von Aktiengesellschaften unter Einsatz von Wandelgenussrechten, NZI 2003, 579.

5) *Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 174 Rz 28; *Seiler in Spindler/Stilz*, AktG² § 221 Rz 22; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 64 f.

6) BGBI I 2003/92.

7) § 57a IO.

2. Genussrechte und erfasste Gesellschaften nach dem EKEG

Genussrechte können von Kapitalgesellschaften, Personen- gesellschaften, Genossenschaften und sogar von Einzelunternehmern ausgegeben werden.⁸⁾ Als kreditnehmende „Gesellschaften“ iSd § 1 EKEG kommen Kapitalgesellschaften, Genossenschaften mit beschränkter Haftung und Personen- gesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, in Betracht.⁹⁾ Mit sämtlichen vom EKEG erfassten Gesellschaften ergeben sich daher potenzielle Berührungs punkte im Falle einer Genussrechtsemission. Emittiert eine vom EKEG erfasste Gesellschaft Genuss scheine und erhält die Emittentin im Gegenzug vom Gläubiger eine Finanzierungsleistung (sog. „Finanzierungsgenuss scheine“), so könnte diese Leistung Eigenkapital ersetzen, sofern auch die sonstigen Tatbestandsvoraussetzungen des EKEG¹⁰⁾ vorliegen. Die Rechtsfolge wäre in diesem Fall, dass der Genussrechtsinhaber seine Leistung bis zum Wegfall der Krise bei der Gesellschaft nicht zurückfordern dürfte. Das Genussrecht wäre unabhängig von einer allenfalls abweichenden vertraglichen Gestaltung bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft gleichsam unkündbar. Im Insolvenzfall wären allfällige Rückforderungsansprüche des Genussrechtsinhabers nachrangig.

Die Aufzählung der erfassten Gesellschaften in § 4 EKEG bezieht sich nur auf die kreditnehmende Gesellschaft, also die Empfängerin einer Eigenkapital ersetzen den Leistung. Die Rechtsform des Kreditgebers ist aus Sicht des Eigenkapitalersatzrechts hingegen irrelevant. Natürliche Personen kommen ebenso wie juristische Personen als Gläubiger einer Eigenkapital ersetzen den Leistung in Betracht. Dementsprechend kommt es auch bei Genussrechtsemissionen im Zusammenhang mit dem EKEG auf die Rechtsform des Genussrechtsinhabers nicht an, wohl aber auf die Frage, ob der Genussrechtsinhaber zum Kreis der erfassten Gesellschafter der emittierenden Gesellschaft gem. §§ 5–11 EKEG zählt (dazu unten 4.).

3. Genussrechte und Kredit iSd EKEG

Wann ein Kredit iSd EKEG *nicht* vorliegt, ist Regelungsgegenstand des § 3 Abs 1 EKEG. Die Bestimmung enthält somit lediglich eine Negativabgrenzung des Begriffs „Kredit“. Für das EKEG muss daher der Tatbestand eines Kredits aus vorhandenen Einzelregelungen, dem allgemeinen Bedeutungsinhalt dieses Begriffs und dem vom EKEG verfolgten Zweck ermittelt werden.¹¹⁾ Der Kreditbegriff des EKEG ist weit.¹²⁾ Er geht über den Begriff des entgeltlichen Darlehensvertrags über Geld hinaus und deckt sich auch nicht mit der nunmehr¹³⁾ in § 988 ABGB enthaltenen zivilrechtlichen Legaldefinition

- 8) Vgl zB OGH 29. 1. 2003, 7 Ob 267/02v ÖBA 2003, 694 (Kalss) = GeS 2003, 251 (van Husen); Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 174 Rz 6 (für GmbH); Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 174 Rz 27; van Husen, Genübrechte 125.
- 9) § 4 EKEG; ausführlich dazu Schopper in Schopper/Vogt, EKEG § 4 Rz 1 ff; Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 4 Rz 1 ff.
- 10) Krise der kreditnehmenden Gesellschaft, Stellung des Kreditgebers als erfasster Gesellschafter und Vorliegen eines Kredites iSd EKEG.
- 11) Siehe Schopper, Die GmbH & Co KG im Eigenkapitalersatzgesetz, in GS Arnold (2011) 147 (165); Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 3 Rz 3.
- 12) Vgl Schopper in GS Arnold 147 (165); Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 3 ff; Dellinger/Mohr, EKEG § 3 Rz 1 ff; Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 3 Rz 3 f jeweils mwN.
- 13) IdF BGBl I 2010/28.

eines Kreditvertrages.¹⁴⁾ Eine präzisierende¹⁵⁾ Sonderregel zum Kreditbegriff des EKEG enthält dessen § 10 Abs 1: Beteiligt sich ein erfasster Gesellschafter in einem Zeitpunkt, in dem eine Kreditgewährung Eigenkapital ersetzen würde, zusätzlich als stiller Gesellschafter, ist seine stille Einlage einem Kredit gleichzuhalten.

Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich die Frage, ob Genussrechte vom Kreditbegriff des EKEG erfasst sind. Für **obligationenähnliche Finanzierungsgenussrechte**, bei denen der Genussrechtsinhaber der Gesellschaft **Geldmittel** zur Verfügung stellt und im Gegenzug ein Genussrecht mit gewinnabhängiger Verzinsung, aber ohne Beteiligung am Liquidationserlös und idR auch mit einem festen – durch die Verluste der Gesellschaft nicht tangierten – Rückzahlungsanspruch erwirbt,¹⁶⁾ ist die Frage mE zu bejahen. Die Emission von obligationenähnlichen Finanzierungsgenussrechten gegen Geldmittel und die Gewährung von partiarischen Darlehen sind bereits vom weiten Kreditbegriff im Grundtatbestand (§ 1 EKEG) erfasst, ohne dass sich die Frage nach einer Gleichstellung mit einer stillen Einlage gem § 10 Abs 1 EKEG und einer analogen Anwendung dieser Bestimmung auf Genussrechte überhaupt stellt. Das nach den Gesetzesmaterialien¹⁷⁾ charakteristische Merkmal eines Kredits iSd EKEG ist erfüllt: Der Genussrechtsinhaber tritt mit der Bezahlung jener Geldmittel, die er an die Gesellschaft als Gegenleistung für die Genussrechte zu erbringen hat, in Vorleistung und erhält im Gegenzug (gewinnabhängig verzinst) schuldrechtliche Ansprüche, die von der Gesellschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt zu erfüllen sind.

Besteht die Gegenleistung des Genussrechtsinhabers bei einem obligationenähnlichen Genussrecht in der Überlassung von Sachen¹⁸⁾ oder in der Erbringung von Dienstleistungen, ist § 3 Abs 3 EKEG zu berücksichtigen. Die Eigenkapital ersetzen de Leistung kann in einem solchen Fall mE nur darin liegen, dass der betreffende Genussrechtsinhaber fällige Ansprüche, die ihm aufgrund des laufenden Genussrechts zustehen, der Gesellschaft kreditiert, sofern die Gesellschaft im Zeitpunkt der Kreditierung bereits in der Krise ist. Erfolgt die Ausgabe von Genussrechten ausnahmsweise unentgeltlich,¹⁹⁾ liegt mangels Kreditierung kein Kredit iSd EKEG vor.

Auf **aktienähnliche Genussrechte** bzw. **Substanzgenussrechte**²⁰⁾ ist aufgrund ihrer allgemein anerkannten Nähe zur Beteiligung als stiller Gesellschafter²¹⁾ § 10 Abs 1 EKEG (ana-

14) Siehe Schopper in GS Arnold 147 (165).

15) Präzisierend und nicht erweiternd ist § 10 Abs 1 EKEG, weil sich die stille Einlage mE grundsätzlich auch unter den allgemeinen weiten Kreditbegriff des EKEG (§ 1 iVm § 3 Abs 1) subsumieren ließe. Ähnlich Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 10 Rz 2, der zu treffend betont, dass § 10 Abs 1 EKEG letztlich nur eine Klarstellungsfunktion erfüllt.

16) Vgl zur Terminologie Habersack in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 77 mit Hinweis auf die Nähe bzw. Identität zur Gewinnschuldverschreibung (bei Verbriefung) und zum partiarischen Darlehen bei Rz 93.

17) Siehe EBRV 124 BlgNR 22. GP 7.

18) Darunter ist auch die Überlassung von Rechten (zB Nutzungs- bzw. Lizenzrechte) zu verstehen. Vgl allgemein dazu Markt in Schmidt/Lutter, AktG² § 221 Rz 48.

19) Vgl dazu und zu den damit verbundenen aktienrechtlichen Problemen Markt in Schmidt/Lutter, AktG² § 221 Rz 48 f mwN.

20) ISd § 8 Abs 3 Z 1 KStG.

21) Zur Abgrenzung von aktienähnlichen Genussrechten und stiller Beteiligung siehe Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 174 Rz 18; van Husen, Genübrechte 121 f; Seiler in Spindler/Stilz, AktG² § 221 Rz 30; vgl aber auch Karollus in Geßler/Eckhardt/Hefermehl/Kropff, AktG § 221 Rz 279; Habersack in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 88 f und diesem folgend Markt in Schmidt/Lutter, AktG² § 221 Rz 45: aktienähnliche Genussrechte sind als stiller Beteiligung zu qualifizieren.

log) anzuwenden.²²⁾ Aktienähnliche Genussrechte sind somit einem Kredit iSD § 1 EKEG gleichzustellen.

Das soeben Gesagte hat zur Folge, dass allfällige (Rückforderungs-) Ansprüche eines Genussrechtsinhabers bis zur nachhaltigen Sanierung der Gesellschaft ausgeschlossen sind, wenn der betreffende Genussrechtsinhaber im Zeitpunkt der Begründung des Genussrechts oder im Zeitpunkt der Kreditierung von bereits fälligen Ansprüchen aus dem Genussrecht erfasster Gesellschafter iSD EKEG war und sich die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt in der Krise (§ 2 EKEG) befand. Praktisch bedeutsam ist die Sperrre des Genusskapitals vor allem für obligationsähnliche Finanzierungsgenussrechte, bei denen ein fester Rückzahlungsanspruch vereinbart wurde. Die in § 14 EKEG und § 57a IO vorgesehenen Rechtsfolgen verdrängen entgegenstehende Vereinbarungen mit dem Genussrechtsinhaber. Demgegenüber fällt die Sperrwirkung in Bezug auf das Genusskapital weniger ins Gewicht, wenn dieses am Verlust teilnimmt – wie bei aktienähnlichen Genussrechten üblich – und von vornherein durch eine vertragliche Abrede nachrangig gestellt wurde.²³⁾ Sollten dennoch auch bei aktienähnlichen Genussrechten die vertraglichen Bedingungen (insb in Bezug auf die Rückzahlbarkeit bzw den Rangrücktritt) von den in § 14 EKEG und § 57a IO enthaltenen Rechtsfolgen abweichen, gehen die letztgenannten Bestimmungen einer entgegenstehenden Vereinbarung vor. Die in § 14 EKEG enthaltene Rückzahlungssperre ist zwingendes Recht und steht daher mE auch bereicherungsrechtlichen Rückabwicklungsansprüchen von Genussrechtsinhabern aufgrund einer Irrtumsanfechtung oder einer Anfechtung wegen arglistiger Irreführung entgegen. Auch Schadenersatzansprüche von Genussrechtsinhabern gegen die Emittentin, welche auf Rückabwicklung von Leistungen gerichtet sind, die der Sperrre des § 14 EKEG unterliegen, haben mE hinter § 14 EKEG zurückzutreten.²⁴⁾

Von der soeben erörterten Sperrwirkung in Bezug auf das Genusskapital (bzw die genussrechtliche Beteiligung selbst) ist die Frage zu unterscheiden, ob zusätzliche Kredite, die ein bereits investierter Genussrechtsinhaber der in der Krise befindlichen Gesellschaft gewährt, dem EKEG unterliegen können. Zusätzliche Kredite können wie bereits oben erwähnt auch darin bestehen, dass ein Genussrechtsinhaber der Gesellschaft bereits fällige Ansprüche aus dem Genussrechtsverhältnis, insb fällige Zinszahlungen, kreditiert.²⁵⁾ Auch derartige Leistungen sind vom weiten Kreditbegriff des EKEG grundsätzlich erfasst und unterliegen bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen der Sperrre nach § 14 EKEG.

Voraussetzung für das Eingreifen des EKEG ist in sämtlichen Fällen, dass der Genussrechtsinhaber im Zeitpunkt der Kreditgewährung auch ein erfasster Gesellschafter iSD EKEG ist. Die Frage, ob und inwiefern Genussrechte beim Tatbestand

des erfassten Gesellschafters zu berücksichtigen sind, ist daher sogleich unter 4. zu untersuchen.

4. Genussrechte und Stellung als erfasster Gesellschafter iSD EKEG

4.1. Genussrechte und Vermögensbeteiligung gem § 5 Abs 1 Z 2 EKEG

Ein erfasster Gesellschafter ist, wer mit einem Anteil von zumindest 25 % an der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt ist (§ 5 Abs 1 Z 2 EKEG). Bei Kapitalgesellschaften stellt das Gesetz auf die Beteiligung am Nennkapital, nicht aber auf sonstige Vermögensrechte eines Gesellschafters, wie etwa die Beteiligung an Gewinn und/oder Liquidationserlös, ab. Von Verwaltungsrechten des Gesellschafters ist § 5 Abs 1 Z 2 EKEG abgekoppelt, weshalb nach der hL²⁶⁾ auch stimmrechtslose Vorzugsaktien unter diese Bestimmung fallen können, denn auch sie vermitteln dem Aktionär eine mitgliedschaftliche Beteiligung am Nennkapital.

Genussrechte begründen demgegenüber keine mitgliedschaftliche Beteiligung, sondern bloß schuldrechtliche Ansprüche auf aktionärtypische Vermögensrechte.²⁷⁾ Genussrechtsinhaber sind im Unterschied zu Gesellschaftern nicht am Nennkapital der Gesellschaft beteiligt. Das gilt für obligationsähnlich ausgestaltete Genussrechte.²⁸⁾ Doch auch aktienähnliche bzw aktiengleiche Genussrechte²⁹⁾ vermitteln keine Beteiligung am Nennkapital der Kapitalgesellschaft, sondern Ansprüche des Gläubigers gegen die Gesellschaft, die auf schuldrechtlicher Basis den vermögensrechtlichen Ansprüchen von Gesellschaftern nachgebildet wurden.³⁰⁾ Mangels Beteiligung am Grund- bzw Stammkapital der Kapitalgesellschaft kann ein Genussrecht daher für sich allein genommen für den Genussrechtsinhaber keine Gesellschafterstellung iSD § 5 Abs 1 Z 2 EKEG begründen.

Das gilt auch für Wandelgenussrechte³¹⁾ und Genussrechte mit abtrennbaren Optionsrechten (sog Optionsgenussrechte),³²⁾ solange der Berechtigte sein Umtauschrecht auf Aktien oder das Recht auf Bezug von Aktien aus den Optionsscheinen nicht ausgeübt hat.³³⁾ Für die Beurteilung der Gesellschafterstellung gem § 5 Abs 1 Z 2 EKEG ist nicht der Zeitpunkt der Begründung des Wandel- bzw Optionsgenussrechts ausschlaggebend, sondern jener der Ausübung des Umtausch- oder Optionsrechts. Ist ausnahmsweise der Umtauschzeitpunkt des Genussrechts in Aktien von vornherein zu einem fixen Zeitpunkt vorgesehen (Umtauschzwang), kann eine Gesellschafterstellung gem § 5 Abs 1 Z 2 EKEG auch hier erst im Zeitpunkt des Umtausches erworben werden.

Ist der Genussrechtsinhaber gleichzeitig Gesellschafter der Gesellschaft³⁴⁾ und als solcher mit weniger als 25 % am Nenn-

22) Vgl Dellinger in Dellinger/Mohr, EKEG § 10 Rz 1; Reich-Rohrwig, Das neue Eigenkapitalersatzgesetz, ecolex 2004, 106 (107); Karollus in Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 10 Rz 3; restriktiv hingegen Saurer, Atypische Finanzierungsleistungen im EKEG, in Kalss/Rüffler (Hrsg), Eigenkapitalersatz im österreichischen, italienischen und slowenischen Recht (2004) 135 (139).

23) Die Reichweite der Nachrangabrede unterliegt der Gestaltungsfreiheit der Parteien und ist in der Praxis durchaus unterschiedlich; vgl dazu zB Seiler in Spindler/Stilz, AktG³ § 221 Rz 36; Habersack in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 111–113.

24) Die Auffassung, die der OGH in 7 Ob 77/10i, GesRZ 2011, 251 (mit Anm Dregger) zum Verhältnis der Prospekthaftung einer AG als Emittentin von Aktien und § 52 AktG vertritt, ist mE per se überprüfungsbedürftig und sollte nicht auf § 14 EKEG übertragen werden. Vgl in dem Zusammenhang aber auch OGH 7 Ob 354/97b, ÖBA 1999, 230 zur arglistigen Unterschiebung von bankrechtlichem Ergänzungskapital.

25) Allgemein zur Kreditierung von Gewinnansprüchen eines Gesellschafters vgl Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 3 Rz 6.

26) Siehe zB Dellinger in Dellinger/Mohr, EKEG § 5 Rz 18.

27) VwGH ÖStZB 1994, 544; Krejci/van Husen, GesRZ 2000, 54 (58); Winner in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 389; Merkt in Schmidt/Lutter, AktG² § 221 Rz 41.

28) Vgl dazu zB Habersack in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 77.

29) Siehe dazu Karollus in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 221 Rz 333 ff; van Husen, Genußrechte 178.

30) Vgl Seiler in Spindler/Stilz, AktG³ § 221 Rz 25.

31) Siehe dazu van Husen, Genußrechte 157; Habersack in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 40, 116, 243.

32) Vgl Karollus in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG § 221 Rz 318; van Husen, Genußrechte 158; Habersack in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 40, 116.

33) Vgl auch Stadler, NZI 2003, 579 (587); aA wohl Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 4/462.

34) Im Zusammenhang mit stillen Beteiligungen spricht man in solchen Konstellationen von einer „gesplitteten Einlage“.

kapital der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt, erfolgt keine Zusammenrechnung seiner Beteiligung am Nennkapital mit den sonstigen Vermögensrechten, die ihm aufgrund des Genussrechts zusätzlich zustehen, mögen diese Rechte auch durch eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös aktienähnlich ausgestaltet sein.³⁵⁾ Eine Überschreitung der Kapitalbeteiligungsschwelle von 25 % iSd § 5 Abs 1 Z 2 EKEG kann sich generell nicht durch eine Zusammenrechnung von Beteiligung am Nennkapital und sonstigen Vermögensrechten ergeben. Denn § 5 Abs 1 Z 2 EKEG stellt – vor allem aus Gründen der Rechtssicherheit³⁶⁾ – ausschließlich auf den Anteil am Nennkapital ab und nicht auf eine davon abweichende „reale“ bzw. wirtschaftliche Beteiligung.³⁷⁾ Umgekehrt reduziert die Vermögensbeteiligung eines Dritten als Genussrechtsinhaber nicht die bestehenden Beteiligungsquoten der Gesellschafter am Nennkapital der Gesellschaft, sondern hat im Lichte des § 5 Abs 1 Z 2 EKEG außer Betracht zu bleiben.

Das soeben Gesagte gilt auch für die **Genossenschaft mit beschränkter Haftung** (und die **Genossenschaft mit Geschäftsanteilshaftung**), bei der das EKEG auf die Beteiligung am gezeichneten Geschäftsanteilskapital abstellt.³⁸⁾ Bei **Personengesellschaften** iSd § 4 Abs 1 Z 3 EKEG ist erfasster Gesellschafter, wer mit zumindest 25 % am Gesellschaftsvermögen beteiligt ist. Darunter ist seit Inkrafttreten des UGB³⁹⁾ grundsätzlich der Kapitalanteil gem § 109 Abs 1 UGB zu verstehen, es sei denn, die Gesellschafter haben eine davon abweichende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag getroffen.⁴⁰⁾ Auch bei Personengesellschaften ist zwischen mitgliedschaftlicher Beteiligung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen iSd § 5 Abs 1 Z 2 EKEG und schuldrechtlicher Vermögensbeteiligung der Genussrechtsinhaber zu unterscheiden. Ein bloßer Genussrechtsinhaber ist mangels Beteiligung am Gesellschaftsvermögen kein erfasster Gesellschafter gem § 5 Abs 1 Z 2 EKEG. Genussrechte Dritter reduzieren auch bei Personengesellschaften nicht die für § 5 Abs 1 Z 2 EKEG maßgeblichen Beteiligungsquoten der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen.⁴¹⁾ Ist ein Genussrechtsinhaber gleichzeitig als Gesellschafter an der kreditnehmenden Personengesellschaft beteiligt, ist für die Beurteilung der Gesellschafterstellung nach § 5 Abs 1 Z 2 EKEG auch im Personengesellschaftsrecht die Kapitalbeteiligung als Gesellschafter nicht mit den sonstigen Vermögensrechten aus dem Genussrecht zusammenzurechnen.

4.2. Genussrecht und kontrollierende Beteiligung gem § 5 Abs 1 Z 1 EKEG

Genussrechte vermitteln dem Genussrechtsinhaber gegenüber der Gesellschaft keine Beteiligung als Gesellschafter. Beim reinen **Genussrechtsinhaber**, der darüber hinaus keine Beteiligung als Gesellschafter der kreditnehmenden Gesellschaft hält, ist der Tatbestand der kontrollierenden Beteiligung iSd § 5 Abs 1 Z 1 iVm Abs 2 EKEG daher mangels Beteiligung als

35) Ebenso *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 5 Rz 40.

36) Die Herstellung von Rechtssicherheit ist ausweislich der Materialien der zentrale Gedanke hinter dem EKEG, EBRV 124 BlgNR 22. GP 9.

37) Siehe *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 5 Rz 39 f.

38) Vgl auch *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 5 Rz 39.

39) BGBI I 2005/120.

40) *Schopper* in GS Arnold 147 (164) mwN.

41) Dies erwägend, aber letztlich ebenso ablehnend *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 5 Rz 39.

„Gesellschafter“ von vornherein nicht erfüllt. Eine Analogie ist abzulehnen. Die allenfalls vorliegende Lücke ist durch die wertungsmäßig näher liegende Vorschrift des § 10 Abs 2 EKEG (atypisch beteiligter stiller Gesellschafter) zu schließen (dazu sogleich unten 4.4.).

Ist ein **Genussrechtsinhaber gleichzeitig als Gesellschafter** an der kreditnehmenden Gesellschaft beteiligt, werden die zusätzlichen Rechte, die dem betreffenden Gesellschafter aus dem Genussrecht zustehen, mE in aller Regel nicht dazu führen, dass aus der Beteiligung eine kontrollierende Beteiligung gem § 5 Abs 1 Z 1 EKEG wird. Dabei ist zunächst zu bedenken, dass Inhabern von Genussrechten keine aktienärstypischen Verwaltungsrechte zustehen.⁴²⁾ Stimmrecht, Anfechtungsbefugnis und Einberufungsrecht für die Hauptversammlung können Genussrechtsinhabern auch vertraglich nicht wirksam eingeräumt werden, sondern lediglich Auskunfts- und Kontrollrechte.⁴³⁾ Genussrechte vermitteln den Gläubigern aktienärstypische Vermögens-, nicht aber aktienärstypische Verwaltungs- bzw. Herrschaftsrechte. Auf Verwaltungs- bzw. Herrschaftsrechte kommt es aber beim Tatbestand der kontrollierenden Beteiligung gem § 5 Abs 1 Z 1 EKEG grundsätzlich an. Daher wird die Frage, ob eine kontrollierende Beteiligung iSd § 5 Abs 1 Z 1 EKEG vorliegt, zumindest dort, wo es auf die Stimmrechte des betreffenden Gesellschafters ankommt, ganz unabhängig davon zu beantworten sein, ob dem betreffenden Gesellschafter zusätzlich zu seiner Beteiligung noch Genussrechte zustehen.⁴⁴⁾ Auch bei den übrigen Fällen, in denen eine kontrollierende Beteiligung gem § 5 Abs 2 EKEG vorliegt, dürfte es sich durchwegs um Einflussrechte handeln, die dem betreffenden Gesellschafter aufgrund von gesellschafts- bzw. syndikatsvertraglichen Vereinbarungen zustehen und die daher nicht direkt mit dem Genussrecht zusammenhängen. Folglich wird auch hier der Umstand, dass der Gesellschafter zusätzlich auch über Genussrechte verfügt, für die Stellung als kontrollierend beteiligter Gesellschafter nicht maßgebend ins Gewicht fallen.

4.3. Genussrechtsinhaber als faktischer Beherrschung gem § 5 Abs 1 Z 3 EKEG

§ 5 Abs 1 Z 3 EKEG setzt den beherrschenden Nicht-Gesellschafter – ganz unabhängig vom Vorliegen einer (mittelbaren) Beteiligung an der kreditnehmenden Gesellschaft – einem kontrollierend beteiligten Gesellschafter gleich, wenn er wie ein Gesellschafter, dem die Mehrheit der Stimmrechte zusteht, einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübt, wobei kreditvertragstypische Informations- und Einflussrechte sowie Sicherheiten außer Betracht zu bleiben haben. Ein reiner Genussrechtsinhaber wird im praktischen Regelfall kein „faktischer Beherrschung“ der Gesellschaft im Sinne dieser Bestimmung sein, weil Genussrechte wie bereits oben erwähnt keine aktienärstypischen Verwaltungsrechte vermitteln und mit dem Genussrecht im praktischen Regelfall auch kein maßgebender faktischer Einfluss auf die emittierende Gesellschaft verbunden ist. Allerdings ist zu beachten, dass der Tatbestand der „faktischen Beherrschung“ iSd § 5 Abs 1

42) Wünsch, Der Genusschein iS des § 174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, in FS Strasser (1983) 871 (879 f); Winner in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 392; Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 174 Rz 28.

43) HL; vgl etwa Wünsch in FS Strasser 871 (880); van Husen, Genusbrechte 164 f; Nagele/Lux in Jabornegg/Strasser AktG⁵ § 174 RN 28; Winner in MünchKomm, AktG³ § 221 Rz 392.

44) Vgl § 5 Abs 2 Z 1 EKEG und die Vermutungsregel in Z 5 leg. cit.

Z 3 EKEG nach der hL nicht auf die rechtliche Möglichkeit der Beherrschung, sondern allein auf die tatsächlich ausgeübte Herrschaft über die Gesellschaft abstellt.⁴⁵⁾ Daher ist es auch nicht auszuschließen, dass ein Genussrechtsinhaber einen solchen faktischen Einfluss auf die Gesellschaft ausübt. Dies könnte zB der Fall sein, wenn die Sanierung der Gesellschaft durch Emission von Genussrechten an einen einzigen Gläubiger erfolgt und dieser in weiterer Folge einen entsprechenden Einfluss auf die Gesellschaft nimmt. Gewährt ein solcher, nach § 5 Abs 1 Z 3 erfasster Genussrechtsinhaber in weiterer Folge zusätzliche Kredite an die in der Krise befindliche Gesellschaft oder kreditiert er zB fällige Ansprüche auf Zinszahlungen aus dem Genussrecht, sind diese Leistungen mE Eigenkapital ersetzend, es sei denn, das Sanierungsprivileg gem § 13 EKEG ist anwendbar.⁴⁶⁾ Voraussetzung dafür wäre – ungeachtet der Frage, ob § 13 EKEG überhaupt anwendbar ist⁴⁷⁾ –, dass schon beim Erwerb der Genussrechte ein Sanierungskonzept vorlag und ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Genussrechtserwerb zu Sanierungszwecken und der Vergabe der zusätzlichen Kredite vorliegt.⁴⁸⁾

4.4. Genussrechtsinhaber als erfasster Gesellschafter nach § 10 Abs 2 Z 1 EKEG

§ 10 Abs 2 Z 1 EKEG erweitert den Kreis der vom EKEG erfassten Gesellschafter. Einem erfassten Gesellschafter gleichgestellt ist nach dieser Bestimmung ein stiller Gesellschafter, der i) mit zumindest 25 % schuldrechtlich am Unternehmenswert einer nach § 4 EKEG erfassten Gesellschaft beteiligt ist und dem ii) zumindest einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte zustehen. Diese Bestimmung ist aufgrund der Ähnlichkeit zwischen stiller Einlage und Genussrecht grundsätzlich analog auf Genussrechte anzuwenden. Allerdings ist zu beachten, dass auch bei Genussrechten beide Tatbestandsmerkmale des § 10 Abs 2 Z 1 EKEG kumulativ erfüllt sein müssen.⁴⁹⁾ Eine Beteiligung am Unternehmenswert iSd § 10 Abs 2 Z 1 EKEG kann bei Substanzgenussrechten (bzw bei aktienähnlichen Genussrechten) vorliegen, deren kennzeichnendes Merkmal das Recht sowohl auf Beteiligung am Gewinn als auch am Liquidationserlös der Gesellschaft ist.⁵⁰⁾ Demgegenüber wird bei obligationenähnlich ausgestalteten Genussrechten eine Beteiligung am Unternehmenswert iSd § 10 Abs 2 Z 1 EKEG nicht vorliegen.⁵¹⁾ In aller Regel dürfte es jedoch selbst bei aktienähnlichen Genussrechten am Tatbestandsmerkmal der mit einem Kommanditisten vergleichbaren Mitbestimmungsrechte fehlen. Sind die beiden Tatbestandsmerkmale des § 10 Abs 2 Z 1 EKEG bei einem Genussrecht ausnahmsweise erfüllt, zählt auch der bloße Genussrechtsinhaber zum Kreis der erfassten Gesellschafter. Demnach wären Kredite, die er der Gesellschaft in deren Krise gewährt, vom EKEG erfasst.

45) EBRV 124 BlgNR 22. GP 9; *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 5 Rz 66; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband, EKEG § 5 Rz 43 mwN; *Zollner*, Die Bank als Adressatin des Eigenkapitalersatz-Gesetzes, in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz 87 (95).

46) Siehe dazu näher unten 5.

47) Siehe dazu näher unten 5.

48) Vgl dazu allgemein *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 13 Rz 15.

49) *Saurer* in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz 135 (140); *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 10 Rz 9.

50) Vgl § 8 Abs 3 Z 1 KStG; *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband EKEG § 10 Rz 13; *Karollus*, Persönlicher Anwendungsbereich des EKEG, in *Dellinger/Keppert* (Hrsg), Eigenkapitalersatzrecht (2004) 71 (111).

51) Allgemein zu obligationenähnlich ausgestalteten Genussrechten siehe etwa von *Husen*, Genußrechte 88 f mwN.

Krediten gleichzustellen ist gem § 10 Abs 1 EKEG analog auch das Genusskapital selbst, wenn bei der Gesellschaft im Zeitpunkt der rechtsgültigen Vereinbarung des Genussrechts bereits eine Krise vorlag. Dies folgt aus dem im letzten Satz von § 10 Abs 2 EKEG enthaltenen Verweis.⁵²⁾

4.5. Genussrechtsinhaber als erfasster Gesellschafter nach § 10 Abs 2 Z 2 EKEG

Einem vom EKEG erfassten Gesellschafter ist ein stiller Gesellschafter gleichgestellt, der einen beherrschenden Einfluss auf die Gesellschaft ausübt (§ 10 Abs 2 Z 2 EKEG). Die Bestimmung weist eine enge Verwandtschaft mit § 5 Abs 1 Z 3 EKEG auf. Maßgebend ist die faktische Ausübung einer Beherrschung, nicht aber die rechtliche Befugnis dazu. Damit § 10 Abs 2 Z 2 EKEG überhaupt ein eigener Anwendungsbereich neben § 5 Abs 1 Z 3 EKEG bleibt, muss der beherrschende Einfluss in einem unmittelbaren Zusammenhang mit der Beteiligung als stiller Gesellschafter bzw analog als Genussrechtsinhaber stehen.⁵³⁾ Außerdem dürfte für die Ausübung eines beherrschenden Einflusses iSd § 10 Abs 2 Z 2 EKEG eine geringere Intensität ausreichen, als sie bei § 5 Abs 1 Z 3 EKEG erforderlich ist.⁵⁴⁾

5. Genussrechte und Sanierungsprivileg gem § 13 EKEG

Das EKEG enthält in § 13 ein Sanierungsprivileg, wonach die im Rahmen eines Sanierungskonzepts zum Zwecke der Überwindung der Krise neu gewährten Kredite nicht Eigenkapital ersetzen sind, wenn der Kreditgeber zuvor an der in der Krise befindlichen Gesellschaft eine Beteiligung erworben hat. Auch der Beteiligungserwerb muss bereits zum Zweck der Sanierung erfolgt sein.⁵⁵⁾

Im Zusammenhang mit Genussrechten ist zunächst festzuhalten, dass diese einem Kredit auch im Rahmen des Sanierungsprivilegs grundsätzlich gleichzuhalten sind. Das Sanierungsprivileg greift daher ein, wenn ein vom EKEG bisher nicht erfasster Gesellschafter eine Beteiligung an der in einer Krise befindlichen Gesellschaft zu Sanierungszwecken erwirbt und in weiterer Folge im Rahmen eines Sanierungskonzepts Genussrechte hinzukauf. Für obligationenähnliche Genussrechte folgt die Gleichstellung mit einem Kredit auch in diesem Fall schon aus dem allgemeinen, weiten Kreditbegriff des § 1 EKEG, der sich aus der negativen Abgrenzung in § 3 EKEG erschließt. Aktienähnliche Genussrechte sind stillen Beteiligungen gem § 10 Abs 1 EKEG gleichzuhalten, was auch für das Sanierungsprivileg gelten muss.

52) Vgl in dem Zusammenhang auch die Rsp zum Eigenkapitalcharakter der Einlage des atypisch stillen Gesellschafters OGH 8 Ob 4, 5/95, SZ 68/176 RIS-Justiz RS0075202; dazu krit *Trenker*, Der atypisch stille Gesellschafter, wbl 2011, 126 (129 f) mit dem beachtlichen Hinweis auf den grundsätzlich abschließenden Charakter des § 10 Abs 1 EKEG; zum abschließenden Charakter des EKEG bereits in anderem Zusammenhang *Schopper*, Ausfallhaftung der Mitgesellschafter für verbotswidrige Rückzahlung Eigenkapital ersetzender Leistungen? wbl 2004, 410.

53) Vgl auch *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 10 Rz 14; ebenso *Saurer* in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz 135 (142); tendenziell aA *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, EKEG § 10 Rz 8.

54) In diese Richtung bereits *Schopper* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 10 Rz 15 mit dem Hinweis auf die Parallele zu § 5 Abs 2 Z 5, ähnlich *Karollus* in *Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband, EKEG § 10 Rz 19; aA *Saurer* in *Kalss/Rüffler* (Hrsg), Eigenkapitalersatz 135 (143).

55) Allgemein zum Sanierungsprivileg siehe *Vogt* in *Schopper/Vogt*, EKEG § 13 Rz 1 ff.

Das Sanierungsprivileg ist auch anwendbar, wenn bereits ursprünglich statt des Beteiligungserwerbs ein **Erwerb von Genussrechten zum Zwecke der Sanierung der Gesellschaft** stattfindet und der Genussrechtserwerber infolge dessen ein erfasster Gesellschafter nach dem EKEG wird.⁵⁶⁾ § 13 EKEG stellt nach dem Wortlaut auf den Erwerb einer „Beteiligung“ ab. Zählt der bloße Genussrechtsinhaber, der Genussrechte zum Zwecke der Überwindung der Krise erworben hat, aufgrund von § 5 Abs 1 Z 3 oder § 10 Abs 2 Z 2 EKEG analog zum Kreis der vom EKEG erfassten Gesellschafter, könnte gegen die Anwendung des Sanierungsprivilegs ins Treffen geführt werden, dass hier der Erwerb einer „Beteiligung“ zum Zwecke der Überwindung der Krise fehle.⁵⁷⁾ Die Gleichstellung des Genussrechtserwerbs mit dem Erwerb einer Beteiligung jeweils zu Sanierungszwecken ist in diesen Fällen zwar nicht vom Gesetzeswortlaut des § 13 EKEG gedeckt, folgt aber mE aus einem Größenschluss: Wenn schon der „echte“ Gesellschafter vom Sanierungsprivileg erfasst ist, muss das umso mehr auch für Personen gelten, die unabhängig vom Bestehen einer direkten Beteiligung an der Gesellschaft aufgrund besonderer Bestimmungen in den erweiterten Adressatenkreis des EKEG einbezogen werden.⁵⁸⁾ Das EKEG stellt diese Konstellationen mit einer Beteiligung gleich, was auch für das Sanierungsprivileg gelten muss. Auch der Zweck von § 13 EKEG gebietet, das Sanierungsprivileg auf die soeben erwähnten Fälle (bloßer Genussrechtserwerber wird zum erfassten Gesellschafter gem § 5 Abs 1 Z 3 oder § 10 Abs 2 Z 2 EKEG) jedenfalls dann analog anzuwenden, wenn es sich um aktienähnliche Genussrechte handelt, weil der Genussrechtsinhaber in diesem Fall eine Finanzierungsverantwortung für die in der Krise befindliche Gesellschaft übernimmt, die mit jener eines Beteiligungserwerbs durchaus vergleichbar (bzw. vermögensrechtlich sogar ident) ist. Eine Sanierung im Wege des Erwerbs von aktienähnlichen Genussrechten an einer in der Krise befindlichen Gesellschaft darf daher im Hinblick auf das Sanierungsprivileg des § 13 EKEG nicht schlechter gestellt sein als der Beteiligungserwerb zum Zweck der Überwindung der Krise.

Von § 13 EKEG privilegiert wären dann sowohl zusätzliches Genusskapital, das der bereits investierte Genussrechtsinhaber an die Gesellschaft im Rahmen des Sanierungskonzepts leistet, als auch weitere Kredite (inkl. kreditierte Zinszahlungen aus Genussrechten), die der Genussrechtsinhaber der Gesellschaft im Rahmen des Sanierungskonzepts in weiterer Folge zuführt. Aus teleologischen Gründen sollte vom Sanierungsprivileg des § 13 EKEG analog auch das ursprünglich gezeichnete Genusskapital, das der Genussrechtsinhaber zum Zwecke der Überwindung der Krise geleistet hat, erfasst sein, obwohl der Genussrechtsinhaber erst aufgrund der Zeichnung ebendieser Genussrechte seine Stellung als erfasster Gesellschafter iSD EKEG erlangt hat.⁵⁹⁾ Die Frage dürfte aber praktisch nur wenig

Relevanz haben, weil es sich iDR um Substanzgenussrechte (bzw. aktienähnliche Genussrechte) handeln wird und das zu Sanierungszwecken geleistete Genusskapital schon aufgrund der vertraglichen Vereinbarung während der Krise der emittierenden Gesellschaft vom Genussrechtsinhaber keinesfalls zurückgefordert werden darf und im Insolvenzfall nachrangig gestellt ist.

6. Genusscheine iSD BeteilFG und EKEG

Genusscheine iSD Beteiligungsfondsgesetzes (BeteilFG)⁶⁰⁾ sind auf Inhaber lautende Wertpapiere, die einen Anspruch auf einen aliquoten Teil an den Jahresüberschüssen eines Beteiligungsfonds verbriefen.⁶¹⁾ Die Ausgabe von Genusscheinen dient der Finanzierung des Beteiligungsfonds, einem Sondervermögen, das im Eigentum der Beteiligungsfondsgesellschaft steht und für den Erwerb von Unternehmensbeteiligungen eingesetzt wird.

Das EKEG enthält in § 12 Z 1 ein Privileg für Beteiligungen, die im Rahmen des BeteilFG gehalten werden. Solche Beteiligungen haben nach dem Gesetzeswortlaut im EKEG außer Betracht zu bleiben. Im vorliegenden Zusammenhang bedeutet dies, dass die „Beteiligung“ der Genusscheininhaber an der Beteiligungsfondsgesellschaft sowohl für potenziell Eigenkapital ersetzende Leistungen der Genusscheininhaber an die Unternehmen, an der die Beteiligungsfondsgesellschaft ihrerseits Beteiligungen hält, als auch für potenziell Eigenkapital ersetzende Leistungen der Genusscheininhaber an die Beteiligungsfondsgesellschaft selbst außer Betracht zu bleiben hat. Dessen ungeachtet kann ein Genusscheininhaber zum Kreis der erfassten Gesellschafter zählen, wenn er neben den Genusscheinen eine Beteiligung an einer Gesellschaft hält, an der auch die Fondsgesellschaft ihrerseits beteiligt ist. Liegt in einem solchen Fall ganz unabhängig von den Beteiligungen, die dem BeteilFG unterliegen, eine Stellung des Genusscheininhabers als erfasster Gesellschafter der kreditnehmenden Gesellschaft vor, ist das EKEG bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen anwendbar. Denn aus § 12 Z 1 EKEG folgt nach dem klaren Gesetzeswortlaut nur, dass die im Rahmen des BeteilFG gehaltenen Beteiligungen außer Betracht zu bleiben haben. Eine Ausnahme für parallel dazu und davon ganz unabhängig bestehende Beteiligungsverhältnisse der Genusscheininhaber soll nicht geschaffen werden.⁶²⁾

7. Zusammenfassung

Obwohl der Wortlaut des EKEG Genussrechte nicht berücksichtigt, werfen diese im Eigenkapitalersatzrecht zahlreiche Sonderfragen auf. Bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen kann die Leistung von Genusskapital an eine in der Krise befindliche Gesellschaft eine dem EKEG unterliegende Eigenkapital ersetzende Leistung darstellen. Das gilt für obligationenähnliche Genussrechte ebenso wie für aktienähnliche Genussrechte. Die damit verbundenen Rechtsfolgen (Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG und Nachrangigkeit nach § 57a IO) haben aber vor allem für obligationenähnliche Genussrechte und weniger für aktienähnliche Genussrechte praktisch relevante Auswirkungen. Auch die Kreditierung fälliger Zinszahlungspflichten

56) Der Genussrechtserwerber könnte in einer solchen Konstellation aufgrund von § 5 Abs 1 Z 3 oder § 10 Abs 2 EKEG eine relevante Gesellschafterstellung erlangen.

57) Wird der bloße Genussrechtsinhaber hingegen aufgrund des § 10 Abs 2 Z 1 EKEG ein vom EKEG erfasster Gesellschafter, liegt zumindest eine schuldrechtliche Beteiligung am Unternehmenswert vor. Insoweit ist der Fall auch vom Wortlaut des § 13 EKEG gedeckt.

58) IdS ganz allgemein für § 5 Abs 1 Z 3 iVm § 13 EKEG bereits Vogt in Schopper/Vogt, EKEG § 13 Rz 9.

59) Der Wortlaut von § 13 EKEG ist hier wiederum nicht erfüllt, weil die Bestimmung nur neu gewährte Kredite, die im Zusammenhang mit einem Beteiligungserwerb und im Rahmen eines Sanierungskonzepts gewährt werden, privilegiert, nicht aber die ursprüngliche Leistung von Genusskapital, die erst zur Erlangung der Stellung als erfasster Gesellschafter iSD EKEG führt.

60) BGBl I 1982/111.

61) § 6 BeteilFG.

62) Eine Zusammenrechnung der Vermögensbeteiligung an der Fondsgesellschaft durch das Genussrecht und der unmittelbaren Beteiligung als Gesellschafter würde auch aus den oben unter 4.1. genannten Argumenten nicht in Betracht kommen.

der Gesellschaft aus einem Genussrecht kann einen Kredit iSd EKEG darstellen. Nur ausnahmsweise kann ein bloßes Genussrecht dem Genussrechtsinhaber die Stellung als erfasster Gesellschafter iSd EKEG vermitteln (vgl § 10 Abs 2 analog und § 5 Abs 1 Z 3 EKEG). Das Sanierungsprivileg des § 13 EKEG ist analog anwendbar auf Sanierungen durch Genussrechtemission. § 12 Z 1 EKEG nimmt im Rahmen des BeteilFG

gehaltene Beteiligungen vom Anwendungsbereich des EKEG aus und ist auch anwendbar auf die Vermögensbeteiligung der Genusscheininhaber an der Beteiligungsfondsgesellschaft. Eine Ausnahme für parallel dazu bestehende sonstige (mittelbare) Beteiligungen der Genusscheininhaber einer Beteiligungsfondsgesellschaft an anderen Gesellschaften soll durch § 12 Z 1 EKEG aber nicht geschaffen werden.



Der Autor:

Univ.-Prof. Dr. Alexander Schopper ist Inhaber des Lehrstuhls für Unternehmensrecht an der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck. Seine aktuellen Forschungsschwerpunkte liegen im Kapitalgesellschaftsrecht sowie im Bank- und Kapitalmarktrecht.

Publikationen des Autors:

Kommentierung einiger Paragraphen in Jabornegg/Strasser, AktG-Kommentar⁵; Kommentierung einiger Paragraphen in Straube, Wiener Kommentar zum GmbHG; Mitherausgeber eines Handbuches zu Unternehmenskauf und Due Diligence (2010); Nachvertragliche Pflichten (2009); Mitautor eines Praxiskommentars zum EKEG (2003).