

Genussrechte: Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten (I)

Genussrechte erfreuen sich als flexibel gestaltbare Finanzierungs- bzw Beteiligungsinstrumente nicht unbeachtlicher Beliebtheit. Im nachfolgenden Beitrag soll versucht werden, Genussrechte von jenen Rechtsinstituten abzugrenzen, die sich in Theorie und Praxis als besonders verwechslungsanfällig erweisen.

SEBASTIAN BERGMANN

A. Einleitung

Der Genussrechtsbegriff ist gesetzlich nicht definiert und die Möglichkeiten der inhaltlichen Ausgestaltung von Genussrechten nicht näher geregelt. Nach mittlerweile ganz hA¹⁾ haben Genussrechte schuldrechtliche Gläubigerrechte zum Gegenstand. Sie stellen solcherart eine rein schuldrechtliche – dh nicht aus einem mitgliedschaftlichen Verbandsverhältnis abgeleitete – Finanzierungs- bzw Beteiligungsform dar.²⁾

Im Folgenden sollen Genussrechte von ähnlichen Rechtsinstituten abgegrenzt werden, die vergleichbare Einsatzmöglichkeiten bzw -zwecke aufweisen.³⁾ Die Möglichkeit einer solchen Abgrenzung setzt freilich als Vorbedingung ein dahingehendes Verständnis des Genussrechtsbegriffs voraus, dass dieser keine Überschneidungen zu anderen Rechtsinstituten aufweist. In diesem Sinne soll es sich bei Genussrechten nach der hier vertretenen Auffassung – iS eines Entweder-Oder-Prinzips – nur um die Restsumme jener Rechtsverhältnisse handeln können, die nicht schon aus inhaltlichen oder formellen Gründen einem anderen Rechtsinstitut zuzurechnen sind. Wenngleich dieser Ansatz bei unbefangener Betrachtung durchaus plausibel sein dürfte, ist er im Schrifttum alles andere als unbestritten. So werden nämlich von mehreren Autoren bestimmte Rechtsverhältnisse als Genussrechte bezeichnet und gleichzeitig aufgrund der konkreten vertraglichen Ausgestaltung bzw Umstände zB als GesbR,⁴⁾ stille Gesellschaften,⁵⁾ (parti-

arische) Darlehen⁶⁾ oder Partizipationskapital⁷⁾ qualifiziert. Daneben soll es Genussrechte geben, die nur Genussrechte sind und nicht gleichzeitig auch einem anderen Rechtsinstitut zuzurechnen sind. Ein solcher, Überschneidungen mit anderen Rechtsinstituten aufweisender Genussrechtsbegriff ist mE jedoch abzulehnen. Ein zum Teil Überschneidungen mit anderen Rechtsverhältnissen aufweisendes Genussrechtsverständnis hätte etwa zur Konsequenz, dass der Genussrechtsbegriff gleichzeitig ein Begriff mehrerer hierarchischer Ebenen wäre, nämlich einerseits ein Oberbegriff, soweit er auch andere Rechtsverhältnisse wie zB bestimmte stille Beteiligungen und Darlehensverhältnisse mitumfassen würde, und andererseits ein Unterbegriff, sofern er jene Genussrechte beschreibt, die nur als Genussrechte zu qualifizieren sind. Wichtiges Argument gegen einen Genussrechtsbegriff mit teilweisen Überschneidungen mit anderen Rechtsverhältnissen sind mE diejenigen gesetzlichen Bestimmungen, die Genussrechte und jene Rechtsverhältnisse, mit denen der Genussrechtsbegriff mutmaßlich Überschneidungen aufweisen soll, nebeneinander ansprechen. So wird man bspw

(21 f und 35 ff); *Frotz/Spitznagel* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 47 (51 f und 58 f); *dies*, ZUS 2011, 103 (104); *Lindinger*, JBl 2003, 724 (729); *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (60 ff); *Karollus* in *Gefstler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 247 und 279; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 89 und 121; *Winner* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 389; *Torggler* in *Torggler*, UGB² § 179 Rz 5; krit *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁷ (2010) Rz 8.36; *van Husen*, Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital 122.

6) Vgl zB *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (62); *Hofmann* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 69 (77); *Lenz/Stieglitz* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 167 (171); *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 93; *Winner* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 389; *Karollus* in *Gefstler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 286; krit *Spilker*, Genussrechte in der deutschen und Europäischen Genossenschaft (2011) 39; *van Husen*, Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital 123.

7) Vgl zB *Kastner* in *Hofinger/Brandner*, Aspekte des Kreditwesengesetzes (1987) 175 (179); *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 312; *Schummer*, GesRZ 1991, 198 (202); *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (60); *van Husen*, VR 2001, 230 (231); *ders*, ecolex 2001, 839 (839); *ders*, Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital 139, 304, 311 f, 329 und 334; *Reich-Rohrwig*, ecolex 2013, 133 (134 ff); *Lindinger*, JBl 2003, 724 (727 und 729 f); *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 174 Rz 55; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG² § 174 Rz 21; *Winner* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 386 und 397 ff; *Baran*, VAG³ § 73 c Anm 1; *Chini/Oppitz*, BWG § 23 Rz 25.

Assoz. Univ.-Prof. Dr. Sebastian Bergmann, LL.M., MBA, lehrt und forscht am Institut für Finanzrecht, Steuerrecht und Steuerpolitik der Johannes Kepler Universität Linz und ist Mitarbeiter einer international tätigen Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungskanzlei in Wien.

1) Vgl zB OGH 6. 7. 2010, 1 Ob 105/10p; 24. 1. 2006, 10 Ob 34/05 f; VwGH 18. 11. 2008, 2006/15/0050; 21. 5. 1997, 95/14/0151; 16. 12. 1993, 92/16/0025; BGH 5. 10. 1992, II ZR 172/91; BFH 11. 2. 1987, I R 43/83 BStBl 1987 II 643; *Wünsch* in FS Strasser (1983) 871 (879); *van Husen*, Genußrechte Genußscheine Partizipationskapital (1998) 124; *Reich-Rohrwig*, ecolex 2013, 133 (136); *Lindinger*, JBl 2003, 724 (725); *Bauer* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² (2013) 19 (34).

2) Vgl *Eckert*, Internationales Gesellschaftsrecht (2010) 329; *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genußrechte (1998) 106 ff; *Kals* in FS Roth (2011) 337 (339); *dies*, ÖBA 2003, 694 (696).

3) Vgl in diesem Sinne auch bereits ausführlich *Bergmann*, Genussrechte (2016) 56 ff.

4) Vgl *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (58).

5) Vgl zB *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument (2001) 288; *ders* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 19

der ertragsteuerlichen Bestimmung des § 27 Abs 2 EStG, die sowohl Genussrechte als auch stille Gesellschaften, Darlehen und Partizipationskapital nebeneinander anspricht, schwerlich unterstellen können, dass unter die erwähnten Genussrechte bei entsprechender Vertragsgestaltung auch als stille Gesellschaften, Darlehen oder Partizipationskapital zu charakterisierende Rechtsverhältnisse zu subsumieren sind. Dies muss umso mehr vor dem Hintergrund gelten, dass für die von § 27 Abs 2 EStG erfassten Rechtsinstitute etwa hinsichtlich der Möglichkeit eines steuerlichen Verlustausgleichs (§ 27 Abs 8 EStG), des maßgeblichen Steuertarifs (§ 27 a Abs 2 EStG) und der KEST-Einbehaltung (§ 93 Abs 1 EStG) mitunter unterschiedliche Regelungen zum Tragen kommen.⁸⁾ Dass der Genussrechtsbegriff keine inhaltlichen Überschneidungen mit anderen Rechtsinstituten aufweist, scheint auch in dem in höchstgerichtlicher Rsp⁹⁾ judizierten und im Schrifttum der hA¹⁰⁾ entsprechenden Rechtssatz zum Ausdruck zu kommen, dass es sich bei dem auf Einräumung von Genussrechten gerichteten Rechtsgeschäft um einen Vertrag sui generis, also um einen Vertrag eigener Art, und nicht etwa um einen stillen Gesellschaftsvertrag oder ein Darlehensverhältnis handelt. Der Genussrechtsvertrag dürfte daher ein eigenständiger Vertragstypus sein.¹¹⁾

>Erfüllt ein als Genussrechtsvertrag bezeichnetes Vertragsverhältnis alle für die Qualifikation als ein anderes Rechtsinstitut erforderlichen Tatbestands-

merkmale, so kann nach der hier vertretenen Auffassung nur ein diesem Rechtsinstitut entsprechendes Rechtsverhältnis und nicht gleichzeitig auch ein Genussrecht vorliegen. Tatsächlich dürfte es sich bei der gegenständlichen Streitfrage freilich in erster Linie bloß um ein terminologisches Problem handeln. Denn jene Autoren, die (vermeintliche) Genussrechte unter bestimmten Voraussetzungen auch unter ein anderes Rechtsinstitut subsumieren, lassen in diesem Fall regelmäßig die hinsichtlich dieses anderen Rechtsinstituts geltenden (teilweise zwingenden) Bestimmungen zur Anwendung kommen,¹²⁾ sodass der Unterschied zur hier vertretenen Auffassung in der Regel ohnehin nur darin bestehen dürfte, dass im Einzelfall auch materiell anderen Rechtsinstituten zuzurechnende Rechtsverhältnisse formell als Genussrechte bezeichnet werden. Auch das ist aber abzulehnen, weil der Genussrechtsbegriff andernfalls beträchtlich an Schärfe verliert und dieser nachteiligen Folge keine ersichtlichen Vorteile gegenüberstehen.

Die nahestehenden, zu selben bzw ähnlichen Zwecken zum Einsatz gelangenden Rechtsinstitute, von denen Genussrechte im Folgenden näher abgegrenzt werden sollen, sind GesbR, stille Gesellschaften, Darlehen einschließlich partiarischer Darlehen und wertpapiermäßig verbrieftter Schuldverschreibungen und Partizipationskapital nach dem vormaligen BWG aF bzw VAG 1978 einschließlich der nunmehrigen BWG-Instrumente über Kapitalanteile ohne Stimmrecht.

Vorweggenommen sei, dass die von den Vertragsparteien gewählte Bezeichnung für die rechtliche Einstufung eines in Frage stehenden Vertragsverhältnisses nicht entscheidend ist.¹³⁾ Wenn alle konstituti-

8) Für die gegenständliche Streitfrage kann der aus den zitierten ertragsteuerlichen Bestimmungen gezogene Schluss freilich nur dann von Bedeutung sein, wenn man der mE überzeugenden Auffassung folgt, dass die unterschiedlichen Gesetze – sofern sich im Einzelfall im Auslegungsweg nichts anderes ergibt – von einem einheitlichen Genussrechtsbegriffsverständnis geprägt sind (vgl. *Lutermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte 92 ff; aA *Beuchert/Redeker* in *Schön*, Eigenkapital und Fremdkapital [2013] 289 [308]; *Hirte* in *Großkomm AktG*⁴ § 221 Rz 323; *Koch* in *Hüffer*, AktG¹⁴ § 221 Rz 23) und folglich auch steuerliche Bestimmungen für privatrechtliche Abgrenzungsfragen von Bedeutung sein können (aA *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 249 und 279, der eine Auslegung des Zivilrechts aus dem Steuerrecht heraus ablehnt).

9) Vgl. OGH 6. 7. 2010, 1 Ob 105/10 p; 29. 1. 2003, 7 Ob 267/02 v; BGH 21. 7. 2003, II ZR 109/02; 5. 10. 1992, II ZR 172/91.

10) Vgl. zB *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 174 Rz 32; *Lenz/Stieglitz* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 167 (169); *Werner/Gutfleisch*, *ecolex* 2014, 613 (614); *Sulz/Bovenkamp/Wagner*, *ecolex-Script* 2007/36, 13 (13).

11) Vgl. aA *Krejci/van Husen*, *GesRZ* 2000, 54 (54); *Titz* in *Lang/Schuchl/Staringer/Storck*, Aktuelle Fragen der Konzernfinanzierung (2012) 15 (26).

12) Vgl. etwa in Bezug auf stille Gesellschaften *Lindinger*, *JBl* 2003, 724 (730); *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 66 f; aA *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 277.

13) Vgl. OGH 10. 2. 1960, 1 Ob 33/60; *Wahle* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB V² 544; *Habersack* in *MünchKomm AktG*³ § 221 Rz 20 und 64; *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 239; *Zollner/Simonishvili*, *GesRZ* 2013, 182 (186); *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2013, 133 (138); *Krejci/van Husen*, *GesRZ* 2000, 54 (62).

ven Merkmale eines Rechtsinstituts vorliegen, kann das Zustandekommen eines Vertragsverhältnisses dieses Typs auch nicht durch ausdrückliche Ablehnung verhindert werden.¹⁴⁾

B. Abgrenzung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts und stillen Gesellschaften

Wesentlicher Unterschied zwischen Genussrechten einerseits und GesbR und stillen Gesellschaften andererseits ist der Umstand, dass Letztere als Gesellschaftsverhältnisse zu qualifizieren sind, während Genussrechte nach heute unbestrittener Auffassung rein schuldrechtliche Gläubigerrechte zum Gegenstand haben.¹⁵⁾ Dass Genussrechtsverträge kein Gesellschaftsverhältnis begründen können, ergibt sich – unter der Prämisse der hier vertretenen Auffassung, dass unter den Genussrechtsbegriff nur solche Rechtsverhältnisse subsumiert werden können, die nicht schon einem anderen Rechtsinstitut zuzurechnen sind – schon aus dem *numerus clausus* der Gesellschaftsformen.¹⁶⁾ Eine potenzielle Qualifikation eines Rechtsverhältnisses als Genussrecht muss deshalb voraussetzen, dass die für ein Gesellschaftsverhältnis charakteristischen Tatbestandsmerkmale nicht vollständig vorliegen.

Nicht als hinreichendes Abgrenzungsmerkmal zwischen Gesellschaftsverhältnissen und Genussrechten kann mE das als zentrale Wesensmerkmal des Gesellschaftsbegriffs eingestufte¹⁷⁾ Vorliegen eines gemeinsamen Zwecks taugen.¹⁸⁾ Denn wenngleich in Rsp und Schrifttum bis dato nicht abschließend geklärt werden konnte, was genau unter dem gemein-

samen Zweck verstehen ist,¹⁹⁾ dürfen an das Vorliegen eines solchen keine allzu großen Anforderungen gestellt werden.²⁰⁾ Auch die Rsp legt bei der Beurteilung des Vorliegens eines gemeinsamen Zwecks einen großzügigen Maßstab an.²¹⁾ Ein gemeinsamer Zweck dürfte in der Regel bereits dann anzunehmen sein, wenn mehrere Personen gemeinsam am Erfolg bzw Misserfolg beteiligt sind,²²⁾ weil diesfalls auf ein gemeinsames Ziel (Gewinnmaximierung bzw Verlustminimierung) hingearbeitet wird.²³⁾ Letzteres ist – wie noch zu zeigen sein wird (siehe Pkt C.) – auch bei Genussrechten als schuldrechtliches Beteiligungsinstrument stets der Fall. Die Annahme, ein Genussrechtinhaber würde mit dem Emittenten keinen gemeinsamen Zweck verfolgen, während etwa hinsichtlich einer Person, die sich an einem Unternehmen als stiller Gesellschafter beteiligt, eine gemeinsame Zweckverfolgung vorliegt, erscheint vor dem Hintergrund illusorisch,²⁴⁾ dass sowohl Genussrechtinhaber als auch stille Gesellschafter gleichermaßen am Erfolg und/oder Misserfolg des beteiligungsgegenständlichen Rechtsträgers beteiligt sein können. Nicht gefolgt werden kann daher der im Schrifttum mitunter vertretenen Auffassung, dass alle nichtgesellschaftsrechtlichen Vertragstypen das Fehlen eines gemeinsamen Zwecks gemeinsam hätten.²⁵⁾

Auch das als weiteres Wesenselement des allgemeinen Gesellschaftsbegriffs eingestufte²⁶⁾ Merkmal einer Vergemeinschaftlichung von Beiträgen zum gemeinsamen Zweck eignet sich nicht als Abgrenzungsmerkmal von Gesellschaftsverhältnissen und Genussrechten, zumal es auch bei Genussrechten erforderlich ist, dass der Genussrechtinhaber an den Emittenten Beiträge in irgendeiner Form leistet.²⁷⁾

14) Vgl OGH 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1175 Rz 25; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁷ Rz 8.32; *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1175 Rz 43.

15) Siehe zu Nachweisen oben FN 1.

16) Die Rechtsordnung stellt eine gewisse Anzahl (*numerus clausus*) von Gesellschaftsformen zur Verfügung, zwischen denen grundsätzlich frei gewählt werden kann. Nicht möglich ist es, im Wege der Privatautonomie weitere Gesellschaftsformen (als die von der Rechtsordnung vorgesehenen) zu schaffen. Es liegt insofern ein Typenzwang vor (vgl *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ [1993] 11 f; *Holzhammer/Roth*, Gesellschaftsrecht² [1997] 3 f; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht² 23; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I [2005] 5).

17) Vgl OGH 19. 2. 1981, 7 Ob 6/81; 22. 9. 1977, 6 Ob 655/77; 15. 1. 1958, 1 Ob 628/57; *Riedler* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1175 Rz 2; *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1175 Rz 12 und 16; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht (2007) Rz 7; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 232; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 7 f.

18) Vgl ebenso in Bezug auf stille Gesellschaften *Lindinger*, JBl 2003, 724 (729); *Capelle*, Der Genußschein als kapitalmarktfähiges Instrument der Eigenfinanzierung von Aktiengesellschaften (1989) 37 f; *Karollus* in *Gefstler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 279; *Habersack* in *MünchKomm AktG § 221 Rz 89; *Heidenbauer/Roesener* in *Schön*, Eigenkapital und Fremdkapital (2013) 541 (547); allgemein auch *Wahle* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB V² 540. Vgl aA in Bezug auf stille Gesellschaften zB BFH 8. 4. 2008, VIII R 3/05 BStBl 2008 II 852; *Frantzen*, Genußscheine (1993) 16; *Lutermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte 114 f; *Hochedlinger* in *Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/12; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kals*, AktG² § 174 Rz 32; ebenso aA in Bezug auf GesbR *Frantzen*, Genußscheine 18.*

19) Vgl *Grillberger* in *Rummel*, ABGB³ § 1175 Rz 17; *Hochedlinger* in *Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft (2007) Rz 1/12.

20) Vgl *Winner* in *MünchKomm AktG § 221 Rz 389; *Frotz/Spitznagel*, ZUS 2011, 103 (104).*

21) So der Befund von *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1175 Rz 12.

22) Vgl *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 30 f und 46; *Karollus* in *Gefstler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 279; in Bezug auf eine Teilnahme am Gewinn *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 363; *Frotz/Spitznagel* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 47 (52); *dies*, ZUS 2011, 103 (104); *Torggler* in *Torggler*, UGB² § 179 Rz 13; *Wahle* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB V² 506; in Bezug auf eine Teilnahme am Verlust *Lindinger*, JBl 2003, 724 (729); *Habersack* in *MünchKomm AktG § 221 Rz 89. Vgl aA *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (55).*

23) Vgl *Lindinger*, JBl 2003, 724 (729).

24) In diesem Sinne weisen auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 1405 iZm der Abgrenzung zwischen stiller Gesellschaft und dem Darlehen darauf hin, dass dem Darlehensgeber und dem stillen Gesellschafter gemeinsam sei, dass sie ihr Kapital gewinnbringend anlegen wollen. In diese Richtung wahl auch *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 46.

25) Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 47; ähnlich *Holzhammer/Roth*, Gesellschaftsrecht² 2; *Hochedlinger* in *Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/12.

26) Vgl *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1175 Rz 10; *Grillberger* in *Rummel*, ABGB³ § 1175 Rz 20; *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1175 Rz 17 f; *Riedler* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1175 Rz 2.

27) Vgl zum Erfordernis der genussrechtinhaberseitigen Kapitalüberlassung *Bergmann*, Genussrechte 185 f.

Entscheidende Bedeutung für die Negativabgrenzung der schuldrechtlichen Beteiligungsform der Genussrechte von Gesellschaftsverhältnissen muss deshalb dem nach nicht unumstrittener²⁸⁾ stRsp ebenfalls als gesellschaftsimmanentes Wesensmerkmal eingestuftes Vorliegen einer Gemeinschaftsorganisation zukommen.²⁹⁾ Der OGH verlangt für das Vorliegen einer Gesellschaft die positive Vereinbarung³⁰⁾ oder zumindest eine faktische Handhabung³¹⁾ einer – wenn auch losen – Gemeinschaftsorganisation dahingehend, dass jedem Partner gewisse Einwirkungs- und Mitwirkungsrechte eingeräumt werden, und zwar zumindest solche über die wichtigen Vorhaben.³²⁾ Anders als etwa gemeinsames Miteigentum ist nämlich eine Gesellschaft nicht nur auf gemeinsames Haben, sondern auch auf ein gemeinsames Wirken gerichtet.³³⁾ Im Schrifttum wird das Erfordernis der positiven Vereinbarung einer Gemeinschaftsorganisation als gesellschaftsimmanentes Tatbestandsmerkmal insb deshalb kritisiert, weil schon gesetzlich (weitgehend dispositive) Organisationsbestimmungen vorgesehen sind.³⁴⁾ Vor dem Hintergrund, dass der OGH aber ohnehin auch die faktische Handhabung einer Gemeinschaftsorganisation zur Begründung einer GesBR genügen lässt,³⁵⁾ dürfte

dieser Streitfrage nur untergeordnete Bedeutung zukommen.³⁶⁾ Jedenfalls anerkannt ist, dass die positive Vereinbarung einer Gemeinschaftsorganisation ein wichtiges Indiz für das Vorliegen einer Gesellschaft darstellt.³⁷⁾ Für den Fall, dass eine Gemeinschaftsorganisation weder positiv vereinbart noch negativ ausgeschlossen wurde, und eine solche auch nicht faktisch praktiziert wird, wird man mE durch Ermittlung des hypothetischen Parteiwillens feststellen müssen, ob die Vertragsparteien ein Gesellschaftsverhältnis begründen wollten. Sofern dies der Fall ist, wird sich die erforderliche Gemeinschaftsorganisation schon aus den gesetzlichen Organisationsvorschriften ergeben. Bei der GesBR kommt das erforderliche Mindestmaß an Gemeinschaftsorganisation (iS eines Einwirkungs- und Mitwirkungsrechts zumindest über die wichtigen Vorhaben der Gesellschaft) dann in dem selbst Arbeitsgesellschaftern ohne Kapitalanteil zustehenden (§ 1192 Abs 1 ABGB)³⁸⁾ Mitwirkungsrecht bei Grundlagengeschäften (wie etwa die Veräußerung des Unternehmens³⁹⁾ oder eine Änderung der Geschäftsführungsbefugnisse⁴⁰⁾ zum Ausdruck. Bei stillen Gesellschaften tritt das Mindestmaß an Gemeinschaftsorganisation im dem stillen Gesellschafter stets zustehenden⁴¹⁾ Mitwirkungsrecht bei wesentlichen Änderungen iZm dem beteiligungsgegenständlichen Unternehmen bzw Vermögen (zB Änderungen des Unternehmensgegenstands,⁴²⁾ Rechtsformwechsel des Inhabers⁴³⁾ sowie die Übertragung⁴⁴⁾ oder Stilllegung⁴⁵⁾ in Erscheinung. Ein Ausschluss des Mitwirkungs-

- 28) Ablehnend zum Tatbestandsmerkmal des Vorliegens einer Gemeinschaftsorganisation *Grillberger in Rummel*, ABGB³ § 1175 Rz 21; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1175 Rz 15; *Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1175 Rz 2; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 2/1; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 10. Vor dem Hintergrund der kritischen Stimmen im Schrifttum wurde im Rahmen der GesBR-Reform (BGBl I 2014/83) zwar davon Abstand genommen, das organisierte Zusammenwirken positiv zu einem Tatbestandsmerkmal der GesBR und damit des allgemeinen Gesellschaftsbegriffs zu erklären (vgl ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 6). Umgekehrt wurde dies aber auch nicht verneint und in den Gesetzesmaterialien ausdrücklich festgehalten, dass die GesBR in ihren Wesensmerkmalen unverändert bleiben soll (vgl ErläutRV 270 BlgNR 25. GP 3). Die GesBR-Reform dürfte deshalb hinsichtlich des umstrittenen Erfordernisses des Vorliegens einer Gemeinschaftsorganisation weder in die eine noch in die andere Richtung eine Klärung herbeigeführt haben.
- 29) Vgl *Jusits/Hlavacek in Institut für internationales Recht des Spar-, Giro- und Kreditwesens an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz*, Recht und Praxis der Genußscheine (1987) 89 (90); auch *Wable in Klang/Gschmützer*, ABGB V² 501 und 540 ff stellte in diesem Sinne fest, dass bei der Abgrenzung von Gesellschaftsverträgen zu anderen Rechtsverhältnissen das Kriterium der Gemeinschaftsorganisation heranzuziehen sei.
- 30) Vgl OGH 14. 6. 2012, 3 Ob 101/12 t; 15. 12. 2009, 5 Ob 174/09 p; 26. 4. 2001, 8 Ob 72/00 x; 15. 7. 1999, 6 Ob 135/99 t; 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89; 25. 4. 1989, 2 Ob 50/89; 24. 10. 1985, 8 Ob 22/85; 19. 2. 1981, 7 Ob 6/81; 24. 10. 1978, 4 Ob 351/78; 6. 6. 1973, 1 Ob 99/73.
- 31) Vgl OGH 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89; 7. 10. 1987, 3 Ob 545/87.
- 32) Vgl OGH 13. 8. 1998, 2 Ob 197/98 d; 15. 12. 1997, 1 Ob 2342/96 k; 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89.
- 33) Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 21; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 7; *Wittmann-Tiwald in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1175 Rz 55; *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 31.
- 34) Vgl etwa *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 29; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesBR § 1175 Rz 15; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/1; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 52.
- 35) Vgl OGH 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89; 7. 10. 1987, 3 Ob 545/87.

36) Vgl ähnlich OGH 12. 2. 1991, 8 Ob 707/89.

37) Vgl *Kerschmer*, JBl 1988, 516 (518); *Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1175 Rz 2; *Wittmann-Tiwald in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1175 Rz 19; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 10; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/1.

38) Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 237; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 64; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 99; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/37; *Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1188 Rz 5; *Wittmann-Tiwald in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1188 Rz 4.

39) Vgl OGH 27. 3. 1957, 7 Ob 131/57; *Wittmann-Tiwald in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1188 Rz 6; *Riedler in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1188 Rz 5.

40) Vgl *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 98; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 64; *Wittmann-Tiwald in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1188 Rz 6.

41) Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 168; *Hochedlinger in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 179 Rz 35; *Torggler in Torggler*, UGB² § 179 Rz 14; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 1400 und 1512; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/961; *Blawrock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁷ Rz 12.11 und 12.15; aA *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 446.

42) Vgl *Hochedlinger in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 179 Rz 35; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 168; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/961; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 388; *Torggler in Torggler*, UGB² § 179 Rz 14; *Blawrock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁷ Rz 12.11.

43) Vgl *Torggler in Torggler*, UGB² § 179 Rz 14.

44) Vgl *Hochedlinger in Jabornegg/Artmann*, UGB² § 179 Rz 43 und 45; *Blawrock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁷ Rz 12.15; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II⁴ 388; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 1512.

45) Vgl *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/961; *Hochedlinger in Hochedlinger/Fuchs*, Stille Gesellschaft Rz 1/109.

rechts bei Grundlagengeschäften (GesbR) bzw wesentliche Änderungen iZm dem beteiligungsgegenständlichen Unternehmen bzw Vermögen (stille Gesellschaft) würde der Qualifikation der betroffenen Person als GesbR-Gesellschafter bzw stiller Teilnehmer mangels Einbindung in der Gemeinschaftsorganisation entgegenstehen.⁴⁶⁾ Das Vorliegen solcher Mitwirkungsrechte ist insofern keine Rechtsfolge der Qualifikation einer Person als Gesellschafter, sondern vielmehr umgekehrt ein für eine solche vorausgesetztes Tatbestandsmerkmal.⁴⁷⁾ Auch der OGH und Teile des Schrifttums grenzen im hier vertretenen Sinne die GesbR vom (partiarischen) Darlehen⁴⁸⁾ und vom Dienstvertrag⁴⁹⁾ bzw die stille Gesellschaft vom (partiarischen) Darlehen⁵⁰⁾ anhand des Vorliegens von Mitwirkungsrechten ab.

Aus der Abgrenzung von Genussrechten zu den gegenständlichen Gesellschaftsverhältnissen ergibt sich somit, dass Genussrechte nur dann vorliegen können, wenn den Beteiligten keine wie auch immer gearteten Mitwirkungsrechte eingeräumt werden.⁵¹⁾ Sofern in als Genussrechtsvertrag bezeichneten Vertragsverhältnissen nichtsdestotrotz Mitwirkungsrechte eingeräumt werden, ist das zwar – entgegen dem häufig im Schrifttum vermittelten Eindruck⁵²⁾ – nicht unzulässig, doch führt dies dazu, dass kein

Genussrecht, sondern ein einem anderen Rechtsinstitut zuzuordnendes Rechtsverhältnis (und zwar in der Regel eine GesbR oder stille Beteiligung) vorliegt.⁵³⁾

46) Offenbar aA betreffend stille Gesellschaften *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/961; *Torggler* in *Torggler*, UGB² § 179 Rz 14.

47) Vgl aA *Riedler*, wbl 2007, 218 (218); *ders* in *Koziol/Bydliński/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1175 Rz 2.

48) Vgl OGH 26. 4. 2001, 8 Ob 72/00x; 29. 6. 1989, 8 Ob 553/89; 28. 4. 1988, 7 Ob 568/88; 24. 10. 1978, 4 Ob 351/78; 22. 12. 1965, 6 Ob 133/65; *Jabornegg/Resch/Slezak*, GesbR § 1175 Rz 25; *Perner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 983 Rz 11; *Wittmann-Tiwald* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1175 Rz 52; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 35; *Holzhammer/Roth*, Gesellschaftsrecht² 19.

49) Vgl *Grillberger* in *Rummel*, ABGB³ § 1175 Rz 31 mwN.

50) Vgl OGH 29. 6. 1989, 8 Ob 553/89; 31. 1. 1962, 1 Ob 20/62; 10. 2. 1960, 1 Ob 33/60; 20. 4. 1955, 3 Ob 75/55; *Aichberger-Beig* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 983 Rz 16.

51) Vgl aA *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (57).

52) Vgl zB *Habersack*, ZHR 155 (1991) 378 (384); *Linscheidt*, DB 1992, 1852 (1852); *Pougin*, Genußrechte (1987) 3; *Haberstock/Greitemann* in *Hölters*, AktG² § 221 Rz 21.

53) Vgl auch *Kievernagel*, Die Genussscheine der Aktiengesellschaft (1924) 67.

SCHLUSSSTRICH

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass sich Genussrechte von Gesellschaftsverhältnissen (insb GesbR und stillen Gesellschaften) über das Merkmal des Nichtzustehens mitgliederschafilicher Mitwirkungsrechte und dem daraus resultierenden Fehlen einer gesellschaftsim-

manenten Gemeinschaftsorganisation abgrenzen. Im in der nächsten Ausgabe folgenden Teil II dieses Beitrags sollen Genussrechte sodann von Darlehensverhältnissen und Partizipationskapital bzw stimmrechtslosen BWG-Instrumenten abgegrenzt werden.