

Genussrechte: Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten (II)

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.⁵⁴⁾

SEBASTIAN BERGMANN

C. Abgrenzung von Darlehensverhältnissen

Des Weiteren gilt es, Genussrechte von Darlehensverhältnissen näher abzugrenzen, wobei sich in der Praxis insb. die Sonderformen des „partiarischen“ Darlehens und wertpapiermäßig verbrieft Schuldverschreibungen als verwechslungsanfällig erweisen. Als „partiarische“ Darlehen werden solche Darlehensverträge bezeichnet, bei denen der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber als Gegenleistung für die Überlassung der Darlehensvaluta eine Gewinnbeteiligung einräumt.⁵⁵⁾ Schuldverschreibungen (Anleihen, Obligationen, Bonds) sind für die Gewährung von Darlehen unterschiedlicher Art begebene Forderungswertpapiere,⁵⁶⁾ die einen Anspruch auf Darlehensrückzahlung sowie regelmäßig auch einen Anspruch auf eine laufende Vergütung wertpapiermäßig verbrieft.⁵⁷⁾

IZm der Abgrenzung von Genussrechtsverhältnissen einerseits und Darlehensverhältnissen andererseits dürfte dem Merkmal der Verlustbeteiligung zentrale Bedeutung zukommen. Während die Vereinbarung einer solchen nämlich mit dem Wesen sämtlicher Formen von Darlehensverhältnissen⁵⁸⁾

(einschließlich „partiarischer“ Darlehen⁵⁹⁾ und Gewinnschuldverschreibungen⁶⁰⁾ trotz der potenziellen Möglichkeit der Vereinbarung einer Gewinnbeteiligung ausnahmslos unvereinbar ist, wird eine Beteiligung von Genussrechtseinhabern am Verlust des Emittenten nach hA für möglich gehalten.⁶¹⁾ Tatsächlich dürfte diese Annahme einer bloßen Möglichkeit der Verlustbeteiligung von Genussrechtseinhabern noch zu wenig weit gehen und ergibt sich mE aus der Abgrenzung zu Darlehensverhältnissen, dass das Vorliegen einer Verlustbeteiligung entgegen der wiederum hA⁶²⁾ vielmehr sogar als wesensimmanentes Tatbestandsmerkmal des Genussrechtsbegriffs eingestuft werden muss, weil andernfalls eine Unterscheidung von (partiarischen) Darlehensverhältnissen und (vermeintlichen) Genussrechten ohne Verlustbeteiligung regelmäßig nicht möglich wäre bzw. der Genussrechtsbegriff und der Darlehensbegriff diesfalls inhaltliche Überschneidungen aufweisen würden, was aber iS des hier vertretenen Entweder-oder-Prinzips abzulehnen ist.

Nicht gefolgt werden kann demzufolge der Auffassung, dass die Bezeichnung eines Vertragsverhältnisses als Genussrecht im Zweifel darauf hindeutet, dass

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.

54) Teil I des Beitrags s. *ecolex* 2016, 1073.

55) Vgl. OGH 29. 6. 1989, 8 Ob 553/89; *Wahle* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB V² 544; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 439; *Holzhammer/Roth*, Gesellschaftsrecht² 19 und 99; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 1406; *Aichberger-Beig* in *Kleteček/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 983 Rz 16; *Wittmann-Tiwald* in *Kleteček/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 1175 Rz 42 und 52.

56) Vgl. auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 3611; *Holzhammer*, Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht⁸ 402.

57) Vgl. *Roth*, Wertpapierrecht² 140 f.; *Aicher/Schuhmacher* in *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ 564 f. und 662; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 174 Rz 3; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch Gesellschaftsrecht Rz 3613.

58) Vgl. zB VwGH 27. 2. 1995, 94/16/0112; 16. 4. 1991, 90/14/0120; 22. 6. 1926, 1 Ob 462/26; *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁷ Rz 8.23; *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 40 und 42; *Nowotny* in *Kalls/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/949; *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (56 und 62); *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 439.

59) Vgl. VwGH 27. 2. 1995, 94/16/0112; 16. 4. 1991, 90/14/0120; 22. 6. 1926, 1 Ob 462/26; *Sethe*, AG 1993, 293 (297); *Hofmann* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 69 (77); *Blaurock*, Handbuch Stille Gesellschaft⁷ Rz 8.23; *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 40 und 42; *Kastner/Doral/Nowotny*, Gesellschaftsrecht³ 163; *Nowotny* in *Kalls/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/949; *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (56 und 62); *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 439; *Hochedlinger* in *Jabornegg/Armann*, UGB² § 179 Rz 10; *Torggler* in *Torggler*, UGB² § 179 Rz 5.

60) Vgl. *van Husen*, Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital 159; *Hirte* in *Großkomm AktG⁴ § 221 Rz 355*; *Habersack* in *MünchKomm AktG³ § 221 Rz 58 und 101*; *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 298.

61) Vgl. *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 298; *Winner* in *MünchKomm AktG³ § 221 Rz 391*; *Habersack* in *MünchKomm AktG³ § 221 Rz 101*; *Hochedlinger* in *Jabornegg/Armann*, UGB² § 179 Rz 10; *Bauer* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 19 (27); *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2013, 133 (135 und 137); *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte 175 f.; *Frantzen*, Genusscheine 5 und 122 ff.; *van Husen*, Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital 159 ff.

62) Vgl. *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genussrechte 176; *Frantzen*, Genusscheine 5 und 122; *van Husen*, Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital 159; *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 298; *Habersack* in *MünchKomm AktG³ § 221 Rz 101*; *Winner* in *MünchKomm AktG³ § 221 Rz 391*; *Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2013, 133 (135 und 137).

keine Verlustbeteiligung gewollt ist.⁶³⁾ Tatsächlich muss der Bezeichnung als Genussrecht gerade umgekehrt ein Indizcharakter zu Gunsten einer Verlustteilnahme zukommen. Ergibt sich aus der Auslegung des tatsächlichen oder hypothetischen Parteiwillens Gegenteiliges, dann liegt trotz der gewählten Bezeichnung inhaltlich kein Genussrecht vor. Unzutreffend ist die Auffassung, dass Verlustbeteiligungen außerhalb des Gesellschaftsrechts nicht vorliegen können.⁶⁴⁾

Ebenso wenig gefolgt werden kann der im Schrifttum weit verbreiteten Auffassung, dass es sich bei Gewinn- und Wandelschuldverschreibungen um eine Unterart der Genussrechte handelt.⁶⁵⁾ Abgesehen davon, dass sich solche nach der hier vertretenen Auffassung schon hinsichtlich des Merkmals der Verlustbeteiligung grundlegend von Genussrechten unterscheiden, spricht gegen diese These schon die Bestimmung des § 174 AktG, die diese Schuldverschreibungsformen und Genussrechte nebeneinander erwähnt. Denn eine rechtliche Einstufung von Gewinn- und Wandelschuldverschreibungen als besondere Genussrechtsformen hätte zur Konsequenz, dass die gesonderte Erwähnung dieser beiden Schuldverschreibungstypen neben Genussrechten in § 174 AktG normativ überflüssig wäre. Gegen ein solches Verständnis spricht freilich schon der Interpretationsgrundsatz, dass eine Bestimmung im Zweifel systematisch-logisch nicht dahingehend ausgelegt werden darf, dass sie normativ zweck- und funktionslos ist.⁶⁶⁾

Sieht ein Rechtsverhältnis keine Verlustbeteiligung vor, so kann es dem Gesagten zufolge nicht

als Genussrecht zu qualifizieren sein. Vor diesem Hintergrund dürften jene Rechtsverhältnisse, die in der Rechts- und Wirtschaftspraxis trotz fehlender Verlustbeteiligung als Genussrechte oder ähnlich bezeichnet werden, tatsächlich nicht als Genussrechte, sondern in der Regel als (partiarische) Darlehen einzustufen sein. Die Konsequenzen dieses Befunds sind aber – trotz des Umstands, dass die Vereinbarung einer Verlustbeteiligung in praxi seltener als ihr Ausschluss sein dürfte⁶⁷⁾ – nicht so spektakulär, wie man auf den ersten Blick vermeinen könnte. So wird nämlich hinsichtlich solcher Rechtsverhältnisse insb das VKrG stets unanwendbar bleiben, und zwar auch dann, wenn der vermeintliche Genussrechtsinhaber als Verbraucher zu qualifizieren ist. Denn die Anwendung des VKrG setzt eine Verbrauchereigenschaft des Kreditnehmers voraus (§ 2 Abs 2 VKrG). Bei vermeintlichen Genussrechtsverhältnissen, die bei korrekter Beurteilung mangels Verlustbeteiligung als (partiarisches) Darlehen zu qualifizieren sind, fungiert aber der das Kapital überlassende Inhaber als Kreditgeber und nicht als Kreditnehmer,⁶⁸⁾ sodass ein Verbraucherkreditvertrag iSd VKrG von vornherein nicht vorliegen kann, zumal in der Praxis bei dem als Kreditnehmer fungierenden Emittenten eine Verbrauchereigenschaft nie vorliegen wird.⁶⁹⁾ Da das Darlehensrecht außerhalb des VKrG weitgehend dispositiv ist, dürften sich die praktischen Auswirkungen einer Einstufung eines vermeintlichen Genussrechtsverhältnisses ohne Verlustbeteiligung als Darlehensverhältnis somit in Grenzen halten.

Kein hinreichendes Abgrenzungskriterium zwischen Genussrechts- und Darlehensverhältnissen kann entgegen der im Schrifttum mitunter vertretenen Auffassung⁷⁰⁾ eine bei Genussrechten allfällige vereinbarte Beteiligung am Liquidationsgewinn darstellen, weil es sich auch dabei um nichts anderes als eine Form der Gewinnbeteiligung handelt, die auch bei partiarischen Rechtsverhältnissen möglich sein muss (zB in Gestalt einer Nullkupon-Gewinnschuldverschreibung),⁷¹⁾ zumal es auf den Realisationszeitpunkt allfälliger Gewinne (während laufenden Be-



Wissenschaftliche Auseinandersetzung, mit großer Bedeutung für die Praxis

2016. XVI, 68 Seiten.
Br. EUR 22,80
ISBN 978-3-214-03946-2

Rüffler · Müller

Interdisziplinäre Rechtsanwalts-gesellschaften?

Zulässigkeit und Sinnhaftigkeit

Dieses Werk beruht auf einem Gutachten des Forschungsinstitutes für Rechtsentwicklung. Es sollen primär rechtliche Argumente aufbereitet werden, die sich an den „core values“ und deren Zusammenspiel mit dem Gesellschaftsrecht orientieren.

MANZ

63) So *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 67 und 288; *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (61).
64) So aber etwa *Lindinger*, JBl 2003, 724 (729) mwN.
65) Vgl zB *van Husen*, Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital 114f; *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 65 ff; *ders* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 19 (32); *Frotz/Spitznagel* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 47 (54); *Wünsch* in FS Strasser 871 (882); *Karollus*, GesRZ 2009, 209 (211); *ders* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 248 ff, 260, 286 und 318; *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 21, 58, 68, 101 und 116; *Winner* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 385; *Hirte* in GroßKomm AktG⁴ § 221 Rz 15 und 355; *Reich-Rohrwig*, ecolex 2013, 133 (133 und 138).
66) Vgl *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) 444f; *Bergmann/Rebisant*, SWK 2011 S 375 (S 382).
67) Vgl *Bauer*, Die Stille Gesellschaft als Finanzierungsinstrument 65; *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (56).
68) Vgl *Karollus* in *Gefßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, AktG¹⁶ § 221 Rz 287.
69) Vgl *Habersack* in MünchKomm AktG³ § 221 Rz 93.
70) Vgl zB *Frantzen*, Genusscheine 20; *Pougin*, Genussrechte 4.
71) Vgl aA *Beuchert/Redeker* in *Schön*, Eigenkapital und Fremdkapital 289 (306); *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften (2015) 214.

triebs oder im Liquidationsfalle) nicht ankommen kann.

D. Abgrenzung von Partizipationskapital und BWG-Instrumenten über Kapitalanteile ohne Stimmrecht

Zu den Eigenmitteln von Kreditinstituten zählte bis zum 31. 12. 2013 auch sog Partizipationskapital (§ 23 Abs 1 Z 5 BWG aF). Als solches galt gem § 23 Abs 4 BWG aF jenes Kapital, das eingezahlt ist, dem Kreditinstitut auf Unternehmensdauer unter Verzicht auf die ordentliche und außerordentliche Kündigung zur Verfügung gestellt wird, das nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften zurückgezahlt werden kann, dessen Erträge gewinnabhängig sind, das wie Aktienkapital bis zur vollen Höhe am Verlust teilt, das mit einem Recht auf Beteiligung am Liquidationserlös zumindest im Ausmaß des Nominales verbunden ist und das erst nach Befriedigung oder Sicherstellung aller anderen Gläubiger zurückgezahlt werden darf. Im Zuge einer groß angelegten Novellierung des BWG⁷²⁾ zur Implementierung der CRD IV-RL (Capital Requirements Directive)⁷³⁾ sowie zur Adaptierung an die CRR I-VO (Capital Requirements Regulation)⁷⁴⁾ wurden die vormaligen BWG-Bestimmungen über das Partizipationskapital von Kreditinstituten zwar aufgehoben, doch sehen die Art 484 ff der CRR I-VO für bis zum 31. 12. 2012 von Kreditinstituten begebenes Partizipationskapital ohne Dividendennachzahlungsverpflichtung einen bis befristeten 31. 12. 2021 Bestandsschutz vor.⁷⁵⁾

Bis zum 31. 12. 2015 konnten auch Versicherungsunternehmen den Eigenmitteln zuzurechnendes Partizipationskapital ausgeben (§ 73 b Abs 2 Z 4 VAG 1978), wobei die dafür von § 73 c Abs 1 VAG 1978 statuierten Voraussetzungen inhaltlich weitestgehend jenen des § 23 Abs 4 BWG aF entsprachen. Im das VAG 1978 mit Wirkung ab 1. 1. 2016 ersetzenden VAG 2016⁷⁶⁾ ist die Möglichkeit der Begebung von Partizipationskapital nicht mehr vorgesehen.⁷⁷⁾ Gem § 335 Abs 9 VAG 2016 werden aber bisherige Basiseigenmittelbestandteile bis zum 31. 12. 2025 unter den Voraussetzungen in die sog Tier 1-Basiseigenmittel iSd § 172 VAG 2016 aufgenommen, dass diese Bestandteile je nachdem, welcher der frühere Zeitpunkt ist, vor dem 1. 1. 2016 oder vor dem Inkrafttreten des delegierten Rechtsakts gem Art 97 der Solvency II-RL⁷⁸⁾ ausgegeben wurden, am 31. 12. 2015 gem VAG 1978 zu einem Betrag in Höhe von bis zu 50% des Eigenmittelerfordernisses berücksichtigt wurden und andernfalls nicht in Tier 1 gem § 172 VAG 2016 eingestuft würden. § 335 Abs 9 VAG 2016 ermöglicht somit unter bestimmten Voraussetzungen die Einstufung von nach Maßgabe des VAG 1978 begebenem Partizipationskapital als nunmehrige Tier 1-Basiseigenmittel.⁷⁹⁾

Bei Kreditinstituten ist anstelle der vormaligen Ausgabe von Partizipationskapital die Möglichkeit getreten, fortan sog Instrumente über Kapitalanteile ohne Stimmrecht zu begeben (§ 26 a Abs 1 BWG). Auf diese muss bei der Gewinnverteilung ein im Vorhinein festgelegtes Vielfaches der Dividende einer

mit einem Stimmrecht ausgestatteten Aktie oder des Gewinnanteils eines mit einem Stimmrecht ausgestatteten Genossenschaftsanteils entfallen (§ 26 a Abs 2 Satz 1 BWG). Die Vereinbarung eines nachzuzahlenden Vorzugsbetrags ist dabei unter allen Umständen unzulässig (§ 26 a Abs 2 Satz 2 BWG). Das Kapital aus stimmrechtslosen Instrumenten kann nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 26 b BWG eingezogen werden (§ 26 a Abs 3 BWG). Zur Anerkennung von Kapital aus stimmrechtslosen Instrumenten iSd § 26 a BWG als hartes Kernkapital des Kreditinstituts müssen darüber hinaus sämtliche Voraussetzungen des Art 28 der CRR I-VO erfüllt sein, was ua voraussetzt, dass das Kapital dem Kreditinstitut zeitlich unbefristet zusteht (Art 28 Abs 1 lit e CRR I-VO). Das Gebot einer unbefristeten Zurverfügungstellung führt in Verbindung mit dem Umstand, dass das Kapital nur unter analoger Anwendung der aktienrechtlichen Kapitalherabsetzungsvorschriften herabgesetzt oder gemäß den Bestimmungen des § 26 b BWG eingezogen werden darf, dazu, dass Inhabern von Instrumenten über Kapitalanteile ohne Stimmrecht ebenso wie Inhabern von Partizipationskapital iSd § 23 Abs 4 BWG aF bzw § 73 c Abs 1 VAG 1978 weder ein ordentliches noch ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen darf.

Die Ausgabe von Partizipationskapital als spezielle Finanzierungs- bzw Beteiligungsform dürfte nur jenen Unternehmen offengestanden sein, hinsichtlich derer diese Möglichkeit in der Rechtsordnung ausdrücklich positiviert war,⁸⁰⁾ und dürfte solcherart eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Ausgabe von Partizipationskapital außerhalb des Banken- und Versicherungsbereichs unzulässig gewesen sein. Denn der Gesetzgeber schien die Finanzierung über Partizipationskapital bewusst nur solchen Unternehmen gestattet haben zu wollen, die einer besonderen staatlichen Aufsicht zum Schutz der Kunden vor einer Insolvenz des Emittenten oder vor einer schlechten Geschäftsgebarung unterliegen.⁸¹⁾ Für die Ausgabe von nunmehrigen BWG-In-

72) BGBl I 2013/184.

73) RL 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26. 6. 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der RL 2002/87/EG und zur Aufhebung der RL 2006/48/EG und 2006/49/EG, ABl L 76/338, 1 ff (27. 6. 2013).

74) VO (EU) 575/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates v 26. 6. 2013 über Aufsichtsbedingungen an Kreditinstitute und Wertpapierfirmen und zur Änderung der VO (EU) 646/2012, ABl L 176/1 ff (27. 6. 2013).

75) Vgl auch ErläutRV 2438 BlgNR 24. GP 33 und 64.

76) BGBl I 2015/34.

77) Vgl ErläutRV 354 BlgNR 25. GP 34 f, 70 und 72.

78) RL 2009/138/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 25. 11. 2009 betreffend die Aufnahme und Ausübung der Versicherungs- und der Rückversicherungstätigkeit (Solvabilität II), ABl L 335/1 ff (17. 12. 2009).

79) Vgl ErläutRV 354 BlgNR 25. GP 68.

80) Vgl aA *Kastner* in *Hofinger/Brandner*, Aspekte des Kreditwesengesetzes 175 (179).

81) Vgl hinsichtlich Partizipationskapital OGH 24. 1. 2006, 10 Ob 34/05 f; 6. 7. 2010, 1 Ob 105/10 p; *Lindinger*, JBl 2003, 724 (730 f).

strumenten über Kapitalanteile ohne Stimmrecht dürfte dies sinngemäß gelten.

Nach ganz überwiegender Ansicht war bzw ist das Rechtsverhältnis zwischen Partizipationskapitalgebern und Emittenten als schuldrechtliches Genussrechtsverhältnis einzustufen.⁸²⁾ Tatsächlich dürfte diese rechtliche Charakterisierung jedoch unzutreffend sein. Dass es sich bei diesen beiden Finanzierungs- bzw Beteiligungsformen um zwei unterschiedliche Rechtsinstitute handelt, muss sich wohl bereits aus jenen gesetzlichen Bestimmungen ergeben, die Partizipationskapital und Genussrechte jeweils für sich nebeneinander ansprechen (zB § 4 Abs 12 Z 1 und § 27 Abs 2 Z 1 lit c EStG; § 8 Abs 3 Z 1 und § 10 Abs 1 Z 3 und 4 KStG; § 23 Abs 5 BWG aF und § 73 c Abs 7 VAG 1978). Denn eine rechtliche Einstufung des Partizipationskapitals als eine besondere Form des Genussrechtskapitals hätte zur Konsequenz, dass eine gesonderte Erwähnung von Partizipationskapital neben Genussrechten normativ überflüssig wäre. Gegen ein solches Verständnis spricht aber freilich der bereits erwähnte Interpretationsgrundsatz, dass eine Bestimmung im Zweifel systematisch-logisch nicht dahingehend ausgelegt werden darf, dass sie normativ zweck- und funktionslos ist.⁸³⁾ Gegen eine Einstufung des Rechtsverhältnisses zwischen Partizipationskapitalgebern und Emittenten als Genussrechtsverhältnis bzw überhaupt als rein schuldrechtliches Rechtsverhältnis ist auch der Umstand ins Treffen zu führen, dass der für die Anerkennung von Partizipationskapital als Eigenmittel ausdrücklich vorausgesetzte Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts (§ 23 Abs 4 Z 1 BWG aF bzw § 73 c Abs 1 Z 1 VAG 1978) bei allen rein schuldrechtlichen Dauerschuldverhältnistypen – und dementsprechend auch bei Genussrechten⁸⁴⁾ – nach ganz hA ausnahmslos unzulässig und nichtig ist.⁸⁵⁾ Schon deshalb kann es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen Partizipationskapitalgebern und Emittenten um kein Schuldrechtsverhältnis im engeren Sinn handeln, sondern muss Partizipationskapital als spezielle verbandsrechtliche Finanzierungs- bzw Beteiligungsform für Bank- und Versicherungsunternehmen eingestuft werden.⁸⁶⁾ Zutreffend hat *Hofinger* in diesem Sinne festgestellt, dass es sich beim Partizipationskapital um eine gesetzlich geschaffene Form der gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen an bestimmten Unternehmen handelt.⁸⁷⁾ Dieser Befund steht auch in keinem Spannungsverhältnis zum numerus clausus der Gesellschafts- und Verbandsformen und dem sich daraus wohl abzuleitenden Typenzwang gesellschafts- bzw verbandsrechtlicher (dh nicht bloß schuldrechtlicher) Beteiligungsformen, weil es sich beim Partizipationskapital von Kreditinstituten und Versicherungen um keine gestalterische Erfindung der Rechts- und Wirtschaftspraxis handelt, sondern um eine vom Gesetzgeber ausdrücklich zur Verfügung gestellte und inhaltlich weitestgehend geregelte Beteiligungsform. Im Verbandsrecht existiert im Übrigen – anders als im Schuldrecht – kein allgemeiner (rechtsformübergreifender) Grundsatz eines zwingend zustehenden außerordentlichen Kündigungsrechts. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass selbst der Gesetzgeber bei Einführung

des Partizipationskapitals nicht davon ausgegangen sein dürfte, dass es sich bei diesem um eine besondere Form von Genussrechten handelt, zumal das Partizipationskapital von Kreditinstituten ausweislich der ErläutRV zur KWG-Novelle 1986 den aktienähnlichen Genussrechten mit Substanzbeteiligung lediglich „nachgebildet“ sein sollte.⁸⁸⁾ Die Erläuterungen zur RV zum jüngeren Finanzmarktanpassungsgesetz 1993⁸⁹⁾ betonen überhaupt, dass das Partizipationskapital weitgehend den Vorzugsaktien iSd § 12 a AktG (und somit einer zweifellos verbandsrechtlichen Beteiligungsform) nachgebildet ist.⁹⁰⁾ Zu den nunmehrigen BWG-Instrumenten über Kapitalanteile ohne Stimmrecht gilt das Gesagte sinngemäß. Als weiteres Indiz für deren verbandsrechtlichen Charakter kann der Regelungsstandort des § 26 a BWG im mit „Gesellschaftsrecht“ überschriebenen 2. Unterabschnitt des VI. Abschnitts des BWG ins Treffen geführt werden.

Das außerordentliche Kündigungsrecht ist mE auch das entscheidende Kriterium, anhand dessen die Abgrenzung von Genussrechten zu Partizipationskapital iSd § 23 Abs 4 BWG aF bzw § 73 c Abs 1 VAG 1978 und zu stimmrechtslosen Instrumenten nach § 26 a BWG zu erfolgen hat. Aufgrund der hier vertretenen Exklusivität der Ausgabemöglichkeit von Partizipationskapital und stimmrechtslosen Instrumente für Unternehmen der Bank- bzw Versicherungswirtschaft stellt sich die gegenständliche Frage der Abgrenzung dieser Rechtsinstitute von Genussrechten freilich von vornherein nur dann, wenn es sich beim Emittenten um ein Kreditinstitut oder Versicherungsunternehmen handelt. Gehört der Emittent einem dieser Wirtschaftszweige an, ist bei der Prüfung, ob ein emittierter Beteiligungstitel als Partizipationskapital bzw stimmrechtsloses Instrument oder als Genussrecht zu qualifizieren ist, nicht nur auf allfällig vorhandene ausdrückliche Vereinbarungen hinsichtlich des Ausschlusses bzw des Bestehens eines außerordentlichen Kündigungs-

82) Siehe zu Nachweisen oben FN 7.

83) Siehe zu Nachweisen oben FN 66.

84) Vgl zB OGH 6. 7. 2010, 1 Ob 105/10 p; 24. 1. 2006, 10 Ob 34/05 f; 29. 1. 2003, 7 Ob 267/02 v; *Nagele/Lux* in *Jabornegg/Srasser*, AktG⁵ § 174 Rz 32; *Bauer* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte² 19 (28); *Frantzen*, Genußscheine 147 f und 154; *van Husen*, Genussrechte Genußscheine Partizipationskapital 169 ff.

85) Vgl zB OGH 25. 1. 2012, 7 Ob 250/11 g; 14. 2. 2007, 7 Ob 255/06 k; 21. 12. 2006, 6 Ob 169/06 f; 24. 1. 2006, 10 Ob 34/05 f; 13. 7. 1999, 4 Ob 189/99 v; 23. 2. 1999, 1 Ob 326/98 t; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (1994) 265; *Fenyves*, Erbenhaftung und Dauerschuldverhältnis (1982) 184 und 190; *Bydlinski*, Zulässigkeit und Schranken „ewiger“ und extrem langdauernder Vertragsbindung (1991) 8 ff und 33.

86) Völlig zu Recht wird im Schrifttum wegen der Unvereinbarkeit des Erfordernisses eines Ausschlusses des außerordentlichen Kündigungsrechts mit § 184 Abs 1 Satz 3 UGB auch die Möglichkeit verneint, Partizipationskapital als stille Beteiligung zu qualifizieren (vgl *Zawitscha*, Die Gewerbliche Genossenschaft 2/1987, 17 [18]; *Baran*, VAG³ § 73 c Anm 1; *Hejc* in *Bühler/Raab/Strobl*, KWG und Bankbetrieb [1987] 115 [121]; *van Husen*, Genussrechte Genußscheine Partizipationskapital 306 und 329).

87) Vgl *Hofinger*, Die Gewerbliche Genossenschaft 2–3/1991, 2 (8).

88) ErläutRV 934 BlgNR 16. GP 41.

89) BGBl 1993/532.

90) ErläutRV 1130 BlgNR 18. GP 130.

rechts abzustellen, sondern sind die Gesamtumstände zu würdigen. Dabei wird auch der Bezeichnung des emittierten Titels eine Indizwirkung zukommen. Ergibt sich bei Würdigung der Gesamtumstände, dass dem (tatsächlichen oder hypothetischen) Parteiwillen eher eine Qualifikation als Genussrechtsverhältnis gerecht wird, dann wird ein allfällig vereinbarter Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts nichtig sein. Sollte sich hingegen ergeben, dass in tatsächlicher Hinsicht die Emittierung von Partizipationskapital bzw stimmrechtsloser Instrumente beabsichtigt war, dann wird dem dafür wesensimmanenten Ausschluss des außerordentlichen Kündigungsrechts selbst das Fehlen einer ausdrück-

lichen Vereinbarung darüber nicht abträglich sein. Nicht gefolgt werden kann mE der im Schrifttum vertretenen Auffassung, es handle sich beim Verzicht auf das außerordentliche Kündigungsrecht bei Partizipationskapital um einen solchen ex lege, der sich jeglicher vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten entzieht.⁹¹⁾ Vielmehr müssen stets die (in erster Linie auf dem tatsächlichen bzw hypothetischen Parteiwillen beruhenden) Gesamtumstände maßgeblich sein.

91) Vgl Hejc in *Bühler/Raab/Strobl*, KWG und Bankbetrieb 115 (121); van Husen, *Genussrechte Genusscheine Partizipationskapital* 306; Baran, *VAG*³ § 73 c Anm 3.

SCHLUSSSTRICH

- Die vorangegangene Genussrechtsabgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten ist von einem Genussrechtsbegriff ausgegangen, der iS eines Entweder-oder-Prinzips grundsätzlich keine Überschneidungen zu anderen Rechtsinstituten aufweist.
- Als Ergebnis kann festgehalten werden, dass es sich bei Genussrechten um solche rein schuldrechtlichen Beteiligungs- bzw Finanzierungsformen handelt, die den Inhabern keinerlei noch so geringe Mitwirkungsrechte einräumen und eine Verlustbeteiligung der Inhaber vorsehen. Vertragsverhältnisse, die diese Charakteristika aufweisen, können nämlich unter kein anderes Rechtsinstitut subsumiert werden.
- Während sich Genussrechte von Gesellschaftsverhältnissen (insb GesBR und stillen Gesellschaf-

ten) über das Merkmal des Nichtzustehens mitgliedschaftlicher Mitwirkungsrechte und dem daraus resultierenden Fehlen einer gesellschaftsimmanenten Gemeinschaftsorganisation abgrenzen, unterscheiden sie sich über das Merkmal der Verlustbeteiligung von Darlehensverhältnissen jeglicher Art.

- Bei Partizipationskapital nach dem BWG aF bzw dem VAG 1978 und stimmrechtslosen BWG-Instrumenten handelt es sich anders als bei Genussrechten um keine rein schuldrechtliche, sondern um verbandsrechtliche Beteiligungs- bzw Finanzierungsformen, was insb im Umstand zum Ausdruck kommt, dass ihren Inhabern kein – sämtlichen rein schuldrechtlichen Dauerschuldverhältnissen immanentes – außerordentliches Kündigungsrecht zusteht.