

# Sanierungsinstrumente für Gesellschaften in der „Krise“

Im Anschluss an Teil I dieser Aufsatzreihe werden die Auswirkungen elf weiterer Sanierungsinstrumente auf Gesellschaften in der Krise skizziert: Bürgschaft, Pfandbestellung, Garantieverträge, privative Schuldübernahme, Schuldbeitritt, Erfüllungübernahme, Patronatserklärungen, Genussrechte, stille Gesellschaften, Debt-Mezzanine-Swaps sowie die Sanierungstreuhand. In Zusammenschau mit Teil I soll Konzernobergesellschaften und insbesondere Privatstiftungen eine fundierte Entscheidungsgrundlage über die im Einzelfall passenden Sanierungsinstrumente bereitgestellt werden.

Von Tobias Hayden, Marco Thorbauer und Benedikt Gröhs

## Inhaltsübersicht:

- A. Allgemeines
- B. Einzelne Sanierungsinstrumente
  - 1. Bürgschaft
    - a) UGB-Bilanzrecht
    - b) Ertragsteuerrecht
    - c) Insolvenzordnung
    - d) Unternehmensreorganisationsgesetz
    - e) Eigenkapitalersatzgesetz
    - f) Sonstige Aspekte
  - 2. Pfandbestellung einschließlich Hypotheken
  - 3. Garantieverträge
  - 4. Privative Schuldübernahme
    - a) UGB-Bilanzrecht
    - b) Ertragsteuerrecht
    - c) Unternehmensreorganisationsgesetz
    - d) Insolvenzordnung
    - e) Eigenkapitalersatzgesetz
    - f) Sonstige Aspekte
  - 5. Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme)
    - a) UGB-Bilanzrecht
    - b) Ertragsteuerrecht
    - c) Unternehmensreorganisationsgesetz
    - d) Insolvenzordnung
    - e) Eigenkapitalersatzgesetz
    - f) Sonstige Aspekte
  - 6. Erfüllungübernahme
    - a) UGB-Bilanzrecht
    - b) Ertragsteuerrecht
    - c) Unternehmensreorganisationsgesetz
    - d) Insolvenzordnung
    - e) Eigenkapitalersatzgesetz
    - f) Sonstige Aspekte
  - 7. Patronatserklärung (Letter of Comfort)
    - a) UGB-Bilanzrecht
    - b) Ertragsteuerrecht
    - c) Unternehmensreorganisationsgesetz
    - d) Insolvenzordnung
    - e) Eigenkapitalersatzgesetz
    - f) Sonstige Aspekte
  - 8. Genussrechte
    - a) UGB-Bilanzrecht

- b) Ertragsteuerrecht
- c) Unternehmensreorganisationsgesetz
- d) Insolvenzordnung
- e) Eigenkapitalersatzgesetz
- f) Sonstige Aspekte
- 9. Stille Gesellschaften
  - a) UGB-Bilanzrecht
  - b) Ertragsteuerrecht
  - c) Unternehmensreorganisationsgesetz
  - d) Insolvenzordnung
  - e) Eigenkapitalersatzgesetz
  - f) Sonstige Aspekte
- 10. Debt-Mezzanine-Swap
- 11. Sanierungstreuhand
- C. Steuerliche Besonderheiten bei Privatstiftungen

## A. Allgemeines

In Teil I (PSR 2020, 8) dieser Aufsatzreihe wurden bereits sieben Sanierungsinstrumente (Gesellschafterzuschüsse iwS, Darlehen iwS, Kapitalherabsetzung, Kapitalschnitt, Debt-Equity Swap, Forderungsverzicht und Besserungsvereinbarung) für Unternehmen in der Krise aus dem Blickwinkel des österr Gesellschaftsrechts einschließlich des Bilanzrechts (UGB), Ertragsteuerrechts, der Insolvenzordnung, des Unternehmensreorganisations- und Eigenkapitalersatzgesetzes vorgestellt. Diese Skizzierung der Sanierungsinstrumente in Teil I Pkt B.1 bis 7 soll nunmehr systematisch fortgesetzt werden:

## B. Einzelne Sanierungsinstrumente

### 1. Bürgschaft

Im Rahmen einer Bürgschaft<sup>1)</sup> verpflichtet sich der Bürge persönlich und grds mit seinem gesamten Vermögen den Gläubiger zu befriedigen, sollte der Schuldner nicht zahlen (Subsidiarität).<sup>2)</sup> Der Bürgschaftsver-

1) §§ 1346 ff ABGB.

2) Etwa Jaufer in Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer (Hrsg), Unternehmenskrise und Sicherheiten (2017) 2; Rautner, Kreditsicherungsverträge (2017) 26; Schausberger, Die Bilanzierung von entgeltlichen Bürgschaften nach IFRS und UGB aus der Sicht von Industrie- und Handelsunternehmen als Bürgen, RWZ 2014, 338; Jaufer/Rauch, Die Patronatserklärung, SWK 2017, 952 (957).

PSR 2020/22

§§ 66 f IO;  
§§ 22 ff URG;  
§§ 8, 12, 23 a  
KStG

Sanierungs-  
instrumente;  
Krise;  
Insolvenz;  
Reorganisations-  
bedarf;  
Eigenkapital-  
ersatz (EKEG)

trag unterliegt dem Schriftlichkeitsgebot. Die Schuld des Bürgen ist akzessorisch an das Bestehen der Hauptschuld geknüpft.<sup>3)</sup> Zahlt der Bürge für den Hauptschuldner, hat der Bürge gegenüber diesem ein Regressrecht.<sup>4)</sup> Der Zeitpunkt der konkreten Zahlungspflicht des Bürgen hängt von der Ausgestaltung der Bürgschaft ab (in etwa „Bürge und Zahler“, Ausfallsbürge, „Bürgschaft auf erstes Anfordern“ etc).<sup>5)</sup>

#### a) UGB-Bilanzrecht

**Auf Ebene des Bürgen** ist die Bürgschaftsverpflichtung als Eventualverbindlichkeit unter der Bilanz<sup>6)</sup> zu bilanzieren oder im Anhang zu erläutern.<sup>7)</sup> Bei ernsthafter Gefahr der Inanspruchnahme kommt es bei betrieblicher Veranlassung zu einer aufwandswirksamen Rückstellungsbildung.<sup>8)</sup> Die tatsächliche Inanspruchnahme des Bürgen kann anschließend zur Aktivierung des Regressanspruchs führen, sofern dieser nicht ausgeschlossen wurde und realisierbar erscheint.<sup>9)</sup>

Bei sozietärer Veranlassung sind Aufwendungen für eine Bürgschaft grundsätzlich erfolgsneutral auf die Beteiligung zu aktivieren.<sup>10)</sup> Eine Korrektur durch eine außerplanmäßige Abschreibung ist allenfalls möglich. Dies gilt insoweit, als auf den bestehenden Regressanspruch gegenüber der Gesellschaft tatsächlich verzichtet wird. Wird die Kreditwürdigkeit durch eine Bürgschaft erst hergestellt und nicht verbessert, ist eine sozietäre Veranlassung zu vermuten.<sup>11)</sup>

**Auf Ebene der Gesellschaft** als Begünstigte kommt es zu keinen Auswirkungen bis zur tatsächlichen Inanspruchnahme des Bürgen. Bei Inanspruchnahme des Bürgen kommt es zur Ausbuchung der ursprünglichen Verbindlichkeit und Passivierung des Regressanspruchs.

Bei sozietärem Verzicht auf den Regressanspruch entsprechen die Auswirkungen dem sozietären Forderungsverzicht (s Teil I Pkt B.6.).

#### b) Ertragsteuerrecht

**Auf Ebene des Bürgen** kommt es zu einer aufwandswirksamen Erfassung bei betrieblicher Veranlassung im Zeitpunkt der (drohenden) Inanspruchnahme, wobei etwaige Regressansprüche bereits bei der Rückstellungsbildung mitberücksichtigt werden müssen (Salddierung).<sup>12)</sup>

Bei sozietärer Veranlassung der Bürgschaft liegt im Zeitpunkt der Inanspruchnahme hingegen eine Einlage vor, deren Behandlung und etwaige Abschreibung grds der UGB-Bilanzierung folgt.<sup>13)</sup> Bei Körperschaften als Gesellschafter ist die Beteiligung gem § 12 Abs 3 Z 2 KStG auf sieben Jahre zu je einem Siebtel zu verteilen. Bei mittelbaren Kapitalzufuhren ist zudem auf das Abzugsverbot des § 12 Abs 3 Z 3 KStG zu achten, das im Falle der Veräußerung oder des Ausscheidens von § 10-Beteiligungen Kaskadeneffekte aufgrund von mehrfachen Teilwertabschreibungen auf verschiedenen Gesellschaftsebenen verhindern will.<sup>14)</sup>

**Auf Ebene der Gesellschaft** entspricht bei betrieblich veranlassten Bürgschaften die Vorgehensweise der UGB-Bilanzierung.

Bei Inanspruchnahme des Gesellschafters durch den Dritten mit sozietärem Regressverzicht (Forde-

rungsverzicht) ist der nicht-werthaltige Teil der Regressverbindlichkeit ertragsteuerepflichtig gem § 8 Abs 1 letzter Satz KStG. Der nicht-werthaltige Teil erhöht daher den Stand der Innenfinanzierung, während der werthaltige Teil als Einlage das disponible Evidenz-Subkonto erhöht. Gestaltungsalternative bei Inanspruchnahme durch den Dritten wäre die Geldeinlage in die Schuldnergesellschaft und Tilgung durch die eigentliche Schuldnergesellschaft, die zu einer Erhöhung des Einlagenstands iSd § 4 Abs 12 EStG führt. Diese Vorgehensweise stellt nach dem deutschen BFH keinen Steuermissbrauch dar<sup>15)</sup> und könnte auch in Österreich eine Gestaltungsalternative darstellen.

#### c) Insolvenzordnung

Auf die Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO oder die Überschuldung iSd § 67 IO wirkt sich eine Bürgschaft nicht unmittelbar aus.<sup>16)</sup> Im Einzelfall könnten allenfalls Zinszahlungen durch die zusätzliche Sicherheit gesenkt werden.

#### d) Unternehmensreorganisationsgesetz

Die Bürgschaft beeinflusst weder die Eigenmittelquote iSd § 23 URG noch führt sie zur Reduktion der Schuldentilgungsdauer iSd § 24 URG.

#### e) Eigenkapitalersatzgesetz

Eine in der Krise der Gesellschaft übernommene Bürgschaft gilt als eigenkapitalersetzende Sicherheit.<sup>17)</sup> In diesem Fall entfallen die Subsidiarität der Bürgschaft sowie die Regressmöglichkeit des Bürgen im Falle der Befriedigung des Gläubigers.

3) Etwa *Jaufer* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenskrise und Sicherheiten 2; *Schausberger*, RWZ 2014, 338; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 957.

4) § 1358 ABGB.

5) Etwa *Jaufer* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenskrise und Sicherheiten 2f; *Rautner*, Kreditsicherungsverträge 30; *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig? (2014) Rz 9/117.

6) § 199 iVm § 237 Abs 1 Z 2 UGB.

7) Etwa *Grünberger*, Praxis der Bilanzierung<sup>15</sup> (2019) Pkt 8.4.10; *Schausberger*, RWZ 2014, 342; *Müller/Burghardt* in *Hirschler* (Hrsg), Bilanzrecht<sup>2</sup> § 237 (2019) Rz 47.

8) *Grünberger*, Praxis der Bilanzierung<sup>15</sup> Pkt 8.4.10; *Kampitsch* in *Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied* (Hrsg), Bilanzpostenkommentar (2017) Rz PP.B.4 10.

9) *Grünberger*, Praxis der Bilanzierung<sup>15</sup> Pkt 8.4.10.

10) Vgl zum Steuerrecht EStR 2000 Rz 1511; BFH 2. 10. 1984, VIII R 36/83 BStBl 1985 II 320 zum dEStG.

11) In diese Richtung *Schröger* in *Mittendorfer/Mittermair* (Hrsg), Handbuch Unternehmensfinanzierung (2017) Rz AT 5/157.

12) EStR 2000 Rz 3463; *Jakom/Lenneis* 2020<sup>13</sup> § 4 Tz 330 unter „Bürgschaft“; *Mayr* in *Doral/Kirchmayr/Mayr/Zorn* (Hrsg), EStG<sup>19</sup> (2010) § 6 Rz 268.

13) Abweichend *Achatz/Kirchmayr*, Sozietär veranlasste Bürgschaften und freiwillige Einlagen, taxlex 2019, 69, wonach die sozietäre Veranlassung der Bürgschaftsübernahme nicht ausreichend ist, bei Inanspruchnahme aus der Bürgschaft eine Einlage zur Gänze zu unterstellen.

14) Etwa ErläutRV 451 BlgNR 22. GP 30; *Marchgraber/Plansky* in *Lang/Rust/Schuch/Staringer* (Hrsg), KStG<sup>2</sup> § 12 (2016) Rz 331 ff.

15) BFH 20. 7. 2018, IX R 5/15 BStBl 2019 II 194; dazu *Achatz/Kirchmayr*, taxlex 2019, 69; s auch *Neyer*, Zur steuerlichen Behandlung von Finanzierungshilfen des Gesellschafters, DB 2019, 1640 ff.

16) *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig? (2014) Rz 9/118 zur Überschuldung.

17) § 15 EKEG; *Jaufer* in *Jaufer/Nunner-Krautgasser/Schummer*, Unternehmenskrise und Sicherheiten 3.

## f) Sonstige Aspekte

Bürgschaften unterliegen einer Rechtsgeschäftsgebühr iHv 1% der verbürgten Verbindlichkeit. Durch eine abstrakte Garantie (s auch Pkt B.3), bei der es zur Zahlung auf erstes Anfordern unter Verzicht auf alle Einwendungen aus der Hauptschuld kommt, wird keine Rechtsgeschäftsgebührenpflicht gem § 33 TP 7 GebG (Bürgschaft) ausgelöst.<sup>18)</sup> Für Bürgschaften als Sicherungsgeschäfte, insb zu Darlehens- und Kreditverträgen, kann zudem die Gebührenbefreiung gem § 20 Z 5 GebG zur Anwendung kommen.<sup>19)</sup>

## 2. Pfandbestellung einschließlich Hypotheken

Im Unterschied zur Bürgschaft handelt es sich bei der Pfandbestellung um ein beschränkt dingliches Recht in Form einer Sachhaftung, die gegenüber dem Gläubiger des Hauptschuldners eingeräumt wird.<sup>20)</sup> Zivilrechtlich sind die Grundsätze der Akzessorietät, Spezialität, Publizität, der ungeteilten Pfandhaftung sowie der Priorität zu beachten.<sup>21)</sup>

Ungeachtet der zivilrechtlichen Unterschiede zwischen Bürgschaft und Pfandbestellung gelten die Ausführungen zur Bürgschaft als Sanierungsinstrument sinngemäß auch für Pfandbestellung hinsichtlich UGB-Bilanzrecht, Ertragsteuerrecht, Insolvenzordnung, Unternehmensreorganisationsgesetz und Eigenkapitalersatzgesetz (s Pkt B.1).

## 3. Garantieverträge

In einem Garantievertrag verpflichtet sich der Garant einem Begünstigten gegenüber, für einen bestimmten Erfolg einzustehen oder für einen Schaden im weiteren Sinne aufzukommen.<sup>22)</sup> Der echte Garantievertrag ist nicht an einen Hauptvertrag – meist einen Kauf- oder Werkvertrag – gekoppelt (Akzessorietät), sondern wird selbständig zwischen Garant und Garantieempfänger abgeschlossen.<sup>23)</sup> Von besonderer Bedeutung für Gesellschaften in der Krise ist die dreipersonale abstrakte Garantie, bei der der Garant eine Garantie für die Leistung eines Dritten abgibt.<sup>24)</sup> Es handelt sich daher um ein eigenständiges Schuldverhältnis zwischen Garant und Garantieempfänger, bei dem der Garant nicht für Erfüllung, sondern für Ersatz des fehlenden Erfolges oder des eingetretenen Schadens, der dem Garantieempfänger aus dessen Rechtsverhältnis mit einem anderen entsteht, haftet.<sup>25)</sup> Durch die fehlende Akzessorietät unterscheidet sich der Garantievertrag auch vom Schuldbeitritt (s Pkt B.5), weil die abstrakte Garantie sowohl bei der Begründung als auch danach völlig unabhängig vom Bestehen eines Schuldverhältnisses zwischen Garantierauftraggeber und einem Dritten ist.<sup>26)</sup>

Ungeachtet der zivilrechtlichen Unterschiede zwischen Bürgschaft und Garantievertrag gelten die Ausführungen zur Bürgschaft als Sanierungsinstrument sinngemäß auch für den Garantievertrag hinsichtlich UGB-Bilanzrecht, Ertragsteuerrecht, Insolvenzordnung, Unternehmensreorganisationsgesetz und Eigenkapitalersatzgesetz (s Pkt B.1). Um Rechtsgeschäftsgebühr für Bürgschaften iSd § 33 TP 7 GebG zu vermei-

den, sollte die abstrakte Garantie die Leistungsverpflichtung des Garantens auf erstes Anfordern unter Verzicht aller Einwendungen aus der Hauptschuld enthalten.<sup>27)</sup>

## 4. Privative Schuldübernahme

Bei einer privativen Schuldübernahme tritt der Neuschuldner an die Stelle des Altschuldners, wodurch dieser aus dem Schuldverhältnis entlassen wird.<sup>28)</sup> Diese Art der Schuldübernahme setzt in jedem Fall die Einwilligung des Gläubigers voraus, der auch bei einem zweiseitigen Vertrag zwischen Alt- und Neuschuldner (§ 1405 Satz 1 ABGB) zustimmen muss.<sup>29)</sup>

Eine unentgeltliche privative Schuldübernahme ist idR sozietär veranlasst, weil ein fremder Dritter mangels betrieblicher Rechtfertigung idR keine Verbindlichkeiten ohne Gegenleistung übernehmen würde. Denkbar ist auch die Schuldübernahme der Tochtergesellschaft für eine in der Krise befindliche Muttergesellschaft: In diesem Fall ist das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten, sodass es einer betrieblichen Rechtfertigung bedürfte.<sup>30)</sup>

### a) UGB-Bilanzrecht

**Auf Ebene des Gesellschafters** kommt es zum Ausweis der Verbindlichkeit und der Erhöhung des Beteiligungsansatzes.<sup>31)</sup> Bei fehlender Werthaltigkeit hat eine außerplanmäßige Abschreibung auf den beizulegenden Wert zu erfolgen.

**Auf Ebene der Gesellschaft** ist die Verbindlichkeit auszubuchen<sup>32)</sup> und stattdessen die Kapitalrücklage,

18) GebR 2019 Rz 741 ff.

19) § 20 Z 5 GebG.

20) Etwa Hofmann in Rummel (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 447 (2000) Rz 1; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1,04</sup> (2017) § 447 Rz 1.

21) Etwa Hofmann in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 447 Rz 2; Oberhammer/Domej in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,04</sup> § 447 Rz 2 ff.

22) Vgl § 880a ABGB; s auch OGH 12. 2. 1987, 8 Ob 605/86; Stölzle, Der Garantievertrag, AnwBl 1978, 103; Koziol, Der Garantievertrag (1981) 1; Sopp in Zib/Dellinger (Hrsg), UGB III<sup>1</sup> § 199 (2013) Rz 32; Jaufer/Rauch, SWK 2017, 958; Rautner, Kreditsicherungsverträge 32.

23) Etwa Stölzle, AnwBl 1978, 103; Koziol, Garantievertrag 3 ff; Sopp in Zib/Dellinger, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 31 f; Böhler in Apathy/Iro/Koziol (Hrsg), Österreichisches Bankenvertragsrecht VIII<sup>2</sup> (2012) Rz 1/64; Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar<sup>3</sup> (2011) § 1406 Rz 10; Rautner, Kreditsicherungsverträge 33.

24) Jaufer/Rauch, SWK 2017, 958.

25) Stölzle, AnwBl 1978, 103.

26) Koziol, Garantievertrag 16.

27) GebR 2019 Rz 741 ff.

28) Etwa Faber in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1406 (2016) Rz 1.

29) Etwa Faber in Schwimann/Kodek, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1406 Rz 1; Lukas in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON<sup>1,01</sup> § 1406 (2015) Rz 5; Ertl in Rummel (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 1405 (2002) Rz 2; Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang-Kommentar<sup>3</sup> (2011) § 1405 Rz 1 f und 30; Jaufer/Rauch, SWK 2017, 956.

30) Vgl KStR 2013 Rz 912, wonach bei allgemeinen Sanierungsmaßnahmen für das Unternehmen des Anteilinhabers (zB mit dem Ziel der Sicherung eines Absatzmarktes) steuerlich eine betriebliche Veranlassung und dadurch keine verdeckte Ausschüttung vorliegen kann.

31) Fritz, Wie führe ich die GmbH richtig?<sup>2</sup> Rz 9/113; vgl zum Steuerrecht auch Marschner, Einlagen in Kapitalgesellschaften (2015) 468.

32) Zirngast in Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied (Hrsg), Bilanzpostenkommentar (2017) Rz PP.C4 136.

wie bei Gesellschafterzuschüssen (s Teil I Pkt B.1), entsprechend zu erhöhen (*Passivtausch*).<sup>33)</sup>

#### b) Ertragsteuerrecht

Steuerlich folgt die Vorgehensweise grds dem UGB.

Auf Ebene der Gesellschaft erhöht die sozietäre Einlage das disponible Evidenz-Subkonto.

Die steuerliche Begünstigung für Sanierungsgewinne iSd § 23 a KStG ist mangels Schuldverlustes nicht anwendbar.<sup>34)</sup> Die Rechtsfolgen des § 8 Abs 1 letzter Satz KStG sind auf eine Schuldübernahme ebenso nicht anwendbar.<sup>35)</sup>

#### c) Unternehmensreorganisationsgesetz

Eine Schuldübernahme beeinflusst auch die URG-Kennzahlen positiv: Durch die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital kommt es zur Erhöhung der Eigenmittelquote iSd § 23 URG und zur Reduktion der Schuldentilgungsdauer iSd § 24 URG.

#### d) Insolvenzordnung

Auf die Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO wirkt sich eine Schuldübernahme nicht unmittelbar aus, sofern nicht fällige Verbindlichkeiten übernommen werden. Mittelbar entfällt allerdings in jedem Fall die Liquiditätsbelastung durch Zins- und Tilgungszahlungen.

Durch die Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital kommt es zur Reduktion einer Überschuldung iSd § 67 IO, weil sowohl die Überschuldungsbilanz als auch die Fortbestehungsprognose positiv beeinflusst werden.<sup>36)</sup>

#### e) Eigenkapitalersatzgesetz

Eine Schuldübernahme hat keinerlei EKEG-Auswirkungen.

#### f) Sonstige Aspekte

Die echte private Schuldübernahme unterliegt keiner Rechtsgeschäftsgebühr, wenn der neue Schuldner an die Stelle des alten Schuldners tritt.<sup>37)</sup> Zur Gebührenvermeidung empfiehlt sich zudem, die Befreiung des Altschuldners vertraglich festzuhalten.

### 5. Schuldbeitritt (kumulative Schuldübernahme)

Bei einem Schuldbeitritt tritt der Neuschuldner neben dem Altschuldner in das Schuldverhältnis ein.<sup>38)</sup> Der Schuldbeitritt ist im Zeitpunkt der Verpflichtung vom Bestand der Hauptschuld abhängig (Akzessorietät).<sup>39)</sup> Im Gegensatz zur privaten Schuldübernahme bedarf es bei einem Schuldbeitritt als Vertrag zugunsten Dritter nicht zwingend der Mitwirkung des Gläubigers.<sup>40)</sup>

Ein unentgeltlicher kumulativer Schuldbeitritt als Sanierungsinstrument ist idR sozietär veranlasst, weil ein fremder Dritter mangels betrieblicher Rechtfertigung keinen Verbindlichkeiten ohne Gegenleistung beitreten würde. Eine entgeltliche private Schuldübernahme begründet beim Schuldner lediglich einen Passivtausch und ist daher oft kein geeignetes Sanierungsinstrument.

#### a) UGB-Bilanzrecht

**Auf Ebene des Gesellschafters** (Übernehmers) ist eine Passivierung als Verbindlichkeit und nicht als Eventualverbindlichkeit (unter der Bilanz) geboten, sofern wirtschaftlich die Befreiung des Hauptschuldners im Vordergrund steht. Demnach kommt es auch zu einer Erhöhung des Beteiligungsansatzes, der wiederum auf den beizulegenden Wert der Beteiligung allenfalls abzuschreiben ist.

**Auf Ebene der Gesellschaft** ist bei kumulativen Schuldbeitritten nach einem Teil der Lehre, bei denen ein Dritter oder der Gesellschafter neben dem bisherigen Schuldner gesamtschuldnerisch der Verbindlichkeit beitrifft, nur ein anteiliger Verbindlichkeitsausweis geboten, soweit nicht der Ausfall eines Mitverpflichteten droht.<sup>41)</sup> Der reduzierte Betrag wäre wiederum in die Kapitalrücklage, wie bei Gesellschafterzuschüssen, zu stellen (Passivtausch). UE ist dies insoweit zutreffend, als im Innenverhältnis eine wirtschaftliche Entlastung des Hauptschuldners durch den Beitretenden tatsächlich bezweckt ist: Entscheidend ist daher die konkrete Ausgestaltung des Schuldbeitritts.<sup>42)</sup>

Nach einem anderen Teil der Lehre bleibt hingegen die wirtschaftliche Belastung für die bisherige Gesellschaft uneingeschränkt bestehen, sodass eine Verbindlichkeit weiterhin in unbeschränkter Höhe auszuweisen ist.<sup>43)</sup>

#### b) Ertragsteuerrecht

Steuerlich folgt die Vorgehensweise grds dem UGB.

Auf Ebene der Gesellschaft erhöht die sozietäre Einlage das disponible Evidenz-Subkonto, sofern der Auffassung, wonach lediglich ein anteiliger Verbindlichkeitsausweis beim Hauptschuldner im Falle eines Schuldbeitritts geboten ist, gefolgt wird.

33) Ch. Nowotny in *Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg.), UGB II/RLG<sup>3</sup> § 199 (2017) Rz 28; Sopp in *Zib/Dellinger*, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 47; differenzierend *Fraberger*, Besteuerung der Hingabe von Besserungskapital beim Schuldner, ÖStZ 2004, 237, wonach die werthaltige Forderung mit der Verbindlichkeit zu verrechnen ist; ebenso *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften 469.

34) KStR 2013 Rz 1524; Moser, Focus: Verlusterhalt bei Unternehmenssanierungen, RWZ 2009, 197; zu § 36 EStG vgl *Heinrich* in *Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn* (Hrsg.), EStG<sup>15</sup> § 36 (2015) Rz 72.

35) Ausf *Marschner*, Einlagen in Kapitalgesellschaften 468 ff.

36) *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig? Rz 9/115.

37) GebR 2019 Rz 747; *Fraberger*, ÖStZ 2004, 237; *Twardosz*, GebG-ON<sup>6.01</sup> § 33 TP 21 (2017) Rz 53; *Bergmann/Wurm* in *Bergmann/Pi-netz* (Hrsg.), GebG<sup>2</sup> § 33 TP 7 (2020) Rz 108 ff.

38) Etwa *Faber* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1406 Rz 6; *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 1406 Rz 6; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 957; *Rautner*, Kreditsicherungsverträge 36.

39) *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 1406 Rz 10 und 16.

40) Etwa *Faber* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1406 Rz 7; *Thöni* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 1406 Rz 6; *Rautner*, Kreditsicherungsverträge 36.

41) *Hilber* in *Torggler* (Hrsg.), UGB<sup>3</sup> § 198 (2019) Rz 77; *Konecny* in *Hirschler* (Hrsg.), Bilanzrecht<sup>2</sup> § 198 Abs 8 (2019) Rz 128 mit Verweis auf DBMF 16. 12. 2005, IV B 2 -S 2176-103/05, BStBl 2005 I, 1052.

42) BFH 26. 4. 2012, IV R 43/09 BStBl 2012 II, 1228; *Hayden/Thorbauer*, Die Hebung stiller Lasten in Rückstellungen (Teil 1), RdW 2020, 123 (129).

43) *Zirngast* in *Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied*, Bilanzpostenkommentar Rz PP.C4 137; *Metzler*, Unternehmerische Finanzierungsinstrumente (2010) 350.

Die steuerliche Begünstigung für Sanierungsgewinne iSd § 23 a KStG ist mangels Schuldnerlasses nicht anwendbar.<sup>44)</sup>

### c) Unternehmensreorganisationsgesetz

Ein Schuldbeitritt beeinflusst nur insoweit die URG-Kennzahlen positiv, als der Auffassung gefolgt wird, wonach nur ein anteiliger Verbindlichkeitsausweis beim Hauptschuldner im Falle eines Schuldbeitritts geboten sein kann. Durch die anteilige Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital kommt es zur Erhöhung der Eigenmittelquote iSd § 23 URG und zur Reduktion der Schuldentilgungsdauer iSd § 24 URG.

### d) Insolvenzordnung

Auf die Zahlungsunfähigkeit iSd § 66 IO wirkt sich der Schuldbeitritt nicht unmittelbar aus, sofern nicht einer fälligen Schuld beigetreten wird. Außerdem müsste der Auffassung gefolgt werden, wonach nur ein anteiliger Verbindlichkeitsausweis beim Hauptschuldner im Falle eines Schuldbeitritts geboten sein kann. Mittelbar kann jedenfalls auch die Liquiditätsbelastung durch Zins- und Tilgungszahlungen entfallen.

Nur im Falle der Auffassung, wonach nur ein anteiliger Verbindlichkeitsausweis beim Hauptschuldner im Falle eines Schuldbeitritts geboten ist, kann es durch die anteilige Umwandlung von Fremd- in Eigenkapital zur Reduktion einer Überschuldung iSd § 67 IO kommen, weil in diesem Fall sowohl die Überschuldungsbilanz als auch die Fortbestehensprognose positiv beeinflusst wird. Bei anderer Ansicht bliebe der Überschuldungstatbestand iSd § 67 IO unverändert.

### e) Eigenkapitalersatzgesetz

Ein in der Krise der Gesellschaft erklärter Schuldbeitritt gilt als eigenkapitalersetzende Sicherheit.<sup>45)</sup> In diesem Fall kann der Beitretende unmittelbar in Anspruch genommen werden und die Regressmöglichkeit des Beitretenden im Falle der Befriedigung des Gläubigers ist bis zur Sanierung des Hauptschuldners aufgeschoben.

### f) Sonstige Aspekte

Der Schuldbeitritt unterliegt als Bürgschaft iSd GebG einer Rechtsgeschäftsgebühr iHv 1% der beigetretenen Verbindlichkeit gem § 33 TP 7 GebG.<sup>46)</sup>

## 6. Erfüllungsübernahme

Bei der Erfüllungsübernahme verpflichtet sich ein Dritter gegenüber dem Schuldner zur Erfüllung einer bestimmten Schuld für den Schuldner im Innenverhältnis, ohne dass Rechtswirkungen für den Gläubiger entstehen.<sup>47)</sup> Die Erfüllungsübernahme begründet daher die Übernahme der wirtschaftlichen Last im Innenverhältnis, die die Schuld im Vermögen des Schuldners bildet. Der Gläubiger selbst kann aus einer Erfüllungsübernahme keine Rechte ableiten.<sup>48)</sup>

Eine unentgeltliche Erfüllungsübernahme als Sanierungsinstrument ist idR sozietär veranlasst, weil ein fremder Dritter mangels betrieblicher Rechtfertigung keine Verbindlichkeiten ohne Gegenleistung wirt-

schafflich übernehmen würde. Eine entgeltliche Erfüllungsübernahme begründet beim Schuldner lediglich einen Passivtausch (uU jedoch mit unterschiedlichen Zahlungsmodalitäten) und ist daher oft kein geeignetes Sanierungsinstrument. Denkbar ist auch eine Erfüllungsübernahme der Tochtergesellschaft für eine in der Krise befindliche Muttergesellschaft: In diesem Fall ist das Verbot der Einlagenrückgewähr zu beachten, sodass es einer betrieblichen Rechtfertigung bedürfte.

### a) UGB-Bilanzrecht

**Auf Ebene des Gesellschafters** (Übernehmers) ist eine Passivierung als Verbindlichkeit und nicht Eventualverbindlichkeit (unter der Bilanz) geboten, weil wirtschaftlich die Befreiung des Hauptschuldners im Vordergrund steht. Demnach müsste es auch zu einer Erhöhung des Beteiligungsansatzes kommen; dieser wäre gegebenenfalls wiederum auf den beizulegenden Wert abzuschreiben.

**Auf Ebene der Gesellschaft** kommt es zur Ausbuchung der Verbindlichkeit, sofern eine endgültige wirtschaftliche Belastung aufgrund der Erfüllungsübernahme auszuschließen ist.<sup>49)</sup> In diesem Fall wäre allenfalls eine Eventualverbindlichkeit unter der Bilanz auszuweisen.<sup>50)</sup> Nach einem anderen Teil der Lehre ist hingegen die Verbindlichkeit weiterhin zu bilanzieren und lediglich ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Übernehmer zu aktivieren.<sup>51)</sup> Nach einer deutschen IDW-Stellungnahme bedarf es für die Ausbuchung der Verbindlichkeit neben einer Erfüllungsübernahme im Innenverhältnis zusätzlich einem Schuldbeitritt im Außenverhältnis.<sup>52)</sup>

### b) Ertragsteuerrecht

Steuerlich folgt die Vorgehensweise grds dem UGB.

Auf Ebene der Gesellschaft erhöht die sozietäre Einlage das disponible Evidenz-Subkonto.

Die steuerliche Begünstigung für Sanierungsgewinne iSd § 23 a KStG ist mangels Schuldnerlasses nicht anwendbar.<sup>53)</sup> →

44) Zu § 36 EStG vgl *Heinrich in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>15</sup> § 36 Rz 72.

45) § 15 EKEG; ErläutRV 124 BlgNR 22. GP 13.

46) § 33 TP 7 GebG; dazu etwa *GebR 2019 Rz 731 ff*; *Twardosz, GebG-ON*<sup>501</sup> § 33 TP 7 (2017) Rz 2; *Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 1406 Rz 21; *Bergmann/Wurm in Bergmann/Pinetz*, *GebG*<sup>2</sup> § 33 TP 7 Rz 55 ff.

47) Etwa *Faber in Schwimann/Kodek* (Hrsg), ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1404 (2016) Rz 2; *Lukas in Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1404 (2015) Rz 3; *Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> (2011) § 1404 Rz 3; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 956.

48) *GebR 2019 Rz 731*; *Faber in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>4</sup> § 1404 Rz 2; *Lukas in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1404 Rz 6; *Ertl in Rummel* (Hrsg), ABGB<sup>3</sup> § 1404 (2002) Rz 2; *Thöni in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang-Kommentar<sup>3</sup> § 1404 Rz 5.

49) *Ch. Nowotny in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 199 Rz 28 mwN.

50) *Ch. Nowotny in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 199 Rz 28; vgl auch *Sopp in Zib/Dellinger*, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 47.

51) *Zirngast in Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied*, Bilanzpostenkommentar Rz PP.C4 136; *Sopp in Zib/Dellinger*, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 47; IDW RS HFA 30 idF vom 16. 12. 2016 Rz 102 ff.

52) *Sopp in Zib/Dellinger*, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 44 mit Verweis auf IDW RS HFA 30 idF vom 10. 6. 2011 Rz 10 ebenso vgl auch IDW RS HFA 30 idF vom 16. 12. 2016 Rz 101.

53) Zu § 36 EStG vgl *Heinrich in Doralt/Kirchmayr/Mayr/Zorn*, EStG<sup>15</sup> § 36 Rz 72.

## c) Unternehmensreorganisationsgesetz

Die Auswirkungen im URG gleichen der privaten Schuldübernahme (s B.4).

## d) Insolvenzordnung

Die Auswirkungen in der IO gleichen der privaten Schuldübernahme (s B.4).

## e) Eigenkapitalersatzgesetz

Eine Schuldübernahme hat keinerlei EKEG-Auswirkungen.

## f) Sonstige Aspekte

Eine Erfüllungsübernahme stellt keinen Schuldbeitritt (Bürgschaft iSd GebG) dar und unterliegt nicht der Rechtsgeschäftsgebühr iSd § 33 TP 7 GebG.<sup>54)</sup>

## a) UGB-Bilanzrecht

**Auf Ebene des Gesellschafters** stellt die harte Patronatserklärung in Form eines Darlehensversprechens eine Eventualverbindlichkeit iSd § 199 UGB dar, solange eine Inanspruchnahme nicht wahrscheinlich ist.<sup>67)</sup> Alternativ kommt eine Angabe im Anhang des Jahresabschlusses iSd § 237 Abs 1 Z 2 UGB in Betracht.<sup>68)</sup> Bei drohender Inanspruchnahme ist eine Rückstellung oder Verbindlichkeit erfolgswirksam einzubuchen.<sup>69)</sup> Im Zeitpunkt der Zurverfügungstellung der Darlehensvaluta ist eine entsprechende Darlehensforderung auszuweisen, die allenfalls auf den beizulegenden Wert abzuschreiben ist.<sup>70)</sup>

Für die harte Patronatserklärung in Form eines Zuschussversprechens ist erst im Zeitpunkt der Liquiditätszufuhr der Beteiligungsansatz zu erhöhen.<sup>71)</sup> Eine allfällige Wertminderung der Beteiligung ist mittels Abschreibung wiederum zu korrigieren.<sup>72)</sup>

## 7. Patronatserklärung (Letter of Comfort)

Typischerweise wird die Patronatserklärung gegenüber dem Kreditgeber der Tochtergesellschaft (externe Patronatserklärung)<sup>55)</sup> oder unmittelbar gegenüber der Tochtergesellschaft (interne Patronatserklärung) abgegeben.<sup>56)</sup> Es wird zwischen weichen und harten Patronatserklärungen unterschieden, wobei aufgrund der Privatautonomie oftmals Mischformen anzutreffen sind.<sup>57)</sup>

(i) Die weiche Patronatserklärung tritt wiederum in zwei Unterformen auf:

→ Völlig unverbindliche Äußerungen (Gutwillenserklärungen) sollen lediglich das Vertrauen des Kreditgebers stärken.<sup>58)</sup>

→ Rechtlich verbindliche Handlungszusagen (Verwendungszusagen iSd § 880a ABGB), die idR eine Verpflichtung zu sorgfältigem Bemühen begründen.<sup>59)</sup>

(ii) Harte Patronatserklärungen begründen rechtsverbindliche Erklärungen des Patrons, bestimmte Maßnahmen hinsichtlich der Liquidität oder finanziellen Ausstattung der Tochtergesellschaft durchzuführen.<sup>60)</sup> Es handelt sich um einen zweiseitigen Vertrag, der annahmepflichtig ist.<sup>61)</sup> Bei einer externen Patronatserklärung hat der Gläubiger keinen Leistungsanspruch, sondern lediglich einen (betraglich nicht-begrenzten) Anspruch auf Ausstattung des Tochterunternehmens.<sup>62)</sup> Erst bei Verletzung dieser Ausstattungspflicht ist der Patron dem Gläubiger schadenersatzpflichtig.<sup>63)</sup> Seitens des Patrons handelt es sich daher wirtschaftlich um ein aufschiebend bedingtes Darlehens- oder Zuschussversprechen.<sup>64)</sup> Zivilrechtlich wird eine harte Patronatserklärung idR als Garantie qualifiziert.<sup>65)</sup> Im Gegensatz zu Bürgschaften besteht kein Formzwang.<sup>66)</sup>

Eine unentgeltliche harte Patronatserklärung ist idR sozietär durch den Gesellschafter („Patron“) veranlasst. Fremde Dritte geben Patronatserklärungen nur im Einzelfall gegen Entgelt ab, weshalb derartige Patronatserklärungen in diesem Beitrag außer Betracht bleiben.

54) GebR 2019 Rz 740; *Bergmann/Wurm in Bergmann/Pinetz*, GebG<sup>2</sup> § 33 TP 7 Rz 115f.

55) Eine externe Patronatserklärung ist vorzuziehen, weil sie nicht dem Zugriff Dritter ausgesetzt ist und dadurch nur der Besicherung des konkreten Kreditgebers dienen kann – vgl. *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 955.

56) Etwa Fachgutachten KFS/RL 24 vom 10. 12. 2008 (November 2015 überarbeitet) Rz 3; *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig?<sup>2</sup> Rz 9/155; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 952; *Fritz/Gratzl*, GmbH-Recht: Mustersammlung<sup>2</sup> (2018) 380; *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmensanierung<sup>2</sup> (2018) Rz 1.250.

57) Etwa Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 9; *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig?<sup>2</sup> Rz 9/156; *Moser*, Die „harte“ Patronatserklärung aus steuerrechtlicher Sicht, SWK 2013, 1279; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 952; *Metzler*, Unternehmerische Finanzierungsinstrumente 337; oV, Die Patronatserklärung, RWP 2009, 71 (72); *Sopp in Zib/Dellinger*, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 48.

58) Etwa *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 953; *Metzler*, Unternehmerische Finanzierungsinstrumente 337; *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig?<sup>2</sup> Rz 9/159; *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmensanierung<sup>2</sup> Rz 1.251.

59) Etwa *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 953; *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig?<sup>2</sup> Rz 9/159; oV, RWP 2009, 72; *Fritz/Gratzl*, GmbH-Recht: Mustersammlung<sup>2</sup> 385; *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmensanierung<sup>2</sup> Rz 1.251.

60) Etwa *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 954; *Metzler*, Unternehmerische Finanzierungsinstrumente 337f.

61) *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 954.

62) Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 12; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 958.

63) Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 12; *Moser*, SWK 2013, 1279; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 959.

64) *Moser*, SWK 2013, 1280; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 960.

65) OGH 23. 3. 1988, 2 Ob 520/87; *Moser*, SWK 2013, 1279; *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 960 mwN; *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig?<sup>2</sup> Rz 9/156; offen gelassen Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 12; ebenso *Berti/Patloch-Kofler in Berti/Fröhlich/Mandl* (Hrsg), Handbuch Rechnungslegung I § 199 UGB (2017) Rz 20.

66) Etwa *Jaufer/Rauch*, SWK 2017, 957.

67) Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 17; *Hilber in Torggler* (Hrsg), UGB<sup>3</sup> § 199 (2019) Rz 11; *Konecny in Hirscher* (Hrsg), Bilanzrecht<sup>2</sup> § 199 (2019) Rz 21; *Ch. Nowotny in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 199 Rz 22f; *Berti/Hirscher*, Bilanzierung von harten Patronatserklärungen, RWZ 2007, 101; *Hirscher/Reinold*, Die Bilanzierung von Sanierungsinstrumenten, ZUS 2012, 136; *Moser*, SWK 2013, 1281; *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig?<sup>2</sup> Rz 9/162; oV, RWP 2009, 73; *Fritz/Gratzl*, GmbH-Recht: Mustersammlung<sup>2</sup> 385; *Sopp in Zib/Dellinger*, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 48.

68) *Hilber in Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 199 Rz 11.

69) *Moser*, SWK 2013, 1281; *Berti/Hirscher*, RWZ 2007, 101; *Hirscher/Reinold*, ZUS 2012, 137; oV, RWP 2009, 73; *Sopp in Zib/Dellinger*, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 48; *Hilber in Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 199 Rz 11 für eine Rückstellung.

70) *Moser*, SWK 2013, 1281.

71) *Moser*, SWK 2013, 1281f.

72) *Moser*, SWK 2013, 1282.

Eine weiche Patronatserklärung hat hingegen keinerlei Auswirkungen.<sup>73)</sup> Bei mittelgroßen und großen Gesellschaften kann allerdings eine Angabe im Anhang des Jahresabschlusses iSd § 238 Abs 1 Z 10 UGB notwendig sein.<sup>74)</sup>

**Auf Ebene der Gesellschaft** führt eine harte Patronatserklärung im Zeitpunkt der Erklärung, die einen Rechtsanspruch der Gesellschaft vermittelt, grds zu keinen Auswirkungen.<sup>75)</sup> Eine Aktivierung des Zuschussversprechens oder zumindest eine Erklärung gem § 225 UGB<sup>76)</sup> ist möglich, wenn das Vorliegen einer Überschuldung iSd § 67 IO durch eine harte (interne)<sup>77)</sup> Patronatserklärung vermieden wird.<sup>78)</sup> Die weiche Patronatserklärung hingegen kann nicht aktiviert werden.

Bei Inanspruchnahme des Patrons kommt es zu einem Ausweis eines Darlehens bei Darlehensversprechen (s zuvor Teil I Pkt B.2.) bzw einem Zuschuss bei Zuschussversprechen (s zuvor Teil I Pkt B.1).

## b) Ertragsteuerrecht

Steuerlich folgt die Vorgehensweise grds dem UGB.<sup>79)</sup>

**Auf Ebene des Gesellschafters** wird vom VwGH allerdings die sozietäre Veranlassung bei Patronatserklärungen der Mutter- an die Tochtergesellschaft weit ausgelegt,<sup>80)</sup> weshalb zwecks Rückstellungsbildung ausdrücklich ein Kreditversprechen vereinbart werden sollte.

Nach der Kapitalzufuhr in Form von Kapitalzuschüssen bei Körperschaften als Gesellschafter ist auf die Siebtel-Verteilung einer etwaigen Abschreibung gem § 12 Abs 3 Z 2 KStG Bedacht zu nehmen.<sup>81)</sup> Bei derartigen mittelbaren Kapitalzufuhren ist zudem auf das Abzugsverbot des § 12 Abs 3 Z 3 KStG zu achten, das im Falle der Veräußerung oder des Ausscheidens von § 10-Beteiligungen Kaskadeneffekte aufgrund von mehrfachen Teilwertabschreibungen auf verschiedenen Gesellschaftsebenen verhindern will.

**Auf Ebene der Gesellschaft** kommt es bei harten Patronatserklärungen in Form eines Zuschussversprechens und sozietär veranlassten Kreditversprechen der Mutter- an die Tochtergesellschaft im Zeitpunkt der Kapitalzufuhr zu einer Erhöhung des Einlagenevidenzkontos iSd § 4 Abs 12 EstG.<sup>82)</sup>

## c) Unternehmensreorganisationsgesetz

Die harte Patronatserklärung beeinflusst weder die Eigenmittelquote iSd § 23 URG, noch führt sie zur Reduktion der Schuldentilgungsdauer iSd § 24 URG. Erst bei Kapitalzufuhr beeinflusst die Patronatserklärung in Form eines Zuschusses die Eigenmittelquote iSd § 23 URG und auch die Schuldentilgungsdauer iSd § 24 URG positiv. Die Patronatserklärung in Form eines Darlehensversprechens beeinflusst bei Kapitalzufuhr die Eigenmittelquote iSd § 23 URG und die Schuldentilgungsdauer iSd § 24 URG hingegen negativ.

## d) Insolvenzordnung

Weiche Patronatserklärungen beeinflussen weder die Zahlungsfähigkeit iSd § 66 IO noch die Überschuldung iSd § 67 IO.<sup>83)</sup>

Durch eine interne harte Patronatserklärung kann die Zahlungsfähigkeit iSd § 66 IO positiv beeinflusst werden.<sup>84)</sup> Dies gilt auch für eine externe Patronatserklärung, sofern fällige Verbindlichkeiten getilgt werden.

Bei buchmäßiger Überschuldung und ungewisser Fortbestehungsprognose können harte Patronatserklärungen in Form eines Zuschussversprechens mit entsprechender Laufzeit und Bonität des Patrons uU für den Nachweis herangezogen werden, dass keine insolvenzrechtliche Überschuldung vorliegt.<sup>85)</sup> Inwieweit dies neben internen harten Patronatserklärungen auch für externe harte Patronatserklärungen gilt, ist umstritten.<sup>86)</sup> In diesem Fall muss die rechtlich durchsetzbare (interne) Patronatserklärung zumindest bis zum Zeitpunkt der Beseitigung der insolvenzrechtlichen Überschuldung gelten.<sup>87)</sup> Bzgl einer etwaigen Regressforderung des Patrons sollte zudem ein Rangrücktritt iSd § 67 Abs 3 IO erklärt werden.<sup>88)</sup> In der Insolvenz steht der insolventen Gesellschaft ein schadenersatzrechtlicher Haftungsanspruch zu, sofern die gewährte Patronatserklärung als harte (externe)<sup>89)</sup> Patronatserklärung aktivierbar war.

## e) Eigenkapitalersatzgesetz

Die Zusage der harten externen Patronatserklärung kann als Eigenkapital ersetzende Sicherheit dem EKEG unterliegen.<sup>90)</sup>

## f) Sonstige Aspekte

Seit 1. 1. 2016 fällt eine Gesellschaftsteuer für geleistete harte Patronatserklärungen in Form eines Zuschusses nicht mehr an, weil diese durch das Abgabenänderungsgesetz 2014 mit Ablauf des 31. 12. 2015 gänzlich abgeschafft wurde. →

73) *Hirschler/Reinold*, ZUS 2012, 137; *Bertl/Hirschler*, RWZ 2007, 101; *oV*, RWP 2009, 73; *Sopp in Zib/Dellinger*, UGB III<sup>1</sup> § 199 Rz 48; *Ch. Nowotny in Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG<sup>3</sup> § 199 Rz 24.

74) *Schiebel/Müller/Burghardt/Hirschler/Petutschnig/Reinold/Maresch/Nitschinger in Hirschler* (Hrsg), Bilanzrecht<sup>2</sup> § 238 (2019) Rz 100; *Hilber in Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 199 Rz 11; *Ch. Nowotny in Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), UGB II/RLG<sup>3</sup> § 238 (2018) Rz 59; vgl auch bereits Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 17.

75) *Hilber in Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 199 Rz 11; *Hirschler/Reinold*, ZUS 2012, 137; *Moser*, SWK 2013, 1282.

76) *OV*, RWP 2009, 73.

77) Einschränkung auf interne Patronatserklärungen *Schopper in Haberer/Krejci* (Hrsg), Konzernrecht (2016) Rz 16.26 zur insolvenzrechtlichen Überschuldungsbilanz.

78) *Hirschler/Reinold*, ZUS 2012, 137.

79) *Moser*, SWK 2013, 1284.

80) VwGH 22. 10. 2015, Ro 2014/15/0049; *ESTR 2000 Rz 3496 a*; *Jakom/Laudacher 2020<sup>13</sup> § 9 Rz 41* unter „Patronatserklärung“.

81) *Moser*, SWK 2013, 1282.

82) *Moser*, SWK 2013, 1282.

83) *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.251.

84) *Fritz/Gratzl*, GmbH-Recht: Mustersammlung<sup>2</sup> 380.

85) Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 24; *oV*, RWP 2009, 73.

86) Einschränkung *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.252 auf interne harte Patronatserklärungen, wobei externe harte Patronatserklärungen zumindest die Fortbestehungsprognose positiv beeinflussen können; ebenso *Schopper in Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 16.26.

87) Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 24.

88) *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.252.

89) Einschränkung auf interne harte Patronatserklärungen *Schopper in Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 16.26.

90) *Schopper in Haberer/Krejci*, Konzernrecht Rz 16.26.

Harte und weiche Patronatserklärungen sind idR gebührenfrei.<sup>91)</sup> Erfüllt eine harte Patronatserklärung allerdings im Einzelfall die Voraussetzungen einer Bürgschaft iSd GebG, könnte eine Rechtsgeschäftsgebühr iSd § 33 TP 7 GebG anfallen.<sup>92)</sup>

Sollen harte Patronatserklärungen zur Absicherung der Bilanzierung unter der Going-Concern-Prämisse herangezogen werden, bedarf es einer direkten Berechtigung des Begünstigten aus der Patronatserklärung, ausreichender Bonität des Patrons und einer Laufzeit von zumindest zwölf Monaten ab Erteilung des Bestätigungsvermerks.<sup>93)</sup>

## 8. Genussrechte

Bei Genussrechten handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse ohne Mitwirkungsrechte.<sup>94)</sup> Genussrechte können verbrieft (Genussscheine) oder unverbrieft sein.<sup>95)</sup> Inwieweit eine Verlustbeteiligung bei Genussrechten zwingend ist, um die Abgrenzung zum partiarischen Darlehen herzustellen, ist nicht abschließend geklärt.<sup>96)</sup>

Neben der entgeltlichen Ausgabe von Genussrechten ist auch eine unentgeltliche Ausgabe denkbar,<sup>97)</sup> auf die in weiterer Folge mangels Kapitalzufuhr und bilanzieller Effekte allerdings nicht eingegangen wird.

Die Ausgabe von Genussrechten ist bei Aktiengesellschaften nur aufgrund eines qualifizierten Beschlusses der Hauptversammlung mit Dreiviertel-Mehrheit des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals zulässig.<sup>98)</sup> Dieses Erfordernis erfasst nach hM keine obligationsähnlichen Genussrechte, die eine bloß gewinnabhängige Verzinsung haben.<sup>99)</sup> Zudem kann der Vorstand zur Ausgabe von Genussrechten für ei-

nen Zeitraum von bis zu fünf Jahren ermächtigt werden.<sup>100)</sup> Um eine Verwässerung der Aktionäre zu vermeiden, steht diesen grds ein Bezugsrecht zu.<sup>101)</sup> Diese Bestimmung ist auch auf die GmbH als Genussrechtsemittenten analog anzuwenden.<sup>102)</sup>

### a) UGB-Bilanzrecht

Die **unternehmensrechtliche Eigenkapitalqualifikation** orientiert sich bei Substanzgenussrechten ua am Haftungsrisiko bzw der Fristigkeit der Kapitalüberlassung. KFS/RL 13 verlangt (kumulativ) für die Behandlung von Genussrechten als bilanzielles Eigenkapital:

→ Nachrangigkeit,

→ Erfolgsabhängigkeit der Vergütung und Teilnahme am Verlust<sup>103)</sup> bis zur vollen Höhe,

→ keine Befristung der Kapitalüberlassung.<sup>104)</sup>

Mit Verweis auf das Haftungsrisiko kann es nach hM zwischen der steuerlichen und bilanziellen Einordnung von Substanzgenussrechten Abweichungen geben.<sup>105)</sup> Das unterschiedliche Haftungsrisiko von Genussrechten dürfte sich insb aus der nicht erforderlichen Verlustbeteiligung bei Genussrechten in der Praxis ergeben. UE kann auch das Kriterium der Befristung im UGB-Bilanzrecht zu Unterschieden zwischen Steuer- und UGB-Bilanzrecht führen.<sup>106)</sup> Mitunter strebt die Praxis auch eine abweichende Einordnung als steuerliches Fremdkapital (steuerlich abzugsfähig) und unternehmensrechtliches Eigenkapital (Erhalt der Kreditwürdigkeit) an.<sup>107)</sup>

Für die UGB-Bilanzierung ist zwischen (i) Substanzgenussrecht, (ii) Ertragszuschuss und (iii) obligationsähnlichem Genussrecht zu unterscheiden:

**(i) Auf Ebene des Genussrechtsinhabers sind Substanzgenussrechte** bei Dauerbesitzabsicht als „Wertpapiere des Anlagevermögens“ (verbrieft) oder „Ausleihung“ (unverbrieft) auszuweisen.<sup>108)</sup> Ohne Dauerbesitzabsicht ist das Genussrecht im Umlaufvermögen als „sonstige Wertpapiere und Anteile“ (verbrieft) oder

91) GebR 2019 Rz 745; Moser, SWK 2013, 1283.

92) GebR 2019 Rz 746; Moser, SWK 2013, 1283.

93) Fachgutachten KFS/RL 24 Rz 23; Fritz, Wie führe ich die GmbH richtig? Rz 9/157; oV, RWP 2009, 73; Fritz/Gratzl, GmbH-Recht: Mustersammlung<sup>2</sup> 385.

94) Etwa Stellungnahme KFS/RL 13 vom 23. 7. 1997 (Juni 2016 überarbeitet) Rz 2; Bergmann, Genussrechte (2016) 113; Bergmann, Genussrechte: Abgrenzung von ähnlichen Rechtsinstituten (Teil II), ecolex 2017, 41 (45); Werner/Gutfleisch, Das Verhältnis eigener Genussrechte zu stimmrechtslosen Vorzugsaktien und eigenen Aktien, ecolex 2014, 613 (614); Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik (Hrsg), Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> (2018) 100f; Marous/Minihold, Genussrechte als Sanierungs- bzw Finanzierungsinstrument, SWK 2020, 922 (923); Pinetz/Schaffer in Lang/Marchgraber/Rust/Schuch/Staringer (Hrsg), Dividenden im Konzern (2016) 65 (68).

95) Etwa Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 4; Bergmann, Genussrechte 359; Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 102; Lichtkoppler/Reisch, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.292.

96) So Bergmann, Genussrechte 94f; aA etwa Mittendorfer/Duursma in Mittendorfer/Mittermair (Hrsg), Handbuch Unternehmensfinanzierung (2017) Rz BT 3/60, wonach ein Ausgestaltungswahlrecht besteht; ähnl Six, Hybride Finanzierung im Internationalen Steuerrecht (2007) 28; ähnl Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 101; ähnl Pinetz/Schaffer in Lang/Marchgraber/Rust/Schuch/Staringer, Dividenden im Konzern 70 und 78; s auch Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 11f.

97) Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 103; Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Egger/Hirschler/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Rust/Schuch/Staringer (Hrsg), Hybrid-Finanzierung in Bilanz- und Steuerrecht (2017) 31 (42).

98) § 174 Abs 1 iVm Abs 3 AktG; dazu etwa Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG<sup>2</sup> § 174 (2012) Rz 18ff; Werner/Gutfleisch, ecolex 2014, 614.

99) Ausf Karollus, Anwendbarkeit des § 174 AktG auch auf bloß „gewinnabhängige“ Titel? GesRZ 2009, 209ff mwN; ebenso Nagele/Lux in Artmann/Karollus (Hrsg), AktG III<sup>6</sup> § 174 (2019) Rz 35 mwN.

100) § 174 Abs 2 iVm Abs 3 AktG analog; s dazu etwa Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 174 Rz 45.

101) § 174 Abs 4 AktG.

102) Etwa Fritz, Wie führe ich die GmbH richtig? Rz 3/147; im Ergebnis auch Marous/Minihold, SWK 2020, 926.

103) Ausf Rohatschek/Schiemer in Schragl/Stefaner (Hrsg), Handbuch Genussrechte<sup>2</sup> (2013) 147 ff mwN.

104) Vgl Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 8; Fritz-Schmied/Schuschnigg, Zur Möglichkeit einer harmonisierten bilanziellen Zuordnung von Genussrechtskapital, GesRZ 2019, 254; Marschner in Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied (Hrsg), Bilanzpostenkommentar (2017) Rz PP.A.IV 13; Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 96; Marous/Minihold, SWK 2020, 925; Pinetz/Schaffer in Lang/Marchgraber/Rust/Schuch/Staringer, Dividenden im Konzern 73.

105) VwGH 24. 2. 2004, 98/14/0131; Gonter, Genussrechte – doppelte Nichtbesteuerung möglich, taxlex 2011, 462 (463); Heinrich, Internationale hybride Finanzierungen, ÖStZ 2000, 274 (275).

106) Vgl auch Eberhartinger in Bischof/Eberhartinger, Hybride Finanzierungsinstrumente 125 FN 30; vgl auch Konezny/Tumpel in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung (2011) 22f, wonach bei vorzeitiger Beendigung eine Beteiligung am „fiktiven Liquidationsgewinn“ zu erfolgen hat.

107) Wiedermann-Ondrej, Hybrid Instruments and the Indirect Credit Method – Does it work? Discussion Paper (2007) SFB 5.

108) Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 58f; Hirschler/Zwick in Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied (Hrsg), Bilanzpostenkommentar (2017) Rz AP A.III.2.2 und 6.



„sonstige Forderungen und Vermögensgegenstände“ (unverbrieft) auszuweisen.<sup>109)</sup> Gegebenenfalls ist der Vermögensgegenstand bei fehlender Werthaltigkeit entsprechend abzuschreiben.

**Auf Ebene der Gesellschaft** werden Substanzgenussrechte erfolgsneutral in einen eigenen Eigenkapitalposten nach den Gewinnrücklagen gestellt.<sup>110)</sup> Ein etwaiges Aufgeld ist in die gebundene Kapitalrücklage zu stellen.<sup>111)</sup> Anschließend Vergütungen des Substanzgenussrechts werden in der unternehmensrechtlichen GuV idR zwischen Jahresüberschuss und Bilanzgewinn oder als Finanzierungsaufwand ausgewiesen<sup>112)</sup> und schmälern daher einen ausschüttbaren Gewinn.

(ii) **Auf Ebene des Genussrechtsinhabers** ist ein Genussrecht in Form eines **Ertragszuschusses** entsprechend einem Substanzgenussrecht auszuweisen (s zuvor).

**Auf Ebene der Gesellschaft** ist eine erfolgswirksame Vereinnahmung nur zulässig, wenn das Genussrechtskapital als Ertragszuschuss bezeichnet wird, der der Durchführung bestimmter Maßnahmen (insb Sanierung) gewidmet ist, Vergütungen nur bis zur Höhe des ausschüttbaren Jahresüberschusses gewährt werden und eine Nachrangigkeit gegenüber sämtlichen übrigen Gläubigern gegeben ist.<sup>113)</sup> Es besteht diesfalls eine besondere Erläuterungspflicht im Anhang des Jahresabschlusses.<sup>114)</sup>

Vergütungen für erfolgswirksam vereinnahmtes Genussrechtskapital sind in einem gesonderten Posten idR vor dem Jahresüberschuss auszuweisen.<sup>115)</sup>

(iii) **Auf Ebene des Genussrechtsinhabers** ist ein Genussrecht in Form eines **obligationsähnlichen Genussrechts** entsprechend einem Substanzgenussrecht auszuweisen (s zuvor).

**Auf Ebene der Gesellschaft** entspricht die Bilanzierung von obligationsähnlichen Genussrechten der Bilanzierung von Darlehen (s Teil I Pkt B.2), wobei eine eigenständige Postenbezeichnung empfohlen wird.<sup>116)</sup>

Wird das nachrangige und erfolgsabhängig vergütete Genussrecht mit einer langfristigen Rückzahlungsverpflichtung versehen (Hybridkapital), wird der Ausweis als Hybrid- oder Mezzaninkapital auf Ebene der das Genussrecht ausgebenden Gesellschaft zwischen Eigenkapital und Fremdkapital verlangt.<sup>117)</sup>

Für nicht im Eigenkapital ausgewiesene Genussrechte bedarf es im Anhang der ausgebenden Gesellschaft zusätzlicher Erläuterungen zu den Charakteristika des Genussrechts (Restlaufzeit, allfälliger Vergütungsrückstand, Bedingungen etc).<sup>118)</sup>

## b) Ertragsteuerrecht

**Auf Ebene des Genussrechtsinhabers** verlangt § 8 Abs 3 Z 1 KStG für sozietäre, anteilsähnliche Substanzgenussrechte neben einer Beteiligung am Gewinn<sup>119)</sup> auch eine Beteiligung am Liquidationsgewinn. Nach dem Gesetzgeber sind diese Erfordernisse kumulativ zu erfüllen.<sup>120)</sup> § 8 Abs 3 Z 1 KStG verlangt allerdings keine Beteiligung am Firmenwert.<sup>121)</sup> Im Gegensatz zu Deutschland verwendet der österr Gesetzgeber den Begriff **Liquidationsgewinn** anstelle von **Liquidationser-**

**lös**, wodurch eine Partizipation an stillen Reserven jedenfalls notwendig ist.<sup>122)</sup> Steuerlich wird die vermögensrechtliche Beteiligung am wirtschaftlichen Erfolg des „gesamten“ Unternehmens verlangt.<sup>123)</sup>

Die überwiegende Meinung in der Literatur verneint aufgrund des Gesetzeswortlauts die Erforderlichkeit einer Verlustbeteiligung.<sup>124)</sup> Das Urteil des RFH, welches Vorbild für § 8 Abs 3 Z 1 KStG war, könnte dagegen auch eine Verlustbeteiligung für notwendig erachten, wenn der RFH bei der Abgrenzung von Genussrechten festhält: „*In guten Jahren mit hohen Dividenden mag eine Darlehensschuld günstiger erscheinen als die Belastung mit Genussscheinverpflichtungen, die den Dividenden gleiche Bezüge gewährleisten. Aber die Gefährdung des Unternehmens bei unvermeidlichen Rückschlägen der Konjunktur ist im Allgemeinen doch als das Drückendere zu bezeichnen*“.<sup>125)</sup> Diese Sichtweise dürften auch die EStR teilen, wonach eine Beteiligung am „Gewinn und Verlust“ erforderlich ist.<sup>126)</sup>

Der VwGH stellt zudem auf das *qualitative und quantitative Überwiegen der Eigenkapitalkriterien* (unbeschränkte Laufzeit,<sup>127)</sup> erfolgsabhängige Vergütung,

109) Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 58 f.

110) Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 26; vgl allgemein auch *Marschner in Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied*, Bilanzpostenkommentar Rz PP. A.IV 14; *Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirscher/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnig*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 96, abweichend *Fritz-Schmied/Schuschnig*, GesRZ 2019, 254.

111) *Kranebitter/Smrekar in Kranebitter/Fellner* (Hrsg), Finanzierung in der Krise (2007) 98.

112) Siehe Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 42 f.

113) Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 21; *Kranebitter/Smrekar in Kranebitter/Fellner*, Finanzierung in der Krise 99; *Bergmann*, Genussrechte 342; *Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirscher/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnig*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 96.

114) § 237 Abs 1 Z 4 UGB; Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 29; *Marschner in Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied*, Bilanzpostenkommentar Rz PP.A.IV 16.

115) Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 53.

116) Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 27; *Kranebitter/Smrekar in Kranebitter/Fellner*, Finanzierung in der Krise 99.

117) Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 81; *Fritz-Schmied/Schuschnig*, GesRZ 2019, 255.

118) Stellungnahme KFS/RL 13 Rz 30.

119) Eine Beteiligung am laufenden Verlust ist dagegen nicht zwingende Voraussetzung für das Vorliegen von sozietären Genussrechten – vgl *Konezny/Tumpel in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel*, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung 17 mwN; *Rödler/Krickl/Jerabek*, Ertragsteuerliche Zweifelsfragen zu Genussrechten, in *GS Quantschnigg* (2010) 339; *Lenz/Stieglitz in Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte<sup>2</sup> 178.

120) Vgl auch *Six*, Hybride Finanzierung 31.

121) *Lenz/Stieglitz in Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte<sup>2</sup> 183.

122) *Eberhartinger in Bischof/Eberhartinger*, Hybride Finanzierungsinstrumente 125, weshalb eine Rückzahlung zum Nennwert oder eine wertgesicherte Rückzahlung nicht ausreicht; vgl auch *Konezny/Tumpel in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel*, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung 19.

123) *Six*, Hybride Finanzierung 31; differenzierend *Konezny/Tumpel in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel*, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung 24 f, wonach zumindest auch Beteiligungen an Teilbetrieben umfasst sein sollten; ähnl *Lenz/Stieglitz in Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte<sup>2</sup> 184 f.

124) Die hM dürfte dies verneinen – vgl *Rödler/Krickl/Jerabek* in *GS Quantschnigg* 341 mwN; *Pinetz/Schaffer in Lang/Marchgraber/Rust/Schuch/Staringer*, Dividenden im Konzern 78; aA *Konezny/Tumpel in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel*, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung 21 f; offen gelassen *Lenz/Stieglitz in Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte<sup>2</sup> 186.

125) RFH 17. 4. 1934, I A 316/32 RStBl 1934, 773; sinngemäß *Konezny/Tumpel in Achatz/Aigner/Kofler/Tumpel*, Praxisfragen der Unternehmensbesteuerung 21 f.

126) EStR 2000 Rz 6112 c.

127) Vgl auch KStR 2013 Rz 1195.

Beteiligung am Unternehmenswert und am Liquidationsgewinn, Nachrangigkeit, das Fehlen einer Besicherung und Mitwirkungs- und Kontrollrechte) *gegenüber den Fremdkapitalkriterien* ab.<sup>128)</sup>

Ist der Genussrechtsinhaber eine Körperschaft, ist der Aufwand einer möglichen Abschreibung eines Substanzgenussrechts sowie eines Ertragszuschusses gem § 12 Abs 3 Z 2 KStG auf sieben Jahre zu verteilen.

**Auf Ebene der Gesellschaft** richtet sich die steuerliche Qualifikation für Substanzgenussrechte ebenfalls nach diesen eigenständigen Kriterien. Steuerliche Substanzgenussrechte erhöhen als Einlage das so genannte Surrogatkapital-Subkonto iSd § 4 Abs 12 EStG der Gesellschaft (Form eines Evidenz-Subkontos).<sup>129)</sup> Übersteigt der Ausgabepreis des Substanzgenussrechtskapitals den Nennwert, ist der Mehrbetrag als Agio auf dem disponiblen oder indisponiblen Evidenz-Subkonto auszuweisen.<sup>130)</sup> Es empfiehlt sich entgegen dem BMF-Erlass, individualisierte Evidenz-Subkonten in diesem Zusammenhang zu führen, um eine Einlagenzuordnung stets zu gewährleisten.<sup>131)</sup> Werden Ausschüttungen für Substanzgenussrechte unternehmensrechtlich als Aufwand behandelt (s oben), reduzieren derartige Ausschüttungen als offene Ausschüttung nicht nochmals den Stand der Innenfinanzierung.<sup>132)</sup>

UE ist aufgrund des Maßgeblichkeitsprinzips auch ein entsprechender Ertragszuschuss denkbar, der sich an den Ausführungen zur UGB-Bilanzierung orientiert.<sup>133)</sup> Hinsichtlich der Subkontentechnik sollten Ertragszuschüsse uE den Substanzgenussrechten gleichgehalten werden. Werden die eigenständigen Kriterien für Substanzgenussrechte im Steuerrecht nicht erfüllt und liegt auch kein Ertragszuschuss vor, handelt es sich aus österr steuerlicher Sicht um Fremdkapital.

### c) Unternehmensreorganisationsgesetz

Entgeltliche Substanzgenussrechte und Ertragszuschüsse beeinflussen die Eigenmittelquote iSd § 23 URG positiv. Obligationsähnliche Genussrechte beeinflussen diese hingegen negativ.

Substanzgenussrechte, sofern die Liquidität erhöht oder Mittel zur Schuldentilgung verwendet werden, und allgemein Ertragszuschüsse beeinflussen die fiktive Schuldentilgungsdauer iSd § 24 URG positiv, während obligationsähnliche Genussrechte eine negative Wirkung entfalten.

### d) Insolvenzordnung

Entgeltlich ausgegebene (auch obligationsähnliche) Genussrechte führen zu einem Liquiditätszufluss und beeinflussen daher die Zahlungsfähigkeit iSd § 66 IO positiv.

Während Substanzgenussrechte und Ertragszuschüsse die Überschuldung iSd § 67 IO positiv beeinflussen, gilt das Gegenteil für obligationsähnliche Genussrechte. Die Verlustbeteiligung bei einem obligationsähnlichen Genussrecht reicht zur Vermeidung einer rechnerischen Überschuldung mangels Kapitalbeteiligung des Genussrechtsinhabers nicht aus.<sup>134)</sup>

### e) Eigenkapitalersatzgesetz

Auf obligationsähnliche Genussrechte mit einer 25%-Unternehmenswertbeteiligung wird eine analoge Anwendung des § 10 Abs 1 iVm Abs 2 letzter Satz EKEG vertreten.<sup>135)</sup> UE ist dies abzulehnen, weil Genussrechte definitionsgemäß keine Mitwirkungsrechte vermitteln (s zuvor) und daher eine Analogie zu § 10 Abs 2 EKEG ausscheidet.

### f) Sonstige Aspekte

Seit 1. 1. 2016 fällt eine Gesellschaftsteuer nicht mehr an, weil diese durch das Abgabenänderungsgesetz 2014 mit Ablauf des 31. 12. 2015 gänzlich abgeschafft wurde.

## 9. Stille Gesellschaften

Eine stille Gesellschaft iSd §§ 179 ff UGB ist eine nicht-außenwirksame Beteiligungsform am Unternehmen oder Vermögen eines anderen.<sup>136)</sup> Es handelt sich um eine nicht rechtsfähige Personengesellschaft, wobei der stille Gesellschafter eine Einlage zu leisten hat.<sup>137)</sup> Während eine Beteiligung am Gewinn zwingend ist, kann eine Beteiligung am laufenden Verlust privatautonom ausgeschlossen werden.<sup>138)</sup>

128) VwGH 29. 3. 2006, 2005/14/0018; krit *Rödler/Krickl/Jerabek* in *GS Quantschnigg* 336 mwN; ebenfalls krit *Lenz/Stieglitz* in *Schragl/Stefaner*, Handbuch Genussrechte<sup>2</sup> 187 f; ebenso *Pinetz/Schaffer* in *Lang/Marchgraber/Rust/Schuch/Staringer*, Dividenden im Konzern 76.

129) BMF-Einlagenrückzahlungs- und Innenfinanzierungserlass vom 27. 9. 2017, BMF-010203/0309-IV/6/2017 Pkt 2.2.1 und 4.2.5.1 f; *Jakom/Marschner* 2020<sup>13</sup> § 4 Rz 502; *Lachmayr/Wild* in *Mayr/Schlager/Zöchling* (Hrsg), Handbuch Einlagenrückzahlung (2016) 32 (48).

130) BMF-Einlagenrückzahlungs- und Innenfinanzierungserlass, BMF-010203/0309-IV/6/2017 Pkt 4.2.5.2.

131) *Bergmann*, Subkontentechnik bei der Evidenzierung von Einlagen und Innenfinanzierung, SWK 2016, 1498 (1505); aA *BMF-Einlagenrückzahlungs- und Innenfinanzierungserlass*, BMF-010203/0309-IV/6/2017 Pkt 4.2.5.1, wonach dies nicht vorgesehen ist.

132) *Kirchmayr* in *Mayr/Schlager/Zöchling* (Hrsg), Handbuch Einlagenrückzahlung (2016) 84.

133) Vgl jedoch die Ausführungen der belangten Behörde in VwGH 2. 9. 2009, 2005/15/0033, wonach das Fachgutachten KFS/RL 13 nicht verbindlich ist.

134) *Fritz*, Wie führe ich die GmbH richtig? Rz 9/123.

135) Ebenso *Perl*, Qual der Wahl der richtigen Beteiligungsform? – Eine praktische Entscheidungshilfe, VWT 2018, 392 (396); abweichend *Trenker*, Kein (materieller) Eigenkapitalcharakter einer atypisch stillen Beteiligung nach 6 Ob 204/16t, ÖBA 2018, 612 (618), wonach dies für Substanzgenussrechte gelten soll, die jedoch ohnehin bereits nachrangig sind.

136) § 179 Abs 1 UGB; dazu etwa *Bergmann*, Genussrechte 71; *Duursma* in *Mittendorfer/Mittermair* (Hrsg), Handbuch Unternehmensfinanzierung (2017) Rz BT 3/190; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2017) Rz 2/1066; *Trenker* in *U. Torggler* (Hrsg), UGB<sup>3</sup> § 179 (2019) Rz 2; *Eberhartinger/Knesl* in *Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 104; *Gewebler/Stückler/Zinnöcker* in *Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker* (Hrsg), SWK Spezial Einkommensteuer 2019, 206.

137) Etwa *Bergmann*, Genussrechte 73 f, wonach auch sonstige (nicht-bilanzierungsfähige) Beiträge (etwa Dienstleistungen) einlagefähig sind; ebenso *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 179 Rz 1 und 13; ebenso *Eberhartinger/Knesl* in *Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 105.

138) § 181 Abs 2 UGB; dazu etwa *Bergmann*, Genussrechte 74; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/1086; *Trenker* in *U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 179 Rz 2 a; *Eberhartinger/Knesl* in *Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 104.

Aufgrund weitgehender Privatautonomie sind atypische Ausgestaltungsvarianten (Einräumung von Geschäftsführungsbefugnissen, eine Vermögensbeteiligung durch Beteiligung an den stillen Reserven und dem Firmenwert etc) denkbar.<sup>139)</sup>

Eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Einlagenrückgewähr iSd § 82 GmbHG und § 52 AktG bei stillen Gesellschaftsbeteiligungen an Kapitalgesellschaften ist umstritten.<sup>140)</sup> Aufgrund einer kapitalistischen Struktur der atypisch stillen Gesellschaft, die im Einzelfall mit einer GmbH & Co KG ohne unbeschränkt haftenden Gesellschafter vergleichbar sein kann, ist eine analoge Anwendung uU zu bejahen.

#### a) UGB-Bilanzrecht

Für die Bilanzierung von stillen Gesellschaften orientiert sich die hM an den Grundsätzen, die ursprünglich zu Genussrechten entwickelt wurden (s dazu Pkt B.8).<sup>141)</sup> Insbesondere soll die Vergleichbarkeit zur Kommanditistenstellung Eigenkapital begründen, wobei hier insb § 187 Abs 1 UGB abbedungen werden muss und Nachrangigkeit der Einlageleistung des stillen Gesellschafters vereinbart wird.<sup>142)</sup> Auf das Vorliegen einer steuerlichen Mitunternehmerschaft iS der atypischen stillen Gesellschaft kommt es hierfür nicht an.<sup>143)</sup>

**Auf Ebene des stillen Gesellschafters** ist bei Eigenkapitalqualifikation diesfalls ein Ausweis als „Anteile an verbundenen Unternehmen“, „Beteiligung“ oder als „Ausleihung“ zulässig.<sup>144)</sup> Eine stille Beteiligung in Form von Fremdkapital wird dagegen als „Ausleihung“ auszuweisen sein.<sup>145)</sup> Der Vermögenswert ist jedenfalls um den nicht werthaltigen Teil außerplanmäßig abzuschreiben.

**Auf Ebene der Gesellschaft** bedarf es unabhängig von der Qualifikation als Eigen- oder Fremdkapital eines gesonderten Ausweises in der Bilanz.<sup>146)</sup>

#### b) Ertragsteuerrecht

Im Unterschied zum UGB-Bilanzrecht ist für steuerliche Zwecke zwischen stiller Gesellschaft und atypisch stiller Gesellschaft in Form einer Mitunternehmerschaft zu unterscheiden.<sup>147)</sup>

→ **Auf Ebene des stillen Gesellschafters**, der nicht an den stillen Reserven und am Liquidationserlös beteiligt ist und/oder auch keine Mitunternehmerinitiative entfaltet (**stille Gesellschaft**), handelt es sich bei der hingegebenen Einlage um ein Wirtschaftsgut in Form einer Forderung.<sup>148)</sup> Dies gilt uE auch für eine atypische stille Gesellschaft an einzelnen Vermögensbestandteilen (etwa Kapitalanteilen), die nach § 179 Abs 1 UGB ebenfalls möglich ist.<sup>149)</sup> Die steuerliche Behandlung entspricht jener bei einem Privatdarlehen, wobei Vergütungen bei natürlichen Personen dem progressiven Steuersatz unterliegen.

→ **Auf Ebene der Gesellschaft** handelt es sich um eine zu passivierende Verbindlichkeit. Vergütungen sind abzugsfähige Betriebsausgaben.<sup>150)</sup>

→ Besteht hingegen nicht nur eine Beteiligung am laufenden Ergebnis der Geschäftstätigkeit, sondern schuldrechtlich auch an den stillen Reserven und

am Firmenwert und/oder wird Mitunternehmerinitiative entfaltet (**Mitunternehmerschaft**),<sup>151)</sup> handelt es sich beim hingegebenen Kapital um Eigenkapital.<sup>152)</sup> Zusätzlich muss die atypisch stille Gesellschaft an einem (Teil-)Betrieb bestehen, um eine Mitunternehmerschaft mit betrieblichen Einkünften aus steuerlicher Sicht zu begründen.<sup>153)</sup> Eine Mitunternehmerschaft in Form einer stillen Gesellschaft wird wie eine sonstige transparente Personengesellschaft (OG, KG) steuerlich behandelt.

Der VwGH erkennt die Gründung einer atypisch stillen Gesellschaft an einer Gesellschaft in der Krise nicht an, sofern die Einlage des stillen Gesellschafters objektiv nur den wirtschaftlichen Erfolg haben soll, Eigenkapital zu ersetzen und somit an die Stelle einer wirtschaftlich gebotenen sozietären Kapitalzuführung tritt.<sup>154)</sup>

#### c) Unternehmensreorganisationsgesetz

Während die Einlage des stillen Gesellschafters in Form von unternehmensrechtlichem Fremdkapital

139) Etwa OGH 28. 9. 1995, 8 Ob 4/95; *Duursma in Mittendorfer/Mittermair*, Handbuch Unternehmensfinanzierung Rz BT 3/193 ff; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 2/1072 und 1110; *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.280.

140) In diese Richtung OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t; dazu etwa *Wenger*, Keine Anwendung der Kapitalerhaltungsregeln (§ 82 GmbHG) auf die atypisch stille Gesellschaft, RWZ 2017, 344 (345 f); *Artmann in Artmann/Karollus* (Hrsg), AktG I § 52 (2018) Rz 6/1 und 47; verneinend *Trenker in U. Torggler*, UGB<sup>3</sup> § 179 Rz 2 b; ebenso *Trenker*, ÖBA 2018, 622 f; ebenso *Gewebler/Stückler/Zinnöcker in Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK Spezial Einkommensteuer 2019, 208.

141) *Kranebitter/Smrekar in Kranebitter/Fellner*, Finanzierung in der Krise 113; *Rebhan-Briewasser/Stelzmüller in Mittendorfer/Mittermair* (Hrsg), Handbuch Unternehmensfinanzierung (2017) Rz BT 3/228; *Bertl/Hirschler*, Bilanzsteuerrecht: Bilanzielle Behandlung einer stillen Einlage als Eigenkapital, RWZ 2009, 261 f; *Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 108; *Gewebler/Stückler/Zinnöcker in Hirschler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker*, SWK Spezial Einkommensteuer 2019, 208.

142) OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t; dazu *Trenker*, ÖBA 2018, 613 ff; *Kranebitter/Smrekar in Kranebitter/Fellner*, Finanzierung in der Krise 113.

143) OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t; ausf *Hochedlinger*, Einlagenrückgewähr bei einer atypisch stillen GmbH & Co KG, GesRZ 2017, 391 (398).

144) Etwa *Winter/Kern/Dietl/Gazso*, Die Bilanzierung einer stillen Beteiligung, RWP 2019, 19 (21); vgl auch *Hirschler/Zwick in Kanduth-Kristen/Fritz-Schmied*, Bilanzpostenkommentar Rz AP A.III.2.2.

145) *Hilber in Torggler* (Hrsg), UGB<sup>3</sup> § 227 (2019) Rz 6.

146) Vgl auch *Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen<sup>3</sup> (2007) Rz 1590 f; *Kranebitter/Smrekar in Kranebitter/Fellner*, Finanzierung in der Krise 113 f; *Rebhan-Briewasser/Stelzmüller in Mittendorfer/Mittermair*, Handbuch Unternehmensfinanzierung Rz BT 3/233 und 236; *Winter/Kern/Dietl/Gazso*, RWP 2019, 21; aA offenbar OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t zu einer atypisch stillen Gesellschaft.

147) *Fritz*, Gesellschafts- und Unternehmensformen<sup>3</sup> Rz 1589 und 1599; vgl auch *Six*, Hybride Finanzierung 34.

148) VwGH 23. 2. 1994, 93/15/0163; OGH 15. 12. 2014, 6 Ob 14/14 y; *Bergmann*, Genussrechte 78.

149) § 27 Abs 2 Z 4 EStG erfasst auch „Beteiligungen nach Art eines stillen Gesellschafters“.

150) *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.282.

151) VwGH 23. 2. 1994, 23/15/0163.

152) OGH 28. 9. 1995, 8 Ob 4/95; *Lichtkoppler/Reisch*, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.282; vgl auch *Bergmann*, Neue ertragsteuerliche Beurteilung der atypisch stillen Gesellschaft seit dem UGB? SWK 2009, 534 (540).

153) *Eberhartinger/Knesl in Bertl/Eberhartinger/Hirschler/Kanduth-Kristen/Kofler/Tumpel/Urnik*, Handbuch der österreichischen Steuerlehre IV<sup>3</sup> 119.

154) VwGH 10. 7. 1996, 94/15/0114 mwN.

die Eigenmittelquote iSd § 23 URG negativ beeinflusst, wirkt sich die Einlage eines atypisch stillen Gesellschafters in Form von Eigenkapital positiv auf die Eigenmittelquote aus.

Die fiktive Schuldentilgungsdauer iSd § 24 URG wird im Falle einer stillen Gesellschaft in Form von Fremdkapital bei einer Bareinlage nicht bzw ansonsten negativ beeinflusst. Eine atypisch stille Gesellschaft in Form einer Bareinlage kann die fiktive Schuldentilgungsdauer positiv beeinflussen.

#### d) Insolvenzzordnung

Durch die Hingabe einer Vermögenseinlage kann die Zahlungsfähigkeit iSd § 66 IO positiv beeinflusst werden.

Im gesetzlichen Regelfall begründet eine stille Gesellschaft Fremdkapital und beeinflusst daher gegebenenfalls nachteilig eine Überschuldung iSd § 67 IO.<sup>155)</sup>

Werden atypisch stille Gesellschaften zur Sanierung einer Gesellschaft eingesetzt, ist bei Vorliegen von bilanziellem Eigenkapital (insb Nachrangigkeit) allerdings eine Berücksichtigung im Überschuldungsstatus im Einzelfall nicht geboten.<sup>156)</sup>

#### e) Eigenkapitalersatzgesetz

Eine zusätzliche Beteiligung eines Gesellschafters in der Krise der Gesellschaft als stiller Gesellschafter unterliegt in jedem Fall dem EKEG gem § 10 Abs 1 EKEG.<sup>157)</sup>

Bei neu hinzukommenden stillen Gesellschaftern<sup>158)</sup> bedarf es (i) einer 25% schuldrechtlichen Beteiligung am Unternehmenswert und einem Kommanditisten vergleichbare Mitbestimmungsrechte oder (ii) eines beherrschenden Einflusses für die Anwendbarkeit des EKEG: Die Einlage des stillen Gesellschafters wird in diesem Fall gem § 10 Abs 2 EKEG einem Kredit gleichgehalten.<sup>159)</sup>

#### f) Sonstige Aspekte

Seit 1. 1. 2016 fällt eine Gesellschaftsteuer für atypische stille Gesellschaften nicht mehr an, weil diese durch das Abgabenänderungsgesetz 2014 mit Ablauf des 31. 12. 2015 gänzlich abgeschafft wurde.

### 10. Debt-Mezzanine-Swap

Beim Debt-Mezzanine-Swap wird Fremdkapital (insb Darlehen) in Mezzaninkapital umgewandelt.<sup>160)</sup> Als Mezzaninkapital kommen insb die zuvor beschriebenen Sanierungsinstrumente (Verkäuferdarlehen, partiarische Darlehen, Nachrangdarlehen, Wandelanleihen, Optionsanleihen, Genussrechtskapital, typisch und atypisch stille Beteiligung) in Betracht.<sup>161)</sup>

Die Rechtsfolgen im Einzelfall richten sich nach der Art des Mezzaninkapitals, in welches das Fremdkapital gewandelt wird. Ein Überblick über die diversen rechtlichen, bilanziellen und steuerlichen Auswirkungen kann daher nicht pauschal dargestellt werden.

### 11. Sanierungstreuhand

Bei der immer beliebter werdenden Sanierungstreuhand werden die Gesellschaftsanteile zivilrechtlich

auf einen Treuhänder übertragen, während die bisherigen Gesellschafter (vorerst) wirtschaftliche Eigentümer bleiben.<sup>162)</sup> Die Sanierungstreuhand kann eine Alternative zum Debt-Equity-Swap darstellen, da die Gläubiger in diesem Fall keine Gesellschafterstellung erlangen.<sup>163)</sup> Es handelt sich um eine spezielle Treuhand mit Elementen der Sicherungs-, Verwaltungs- und Verwertungstreuhand.<sup>164)</sup> Die Anteilsübertragung dient insb der Sicherung der bisherigen und künftigen Finanzierung sowie der Bündelung der Gläubigerinteressen.<sup>165)</sup> Aufgrund des vorwiegenden Besicherungszwecks handelt es sich allerdings nicht um ein Sanierungsinstrument iES, sondern die Sanierung oder Verwertung geht vielmehr mit einer Sanierungstreuhand einher.

Die konkreten Rechtsfolgen richten sich daher nach den begleitenden Maßnahmen im Einzelfall. Ein Überblick über die diversen rechtlichen, bilanziellen und steuerlichen Auswirkungen kann daher nicht pauschal dargestellt werden.

### C. Steuerliche Besonderheiten bei Privatstiftungen

Saniert unmittelbar die Privatstiftung als Konzernspitze und keine Kapitalgesellschaft im Konzern, sind die steuerlichen Besonderheiten bei Privatstiftungen zu berücksichtigen. Hinsichtlich von Beteiligungen an Konzerngesellschaften im außerbetrieblichen Bereich der Privatstiftung ist insb (i) die fehlende Möglichkeit von zwischenzeitigen Beteiligungsabschreibungen sowie (ii) die eingeschränkte Verlustverwertung iSd § 27 Abs 8 EStG zu beachten.

155) § 187 Abs 1 UGB; dazu OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t.

156) Fritz, Wie führe ich die GmbH richtig? Rz 9/121.

157) Etwa Geweßler/Stückler/Zinnöcker in Hirsler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker, SWK Spezial Einkommensteuer 2019, 208.

158) Soweit die Beteiligung nach dem 1. 1. 2004 (Inkrafttreten des EKEG) erworben wurde.

159) OGH 26. 9. 2017, 6 Ob 204/16t; dazu etwa Perl, VWT 2018, 396; Geweßler/Stückler/Zinnöcker in Hirsler/Kanduth-Kristen/Zinnöcker, SWK Spezial Einkommensteuer 2019, 207; Lichtkoppler/Reisch, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.280.

160) Etwa Seißl in Mittendorfer/Mittermair (Hrsg), Handbuch Unternehmensfinanzierung (2017) Rz AT 2/474.

161) Etwa Seißl in Mittendorfer/Mittermair, Handbuch Unternehmensfinanzierung Rz AT 2/475 ff.

162) Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger, Sanierungstreuhand und Sanierungsprivileg, ecoloex 2017, 777 f; Dollenz/Wielinger, Das Instrument der Sanierungstreuhand in der Unternehmenskrise, ÖBA 2019, 97 (98).

163) Dollenz/Wielinger, ÖBA 2019, 97.

164) Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger, ecoloex 2017, 778; Dollenz/Wielinger, ÖBA 2019, 97.

165) Foglar-Deinhardstein/Aichinger/Buchinger, ecoloex 2017, 777 f; Dollenz/Wielinger, ÖBA 2019, 98 f.

|                 |  | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge   |   | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme   |   | Kumulativer<br>Schuldbeitritt |                      | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung    |              | Genussrechte |  | Stille Gesellschaft |  |
|-----------------|--|---|---|---|---|-------------------------------|----------------------|--|--------------|--------------|--|---------------------|--|
|                 |  | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge   |   | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme   |   | Kumulativer<br>Schuldbeitritt |                      | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung    |              | Genussrechte |  | Stille Gesellschaft |  |
| Defini-<br>tion |  | Bei der Bürg-<br>schaft verpflich-<br>tet sich der Bürge<br><b>persönlich, ak-<br/>zessorisch</b> und<br>grunds mit seinem<br>gesamten Ver-<br>mögen, den<br>Gläubiger zu be-<br>friedigen, wenn<br>der Schuldner<br>nicht zahlt ( <b>Sub-<br/>sidiarität</b> ). Zahlt<br>der Bürge für den<br>Hauptschuldner,<br>erhält der Bürge<br>gegenüber die-<br>sem einen Re-<br>gressanspruch.<br>Verschiedene<br>Ausgestaltungs-<br>varianten mög-<br>lich: Bürge und<br>Zahler, Ausfalls-<br>bürge, Bürg-<br>schaft auf erstes<br>Anfordern etc  | Bei einer priva-<br>ten (befreien-<br>den) Schuldüber-<br>nahme tritt der<br><b>Neuschuldner</b><br><b>an die Stelle des</b><br><b>Altschuldners</b> ,<br>wodurch dieser<br>aus dem Schuld-<br>verhältnis entlas-<br>sen wird. Diese<br>Art der Schuld-<br>übernahme erfol-<br>dert die Einwilli-<br>gung des Gläubi-<br>gers.<br>Eine <b>unentgeltli-<br/>che private</b><br><b>Schuldüber-<br/>nahme</b> als Sa-<br>nierungsinstru-<br>ment ist idR so-<br>ziell veranlasst.<br>Eine entgeltliche<br>private Schuld-<br>übernahme be-<br>gründet beim<br>Schuldner ledig-<br>lich einen Passiv-<br>tausch und ist<br>daher oft kein<br>geeignetes Sa-<br>nierungsinstru-<br>ment.<br><br>Bei der <b>Erfül-<br/>lungsüber-<br/>nahme</b> verpflich-<br>tet sich ein Dritter<br>gegenüber dem | Bei einem<br>Schuldbeitritt tritt<br>der <b>Neuschul-<br/>dner neben dem</b><br><b>Altschuldner</b> in<br>das Schuldver-<br>hältnis ein. Im<br>Gegensatz zur<br>privativen<br>Schuldüber-<br>nahme bedarf es<br>bei einem<br>Schuldbeitritt<br>nicht zwingend<br>der Zustimmung<br>des Gläubigers.<br><br>Ein <b>unentgeltli-<br/>cher privativer</b><br><b>Schuldbeitritt</b><br>als Sanierungsin-<br>strument ist idR<br>soziell veran-<br>lasst.<br><br>Eine entgeltliche<br>private Schuld-<br>übernahme be-<br>gründet beim<br>Schuldner ledig-<br>lich einen Passiv-<br>tausch und ist<br>daher oft kein<br>geeignetes Sa-<br>nierungsinstru-<br>ment.  | Patronatserklä-<br>rungen sind in<br>Österreich nicht<br>ausdrücklich ge-<br>setzlich geregelt.<br><br><b>Harte Patro-<br/>natserklärungen</b><br>begründen<br><b>rechtsverbindli-<br/>che Erklärungen</b><br><b>des Patrons</b> ,<br>bestimmte Maß-<br>nahmen hinsicht-<br>lich der Liquidität<br>oder finanziellen<br>Ausstattung der<br>Tochtergesell-<br>schaft durchzu-<br>führen (Ausstat-<br>tungserklärung).<br>Harte Patronats-<br>erklärungen kön-<br>nen in Form eines<br><b>Zuschuss- oder</b><br><b>Darlehensver-<br/>sprechens</b> ab-<br>gegeben werden.<br><br><b>Weiche Patro-<br/>natserklärungen</b><br>sind unverbindli-<br>che, ohne<br>Rechtsbindungs-<br>willen ausgespro-<br>chene Absichten<br>eines Patrons.<br>Die weiche Pat-<br>ronatserklärung<br>tritt in zwei Un- | Substanzge-<br>nussrecht      | Ertragszu-<br>schuss | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht | Eigenkapital | Fremdkapital |  |                     |  |
|                 |  | Genussrechte<br>sind schuldrecht-<br>liche Dauer-<br>schuldverhält-<br>nisse ohne Mit-<br>wirkungsrechte.<br>Genussrechte<br>können verbrieft<br>(Genussscheine)<br>oder unverbrieft<br>sein.<br><br>Substanzgenuss-<br>rechte begrün-<br>den als Sanie-<br>rungsinstrumente<br><b>Eigenkapital</b> .<br>Um <b>Eigenkapital</b><br>in der <b>UGB-Bi-<br/>lanz</b> zu begrün-<br>den, bedarf es<br>kumulativ Nach-<br>rangigkeit, Er-<br>folgsabhängigkeit<br>der Vergütung<br>und Teilnahme<br>am Verlust sowie<br>keiner Befristung<br>der Kapitalüber-<br>lassung.<br><b>Steuerlich</b><br>kommt es dage-<br>gen nach dem<br>VwGH auf das<br>qualitative<br>quantitative<br>Überwiegen einer<br>Veizahl von Ei-<br>genkapitalkrite-<br>rien gegenüber | Genussrechte<br>sind schuldrecht-<br>liche Dauer-<br>schuldverhält-<br>nisse ohne Mit-<br>wirkungsrechte.<br>Genussrechte<br>können verbrieft<br>(Genussscheine)<br>oder unverbrieft<br>sein.<br><br>Ertragszuschüsse<br>begründen, wie<br>Substanzgenuss-<br>rechte, als Sanie-<br>rungsinstrumente<br><b>Eigenkapital</b> .<br>Um <b>Eigenkapital</b><br>in der <b>UGB-Bi-<br/>lanz</b> zu begrün-<br>den, bedarf es<br>kumulativ Nach-<br>rangigkeit, Er-<br>folgsabhängigkeit<br>der Vergütung<br>und Teilnahme<br>am Verlust sowie<br>keiner Befristung<br>der Kapitalüber-<br>lassung.<br><b>Steuerlich</b><br>kommt es dage-<br>gen nach dem<br>VwGH auf das<br>qualitative und<br>quantitative Über-<br>wiegen einer Viel-<br>zahl von Eigenka-<br>pitalkriterien ge-                 | Genussrechte<br>sind schuldrecht-<br>liche Dauer-<br>schuldverhält-<br>nisse ohne Mit-<br>wirkungsrechte.<br>Genussrechte<br>können verbrieft<br>(Genussscheine)<br>oder unverbrieft<br>sein.<br><br>Obligationsähnli-<br>che Genuss-<br>rechte begründen<br>als Sanierungsin-<br>strumente<br><b>Fremdkapital</b> .<br>Um <b>Fremdkapital</b><br>in der <b>UGB-Bi-<br/>lanz</b> zu begrün-<br>den, dürfen<br>Nachrangigkeit,<br>Erfolgsabhängig-<br>keit der Vergütung<br>und Teilnahme<br>am Verlust sowie<br>eine Befristung<br>der Kapitalüber-<br>lassung nicht ku-<br>mulativ vorliegen.<br><b>Steuerlich</b><br>kommt es dage-<br>gen nach dem<br>VwGH auf das<br>qualitative und<br>quantitative Über-<br>wiegen einer Viel-<br>zahl von Fremd-<br>kapitalkriterien | Eine stille Gesell-<br>schaft iSd<br>§§ 179ff UGB ist<br>eine <b>nicht-au-<br/>ßenwirksame</b><br><b>Beteiligungs-<br/>form</b> am Unter-<br>nehmen oder<br>Vermögen eines<br>anderen. Es han-<br>delt sich um eine<br>nicht-rechtsfähige<br>Personengesell-<br>schaft, wobei der<br>stille Gesellschaf-<br>ter eine Einlage zu<br>leisten hat. Wäh-<br>rend eine Beteilig-<br>ung am Gewinn<br>zwingend ist,<br>kann eine Beteilig-<br>ung am laufen-<br>den Verlust pri-<br>vatautonom aus-<br>geschlossen wer-<br>den. Mangels<br>Vermögensbetei-<br>ligung an Unter-<br>nehmen des Un-<br>ternehmers han-<br>delt es sich bei<br>typischer Ausge-<br>staltung um<br>Fremdkapital für<br>bilanzielle Zwe-<br>cke.<br><br>Liegt steuerlich<br>keine Mitunter-                                   |                               |                      |  |              |              |  |                     |  |

|  | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge  | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme  | Kumulativer<br>Schuldbeitritt   | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung  | Genussrechte   |   |   | Stille Gesellschaft |              |
|--|--|--|---|--|--|---|---|---------------------|--------------|
|  |  |  |   |  | Substanzge-<br>nussrecht   | Ertragszu-<br>schuss  | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht  | Eigenkapital        | Fremdkapital |
| als Grundsätze<br>die Akzessorietät,<br>Spezialität, Publi-<br>zität, die unge-<br>teilte Pfandhaf-<br>tung sowie die<br>Priorität zu be-<br>achten.<br><br>In einem <b>Garan-<br/>tievertrag</b> ver-<br>pflichtet sich der<br>Garant einem<br>Begünstigten ge-<br>genüber, <b>nicht-<br/>akzessorisch</b><br><b>(abstrakt)</b> für ei-<br>nen bestimmten<br>Erfolg einzuste-<br>hen oder für ei-<br>nen Schaden im<br>weiteren Sinn<br>aufzukommen.<br>Von besonderer<br>Bedeutung für<br>Gesellschaften in<br>der Krise ist die<br>dreipersonale<br>Garantie, bei der<br>der Garant eine<br>Garantie für die<br>Leistung eines<br>Dritten abgibt. | Schuldner zur<br><b>Erfüllung</b> der<br>Schuld für den<br>Schuldner <b>im In-<br/>nenverhältnis</b> ,<br>ohne dass<br>Rechtswirkungen<br>für den Gläubiger<br>entstehen. Der<br>Gläubiger erhält<br>gegenüber dem<br>Erfüllungsüber-<br>nehmer keine<br>Rechte.<br>Eine <b>unentgeltli-<br/>che Erfüllungs-<br/>übernahme</b> als<br>Sanierungsinstru-<br>ment ist idR so-<br>ziell veranlasst.<br>Eine entgeltliche<br>Erfüllungsüber-<br>nahme begrün-<br>det beim Schuld-<br>ner lediglich einen<br>Passivtausch und<br>ist daher oft kein<br>geeignetes Sa-<br>nierungsinstru-<br>ment. | terformen auf: (i)<br>völlig unverbind-<br>liche Äußerungen<br>(Gutwillenserklä-<br>rungen), welche<br>lediglich das Ver-<br>trauen des Kre-<br>ditgebers stärken<br>sollen, oder (ii)<br>rechtlich verbind-<br>liche Handlungs-<br>zusagen, die idR<br>eine Verpflich-<br>tung zu sorgfäl-<br>tigem Bemühen<br>begründen.<br><br>Eine unentgeltli-<br>che harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung als Sanie-<br>rungsinstrument<br>ist idR soziellär<br>durch den Ge-<br>sellschafter („Pat-<br>ron“) veranlasst. | den Fremdkapi-<br>talkriterien an.<br>Neben der <b>ent-<br/>geltlichen Aus-<br/>gabe</b> von Ge-<br>nussrechten ist<br>auch eine unent-<br>geltliche Ausgabe<br>denkbar, die je-<br>doch als Sanie-<br>rungsinstrument<br>mangels Kapital-<br>zufuhr nicht ge-<br>eignet ist. | gegenüber den<br>Fremdkapitalkri-<br>terien an.<br>Neben der <b>ent-<br/>geltlichen Aus-<br/>gabe</b> von Ge-<br>nussrechten ist<br>auch eine unent-<br>geltliche Ausgabe<br>denkbar, die je-<br>doch als Sanie-<br>rungsinstrument<br>mangels Kapital-<br>zufuhr nicht ge-<br>eignet ist. | gegenüber den<br>Eigenkapitalkrite-<br>rien an.<br>Neben der <b>ent-<br/>geltlichen Aus-<br/>gabe</b> von Ge-<br>nussrechten ist<br>auch eine unent-<br>geltliche Ausgabe<br>denkbar, die je-<br>doch als Sanie-<br>rungsinstrument<br>mangels Kapital-<br>zufuhr nicht ge-<br>eignet ist. | einem Komman-<br>ditisten) begrün-<br>den.<br>Besteht steuerlich<br>nicht nur eine Be-<br>teiligung am lau-<br>fenden Ergebnis<br>der Geschäftstät-<br>tigkeit, sondern<br>schuldrechtlich<br>auch an den still-<br>en Reserven und<br>am Firmenwert<br>und/oder wird<br>Mitunternehmer-<br>initiative entfaltet<br><b>(Mitunterneh-<br/>merschaft)</b> , han-<br>delt es sich beim<br>hingegebenen<br>Kapital um Eigen-<br>kapital. Zusätzlich<br>muss die atypisch<br>stille Gesellschaft<br>an einem (Teil-)<br>Betrieb bestehen,<br>um eine Mitunter-<br>nehmerschaft mit<br>betrieblichen Ein-<br>künften aus<br>steuerlicher Sicht<br>zu begründen. | nehmerschaft vor<br>(s zuvor), besteht<br>auch für steuerli-<br>che Zwecke<br>Fremdkapital. |                     |              |

|  | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge  | Privative<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungüber-<br>nahme | Kumulativer<br>Schuldbeitritt | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung | Genussrechte  |   |   | Stille Gesellschaft   |   |
|--|--|--|-------------------------------|---|---|---|---|---|---|
|  |  |  |                               |   | Substanzge-<br>nussrecht  | Ertragszu-<br>schuss  | Obligationssähn-<br>liches Genuss-<br>recht   | Eigenkapital  | Fremdkapital  |
| UGB-Bi-<br>lanzierung                  |  |  |                               |   |   |   |   |   |   |
| a. Dritter<br>als Kapi-<br>talgeber    |  |  |                               |   |   |   |   |   |   |
| - Ebene<br>des Ka-<br>pitalge-<br>bers | Die Bürgschafts-<br>verpflichtung ist<br>als <b>Eventualver-<br/>bindlichkeit</b> un-<br>ter der Bilanz zu<br>bilanzieren oder<br>im <b>Anhang</b> zu<br>erläutern. Bei<br>ernsthafter Ge-<br>fahr der Inan-<br>spruchnahme<br>kommt es zu ei-<br>ner aufwands-<br>wirksamen<br><b>Rückstellungs-<br/>bildung</b> . Die tat-<br>sächliche Inan-<br>spruchnahme<br>des Bürgen kann<br>anschließend zur<br><b>Aktivierung des<br/>Regressan-<br/>spruchs</b> führen,<br>sofern dieser<br>ausgesprochen<br>wurde und reali-<br>sierbar erscheint. | -  | -                             | -                                       | Substanzgenuss-<br>rechte sind bei<br>Dauerbesitzab-<br>sicht als <b>„Wert-<br/>papiere des An-<br/>lagevermögens“</b><br>(verbrieft) oder<br><b>„Ausleihung“</b><br>(unverbrieft) aus-<br>zuweisen.<br>Ohne Dauerbe-<br>sitzabsicht ist das<br>Genussrecht im<br>Umlaufvermögen<br>als <b>„sonstige<br/>Wertpapiere<br/>und Anteile“</b><br>(verbrieft) oder<br><b>„sonstige For-<br/>derungen und<br/>Vermögensge-<br/>genstände“</b> (un-<br>verbrieft) auszu-<br>weisen. Ggf ist<br>der Vermögens-<br>gegenstand ent-<br>sprechend <b>abzu-<br/>schreiben</b> . | Ein Genussrecht<br>in Form eines Er-<br>tragszuschusses<br>ist entsprechend<br>einem Substanz-<br>genussrecht aus-<br>zuweisen (s zu-<br>vor) und ggf ab-<br>zuschreiben. | Ein Genussrecht<br>in Form eines ob-<br>ligationsähnli-<br>chen Genuss-<br>rechts ist ent-<br>sprechend einem<br>Substanzgenuss-<br>recht auszuwei-<br>sen (s zuvor). | Die stille Gesell-<br>schaft kann im<br>Einzelfall als <b>„An-<br/>teile an verbun-<br/>denen Unter-<br/>nehmen“</b> , <b>„Be-<br/>teiligung“</b> oder<br><b>„Ausleihung“</b><br>ausgewiesen<br>werden. Die stille<br>Beteiligung ist ggf<br>um den nicht-<br>werthaltigen Teil<br><b>abzuschreiben</b> . | Eine stille Beteili-<br>gung in Form von<br>Fremdkapital<br>wird als <b>„Auslei-<br/>hung“</b> auszuwei-<br>sen sein. Der Bi-<br>lanzposten ist ggf<br>um den nicht-<br>werthaltigen Teil<br><b>abzuschreiben</b> . |

|                                       | Bürgerschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge   | Private<br>Schulüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme | Kumulativer<br>Schuldbetritt | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung | Genussrechte   |   |   | Stille Gesellschaft  |  |
|---------------------------------------|---|--|------------------------------|---|--|---|---|--|--|
|                                       |   |  |                              |   | Substanzge-<br>nussrecht   | Ertragszu-<br>schuss  | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht  | Eigenkapital   | Fremdkapital   |
| - Ebene<br>der Ge-<br>sell-<br>schaft | Bei Inanspruch-<br>nahme des Bür-<br>gen kommt es zur<br>Ausbuchung der<br>ursprünglichen<br>Verbindlichkeit<br>und <b>Passivie-<br/>rung des Re-<br/>gressan-<br/>spruchs.</b><br><br>Dies gilt sinngemäß<br>auch für die<br>Pfandbestellung<br>und Garantiever-<br>träge. | -  | -                            | -                                       | Substanzgenuss-<br>rechte werden<br>erfolgsneutral in<br>einen <b>eigenen<br/>Eigenkapital-<br/>posten</b> nach den<br>Kapitalrücklagen<br>gestellt. Ein ent-<br>sprechendes<br>Aufgeld (Agio) ist<br>in die gebundene<br>Kapitalrücklage<br>zu stellen.<br><br>Im <b>Anhang</b> der<br>ausgebenden<br>Gesellschaft be-<br>darf es zusätzli-<br>cher Erläuterun-<br>gen zu den Cha-<br>rakteristika des<br>Genussrechts<br>(Restlaufzeit, all-<br>fälliger Vergü-<br>tungsrückstand,<br>Bedingungen<br>etc). | Eine erfolgswirk-<br>same Vereinnah-<br>mung ist nur zu-<br>lässig, wenn das<br>Genussrechtska-<br>pital als <b>Ertrags-<br/>zuschuss</b> be-<br>zeichnet wird, der<br>der Durchführung<br>bestimmter Maß-<br>nahmen (insb<br>Sanierung) ge-<br>widmet ist, Ver-<br>gütungen nur bis<br>zur Höhe des<br>ausschüttbaren<br>Jahresüber-<br>schusses ge-<br>währt werden<br>und eine Nach-<br>rangigkeit gegen-<br>über sämtlichen<br>übrigen Gläubi-<br>gern gegeben ist.<br>Es besteht dies-<br>falls eine <b>beson-<br/>dere Erläute-<br/>rungspflicht im<br/>Anhang.</b><br><br>Im <b>Anhang</b> der<br>ausgebenden<br>Gesellschaft be-<br>darf es zusätzli-<br>cher Erläuterun-<br>gen zu den Cha-<br>rakteristika des<br>Genussrechts<br>(Restlaufzeit, all-<br>fälliger Vergü-<br>tungsrückstand,<br>Bedingungen<br>etc). | Die Bilanzierung<br>von obligations-<br>ähnlichen Ge-<br>nussrechten ent-<br>spricht der Bilan-<br>zierung von Dar-<br>lehen (s zuvor),<br>wobei eine eigen-<br>ständige Posten-<br>bezeichnung<br>empfohlen wird.<br><br>Wird das nach-<br>rangige und er-<br>folgsabhängig<br>vergütete Ge-<br>nussrecht mit ei-<br>ner langfristigen<br>Rückzahlungsver-<br>pflichtung verse-<br>hen (Hybridkapi-<br>tal), wird der Aus-<br>weis als Hybrid-<br>oder Mezzaninka-<br>pital auf Ebene<br>der das Genuss-<br>recht ausgeben-<br>den Gesellschaft<br>zwischen Eigen-<br>kapital und<br>Fremdkapital ver-<br>langt.<br><br>Im Anhang der<br>ausgebenden Ge-<br>sellschaft bedarf<br>es zusätzlicher Er-<br>läuterungen zu<br>den Charakteris-<br>tika des Genuss- | Es bedarf eines<br><b>gesonderten<br/>Ausweises</b> des<br>Eigenkapitalinst-<br>ruments. | Es bedarf eines<br><b>gesonderten<br/>Ausweises</b> des<br>Fremdkapitalinst-<br>ruments. |



|  | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge  | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungüber-<br>nahme   | Kumulativer<br>Schuldbeitritt  | harte/weiche<br>Patronatsklä-<br>rung  | Genussrechte  |  |  | Stille Gesellschaft   |   |
|--|--|--|--|--|---|--|--|---|---|
|  |  |  |  |  | Substanzge-<br>nussrecht  | Ertragszu-<br>schuss   | Obligationssähn-<br>liches Genuss-<br>recht  | Eigenkapital  | Fremdkapital  |
| b. Ge-<br>sell-<br>schafter<br>als Kapi-<br>talgeber | Die Bürgschafts-<br>verpflichtung ist<br>als <b>Eventualver-<br/>bindlichkeit</b> un-<br>ter der Bilanz zu<br>bilanzieren oder<br>im <b>Anhang</b> zu<br>erläutern.<br>Wird auf den Re-<br>gressanspruch<br>(aus sozialeren<br>Gründen) ver-<br>zichtet, ist die<br>Bürgschaft im<br>Anschluss grds<br>erfolgsneutral auf<br>die <b>Beteiligung</b><br>zu <b>aktivieren</b> . Die<br>Beteiligungserhö-<br>hung ist allenfalls<br>mittels <b>außer-<br/>planmäßiger<br/>Abschreibung</b><br>zu korrigieren. | Es kommt zum<br>Ausweis einer<br><b>Verbindlichkeit</b><br>sowie zu einer<br><b>Erhöhung des<br/>Beteiligungsan-<br/>satzes</b> . Bei feh-<br>lender Werthal-<br>tigkeit hat eine<br><b>außerplanmä-<br/>ßige Abschrei-<br/>bung</b> auf den<br>beizulegenden<br>Wert zu erfolgen. | Eine Passivierung<br>als Verbindlich-<br>keit und nicht als<br>Eventualverbind-<br>lichkeit (unter der<br>Bilanz) ist gebo-<br>ten, sofern wirt-<br>schaftlich die Be-<br>freiung des<br>Hauptschuldners<br>im Vordergrund<br>steht.<br>Demnach müsste<br>es auch zu einer<br><b>Erhöhung des<br/>Beteiligungsan-<br/>satzes</b> kommen,<br>der allenfalls wie-<br>derum auf den<br>beizulegenden<br>Wert der Betei-<br>ligung <b>abzu-<br/>schreiben</b> ist. | <b>Harte Patro-<br/>natsklärungen</b><br>in Form von <b>Dar-<br/>lehensverspre-<br/>chen</b> begründen<br>eine Eventualver-<br>bindlichkeit (s.d.<br>§ 199 UGB, so-<br>lange eine Inan-<br>spruchnahme<br>nicht wahr-<br>scheinlich ist. Al-<br>ternativ kommt<br>eine Anhangsan-<br>gabe in Betracht.<br>Bei drohender In-<br>anspruchnahme<br>ist eine Rückstel-<br>lung oder gar<br>Verbindlichkeit<br>aufwandswirk-<br>sam einzubru-<br>chen. Für die<br>harte Patronats-<br>klärung in Form<br>eines <b>Zususs-<br/>versprechens</b> ist<br>erst im Zeitpunkt<br>der Liquiditätszu- | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von Ge-<br>sellschaftersub-<br>stanzgenussrech-<br>ten und<br>Substanzgenuss-<br>rechten von un-<br>abhängigen Drit-<br>ten (s zuvor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von<br>Gesellschafterer-<br>tragszuschüssen<br>und Ertragszu-<br>schüssen von<br>unabhängigen<br>Dritten (s zuvor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von<br>(fremdlichen)<br>obligationsähnli-<br>chen Gesell-<br>schaftergenuss-<br>rechten und obli-<br>gationsähnlichen<br>Genussrechten<br>von unabhängi-<br>gen Dritten (s zu-<br>vor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von stillen<br>Gesellschaften<br>durch Altgesell-<br>schafter und stil-<br>len Gesellschaften<br>von unab-<br>hängigen Dritten<br>(s zuvor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von stillen<br>Gesellschaften<br>durch Altgesell-<br>schafter und stil-<br>len Gesellschaften<br>von unab-<br>hängigen Dritten<br>(s zuvor). |

|   | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge   | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme  | Kumulativer<br>Schuldbeitritt   | harte/weiche<br>Patronatsklärung   | Genussrechte  |   |  | Stille Gesellschaft   |   |
|---|---|--|---|--|---|---|--|---|---|
|   |   |  |   |  | Substanzge-<br>nussrecht  | Ertragszu-<br>schuss  | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht   | Eigenkapital  | Fremdkapital  |
|   | und den Garan-<br>tieverträgen.   |  |   | für der Betei-<br>lungsansatz zu<br>erhöhen. Eine all-<br>fällige Wertmin-<br>derung der Be-<br>teiligung ist mit-<br>teils Abschrei-<br>bung wiederum<br>zu korrigieren.<br><br><b>Weiche Patro-<br/>natsklärungen</b><br>führen zu keinem<br>Bilanzausweis,<br>wobei für mittel-<br>große und große<br>Gesellschaften<br>eine Anhangsan-<br>gabe notwendig<br>sein kann. |   |   |  |   |   |
| <b>- Ebene<br/>der Ge-<br/>sell-<br/>schaft</b> | Bei Inanspruch-<br>nahme des Bür-<br>gen kommt es zur<br>Ausbuchung der<br>ursprünglichen<br>Verbindlichkeit<br>und Passivierung<br>des Regressan-<br>spruchs. Bei so-<br>zietalem Verzicht<br>auf den Regress-<br>anspruch ent-<br>sprechen die<br>Auswirkungen<br>dem sozietären<br>Forderungsver-<br>zicht (s zuvor).<br><br>Dies gilt sinnge- | Bei der <b>privati-<br/>ven Schuld-<br/>übernahme</b> ist<br>die Altverbind-<br>lichkeit auszubü-<br>chen und statt-<br>dessen die Kapi-<br>talrücklage, wie<br>bei Gesellschaft-<br>terzuschüssen (s<br>zuvor), entspre-<br>chend zu erhö-<br>hen.<br><br>Bei der <b>Erfül-<br/>lungsüber-<br/>nahme</b> kommt es<br>nach einem Teil<br>der Lehre zur | Nach einem Teil<br>der Lehre ist<br>richtigerweise nur<br>ein <b>antelliger<br/>Verbindlich-<br/>keitsausweis</b><br>geboten, soweit<br>nicht der Ausfall<br>eines Mitver-<br>pflichteten droht<br>und eine wirt-<br>schaftliche Ent-<br>lastung des<br>Hauptschuldners<br>durch den Beitre-<br>tenden tatsäch-<br>lich bezweckt ist.<br>Der reduzierte<br>Betrag wäre wie- | Eine <b>harte Pat-<br/>ronatsklärung</b><br>führt im Zeitpunkt<br>der Erklärung, die<br>einen Rechtsan-<br>spruch der Ge-<br>sellschaft vermit-<br>telt, grds zu kei-<br>nen Auswirkun-<br>gen. Bei<br>Inanspruch-<br>nahme des Pat-<br>rons kommt es zu<br>einem Ausweis<br>eines Darlehens<br>bei Darlehensver-<br>sprechen (s zu-<br>vor) bzw einem<br>Zuschuss bei Zu- | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von Ge-<br>sellschaftersub-<br>stanzgenussrech-<br>ten und<br>Substanzgenuss-<br>rechten von un-<br>abhängigen Drit-<br>ten (s zuvor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von Ge-<br>sellschaftterer-<br>tragszuschüssen<br>und Ertragszu-<br>schüssen von un-<br>abhängigen Drit-<br>ten (s zuvor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von<br>(fremdüblichen)<br>obligationsähnli-<br>chen Gesell-<br>schaftergenuss-<br>rechten und obli-<br>gationsähnlichen<br>Genussrechten<br>von unabhängi-<br>gen Dritten (s zu-<br>vor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von stillen<br>Gesellschaften<br>durch Altgesell-<br>schafter und stil-<br>len Gesellschaf-<br>ten von unab-<br>hängigen Dritten<br>(s zuvor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der Bilan-<br>zierung von stillen<br>Gesellschaften<br>durch Altgesell-<br>schafter und stil-<br>len Gesellschaf-<br>ten von unab-<br>hängigen Dritten<br>(s zuvor). |

|  | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge   | Privative<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungüber-<br>nahme  | Kumulativer<br>Schuldbeitritt   | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung   | Genussrechte   |  |  | Stille Gesellschaft  |              |
|--|---|---|---|---|--|--|--|--|--------------|
|  |   |   |   |   | Substanzge-<br>nussrecht   | Ertragszu-<br>schuss   | Obligationssähn-<br>liches Genuss-<br>recht  | Eigenkapital   | Fremdkapital |
|  | mäß auch für die<br>Pfandbestellung<br>und Garantiever-<br>trägen.  | Ausbuchung der<br>Verbindlichkeit,<br>sofern eine end-<br>gültige wirt-<br>schaftliche Be-<br>lastung aufgrund<br>der Erfüllungs-<br>übernahme aus-<br>zuschließen ist.<br>Allenfalls ist eine<br>Eventualverbind-<br>lichkeit unter der<br>Bilanz auszuwei-<br>sen. Nach einem<br>anderen Teil der<br>Lehre ist hinge-<br>gen die Verbind-<br>lichkeit weiterhin<br>zu bilanzieren<br>und lediglich ein<br>Freistellungsan-<br>spruch gegen-<br>über dem Über-<br>nehmer zu akti-<br>vieren. | derum in die <b>Ka-<br/>pitalrücklage</b> ,<br>wie bei Gesell-<br>schaftlerzuschüs-<br>sen, zu stellen<br>(Passivtausch).<br><br>Nach einem an-<br>deren Teil der<br>Lehre bleibt hin-<br>gegen die wirt-<br>schaftliche Be-<br>lastung für die<br>bisherige Gesell-<br>schaft uneinge-<br>schränkt beste-<br>hen, sodass eine<br>Verbindlichkeit<br>stets weiterhin in<br>unbeschränkter<br>Höhe auszuwei-<br>sen ist. | schussverspre-<br>chen (s zuvor).<br><br><b>Weiche Patronatserklärungen</b><br>führen mangels<br>Rechtsanspruch<br>zu keinerlei Bi-<br>lanzausweis. |  |  |  |  |              |
| <b>Steuer-<br/>recht</b>                         |   |   |   |   |  |  |  |  |              |
| <b>a. Dritter<br/>als Kapi-<br/>talgeber</b>     |   |   |   |   |  |  |  |  |              |
| <b>- Ebene<br/>des Ka-<br/>pitalge-<br/>bers</b> | Die steuerliche<br>Behandlung folgt<br>grds der <b>UGB-<br/>Bilanzierung</b> .<br>Bei drohender In-<br>anspruchnahme<br>des Bürgen<br>kommt es zu ei- | -   | -   | -   | Die steuerliche<br>Behandlung folgt<br>grds der <b>UGB-<br/>Bilanzierung</b> .<br>Ist der Genuss-<br>rechtsinhaber<br>eine Körper- | Die steuerliche<br>Behandlung folgt<br>der <b>UGB-Bilan-<br/>zierung</b> . | Eine Mitunter-<br>nehmerschaft in<br>Form einer stillen<br>Gesellschaft wird<br>steuerlich wie<br>eine sonstige Per-<br>sonengesell- | Die steuerliche<br>Behandlung ent-<br>spricht jener bei<br>einem <b>Privatar-<br/>lehen</b> , wobei<br>Vergütungen bei<br>natürlichen Per-<br>sonen dem pro- |              |

|                                       | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge   | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme | Kumulativer<br>Schuldbetritt | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung | Genussrechte  |   |  | Stille Gesellschaft  |   |
|---------------------------------------|---|---|------------------------------|---|---|---|--|--|---|
|                                       |   |   |                              |   | Substanzge-<br>nussrecht  | Ertragszu-<br>schuss  | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht   | Eigenkapital   | Fremdkapital  |
|                                       | <p>ner aufwands-<br/>wirksamen Erfas-<br/>sung, wobei et-<br/>waige Regress-<br/>ansprüche be-<br/>reits bei der<br/>Rückstellungsbil-<br/>dung mitberück-<br/>sichtigt werden<br/>müssen (Saldie-<br/>rung).</p> <p>Dies gilt sinngemäß auch für die<br/>Pfandbestellung<br/>und Garantiever-<br/>träge.</p> |   |                              |   | <p>eine Beteiligung<br/>am Liquidations-<br/>gewinn. Entge-<br/>gen dem Gesetz-<br/>eswortlaut stel-<br/>len der VwGH<br/>und Teile der<br/>Lehre in Öster-<br/>reich auf das<br/>qualitative und<br/>quantitative<br/>Überwiegen der<br/>Eigenkapitalkrite-<br/>rien ab (s zuvor).</p> <p>Ist der Genuss-<br/>rechtsinhaber<br/>eine Körper-<br/>schaft, so ist der<br/>Aufwand anläss-<br/>lich einer Ab-<br/>schreibung gem<br/>§ 12 Abs 3 Z 2<br/>KStG auf sieben<br/>Jahre zu vertei-<br/>len.</p> | <p>schaft, ist der<br/>Aufwand anläss-<br/>lich einer Ab-<br/>schreibung gem<br/>§ 12 Abs 3 Z 2<br/>KStG auf sieben<br/>Jahre zu vertei-<br/>len.</p>   |  | <p>schaft (OG, KG)<br/>behandelt.</p>  | <p>gressiven Steuer-<br/>satz unterliegen.</p>  |
| - Ebene<br>der Ge-<br>sell-<br>schaft | <p>Die steuerliche<br/>Behandlung folgt<br/>der <b>UGB-Bilan-<br/>zierung</b>.</p>  | -   | -                            | -                                       | <p>Steuerliche Sub-<br/>stanzgenuss-<br/>rechte erhöhen<br/>als Einlage das so<br/>genannte Surro-<br/>gatkapital-Sub-<br/>konto der Gesell-<br/>schaft. Übersteigt<br/>der Ausgabepreis<br/>des Substanzge-<br/>nussrechtskapi-<br/>tals den Nenn-<br/>wert, ist der</p>   | <p>Die steuerliche<br/>Behandlung folgt<br/>der <b>UGB-Bilan-<br/>zierung</b>.</p> <p>Hinsichtlich Sub-<br/>kontentechnik<br/>werden Ertrags-<br/>zuschüsse den<br/>Substanzgenuss-<br/>rechten gleichge-<br/>halten.</p> | <p>Die steuerliche<br/>Behandlung folgt<br/>grads der <b>UGB-<br/>Bilanzierung</b>.</p> <p>Der <b>Umfang der<br/>Fremdfinanzie-<br/>rung</b> einer Ge-<br/>sellschaft mittels<br/>Darlehen ist der-<br/>zeit steuerlich<br/>nicht beschränkt<br/>(Finanzierungs-</p> | <p>Eine Mitunter-<br/>nehmerschaft in<br/>Form einer stillen<br/>Gesellschaft wird<br/>steuerlich wie<br/>Vergütungen auf<br/>eine sonstige Per-<br/>sonengesell-<br/>schaft (OG, KG)<br/>behandelt.</p> | <p>Die steuerliche<br/>Behandlung ent-<br/>spricht jener bei<br/>einem <b>Privatdar-<br/>lehen</b>, wobei<br/>Vergütungen auf<br/>Ebene des Un-<br/>ternehmens ab-<br/>zugsfähig ist.</p> |

|   | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge  | Privative<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme | Kumulativer<br>Schuldbeitritt                                  | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung   | Genussrechte  |   |  | Stille Gesellschaft   |   |
|---|--|---|--|---|---|---|--|---|---|
|   |  |   |  |   | Substanzge-<br>nussrecht  | Ertragszu-<br>schuss  | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht   | Eigenkapital  | Fremdkapital  |
|   |  |   |  |   | Mehrbetrag als Agio auf dem disponiblen oder indisponiblen Evidenz-Subkonto auszuweisen. Werden Ausschüttungen für Substanzgenussrechte unternehmensrechtlich als Aufwand behandelt (s oben), reduzieren derartige Ausschüttungen als offene Ausschüttung nicht nochmals den Stand der Innenfinanzierung. |   | freiheit). Es ist allerdings zeitnah mit einer Zins-schranke iSd ATAD zu rechnen.  |   |   |
| <b>b. Ge-<br/>sell-<br/>schafter<br/>als Kapi-<br/>talgeber</b> |  |   |  |   |   |   |  |   |   |
| <b>- Ebene<br/>des Ka-<br/>pitalge-<br/>bers</b>                | Die steuerliche Behandlung folgt der <b>UGB-Bilanzierung</b> .<br><br>Ist der Gesellschafter allerdings eine Körperschaft, ist der Aufwand gem § 12 Abs 3 Z 2 KStG auf sieben Jahre zu vertei- | Die steuerliche Behandlung folgt der <b>UGB-Bilanzierung</b> .  | Die steuerliche Behandlung folgt der <b>UGB-Bilanzierung</b> . | Die steuerliche Behandlung folgt der <b>UGB-Bilanzierung</b> .<br><br>Vom <b>VwGH</b> wird die sozialere Veranlassung bei <b>harten Patronatserklärungen</b> der Mutter- an die Tochtergesellschaft weit aus- | Es besteht kein Unterschied zwischen der steuerlichen Behandlung von Gesellschafterertragszuschüssen und Ertragszuschüssen von Dritten (s zuvor).   | Es besteht kein Unterschied zwischen der steuerlichen Behandlung von Gesellschafterertragszuschüssen und Ertragszuschüssen von Dritten (s zuvor). | Es besteht kein Unterschied zwischen der steuerlichen Behandlung von obligationsähnlichen Genussrechten und obligationsähnlichen Genussrechten von unabhängigen Dritten (s zuvor). | Es besteht grds kein Unterschied zwischen der steuerlichen Behandlung von stillen Gesellschaften durch Altgesellschafter und stillen Gesellschaften von unabhängigen Dritten (s zuvor). | Es besteht grds kein Unterschied zwischen der steuerlichen Behandlung von stillen Gesellschaften durch Altgesellschafter und stillen Gesellschaften von unabhängigen Dritten (s zuvor). |

|   | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge  | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme  | Kumulativer<br>Schuldbeitritt   | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung   | Genussrechte  |  |   | Stille Gesellschaft  |  |
|---|--|--|---|---|---|--|---|--|--|
|   |  |  |   |   | Substanzge-<br>nussrecht  | Ertragszu-<br>schuss   | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht  | Eigenkapital   | Fremdkapital   |
|   | Bei mittelba-<br>ren Forderungs-<br>verzichten ist zu-<br>dem auf das Ab-<br>zugsverbot des<br>§ 12 Abs 3 Z 3<br>KStG zu achten.   |  |   | gelegt, weshalb<br>zwecks Rück-<br>stellungsbildung<br>ausdrücklich ein<br>fremdübliches<br>Darlehensver-<br>sprechen verein-<br>bart werden<br>sollte.<br>Ist der Gesell-<br>schafter eine<br>Körperschaft, ist<br>der Aufwand bei<br>einem Zuschuss-<br>versprechen gem<br>§ 12 Abs 3 Z 2<br>KStG auf sieben<br>Jahre zu vertei-<br>len. Bei mittelba-<br>ren Patronatser-<br>klärungen ist zu-<br>dem auf das Ab-<br>zugsverbot des<br>§ 12 Abs 3 Z 3<br>KStG zu achten. |   |  | Der VwGH lehnt<br>allerdings die<br>Gründung einer<br>stillen Gesell-<br>schaft an einer<br>Gesellschaft in<br>der Krise ab, so-<br>fern die Einlage<br>objektiv nur den<br>wirtschaftlichen<br>Erfolg hat, Eigen-<br>kapital zu erset-<br>zen und somit an<br>die Stelle einer<br>wirtschaftlich ge-<br>botenen Kapital-<br>zuführung tritt. |  |  |
| <b>- Ebene<br/>der Ge-<br/>sell-<br/>schaft</b> | Die steuerliche<br>Behandlung folgt<br>grds der <b>UGB-<br/>Bilanzierung</b> .<br>Bei Inanspruch-<br>nahme des Ge-<br>sellschafters<br>durch den Dritten<br>und Regressver-<br>zicht ist der<br><b>nicht-werthal-<br/>tige Teil</b> der Re-<br>gressverbindlich- | Die steuerliche<br>Behandlung folgt<br>grds der <b>UGB-<br/>Bilanzierung</b> .<br>Die sozietäre Ein-<br>lage erhöht das<br><b>disponible Evi-<br/>denz-Subkonto</b> ,<br>sofern der Auf-<br>fassung gefolgt<br>wird, wonach le-<br>diglich ein anteillich- | Die steuerliche<br>Behandlung folgt<br>grds der <b>UGB-<br/>Bilan-<br/>zierung</b> .<br>Die sozietäre Ein-<br>lage erhöht das<br>disponible Evi-<br>denz-Subkonto,<br>sofern der Auf-<br>fassung gefolgt<br>wird, wonach le-<br>diglich ein anteillich- | Die steuerliche<br>Behandlung folgt<br>grds der <b>UGB-<br/>Bilanzierung</b> .<br>Bei <b>harten Pa-<br/>tronatserklärun-<br/>gen</b> in Form eines<br>Zuschussver-<br>sprechens und<br>sozietär veran-<br>lasseten, fremd-<br>üblichen Darle-<br>hensversprechen  | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der<br>steuerlichen Be-<br>handlung von<br>Gesellschafter-<br>substanzgenuss-<br>rechten und<br>Substanzgenuss-<br>rechten von un-<br>abhängigen Drit-<br>ten (s zuvor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der<br>steuerlichen Be-<br>handlung von<br>Gesellschafterer-<br>tragszuschüssen<br>und Ertragszu-<br>schüssen von<br>unabhängigen<br>Dritten (s zuvor). | Es besteht kein<br>Unterschied zwi-<br>schen der<br>steuerlichen Be-<br>handlung von<br>steuerlichen Be-<br>tragszuschüssen<br>(fremdüblichen)<br>obligationsähnli-<br>chen Gesell-<br>schaftergenuss-<br>rechten und obli-<br>gationsähnlichen<br>Genussrechten<br>von unabhängi-<br>gen Dritten (s zu-<br>vor).                             | Es besteht grds<br>kein Unterschied<br>zwischen der<br>steuerlichen Be-<br>handlung von<br>stillen Gesell-<br>schaften durch<br>Altgesellschafter<br>und stillen Ge-<br>sellschaften von<br>unabhängigen<br>Dritten (s zuvor). | Es besteht grds<br>kein Unterschied<br>zwischen der<br>steuerlichen Be-<br>handlung von<br>stillen Gesell-<br>schaften durch<br>Altgesellschafter<br>und stillen Ge-<br>sellschaften von<br>unabhängigen<br>Dritten (s zuvor).<br>Der VwGH aner- |

|  | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge  | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungüber-<br>nahme  | Kumulativer<br>Schuldbetritt   | harte/weiche<br>Patronatsklä-<br>rung   | Genussrechte  |   |   | Stille Gesellschaft  |  |
|--|--|---|--|---|---|---|---|--|--|
|  |  |   |  |   | Substanzge-<br>nussrecht  | Ertragszu-<br>schuss  | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht  | Eigenkapital   | Fremdkapital   |
|  | keit <b>ertrag-<br/>steuerpflichtig</b><br>gem § 8 Abs 1<br>letzter Satz KStG.<br>Der nicht-wert-<br>haltige Teil erhöht<br>daher den Stand<br>der Innenfinan-<br>zierung, während<br>der <b>werthaltige</b><br>Teil als Einlage<br>das <b>disponible</b><br><b>Evidenz-Sub-<br/>konto</b> erhöht. |   | keitsausweis<br>beim Haupt-<br>schuldner im<br>Falle eines<br>Schuldbetriffs<br>mit wirtschaftli-<br>cher Entlastung<br>geboten ist (s zu-<br>vor).  | der Mutter- an die<br>Tochtergesell-<br>schaft im Zeit-<br>punkt der Kapi-<br>talzufuhr zu einer<br>Erhöhung des<br>disponiblen <b>Ein-<br/>lagen-Evidenz-<br/>kontos</b> (s.d § 4<br>Abs 12 EStG.  |   |   | gen Dritten (s zu-<br>vor).   | kennt allerdings<br>die Gründung ei-<br>ner stillen Gesell-<br>schaft an einer<br>Gesellschaft in<br>der Krise nicht,<br>sofern die Einlage<br>objektiv nur den<br>wirtschaftlichen<br>Erfolg hat, Eigen-<br>kapital zu erset-<br>zen und somit an<br>die Stelle einer<br>wirtschaftlich ge-<br>botenen Kapital-<br>zuführung tritt. |  |
| <b>URG</b>                                 | Die Bürgschaft<br><b>beeinflusst</b> die<br>Eigenmittelquote<br>grds <b>nicht</b> .<br>Dies gilt sinng-<br>mäßig auch für die<br>Pfandbestellung<br>und den Garan-<br>tieverträgen.  | Durch die Um-<br>wandlung von<br>Fremd- in Eigen-<br>kapital <b>steigt</b> die<br>Eigenmittelquote. | Durch einen<br>Schuldbetritt<br>steigt die Eigen-<br>mittelquote nur<br>insoweit, als der<br>Auffassung, wo-<br>nach nur ein an-<br>teilliger Verbind-<br>lichkeitsausweis<br>beim Haupt-<br>schuldner im<br>Falle eines<br>Schuldbetriffs<br>mit wirtschaftli-<br>cher Entlastung<br>vorzunehmen ist<br>(s zuvor), gefolgt<br>wird. | Durch die Kapi-<br>talzufuhr bei einer<br><b>harten Patro-<br/>natsklärung</b> in<br>Form eines Zu-<br>schussverspre-<br>chens <b>steigt</b> bzw<br>in Form eines<br>Darlehensver-<br>sprechens <b>sinkt</b><br>die Eigenmittel-<br>quote.<br>Eine <b>weiche</b><br><b>Patronatsklä-<br/>rung</b> beeinflusst<br>nicht die Eigen-<br>mittelquote. | Durch Ertragszu-<br>schüsse <b>steigt</b><br>die Eigenmittel-<br>quote. | Durch Substanz-<br>genussrechte<br><b>steigt</b> die Eigen-<br>mittelquote. | Durch obliga-<br>tionsähnliche Ge-<br>nussrechte <b>sinkt</b><br>die Eigenmittel-<br>quote. | Durch atypisch<br>stille Gesellschaf-<br>ten in Form von<br>Eigenkapital<br><b>steigt</b> die Eigen-<br>mittelquote.   | Durch typisch<br>stille Gesellschaf-<br>ten in Form von<br>Fremdkapital<br><b>sinkt</b> die Eigen-<br>mittelquote. |
| <b>b. fiktive<br/>Schulden-<br/>entil-</b> | Die fiktive Schul-<br>denfiktionsdauer<br><b>bleibt</b> durch eine   | Durch die Um-<br>wandlung von<br>Fremd- in Eigen-   | Durch einen<br>Schuldbetritt<br>wird nur insoweit  | Durch die Kapi-<br>talzufuhr bei einer<br><b>harten Patro-</b>  | Durch Ertragszu-<br>schüsse <b>verkürzt</b><br>sich die fiktive         | Durch Substanz-<br>genussrechte<br><b>verkürzt</b> sich die                 | Durch obliga-<br>tionsähnliche Ge-<br>nussrechte <b>steigt</b>                              | Durch atypisch<br>stille Gesellschaf-<br>ten in Form von   | Durch typisch<br>stille Gesellschaf-<br>ten in Form von  |

|                             | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge  | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungüber-<br>nahme  | Kumulativer<br>Schuldbeitritt   | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung   | Genussrechte   |  |  | Stille Gesellschaft   |   |
|-----------------------------|--|---|---|---|--|--|--|---|---|
|                             |  |   |   |   | Substanzge-<br>nussrecht   | Ertragszu-<br>schuss   | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht   | Eigenkapital  | Fremdkapital  |
| <b>gungs-<br/>dauer</b>     | Bürgschaft grds<br><b>konstant</b> .<br>Dies gilt sinngemäß auch für die Pfandbestellung und Garantieverträge.   | kapital <b>verkürzt</b> sich die Schuldentilgungsdauer.   | die fiktive Schuldentilgungsdauer <b>verkürzt</b> , als der Auffassung, wonach nur ein anteiliger Verbindlichkeitsausweis beim Hauptschuldner im Falle eines Schuldbeitritts mit wirtschaftlicher Entlastung vorzunehmen ist (s zuvor), gefolgt wird.   | <b>natserklärung</b> in Form eines Zuschussversprechens <b>verkürzt</b> sich bzw in Form eines Darlehensversprechens <b>steigt</b> die fiktive Schuldentilgungsdauer.<br><br>Eine <b>weiche Patronatserklärung</b> beeinflusst nicht die fiktive Schuldentilgungsdauer.   | fiktive Schuldentilgungsdauer.   | Schuldentilgungsdauer.   | die fiktive Schuldentilgungsdauer.   | Eigenkapital <b>verkürzt</b> sich die fiktive Schuldentilgungsdauer.                          | Fremdkapital wird die fiktive Schuldentilgungsdauer <b>nicht beeinflusst</b> .                |
| <b>Insolvenzordnung</b>     |  |   |   |   |  |  |  |   |   |
| <b>a. Zahlungsfähigkeit</b> | Die Bürgschaft <b>beeinflusst</b> die drohende Zahlungsfähigkeit grds <b>nicht</b> . Aus wirtschaftlicher Sicht können im Einzelfall allenfalls Zinszahlungen durch die zusätzliche Sicherheit gesenkt werden.<br><br>Dies gilt sinngemäß auch für die Pfandbestellung und Garantieverträge. | Eine drohende Zahlungsfähigkeit <b>beeinflusst</b> eine private Schuldübernahme <b>nicht un-mittelbar</b> , sofern nicht fällige Verbindlichkeiten übernommen werden. Mittelbar entfällt allerdings die Liquiditätsbelastung durch Zins- und Tilgungszahlungen. | Die Zahlungsfähigkeit wird durch einen Schuldbeitritt nur un-mittelbar verbessert, sofern nicht einer fälligen Schuld beigetreten wird und der Auffassung, wonach nur ein anteiliger Verbindlichkeitsausweis beim Hauptschuldner im Falle eines Schuldbeitritts mit wirtschaftlicher Entlastung vorzunehmen ist | Die Zahlungsfähigkeit wird durch die Kapitalzufuhr anlässlich einer <b>harten Patronatserklärung</b> in Form eines Zuschusses sowie eines Darlehensversprechens <b>verbessert</b> . Dies gilt bei externen Patronatserklärungen, insoweit fällige Verbindlichkeiten beglichen werden.<br><br>Eine <b>weiche</b> | Durch Substanzgenussrechte <b>verbessert</b> sich die Zahlungsfähigkeit. | Durch Ertragszuschüsse <b>verbessert</b> sich die Zahlungsfähigkeit. | Durch obligationsähnliche Genussrechte <b>verbessert</b> sich die Zahlungsfähigkeit. | Durch die Hingabe einer Vermögenseinlage kann die Zahlungsfähigkeit <b>verbessert</b> werden. | Durch die Hingabe einer Vermögenseinlage kann die Zahlungsfähigkeit <b>verbessert</b> werden. |



|                                     | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge   | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme  | Kumulativer<br>Schuldbetritt   | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung  | Genussrechte   |  |  |   | Stille Gesellschaft  |  |
|-------------------------------------|---|--|--|--|--|--|--|---|--|--|
|                                     |   |  |  |  | Substanzge-<br>nussrecht   | Ertragszu-<br>schuss   | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht   | Eigenkapital  | Fremdkapital   |  |
| <b>b. Über-<br/>schul-<br/>dung</b> | Die Bürgschaft <b>beeinflusst</b> die drohende Über-<br>schuldung grds <b>nicht</b> . Im Einzel-<br>fall könnten allen-<br>falls Zinszahlun-<br>gen durch die<br>zusätzliche Si-<br>cherheit gesenkt<br>werden.<br><br>Dies gilt sinne-<br>mäßig auch für die<br>Pfandbestellung<br>und Garantiever-<br>trägen. | Durch die Um-<br>wandlung von<br>Fremdkapital<br>wird die Über-<br>schuldung <b>posi-<br/>tiv</b> beeinflusst. | (s zuvor), gefolgt<br>wird. Mittelbar<br>kann zudem die<br>Liquiditätsbelas-<br>tung durch Zins-<br>und Tilgungszah-<br>lungen in diesem<br>Fall entfallen.<br><br>Nur im Falle der<br>Auffassung, wo-<br>nach nur ein an-<br>teiliger Verbind-<br>lichkeitsausweis<br>beim Haupt-<br>schuldner im<br>Falle eines Zu-<br>Schuldbetriffs<br>mit wirtschaftli-<br>cher Entlastung<br>geboten ist (s zu-<br>vor), beeinflusst<br>ein solcher<br>Schuldbetritt<br>eine drohende<br>Überschuldung<br>positiv. | <b>Patronatserklä-<br/>rung</b> beeinflusst<br>nicht die Zah-<br>lungsfähigkeit.<br><br>Bei buchmäßiger<br>Überschuldung<br>und ungewisser<br>Fortbestehens-<br>prognose können<br><b>harte Patronats-<br/>erklärungen</b> in<br>Form eines Zu-<br>schussverspre-<br>chens mit ent-<br>sprechender<br>Laufzeit und Boni-<br>tät des Patrons<br>eine drohende<br>Überschuldung<br><b>positiv</b> beeinflus-<br>sen. Unklar ist, ob<br>dies neben inter-<br>nen Patronatser-<br>klärungen auch für<br>externe Patro-<br>natserklärungen<br>gilt.<br><br>Eine <b>weiche Pat-<br/>ronatserklärung</b><br>beeinflusst nicht<br>die drohende<br>Überschuldung. | Ein Substanzge-<br>nussrecht beein-<br>flusst eine dro-<br>hende Über-<br>schuldung <b>posi-<br/>tiv</b> . | Ein Ertragszu-<br>schuss beein-<br>flusst eine dro-<br>hende Über-<br>schuldung <b>posi-<br/>tiv</b> . | Ein obligations-<br>ähnliches Ge-<br>nussrecht beein-<br>flusst eine dro-<br>hende Über-<br>schuldung <b>nega-<br/>tiv</b> . | Durch atypisch<br>stille Gesellschaften<br>in Form von<br>Eigenkapital wird<br>eine drohende<br>Überschuldung<br><b>positiv beein-<br/>flusst</b> . | Eine stille Gesell-<br>schaft in Form<br>von Fremdkapital<br><b>beeinflusst ne-<br/>gativ</b> eine dro-<br>hende Über-<br>schuldung. |  |

|   | Bürgschaft/<br>Pfandbestel-<br>lung/Garantie-<br>verträge  | Private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsüber-<br>nahme   | Kumulativer<br>Schuldbeitritt   | harte/weiche<br>Patronatserklä-<br>rung   | Genussrechte   |  | Stille Gesellschaft  |   |   |
|---|--|---|---|---|--|--|--|---|---|
|   |  |   |   |   | Substanzge-<br>nussrecht   | Ertragszu-<br>schuss   | Obligationsähn-<br>liches Genuss-<br>recht   | Eigenkapital  | Fremdkapital  |
| <b>Eigenka-<br/>pitaler-<br/>satzge-<br/>setz</b> |  |   |   |   |  |  |  |   |   |
| <b>Eigenka-<br/>pitaler-<br/>satzge-<br/>setz</b> | Eine in der Krise<br>der Gesellschaft<br>eingegangene<br>Bürgschaft gilt als<br><b>eigenkapitaler-<br/>setzende Si-<br/>cherheit</b> .<br>Dies gilt sinnge-<br>mäß auch für die<br>Pfandbestellung<br>und Garantiever-<br>träge. | Die private<br>Schuldüber-<br>nahme/Erfül-<br>lungsübernahme<br>fällt <b>nicht</b> unter<br>den Anwen-<br>dungsbereich<br>des EKEG. | Ein in der Krise<br>der Gesellschaft<br>erklärter Schuld-<br>beitritt gilt als <b>ei-<br/>genkapitaler-<br/>setzende Sicher-<br/>heit</b> . | Die Zusage einer<br><b>harten externen<br/>Patronatserklä-<br/>rung</b> kann als Ei-<br>genkapital erset-<br>zende Sicherheit<br>dem EKEG un-<br>terliegen.<br><br>Die <b>weiche Pat-<br/>ronatserklärung</b><br>fällt nicht unter<br>den Anwen-<br>dungsbereich<br>des EKEG. | Das Substanzge-<br>nussrecht fällt<br><b>nicht</b> unter den<br>Anwendungsbere-<br>ich des EKEG. | Der Ertragszu-<br>schuss fällt <b>nicht</b><br>unter den An-<br>wendungsbere-<br>ich des EKEG. | Auf obligations-<br>ähnliche Genuss-<br>rechte mit einer<br>25%-Unterneh-<br>menswertbeteili-<br>gung wird eine<br>analoge Anwen-<br>dung des § 10<br>Abs 1 iVm Abs 2<br>letzter Satz EKEG<br>vertreten. UE ist<br>dies abzulehnen,<br>weil Genuss-<br>rechte definitions-<br>gemäß keine Mit-<br>wirkungsrechte<br>vermitteln (s zu-<br>vor) und daher<br>eine Analogie zu<br>§ 10 Abs 2 EKEG<br>ausscheidet. | Eine <b>zusätzliche<br/>Beteiligung ei-<br/>nes Altgesell-<br/>schafters</b> in der<br>Krise der Gesell-<br>schaft als stiller<br>Gesellschafter<br>unterliegt in je-<br>dem Fall dem<br>EKEG. Bei <b>neu<br/>hinzukommen-<br/>den stillen Ge-<br/>sellschaftern</b><br>bedarf es (i) einer<br>25% Beteiligung<br>am Unterneh-<br>menswert und ei-<br>nem Kommandi-<br>tisten vergleich-<br>baren Mitbestim-<br>mungsrechten<br>oder (ii) eines be-<br>herrschenden<br>Einflusses für die<br>Anwendbarkeit<br>des EKEG. | Eine <b>zusätzliche<br/>Beteiligung ei-<br/>nes Altgesell-<br/>schafters</b> in der<br>Krise der Gesell-<br>schaft als stiller<br>Gesellschafter<br>unterliegt in je-<br>dem Fall dem<br>EKEG. Bei <b>neu<br/>hinzukommen-<br/>den stillen Ge-<br/>sellschaftern</b><br>bedarf es (i) einer<br>25% schuld-<br>rechtlichen Betei-<br>ligung am Unter-<br>nehmenswert<br>und einem Kom-<br>manditisten ver-<br>gleichbaren Mit-<br>bestimmungs-<br>rechten oder (ii)<br>eines beherr-<br>schenden Ein-<br>flusses für die<br>Anwendbarkeit<br>des EKEG. |

Skizze Sanierungsinstrumente <sup>166)</sup>

166) Vgl auch Kiegerl, Der kalte Gesellschafterausschuss (2019) 40; vgl auch Lichtkoppler/Reisch, Handbuch Unternehmenssanierung<sup>2</sup> Rz 1.269f.

## → In Kürze

Die Zusammenschau der einzelnen Sanierungsinstrumente in Teil I und Teil II dieser Aufsatzreihe soll die vielfältigen Auswirkungen der einzelnen Instrumente in den unterschiedlichsten Rechtsgebieten aufzeigen. Nur unter Mitbedacht aller Rechtsbereiche (insb Gesellschaftsrecht einschließlich Bilanzrecht [UGB], Ertragsteuerrecht, URG, IO und EKEG) kann das am besten geeignete Sanierungsinstrument für die jeweilige Krisensituation gewählt werden.

## → Zum Thema

## Über die Autoren:

Mag. Dr. Tobias Hayden, LL.M., LL.B., ist nach erfolgreicher Ablegung der StB-Prüfung derzeit Konzipient bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH. E-Mail: t.hayden@schoenherr.eu

RA Mag. Marco Thorbauer ist Rechtsanwalt bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH und spezialisiert auf nationales und internationales Steuerrecht. E-Mail: m.thorbauer@schoenherr.eu

Mag. Benedikt Gröhs ist derzeit Konzipient bei Schönherr Rechtsanwälte GmbH und spezialisiert auf Unternehmens- und Gesellschaftsrecht sowie angrenzendes Steuerrecht. E-Mail: b.groehs@schoenherr.eu



# Rechtsprechung

## → Handlungen gegen den Stiftungszweck einer liechtensteinischen Stiftung

→ Die neuerliche Verpfändung von Liegenschaftsanteilen gefährdet den Stiftungszweck, welcher vor allem darin bestand, den Erhalt der Wohnmöglichkeit der Kinder und der Ehefrau sicherzustellen.

→ Das Bestehen eines Mandatsvertrags oder eines sonstigen Weisungsrechts durch den Stifter ändert nichts an der Letztverantwortung der Stiftungsorgane und ihrer Bindung an das Gesetz.

### Sachverhalt:

Nach Auffassung der RevWerberin wandte das BerG zwar zutr materielles liechtensteinisches Recht an. Allerdings liege Rechtserheblichkeit iSd § 502 Abs 1 ZPO bei unrichtiger Lösung einer Rechtsfrage nach ausländischem Recht vor, wenn sich ein BerG mit seiner Entscheidung über eine im ursprünglichen Geltungsbereich des maßgeblichen fremden Rechts in Rsp und Lehre gefestigte Ansicht hinwegsetze, bei der Urteilsfällung schwerwiegende Subsumtionsfehler unterlaufen seien oder das BerG von der ausländischen Entscheidungspraxis bzw der Lehre abweiche.

Mit ihren Ausführungen zeigt die RevWerberin jedoch keine erhebliche Rechtsfrage iSd § 502 Abs 1 ZPO auf:

### Aus den Entscheidungsgründen:

1.1. Die behauptete Aktenwidrigkeit liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 ZPO). Schlussfolgerungen von erwiesenen Tatsachen auf andere Tatsachen, die als solche den Denkgesetzen nicht widersprechen, vermögen keine Aktenwidrigkeit zu begründen (*Lovrek in Fashing/Konecny*<sup>3</sup> § 503 ZPO Rz 121 mwN). Gleiches gilt für eine vom BerG vorgenommene Wertung (RIS-Justiz RS0043277) sowie eine Interpretation eines Beweisergebnisses (OGH 30. 10. 2014, 8 Ob 30/14; RIS-Justiz RS0043418).

1.2. Dass der vom ErstG unstrittig festgestellte Stiftungszweck „Bestreitung der Kosten der Erziehung und Bildung, der Ausstattung und Unterstützung hinsichtlich des allgemeinen Lebensunterhalts von Angehörigen einer oder mehrerer bestimmter Familien sowie der Verfolgung ähnlicher Zwecke“ gerade auch den Erhalt der Wohnmöglichkeit der Begünstigten umfasst, kann keinem Zweifel unterliegen. Der Stifter beabsichtigte, sei-

ner damaligen Ehefrau und den gemeinsamen minderjährigen Kindern, von denen eines an einem Down-Syndrom leidet, Wohnraum zu verschaffen und zu sichern sowie jeglichen Zugriff der gegenwärtigen und künftigen Gläubiger des Schuldners, insb seiner Geschäftspartner, auf die Liegenschaftsanteile zu verhindern, dies auch für den Fall, dass er in ernstliche wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten sollte. In diesem Zusammenhang ist auch darauf zu verweisen, dass die mit einem Pfandrecht belastete Liegenschaft im Grunde das einzige Vermögen der Stiftung darstellte, weil ansonsten nur unregelmäßige Zahlungen des Stifters erfolgten.

2.1. Die Auffassung des BerG, für die Delegation der Stiftungsratsfunktion sei erforderlich, dass der delegierenden Prokurations-Anstalt ihrerseits Stiftungsratsfunktion zukam, ist nicht zu beanstanden. Aus den Feststellungen der Vorinstanzen ist eine Bindung der Bekl an den zwischen dem Stifter, der Prokurations-Anstalt und der Stiftung im Jahr 1998 abgeschlossenen Mandatsvertrag nicht zu entnehmen.

2.2. Die nunmehr erhobene Behauptung, das „mandatsvertragliche Instruktionsrecht“ sei zwischen dem Stifter und der Bekl „konkluident vereinbart“ worden und der Mandatsvertrag sei „konkluident auf die Bekl übergegangen“, verstößt gegen das Neuerungsverbot. Auf Grundlage der von den Vorinstanzen getroffenen Feststellungen kann jedenfalls keine Rede davon sein, dass kein vernünftiger Grund daran zu zweifeln vorläge, eine derartige Vereinbarung bzw ein derartiger Vertragsübergang sei von den Parteien gewollt gewesen (§ 863 ABGB; vgl dazu allg *Wiebe in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1-04</sup> § 863 Rz 17; OGH 23. 9. 2008, 10 Ob 26/08 h).

3. Im vorliegenden Fall sind Fragen der Geschäftsführung und Verwaltung nicht nach dem am 1. 4. 2009

PSR 2020/23

OGH 16. 9. 2020,  
6 Ob 165/20 pStiftungszweck;  
liechtensteinisches  
Stiftungsrecht

Der OGH hatte auf Basis des materiellen liechtensteinischen Stiftungsrechts zu klären, ob Handlungen gegen den Stiftungszweck vorlagen.