

VORTRÄGE UND AUFSÄTZE
DES FORSCHUNGSVEREINS FÜR GENOSSENSCHAFTSWESEN
————— HEFT 27 —————

**DIE ATYPISCHE STILLE
GESELLSCHAFT
- EIN WEG ZU MEHR EIGENKAPITAL
FÜR EINGETRAGENE
GENOSSENSCHAFTEN? -**

VOLKER BEUTHIEN

Eigenverlag des FOG

Wien 2003

Die hier vorliegende Publikation gibt in überarbeiteter Form die vom Fachbereich für Genossenschaftswesen des Institutes für Betriebswirtschaftslehre der Universität Wien und vom Forschungsverein für Genossenschaftswesen am 12. Mai 2003 abgehaltene Vortragsveranstaltung "Die atypische stille Gesellschaft - Ein Weg zu mehr Eigenkapital für eingetragene Genossenschaften?" wieder. Im Wesentlichen wurde die Vortragsform beibehalten; Literaturhinweise wurden demgemäß auf das Notwendigste beschränkt.

INHALT

Seite

Einführung 5

ao.Univ.-Prof. Dr. Markus Dellinger
Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien
Österreichischer Raiffeisenverband

Referat:

Prof. Dr. Volker Beuthien
Philipps-Universität Marburg

*„Die atypische stille Gesellschaft - Ein Weg zu mehr
Eigenkapital für eingetragene Genossenschaften?“* 11

Einleitung

ao.Univ.-Prof. Dr. Markus Dellinger

Institut für Handels- und Wirtschaftsrecht der Universität Wien
Österreichischer Raiffeisenverband

Unser heutiger Vortragender, Herr *Prof. Volker Beuthien*, ist auch bei uns durch frühere Vorträge¹ und vor allem durch seinen ausgezeichneten Kommentar zum Genossenschaftsgesetz ein „bekannter Mann“. Manch einer wird aber nicht wissen, dass man *Prof. Beuthien* Unrecht täte, wenn man in ihm nur einen „Genossenschaftsrechtler“ sehen wollte. So hat er sich in Tübingen bei Medicus mit einer zivilrechtlichen Arbeit über Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis habilitiert. Auch in seinem sonstigen Werk nehmen das bürgerliche Recht, das Arbeitsrecht und das Wettbewerbsrecht neben dem Genossenschaftsrecht breiten Raum ein. Von 1970 bis 2002 lehrte er an der Universität Marburg. Inzwischen ist er emeritiert; dennoch leitet er nach wie vor das Marburger Forschungsinstitut für Genossenschaftswesen. Insgesamt gehört *Beuthien* sowohl auf dem Gebiet des Privatrechts als auch auf dem engeren Gebiet des Genossenschaftsrechts zu den führenden Forscherpersönlichkeiten Deutschlands.

Die Themenwahl für unseren heutigen Vortrag wurde - wie mir *Prof. Beuthien* im Vorfeld verraten hat - durch eine Anfrage aus der Praxis angeregt. Wohnbaugenossenschaften hatten die Absicht, ihre Bautätigkeit verstärkt durch die Hereinnahme atypisch stiller Gesellschafter zu finanzieren, und wollten deshalb wissen, ob die dagegen in der Literatur teils erhobenen Bedenken stichhaltig sind.

¹ Vgl. insbesondere: Genossenschaften und Kartellrecht, Heft 12 der Vorträge und Aufsätze des FOG (1987).

1. Atypisch stille Beteiligungen in der österreichischen Genossenschaftspraxis

Diese Frage ist auch aus österreichischer Sicht praktisch relevant:

Die stille Beteiligung ist vielfältig und flexibel einsetzbar.² So war es im österreichischen Genossenschaftswesen einige Zeit lang modern, Geschäftsanteilskapital in atypische stille Beteiligungen umzuschichten. Eines der Anliegen dieser Aktion war es, die mögliche Haftung der Mitglieder aus ihrer gesetzlichen bzw. genossenschaftsvertraglichen Nachschusspflicht ohne viel Aufsehen zu reduzieren, und dies, ohne gleichzeitig der Genossenschaft das dringend benötigte Eigenkapital zu entziehen. Derartige Umschichtungen sind nach meinen Informationen heute allerdings wieder seltener geworden.

Eine als solche deklarierte „atypische stille Beteiligung“ trifft man im Einzelfall vor allem noch bei Sanierungen innerhalb eines Sektors an. So haben sich zB die RWA-Genossenschaft und die Landesbank des betreffenden Bundeslandes atypisch still am Unternehmen einer in Schwierigkeiten befindlichen Lagerhausgenossenschaft beteiligt.

Bei Kreditgenossenschaften besteht vordergründig die Schwierigkeit, dass atypisch stille Beteiligungen im abschließenden Katalog der anerkannten Eigenmittel nach § 23 BWG leider nicht mehr genannt werden.³ Allerdings erfreut sich beispielsweise die Ausgabe von Partizipationsscheinen durch Kreditgenossenschaften nach wie vor einiger Beliebtheit. *Krejci/van Husen* haben mit guten Gründen den Standpunkt vertreten, dass Genussscheine und Partizipations-scheine regelmäßig nichts anderes verbiefen als Ansprüche aus stillen Gesellschaften.⁴ Selbst wenn man mit der wohl noch herrschen-

² Es ist beispielsweise möglich, eine stille Beteiligung nur am Betriebsergebnis einer einzelnen Zweigniederlassung zu begründen, wenn man kein Interesse an der Beteiligung am Betriebsergebnis des gesamten Handelsgewerbes hat – vgl nur *Straube/U. Torggler* in *Straube I*³ (2003) § 178 Rz 8 mwN.

³ Vgl anders noch § 12 Abs 7 KWG 1979; anders auch § 10 Abs 4 des deutschen KWG. Art 35 Abs 1 der kodifizierten Richtlinie 2000/12/EG vom 20.3.2000 ließe Raum für die Wiederanrechnung stiller Beteiligungen als Eigenmittelbestandteile.

⁴ *Krejci/van Husen*, GesRZ 2000, 54 (60 ff).

den Meinung⁵ vor diesem Schritt zurückscheuen wollte, ist eines klar: Aufgrund der großen Ähnlichkeiten zwischen beiden Rechtsinstituten werden die Überlegungen zur Zulässigkeit atypisch stiller Beteiligungen an Genossenschaften auch für die Frage der Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bedeutsam sein und umgekehrt. Hier wie dort wird Geld in das Eigentum des Geschäftsinhabers, also hier der Genossenschaft, übertragen. Der Rückforderungsanspruch ist bei Partizipationsscheinen nach § 23 Abs 4 Z 1 BWG auf Unternehmensdauer ausgeschlossen, sodass unzweifelhaft⁶ eine Eigenkapitalzufuhr vorliegt. Der Partizipationsscheininhaber hat in vermögensrechtlicher Hinsicht lediglich Anspruch auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös und, was die für eine Gesellschaft typischen mitgliedschaftlichen Herrschaftsrechte anlangt, hat er mit seinem Recht zur Teilnahme an der Haupt- bzw Generalversammlung und mit seinem dabei bestehenden Rede- und Auskunftsrecht gemäß § 23 Abs 5 BWG teils sogar weiter reichende Befugnisse als ein „normaler“ stiller Gesellschafter (vgl allerdings dessen Kontrollrecht nach § 183 HGB).

Auch hinter der Ausgabe von Ergänzungskapital (§ 23 Abs 7 BWG) kann sich im Übrigen die Hereinnahme stiller Gesellschafter verbergen.

2. Bisherige rechtliche Beurteilung

Wie geht nun die österreichische Rechtswissenschaft bisher mit dem Phänomen typischer oder atypischer stiller Beteiligung an Genossenschaften um?

Die **Hereinnahme eines stillen Gesellschafters** wird heute auch bei Genossenschaften allgemein für zulässig gehalten – dies obwohl der stille Gesellschafter nicht an einer Förderleistung, sondern nur am Gewinn interessiert ist. Die österreichische hM stützt sich dabei teils auf die früher in § 14 Abs 1 BetFG enthaltene positivrechtliche Erwähnung der Beteiligung einer Beteiligungsfondsge-

⁵ ZB Lutter in KölnerKomm (deutsches) AktG² § 221 Rz 232 mwN. Danach soll es bei der Ausgabe von Genussscheinen an dem für die Entstehung einer Gesellschaft erforderlichen Element des gemeinsamen Zwecks fehlen. Deshalb gebe es von vorn herein höchstens schuldvertragliche Nebenpflichten, nicht aber eine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht des Genussscheininhabers.

⁶ Dies auch nach den strengen Anforderungen der International Accounting Standards (vgl die Definition in IAS 32 Abs 5).

sellschaft an im „Genossenschaftsregister“ eingetragenen Unternehmen.⁷ Da nur Genossenschaften im Genossenschaftsregister eingetragen wurden und da von den nach § 14 Abs 2 zulässigen Beteiligungsformen bei einer Genossenschaft nur die stille Beteiligung in Betracht kommt, wurde die Frage als sondergesetzlich geklärt angesehen. Seit der Einführung des FBG (BGBl 1991/10) spricht § 14 Abs 1 BetFG allerdings nur noch von Unternehmen, „deren Firma in einem inländischen Firmenbuch eingetragen ist“. Deshalb kann dem Wortlaut die grundsätzliche Anerkennung der stillen Beteiligung an Genossenschaften heute nicht mehr direkt entnommen werden. Materiell hat sich freilich durch die terminologische Umstellung an der Erfassung von Genossenschaften als mögliches Beteiligungsobjekt gemäß § 14 Abs 1 BetFG nichts geändert, so dass der Hinweis auf diese Bestimmung nach wie vor Gewicht hat.

Bejaht man die weitgehende Gleichartigkeit von Partizipationskapital und stiller Beteiligung, dann kann man auch aus § 23 BWG, der die Ausgabe von Partizipationskapital unzweifelhaft auch bei Kreditgenossenschaften gestattet, eine indirekte gesetzliche Anerkennung der stillen Beteiligung an Genossenschaften ableiten.

Auch sonst können die gegen die Anerkennung stiller Beteiligungen an Genossenschaften teils erhobenen Einwände⁸ nicht überzeugen: In Wahrheit geht es nur um die geschäftspolitische Frage der zweckmäßigsten Form der Finanzierung. Die Beteiligung von Nichtmitgliedern am Gewinn der Genossenschaft durch Ausgabe von typischen oder atypischen stillen Beteiligungen muss (trotz § 5 Z 6 GenG) immer dann zulässig sein, wenn von den Einlagen des stillen Gesellschafters ein angemessener förderwirtschaftlicher Vorteil für die Mitglieder zu erwarten ist⁹, etwa weil der Geschäftsbetrieb durch die Kapitalzufuhr aufrecht erhalten oder ausgebaut werden kann.

Die Sonderproblematik der **atypisch stillen** Beteiligungen wurde in Österreich bisher, soweit ich sehe, noch nicht eigens diskutiert. Auf den ersten Blick scheint es hier geboten, darauf zu achten, dass

⁷ So insb *Kastner* in *Patera* (Hrsg.) Handbuch des österreichischen Genossenschaftswesens 126 mwN; zustimmend *Keinert*, Genossenschaftsrecht, Rz 140; im Ergebnis ebenso *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ 196 und die deutsche hM zB *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, dGenG³³ § 1 Rz 302 mwN.

⁸ Vgl *Müller*, dGenG² § 1 Rz 63a.

⁹ Näher *Beuthien*, dGenG¹³ § 19 Rz 29 (und allgemein § 1 Rz 98).

die stillen Gesellschafter nicht soviel Einfluss auf die Geschäftsführung der Genossenschaft erlangen, dass sie diese in Richtung Gewinnmaximierung und Preisgabe des Förderzwecks lenken könnten.

Das Problem lohnt aber eine genauere Befassung und in diesem Sinne bitte ich nun Prof. Beuthien unseren Blick durch seinen Vortrag zu schärfen.

**Die atypische stille Gesellschaft - Ein Weg zu mehr
Eigenkapital für eingetragene Genossenschaften? -**

Prof. Dr. Volker Beuthien

Übersicht

- A. Strukturelle Eigenkapitalschwäche der eG
 - I. Gemeinsame Kapitalerwirtschaftung statt Kapitaleinlage
 - II. Veränderlichkeit des genossenschaftlichen Kapitals
- B. Genussrechte und stille Beteiligungen als nur begrenzt tauglicher
Ausweg
- C. Vorteile der atypischen stillen Gesellschaft
- D. Einwände gegen die atypische stille Beteiligung an einer eG
 - I. Wiederkehr alter Einwände
 - II. Unvereinbarkeit mit dem genossenschaftlichen Förderzweck?
 - III. Verstoß gegen den Grundsatz der genossenschaftlichen Selbst-
verwaltung
 - IV. Verstoß gegen die genossenschaftliche Autonomie?
 - V. Unzulässige Gewinnauskehrung an Dritte?
 - 1. Genossenschaftliches Gewinnerzielungsverbot?
 - 2. Verstoß gegen die zwingende Gewinnzuweisung an die Ge-
nossen?
 - VI. Unvereinbarkeit mit der Unteilbarkeit der genossenschaft-
lichen Rücklagen?
 - 1. Schutzzweck des § 73 II 2 GenG
 - 2. Besonderes Wirtschaftsrisiko der atypischen stillen Gesell-
schafter
 - VII. Unzulässige Schlechterstellung der Genossen?
 - VIII. Unzulässige Eigenkapitalersetzung?
 - IX. Gleichheitssatzwidrige Besserstellung Dritter?
- E. Atypische stille Beteiligung als Eigenkapitalquelle

A. Strukturelle Eigenkapitalschwäche der eG

I. Gemeinsame Kapitalerwirtschaftung statt Kapitaleinlage

Genossenschaften sind sozialgeschichtlich „Kinder der Not“, und zwar in einem doppelten Sinne. Ihre Mitglieder waren bei Einführung des deutschen Genossenschaftsgesetzes im Jahre 1889¹ in aller Regel sozialschwach. Die Genossen suchten daher ihre wirtschaftlichen Bedürfnisse (insbesondere die Beschaffung von Nahrung, Wohnraum und Kredit), die sie anderweit nicht oder nur schwer zu decken vermochten, im Wege der kollektiven Selbsthilfe mittels eines von ihnen als Gesellschaftern gegründeten und als Kunden benutzten Gemeinschaftsunternehmens zu befriedigen. Um ein Unternehmen gründen und betreiben zu können, wird Kapital benötigt. Dieses aber stand den kapitalarmen Genossen nur in sehr begrenztem Umfang zur Verfügung. Darauf galt es bei der Strukturierung der besonderen Vereinigungsform der eG gebührend Rücksicht zu nehmen. Deshalb schrieb man der eG anders als den Kapitalgesellschaften kein besonderes Mindestkapital vor. Statt dessen wurde die eG in § 1 I GenG² als Vereinigung von nicht geschlossener Mitgliederzahl ausgestaltet, damit sie für den Beitritt unbegrenzt vieler Mitglieder offensteht. Das war nicht Ausdruck eines sozialetischen Auftrages, sondern sollte die eG förderwirtschaftlich funktionsfähig machen. Denn je mehr Mitglieder sich anschließen, desto mehr Genossenschaftskapital kommt zusammen und vor allem desto stärker werden die Förderleistungen des genossenschaftlichen Unternehmens in Anspruch genommen.

Das aber ist die Grundvoraussetzung allen genossenschaftlichen Erfolges: Je mehr Mitglieder die eG hat und desto eifriger sich diese als Kunden des genossenschaftlichen Unternehmens betätigen, desto mehr Eigenkapital vermag die eG zu bilden und vor allem nach und nach erwirtschaften und ihren Rücklagen zuzuführen. Kenn-

¹ Das österreichische Genossenschaftsgesetz trat bereits im April 1873 in Kraft. Im Text und in den Fußnoten ohne Länderangabe angeführte genossenschaftsrechtliche Normen sind solche des deutschen Genossenschaftsgesetzes.

² Entspricht § 1 I österreichisches GenG.

zeichnend für die Grundstruktur einer eG ist also: Allmähliche Eigenkapitalerwirtschaftung bei nur schwacher Kapitalaufbringung.³

II. Veränderlichkeit des genossenschaftlichen Kapitals

Diese strukturelle Eigenkapitalschwäche einer eG wird dadurch verschärft, dass jeder Genosse seinen mitgliedschaftsrechtlichen Anspruch auf Förderung durch das genossenschaftliche Unternehmen bereits durch die Übernahme eines einzigen Geschäftsanteils erwirbt, dass sich die genossenschaftliche Rückvergütung nicht nach der Höhe des Geschäftsguthabens, sondern nach dem Ausmaß der mit der eG getätigten Geschäfte richtet und dass jedes Mitglied in der Generalversammlung grundsätzlich nur eine Stimme besitzt. Deshalb hat ein Genosse nur ein verhältnismäßig geringes Interesse daran, mehr als einen Geschäftsanteil zu erwerben.

Zudem drückt sich die Mitgliedschaft in einer eG anders als bei der GmbH nicht in einem übertragbaren Geschäftsanteil, geschweige denn wie bei der AG in einer handelbaren Aktie aus.⁴ Statt dessen dürfen Genossen ihre Mitgliedschaft kündigen (§§ 65 ff. GenG),⁵ erhalten aber beim Ausscheiden aus der eG nur ihr Geschäftsguthaben ausgezahlt. Auf das sonstige Vermögen, insbesondere die Rücklagen der Genossenschaft, haben sie keinen Anspruch (§ 73 II 2 GenG).⁶ Auch das hält kapitalkräftige Genossen davon ab, der eG mehr als ihre statutarische Pflichteinlage zur Verfügung zu stellen. Mangels übertrag- und handelbarer genossenschaftlicher Geschäftsanteile vermag eine eG schließlich anders als eine AG keine Kapitalerhöhung nach Art der §§ 182 ff. AktG durchzuführen. Sie ist daher

³ Haftungsrechtlich wurde das durch die ursprünglich strenge persönliche und noch dazu gesamtschuldnerische Außenhaftung aller Genossen („Einer für alle, alle für einen“) ausgeglichen. An die Stelle der persönlichen Mitgliederhaftung, die heute nur noch in der Genossenschaftsinsolvenz bis zur Höhe einer bestimmten Haftsumme besteht und gem. § 6 Nr. 2 GenG statutarisch ausgeschlossen werden darf, trat die besonders weitreichende genossenschaftliche Pflichtprüfung durch einen genossenschaftlichen Prüfungsverband gem. §§ 53 ff. GenG.

⁴ Der Geschäftsanteil im Sinne des § 6 GenG gibt nur eine Höchstbeteiligungsgrenze an. Zur Frage, ob man künftig kraft Gesetzes grundsätzlich übertragbare und vererbliche Geschäftsanteile an einer eG einführen sollte, s. *Beuthien*, Die AG 2002, 266 ff.

⁵ Entspricht § 54 österreichisches GenG.

⁶ Entspricht § 79 II österreichisches GenG (s. aber unten Fn. 35).

im besonderen Maße darauf angewiesen, ihre strukturelle Eigenkapitalschwäche auf andere, notfalls atypische Weise zu überwinden.

B. Genussrechte und stille Beteiligungen als nur begrenzt tauglicher Ausweg

Viele eGn haben insoweit auf Genussrechte und stille Beteiligungen (§§ 230 ff. HGB) zurückgegriffen. Jeweils nimmt der Kapitalgeber zwar nicht nur am Gewinn, sondern in der Regel auch ganz oder teilweise am Verlust teil. Aber sowohl die Genussrechte als auch die stillen Beteiligungen können gekündigt werden und sie sind veräußerbar und vererblich. Das gewährleistet den schnellen Zugriff auf das eingebrachte Kapital und begrenzt das Kapitalverlustrisiko. Jedoch stehen den Kapitalgebern jeweils außer einem begrenzten Kontrollrecht keine geschäftspolitischen Teilhaberechte zu, nicht einmal in Grundlagenangelegenheiten.⁷ Vor allem sind sie nur am Gewinn des Unternehmens beteiligt. Sie nehmen aber an der Wertsteigerung des Unternehmensvermögens nicht teil, erhalten also, wenn das Genussrecht oder die stille Gesellschaft endet, nur ihr bereitgestelltes Kapital zuzüglich noch rückständiger Zinsen ausgezahlt. Deshalb lässt sich die Kapitalbeteiligungsscheu, die von § 73 II 2 GenG auf Genossen ausgeht, auch mit Hilfe von Genussrechten und gesetzestypischen stillen Beteiligungen nicht vollends überwinden. Andererseits vermag eine eG mit Genussrechten und stillen Beteiligungen auch Personen anzusprechen, welche die Förderleistungen der eG nicht benötigen oder (etwa als Privatleute bei einer Händler- oder Handwerker Genossenschaft) nicht in Anspruch nehmen können.

C. Vorteile der atypischen stillen Gesellschaft

Die Attraktivität einer stillen Beteiligung erhöht sich, sobald diese gesellschaftsvertraglich besonders ausgestaltet wird. Die Atypik liegt dabei darin, dass der stille Gesellschafter *stärkere Teilhaberech-*

⁷ Nach Ansicht des BGH (BB 1963, 1277) darf der Unternehmensinhaber freilich im Zweifel nicht ohne Zustimmung des stillen Gesellschafters wesentliche Grundlagen des Gewerbebetriebes ändern. Ebenso wenig soll dieser zustimmungslos die Rechtsform des Unternehmens ändern oder Dritte als Teilhaber aufnehmen dürfen (so *Baumbach/Hopt*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 30. Aufl. 2000, § 230 Rn. 15). Aber dann kommt wohl eher ein Recht des stillen Gesellschafters in Betracht, die stille Gesellschaft außerordentlich zu kündigen.

te erhält und beim vertragsgemäßen⁸ Ausscheiden aus der stillen Gesellschaft *am* bis dahin erwirtschafteten *Vermögenswert* des von ihm mitfinanzierten Unternehmens *beteiligt* wird. Mittels der gesellschaftsvertraglichen Teilhaberechte, die von einem (über § 233 HGB hinaus) erweiterten Kontrollrecht⁹ über die Mitbestimmung bei allen oder bestimmten Satzungsänderungen und sonstigen Grundlagenangelegenheiten bis zu geschäftspolitischen Mitwirkungsbefugnissen¹⁰ reichen können, vermag der stille Gesellschafter sein Investitionsrisiko zu begrenzen. Mittels seines anteilig am Vermögenswert des Unternehmens berechneten Abfindungsanspruches erhält der atypische stille Gesellschafter nicht nur seine Einlage zurück, sondern wird über die Gewinneteilhabe hinaus anteilig am Gesamtwert des Unternehmens beteiligt. Anders als ein ausscheidender Genosse gem. § 73 II 2 GenG muss er nicht seinen Anteil am sonstigen Unternehmensvermögen dem Unternehmensinhaber belassen.

⁸ Die atypische stille Gesellschaft wird entweder auf bestimmte oder auf unbestimmte Zeit geschlossen. Im letzteren Fall ist eine befristete ordentliche Kündigung erst nach Ablauf einer Mindestvertragsdauer (meist zehn Jahre) zulässig. Im ersteren Fall besteht nach Ablauf von mehr als zehn Jahren ein befristetes Sonderkündigungsrecht.

⁹ So wird dem atypisch still beteiligten Gesellschafter etwa (entgegen § 233 II HGB, der dies ausschließt) das in § 716 BGB für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorgesehene Befugnis zuerkannt, sich von den Angelegenheiten der Gesellschaft persönlich (auf Wunsch auch durch einen von ihm dazu beauftragten Wirtschaftsprüfer) zu unterrichten, die Geschäftsbücher und die Papiere der Gesellschaft einzusehen und sich aus ihnen eine Übersicht über den Stand des Gesellschaftsvermögens anzufertigen. Bei Ausscheiden ist dem atypisch stillen Gesellschafter der handelsrechtliche Jahresabschluss mit Anhang und Lagebericht auszuhändigen.

¹⁰ Insbesondere werden bestimmte für das Einlagerisiko der stillen Gesellschafter erhebliche Satzungsänderungen (wie die Änderung des Unternehmensgegenstandes), Grundlagengeschäfte (wie die Veräußerung und Verpachtung des Unternehmens oder wesentlicher Unternehmensteile, die vollständige oder teilweise Einstellung des Geschäftsbetriebes, die Aufnahme neuer und die Aufgabe bestehender Geschäftszweige sowie der Abschluss, die Änderung und Aufhebung von Unternehmensverträgen), zum Teil auch außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahmen (wie die Errichtung und Aufhebung von Zweigniederlassungen) und die Gewährung von Pensions- und Versorgungszusagen an Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder oder mitgeschäftsführend tätige stille Gesellschafter von der Zustimmung der stillen Gesellschafter oder deren Mehrheit abhängig gemacht. Dieser Zustimmungsvorbehalt kann freilich, damit das Selbstbestimmungsrecht der eG gewahrt bleibt, durch deren Generalversammlung aufgehoben werden. Der Beschluss bedarf einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen. Der atypisch stille Gesellschafter darf dann seine Beteiligung zum Ende des laufenden Geschäftsjahres außerordentlich kündigen.

D. Einwände gegen die atypische stille Beteiligung an einer eG

Allerdings fragt sich, ob atypische stille Beteiligungen an einer eG genossenschaftsrechtlich zulässig sind.

I. Wiederkehr alter Einwände

Schon die gesetzestypische stille Beteiligung an einer eG hat man ursprünglich für unzulässig gehalten, weil sie dem genossenschaftlichen Förderzweck (§ 1 I GenG) widerspreche und weil eine eG (arg. § 19 I 1 GenG) nicht darauf angelegt sei, Gewinn zu erzielen und diesen noch dazu an Dritte auszuschütten, die in keinerlei Fördergeschäftsbeziehung zum genossenschaftlichen Unternehmen stünden.¹¹ Beide Bedenken sind inzwischen überwunden,¹² sie werden jedoch gegenüber der atypischen stillen Beteiligung an einer eG erneut vorgebracht. Indes können insoweit nur zusätzliche Einwände stichhaltig sein, die eigens mit der Eigenart einer atypischen stillen Beteiligung an einer eG, also mit der stärkeren geschäftspolitischen Teilhabe der atypischen stillen Gesellschafter und deren Vermögenswertbeteiligung beim Ablauf der stillen Gesellschaft zusammenhängen. Dennoch werden im Folgenden sämtliche Einwände gegen die atypische stille Gesellschafter mit einer eG gewürdigt, also neben den neuen auch die alten Vorbehalte gegenüber der typischen stillen Gesellschaft.

II. Unvereinbarkeit mit dem genossenschaftlichen Förderzweck?

Stille Beteiligungen sind nach § 230 I HGB an jedem Handelsgewerbe, das ein anderer betreibt, zulässig. Ein Handelsgewerbe betreiben auch alle Handelsgesellschaften (§ 6 I HGB). Ob eine eG eine

¹¹ So vor allem *Müller*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, Bd. I, 2. Aufl. 1991, § 1 Rn. 63a.

¹² Für die Zulässigkeit der typischen stillen Beteiligung an einer eG insbesondere *Beuthien*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 13. Aufl. 2000, § 19 Rn. 24 u. 29; *Metz*, in: *Lang/Weidmüller*, Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 33. Aufl. 1997, § 1 Rn. 302; *Hadding*, ZIP 1984, 1302; *Blaurock*, Handbuch der stillen Gesellschaft, 5. Aufl. 1998, Rn. 203; *K. Schmidt*, in: *MünchKomm/HGB*, Bd. III, 2. Aufl. 2002, § 230 Rn. 20 m.N.

Handelsgesellschaft ist, kann dahinstehen. Jedenfalls gilt sie nach § 17 II GenG¹³ als Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuches. Deshalb finden über § 6 II HGB die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften auch auf eine eG in ihrer Eigenschaft als Formkaufmann Anwendung.¹⁴ Also ist handelsrechtlich auch eine stille Gesellschaft mit einer eG zulässig. Das Genossenschaftsgesetz gestattet zwar die stille Gesellschaft mit einer eG nicht ausdrücklich; es enthält aber auch keine Vorschrift, die eine solche Beteiligung verbietet.¹⁵ Was nicht eigens gesetzlich verboten wird, ist gesellschaftsrechtlich angesichts der verfassungsrechtlich gewährleisteten Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG) grundsätzlich erlaubt.¹⁶

Entgegenstehen könnte daher nur der genossenschaftliche Förderzweck im Sinne des § 1 I GenG. Ein stiller Gesellschafter ordnet jedoch seine Einlage, weil sie in das alleinige Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, dem Zweck des von diesem betriebenen Unternehmens unter.¹⁷ Die stille Beteiligung unterstützt daher lediglich die Finanzierung eines fremden Unternehmens.¹⁸

Eine eG vermag ihren Förderzweck nur zu erfüllen, wenn ihr ausreichendes Kapital zur Unternehmensführung zur Verfügung steht. Auf welche Weise sie dieses Betriebskapital schöpft (durch Einlagen, einlageähnliche Leistungen oder durch Kredite), steht im Rahmen des Statuts im betriebswirtschaftlichen Leitungsermessen des Genossenschaftsvorstandes. Wenn der genossenschaftliche För-

¹³ Im österreichischen GenG fehlt eine dem entsprechende Vorschrift.

¹⁴ Zur Kaufmannseigenschaft einer österreichischen Genossenschaft *Kastner*, in: *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Aufl. 1990, S. 451 f.

¹⁵ Das trifft auch für das österreichische GenG zu.

¹⁶ Allerdings reicht insoweit lediglich der Hinweis, dass die stille Gesellschaft eine *Innengesellschaft* sei und deshalb, weil keine Gläubigerinteressen berührt seien, beliebig ausgestaltet werden dürfe, nicht aus. Denn das gilt nur für die Binnenstruktur der stillen Gesellschaft. Dagegen sind bei der Frage, ob (auch eine atypische) stille Beteiligung an einer eG zulässig ist, Drittinteressen betroffen, nämlich die der Genossenschaftsmitglieder und womöglich der Genossenschaftsgläubiger.

¹⁷ Zudem pflegen sich die atypischen stillen Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag dazu zu verpflichten, den statutarisch festgelegten Förderzweck der Genossenschaft zu fördern.

¹⁸ Da das Genossenschaftsgesetz stille Beteiligungen weder ausdrücklich noch schlüssig verbietet, bleibt mangels Abweichung vom Gesetz auch der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 18 S. 2 GenG = 11 S. 2 österreichisches GenG) unberührt.

derzweck mit der Hereinnahme stillen Betriebskapitals kostengünstiger erreicht werden kann als mit der Aufnahme eines Kredites, ist der Vorstand sogar gem. § 34 I GenG¹⁹ dazu verpflichtet, diese Finanzierungsart zu wählen.

Förderzweckdienlich sind nicht nur stille Beteiligungen von Genossen. Vielmehr können dies auch solche Dritter sein. Dritte treten als stille Gesellschafter, jedenfalls was die naturalen Förderleistungen der Genossenschaft angeht, nicht in Konkurrenz zu den Genossen.

Allerdings verfolgen stille Gesellschafter *kapitalistische Anlageinteressen*, während eine eG ihren Mitgliedern nichtkapitalistische Fördervorteile verschaffen soll. Insofern scheinen die Interessen der Genossen und die der stillen Gesellschafter miteinander in einen schwer lösbaren Konflikt zu geraten. Aber das nimmt das europäische Genossenschaftsrecht, das in Art. 15 Abs. 1 des Statuts über eine Europäische Genossenschaft zwischen nutzenden und investierenden (nicht nutzenden) Mitgliedern unterscheidet, in Kauf. Was innerhalb einer EuGen gestattet ist, kann schwerlich außerhalb einer eG in einer mit dieser nur verbundenen atypisch stillen Gesellschaft genossenschaftswidrig sein. Vor allem können die Genossenschaftsmitglieder nicht erwarten, dass Dritte der eG umsonst Betriebskapital zur Verfügung stellen. Vielmehr gehören die kapitalzinswirtschaftlichen Erwartungen der Betriebskapitalgeber zu den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen²⁰, innerhalb derer sich eine eG zwangsläufig am Kapitalmarkt bewegen muss.

¹⁹ Entspricht § 347 österreichisches HGB bzw. § 1299 österreichisches ABGB.

²⁰ Zu diesen gehört neben dem Kapitalmarkt auch der Arbeitsmarkt. Kennzeichnender Weise hält Müller (GenG, § 1 Rn. 63a) dort die Gewinnbeteiligung von Mitarbeitern einer eG für zulässig, weil es „sich hier um eine spezielle Form der Entlohnung der Dienstleistung und damit wirtschaftlich nicht um die Zuweisung von Betriebsgewinn“ handle. Dagegen soll ein partiarisches Darlehen unzulässig sein (so Müller, a.a.O.). Aber auch dort ist die Gewinnbeteiligung nur ein besonderes Entgelt für die Kapitalüberlassung! Zudem bleibt die Gegenansicht nicht folgerichtig. So sollen die Ausgabe von Genussscheinen und Gewinnabführungsverträge gegen § 19 GenG verstoßen, Gewinnbeteiligungsverträge aber nicht (so Müller, GenG, § 19 Rn. 2a). Ein stiller Gesellschaftsvertrag ist jedoch auf die Gewinn-(und Verlust-)beteiligung des stillen Gesellschafters angelegt.

III. Verstoß gegen den Grundsatz der genossenschaftlichen Selbstverwaltung

Der atypischen stillen Beteiligung an einer eG wird entgegengehalten, dass es „unverzichtbaren Grundsätzen des Genossenschaftsrechts widerspräche, wenn außenstehenden Personen unternehmerische Mitentscheidungsrechte eingeräumt würden“.²¹ Jedoch ist dieser Einwand sehr allgemein gehalten. Es wird nicht aufgeschlüsselt, welche Grundsätze des Genossenschaftsrechts entgegenstehen sollen. Die Genossenschaft gilt als eine Vereinigung, die von dem Grundsatz der förderwirtschaftlichen *Selbsthilfe* in möglichst viel *Selbstverwaltung* und *Selbstverantwortung* geprägt wird.²² Indes ist gegenüber diesem überpositivem Genossenschaftsverständnis der gesellschaftsrechtlich entscheidende Begriff der eG sehr viel enger. Gesellschaftsrechtlich besagt der Selbstverwaltungsgrundsatz zunächst nur, dass die Gesellschafter ihre eigenen Angelegenheiten mittels organisationsrechtlicher Kontroll- und Mitverwaltungsrechte selbst regeln. Insoweit gilt er nicht nur bei der eG, sondern auch bei Personen- und Kapitalgesellschaften. Sein eigens genossenschaftlicher Sinn zielt darauf ab, dass die Genossen möglichst weitgehend an der Genossenschaftsverwaltung beteiligt sein sollen.²³

Aber das geltende Genossenschaftsrecht trägt dem nur noch begrenzt Rechnung. Denn die Generalversammlung als das grundsätzlich oberste Genossenschaftsorgan ist geschäftspolitisch weithin entmachtet. Sie kann dem eigenverantwortlich handelnden Vorstand (seit 1973) keinerlei geschäftspolitische Weisungen mehr erteilen (s. § 27 I 1 GenG).²⁴ Sie hat im Wesentlichen nur noch personal- und

²¹ So Metz, in: Lang/Weidmüller, GenG, § 1 Rn. 304.

²² Paulick, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, 1956, § 1 II (S. 5 ff.); Beuthien, Genossenschaftsrecht: Woher – wohin?, Marburger Schriften zum Genossenschaftswesen, Bd. 69, 1989, S. 17 ff.

²³ Näher dazu Beuthien, GenG, § 1 Rn. 32.

²⁴ Dagegen ist der Vorstand nach § 19 I 1 österreichisches GenG der Genossenschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die in dem Genossenschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung für den Umfang seiner Befugnis, die Genossenschaft zu vertreten, festgesetzt sind. Deshalb wird der genossenschaftliche Selbstverwaltungsgrundsatz durch die Teilhaberechte atypisch still beteiligter Gesellschafter in Österreich stärker berührt als in Deutschland. Indes regelt § 19 I 1 österreichisches GenG (ebenso wie § 27 I deutsches GenG) nur die genossenschaftsinterne Zuständigkeitsverteilung unter den verschiedenen Genossenschaftsorganen, ohne statutarische oder schuldvertragliche Drittrechte in

finanzhoheitliche Befugnisse. Die Generalversammlung bestellt die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder (§§ 24 I 1, 36 I 1 GenG), darf deren Bestellung widerrufen (§§ 24 III 2, 36 III 1 GenG) und sie beschließt den Jahresabschluss (§ 48 I 1 GenG). Geschäftspolitische Teilhaberechte stiller Gesellschafter schmälern daher keine Selbstverwaltungsbefugnis der Genossen und keine Organkompetenz der Generalversammlung.²⁵

IV. Verstoß gegen die genossenschaftliche Autonomie?

Wie die natürliche Person genießt auch die juristische Person Selbstbestimmungsrecht, letztere in den Grenzen der Vereinigungsfreiheit (Art. 9 I GG). Diese organisationsrechtliche Autonomie könnte bei der eG durch die geschäftspolitischen Teilhaberechte der atypisch stillen Gesellschafter über Gebühr eingeschränkt sein.²⁶ Für eine unzulässige Selbstentmachtung reichen freilich bloße *Kontrollrechte* (wie Einsichts-, Auskunfts- und Anhörungsrechte) nicht aus. Eine Mitwirkung im Aufsichtsrat der eG scheidet für stille Gesellschafter, die nicht zugleich Mitglied der eG sind, schon daran, dass alle Mitglieder des Aufsichtsrates Genossen sein müssen (§ 9 II 1 GenG)²⁷. Gesellschaftsrechtlich unbedenklich sind ferner geschäftspolitische *Mitberatungsrechte* der stillen Gesellschafter. Das gilt auch, wenn diese Beratungsrechte in einem mit stillen Gesellschaftern besetzten Genossenschaftsbeirat als anderem Genossenschaftsorgan i.S. des § 27 II GenG ausgeübt werden.²⁸ Bedenklicher erscheinen dage-

den Blick zu nehmen. Ihre Zulässigkeit oder Unzulässigkeit richtet sich daher nach dem Recht der verbundenen Unternehmen. Danach reicht es (wie für den Beherrschungsvertrag § 297 AktG zeigt) aus, dass die eG die in den Teilhaberechten der atypischen stillen Gesellschafter liegende freiwillige Selbstentmachtung der Generalversammlung zumindest aus wichtigem Grund rückgängig machen darf.

²⁵ Das gilt auch, wenn bestimmte Maßnahmen der Geschäftsführung kraft Statuts (§ 27 I 2 GenG) nur mit Zustimmung der Generalversammlung vorgenommen werden dürfen. Denn dann tritt das Zustimmungsrecht der atypischen stillen Gesellschafter nur neben das der Generalversammlung, ohne dieses anzutasten. Gewiss ist die Generalversammlung das oberste Genossenschaftsorgan. Aber das bedeutet nur, dass ihr kein anderes Genossenschaftsorgan übergeordnet werden darf. Die atypischen stillen Gesellschafter bilden aber kein Genossenschaftsorgan, sondern bleiben außerhalb der eG.

²⁶ Näher zu den Grenzen organisationsrechtlicher Teilhaberechte Dritter *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), 484 ff.

²⁷ Entspricht § 19 S. 3 österreichisches GenG.

²⁸ Dazu, dass das nicht gegen das genossenschaftliche Prinzip der Selbstorganshaft verstößt, *Beuthien/Gätsch*, ZHR 157 (1993), 484 (507).

gen stillgesellschaftsvertragliche *Zustimmungsrechte*, infolge derer bestimmte Satzungsänderungen, sonstige Grundlagengeschäfte und außerordentliche Geschäftsführungsmaßnahmen des Genossenschaftsvorstandes von dem Einverständnis der atypischen stillen Gesellschafter abhängen. Auf diese Weise können die atypisch stillen Gesellschafter zwar keine eigenen geschäftspolitischen Vorstellungen durchsetzen; aber sie drohen den Genossenschaftsvorstand auf diesem Wege davon abhalten zu können, die von ihm für richtig gehaltenen Organisations- und Fördergeschäftsführungsmaßnahmen durchzuführen. Indes ist das bei Förderrechtsgeschäften nicht der Fall, weil die Vertretungsmacht des Genossenschaftsvorstandes Dritten gegenüber unbeschränkbar ist (§ 27 II 1 GenG²⁹). Vielmehr kann sich die eG, wenn sie schuldhaft gegen ihre stillgesellschaftsvertragliche Pflicht, die Zustimmung der atypisch stillen Gesellschafter einzuholen, verstößt, diesen gegenüber lediglich schadensersatzpflichtig machen. Aber ein solcher Schaden lässt sich im Einzelfall schwer verlässlich ermitteln. Zudem sind die atypisch stillen Gesellschafter schon infolge der dienenden Funktion ihrer Einlage an den statutarischen Förderzweck der eG und deren mitgliederbezogenen Förderziele gebunden. Sie dürfen daher ihre Zustimmung nicht förderzweckwidrig verweigern. Deshalb verstößt der Genossenschaftsvorstand nicht gegen seine Pflicht, zustimmungsbedürftige geschäftspolitische Maßnahmen zu unterlassen, wenn die atypisch stillen Gesellschafter ihre Zustimmung förderzweckwidrig versagen.³⁰ Im Übrigen vermag sich die eG ihre gesellschaftsrechtliche Autonomie dadurch zu bewahren, dass sie den atypisch stillen Gesellschaftern ihre geschäftspolitisch erheblichen Teilhaberechte wieder entziehen darf. Denn insoweit kann sie sich gesellschaftsvertraglich das Recht vorbehalten, den stillen Gesellschaftsvertrag zumindest aus wichtigem Grund zu kündigen oder das Zustimmungrecht durch Generalversammlungsbeschluss aufzuheben.

²⁹ Entspricht § 19 S. 2 österreichisches GenG.

³⁰ Für geschäftspolitische Eilmaßnahmen begegnet in atypisch stillen Gesellschaftsverträgen zudem folgende, dem Genossenschaftsvorstand Spielraum verschaffende Klausel: „Konnte die Zustimmung des atypisch stillen Gesellschafters wegen der Eilbedürftigkeit der Maßnahme nicht eingeholt werden, so kann der stille Gesellschafter innerhalb von sechs Wochen nach der Unterrichtung über die vorgenommene Maßnahme erklären, dass er diese nicht billige. Das Ergebnis dieser Maßnahme ist dann bei der Gewinn- und Verlustverteilung im Verhältnis zwischen der Genossenschaft und dem atypisch stillen Gesellschafter und bei der Ermittlung seines Abfindungsguthabens nicht zu berücksichtigen.“

V. Unzulässige Gewinnauskehrung an Dritte?

1. Genossenschaftliches Gewinnerzielungsverbot?

Eine eG ist keine wohltätige Veranstaltung, sondern ein Förderwirtschaftsverein. Um ihre Mitglieder wirtschaftlich fördern zu können, muss die eG in den Gegengeschäften mit den auf der vor- oder nachgelagerten Wirtschaftsstufe tätigen Drittunternehmen Erträge erwirtschaften. Auch im Verhältnis zu ihren Mitgliedern benötigt die eG Überschüsse, um durch Investitionen und Rücklagen sicherzustellen, dass sie auch künftig förderfähig bleibt. Eine eG darf nur nicht für sich selbst Gewinn erstreben. Aber das ist bei einer GmbH und AG nicht anders. Auch deren Gewinne gebühren letztlich den Gesellschaftern. Eine eG kehrt ihre Überschüsse nur anders, nämlich grundsätzlich durch möglichst günstige Förderkondition oder Rückvergütung, aus.

2. Verstoß gegen die zwingende Gewinnzuweisung an die Genossen?

a) Nach § 19 I 1 GenG ist der beim Jahresabschluss für die Genossen sich ergebende Gewinn an diese zu verteilen.³¹ Das bestätigt zunächst, dass eine eG nach Gewinn streben darf. Denn sonst ginge die in § 19 I 1 GenG getroffene Regelung ins Leere. Es fragt sich daher nur, ob es § 19 I GenG zwingend (s. § 18 S. 2 GenG) verbietet, Dritte (insbesondere stille Gesellschafter) an dem von der eG erwirtschafteten Gewinn zu beteiligen. Das ist indes aus mehreren Gründen nicht der Fall.

Vielmehr ist § 19 I GenG im Systemzusammenhang mit § 48 I GenG³² zu begreifen. Danach legt die Generalversammlung der eG den Jahresabschluss fest; der an die stillen Gesellschafter auszuschüttende Gewinn mindert dabei in der Gewinn- und Verlustrechnung als betrieblicher Aufwand den Jahresüberschuss (§ 20 I Nr. 4 EStG). Bei der typischen stillen Beteiligung an einer eG ist der bei der Feststellung des Jahresabschlusses seitens der Generalversammlung für die Genossen sich ergebende Gewinn im Sinne des § 19 I 1 GenG bereits

³¹ In Österreich wird Entsprechendes aus den §§ 5 Nr. 6, 24 Nr. 5 GenG hergeleitet.

³² Entspricht § 27a österreichisches GenG.

um den Gewinnanteil der stillen Gesellschafter gemindert. Die Generalversammlung hat also nur noch die Wahl, ob sie den derart geminderten Jahresüberschuss den Rücklagen zuweist oder zur Ausschüttung an die Genossen freigibt. Aus dem auf diese Weise für die Genossen sich ergebenden Gewinn wird nichts mehr den stillen Gesellschaftern zugewiesen. Ein Verstoß gegen § 19 I 1 GenG kann also gar nicht mehr eintreten, weil dem Gewinnanspruch der stillen Gesellschafter bereits vorher Rechnung getragen ist.

Zudem hat § 19 I 1 GenG einen *eigens förderwirtschaftlichen Regelungszweck*. Er soll nicht den von der eG erwirtschafteten Gewinn vor dem Zugriff Dritter schützen. Vielmehr sucht diese Norm nur sicherzustellen, dass der Vorstand zu Lasten der zu fördernden Genossen förderwirtschaftlich unnötig viele Rücklagen anhäuft.³³ Daher stellt § 19 I GenG nur eine genossenschaftsinterne Folgevorschrift des § 48 I GenG dar. In Bezug auf die Frage, ob eine eG sich stille Gesellschaften angliedern darf, sagt diese Vorschrift daher nichts aus.

b) Daran ändert sich auch nichts, wenn die stille Beteiligung *steuerrechtlich* atypisch dahin ausgestaltet wird, dass sich die eG als Unternehmensinhaber und die stillen Gesellschafter bei der Gewinnverteilung als Mitunternehmer (§ 20 III i.V.m. § 15 I Nr. 2 EStG) gegenüberstehen. Denn diese betriebspolitische Handhabung erreicht nicht die Ebene des Gesellschaftsrechts. Vielmehr gilt es, die gesellschaftsrechtliche und die steuerrechtliche Betrachtung auseinander zu halten. Gesellschaftsrechtlich stehen sich bei jeder (also nicht nur der atypisch) stillen Gesellschaft nicht die Genossen und die stillen Gesellschafter gegenüber, sondern die eG als Unternehmensinhaber und die stillen Gesellschafter. Infolgedessen ist das Jahresergebnis innerhalb der stillen Gesellschaft nicht zwischen den Genossen und den stillen Gesellschaftern, sondern zwischen der eG und den stillen Gesellschaftern zu verteilen. Genossenschaftsrechtlich macht es dabei keinen Unterschied, ob der Gewinnanspruch der stillen Gesellschafter das Jahresergebnis bereits innerhalb der Gewinn- und Verlustrechnung als betrieblicher Aufwand mindert oder erst später als mitunternehmerischer Ertragsanteil von dem sich aus der Gewinn- und Verlustrechnung ergebenden Jahresüberschuss abgezogen wird. Steuerrechtlich ist zwar der erste Weg für die eG günstiger, aber der zweite Weg ermöglicht die Verlustzuweisung an die stillen Gesell-

³³ Beuthien, GenG, § 19 Rn. 2.

schafter und gerade dieser steuerrechtliche Anlagevorteil erleichtert oder ermöglicht es der eG, zum Nutzen ihres Förderzwecks am Markt stilles Beteiligungskapital zu schöpfen.

Dass Ermittlungsgrundlage für die Gewinnverteilung der Jahresüberschuss vor Gewinnabführung an die stillen Gesellschafter ist³⁴, verstößt auch nicht gegen § 48 I GenG. Denn diese Vorschrift legt als Kompetenznorm lediglich die Zuständigkeit der Generalversammlung für die Feststellung des Jahresabschlusses fest, macht aber diesem Genossenschaftsorgan keinerlei verbindliche Vorgaben für die Art und Weise der Gewinn- und Verlustermittlung.

VI. Unvereinbarkeit mit der Unteilbarkeit der genossenschaftlichen Rücklagen?

Die Vermögenswertbeteiligung, die den atypisch still beteiligten Gesellschaftern bei vertragsmäßigem Ausscheiden zusteht, könnte gegen § 73 II 2 GenG³⁵ verstoßen. Danach erhalten Genossen beim Ausscheiden aus der eG nur ihr Geschäftsguthaben ausgezahlt. Auf die Rücklagen und das sonstige Vermögen der Genossenschaft haben sie, falls keine besondere Ergebnisrücklage gem. § 73 III GenG gebildet wurde, keinen Anspruch. Insofern stehen sich atypische stille Gesellschafter beim vertragsgemäßen Ausscheiden vergleichsweise besser als ausscheidende Genossen. Das ist ein auf den ersten Blick befremdliches Ergebnis.

1. Schutzzweck des § 73 II 2 GenG

In § 73 II 2 GenG kommt die *Unteilbarkeit der genossenschaftlichen Reserven* zum Ausdruck. Diese soll den genossenschaftlichen Förderzweck sichern. Denn wenn alle ausscheidenden Genossen wie ausscheidende Personengesellschafter ihren vollen Wertanteil am Gesellschaftsvermögen beanspruchen könnten, so würde zum Nachteil der verbleibenden Mitglieder ständig betriebsnotwendiges För-

³⁴ So der Einwand eines genossenschaftlichen Prüfungsverbandes.

³⁵ Entspricht § 79 II österreichisches GenG, allerdings mit der wesentlichen Besonderheit, dass der Genossenschaftsvertrag etwas anderes bestimmen darf!

derkapital abfließen. Diesen förderzweckschädlichen Kapitalabfluss soll § 73 II 2 GenG in Grenzen halten. Indes verbietet diese Vorschrift nur die volle Abfindung ausscheidender *Genossen*. In Bezug auf die Abfindungsansprüche ausscheidender *stiller Gesellschafter* sagt § 73 II 2 GenG, weil er nur einen genossenschaftsinternen Regelungszweck hat, nichts aus. Deshalb verstößt die Unternehmenswertbeteiligung von atypischen stillen Gesellschaftern, die nicht zugleich Mitglied der eG sind, nicht gegen § 73 II 2 GenG.

Immerhin könnte § 73 II 2 GenG den Umkehrschluss nahelegen, dass die genossenschaftlichen Rücklagen nicht nur nicht an Genossen, sondern auch nicht oder sogar erst recht nicht an Dritte ausgekehrt werden dürfen. Indes sind die Einlagen der Genossen als der wesentliche Teil des Geschäftsguthabens und die Einlagen stiller Gesellschafter nur begrenzt miteinander vergleichbar. Die typische stille Einlage ähnelt der Aufnahme eines partiarischen Darlehens.³⁶ Für ein solches müsste die eG am Kapitalmarkt Sicherheiten gewähren, die sie aber in aller Regel bereits anderweitig eingesetzt hat. Die Rechtsstellung des atypischen stillen Gesellschafter nähert sich zwar derjenigen eines kapitalistisch beteiligten Kommanditisten und damit einem Status an, den das Genossenschaftsrecht nicht kennt. Aber auch atypische stille Einlagen lassen sich nur gewinnen, wenn einem derartigen Anlagerisiko eine entsprechend große Gewinnchance gegenübersteht. Die mit der stillen Beteiligung verbundene besondere Wertsteigerungschance der atypischen stillen Gesellschafter ersetzt daher insoweit die von diesen Risikokapitalgebern sonst geforderte Sicherheit. M.a.W.: Die atypischen stillen Gesellschafter legen ohne Sicherheit ein und erhalten deshalb *anstelle einer Sicherheit* und als Ausgleich für ihr Kapitalverlustrisiko für den Fall, dass sie vertragsgemäß kündigen, eine *Einlagewertsteigerungschance*.³⁷ Mittels der atypischen stillen Gesellschaft vermag sich mithin eine eG *Förderkapital zu beschaffen, das ihr sonst nicht zur Verfügung stünde*, sondern für das sie sonst das Genossenschaftsvermögen dinglich belasten müsste. Ein genossenschaftsrechtliches Verbot der atypischen stillen Beteiligung würde also die eG von einer Finanzierungs-

³⁶ Vgl. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 62 II 2 (S. 1846: „Qualifiziertes Kreditverhältnis“).

³⁷ Hinzutreten kann kraft stillen Gesellschaftsvertrages ein in Gewinnjahren nachzahlbarer Gewinnvortrag von etwa laufzeitdurchschnittlich 5% p.a., der nach einer Mindestbeteiligungsdauer jährlich unter Vorbehalt ausreichender Liquidität und bei Wahrung des Unterbilanzverbotes ausgezahlt wird, allerdings nur bei Anrechnung auf einen u.U. höheren Gewinn.

möglichkeit ausschließen, die ihren gesellschaftsrechtlich anders strukturierten Wettbewerbern offensteht. Da § 73 II 2 GenG dem genossenschaftlichen Förderzweck dient, darf ein auf diese Vorschrift gestützter Umkehrschluss nicht zu einem Ergebnis führen, der den Förderzweck einengt.

2. Besonderes Wirtschaftsrisiko der atypischen stillen Gesellschafter

Zudem übersteigt die stille Beteiligung oft die vergleichsweise niedrige Pflichteinzahlung der Genossen. Auch haben die atypisch beteiligten stillen Gesellschafter insgesamt weniger Teilhaberechte als die Genossen. Sie tragen also, selbst wenn sie nur gleich viel einlegen, ein insgesamt größeres Wirtschaftsrisiko³⁸ als die Genossenschaftsmitglieder. Deshalb ist die Aussicht der atypischen stillen Gesellschafter, bei vertragsgemäßer Kündigung eine Vermögenswertbeteiligung zu erhalten, nicht nur mit dem Förderzweck vereinbar, sondern auch sachlich gerechtfertigt.

Vor allem bemißt sich die *Abfindung* ausscheidender stiller Gesellschafter nach dem Verhältnis des von den Genossen und des von den stillen Gesellschaftern eingelegten Kapitals, also nach dem anteilig erzielten Wirtschaftsergebnis. Ein ausscheidender stiller Gesellschafter nimmt daher den Genossen nichts weg, sondern zieht nur seinen eigenen, seit seinem Hinzutritt erwirtschafteten Vermögensbildungsanteil ab. Ein § 73 II 2 GenG widersprechender Zugriff der atypischen stillen Gesellschafter auf eigens von den Genossen erwirtschaftete Rücklagen findet deshalb nicht statt.

VII. Unzulässige Schlechterstellung der Genossen?

Das Gesellschafts-, insbesondere das Genossenschaftsrecht kennt keinen Grundsatz des Inhalts, dass Dritte nicht besser gestellt werden dürfen als die Mitglieder. Das zeigt schon § 233 I HGB. Danach ist der stille Gesellschafter berechtigt, die abschriftliche Mitteilung

³⁸ Oft muss der atypisch stille Gesellschafter kraft stillen Gesellschaftsvertrages zudem mit seinem bei vertragsgemäßigem Ausscheiden fällig werdenden Abfindungsanspruch im Rang hinter die Forderungen der Genossenschaftsgläubiger zurücktreten. Im Falle der Liquidation oder der Insolvenz der Genossenschaft können die stillen Einlagen erst nach der Befriedigung aller Gläubiger zurückgefordert werden.

des Jahresabschlusses zu verlangen und dessen Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Ein solches Kontrollrecht steht weder einem Aktionär noch einem Genossen zu! Das Kontrollrecht eines Aktionärs oder Genossen erweitert sich auch nicht, wenn die AG oder eG eine stille Gesellschaft eingeht. Eine strikte zwingende Gleichbehandlung von Genossen und stillen Gesellschaftern ist auch nicht notwendig, weil sich die Genossenschaftsmitglieder in der Satzung mit dem Abschluss des stillen Gesellschaftsvertrages einverstanden erklären, die Satzung jederzeit ändern und den stillen Gesellschaftsvertrag ihrerseits (jedenfalls aus wichtigem Grund) kündigen dürfen. Ein stiller Gesellschafter darf, weil seine Kapitaleinlage lediglich dienenden Charakter hat, nur nicht mehr Rechte haben als sein stiller Gesellschaftsvertragspartner, d.h. die eG. Das aber ist nicht der Fall.

VIII. Unzulässige Eigenkapitalersetzung?

Gehören die atypisch still beteiligten Gesellschafter freilich zugleich der eG an, so könnten sie versucht sein, § 73 II 2 GenG dadurch auszuschalten, dass sie, anstatt mehrere Geschäftsanteile zu übernehmen oder mehr auf diese einzuzahlen, in stille Einlagen auszuweichen, die zum vollen Unternehmensteilwert abzugelten sind. Das könnte eine unzulässige Gesetzesumgehung sein. Indes schreibt § 73 II 2 GenG den Genossen *keine Kapitalaufbringung* vor, *sondern dient nur der Erhaltung des von den Genossen aufgebracht und gemeinsam erwirtschafteten Kapitals*. Deshalb hat es grundsätzlich nichts mit § 73 II 2 GenG zu tun, wenn die Genossen ihr förderwirtschaftliches Unternehmen nicht mittels der Übernahme und Auffüllung genossenschaftlicher Geschäftsanteile, sondern anderweit durch stille Einlagen finanzieren.

Eine unzulässige Umgehung des § 73 II 2 GenG kommt erst dann in Betracht, wenn die eG an zu wenig Eigenkapital leidet, die stille Einlage also ähnlich wie ein Gesellschafterdarlehen *eigenkapitalersetzend* ist. Das wiederum trifft entsprechend § 32a I u. III 1 GmbHG nur dann zu, wenn der atypische stille Gesellschafter der eG zur Zeit der stillen Beteiligung als kaufmännisch ordentlich förderwirtschaftender Genosse Eigenkapital zugeführt hätte.³⁹ Aber auch ein

³⁹ Zur eigenkapitalersetzenden stillen Beteiligung näher *Heymann/Horn*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 2, 1989, §§ 105 – 237, § 230 Rn. 56 ff.

Verstoß gegen das in § 32a I u. III 1 GmbHG zum Ausdruck kommende Verbot der unangemessenen Eigenkapitalvorenthaltung macht die atypische stille Beteiligung nicht unzulässig, sondern hat nur die in § 32a I GmbHG vorgezeichnete insolvenzrechtliche Folge. Soweit aber der atypische stille Gesellschafter am Verlust beteiligt ist, kann er im Insolvenzverfahren über das Vermögen der eG anders als ein Darlehensgläubiger nicht einmal als nachrangiger Insolvenzgläubiger auftreten. Eine Umgehung des § 73 II 2 GenG ist also auch auf diesem Wege nicht zu besorgen.

IX. Gleichheitssatzwidrige Besserstellung Dritter?

Die eG ist im besonderen Maße von dem *Grundsatz der personalen Gleichheit der Genossen* getragen. Im Gesetz kommt das darin zum Ausdruck, dass jeder Genosse in der Generalversammlung grundsätzlich nur eine Stimme hat (§ 43 II 1 GenG)⁴⁰, die nur um höchstens zwei weitere Mehrstimmen ergänzt werden darf (§ 43 III 5 GenG).⁴¹ Im Verhältnis zwischen der eG und ihren Mitgliedern gilt der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz. Aber jeweils wirkt das Gebot der grundsätzlichen Gleichheit aller Mitglieder nur genossenschaftsintern. Die stille Gesellschaft wird aber nicht Mitglied und damit nicht Teil der eG. Sie wird dieser nur als selbstständige Gesellschaft angegliedert, in der wiederum (falls der stillen Gesellschaft mehrere stille Gesellschafter angehören) das Gebot der grundsätzlichen Gleichbehandlung der Mitglieder gelten kann. Genossen und stille Gesellschafter bilden daher keine einheitliche Gesellschaftergruppe, sondern erfüllen jeweils in ihrer Vereinigung verschiedene Funktionen. Schon deshalb kann insoweit nicht der Gleichheitssatz gelten.

Zudem verbietet der Gleichheitssatz nicht jede, sondern nur eine sachlich ungerechtfertigte Ungleichbehandlung. Indes sind Dritte in ihrer Eigenschaft als stille Gesellschafter eine andere Vergleichsgruppe als die Genossenschaftsmitglieder. Die Angehörigen beider Gruppen lassen sich von eigenständigen Interessen und Risiken leiten.

⁴⁰ Entspricht § 27 II österreichisches GenG.

⁴¹ Nach § 5 Nr. 9 österreichisches GenG richten sich die Bedingungen des Stimmrechts der Genossenschafter (Kopf- oder Anteilstimmrecht) nach dem Genossenschaftsvertrag.

E. Atypische stille Beteiligung als Eigenkapitalquelle

Während der gewöhnliche stille Gesellschafter oft nur am Gewinn des Unternehmens beteiligt ist, nimmt der atypische stille Gesellschafter am Gewinn und Verlust teil. Er profitiert vor allem als Mitunternehmer von der Vermehrung der stillen Reserven und der Steigerung des Unternehmenswertes. Seine gegenüber der typischen stillen Beteiligung weitergehenden Kontroll- und Teilhaberechte sichern seinen Kapitaleinsatz stärker ab. Das hat sich vor allem bei der Sanierung notleidender Genossenschaften bewährt, da die Kapitalgeber dann auf dem risikobegrenzenden Einfluss auf die Grundlagen der Geschäftspolitik zu bestehen pflegen.

Für den Unternehmensinhaber ergibt sich der wesentliche wirtschaftliche Vorteil der atypischen stillen Gesellschaft aus dem Bilanzrecht. Während die typische stille Beteiligung bilanzrechtlich als Darlehen und damit als Fremdkapital eingestuft wird, kann die atypische stille Beteiligung als Eigenkapital bewertet werden.⁴² Dadurch lässt sich im Rahmen der Basel II-Bewertungsgrundsätze das Unternehmensrating verbessern. Die bei den Banken bestehenden Kreditlinien bleiben unberührt. Vor allem können bei der Unternehmensgründung anfängliche Verluste auf die atypisch stillen Gesellschafter übertragen werden, woraus diese steuerrechtlich in Gestalt von Verlustzuweisungen Vorteil ziehen. Zu diesem Steuervorteil kann für die stillen Gesellschafter bei Wohnungsgenossenschaften (sofern sie zugleich dieser beitreten) noch die Eigenheimzulage nach § 17 EStG treten.⁴³

Nach alledem ist atypische stille Beteiligung daher nicht nur genossenschaftsrechtlich zulässig. Sie kann auch dazu beitragen, die strukturelle Eigenkapitalschwäche eingetragener Genossenschaften zu lindern.

⁴² *Winnefeld* (Beck'sches Bilanzhandbuch, 3. Aufl. 2002, L Rn. 243) fordert dafür folgende Voraussetzungen: Langfristigkeit der Kapitalüberlassung (mindestens fünf Jahre), Erfolgsabhängigkeit der Vergütung, Teilnahme am Verlust bis zur vollen Höhe der Einlage, Nachrangigkeit des Rückzahlungsanspruchs im Insolvenz- und Liquidationsfall.

⁴³ Diese Vorschrift lautet: „Der Anspruchsberechtigte kann die Eigenheimzulage einmal für die Anschaffung von Geschäftsanteilen in Höhe von mindestens 5.113 Euro an einer nach dem 1. Januar 1995 in das Genossenschaftsregister eingetragenen Genossenschaft (*Genossenschaftsanteile*) in Anspruch nehmen. Voraussetzung

ist, daß die Satzung der Genossenschaft unwiderruflich den Genossenschaftsmitgliedern, die Förderung erhalten, das vererbliche Recht auf Erwerb des Eigentums an der von ihnen zu Wohnzwecken genutzten Wohnung für den Fall einräumt, daß die Mehrheit der in einem Objekt wohnenden Genossenschaftsmitglieder der Begründung von Wohnungseigentum und Veräußerung der Wohnungen schriftlich zugestimmt hat. Bemessungsgrundlage ist die geleistete Einlage. Der Fördergrundbetrag beträgt jährlich 3 vom Hundert der Bemessungsgrundlage, höchstens 1.227 Euro für jedes Jahr, in dem der Anspruchsberechtigte die Genossenschaftsanteile inne hat. Die Kinderzulage beträgt für jedes Kind, für das die Voraussetzungen des § 9 Abs. 5 Satz 1 und 2 vorliegen, jährlich 256 Euro; haben beide Elternteile zugleich für ein Kind Anspruch auf die Kinderzulage, ist bei jedem die Kinderzulage zur Hälfte anzusetzen. Die Summe der Fördergrundbeträge und der Kinderzulagen darf die Bemessungsgrundlage nicht überschreiten. Der Anspruch auf Eigenheimzulage entsteht mit dem Jahr der Anschaffung der Genossenschaftsanteile. Im übrigen sind die §§ 1, 3, 5, 7 und 10 bis 16 entsprechend anzuwenden.“

VERÖFFENTLICHUNGEN DES FORSCHUNGSVEREINS FÜR GENOSSENSCHAFTSWESEN

Wiener Studien des Forschungsvereins für Genossenschaftswesen, Neue Folge:

- Band 1: Neuere Tendenzen im Genossenschaftswesen, Göttingen 1966.
Band 2: *Piller, E.*, Kreditgenossenschaften in Österreich, Göttingen 1970.
Band 3: Aktuelle Fragen des Genossenschaftsbetriebes, Göttingen 1970
Band 4: *Cupal, W.*, Die Gemeinnützige Wohnungswirtschaft Österreichs (von 1955 bis 1967), Göttingen 1976.
Band 5: *Patera, M.* (Hrsg.), Perspektiven der Genossenschaftsrevision, Orac, Wien 1986.
Band 6: *Patera, M.* (Hrsg.), Aktualität und Modernität der Genossenschaftskonzeption von F. W. Raiffeisen, Wien 1989.
Band 7: *Brazda, J.*, Der Rechtsformwandel bei Genossenschaften - am Beispiel der deutschen Konsumgenossenschaften.
Schediwy, R., Probleme des föderativen Verbundes der Konsumgenossenschaften in Frankreich, Wien 1991.
Band 8: *Patera, M.* (Hrsg.): Genossenschaftliche Herausforderungen im 21. Jahrhundert, Wien 1993.
Band 9: *Schwabe, G./Schediwy, R.*: Die Umgründung der französischen Sparkassen in genossenschaftlicher Rechtsform, Wien 2001.
Band 10: 50 Jahre FOG Gründung - Aufbau - Bewährung, Wien 2002.
Band 11: *Harsch, U.*: Wohnbegleitende Dienstleistungen - Eine Chance für Wohnbaugenossenschaften
Wagner, Ph.: Das Informationsmanagement einer Wohnbaugenossenschaft, Wien 2003.

Vorträge und Aufsätze des Forschungsvereins für Genossenschaftswesen der Universität Wien:

- Heft 1: *Westermann, H.*, Zur Reform des Genossenschaftsgesetzes, Wien 1967.
Heft 2: *Draheim, G.*, Kooperation und Konzentration im Genossenschaftswesen, Wien 1968.
Heft 3: *Philipowski, R.*, Mehrwertsteuer und Genossenschaften, Wien 1971.
Heft 4: *Hahn, O., Lexa, H., Mann, G.*, Betriebswirtschaftliche Probleme der genossenschaftlichen Praxis, 1. Teil, Wien 1973.
Heft 5: *Vodrazka, K.*, Betriebswirtschaftliche Probleme der genossenschaftlichen Praxis, 2. Teil, Wien 1974.
Heft 6: *Weber, W.*, Wirtschaftliche Kooperation als praktizierte Solidarität, Wien 1975.
Heft 7: *Ruppe, H. G.*, Körperschaftssteuerfragen der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Wien 1976.

- Heft 8: *Stoll, G.*, Die Gemeinnützigkeit von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften im Abgabenrecht, Wien 1976.
- Heft 9: *Wychera, R.*, Auswirkungen des neuen Kreditwesengesetzes, Wien 1980.
- Heft 10: *Attems, R.*, Organisationsentwicklung und Genossenschaften, Wien 1982.
- Heft 11: *Tanzer, M.*, Entwicklung und Zukunft der Körperschaftsbesteuerung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Wien 1983.
- Heft 12: *Beuthien, V.*, Genossenschaften und Kartellrecht. Das Kartellamt als Orakel. Durch unbegrenzte Auslegung zum offenen Kartellrecht?, Wien 1987.
- Heft 13: *Münkner, H.*, Die Identität der Genossenschaften nach europäischem Genossenschaftsrecht, Wien 1987.
- Heft 14: *Philipowski, R., Hofkens, F.*, Besteuerung von Genossenschaften im internationalen Vergleich, Wien 1990.
- Heft 15: *Raschauer, B.*, Bankenaufsicht und Europäische Integration, Wien 1991.
- Heft 16: *Aicher, J.*, Aspekte der Fusionskontrolle in der EG - Konsequenzen für Österreich, Wien 1992.
- Heft 17: *Münkner, H.H.*, Was bringt das europäische Genossenschaftsrecht?, Wien 1992.
- Heft 18: *Purtschert, R., Weiss, M.*, Marketing für Genossenschaften, Wien 1993.
- Heft 19: *Folz, W.*, Perspektiven europäischer Genossenschaftsbanken in der EG, Wien 1993.
- Heft 20: Beschäftigungspolitische Akzente der Genossenschaften, Wien 1999.
- Heft 21: Osterweiterung und Genossenschaften, Wien 1999.
- Heft 22: Reform der französischen Sparkassenorganisation - auf dem Weg zur Genossenschaft, Wien 2000.
- Heft 23: Fortbildung des deutschen Genossenschaftsrechts, Wien 2000.
- Heft 24: *Dellinger, M.*, Die Genossenschaft als Gesellschafter - Genossenschaftsrechtliche Zulässigkeitsgrenzen der Beteiligung an anderen Rechtsträgern, Wien 2001.
- Heft 25: *Harbrecht, W.*, Die Genossenschaft als Rechtsform für junge Unternehmen, Wien 2001.
- Heft 26: *Krejci, H.*: Zum Förderungsprivileg der Genossenschaften, Wien 2002

VORTRÄGE UND AUFSÄTZE
DES FORSCHUNGSVEREINS FÜR GENOSSENSCHAFTSWESEN
————— HEFT 27 —————

**DIE ATYPISCHE STILLE
GESELLSCHAFT
- EIN WEG ZU MEHR EIGENKAPITAL
FÜR EINGETRAGENE
GENOSSENSCHAFTEN? -**

VOLKER BEUTHIEN

Eigenverlag des FOG