

**GENOSSENSCHAFTS-
RECHTSÄNDERUNGSGESETZ
2006**

VOLKER BEUTHIEN

WALDEMAR JUD

Eigenverlag des FOG

Wien 2007

INHALTSVERZEICHNIS

Seite

- Ist das Genossenschaftsrecht auf dem rechten Wege?**
- Zur deutschen Genossenschaftsrechts-Reform 2006 -

5

Prof. Dr. Volker Beuthien

Institut für Genossenschaftswesen an der
Philipps-Universität Marburg

- Die Finanzverfassung der Genossenschaften nach
dem Genossenschaftsrechtsänderungsgesetz 2006**

25

o. Univ.-Prof. DDr. Waldemar Jud

Institut für Österreichisches und Internationales
Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Graz

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 19. März 2007
abgehaltene Vortragsveranstaltung
„Genossenschaftsrechtsänderungsgesetz 2006“ wieder. Im
Wesentlichen wurde die Vortragsform beibehalten;
Literaturhinweise wurden demgemäß auf das Notwendigste
beschränkt.

Begrüßung

Wir haben heute zwei spannende Themen und dazu zwei hochkarätige Vortragende. Ich darf Ihnen zunächst Herrn *Prof. Volker Beuthien* vorstellen, auch wenn dies entbehrlich scheinen mag, weil *Prof. Beuthien* ohnehin allseits bekannt ist. So hatte ich zuletzt im Jahr 2003 die Ehre ihn anlässlich seines Vortrages zur Atypisch stillen Genossenschaft vorzustellen und schon damals war die Vorstellung weitgehend überflüssig, weil jeder zumindest seinen ausgezeichneten Genossenschaftsgesetzkommentar kennt. Geändert hat sich seither nicht viel. *Prof. Beuthien* war damals wie heute zwar emeritiert, aber dennoch geschäftsführender Direktor des Marburger Instituts für Genossenschaftswesen. Seine Publikationstätigkeit ist ungebrochen und dies nicht nur auf dem Gebiet des Genossenschaftsrechts, sondern auch z.B. im Bereich bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Wettbewerbsrecht. Unverändert ist auch meine zugegebenermaßen subjektive Einschätzung, wonach *Prof. Beuthien* der führende Vertreter der deutschen Genossenschaftswissenschaft überhaupt ist. Herr Professor zunächst einmal vielen Dank, dass Sie den weiten Weg von Marburg nach Wien nicht gescheut haben.

Nicht besonders vorstellen müsste man auch unseren zweiten Referenten, Herrn *Univ.-Prof. DDr. Waldemar Jud*. Er hat von Graz her nicht ganz so weit nach Wien, aber natürlich auch ihm ein herzliches Dankeschön für sein Kommen. *Prof. Jud* gehört seit vielen Jahren zu den profiliertesten Vertretern der österreichischen Rechtswissenschaft überhaupt, ist ein überaus hoch geschätzter Berater der Praxis und ein ausgewiesener Experte des österreichischen Genossenschaftsrechts. Er wird im zweiten Teil des Abends die Finanzverfassung der Genossenschaften nach der jüngsten Reform untersuchen. Dabei geht es um den wissenschaftlich sicherlich interessantesten Teil dieser ganzen Reform.

Zuvor aber werfen wir unter der Anleitung von Herrn *Prof. Beuthien* einen Blick auf die deutsche Reform. Das deutsche Genossenschaftsrecht war ja im Jahr 1873 und auch bei späteren Reformen immer wieder Vorbild für die österreichische Entwicklung und so ist die rechtsvergleichende Beschäftigung mit dem deutschen Genossenschaftsrecht stets aufschlussreich und lohnend. Herr Professor ich darf Sie um Ihren Vortrag bitten.

ao.Univ.-Prof. Dr. Markus Dellinger

Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität

Wien

Österreichischer Raiffeisenverband

IST DAS GENOSSENSCHAFTSRECHT AUF DEM RECHTEN WEGE?

- Zur deutschen Genossenschaftsrechts-Reform 2006 -

Prof. Dr. Volker Beuthien

Institut für Genossenschaftswesen an der
Philipps-Universität Marburg

A. Allgemeine Ziele der Genossenschaftsrechts-Reform

Die durch die Einführung der Europäischen Genossenschaft (SCE) im Jahre 2002 ausgelöste deutsche Genossenschaftsrechts-Reform¹ wird ausweislich der Gesetzesmaterialien² von vier großen Regelungszielen geleitet:

- (1) Es sollen bessere Rahmenbedingungen für kleinere und mittlere Genossenschaften geschaffen werden.
- (2) Für sämtliche Genossenschaften soll die Kapitalerhaltung und Kapitalbeschaffung erleichtert werden.
- (3) Es sollen einzelne Elemente der Corporate-Government-Diskussion auf Genossenschaften übertragen werden.
- (4) Es soll allgemein die Attraktivität der genossenschaftlichen Vereinigungsform erhöht werden. Dabei soll insbesondere im Interesse eines chancengleichen Rechtsformwettbewerbs sichergestellt werden, dass die Genossenschaften nationalen Rechts nicht gegenüber in EU-Einzelstaaten tätigen SCE gesellschaftsrechtlich benachteiligt sind.

¹ BGBl. I 2006, 2230 ff.

² BT-Drucks. 16/1524 u. 16/1025.

B. Wesentliche Gesetzesänderungen

I. Erweiterung des Förderzwecks (§ 1 I GenG)

1. Erstreckung auf ideelle Förderziele

Wie die SCE (Art. 1 III 1 SCEVO) darf eine eG fortan ausdrücklich auch „soziale oder kulturelle Belange“ ihrer Mitglieder fördern. Damit wird das Betätigungsfeld einer eG gegenüber der bisher im deutschen Genossenschaftsrecht herrschenden Ansicht erheblich ausgeweitet. Denn danach durfte eine deutsche eG derartige Ziele nur als Nebenzweck verfolgen. Dabei hatte die Rechtsprechung große Schwierigkeiten, klare Grenzen zu ziehen.³ Indes darf man die Gesetzesänderung nicht dahin missverstehen, dass nunmehr eine dem e. V. vergleichbare Idealgenossenschaft zugelassen worden wäre.⁴ Auch eine eG neuen Rechts darf nicht allgemein nichtwirtschaftliche Ziele verfolgen. Vielmehr hat sie insoweit auch fortan ihre Mitglieder zu fördern, und zwar wie bei deren wirtschaftlicher Förderung „durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb“.⁵ Zu einem solchen gehört nicht nur eine organisierte Wirtschaftseinheit, sondern grundsätzlich auch, dass die eG ihre Förderwirtschaftskosten nicht wie ein e. V. durch laufende Beiträge, sondern im Fördergeschäftsverkehr durch besondere Förderentgelte erwirtschaftet!⁶ Das ist durchaus systemgerecht, da gerade auch Sozial- und Kulturleistungen am Markt Geld kosten und dort außerhalb besonderer sozialer Sicherungssysteme in aller Regel nur gegen Entgelt angeboten werden. Eine eG, die ihre Mitglieder sozial oder kulturell fördert, stellt also keinen Sonderidealverein, sondern trotz der ideellen Mitgliederförderung wie bisher einen *Sonderwirtschaftsverein* dar. Deshalb darf zwischen Idealverein (e. V.) und Sozial- oder Kulturgenossenschaft (eG) nicht frei gewählt werden.

Letzteres ist praktisch deshalb ungemein wichtig, weil der e. V. mindest sieben (§ 56 BGB), eine eG aber (nach neuem Recht) nur drei Gründungsmitglieder haben muss (§ 4 GenG), sich nur eine eG

³ Näher dazu *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, 14. Aufl. 2004, § 1 Rn. 10 m. N.

⁴ So freilich *Geschwandtner/Helios*, Genossenschaftsrecht, 2006, 40.

⁵ So einschränkend BT-Drucks. 16/1025, 80.

⁶ Näher *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Aktualisierungsband 2007, § 1 Rn. 16.

einer besonderen Gründungsprüfung zu unterziehen hat (§§ 11, 11a GenG) und sich dazu einem genossenschaftlichen Prüfungsverband anschließen muss (§ 54 GenG). Auch muss eine eG (außer bei Klein-genossenschaften) einen Aufsichtsrat bilden (§ 9 I GenG). Beim e. V. erhalten die ausscheidenden Mitglieder (wenn die Satzung dies nicht besonders vorsieht) keinerlei Abfindung, während diesen bei der eG immerhin das Geschäftsguthaben ausgezahlt wird (§ 73 II 2 GenG).

2. Unbestimmter Begriffsinhalt

Im Übrigen fragt sich, was im Einzelnen unter den „sozialen oder kulturellen Belangen der Mitglieder“ zu verstehen ist und ob diese Worte neben dem „Erwerb oder der Wirtschaft der Mitglieder“ ein selbständiges Tatbestandsmerkmal darstellen. Gemeint sind damit ersichtlich ideelle Mitgliederbedürfnisse. Aber offen geblieben ist, ob die Worte „sozial“ und „kulturell“ erschöpfend den Gesamtbereich aller ideellen Interessen erfassen sollen und was mit ideellen Belangen geschehen soll, die weder sozial noch kulturell sind. Zudem wird weder das Wort „sozial“ noch das Wort „kulturell“ gesetzlich näher umschrieben. Das ist angesichts der nahezu grenzenlosen Weite dieser Worte auch schwierig. So bedeutet „kulturell“ lediglich die Kultur betreffend und die menschliche Kultur reicht entwicklungs-geschichtlich vom planvoll betriebenen Ackerbau über die humane Erziehung und Gesittung bis zu den vielfältigen Erscheinungsformen der Kunst. Dem Wort „sozial“ wohnt der kollektive Bezug auf eine oder mehrere andere Person(en) inne. Davon lässt sich in Bezug auf jedes einzelne, soziale Dienste der Genossenschaft nachfragende Mitglied insofern schwer sprechen, als in der Person jedes einzelnen Mitglieds, das seitens des genossenschaftlichen Unternehmens eine Sozialleistung empfängt, kein sozialer, sondern jeweils ein individueller Bedarf gedeckt wird. Ihren sozialen Bezug erhalten genossenschaftliche Sozialleistungen erst dadurch, dass sie gemeinschaftlich für alle ihrer bedürftenden Mitglieder erwirtschaftet werden. Aber das ist schon im Tatbestandsmerkmal „durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb“ angelegt. Ordnung kommt daher in den neu gefassten § 1 I GenG lediglich, wenn man die Worte „sozial“ und „kulturell“ (pars pro toto) nur als besonders erwähnte Beispiele für die insgesamt als förderfähig erachteten nichtwirtschaftlichen Mitgliederbelange versteht.

3. *Beträchtliche Abgrenzungsschwierigkeiten*

Da der Mensch auch sozialer und kultureller Leistungen bedarf und dafür (außerhalb des sozialstaatlichen und karitativen Bereiches) am Werk- und Dienstleistungsmarkt Entgelte zu entrichten hat, lassen sich freilich die „sozialen oder kulturellen Belange“ schwerlich von den materiellen hauswirtschaftlichen Mitgliederbedürfnissen abgrenzen. Daher sind die Worte „soziale oder kulturelle Bedürfnisse der Mitglieder“ nicht als eigenständiger Förderzweck neben Erwerb und Wirtschaft zu begreifen, sondern kraft untrennbaren Sachzusammenhangs mit dem Tatbestandsmerkmal „Wirtschaft“ jeder umfassend zu begreifenden *nichtberuflichen Lebenswirtschaft* außerhalb der Erwerbstätigkeit zuzuordnen. Die Worte „Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange“ sind also weit im Sinne von „Wirtschaft der Mitglieder einschließlich deren ideeller Bedürfnisse zu verstehen“.⁷

4. *Drohendes Abgleiten in das Nichtmitgliedergeschäft*

Als Beispiele für Genossenschaften mit sozialer oder kultureller Mitgliederförderung werden in den Gesetzesmaterialien „Schul-, Sport- oder Mediengenossenschaften“ sowie „Theater- und Museums-genossenschaften“ genannt.⁸ Dabei wird allerdings nicht bedacht, dass zumindest in den beiden letzten Fällen, weil dort zwecks kostendeckender Wirtschaft auch aus dem allgemeinen Publikum eine Vielzahl von Besuchern gewonnen werden muss, in der Regel die Grenzen des zulässigen Nichtmitgliedergeschäftes (§ 8 I Nr. 5 GenG) überschritten werden dürften.

II. Stärkere Öffnung gegenüber Kleingenossenschaften

1. *Geringere Gründerzahl*

Um allgemein die Gründung neuer eGn zu erleichtern, wurde die Mindestmitgliederzahl von bisher sieben auf drei Mitglieder herabgesetzt (§ 4 GenG) und dabei sogar überwiegende Sacheinlagen gestattet (§ 7a III GenG).

⁷ Näher *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz, Aktualisierungsband, § 1 Rn. 14.

⁸ BT-Drucks. 16/1025, 80.

2. *Flexiblere Organisationsstrukturen*

Kraft Satzung darf bei Kleingenossenschaften mit nicht mehr als zwanzig Mitgliedern auf einen mehrköpfigen Vorstand (§ 24 I 3 GenG) und einen Aufsichtsrat (§ 9 I 2 GenG) verzichtet werden. Bei einer Kleingenossenschaft mit nur drei Mitgliedern ist das schon numerisch unerlässlich.

3. *Prüfungserleichterung*

Eingetragene Genossenschaften, deren Bilanzsumme eine Million Euro und deren Umsatzerlöse zwei Millionen Euro nicht übersteigen, werden vom genossenschaftlichen Prüfungsverband zwecks Kostenersparnis ohne Einbeziehung der gesamten Buchführung geprüft und brauchen keinen Lagebericht zu erstatten (§ 53 II 1 GenG).

III. Neuer Typ der Unternehmergenossenschaft

Neu berücksichtigt werden Genossenschaften, denen ausschließlich oder überwiegend Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB angehören. Das sind natürliche oder juristische Personen oder rechtsfähige Personengesellschaften, die beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handeln. Jeweils muss die Mitgliedschaft eigens in dieser Unternehmereigenschaft begründet sein.⁹

1. Bei Unternehmergenossenschaften, deren Mitglieder zu mehr als Dreivierteln aus derartigen Unternehmern bestehen, sind kraft Satzung mehr als zwei Mehrstimmen zulässig. Leitend war bei dieser Neuregelung, dass bei solchen Unternehmergenossenschaften wegen der unterschiedlichen Unternehmensgröße und des verschiedenen Umfangs des Geschäftsverkehrs mit der Genossenschaft das Bedürfnis für abgestufte Stimmrechte besonders ausgeprägt sein kann. Zudem sind die Mitglieder einer Unternehmergenossenschaft sämtlich oder überwiegend geschäftlich erfahren und müssen daher grundsätzlich nicht vor genossenschaftsinterner Vermachtung durch Mehrstimmenrechte geschützt werden. Die Minderheit soll sich dem fügen.

⁹ BT-Drucks. 16/1025, 86.

Jedoch sollen auch bei Unternehmergenossenschaften nicht einzelne Mitglieder die Generalversammlung beherrschen und so bei passender Gelegenheit bestimmte ihnen nicht genehme Beschlüsse verhindern oder gar vornehmlich ihnen passende durchsetzen können. Dem wird dadurch vorgebeugt, dass einzelne Mitglieder ihre Mehrstimmrechte höchstens bis zu einem Zehntel der in der Generalversammlung anwesenden Stimmen ausüben können (§ 43 III 2 GenG).

2. In Unternehmergenossenschaften, in denen alle Mitglieder Unternehmer sind, darf die Satzung für die Kündigung der Mitgliedschaft eine bis zu zehnjährige Kündigungsfrist vorsehen, freilich nur zwecks Sicherung des Anlagevermögens (§ 65 II 3 GenG). Damit soll vor allem dem besonderen Bedürfnis von landwirtschaftlichen Genossenschaften mit aufwendigen Anlagen genügt werden. Zu unklar geblieben ist jedoch, welche Art der Finanzierung des Anlagevermögens gesichert werden soll, die Finanzierung mittels Eigenkapitals oder (auch) die Fremdfinanzierung? Soweit es um die betriebliche Auslastung der zu finanzierenden Anlagen geht, hilft, solange den Mitgliedern nicht in den Grenzen des Kartellrechts ein statutarischer Andienungs- oder Bezugszwang auferlegt wird, allein die Fortdauer der Mitgliedschaft nicht weiter. Denn die Mitglieder können, wenn man sie nicht besonders bindet, jederzeit woanders andienen oder von dort beziehen. Soweit es um den bei Austritten drohenden Abfluss des Geschäftsguthabens geht (§ 73 II 2 GenG), hätte es, anstatt die kündigungswilligen Mitglieder weiterhin sämtlichen Mitgliedschaftslasten (insbesondere dem Kapitalverlustrisiko und der Nachschusspflicht) auszusetzen, genügt, bei § 73 IV Halbs. 1 GenG klarzustellen, dass bei Unternehmergenossenschaften die statutarische Auszahlungssperrfrist bis zu zehn Jahre betragen darf. Immerhin wird dadurch für den erforderlichen Minderheitenschutz gesorgt, dass den Mitgliedern das statutarisch unbeschränkbare Recht zusteht, ihre Mitgliedschaft außerordentlich zu kündigen (§ 65a I GenG) oder ihr Geschäftsguthaben auf ein anderes Mitglied zu übertragen (§ 76 II GenG).

3. Bei *Sekundärgenossenschaften* darf die Satzung Mehrstimmrechte in unbeschränkter Zahl und nach beliebigen, aber sachgerechten und gleichen Maßstäben, insbesondere nach der Höhe der Geschäftsguthaben (§ 43 III 3 Nr. 3 S. 2 Fall 1 GenG) oder anderen förderwirtschaftlich geeigneten Maßstäben (Zahl der Geschäftsanteile, Höhe der Haftsumme, Umfang der Fördergeschäfte) gestatten (§ 43 III 3 Nr. 3 S. 2 Fall 2 GenG).

IV. Veränderungen in der Mitgliedschaftsstruktur

1. Zulassung nur investierender Mitglieder

Wie bei einer SCE dürfen einer eG, soweit das die Satzung gestattet, auch nichtnutzende Mitglieder beitreten (§ 8 II 1 GenG). Das gilt freilich nach dem (insoweit Art. 14 I Unterabs. 2 S. 1 SCE VO, § 30 II SCE AG folgenden) Gesetzeswortlaut nicht für jedermann, sondern nur für „Personen, die für die Nutzung oder die Produktion der Güter und die Nutzung oder Erbringung der Dienste der Genossenschaft nicht in Frage“ oder, wie die Gesetzesmaterialien¹⁰ sich ausdrücken, „nicht in Betracht kommen“. Dabei bleibt offen, wann das zutrifft. Können investierende Mitglieder nur Personen sein, die nicht nutzen können, oder reicht es aus, dass ihnen an den naturalen Förderleistungen der Genossenschaft nicht gelegen ist, sie also nicht nutzen wollen? Auszugehen ist von Letzterem. Denn sonst wären investierende Mitglieder bei eGn, die (wie insbesondere die Kredit- und Wohnungsgenossenschaften) jedermann zu fördern vermögen, unzulässig. Dafür aber gibt es keinen sachlich vernünftigen Grund. Wer nutzendes oder nichtnutzendes Mitglied ist, hängt also rein formal davon ab, welche Art von Mitgliedschaft der Beitretende wählt. Auf diese Weise bleibt auch unschädlich, dass ein nichtnutzendes Mitglied nachträglich förderfähig wird. Die Mitgliedschaft als investierendes Mitglied muss vom Beitretenden ausdrücklich gewählt (§ 15 II 1 GenG) und ebenso ausdrücklich von der Generalversammlung oder dem Aufsichtsrat zugelassen werden (§ 8 II 3 GenG). Naturale Förderleistungen dürfen investierende Mitglieder entsprechend § 8 I Nr. 5 GenG nur im allgemein eröffneten Nichtmitgliedergeschäft in Anspruch nehmen. Der Wechsel vom Status eines nutzenden in den eines nichtnutzenden Mitglieds bedarf keines Austritts mit nachfolgendem Neubeitritt, wohl aber entsprechend § 15 I GenG einer diesbezüglichen unbedingten Erklärung und der Zulassung durch die Genossenschaft.

2. Unterschied zu den passiven Mitgliedern

Die investierenden Mitglieder im Sinne von § 8 II 1 GenG sind nicht mit den *nutzungsinaktiven Mitgliedern*, also mit solchen Ge-

¹⁰ BT-Drucks. 16/1025, 82.

nossen zu verwechseln, welche die Förderleistungen der Genossenschaft tatsächlich nicht in Anspruch nehmen, sei es aus Desinteresse oder weil sie ihre zu fördernde Berufstätigkeit oder bei der Wohnungsgenossenschaft ihre Wohnung aufgegeben haben. Diese passiven Mitglieder bleiben, weil sie potentiell weiterhin fördertauglich sind, gewöhnlich nutzendes Mitglied.¹¹

3. Rechte und Pflichten der investierenden Mitglieder

Investierende Mitglieder haben statt des Rechts auf naturale Förderung (§ 1 I GenG) einen Rechtsanspruch darauf, aus dem mit ihrer Mithilfe erwirtschafteten Ertrag der Genossenschaft kapitalzinswirtschaftlich gefördert zu werden. Im Übrigen haben sie grundsätzlich die gleiche Rechts- und Pflichtenstellung wie die nutzenden Mitglieder. Insbesondere stehen ihnen das Stimmrecht und ein Kündigungsrecht zu.¹² Sie sind daher, obwohl die Gesetzesmaterialien¹³ ein nutzendes Mitglied als „ordentlich“ bezeichnen, keine außerordentlichen Mitglieder. Vielmehr sind sie *Mitglieder besonderer Art*, die zwar ausschließlich eine Kapitalrendite erstreben, aber dabei ebenso wie die nutzenden Mitglieder an den Förderzweck im Sinne des § 1 I GenG gebunden sind. Auch die nichtnutzenden Mitglieder dürfen also den Förderzweck nicht stören oder gar vereiteln. Zudem wird der naturale Förderzweck dadurch gesichert, dass investierende Mitglieder nur mit mindest Dreiviertelmehrheit zugelassen werden können (§ 16 II 1 Nr. 11 GenG) und dass damit nicht einverständene Mitglieder deswegen ihre Mitgliedschaft außerordentlich kündigen dürfen (§ 67a I GenG). Auch hat die Satzung dafür Sorge zu tragen, dass die nutzenden Mitglieder gegenüber den investierenden Mitgliedern stets die Stimmenmehrheit haben (§ 8 II 2 Fall 1 GenG) und dass die investierenden Mitglieder sämtliche von den nutzenden Mitgliedern mehrheitlich gewollte Satzungsänderungen und sonstige Grundlagengeschäfte nicht verhindern können (§ 8 II 2 Fall 2 GenG). Infolgedessen müssen die Stimmrechte der investierenden Mitglieder bei allen Beschlüssen, die mit Neunzehntelmehrheit zu fassen sind (§ 16 III 1 GenG), statutarisch auf zehn Prozent beschränkt werden.

¹¹ So BT-Drucks., a.a.O., 82.

¹² So ausdrücklich BT-Drucks., a.a.O., 82.

¹³ BT-Drucks., a.a.O.

Der Förderzweck wird ferner dadurch gesichert, dass die Zulassung jedes einzelnen investierenden Mitgliedes der Zustimmung der Generalversammlung oder kraft Satzung des Aufsichtsrates bedarf (§ 8 II 3 GenG). Auch dürfen die investierenden Mitglieder (wie in Art. 14 I Unterabs. 2 S. 2 und 39 III SCEVO) nicht mehr als ein Viertel der Aufsichtsratsmitglieder stellen (§ 8 II 4 GenG). Das gilt erst recht für den unmittelbar für die Fördergeschäftspolitik zuständigen Vorstand. Dem bei Kleingenossenschaften zulässigen einköpfigen Vorstand (§ 24 II 3 GenG) kann daher nur ein nutzendes Mitglied angehören.

4. Keine statutarische Entmachtung der investierenden Mitglieder

Das Stimmrecht der investierenden Mitglieder kann durch die Satzung (arg. § 18 S. 2 GenG) nicht über die von § 8 II 2 GenG gesetzten Grenzen hinaus beschränkt oder gar ganz ausgeschlossen werden.¹⁴ Insbesondere dürfen die investierenden Mitglieder eine Entscheidung nicht schon von Rechts wegen stets nur „mittragen, nicht aber herbeiführen oder verhindern können“.¹⁵ Denn ein Mitläuferstimmrecht (Befugnis zur Akklamation), das die fremde Entscheidung lediglich unterfüttert, ist nicht nur weithin sinnlos und entwürdigend, man brauchte es ob seiner Gewichtslosigkeit statutarisch gar nicht vorzusehen, die Mitglieder also insoweit nicht zu entrichten! Geben die nichtnutzenden Mitglieder allerdings bei einer Beschlussfassung den Ausschlag, so führen sie diesen Beschluss nicht gegen den Willen der Mehrheit der nutzenden Mitglieder herbei.

Dass es sich bei der investiven Mitgliedschaft „ausschließlich um eine auf Kapitalinteressen gestützte Beteiligung handelt“¹⁶, stimmt insofern nicht, als auch die investierenden Mitglieder an den Förderzweck im Sinne des § 1 I GenG gebunden sind und (insbesondere bei Genossenschaften mit sozialen oder kulturellen Zielen) zugunsten der naturalen Förderung der nutzenden Mitglieder auf die eigene Kapitalrendite verzichten können. Auch sind Kapitaleinlegerinteressen grundsätzlich nicht weniger schutzwürdig als die Interessen anderer Nutzer.

¹⁴ Anders Lang/Weidmüller, Genossenschaftsgesetz, 35. Aufl. 2006, § 8 Rn. 16.

¹⁵ So Lang/Weidmüller, a.a.O.

¹⁶ Ebenda.

5. Investierende Mitglieder als ungenossenschaftlicher Störfaktor?

Investierende Mitglieder scheinen der Grundannahme allen Gesellschaftsrechts zu widersprechen, dass alle Gesellschafter einen gemeinsamen Zweck verfolgen (s. § 705 BGB). Deshalb hat man sie als genossenschaftlichen Widersinn, ja geradezu als „Schizophrenie“ bezeichnet.¹⁷ Jedoch müssen sich (wie gezeigt) auch die investierenden Mitglieder dem auch für sie statutarisch unabänderlichen naturalen Förderzweck (§ 1 I GenG) unterordnen.¹⁸ Bestimmenden Einfluss vermögen sie wegen der durch § 8 II 2 GenG angeordneten Stimmrechtsschranken innerhalb der eG nicht zu erringen. Gewiss erstreben die nutzenden Mitglieder im Fördergeschäftverkehr eine möglichst günstige Kondition oder eine möglichst hohe Rückvergütung, während es den investierenden Mitgliedern außerhalb der *économie sociale* um eine möglichst hohe Kapitaldividende geht. Ein Mitgliederinteresse droht so auf Kosten des anderen zu gehen. Aber zu diesem genossenschaftsinternen Interessenkonflikt muss es nicht notwendig kommen. Denn an die investierenden Mitglieder kann lediglich dann eine Kapitalrendite ausgezahlt werden, wenn der Fördergeschäftverkehr mit den nutzenden Mitgliedern gedeiht, diese also dort sie zufriedenstellende förderwirtschaftliche Vorteile erhalten. Kehren sich aber die nutzenden Mitglieder unzufrieden ab, so geht das zwangsläufig auch auf Kosten der investierenden Mitglieder. Insofern müssen beide Interessentengruppen aufeinander Rücksicht nehmen. Deshalb stellen investierende Mitglieder innerhalb der eG keinen zweckstörenden Fremdkörper dar.

6. Statutarisches Kapitalstimmrecht nur bei Sekundär-genossenschaften

Ein (nach der Höhe des Geschäftsguthabens oder einem anderen Maßstab) bemessenes Kapitalstimmrecht kann die Satzung nach wie vor nur für Sekundär-genossenschaften vorsehen (§ 43 III 3 Nr. 3 S. 2 GenG).

¹⁷ So *Blomeyer*, Die institutionelle Problematik der genossenschaftlichen Kapitalversorgung, 1989, S. 63; so auch *Cario*, ZfG 2005, 151.

¹⁸ *Beuthien*, AG 2006, 53, 57.

V. Veränderungen in der Organstruktur

1. Organamtsfähigkeit auch investierender Mitglieder

In den Vorstand und Aufsichtsrat dürfen grundsätzlich auch nicht-nutzende Mitglieder (§§ 8 II 1, 9 III 1 GenG) gewählt werden. Am genossenschaftlichen Grundsatz der Selbstorganschaft wurde aber festgehalten.

2. Mögliche Funktionsteilung zwischen General- und Vertreterversammlung

Die Satzung darf fortan bestimmte Beschlüsse der Generalversammlung vorbehalten (§ 43a I 2 GenG). Damit dürfen die Kompetenzen zwischen der General- und der Vertreterversammlung aufgeteilt werden. Auch darf die Generalversammlung die Vertreterversammlung auf Antrag von mindest einen Zehntel der Mitglieder jederzeit mit satzungsändernder Mehrheit wieder abschaffen (§ 43a VII GenG). Infolge dieser Restzuständigkeit der Generalversammlung bestehen also General- und Vertreterversammlung stets nebeneinander. Deshalb ist die Vertreterversammlung keine verkleinerte Generalversammlung mehr, sondern sie tritt als *besonderes Repräsentationsorgan* neben die Generalversammlung. Die Art und das Ausmaß der Kompetenzaufteilung stehen im Ermessen der Gründer bzw. der Generalversammlung. Besonders naheliegend ist, dass die Vertreterversammlung die gewöhnlichen allfälligen Angelegenheiten erledigt, während die Generalversammlung diejenigen Beschlüsse fasst, die für die Mitglieder von grundsätzlicher Bedeutung sind.

3. Verzicht auf einen Aufsichtsrat bei Kleingenossenschaften

Verzichtet die Satzung bei einer Kleingenossenschaft auf einen Aufsichtsrat (§ 9 I 2 GenG), so nimmt die Generalversammlung die Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats wahr, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt (§ 9 I 3 GenG). Das macht freilich die Generalversammlung nicht zum Ersatzaufsichtsrat¹⁹; insbesondere haften dann

¹⁹ So freilich *Geschwandtner/Helios*, Genossenschaftsrecht, (oben Fn. 4), S. 59 f.

nicht sämtliche Genossenschaftsmitglieder oder Teilnehmer der Generalversammlung für Aufsichtsfehler (aus §§ 41, 34 II GenG) persönlich. Vielmehr rückt die Generalversammlung nur in ihre eigenen, grundsätzlich umfassenden Kompetenzen wieder ein, zu der dann auch die Aufsicht über den Vorstand gehört. Insofern liegt es wie bei der Mitgliederversammlung eines e. V. (§ 32 I 1 BGB).²⁰

4. Ausschließliche Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrates gegenüber dem Vorstand

In Anlehnung an § 112 AktG ist der Aufsichtsrat der eG nicht nur (wie bisher) nur ermächtigt, die eG gegenüber Vorstandsmitgliedern zu vertreten, sondern nur er kann das fortan gerichtlich und außergerichtlich tun (§ 38 I 1 GenG).

VI. Veränderungen in der Kapitalstruktur

Um die Aufbringung und die Erhaltung des haftenden Kapitals der eG zu erleichtern und zu stärken und um auf diese Weise die Bilanzierung der Geschäftsguthaben der Mitglieder als Eigenkapital (gem. IAS 32) zu ermöglichen, kann die Satzung verschiedene Vorkehrungen treffen:

- a) So dürfen auch *Sacheinlagen* zugelassen werden (§ 7a III GenG).
- b) Neben die *Einlagen* der nutzenden Mitglieder können die *von nichtnutzenden Mitgliedern* treten (§ 8 II 1 GenG).
- c) Es kann ein *Mindestkapital* festgesetzt werden, dessen Auszahlung an ausscheidende Mitglieder so lange ausgesetzt ist, wie diese das Mindestkapital angreifen würde (§ 8a GenG). Die Höhe des Mindestkapitals bleibt der Satzung überlassen. Dieses braucht (vorbehaltlich § 7a Nr. 1 Fall 2 GenG) nicht tatsächlich aufgebracht zu werden.
- d) Ferner darf die Satzung die Auszahlung des Geschäftsguthabens ausscheidender Mitglieder einschränken (§ 73 IV GenG). Eine eG soll auf diese Weise „ihr Eigenkapital und damit ihre Kreditwürdigkeit stärken“ können. Insbesondere soll „damit solchen Genos-

²⁰ Näher dazu *Beuthien*, (oben Fn. 6), § 9 Rn. 2 a.

senschaften, die nach den Internationalen Rechnungslegungsstandards IAS bilanzieren, ermöglicht“ werden, „Geschäftsguthaben weiterhin als Eigenkapital auszuweisen.“²¹ Dabei gibt das Gesetz für die Voraussetzungen (ob), Modalitäten (wie) und die Frist (wann) keinerlei Maßstäbe und keinerlei Grenzen vor. Nicht einmal eine Höchstfrist wird bestimmt. Es wird auch nicht verlangt, dass die Maßnahme unumgänglich ist, um einen dringenden Eigenkapitalmangel oder gar einer Zahlungsschwäche der eG vorzubeugen, und dass der Prüfungsverband im Prüfungsbericht zur Erforderlichkeit einer Auszahlungssperre Stellung zu nehmen hat. Vielmehr bleibt alles der Satzung überlassen. Die Abfindung darf freilich nur aufgeschoben, nicht aber ganz oder teilweise ausgeschlossen werden. Denn der Ausschluss der Abfindung ist, weil es dann nie zu einer solchen kommt, das Gegenteil einer erfüllbaren Anspruchsvoraussetzung. Auch soll § 73 IV 1 GenG nicht strenger sein als § 8a II GenG, der keinen Anspruchsausschluss gestattet.

Im Übrigen wird die überstimmte Minderheit darauf verwiesen, ihre Mitgliedschaft (zu alten Bedingungen!) zum Ende des laufenden Geschäftsjahres außerordentlich zu kündigen (§ 67a I u. II GenG) oder gem. § 76 I 1 GenG zu beenden, also fortan auf ihre Förderung zu verzichten. Für die später mittels ordentlicher Kündigung ausscheidenden Mitglieder gibt es keinerlei Schutz. Obwohl nicht mehr Mitglied, werden diese so zu einer drittnützigen Zwangslleihe gezwungen, bei der das ihnen gebührende Kapital weiterhin dem unternehmerischen Insolvenzrisiko ausgesetzt bleibt und für das sie (sofern das die Satzung nicht eigens vorsieht oder man nicht eine Nachwirkung des mitgliedschaftlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes bemüht) im Gegensatz zu den verbleibenden Mitgliedern weder eine Geschäftsguthabenverzinsung (§ 21a GenG) noch eine Geschäftsguthabendividende (§ 19 GenG) beanspruchen können! Die Bereitschaft der Mitglieder, mehr als die Pflichtanteile zu zeichnen und damit die Finanzkraft der Genossenschaft zu stärken, wird auf diese Weise empfindlich gemindert. Die in § 73 IV GenG getroffene Neuregelung hat daher die ohnehin schon geringe Beteiligung der Mitglieder am sog. inneren Wert (Substanzwert) des genossenschaftlichen Gemeinschaftsunternehmens noch einmal verschlechtert und damit die insoweit seit jeher bestehende Strukturschwäche der eG gegenüber den Kapitalgesellschaften vertieft. Statt dessen hätte man in § 65 GenG in

²¹ So BT-Drucks. 16/1025, 93.

wesentlich schonenderer Weise regeln können, dass jedes Geschäftsjahr nur ein bestimmter Prozentsatz der Mitglieder kündigen darf. Auf diese Weise würde sich jährlich stets ein rückzahlungsfestes Eigenkapital von bis zu neunzig Prozent aller Geschäftsguthaben ergeben. Im Restabschlag würde sich in sachgerechter und hinnehmbarer Weise die Variabilität des genossenschaftlichen Eigenkapitals abbilden. Immerhin wird durch § 73 IV Halbs. 2 GenG sichergestellt, dass über die Voraussetzungen (z. B. in Gestalt eines Zustimmungsvorbehalts im Sinne des § 27 I 2 GenG) und über den Zeitpunkt der Auszahlung des Geschäftsguthabens nicht allein der Vorstand entscheiden darf, sondern dass die Satzung insoweit die Generalversammlung oder den Aufsichtsrat für mitzuständig oder allein zuständig erklären kann.

VII. Unveränderte Haftungsstruktur

Die Mitglieder sind der eG weiterhin nur in der Genossenschaftsinsolvenz bis zur statutarisch festgesetzten Haftsumme nachschusspflichtig. Jedoch darf die eG nunmehr, um ihre Kreditfähigkeit zu steigern, in der Firma auf diese beschränkte oder unbeschränkte Nachschusspflicht hinweisen (Streichung des § 3 II GenG a. F.). Die Möglichkeit, ihre Mitglieder kraft Satzung einer unmittelbaren Außenhaftung gegenüber den Genossenschaftsgläubigern zu unterwerfen, wurde der eG weiterhin nicht eröffnet. Dabei könnte das Kleingenossenschaften in der Gründungsphase helfen, ihre Eigenkapitalchwäche auszugleichen.

VIII. Mehr innergenossenschaftliche Transparenz

Mitglieder, auf deren Verlangen eine Vertreterversammlung einberufen wird oder auf deren Verlangen Gegenstände zur Beschlussfassung einer Vertreterversammlung angekündigt werden, können fortan an dieser mit Rede- und Antragsrecht teilnehmen (§ 45 I 2 u. II GenG). Jedem Mitglied ist auf Verlangen unverzüglich in Abschrift das Protokoll der Vertreterversammlung zur Verfügung zu stellen (§ 47 IV 1 GenG). Die Einsicht ist stets kostenlos. Für die Abschrift darf die eG nur die Selbstkosten in Rechnung stellen.²²

²² Näher *Beuthien*, (oben Fn. 6), § 47 Rn. 5.

IX. Veränderungen im Prüfungsverbandsrecht

1. Prüfungserleichterung für Kleingenossenschaften

Jede eG muss weiterhin einem genossenschaftlichen Prüfungsverband angehören (§ 54 GenG). Allerdings wurde für Kleingenossenschaften der Prüfungsumfang verkürzt (s. § 53 II 1 GenG und oben II). Auch wurde die registergerichtliche Gründungsprüfung durch das zuständige Registergericht dadurch erleichtert, dass dieses grundsätzlich nur in eine formelle Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen eintritt und die Eintragung nur dann ablehnen darf, wenn eine Gefährdung der Belange der Mitglieder oder der Gläubiger der Genossenschaft offenkundig oder aufgrund der gutachtlichen Äußerung des Prüfungsverbandes zu besorgen ist (§ 11a II 1 GenG). Das Gleiche gilt, wenn nach Ansicht des Prüfungsverbandes Sacheinlagen überbewertet wurden (§ 11a II 2 GenG).

2. Einschränkung der Befangenheitsablehnung

Bedenklich stark eingeschränkt wurde die Möglichkeit, den Prüfungsverband wegen Befangenheit abzulehnen. Grundsätzlich sind künftig nur noch diejenigen gesetzlichen Vertreter des Prüfungsverbandes oder eine von diesem beschäftigte Person, die das Prüfungsergebnis beeinflussen kann, von der Prüfung ausgeschlossen. Das ist der Fall, wenn Gründe, insbesondere Beziehungen geschäftlicher, finanzieller oder persönlicher Art vorliegen, nach denen die Besorgnis der persönlichen Befangenheit besteht (§ 55 II 1 GenG). Zuwenig bedacht wurde dabei, dass der Prüfungsverband auch selbst befangen sein kann. Eine solche Befangenheit ist zu besorgen, wenn es zwischen dem Prüfungsverband und der eG zu Interessenkonflikten kommt, etwa wenn der Prüfungsverband die Zweckmäßigkeit einer Verschmelzung zu begutachten hat, durch die die Verbandsmitgliedschaft der zu prüfenden eG enden würde. Der Prüfungsverband kann auch dadurch insgesamt unfrei werden, dass es zwischen der eG und dem Prüfungsverband zu außergewöhnlichen persönlichen Spannungen kommt. Der deutsche Gesetzgeber hat sich insoweit in einen Systembruch verstrickt, als er die Befangenheit des Prüfungsverbandes selbst, (in § 55 II 5 GenG) für eGn, die sich im Sinne des § 2 V WpHG am börslich notierten Markt betätigen, gesetzlich anerkannt hat! Dass die Befangenheit von Organvertretern oder sonstiger Per-

sonen, die das Prüfungsergebnis zu beeinflussen vermögen, auf den Prüfungsverband als Prüfungsrechtsträger selbst durchschlagen kann, folgt zudem aus der Natur der Sache und hängt nicht eigens mit dem besonderen Unternehmensgegenstand einer wertpapierhandelnden eG zusammen. Deshalb sollte das Prüfungsrecht stets auch dann ruhen, wenn der Prüfungsverband selbst befangen ist.²³

C. Reformbewertung

Der Wert einer Gesetzesreform bemisst sich nicht nur daran, was diese geregelt hat, sondern auch daran, was sie zu regeln unterlassen hat.

1. Wesentliche Fortschritte

- a) Wichtig und förderlich ist vor allem die Klarstellung, dass eine eG auch soziale und kulturelle Belange ihrer Mitglieder fördern darf. Wesentlich ist dabei freilich die Einschränkung, dass dies nur mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes geschehen darf. Anderenfalls würde die Grenze zum Idealverein zerfließen.
- b) Ein erheblicher Fortschritt liegt darin, dass die bisherige Allmacht der Vertreterversammlung statutarisch begrenzt ist.
- c) Die Einführung eines statutarisch möglichen Mindestkapitals sorgt für die sachlich gebotene Chancengleichheit im Rechtsformwettbewerb mit den Kapitalgesellschaften.
- d) Die Zulassung investierender Mitglieder ist, so zweischneidig sie in der Sache selbst sein mag, unumgänglich, um gegenüber der SCE, die solche Mitglieder gestattet, nicht ins Hintertreffen zu geraten.

2. Wichtigste Unterlassungen

- a) An der Genossenschaftsgesetznovelle 2006 wird vor allem gelobt, dass sie nachhaltig die Satzungsautonomie gestärkt habe. Indes ist das nur die halbe Wahrheit. Satzungsfreiheit wird den Genos-

schaftsmitgliedern nur in Bezug auf die eingeführten Neuerungen (§§ 1 I, 7a III, 8 II 1, 9 I 2 u. II 2, 24 I, II 2, 3, 43 III Nr. 2 und VII 1, 43a I 2 und II 2, 65 II 2 und 73 IV GenG) gewährt. Dagegen wurde für den gesamten Altbestand der Vorschriften des GenG an dem zu wenig in ein Rahmengesetz für Genossenschaften der unterschiedlichsten Art und Größe passenden Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 18 S. 2) festgehalten.

- b) Besonders misslich wirkt sich das bei § 27 I 1 GenG aus, wonach der Vorstand selbst Kleingenossenschaften eigenverantwortlich, das heißt frei von Weisungen anderer Genossenschaftsorgane, insbesondere der Generalversammlung, zu führen hat.
- c) Zu starr sind nach wie vor die Mehrstimmrechtsschranken.
- d) Auch die Anzahl der Stimmvollmachten wird, obwohl diese die Mitgliederpräsenz in der Generalversammlung (nicht in der Vertreterversammlung, in der Anwesenheitspflicht besteht) erhöhen, weiterhin (zu) stark begrenzt.
- e) Den Mitgliedern wird weiterhin nicht die Möglichkeit eröffnet, die Kreditfähigkeit der eG dadurch zu steigern, dass sie für die Genossenschaftsschulden kraft Satzung schon vor der Genossenschaftsinsolvenz persönlich haften.
- f) Unzureichend ausgestaltet ist der Rechtsschutz gegen die Befangenheit des Prüfungsverbandes selbst (§ 55 III).
- g) Rechtsdogmatisch ist schließlich zu bedauern, dass der Geschäftsanteil bei der eG (anders als bei der GmbH) wie bisher nicht die Mitgliedschaft verkörpert, so dass diese begrifflich unumschrieben bleibt.

3. Unausgereifte Regelung

Sowohl gesellschaftsrechtlich als auch (weil das Genossenschaftsvermögen stiftungsähnlich verfestigend) in der Sache selbst bedenklich ist, dass ausscheidenden Mitgliedern ihr Auseinandersetzungsguthaben, jedenfalls auf Zeit, vorenthalten werden kann (§ 73 IV).

²³ Näher dazu *Beuthien*, (oben Fn. 6), § 55 Rn. 5d.

D. Ausblick

Man hat der Genossenschaftsrechts-Reform vorgeworfen, dass sie „kein großer Wurf“ sei.²⁴ Aber Riesenschritte nach vorn sind bei einem über hundert Jahre alten, bereits mehrfach an neue Entwicklungen und Bedürfnisse angepassten besonderen Organisationsgesetz kaum möglich. Insofern ist die Frage erlaubt, in welche Richtung man das im Kern bewährte Genossenschaftsgesetz hätte werfen sollen, ohne die unverwechselbare Eigenart der eG und damit deren gesonderte Kodifikation preiszugeben?²⁵

Allein gesellschaftsrechtlich lässt sich die Zukunft der genossenschaftlichen Förderwirtschaft ohnehin nicht sichern. Weit entscheidender ist, sich darauf zu besinnen, dass der genossenschaftliche Grundgedanke der förderwirtschaftlichen Selbsthilfe mit den damit verbundenen Chancen, eine besondere genossenschaftliche Unternehmenskultur zu entwickeln, zeitlos sind.

Freilich haben sich die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse geändert und wandeln sich weiter. Zudem ist die Spannweite der denkbaren förderwirtschaftlichen Selbsthilfe außerordentlich groß. Entsprechend unterschiedlich sind jeweils die Organisationsbedürfnisse. Deshalb lässt sich die genossenschaftliche Förderwirtschaft gesellschaftsrechtlich schwerlich insgesamt über einen Leisten schlagen. Infolgedessen gibt es genossenschaftsrechtlich nur zwei Wege: Entweder (wie etwa in Frankreich) Spezialgesetze für die einzelnen Genossenschaftsarten oder (wie insbesondere in Deutschland und Österreich) ein Rahmengesetz für alle Genossenschaften. Rationeller und übersichtlicher ist ein Rahmengesetz, in das dann indes möglichst viel Satzungsfreiheit gehört.²⁶

Zu mehr gesellschaftsrechtlicher Gestaltungsfreiheit nötigt vor allem, dass die traditionellen Genossenschaften (insbesondere die Kredit-, Wohnungs- und Handwerksgenossenschaften sowie die landwirtschaftlichen Genossenschaften) durchweg längst keine „Kinder der

Not“ mehr sind, sondern sich zu großen Wirtschaftseinheiten mit meist ausgedehntem Nichtmitgliedergeschäft entwickelt haben. Dabei mussten sich unter dem Druck des Wettbewerbs vornehmlich die Kreditgenossenschaften über die einzelgenossenschaftliche Kooperation hinaus unternehmensübergreifend auch verbundwirtschaftlich zusammenfinden. Auf der anderen Seite tut sich in etlichen gesellschaftlichen Bereichen vielfältiger neuer örtlicher und regionaler Förderwirtschaftsbedarf auf, wie etwa die Kindergarten-, Schul-, Ärzte- und Wassergenossenschaften zeigen. Bei Ersteren ist, weil Kapital förderwirtschaftlich nichts Förderwirtschaftsfremdes ist, sondern erfolgreiche Förderwirtschaft erst ermöglicht, die herkömmliche genossenschaftsrechtliche Scheu vor kapitalgesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmitteln zu überwinden.²⁷ Genossenschaftsrechtlich entscheidend ist lediglich, dass das genossenschaftliche Kapital förderwirtschaftlich verwaltet und für förderwirtschaftliche Ziele eingesetzt wird. Für die kleinen und mittleren genossenschaftlichen Neugründungen reichen dagegen zwingende gesetzliche Mindestregeln zur Sicherung des Förderzwecks, zum Schutz der Einleger-, Minderheits- und Gesellschaftsgläubigerinteressen sowie gegen Leitungsmachtmissbrauch aus.

Letztlich aber verspricht angesichts des gesellschaftlichen Werteverfalls, des sich immer zügelloser gebärdenden Managerkapitalismus und der nachlassenden Kraft der staatlichen sozialen Sicherungssysteme über alle Gesetzgebungskunst hinaus²⁸ nur eines verlässlich die genossenschaftliche Zukunft: Die traditionelle Genossenschaftsidee folgerichtig und glaubwürdig in die Tat umsetzen! Das wiederum heißt, das Mitglied, so kompromisslos, wie nur irgendmöglich, als Ursprung und Ziel (A & O) aller Förderwirtschaft zu begreifen und dabei nicht nur die wirtschaftlichen, sondern zugleich die sozialen (einschließlich der seelischen) Bedürfnisse der Mitglieder in den Blick zu nehmen. Sucht man mithin sowohl das förderwirtschaftsrechtlich als auch fördergeschäftspolitisch Wünschenswerte in einer *Zukunftsformel* einzufangen, so hätte diese für die eG zu lauten: *Möglichst satzungsfrei organisierbar und möglichst strikt der Wohlfahrt der Mitglieder verpflichtet.*

²⁴ So *Geschwandtner/Helios*, NZG 2006, 691 (695).

²⁵ *Geschwandtner/Helios* (a.a.O.) mahnen „weitere Strukturanpassungen“ an, freilich ohne näher darzulegen, an welche gesellschaftsrechtlichen „Strukturen“ sie insoweit denken und welche „Anpassungen“ (an was?) dabei den „großen Wurf“ ausmachen sollen.

²⁶ Näher dazu *Beuthien/Klose*, DB 1998, Beilage Nr. 15/98, 5.

²⁷ Im Einzelnen dazu *Beuthien*, AG 2006, 53 ff.

²⁸ Zur Frage, was ein Genossenschaftsgesetz leisten muss, *Beuthien*, ZfG 2007, 3 (6 ff.).

**DIE FINANZVERFASSUNG DER
GENOSSENSCHAFTEN NACH DEM
GENOSSENSCHAFTSRECHTSÄNDERUNGSGESETZ 2006**

o. Univ.-Prof. DDr. Waldemar Jud

Institut für Österreichisches und Internationales
Unternehmens- und Wirtschaftsrecht der Universität Graz

Gemeinsam mit dem Ausführungsgesetz (SCEG) zur Verordnung über die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea – SCE)¹ hat das GenRÄG 2006² zwei Rechtsinstitute für inländische Genossenschaften eröffnet, welche die Finanzverfassung der Genossenschaften grundlegend ändern: Die investierende Mitgliedschaft und das Mindestkapital.

Der Genossenschaftsvertrag kann vorsehen, dass Personen, die für eine Inanspruchnahme der genossenschaftlichen Förderleistung nicht in Frage kommen, als investierende (nicht nutzende) Mitglieder zugelassen werden können. Daneben kann das Statut einen Sockelbetrag bestimmen, den das Geschäftsanteilkapital trotz des gänzlichen oder teilweisen Ausscheidens von Mitgliedern nicht unterschreiten darf.

Beide Ermächtigungen finden sich in § 5 a Abs 2 GenG, also in jener Bestimmung, in welcher in Abs 1 schon weitere genossenschaftstypologische Aufweichungen enthalten sind: nämlich die eingeschränkt, nur in gegenüber den Mitgliedergeschäften untergeordnetem Ausmaß³, erlaubte Zulässigkeit der Zweckgeschäfte mit Nichtmitgliedern und die zweckfreie⁴ Beteiligung an anderen Unternehmen.

Es interessiert daher zum Ersten der Hintergrund und die Reichweite dieser Novellierungen (I), sodann ihre Einbettung in das Rege-

¹ SCE-VO (EG) Nr. 1435/2003.

² BGBl I 2006/104.

³ JUD, Anmerkungen zur österreichischen Genossenschaftsnovelle, ZfgG 1974, 236 (237); ASTL/PFALZ/STEINBÖCK in Dellinger, GenG (2005) § 5 a Rz 1.

⁴ JUD, ZfgG 1974, 240; DELLINGER, Die Genossenschaft als Gesellschafter - Genossenschaftsrechtliche Zulässigkeitsgrenzen der Beteiligung zu anderen Rechtsträgern, in Krejci-FS (2001) 523 (548); ASTL/PFALZ/STEINBÖCK in Dellinger, GenG, § 5 a Rz 3.

lungskonzept des GenG (II) und schließlich die Wechselbeziehung dieser beiden Neuregelungen zueinander (III). Abschließend steht eine Beurteilung der neuen Rechtslage (IV).

I) MOTIVE UND INHALT DER NEUREGELUNGEN

1) Investierende Mitglieder

Die Erläuterungen⁵ zu § 5 a Abs 2 Z 1 GenG sind überraschend knapp gehalten. Sie verweisen zum einen auf die Ermächtigung in Art 14 Abs 1 der SCE-VO und die Tatsache, dass das österreichische Ausführungsgesetz für eine SCE mit Sitz in Österreich investierende Mitglieder vorsieht, und sehen zum anderen in dieser Bestimmung für eine nationale Genossenschaft lediglich eine Klarstellung.

Insoweit die österreichische Praxis in Übereinstimmung mit der Lehre⁶ als Genossenschafter auch Personen zulässt, sofern deren Mitgliedschaft nur im Interesse der Genossenschaft liegt, wird die Förderbarkeit begrifflich nicht vorausgesetzt. Solche Genossenschafter waren bisher Organmitglieder, die zur Erfüllung des Postulats der Selbstorganschaft⁷ die Mitgliedschaft erhielten, und andere, welche durch Zeichnung von Geschäftsanteilen die Genossenschaft unterstützen, wie Solidaritätseinrichtungen im Verbund⁸, oder jene, die ihre Kundenbeziehung, nicht aber ihre Mitgliedschaft aufgegeben haben.⁹

Investierende, nicht nutzende Mitglieder sind aber nicht nur solche, die Organfunktionen übernehmen oder aus welchem Grund immer die Genossenschaft durch eine Beteiligung an ihr fördern, sondern auch solche, die aus Sicht der Genossenschaft allein der Kapitalbeschaffung dienen, wobei die Mitgliedschaft aus der Sicht des Investors als reine Veranlagungsvariante verstanden wird. Auf diesen letzten Aspekt gehen weder die Materialien noch die spärliche Literatur zur österreichischen Genossenschaftsnovelle ein. Wohl aber

⁵ Erläut RV 1421 BlgNR 22. GP, 23.

⁶ ASTL/PFALZ/STEINBÖCK in Dellinger, GenG, § 5 Rz 17.

⁷ Vgl. STROMMER in Dellinger, GenG § 5 Rz 10.

⁸ Vgl. DELLINGER, Was bringt das GenRÄG 2006? *ecolex* 2006, 570 (571).

⁹ HOFINGER/ZAWISCHA, Genossenschaftsrechts-Änderungsgesetz 2006, *Gew-Gen* 1/2007, 30; DELLINGER in Dellinger, GenG § 1 Rz 11.

wird zur SCE befürchtet¹⁰, dass durch die Öffnung einer Genossenschaft für reine Investorenmitglieder die Gefahr bestehe, dass vom Grundgedanken und dem Leitbild der Genossenschaft abgewichen werde und die klassischen genossenschaftlichen Züge verschwinden, und zur österreichischen Genossenschaft ausgeführt, dass das Überwiegen nur investierender Mitglieder aus genossenschaftspolitischer Sicht keinesfalls wünschenswert wäre¹¹.

Das Problembewusstsein des Gesetzgebers zeigt sich allein in der Zuordnung der Zulässigkeit investierender Mitglieder zum Normenkatalog des § 5 a GenG. Weitere Bestimmungen zur Abfederung potentieller Interessenskonflikte¹² zwischen den Mitgliedern, welche nach natürlicher Förderung streben oder ohne Kapitalanlegerorientierung den Genossenschaftszweck unterstützen oder ihren Genossenschaftsanteil trotz aufgegebener Kundenbeziehung behalten, einerseits und den reinen Investoren andererseits hat der Gesetzgeber unterlassen. Es fehlen auch Regelungen zur Harmonisierung der investierenden Mitgliedschaft mit den charakteristischen Merkmalen der Genossenschaft.

2) Mindestkapital

Auch die Sockellösung für das Geschäftsanteilkapital hat ihre Wurzel in der SCE-VO¹³ und soll österreichischen Genossenschaften die Bilanzierung von Geschäftsanteilen als Eigenkapital nach den internationalen Rechnungslegungsstandards ermöglichen¹⁴.

¹⁰ HOFINGER/JOHLER, Wettbewerb der genossenschaftlich-nationalen Rechtsformen in der SCE (2002) *Ziller_schriften*, Heft 3, 21; HOFINGER/JOHLER, Substanzbeteiligung in der Europäischen Genossenschaft (SCE) unter Berücksichtigung nationaler Rahmenbedingungen (2005) *Ziller_schriften*, Heft 5, 23.

¹¹ HOFINGER/ZAWISCHA, *GewGen* 1/2007, 31 in FN 10.

¹² Vgl. dazu zur deutschen Rechtslage SAENGER/MERKELBACH, Die investierende Mitgliedschaft im deutschen Genossenschaftsrecht – eine interessante Beteiligungsmöglichkeit für Genossenschaften und Investoren, *BB* 2006, 566; KESSLER, Das neue Genossenschaftsrecht im Wettbewerb der Unternehmensformen – erleichterter Zugang auch für KMU?, *BB* 2006, 1693; HELIOS/STRIEDER, Reform des Genossenschaftsrechts – Wiederbelebung einer guten Idee, *DB* 2005, 2794.

¹³ Erläut RV, 22 f.

¹⁴ DELLINGER, *ecolex* 2006, 571; PUCHER, Genossenschaftlicher Eigenkapitalausweis im Wandel, *RWZ* 2006, 358 (361).

IAS 32 interpretiert durch IFRIC 2¹⁵ regelt die bilanzielle Behandlung von genossenschaftlichen Geschäftsanteilen. Diese stellen dann Eigenkapital dar, wenn die Genossenschaft ein uneingeschränktes Recht auf Ablehnung der Rücknahme hat (IFRIC 2.7) oder wenn die Rücknahme nach Gesetz oder Satzung uneingeschränkt verboten ist (IFRIC 2.8), wobei neben einem generellen auch ein teilweises Verbot, bezogen auf die Zahl der Geschäftsanteile oder die Höhe des eingezahlten Kapitals, genügt (IFRIC 2.9).

Vor diesem Hintergrund gestattet § 5 Abs 2 Z 2 GenG die freiwillige Festsetzung eines Sockelbetrages, unter den der Gesamtnennbetrag der Geschäftsanteile trotz Ausscheidens von Mitgliedern nicht fallen darf.¹⁶ Der Sockelbetrag kann dabei unmittelbar oder auch mittelbar bestimmt werden.¹⁷ Er kann daher nicht nur durch dessen ziffernmäßige Angabe durch einen bestimmten Eurobetrag, sondern auch durch Festlegung eines Prozentsatzes des Genossenschaftskapitals zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen.¹⁸

Nimmt eine Genossenschaft eine derartige Regelung in den Genossenschaftsvertrag auf, dann ist der Anspruch der ganz oder teilweise ausscheidenden Mitglieder auf Rückzahlung ihrer Geschäftsguthaben solange und insoweit ausgesetzt, als dies zu einer Unterschreitung des Sockelbetrages führen würde. Weitere gesetzliche Rechtsfolge ist, dass mögliche Teilauszahlungen innerhalb der Anspruchsberechtigten, die zum selben Zeitpunkt ausgeschieden sind, zu aliquotieren sind.

Gesetzliche Voraussetzung für eine derartige Lösung ist die grundsätzliche Übertragbarkeit der Genossenschaftsanteile, um im Interesse der von einer Stundung ihrer Abfindungsansprüche betroffenen Genossenschafter eine Alternative für das Verlassen der Genossenschaft durch Veräußerung ihrer Anteile zu eröffnen.¹⁹

¹⁵ International Accounting Standards wurden mit VO (EG) Nr. 1606/2002 grundsätzlich in den Rechtsbestand der Gemeinschaft übernommen. IAS 32 wurde durch das International Financial Reporting Interpretations Committee in Interpretation 2, die durch VO (EU) Nr. 1073/2005 unmittelbar anwendbares EU-Recht darstellt, präzisiert. Zur Entwicklung und Kritik HOFINGER/ZAWISCHA, GewGen 1/2007, 32; PUCHER, RWZ 2006, 359 f.

¹⁶ DELLINGER, exolex 2006, 572.

¹⁷ Erläut RV, 35.

¹⁸ DELLINGER, exolex 2006, 572; HOFINGER/ZAWISCHA, GewGen 1/2007, 34.

¹⁹ Erläut RV, 35.

Nach Auffassung des Gesetzgebers sind auch andere Lösungsvarianten für die mit IAS 32 verbundenen Probleme nicht ausgeschlossen.²⁰ Dies ist richtig, da sich die Parameter für einen Eigenkapitalausweis ausschließlich aus der direkt anwendbaren Norm IAS 32 in seiner IFRIC 2-Interpretation ergeben, und nicht aus dem GenG. Die Lösung des § 5 Abs 2 Z 2 GenG ist nur eine der Möglichkeiten, die Voraussetzungen für einen Eigenkapitalausweis zu schaffen.

Die Probleme ergeben sich bei den vom Gesetzgeber selbst dem Grunde nach ermöglichten Alternativen jedoch in ihrer Verträglichkeit mit allgemeinen genossenschaftsrechtlichen Grundsätzen und ihrer Implementierung entweder durch (notwendige) Satzungsregelung oder durch außerhalb des Genossenschaftsvertrages erfolgende Erklärung oder Vereinbarung.

Zu all diesem schweigt der Gesetzgeber genauso wie zur ganz grundsätzlichen Problematik der Durchbrechung des lupenreinen genossenschaftlichen Prinzips der nicht geschlossenen Mitgliederzahl durch Einführung eines Mindestkapitals und durch partielle Abkehr vom Kündigungsmodell.

II) KOMPATIBILITÄT DER NOVELLIERUNGEN MIT DEM GenG

1) Fakultativ zwingender Satzungsinhalt

§ 5 a Abs 1 GenG wird von der herrschenden Lehre²¹ als insofern zwingende Satzungsbestimmung verstanden, als deren ausdrückliche Aufnahme in den Genossenschaftsvertrag die Voraussetzung dafür ist, dass Zweckgeschäfte mit Nichtmitgliedern und Unternehmensbeteiligungen außerhalb von § 1 Abs 2 GenG abgeschlossen werden dürfen.

Würde man § 5 a Abs 2 GenG dieselbe Normqualität zumitteln, wären investierende Mitglieder und Sockellösung nur bei satzungsmäßigem Pouvoir zulässig. Dazu käme die notwendige weitere Erörterung, ob der Inhalt der Novellenregelungen zwingend ist.

²⁰ Erläut RV, 35.

²¹ Vgl. nur ASTL/PFALZ/STEINBÖCK in Dellinger, GenG, § 5 Rz 2, 92, § 5 a Rz 1, 2 jeweils mwN.

Zum besseren Verständnis: Wenn es investierende Mitglieder nur im Falle einer genossenschaftsvertraglichen Ermächtigung gäbe, stellt sich die Frage, ob ohne eine derartige Satzungsbestimmung Genossenschafter, für die das Identitätsprinzip nicht (mehr) gilt, auszuscheiden haben, professionelle Manager nicht aufgenommen werden können und unterstützende Mitglieder unzulässig sind. All dies lässt sich aber mit dem gesetzgeberischen Argument, § 5 a Abs 2 Z 1 GenG sei nur eine Klarstellung, nicht begründen.

Zum besseren weiteren Verständnis: Wenn § 5 a Abs 2 Z 2 GenG fakultativ zwingender Satzungsbestandteil ist, können alternative Lösungen, wie sie der Gesetzgeber an Stelle der Sockellösung selbst zulassen will, nicht erfolgreich sein, wenn und insoweit sie nicht dem Norminhalt entsprechen. Der Normzweck liegt aber gerade nicht in der eingeschränkten Zulässigkeit eines Eigenkapitalausweises, sondern in seiner Ermöglichung in jeder europarechtlich kompatiblen Form.

Gestützt wird dieses Interpretationsergebnis durch den Wortlaut des Gesetzes selbst: Während § 5 a Abs 1 GenG davon spricht, dass es der Aufnahme in den Genossenschaftsvertrag bedarf, wenn die Genossenschaft Zweckgeschäfte mit Nichtmitgliedern oder Beteiligungen zur Ertragserzielung zulassen will, formuliert § 5 a Abs 2 GenG, dass der Genossenschaftsvertrag investierende Mitglieder vorsehen und einen Sockelbetrag bestimmen kann.

§ 5 a Abs 2 GenG enthält daher (nur) die Anordnung relativ obligatorischer Satzungsbestandteile, die in den Genossenschaftsvertrag aufgenommen werden können, aber zur Erreichung des Ziels dann nicht aufgenommen werden müssen, wenn die Zielerreichung dies nicht bedingt oder auf einem anderen mit den Grundsätzen des Genossenschaftsrechts zu vereinbarem Weg möglich ist.

2) Investierende Mitglieder

a) Zulässigkeit

Fördermitglieder – im Sinne des überkommenen Verständnisses, also nutzungsinactive Mitglieder, Organmitglieder und sonstige unterstützende Mitglieder – können daher weiterhin auch ohne Satzungsänderung im Sinne von § 5 a Abs 2 Z 1 GenG Mitglieder einer Genossenschaft sein oder werden. Der Status eines investierenden

Mitglieds neuer Art kommt nicht allen nicht nutzenden Mitgliedern zu, sondern nur jenen, deren Beitritt ausdrücklich und formal als investierendes Mitglied erfolgt.²² Für die Zulassung solcher Mitglieder mit Kapalförderungsschwerpunkt bedarf es jedoch der satzungsmäßigen Ermächtigung.

b) Satzungsautonomie

Im Gegensatz zur SCE kennt das österreichische GenG weder besondere Erschwernisse für die Aufnahme noch eine Stimmrechtsbegrenzung für investierende Mitglieder²³ und im Gegensatz zur deutschen Genossenschaft kein Verbot, gemäß welchem investierende Mitglieder die anderen Mitglieder in der Generalversammlung nicht überstimmen oder qualifizierte Generalversammlungsbeschlüsse nicht verhindern können, und kein Gebot, wonach sie nicht mehr als ein Viertel der Aufsichtsratsmitglieder stellen dürfen oder ihre Aufnahme grundsätzlich der Generalversammlung obliegt²⁴.

Österreich verlässt sich also in der Frage der Beschränkung des Einflusses der Investoren auf die Genossenschaftsautonomie, was durch die Literatur²⁵ begrüßt wird, wenn auch mit dem mahnenden Hinweis, dass eine Einflussbeschränkung der investierenden Mitglieder im Einzelfall sinnvoll oder sogar geboten sein kann.

Es mag hier dahinstehen, wie die Kautelarjurisprudenz mit dieser Anregung umgeht, doch ist festzuhalten, dass die investierende Mitgliedschaft nicht nur Überlegungen zum Integrationsfeld der Beschränkung des rechtlichen Einflusses nach sich zieht, sondern auch eine faktische Abhängigkeit der Genossenschaft von den nicht nutzenden Mitgliedern entstehen kann²⁶. Die Tatsache, dass Investoren mit ihrer Beteiligung gerade nicht auf die Förderung ihres Erwerbs oder ihrer Wirtschaft durch den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft abzielen, sondern auf eine Ertrags- und Substanzbeteiligung, beinhaltet überdies Interessensgegensätze, die die Frage nach einer ange-

²² Vgl. zur Diskussion in Deutschland KESSLER, BB 2066, 1696.

²³ Vgl. HOFINGER/ZAWISCHA, GewGen 1/2007, 30.

²⁴ Vgl. KESSLER, BB 2006, 1696; SAENGER/MERKELBACH, BB 2006, 567; HELIOS/TRIEDER, DB 2005, 2797.

²⁵ HOFINGER/ZAWISCHA, GewGen 1/2007, 31.

²⁶ SAENGER/MERKELBACH, BB 2006, 568.

messenen Gewinnverteilung zwischen den Mitgliedergruppen aufwirft, weil sich insbesondere die genossenschaftliche Förderung für nutzende Mitglieder nicht auf ihre ausschließliche Unterstützung durch Dividendenausschüttung beschränken darf²⁷.

Schließlich gilt für die nicht nutzenden Mitglieder, dass ihre Kapitalzufuhr nicht ertragsorientiert, sondern nur förderwirtschaftlich verwendet werden darf.²⁸ Sie investieren in eine Genossenschaft durch die Übernahme der Mitgliedschaft, unterstützen damit den naturalen Förderungszweck und erhalten einen Anspruch auf Dividende und Substanzanteil, der vom Erfolg des Förderungsgeschäfts abhängig ist²⁹.

c) Schlussfolgerung

Der Genossenschaftsvertrag hat nicht nur die Aufnahme investierender Mitglieder neuen Typs zuzulassen, sondern auch Regelungen dafür zu enthalten, dass sichergestellt ist, dass die nicht nutzenden Mitglieder dem Förderungszweck dienen und damit ihre Rechtsposition den grundlegenden Wertungsgesichtspunkten des Genossenschaftsgesetzes entspricht. Dies ist dann der Fall, wenn die Kapitalbeschaffung durch investierende Mitglieder Förderkapital darstellt.

3) IAS-konformes Eigenkapital

a) Sockellösung

Neben der schon oben in Übereinstimmung mit dem Gesetzestext und den Erläuterungen erwähnten Fixbetragslösung und der Prozentbetragslösung wird in der Literatur³⁰ auch die sogenannte Vollsockellösung diskutiert. Dabei soll der einmal ermittelte Höchststand des Gesamtnennbetrags der Geschäftsanteile nicht mehr unterschritten werden.

²⁷ Vgl. nur DELLINGER in Dellinger, GenG, § 1 Rz 1, 10.

²⁸ SAENGER/MERKELBACH, BB 2006, 569.

²⁹ Vgl. dazu ausführlich BEUTHIEN, Wie kapitalistisch darf eine Genossenschaft sein? – Zum förderwirtschaftlichen Nutzen nicht nutzender Mitglieder, Die AG 2006, 53 (57 f).

³⁰ HOFINGER/ZAWISCHA, GewGen 1/2007, 34 f.

Dies bedeutet, dass die Stundung des Auseinandersetzungsanspruchs nur dann nicht eintritt, wenn Ausscheiden und Eintritt von Mitgliedern konditional verknüpft werden³¹. Das ist aber eine Problematik, die auch bei den anderen nach Auffassung des Gesetzgebers zulässigen Sockellösungen auftreten kann. Dem Grunde nach muss daher auch eine Vollsockellösung zulässig sein, wie auch die Festlegung eines Mindestkapitals über der Grenze der Summe aller bisher gezeichneten Geschäftsanteile³².

Wenn nämlich dem Prinzip der offenen Türe durch eine starre Kapitalbasis in Kombination mit der Stundung von Abfindungsansprüchen dem Grundsatz nach nicht widersprochen wird, fällt dieses Gegenargument zur Gänze weg und kann im Extremfall der Vollsockellösung oder eines erst zu erreichenden Mindestkapitals nicht deshalb zum Tragen kommen, weil diese Gestaltungen den – offenbar zulässigen – Eingriff in vermögensrechtliche Ansprüche der Genossenschafter augenscheinlicher werden lässt.

Die dogmatische Rechtfertigung für diese Rechtsfolgenanordnung kann nur darin liegen, dass zwischen den vermögensrechtlichen und den anderen Folgen des Ausscheidens differenziert wird. Erstere unterliegen einer möglichen Sperrwirkung, zweitere nicht. Es wird weder die Kündigung der Mitgliedschaft ausgeschlossen³³ noch die Verjährung der Haftung der ausgeschiedenen Mitglieder gehemmt³⁴.

b) Alternative Lösungsmodelle

Die Erläuterungen verweisen – wie schon erwähnt – darauf, dass neben der gesetzlichen auch andere Lösungsvarianten für die IAS-32-Probleme zulässig sind und heben dabei den Lösungsansatz von DELLINGER³⁵ hervor.

Dieser Vorschlag ersetzt das Kündigungsrecht durch eine den Mitgliedern eingeräumte Put-Option gegenüber einem potenten Stillhalter, der als Clearingstelle fungiert und die erworbenen Geschäfts-

³¹ Vgl. Beispiel 6 im Anhang zu IFRIC 2.

³² HOFINGER/ZAWISCHA, GewGen 1/2007, 35.

³³ HOFINGER/ZAWISCHA, GewGen 1/2007, 37.

³⁴ DELLINGER, eclex 2006, 572.

³⁵ In Dellinger, GenG, § 77 Rz 10 ff.

anteile an Neubeitretende weiterveräußert³⁶. Der Gesetzgeber des GenRÄG 2006 anerkennt ganz offenbar die Zulässigkeit einer derartigen Lösung und bietet dadurch eine Argumentationsbasis für die Beantwortung der ganz grundsätzlichen Frage, ob das gesetzliche Beendigungsmodell für die genossenschaftliche Beteiligung – die Kündigung – durch das kapitalgesellschaftliche Modell der freien Übertragbarkeit im vermögensmäßigen Bereich zwingend ersetzt werden kann.

Damit wird gleichzeitig auch ein weiterer Baustein zur Begründetheit der insbesondere von HOFINGER³⁷ immer wieder vorgetragenen Idee geliefert, genossenschaftsinterne Beteiligungsmodelle zur Attraktivierung der Genossenschaftsidee zu entwickeln. Diese sehen Genossenschaftsanteile mit uneingeschränkter oder eingeschränkter Substanzbeteiligung für den Fall des Ausscheidens oder nur für jenen der Liquidation vor – was nach §§ 55 Abs 3 und 79 Abs 2 GenG zulässig gestaltbar ist – und versuchen zugleich die in einer Vermögensbeteiligung in Kombination mit der jederzeit möglichen Kündigung liegende Bestandsgefährdung der Genossenschaft insbesondere durch nach Art des Ausscheidens differenzierte Abfindungsansprüche und/oder die Schaffung eines Sekundärmarkts abzufedern.

Und in der Tat spricht nicht nur das liberale und für privatautonome Rechtsgestaltung offene GenG, sondern auch die Fortbildung des Genossenschaftsrechts durch das GenRÄG 2006 sowie die europäische Rechtsentwicklung für die grundsätzliche Erlaubtheit solcher Modelle. Insbesondere das differenzierte Verständnis des Inhalts des Kündigungsrechts in eine Kündigung der Mitgliedschaft einerseits sowie in ein davon getrenntes Schicksal von Auseinandersetzungsansprüchen andererseits erscheint nunmehr als unstreitiger Rechtsbestand.

Auch wenn man die in IFRIC 2 apostrophierte Rücknahme von Geschäftsanteilen als das von dieser Interpretation intendierte Rückzahlungsverbot versteht, so kann eine IAS 32-konforme Lösung trotzdem nicht in einer Satzungsregelung bestehen, welche die Voraussetzungen, die Modalitäten und die Frist für die Auszahlung des Aus-

³⁶ So die Darstellung von DELLINGER in *ecolex* 2006, 572.

³⁷ Vgl. insbesondere den Aufsatz *Beteiligungsinstrumente an der Genossenschaft*, *GewGen* 2-3/1991, 2; HOFINGER/VAN HUSEN, *Eigenkapitalaufbringungsinstrumente bei Genossenschaften*, *ZfG* 2004, 94; HOFINGER/JOHLER, 30 ff u 86 und zuletzt HOFINGER/ZAWISCHA, *GewGen* 1/2007, 33 f u 36.

einandersetzungsguthabens³⁸ so regelt, dass ein Eigenkapitalausweis³⁹ möglich wäre. Insbesondere können dafür die als zulässig angesehene Gestaltungen einer Verlängerung der gesetzlich vorgesehenen Kündigungsfristen⁴⁰ oder der für die Auszahlung geltenden Sperrfrist⁴¹ nicht dienen. Nach IAS 32 ist es unerheblich, ob die Kündigung schon ausgesprochen wurde, wann sie geltend gemacht werden kann und wie lange es zur Fälligkeit der Rückzahlung dauert.

Wenn man den Eigenkapitalausweis so wie bei einer Sockellösung erreichen will, muss die Rückzahlung von der Genossenschaft kraft statutarischer Regelung verweigert werden können. Dies kann nur durch eine Gestaltung erreicht werden, durch die der Genossenschaft zumindest das freie uneingeschränkte Ermessen für die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens, wenn auch ohne betragliche Fixierung⁴², eingeräumt wird.

c) Kündigungsverzicht

Eine von der genossenschaftsvertraglichen Gestaltung zu trennende Fragestellung ist jene, ob ein individueller Kündigungsverzicht einzelner oder aller Mitglieder⁴³ oder der Verzicht auf den Auseinandersetzungsanspruch im Fall der Kündigung⁴⁴ die IAS-32-Anforderungen erfüllt. Dies ist für beide Konstellationen zu bejahen.

Die Entscheidung darüber, ob der Geschäftsanteil eines Genossenschafters als finanzielle Verbindlichkeit oder als Eigenkapital einzustufen ist, hat alle rechtlichen Bestimmungen und Gegebenheiten des Finanzierungsinstruments Geschäftsanteil zu berücksichtigen (IFRIC 2.5). Durch die Verzichtserklärung erhält die Genossenschaft das uneingeschränkte Recht auf Ablehnung der Rücknahme bzw. der Auszahlung im Sinne von IFRIC 2.7. Dementsprechend differenzie-

³⁸ HOFINGER/ZAWISCHA, *GewGen* 1/2007, 36.

³⁹ Vgl. PUCHER, *RWZ* 2006, 360 f.

⁴⁰ DELLINGER in *Dellinger*, *GenG*, § 77 Rz 4.

⁴¹ DELLINGER in *Dellinger*, *GenG*, § 79, Rz 2.

⁴² Vgl. Beispiel 1 im Anhang zu IFRIC 2.

⁴³ So DELLINGER, *ecolex* 2006, 572.

⁴⁴ So HOFINGER/ZAWISCHA, *GewGen* 1/2007, 37.

ren auch die Erläuterungen⁴⁵ nicht danach, ob das Rücklösungsverweigerungsrecht durch Gesetz, Satzung oder auf andere Weise festgelegt ist.

d) Übertragungsmöglichkeit

§ 5 Abs 1 Z 2 GenG postuliert für die Sockellösung die Voraussetzung, dass der Genossenschaftsanteil übertragbar ist.

Das heißt unstreitig, dass der Genossenschaftsvertrag den Satzungsvorbehalt des § 83 Abs 1 GenG, wonach die Übertragbarkeit ausgeschlossen werden kann, nicht enthalten darf. Dass an der gesetzlichen Normalregelung, wonach die Übertragung der Zustimmung des Vorstands bedarf, festgehalten wird, soll nach der Literatur grundsätzlich nicht schaden⁴⁶, wird aber unter dem Aspekt einer restriktiven Zustimmung releviert⁴⁷.

Und dies zu Recht. Denn materiell bedeutet der Nichtausschluss der Übertragbarkeit die Eröffnung einer zusätzlichen Desinvestitionsmöglichkeit für die Mitglieder, welche eine Stundung ihres Abfindungsanspruchs zu gewärtigen haben. Wenn somit der Preis für die Sockellösung die Übertragbarkeit der Anteile ist, dann ist dieser nur dann angemessen, wenn seine Realisierung nicht unmöglich gemacht wird.

Anders gewendet: Je weniger Schranken der Übertragung entgegenstehen⁴⁸, desto besser wird dem gesetzgeberischen Wertungsgesichtspunkt entsprochen und desto weniger wird eine Satzungsänderung zur Einführung der Sockellösung zu einem Sonderkündigungsrecht nach § 33 Abs 4 GenG führen.

Ein anderer Aspekt ist jener der Ausweitung dieses für die Sockellösung gesetzlich normierten Rechts auf Trennung von der Genossenschaft durch Übertragung der Geschäftsanteile auf alternative Lösungsmodelle. Dabei geht es nicht um individuelle Verzichtserklä-

⁴⁵ RV, 34.

⁴⁶ DELLINGER, *ecolx* 2006, 572.

⁴⁷ HOFINGER/ZAWISCHA, *GewGen* 1/2007, 36.

⁴⁸ Vgl. zur Reichweite von diesbezüglichen Satzungsgestaltungen DELLINGER in Dellinger, *GenG*, § 83 Rz 1.

rungen, die ja in der privatautonomen Entscheidungshoheit des Verzichtenden liegen, sondern um andere Satzungsgestaltungen als jene der Sockellösungen. Hier spricht alles für eine gebotene Anwendung der Übertragungsfreiheit. Wenn die Erläuterungen⁴⁹ andere Lösungsansätze zu verfolgen ermächtigen, dann wohl nur unter der Beibehaltung des Gedankens, dass der Satzungsgeber im Interesse der betroffenen Genossenschafter insoweit beschränkt wird, als diesen als Alternative für das Verlassen der Genossenschaft die Veräußerung ihrer Anteile offenstehen muss⁵⁰.

4) Satzungsänderung

Die statutarische Zulassung von investierenden Mitgliedern genauso wie die Implementierung einer Sockellösung oder die Einräumung eines unkonditionellen unbeschränkten Rückzahlungsverweigerungsrechts zugunsten der Genossenschaft richten das Augenmerk auf die Mehrheitserfordernisse des Generalversammlungsbeschlusses und auf ein damit zusammenhängendes Kündigungsrecht.

a) Beschluss der Generalversammlung

Jede Änderung des Genossenschaftsvertrages bedarf nach § 33 Abs 2 GenG mangels anderer Bestimmung im Statut einer Mehrheit von zwei Drittel der abgegebenen Stimmen. Darüber hinaus bedürfen Beschlüsse, die eine Belastung der Mitglieder nach sich ziehen, in analoger Anwendung des § 33 Abs 3 GenG⁵¹ der Anwesenheit von wenigstens einem Drittel der Mitglieder. Dazu kommt, dass der OGH⁵² einen Mehrheitsbeschluss nicht genügen lässt, wenn eine sachlich nicht begründete Ungleichbehandlung von Mitgliedern unter nachträglicher Entziehung bereits wohl erworbener Rechte bewirkt würde⁵³.

⁴⁹ RV 34.

⁵⁰ So auch HOFINGER/ZAWISCHA, *GewGen* 1/2007, 36.

⁵¹ Vgl. dazu grundsätzlich JUD, Zur nachträglichen Pflichtbeteiligung auf mehrere Geschäftsanteile bei einer Genossenschaft mit beschränkter Haftung, *FS Hammerle* (1972) 143 ff.

⁵² 10.11.1971 – 6 ob 173/71, *JB1* 1972, 313 = *ZfgG* 1972, 375 m Anm JUD.

⁵³ DELLINGER in Dellinger, § 48 Rz 21; SIEBENBÖCK in Dellinger, *GenG*, § 33 Rz 9.

In diesem Spannungsverhältnis von zulässigen nachträglichen statutarischen Einführungen von Leistungspflichten mit qualifizierten Mehrheiten – wie in § 33 Abs 2 und 3 GenG geregelt – und dem Einstimmigkeitspostulat des OGH beim Entzug von Vermögensrechten⁵⁴ sind auch investierende Mitglieder und Rückzahlungsverweigerungen angesiedelt. Dies insbesondere dann, wenn mit den Geschäftsanteilen eine Substanzbeteiligung verknüpft wird und die Auszahlungssperre rückwirkend eingeführt werden soll.

Natürlich ist nicht zu verkennen, dass im Einzelfall die sachliche Rechtfertigung aus der Notwendigkeit eines IAS-konformen Eigenkapitalausweises gewonnen werden kann oder aus der die mitgliederschaftliche Förderwirtschaft unterstützenden Funktion von Investoren. Natürlich sind betreffende Regelungen für neu eintretende Genossenschafter nur mehrheitsbeschlussfähig, wenn sie dem Gleichheitsgrundsatz entsprechen und nicht gegen das Verschlechterungsverbot verstoßen.

Eine generelle Aussage aber, ob die vorzunehmenden Satzungsänderungen zur Aufnahme investierender Mitglieder oder zur Herstellung eines IAS-kompatiblen Eigenkapitalpostens unter Beobachtung und zur Verwirklichung des genossenschaftlichen Verbandszwecks dem Majoritätsprinzip oder dem der Einstimmigkeit unterliegen, verbietet sich jedoch. Die Begründung liegt schlicht darin, dass beide Gestaltungen einer Einbettung in das Genossenschaftsstatut erfordern, welches nicht durch Wiederholung des Gesetzeswortlautes allein erfolgen kann.

Die in § 5 a Abs 2 Z 1 GenG vorgesehene Regelung für nicht nutzende Mitglieder greift zu kurz, um die den Genossenschaften eigentümliche Zweckverfolgung gegenüber den Investoren abzusichern. Wie dies geschieht, liegt bei der individuellen kautelarjuristischen Gestaltung, die einer reinen kapitalzinswirtschaftlich ausgerichteten Dividendengenossenschaft, welche eine unzulässige Rechtsformverfehlung wäre⁵⁵, vorzubeugen hat.

Dasselbe gilt für Regelungen nach oder in Entsprechung von § 5 a Abs 2 Z 2 GenG. Auch hier steht zumindest die gewählte Lösung in

⁵⁴ Vgl. zum gesamten Problemkreis und zur möglichen Auflösung dieser Divergenz JUD, FS Hämmerle 143 ff nach FN 6 u 89; JUD, ZfgG 1972, 381 f.

⁵⁵ BEUTHIEN, Die AG 2006, 53 f.

einer Wechselbeziehung zur Übertragungsregelung, die in der notwendigen Tiefe nicht aus der Norm selbst ablesbar ist.

b) Außerordentliches Kündigungsrecht

Wenn ein Generalversammlungsbeschluss den Genossenschaftern eine Belastung auferlegt, die sie bei ihrem Beitritt nicht absehen konnten, dann steht ihnen ein außerordentliches Kündigungsrecht zu⁵⁶. Das GenG regelt dieses sogenannte Fluchtrecht in § 33 Abs 4 für die Fälle der Erhöhung der Haftung oder der Geschäftsanteile. Seine Reichweite ist zwar nicht endgültig abgesteckt, die Analogiefähigkeit steht jedoch außer Streit⁵⁷, wenn und insoweit ein satzungsändernder Mehrheitsbeschluss Belastungen für die Mitglieder einführt, welche durch die genossenschaftliche Duldungspflicht nicht mehr zu rechtfertigen sind.

Auch hier gilt es wieder auf den konkreten Regelungsinhalt abzustellen, um eine für eine analoge Anwendung dieses Sonderkündigungsrechts auslösende Pflichtenvermehrung feststellen zu können. Denn Pflichtenvermehrung heißt auch Einschränkung von Ansprüchen, welche wie hier – beispielsweise im Falle einer Stundung des Auseinandersetzungsanspruches und eintretender Insolvenz – im Effekt zu einer Verschärfung der Haftungslage führen, meint also jeden erheblichen Eingriff in die Rechtsposition des einzelnen Mitglieds, die zwar nicht die Zulässigkeit eines Mehrheitsbeschlusses in Frage stellt, aber doch die genossenschaftliche Duldungspflicht überschreitet.

Besonderes Augenmerk gebührt dabei der Einräumung eines sonstigen aufgrund des Genossenschaftsverhältnisses zugeschriebenen Guthabens, wie § 5 a Abs 2 Z 2 GenG die Substanzbeteiligung umschreibt, an die investierenden Genossenschafter. Auch rückwirkende Rückzahlungsverbote zählen hierher, wie andere Lösungen zum Eigenkapitalausweis nach IAS 32, wenn sie in Wirklichkeit die Möglichkeiten einer vermögensmäßigen Trennung von der Genossenschaft auf die Übertragung der Anteile reduzieren.

⁵⁶ SIEBENBÖCK in Dellinger, GenG, § 33 Rz 14 ff; DELLINGER, § 77 Rz 16.

⁵⁷ Eingehend JUD, FS Hämmerle 156 f.

Es verwundert daher nicht, dass der deutsche Gesetzgeber ein Sonderkündigungsrecht bei Einführung der investiven Mitgliedschaft, der Veränderung der Modalitäten der Kündigungs- und Auszahlungsfristen und der Einschränkung des Auseinandersetzungsanspruchs gewährt. Demgegenüber verwundert es schon, wenn in der österreichischen Literatur ein Sonderkündigungsrecht für diese Konstellationen verneint wird. Dies wird zum einen mit der Behauptung unterlegt, dass der Gesetzgeber bewusst auf ein derartiges außerordentliches Kündigungsrecht verzichtet habe⁵⁸, wofür sich aber in den Materialien kein Beleg findet. Und die Tatsache, dass im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens der Gedanke der Erweiterung der Fälle des Sonderkündigungsrechts in § 33 Abs 4 GenG fallen gelassen wurde, zwingt nicht zur Schlussfolgerung, es läge ein bewusster Verzicht vor. Vielmehr kann darin die Absicht liegen, kein automatisches Fluchtrecht statuieren zu wollen, sondern dieses nur bei materieller Begründetheit und bestehender Analogiebasis anzuerkennen.

Zum anderen wird auch die Begründung angeboten⁵⁹, dass der Eingriff in die Vermögensrechte der Genossenschafter nur bedingt sei und jedenfalls weniger schwerwiegend als statutarische Verlängerungen von Kündigungs- oder Sperrfristen für die Auszahlung. Wenn die Gestaltung so gewählt wird, dass die Auszahlungssperre bei der Sockellösung nur Stundungseffekt hat, dann unterscheidet sie sich von Fristverlängerungen dadurch, dass ihr Eintritt und ihre Dauer ungewiss sind, während andererseits Eintritt und Dauer gewiss sind. Dieses zu vergleichen geht – unabhängig davon, welche Schlussfolgerung man daraus zieht – noch an. Liegt aber in der statuierten Rücknahmeverweigerung ein genereller Ausschlusseffekt, hinkt schon der Vergleich gänzlich.

Schließlich wird argumentiert⁶⁰, dass das Sonderkündigungsrecht nur bei Begründung zusätzlicher aktueller Nachzahlungspflichten oder potentieller Haftungs- bzw. Leistungspflichten oder Erhöhung der Pflichtbeteiligung eingreife, was bei einem (temporären) Abschluss des Anspruchs auf Rückzahlung nicht gegeben sei. Mit diesen Aussagen wird nur bestätigt, dass die gesetzlich geregelten Fälle des Fluchtrechts durch Analogie erweiterungsfähig sind, nicht jedoch warum diese hier versagen soll.

⁵⁸ DELLINGER, *ecollex* 2006, 572.

⁵⁹ Ebenda.

⁶⁰ HOFINGER/ZAWISCHA, *GewGen* 1/2007, 34 und 36.

Und dass das Sonderkündigungsrecht nur bei Liquidation und Änderung des Verteilungsschlüssels seine besondere Rechtfertigung erföhre – wie manche meinen⁶¹ – verkennt, dass der OGH⁶² gerade in dieser Konstellation nicht einmal einen Mehrheitsbeschluss zugelassen, sondern die Zustimmung aller Genossenschafter gefordert hat.

All dies bestätigt nur, dass die bisherige Analyse der Problematik, ob und wann das Sonderkündigungsrecht des § 33 Abs 4 GenG bei den hier zu diskutierenden Satzungsänderungen eingreift, nicht ausgereift erscheint. Festzuhalten ist, dass Satzungsänderungen zur Umsetzung einer IFRIC-2-kompatiblen Lösung und zur Aufnahme von nicht nutzenden Mitgliedern nicht zwingend, aber im Einzelfall zur Auslösung eines Sonderkündigungsrechts führen können.

III) NEUORIENTIERUNG DER GENOSSENSCHAFTLICHEN FINANZVERFASSUNG

Wie können nun diese neuen Rechtsinstrumente – eine IAS-kompatible Eigenkapitalausstattung und die Aufnahme nur investierender Mitglieder – kombiniert werden. Dies ist vor dem Hintergrund der Genossenschaftstypologie eine spannende Frage.

Unübersehbar erscheint dabei insbesondere der Interessenswiderspruch zwischen einer zwingend kapitalorientierten Beteiligung der nicht nutzenden Mitglieder mit der durch die IAS-32-Forderung bewirkten zumindest temporären Auszahlungssperre.

1) Anlegerorientierte Gesichtspunkte

Ruft man sich das magische Dreieck jeder Veranlagungsentscheidung – Rentabilität, Fungibilität und Risiko – in Erinnerung, dann bedeutet dies im hier gedachten Anlassfall:

Die Investoren haben das Risiko zu tragen, sich an einer Genossenschaft zu beteiligen, die vorwiegend eine Marktbeziehung zu ihren Mitgliedern zu suchen hat⁶³, was bedeutet, dass sie sich der ge-

⁶¹ So HOFINGER/ZAWISCHA, *GewGen* 1/2007, 35.

⁶² JBl 1972, 213 = ZfG 1972, 375 m Anm JUD.

⁶³ BEUTHIEN, *Die AG* 2006, 58.

nossenschaftlichen Zweckverfolgung zu unterwerfen haben. Das von ihnen gezeichnete Genossenschaftskapital unterstützt eine förderwirtschaftliche Geschäftsgebarung, nur in diese kann investiert werden und nicht in andere möglicherweise risikoaversere Mittelverwendungen durch die Genossenschaft.

Die Rentabilität dieser Investition hängt vom Erfolg des Fördergeschäftsverkehrs mit den nutzenden Mitgliedern ab, denn nur wenn dieser floriert, kann eine Kapitalrendite erwirtschaftet werden⁶⁴. Da es überdies den Förderauftrag zu erfüllen erleichtert, wenn in der Genossenschaft Reserven gebildet werden, wird den investierenden Mitgliedern nicht nur an einer Dividende, sondern auch an einer Beteiligung am Wertzuwachs gelegen sein. Und dies nicht nur, wenn diese erst im Fall der Liquidation der Genossenschaft realisierbar ist, sondern auch beim Ausscheiden aus der bestehen bleibenden Genossenschaft.

Die Fungibilität der Anteile wird im Falle der Kündigung durch die generellen genossenschaftsrechtlichen Kündigungs- und Auszahlungsfristen sowie im Besonderen durch die Aussetzung des Auszahlungsanspruches im Sinn von § 5 a Abs 2 Z 2 beeinträchtigt. Im Falle der Übertragung der Geschäftsanteile hängt die Attraktivität davon ab, wie diese ausgestaltet ist: Gibt es Zustimmungsvorbehalte der Genossenschaft, kann nur an nutzende oder auch an nicht nutzende Mitglieder übertragen werden; kann nur an Mitglieder oder auch an Dritte – Noch-nicht-Mitglieder – übertragen werden, gibt es einen freiwilligen oder institutionalisierten Sekundärmarkt.

Eine möglichst optimale Auflösung dieser sich grundsätzlich diametral entgegenstehenden Ziele – geringere Rentabilität fordert geringeres Risiko und/oder höhere Fungibilität, höhere Rentabilität erlaubt höheres Risiko und/oder geringere Fungibilität und sofort – wird die Marktgängigkeit der Genossenschaftsanteile nicht nutzender Mitglieder bei einer Genossenschaft, welche ihr Eigenkapital nach IAS ausweist, sehr wesentlich beeinflussen.

⁶⁴ BEUTHIEN, Die AG 2006, 59.

2) Kapitalbeteiligungsalternativen

Der Genossenschaftsanteil nicht nutzender Mitglieder tritt als zusätzliche Möglichkeit einer Kapitalzufuhr an die Genossenschaft neben andere bereits bestehende Finanzinstrumente.

Unter Berücksichtigung der Eigenkapitaldefinition durch IAS 32 sind das genossenschaftliche Partizipationskapital bei Genossenschaftsbanken und damit das genossenschaftliche Genussrechtskapital generell Alternativgestaltungen. Sie unterscheiden sich jedoch ganz wesentlich von dem durch investierende Mitglieder aufgebrauchten Kapital dadurch, dass dem Partizipanten und dem Inhaber von Genussrechten keine Mitgliedschaft zukommt. Die Aufnahme von einer dieser beiden Formen von Genussrechtskapital ist daher von der Problematik, wie weit der Einfluss der Investoren in der Genossenschaft gehen kann, entfrachtet. Diese Frage stellt sich nur bei der Emission von Genossenschaftskapital an nicht nutzende Mitglieder, da nur diese auch in den inneren Verband der Genossenschaft aufgenommen werden.

In ihrer Ausgestaltung sind Genussrechte aber nur dann eine echte Alternative, wenn sie auf Unternehmensdauer emittiert werden und weder ein ordentliches noch ein außerordentliches Kündigungsrecht besteht. Davon geht § 24 Abs 5 BWG für das Partizipationskapital der Banken aus. Ob diese Bestimmung genauso wie jene des § 73 c VAG für das von Versicherungen emittierte Partizipationskapital⁶⁵ eine zivilrechtliche Sonderstellung des Partizipationskapitals rechtfertigt oder nur die zivilrechtliche Zulässigkeit des Kündigungsausschlusses voraussetzt, ist strittig⁶⁶.

Der OGH⁶⁷ hat jüngst klargestellt, dass Genussrechtsverhältnisse als Dauerschuldverhältnisse dem allgemeinen Grundsatz der Kündbarkeit unterliegen. Damit liegt er auf der Linie, die Zulässigkeit

⁶⁵ Vgl. dazu und zur angesprochenen Problematik JUD, Partizipations- und Ergänzungskapital als neuer Weg zum Kapitalmarkt für Versicherungsunternehmen, VR 1988, 65.

⁶⁶ Vgl. dazu jüngst F. SCHUHMACHER, Inhaltskontrolle von AGB: Zum Ausschluss der ordentlichen und außerordentlichen Kündigung bei Genussscheinen, WBI 2006, 278 (287) mwN.

⁶⁷ 24.1.2006, 10 Ob 34/05 f, ÖBA 2006, 607; dazu SCHUHMACHER, WBI 2006, 278 ff und OBERNDORFER, Zum Ausschluss der (außer)ordentlichen Kündigung von Genussrechten, ÖBA 2006, 813 ff.

eines Kündigungsausschlusses nach allgemeinen zivilrechtlichen Kriterien zu beantworten, und trifft dabei Aussagen zu dem schon weiter oben angesprochenen Konfliktfeld zwischen dem Kündigungsmodell und dem Modell der freien Übertragbarkeit zur Trennung von gesellschaftlichen Beteiligungen.

Wiewohl Genussrechte keine mitgliedschaftlichen Rechte vermitteln, ist der Ausschluss der Kündigung zulässig, wenn dem Anleger durch Verbriefung und Börsennotierung eine realistische Alternative der jederzeitigen Übertragung zu objektiv festgestellten Konditionen geboten wird⁶⁸. Das heißt, dass der OGH dem Grund nach zulässt, das an und für sich unabdingbare Kündigungsrecht durch eine Veräußerungsmöglichkeit zu ersetzen.

Dass dabei eine Vielzahl von Detailfragen nicht gelöst wurde, wie insbesondere die der Gleichwertigkeit der Kündigungsalternative, die dogmatische Differenzierung zwischen der Kündigung als schuldrechtlichem Rechtsinstrument und der freien Übertragbarkeit als gesellschaftsrechtlichem Rechtsinstrument nicht wirklich erfolgt ist und auch keine Aussagen zum wirtschaftsaufsichtsrechtlichen Partizipationskapital getroffen werden mussten, wurde in Kommentierungen⁶⁹ schon aufgezeigt. Trotzdem kann für die gegenständliche Untersuchung Gewinn aus dieser Entscheidung gezogen werden:

Der Ausschluss des Kündigungsrechts ist bei Gewährleistung einer Trennungsalternative möglich, unabhängig von der Tatsache, dass die Realisierung eines mit der Kündigung verbundenen vermögensrechtlichen Anspruches von der Bonität des Genussrechtsemitenten abhängig ist, während beim Verkauf der Genussscheine das Marktrisiko beim Genussscheininhaber liegt. Die Anforderungen an die alternativen Veräußerungsmöglichkeiten sind umso höher anzusetzen, je einschneidender in das Kündigungsrecht eingegriffen wird, also muss bei Ausschluss auch des außerordentlichen Kündigungsrechts die Übertragbarkeit durch Verbriefung, Börsennotierung und ausreichende Liquidität oder durch Schaffung eines gleichwertigen Marktes – wie durch das Optionsmodell – rechtlich abgesichert sein.

⁶⁸ Vgl. die Leitsätze und die Überschrift von KOZIOL, ÖBA 2006, 6007 zur genannten Entscheidung.

⁶⁹ F. SCHUHMACHER, WBI 2006, 284 ff; OBERNDORFER, ÖBA 2006, 813 ff.

3) Investoren in einer IAS-32-konformen Genossenschaft

Berücksichtigt man, dass die gerade genannten Finanzinstrumente eine Substanzbeteiligung verbriefen können, das aufsichtsrechtliche Partizipationskapital eine solche sogar erfordert, wird den investierenden Mitgliedern nicht nur ein Anspruch auf ihre Geschäftsanteile, sondern auch auf weitere Guthaben zugebilligt werden müssen. Je höher aber ihre Beteiligung an der Steigerung des Unternehmenswertes ist, desto mehr trifft sie eine mögliche Auszahlungssperre.

Dies hat wesentliche Folgewirkungen auf die kautelarjuristische Ausgestaltung der genossenschaftlichen Stellung der nicht nutzenden Mitglieder. Von substanzbeteiligten Investoren geht im Vergleich zu nur dividendenberechtigten Mitgliedern die typologisch größere Gefahr aus, ihren Einfluss auf die Geschäftspolitik der Genossenschaft auszuüben, um diese förderzweckwidrig zu orientieren. Dies kann schlussendlich zu einer Rechtsformverfehlung führen, der durch genossenschaftsvertragliche Beschränkungen der Mitwirkungsrechte der investierenden Mitglieder entgegengewirkt werden muss.

Daneben ist auch zu berücksichtigen, dass der Einfluss der Investoren zwar rechtlich beschränkt werden kann, damit aber eine mögliche faktische wirtschaftliche Abhängigkeit der Genossenschaft von ihren Investoren nicht beseitigt ist. Diese kann man nur eingeschränkt mit Mitteln des Genossenschaftsvertrages einfangen. Erfolgversprechender sind da wohl wirtschaftliche Lösungen. Eine liegt darin, dass die Übertragungsmöglichkeit eine tatsächliche Lösungsmöglichkeit gewährleisten muss. Denn nur dann kann die Desinvestition eine Alternative zur Ausübung eines wenn auch rechtlich beschränkten, aber faktisch nicht beschränkbaren Einflusses auf die Genossenschaft sein.

Es gilt daher einen liquiden Sekundärmarkt zu schaffen. Nur bei ausreichender Fungibilität der Veranlagung der nicht nutzenden Mitglieder kann die statutarische Abschottung dieser von den nutzenden Mitgliedern reibungslos funktionieren. Nur dann kann den nicht nutzenden Mitgliedern ein ihnen – unter Berücksichtigung von Veranlagungsinteressen an Genossenschaften selbst und bestehender Alternativen – umfassend oder eingeschränkt zuzubilligender Substanzwertzuwachs nicht nur für den Liquidations-, sondern auch für den Ausscheidensfall ohne hindernde Bedenken eingeräumt werden.

Nur die jederzeitige und erfolgversprechende Übertragungsmöglichkeit lässt eine Vollsokkellösung oder eine der Genossenschaft eingeräumte uneingeschränkte Ermächtigung, Anteile (auf Dauer) nicht zurückzunehmen, problemlos erscheinen.

Schließlich steht nur die Etablierung eines vollfunktionsfähigen Sekundärmarktes mit der referierten Judikatur in Einklang. Dazu genügt es nämlich nicht, sich darauf zurückzuziehen, dass die Kündigung der Genossenschaftsanteile ohnehin das personalistische Element der Mitgliedschaft beende und nur das kapitalistische Element sistiere. Denn Genussrechte vermitteln gar keine Mitgliedschaftsrechte, sondern nur vermögensrechtliche Ansprüche und unterliegen hinsichtlich dieser dem grundsätzlichen Recht auf Kündigung.

Die in § 5 a Abs 2 Z 2 GenG statuierte Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Sockellösung und der damit potentiellen Aussetzung des Abfindungsguthabens ausgeschiedener Genossenschafter ist im Licht der österreichischen Rechtslage ernst zu nehmen. Es geht nicht nur um den Nichtausschluss der Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen durch den Genossenschaftsvertrag, sondern um die Herstellung eines realistischen Sekundärmarktes. Und dieser ist auch für statutarische Alternativlösungen für ein Mindestkapital zu fordern. Andernfalls käme es zur Kollision mit den Wertungsgesichtspunkten der Judikatur und wäre die Aufnahme von nicht nutzenden Mitgliedern als Finanzinvestoren bei einer Genossenschaft, die deren Beteiligung als Eigenkapitalinstrument nach IAS ausgestaltet, weder in rechtsformadäquater Weise möglich noch unter Anlegergesichtspunkten erfolgversprechend.

IV) Ausblick

Das GenRÄG 2006 ermöglicht eine Neuorientierung der Finanzverfassung auch für inländische Genossenschaften. Dies kann der Rechtsform Genossenschaft neue Impulse verleihen, weil sie dadurch in die Lage versetzt wird, Eigenkapitalinstrumente zu emittieren und damit im Wettbewerb der Rechtsformen auch unter diesem Aspekt zu bestehen.

Dabei darf aber nicht verkannt werden, dass die Genossenschaft einem sozialpolitischen Förderauftrag zu entsprechen hat, der in der gesetzlichen Zweckbindung des § 1 Abs 1 GenG festgeschrieben ist. Sie hat daher auch nach der Aufnahme von nur investierenden Mitgliedern unter Herstellung eines europarechtlichen Eigenkapitals, welches auch das Geschäftsanteilkapital umfasst, im Wesentlichen der Förderung des Erwerbs und der Wirtschaft der Mitglieder zu dienen.

Es hat sich gezeigt, dass durch die Novellierung eine gesellschaftsrechtliche Fortentwicklung beschränkt wurde, die insbesondere hinsichtlich ihrer genossenschaftsvertraglichen Umsetzung ein hohes Maß an Verantwortung einfordert, um die Genossenschaft als funktionsbezogene Organisationsform zu erhalten. Und dies ist geboten, da durch die neuen Rechtsinstrumente zwar eine Typendehnung erfolgt ist, die Genossenschaft als zweckgebundene Vereinigungsform aber nicht aufgegeben wurde. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber auf eine Erforderlichkeitsprüfung verzichtet, weshalb die Genossenschaft für sich selbst zu entscheiden hat, ob und in welchem Ausmaß sie Investoren zulassen und deren Geschäftsanteile als Eigenkapital behandeln will.

Die Aufnahme nicht nutzender Mitglieder durch Emission von Eigenkapitalinstrumenten im Sinne von IAS 32 bietet eine Chance, weil sich eine neue Förderkapitalmaßnahme eröffnet. Ein genossenschaftlicher Widersinn⁷⁰ läge nur dann und insoweit vor, als damit auch die Aufgabe des förderwirtschaftlichen Geschäftsbetriebs bewirkt würde.

⁷⁰ BEUTHIEN, Die AG 2006, 59.

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.
Band 12: *Ettenauer, G.*: Implementierung von Bildungscontrolling in der Bankwirtschaft, Wien 2003.
Band 13: *Iby, O.*: Balanced Scorecard als strategisches Managementinstrument in Kreditgenossenschaften, Wien 2004.
Band 14: *Biricz, K.*: Das genossenschaftliche Netzwerk - ein Modell für die burgenländischen Winzergenossenschaften, Wien 2005.
Band 15: *Pieber, A.*: Das interne Kontrollsystem und der genossenschaftliche Bankenverbund, Wien 2006.

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

- Heft 27: *Beuthien, V.*, Die atypisch stille Gesellschaft - ein Weg zu mehr Kapital für eingetragene Genossenschaften?, Wien 2003.
Heft 28: *Theurl, Th.*: Die Wettbewerbsfähigkeit genossenschaftlicher Netzwerke, Wien 2004.
Heft 29: Agricultural Co-operatives are facing a challenge, Wien 2004.
Heft 30: *Münkner, H.H.*: Europäische Genossenschaft (SCE) und europäische Genossenschaftstradition, Wien 2006.
Heft 31: *Hanisch, M.*: Effizienzmessung und Ableitung von Entwicklungsstrategien für Warengenossenschaften, Wien 2007.

VORTRÄGE UND AUFSÄTZE
DES FORSCHUNGSVEREINS FÜR GENOSSENSCHAFTSWESEN
————— HEFT 32 —————

**GENOSSENSCHAFTS-
RECHTSÄNDERUNGSGESETZ
2006**

VOLKER BEUTHIEN

WALDEMAR JUD

Eigenverlag des FOG