

VORTRÄGE UND AUFSÄTZE
DES FORSCHUNGSVEREINS FÜR GENOSSENSCHAFTSWESEN
————— HEFT 24 —————

**DIE GENOSSENSCHAFT ALS
GESELLSCHAFTER -
GENOSSENSCHAFTSRECHTLICHE
ZULÄSSIGKEITSGRENZEN DER
BETEILIGUNG AN ANDEREN
RECHTSTRÄGERN**

MARKUS DELLINGER

Eigenverlag des FOG

Eigentümer und Herausgeber: Für den Forschungsverein für Genossenschaftswesen:
Ao.Univ.-Prof. Dr. Johann Brazda; <http://www.univie.ac.at/genos>, alle:
A-1090 Wien, Türkenstraße 23/2.

INHALT

| | Seite |
|--|-------|
| Vorwort | 4 |
| I. Einleitung/Problemstellung | 5 |
| II. Förderzweckbindung des Beteiligungserwerbs | 8 |
| 1. Die Deutung des § 1 Abs 2 GenG durch die hM | 8 |
| 2. Stellungnahme | 12 |
| 2.1. Grundfrage - warum überhaupt Bindung der Genossenschaft an den Förderzweck? | 12 |
| 2.2. § 1 Abs 2 GenG als nicht abschließende Regelung des Beteiligungsproblems | 20 |
| 2.3. Erwerb von Anteilen oder Beteiligungen zu hilfsgeschäftlichen Zwecken? | 22 |
| 2.3.1. Zu Kapitalanlagezwecken | 22 |
| 2.3.2. Zu sonstigen wirtschaftlichen Zwecken? | 27 |
| 2.4. Erwerb von Anteilen oder Beteiligungen zur Erfüllung gemeinnütziger Nebenzwecke? | 29 |
| III. Genossenschaftsvertragliche Zulassung der Beteiligung | 31 |
| IV. Die wichtigsten Ergebnisse | 34 |

Vorwort

Die Erstveröffentlichung des vorliegenden Beitrags erfolgte in der Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag: Zum Recht der Wirtschaft, herausgegeben von Erwin Bernat/Elisabeth Böhler/Arthur Weilingner (Wien; Verlag Österreich 2001) Band I 523 ff.

Ich danke den Herausgebern der Festschrift und dem Verlag Österreich für die Gestattung der Zweitveröffentlichung und dem FOG sowie Herrn ao.Univ.-Prof. Dr. Johann Brazda für deren vorbildliche Betreuung. Ziel der Zweitveröffentlichung ist es, den Beitrag einem größeren, speziell genossenschaftsrechtlich interessierten Publikum leichter zugänglich zu machen.

Wien im Juli 2001

Markus Dellinger

I. Einleitung / Problemstellung

Genossenschaften halten heute regelmäßig Beteiligungen an anderen Rechtsträgern. Dabei geht es zum einen um die Beteiligung an gemeinsam mit anderen Genossenschaften gebildeten Verbundeinrichtungen, wie den meist in der Rechtsform der Genossenschaft organisierten Revisionsverbänden, den Sekundärgenossenschaften im Waren-¹⁾ oder Geldbereich²⁾ oder den als AG ausgestalteten Spitzeninstituten Österreichische Volksbanken AG und Raiffeisen Zentralbank Österreich AG. Zum anderen halten insbesondere Kreditgenossenschaften oft verschiedenste Beteiligungen, die mit ihrem eigentlichen bankgeschäftlichen Betrieb wenig bis nichts zu tun haben. Man denke nur an die vielfältigen Industriebeteiligungen, aber auch an Beteiligungen im Fremdenverkehrsbereich oder zB an Medienunternehmen. Darüber hinaus kann man den veröffentlichten Bilanzen von Kreditgenossenschaften entnehmen, dass manche von ihnen namhafte Vermögenswerte unter der Position „Aktien und andere nicht festverzinsliche Wertpapiere“ halten³⁾. Alles in allem dürften sich Finanzanlagevermögen und Wertpapierportefeuille etwa einer Raiffeisenlandesbank nicht grundsätzlich von den entsprechenden Vermögenspositionen bei einer größenmäßig vergleichbaren, aber in der Rechtsform der AG organisierten Geschäftsbank unterscheiden.

Das ungezwungene Verhältnis der genossenschaftlichen Praxis gegenüber einem Beteiligungserwerb steht in deutlichem Widerspruch zur in Österreich herrschenden Auffassung, die eine Beteiligung von

¹⁾ ZB die RWA Raiffeisen Ware Austria regGenmbH, die allerdings gar nicht mehr selbst, sondern durch die gemeinsam mit der Bayerischen Schwesterorganisation gehaltene RWA AG operativ tätig ist; früher auch Molkereiverbände, wie etwa Schärtinger, NÖM etc.

²⁾ Vgl die diversen Raiffeisenlandesbanken.

³⁾ Vgl nur die Jahresabschlüsse von Volksbanken-Genossenschaften, die in der Beilage zur Zeitschrift „Die Gewerbliche Genossenschaft“ publiziert werden. Für die Primärbanken des Raiffeisensektors schließen die Mustersatzungen „spekulative Eigengeschäfte“ üblicherweise aus (vgl zB § 2 Abs 3 der Mustersatzung für Raiffeisenbanken Kärnten), weshalb in diesem Bereich eine unmittelbare Aktienveranlagung eher selten sein wird (vgl aber die Satzungsauslegung in OGH HS 25.234/6). Da allerdings Anteilscheine nach dem Investmentfondsgesetz das Miteigentum an den Vermögenswerten des Anlagefonds verbriefen (vgl § 5 Abs 1 InvFG), halten Genossenschaften, die zB als „nichtspekulatives Eigengeschäft“ Anteilscheine an einem Aktienfonds erworben haben, letztlich auch Aktien, wenn auch nur im Miteigentum.

Genossenschaften an anderen Rechtsträgern nur in sehr engen Grenzen gestatten will. Dabei stützt sich die hM vor allem auf § 1 Abs 2 GenG, nach dem die Beteiligung an anderen Rechtsträgern Mittel zur Förderung sein kann, wenn sie „der Erfüllung des satzungsmäßigen Zweckes der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen der Einlage dient.“ Von vornherein unproblematisch ist danach zB die Beteiligung an Unternehmungen, deren Geschäftsbetrieb die Wirtschaft oder den Erwerb der Genossenschafter auf die in der Genossenschaftssatzung umschriebene Weise fördert, wie dies bei Ausgliederung des eigenen auf fördernden Geschäftsverkehr mit den Mitgliedern⁴ hin angelegten Geschäftsbetriebes der Genossenschaft in eine Tochtergesellschaft regelmäßig der Fall sein wird⁵). Keine Bedenken bestehen auch gegen Beteiligungen an Unternehmen, die der Genossenschaft selbst eine solche Förderung direkt erleichtern oder überhaupt erst ermöglichen, was für gewöhnlich bei den erwähnten Verbundeinrichtungen anzunehmen sein wird. Fragwürdig erscheinen im Lichte der hM hingegen insbesondere die Beteiligungen an branchenfremden Unternehmungen, die - wie etwa Industriebeteiligungen von Kreditgenossenschaften - mit dem Förderzweck der Genossenschaft nicht unmittelbar etwas zu tun haben. Vielfach geht es hier schlicht um eine Kapitalanlage, bei der man den wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Förderzweck der Genossenschaft höchstens darin sehen könnte, dass das in welchem Geschäftszweig auch immer tätige Beteiligungsunternehmen Gewinne an die Genossenschaft ausschütten soll, die von dieser dann zur Finanzierung ihres Förderbetriebes eingesetzt werden.

4) Zum Konzept der naturalen Förderung der Mitglieder durch Geschäftsverkehr zu für sie günstigen Konditionen vgl näher unten II. 2.1.

5) Diskussionswürdig kann bei solchen Beteiligungen allerdings sein, ob die Genossenschaft daneben noch einen eigenen fördernden Geschäftsbetrieb unterhalten muss oder ob sie sich auf die Funktion einer reinen Holding zurückziehen darf - zu dieser hier nicht weiter zu behandelnden Frage vgl näher *Beuthien*. Die eingetragene Genossenschaft als Holdinggesellschaft, AG 1996, 349; vgl auch § 1 Abs 2 des Entwurfs eines Genossenschaftsgesetzes mit erläuternden Bemerkungen von *Dellinger/Oberhammer* (1996). Auch wird man selbst bei unter dem Blickwinkel des § 1 Abs 2 GenG unproblematischen Beteiligungen annehmen müssen, dass die Entscheidung über die Ausgliederung eines wesentlichen Geschäftsbereichs und damit über die Mediatisierung des Einflusses der Mitglieder auch auf Basis einer grundsätzlichen Zulassung von Beteiligungen in der Satzung nicht einfach vom Vorstand getroffen werden kann, sondern der Beschlussfassung durch die Generalversammlung unterliegt - im letzteren Sinne zB *Steding/Fiedler*. Die Beteiligung der Genossenschaft an Unternehmen anderer Rechtsform, Berliner Beiträge zum Genossenschaftswesen Bd 47 (1998) 66; *Lang/Weidmüller/Metz*, GenG³³(1997) § 43 Rz 10.

Der folgende Beitrag soll dem skizzierten Widerspruch zwischen hM und genossenschaftlicher Praxis auf den Grund gehen und die Zulässigkeitsgrenzen für genossenschaftliche Beteiligungen ausloten⁶. Geboten ist dies schon deshalb, weil sich die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder⁷) durch eine vorsätzliche Überschreitung dieser Grenzen gemäß § 88 GenG gerichtlich strafbar machen⁸), ganz zu schweigen von dem möglichen Schaden für die Genossenschaft, wenn die Unzulässigkeit einer Beteiligung dem Firmenbuchgericht oder dem Revisor auffällt und die Beteiligung deshalb wieder abgestoßen oder gar das Beteiligungsunternehmen liquidiert werden muss⁹).

Da der Gesetzgeber seine genossenschaftsrechtlichen Reformbemühungen vorläufig eingestellt hat, muss bei der ins Auge gefassten Untersuchung schlicht vom geltenden Genossenschaftsgesetz ausgegangen werden, obwohl dieses den im Titel dieser Festschrift apostrophierten „Anforderungen an das Unternehmens- und Wirtschaftsrecht im 21. Jahrhundert“ in Inhalt, Systematik und Regelungstechnik so gar nicht entspricht. Insofern entbehrt meine Situation als Autor nicht einer gewissen Ironie: Wie kann man - eingestanden oder nicht - hoffen, bleibend Gültiges zu formulieren, und gleichzeitig wünschen, der Problemstellung möge recht bald die gesetzliche Grundlage entzogen werden? Im Vertrauen darauf, dass das gewählte Thema trotz des damit verbundenen Anflugs von Bewusstseinspaltung das Interesse des Jubilars finden wird, widme ich ihm die folgenden Zeilen. Ich tue dies in Dankbarkeit für die warmherzige Aufnahme, die ich als ein

⁶) In dem Anliegen, genossenschaftsrechtliche Zulässigkeitsgrenzen abzustekken, berührt der Beitrag auch das Thema einer im breiten Gesamtwerk des Jubilars leicht zu übersehenden, weil ungewohnt schmalen Monographie über die „Zulässigkeitsgrenzen des Kreditgenossenschaftsverbundes“ (1993).

⁷) Die bankwesenrechtlichen Geschäftsleiter kommen (sofern sie nicht zugleich dem Genossenschaftsvorstand angehören) wegen des strafrechtlichen Analogieverbotes als unmittelbare Täter nach § 88 GenG nicht in Betracht, denn es handelt sich um ein echtes Sonderdelikt („Wer ... als Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates ...“). Möglich wäre aber eine Beteiligung am Sonderdelikt (§ 14 Abs 1 StGB).

⁸) Vgl dazu OGH JBl 1980, 328 = EvBl 1980/129 = HS 11.573. Eine Verurteilung nach § 88 GenG könnte gemäß § 37 GenG sogar die behördliche Auflösung der Genossenschaft nach sich ziehen.

⁹) Die aus § 1 Abs 2 GenG folgende Unzulässigkeit einer Beteiligung zieht zwar nicht die Unwirksamkeit dieser Beteiligung, wohl aber die Verpflichtung nach sich, die Beteiligung ehestmöglich rückgängig zu machen - vgl zB *Kastner*, Österreichisches Genossenschaftsrecht, in *Patera*, Handbuch des österreichischen Genossenschaftswesens (1986) 117 (128); zum deutschen Recht *Müller*, GenG² § 1 Rz 64; *Beuthien*, GenG¹³ (2000) § 1 Rz 75; *Steding/Fiedler* (FN 5) 43.

durch Emeritierung seines Lehrers wissenschaftlich verwaister „Frotz-Schüler“ bei ihm gefunden habe.

II. Förderzweckbindung des Beteiligungserwerbs

1. Die Deutung des § 1 Abs 2 GenG durch die hM

Seit der GenG-Novelle 1974 (BGBl 1974/81) enthält das österreichische GenG die schon erwähnte Bestimmung des § 1 Abs 2 GenG, wonach „Mittel zur Förderung (...) auch die Beteiligung der Genossenschaft an juristischen Personen des Handels-, des Genossenschafts- und des Vereinsrechts sowie an Personengesellschaften des Handelsrechts sein (kann), wenn diese Beteiligung der Erfüllung des satzungsmäßigen Zweckes der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen der Einlage dient“. Der OGH hat dazu seither - soweit ersichtlich - erst einmal Stellung genommen, und zwar in der Entscheidung vom 2.2.1984, 6 Ob 19/83 SZ 57/28. Dort folgerte er ohne konkreten Anlassfall aus § 1 Abs 2 GenG im Umkehrschluss und in Übereinstimmung mit der Lehre¹⁰, dass die Beteiligung einer Genossenschaft an einer anderen Gesellschaft unzulässig sei, „wenn sie keinen wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb aufweist und demzufolge auch nicht als dem genossenschaftlichen Förderungszweck dienend erachtet werden kann.“ Die in der Norm enthaltene Wendung, „wenn diese Beteiligung der Erfüllung des satzungsmäßigen Zweckes der Genossenschaft ... dient“, wird dabei eng verstanden: Das Beteiligungsunternehmen muss entweder selbst eine Förderleistung erbringen oder in einem „wirtschaftlichen Zusammenhang“ mit dem genossenschaftlichen Förderbetrieb stehen. Die genaue Abgrenzung, wann noch ein ausreichender „wirtschaftlicher Zusammenhang“ anzunehmen ist, konnte in SZ 57/28 offen bleiben.

¹⁰ Vgl *Kastner* in *Patera*, Handbuch 128 f; ÖRV, Genossenschaftsrecht² (1989) 18; *Keinert*, Österreichisches Genossenschaftsrecht (1988), Rz 141; *Krejci*, Zur Konzernfähigkeit von Genossenschaften, ÖZW 1992, 97 (99).

¹¹ Vgl vor allem SZ 39/110 = EvBl 1966/477 = NZ 1967, 6; OGH JBl 1970, 317 = NZ 1970, 74 = ZfgG 21 (1971) 76 (*Demelius*); OGH NZ 1973, 61 = RZ 1973/90; weniger aussagekräftig ist OGH HS 5548/47, weil der OGH dort die Entscheidung der Vorinstanz (Unzulässigkeit der Beteiligung einer Wohnbaugenossenschaft an einer Wohnbau-GmbH, die Wohnungen für jedermann errichtet) wegen Übereinstimmung mit der erstinstanzlichen Entscheidung nur am Maßstab der „offenbaren Gesetzswidrigkeit“ iSd § 16 alt AußStrG zu messen hatte.

Insofern hilft ein Blick auf die zur Rechtslage vor Einführung des § 1 Abs 2 GenG ergangene Vorjudikatur¹¹⁾ ein Stück weiter: Diese Vorjudikatur ist nach wie vor relevant: Was der Gesetzgeber des Jahres 1974 mit der Einführung des § 1 Abs 2 GenG im einzelnen bezweckt hat, geht aus den ErläutRV zwar nicht ganz eindeutig hervor. Immerhin wird darin aber explizit auf die damalige Judikatur verwiesen, wonach das GenG keine ausdrückliche Bestimmung über die Zulässigkeit oder das Verbot einer Beteiligung der Genossenschaft an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft enthalte. Diese Judikatur hatte, worauf in den ErläutRV nicht weiter eingegangen wird, die grundsätzliche Zulässigkeit der Beteiligung, aber auch die dabei zu beachtenden Schranken aus § 1 GenG (idF vor der Novelle 1974) abgeleitet. Der damalige § 1 entsprach inhaltlich weitgehend dem heutigen § 1 Abs 1¹²⁾. So wurde insbesondere der Streichung der Wortfolge „mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes“ keine gesteigerte Bedeutung beigemessen¹³⁾. Auch aus der zwar nur für die Beteiligungen getroffenen, aber verallgemeinerbaren negativen Anordnung in § 1 Abs 2 GenG: „nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen ...“ konnte abgeleitet werden, dass eine Genossenschaft ihre Mitglieder nicht durch Dividendenausschüttung, sondern durch Geschäftsbetrieb, genauer durch für die Mitglieder günstige, satzungsgemäße Geschäfte, fördern soll. Schon aus § 1 (aF) GenG ging auch hervor, dass eine Genossenschaft grundsätzlich förderzweckorientiert vorzugehen hat. Im einzelnen wurde die Zulässigkeit einer Beteiligung bejaht, wenn

- diese die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder zum Gegenstand hatte und
- der Unternehmensgegenstand des Beteiligungsunternehmens durch den Unternehmensgegenstand der Genossenschaft gedeckt war¹⁴⁾.

¹²⁾ § 1 GenG lautete in der damaligen Fassung (abgesehen von der Schreibweise, mit der Stamfassung RGBI 1873/70 übereinstimmend): „Die Bestimmungen dieses Gesetzes haben Anwendung zu finden auf Vereine von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welche die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder mittels gemeinschaftlichen Geschäftsbetriebes oder mittels Kreditgewährung bezwecken ...“. Die Neufassung von 1974 scheint allerdings eher offen für Zweckgeschäfte mit Nichtmitgliedern zu sein, weil damals die Wendung „im wesentlichen“ eingefügt wurde. Dies hatte jedoch nur klarstellenden Charakter - das ergänzende Nichtmitgliedergeschäft war auch im Zweckgeschäftsbereich (zum Begriff „Zweckgeschäft“ näher unten bei und in FN 24) immer zulässig - überzeugend *Frotz*, Anmerkungen zur österreichischen Genossenschaftsgesetznovelle 1974, *ZfgG* 1977, 53 (59) mit zutreffender Kritik an den diesbezüglich widersprüchlichen ErläutRV.

¹³⁾ Dazu und zum Folgenden *Frotz*, *ZfgG* 1977, 60.

¹⁴⁾ So vor allem OGH JBI 1970, 317 = *ZfgG* 21 (1971), 76 (*Demelius*).

Für zulässig gehalten wurde daher in concreto (SZ 39/110) etwa die Gründung einer Schlacht- und Kühlhaus-GmbH durch eine Viehverwertungsgenossenschaft, weil dadurch eine verbesserte Grundlage für die Erreichung des genossenschaftlichen Betriebszweckes geschaffen worden sei; so sei es möglich, Absatzschwierigkeiten durch entsprechende Schlachtungen und Einlagerungen in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen zu entschärfen¹⁵⁾.

Dagegen erklärte der OGH in JBl 1970, 317 die Gründung einer Elektro-Handels-Gesellschaft mbH durch eine Lagerhausgenossenschaft für unzulässig, weil der Unternehmensgegenstand der Genossenschaft auf den Einkauf und die Verwahrung von land- und forstwirtschaftlichen Betriebserfordernissen und Bedarfsartikeln gerichtet war, während der von der zu gründenden GmbH angestrebte Handel mit Radioapparaten, Fernseh- und Tonbandgeräten keine Beziehung zur Land- und Forstwirtschaft erkennen ließ, sondern ein „kommerzielles Betätigungsfeld über die genossenschaftlichen Zweckgeschäfte hinaus“ eröffnet hätte¹⁶⁾.

Die beiden oben genannten Kriterien der Judikatur leben in § 1 Abs 2 GenG fort, wenn dort - wenigstens nach Auffassung der hM¹⁷⁾ - verlangt wird, dass die Beteiligung dem satzungsmäßigen (Förderungs-)Zweck der Genossenschaft dienen muss. Es genügt danach nicht, dass die Beteiligung an sich der Förderung der Mitglieder dient und deshalb zum zulässigen Zweck der Genossenschaft gemacht werden könnte. Vielmehr muss die vom Beteiligungsunternehmen angebotene Förderungsleistung in der Satzung der Genossenschaft als Unternehmenszweck festgelegt sein; nur dann kann von Erfüllung des „satzungsmäßigen Zweckes“ der Genossenschaft die Rede sein¹⁸⁾.

¹⁵⁾ Vgl auch das von *Krejci*, ÖZW 1992, 99 gebildete Beispiel: Zulässigkeit einer (durch günstigeren Kollektivvertrag motivierten) Ausgliederung des Fuhrparks einer Molkereigenossenschaft in eine GmbH, weil die GmbH gerade jene Tätigkeit (Milchtransport) verrichte, die der Förderungsauftrag der Genossenschaft erfordere.

¹⁶⁾ Ähnlich OGH NZ 1973, 61: Unzulässigkeit der Gründung einer KG zum Zwecke des Groß- und Einzelhandels mit Waren aller Art durch ua eine Einkaufsgenossenschaft als Kommanditistin, weil diese Einkaufsgenossenschaft primär die Belieferung ihrer dem Kreis der Lebensmittelhändler angehörenden Mitglieder mit den deren Handels- und Betriebsbedarf entsprechenden Waren zum Gegenstand hatte.

¹⁷⁾ Vgl SZ 57/28 und die Nachweise in FN 10.

¹⁸⁾ Vgl *Demelius*, ZfgG 1971, 80.

In den Erläuterungen zur Novelle 1974 heißt es denn auch, das Recht einer Genossenschaft, sich an anderen Unternehmen zu beteiligen, werde „zur Förderung einer gedeihlichen Entwicklung der Genossenschaft“ anerkannt und zwar mit den Vorbehalten, dass die angestrebte Beteiligung dem Förderungszweck der betreffenden Genossenschaft entsprechen muss¹⁹⁾ und dass sie nicht überwiegend der „Erzielung von Erträgen aus der Beteiligung“²⁰⁾ diene. Damit wollte der Gesetzgeber des Jahres 1974 also im wesentlichen die damalige OGH-Judikatur absichern und wohl auch die Unzulässigkeit eines vom Förderungsauftrag losgelösten Gewinnstrebens der Genossenschaft klarstellen. Die Literatur ist dementsprechend übereinstimmend der Ansicht, dass sich durch die Einführung des § 1 Abs 2 GenG kaum etwas geändert habe²¹⁾.

Im Lichte der skizzierten Vorjudikatur wird man die Entscheidung SZ 57/28 also dahingehend zu verstehen haben, dass der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem Förderungszweck der Genossenschaft und dem Unternehmensgegenstand des Beteiligungsunternehmens nach Auffassung des OGH nicht zu einer bloßen „Nützlichkeit im weiteren Sinne“ verdünnt sein darf; in einem weiteren Sinne könnte man nämlich immer schon dann von „Nützlichkeit“ sprechen, wenn das in welchem Geschäftszweig auch immer tätige Beteiligungsunternehmen Gewinne an die Genossenschaft ausschütten soll, die von dieser zur Finanzierung ihres Förderbetriebes eingesetzt werden. Eine solche kapitalistische Beteiligung wäre also auch dann unzulässig, wenn sie durch entsprechende Verwendung der Erträge im Dienste der Förderwirtschaft stünde.

¹⁹⁾ Entsprochen werden muss dem konkreten Förderungszweck, nicht etwa nur einem möglichen Förderungszweck.

²⁰⁾ Mit der Wortwahl „Erträge“ wollte der Gesetzgeber ausweislich der Materialien (815 BlgNR 13. GP 5 I Sp) ua klarstellen, dass die Erzielung von Gewinnen von vornherein nicht (nicht einmal als hinter den Förderungszweck zurücktretender Nebenzweck) Ziel der Tätigkeit der Genossenschaft sein dürfe. Dieser Grundhaltung ist nicht zu folgen - vgl nur Aicher, Bemerkungen zur Reform des Genossenschaftsrechts, NZ 1972, 56 (59); Jud, Anmerkungen zur österreichischen Genossenschaftsgesetznovelle 1974, ZfG 1974, 236 (240).

²¹⁾ Vgl vor allem Stölzle, Die Beteiligung einer Genossenschaft an einer handelsrechtlichen Gesellschaft, GesRZ 1980, 8; Kastner, in: Patera, Handbuch, 128.

2. Stellungnahme

2.1. Grundfrage - warum überhaupt Bindung der Genossenschaft an den Förderzweck?

Die in § 1 Abs 2 GenG errichteten Schranken für einen Beteiligungserwerb von Genossenschaften an anderen Rechtsträgern stellen - unabhängig von ihrer im einzelnen noch klärungsbedürftigen Reichweite - zunächst einmal eine Einschränkung der privatautonomen Gestaltungsfreiheit der Genossenschaften dar. Diese Einschränkung ist eine Facette der allgemeinen Bindung der Geschäftstätigkeit der Genossenschaften an den Förderzweck (und wurde, wie unter 1. dargelegt, früher ja auch aus dieser allgemeinen Bindung abgeleitet). Will man die Grenzen dieser Förderzweckbindung klären, so tut Besinnung auf deren Kern und deren innere Rechtfertigung Not. Als unbefangener Beobachter könnte man ja auch die naheliegende Frage aufwerfen, warum eine Genossenschaft nicht - wie andere Gesellschaften auch - innerhalb des allgemeinen durch Gesetz und Sitte gezogenen Rahmens wirtschaftlich machen kann, was sie will.

Was also ist zunächst einmal mit der Bindung an den Förderzweck gemeint? Die Genossenschaft wird in § 1 Abs 1 GenG bekanntlich definiert als Verein von nicht geschlossener Mitgliederzahl, welcher der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft seiner Mitglieder dient. Die Förderung an sich ist dabei kein Spezifikum der Genossenschaft, denn auch bei anderen Gesellschaftsformen wollen die Gesellschafter durch ihren Zusammenschluss etwas „fördern“, nämlich regelmäßig sich selbst durch Gewinnerzielung; die Besonderheit der Genossenschaft liegt nur in der Art der Förderung, nämlich in der naturalen Förderung durch Geschäftsverkehr²²⁾. Die Förderung hat eben, wie sich aus der verallgemeinerungsfähigen negativen Formulierung in § 1 Abs 2 GenG ergibt²³⁾, anders als bei Kapitalgesellschaften nicht durch beteiligungsabhängige Gewinnausschüttung zu erfolgen, sondern durch einen Geschäftsbetrieb, der auf fördernden Geschäftsverkehr mit den Mitgliedern ausgerichtet ist. Die Konditionen der fördernden Geschäfte mit den Mitgliedern (der sogenannten Zweckge-

²²⁾ Dies hat *Beuthien*, Die eingetragene Genossenschaft als verbundenes Unternehmen, in: *Mestmäcker/Behrens*, Das Gesellschaftsrecht der Konzerne im internationalen Vergleich (1991) 133 (140 f), treffend herausgearbeitet; vgl auch *Beuthien*, GenG¹³ (2000) § 1 Rz 6.

²³⁾ Dazu *Frotz*, ZfG 1977, 60.

schäfte²⁴⁾) sind unter Verzicht auf Gewinnmaximierung, also nicht nach dem erzielbaren Nutzen für die Genossenschaft, sondern nach dem möglichen Nutzen für die Mitglieder festzulegen²⁵⁾. Die Förderung wird vorzugsweise darin liegen, dass die Genossenschaft möglichst hohe Preise für die Leistungen ihrer Mitglieder (zB für die Milchlieferungen der ihr angehörenden Bauern) bezahlt oder dass sie ihren Mitgliedern Leistungen möglichst günstig anbietet²⁶⁾; oft besteht die Förderung auch schon darin, dass sonst nicht oder nur schwer erhältliche Leistungen überhaupt angeboten werden. Die Genossenschaft soll also nicht primär Gewinne ausschütten²⁷⁾, sondern jene vor

²⁴⁾ Davon zu unterscheiden sind die Gegen-, Hilfs- und Nebengeschäfte (zu dieser Terminologie zB *Beuthien*, GenG¹³ [2000] § 1 Rz 9): Unter Gegengeschäften werden jene Geschäfte verstanden, welche das notwendige wirtschaftliche Pendant zu den Zweckgeschäften bilden (zB der Einkauf beim Großhändler durch eine Konsumgenossenschaft). Hilfsgeschäfte sind die zur Abwicklung der Zweck- und Gegengeschäfte nötigen Geschäfte, die der Geschäftsbetrieb der Genossenschaft gewöhnlich mit sich bringt (zB Anstellung von Personal, Miete eines Geschäftslokals, Kauf einer Büroeinrichtung). Nebengeschäfte schließlich sind alle sonstigen Geschäfte, insbesondere solche, die wie die Verfolgung ideeller oder sozialer Zwecke außerhalb des eigentlichen wirtschaftlichen Förderungszwecks der Genossenschaft liegen und ihr lediglich im Rahmen ihres sogenannten Neben Zweckprivilegs gestattet sind.

²⁵⁾ *G. Wolf*, Die Strafbarkeit von Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft wegen Missachtung des sogenannten Förderungsauftrages, in: *Jöstingmeier* (Hrsg), Aktuelle Probleme der Genossenschaften aus rechtswissenschaftlicher und wirtschaftswissenschaftlicher Sicht (1994) 77; *Steding*, Die eingetragene Genossenschaft - eine (noch) konkurrenzfähige Rechtsform zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften? NZG 1999, 284.

²⁶⁾ Die Transparenz des Wettbewerbs führt heute vielfach dazu, dass das Angebot der Genossenschaften auch im Zweckgeschäft für ihre Mitglieder nicht günstiger ist als dasjenige nichtgenossenschaftlicher Mitbewerber. Dies ist wirtschaftlich vor allem für das Marketing der Genossenschaft unerfreulich, aber aus rechtlicher Sicht kein Problem: Zum ersten kann die Förderung hier ganz handfest immer noch darin bestehen, dass die Preise der Konkurrenten bei einem Verschwinden der Genossenschaft vom Markt ansteigen würden. Zum zweiten ist die Genossenschaft zwar verpflichtet, die Förderung ihrer Mitglieder anzustreben, aber wenn dieses Bemühen nicht zu einem Vorteil gegenüber Konkurrenzangeboten führt, liegt darin genausowenig ein Verstoß gegen die Förderzweckbindung, wie bei Verlusten einer auf Gewinn gerichteten GmbH ein Verstoß gegen einen (als Parallele vorstellbaren) „Gewinnauftrag“ vorläge. Missverständlich ist insofern die Formulierung des § 1 Abs 1 GenG, wo die erfolgreiche Förderung scheinbar zum Wesensmerkmal der Genossenschaft gemacht wird („der Förderung ... dienen“, statt „die Förderung ... bezwecken“; kritisch dazu schon *Frotz*, ZfG 1977, 53 [59]).

²⁷⁾ Dies heißt nicht, dass eine Gewinnausschüttung bei Genossenschaften unzulässig wäre (vgl § 5 Z 6 GenG); sie darf nur die naturale Förderung durch Geschäftsbetrieb nicht in den Hintergrund drängen.

allem im Bereich der Gegen- und Hilfsgeschäfte durchaus anzustrebenden Überschüsse, die weder als Rücklagen noch in sonstiger Weise von der Genossenschaft selbst benötigt werden, im Zweckgeschäftsbe-
reich in Form von günstigen Konditionen (zB für Kredite²⁸⁾, Sparein-
lagen, Milchlieferungen etc) an die Mitglieder weitergeben²⁹⁾.

²⁸⁾ Vgl die Stammfassung des GenG „Förderung ... mittelst Creditgewährung“; außerdem zB *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch, 123: Erwerbs- oder Wirtschaftsförderung durch „Bereitstellung ... von verbilligten Krediten“; *Keinert*, Genossenschaftsrecht, Rz 42. Eine klare Bezeichnung des Zweckgeschäftes in der Satzung wäre wünschenswert. Die diversen Mustersatzungen für Raiffeisenprimärbanken wiederholen leider nur die gesetzliche Definition des § 1 Abs 1 GenG (vgl zB § 2 Abs 1 Satz 1 der Mustersatzung für Kärnten: „Der Zweck der Raiffeisenbank ist im wesentlichen die Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder“), sehen also nicht einmal eine Präzisierung des Förderungsauftrages in Richtung Förderung durch Bankleistungen ausdrücklich vor; die nähere Präzisierung des Förderungsauftrages kann nur aus dem Unternehmensgegenstand und aus der Tradition erschlossen werden.

²⁹⁾ Der von der Praxis dagegen manchmal erhobene Einwand, dass günstigere Konditionen für Mitglieder negative steuerrechtliche Konsequenzen hätten, weil es sich um verdeckte Gewinnausschüttungen handeln würde, kann nicht überzeugen. Richtig ist zwar, dass verdeckte Gewinnausschüttungen in der Steuerbilanz zu einer Nachberechnung des körperschaftsteuerpflichtigen Gewinnes führen und bei den Mitgliedern Kapitalertragsteuer auslösen, aber dies liegt in der Natur der Sache und macht die verdeckte Gewinnausschüttung durch eine Genossenschaft nicht unzulässig. Anders als eine Kapitalgesellschaft, die im Verkehr mit Nichtmitgliedern Gewinne erzielen und diese offen an die Gesellschafter ausschütten soll, ist die Genossenschaft eben auf fördernden Geschäftsverkehr mit ihren Mitgliedern und dabei geradezu auf verdeckte Gewinnausschüttung hin angelegt - vgl zB *Steding*, NZG 1999, 284 mwN; vgl auch *Dellinger*, in: *Dellinger/Zawischa*, Reform des österreichischen Genossenschaftsrechts, Marburger Beiträge zum Genossenschaftswesen Bd 34 (1999), 48 (Diskussionsbeitrag auf eine entsprechende Anfrage aus der Praxis). Bedenklich wird eine verdeckte Gewinnausschüttung bei einer Genossenschaft erst, wenn es gar keinen zu verteilenden „Gewinn“ gibt, wenn also die Einlagen zurückgewährt werden, weil das Nettoaktivvermögen der Genossenschaft nach der verdeckten Ausschüttung nicht mehr den Gesamtbetrag der geleisteten Einlagen deckt. § 22 Abs 4 dGenG verbietet die Rückgewähr der Geschäftsguthaben bei aufrechter Beteiligung. Ein Verstoß dagegen begründet Rückforderungsansprüche der Genossenschaft (vgl BGH 10.3.1997 II ZR 339/95, DB 1997, 1273 = *ecolex* 1997, 506; *Müller*, dGenG² § 22 Rz 35 ff). In Österreich dürfte letztlich nichts anderes gelten. So ist anerkannt, dass der Masseverwalter im Konkurs der Genossenschaft die offenen Einlagen und zwar nicht nur die in § 3 Abs 1 GenKonkVO genannten noch nicht fälligen, sondern umso mehr die bereits fälligen einzutreiben hat (vgl *Dellinger*, GesRZ 1995, 91 [95] mwN). Im Falle einer Rückgewähr der Einlage muss die Einlagepflicht wieder aufleben, sonst würde der Gläubigerschutzeffekt der Einlagenleistungsverpflichtung ins Leere gehen.

Förderzweckbindung bedeutet demnach keineswegs einen generellen Verzicht auf Gewinnstreben³⁰⁾. Wenn eine Molkereigenossenschaft etwa die Verarbeitung und den Vertrieb der von ihren Mitgliedern gelieferten Milch zum Zwecke hat, dann soll sie ihrerseits die Milch selbstverständlich mit größtmöglichem Gewinn weiterverkaufen, um den ihr angehörenden Bauern einen möglichst hohen Preis für die Milch zahlen zu können³¹⁾. Gewinnstreben einer Genossenschaft ist - wenn überhaupt - nur im Zweckgeschäftsbereich suspekt, aber auch dieser Bereich soll selbstverständlich so geführt werden, dass die Genossenschaft insgesamt nicht nur kostendeckend arbeiten, sondern zB auch das nötige Eigenkapital (Rücklagen) bilden und sich ausreichende Möglichkeiten der Innenfinanzierung von nötigen Investitionen verschaffen kann.

Worin liegt nun aber die innere Rechtfertigung der Förderzweckbindung? Dass bei Wahl der Rechtsform Genossenschaft die inhaltliche Gestaltungsfreiheit hinsichtlich des Gesellschaftszwecks wesentlich stärker eingeschränkt ist als etwa bei Bildung einer Kapitalgesellschaft, die jeden erlaubten Zweck verfolgen und frei wirtschaften kann, wird in der Literatur mit dem historischen Leitbild der Genossenschaft begründet³²⁾. Idealtypisch ist die Genossenschaft als Wirtschaftsform für kapitalschwache und tendenziell geschäftsunerfahrene Bevölkerungskreise gedacht, die sich durch ihren Zusammenschluss in ihren wirtschaftlichen Belangen selbst helfen wollen³³⁾. Der Gesetzgeber steht diesen Selbsthilfevereinigungen grundsätzlich positiv gegenüber und gewährt (oder gewährte³⁴⁾) eine Reihe von Privilegien³⁵⁾, schränkt

³⁰⁾ Zutreffend insbesondere *Aicher*, Bemerkungen zur Reform des Genossenschaftsrechts, NZ 1972, 56 (59 f); *Jud*, ZfgG 1974, 236 (240).

³¹⁾ Ähnlich *Aicher*, NZ 1972, 56 (60 FN 45).

³²⁾ Vgl vor allem *Paulick*, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, 25.

³³⁾ Ähnlich *Paulick*, Die eingetragene Genossenschaft, 25.

³⁴⁾ Vgl die Beseitigung steuerrechtlicher Privilegien - zuletzt die Streichung der Abzugsfähigkeit von Rückvergütungen gemäß § 13 KStG (bemerkenswert auch die historische Entwicklung - vgl dazu *Tanzer*, Entwicklung und Zukunft der Körperschaftsbesteuerung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften [1983]).

³⁵⁾ Vgl insbesondere das Haftungsprivileg, welches bei den praktisch allein relevanten Genossenschaften mit beschränkter Haftung trotz der gesetzlichen Nachschusspflicht (§ 76 GenG) fast ebenso stark ausgebildet ist wie bei Kapitalgesellschaften, ohne dass die Aufbringung und Erhaltung eines Mindestnennkapitals als Haftungsfonds für die Gläubiger sichergestellt wäre (vgl dazu aber FN 36); hervorzuheben ist weiters die durch Verzicht auf Notariatsaktsform oder

aber andererseits - fast könnte man glauben, als Preis dafür³⁶⁾ - den Wirkungskreis im Sinne der Förderzweckbindung, also der Ausrichtung auf fördernde Zweckgeschäfte mit den eigenen Mitgliedern (§§ 1 Abs 1, 5a Z 1 GenG) ein. Ziel dieser Einschränkung dürfte es sein, die Mitglieder letztlich vor sich selbst bzw vor den aus ihrem Kreis stammenden und daher ebenso geschäftsunerfahrenen Vorstandsmitgliedern zu schützen³⁷⁾ - „Schuster bleib bei deinem Leisten“ als vom Gesetzgeber für verbindlich erklärtes Motto.

Ob diese Wertungen heute noch volle Überzeugungskraft und Gültigkeit haben, könnte angesichts der veränderten Verhältnisse zumin-

notarielle Beurkundung ermöglichte Kostenersparnis bei Abschluss und Änderung des Genossenschaftsvertrages (vgl §§ 3, 9 Abs 1 GenG); ebenfalls der Kostenersparnis dient der weitgehende Verzicht auf notarielle Beglaubigung bei Anmeldungen zur Eintragung in das Firmenbuch (§ 7 GenG); zu anderen Beispielen vgl *Keinert*, Genossenschaftsrecht, Rz 20 f und (zum „Kartellrechtsprivileg“) Rz 801 ff.

³⁶⁾ So erscheint es zunächst vielleicht naheliegend, die Einschränkung des Geschäftskreises gewissermaßen als Ausgleich für das Privileg des weitgehenden Verzichts auf Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln zu deuten; eine Parallele dazu könnte man im Vereinsgesetz 1951 sehen, das einerseits gänzlich auf Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregeln verzichtet (vgl aber immerhin das aus § 2 VerG abzuleitende Gewinnausschüttungsverbot, dessen Verletzung Rückzahlungsansprüche analog §§ 52, 56 AktG, § 83 GmbHG auslöst - dazu und zu anderen möglichen Ersatzkonstruktionen grundlegend *Ostheim*, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeiten von Vereinen, in: *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer [1988] 117 [202 ff]), andererseits aber die Bildung von „auf Gewinn berechneten Vereinen“ ausschließt; in der Verwaltungspraxis wird dann jedoch eine sehr umfassende wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen als „Nebenzweck“ toleriert - vgl zum Problem *Krejci*, Zum Organisationsrecht wirtschaftlich tätiger ideeller Vereine, in: *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 51 (61 ff); siehe auch *Fessler/Keller*, Österreichisches Vereinsrecht⁷ (1990) 13 ff mwN. Letztlich können die angedeuteten Defizite bei der Kapitalsicherung und die damit angesprochenen Gläubigerschutzgesichtspunkte die Einschränkung des Geschäftskreises der Genossenschaften aber schon deshalb nicht rechtfertigen, weil diese Einschränkungen unterschiedslos auch für die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung gelten. Außerdem muss man einwenden, dass wegen der bankwesenrechtlichen Solvabilitätskriterien die Eigenkapitalausstattung von Kreditgenossenschaften in Relation zum Geschäftsvolumen nicht grundsätzlich schlechter sein kann als die von Aktienbanken.

³⁷⁾ Vgl *Paulick*, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung 25, der auch das Bemühen des Gesetzgebers betont, den Wirkungsbereich der Genossenschaft auf einen räumlich engbegrenzten Bezirk zu beschränken und einer durch kapitalistische Tendenzen drohenden „Entartung“ der Genossenschaft vorzubeugen. Kritisch zur angeblichen Beschränkung des räumlichen Wirkungsbereichs zu Recht *Welling*, Die Beteiligung der eingetragenen Genossenschaft an anderen Gesellschaften nach geltendem und künftigem Recht (1966) 93.

dest in mancher Hinsicht bezweifelt werden³⁸⁾. So ist insbesondere im Kreditgenossenschaftsbereich durch das BWG ein professionelles Bankmanagement durch qualifizierte Geschäftsleiter sichergestellt (vgl § 2 Z 1 lit b und § 5 Abs 1 Z 8 BWG), was zumindest eine mit der idealtypisch vorausgesetzten Unerfahrenheit des genossenschaftlichen Managements begründete Einschränkung der Privatautonomie als systemwidrig erscheinen ließe. Unverändert gültig bleibt allerdings der Gedanke der Unerfahrenheit der Mitglieder, welche die Kontrollfunktion des Eigentümers gegenüber dem Management kaum effektiv ausüben können³⁹⁾.

Der praktisch wichtigere Beweggrund für das positivrechtliche Festhalten an der Förderzweckbindung der Genossenschaften dürfte jedoch im Gedanken der Abgrenzung der Gesellschaftstypen voneinander liegen⁴⁰⁾. Wenn der Gesetzgeber mit dem numerus clausus der Gesellschaftsformen die sonst privatautonom mögliche Entstehung einer unüberblickbaren Fülle von Gesellschaftsformen vermeiden und letztlich also ein gewisses Maß an Rechtssicherheit gewährleisten will, dann ist es nur konsequent, wenn er für eine Abgrenzung der Rechtsformen untereinander sorgt und der Genossenschaft zB die Verfolgung „kapitalistischer Ziele“ im Sinne eines auf Dividendenausschüttung gerichteten Gewinnstrebens untersagt, weil insoweit schon die Rechtsformen der GmbH und der AG zur Verfügung stehen⁴¹⁾. Die Genossenschaft als eigenständige Gesellschaftsform und als historisches „Ge-

³⁸⁾ Allerdings hat der Gesetzgeber 1997 seine fürsorgliche Grundhaltung bestätigt, indem er am Prinzip der Genossenschaftsrevision als Gebarungsprüfung festhielt. Die Genossenschaftsrevision geht über eine bloße Abschlussprüfung insofern inhaltlich hinaus, als Genossenschaften insbesondere auch auf die Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit ihrer Einrichtungen und ihrer Geschäftsführung zu prüfen sind. Auch die Revision bezweckt primär den Mitgliederschutz, aber auch - und zwar seit dem GenRevRÄG 1997 nicht mehr reflexartig - den Gläubigerschutz (vgl ErläutRV 840 BlgNR 20. GP 16).

³⁹⁾ Hinzu kommt häufig ein nicht zuletzt durch sehr geringe Geschäftsanteile (etwa in der Größenordnung von ÖS 100,-) bedingtes Desinteresse am Schicksal der Genossenschaft. Vgl dazu auch die von der „Principal-Agent Theorie“ an der Rechtsform der Genossenschaft geübte Kritik, dass sie zu einem Übergewicht des Managements (des Agents) gegenüber dem Eigentümer (Principal) tendiere - dazu *Brazda/Nilsson*, Konsum Österreich - ein Fall und seine Struktur, ZfG 1997, 84.

⁴⁰⁾ Vgl auch *Steding/Fiedler* (FN 5) 39: Durch die Beteiligungsschranken wie auch durch die allgemeine Förderzweckbindung der Genossenschaft solle sichergestellt werden, „dass die für den spezifisch genossenschaftlichen Förderzweck geschaffene Rechtsform nicht außerhalb des vom Gesetz vorgesehenen Typus verwendet wird.“

⁴¹⁾ *Beuthien*, Genossenschaftsgesetz¹³ (2000) § 1 Rz 8.

genmodell zur kapitalistisch strukturierten AG⁴²⁾ hat im Rahmen des numerus clausus eben nur dann eine Daseinsberechtigung, wenn sie sich von anderen unterscheidet, und die wichtigste Eigenart der Genossenschaft liegt nun einmal in der dargestellten und vom Gesetzgeber im GenRevG 1997 bestätigten⁴³⁾ Förderzweckbindung. Andererseits ist die allgemein zu beobachtende Tendenz zur Typenvermischung und Typenangleichung zu berücksichtigen. Noch schwerer wiegt aber, dass die Schärfe, mit der das Gesetz auf Verletzungen der Förderzweckbindung reagiert (Stichwort: Strafbarkeit der Organmitglieder gemäß § 88, Auflösung der Genossenschaft durch die Verwaltungsbehörde gemäß § 37 und Einsichtsrecht der Verwaltungsbehörde in das Protokollbuch gemäß § 34 Abs 2 GenG), nur historisch verständlich ist: Die Wurzel liegt in obrigkeitsstaatlichen Befürchtungen des 19. Jahrhunderts, die Genossenschaft könnte als Deckmantel für politische (insbesondere sozialdemokratische) Umtriebe mißbraucht werden. Dies ist für das deutsche Recht umfassend nachgewiesen worden⁴⁴⁾ und war in Österreich nicht anders⁴⁵⁾.

⁴²⁾ *Steding*, NZG 1999, 282.

⁴³⁾ Der Gesetzgeber hat zuletzt mit dem GenRevG 1997 ein deutliches Signal gesetzt, dass er den Förderungsauftrag ernst genommen wissen will. Die Genossenschaften sind gemäß § 1 Abs 1 GenRevG 1997 durch einen unabhängigen und weisungsfreien Revisor insbesondere auf die Erfüllung des Förderungsauftrages zu prüfen (vgl demgegenüber keine ausdrückliche Erwähnung des Förderungsauftrages in § 1 GenRevG 1903 und in §§ 16, 21 GenRevV 1903). Im Revisionsbericht ist ua das Ergebnis der Prüfung der Genossenschaft auf die Erfüllung des Förderungsauftrages darzulegen (§ 5 Abs 1 GenRevG). Die Materialien zum GenRevG begründen die ausdrückliche Erwähnung des Förderungsauftrages mit dessen „Bedeutung ... für das Genossenschaftsrecht“, ohne diese Bedeutung allerdings näher zu erläutern - vgl 840 BlgNR 20. GP 19.

⁴⁴⁾ *Schulze-Delitzsch* musste bei den Verhandlungen über das Preußische GenG 1867 entsprechende Bestimmungen letztlich akzeptieren, um der Konzessionspflicht zu entgehen und die Bedenken der Preußischen Regierung zu zerstreuen, welche die Genossenschaftsbewegung im geistigen Umfeld der zeitgleich aufkommenden Sozialdemokratie sah und ihr schon deshalb misstraute - vgl zu dieser Wurzel der Förderzweckbindung im preußischen GenG zB *Wellig*, Die Beteiligung der eingetragenen Genossenschaft an anderen Gesellschaften nach geltendem und künftigen Recht (1966) 105 ff (mwN); zusammenfassend *Kohle*, Die Genossenschaft - eine Rechtsform der Zukunft? ZIP 1991, 905 (909 mwN): „Der wirtschaftliche Förderzweck war das juristische Vehikel, mit dem vor allem das Verbot politischer Betätigung garantiert werden sollte.“ Vgl daran anknüpfend auch die rechtspolitischen Überlegungen von *Steding*, Fortbildung des deutschen Genossenschaftsrechts (Vorträge und Aufsätze des Forschungsvereins für Genossenschaftswesen der Universität Wien, Heft 23 [2000] 15 f) zu einer künftigen Zweckoffenheit der Genossenschaft.

⁴⁵⁾ Das österreichische GenG orientierte sich allgemein am Vorbild des aus dem Preußischen GenG 1867 hervorgegangenen Norddeutschen GenG 1868 - vgl die

Da derartige politisch motivierte Befürchtungen heute hinfällig sind, bleiben nur die an sich plausiblen systematischen Vorstellungen des Gesellschaftsrechtsgesetzgebers, die wertungsmäßig jedoch kein tragfähiges Fundament für eine echte Benachteiligung der Rechtsform Genossenschaft im Wettbewerb mit Unternehmen anderer Rechtsform bilden würden⁴⁶⁾. Wo also ein enges Verständnis der Förderzweckbindung des Beteiligungserwerbs von Genossenschaften tatsächlich zu einer solchen Benachteiligung der Rechtsform Genossenschaft führen müßte, ist es tunlichst zu vermeiden.

Dazu nur ein Beispiel: In jüngerer Zeit sind viele Bankfachleute der Ansicht, die Zinsspannen im klassischen Kreditgeschäft seien so gering geworden, dass keine Bank davon leben könnte, wenn sie nicht auch anderweitig, vor allem im Beteiligungsbereich, aber auch zB bei Wertpapierveranlagungen Geld verdienen würde. Soll dieser Ausweg Kreditgenossenschaften tatsächlich von vornherein verwehrt sein, während er für Banken anderer Rechtsform im Rahmen der durch § 29 BWG gezogenen Grenzen⁴⁷⁾ gangbar ist? Soll dies am Ende gar selbst dann gelten, wenn Gewinne in anderen Bereichen erforderlich sind, um im Zweckgeschäftsbereich insbesondere Kredite zu günstigen (oder auch nur konkurrenzfähigen) Konditionen offerieren zu können⁴⁸⁾?

Allgemeinen Motive der Regierungsvorlage zum GenG 1873 (abgedruckt bei *Kaserer*, Das Gesetz über Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften mit Materialien [1873] 47). Auch was konkret die Auflösungskompetenz der Verwaltungsbehörde und die Strafbarkeit der Förderzwecküberschreitung betrifft, knüpfte man letztlich an das deutsche Vorbild an (vgl den Ausschlußbericht des Abgeordnetenhauses, abgedruckt bei *Kaserer* [aaO] 75, wo die Strafbarkeit nach § 88 damit begründet wurde, dass „sich die Genossenschaften wirklich nur auf ihr wirtschaftliches Gebiet beschränken sollen, und es für sie nur von Übel sein kann, wenn sie dasselbe verlassen“; ausdrücklich wird aaO unter anderem auch darauf hingewiesen, dass ein Verein, der Zwecke politischer Natur verfolgen wolle, sich eben „dem Vereinsgesetz“ unterwerfen müsse.

⁴⁶⁾ Vgl auch *Welling* (FN 44) 91: Eine Autonomiebegrenzung zu dem Ziel, eine Rechtsform um ihrer selbst willen zu schützen, liege dem Gesetz fern; ein so scharfer Typenschutz müsse einen einleuchtenden Grund haben, der nicht nur in der Forderung liegen könne, die „Reinheit der Rechtsform zu wahren.“

⁴⁷⁾ Nach § 29 Abs 1 und 2 BWG unterliegt der Beteiligungserwerb durch Kreditinstitute an Unternehmen, die weder Kreditinstitute noch Vertragsversicherungsunternehmen noch Unternehmen sind, deren Tätigkeit in direkter Verlängerung zu der Banktätigkeit steht oder eine Hilfstätigkeit in bezug auf diese darstellt, einer doppelten Begrenzung: Der Buchwert der einzelnen Beteiligung darf 15 % und der Buchwert all dieser Beteiligungen zusammen darf 60% der anrechenbaren Eigenmittel des Kreditinstitutes nicht überschreiten. Nicht einzubeziehen sind Anteile in den Fällen des § 29 Abs 3 BWG (dazu 2.2. aE).

⁴⁸⁾ Vgl auch die schon erwähnte OGHE HS 5548/47 (am Ende): Dort hatte die Wohnbaugenossenschaft vorgebracht, dass eine Ablehnung des 80 %igen Betei-

Von dieser Überlegung her kann es im Folgenden nur darum gehen, die Förderzweckbindung des Beteiligungserwerbs auf ihren legitimen Anwendungsbereich zu reduzieren.

2.2. § 1 Abs 2 GenG als nicht abschließende Regelung des Beteiligungsproblems

Analysiert man zunächst einmal den § 1 Abs 2 GenG, dann zeigt sich, dass dieser vom objektiven Zweck und vom Wortlaut her keine abschließende Regelung der Zulässigkeit eines Anteilerwerbs durch Genossenschaften enthält, obwohl er von den Autoren der ErläutRV als abschließend gedacht gewesen sein dürfte⁴⁹⁾. § 1 Abs 2 GenG sagt keineswegs, eine Genossenschaft dürfe Anteile an einem anderen Rechtsträger *nur dann* erwerben, wenn dieser andere Rechtsträger die Mitglieder der Genossenschaft im Sinne des satzungsmäßigen Zwecks der Genossenschaft fördert⁵⁰⁾. Vielmehr beschränkt er sich darauf, die Beteiligung zum möglichen Förderinstrument zu erklären und damit indirekt die Zulässigkeit einer genossenschaftlichen Beteiligung an satzungsgemäß fördernden Unternehmen klarzustellen. Eine Aussage über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines aus anderen Gründen angestrebten Anteilerwerbs ist dem nicht zu entnehmen.

Gerade weil es in § 1 Abs 2 GenG lediglich um die Beteiligung als Mittel zur Förderung der Mitglieder geht, ist es auch terminologisch korrekt, wenn die Bestimmung von „Beteiligung“ und nicht allgemein von „Anteilen“ spricht. § 1 Abs 2 GenG definiert den verwendeten Beteiligungsbegriff zwar nicht näher, meint aber deutlich den terminus technicus der unternehmerischen Beteiligung⁵¹⁾. „Beteiligungen“

ligungserwerbs an der WohnbaugmbH - genauer eine Ablehnung der Kenntnissnahme dieses Erwerbsvorgangs - „materiellrechtlich die Liquidation“ der GmbH (und damit wohl auch schweren Schaden für die Genossenschaft) zur Folge haben müsste.

⁴⁹⁾ Vgl ErläutRV 815 BlgNR 13. GP 5 - dargestellt oben 1. bei FN 19 und 20.

⁵⁰⁾ So aber sinngemäß (und, wie gesagt, wohl im Einklang mit den Materialien) die hM - repräsentativ zB die Darstellung bei *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch, 128: „Die Beteiligung wurde an die Bedingung geknüpft, dass sie der Erfüllung des satzungsmäßigen Zweckes und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen der Einlagen dient.“ Vom Wortlaut her viel eher in diesem Sinne interpretierbar wäre § 1 Abs 2 dGenG (Text in FN 59), der aber von der deutschen hM wesentlich großzügiger ausgelegt wird - dazu unten 2.3.1.

⁵¹⁾ *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch, 129; für Maßgeblichkeit dieses Beteiligungsbegriffs (konkret wird auf § 271 dHGB, der § 228 öHGB weitgehend entspricht,

in diesem Sinne sind (und waren auch schon zur Zeit der Entstehung der Vorschrift⁵²⁾) Anteile an anderen Unternehmen, die bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesen Unternehmen zu dienen (vgl § 228 Abs 1 Satz 1 HGB sowie § 2 Z 2 und § 29 BWG). Anteile gelten heute im Zweifel dann als unternehmerische Beteiligung, wenn sie wenigstens 20 % des Nennkapitals erreichen (§ 228 Abs 1 Satz 3 HGB⁵³⁾). Die dauernde dem eigenen Geschäftsbetrieb dienende Verbindung kann aber auch durch Syndikatsvereinbarungen⁵⁴⁾ oder bei Beteiligung an Sekundärgenossenschaften durch deren Satzungsgestaltung bewirkt werden. Für die Anknüpfung an diesen gesetzlich umrissenen Beteiligungsbegriff spricht jedenfalls, dass die Genossenschaft das andere Unternehmen nur bei einer solchen auf Dauer angelegten Verbindung unmittelbar zur Verwirklichung ihres eigenen Förderungsauftrages einsetzen kann. Nur so kann sie sicherstellen, dass im Geschäftsbetrieb des Beteiligungsunternehmens den Mitgliedern der Genossenschaft Förderleistungen angeboten werden.

Lediglich wenn das Beteiligungsunternehmen selbst zur Erfüllung des Zweckgeschäfts eingesetzt wird, ist auch die in § 1 Abs 2 GenG deutlich zum Ausdruck gebrachte Skepsis des Gesetzgebers im Hinblick auf die Erwirtschaftung von „Erträgen der Einlage“ berechtigt. Im Zweckgeschäftsbereich soll die Genossenschaft, wie gesagt, nicht den eigenen Nutzen maximieren, sondern die im Bereich der Hilfs- und Gegengeschäfte durchaus anzustrebenden Vorteile an ihre Mitglieder weiterleiten.

verwiesen) auch *Steding/Fiedler* (FN 5) 28 f; offen lassend *Keinert*, Genossenschaftsrecht, Rz 143 (in FN 35).

⁵²⁾ Zu Recht hat *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch 129, in diesem Zusammenhang auf § 131 Abs 1 A II Z 7 AktG (idF vor der Aufhebung durch das RLG), auf § 10 Abs 1 Z 2 KWG (iVm § 8 Abs 1 Z 1 KWG Bewilligungspflicht bei Erwerb dauernder „Beteiligungen“) sowie auf § 10 KStG (Schachtelprivileg) verwiesen. Nach § 131 Abs 1 A II Z 7 AktG wurden als „Beteiligungen“ nur solche Anteile an anderen Unternehmen verstanden, die zum Anlagevermögen der AG gehörten; sonstige Aktien, die nicht dauerhaften unternehmerischen Zwecken, sondern etwa der Kapitalanlage dienen, gehörten zum Umlaufvermögen.

⁵³⁾ Demgegenüber wurde eine Beteiligung nach § 131 Abs 1 A II Z 7 (aF) AktG erst ab 25 % des Nennkapitals vermutet. Für die Anwendung des § 1 Abs 2 GenG wird man insoweit aber von einem dynamischen Verständnis auszugehen haben, und eine „Beteiligung“ schon ab 20 % vermuten.

⁵⁴⁾ Syndizierung geringfügiger Beteiligungen kann der Beteiligung unternehmerischen Charakter verleihen - *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch 129.

Im Ergebnis gilt also: § 1 Abs 2 GenG trifft keine Aussage über einen „schlichten“ Anteilerwerb oder zB über einen Anteilerwerb in den Fällen des § 29 Abs 3 BWG (insbesondere Treuhandchaft oder vorübergehender Anteilerwerb zu Sanierungszwecken oder auf Grund einer Placierungsverpflichtung). § 1 Abs 2 GenG trifft weiters keine Aussage über die Zulässigkeit jener unternehmerischen Beteiligungen, die zu anderen Zwecken als zur satzungsgemäßen Förderung der Mitglieder erworben werden, die also insbesondere hilfs- oder nebensächlichen Zwecken dienen sollen.

2.3. Erwerb von Anteilen oder Beteiligungen zu hilfs-geschäftlichen Zwecken?

2.3.1. Zu Kapitalanlagezwecken

Als hilfsgeschäftlicher Zweck eines Anteilerwerbs⁵⁵⁾ käme insbesondere die Befriedigung eines Kapitalanlageinteresses der Genossenschaft in Betracht. Angesichts der generell geforderten engen Förderzweckbindung von Beteiligungen (vgl allgemein oben 1.) liegt es jedoch ganz im Sinne der österreichischen hM, wenn *Kastner* zu diesem konkreten Problem ausführt, die zweite Voraussetzung in § 1 Abs 2 (vgl „... und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen der Einlage dient“) mache deutlich, dass die bloße Kapitalanlage in Beteiligungen nicht dem Wesen der Genossenschaft entspreche⁵⁶⁾. Dasselbe gilt, wenn es an anderer Stelle bei ihm heißt, bloß vorübergehender Anteilerwerb könne - wenigstens regelmäßig⁵⁷⁾ - nicht dem Förderungszweck dienen; spekulativer Aktienerwerb könne zB nicht Aufgabe einer Genossenschaft sein⁵⁸⁾.

⁵⁵⁾ Das Erwerbsgeschäft selbst ist auch im Anwendungsbereich des § 1 Abs 2 GenG, also bei einer Beteiligung an einem die Genossenschaft satzungsgemäß fördernden Unternehmen, bloßes Hilfsgeschäft.

⁵⁶⁾ *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch 128. Nimmt man *Kastners* eigene Beteiligungsdefinition (vgl oben 2.2.) ernst, dann schließt diese Aussage nicht aus, dass er einen geringfügigen Aktienerwerb zu Kapitalanlagezwecken für zulässig gehalten hätte. Freilich hätte man dann eine entsprechende Klarstellung erwarten dürfen.

⁵⁷⁾ Worin die mit dieser Einschränkung angedeutete Möglichkeit einer Ausnahme bestehen könnte, führt *Kastner* leider nicht näher aus.

⁵⁸⁾ *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch 129; zustimmend offenbar *Feil* in *Feil/Perkounigg/Igerz*, Die Genossenschaft, Rz 23.

Die deutsche Lehre bejaht bei ähnlicher Gesetzeslage⁵⁹⁾ hingegen überwiegend die Zulässigkeit eines Anteilerwerbs zu Kapitalanlagezwecken⁶⁰⁾, wobei manche Autoren allerdings bemerkenswerte Einschränkungen machen⁶¹⁾. So räumt insbesondere *Beuthien* zwar ein, nicht jeder Anteilerwerb⁶²⁾ könne nur am Gegenstand der Mitgliederwirtschaften gemessen werden; vielmehr müsse der Genossenschaft ein ausreichender Spielraum zur Förderkapitalbildung und zur Förderkapitalanlage offenstehen. Er verlangt aber, dass diese Kapitalanlage im Dienst der nichterwerbswirtschaftlichen Förderwirtschaft der Genossenschaft stehe: insbesondere dürfe die Genossenschaft ihren Zweck nicht darin sehen, aus der Anlage ihres Kapitals (namentlich in Aktien) Gewinne zur verwendungszweckfreien Ausschüttung an die Mitglieder zu erzielen. Außerdem dürften die in die Kapitalanlage gesteckten Mittel nicht außer Verhältnis zum Umfang der Zweckgeschäfte mit den Mitgliedern und zu dem daraus folgenden Kapitalbedarf stehen. So will *Beuthien*⁶³⁾ es nicht - oder zumindest nicht unbegrenzt - genügen lassen, wenn eine Genossenschaft die Kapitalzinserträge, die sie mittels beliebiger Beteiligungen erzielt, in Förderanlagen investieren oder dazu benutzen möchte, ihre Fördergeschäftskosten zu decken. Dies scheine genossenschaftsrechtlich unbedenklich zu sein, entspreche aber nicht der in § 1 Abs 1 dGenG vorausgesetzten Art von Förderwirtschaft. Danach solle eine Genossenschaft nur so viel Reservekapital bilden, wie sie benötigt, um ihren statutarisch näher bestimmten Förderzweck zu erfüllen und für die Zukunft zu sichern. Dagegen dürfe sie nicht beliebig Spekulationskapital ansammeln, und

⁵⁹⁾ Vgl § 1 Abs 2 dGenG: „Eine Beteiligung an Gesellschaften und sonstigen Personenvereinigungen einschließlich der Körperschaften des öffentlichen Rechts ist zulässig, wenn sie

1. der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder der Genossenschaft oder,
2. ohne den alleinigen oder überwiegenden Zweck der Genossenschaft zu bilden, gemeinnützigen Bestrebungen der Genossenschaft zu dienen bestimmt ist.

⁶⁰⁾ So insb *Müller*, GenG² § 1 Rz 60; *Bauer in Schubert/Steder*, Genossenschaftshandbuch II (24. Lfg. 1987) § 1 Rz 21; *Welling* (FN 44) 93; AA *Paulick*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft (1956) 81.

⁶¹⁾ *Beuthien*, GenG¹³ (2000) § 1 Rz 69; *Beuthien*, Genossenschaftsrecht: woher - wohin? (1989) 126 f; vgl auch *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, GenG³³ (1997) § 1 Rz 294 f.

⁶²⁾ Vgl *Beuthien*, GenG¹³ (2000) § 1 Rz 69, wo allerdings von „Beteiligung“ die Rede ist, ohne dass dies im hier verwendeten technischen Sinne des § 228 HGB gemeint wäre.

⁶³⁾ *Beuthien*, Genossenschaftsrecht: woher - wohin? (1989) 126 f.

zwar auch nicht, um aus den Anlagegewinnen ihre Förderwirtschaft zu finanzieren. Förderwirtschaftlich überschüssiges Eigenkapital habe die Genossenschaft grundsätzlich so bald wie möglich in Gestalt günstigerer Förderleistungspreise oder durch Rückvergütungen an die Mitglieder abzubauen. Die geschäftspolitische Grenze zwischen einer angemessenen förderzweckbezogenen Rücklagenbildung und der Ansammlung unnötigen Anlagekapitals sei gewiss fließend, aber sie bestehe.

ME ist die in Österreich verneinte grundsätzliche Zulässigkeit eines Anteils- oder Beteiligungserwerbs zu Kapitalanlagezwecken in Wahrheit recht unproblematisch. Schwierigkeiten bereitet hingegen die von *Beuthien* aufgeworfene Abgrenzungsfrage nach der Verhältnismäßigkeit des Kapitaleinsatzes. Aber zunächst zum allgemeineren Problem:

Ein generelles Verbot des schlichten Anteils- oder Beteiligungserwerbs oder des Erwerbs einer unternehmerischen Beteiligung zum Zwecke der Kapitalanlage könnte sich nach dem unter 2.2. Gesagten nur aus der in § 1 Abs 1 GenG zum Ausdruck gebrachten grundsätzlichen Ausrichtung der Genossenschaft auf die naturale Förderung ihrer Mitglieder ergeben⁶⁴). Bei Verfolgung eines sachlich gerechtfertigten Kapitalanlagezweckes kann es deshalb keine Rolle spielen, ob mit der gewählten Kapitalanlage auch Anteilsrechte an einem anderen Rechtsträger (bis hin zu einem unternehmerischen Einfluss) verbunden sind. Andernfalls müßte man annehmen, eine Genossenschaft dürfe wegen § 1 Abs 2 GenG keine Aktien eines branchenfremden Industrieunternehmens erwerben, wohl aber (im Rahmen des § 1 Abs 1 GenG) zB derivative Finanzinstrumente, wie etwa Optionen auf einen Aktienindex, nur weil es im letzteren Fall nicht um einen Anteils- oder Beteiligungserwerb geht. Dies kann nicht wahr sein und zeigt abermals, dass alle Kapitalanlageformen anhand desselben Maßstabs zu beurteilen sein müssen, und zwar ausschließlich anhand der allgemeinen Förderzweckbindung gemäß § 1 Abs 1 GenG. Der Ausrichtung am Förderzweck widersprechen würde der Erwerb von Anteilen oder Beteiligungen an Unternehmen, die in

⁶⁴) Bei schlichtem Anteils- oder Beteiligungserwerb kann man sich hierzu auch darauf berufen, dass § 1 Abs 2 GenG nur von „Beteiligung“ spricht, womit, wie dargelegt, eine unternehmerische Beteiligung gemeint ist (heute § 228 Abs 1 HGB); insoweit zutreffend *Bauer*, in: *Schubert/Steder*, Genossenschaftshandbuch II (24. Lfg. 1987) § 1 Rz 21, der allerdings zu Unrecht im Umkehrschluss meint, der Erwerb einer 20 %igen oder noch höheren Beteiligung zu bloßen Kapitalanlagezwecken sei nach § 1 Abs 2 dGenG verboten - dagegen zu Recht *Lang/Weidmüller/Metz/Schaffland*, GenC³³ (1997) § 1 Rz 294; zum Problem auch bei FN 70.

keinem Zusammenhang mit der naturalen Mitgliederförderung stehen, jedenfalls dann, wenn die Erträge aus dieser Kapitalanlage als Dividende an die Mitglieder weitergereicht werden sollen. Es läge dann eine unbestrittenermaßen unzulässige „Dividendengenossenschaft“ vor⁶⁵.

Vorbehaltlich einer Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Kapitaleinsatzes wird der Ausrichtung auf den Förderzweck dagegen genüge getan, wenn der Beteiligungserwerb der Förderkapitalbildung und -anlage dient. Dies bedeutet, dass der Beteiligungserwerb dazu bestimmt (und ex ante geeignet) sein muss, der Genossenschaft durch entsprechende Verwendung der Renditen bzw des angesammelten Kapitals die satzungsgemäße Förderung ihrer Mitglieder zu ermöglichen oder diese zu erleichtern. Die Förderkapitalanlage unterscheidet sich dann nicht grundsätzlich von anderen Hilfgeschäften, welche die Genossenschaft abschließen muss, um ihren Zweck optimal erfüllen zu können. Eine Genossenschaft kann eben auch vor der Notwendigkeit stehen, Kapital zu bilden und anzulegen, um zB durch spätere Investitionen ihren Zweck, nämlich die jeweilige satzungsgemäße⁶⁶) wirtschaftliche Förderung der Mitglieder, langfristig verwirklichen zu können⁶⁷). Auch wegen des schon erwähnten Wettbewerbs mit Unternehmen anderer Rechtsform, die keinerlei Beschränkungen ihrer Anlagemöglichkeiten unterliegen, ist anzuerkennen, dass die Genossenschaft nicht gehindert sein kann, das für die Förderkapitalanlage und -bildung verfügbare und notwendige Kapital bestmöglich anzulegen - also je nach Marktlage etwa auch unmittelbar in Aktien⁶⁸). Wenigstens von Gesetzes wegen⁶⁹) ist die Genossenschaft diesbezüglich sowohl bei der Frage

⁶⁵) Zu deren Unzulässigkeit vgl *Beuthien*, GenG¹³ (2000) § 1 Rz 8 mwN.

⁶⁶) Die Satzung sollte die bezweckte Form der Förderung eigentlich näher präzisieren; vgl dazu bereits FN 28.

⁶⁷) Auch in der strafrechtlichen Entscheidung des OGH JBl 1980, 328 wird die grundsätzliche Notwendigkeit der Kapitalanlage (dort in Form eines Darlehens an eine Bank) nicht in Frage gestellt.

⁶⁸) Die steuerrechtliche Notwendigkeit gemäß § 14 Abs 5 EStG, für Abfertigungsrückstellungen eine Wertpapierdeckung einzurichten, liefert für den hier vertretenen Standpunkt kein zusätzliches Argument, denn Aktien (oder Anteilscheine an Aktienfonds) werden in § 14 Abs 5 EStG gerade nicht als zulässige Form der Wertpapierdeckung genannt.

⁶⁹) Im Einzelfall können freilich zusätzliche genossenschaftsvertragliche Schranken bestehen: Vgl das schon erwähnte Verbot „spekulativer Eigengeschäfte“ in Mustersatzungen für Primärbanken des Raiffeisensektors (FN 3; dazu aber auch OGH HS 25.234/6, wo dieses Verbot wegen gleichzeitiger Zulassung des An- und Verkaufs von Wertpapieren einschränkend ausgelegt wurde). Au-

der Auswahl und Risikostreuung eines allfälligen Aktienportefeuilles als auch bei der Festlegung des Beteiligungsausmaßes (bloß geringfügiger Anteilserwerb oder Erwerb von die Beteiligungsvermutung nach § 228 Abs 1 Satz 3 HGB auslösenden Anteilen) grundsätzlich frei⁷⁰).

Nun aber zum schwierigen Problem der von *Beuthien* geforderten Verhältnismäßigkeit des Kapitaleinsatzes im Bereich der Beteiligung an nicht fördernden anderen Unternehmen: Richtig erscheint zunächst, dass eine Genossenschaft Kapital in Form beliebiger, branchenfremder Beteiligungen nicht schrankenlos ansammeln darf⁷¹. Kapitalbildung um ihrer selbst Willen hätte mit der naturalen Förderung der Mitglieder nichts mehr zu tun. Letztlich müsste die Qualität der Förderleistung darunter leiden, wenn auch jene freien Mittel, die nicht im Fördergeschäftsbetrieb als Vorsorge für spätere Investitionen oder als Risikopolster benötigt werden, in kapitalistische Beteiligungen fließen würden, anstatt durch günstige Konditionen bei Zweckgeschäften an die Mitglieder weitergereicht zu werden. Zweck der Genossenschaft hat gemäß § 1 Abs 1 GenG eben die Förderung der Mitglieder und nicht die Akkumulation von Kapital zu sein.

Weit weniger bedenklich erscheint selbst eine hohe kapitalistische Beteiligung jedoch dann, wenn die daraus erwirtschafteten Gewinne dazu verwendet werden, die Förderwirtschaft zu finanzieren. Natürlich könnte die Genossenschaft auch hier durch Abbau des in diesen Beteiligungen steckenden förderwirtschaftlich überschüssigen Eigenkapitals einige Zeit lang höhere Förderleistungen erbringen. Aber unter einer langfristigen Perspektive erschiene ein Abbau von Beteiligungen, deren Renditen zur Finanzierung der Förderwirtschaft ver-

Berdem kann die Selbstveranlagung von Geldern durch eine Primärbank einen Verstoß gegen die Vereinbarung des Liquiditätszuges darstellen.

⁷⁰) Insbesondere die Frage der Beteiligungshöhe wird allerdings unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles vom Management gewissenhaft zu prüfen sein. Für eine geringe prozentuelle Beteiligung spricht etwa der Gedanke der Liquidität des Aktienmarktes: Eine Rückgängigmachung einer bestimmten Portfeuille-Entscheidung ist bei geringfügiger Beteiligung leichter, als wenn 100% eines Unternehmens, das allenfalls sogar noch in einer Krise steckt, abgegeben werden sollen; andererseits kann eine höhere Beteiligungsquote faktisch zu besseren Steuerungs- und Kontrollmöglichkeiten und somit zu einem geringeren Risiko führen. Was immer im Einzelfall für zweckmäßig gehalten wird - die Zulässigkeit des zu Anlagezwecken erfolgenden Anteilserwerbs sollte mE nicht von dessen Ausmaß abhängen. So zieht denn auch *Beuthien*, GenG¹³ (2000) § 1 Rz 69 zurecht keine prozentuelle Grenze.

⁷¹ Für Kreditgenossenschaften hindert dies schon § 29 BWG - vgl oben FN 47.

wendet werden, betriebswirtschaftlich eher bedenklich. Wenn etwa der Fördergeschäftsbetrieb defizitär ist und nur durch die Einnahmen aus hohen kapitalistischen Beteiligungen aufrecht erhalten werden kann, dann muss es (mangels Überschuldung) mE der Genossenschaft überlassen bleiben, ob sie die kapitalistische Beteiligung aufrecht erhalten oder nach deren Veräußerung zB einen Versuch unternehmen will, den Fördergeschäftsbetrieb durch neue Investitionen zu reorganisieren. Aus § 1 Abs 1 GenG lassen sich für diese geschäftspolitische Entscheidung mE keine zwingenden Vorgaben in die eine oder andere Richtung ableiten.

Wenn *Beuthien* einwendet, eine „kapitalzinswirtschaftliche Beteiligungswirtschaft“ zur Deckung der Fördergeschäftskosten entsprechen nicht der in § 1 Abs 1 dGenG vorausgesetzten Art von Förderwirtschaft⁷²⁾, so hat er bei historischer Betrachtung sicherlich Recht. Der historische Gesetzgeber hat sich unter dem „gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb“ etwas anderes vorgestellt. Die Frage ist nur, ob uns dieses historische Verständnis heute noch bindet. Dagegen sprechen einmal die oben (2.1.) angestellten grundsätzlichen Überlegungen zur inneren Rechtfertigung der Förderzweckbindung. Dagegen spricht im österreichischen Recht aber auch ganz vordergründig, dass der moderne Gesetzgeber den gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb seit der Novelle 1974 gar nicht mehr erwähnt. Die Notwendigkeit natürlicher Förderung lässt sich in Österreich seither nur noch indirekt erschließen. Mehr als ein Vorrang der natürlichen Förderung der Mitglieder vor allen anderen Unternehmenszwecken ist dem heutigen § 1 Abs 1 des österreichischen GenG nicht zu entnehmen. Solange dieser Vorrang beachtet wird, kann daher mE auch ein im Verhältnis zum Kapitalbedarf des Fördergeschäftsbetriebs sehr hoher Mitteleinsatz im Bereich kapitalistischer Beteiligungen genossenschaftsrechtlich zulässig sein.

2.3.2. Zu sonstigen wirtschaftlichen Zwecken?

Auch andere wirtschaftliche Erfordernisse als die Kapitalanlage können im Einzelfall den Erwerb einer Beteiligung an einem nicht förderwirtschaftlichen Unternehmen rechtfertigen. So wird es im allgemeinen zwar zutreffen, wenn *Kastner* meint, die Errichtung eines

⁷²⁾ *Beuthien*, Genossenschaftsrecht: woher - wohin? (1989) 126.

großen Hotels durch eine der Kreditgenossenschaft gehörige (und zu diesem Zweck gegründete) GmbH sei unzulässig und das Firmenbuchgericht dürfe hier die GmbH gar nicht erst eintragen⁷³⁾ - tatsächlich hat eine Kreditgenossenschaft ihre Mitglieder, wenigstens idealtypisch, durch Bankleistungen und nicht durch günstige Übernachtungsmöglichkeiten im Hotel der Tochtergesellschaft⁷⁴⁾ zu fördern. Dennoch kann der Erwerb der Hotelbeteiligung ausnahmsweise zulässig sein:

Man stelle sich nur vor, die Kreditgenossenschaft habe den Hotelneubau unter entsprechender hypothekarischer Sicherstellung finanziert und nun gehe der Hotelerrichter noch vor Fertigstellung des Neubaus in Konkurs. Hier kann es betriebswirtschaftlich für die Kreditgenossenschaft durchaus ratsam sein, die Hotelliegenschaft im Konkurs des Hotelerrichters zu ersteigern und das Hotel selbst fertig zu bauen, um nicht eine Entwertung ihrer Sicherheiten hinnehmen zu müssen. Ein späterer Verkauf des fertig gebauten Hotels in Ruhe und ohne Not wird unter Umständen einen wesentlich höheren Ertrag bringen und den Kreditausfall wirtschaftlich ausgleichen. Die Fertigstellung des Hotelbaus dient hier letztlich mittelbar der Absicherung der Erfüllung des Förderungsauftrages. Hält man aber den Erwerb und die Fertigstellung des Hotels durch die Kreditgenossenschaft selbst für zulässig, dann gibt es keinen rechten Grund, warum der Erwerb durch eine zu diesem Zweck gegründete GmbH unzulässig sein soll. Möglicherweise erscheint es aussichtsreicher die GmbH-Anteile zu verkaufen als die Liegenschaft selbst; außerdem kann in die GmbH leichter ein Partner als Hotel-Betreiber hereingenommen werden. Auch die Gründung dieser GmbH wäre deshalb nicht Selbstzweck, sondern würde dazu dienen, Schaden von der Genossenschaft abzuwehren und dadurch mittelbar die Voraussetzungen für die Erfüllung des Förderungsauftrages zu gewährleisten. Allerdings wird man verlangen müssen, dass die Genossenschaft, nachdem sie ihr wirtschaftliches Ziel erreicht hat, das Hotel bzw den GmbH-Anteil alsbald wieder abgibt, es sei denn, die Beteiligung hätte sich inzwischen als Kapitalanlage bewährt und die Erträge wären zur Deckung der Fördergeschäftskosten erforderlich (vgl 2.3.1.).

⁷³⁾ In: *Patera*, Handbuch 128.

⁷⁴⁾ Dies gilt umso mehr als solche verbilligten Angebote durch die Tochter-GmbH als für die GmbH unzulässige verdeckte Gewinnausschüttung zu qualifizieren wären - im kapitalgesellschaftsrechtlichen Verbot verdeckter Gewinnausschüttung liegt ganz allgemein eine große Hürde für den Einsatz von in dieser Rechtsform gestalteten Beteiligungsunternehmen zur unmittelbaren Förderung der Genossenschafter.

In anderen Fällen mag es betriebswirtschaftlich vernünftig erschienen sein, einem in Not geratenen Kreditnehmer durch Teilnahme an einer Kapitalerhöhung unter die Arme zu greifen, nicht zuletzt um damit Einfluss auf dessen Geschäftsführung zu gewinnen und die gewährten Kredite zu retten (vgl für vorübergehende Stützungsaktionen schon § 29 Abs 3 Z 1 BWG). Wenn sich eine derartige Strategie nach dem Durchbruch des Eigenkapitalersatzrechts in Österreich rückblickend auch manchmal als doppelt schädlich erwiesen haben mag, weil bei Scheitern der Sanierung nicht einmal eine Konkursquote zustand und auch die bestehenden Sicherheiten nicht verwertet werden konnten, so ist dies alles doch kein genossenschaftsrechtliches Problem. Genossenschaftsrechtlich kann der seinerzeitige Beteiligungserwerb wegen Verfolgung eines zulässigen hilfsgeschäftlichen Zwecks durchaus rechtmäßig gewesen sein.

2.4. Erwerb von Anteilen oder Beteiligungen zur Erfüllung gemeinnütziger Nebenzwecke?

Das deutsche GenG gestattet in § 1 Abs 2 Z 2 eine Beteiligung, wenn sie „ohne den alleinigen oder überwiegenden Zweck der Genossenschaft zu bilden, gemeinnützigen Bestrebungen der Genossenschaft zu dienen bestimmt ist.“

Dies wird als eine Art „Nebenzweckprivileg“ gedeutet⁷⁵): Die Genossenschaft darf danach neben ihrem Hauptzweck der Mitgliederförderung gemeinnützige Zwecke verfolgen, wobei es sich aber um gemeinnützige Zwecke der Genossenschaft selbst handeln muss, was einen sachlichen Zusammenhang mit dem Unternehmensgegenstand der Genossenschaft voraussetzt (Stichwort: „Förderzweckkonnextät“; gegeben zB bei Beteiligung einer Konsumgenossenschaft an einem Verlag für Verbraucherinformation).

Das österreichische GenG kennt keine ausdrückliche gesetzliche Gestattung der Beteiligung zur Erfüllung gemeinnütziger Nebenzwecke. Die Zulässigkeit einer solchen Beteiligung hängt mE wiederum nicht von den Voraussetzungen des § 1 Abs 2 GenG, sondern im Rahmen der grundsätzlichen Förderzweckbindung nach § 1 Abs 1 GenG vor allem davon ab, ob und inwieweit die Genossenschaft selbst (zugunsten von Nichtmitgliedern) gemeinnützige Zwecke verfolgen darf.

⁷⁵) ZB *Beuthien*, GenG¹³ (2000) § 1 Rz 74.

Soweit ihr selbst die Verfolgung solcher Ziele gestattet ist, wird man gegen eine Beteiligung an gemeinnützigen Einrichtungen als Mittel zur Umsetzung dieser gemeinnützigen Zwecke nichts einzuwenden haben. Wer zB der Caritas eine Million spenden darf, der wird dieselbe Million auch als Beitrag in einen selbst gegründeten karitativen Verein fließen lassen oder einer (Privat-)Stiftung mit dem Auftrag widmen dürfen, karitative Zwecke zu verfolgen.

Die damit entscheidende Frage, ob der Genossenschaftsvertrag neben der jedenfalls vorrangigen Erfüllung des Förderungsauftrages auch ein Auftreten der Genossenschaft als Spender für gemeinnützige Zwecke oder als Förderer der Allgemeinheit zulassen kann, wird im österreichischen Schrifttum - soweit es überhaupt Stellung bezieht⁷⁶⁾ - ähnlich wie in Deutschland beurteilt. Als Nebenzweck dürfen solche Ziele verfolgt werden⁷⁷⁾. Verlangt wird zum Teil allerdings Vereinbarkeit mit dem Förderungsauftrag⁷⁸⁾, anders als die deutsche Lehre jedoch kein besonderer Konnex zwischen der primär bezweckten Förderung der Mitglieder und der als Nebenzweck zulässigen Förderung der Allgemeinheit.

Vereinbarkeit mit dem Förderungsauftrag würde jedenfalls vorliegen, wenn die Möglichkeit der Genossenschaft, ihre Förderleistung für die Mitglieder zu erbringen, durch die Verfolgung gemeinnütziger Ziele in keiner Weise beeinträchtigt wird. Allerdings könnte jeder Be-

⁷⁶⁾ Ohne echte Stellungnahme *Pramer/Pfaffenzeller*, Die Genossenschaft in Recht und Steuer (1976) 6; *Pisko*, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts (1923) 450.

⁷⁷⁾ So kann nach *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch 124, eine Genossenschaft „ideellen und ethischen Zielen als Hauptgegenstand ... im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften nicht dienen“; andere Interessen als die Förderung der Mitglieder dürfen (gemeint ist als Nebenzweck) nur verfolgt werden, „soweit sie mit der Förderung der Mitglieder vereinbar sind.“ Anders die Formulierung in *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 452 „Die unmittelbare Verfolgung ideeller oder politischer Zwecke kann nicht Gegenstand einer Gen sein“; ähnlich *Feil*, in: *Feil/Perkounigg/Igerz*, Die Genossenschaft² (1986) 59 (Rz 17). *Keinert*, Genossenschaftsrecht, Rz 124, hält ein „unmittelbares und überwiegendes Verfolgen ideeller, ethischer, kultureller oder politischer Zwecke“ für unzulässig. Dies darf man (argumento e contrario) wohl so verstehen, dass er die Verfolgung solcher Ziele als Nebenzweck (nicht „überwiegend“) gleichfalls für zulässig halten würde. Dagegen will *Keinert* wohl nicht ausdrücken, dass er auch die überwiegende Verfolgung solcher Ziele für zulässig halten würde, sofern sie nur nicht „unmittelbar“, sondern mittelbar etwa durch ein Teilnehmungsunternehmen geschieht.

⁷⁸⁾ *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch 124.

trag, der für gemeinnützige Zwecke ausgegeben wird, auch in bessere Konditionen für die Mitglieder und damit in die Verbesserung der Förderungsleistung gesteckt werden. Wenn man die Optimierung der Förderungsleistung als Ziel verabsolutieren wollte, könnte es daher keine Vereinbarkeit mit anderen ebenfalls kostenverursachenden Nebenzwecken geben. Schon um der traditionellen Zulassung als Nebenzweck Raum zu geben, muss man die Vereinbarkeit mit dem Förderungsauftrag daher in einem relativen Sinn verstehen. Zu prüfen ist lediglich, ob ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Aufwand für die Förderung der Mitglieder und dem Aufwand für die Unterstützung der Allgemeinheit gewahrt bleibt⁷⁹⁾.

III. Genossenschaftsvertragliche Zulassung der Beteiligung

Seit der GenG-Novelle 1974 hängt die Zulässigkeit eines Beteiligungserwerbs noch von einer zusätzlichen Voraussetzung ab: Gemäß dem damals eingefügten § 5a Z 2 GenG bedarf es der Aufnahme in den Genossenschaftsvertrag, wenn die Genossenschaft die Beteiligung an juristischen Personen des Handels-, des Genossenschafts- oder des Vereinsrechts oder an Personengesellschaften des Handelsrechts zulassen will. Die Bestimmung gilt schon von ihrem Wortlaut her zum Unterschied von § 1 Abs 2 GenG unabhängig davon, welche Zwecke mit dem Beteiligungserwerb verfolgt werden. Lediglich der schlichte Anteilserwerb bedarf keiner Satzungsermächtigung, weil auch in § 5a Z 2 GenG der Beteiligungsbegriff iSd § 228 HGB verwendet wird.

⁷⁹⁾ Von der Frage, was die Satzung an Nebenzwecken vorsehen darf, ist im übrigen die ganz andere Frage zu unterscheiden, inwieweit der Vorstand von sich aus, also insbesondere ohne Satzungsermächtigung, namens der Genossenschaft eine Sponsortätigkeit entfalten darf - vgl dazu *Krejci*, Die Kapitalgesellschaft als Spender und Förderer, *GesRZ* 1984, 146 ff und 199 ff, der als allgemeinen Grundsatz zurecht betont, dass die Vertretungsorgane fremdes Vermögen verwalten und nicht berechtigt sind, nach eigenem Gutdünken mit diesen fremden Mitteln sozial-, kultur-, partei- oder sonstwie politische Zwecke zu fördern, sofern sie dazu nicht durch Beschlüsse der „Eigentümerorgane“ legitimiert sind (aaO 201); ohne eine solche Legitimation seien Spendenaktivitäten nur zulässig, wenn sie etwa wegen eines entsprechenden Werbeeffekts geeignet sind, das Unternehmenswohl zu fördern (aaO 200). Für Genossenschaften wäre zu ergänzen, dass Generalversammlungsbeschlüsse, die auf eine Hintanstellung des Förderungsauftrages hinter der Förderung der Allgemeinheit gerichtet sind, dem Wesen der zum Unterschied von Kapitalgesellschaften nicht zweckneutralen Genossenschaft widersprechen würden und daher analog § 199 Abs 1 Z 3 AktG nichtig wären - vgl auch den Hinweis *Kastners*, in: *Patera*, Handbuch 124.

Jud hat die Regelung im Sinne einer Pflicht verstanden, „eine beabsichtigte Beteiligung in die Satzung aufzunehmen ..., wodurch das Registergericht überprüfen kann, ob diese Beteiligung der Erfüllung des Zweckes der Genossenschaft und nicht überwiegend der Erzielung von Erträgen dient.“⁸⁰⁾ Tatsächlich dürfte der Regelung die Vorstellung zugrunde gelegen haben, dass die Zulässigkeit der konkreten Beteiligung im Rahmen der Prüfung des Antrags auf Eintragung der Satzungsänderung geprüft wird. So heißt es in den Erläuterungen⁸¹⁾: „Die Zulassung der Beteiligung bedarf der Aufnahme in den Genossenschaftsvertrag (§ 5a Z 2), wodurch schon diese Zulassung der Prüfung durch das Registergericht unterworfen wird“; und weiter: „Um ... dem Registergericht eine Prüfungsmöglichkeit zu geben, bedürfen solche Erweiterungen des Geschäftsbetriebes der Aufnahme in den Genossenschaftsvertrag.“ Die in den Erläuterungen angesprochene Prüfung durch das (Firmenbuch-)Gericht könnte nur dann Bedeutung entfalten, wenn sie sich im Sinne *Juds* auf die Übereinstimmung der Beteiligung mit dem Förderungszweck bezöge. Dies wiederum würde die Nennung der konkreten Beteiligung im Genossenschaftsvertrag voraussetzen. Hielte man es nämlich für ausreichend, dass der Unternehmensgegenstand der Genossenschaft pauschal und abstrakt auch die Beteiligung an anderen juristischen Personen und Gesellschaften erwähnt, so ginge die Prüfung offenbar ins Leere.

Im Gesetzestext ist ein Erfordernis, die konkret beabsichtigte Beteiligung in der Satzung zu nennen, jedoch in keiner Weise zum Ausdruck gekommen. Die meisten dem Autor bekannten Genossenschaftssatzungen haben denn auch den Beteiligungserwerb einfach abstrakt zugelassen. So wiederholt etwa die durchaus repräsentative Formulierung in der Satzung der RLB NÖ (idF 1995) schlicht den Gesetzeswortlaut, wenn es dort in § 2 Abs 2 heißt: „Der Gegenstand des Unternehmens umfaßt: d) die Beteiligung an juristischen Personen des Handels-, des Genossenschafts- und des Vereinsrechts sowie an Personengesellschaften des Handelsrechts und an eingetragenen Erwerbsgesellschaften“. Die Firmenbuchpraxis beanstandet dies - soweit ersichtlich - nicht⁸²⁾. In der Tat wird man schon aus Gründen der Praktikabilität annehmen müssen, dass solche abstrakten und damit

⁸⁰⁾ ZfgG 1974, 240.

⁸¹⁾ 815 BlgNR 13. GP 5 ISp.

⁸²⁾ In der Entscheidung SZ 57/28 wurde die beantragte Eintragung der „Berechtigung zur Beteiligung an juristischen Personen des Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsrechts oder an Personengesellschaften des Handelsrechtes“ nicht etwa wegen Abstraktheit der Formulierung dieser Satzungsänderung ab-

relativ nichtssagenden Klauseln den Beteiligungserwerb entgegen *Jud* und entgegen der wahrscheinlichen Vorstellung des historischen Gesetzgebers decken. Will man den Genossenschaften erfolgreiches Wirtschaften ermöglichen, dann verbietet sich eine vom Gesetzeswortlaut her vermeidbare Auslegung, die bei jeder Ausweitung des Finanzanlagevermögens dazu zwingen würde, den umständlichen Weg über eine Satzungsänderung zu beschreiten, von selbst.

Notwendig wird eine Satzungsanpassung allerdings regelmäßig sein, wenn eine Genossenschaft sich entschließt, künftig im Rahmen der oben skizzierten allgemeinen Zulässigkeitschranken für Beteiligungen auch als Stifter nach dem Privatstiftungsgesetz auftreten zu wollen. Der Stifter ist an der Privatstiftung zwar nicht „beteiligt“⁸³⁾, aber § 5a Z 2 GenG ist mE dennoch (analog) auf Stiftungsgründungen anzuwenden: Man kann eine Privatstiftung vor allem durch entsprechende Vorbehalte in der Stiftungsurkunde so ausgestalten, dass dem Stifter eine Stellung zukommt, die derjenigen eines Gesellschafters durchaus vergleichbar ist⁸⁴⁾. Wo dies nicht geschieht, wo also geringe-

gelehnt, sondern weil weder die bei Änderung des Unternehmensgegenstandes erforderliche Zustimmung des Revisionsverbandes noch ein Nachsichtbescheid des BMJ vorgelegt worden war (vgl damals §§ 3 Abs 1, 4 GenNov 1934; heute § 27 Abs 1 GenRevG).

⁸³⁾ Die Stiftung unterscheidet sich gerade dadurch von Gesellschaften und Vereinen, dass sie keine Gesellschafter oder Mitglieder hat. Sie ist ein eigentümleres Gebilde, ein Zweckvermögen, das vom einmal beurkundeten Willen des Stifters getragen wird.

⁸⁴⁾ ZB Bestellung des Vorstands durch den Stifter (für ersten Vorstand schon § 15 Abs 4 PSG; für späteren Vorstand § 9 Abs 2 Z 1 PSG), Einsetzung des Stifters als Begünstigter gemäß § 5 PSG (allenfalls auch als Letztbegünstigter gemäß § 6 PSG), Vorbehalt von Änderungen der Stiftungserklärung gemäß § 33 Abs 2 PSG. Der Möglichkeit des Gesellschafters, die Auflösung zu beschließen, entspricht schließlich die - für juristische Personen als Stifter allerdings gemäß § 34 Satz 2 PSG ausgeschlossene - Möglichkeit, sich den Widerruf der Privatstiftung gemäß § 34 PSG vorzubehalten. Der Ausschluss juristischer Personen vom Widerrufsrecht erfordert im Falle der Stiftung durch eine Genossenschaft eine Umwegkonstruktion: Wenigstens eine natürliche Person muss neben der Genossenschaft Stifter sein, sich den Widerruf vorbehalten und sich (außerhalb der Stiftungsurkunde) der Genossenschaft gegenüber verpflichten, von dem Widerrufsrecht nach Weisung der Genossenschaft Gebrauch zu machen. Dies mag zwar auf den ersten Blick als unwirksame Umgehung erscheinen, ist es aber nicht: Der Zweck des Widerrufs-ausschlusses für juristische Personen liegt nach den ErläutRV (1132 BlgNR 18. GP 33) lediglich darin, eine zeitlich unbegrenzte Widerrufbarkeit unmöglich zu machen. Dieser Zweck bleibt bei der vorgeschlagenen Konstruktion gewahrt, weil das Widerrufsrecht, wie beabsichtigt, durch die Lebensdauer des widerrufsberechtigten Mitstifters zeitlich begrenzt ist.

re Einflussmöglichkeiten eines Stifters bestehen, folgt daraus nur, dass es für eine Genossenschaft als Stifter gefährlicher ist, einer solchen Privatstiftung Vermögen zu widmen als dieses Vermögen gegen Gewährung von Beteiligungen in eine Gesellschaft einzubringen. Die größere Gefährlichkeit gebietet einen Größenschluss dahingehend, dass die Gründung einer Stiftung umso mehr einer Aufnahme in den Genossenschaftsvertrag bedarf⁸⁵⁾. Da die üblichen Satzungsregelungen, die den Beteiligungserwerb in allen in § 5a Z 2 GenG genannten Variationen decken, nun nicht etwa so ausgelegt werden können, dass sie auch Privatstiftungen ermöglichen⁸⁶⁾, setzt die Privatstiftung durch eine Genossenschaft eine entsprechende Satzungsänderung voraus.

IV. Die wichtigsten Ergebnisse

- Gestützt auf § 1 Abs 2 GenG gestattet die österreichische hM den Genossenschaften einen schlichten Anteilerwerb, aber auch den Erwerb einer unternehmerischen Beteiligung an einem anderen Unternehmen nur dann, wenn dieses andere Unternehmen einen wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb der Genossenschaft aufweist und dem genossenschaftlichen Förderungszweck

⁸⁵⁾ Der sohin gebotenen Analogie zu § 5a GenG steht auch nicht etwa entgegen, dass die Privatstiftung keine juristische Person des Handels-, Genossenschafts- oder Vereinsrechts ist. Diese vom Gesetzgeber wahrscheinlich für vollständig gehaltene Aufzählung enthält keine erkennbare eigenständige Wertung. Auch die Genossenschaftspraxis geht im Zusammenhang mit den in § 1 Abs 2 GenG gleichfalls erwähnten Personengesellschaften zu Recht davon aus, dass dem spezifizierenden Attribut „des Handelsrechts“ keine besondere Bedeutung zukommt. So erwähnen etwa § 2 Abs 1 lit e der Satzung der RLB Steiermark (idF 1989) und § 2 Abs 2 lit d der Satzung der RLB Niederösterreich (idF 1995) zwanglos auch die eingetragenen Erwerbsgesellschaften als mögliche Beteiligungsform, obwohl es sich hierbei systematisch nicht um Personengesellschaften des Handelsrechts handelt, weil eine EEG definitionsgemäß gar kein Vollhandelsgewerbe betreiben kann und auch kein minderkaufmännisches Handelsgewerbe zu betreiben braucht. In der Lehre ist außerdem weitgehend anerkannt, dass § 1 Abs 2 GenG auch für (typische und atypische) stille Beteiligungen sowie für die Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gilt - *Kastner*, in: *Patera*, Handbuch 129; ebenso für stille Gesellschaft *Keinert*, Rz 140 (aA - arg.: „nicht genannt“ - möglicherweise für GesbR).

⁸⁶⁾ Die hier befürwortete Analogie funktioniert wegen des in ihr enthaltenen Größenschlusses nicht etwa auch als ergänzende Vertragsauslegung in die Gegenrichtung: Aus der genossenschaftsvertraglichen Zulassung einer Beteiligung an einer GmbH kann zB nicht auf die Zulassung der Gründung einer aus Sicht der Genossenschaft weniger beeinflussbaren und daher tendenziell gefährlicheren Privatstiftung geschlossen werden.

dient, wobei eine bloße Finanzierung des fördernden Geschäftsbetriebes aus den Renditen der Beteiligung nicht ausreichen soll.

- Damit schränkt die hM die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Genossenschaften in hohem Maße ein, ohne dass es hierfür eine tragfähige Wertungsgrundlage gäbe. Die systematischen Vorstellungen des Gesetzgebers zur Typenabgrenzung rechtfertigen eine Benachteiligung der Genossenschaft gegenüber anderen Rechtsformen, gegen die sie sich im Wettbewerb behaupten muss, nur sehr bedingt.
- Da der Gesetzestext für ein großzügigeres Verständnis offen ist, wäre mehr Großzügigkeit tatsächlich geboten. Ausgehend davon, dass § 1 Abs 2 GenG keine abschließende Regelung der Zulässigkeit von Beteiligungen enthält und einen schlichten Anteilerwerb überhaupt nicht betrifft, ist ein zu angemessenen hilfs- oder nebengeschäftlichen Zwecken vorgenommener Anteils- oder Beteiligungserwerb nach § 1 Abs 1 GenG auch an Unternehmen zuzulassen, die in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem Fördergeschäftsbetrieb der Genossenschaft stehen. So können von Gesetzes wegen zu Zwecken der Förderkapitalbildung und -anlage Aktien oder GmbH-Geschäftsanteile beliebiger Unternehmen erworben werden. Als zulässig erscheint auch der Erwerb einer nicht fördernden Beteiligung, mit deren Renditen der Fördergeschäftsbetrieb der Genossenschaft finanziert werden soll. Ausgeschlossen bleibt hingegen insbesondere ein Beteiligungserwerb zum Zwecke der Dividendenausschüttung an die Genossenschafter und ein Beteiligungserwerb als Selbstzweck im Sinne einer schrankenlosen Akkumulation von Kapital.
- Zur Erfüllung des § 5a Z 2 GenG, der für die Zulässigkeit einer Beteiligung zusätzlich deren Aufnahme in den Genossenschaftsvertrag verlangt, genügt eine abstrakte Umschreibung der möglichen Beteiligungen.

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.

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.

