

Genussrechte in der deutschen und Europäischen Genossenschaft

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte

durch die

**Rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster**

vorgelegt von Matthias Spilker

aus Höxter

2007

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Bernhard Großfeld LL.M

Dekan: Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

Tag der mündlichen Prüfung: 4. November 2008

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2007 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur konnten weitestgehend bis Mai 2007 berücksichtigt werden.

Bedanken möchte ich mich bei Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze, der die Arbeit betreut hat und an dessen Lehrstuhl ich von 2004 bis 2007 als wissenschaftlicher Mitarbeiter tätig sein durfte. Dank schulde ich ihm auch dafür, dass er mir die Stipendiumszeit am Institute de Droit Comparé der Université Jean Moulin 3 in Lyon ermöglicht hat. Für die freundliche Aufnahme und Betreuung in Lyon bedanke ich mich bei Prof. Frédérique Ferrand und Maître de conférences Dr. Elise Poillot. Prof. Dr. Bernhard Großfeld danke ich nicht nur für die Erstellung des Zweitgutachtens, sondern besonders herzlich auch für die vielen hilfreichen Anregungen und Verbesserungsvorschläge zu meiner Arbeit und für die Zeit, die er sich immer wieder für mich genommen hat.

Außerdem möchte ich meinen Eltern danken, die durch die großzügige Unterstützung meiner Ausbildung die Grundlage für meine Promotion geschaffen haben. Ich widme ihnen diese Arbeit.

Schließlich möchte ich mich auch bei den Freunden und Kollegen bedanken, die die Dissertation in mühevoller Arbeit durchgesehen haben und die mir während der gesamten Dissertationszeit mit Rat und Tat zur Seite standen. Insbesondere danke ich Martin Weitenberg für seinen unermüdlichen Korrektureinsatz; ebenso Andreas Stomps und meiner Freundin Andrea Lüer. Auch Dr. Alexander Donschen danke ich sehr für seine Ratschläge und die vielen Informationen rund um das Genossenschaftsrecht.

Münster, im Juli 2009

Matthias Spilker

Literaturverzeichnis

- Altenhain, Thomas*, Die Bonität einer Kreditgenossenschaft, Diss. Münster 1987, Münster 1987
zitiert: Altenhain, Die Bonität einer Kreditgenossenschaft, S.
- Altmeppen, Holger/ Roth, Günther*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Kommentar, 5. Auflage, München 2005
zitiert: Bearbeiter in: Altmeppen/ Roth, GmbHG, § Rdnr.
- Aschermann, Rolf*, Die eingetragene Genossenschaft als Beteiligungsunternehmen – Möglichkeiten und Grenzen der Arbeitnehmerbeteiligung an eingetragenen Genossenschaften, Diss. Marburg 1992, Göttingen 1992
zitiert: Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, S.
- Assmann, Heinz-Dieter/ Schütze, Rolf*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 2. Auflage, München 1997
zitiert: Bearbeiter in: Assmann/ Schütze, Handbuch des Kapitalanlagerechts, S.
- Bacher, Urban W.*, Alternative „Europäische Genossenschaft (SCE)“?, in: Henssler, Martin (Hrsg.), Europäische Integration und globaler Wettbewerb, Heidelberg 1993, S. 457 ff.
zitiert: Bacher in: Europäische Integration, S.
- Bär, Rolf*, Der Kapitalbeschaffungsgenußschein (Partizipationsschein), in: ZBJV 1965, S. 201 ff.
zitiert: Bär, ZBJV 1965, S.
- Bär, Rolf*, Partizipationsscheine, in: SAG 1976, S. 107 ff.
zitiert: Bär, SAG 1976, S.
- Baetge, Jörg/ Brüggemann, Benedikt*, Ausweis von Genussrechten auf der Passivseite der Bilanz des Emittenten, in: DB 2005, S. 2145 ff.
zitiert: Baetge/ Brüggemann, DB 2005, S.
- Barz, Katja/ Eckes, Burkhard/ Weigel, Wolfgang (PricewaterhouseCoopers)*, IAS für Banken, 2. Auflage, Frankfurt am Main 2002
zitiert: Barz/ Eckes/ Weigel (PricewaterhouseCoopers), IAS für Banken, S.
- Baudenbacher, Carl/ Oettinghaus, Stefan*, Anmerkungen zum Mehrstimmrecht im deutschen Genossenschaftsrecht, in: AG 1985, S. 269 ff.
zitiert: Baudenbacher/ Oettinghaus, AG 1985, S.
- Bauer, Heinrich/ Schubert, Rolf*, Genossenschafts-Handbuch, Kommentar, Berlin 1973
zitiert: Bauer/ Schubert, GenHb, § Rdnr.
- Baumbach, Adolf/ Hopt, Klaus J.*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 32. Auflage, München 2006
zitiert: Bearbeiter in: Baumbach/ Hopt, HGB, § Rdnr.
- Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred*, GmbH-Gesetz, Kommentar, 18. Auflage, München 2006
zitiert: Bearbeiter in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, § Rdnr.

- Bayer, Walter*, Die Anwendung aktienrechtlicher Regelungen auf die eingetragene Genossenschaft – unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des BGH, in: DStR 1999, S. 1815 ff.
zitiert: Bayer, DStR 1999, S.
- Beccarelli, Claudio*, Das Erfolgsmodell der marktorientierten Mittel- und Grossgenossenschaften in der Schweiz, in: Purtschert, Robert, Das Genossenschaftswesen in der Schweiz, 1. Auflage, Bern – Stuttgart – Wien 2005, S. 273 ff.
zitiert: Beccarelli in: Genossenschaftswesen in der Schweiz, S.
- Bethmann, Rudolf*, Der Genußschein in Theorie und Praxis, in: ZfHF 1935, S. 393 ff.
zitiert: Bethmann, ZfHF 1935, S.
- Beuthien, Volker*, Der genossenschaftliche Geschäftsanteil – Begriffliches Unding oder Schlüssel zur Öffnung der Rechtsform?, in: AG 2002, S. 266 ff.
zitiert: Beuthien, AG 2002, S.
- Beuthien, Volker*, Mit dem Herzen auf das genossenschaftliche Ganze gedacht, Der Rechtspolitiker Schulze-Delitzsch, in: Deutscher Genossenschaftsverband (Schulze-Delitzsch) e.V.i.L. (Hrsg.), Schulze-Delitzsch – ein Lebenswerk für Generationen, Wiesbaden 1987, S. 127 ff.
zitiert: Beuthien in: Schulze-Delitzsch – ein Lebenswerk für Generationen, S.
- Beuthien, Volker*, Die atypische stille Gesellschaft – Ein Weg zu mehr Eigenkapital für eingetragene Genossenschaften, in: NZG 2003, S. 849 ff.
zitiert: Beuthien, NZG 2003, S.
- Beuthien, Volker*, Genossenschaftsgesetz mit Umwandlungs- und Kartellrecht sowie Statut der Europäischen Genossenschaft, Kommentar, 14. Auflage, München 2004
zitiert: Beuthien, GenG, § oder Art. Rdnr.
- Beuthien, Volker*, Wie kapitalistisch darf eine Genossenschaft sein?, in: Genossenschaftsverband Frankfurt e.V. (Hrsg.), Freiheit und Verantwortung – Klaus Lambert, 40 Jahre Verbandsarbeit, Neu-Isenburg 2003, S. 144 ff.
zitiert: Beuthien in: FS Lambert, S.
- Beuthien, Volker*, Wie kapitalistisch darf eine Genossenschaft sein? – Zum förderwirtschaftlichen Nutzen nicht nutzender Mitglieder, in: AG 2006, S. 53 ff.
zitiert: Beuthien, AG 2006, S.
- Beuthien, Volker*, Wieviel Wandel verträgt die Genossenschaft?, 2. Auflage, Marburg 2003
zitiert: Beuthien, Wieviel Wandel verträgt die Genossenschaft?, S.
- Beuthien, Volker*, Zeit für eine Genossenschaftsreform – Idee unverbraucht – Rechtsform zu starr, in: DB 2000, S. 1161 ff.
zitiert: Beuthien: DB 2000, S.
- Beuthien, Volker/ Hüsken, Ulrich/ Aschermann, Rolf (Hrsg.)*, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, Band I, Gesetze und Verordnungen (1867-1969), Göttingen 1989
zitiert: Beuthien/ Hüsken/ Aschermann, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, S.
- Beuthien, Volker/ Meyer, Emil Heinrich/ Meulenbergh, Gottfried*, Genossenschaftsgesetz, 12. Auflage, München 1983/ 1986
zitiert: Beuthien, GenG, 12. Auflage, § Rdnr.

- Beuthien, Volker/ Meyer, Emil Heinrich/ Meulenbergh, Gottfried*, Genossenschaftsgesetz, 13. Auflage, München 2000
zitiert: Beuthien, GenG, 13. Auflage, § Rdnr.
- Bingel, Elmar/ Weidenhammer, Simon*, Ausweis des Eigenkapitals bei Personenhandels- gesellschaften im Handelsrecht – Anmerkungen zu den Hinweisen der Bundessteuerbera- terkammer, in: DStR 2006, S. 675 ff.
zitiert: Bingel/ Weidenhammer, DStR 2006, S.
- Binz, Mark K./ Freudenberg, Götz*, Ist die Rechtsform der Genossenschaft noch zeitgemäß? – Ein Rechtsformvergleich zwischen Genossenschaft und Aktiengesellschaft, in: BB 1991, S. 2473 ff.
zitiert: Binz/ Freudenberg, DB 1991, S.
- Birck, Heinrich*, Probleme der Eigenkapitalausstattung deutscher Genossenschaften, in: Weisser, Gerhard (Hrsg.), Genossenschaften und Genossenschaftsforschung – Fest- schrift zum 65. Geburtstag von Georg Draheim, 2. Auflage, Göttingen 1971, S. 109 ff.
zitiert: Birck in: FS Draheim, S.
- Blaurock, Uwe*, Handbuch der stillen Gesellschaft, 6. Auflage, Köln 2003
zitiert: Blaurock, Handbuch der stillen Gesellschaft, S.
- Blomeyer, Wolfgang*, Auf dem steinigen Weg zur Europäischen Genossenschaft, in: Harbrecht, Wolfgang/ Vogel, Wolfgang (Hrsg.), 50 Jahre Forschungsinstitut für Genos- senschaftswesen an der Universität: Beiträge zu den Festveranstaltungen am 21. und 22. Oktober 1999 in Nürnberg, Nürnberg 2000, S. 49 ff.
zitiert: Blomeyer in: 50 Jahre Forschungsinstitut, S.
- Blomeyer, Wolfgang*, Auf dem Weg zur (E)uropäischen Genossenschaft, in: BB 2000, S. 1741 ff.
zitiert: Blomeyer, BB 2000, S.
- Blomeyer, Wolfgang*, Der gesetzliche Förderungsauftrag der Genossenschaften im Wandel, in: ZfgG 1980, S. 22 ff.
zitiert: Blomeyer, ZfgG 1980, S.
- Blomeyer, Wolfgang*, Die Zukunft der Genossenschaft in der Europäischen Union an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, in: ZfgG 2000, S. 183 ff.
zitiert: Blomeyer, ZfgG 2000, S.
- Blomeyer, Wolfgang*, Genussrechte als Finanzierungselement für Genossenschaften, in: ZfgG 1993, S. 17 ff.
zitiert: Blomeyer, ZfgG 1993, S.
- Blomeyer, Wolfgang*, Neue Impulse für den Genossenschaftsgedanken: die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, in: ZfgG 1987, S. 144 ff.
zitiert: Blomeyer, ZfgG 1987, S.
- Blomeyer, Wolfgang/ Wißmann, Guido*, Die institutionelle Problematik der genossenschaftli- chen Kapitalversorgung, Tübingen 1989
zitiert: Blomeyer/ Wißmann, Die institutionelle Problematik, S.
- Blomeyer, Wolfgang/ Wißmann, Guido*, Rechtsfragen der genossenschaftlichen Kapitalver- sorgung, in: ZfgG 1987, S. 322 f.
zitiert: Blomeyer/ Wißmann, ZfgG 1987, S.

- Boemle, Max*, Der Partizipationsschein als Finanzierungselement schweizerischer Aktiengesellschaften, in: AG 1972, S. 16 ff.
zitiert: Boemle, AG 1972, S.
- Bösche, Burchard*, Reformüberlegungen zum Genossenschaftsrecht aus der Sicht des Zentralverbandes deutscher Konsumgenossenschaften, abzurufen unter: www.zdk-hamburg.de (Stand: 11/2006)
zitiert: Bösche, Reformüberlegungen zum Genossenschaftsrecht, S.
- Bösl, Konrad/ Sommer, Michael*, Mezzanine Finanzierung, Betriebswirtschaft – Zivilrecht – Steuerrecht – Bilanzrecht, München 2006
zitiert: Bearbeiter in: Bösl/ Sommer, Mezzanine Finanzierung, S.
- Boettcher, Erik*, Wie zeitgemäß ist heute noch Raiffeisen?, Köln 1982
zitiert: Boettcher, Wie zeitgemäß ist heute noch Raiffeisen?, S.
- Bondi, Arthur*, Neue Wege des Aktienrechtes, Wien – Leipzig 1933
zitiert: Bondi, Neue Wege, S.
- Boos, Karl-Heinz/ Fischer, Reinfrid/ Schulte-Mattler, Hermann*, Kreditwesengesetz – Kommentar zum KWG und Ausführungsvorschriften, 2. Auflage, München 2004
zitiert: Bearbeiter, in: KWG, § Rdnr.
- Boujong, Karlheinz/ Ebenroth, Carsten Thomas/ Joost, Detlev*, Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342a, München 2001
zitiert: Bearbeiter in: Boujong/ Ebenroth/ Joost, HGB, § Rdnr.
- Brandt, Ulrich*, Ein Überblick über die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland, in: BB 2005, Beilage Heft 8, S. 1 ff.
zitiert: Brandt, BB 2005 Beilage Heft 8, S.
- Briesemeister, Henry/ Leuschner, Carl-Friedrich*, Moderne Finanzierungsalternativen für Genossenschaften: Asset-Backed Securities, in: ZfgG 2004, S. 100 ff.
zitiert: Briesemeister/ Leuschner, ZfgG 2004, S.
- Brodmann, Erich*, Die Sanierung unseres Aktienwesens, Berlin 1931
zitiert: Brodmann, Die Sanierung unseres Aktienwesens, S.
- Brox, Hans*, Allgemeiner Teil des BGB, 30. Auflage, Köln – Berlin – Bonn – München 2006
zitiert: Brox, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr.
- Brox, Hans*, Handels- und Wertpapierrecht, 18. Auflage, München 2005
zitiert: Brox, Handels- und Wertpapierrecht, Rdnr.
- Bühler, Robert*, Zulässigkeit und Eignung von Genußrechten für die eingetragene Genossenschaft, Diss. Nürnberg 1991, Nürnberg 1991
zitiert: Bühler, Zulässigkeit und Eignung, S.
- Bundesjustizministerium*, Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz nebst Begründung, Veröffentlicht durch das Bundesjustizministerium, Bonn 1960
zitiert: Bundesjustizministerium, Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz nebst Begründung, S.

Bundesjustizministerium, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien sowie Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst erläuternden Bemerkungen, Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium, Leipzig – Berlin 1930
zitiert: Bundesjustizministerium, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, S.

Bundessteuerberaterkammer, Hinweise der Bundessteuerberaterkammer zum Ausweis des Eigenkapitals bei Personenhandelsgesellschaften im Handelsrecht, in: DStR 2006, S. 668 ff.
zitiert: Bundessteuerberaterkammer, DStR 2006, S.

Bundesverein zur Förderung des Genossenschaftsgedankens e.V. (BzFdG), Stellungnahme des Bundesvereins zur Förderung des Genossenschaftsgedankens e. V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes (GenG) vom 21. Oktober 2005, Pressemitteilung vom 12. Dezember 2005, abzurufen unter www.genossenschaftsgedanke.de (Stand 11/2006)
zitiert: BzFdG, Stellungnahme I, S.

Bundesverein zur Förderung des Genossenschaftsgedankens e.V. (BzFdG), Stellungnahme gegenüber dem Deutschen Bundestag zum Gesetzentwurf der Bundesregierung: „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts“ – Drucksache 16/1025 vom 23. März 2006, Pressemitteilung vom 27. April 2006, abzurufen unter www.genossenschaftsgedanke.de (Stand 11/2006)
zitiert: BzFdG, Stellungnahme II, S.

Busch, Torsten, Aktienrechtliche Probleme bei der Begebung von Genußrechten zwecks Eigenkapitalverbreiterung, in: AG, 1994, S. 93 ff.
zitiert: Busch, AG 1994, S.

Busch, Torsten, Schadensersatzansprüche von Genußrechtsinhabern als Eigenkapitalgebern? – Anmerkungen zum Urteil des BGH vom 5.10.1992 (Klöckner), in: AG 1993, S. 163 ff.
zitiert: Busch, AG 1993, S.

Caemmerer, Ernst von, Großgenossenschaften, in: Bundesjustizministerium (Hrsg.), Zur Reform des Genossenschaftsrechts, 1. Band, Bonn 1956, S. 161 ff.
zitiert: von Caemmerer in: Zur Reform des Genossenschaftsrechts, S.

Caemmerer, Ernst von, Obligationen als Substanzrechte, in: JZ 1951, S. 417 ff.
zitiert: von Caemmerer, JZ 1951, S.

Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV, 2. Auflage, Neuwied – Kriftel 2002
zitiert: Bearbeiter in: Calliess/ Ruffert, EUV/EGV, Art. Rdnr.

Cario, Daniela, Aufnahme von Investorenmitgliedern in die SCE?, in: ZfgG 2005, S. 146 ff.
zitiert: Cario, ZfgG 2005, S.

Casper, Matthias, Der Lückenschluß im Statut der Europäischen Aktiengesellschaft, in: Matthias Habersack (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin 2003, S. 51 ff.
zitiert: Casper in: FS Ulmer, S.

- Claussen, Carsten Peter*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 5.10.1992, Aktenzeichen II ZR 172/91, in: AG 1993, S. 132 ff.
zitiert: Claussen, AG 1993, S.
- Claussen, Carsten Peter*, Der Genußschein und seine Einsatzmöglichkeiten, in: Hadding, Walter (Hrsg.), Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984, Berlin – New York 1984, S. 81 ff.
zitiert: Claussen in: FS Werner, S.
- Claussen, Carsten Peter*, Genuß ohne Reue, in: AG 1985, S. 77 ff.
zitiert: Claussen, AG 1985, S.
- Crome, Carl*, Die partiarischen Rechtsgeschäfte nach römischen und heutigem Reichsrecht nebst Beiträgen zur Lehre der verschiedenen Arbeitsverträge, Freiburg – Leipzig – Tübingen 1897
zitiert: Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, S.
- Deichmann, Hans*, Die Mitwirkung der Genußscheine bei Finanzierungsvorgängen der deutschen Aktiengesellschaften, in: ZfHF 1924, S. 529 ff.
zitiert: Deichmann, ZfHF 1924, S.
- Deumer, Robert*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaften, München – Leipzig 1912
zitiert: Deumer, Der Recht der eG, S.
- Dilcher, Gerhard*, Zur Geschichte und Aufgabe des Begriffs Genossenschaft, in: Dilcher, Gerhard/ Diestelkamp, Bernhard (Hrsg.), Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy – Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie – Symposium für Adalbert Erler, Berlin 1986, S. 114 ff.
zitiert: Dilcher in: Recht, Gericht, Genossenschaft und Policy, S.
- Draheim, Georg*, Die Genossenschaft als Unternehmenstyp, 1. Auflage, Göttingen 1952
zitiert: Draheim, Die Genossenschaft als Unternehmenstyp, 1. Auflage, S.
- Dufour, Ami*, Le régime juridique des bons de jouissance d'après le projet de révision du code des obligations, Diss. Genf 1936, Genf 1936
zitiert: Dufour, Le régime juridique des bons de jouissance, S.
- Ebling, Klaus*, Blümich – Einkommensteuergesetz, Körperschaftssteuergesetz, Gewerbesteuer-gesetz, Kommentar, 89. Auflage, Stand 2006, München 2006
zitiert: Bearbeiter in: Blümich – EStG, KStG, GewStG, § Rdnr.
- Eckes, Burkhard/ Weigel, Wolfgang/ Barz, Katja (PricewaterhouseCoopers)*, IAS for banks: application of IAS in practice, Frankfurt am Main 2002
zitiert: Eckes/ Weigel/ Barz (PricewaterhouseCoopers), IAS for banks, S.
- Eisenhardt, Ulrich*, Gesellschaftsrecht, 12. Auflage, München 2005
zitiert: Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Rdnr.
- El Mahi, Farida*, Die Europäische Genossenschaft, in: DB 2004, S. 967 ff.
zitiert: El Mahi, DB 2004, S.
- Emde, Achim*, Der Genußschein als Finanzierungselement – eine gesellschaftsrechtliche, kapitalmarktrechtliche und steuerrechtliche Unterscheidung, Diss. Bochum 1987, Bochum 1987
zitiert: Emde, Der Genußschein als Finanzierungselement, S.

- Emmerich, Volker/ Habersack, Mathias*, Aktien- und GmbH- Konzernrecht, 4. Auflage München 2005
zitiert: Emmerich/ Habersack, Aktien- und GmbH- Konzernrecht, § Rdnr.
- Emmerich, Volker/ Habersack, Mathias*, Konzernrecht, 8. Auflage, München 2005
zitiert: Emmerich/ Habersack, Konzernrecht, S.
- Emmerich, Gerhard/ Naumann, Klaus-Peter*, Zur Behandlung von Genußrechten im Jahresabschluß von Kapitalgesellschaften, in: WPg 1994, S. 681 ff.
zitiert: Emmerich/ Naumann, WPg 1994, S.
- Endress, Gerhard*, Die Genußaktie – nach schweizerischem Recht mit besonderer Berücksichtigung des deutschen, österreichischen und französischen Rechts und des schweizerischen Aktienrechtsentwurfs von 1928, Diss. Bern 1937, Bern 1937
zitiert: Endress, Die Genußaktie, S.
- Ernst, Tassilo*, Der Genußschein als Kapitalbeschaffungsmittel, in: AG 1967, S. 75 ff.
zitiert: Ernst, AG 1967, S.
- Ernst, Tassilo*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, Diss. Zürich 1963, Zürich 1963
zitiert: Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, S.
- Eyber, Klaus*, Die Abgrenzung zwischen Genußrecht und Teilgewinnabführungsvertrag im Recht der Aktiengesellschaft, Diss. Mainz 1996, Mainz 1997
zitiert: Eyber, Genußrecht und Teilgewinnabführungsvertrag, S.
- Fastenrath, Hans*, Die Genußscheine der Deutschen Aktiengesellschaften – Ihr wirtschaftlicher Wert und ihre rechtliche Natur, Diss. Greifswald 1914, Greifswald 1914
zitiert: Fastenrath, Die Genußscheine der Deutschen Aktiengesellschaften, S.
- Faust, Helmut*, Genossenschaftswesen, Stuttgart – Berlin – Köln – Mainz 1969
zitiert: Faust, Genossenschaftswesen, S.
- Feddersen, Dieter/ Knauth, Klaus-Wilhelm*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 2. Auflage, Frankfurt a. M. 1992
zitiert: Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, S.
- Feddersen, Dieter/ Meyer-Landrut, Andreas*, Mehr Rechtssicherheit für Genußscheine, in: ZGR 1993, S. 312 ff.
zitiert: Feddersen/ Meyer-Landrut, ZGR 1993, S.
- Fentz, Volker/ Voigt, Eckhard von*, Künftige Probleme hinsichtlich der Berechnung des Eigenkapitals bei Regionalbanken – Auslegung der Rechnungslegungsreform auf Genossenschaftsbanken, in: KoR 2004, S. 520 ff.
zitiert: Fentz/ Voigt, KoR 2004, S.
- Fentz, Volker/ Voigt, Eckhard von*, Eigenkapital bei Genossenschaften im IFRS-Abschluss – Aktuelle Würdigung unter Berücksichtigung des GenG, IFRS, IFRIC und BilReG, in: KoR 2007, S. 23 ff.
zitiert: Fentz/ Voigt, KoR 2007, S.
- Fett, Torsten/ Spiering, Christoph*, Typische Probleme bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln, in: NZG 2002, S. 358 ff.
zitiert: Fett/ Spiering, NZG 2002, S.

- Fischer, Thomas*, Die Europäische Genossenschaft, Diss. Münster 1994, Münster 1995
zitiert: Fischer, Die Europäische Genossenschaft, S.
- Fischer, Thomas*, Das Statut der Europäischen Genossenschaft, in: Theurl, Theresia/ Greve, Rolf (Hrsg.), Genossenschaftsrecht in Europa – Diskussionsbeiträge zur Reform des Genossenschaftsrechts in Deutschland, Aachen 2001, S. 167 ff.
zitiert: Fischer in: Genossenschaftsrecht in Europa, S.
- Fischer, Thomas F.*, Der Genußschein als kapitalmarktpolitisches Instrument der Unternehmensfinanzierung, Idstein 1989
zitiert: Fischer, Der Genußschein als kapitalmarktpolitisches Instrument, S.
- Flume, Werner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Erster Band, Zweiter Teil: Die juristische Person, Berlin – Heidelberg 1983
zitiert: Flume, Die juristische Person, S.
- Fock, Till*, UBGG – Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften, Kommentar, München 2005
zitiert: Fock, UBGG, § Rdnr.
- Frankenberger, Wilhelm*, Genußrechtskapital: Geeignetes Instrument zur Eigenkapitalbildung von Kreditgenossenschaften?, in: BI 1990, Heft 11, S. 52 ff.
zitiert: Frankenberger, BI 1990, Heft 11, S.
- Frantzen, Christopher*, Genußscheine – Zugleich eine Analyse der Genußscheinbedingungen deutscher Unternehmen, Diss. Bonn 1992, Köln – Berlin – Bonn – München 1993
zitiert: Frantzen, Genußscheine, S.
- Friedlaender, Kurt*, Genußrechte in steuerlicher Sicht – Eine Grundsatzbetrachtung, in: DStR 1966, S. 242 ff.
zitiert: Friedlaender, DStR 1966, S.
- Fuhrmann, David*, Genußaktien und Genußscheine, Diss. Zürich 1907, Bern 1907
zitiert: Fuhrmann, Genußaktien und Genußscheine, S.
- Gehling, Christian*, „Obligationsähnliche Genußrechte“: Genußrechte oder Obligation?, in: WM 1992, S. 1093 ff.
zitiert: Gehling, WM 1992, S.
- Geiger, Rudolf*, EUV/EGV, Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Kommentar, 4. Auflage, München 2004
zitiert: Geiger, EUV/EGV, Art. Rdnr.
- Gerdas, Kai*, Auswirkungen von Mezzanine-Kapital auf das Rating – Anforderungen und Kriterien zur Klassifizierung von Mezzanine-Kapital als wirtschaftliches Eigenkapital; in: BC 2006, S. 57 ff.
zitiert: Gerdas, BC 2006, S.
- Gernhuber, Joachim*, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989
zitiert: Gernhuber, Das Schuldverhältnis, § Nr.
- Geschwandtner, Marcus/ Helios, Marcus*, Genossenschaftsrecht – Genossenschaftsgesetz und die Einführung der europäischen Genossenschaft, 1. Auflage, Freiburg – Berlin – München 2006
zitiert: Geschwandtner/ Helios, Genossenschaftsrecht, S.

- Geschwandtner, Marcus/ Helios, Marcus*, Neues Recht für die eingetragene Genossenschaft, in: NZG 2006, S. 691 ff.
zitiert: Geschwandtner/ Helios, NZG 2006, S.
- Geßler, Ernst*, Aktiengesetz, Loseblattkommentar Stand 2005, München 2005
zitiert: Geßler, AktG, § Rdnr.
- Geßler, Ernst/ Hefermehl, Wolfgang/ Eckhard, Ulrich/ Kropff, Bruno (Hrsg.)*, Aktiengesetz, 1. Auflage, München 1994
zitiert: Bearbeiter in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff, AktG, § Rdnr.
- Gierke, Otto von*, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, Habil. Berlin 1868, Berlin 1868
zitiert: Gierke, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, S.
- Göhrum, Angelika*, Einsatzmöglichkeiten von Genußrechten bei der notleidenden GmbH oder AG, Diss. Tübingen 1991, Tübingen 1992
zitiert: Göhrum, Einsatzmöglichkeiten von Genußrechten, S.
- Göttel, Ute*, Möglichkeiten zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung ländlicher Waren-genossenschaften und Warenzentralen, Diss. Gießen 1997, Gießen 1997
zitiert: Göttel, Möglichkeiten der Verbesserung, S.
- Golland, Frank/ Gehlhaar, Lars/ Grossmann, Klaus/ Eickhoff-Kley, Xenia/ Jänisch, Christian*, Mezzanine-Kapital, in: BB 2005, Beilage Nr. 13, S. 1 ff.
zitiert: Golland/ Gehlhaar/ Grossmann/ Eickhoff-Kley/ Jänisch, BB 2005, Beilage Nr. 13, S.
- Gottlieb, Josef*, Der Genußschein im deutschen Recht, Berlin 1931,
zitiert: Gottlieb, Der Genußschein im deutschen Recht, S.
- Gräbe, Walter*, Die rechtliche Bedeutung des Genußscheins, Diss. Greifswald 1928, Greifswald 1928
zitiert: Gräbe, Die rechtliche Bedeutung des Genußscheins, S.
- Greve, Rolf/ Lämmert, Nadja*, Quo vadis Genossenschaftsgesetz? – Ein Überblick über aktuelle Diskussionsvorschläge, in: Theurl, Theresia/ Greve, Rolf (Hrsg.), Genossenschaftsrecht in Europa – Diskussionsbeiträge zur Reform des Genossenschaftsrechts in Deutschland, Aachen 2001, S. 7 ff.
zitiert: Greve/ Lämmert in: Genossenschaftsrecht in Europa, S.
- Groh, Manfred*, Eigenkapitalersatz in der Bilanz, in: BB 1993, S. 1882 ff.
zitiert: Groh, BB 1993, S.
- Großfeld, Bernhard*, Die Zukunft der Rechtsform „Genossenschaft“: Lokale Rechtsform und globale Wirklichkeit, in: ZfgG 2003, S. 181 ff.
zitiert: Großfeld, ZfgG 2003, S.
- Großfeld, Bernhard*, Genossenschaft und Ehrenamt, in: ZfgG 1979, S. 217 ff.
zitiert: Großfeld, ZfgG 1979, S.
- Großfeld, Bernhard*, Internationale Standards der Rechnungslegung, in: NZG 1999, S. 1143 ff.
zitiert: Großfeld, NZG 1999, S.

- Großfeld, Bernhard*, Neues Genossenschaftsrecht: Europäische Anstöße, in: ZfgG 2006, S. 101 ff.
zitiert: Großfeld, ZfgG 2006, S.
- Großfeld, Bernhard*, Rechnungslegung als Unternehmensverfassung, in: NZG 2003, S. 841 ff.
zitiert: Großfeld, NZG 2003, S.
- Großfeld, Bernhard*, Rechtserweiterung, in: ZfgG 2004, S. 75 f.
zitiert: Großfeld, ZfgG 2004, S.
- Großfeld, Bernhard*, Wandel der Unternehmensverfassung, in: NZG 2005, S. 1 ff.
zitiert: Großfeld, NZG 2005, S.
- Großfeld, Bernhard/ Aldejohann, Matthias*, 100 Jahre Genossenschaftsgesetz, in: Schubert, Werner (Hrsg.), 100 Jahre Genossenschaftsgesetz – Quellen zur Entstehung und jetziger Stand, Tübingen 1989, S. 1 ff.
zitiert: Großfeld/ Aldejohann in: 100 Jahre Genossenschaftsgesetz, S.
- Großfeld, Bernhard/ Fischer, Thomas*, Europa steht vor der Tür, in: ZfgG 1993, S. 57 ff.
zitiert: Großfeld/ Fischer, ZfgG 1993, S.
- Großfeld, Bernhard/ Luttermann, Claus*, Bilanzrecht – Die Rechnungslegung in Jahresabschluss und Konzernabschluss nach Handelsrecht und Steuerrecht, Europarecht und I-AS/IFRS, 4. Auflage, Heidelberg 2005
zitiert: Großfeld/ Luttermann, Bilanzrecht, S.
- Großkommentar*, Aktiengesetz, Dritter Band, §§ 179-290, 3. Auflage, Berlin – New York 1973
zitiert: Bearbeiter in: GroßKommAktG, § Anm.
- Gündel, Matthias/ Hirdes, Mario*, Mezzanine-Kapital zur Bilanzoptimierung und bankenunabhängigen Unternehmensfinanzierung – Praxisfall zur Beschaffung von Mezzanine-Kapital im Wege der Privatplatzierung, in: BC 2005, S. 205 ff.
zitiert: Gündel/ Hirdes, BC 2005, S.
- Habersack, Mathias*, Genußrechte und sorgfaltwidrige Geschäftsführung, in: ZHR 1991, S. 378 ff.
zitiert: Habersack, ZHR 1991, S.
- Habersack, Mathias*, Die Freistellung des Organwalters von seiner Haftung gegenüber der Gesellschaft, in: ders., Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003, Berlin, 2003, S. 151 ff.
zitiert: Habersack in: FS Ulmer, S.
- Habersack, Mathias*, Grenzen der Mehrheitsherrschaft in Stimmrechtskonsortien, in: ZHR 2000, S. 1 ff.
zitiert: Habersack, ZHR 2000, S.
- Hachenburg, Max*, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897, III. Band, 1. Teil, Einleitung: Die Aktiengesellschaft im Leben der Wirtschaft und §§ 178-230a, 3. Auflage, Mannheim – Berlin – Leipzig 1934
zitiert: Bearbeiter in: Hachenburg, HGB, § Anm.
- Hachenburg, Max*, Das Wesen der Genußscheine, in: LZ 1917, S. 776 ff.
zitiert: Hachenburg, LZ 1917, S.

- Hachenburg, Max*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar, Erster Band: Allgemeine Einleitung, §§ 1-34, 8. Auflage, Berlin – New York 1992
zitiert: Bearbeiter in: Hachenburg, GmbHG, § Rdnr.
- Hachenburg, Max*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar, Zweiter Band, §§ 13-52, 7. Auflage, Berlin – New York 1979
zitiert: Bearbeiter in: Hachenburg, GmbHG, 7. Auflage, § Rdnr.
- Hachenburg, Max*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar, Zweiter Band, §§ 35-52, 8. Auflage, Berlin – New York 1997
zitiert: Bearbeiter in: Hachenburg, GmbHG, § Rdnr.
- Hadding, Walther*, Zur gesellschaftsrechtlichen Vereinbarkeit von stillen Vermögenseinlagen und Genußrechten mit dem Förderzweck eingetragener Kreditgenossenschaften, in: ZIP 1984, S. 1295 ff.
zitiert: Hadding, ZIP 1984, S.
- Hagen-Eck, Regine*, Die Europäische Genossenschaft, Diss. Tübingen 1994, Berlin 1995
zitiert: Hagen-Eck, Die Europäische Genossenschaft, S.
- Hammen, Horst*, Kurzkomentar zum BGH-Urteil vom 5.10.1992, Aktenzeichen II ZR 172/91, in: EWiR § 9 AGBG 1/93, S. 3 f.
zitiert: Hammen, EWiR 1993, S.
- Hammen, Horst*, Offene Fragen im Recht der Genußscheine, in: BB 1990, S. 1917 ff.
zitiert: Hammen, BB 1990, S.
- Hammen, Horst*, Zur bankenaufsichtsrechtlichen Beurteilung von Genußrechtskapital nach dem novellierten Kreditwesengesetz, in: Bundschuh, Dietrich/ Hadding, Walther/ Schneider Uwe Hans (Hrsg.), Recht und Praxis der Genußscheine, Frankfurt am Main 1987, S. 69 ff.
zitiert: Hammen in: Recht und Praxis der Genußscheine, S.
- Harbrecht, Wolfgang*, Herausforderungen an die Genossenschaften an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, in: Harbrecht, Wolfgang/ Vogel, Wolfgang (Hrsg.), 50 Jahre Forschungsinstitut für Genossenschaftswesen an der Universität: Beiträge zu den Festveranstaltungen am 21. und 22. Oktober 1999 in Nürnberg, Nürnberg 2000, S. 87 ff.
zitiert: Harbrecht in: 50 Jahre Forschungsinstitut, S.
- Harrer, Herbert/ Janssen, Ulli/ Halbig, Uwe*, Genussscheine – Eine interessante Form der Mezzanine Mittelstandsfinanzierung, in: FB 2005, S. 1 ff.
zitiert: Harrer/ Janssen/ Halbig, FB 2005, S.
- Harter, Winfried/ Franke, Jörg/ Hogrefe, Jürgen/ Seger, Rolf*, Wertpapiere in Theorie und Praxis, Stuttgart 1988
zitiert: Harter/ Franke/ Hogrefe/ Seger, Wertpapiere in Theorie und Praxis, S.
- Hauschka, Christoph E./ Saalfeld, Uwe Freiherr von*, Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV) als Kooperationsinstrument für die Angehörigen der freien Berufe, in: DStR 1991, S. 1083 ff.
zitiert: Hauschka/ Saalfeld, DStR 1991, S.
- Heidenhein, Martin*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 5.10.1992, Aktenzeichen II ZR 172/91, in: LM 1993, AktG 1965 Nr.2
zitiert: Heidenhein, LM 1993, AktG 1965 Nr.

- Helios, Marcus/ Strieder, Thomas*, Reform des Genossenschaftsrechts – Wiederbelebung einer guten Idee, in: DB 2005, S. 2794 ff.
zitiert: Helios/ Strieder, DB 2005, S.
- Henningsen, Eckart*, Attraktivität der Genossenschaften erhöhen – Ökonomische Überlegungen zur Reform des Genossenschaftsrechts, in: ZfgG 2001, S. 120 ff.
zitiert: Henningsen, ZfgG 2001, S.
- Hense, Heinz Hermann*, Die stille Gesellschaft im handelsrechtlichen Jahresabschluß, Diss. Münster 1989, Düsseldorf 1990
zitiert: Hense, Die stille Gesellschaft, S.
- Henzler, Reinhold*, Betriebswirtschaftliche Probleme des Genossenschaftswesens, Wiesbaden 1962
zitiert: Henzler, Betriebswirtschaftliche Probleme des Genossenschaftswesens, S.
- Henzler, Reinhold*, Der genossenschaftliche Grundauftrag: Förderung der Mitglieder, Frankfurt am Main 1970
zitiert: Henzler in: Der genossenschaftliche Grundauftrag, S.
- Henzler, Reinhold*, Die Genossenschaft – eine fördernde Betriebswirtschaft, Essen 1957
zitiert: Henzler, Die Genossenschaft – eine fördernde Betriebswirtschaft, S.
- Henzler, Reinhold*, Investitions- und Finanzierungsprobleme der Genossenschaften in einer wachsenden Wirtschaft, in: Weisser, Gerhard (Hrsg.) Genossenschaften und Genossenschaftsforschung – Festschrift zum 65. Geburtstag von Georg Draheim, 2. Auflage, Göttingen 1971, S. 97 ff.
zitiert: Henzler in FS Draheim, S.
- Hettrich, Eduard/ Pöhlmann, Peter/ Gräser, Bernd*, Genossenschaftsgesetz, 2. Auflage, München 2001
zitiert: Hettrich/ Pöhlmann/ Gräser, GenG, § Rdnr.
- Heyd, Reinhard/ Beyer, Michael*, Bilanzielles Eigenkapital von Kreditgenossenschaften – Eine Bestandsaufnahme zur gegenwärtigen Kapitalabgrenzung sowie zu den laufenden Projekten, in: IRZ 2007, S. 53 ff.
zitiert: Heyd/ Beyer, IRZ 2007, S.
- Heymann, Ernst*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band 2, Zweites Buch, §§ 105-237, Berlin – New York 1989
zitiert: Bearbeiter in: Heymann, HGB, § Rdnr.
- Hirte, Heribert*, Die Europäische Aktiengesellschaft, in: NZG 2002, S. 1 ff.
zitiert: Hirte, NZG 2002, S.
- Hirte, Heribert*, Genußrecht oder verbotener Gewinnabführungsvertrag, in: ZBB 1992, S. 50 ff.
zitiert: Hirte, ZBB 1992, S.
- Hirte, Heribert*, Genußscheine mit Eigenkapitalcharakter in der Aktiengesellschaft, in: ZIP 1988, S. 477 ff.
zitiert: Hirte, ZIP 1988, S.
- Hoffmann, Christoph*, Der Partizipationsschein oder die stimmrechtslose Aktie, Diss. Zürich 1976, Zürich 1976
zitiert: Hoffmann, Der Partizipationsschein oder die stimmrechtslose Aktie, S.

- Hoffmann, Wolf-Dieter*, Die Bilanzierung von stillen Beteiligungen und Genussrechtskapital als Formen der Mitarbeiterbeteiligung, in: BC 2002, S. 97 ff.
zitiert: Hoffmann, BC 2002, S.
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.)*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesetz, 1. Auflage, München 1988
zitiert: Bearbeiter in: Hoffmann-Becking, MÜHBGesR, 1988, § Rdnr.
- Hoffmann-Becking, Michael (Hrsg.)*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4, Aktiengesetz, 2. Auflage, München 1999
zitiert: Bearbeiter in: Hoffmann-Becking, MÜHBGesR, § Rdnr.
- Hofinger, Hans/ Husen, Rainer van*, Eigenkapitalaufbringungsinstrumente bei Genossenschaften, in: ZfgG 2004, S. 90 ff.
zitiert: Hofinger/ van Husen, ZfgG 2004, S.
- Hofinger, Hans/ Johler, Christoph*, Wettbewerb der genossenschaftlich-nationalen Rechtsformen in der SCE, Wien 2002
zitiert: Hofinger/ Johler, Wettbewerb der genossenschaftlich-nationalen Rechtsformen, S.
- Hofmann, Paul*, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 13. Februar 1984, Aktenzeichen II ZR 2/83, in: ZfgG 1987, S. 175 ff.
zitiert: Hofmann, ZfgG 1987, S.
- Holzheimer, Dieter*, Gestaltungsformen der Mitarbeiter-Beteiligung, in: Die Bank 1982, S. 16 ff.
zitiert: Holzheimer, Die Bank 1982, S.
- Hommelhoff, Peter*, Einige Bemerkungen zur Organisationsverfassung der Europäischen Aktiengesellschaft, in: AG 2001, S. 279 ff.
zitiert: Hommelhoff, AG 2001, S.
- Hopt, Klaus*, Europäisches Gesellschaftsrecht und deutsche Unternehmensverfassung – Aktionsplan und Interdependenzen, in: ZIP 2005, S. 461 ff.
zitiert: Hopt, ZIP 2005, S.
- Hüffer, Uwe*, Aktiengesetz, 7. Auflage, München 2006
zitiert: Hüffer, AktG, § Rdnr.
- Hüttche, Tobias*, Der deutsche IAS-Einzelabschluss: Wolf im Schafspelz oder Papiertiger?, in: DStR 2004, S. 1189 ff.
zitiert: Hüttche, DStR 2004, S.
- Hüttche, Tobias*, Mitarbeiterbeteiligung – Ziele, Formen, Gestaltungsbeispiele, in: BC 2002, S. 105 ff.
zitiert: Hüttche, BC 2002, S.
- Husen, Rainer van*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital – Gesellschafts-, aufsichts- und steuerrechtliche Aspekte, Wien 1998
zitiert: Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, S.
- Ihrig, Hans-Christoph/ Wagner, Jens*, Das Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) auf der Zielgeraden, in: BB 2004, 1749 ff.
zitiert: Ihrig/ Wagner, BB 2004, S.

- Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW)*, Entwurf einer Verlautbarung „Zur Bilanzierung von Genußrechten“, in: WPg 1993, S. 446 ff.
zitiert: IDW HFA, WPg 1993, S.
- Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW)*, Zur Behandlung von Genußrechten im Jahresabschluß von Kapitalgesellschaften, Stellungnahme 1/1994 des Hauptfachausschusses (HFA), in: WPg 1994, S. 419 ff.
zitiert: IDW HFA, WPg 1994, S.
- Isert, Dietmar/ Schaber, Mathias*, Die Bilanzierung von Einlagen in Personenhandelsgesellschaften, Mezzanine-Kapital und anderen Finanzinstrumenten nach IFRS – Ein Vergleich zwischen IAS 32 (rev. 1998) und IAS 32 (rev. 2003) (Teil III) in: DStR 2005, S. 2097 ff.
zitiert: Isert/ Schaber, DStR 2005, S.
- Jäger, Axel*, Thema Börse (2): Alternative Maßnahmen der Kapitalbeschaffung, in: NZG 1998, S. 718 ff.
zitiert: Jäger, NZG 1998, S.
- Jäger, Wilhelm*, Ist das deutsche Genossenschaftsgesetz noch zeitgemäß? – Erwartungen, Wünsche und EU-politische Vorstellungen, Hamburg 2000
zitiert: Jäger, Genossenschaftsgesetz, S.
- Jauernig, Othmar*, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11. Auflage, München 2004
zitiert: Bearbeiter in: Jauernig, BGB, § Rdnr.
- Jebens, Philipp*, Die Stille Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft, in: BB 1996, S. 701 ff.
zitiert: Jebens, BB 1996, S.
- Kallmeyer, Harald*, Das monistische System in der SE mit Sitz in Deutschland, in: ZIP 2003, S. 1531 ff.
zitiert: Kallmeyer, ZIP 2003, S.
- Kanders, Georg*, Ergebnispartizipation bei Genußscheinen: Eine Analyse von Genußscheinbedingungen, in: Sparkasse 1990, S. 328 ff.
zitiert: Kanders, Sparkasse 1990, S.
- Keßler, Jürgen*, Die Genossenschaftsreform im Lichte des Regierungsentwurfs, in: BB 2006, S. 561 ff.
zitiert: Keßler, BB 2006, S.
- Klausing, Friedrich*, Reform des Aktienrechts – Unter besonderer Berücksichtigung der Teilreform des Jahres 1931, Berlin – Wien 1933
zitiert: Klausing, Reform des Aktienrechts, S.
- Klemperer, Victor von*, Die rechtliche Natur der Genussscheine, Diss. Halle-Wittenberg 1898, Halle a. d. S. 1898
zitiert: Klemperer, Die rechtliche Natur der Genussscheine, S.
- Klose, Holger*, Zusatzgrundkapital für eingetragene Genossenschaften, Diss. Marburg 1998, Göttingen 1998
zitiert: Klose, Zusatzgrundkapital für eG, S.
- Kluge, Gerd*, Rechtsprechung und überpositives Genossenschaftsrecht, in: ZfgG 1957, S. 183 ff.
zitiert: Kluge, ZfgG 1957, S.

- Kodolitsch-Jonas, Tilka-Sophia von*, Die Europäische Genossenschaft in identitätsorientierter Betrachtung, Diss. Hamburg 1996, Göttingen 1997
zitiert: Kodolitsch-Jonas, Die Europäische Genossenschaft, S.
- Kodolitsch-Jonas, Tilka-Sophia von*, Die Europäische Genossenschaft in identitätsorientierter Betrachtung, in: ZfgG 1999, S. 62 ff.
zitiert: Kodolitsch-Jonas, ZfgG 1999, S.
- Koehler, Herbert*, Genußscheine und ihr Ausweis in Bilanz und Geschäftsbericht, in: WT 1936, S. 265 ff.
zitiert: Koehler, WT 1936, S.
- Köhler, Helmut*, BGB Allgemeiner Teil, 30. Auflage, München 2006
zitiert: Köhler, BGB Allgemeiner Teil, § Rdnr.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 5/1, §§ 179-240, mit Nachtrag zum Gesetz vom 2. August 1994, 2. Auflage, Köln – Berlin – Bonn – München 1995
zitiert: Bearbeiter in: KölnerKommAktG, § Rdnr.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 6, §§ 15-22 und §§ 291-328, und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG, 3. Auflage, Köln – Berlin – Bonn – München 2004
zitiert: Bearbeiter in: KölnerKommAktG, § Rdnr.
- Koller, Ingo/ Roth, Wulf-Henning/ Morck, Winfried*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, 5. Auflage, München 2005
zitiert: Bearbeiter in: Koller/ Roth/ Morck, HGB, § Rdnr.
- Kothe, Wolfhard*, Die Genossenschaft – eine Rechtsform mit Zukunft?, in: ZIP 1991, S. 905 ff.
zitiert: Kothe, ZIP 1991, S.
- Kraif, Ursula*, Duden – Das Fremdwörterbuch, 9. Auflage, Mannheim – Leipzig – Wien – Zürich 2006
zitiert: Kraif, Duden – Das Fremdwörterbuch, Stichwort
- Kühnberger, Manfred*, Mezzaninekapital als Finanzierungsalternative von Genossenschaften, in: DB 2004, S. 661 ff.
zitiert: Kühnberger, DB 2004, S.
- Küting, Karlheinz*, Grundlagen der Bilanzanalyse, in: DStR 1991, S. 1294 ff.
zitiert: Küting, DStR 1991, S.
- Küting, Karlheinz/ Kessler, Harald*, Eigenkapitalähnliche Mittel in der Handelsbilanz und im Überschuldungsstatus, in: BB 1994, S. 2103 ff.
zitiert: Küting/ Kessler, BB 1994, S.
- Küting, Karlheinz/ Dürr, Ulrike*, „Genüsse“ in der Rechnungslegung nach HGB und IFRS sowie Implikationen im Kontext von Basel II, in: DStR 2005, S. 938 ff.
zitiert: Küting/ Dürr, DStR 2005, S.
- Küttner, Wolfdieter*, Personalbuch 2006, Arbeitsrecht – Lohnsteuerrecht – Sozialversicherungsrecht, 13. Auflage, München 2006
zitiert: Bearbeiter in: Küttner, Personalbuch 2006, Stichwort, Rdnr.

- Lang, Johann/ Weidmüller, Ludwig*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 31. Auflage, Berlin 1984
zitiert: Lang/ Weidmüller, GenG, § Rdnr.
- Lang, Johann/ Weidmüller, Ludwig*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 32. Auflage, Berlin 1988
zitiert: Lang/ Weidmüller, GenG, § Rdnr.
- Lang, Johann/ Weidmüller, Ludwig*, Genossenschaftsgesetz, Kommentar, 34. Auflage, Berlin 2005
zitiert: Lang/ Weidmüller, GenG, § Rdnr.
- Laufs, Adolf*, Genossenschaftsdoktrin und Genossenschaftsgesetzgebung vor hundert Jahren, in: JuS 1968, S. 311 ff.
zitiert: Laufs, JuS 1968, S.
- Lehnhoff, Jochen*, Finanzierung von Kreditgenossenschaften durch Genußrechtskapital, Marburg 1986
zitiert: Lehnhoff, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, S.
- Leist, E.* Die Sanierung von Aktiengesellschaften, Berlin 1905
zitiert: Leist, Sanierung von Aktiengesellschaften, S.
- Lentner, Anton J.*, Das Gesellschaftsrecht der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV), Diss. München 1994, Baden-Baden 1994
zitiert: Lentner, Das Gesellschaftsrecht der EWIV, S.
- Licht, Wolfgang*, Die Beteiligungsfinanzierung der Kreditgenossenschaften, Diss. Nürnberg 1980, Nürnberg 1980
zitiert: Licht, Die Beteiligungsfinanzierung der Kreditgenossenschaften, S.
- Look, Frank van*, Zum Anlegerschutz bei Genußrechten, in: Bundschuh, Dietrich/ Hadding, Walther/ Schneider, Uwe Hans (Hrsg.), Recht und Praxis der Genußscheine, Frankfurt a. M. 1987, S. 35 ff.
zitiert: van Look in: Recht und Praxis der Genußscheine, S.
- Looschelders, Dirk*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Köln – Berlin – München 2005
zitiert: Looschelders, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Rdnr.
- Lorch, Bernhard*, Der börsenfähige aktienähnliche Genußschein: Wirtschaftliche Bedeutung, rechtliche Zulässigkeit und inhaltliche Ausgestaltung, Diss. Hohenheim 1992, Bergisch Gladbach – Köln 1993
zitiert: Lorch, Der aktienähnliche Genußschein, S.
- Loritz, Karl-Georg*, Die Immobilien-Aktiengesellschaft mit Genussschein – eine innovative Anlageform, in: DStR 2000, S. 77 ff.
zitiert: Loritz, DStR 2000, S.
- Lüdenbach, Norbert/ Hoffmann, Wolf-Dieter*, Kein Eigenkapital nach IAS/ IFRS Bilanz von Personengesellschaften und Genossenschaften?, in: BB 2004, S. 1042 ff.
zitiert: Lüdenbach/ Hoffmann, BB 2004, S.
- Luther, Martin*, Die genossenschaftliche Aktiengesellschaft, Tübingen 1978
zitiert: Luther, Die genossenschaftliche AG, S.

- Lutter, Marcus*, Ausgabe von Genußscheinen und Jahresabschluß, in: Knobbe-Keuk, Brigitte (Hrsg.), Handelsrecht und Steuerrecht – Festschrift für Georg Döllerer, Düsseldorf 1988, S. 383 ff.
zitiert: Lutter in: FS Döllerer, S.
- Lutter, Marcus*, Die Europäische Gesellschaft, Köln 2005
zitiert: Lutter, Die Europäische Gesellschaft, S.
- Lutter, Marcus*, Genußrechtsfragen – Besprechung der Entscheidungen BGH ZIP 1992, 152 (Klößner) und BGH ZIP 1992, 1728 (Bremer Bankenverein), in: ZGR 1993, S. 291 ff.
zitiert: Lutter, ZGR 1993, S.
- Lutter, Marcus/ Hommelhoff, Peter*, Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH, in: ZGR 1979, S. 31 ff.
zitiert: Lutter/ Hommelhoff, ZGR 1979, S.
- Luttermann, Claus*, Anlegerschutz und Bezugsrechtsausschluß bei Genußrechten – Anmerkungen zu den BGH-Urteilen vom 5.10.1992 (II ZR 172/91, Klößner AG) und vom 9.11.1992 (II ZR 230/91, Bankverein Bremen AG), in: DB 1993, S. 1809 ff.
zitiert: Luttermann, DB 1993, S.
- Luttermann, Claus*, Die Europäische Genossenschaft – Zum Verordnungsvorschlag der EG-Kommission vom 6.3.1992 in der geänderten Fassung vom 6.7.1993, in: ZVglRWiss 1994, S. 1 ff.
zitiert: Luttermann, ZVglRWiss 1994, S.
- Luttermann, Claus*, Unternehmen, Kapital und Genußrechte – Eine Studie über Grundlagen der Unternehmensfinanzierung und zum Kapitalmarktrecht, Habil. Münster 1997, Tübingen 1998
zitiert: Luttermann, Unternehmen, Kapital und Genußrechte, S.
- Luttermann, Claus*, Unternehmensfinanzierung, Geschäftsleiterpflicht und Haftkapital bei Kapitalgesellschaften, in: BB 2001, S. 2433 ff.
zitiert: Luttermann, BB 2001, S.
- Mader, Wolfgang/ Starbatty, Nikolaus/ Steiner, Manfred*, Wichtige Tendenzen in der Unternehmensfinanzierung, in: ZfgG 2004, S. 77 ff.
zitiert: Mader/ Starbatty/ Steiner, ZfgG 2004, S.
- Maurer, Wilhelm*, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, Berlin 1890
zitiert: Maurer, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, S.
- Medicus, Dieter*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 17. Auflage, München 2006
zitiert: Medicus, Schuldrecht I, Rdnr.
- Meilicke, Heinz*, Inwieweit können Verluste aus Genußscheinen steuerlich geltend gemacht werden?, in: BB 1989, S. 465 f.
zitiert: Meilicke, BB 1989, S.
- Meilicke, Heinz*, Welchen Genuß gewährt der Genußschein?, in: BB 1987, S. 1609 ff.
zitiert: Meilicke, BB 1987, S.

- Mentz, Alexander*, Eigenkapitalausweis nach ED IAS 32 und der Abfindungsanspruch des Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft, in: DStR 2007, S. 453 ff.
zitiert: Mentz, DStR 2007, S.
- Meyer, Claus*, Bilanzierung nach Handels- und Steuerrecht, 17. Auflage, Herne – Berlin 2006
zitiert: Meyer, Bilanzierung nach Handels- und Steuerrecht, S.
- Meyer, Emil Heinrich*, Genossenschaftsgesetz – Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 1. Auflage, München 1934
zitiert: E.Meyer, GenG, § Anm.
- Meyer, Emil Heinrich*, Genossenschaftsgesetz – Reichsgesetz betr. die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 2. Auflage, München 1935
zitiert: E.Meyer, GenG, § Anm.
- Michalski, Lutz (Hrsg.)*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), Band I, §§ 1-34 GmbHG, München 2002
zitiert: Bearbeiter in: Michalski, GmbHG, § Rdnr.
- Mock, Sebastian*, Das Statut für die Europäische Genossenschaft (SCE), in: ELR 2004, S. 150 ff.
zitiert: Mock, ELR 2004, S.
- Mock, Sebastian*, Die Europäische Genossenschaft, in: GPR 2004, S. 213 ff.
zitiert: Mock, GPR 2004, S.
- Möhlenkamp, Andreas*, Genossenschaftsrecht in Frankreich, in: Theurl, Theresia/ Greve, Rolf (Hrsg.), Genossenschaftsrecht in Europa – Diskussionsbeiträge zur Reform des Genossenschaftsrechts in Deutschland, Aachen 2001, S. 115 ff.
zitiert: Möhlenkamp in: Genossenschaftsrecht in Europa, S.
- Möschel, Wernhard*, Eigenkapitalbegriff und KWG-Novelle von 1984, in: ZHR 1985, 206 ff.
zitiert: Möschel, ZHR 1985, S.
- Müller, Peter*, Eigenkapital für Mittelständler, in: BB 1996, Beilage Nr. 18, S. 17 ff.
zitiert: Müller, BB 1996, Beilage Nr. 18, S.
- Müller-Erbach, Rudolf*, Das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 und das Aktienrechtsproblem, Jena 1937
zitiert: Müller-Erbach, Das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 und das Aktienrechtsproblem, S.
- Müller-Gugenberger, Christian*, EWIV – Die neue europäische Gesellschaftsform, in: NJW 1989, S. 1449 ff.
zitiert: Müller-Gugenberger, NJW 1989, S.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-53, 2. Auflage des Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff, AktG, München 2000
zitiert: Bearbeiter in: MüKoAktG, § Rdnr.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 4, §§ 118-147, 2. Auflage des Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff, AktG, München 2004
zitiert: Bearbeiter in: MüKoAktG, § Rdnr.

- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 6, §§ 179-221, 2. Auflage des Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff, AktG, München 2005
zitiert: Bearbeiter in: MüKoAktG, § Rdnr.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 8, §§ 278-328, 2. Auflage des Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff, AktG, München 2000
zitiert: Bearbeiter in: MüKoAktG, § Rdnr.
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 9, Teilband 2, §§ 329-410 AktG – SE-VO – SEBG – Europäische Niederlassungsfreiheit – Die Richtlinien zum Gesellschaftsrecht, 2. Auflage des Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff, AktG, München 2006
zitiert: Bearbeiter in: MüKoAktG, Art. Rdnr.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 4. Auflage, München 2004
zitiert: Bearbeiter in: MüKoBGB, § Rdnr.
- Münkner, Hans-Herrmann, Ansätze zur Lösung genossenschaftlicher Finanzierungsprobleme, in: Münkner, Hans-Herrmann/ Ringle, Günther (Hrsg.), Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, Hamburg 2002, S. 1 ff.
zitiert: Münkner in: Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, S.
- Münkner, Hans-Herrmann, Fördermitglieder, Investorenmitglieder und externe Anteilseigner – Neue Ansätze zur Milderung der strukturellen Schwächen im Finanzierungsbereich, in: Steding, Rolf (Hrsg.), Genossenschaftsrecht im Spannungsfeld von Bewahrung und Veränderung, Göttingen 1994, S. 83 ff.
zitiert: Münkner in: Genossenschaftsrecht im Spannungsfeld, S.
- Münkner, Hans-Herrmann, Reformen des Genossenschaftsrechts als Reaktionen auf die Herausforderungen des wirtschaftlichen und sozialen Wandels, in: Thiemann, Bernd (Hrsg.), Die Genossenschaften an der Jahrtausendwende, Sicherung des Genossenschaftsgedankens zwischen Tradition und Moderne, Frankfurt am Main 2000, S. 114 ff.
zitiert: Münkner in: Genossenschaften an der Jahrtausendwende, S.
- Nagel, Berhard, Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) in Deutschland – der Regierungsentwurf zum SE-Einführungsgesetz, in: NZG 2004, S. 833 ff.
zitiert: Nagel, NZG 2004, S.
- Nelles, Michael/ Klusemann, Markus, Die Bedeutung der Finanzierungsalternative Mezzanine-Capital im Kontext von Basel II für den Mittelstand, in: FB 2003, S. 1 ff.
zitiert: Nelles/ Klusemann, FB 2003, S.
- Neumann, Renate, Rechtliche Möglichkeiten der Mitglieder zur Teilnahme an der Willensbildung in der eingetragenen Genossenschaft, Tübingen 1982
zitiert: Neumann, Rechtliche Möglichkeiten der Mitglieder, S.
- Niemeyer, Bruno, Genußrechtskapital von Privaten bei Sparkassen und Landesbanken/ Girozentralen, Diss. Bonn 1990, Bonn 1990
zitiert: Niemeyer, Genußrechtskapital von Privaten, S.
- Oechsler, Jürgen, Kapitalerhaltung in der Europäischen Gesellschaft (SE), in: NZG 2005, S. 449 ff.
zitiert: Oechsler, NZG 2005, S.

- Oettmeier, Michael*, Ausgestaltung von Genußrechten und Genußscheinen, Diss. Bayreuth 1989, Schwäbisch Hall 1989
zitiert: Oettmeier, Ausgestaltung von Genußrechten, S.
- Ortmann, Walther*, Der Genußschein, Diss. Leipzig 1903, Leipzig 1903
zitiert: Ortmann, Der Genußschein, S.
- Ott, Ursula*, Das Europäische Genossenschaftsstatut und grenzüberschreitende Kooperationen – Joint Ventures im Bereich der landwirtschaftlichen Kooperativen, in: ZfgG 1997, S. 248 ff.
zitiert: Ott, ZfgG 1997, S.
- Paaßen, Volker*, Die finanzielle Beteiligung an einer Kreditgenossenschaft – Ein Beitrag zur ökonomischen Analyse von Institutionen, Diss. Münster 1991, Münster 1991
zitiert: Paaßen, Die finanzielle Beteiligung, S.
- Palandt, Otto*, Bürgerliches Recht, Kommentar, 65. Auflage, München 2006
zitiert: Bearbeiter in: Palandt, BGB, § Rdnr.
- Parisius, Ludolf/ Crüger, Hans*, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirthschafts-genossenschaften, Kommentar, 1. Auflage, Berlin 1890
zitiert: Parisius/ Crüger, GenG, 1. Auflage, § Kap.
- Parisius, Ludolf/ Crüger, Hans*, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirthschafts-genossenschaften, Kommentar, 2. Auflage, Berlin 1895
zitiert: Parisius/ Crüger, GenG, 2. Auflage, § Kap.
- Parisius, Ludolf/ Crüger, Hans*, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirthschafts-genossenschaften, Kommentar, 9. Auflage, Berlin 1901
zitiert: Parisius/ Crüger, GenG, 9. Auflage, § Kap.
- Parisius, Ludolf/ Crüger, Hans/ Crecelius, Adolf/ Citron, Fritz*, Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Kommentar, 12. Auflage, Berlin 1932
zitiert: Parisius/ Crüger, GenG, 12. Auflage, § Kap.
- Pastor Sempere, María del Carmen*, Los recursos propios en las sociedades cooperativas, Madrid 2002
zitiert: Pastor Sempere, Los recursos propios en las sociedades cooperativas, S.
- Paulick, Heinz*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft, Karlsruhe 1956
zitiert: Paulick, Das Recht der eG, S.
- Paulick, Heinz*, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung, Tübingen 1954
zitiert: Paulick, Die eG als Beispiel, S.
- Pistorius, Jörn*, Der Regierungsentwurf zur Änderung des Genossenschaftsrechts – Stärkung der Rechtsform eG?, in: DStR 2006, S. 278 ff.
zitiert: Pistorius, DStR 2006, S.
- Pleister, Christopher*, Einführung: Genossenschaft – Erprobtes Kooperationsmodell von heute für morgen, in: Pleister, Christopher (Hrsg.), Genossenschaften zwischen Idee und Markt – Ein Unternehmenskonzept für die Zukunft?, Frankfurt am Main 2001, S. 11 ff.
zitiert: Pleister in: Genossenschaften, S.

- Pohl, Hanspeter*, Probleme und Möglichkeiten der Beschaffung von Unternehmerkapital zur Finanzierung genossenschaftlicher Aufgaben, Diss. Gießen 1968, Gießen 1968
zitiert: Pohl, Probleme und Möglichkeiten der Beschaffung, S.
- Pougin, Erwin*, Genußrechte, in: Jagenburg, Walter/ Maier-Reimer, Georg/ Verhoeven, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag, München 1985, S. 275 ff.
zitiert: Pougin in: FS Oppenhoff, S.
- Pougin, Erwin*, Genußrechte, Stuttgart 1987
zitiert: Pougin, Genußrechte, S.
- Priester, Hans-Joachim*, Sind eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen Eigenkapital?, in: DB 1991, S. 1917 ff.
zitiert: Priester, DB 1991, S.
- Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger*, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Auflage, München 2001
zitiert: Raiser/ Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Auflage, § Rdnr.
- Raiser, Thomas/ Veil, Rüdiger*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, München 2006
zitiert: Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, § Rdnr.
- Reinhardt, Rudolf*, Ordnungsprobleme im heutigem Genossenschaftsrecht unter besonderer Berücksichtigung der Großgenossenschaften, in: ZfgG 1955, S. 30 ff.
zitiert: Reinhardt, ZfgG 1955, S.
- Reinhardt, Rudolf*, Was hat die Novelle zur Lösung des Problems der Finanzierung der Genossenschaften beigetragen?, in: Hefermehl, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, S. 473 ff.
zitiert: Reinhardt in: FS Westermann, S.
- Reuter, Dieter*, Der Partizipationsschein als Form der Mitarbeiterbeteiligung, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Festschrift für Robert Fischer, Berlin – New York 1979, S. 605 ff.
zitiert: Reuter in: FS Fischer, S.
- Reuter, Dieter*, Verbesserung der Risikokapitalausstattung der Unternehmen durch Mitarbeiterbeteiligung?, in: NJW 1984, S. 1849 ff.
zitiert: Reuter, NJW 1984, S.
- Reuter, Dieter*, Welche Maßnahmen empfehlen sich, insbesondere im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, um die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen langfristig zu verbessern?, in: Verhandlungen des Fünfundfünfzigsten Deutschen Juristentages – Hamburg 1984, Band I (Gutachten), München 1984, Teil B, S. 1 ff.
zitiert: Reuter, Gutachten, Teil S.
- Reuter, Dieter*, Sitzungsberichte und Diskussion, in: Verhandlungen des Fünfundfünfzigsten Deutschen Juristentages – Hamburg 1984, Band II (Sitzungsberichte), München 1984, Teil K, S. 122 f.
zitiert: Reuter, Diskussion, Teil S.
- Rid-Niebler, Eva-Maria*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung über den organisierten Kapitalmarkt für die GmbH, Diss. München 1988, Köln 1989
zitiert: Rid-Niebler, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, S.

- Ringle, Günther*, Brauchen Genossenschaften „Investorenmitglieder“?, in: ZfgG 2003, S. 165 f.
zitiert: Ringle, ZfgG 2003, S.
- Ringle, Günther*, Die Mitgliedschaft von „Investoren“ in Genossenschaften, in: Münkner, Hans-H./ Ringle, Günther, Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, Hamburg 2002, S. 51 ff.
zitiert: Ringle in: Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, S.
- Robotka, Frank*, Eine Theorie des Genossenschaftswesens, in: ZfgG 1955, S. 155 ff.
zitiert: Robotka, ZfgG 1955, S.
- Rowedder, Heinz/ Schmidt-Leithoff, Christian*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Kommentar, 4. Auflage, München 2002
zitiert: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, § Rdnr.
- Saenger, Ingo/ Merkelbach, Matthias*, Die investierende Mitgliedschaft im deutschen Genossenschaftsrecht – eine interessante Beteiligungsmöglichkeit für Genossenschaften und Investoren, in: BB 2006, S. 566 ff.
zitiert: Saenger/ Merkelbach, BB 2006, S.
- Schaber, Mathias/ Kuhn, Steffen/ Eichhorn, Sonja*, Eigenkapitalcharakter von Genussrechten in der Rechnungslegung nach HGB und IFRS, in: BB 2004, S. 315 ff.
zitiert: Schaber/ Kuhn/ Eichhorn, BB 2004, S.
- Schacher, Gerhard/ Adam, Leonard*, Der Gründeranteil des französischen Aktienwesens – seine wirtschaftliche Bedeutung und seine Rechtsnatur, Stuttgart 1930
zitiert: Schacher/ Adam, Der Gründeranteil des französischen Aktienwesens, S.
- Schäfer, Frank A.*, Genussscheine mit Eigenkapitalcharakter – Besprechung der Entscheidung OLG Düsseldorf WM 1991, 1375, in: WM 1991, S. 1941 ff.
zitiert: Schäfer, WM 1991, S.
- Schaffland, Hans-Jürgen*, Änderungen des Genossenschaftsgesetzes aus der Sicht der Praxis, in: ZfgG 2001, S. 208 ff.
zitiert: Schaffland, ZfgG 2001, S.
- Schaffland, Hans-Jürgen*, Die Europäische Genossenschaft – Eine neue Rechtsform, in: DWiR 1991, S. 18 ff.
zitiert: Schaffland, DWiR 1991, S.
- Schaffland, Hans-Jürgen*, Die künftige Europäische Genossenschaft, in: Steding, Rolf (Hrsg.), Genossenschaftsrecht im Spannungsfeld von Bewahrung und Veränderung, Göttingen 1994, S. 166 ff.
zitiert: Schaffland in: Genossenschaften im Spannungsfeld, S.
- Schaffland, Hans-Jürgen*, Reformüberlegungen zum Genossenschaftsrecht aus Sicht des Deutschen Genossenschafts- und Raiffeisenverbandes (DGRV), in: Theurl, Theresia/ Greve, Rolf (Hrsg.), Reform des Genossenschaftsrechts: Anforderungen und Perspektiven, Aachen 2002, S. 123 ff.
zitiert: Schaffland in: Reform des Genossenschaftsrechts, S.
- Schaffland, Hans-Jürgen/ Korte, Otto*, Das Genossenschaftsgesetz im Zeichen der Europäisierung und Internationalisierung – Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, in: NZG 2006, S. 253 ff.
zitiert: Schaffland/ Korte, NZG 2006, S.

- Schick, Werner*, Das Genußrechtskapital bei Kreditinstituten, in: BB 1985, S. 2137 ff.
zitiert: Schick, BB 1985, S.
- Schlegelberger, Franz*, Handelsgesetzbuch, Kommentar, Band III, 2. Halbband, 5. Auflage, München 1986
zitiert: Bearbeiter in: Schlegelberger, HGB, § Rdnr.
- Schlüter, Andreas*, Die EWIV: Modellfall für ein Europäisches Gesellschaftsrecht?, in: EuZW 2002, S. 589 ff.
zitiert: Schlüter, EuZW 2002, S.
- Schmalenbach, Eugen*, Die Aktiengesellschaft, 7. Auflage, Köln – Opladen 1950
zitiert: Schmalenbach, Die Aktiengesellschaft, S.
- Schmid, Reinhold*, Synoptische Darstellung der Rechnungslegung nach HGB und IAS/ IFRS, in: DStR 2005, S. 80 ff.
zitiert: Schmid, DStR 2005, S.
- Schmidt, Karsten*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln – Berlin – Bonn – München 2002
zitiert: K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, S.
- Schmidt, Karsten*, Die Eigenkapitalausstattung der Unternehmen als rechtspolitisches Problem, in: JZ 1984, S. 771 ff.
zitiert: K.Schmidt, JZ 1984, S.
- Schmidt, Karsten*, Konzernrechtliche Wirksamkeitsvoraussetzungen für typische stille Beteiligungen an Kapitalgesellschaften – Zugleich zur systematischen Einordnung des Teilgewinnabführungsvertrages, in: ZGR 1984, S. 295 ff.
zitiert: K.Schmidt, ZGR 1984, S.
- Schmidt, Karsten*, Quasi-Eigenkapital als bilanzrechtliches Problem, in: Havermann, Hans (Hrsg.), Bilanz- und Konzernrecht, Festschrift zum 65. Geburtstag von Dr. Dr. h.c. Reinhard Goerdeler, Düsseldorf 1987, S. 487 ff.
zitiert: K.Schmidt in: Bilanz- und Konzernrecht, S.
- Schmidt, Kurt*, Die Genossenschaft – Ihre Geschichte, ihr Wesen, und Recht und ihre Entwicklung in Deutschland, Berlin 1949
zitiert: Schmidt, Die Genossenschaft, S.
- Schmidt, Martin*, Eigenkapital nach IAS 32 bei Personengesellschaften: aktueller IASB-Vorschlag und Aktivitäten anderer Standardsetzer, in: BB 2006, S. 1563 ff.
zitiert: M.Schmidt, BB 2006, S.
- Schön, Wolfgang*, Ein Allgemeiner Teil der Genußrechte, in: JZ 1993, S. 925 ff.
zitiert: Schön, JZ 1993, S.
- Schott, Konrad*, Genußscheine – Inhaltsbestimmung von Genußrechtsverhältnissen, Diss. Frankfurt a. M. 1995, Frankfurt a. M. 1995
zitiert: Schott, Genußscheine – Inhaltsbestimmung von Genußrechtsverhältnissen, S.
- Schrell, Thomas K./ Kirchner, Andreas*, Mezzanine Finanzierungsstrategien, in: BKR 2003, S. 13 ff.
zitiert: Schrell/ Kirchner, BKR 2003, S.

- Schubert, Werner*, Die Entstehung des Genossenschaftsgesetzes von 1889, in: Schubert, Werner (Hrsg.), 100 Jahre Genossenschaftsgesetz – Quellen zur Entstehung und jetziger Stand, Tübingen 1989, S. 21 ff.
zitiert: Schubert, Die Entstehung des Genossenschaftsgesetzes, S.
- Schubert, Werner*, 100 Jahre Genossenschaftsgesetz – Quellen zur Entstehung und jetziger Stand, Tübingen 1989
zitiert: Schubert, 100 Jahre Genossenschaftsgesetz, S.
- Schudt, Helmut*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, Göttingen 1974
zitiert: Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, S.
- Schulte, Günther*, Einführung einer kapitalorientierten, unkündbaren Mitgliedschaft, in: ZfgG 2004, S. 149 ff.
zitiert: Schulte, ZfgG 2004, S.
- Schulze, Reiner*, Die Europäische Genossenschaft (SCE), in: NZG 2004, S. 792 ff.
zitiert: Schulze, NZG 2004, S.
- Schulze, Reiner*, Genossenschaft – Zur Entwicklung eines Rechtsbegriffs, in: Cordes, Albrecht/ Rückert, Joachim/ Schulze, Reiner (Hrsg.), Stadt – Gemeinde – Genossenschaft, Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 225 ff.
zitiert: Schulze in: FS Dilcher, S.
- Schulze, Reiner (Schriftleitung)*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2006
zitiert: Bearbeiter in: Schulze, Hk-BGB, § Rdnr.
- Schulze, Reiner (Hrsg.)*, Europäische Genossenschaft (SCE) – Handbuch, Baden-Baden 2004
zitiert: Schulze (bzw. Bearbeiter in: Schulze), Europäische Genossenschaft, S.
- Schulze, Reiner*, Neues Recht – Neue Chancen für die Genossenschaften, in: ZfgG 2006, S. 253 f.
zitiert: Schulze, ZfgG 2006, S.
- Schulze, Reiner*, Reformüberlegungen zum deutschen Genossenschaftsrecht aus wissenschaftlicher Sicht, in: Theurl, Theresia/ Greve, Rolf (Hrsg.), Reform des Genossenschaftsrechts: Anforderungen und Perspektiven, Aachen 2002, S. 9 ff.
zitiert: Schulze in: Reform des Genossenschaftsrechts, S.
- Schulze, Reiner/ Wiese, Matthias*, Die SCE mit Sitz in Deutschland und die Reform des deutschen Genossenschaftsrechts, in: ZfgG 2006, S. 108 ff.
zitiert: Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, S.
- Schulze-Osterloh, Joachim*, Das Recht der Unternehmensverträge und die stille Beteiligung an einer Aktiengesellschaft, in: ZGR 1974, S. 427 ff.
zitiert: Schulze-Osterloh, ZGR 1974, S.
- Sethe, Rolf*, Genussrechte: Rechtliche Rahmenbedingungen und Anlegerschutz (I), in: AG 1993, S. 293 ff.
zitiert: Sethe, AG 1993, S.

- Seuffert, Walter*, Über die Behandlung von Genussrechten und Gewinnlasten bei der Körperschaftssteuer, in: *StuW* 1941, 65 ff.
zitiert: *Seuffert*, *StuW* 1941, S.
- Seuster, Horst*, Die finanzielle Situation der Genossenschaften, in: *ZfgG* 1970, S. 333 ff.
zitiert: *Seuster*, *ZfgG* 1970, S.
- Seuster, Horst/ Gerhard, Stephan*, Strukturfragen der deutschen Genossenschaften – Teil III – Verbesserung der Eigenkapitalausstattung bei Kreditgenossenschaften, Frankfurt am Main 1990
zitiert: *Seuster/ Gerhard*, Verbesserung der Eigenkapitalausstattung, S.
- Silberberger, Axel*, Der Partizipationsschein als Möglichkeit einer Mitarbeiterkapitalbeteiligung, Diss. Tübingen 1982, Tübingen 1983
zitiert: *Silberberger*, Partizipationsschein, S.
- Simon, Hans A.*, Betrachtungen zum neuen Aktienrecht, Vortrag gehalten am 24. Mai 1938 in Hamburg, Hamburg 1938
zitiert: *Simon*, Betrachtungen zum neuen Aktienrecht, S.
- Spanier, Günther/ Weller, Heino*, Eigenkapitalausweis bei Genossenschaften nach IAS 32, in: *ZfgG* 2004, S. 269 ff.
zitiert: *Spanier/ Weller*, *ZfgG* 2004, S.
- Stappel, Michael/ Henningsen, Eckard*, Die deutschen Genossenschaften 2003, Entwicklungen – Meinungen – Zahlen, Wiesbaden 2004
zitiert: Bearbeiter in: *Stappel/ Henningsen*, Die deutschen Genossenschaften, S.
- Staub, Hermann*, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, Zweiter Band, §§ 105-237, Berlin 2004
zitiert: Bearbeiter in: *Staub*, HGB, § Rdnr.
- Steding, Rolf*, Das Gesellschaftsrecht der EU zwischen Erwartung und Enttäuschung, in: *NZG* 2000, S. 913 ff.
zitiert: *Steding*, *NZG* 2000, S.
- Steding, Rolf*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft – Ein Überblick, Berlin 2002
zitiert: *Steding*, Das Recht der eG, S.
- Steding, Rolf*, Der Förderzweck – nach wie vor punctum saliens der genossenschaftlichen Rechtsform? – Ein Diskussionsbeitrag zu einem fundamentalen Aspekt der Reform des GenG, in: *ZfgG* 2001, S. 131 ff.
zitiert: *Steding*, *ZfgG* 2001, S.
- Steding, Rolf*, Die eingetragene Genossenschaft – eine (noch) konkurrenzfähige Rechtsform zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften?, in: *NZG* 1999, S. 282 ff.
zitiert: *Steding*, *NZG* 1999, S.
- Steding, Rolf*, Die SCE – eine neue Chance für den Genossenschaftsgedanken im Wirtschaftsleben? – Reflexionen zum Entwurf einer supranationalen genossenschaftlichen Rechtsform für Unternehmen, in: *Kirk, Michael/ Kramer, Jost W./ Steding, Rolf* (Hrsg.), Genossenschaften und Kooperationen in einer sich wandelnden Welt: Festschrift für Prof. Dr. Hans-Hermann Münkner zum 65. Geburtstag, Münster – Hamburg – London 2000, S. 361 ff.
zitiert: *Steding* in: Genossenschaften und Kooperationen, S.

- Steding, Rolf*, Produktivgenossenschaften und ihre Stellung im Gesellschaftsrecht, in: NZG 2000, S. 617 ff.
zitiert: Steding, NZG 2000, S.
- Steding, Rolf*, Reform des Genossenschaftsgesetzes – ein aktuelles Diskussionsthema, in: BuW 2004, S. 382 ff.
zitiert: Steding, BuW 2004, S.
- Steiner, Manfred/ Mader, Wolfgang/ Starbatty, Nikolaus*, Wichtige Tendenzen in der Unternehmensfinanzierung, in: ZfgG 2004, S. 77 ff.
zitiert: Steiner/ Mader/ Starbatty, ZfgG 2004, S.
- Steiner, Jürgen*, Chancen der Zukunft aus Potenzialen der Herkunft – Herausforderungen des Zeitgeistes bewältigen, in: ZfgG 2006, S. 129 ff.
zitiert: Steiner, ZfgG 2006, S.
- Strieder, Thomas*, Eigenkapitalbeschaffung bei genossenschaftlichen Unternehmen, in: ZfgG 2000, S. 214 ff.
zitiert: Strieder, ZfgG 2000, S.
- Strieder, Thomas*, Übertragbarkeit von einzelnen Geschäftsanteilen bei Genossenschaften?, in: JR 2000, S. 309 f.
zitiert: Strieder, JR 2000, S.
- Strieder, Thomas*, Übertragung einzelner Geschäftsanteile bei Genossenschaften – ein Lösungsvorschlag, in: BB 1999, S. 1567 f.
zitiert: Strieder, BB 1999, S.
- Strieder, Thomas/ Habel, Michael*, Die Kommanditgesellschaft auf Aktien als Lösungsansatz zur Eigenkapitalproblematik bei Genossenschaften, in: BB 1995, S. 1857 ff.
zitiert: Strieder/ Habel, BB 1995, S.
- Tacken, Walter*, Der gewerkschaftliche Genußschein im Privatrecht, Diss. Köln 1938, München 1938
zitiert: Tacken, Der gewerkschaftliche Genußschein, S.
- Tanski, Frank*, Genussrechtskapital – Finanzierungsalternative für Genossenschaften, in: FB 2005, S. 8 ff.
zitiert: Tanski, FB 2005, S.
- Thielemann, Arno*, Das Genußrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung und der Anlegerschutz, Diss. Gießen 1987, Pfaffenweiler 1988
zitiert: Thielemann, Das Genußrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung, S.
- Thünnessen, Dieter*, Genußscheine als Finanzierungsmittel in der deutschen Wirtschaftsgeschichte und in der heutigen Unternehmenspraxis, in: Bundschuh, Dietrich/ Hadding, Walther/ Schneider, Uwe Hans (Hrsg.), Recht und Praxis der Genußscheine, Frankfurt am Main 1987, S. 9 ff.
zitiert: Thünnessen in: Recht und Praxis der Genußscheine, S.
- Tomalla, Ralf-Georg*, Notwendigkeit und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung in Bankengenosenschaften, Diss. Stuttgart 1986, Stuttgart – Hohenheim 1987
zitiert: Tomalla, Notwendigkeit und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung, S.
- Valéri, Antoine*, Les actions de jouissance, Diss. Paris 1906, Paris 1907
zitiert: Valéri, Les actions de jouissance, S.

- Vieweg, Klaus*, Die Europäische Genossenschaft (SCE) – Initialzündung für eine Reform der eingetragenen Genossenschaft, in: Krause, Rüdiger (Hrsg.), Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa – Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin 2004, S. 525 ff.
zitiert: Vieweg in: GS Blomeyer, S.
- Volk, Gerrit*, Mezzanine-Capital: Neue Finanzierungsmöglichkeiten den Mittelstand?, in: BB 2003, S. 1224 ff.
zitiert: Volk, BB 2003, S.
- Volkenner, Thomas/ Walther, Karl-Friedrich*, Die Endfassung der Neuen Baseler Eigenkapitalvereinbarung (Basel II), in: DStR 2004, S. 1399 ff.
zitiert: Volkenner/ Walther, DStR 2004, S.
- Vollmer, Lothar*, Der Genußschein – ein Instrument für mittelständische Unternehmen zur Eigenkapitalbeschaffung an der Börse, in: ZGR 1983, S. 445 ff.
zitiert: Vollmer, ZGR 1983, S.
- Vollmer, Lothar*, Eigenkapitalbeschaffung für die GmbH durch Börsengang, in: GmbHR 1984, S. 329 ff.
zitiert: Vollmer, GmbHR 1984, S.
- Vollmer, Lothar/ Lorch, Bernhard*, Der Schutz des aktienähnlichen Genußkapitals bei Kapitalveränderungen, in: ZBB 1992, S. 44 ff.
zitiert: Vollmer/ Lorch, ZBB 1992, S.
- Waldecker, Ludwig*, Die eingetragene Genossenschaft, Tübingen 1916
zitiert: Waldecker, Die eingetragene Genossenschaft, S.
- Wedel, Hermann*, Der Partizipationsschein als Kapitalbeschaffungsmittel der Aktiengesellschaft, Berlin 1969
zitiert: Wedel, Der Partizipationsschein als Kapitalbeschaffungsmittel, S.
- Wengel, Torsten*, Die handelsrechtliche Eigen- und Fremdkapitalqualität von Genussrechtskapital, in: DStR 2001, S. 1316 ff.
zitiert: Wengel, DStR 2001, S.
- Wengel, Torsten*, Genussrechte im Rahmen der Bilanzanalyse, in: DStR 2000, S. 395 ff.
zitiert: Wengel, DStR 2000, S.
- Werner, Winfried*, Schwerpunkte der Novellierung des Kreditwesengesetzes, in: ZHR 1985, S. 236 ff.
zitiert: Werner, ZHR 1985, S.
- Wertheimer, Ludwig*, Genußscheine, in: JW 1923, S. 573 ff.
zitiert: Wertheimer, JW 1923, S.
- Westermann, Harry*, Die Rechtsnatur der Warenrückvergütung, in: Westermann, Harry (Hrsg.), Rechtsprobleme der Genossenschaften, Karlsruhe 1969
zitiert: Westermann in: Rechtsprobleme der Genossenschaften, S.
- Widmayer, Gerhard*, Genussrechte als Instrument für grenzüberschreitende Finanzierungen, in: IStR 2001, S. 337 ff.
zitiert: Widmayer, IStR 2001, S.

- Wiese, Matthias*, Die Europäische Genossenschaft im Vergleich zur eingetragenen Genossenschaft deutschen Rechts – Reformüberlegungen zum deutschen Genossenschaftsrecht, Diss. Münster 2005, Aachen 2006
zitiert: Wiese, Die Europäische Genossenschaft, S.
- Wiese, Götz Tobias/ Dammer, Thomas*, Zusammengesetzte Finanzinstrumente der AG – Hybride Kapitalmaßnahmen, strukturierte Anleihen und Kreditderivate im Bilanz-, Ertragssteuer-, und Aktienrecht – Ein Überblick, in: DStR 1999, S. 867 ff.
zitiert: Wiese/ Dammer, DStR 1999, S.
- Wißmann, Guido*, Das Merkmal der nichtgeschlossenen Mitgliederzahl bei der eingetragenen Genossenschaft als Hindernis einer ausreichenden Kapitalversorgung, Diss. Nürnberg 1995, Nürnberg 1995
zitiert: Wißmann, Das Merkmal der nichtgeschlossenen Mitgliederzahl, S.
- Wolff, Pierre von*, Die Genussscheine nach schweizerischem Recht – mit besonderer Berücksichtigung ähnlicher Verhältnisse in Deutschland und Frankreich, Diss. Bern 1914, Bern 1914
zitiert: von Wolff, Die Genussscheine nach schweizerischem Recht, S.
- Wünsch, Horst*, Der Genußschein im Sinne des § 174 AktG als Instrument der Verbriefung privatrechtlicher Ansprüche, in: Schwarz, Walter (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen der Rechtsordnung – Festschrift für Rudolf Strasser zum 60. Geburtstag, Wien 1983, S. 871 ff.
zitiert: Wünsch in: FS Strasser, S.
- Würdinger, Hans*, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen – Eine systematische Darstellung, 4. Auflage, Heidelberg – Karlsruhe 1981
zitiert: Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, S.
- Würdinger, Hans*, Aktien- und Konzernrecht – Eine systematische Darstellung, 3. Auflage, Heidelberg – Karlsruhe 1973
zitiert: Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, S.
- Zander, Horst E.*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht – Ein Beitrag zur gesetzlichen Regelung des Genußscheinrechts in Deutschland, Berlin 1933
zitiert: Zander, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, S.
- Zawischa, Georg*, Die Europäische Genossenschaft, in: Kalss, Susanne (Hrsg.), Festschrift Peter Doralt: Zum 65. Geburtstag, Wien 2004, S. 729 ff.
zitiert: Zawischa in: FS Doralt, S.
- Ziebe, Jürgen*, Kapitalbeschaffung durch Genußscheine, in: BB 1988, S. 225 ff.
zitiert: Ziebe, BB 1988, S.
- Ziebe, Jürgen*, Rechtsnatur und Ausgestaltung von Genußrechten, in: DStR 1991, S. 1549 ff.
zitiert: Ziebe, DStR 1991, S.

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft
ABl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AG	Aktiengesellschaft, Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift) oder Aus- führungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
Anh.	Anhang
arg. ex	argumentum ex
Art.	Artikel
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAnz.	Bundesanzeiger
BB	Betriebsberater
BC	Bilanzbuchhalter und Controller
BFHE	Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-Gesellschaft	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BI	Bankinformation und Genossenschaftsforum
BlfG	Blätter für Genossenschaftswesen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BMJ	Bundesjustizministerium
BR	Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksache
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BuW	Betrieb und Wirtschaft
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BzFdG	Bundesverein zur Förderung des Genossenschaftsgedankens e.V.
bzgl.	bezüglich

bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heißt
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DG Bank	Deutsche Genossenschaftsbank
DG-BankUmwG	Gesetz zur Umwandlung der Deutschen Genossenschaftsbank
DGRV	Deutscher Genossenschafts- und Raiffeisenverband e. V.
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DStR	Deutsches Steuerrecht
DWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
DZ Bank	Deutsche Zentral-Genossenschaftsbank
e. V.	eingetragener Verein
ECU	European Currency Unit
eG	eingetragene Genossenschaft
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELR	European Law Reporter
endg.	endgültig
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-VO	Verordnung über das Statut der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV)
f.	folgende
FB	Finanz Betrieb
ff.	folgende

FinDAG	Gesetz über die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GenG	Gesetz über die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften – Genossenschaftsgesetz (GenG)
GewStG	Gewerbesteuergesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesellschaft betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GS	Gedächtnisschrift
Habil.	Habilitation
h.A.	herrschende Ansicht
h.M.	herrschende Meinung
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
Hrsg.	Herausgeber
i.H.v.	in Höhe von
i.S.d.	im Sinne der (des)
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IAS	International Accounting Standard
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
IFRIC	International Financial Reporting Interpretations Committee
IRZ	Zeitschrift für Internationale Rechnungslegung
IStR	Internationales Steuerrecht
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KOM	Dokumente der Kommission der Europäischen Union
KStG	Körperschaftsteuergesetz

KoR	Zeitschrift für internationale und kapitalmarktorientierte Rechnungslegung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
lit.	litera
LM	Lindenmaier/Möhring
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLG-Rspr.	OLG-Rechtsprechung
OVG	Oberverwaltungsgericht
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rdnr(n).	Randnummer(n)
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
Rz.	Randziffer
S.	Seite oder Satz
SCE	Societas Cooperativa Europaea
SCE-AG	Gesetz zur Ausführung der SCE-VO
SCE-BG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in einer Europäischen Genossenschaft
SCE-VO	Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft
SE	Societas Europaea
SEBG	Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft – SE-Beteiligungsgesetz
SE-VO	Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SE)
Slg.	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des EuGH
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftsrechtliche Spruchverfahren
StuW	Steuer und Wirtschaft
Ua.	Unterabsatz

UBGG	Gesetz über Unternehmensbeteiligungsgesellschaften
u.U.	unter Umständen
usw.	und so weiter
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
Var.	Variante
vgl.	vergleiche
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPg	Die Wirtschaftsprüfung
WpHG	Gesetz über den Wertpapierhandel
z.B.	zum Beispiel
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZfgG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfHF	Zeitschrift für die handelswirtschaftliche Forschung
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZR	Zivilrecht
ZVglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1
 1. Kapitel: Das Konzept der Genussrechte im Gesellschaftsrecht	6
A. Begriffsbestimmung	6
I. Genussscheine.....	6
II. Fehlende Legaldefinition.....	7
III. Fehlende Definition in den Gesetzesmaterialien	8
IV. Definition durch die Rechtsprechung	10
1. Genussrechte in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	11
2. Genussrechte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes	12
V. Genussrechte in der Literatur	13
1. Obligatorische Gläubigerrechte.....	14
2. Orientierung an der Mitgliedschaft	14
3. Einheitlicher Genussrechtsbegriff?.....	15
VI. Übertragung auf das Genossenschaftsrecht.....	16
 B. Arten	18
I. Ausgestaltung	18
1. Aktienähnliche Genussrechte	19
2. Aktiengleiche Genussrechte	20
3. Obligationsähnliche Genussrechte.....	23
4. Zwischenergebnis	25
II. Ausgabe	25
1. Genussrechte zur Kapitalgewinnung.....	25
2. Genussrechte ohne Kapitalzufuhr	26
 C. Rechtliche Einordnung und Abgrenzung	28
I. Rechtliche Einordnung des Genussrechts als solchem.....	28
1. Keine Mitgliedschaftsrechte	28
2. Genussrecht als Gläubigerrecht.....	28
II. Rechtliche Einordnung des Genussrechtsvertrages/ Abgrenzung.....	31
1. Rechtliche Einordnung	32

a) Dauerschuldverhältnis sui generis	32
b) Bestimmung nach Art des Genussrechts	32
2. Abgrenzung	33
a) Vergleich mit der stillen Beteiligung	33
b) Abgrenzung zur BGB-Innengesellschaft	35
c) Vergleich mit den partiarischen Darlehen.....	35
d) Vergleich mit den Gewinnschuldverschreibungen.....	36
e) Abgrenzung zu den stimmrechtslosen Vorzugsaktien	37
f) Genussrechte als selbstständige Schuldversprechen nach § 780 BGB?	37
g) Abgrenzung zum Gewinnabführungsvertrag	39
h) Zwischenergebnis.....	41
3. Zwischenergebnis	41

D. Einsatzmöglichkeiten von Genussrechten bzw. Genussscheinen – Historische Entwicklung und wirtschaftliche Bedeutung.....42

I. Erste Genussscheine.....	42
II. Negative Entwicklungen.....	43
III. Genussscheine in Deutschland.....	44
1. Weniger Gründergenussscheine.....	44
2. Amortisationsgenussscheine	45
3. Genussscheine bei den Kolonialgesellschaften	46
4. Finanzierungs- und Sanierungsgenussscheine.....	47
a) Finanzierungsmittel.....	48
b) Sanierungsmittel	48
5. Bedeutungsverlust der Genussrechte nach 1937.....	49
6. Die Wiederentdeckung der Genussrechte.....	50

E. Bedeutung für die Genossenschaften52

I. Genussrechte in der eG vor 1984	52
1. Genossenschaftsgesetz.....	52
2. Genossenschaftliche Praxis	53
a) Zeit der Entstehung der ersten Genossenschaften	53
b) 20er und 30er Jahre des 20. Jahrhunderts	54
c) Die Zeit nach 1984	54
3. Genossenschaftsrechtliche Literatur	55
II. Zwischenergebnis.....	55

2. Kapitel: Die Genussrechte in der eingetragenen Genossenschaft.....57

A. Gründe für die Ausgabe von Genussrechten in der eG57

I. Eigenkapitalknappheit bei der eG vor der Gesetzesreform 2006	58
1. Mitgliederbeiträge als primäres Mittel zur Eigenkapitalversorgung	58
2. Kein Mindestkapital.....	59
3. Kündbarkeit der Geschäftsguthaben durch Aufkündigung der Mitgliedschaft	60
4. Unzureichende Übertragbarkeit der Geschäftsguthaben.....	61
5. Förderzweck	62
6. Probleme bei Gewinnerzielung und -thesaurierung.....	63
7. Kapitalerhöhung als nur begrenzt taugliches Mittel	63
8. Zusammenfassung	65
II. Eigenkapitalproblematik nach der Gesetzesreform 2006	66
1. Reform des Genossenschaftsrechts	66
2. Neuerungen im Bereich Kapitalbeschaffung und -erhaltung/ Bewertung.....	68
a) Fakultative Einführung eines Mindestkapitals.....	69
b) Geschäftsguthaben als Eigenkapital/ Bilanzierung nach IAS 32.....	71
c) Zulassung von Sacheinlagen	73
d) Verlängerung der Kündigungsfrist auf zehn Jahre	74
e) Übertragung von Teilen des Geschäftsguthabens	75
f) Investorenmitglieder.....	76
aa) Neuerungen und deren Ziele.....	76
bb) Bewertung.....	77
(1) Öffnung der Rechtsform.....	77
(2) Probleme auf Investorenseite.....	77
(3) Interessenwiderstreit/ Schwierigkeiten bei Gewinnberechnung und -verteilung	79
(4) Fluktuation des Kapitals	79
(5) Erfahrungen aus anderen EU-Staaten	80
g) Zusammenfassung	81
III. Zwischenergebnis.....	82

B. Eigenkapitalcharakter des Genussrechtskapitals/

Ausgestaltungsmöglichkeiten.....84

I. Definition des Eigenkapitals	84
1. (Vorrangige) Verlustteilnahme.....	85
2. Nachrangigkeit.....	85
3. Dauerhafte Verfügbarkeit	86

II. Ausgestaltungsvarianten – Genussrechtskapital als Eigenkapital nach HGB-Grundsätzen	86
1. Uneingeschränkte Verlustbeteiligung des Genussrechtskapitals.....	87
2. Nachrangigkeit des Genussrechtskapitals.....	88
3. Dauerhafte Verfügbarkeit des Genussrechtskapitals.....	88
4. Bedienung aus dem Gewinn	90
5. Zwischenergebnis	92
III. Begrenzte Aussagekraft des handelsbilanzrechtlichen Eigenkapitals	92
1. Rating und der Begriff des wirtschaftlichen Eigenkapitals	93
2. Bilanzanalyse und Haftkapital	94
IV. Genussrechte als Eigenkapital nach dem KWG	95
V. Genussrechte als Fremdkapital	97
VI. Genussrechte in der bilanzrechtlichen Praxis einer Genossenschaft.....	99
VII. Zwischenergebnis	100
 C. Rechtliche Bedenken	101
I. Genossenschaftsrecht	101
1. Genossenschaftlicher Förderzweck nach § 1 Abs. 1 GenG	101
a) Inhalt des Förderzwecks	101
b) Genussrechte und der genossenschaftliche Förderzweck	103
aa) Verbot der Gewinnerzielung bzw. der Gewinnerzielungsabsicht	103
(1) Strenge Auslegung: Verbot der Gewinnerzielungsabsicht.....	104
(2) Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenzweck	104
(3) Erweiterte Auslegung nach der Gesetzesreform	105
(4) Genossenschaft als Förderwirtschaftsverein	106
(5) Grenzen	106
(6) Abgrenzung und Zwischenergebnis	107
bb) Genussrechtsvergabe als Verstoß gegen das Mitgliederinteresse	108
cc) Förderzweck als Verbot der Drittförderung	109
dd) Genussrechtsvergabe durch Kreditgenossenschaften als förderzweckkonform.....	109
ee) Förderzweckerreichung nicht gesichert	110
ff) Zwischenergebnis	111
2. Genossenschaftliche Gewinnverteilung	112
a) Gewinnverteilungsregelung des § 19 GenG.....	112
aa) Inhalt des § 19 GenG	112
bb) Genussrechte und die Gewinnverteilungsregel des § 19 Abs. 1 GenG	112

(1) Genussrechtsvergabe verstößt gegen § 19 Abs. 1 GenG	113
(2) Echte Gewinnbeteiligung unzulässig – Gewinnorientierung möglich	114
(3) § 19 Abs. 1 GenG kein zwingendes Recht	115
(4) Genussrechtsbedienung keine Gewinnverwendung i.S.d. § 19 Abs. 1 GenG	115
(5) Abgrenzende Stellungnahme	116
(a) Wortlaut	116
(aa) Weiter Gewinnbegriff	117
(bb) Enger Gewinnbegriff	117
(b) Systematik	118
(aa) Verknüpfung mit § 48 GenG	119
(bb) Parallelvorschriften	119
(cc) Harmonisierungsklausel des § 2 Abs. 5 5. VermBG	121
(c) Teleologie	125
(d) Historie	126
(e) Zusammenfassung	127
(6) Zwischenergebnis	127
b) Gewinnverteilungsregelung des § 91 GenG	128
aa) Inhaltliche Regelung des § 91 GenG	128
bb) Genussrechte und die Vorschrift des § 91 GenG	128
(1) Wortlaut	129
(2) Systematik und Zweck	130
(3) Zwischenergebnis	131
c) Zusammenfassung	132
3. Genossenschaftliche Grundprinzipien	132
a) Selbsthilfe und Identität	133
aa) Inhalt des Selbsthilfeprinzips	133
bb) Kollision mit dem Selbsthilfeprinzip durch Genussrechtsvergabe	134
b) Selbstverwaltung	135
aa) Inhalt des Selbstverwaltungsprinzips	135
bb) Kollision mit dem Selbstverwaltungsprinzip durch Genussrechtsvergabe	135
c) Selbstverantwortung	137
aa) Inhalt des Selbstverantwortungsprinzips	137
bb) Kollision mit dem Selbstverantwortungsprinzip durch Genussrechtsvergabe	138
d) Zwischenergebnis	138
4. Genossenschaftliche Eigenkapitalgrundsätze	139

5. Auswirkungen der Reform.....	140
II. Sonstiges Recht.....	142
III. Zwischenergebnis.....	143
D. Ausgabe von Genussrechten in der eG	145
I. Genussrechte an Mitglieder	145
II. Genussrechte an Arbeitnehmer	147
III. Genussrechte an Nichtmitglieder	148
IV. Durchführung der Ausgabe	148
1. Beschluss über die Genussrechtsvergabe	148
a) Beschlusserfordernis	148
aa) Keine organisationsrechtliche Grundlagenentscheidung	149
bb) Beschlusserfordernis aus genossenschaftsrechtlichen Erwägungen.....	149
b) Rechtsgrundlagen für den Beschluss.....	150
aa) § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG	150
(1) Keine mangelnde Vergleichbarkeit.....	151
(2) Keine planwidrige Regelungslücke.....	152
bb) Rechtsanalogie entsprechend §§ 20, 91 GenG.....	153
cc) Art. 64 Abs. 1 S. 1 SCE-VO analog	153
(1) Anwendbarkeit der SCE-VO.....	153
(2) Analoge Anwendung der SCE-VO	154
(a) Regelungslücke.....	155
(b) Planwidrigkeit.....	155
(c) Vergleichbare Interessenlage	156
(d) Mögliche Bedenken.....	156
(3) Inhalt des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO	157
(4) Genussrechte als Wertpapiere i.S.d. Art. 64 Abs. 1 SCE-VO	158
(5) Rechtsgrundlage für den Beschluss.....	159
(6) Zwischenergebnis	160
dd) Abgrenzung.....	160
ee) Zwischenergebnis	163
c) Inhalt des Beschlusses	164
d) Mehrheitserfordernis	164
e) Ausnahmen vom Beschlusserfordernis	166
f) Zwischenergebnis.....	167
2. Satzungsregelung erforderlich	167
3. Praktische Durchführung der Ausgabe.....	168

4. Zwischenergebnis	169
E. Wirtschaftliche und sonstige Bedenken.....	170
F. Zusammenfassung.....	172
3. Kapitel: Die Genussrechte in der Europäischen Genossenschaft.....	174
A. Die SCE.....	174
I. Rechtsgrundlage.....	175
II. Wesen	176
III. Zweck	177
IV. Grundprinzipien	179
V. Struktur	181
VI. Zusammenfassung.....	182
B. Gründe für die Ausgabe von Genussrechten	184
I. Attraktivität der Genussscheine als Finanzierungsmittel	184
II. Vergleich zur eG	184
III. Bewertung der Finanzverfassung der SCE und Vergleich zur eG	185
1. Mindestkapital.....	185
a) Regelung in der SCE-VO	185
b) Vergleich und Bewertung	186
2. Geschäftsanteile und Mitgliedschaft.....	186
a) Regelung in der SCE-VO	186
b) Vergleich und Bewertung	188
aa) Handelbarkeit der Geschäftsanteile	188
bb) Keine Beteiligung am Unternehmenswert	189
3. Investorenmitglieder.....	190
a) Regelungen der SCE-VO.....	190
b) Ergänzende Umsetzung ins deutsche Recht.....	190
c) Vergleich und Bewertung	191
4. Sachgründung, Bilanzierung und besondere Wertpapiere	191
5. Zusammenfassung	192
IV. Vergleich zu anderen europäischen Rechtsformen	192

1. Europäisch Wirtschaftliche Interessenvereinigung – EWIV	193
2. Europäische (Aktien-) Gesellschaft – SE/ Kapitalgesellschaften im Allgemeinen	194
a) Mindestkapital.....	195
b) Geschäftsanteile und Mitgliedschaft.....	195
c) Investoren/ Aktionäre	196
d) Haftung	196
e) Sachgründung	196
f) Bilanzierung.....	197
g) Besondere Wertpapiere	198
h) Besonderheiten von SE und Kapitalgesellschaften im Allgemeinen	198
i) Zusammenfassung.....	198
3. Zwischenergebnis	199
V. Zwischenergebnis	200
 C. Die gesetzliche Regelung	201
I. Genussrechtsausgabe nach Art. 64 Abs. 1 SCE-VO	201
II. Rechte der Genussrechtsinhaber	201
1. Gestaltungsfreiheit.....	201
2. Grenzen.....	202
a) Rede- und Antragsrechte in der GV	202
aa) Einräumung von Rede- und Antragsrechten.....	202
bb) Keine über Art. 64 Abs. 4 SCE-VO hinausgehenden Rede- und Antragsrechte.....	203
(1) Genossenschaftliche Struktur	203
(2) Zusammenhang zwischen Art. 58 Abs. 2 und Art. 64 Abs. 1 S. 3 SCE-VO	204
(3) Passives Teilnahmerecht als Kontrollrecht.....	204
(4) Abschließende Regelung des Art. 64 Abs. 4 SCE-VO.....	205
b) Zwischenergebnis	206
 D. Ausgabe von Genussrechten in der SCE.....	208
I. Genusssscheine an Mitglieder.....	208
II. Genusssscheine an Arbeitnehmer	209
III. Genussrechte an Nichtmitglieder	210
IV. Durchführung der Ausgabe	211
1. Satzungsregelung und zusätzliches Beschlusserfordernis?	211

2. Praktische Durchführung der Ausgabe.....	212
V. Zusammenfassung.....	213
E. Bedeutung und Bilanzierung des Genussscheinskapsitals	214
I. Bedeutung des Genussscheinskapsitals für die SCE	214
II. Geltende Bilanzierungsvorschriften.....	214
III. Bilanzierung nach HGB.....	216
IV. Bilanzierung nach IAS/IFRS	216
1. Eigenkapital nach IAS/IFRS.....	217
2. Genussrechte als Eigenkapital nach IAS 32.....	218
a) Finanzierungsinstrument.....	218
b) Ausgestaltung	219
aa) Grundsatz	219
bb) Kriterien	219
cc) Anwendung der Kriterien auf die Genussscheine	220
dd) Maßgebliches Kriterium	220
V. Zusammenfassung und Bewertung	221
VI. Künftige Änderungen.....	224
F. Wirtschaftliche und sonstige Bedenken.....	227
G. Zusammenfassung	228
<i>Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse.....</i>	<i>229</i>

Einleitung

„Zu den drängensten Problemen vieler Genossenschaften gehört die Verbesserung der Möglichkeiten zur Kapitalausstattung. [...] Instrumente der Kapitalbeschaffung sollten auch dann genutzt werden können, wenn sie nicht zum herkömmlichen Instrumentarium des Genossenschaftsrechts gehören, soweit sie nicht die bestimmende Rolle der genossenschaftlichen Grundsätze gefährden.“¹

Vor diesem Hintergrund erörtert diese Arbeit die rechtlichen Grundlagen und Grenzen von Genussrechten in Genossenschaften. Die Genussrechte sind ein dem Genossenschaftsgesetz (GenG)² fremdes³ Finanzierungsmittel; ihr Charakter bietet der eingetragenen Genossenschaft (eG) und der Societas Cooperativa Europaea (SCE; Europäische Genossenschaft) eine Möglichkeit, einen Weg aus der Eigenkapitalmisere⁴ zu finden. Die Arbeit beleuchtet besonders die Stellen, an denen sich die Genussrechte mit dem Recht der eG und dessen Prinzipien reiben können. Die Genussrechte werden zudem untersucht im Hinblick darauf, ob sie als Finanzierungsmittel für die SCE notwendig und tauglich sind. Deren Rechtsgrundlagen, also der SCE-Verordnung (SCE-VO)⁵ und dem SCE-Ausführungsgesetz (SCE-AG) für die SCE mit Sitz in Deutschland,⁶ sind die Genussrechte indes nicht fremd.

Es fragt sich zunächst, weshalb die Genussrechte als Finanzierungsmittel für die beiden genossenschaftlichen Rechtsformen Thema dieser Arbeit sind, obwohl – besonders für die eG

¹ Schulze in: Reform des Genossenschaftsrechts, 9, 20.

² Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (Genossenschaftsgesetz – GenG) vom 1. Mai 1889, abgedruckt in: RGBl. 1889, 55 und RGBl. 1898, 369, 810; zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts vom 14. August 2006, abgedruckt in: BGBl. I, 1911, unter neuer Überschrift bekannt gemacht am 16. Oktober 2006, abgedruckt in: BGBl. I, 2230.

³ Trotz der unsicheren Rechtslage haben in der Praxis bereits einige Genossenschaften damit begonnen, Genussrechte zu vergeben, vgl. dazu Schulze, ZfG 2006, 253, 253 f.; Münkner in: Genossenschaften an der Jahrtausendwende, 114, 130; Schaffland in: Reform des Genossenschaftsrechts, 123, 127.

⁴ Dazu Beuthien, NZG 2003, 849, 849 f.; Schulze in: Reform des Genossenschaftsrechts, 9, 10; Wißmann, Das Merkmal der nichtgeschlossenen Mitgliederzahl, 8, 14; Homann, Ansätze zur Lösung der Finanzierungsproblematik, 2 ff.; Klose, Zusatzgrundkapital für eG, 28; Birck in: FS Draheim, 109, 111 ff.; Pohl, Probleme und Möglichkeiten der Beschaffung, 3, 41, 43; Blomeyer/ Wißmann, Die institutionelle Problematik, 5 ff.; Seuster, ZfG 1970, 333, 345 ff.; Steding, NZG 1999, 140, 141; Seuster/ Gerhard, Verbesserung der Eigenkapitalausstattung, 11 ff.

⁵ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), abgedruckt in: ABLEU 2003, L 207/1; ergänzt durch die Richtlinie 2003/72/EG zur Ergänzung des Status der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, abgedruckt in: ABLEU 2003, L 207/25.

⁶ Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) vom 14. August 2006, in Kraft getreten am 18. August 2006, abgedruckt in: BGBl. I, 1911.

– andere Verbesserungen und Lösungen der Eigenkapitalproblematik von Genossenschaften vorgeschlagen werden.⁷

Als Finanzierungsmittel erleben die Genussrechte in den letzten Jahren eine „Renaissance“.⁸ Man zieht sie häufig anderen Finanzierungsmitteln vor, weil sie sich auszeichnen durch einen hybriden, also zweiseitigen Charakter⁹ und ein hohes Maß an Flexibilität. Beide ermöglichen es dem Emittenten, das Genussrecht anteilsähnlich, und somit als Eigenkapital, oder obligationsähnlich, und damit als Fremdkapital, auszugestalten.¹⁰ Mit anderen Worten: Das emittierende Unternehmen kann die Genussrechte auf sein Finanzierungsziel zuschneiden und im Übrigen¹¹ attraktiv für den Anleger gestalten.¹² Zudem gewähren Genussrechte nur sehr begrenzten Einfluss auf den Kapitalnehmer.¹³ Als sog. Mezzanine-Kapital,¹⁴ also eine besondere Form von Nachrangkapital,¹⁵ spielen sie im Bilanzrecht sowie in der Bilanzrechtspraxis eine gewichtige Rolle.¹⁶

Genussrechte lassen sich steuerlich so ausgestalten, dass die Vergütungen das steuerliche Einkommen der emittierenden Gesellschaft mindern.¹⁷ Steuerrechtliche Fragen werden in der Bearbeitung insoweit einbezogen, als sich für die Genossenschaften bei Genussrechtsvergaben Besonderheiten ergeben.

Das Thema Unternehmensfinanzierung hat in den letzten Jahren in Schriftum und Praxis an Bedeutung gewonnen. Hauptgründe dafür sind die gestiegene Zahl von Insolvenzen und die

⁷ So beispielsweise eine „Genossenschaftliche Kommanditgesellschaft auf Aktien“ (*Strieder/ Habel*, BB 1995, 1857, 1857 ff.), sog. „Asset-Backed-Securities“ (*Leuschner/ Briesemeister*, ZfgG 2004, 100, 100 ff.), Investorenmitglieder (beispielsweise *Ringle* in: Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, 51, 51 ff., und nunmehr auch vorgesehen in § 8 Abs. 2 GenG), Industrieobligationen und Schuldscheindarlehen (*Steiner/ Mader/ Starbatty*, ZfgG 2004, 77, 79 ff.), typische (*Kühnberger*, DB 2004, 661, 663 ff.) und atypische (*Beuthien*, NZG 2003, 849, 849 ff.) stille Beteiligungen oder eine zusatzfinanzierte eG (*Klose*, Zusatzgrundkapital für eG, 152 ff.).

⁸ So auch *Wengel*, DStR 2000, 395, 395; *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 315.

⁹ Zum hybriden Charakter der Genussrechte eingehend *Widmayer*, IStR 2001, 337, 337 ff.

¹⁰ Darauf weisen auch *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn* (BB 2004, 315, 315) hin.

¹¹ Z.B. bei der Höhe des Zinssatzes bzw. der Gewinnbeteiligung.

¹² Ähnlich *Kühnberger*, BB 2004, 661, 667.

¹³ *Heinemann/ Kraus* in: Bösl/ Sommer, Mezzanine Finanzierung, 173.

¹⁴ Die Bezeichnung „Mezzanin“ entstammt dem Italienischen und bezeichnet ein niedriges Zwischengeschoß inmitten zweier Hauptgeschosse eines Gebäudes, wie man es bei Baustilen der Renaissance und der Barockzeit antrifft, vgl. *Kraif*, Duden – Das Fremdwörterbuch, Stichwort: Mezzanin.

¹⁵ Vgl. dazu *Schrell/ Kirchner*, BKR 2003, 13, 14.

¹⁶ Siehe dazu grundlegend *Golland/ Gehlhaar/ Grossmann/ Eickhoff-Kley/ Jänisch*, BB 2005, Beilage Nr. 13, 1, 1 ff., 17 f.; *Isert/ Schaber*, DStR 2005, 2097, 2098; *Kühnberger*, BB 2004, 661, 661 ff.; *Gündel/ Hirdes*, BC 2005, 205, 206; *Heinemann/ Kraus* in: Bösl/ Sommer, Mezzanine Finanzierung, 171 ff.; *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 315; *Gerdas*, BC 2006, 57, 57; *Volk*, BB 2003, 1224, 1226; *Schrell/ Kirchner*, BKR 2003, 13, 18.

¹⁷ *Widmayer*, IStR 2001, 337, 340; *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 315. Genussrechtsvergaben ermöglichen auch Steuervorteile.

seit Basel II¹⁸ verschärfte Kreditvergabepraxis der Banken.¹⁹ Wegen der strukturellen Schwächen²⁰ der eG und SCE in der Finanzverfassung ist der Themenkomplex Finanzierung von großer Wichtigkeit. Daher verwundert es nicht, dass die Erleichterung der Kapitalbeschaffung und -erhaltung in den genossenschaftlichen Unternehmen²¹ eines der drei wesentlichen Elemente der Reform des deutschen Genossenschaftsrechts im Jahre 2006²² darstellte.²³ Die Europäische Genossenschaft, deren Finanzierungsmöglichkeiten von Gesetzes wegen vielfältiger sind, hat sich nicht nur zu behaupten gegenüber den verschiedenen genossenschaftlichen Rechtsformen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, sondern auch im Wettbewerb mit anderen europäischen Rechtsformen wie der Europäischen Aktiengesellschaft (SE). Genussrechte könnten die Chancen der SCE in dieser Hinsicht verbessern.

Warum hat diese Untersuchung die Rechtsformen der Genossenschaften zum Gegenstand? Zwar stellen Genossenschaften auch heute noch eine bewährte Rechtsform im deutschen Wirtschaftsrecht dar,²⁴ doch haben sie in den letzten Jahrzehnten einen erheblichen Imageverlust zu beklagen.²⁵ Die Genossenschaft wird von der öffentlichen Meinung allzu häufig als eine Unternehmensform angesehen, die vorwiegend für die Landwirtschaft oder generell den primären Wirtschaftssektor²⁶ bestimmt ist. Mitunter begegnet man der im Ausgangspunkt zutreffenden Auffassung, die Genossenschaft sei mit dem Ziel aus der sozialen Frage des 19. Jahrhunderts hervorgegangen, den gesellschaftlichen und sozialen Missständen des 19. Jahrhunderts entgegenzuwirken.²⁷ Diese Aufgabe werde nun durch die soziale Marktwirt-

¹⁸ Die Vorgaben von „Basel II“ zielen verstärkt auf eine risikoorientierte Eigenkapitalunterlegung ab, um auf diese Weise bankgeschäftliche Risiken zu mindern. Sie versuchen zudem, Systeme und Abläufe in Kreditinstituten zu optimieren. Ausführlich zu den Regelungen und Zielen von Basel II *Volkenner/ Walter*, DStR 2004, 1399, 1399 ff.

¹⁹ Doch auch in Hinblick auf Basel II dürfte die Umwandlung von potentielltem Steueraufwand in Eigenkapitalsurrogate wie Genussrechte von verstärktem Interesse sein, vgl. *Münkner* in: Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, 1, 25.

²⁰ Auch das Bundesverfassungsgericht wies in einem Urteil zur Pflichtmitgliedschaft in genossenschaftlichen Prüfungsverbänden auf diese strukturellen Defizite hin, vgl. BVerfG NJW 2001, 2617, 2618.

²¹ Vgl. dazu die Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 25. Januar 2006, abrufbar unter: www.bmj.bund.de.

²² Zur Reform des deutschen Genossenschaftsrechts vgl. beispielsweise *Schulze/ Wiese*, ZfgG 2006, 108, 108 ff.; *Schulze*, ZfgG 2006, 253, 253 f.; *Helios/ Strieder*, DB 2005, 2794, 2794 ff.; *Schaffland/ Korte*, NZG 2006, 253, 253 ff.; *Pistorius*, DStR 2006, 278, 278 ff.; *Keßler*, BB 2006, 561, 561 ff.; *ders.*, BB 2006, 1693, 1693 ff.; *Geschwandtner/ Helios*, NZG 2006, 691, 691 ff.; *Großfeld*, ZfgG 2006, 101, 101 ff.; ausführlich *Geschwandtner/ Helios*, Genossenschaftsrecht, 1 ff.

²³ Darüber hinaus sollten die Gründung „kleiner Genossenschaften“ vereinfacht und die für diese geltenden Rahmenbedingungen insgesamt verbessert werden. Außerdem wollte man eine Art Corporate Governance für die eG schaffen; vgl. auch *Schulze/ Wiese*, ZfgG 2006, 108, 121 ff.

²⁴ *Schulze* in: Reform des Genossenschaftsrecht, 9, 13.

²⁵ *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 245 f.

²⁶ Zu diesem gehören neben der Landwirtschaft alle sonstigen Bereiche der Urproduktion wie Forstwirtschaft, Tierhaltung, Fischerei und Bergbau.

²⁷ Die Grundlage für das heutige Verständnis einer Genossenschaft bildeten die Selbsthilfevereinigungen der Handwerker, Kleingewerbetreibenden und Landwirte Mitte des 19. Jahrhunderts, vgl. dazu *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 237 ff.

schaft und die Überflusssgesellschaft erledigt; daher bedürfe es der Genossenschaften nicht mehr.²⁸ Auch unter Juristen mehrten sich die Stimmen, die fragten, ob Genossenschaften heutzutage überhaupt noch zeitgemäß seien²⁹ – nicht selten wurde die Genossenschaft als eine „überholte“ Rechtsform bezeichnet.³⁰ Sinkende Genossenschaftszahlen und Neugründungsquoten³¹ scheinen dies zu belegen. Andere wiederum führen den Rückgang der Anzahl von Genossenschaften vornehmlich auf die zahlreichen Fusionen³² zurück und lehnen Bezeichnungen wie „antiquierte“ oder „überholte Vereinigungsform“ ab.³³

In diese grundsätzliche Diskussion – die hier nicht weiter aufgegriffen werden soll – hinein stoßen nunmehr zwei grundlegende Entwicklungen im deutschen Genossenschaftsrecht: die bereits angesprochene Novellierung des nationalen Genossenschaftsgesetzes und der Startschuss für die Europäischen Genossenschaften (mit Sitz in Deutschland) durch Inkrafttreten der SCE-VO³⁴ und des SCE-AG am 18. August 2006. Erstere gibt der eG ein neues Gesicht mit kapitalistischen Zügen; SCE-VO und SCE-AG rufen die SCE ins Leben. Als noch junge Gesellschaftsform ist sie von großem Interesse für die Bearbeitung. Dass die eG aufgrund der Gesetzesänderungen in den kommenden Jahren einen Gründungsboom erleben werden, mag man bezweifeln. Dennoch ist auch sie durch die Gesetzesreform wieder ins juristische „Rampenlicht“ gerückt worden. Nicht zu vergessen ist letztlich auch die immense wirtschaftliche Bedeutung der Genossenschaften in Deutschland. Aktuell sind hierzulande mehr als 17 Millionen Menschen Mitglieder in 5500 Genossenschaften.³⁵ Ende 2004 wiesen allein die deutschen Kreditgenossenschaften eine Bilanzsumme von 576 Mrd. Euro auf.³⁶ Angesichts dieser Wertigkeit der Genossenschaften im Wirtschaftsleben, die in einem deutlichen Kontrast zu ihrem Ruf und ihren finanziellen Möglichkeiten steht, gilt es umso mehr, Wege zu finden, die diese Distanz verringern.

Dazu bieten sich die Genussrechte an. Ich beschreibe die Genussrechte zunächst allgemein. Wegen der vielfältigen Verwendung des Genussrechtsbegriffs steht im ersten Kapitel eine

²⁸ Dazu auch *Harbrecht* in: 50 Jahre Forschungsinstitut, 87, 87.

²⁹ *Binz/ Freudenberg*, DB 1991, 2473, 2473; *Jäger*, Genossenschaftsgesetz, 1 ff.; *Kothe*, ZIP 1991, 905, 905 ff.; *Strieder/ Habel*, BB 1995, 1857, 1858; *Steding*, NZG 1999, 282, 285 ff.

³⁰ Siehe z.B. *Bayer*, DStR 1999, 1815, 1815; dies kritisieren *Steding*, NZG 1999, 282, 282 und *Harbrecht* in: 50 Jahre Forschungsinstitut, 87, 87 ff.

³¹ Vgl. dazu *Bolsinger*, ZfG 2005, 260, 260.

³² Diese finden vor allem im Bankensektor statt.

³³ *Helios/ Geschwandtner*, Genossenschaftsrecht, VII.

³⁴ Eine Nichtigkeitsklage des Europäischen Parlaments und der Europäischen Kommission gegen die SCE-VO wurde durch Urteil des EuGH vom 2. Mai 2006, Rechtssache C-436/03, abrufbar unter www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?Lang=de, abgelehnt. Siehe dazu unten: Kapitel 3 A. I.

³⁵ Der DGRV veröffentlichte diese Zahlen 2006 auf seiner Homepage, abzurufen unter www.dgrv.de/de/genossenschaftswesen/historiegenossenschaft.html.

³⁶ *Steiner*, ZfG 2006, 129, 129.

Begriffsbestimmung. Für die spätere Zulässigkeits- und Eignungsprüfung ist die folgende Darstellung der Arten von Genussrechten sowie ihre rechtliche Einordnung und Abgrenzung von ähnlichen Schuldvertrags- und Beteiligungsformen unerlässlich, da im Verlauf der Untersuchung vergleichend auch auf die Schwächen und Stärken anderer Finanzierungsformen eingegangen wird. Für das Verständnis der wirtschaftlichen Bedeutung der Genussrechte erforderlich ist zudem eine Schilderung ihrer historischen Entwicklung. Hieraus lassen sich Erkenntnisse für die späteren Untersuchungen vor allem hinsichtlich der Einsatzmöglichkeiten von Genussrechten gewinnen.

Das zweite Kapitel beschäftigt sich zunächst mit der Frage, ob und warum es der Genussrechtsvergabe durch eine eG bedarf; hier spielt der mögliche Eigenkapitalcharakter des Genussrechtskapitals eine besondere Rolle. Als weiterer Schwerpunkt der Arbeit werden sodann rechtliche Bedenken gegen die Vergabe von Genussrechten in der eG aufgezeigt und analysiert. Im Folgenden beschreibt die Untersuchung, wer wirtschaftlich und rechtlich als potentieller Genussrechtsinhaber in Frage kommt und welche Besonderheiten dabei und bei der Ausgabe generell zu beachten sind. Diese Untersuchungen dienen der Feststellung, ob die Genussrechte als Finanzierungsmittel für die eG zulässig und geeignet sind.

Unter ähnlicher Fragestellung setzt sich die Analyse im Hinblick auf die SCE fort. Dazu erscheinen – nach einem kurzen Überblick über die noch junge Rechtsform – zuerst Gründe, die für eine Ausgabe von Genussrechten auch in der SCE sprechen. Anschließend befasst sich die Untersuchung mit der für die SCE geltende Norm des Art. 64 SCE-VO; sie regelt die Ausgabe von Wertpapieren wie den Genussrechten (in Form von Genussscheinen). Hier ist von Interesse, welche Rechte die Genussscheinsinhaber über ihre vermögensrechtlichen Ansprüche hinaus erhalten dürfen. Daraufhin steht die Bedeutung des Genussrechtskapitals für die SCE im Vordergrund. Bilanzierungsfragen bedürften auch hier der Erörterung, allerdings liegt das Hauptaugenmerk wegen des internationalen Charakters der SCE auf der Bilanzierung nach IAS/IFRS. Den Abschluss bildet ein Ausblick auf zukünftige Entwicklungen und eine Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse.

1. Kapitel: Das Konzept der Genussrechte im Gesellschaftsrecht

Die Einsatzmöglichkeiten von Genussrechten in Gesellschaften sind vielfältig. Doch nicht alle denkbaren Gestaltungen von Genussrechten sind ratsam und zulässig. Die Probleme bei der Vergabe von Genussrechten können rechtlicher und praktischer Natur sein. Rechtliche Bedenken können sich aus allgemeinen Grundsätzen des Gesellschaftsrechts ergeben oder rechtsformspezifisch sein.

Bevor man sich möglichen Problemen bei der Ausgabe von Genussrechten in Gesellschaften zuwendet, fragt sich, welche rechtlichen Gestaltungen das Gesellschaftsrecht und das Schuldrecht mit dem Begriff „Genussrecht“ verbinden. Die Genussrechte sind sodann von anderen Arten von Schuldverträgen abzugrenzen und zu kategorisieren. Dies dient in erster Linie der Möglichkeit, bei der späteren Bewertung der Anwendung von Genussrechten in den Genossenschaften zwischen verschiedenen Arten und Ausgestaltungen zu differenzieren. An die Ausgabe verschieden gestalteter Genussrechtstypen können verschiedene Voraussetzungen geknüpft sein.

A. Begriffsbestimmung

„Der Genußschein lässt sich nicht in irgendeine Schablone zwängen,“³⁷ meinte Hachenburg treffenderweise in einer Veröffentlichung aus dem Jahre 1917. Für diese Untersuchung ist eine Begriffsbestimmung gleichwohl notwendig, um den Anwendungsbereich des Genussrechtsbegriffs abzustecken. Genussrechte entstammen von ihrer Konzeption her nicht dem Genossenschafts-, sondern dem Aktien- und GmbH-Recht.³⁸ Die Begriffsbestimmung erfolgt entsprechend für das Gesellschaftsrecht allgemein. Aufbauend auf der dann gewonnenen gesellschaftsrechtlichen Konzeption der Genussrechte werden taugliche Begriffskriterien für das Genossenschaftsrecht entwickelt.

I. Genussscheine

Der Begriff „Genussscheine“ ist mit dem der Genussrechte eng verbunden. Genussscheine sind verbriefte Genussrechte;³⁹ die Verbriefung spielt für die Wirksamkeit keine Rolle.⁴⁰ Sie

³⁷ Hachenburg, LZ 1917, 776, 780.

³⁸ S.u.: Kapitel 1 D.

³⁹ Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 64; Hüffer in: MüKoBGB, § 793 Rdnr. 30; Lutter in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 247.

⁴⁰ Hüffer, AktG, § 221 Rdnr. 28.

erfolgt vielmehr zusätzlich zur eigentlichen Rechtsgewährung⁴¹ und dient der Handelbarkeit und Börsenfähigkeit der Genussrechte.⁴²

Genussscheine werden in Form von Inhaber-⁴³, Order-⁴⁴ oder Namenspapieren ausgegeben.⁴⁵ Darüber hinaus können sie auch schlichte Beweisurkunden darstellen.⁴⁶

II. Fehlende Legaldefinition

Einige Vorschriften erwähnen die Genussrechte zwar namentlich, definieren sie aber nicht.⁴⁷ Vereinzelt wird behauptet, § 53c Abs. 3 VAG enthalte eine Legaldefinition der Genussrechte.⁴⁸ Dies trifft jedoch nicht zu.⁴⁹ § 53c Abs. 3 VAG legt lediglich fest, wann das Genussrechtskapital einer Versicherung bei Beachtung der Einschränkungen der §§ 53c Abs. 3a und 3c VAG als Eigenmittel (im Sinne des Abs. 1) anzusehen ist. Die Vorschrift enthält aber keine nähere begriffliche Bestimmung.

⁴¹ *Habersack* in: *MüKoAktG*, § 221 Rdnr. 63.

⁴² *Hueck/ Fastrich* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG*, § 29 Rdnr. 90.

⁴³ In dieser Form werden die Genussrechte in der Praxis am häufigsten ausgegeben. Die Vergabe erfolgt auf der Grundlage von § 793 Abs. 1 S. 1 BGB und ist unzweifelhaft zulässig (statt vieler vgl. RG JW 1915, 794, 794; *Schilling* in: *GroßKommAktG*, § 221 Anm. 14).

⁴⁴ Man unterscheidet geborene und gekorene Orderpapiere. Geborene Orderpapiere gehören zu den Orderpapieren, ohne dass es einer besonderen Klausel auf der Urkunde bedarf (vgl. *Harter/ Franke/ Hogrefe/ Seger*, Wertpapiere in Theorie und Praxis, 24; *Brox*, Handels- und Wertpapierrecht, Rdnr. 462). Beispiele dafür sind die Namensaktie (§§ 10 Abs. 1, 68 Abs. 1 AktG), der Scheck (Art. 14 Abs. 1 ScheckG), der Wechsel (Art. 11 Abs. 1 WG) und auf den Namen lautende Investmentanteilscheine (§ 18 Abs. 1 Gesetz über die Kapitalanlagegesellschaften i.V.m. § 68 AktG). Nicht dazu gehört hingegen der Genussschein (*Lutter* in: *KölnerKommAktG*, § 221 Rdnr. 251; *Harter/ Franke/ Hogrefe/ Seger*, Wertpapiere in Theorie und Praxis, 24), der der Gruppe der gekorenen Orderpapiere zuzuordnen ist. Diese können nach § 363 Abs. 1 HGB an Order gestellt werden, sind allerdings auf die Orderklausel angewiesen. Ist eine solche nicht vorhanden, werden sie als Rektapapier bezeichnet. Konnossemente der Verfrachter, Ladescheine der Frachtführer, Lagerscheine und Transportversicherungspolice (zu allen siehe § 363 Abs. 2 HGB) sowie der kaufmännische Verpflichtungsschein und die kaufmännische Anweisung gehören zu dieser Gruppe (dazu § 363 Abs. 1 HGB).

⁴⁵ Ausführlich dazu *Lutter* in: *KölnerKommAktG*, § 221 Rdnrn. 248 ff.

⁴⁶ *Krieger* in: *Hoffmann-Becking, MHHbGesR*, § 63 Rdnr. 47; *Pougin* in: *FS Oppenhoff*, 275, 278; *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 28.

⁴⁷ § 160 Abs. 1 Nr. 6 AktG bestimmt beispielsweise, dass auch ausgegebene Genussrechte im Anhang zur Bilanz und Gewinn- und Verlustrechnung einer AG aufzuführen sind; § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG regelt das dazu notwendige Vergabeverfahren. Nach § 29 Abs. 2 Sparkassengesetz können auch Sparkassen Genussrechte ausgeben und § 8 Abs. 3 KStG bestimmt, dass Ausschüttungen auf Genussrechte, mit denen das Recht auf Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös der Kapitalgesellschaft verbunden ist, das Einkommen des Emittenten nicht mindern. Zudem beinhalten beispielsweise folgende Vorschriften Regelungen zu Genussrechten: § 43 Abs. 1 Nr. 2 EStG, § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. f und l 5. VermBG und §§ 10 Abs. 5, 10a Abs. 6 S. 3 Nr. 1c, 10a Abs. 6 S. 4, 53 Abs. 2 Nr. 4 KWG sowie §§ 17 Abs. 1 S. 3, 20 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S. 5, 43 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 44a Abs. 7 S. 2, Abs. 8 S. 1, 49 Abs. 1 Nr. 5c cc EStG. Diese Vielzahl an Regelungen zu den Genussrechten belegt zwar, dass letztere dem Gesetzgeber als Rechtsinstitut bekannt sind – eine genauere inhaltliche Umschreibung liefern sie hingegen nicht.

⁴⁸ *Stuhrmann* in: *Ebling, Blümich – EStG, KStG, GewStG*, § 20 EStG Rdnr. 126.

⁴⁹ So auch in Abgrenzung zu *Stuhrmann Hüffer* in: *MüKoAktG*, § 221 Rdnr. 23; siehe ferner *ders.* in: *MüKoBGB*, § 793, Rdnr. 35.

III. Fehlende Definition in den Gesetzesmaterialien

Auch die Gesetzesmaterialien zu den Gesetzen, die die Genussrechte namentlich nennen, enthalten keine Definition. Das Reichsstempelgesetz vom 27. April 1894 ist das erste Gesetzeswerk, das die Genussrechte erwähnt. Jedoch finden sich in der entsprechenden Begründung keine Hinweise des Gesetzesgebers, nach denen sich die Genussrechte bestimmen ließen.⁵⁰ Weder das GenG noch das GmbHG enthalten (oder enthielten) Genussrechte betreffende Normen; insofern hilft die Suche nach einer gesetzgeberischen Umschreibung in den Gesetzesmaterialien nicht weiter.

Die Genussrechte werden auch in mehreren Vorschriften des Aktienrechts berücksichtigt. Erste Regelungen fand man bereits im damaligen § 174 AktG⁵¹ nach der Aktienrechtsreform von 1930/1937.⁵² Auf eine exakte Definition hat der Gesetzgeber indes damals bewusst verzichtet:

*„Von einer besonderen Regelung der sonstigen Zwischenformen von Aktien und Schuldverschreibungen, also insbesondere von Gewinnschuldverschreibungen, Genußscheinen und Genußaktien sieht der Entwurf ab. Sie sind in ihrer Ausgestaltung und ihrem Zwecke nach derart mannigfaltig und derart im Fluß, daß eine ins Einzelne gehende Regelung nur hemmend wirken könnte. Ihre Ausgestaltung bleibt daher einstweilen zweckmäßig der Praxis überlassen. Aus diesem Grunde ist auch von einer Begriffsbestimmung für Genußscheine abzusehen. Für Gewinnschuldverschreibungen konnte sie allerdings nicht entbehrt werden...“.*⁵³ So lautete die Begründung des Gesetzgebers für den Entwurf eines Aktiengesetzes im Jahre 1930.

⁵⁰ Anmerkung zu den Tarifnummern 1 und 2 Abs. 2: „Genußscheine und ähnliche zum Bezug eines Anteils an dem Gewinn einer Aktienunternehmung berechtigende Wertpapiere, sofern sie nicht Aktien- oder Aktienanteilsscheine oder Renten- oder Schuldverschreibungen darstellen, unterliegen einer festen Abgabe...“, abgedruckt bei *Klemperer*, Die rechtliche Natur der Genussscheine, 102.

⁵¹ Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937, abgedruckt in: RGBl. 1937, 107.

⁵² Im Entwurf von 1930 wurde eine Regelung über die Genussscheine in § 194 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 AktG getroffen. Danach sollte die Ausgabe von Genussscheinen, ebenso wie die von Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen, von einem Beschluss der Generalversammlung abhängig sein (vgl. Bundesjustizministerium, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 65); damit wurde ein Vorschlag der durch den 34. Deutschen Juristentag eingesetzten Kommission zur Reform des Aktienrechts aufgenommen (vgl. dazu *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 2).

⁵³ Bundesjustizministerium, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 124.

Kritik am Fehlen einer Definition in Gesetz oder Begründung folgte direkt auf deren Veröffentlichung.⁵⁴ Sowohl die Bezeichnung als eine zwischen Aktie und Schuldverschreibung stehende Rechtsart,⁵⁵ als auch die missverständliche Begriffsbestimmung der Gewinnschuldverschreibungen⁵⁶ boten Anlass dafür. Die Kritik wurzelte vornehmlich darin, dass die Genussaktie in dieser Zeit von vielen als vollwertige Aktie eingestuft wurde.⁵⁷ Weiterhin erweckte die Definition der Gewinnschuldverschreibungen den Eindruck, dass diese – rechtstechnisch betrachtet – von den Genussrechten klar zu trennen seien. Damals⁵⁸ wie heute⁵⁹ sieht man die Gewinnschuldverschreibungen jedoch mehr als besonders geregelte Unterart der Genussrechte an. Manche gingen in ihrer Kritik sogar soweit, dass sie sich nicht nur gegen die fehlende Begriffsbestimmung aussprachen, sondern generell gegen Rechte zwischen Aktie und Obligation.⁶⁰ Derartige Zwischenrechte würden die Rechte der Aktionäre zu sehr schwächen, argumentierte man.⁶¹

Ob die inhaltliche Begründung des damaligen Gesetzgebers einer näheren Betrachtung standhält, ist ebenfalls fraglich, weil sich in der juristischen Literatur der vorangegangenen Jahrzehnte sehr wohl eine Art Genussrechtsbegriff herausgebildet hatte. Eine allgemein anerkannte Definition gab es zwar nicht, doch man stimmte darin überein, dass in einem Genussschein keine Mitgliedschaftsrechte verbrieft sein durften, sondern lediglich Vermögensrechte.⁶²

Interessant ist in diesem Zusammenhang ein kurzer Vergleich mit der französischen Rechtslage jener Zeit. Dort hatte der Gesetzgeber kurz vor der ersten Veröffentlichung des Reformentwurfs zum deutschen Aktienrecht am 23. Januar 1929 ein spezielles Genussscheingesetz

⁵⁴ *Brodmann*, Die Sanierung unseres Aktienwesens, 25 ff.; *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 93 ff.; siehe auch *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 2 und 11 ff., 17. Letzterer schlägt selbst eine Legaldefinition vor.

⁵⁵ *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 95.

⁵⁶ *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 95.

⁵⁷ *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 95. Nach ihm ist die Genussaktie keine Zwischenform, sondern eine gewöhnliche Aktie, deren Vermögensrechte modifiziert sind.

⁵⁸ *Gottlieb* (Der Genußschein im deutschen Recht, 95) geht entgegen der damals herrschenden Ansicht sogar davon aus, dass das Gesetz betreffend die Gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899, abgedruckt in: RGBI. 1899, 691, auch auf Genussrechte anwendbar sei, wenn diese auf einen bestimmten Nennwert lauteten.

⁵⁹ *Lutter* in: *KölnerKommAktG*, § 221 Rdnr. 234; ferner auch unten: Kapitel 1 C. II. 2. d).

⁶⁰ *Brodmann*, Die Sanierung unseres Aktienwesens, 25.

⁶¹ *Brodmann*, Die Sanierung unseres Aktienwesens, 26 f. Dies hatte die Reichsregierung ebenfalls erkannt und die Ausgabe von Genussscheinen an einen Generalversammlungsbeschluss geknüpft (Bundesjustizministerium, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 124 f.), was nach Brodmanns Ansicht offensichtlich nicht ausreichend war.

⁶² *Klausing*, Reform des Aktienrechts, 164; *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 95. *Zander* (Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 18) spricht von verbrieften Rechten am Reingewinn und am Liquidationserlös – nicht am Grundkapital. Ferner seien Genussrechte, die Mitgliedschaftsrechte verbrieften, nichtig; siehe auch seinen Entwurf eines Genussscheingesetzes, 62 ff. Zum Ganzen siehe *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktiengesetz, 52, 101, 108 ff.

erlassen, das in Art. 1 Abs. 2 eine Legaldefinition enthielt.⁶³ Die Genussrechte waren danach als ein bedingtes Gläubigerrecht anzusehen.⁶⁴

Im späteren AktG von 1937 verzichtete man letztlich trotz der Kritik auf eine weitergehende Regelung der Genussrechte sowie auf die Normierung einer Definition. Der Gesetzgeber übernahm lediglich die Vorschrift des § 194 des Entwurfes in § 174 AktG 1937, was zum Teil auch auf Zustimmung in Wissenschaft⁶⁵ und Praxis⁶⁶ stieß.

Eine erneute Reform des AktG regte der Entwurf eines Aktiengesetzes vom 13. Juni 1960 – nach einer lebhaften Diskussion im aktienrechtlichen Schrifttum in den 50er Jahren – an. § 210 RegEntwAktG 1960 traf eine Regelung zu den Genussrechten und entsprach im Wesentlichen § 174 AktG 1937; allerdings ließ man die Vorschrift des § 174 Abs. 2 AktG weg und nahm kleinere sprachliche Änderungen vor.⁶⁷ Die Begründung des Entwurfs ging allerdings nicht näher auf die Genussrechte ein. Schließlich wurde diese Regelung wörtlich in den verabschiedeten Gesetzestext übernommen. Sie findet sich im heute noch geltenden Aktiengesetz von 1965 in § 221 wieder.⁶⁸

Der Gesetzgeber hat somit sowohl im Gesetz selbst als auch in den Gesetzesmaterialien zum Aktienrecht bis heute auf eine genauere Bestimmung der Genussrechte verzichtet.

IV. Definition durch die Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des RG und des BGH ist im Hinblick auf die Genussrechte folgendermaßen verfahren.

⁶³ Das Gesetz erschien unter der Bezeichnung „loi sur les parts de fondateurs émises par sociétés“.

⁶⁴ Wörtlich: „une créance éventuelle contre la société“, also eine bedingte Forderung gegen die Gesellschaft.

⁶⁵ Beispielsweise *Müller-Erzbach*, Das Aktiengesetz vom 30. Januar 1937 und das Aktienrechtsproblem, 79 f.

⁶⁶ *Simon*, Betrachtungen zum neuen Aktienrecht, 35 f. (dabei handelt es sich um einen Vortrag, den Hans A. Simon, damaliger Chef-Syndikus der Deutschen Bank, am 24. Mai 1938 in Hamburg gehalten hat).

⁶⁷ Zu den Motiven siehe Bundesjustizministerium, Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz nebst Begründung, 199: Die Ausgabe von Inhaber-, Order- und Wandelschuldverschreibungen war nach den in der damaligen Fassung neu eingefügten §§ 795, 808a BGB (mittlerweile beide weggefallen) genehmigungspflichtig. Somit ist die zusätzliche Anordnung der Genehmigungspflicht wie in § 174 Abs. 2 AktG 1937 überflüssig geworden.

⁶⁸ Zusätzlich wurde durch das Änderungsgesetz zum Aktienrecht vom 13. Dezember 1978 (abgedruckt in: BGBl. I, 1959) ein neuer Absatz 2 eingeführt.

1. Genussrechte in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

Das RG beschäftigte sich erstmals in einem Urteil des VI. Zivilsenats vom 27. Oktober 1892⁶⁹ mit den Genussrechten. Es hatte die Frage zu klären, ob die von einer Aktiengesellschaft ausgegebenen Genussscheine mit dem Urkundenstempel der Aktien oder der Schuldverschreibungen zu versehen seien. Zunächst definierte das Gericht in seinem Urteil ganz allgemein, dass unter Genussscheinen im Verkehrsleben verschiedenartige Urkunden verstanden werden.

Daraufhin stellte es auf den zu entscheidenden Einzelfall ab: Die Genussscheine waren von der emittierenden AG so ausgestaltet, dass die Genussrechtsinhaber am Gewinn des Unternehmens partizipierten; zum einen durch jährlichen Dividendenbezug, zum anderen durch eine Überschussbeteiligung im Falle der Liquidation. Ihnen stand weder ein Stimmrecht in der Generalversammlung zu, noch nahmen sie am Verlust der Gesellschaft teil.

Der Aktionär hingegen beteiligte sich mit seiner Einlage gemäß Art. 207, 216 Abs. 1 des Aktiengesetzes von 1884⁷⁰ am Betrieb und anteilmäßig am Vermögen der AG; deshalb trug er auch ihre Schulden mit. Weiterhin stand dem Aktionär nach dem damaligen Art. 221 Abs. 2 AktG in Verbindung mit Art. 190 Abs. 1 HGB ein Stimmrecht in der Generalversammlung zu.

Genussrechtsinhaber und Aktionär unterschieden sich also angesichts ihrer Rechte und Pflichten. Dementsprechend verneinte das Reichsgericht die Aktienqualität der Genussscheine und entschied zugunsten der Schuldverschreibungen.⁷¹

In einem Urteil vom 17. Juni 1901⁷² musste sich das Reichsgericht dann genauer festlegen: Es hatte zu klären, ob neben Schuldverschreibungen ausgegebene Genussrechte, die – ähnlich wie in dem zuvor besprochenen Urteil – die Zusicherung bestimmter laufender Gewinnbezüge und solche im Falle der Auflösung der Gesellschaft beinhalteten, als Gesellschafterrechte⁷³ oder als Gläubigerrechte einzustufen waren. Das Gericht urteilte wie folgt

⁶⁹ RGZ 30, 16, 16 ff. Auffälligerweise spricht das Reichsgericht in diesem Urteil zunächst von „sog. Genussscheinen“ oder versteht den Begriff mit Anführungszeichen – ein Beleg dafür, dass die Genussrechte in dieser Zeit in der Jurisprudenz noch nicht so etabliert waren wie heutzutage. Auch in den Leitsätzen des folgenden die Genussrechte betreffenden Urteils (Urteil vom 17. Juni 1901, RGZ 49, 10, 10 ff.) werden diese als „sog. Genussscheine“ bezeichnet. Erst im Urteil vom 25. November 1919 (RGZ 97, 197 ff.) wird der Begriff „Genussscheine“ ohne nähere Kenntlichmachung verwendet.

⁷⁰ Genauer gesagt handelte es sich hierbei um die zweite Novellierung im Rahmen der Rechtsvereinheitlichung des Preußischen Aktiengesetzes von 1843; die erste erfolgte im Jahre 1870. Die Novellierung von 1884 wird gemeinhin als Beginn des modernen Aktienrechts angesehen.

⁷¹ RGZ 30, 16, 17 f.

⁷² RGZ 49, 10, 10 ff.

⁷³ Die Bezeichnung lautet wörtlich „Gesellschaftsrechte“ (vgl. RGZ 49, 10, 13), ist allerdings dogmatisch etwas ungenau.

aus: „... mit dem Ausdrucke Genußschein [...] ist ein feststehender Begriff nicht verbunden...“.⁷⁴ Nach seiner Auffassung hing die rechtliche Einordnung eines Genussscheines oder Genussrechtes immer von dem im Einzelfall verbriefen oder anderweitig gewährten Recht ab.⁷⁵

In diesem Sinne spricht ein späteres Urteil des Reichsgerichts vom 25. November 1919 sogar von der Möglichkeit, gesellschaftliche Mitgliedschaftsrechte, also Geschäftsanteile an einer Aktiengesellschaft, als Genussrechte zu verbiefen; diese Genussscheine seien zivilrechtlich als Aktien anzusehen.⁷⁶ Dabei verwendete das RG allerdings immer den Begriff „Genußrechte“.

Das RG hat somit Formulierungen zur Abgrenzung der Genussrechte entwickelt, sich aber nie auf eine Definition festgelegt. Eine genaue Bestimmung hätte dem widersprochen, was das RG unter einem Genussrecht verstand – eine nicht feststehende Gestaltung.

2. Genussrechte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes

Der BGH änderte die Ansicht der Rechtsprechung und bestimmte die Eigenschaften der Genussrechte genauer. Als er im Jahre 1959 erstmalig in einer Sache, die die Genussrechte betraf, entscheiden musste, formulierte er folgendermaßen: *„Es gehört gerade zum Wesen der Genussrechte, daß diese nicht gesellschaftsrechtlich geprägt sind. Eine personalistische Bindung irgendwelcher Art ist ihnen nicht eigen.“*⁷⁷ Dem stehe auch die Tatsache nicht entgegen, dass Genussrechte zumeist, wie auch zum Teil in den vom Reichsgericht zu beurteilenden Fällen, wertabhängige Gewinnteilsrechte enthielten.⁷⁸

Entgegen der Auffassung des Reichsgerichtes ging der BGH somit nicht mehr von der Annahme aus, ein Genussrecht könne je nach Belieben ausgestaltet werden und bei einer entsprechenden Gestaltung auch quasi aktiengleich sein. Zwar seien die Parteien bei der Gestaltung der Genussrechte im Einzelnen prinzipiell frei, doch die Autonomie ginge nicht so weit, dass durch Berechtigungen wie Genussrechte auch mitgliedschaftliche Beteiligungen

⁷⁴ RGZ 49, 10, 13; im Übrigen verweist das Urteil auf RGZ 30, 16 ff. und den dortigen Definitionsansatz.

⁷⁵ RGZ 49, 10, 14; auch hier stellt das RG erneut auf den Einzelfall ab und kommt letztlich zu dem Ergebnis, dass man bei der diesem Sachverhalt zugrunde liegenden Ausgestaltung des Genussrechts nur auf ein Gläubigerrecht schließen könne.

⁷⁶ RGZ 97, 197, 198; interessanterweise wird dieser Grundsatz in dem Urteil auch auf die GmbH übertragen, während die AG als Ausgangspunkt für die Argumentation genommen wird.

⁷⁷ BGH WM 1959, 434, 436.

⁷⁸ BGH WM 1959, 434, 436.

an einer Gesellschaft gegen Einlagen ausgegeben werden dürften. Dies könne beispielsweise bei der AG lediglich durch die Gewährung von Aktien geschehen.⁷⁹ Da die Genussrechte einen formal schuldrechtlichen Charakter aufwiesen, könnten sie zwar nicht nur obligationsähnlich, sondern ebenso auch aktienähnlich ausgestaltet sein. Die mit der Aktie verbundenen, auf der Mitgliedschaft beruhenden Mitverwaltungsrechte (wie Stimmrechte, etc.) gewährten sie aber nicht.⁸⁰ Von wesentlicher Bedeutung sei, was der BGH in einer aktuelleren Entscheidung⁸¹ noch einmal betont, dass sich Genussrechte in ihrem geldwerten Anspruch erschöpfen.⁸²

In der Rechtsprechung des BGH ist insgesamt eine Einschränkung der allgemein gehaltenen Beschreibung der Genussrechte durch das Reichsgericht zu erkennen. Das Reichsgericht bezeichnete verbrieft gesellschaftliche Mitgliedschaftsrechte, die sich nicht ausschließlich auf Vermögensrechte beschränken und zusätzliche Rechte gewähren, zivilrechtlich als Aktien, aber auch als eine bestimmte Art von Genussrechten. Davon hat sich der BGH distanziert.

V. Genussrechte in der Literatur

Diese Rechtsprechung fußt nicht auf eigens gebildeten Grundsätzen, sondern auch auf solchen, die von der Rechtswissenschaft entwickelt wurden.

In der zivilrechtlichen Literatur stritt man lange Zeit über einen einheitlichen Genussrechtsbegriff. Heutzutage ist man sich darüber einig, dass zumindest die Bezeichnung des Finanzierungstitels durch die Parteien keine Rolle für dessen Einordnung mehr spielt.⁸³

⁷⁹ Vgl. vor allem das Urteil des BGH im sog. Klöckner-Fall, abgedruckt in: NJW 1993, 56, 56 ff. Viele bezeichneten dieses später hinsichtlich der Genussrechte als Grundsatzurteil. Näheres dazu bei Schön, JZ 1993, 925, 925 ff.; Clausen, AG 1993, 132, 132 ff.; Busch, AG 1993, 163, 163 ff.; Luttermann, DB 1993, 1809, 1809 ff.; ders., Unternehmen, Kapital und Genußrechte, 87; Lutter, ZGR 1993, 291, 291 ff.; Sethe, AG 1993, 293, 293 ff.; Hammen, EWiG 1993, 3, 3 ff.; Heidenheim, LM § 221, AktG 1965 Nr.2 und in der Rechtsprechung beispielsweise in BGH NJW 1993, 400, 401; BGHZ 156, 38, 43; FG Baden-Württemberg, EFG 2005, 530, 530 ff.

⁸⁰ BGH NJW 1993, 57, 58; BGH NJW 1993, 400, 401.

⁸¹ BGHZ 156, 38, 43.

⁸² Der BGH meint damit aber wohl vielmehr „erschöpfen dürfen“, um sich in diesem Punkt vom Reichsgericht abzugrenzen.

⁸³ Habersack in: MüKoAktG, § 221, Rdnr. 64; Hirte, ZBB 1992, 50, 51; Gehring, WM 1992, 1093, 1094; Lutter in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnrn. 217 f.; ders. in: ZGR 1993, 291, 307. Den Ausführungen des Reichsgerichts ist ein Einfluss der Parteienbezeichnung auf die Begriffsbestimmung nicht zwangsläufig zu entnehmen, gleichwohl lässt eine derart weite Beschreibung auch diese Möglichkeit offen.

1. Obligatorische Gläubigerrechte

Ein Genussrecht kann lediglich eine obligatorische Gläubigerposition – also die Inhaberschaft schuldrechtlicher Ansprüche –, nicht jedoch Mitgliedschaftsrechte vermitteln.⁸⁴ Genussrechte sind folglich von schuldrechtlichem Charakter.⁸⁵ Das ist insoweit unstreitig und lässt sich gesetzlich an § 221 Abs. 3 und Abs. 4 S. 1 AktG festmachen. Danach werden die Genussrechte im Hinblick auf Ausgabe und Bezugsrecht der Aktionäre den Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen gleichgestellt. § 221 Abs. 2 AktG ist entgegen dem Wortlaut und der gesetzlichen Systematik entsprechend auch auf die Genussrechte anwendbar,⁸⁶ so dass auch nach Umsetzung der EG-Kapitalrichtlinie im Jahre 1978⁸⁷ eine aktienrechtliche Gleichbehandlung dieser drei Schuldformen möglich ist. Wandel- und Gewinnschuldverschreibungen vermitteln ihrem Inhaber regelmäßig nur eine obligatorische Gläubigerposition.⁸⁸

2. Orientierung an der Mitgliedschaft

Genussrechte orientieren sich dennoch regelmäßig an der Mitgliedschaft – aber nur im vermögensrechtlichen Sinne.⁸⁹ Ein Genussrecht kann bei entsprechender Ausgestaltung auch Rechte und Pflichten beinhalten, die denen der Mitglieder einer Gesellschaft gleichkommen. Entscheidend ist nur, dass Vermögensrechte gewährt werden.⁹⁰ Genussrechte können sich nicht nur an der Mitgliedschaft der Aktionäre, GmbH-Gesellschafter oder Genossen orientie-

⁸⁴ Hüffer in: MüKoBGB, § 793 Rdnr. 30; ders. in: AktG, § 221 Rdnr. 26; Lutter in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnrn. 196 f.; ders. ZGR 1993, 291, 294 f.; Luttermann, Unternehmen, Kapital und Genußrechte, 113; Pougin, Genußrechte, 1, 3; Sethe, AG 1993, 293, 297; Loritz, DStR 2000, 77, 78; Clausen in: FS Werner, 81, 81; Gehling, WM 1992, 1093, 1094; Schäfer, WM 1991, 1941, 1942; Thünnesen in: Bundschuh/ Hadding/ Schneider, Recht und Praxis der Genußscheine, 9, 9 ff.; Rid-Niebler, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 3; Vollmer, ZGR 1983, 445, 451; Habersack, ZHR 1991, 378, 384; Hammen, BB 1990, 1917, 1920; Emde, Der Genußschein als Finanzierungselement, Diss. Bochum 1987, 10; Ziebe, DStR 1991, 1594, 1594; Frantzen, Genußscheine, 9 ff.; Schön, JZ 1993, 925, 926; sowie aus der älteren Literatur beispielsweise Caemmerer, JZ 1951, 417, 418; Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 19, 21; weitere Literaturumachweise bei Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 102 Fn. 31.

⁸⁵ Statt vieler Lutter in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 196; Karollus in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 238 und in neuerer Auflage: Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 64, jeweils m. w. N.

⁸⁶ OLG München ZIP 1993, 1471, 1472; Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 60 und Rdnr. 149, sowie in der Vorauflage: Karollus in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 232 und Rdnr. 338; Hüffer, AktG, § 221 Rdnr. 36; Werner, ZHR 1985, 236, 243 Fn. 15.

⁸⁷ Zweite Richtlinie 77/91/EWG des Rates vom 13. Dezember 1976 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Artikels 58 Absatz 2 des Vertrages im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter für die Gründung der Aktiengesellschaft sowie für die Erhaltung und Änderung ihres Kapitals vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, abgedruckt in: ABl.EG 1977, L 26/1.

⁸⁸ Insoweit besteht Einigkeit mit der Rechtsprechung.

⁸⁹ Lutter in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 196; Gehling, WM 1992, 1093, 1094.

⁹⁰ Krieger in: Hoffmann-Becking, MüHbGesR, § 63 Rdnr. 47; Hüffer, AktG, § 221 Rdnr. 25; Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 65. Auch wird eine Übereinstimmung mit der Ansicht der BGH-Rechtsprechung erkennbar.

ren; sie *müssen* dies auch.⁹¹ Andernfalls würde die Grenze zu gewöhnlichen Obligationen (wie beispielsweise den Schuldverschreibungen) verwischen.

Genussrechte können sie somit von der Rechtsnatur her nicht in Konkurrenz zu den Mitgliedschaftsrechten treten, weil sie Gläubigerrechte sind. Das Konkurrenzverhältnis ist vielmehr faktischer Natur.

3. Einheitlicher Genussrechtsbegriff?

Trotz der grundsätzlichen Einigkeit über die Eigenschaften der Genussrechte diskutiert die Literatur in Detailfragen immer noch über einen einheitlichen Genussrechtsbegriff.

Die meisten Autoren meinen, bei der Bestimmung des Begriffs „Genussrecht“ sei immer abzustellen auf den jeweiligen Zweck der Norm, die Regelungen zu den Genussrechten enthält. Entsprechend sind viele der Auffassung, unterschiedlichen gesetzlichen Vorschriften lägen unterschiedliche Genussrechtsbegriffe zugrunde.⁹² Der Genussrechtsbegriff der §§ 10 Abs. 5 S. 1 KWG, 53c Abs. 3a VAG sei ein anderer als der in § 221 Abs. 3 AktG;⁹³ letztere sei enger. Im Kern streitet man darüber, ob „Genussrechte“, die ihrem Inhaber – wie für eine Anwendung des § 10 Abs. 5 S. 1 KWG notwendig – auch am Verlust der Gesellschaft teilnehmen lassen, ebenfalls unter die Regelung des § 221 Abs. 3 AktG fallen. Eine ins Detail gehende, einheitliche Begriffsbestimmung misslingt daher zumeist.⁹⁴

Man kann dieser Auffassung zugestehen, dass in der Praxis mitunter sehr weite Genussrechtsgestaltungen anzutreffen sind, welche die Kriterien der einen Norm zwar noch erfüllen, die einer anderen Norm allerdings nicht mehr.

Trotz dieser Schwierigkeiten ist es nicht angebracht, alle Bemühungen um einen einheitlichen Genussrechtsbegriff zum Scheitern zu verurteilen. Es geht gerade nicht darum, eine Definition zu finden, die in der Lage ist, jegliche, auch noch so ausgefeilte Genussrechtsgestaltung zu berücksichtigen. Vielmehr sollen Kriterien für einen generellen Definitionsansatz

⁹¹ In dieser Deutlichkeit richtig *Gehling*, WM 1992, 1093, 1094. Zwar bemerkt eine Vielzahl von Autoren, dass die Gewährung von mitgliedschaftlichen oder mitgliedschaftsähnlichen Vermögensrechten ein Kennzeichen der Genussrechte ist – dass es sich dabei gleichzeitig um eine notwendige Voraussetzung für die Verwendung des Genussrechtsbegriffs handelt, wird zumeist unterschlagen.

⁹² Zum Ganzen *Lutter*, ZGR 1993, 291, 307, 311; *Busch*, AG 1994, 93, 95 ff. und vor allem *Gehling*, WM 1992, 1093, 1094 ff.; sowie *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 23 m. w. N.

⁹³ *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 23; *Busch*, AG 1994, 93, 95.

⁹⁴ *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 23.

herausgearbeitet werden, um die Genussrechte als solche klassifizieren zu können. Der Begriff des Genussrechts ist immer in einem bestimmten Kontext zu bringen, sei es für das Aktienrecht oder für das Genossenschaftsrecht oder sei es für die speziellen Regeln der Bilanzierung des VAG. Dies hindert allerdings nicht daran, Eigenschaften der Genussrechte, die in allen Bereichen anzutreffen sind, als eine Art größten gemeinsamen Nenner zu formulieren.⁹⁵

Die soeben angesprochene Diskussion um § 10 Abs. 5 S. 1 KWG und § 221 Abs. 3 AktG ist unter Berücksichtigung dessen bei genauerer Betrachtung dieser Vorschriften gegenstandslos: Nach § 10 Abs. 5 S. 1 KWG ist Kapital, das gegen die Gewährung von Genussrechten ausgezahlt worden ist, nur dann dem haftenden Eigenkapital zuzurechnen, wenn es bis zur vollen Höhe am Verlust teilnimmt und wenn zusätzlich das Institut berechtigt ist, im Falle eines Verlustes Zinszahlungen aufzuschieben. Ob ein derart ausgestaltetes Genussrecht vor allem in teleologischer Hinsicht noch § 221 Abs. 3 AktG unterfallen kann, sei dahingestellt. Denn selbst wenn es nicht so wäre, ginge der Wortlaut des § 10 Abs. 5 S. 1 KWG nicht von einem anderen Genussrechtsbegriff aus, wie viele meinen.⁹⁶ Diese Norm gibt vielmehr Regeln für die Ausgestaltung eines Genussrechts vor, nach denen das Genussrecht u.a. auch auf eine Verlustbeteiligung lauten muss, um als Eigenkapital gelten zu können. Der verwendete Begriff „Genußrechte(n)“ weist jedoch zunächst keine anderen Kriterien auf als der des § 221 Abs. 3 AktG. Erst durch eine entsprechende Gestaltung könnte er in Konflikt mit anderen Normen geraten.

In beiden Fällen ist jedoch ein Gläubigerrecht gemeint, welches seinem Inhaber erstens keine Mitgliedschaft und zweitens nur Vermögensrechte vermittelt, die denen eines Mitgliedes ähneln oder nahezu gleichen. Diese beiden Eigenschaften der Genussrechte können somit als allgemeine Merkmale festgehalten werden.

VI. Übertragung auf das Genossenschaftsrecht

Diese nun primär anhand des Aktienrechts entwickelten Definitionskriterien lassen sich nicht unbedenken auf die Rechtsformen der Genossenschaft (eG und SCE) übertragen. Genossenschaften unterscheiden sich aufgrund des Förderzwecks, der nichtgeschlossenen Mit-

⁹⁵ In die gleiche Richtung geht die ausführliche Darstellung von *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genußrechte, 122 ff.

⁹⁶ So z.B. *Busch*, AG 1994, 93, 95 ff.; *Gehling*, WM 1992, 1093, 1094 ff.; sowie *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 23.

gliederzahl und eines zumeist fehlenden festen Kapitalstammes⁹⁷ von den Aktiengesellschaften.

In der eG kann die Erbringung einer Kapitaleinlage gegen die Genussrechtsausgabe allein nicht zu einem vollständigen Erwerb der Mitgliedschaft führen, weil die Mitgliedschaft nach § 15 Abs. 1 GenG durch Beitritterklärung und Zulassung des Beitritts durch die Genossenschaft erworben wird. Auch die Mitgliedschaft in der SCE hängt u.a. gemäß Art. 14 SCE-VO von der Zustimmung des Leitungs- oder Verwaltungsorgans ab,⁹⁸ weshalb die Zeichnung von Geschäftsanteilen nicht zum Erwerb mitgliedschaftlicher Rechte ausreicht.

Genussrechte können folglich auch im Genossenschaftsrecht keine Mitgliedschaftsrechte vermitteln und sind wie im Aktienrecht als Gläubigerrechte zu betrachten.

Allerdings bestehen Bedenken dagegen, dass sich Genussrechte in vermögensrechtlicher Hinsicht an der Mitgliedschaft orientieren. Denn eine Genossenschaft ist vom Ansatz her zwar wie eine AG körperschaftlich, aber nicht kapitalgesellschaftlich strukturiert.⁹⁹ Darauf geht die Untersuchung in Kapitel 2 näher ein.¹⁰⁰

⁹⁷ Die Möglichkeit, nach § 8a GenG ein Mindestkapital festzulegen, besteht für die eG erst seit dem 18. August 2006. Die SCE hingegen weist ein gesetzlich festgelegtes Mindestkapital von 30.000 Euro auf, vgl. Art. 3 SCE-VO.

⁹⁸ Dazu *Alfandari/ Piot* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 83.

⁹⁹ Die Genossenschaftsreform 2006 hat diesen ehernen Grundsatz aufgeweicht. Die SCE trägt sogar noch deutlichere kapitalistische Züge, vgl. dazu unten Kapitel 2 A. II. und Kapitel 3 A.

¹⁰⁰ S.u.: Kapitel 2 C.

B. Arten

Genussrechte als Finanzierungsmittel für eG und SCE können unterschiedliche praktische und rechtliche Probleme aufwerfen. Letztere hängen zum einen von der Gestaltung der Genussrechte ab, zum anderen von der Gesellschaftsform (eG oder SCE), die sie ausgeben soll. Die Genussrechte werden nun kategorisiert. Dies ermöglicht eine differenzierte Betrachtungsweise bei der späteren Prüfung ihrer Anwendbarkeit in Genossenschaften.

Als Differenzierungskriterien kommen die Art der Ausgestaltung einerseits und eine Differenzierung nach dem Zweck der Ausgabe andererseits in Betracht.¹⁰¹

I. Ausgestaltung

Die rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten von Genussrechten sind sehr vielfältig.¹⁰² In der Wirtschaftspraxis haben sich verschiedene Genussrechtstypen entwickelt.¹⁰³ Nachfolgend werden drei Grundkategorien gebildet, in die sich eine Vielzahl von Genussrechten¹⁰⁴ einordnen lassen. Die Einteilung ist nicht abschließend, markiert aber Eckpunkte. Um die Unterschiede zu verdeutlichen, wird eine Art „klassischer Genussrechtstypus“ vorangestellt. Die Untersuchung konzentriert sich dabei auf den praktisch relevantesten Fall der Finanzierungsgenussrechte.

¹⁰¹ In der Literatur wird in verschiedenster Weise kategorisiert:

Sethe (AG 1993, 293, 297 ff.) gliedert zunächst in Genussrechte mit und ohne Kapitalzufuhr. Innerhalb der Gruppe der Genussrechte mit Kapitalzufuhr trennt er danach, wie die Gewinnbeteiligung ausgestaltet ist, und erläutert dann die jeweiligen Besonderheiten.

Gehling (WM 1992, 1093, 1094) geht nicht auf den Zweck der Genussrechtsvergabe ein, weil er sich ausschließlich mit Finanzierungsgenussrechten beschäftigt. Hier bildet er, je nach Art der Ausgestaltung, drei Untergruppen und kommt letztlich zu dem Ergebnis, dass sich nicht alle Untergruppen als Genussrechte qualifizieren lassen.

Habersack (in: *MüKoAktG*, § 221 Rdnrn. 76 ff.) beschäftigt sich zunächst mit der Gruppe der Genussrechte, die ihren Inhaber am Unternehmenserfolg beteiligen, und teilt diese in drei Unterkategorien. Anschließend zählt er beispielhaft eine Reihe von Genussrechtstypen, gegliedert nach dem Zweck der Ausgabe, auf, ohne in dieser Kategorie wiederum Untergruppen (z.B. mit oder ohne Kapitalzufuhr) zu bilden.

Hüffer (AktG, § 221 Rdnrn. 24 ff. und 29 ff.) kategorisiert nach Art der Ausgestaltung. Er beschreibt letztlich nur, welche inhaltlichen Regelungen ein Genussrecht treffen kann und muss, ordnet die verschiedenen Gestaltungsformen jedoch nicht in bestimmte Kategorien ein.

Lutter (in: *KölnerKommAktG*, § 221 Rdnrn. 199 ff. und 236 ff.) gliedert durch eine Beschreibung des möglichen Inhalts von Genussrechten und zählt im Anschluss einige Gründe für die Ausgabe von Genussrechten auf, so dass er de facto ebenfalls nach dem Ausgabezweck differenziert.

Sehr ausführlich nennt *van Husen* (Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 138 ff.) Ausgestaltungsmöglichkeiten bei Genussrechten enumerativ, ohne auf den Zweck einzugehen.

¹⁰² Auf die Vorteile dieser Variationsmöglichkeiten weisen *Wagner* (in: *Assmann/ Schütze*, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 1072 f.) und *van Husen* (in: *Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital*, 132) hin.

¹⁰³ Siehe dazu die empirische Untersuchung über die inhaltlichen Ausgestaltungen von Genussrechten von *Meilicke*, BB 1987, 1609 ff. und die umfassende Darstellung der Genussrechtsbedingungen verschiedener Genussrechtsemittenten von *Frantzen*, *Genußscheine*, 295 ff.

¹⁰⁴ Eine Aufzählung typischer Formulierungen findet sich bei *Lutter* in: *KölnerKommAktG*, § 221 Rdnr. 210 (die dort angegebenen Zinshöhen sind freilich nicht mehr repräsentativ).

Auf dieser Basis lässt sich später zeigen, welche Ausgestaltungsvarianten von Genussrechten sich für die Finanzierung der eG und SCE eignen und ob die Vergabe dieser Genussrechte zulässig ist.

1. Aktienähnliche Genussrechte

Klassische Genussrechtstypen sind solche, die eine Gewinnbeteiligung garantieren.¹⁰⁵ Dabei gleicht der Ausschüttungsanspruch der Aktionärsdividende oder orientiert sich zumindest an dieser.¹⁰⁶

In die selbe Kategorie fallen auch gewinnbeteiligte Genussrechte, die dem Genussrechtsberechtigten einen Anteil am Bilanzgewinn oder am Jahresüberschuss gewähren und ihrem Inhaber insofern vermögensrechtliche Ansprüche vermitteln, die inhaltlich typische Gesellschafterrechte sind.¹⁰⁷ Man spricht in diesem Zusammenhang von aktienähnlichen Genussrechten.¹⁰⁸

Typische Merkmale dieser Art von Genussrechten sind des Weiteren:

- das Bestehen eines (eventuell durch etwaige Verluste beeinträchtigten) Rückzahlungsanspruchs,
- eine bei der Auflösung nachrangige Bedienung des Genusskapitals gegenüber den¹⁰⁹ Gesellschaftsgläubigern,¹¹⁰
- eine vorrangige Bedienung gegenüber den Aktionären,¹¹¹ sowie
- keine feste, gewinnunabhängige Verzinsung und kein unbedingter Rückzahlungsanspruch für die Genussrechtsgläubiger.¹¹²

¹⁰⁵ *Rid-Niebler*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 6; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 87 f.; *Gehling*, WM 1992, 1093, 1094; ferner aus der aktuelleren Literatur: *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 79, der gewinnbeteiligte Genussrechte, die gegen Bareinlage ausgegeben werden, als „praktisch im Vordergrund stehend“ bezeichnet.

¹⁰⁶ *Gehling*, WM 1992, 1093, 1094.

¹⁰⁷ BGH AG 1993, 125, 126; *Vollmer/Lorch*, ZBB 1992, 44, 49; *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 198.

¹⁰⁸ BGH AG 1993, 125, 126; *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 25; *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 79; *Vollmer/Lorch*, ZBB 1992, 44, 49.

¹⁰⁹ Genauer gesagt: „anderen Gesellschaftsgläubigern“.

¹¹⁰ Sog. Nachrangabreden: ausführlich dazu *Frantzen*, Genußscheine, 129 f., nach dessen Angaben die meisten Genussscheinbedingungen deutscher Unternehmen Anfang der neunziger Jahre derartige Regelungen beinhalten.

¹¹¹ *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 79; siehe dazu auch: *Rid-Niebler*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 6 und *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 89 f., die zumindest auf die Möglichkeit dieser Gestaltung hinweisen. *Lutter* (in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 207) dagegen meint, der Bedienungsvorzug würde nur bei Genussrechten mit gewinnabhängiger Grundverzinsung gewährt. In der Regel würden die Genussrechte gleichrangig neben den Aktien am Bilanzgewinn oder Jahresüberschuss partizipieren. Zu den Begrifflichkeiten s.u.: Kapitel 2 B. II.

¹¹² *Vollmer/Lorch*, ZBB 1992, 44, 45. Genussrechte mit dieser Gestaltungsform werden regelmäßig den Voraussetzungen des § 10 Abs. 5 S. 1 KWG gerecht, und das durch sie eingebrachte Kapital ist von der Kapitalbin-

2. Aktiengleiche Genussrechte

Genussrechte, die aufgrund ihrer Ausgestaltung einer Aktie sehr stark angenähert sind, bezeichnet man als aktiengleiche Genussrechte.¹¹³ Ein Genussrecht muss sich, wie oben festgestellt,¹¹⁴ an der Mitgliedschaft orientieren. Mitverwaltungsrechte, also nichtvermögensrechtliche Aktionärsrechte, die typischerweise den Aktionären durch Erwerb der Aktien zustehen, darf ein Genussrecht nicht vermitteln;¹¹⁵ sonst wäre es unzulässig.¹¹⁶

Aktiengleiche Genussrechte sind vermögensrechtlich so ausgestaltet, dass sie zunächst – wie typische Partizipationsscheine – eine Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös gewähren.¹¹⁷ Man ist sich aber nicht einig, welche Gestaltung im Einzelnen als aktiengleiches Genussrecht anzusehen ist. Bei manchen aktiengleichen Genussrechten wird zusätzlich auch ein Bezugsrecht verbriefte.

Das fehlende Kündigungsrecht des Genussrechtsinhabers und eine unbegrenzte Laufzeit sind die entscheidenden Kriterien für die Abgrenzung zu den aktienähnlichen Genussrechten.¹¹⁸ Manche sprechen erst dann von Aktiengleichheit, wenn der Genussrechtsinhaber nicht nur am Gewinn, sondern auch am Verlust der Gesellschaft teilnimmt.¹¹⁹

Lange Zeit hat die Rechtswissenschaft in Frage gestellt, ob eine AG derart an die Aktie angenäherte Gestaltungsformen ausgeben darf.¹²⁰ Dieser Streit ist jedoch rein akademischer

dung her dem Grundkapital derart ähnlich, dass es sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich als Eigenkapital betrachtet werden kann; dazu ausführlich unten: Kapitel 2 B. Siehe ferner *Vollmer*, ZGR 1983, 445, 451 ff.; ausführlich zur Thematik der aktiengleichen Genussrechte *Lorch*, Der aktienähnliche Genußschein, 1 ff.

¹¹³ Siehe die Verwendung dieses Begriffs bei *Schäfer*, WM 1991, 1941, 1941; *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genußrechte, 128 ff.; *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 78; *ders.*, ZHR 1991, 379, 387; *Lutter*, ZGR 1993, 291, 293 f.; *Hammen*, BB 1990, 1917, 1917.

¹¹⁴ S.o.: B.I.5.b.

¹¹⁵ Dies ist unstreitig: BGH WM 1959, 434, 436; *Pougin* in: FS Oppenhoff, 275, 276; *ders.*, Genußrechte, 2 f.; *Wünsch* in: FS Strasser, 871, 880; *Geßler*, AktG, § 221 Rdnr. 11.

¹¹⁶ *Schäfer*, WM 1991, 1941, 1942; *Hirte*, ZIP 1988, 477, 477 f.

¹¹⁷ *Reuter*, Diskussion, K 122 f.; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 178; *Frantzen*, Genußrechte, 170; *Möschel*, ZHR 1985, 206, 232.

¹¹⁸ So auch der BGH (ZIP 1992, 1542, 1542), der bei Beantwortung der Frage der Zulässigkeit aktiengleicher Genussrechte im Wesentlichen der Argumentation von *Krieger* (in: Hoffmann-Becking, MÜHbGesR, 1988, § 63 Rdnr. 30) gefolgt ist; siehe ferner *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 178.

¹¹⁹ *Schäfer*, WM 1991, 1941, 1943. *Karollus* (in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 277 ff.) verwendet den Begriff der „aktiengleichen Genussrechte“ nicht, sondern spricht auch von „aktienähnlichen Genußrechten“, für die als maßgebliches Kriterium eher die Verlustteilnahme gilt. Inhaltlich meint er aber die hier als „aktiengleiche Genussrechte“ bezeichneten Rechte. Die Unterscheidung in der Begrifflichkeit resultiert allein aus einer anderen Untergliederung.

¹²⁰ Die Diskussion um die aktiengleichen Genussrechte wurde entfacht durch einen Beitrag von *Reuter* im Jahre 1979 (in: FS Fischer, 605, 610 ff.) und dessen sechs Jahre später erstelltes Gutachten zum 55. Juristentag (Gutachten, B 24, 25 f.): In dem Beitrag von 1979 weist er darauf hin, dass sich ein Partizipationsschein immer dem Einwand der Umgehung zwingenden Aktienrechts – namentlich §§ 12 Abs. 1 S. 2, 139 ff. AktG – ausgesetzt sähe (605, 611). In seinem Gutachten (24, 25 f.) zum 55. Juristentag stellte er weiterführend die These auf, die Ausgabe von aktiengleichen Genussrechten (im oben umschriebenen Sinne) sei de lege lata unzulässig, weil man mit derartigen Gestaltungsformen die Schutzvorschriften der §§ 139 ff. AktG durch einen

Natur, da solche extremen Gestaltungsformen bei Genussrechten in der Praxis de facto nicht auftauchen.¹²¹

Auch der BGH hat sich bei Beurteilung der Frage nach der Vereinbarkeit aktiengleicher Genussrechte mit §§ 139 ff. AktG zurückgehalten.¹²² Er nimmt aber schon dann eine Zulässigkeit des Genussrechts an, wenn dieses zeitlich begrenzt oder kündbar ist.

In diese Richtung geht auch die hier vertretene Auffassung:¹²³ Ein Genussrecht muss als verschleierte Vorzugsaktie ohne Stimmrecht unzulässig sein,¹²⁴ wenn kumulativ

- die auf das Genussrecht gezahlten Ausschüttungen ausschließlich vom Gewinn der Gesellschaft bzw. von der Dividende der Aktionäre abhängen,
- eine Rückerstattung des Nennbetrages wegen Unkündbarkeit und unbegrenzter Laufzeit des Genussrechts ausgeschlossen ist und
- das Genussrecht im Verhältnis zu den Aktionären eine gleichrangige oder gar nachrangige Rückzahlung im Liquidationsfall vorsieht.¹²⁵

Andernfalls wäre ein Inhaber solcher Genussrechte mit allen Nachteilen – kein Stimmrecht, Teilnahme am Verlust der Gesellschaft – eines stimmrechtslosen Vorzugsaktionärs konfrontiert. Gleichzeitig könnte er aber aufgrund der besonderen Gestaltungsform keine Vorteile eines gewöhnlichen Gläubigers – wie Kündigung und garantierter Zinsanspruch – geltend

schlichten „Etikettenschwindel“ umgehen würde. Im Diskussionsprotokoll des 55. DJT (Sitzungsberichte, K 123) findet sich weiter eine interessante Aussage von *Reuter*, die später auch andere für ihre Argumentationsstruktur verwendet haben. Diese lässt sich wie folgt zusammenfassen: Wenn jemand durch ein an der Börse gehandeltes Wertpapier am Gewinn und am Liquidationserlös beteiligt wird, dann muss er *aktienrechtlich* – damit spielt *Reuter* auf die Vorzugsaktie ohne Stimmrecht an – ausweislich der §§ 139 ff. AktG ein Stimmrecht haben, wenn die Vorzugszahlung unterbleibt. Ferner müssen ihm Anfechtungsrechte zustehen und ihm muss eine Teilnahme an der Generalversammlung gewährt werden. Nennt man dieses Wertpapier nun nicht Vorzugsaktie ohne Stimmrecht, sondern Partizipationsschein oder aktiengleicher Genussschein, dann kann auf dieses Rechtszugeständnis auf einfachstem Wege verzichtet werden. *Reuter* wendete sich zunächst sogar gegen die Ausgabe von Genussrechten als solche.

Später hat *Reuter* seine Ansicht erneut untermauert (NJW 1984, 1849, 1851): Eine zur Nichtigkeit führende Aktiengleichheit nahm er indes dann nicht mehr an, wenn die Genussrechtsinhaber eine Mindestverzinsung erhielten. Einige Stimmen in der Literatur haben sich ihm angeschlossen (*Hirte*, ZIP 1988, 477, 478 ff., der aktiengleiche Genussrechte zur Mitarbeiterbeteiligung für zulässig erachtet; *Habersack*, ZHR 1991, 378, 385 f.; *Schäfer*, WM 1991, 1941, 1943; *Werner*, ZHR 1985, 236, 240). Die Mehrheit der Autoren hat sich seiner „Umgehungsthese“ jedoch entgegengestellt (*Claussen*, AG 1985, 77, 77 ff.; *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 34; *Karollus* in: *Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff*, AktG, § 221 Rdnr. 333 f.; *Hammen*, DB 1988, 2549, 2549 ff.; *Sethe*, AG 1993, 393, 307; *Frantzen*, Genußscheine, 192; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 194 ff. (argumentiert rechtsvergleichend)).

¹²¹ *Werner*, ZHR 1985, 236, 240; *Krieger* in: Hoffmann-Becking, MÜHbGesR, § 63 Rdnr. 53.

¹²² BGH AG 1993, 125, 126.

¹²³ Auf eine ausführliche Darlegung des Streits kann aufgrund seiner erwähnten mangelnden praktischen Relevanz verzichtet werden. Im Übrigen wird auf die umfassenden Ausführungen von *Frantzen* (Genußscheine, 167 ff.), *Rid-Niebler* (Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 63 ff.) und *van Husen* (Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 177 ff.) verwiesen.

¹²⁴ Siehe dazu die Umgehungsthese von *Reuter*, Fn. 120.

¹²⁵ Dieser Ansicht sind auch: *Krieger* in: Hoffmann-Becking, MÜHbGesR, § 63 Rdnr. 53; *Habersack* in: MÜKo-AktG, § 221 Rdnr. 128; *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 228.

machen. Die Schutzrechte eines Vorzugsaktionärs nach § 140 Abs. 2 S. 1 AktG¹²⁶ ständen ihm ebenfalls nicht zu. Dies ist mit dem Schutzzweck der §§ 139 ff. AktG nicht mehr vereinbar. Gerade in jüngerer Zeit hat sich eine Position im Schrifttum – vor allem vertreten durch *Habersack* – gebildet, die sich entschieden gegen eine Umgehung unabdingbaren Aktienrechts unter dem Deckmantel der Privatautonomie ausgesprochen hat.¹²⁷

Freilich darf trotz allem nicht verkannt werden, dass schon geringfügige Änderungen an der Genussrechtsgestaltung, die eine Bevorteilung gegenüber etwaigen (Vorzugs-) Aktionären bewirken, wie die Gewährung einer festen Mindestausschüttung, die Einräumung eines Kündigungsrechts oder eine begrenzte Laufzeit, zur Vereinbarkeit mit den §§ 139 ff. AktG führen kann.¹²⁸

Die (ansonsten zutreffende) Ansicht von *Habersack* überzeugt nicht im Hinblick auf den Rang der Bedienung des Genussrechts, wenn eine Gesellschaft aufgelöst wird. Ihm zufolge liegt eine zulässige Gestaltung selbst dann vor, wenn ein Genussrecht in sämtlichen Punkten vermögensrechtlich aktiengleich ist, allerdings in der Liquidation vor den Aktionären (gleich welcher Art) bedient wird.¹²⁹

Dies könnte man auch durch die Ausgabe von Vorzugsaktien erreichen, welche anderen Aktien im Falle der Auflösung vorgehen.¹³⁰ Insofern umgeht der Emittent ebenso aktienrechtliche Schutzvorschriften. Die Privilegierung in der Liquidation reicht inhaltlich nicht aus, um das Wesen des entsprechend ausgestalteten Genussscheins merklich von der Aktie zu trennen. Die Auflösung einer Gesellschaft ist ein Sonderfall im Unternehmensstatus, der nicht eo ipso eintreten muss.

Die Gesellschaft macht „Zugeständnisse“¹³¹ an den Genussrechtsgläubiger, indem sie ihm beispielsweise eine feste Mindestausschüttung garantiert oder die Möglichkeit einräumt, das dem Genussrecht zugrunde liegende Darlehen nach Ablauf einer bestimmten Frist zu kündi-

¹²⁶ Als Genussrechtsinhaber kann ihm dieses Recht ohnehin nicht zustehen. Dies sei dahingestellt, da es hier nur um eine Veranschaulichung geht.

¹²⁷ *Habersack* in: FS Ulmer, 151, 163 f.; *ders.*, ZHR 2000, 1, 8 ff.; *Zöllner* in: FS Ulmer, 725, 729 ff.; *ders.*, ZHR 1991, 378, 387.

¹²⁸ *Krieger* in: Hoffmann-Becking, MÜHbGesR, § 63 Rdnr. 53; im Ergebnis auch: BGH NJW 1993, 57, 58; *Habersack* in: MÜKoAktG, § 221 Rdnr. 128.

¹²⁹ *Habersack* in: MÜKoAktG, § 221 Rdnr. 128.

¹³⁰ So auch *Krieger* (in: Hoffmann-Becking, MÜHbGesR, § 63 Rdnr. 53), der seine Aussage allerdings nicht belegt. Bei Ausgabe mehrerer Vorzugsaktien, partizipieren diese grundsätzlich gleichberechtigt am Bilanzgewinn. Aus § 141 II S. 1 AktG kann man jedoch schließen, dass die Satzung Gruppen von Vorzugsaktien vorsehen kann, die ihrem Rang nach verschieden sind (vgl. *Hüffer*, AktG, § 139 Rdnr. 16).

¹³¹ Gemeint sind diejenigen „Zugeständnisse“, durch die eine Akteingleichheit umgangen werden kann.

gen. Ggf. ist das Genussrechtskapital auch von vorneherein zu einem (vom Genussrechtsinhaber mitbestimmten) Zeitpunkt rückzahlbar. Das einzige Zugeständnis, das in diesem Fall zu einer Nichtanwendung der Schutzvorschriften berechtigen soll, erschöpft sich daher in einer Eventualität – der Auflösung der Gesellschaft. Daher kann eine vorrangige Bedienung des Kapitals in der Liquidation allein noch nicht zu einer Bewertung als Genussrechtskapital führen – vielmehr wird man bei einer solchen Gestaltung von unzulässiger Aktiengleichheit ausgehen müssen.

Abgesehen davon ist dem von *Habersack* zitierten BGH-Urteil die von ihm vertretene Rechtsansicht nicht zu entnehmen.¹³² Der BGH gibt in der Entscheidung zunächst nur eine Literaturmeinung wieder, die (angeblich) vertritt, dass bei vorrangiger Beteiligung am Liquidationserlös schon keine Aktiengleichheit des verbrieften Rechtes mehr anzunehmen ist.¹³³ Anschließend weist der BGH jedoch darauf hin, dass die von ihm zu beurteilenden Rechte wegen der gewährten Mindestausschüttung pro Jahr in Höhe von 5 %, ihrer Kündbarkeit nach 20 Jahren *und* wegen ihres Ranges vor den Aktionärsrechten in der Liquidation nicht aktiengleich und damit auch nicht unzulässig nach §§ 139 ff. AktG seien.¹³⁴ Deshalb konnte der BGH auf eine Definition der Aktiengleichheit verzichten. Die fehlende Aktiengleichheit ergab sich also nicht allein aus dem Vorrang in der Liquidation, sondern aus der Kombination der aufgeführten Ausgestaltungsmerkmale.¹³⁵

3. Obligationsähnliche Genussrechte

Die dritte Gruppe verschiedener Ausgestaltungsmöglichkeiten von Genussrechten sind sog. obligationsähnliche Genussrechte. Welche Gestaltungsform genau zur Klassifizierung als obligationsähnliches Genussrecht führt, wird unterschiedlich beurteilt. Der BGH hat die im Fall „Bremer Bankenverein“ ausgegebenen Genussrechte als obligationsähnliche Genussrechte bezeichnet.¹³⁶ Die Bedingungen dieser Genussrechte sahen unter anderem eine Verlustteilnahme am Jahresfehlbetrag und eine Nachrangigkeit gegenüber den (anderen) Gläubigern in der Liquidation vor. Allerdings konnte der verlustbeteiligte Rückzahlungsanspruch nach einem Verlustjahr mit den Jahresüberschüssen der Folgejahre wieder aufgefüllt wer-

¹³² *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 128.

¹³³ BGH NJW 1993, 57, 58.

¹³⁴ BGH NJW 1993, 57, 58.

¹³⁵ Der Formulierung des BGH lässt sich vielmehr eine Pointierung des Merkmals „Zeit“ entnehmen. So wohl auch *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 228.

¹³⁶ BGH NJW 1993, 400, 401.

den.¹³⁷ Außerdem nahmen die Genussrechtsinhaber im Falle der Liquidation bei der Anspruchsbedienung einen Vorrang vor den Aktionären ein.¹³⁸ Ein fester Anteil am Liquidationserlös stand den Genussrechtsinhabern jedoch nicht zu.

Die Genussrechte waren in diesem Fall vor allem deshalb obligationsähnlich, weil ihrem Inhaber eine Festverzinsung zustand. Der Unterschied zu den Obligationen bestand darin, dass die Auszahlung nur gewinnabhängig erfolgte, die Festverzinsung also aus dem Gewinn der Gesellschaft zu bedienen war.¹³⁹ Durch den Festzinsanspruch grenzen sie sich aber auch von den aktienähnlichen Genussrechten ab.¹⁴⁰ Im Übrigen wird in der Praxis neben einer aus dem Gewinn zu bedienenden Mindestverzinsung häufig eine dividendenabhängige Zusatzausschüttung vereinbart.¹⁴¹

Im Einzelnen besteht Uneinigkeit darüber, wann bei obligationsähnlicher Gestaltung noch von Genussrechten gesprochen werden darf und wann nicht mehr.¹⁴² Z.B. nennt *Karollus*¹⁴³ nur solche Gestaltungsformen obligationsähnlich, die einen festen Rückzahlungsanspruch ohne Nachrangabrede oder Verlustteilnahme gewährleisten, während der BGH,¹⁴⁴ wie gezeigt, sowohl bei Verlustbeteiligung als auch bei nachrangiger Bedienung noch von einem obligationsähnlichen Genussrecht spricht. *Habersack*¹⁴⁵ ordnet Genussrechte mit fester Verzinsung, sofern sie verbrieft sind, generell der Obergruppe der Gewinnschuldverschreibungen zu. Enthalten sie eine Mehrwertbeteiligung, ganz gleich welcher Art, spricht er ebenfalls von obligationsähnlichen Genussrechten, die er rechtlich als Obligationen betrachtet. Auch *Lutter*¹⁴⁶ weist auf die offensichtlichen Parallelen der mit Festzins ausgestalteten Genussrechte zu den Obligationen hin und klammert obligationsähnliche Genussrechte aus der Gruppe der Genussrechte im Sinne des § 221 Abs. 3 AktG aus. Allerdings sind nach ihm nur solche Genussrechte obligationsähnlich, die nicht zusätzlich zur Festverzinsung über eine Mehrwertbeteiligung verfügen. Er bezieht sich also nur auf gewinnabhängige Genussrechte.

¹³⁷ So § 6 der Genussscheinsbedingungen im Fall „Bremer Bankenverein“.

¹³⁸ Hier ist allein der Rückzahlungsanspruch gemeint.

¹³⁹ Die gewinnabhängige Verzinsung darf nicht mit der sog. gewinnorientierten Verzinsung verwechselt werden. Bei letzterer richtet sich die Höhe des Ausschüttungsanspruchs nach der Höhe des von der Gesellschaft erzielten Gewinnes, also nach dem Bilanzgewinn, der Aktionärsdividende oder dem Jahresüberschuss. Die Auszahlung an die Genussrechtsinhaber erhöht sich stufenweise mit steigender Dividende, worauf die meisten Autoren nicht hinweisen (sehr instruktiv dazu die Beispiele bei *Kadermann*, Sparkasse 1990, 328, 329 f.).

¹⁴⁰ In der Praxis gelten derartige Genussrechte dementsprechend als sicherere Anlage. Allerdings fällt die Verzinsung auch bei gesteigerten Gewinnen nicht höher aus. Sie ist lediglich gesichert.

¹⁴¹ *Kanders*, Sparkasse 1990, 328, 329.

¹⁴² *Karollus* in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 286; BGH NJW 1993, 400, 401; *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnrn. 71 und 77; *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 218.

¹⁴³ In: Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 286.

¹⁴⁴ BGH NJW 1993, 400, 401.

¹⁴⁵ In: MüKoAktG, § 221 Rdnrn. 71 und 77.

¹⁴⁶ In: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 218.

Diese Form der Einteilung ist überzeugend, da der Zinsanspruch der Genussrechtsinhaber nicht in Konkurrenz zu den mitgliedschaftlichen Vermögensrechten der Aktionäre tritt und es insofern eines Schutzes der Aktionäre nach § 221 Abs. 3 AktG nicht bedarf.

Obligationsähnliche Genussrechte dürften wegen der vergleichsweise umfangreichen Rechtsgewährung an den Gläubiger in einer Genossenschaft weniger Probleme hervorrufen als andere Genussrechte.

4. Zwischenergebnis

Die Darstellung zeigt, dass die Grenzen zwischen den einzelnen Gestaltungsformen aufgrund vielfältiger Gestaltungsmöglichkeiten oft fließend verlaufen. Folgende Typisierung konnte herausgearbeitet werden:

Obligationsähnliche Genussrechte bieten ihrem Inhaber eine gewinnabhängige Festverzinsung, aktienähnliche Genussrechte gewähren einen gewinnorientierten Zahlungsanspruch und sind im Gegensatz zu aktiengleichen Genussrechten kündbar und/oder zeitlich begrenzt.

II. Ausgabe

Es ist ebenso möglich, die Genussrechte nach dem Zweck der Ausgabe, also nach ihrer Funktion¹⁴⁷ zu unterteilen:

1. Genussrechte zur Kapitalgewinnung

Genussrechte werden primär zur Kapitalgewinnung ausgegeben.¹⁴⁸ Dieser Ausgabezweck liegt vor bei Zuzahlungen, Neuzeichnungen von Aktien oder bei Genussrechtsvergaben als freies Kapitalbeschaffungsmittel.¹⁴⁹ Genussrechte zur Kapitalgewinnung können dann wieder entsprechend der obigen Darstellung nach den verschiedenen Ausgestaltungsformen unterschieden werden. In der Literatur wurde zum Teil bezweifelt, dass die Ausgabe von Genussrechten zur Kapitalgewinnung überhaupt zulässig sei. Im Wesentlichen handelt es sich bei

¹⁴⁷ Diese Art der Einordnung wählen: *Pougin* in: FS Oppenhoff, 275, 275 f.; *Wünsch* in: FS Strasser, 871, 876; *Sethe*, AG 1993, 293, 297; *Ernst*, AG 1967, 75, 76.

¹⁴⁸ *Jäger*, NZG 1998, 718, 720; *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 80; *Sethe*, AG 1993, 293, 298.

¹⁴⁹ *Feddersen/ Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 13 f.; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 79; *Wünsch* in: FS Strasser, 871, 876.

dieser Diskussion jedoch um die oben bereits behandelte Frage¹⁵⁰ der Zulässigkeit aktien- gleicher Genussrechte.¹⁵¹ Heutzutage besteht an der gesellschaftsrechtlichen Zulässigkeit der Ausgabe von Genussrechten zur Kapitalbeschaffung (besonders in den Kapitalgesell- schaften AG¹⁵² und GmbH¹⁵³) kein Zweifel mehr.¹⁵⁴ Ob, und vor allem inwieweit, die Ausgabe von Genussrechten zur Kapitalbeschaffung in der eG und der SCE möglich und zulässig ist, wird noch zu behandeln sein.¹⁵⁵ Genussrechte mit Kapitalzufuhr können einerseits als Ei- genkapital und andererseits als Fremdkapital ausgestaltet werden.¹⁵⁶

2. Genussrechte ohne Kapitalzufuhr

Die zweite Gruppe, die Genussrechte ohne Kapitalzufuhr, lässt sich am Beispiel der sog. Gründergenussscheine veranschaulichen: Diese besonderen Genussscheine¹⁵⁷ dienten im 19. Jahrhundert dazu, den Gründern einer Aktiengesellschaft für ihre „nicht-aktivierten“ Lei- stungen, namentlich Organisation, Konzeptentwicklung und andere Leistungen geistiger Art, einen Ausgleich bzw. eine Art Entlohnung zu gewähren.¹⁵⁸ Im Unterschied zur Aktie sollten die Gründergenussscheine nicht die Risiken einer Kapitaleinlage, sondern vielmehr Faktoren

¹⁵⁰ S.o.: Kapitel 1 B. I. 2.

¹⁵¹ Siehe dazu beispielsweise die Darstellung von *Hüffer* (AktG, § 221 Rdnrn. 31 ff.), der das Problem unter der Überschrift „Zulässigkeit von Genussrechten mit Eigenkapitalcharakter“ aufreißt. Da aktienähnliche Genuss- rechte per definitionem wie eine Aktie ausgestaltet sind und das einer Aktie zugrunde liegende Kapital als Ei- genkapital zu passivieren ist, ist der Unterschied in dieser Darstellung begrifflicher und nicht inhaltlicher Natur.

¹⁵² *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 80.

¹⁵³ *Rid-Niebler*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 4 ff. und 78; *Feddersen/ Knauth*, Ei- genkapitalbildung durch Genußscheine, 20 ff.; *Sethe*, AG 1993, 293, 307 f.

¹⁵⁴ Probleme könnten sich im Hinblick auf § 5 UBGG 1998 ergeben:

Abs. (1) Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft darf keine Wagniskapitalbeteiligungen an Unternehmen halten, die Mutterunternehmen oder Schwesterunternehmen der Unternehmensbeteiligungsgesellschaft sind.

Abs. (2) Die Unternehmensbeteiligungsgesellschaft darf keine Beteiligungen als stiller Gesellschafter an der Unternehmensbeteiligungsgesellschaft gewähren. Satz 1 ist nicht auf typische stille Beteiligungen von Gesell- schaftern anzuwenden, die gleichzeitig an der Unternehmensbeteiligungsgesellschaft beteiligt sind.

Habersack (in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 80) sieht in dieser Regelung eine Ausnahme zur generellen Zulässig- keit der Begebung von Finanzierungsgenussrechten durch Gesellschaften; hier namentlich durch eine Unter- nehmenbeteiligungsgesellschaft. Zwar könnte man ohne Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des § 5 UBGG durchaus annehmen, dass unter dem Begriff „Beteiligung stiller Gesellschafter“ auch bestimmte Ar- ten der Genussrechte zu fassen sind und konsequenterweise vertritt *Habersack* diese Auffassung (in: MüKo- AktG, § 221 Rdnr. 88 f.) auch.

Dennoch ist sie – zumindest in Hinblick auf § 5 UBGG – nicht haltbar. Nach § 7 des Unternehmensbetei- ligungsgesellschaftsgesetzes von 1986 durfte eine Unternehmensbeteiligungsgesellschaft weder Schuldver- schreibungen noch Genussrechte oder stille Beteiligungen im Sinne der §§ 230 ff. HGB ausgeben. Man hat die Beschränkungen hinsichtlich der Genussrechte und Schuldverschreibungen nun schrittweise aus dem Gesetz genommen. § 7 UBGG hat mit dem Gesetz vom 9. September 1998 einen völlig neuen Regelungsge- halt bekommen. Nur noch hinsichtlich der Vergabe stiller Beteiligungen findet sich ein Überbleibsel in § 5 UBGG (s.o.) wieder (vgl. dazu *Fock*, UBGG, § 5 Rdnrn. 7 f. und § 7 Rdnr. 2). Angesichts dessen widerspricht die Ansicht *Habersacks* dem Willen des Gesetzgebers, der in den letzten 20 Jahren fortwährend zu einer großzügigeren Handhabung von Genussrechten tendiert hat. Zur generellen Abgrenzung des Genussrechts von der stillen Beteiligung s.u.: Kapitel 1 C. II. 2. a).

¹⁵⁵ Dazu s.u.: Kapitel 2 und 3.

¹⁵⁶ Statt vieler siehe die Ausführungen von *Vollmer*, ZGR 1983, 445, 451 ff.; sowie unten: Die Bilanzierung von Genussrechtskapital in der eG und SCE.

¹⁵⁷ Auf die Gründergenussscheine wird an anderer Stelle ausführlicher eingegangen, s.u.: Kapitel 1 D. I.

¹⁵⁸ *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 57; *Silberberger*, Partizipations- schein, 61; *Bethmann*, ZfHF 1935, 393, 425.

wie Arbeit, Geist und Unternehmertätigkeit belohnen.¹⁵⁹ Kapital wurde dabei nicht zugeführt.¹⁶⁰

Dies bedeutet allerdings nicht gleichzeitig, dass Genussrechte ohne Kapitalzufuhr mit einer geringeren Anzahl an Rechten ausgestaltet sein müssen als Genussrechte mit Kapitalzufuhr. Erstere können sowohl ein Recht auf Beteiligung am Gewinn und/oder Liquidationserlös der Gesellschaft als auch ein Recht auf sonstige Leistungen einräumen.

In der Praxis ist eine Gewährung von Gründervorteilen heutzutage eher unüblich. Genussrechte ohne Kapitalzufuhr dienen aktuell vorwiegend der Ablösung von Vorrechten und Schulden, der Abgeltung von überlassenen Patenten und Konzessionen und teils auch der Entlohnung von Organmitgliedern.¹⁶¹ Prinzipielle rechtliche Bedenken gegen diese Genussrechte bestehen nicht.¹⁶²

¹⁵⁹ *Schacher/ Adam*, Der Gründeranteil des französischen Aktienwesens, 7 ff.; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 57; *Bär*, ZBJV 1965, 201, 204.

¹⁶⁰ Kolonialgesellschaften gaben recht häufig Gründergenusscheine aus, vgl. *Van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 78; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 58; *Silberberger*, Partizipationsschein, 61.

¹⁶¹ *Sethe*, AG 1993, 293, 300.

¹⁶² Die Literatur trägt ebenfalls keine Einwände vor.

C. Rechtliche Einordnung und Abgrenzung

Die SCE kann verschiedene Schuldformen ausgeben.¹⁶³ Die nachfolgende schuld- und wertpapierrechtliche Bestimmung der Genussrechte dient als Grundlage für die spätere Untersuchung der Zulässigkeit der Genussrechtsvergabe in den beiden Genossenschaftsarten.

Das Genussrecht als solches unterscheidet sich rechtlich von dem seiner Begebung zugrunde liegendem Vertrag, dem Genussrechtsvertrag. Genussrecht und Genussrechtsvertrag müssen daher getrennt voneinander klassifiziert werden.

I. Rechtliche Einordnung des Genussrechts als solchem

Die Frage nach der Rechtsnatur der Genussrechte als solche ist eng mit der Begriffsbestimmung verknüpft. Entsprechend wurde der von Rechtsprechung und Literatur beschriebene schuldrechtliche – und eben nicht korporationsrechtliche – Charakter der Genussrechte bereits erarbeitet.¹⁶⁴ Dieser ist nun genauer zu betrachten.

1. Keine Mitgliedschaftsrechte

Genussrechte gewähren keine (gesellschaftsrechtlichen) Mitgliedschaftsrechte.¹⁶⁵ Andernfalls geraten sie in Kollision mit dem Grundsatz der Selbstorganschaft, beispielsweise dadurch, dass bei der Gewährung von Stimmrechten an die Genussrechtsinhaber die Handlungsfähigkeit der Gesellschaft (allein durch die Gesellschafter) gefährdet wird.

2. Genussrecht als Gläubigerrecht

Genussrechte hingegen versetzen ihre Inhaber daher regelmäßig in eine Position außerhalb der Gesellschaft,¹⁶⁶ namentlich in eine Gläubigerstellung, die aktiengleiche Vermögensrechte gewährt.¹⁶⁷

¹⁶³ Dazu unten: Kapitel 3 C.

¹⁶⁴ S.o.: Kapitel 1 A. V., VI. und VII.

¹⁶⁵ Statt vieler: *Feddersen/ Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 17; *Würdinger*, Aktien- und Konzernrecht, 78.

¹⁶⁶ *Karollus* in: *Geßler/ Hefermehl/ Eckhard/ Kropff*, § 221 Rdnr. 245 ff.; *Habersack* in: *MüKoAktG*, § 221 Rdnr. 86; *Frantzen*, Genußscheine, 10.

¹⁶⁷ BGH WM 1959, 434, 436. Das Reichsgericht hat zwar, wie oben gezeigt (Kapitel 1 A. V. 1.), Genussrechte in mehreren Fällen (z.B. in: RGZ 49, 10, 13 ff.; RGZ 83, 295, 297) als Gläubigerrechte bezeichnet, sich jedoch nicht darauf festgelegt, dass alle Genussrechte Gläubigerrechte seien, weil es von einem variablen Genussrechtsbegriff ausging. Vgl. ferner die einhellige Auffassung in der Literatur: *Schäfer*, WM 1991, 1941, 1942; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 98 f.; *Pougin*, Genußrechte, 1; *Rid-Niebler*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 3; *Feddersen/ Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 17; *Krieger* in: *Hoffmann-Becking*, *MüHbGesR*, § 63 Rdnr. 48; *Schön*, JZ 1993, 925, 926; *Habersack* in: *MüKoAktG*, § 221 Rdnr. 86; *Frantzen*, Genußrechte, 9 ff.; *Karollus* in: *Geßler/ Hefermehl/*

Eine bis Anfang der achtziger Jahre des 20. Jahrhunderts vertretene Mindermeinung lehnte eine strikte Qualifikation als Gläubigerrecht ab.¹⁶⁸ Nach dieser Auffassung könnten auch Mitgliedschaftsrechte in Genussscheinen verbrieft werden.¹⁶⁹ In der umfangreichen, zu den Genussrechten erschienenen Literatur in der Zeit von 1983 bis 1993¹⁷⁰ und auch heutzutage findet diese Auffassung kaum noch Beachtung.

Allerdings trifft man in einer Veröffentlichung von 1995 auf die Hypothese, dass der größte Teil der bestehenden Genussrechtsverhältnisse in Deutschland gesellschaftsrechtlicher Natur sei und dass nur in den seltensten Fällen von einem „Genussrecht als schuldrechtlichem Rechtsverhältnis“ gesprochen werden könne.¹⁷¹ Der Autor belegt diese Aussage anhand einer empirischen Untersuchung.¹⁷² Diese Untersuchung findet im anschließend erschienenen genussrechtlichen Schrifttum – soweit ersichtlich – keine Beachtung.¹⁷³ Die Hypothese basiert auf folgender Überlegung: Eine Gläubigerstellung liege nur dann vor, wenn eine Forderung existiere, das heißt, wenn ein Teil Kraft eines Schuldverhältnisses berechtigt ist, von einem anderen Teil eine bestimmte Leistung zu verlangen.¹⁷⁴ Ein Genussrecht gewähre, so diese Ansicht, keinen festen Anspruch auf Zahlung und könne insofern auch keine Forderung sein.¹⁷⁵ Im Gegenteil: Die „genussrechtliche Beteiligung“ unterscheide sich in denselben Punkten von der Forderung, wie die aktienrechtliche Beteiligung.¹⁷⁶ Während Forderungen das Gesellschaftsvermögen belasteten, schmäleren Genussrechte lediglich den den Aktionären gebührenden Vermögensüberschuss.¹⁷⁷ Ferner sei der Gewinnanspruch, der sich aus einem Genussrecht ergibt, durch das Vorhandensein von Gewinn bedingt.¹⁷⁸ Dies träfe auch auf den Dividendenanspruch der Aktionäre zu.¹⁷⁹ Hinzu komme, dass das Recht, die im Genussschein beschriebene Leistung zu fordern, im Zeitpunkt der Vergabe der Genussrechte

Eckhard/ Kropff, AktG, § 221 RdNr. 245 ff.; Goerdeler/ Müller in: Hachenburg, GmbHG, Anh. § 29 RdNr. 3. Ferner aus dem bilanzrechtlichen Schrifttum Groh, BB 1993, 1882, 1889; Küting/ Kessler, BB 1994, 2103, 2111.

¹⁶⁸ Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 78, und im Ergebnis (stillschweigend) auch in der 4. Auflage (Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen), 85 f.; Boemle, AG 1972, 16, 16; Holzheimer, Die Bank 1982, 18, 18 f.; Friedlaender, DSz 1966, 242, 242; sowie aus dem älteren Schrifttum Müller-Erbach, Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft, 31; Hachenburg, LZ 1917, 776, 781.

¹⁶⁹ Holzheimer, Die Bank 1982, 18 f.

¹⁷⁰ Dies war die Zeit, in der die Genussrechte eine erste „Renaissance“ erlebten und die viel zitierten BGH-Entscheidungen „Bremer Bankenverein“ und „Klöckner“ getroffen wurden.

¹⁷¹ Schott, Genußscheine – Inhaltsbestimmung von Genußrechtsverhältnissen, 2 und 147.

¹⁷² Schott, Genußscheine – Inhaltsbestimmung von Genußrechtsverhältnissen, 11 ff., 31, 46.

¹⁷³ Vgl. beispielsweise Habersack in: MüKoAktG, § 221 RdNr. 86 ff.; Hüffer, AktG, § 221 RdNr. 23 ff., Luttermann, Unternehmen, Kapital und Genußrechte, 83 ff.

¹⁷⁴ Vgl. § 241 Abs. 1 S. 1 BGB.

¹⁷⁵ Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 78.

¹⁷⁶ Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 78.

¹⁷⁷ Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, 85.

¹⁷⁸ Leist, Sanierung von Aktiengesellschaften, 117 f.

¹⁷⁹ Hachenburg, LZ 1917, 776, 782.

gar nicht geltend gemacht werden könne, da dieses erst durch den Verteilungsbeschluss entstehe.¹⁸⁰ Auch könne man durch die Genussrechtsausgabe nicht gleichzeitig die Entstehung einer Darlehensforderung annehmen. Der Genussrechtsinhaber stelle der Gesellschaft in der Praxis zudem zwar darlehensweise Kapital zur Verfügung, die entstandene Darlehensforderung sei jedoch nicht mit dem sich aus dem Genussschein ergebenden Recht gleichzusetzen.¹⁸¹

Friedlaender lehnt die Einordnung als Gläubigerrecht zugunsten einer Bezeichnung als Recht *sui generis* ab, ohne eine ausreichende Begründung hierfür zu liefern.¹⁸² Der Autor grenzt die Genussrechte stattdessen zu bestimmten Gesellschaftsformen ab und gelangt wie die herrschende Ansicht zu dem Ergebnis, dass ein Genussrechtsinhaber nicht im Innenverhältnis der Gesellschaft steht.¹⁸³

Manche sind gar der Auffassung, dass Genussscheine vollwertige Mitgliedschaftsrechte, wie Stimmrechte,¹⁸⁴ verbriefen könnten.¹⁸⁵

Die Argumente dieser Ansichten sind zwar zum Teil nachvollziehbar, allerdings fußen sie vorwiegend auf der Annahme, dass Forderung und Gläubigerrecht gleichzustellen sind. Als „Forderungen“ werden bekanntermaßen die Ansprüche des Schuldrechts bezeichnet, also die Rechte eines Gläubigers, Leistungen von einem Schuldner zu verlangen (§ 241 Abs. 1 S. 1 BGB).¹⁸⁶ Ein Genussrecht ab dem Zeitpunkt seiner Ausgabe nicht gleich als Forderung anzusehen, mag durchaus vertretbar sein;¹⁸⁷ denn für das Entstehen eines Forderungsrechts bedarf es noch weiterer Zwischenschritte, wie des Gewinnverteilungsbeschlusses oder überhaupt der Erwirtschaftung von Gewinn.¹⁸⁸ Dies rechtfertigt aber noch nicht, deshalb auch

¹⁸⁰ *Hachenburg*, LZ 1917, 776, 782.

¹⁸¹ *Hachenburg*, LZ 1917, 776, 781.

¹⁸² So namentlich *Friedlaender*, DStR 1966, 242, 242.

¹⁸³ *Friedlaender*, DStR 1966, 242, 242.

¹⁸⁴ Diese Sichtweise verstößt gegen den Grundsatz der Verbandssouveränität und ist nach heutiger Auffassung nicht mehr vertretbar. Vgl. nur BGHZ 119, 305, 316; *Hirte*, ZIP 1988, 477, 489; *Lutter* in: *KölnerKommAktG*, § 221 Rdnr. 219.

¹⁸⁵ *Holzheimer*, Die Bank 1982, 16, 19.

¹⁸⁶ *Gernhuber*, Das Schuldverhältnis § 3 I 5; *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, Rdnr. 9; *Brox*, Allgemeiner Teil des BGB, Rdnr. 579; *Medicus*, Schuldrecht I, Rdnr. 6; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 17 Rdnr. 33; allgemein ist der Anspruch in § 194 Abs. 1 BGB legal definiert.

¹⁸⁷ Siehe dazu *Goerdeler/ Müller* in: *Hachenburg, GmbHG*, 7. Auflage, Anh. § 29 Rdnr. 15, in der nachfolgenden 8. Auflage sehen sie diese Streitfrage als geklärt an. Ferner: *Frantzen*, Genußscheine, 11.

¹⁸⁸ Das Reichsgericht bezeichnete die Genussrechte als bedingte (vgl. z.B. RGZ 132, 199, 203 f.), teilweise sogar als doppelt bedingte Gläubigerrechte (RGZ 83, 295, 298). Diese Bezeichnungen veranschaulichen die rechtliche Konstruktion von Genussrechten zwar recht gut, sind aber rechtsdogmatisch in Hinblick auf §§ 158 ff. BGB abzulehnen. Der Eintritt der vom Reichsgericht angenommenen Bedingung (wie z.B. die Erzielung von Gewinn) stellt den Inhalt oder Kern eines Genussrechts selbst dar. Man könnte auch sagen, dass die Bedingung dem Genussrecht seine Gestalt gibt und eben nicht nur – wie im Falle des § 158 BGB – seine Durchsetzung ermöglicht.

die Gläubigerrechtsqualität der Genussrechte zu verneinen.¹⁸⁹ Die Bezeichnung eines Rechts als Gläubigerrecht erschöpft sich nicht in der Eigenschaft desselben, eine Forderung zu sein. Der Begriff des Gläubigerrechts geht weiter. Man kann ein Gläubigerrecht als subjektives Recht des Gläubigers, also als eine dem Gläubiger verliehene Rechtsmacht, zur Befriedigung bestimmter Interessen bezeichnen. Zwar ist ein Gläubigerrecht, wie ein Anspruch bzw. eine Forderung, ein relatives, gegen den Schuldner gerichtetes Recht. Doch unter dem Begriff des Gläubigerrechts sind auch Gestaltungsrechte, Gegenrechte und sonstige Rechte zusammengefasst.¹⁹⁰ Diese verleihen ihrem Inhaber beispielsweise die Befugnis zur einseitigen Rechtsgestaltung oder zur Entkräftung eines Rechts und unterscheiden sich somit von den Ansprüchen. Letzteres gilt auch für die sonstigen Rechte. Deshalb kann von dem – real existenten – Unterschied zwischen Forderung und Genussrecht nicht auf dessen mangelnde Gläubigerrechtsqualität geschlossen werden.

Ein Genussrecht ist ein sonstiges relatives – weil nur dem Schuldner gegenüber wirkendes – Recht. Es gebührt einer außerhalb der Gesellschaft stehenden Partei, also einem Gläubiger. Genussrechte sind ab dem Zeitpunkt ihrer Entstehung von der Mitgliedschaft losgelöst und gewähren eine selbstständige Rechtsposition gegenüber der Gesellschaft. Ferner sind sie nach allgemeinen Regeln bürgerlichen Rechts übertragbar¹⁹¹ und die Gesellschaftsorgane können auf ihren Fortbestand keinen Einfluss nehmen.¹⁹² Somit weisen Genussrechte die typischen Eigenschaften von Rechten eines Gesellschaftsgläubigers auf: Selbstständigkeit, Abtretbarkeit und Unentziehbarkeit.¹⁹³ Daher sind Genussrechte Gläubigerrechte.

II. Rechtliche Einordnung des Genussrechtsvertrages/ Abgrenzung

Genussrechte entstehen durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem Unternehmensträger und dem sog. ersten Erwerber.¹⁹⁴ Die Vereinbarung ist ein schuldrechtlicher Vertrag nach §§ 311, 241 BGB. Jeder Genussrechtsvergabe durch eine Genossenschaft liegt

¹⁸⁹ Siehe auch *Schilling* in: GroßKommAktG, § 221, Anm. 11.

¹⁹⁰ *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, § 17 Rdnrn. 11 f.

¹⁹¹ Dies gilt selbstverständlich nur für den Fall, dass kein Abtretungsverbot vereinbart wurde. Andernfalls würde sich die Frage nach der relativen Wirkung des Abtretungsverbotes stellen, die hier nicht zu beantworten ist.

¹⁹² Siehe dazu wiederum BGH NJW 1993, 57, 57 ff. Hier hat der BGH die Stellung der Genussrechtsinhaber gegenüber den Gesellschaftsorganen gestärkt und Genussscheinsbedingungen, die ihre Inhaber zu sehr beeinträchtigen, für unwirksam erklärt.

¹⁹³ Zu den typischen Eigenschaften siehe beispielsweise *Heider* in: MüKoAktG, § 11 Rdnr. 18.

¹⁹⁴ RGZ 132, 199, 207; *Luttermann*, Unternehmen, Kapital und Genußrechte, 113; *Frantzen*, Genußrechte, 14 f., *Ziebe*, DStR 1991, 1594, 1594; *Schilling* in: GroßKommAktG, § 221, Anm. 11; *Claussen* in: FS Werner, 81, 81; *Wünsch* in: FS Strasser, 871, 879.

somit ein vertragliches Schuldverhältnis zugrunde. Auf dessen Eigenschaften und Typus wird im Folgenden näher eingegangen.

1. Rechtliche Einordnung

Die rechtliche Einordnung dieses Vertrages fällt, wegen der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten der Genussrechte, nicht leicht.

a) Dauerschuldverhältnis sui generis

Die meisten Autoren sehen den Genussrechtsvertrag als Dauerschuldverhältnis sui generis an, weil Genussrechte auf wiederkehrende Leistungen – wie beispielsweise auf Zahlung eines jährlichen Genusses – gerichtet sind und unterschiedlich ausgestaltet sein können.¹⁹⁵

Der Genussrechtsvertrag ist demzufolge keiner der bekannten Rechts- oder (Schuld-)Vertragsformen zuzuordnen.¹⁹⁶

b) Bestimmung nach Art des Genussrechts

Andere halten eine einheitlich rechtliche Qualifizierung des Genussrechtsvertrages eben wegen seiner unterschiedlichen Erscheinungsformen für wenig sinnvoll.¹⁹⁷ Zwar erkennen auch diese Literaten (zum Teil) den Dauerrechtscharakter des Genussrechtsverhältnisses an.¹⁹⁸ Sie orientieren sich bei ihrer rechtlichen Einordnung aber an der Ausgestaltung und dem Zweck des in Frage stehenden Genussrechts selbst.

Teils werden Genussrechte mit Verlustteilnahme auch als stille Beteiligung angesehen,¹⁹⁹ teils wird auch auf den Zweck der Finanzierung abgestellt und – vor allem hinsichtlich der

¹⁹⁵ BGH NJW 1993, 57, 63; BGH ZIP 2003, 1788, 1789; *Wünsch* in: FS Strasser, 871, 879 ff.; *Pougin* in: FS Oppenhoff, 275, 277 ff.; *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 27; *Thielemann*, Das Genußrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung, 58 ff.; *Rid-Niebler*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 82; *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 25; *Silberberger*, Partizipationsschein, 86; *Wedel*, Der Partizipationsschein als Kapitalbeschaffungsmittel, 77; *Hoffmann*, Der Partizipationsschein oder die stimmrechtslose Aktie, 95; *Göhrum*, Einsatzmöglichkeiten von Genußrechten, 45 ff. Siehe ferner auch *Ernst* (Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 123 f.) der zwar zu dem Ergebnis kommt, dass eine einheitliche Rechtsnatur des Genussrechtsvertrages nicht feststellbar ist, aber dennoch den Begriff „Rechtsakt sui generis“ im Bezug auf das Genussrechtsverhältnis verwendet und damit ebenfalls eine Einordnung vornimmt.

¹⁹⁶ *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnrn. 231 ff.

¹⁹⁷ *Habersack* in: MüKoAktG § 221 Rdnr. 87.

¹⁹⁸ *Habersack* in: MüKoAktG § 221 Rdnr. 87; *ders.*, ZHR 1991, 378, 394; *Karollus* in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 277.

¹⁹⁹ *Schön*, JZ 1993, 925, 929; *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnrn. 88 ff. und in der Voraufgabe auch *Karollus* in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnrn. 279 ff.

Genussrechte ohne Verlustbeteiligung – auf die starke Ähnlichkeit zum partiarischen Darlehen hingewiesen.²⁰⁰

2. Abgrenzung

Ein Vergleich bekannter Rechts- und Vertragsformen mit den Genussrechtsverträgen soll Klarheit darüber verschaffen, welche dieser Sichtweisen vorzuziehen ist.

a) Vergleich mit der stillen Beteiligung

Einige Rechte der Genussrechtsinhaber sind denen eines stillen Gesellschafters sehr ähnlich.²⁰¹ Dies zeigt sich vor allem bei Genussrechten mit Verlustteilnahme.²⁰²

Bei einer stillen Beteiligung im Sinne des § 230 HGB²⁰³ betreibt ein Gesellschafter ein Handelsgewerbe (zur Gewinnerzielung) und tritt nach außen hin allein in Erscheinung. Der stille Gesellschafter beteiligt sich an dem Handelsgeschäft²⁰⁴ durch eine Vermögenseinlage und partizipiert im Gegenzug am Gewinn und Verlust (ggf. auch nur am Gewinn) der Gesellschaft.²⁰⁵ Dafür bedarf es einer ausreichenden Zweckbindung beider Gesellschafter. Diese könnte theoretisch ohne weiteres auch zwischen Genossenschaftler und Genussrechtsinhaber bestehen. So meinen manche, die Teilnahme am Verlust der Gesellschaft sei gerade ein Indiz für das Vorliegen einer stillen Gesellschaft.²⁰⁶

Um dies zu untermauern, stützen sie sich auf folgenden, von *Karsten Schmidt* formulierten Grundsatz:

„Wer außer am Gewinn auch am Verlust beteiligt ist, kann nur Gesellschafter sein.“²⁰⁷

²⁰⁰ Lutter in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 233.

²⁰¹ Zum Verhältnis zwischen Genussrechten und stiller Gesellschaft sehr ausführlich *Oettmeier*, Ausgestaltung von Genußrechten, 95 ff.

²⁰² S.o.: Kapitel 1 C. II. 1. b).

²⁰³ Es handelt sich hier um eine rein handelsrechtliche Betrachtung.

²⁰⁴ Auch eine Genossenschaft kann als Formkaufmann nach § 17 II GenG Unternehmensträger einer stillen Gesellschaft sein.

²⁰⁵ *Horn* in: Heymann, HGB, § 230 Rdnr. 2; *Zutt* in: Staub, HGB, § 230 Rdnr. 6.; *Hopt* in: Baumbach/ Hopt, HGB, § 230 Rdnr. 1; *Koller* in: Koller/ Roth/ Morck, HGB, § 230 Rdnr. 2; vgl. auch: *K.Schmidt* in: Schlegelberger, HGB, § 230 Rdnr. 3; *Gehrlein* in: Ebenroth/ Boujong/ Joost, HGB, § 230 Rdnr. 2; *Blaurock*, Handbuch der stillen Gesellschaft, 59.

²⁰⁶ *Karollus* in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 279; *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 89.

²⁰⁷ *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 1843.

Wie oben ausgeführt,²⁰⁸ begründen Genussrechte keine Mitgliedschaftsrechte und auch keine Gesellschafterstellung,²⁰⁹ daher vermag dieses etwas aus dem Zusammenhang genommene Zitat nicht weiterzuhelfen.

Besser sollte man auf den Gesellschaftszweck abstellen: Der die stille Gesellschaft begründende Gesellschaftsvertrag ist ein solcher im Sinne des § 705 BGB.²¹⁰ Der stille Gesellschafter schließt sich mit einer Gesellschaft zur Förderung eines bestimmten gemeinsamen Zweckes zusammen.²¹¹ Ein solcher Zweck ist im Verhältnis zwischen Genussrechtsinhaber und emittierender Gesellschaft nicht erkennbar.²¹² Während die gesellschaftsrechtliche Basis der stillen Gesellschaft besondere Treue- und Förderpflichten *beider Gesellschafterparteien* hervorrufen kann,²¹³ orientieren sich die Loyalitätspflichten der Genussrechtsinhaber an allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen.²¹⁴ Ein personalistischer Zusammenschluss zu einer Art Zweckgemeinschaft zwischen mehreren juristischen Personen kann für das Genussrechtsverhältnis nicht angenommen werden.²¹⁵ Dies entspricht, am Rande bemerkt, auch der wirtschaftshistorischen Entwicklung der Genussrechte²¹⁶ als nicht mitgliedschaftliches Beteiligungsrecht.²¹⁷ Deshalb kann in dem Genussrechtsvertrag kein stilles Gesellschaftsverhältnis gesehen werden.²¹⁸

²⁰⁸ S.o.: Kapitel 1 A. V., VI. und VII.

²⁰⁹ Dies wird im Übrigen auch von denjenigen, die die Genussrechte mit Verlustteilnahme als stille Beteiligung ansehen, nicht bestritten. Siehe *Karollus* in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 246; *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 86.

²¹⁰ *Feddersen/ Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 18; *Frantzen*, Genußscheine, 16; a.A. wohl *Meilicke*, BB 1987, 1609, 1609; *ders.*, BB 1989, 465, 466.

²¹¹ *Hopt* in: Baumbach/ Hopt, HGB, § 230 Rdnr. 1; *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, Rdnr. 458.

²¹² BGHZ 156, 38, 43; BGH WM 1959, 434, 436; *Pougin*, Genußrechte, 4; *Frantzen*, Genußscheine, 15 ff.; *Feddersen/ Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 18; *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 232; *Hüffer*, AktG, § 221 Rdnr. 27; *Rid-Niebler*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 81; *Niemeyer*, Genußrechtskapital von Privaten, 29.

²¹³ Nicht verkannt werden darf, dass sich der gemeinsame Zweck auch bei der stillen Gesellschaft mitunter in der Praxis auf eine Kapitalüberlassung in der Erwartung der Erwirtschaftung eines Gewinnes reduziert.

²¹⁴ *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 232.

²¹⁵ BGH WM 1959, 434, 436. Zu den zahlreichen Argumenten sowie zu ihrer Bewertung siehe vor allem *Frantzen*, Genußscheine, 15 ff.

²¹⁶ Siehe dazu: Kapitel 1 A. V. 1.; Kapitel 1 D.

²¹⁷ Darauf weist auch *Rid-Niebler* (Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 81) hin.

²¹⁸ Sehr instruktiv zur Abgrenzung der stillen Gesellschaft von den Genussrechten ist ein jüngeres Urteil des FG Baden-Württemberg (EFG 2005, 530, 530 ff.): Laut Tatbestand hatten sich in diesem Fall mehrere Kläger gegen die Bewertung eines zwischen ihnen und einer Fondsgesellschaft bestehenden Vertragsverhältnisses als stille Gesellschaft nach §§ 230 ff. HGB gewehrt. Das streitige Vertragsverhältnis war von ihnen und der Fondsgesellschaft als „Genussrecht“ tituliert worden, um die Erträge aus demselben als solche i.S.d. § 20 Abs. 1 Nr. 1 EStG zu deklarieren. Die beklagte Behörde sowie das FG BW ordneten das Gesamtbild der Verhältnisse als stille Gesellschaft gemäß §§ 230 ff. HGB ein und behandelten die erzielten Erträge als Einnahmen aus der Beteiligung an einem Handelsgewerbe nach § 20 Abs. 1 Nr. 4, 1. Alt EStG. In seiner Begründung zählt das FG BW die typischen Merkmale der stillen Gesellschaft auf und grenzt sie von denen der Genussrechte ab.

b) Abgrenzung zur BGB-Innengesellschaft

Die Gesellschafter einer BGB-Innengesellschaft haben sich, wie die einer stillen Gesellschaft, welche ein Unterfall der Innengesellschaft ist,²¹⁹ ebenfalls zur Erreichung eines gemeinsamen Zweckes verpflichtet.²²⁰ In Ermangelung eines solchen Zweckes bei der Genussrechtsvergabe²²¹ ist der Genussrechtsvertrag auch kein Gesellschaftsvertrag einer BGB-Innengesellschaft.²²²

c) Vergleich mit den partiarischen Darlehen

Die Einordnung des Genussrechtsvertrages als partiarisches Darlehen scheitert indes nicht an dem Erfordernis einer Zweckgemeinschaft zwischen Darlehensgeber und Darlehensnehmer; denn eine solche ist hier nicht erforderlich.²²³ Der Geber eines partiarischen Darlehens stellt dem Darlehensnehmer Kapital zur Verfügung und nimmt als Gegenleistung an dessen Gewinnen teil,²²⁴ sofern solche erzielt werden. Eine Parallele zu der Situation bei den Genussrechten ist deutlich erkennbar,²²⁵ was die Abgrenzung erschwert.

Doch es gibt auch Unterschiede: Ein Genussrecht kann auch ohne Gewinnbeteiligung ausgestaltet sein und stattdessen – wie oben gezeigt –²²⁶ eine Teilnahme am Liquidationserlös gewähren. Außerdem kann es Wandlungsrechte in Geschäftsanteile, Bezugsrechte und ggf. Benutzungsrechte vermitteln.²²⁷ Die rechtliche Konstruktion der Vertragsverhältnisse ist ebenfalls unterschiedlich. Das partiarische Rechtsverhältnis ist kein Vertragstypus im klassischen Sinne, sondern eine schlichte Entgeltregelung, die einem selbstständigen Schuldvertrag, wie dem Darlehensvertrag, angegliedert wird.²²⁸ Genussrechte demgegenüber werden

²¹⁹ Saenger in: Schulze, Hk-BGB, § 705 Rdnr. 26; Stürner in: Jauernig, BGB, § 705 Rdnr. 25.

²²⁰ Saenger in: Schulze, Hk-BGB, § 705 Rdnr. 25; Stürner in: Jauernig, BGB, § 705 Rdnr. 24.

²²¹ S.o.: Kapitel 1 C. 2. a).

²²² Siehe dazu auch Frantzen (Genußscheine, 18), der zusätzlich auf Autoren verweist, die vertreten, dass der Genussrechtsvertrag (bei bestimmter Gestaltung) dem einer BGB-Innengesellschaft zugrunde liegenden Vertrag gleichen kann.

²²³ Vgl. dazu BGHZ 127, 176, 177 f.

²²⁴ Saenger in: Schulze, Hk-BGB, § 705 Rdnr. 43.

²²⁵ Eine Reihe von Autoren sehen obligationsähnlich ausgestaltete Genussrechte ohne Verlustteilnahme als partiarische Darlehen an: Karollus in: Geßler, Eckhardt/ Hefermehl/ Kropf, AktG, § 221 Rdnr. 286; Thielemann, Das Genußrecht als Mittel der Kapitalbeschaffung, 62 f.; van Look in: Bundschuh/ Hadding/ Schneider, Recht und Praxis, 35 ff.; Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 93. Diese folgen allerdings vornehmlich dem Ansatz, nach dem die rechtliche Einordnung von Genussrecht und Genussrechtsvertrag je nach Ausgestaltung des Genussrechts selbst vorzunehmen ist, während hier versucht wird, die Genussrechte generell zu klassifizieren.

²²⁶ S.o.: Kapitel 1 A. III.; Kapitel 1 B. I. 2.; Kapitel 1 B. II.

²²⁷ Silberberger, Partizipationsschein, 85 f.; Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 121; Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 19; Pougin in: FS Oppenhoff, 275, 277; Frantzen, Genußscheine, 19.

²²⁸ Schon Ende des 19. Jahrhunderts sprach Crome (in: Partiarische Rechtsgeschäfte, 25) von einer eigentümlichen Gestaltung und Umbildung der entsprechenden Rechtsverhältnisse durch das Merkmal der Gewinnbeteiligung („partiarisches Moment“).

in der Regel nicht Bestandteil irgendeines bereits bestehenden und charakterisierenden Schuldvertrages, wie beispielsweise eines Darlehensvertrages. Sie stellen ein eigenes, abstraktes Rechtsverhältnis dar²²⁹ und sind in diesem selbst ein Schuldvertrag.

Obwohl Genussrechtsverträge Züge eines partiarischen Darlehens aufweisen können,²³⁰ sind sie zivilrechtsdogmatisch nicht als solche einzuordnen.²³¹

Folglich ist in dem Genussrechtsvertrag weder eine stille Gesellschaft noch eine BGB-Innengesellschaft noch ein partiarisches Rechtsverhältnis zu sehen.

d) Vergleich mit den Gewinnschuldverschreibungen

Gewinnschuldverschreibungen²³² und Genussrechte gewähren häufig eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft. Dennoch sind sie nicht begrifflich gleichzusetzen, denn Genussrechtsbezüge sind nicht zwangsläufig gewinnbezogen.

Wegen der zahlreichen anderweitigen Gestaltungsmöglichkeiten der Genussrechte sieht man die Gewinnschuldverschreibungen vorwiegend als einen besonders geregelten Unterfall der Genussrechte an.²³³

Diese Auffassung ist abzulehnen. Zwar mögen sich Gewinnschuldverschreibungen und bestimmte Gestaltungsformen von Genussrechten durchaus ähneln. Jedoch gehören Gewinnschuldverschreibungen zur Gruppe der partiarischen Rechtsverhältnisse.²³⁴ Da diese (wie festgestellt) rechtlich betrachtet von den Genussrechten zu trennen sind,²³⁵ können die Gewinnschuldverschreibungen auch kein Unterfall der Genussrechte sein.²³⁶

²²⁹ *Rid-Niebler*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 82; *Frantzen*, Genußscheine, 19; *Hoffmann*, Der Partizipationsschein oder die stimmrechtslose Aktie, 94.

²³⁰ *Lutter* in: *KölnerKommAktG*, § 221 Rdnr. 233.

²³¹ *Bär*, SAG 1976, 107, 108 f.; *Frantzen*, Genußscheine, 20.

²³² Die Gewinnschuldverschreibungen sind in § 221 Abs. 1 S. 1 Fall 2 AktG legal definiert: Schuldverschreibungen bei denen die Rechte der Gläubiger mit Gewinnanteilen von Aktionären in Verbindung gebracht werden.

²³³ *Goerdeler/ Müller* in: *Hachenburg, GmbHG*, Anh. § 29 Rdnr. 4; *Schilling* in: *GroßKommAktG*, § 221 Anm. 11; *Lutter* in: *KölnerKommAktG*, § 221 Rdnr. 234; *Rid-Niebler*, Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 4; *von Caemmerer*, JZ 1951, 417, 418; *Habersack* in: *MüKoAktG*, § 221 Rdnr. 68; *Schlegelberger/ Quassowski*, AktG, § 174 Anm. 10; siehe auch oben: Kapitel 1 A. IV.

²³⁴ Dies wird, soweit ersichtlich, nicht bestritten. Vgl. nur: *Hüffer* in: *MüKoBGB*, § 793 Rdnr. 29; *ders.* in: *AktG*, § 221 Rdnr. 8; *Busch*, AG 1994, 93, 95.

²³⁵ S.o.: Kapitel 1 C. II. 2. c).

²³⁶ Inkonsequent insofern *Rid-Niebler* (Genußrechte als Instrument zur Eigenkapitalbeschaffung, 4, 81 f.): Sie geht mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass die vertragliche Gewährung eines Genussrechts kein partiarisches Rechtsgeschäft sein kann. Im Gegenzug ordnet sie die Gewinnschuldverschreibungen allerdings den Genussrechten zu. Dies wäre nur haltbar, wenn sie die Genussrechtsqualität von partiarischen Darlehen in Bezug auf die mögliche Verlustteilnahme negierte. Indem sie sich zur Abgrenzung explizit auch auf die un-

e) Abgrenzung zu den stimmrechtslosen Vorzugsaktien

Vorzugsaktien ohne Stimmrecht geben ihrem Inhaber – abgesehen vom Stimmrecht –²³⁷ gemäß § 140 Abs. 1 AktG alle Mitgliedschaftsrechte an die Hand und vermitteln somit eine echte Mitgliedschaft. Ein Genussrecht kann dies demgegenüber nicht leisten und unterscheidet sich daher wesentlich von den Vorzugsaktien ohne Stimmrecht.

f) Genussrechte als selbstständige Schuldversprechen nach § 780 BGB?

Der Genussrechtsvertrag ist von abstrakter Natur. Er könnte demnach auch ein selbstständiges Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB sein. Insbesondere im Schrifttum der 30er und 40er Jahre des 20. Jahrhunderts trifft man diese Sichtweise zum Teil an.²³⁸ In der neueren Genussrechtsliteratur hat sie vor allem *Lutter*²³⁹ wieder aufgegriffen.

Ein abstraktes Schuldversprechen erfordert einen Vertrag zwischen zwei Parteien, in welchem der Schuldner dem Gläubiger eine Leistung unabhängig von einem Schuldgrund verspricht.²⁴⁰ Das Tatbestandsmerkmal der Leistung richtet sich nach § 241 Abs. 1 BGB,²⁴¹ was bedeutet, dass sich der Versprechende zu jeder beliebigen Leistung verpflichten kann.²⁴² Das selbstständige Schuldversprechen ist ein einseitig verpflichtender, abstrakter Vertrag.²⁴³ Ein Indiz für die Abstraktheit des Vertrages liegt vor, wenn eine rechtliche oder wirtschaftliche Bezugnahme auf das eigentliche Grundgeschäft in der Vertragsurkunde unterbleibt.²⁴⁴

Ähnlich verhält es sich auch mit den Genussrechten. Diese enthalten schuldrechtliche Leistungsversprechen der emittierenden Gesellschaft mit bestimmtem oder bestimmbarem Inhalt,²⁴⁵ beispielsweise die Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft. Dass außerdem im Hin-

terschiedlichen Vertragsgestaltungen und die Abstraktheit des Genussrechtsverhältnisses beruft, widerspricht sie sich.

²³⁷ Selbst das Stimmrecht kann trotz Ausschlusses aufleben, so § 140 Abs. 2 AktG, wonach den Vorzugsaktionären nach Entstehen des Vorzugsauszahlungs- oder Rückstandsauszahlungsanspruchs solange ein Stimmrecht zusteht, bis eine vollständige Erfüllung des Anspruchs erfolgt.

²³⁸ *Tacke*, Der gewerkschaftliche Genußschein, 18 ff.; *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 25 ff.; *Koehler*, WT 1936, 266, 266; im Ergebnis auch: *Seuffert*, StuW 1941, 65, 65 ff.

²³⁹ *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 239; *ders.* in: FS Dollerer, 383, 390; *Frantzen*, Genußscheine, 21 f.; *Emde*, Der Genußschein als Finanzierungselement, 13, 100.

²⁴⁰ *Staudinger* in: Schulze, Hk-BGB, § 781 Rdnr. 2; *Hüffer* in: MüKoBGB, § 780 Rdnr. 13.

²⁴¹ *Hüffer* in: MüKoBGB, § 780 Rdnr. 13.

²⁴² *Heckelmann* in: Erman, BGB, § 780 Rdnr. 1; *Sprau* in: Palandt, BGB, § 780 Rdnr. 2.

²⁴³ *Sprau* in: Palandt, BGB, § 780 Rdnr. 1a; *Heckelmann* in: Erman, BGB, Vor § 780 Rdnr. 1; *Staudinger* in: Schulze, Hk-BGB, § 780 Rdnr. 1.

²⁴⁴ *Staudinger* in: Schulze, Hk-BGB, § 780 Rdnr. 2.

²⁴⁵ So *Lutter* in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 239.

blick auf die Genussrechtsbegebung in aller Regel ein abstrakter Vertrag vorliegt, wurde oben bereits argumentativ gegen das Vorhandensein eines partiarischen Rechtsverhältnisses angeführt.²⁴⁶ Einige meinen allerdings, der Genussrechtsvertrag sei zwar in der Regel abstrakt gestaltet, doch müsse dies nicht immer der Fall sein.²⁴⁷ Insofern könnte man sich nicht auf Einordnung als abstraktes Schuldversprechen festlegen.

Dennoch bleiben diejenigen, die § 780 BGB für einschlägig erachten, bei ihrer Auffassung. Man dürfe die praktischen Begebenheiten bzgl. der Genussrechte, die in aller Regel ohne Bezug zum Kausalverhältnis verbrieft als Genussschein ausgegeben werden würden, nicht außer Acht lassen.²⁴⁸ Dem ist grundsätzlich auch zuzustimmen. Trotzdem besteht immer noch die theoretische Möglichkeit, Genussrechte kausal zu gestalten,²⁴⁹ indem man z.B. in den Genussrechtsbedingungen auf eine etwaige Darlehensverpflichtung Bezug nimmt, die der Ausgabe der Genussrechte zugrunde liegt.

Angesichts dieser theoretischen Gestaltungsmöglichkeit, auf eine Einordnung vollständig zu verzichten, wird der Genussrechtspraxis in der Tat nicht gerecht. In der Praxis ist es gerade ein Charakteristikum der Genussrechte, eine vom Kausalgeschäft losgelöste Verbindlichkeit zu begründen. Man denke vor allem an eine Übertragung an Dritte, was in Hinblick auf die an der Börse gehandelten Genussscheine eigentlich auf der Hand liegen sollte, bis dato aber nicht in die Überlegungen miteinbezogen wurde.

Dennoch ist mit der hier vorgenommenen Klassifizierung die Frage nach der Einordnung des Genussrechtsvertrags als abstraktes Schuldversprechen nicht geklärt. Denn bis jetzt wurde nur die Genussrechtshingabe isoliert betrachtet. Die entsprechenden Autoren trennen im Hinblick auf den Genussrechtsvertrag zwischen dem Kausalverhältnis, also beispielsweise einem der Genussrechtsausgabe zugrunde liegenden Darlehensvertrag, und dem abstrakten Genussrechtsverhältnis. Die oben angeführten Auffassungen, die einen Vertrag *sui generis*, eine stille Beteiligung oder ein partiarisches Rechtsverhältnis annehmen, versuchen aber eine Gesamtbetrachtung dieser beiden Leistungsverhältnisse; in dieser Hinsicht hilft die – für sich schlüssige – isolierte Einordnung der Genussrechtshingabe als abstraktes Schuldversprechen nicht weiter. Nicht zu unterstützen ist in diesem Zusammenhang die These, nach der für die Bezeichnung des Genussrechtsverhältnisses als Vertrag *sui generis* kein Raum

²⁴⁶ S.o.: Kapitel 1 C. II. c).

²⁴⁷ Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 117 Fn. 99.

²⁴⁸ Frantzen, Genußscheine, 21.

²⁴⁹ Dies räumt auch Lutter (in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnr. 239) ein.

sei. Diese Aussage trifft nur zu, wenn man unter Genussrechtsverhältnis allein die Ausgabe des Genussrechts versteht, was diejenigen, die ein Dauerschuldverhältnis sui generis annehmen, gerade nicht tun.²⁵⁰

Vorzugswürdig ist also der Ansatz, den Genussrechtsvertrag in seiner Gesamtheit zu bestimmen und nicht nur im Hinblick auf eine seiner Leistungen. Danach kann in dem Genussrechtsvertrag bzw. Genussrechtsverhältnis im weiteren Sinne kein selbstständiges Schuldversprechen i.S.d. § 780 BGB gesehen werden. Damit würde man den vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten der Genussrechte sowie der in Praxis mit der Genussrechtshingabe regelmäßig verbundenen Gegenleistung²⁵¹ nicht gerecht.

g) Abgrenzung zum Gewinnabführungsvertrag

Genussrechte vermitteln regelmäßig einen Anspruch auf eine Teilnahme am Gewinn der Gesellschaft. Daher liegt der Gedanke an eine sog. Gewinnabfuhr auf der Grundlage eines (Teil-) Gewinnabführungsvertrages nahe. Die Frage nach einer derartigen Einordnung ist besonders relevant, weil auch Genussrechtsverträge den Regelungen der §§ 292 ff. AktG²⁵² unterfallen könnten. Einschlägige Vorschrift könnte § 293 Abs. 2 S. 1 AktG sein, nach welcher der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig gemacht wird. Das Bedürfnis eines Hauptversammlungsbeschlusses bei der Vergabe von Genussrechten ergibt sich im Aktienrecht aber bereits aus § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG, in dem die Genussrechte ausdrücklich benannt sind. Hätte der Gesetzgeber in dem die Genussrechtsvergabe begründenden Vertragsverhältnis tatsächlich eine Art Teilgewinnabführungsvertrag i.S.d. § 292 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 AktG gesehen, wäre der allein den Genussrechten gewidmete Verweis in § 221 Abs. 3 AktG überflüssig. Die Regelungen des § 221 AktG stellen in Bezug auf die Genussrechte vielmehr eine vorrangige Regelung dar.²⁵³ Dementsprechend sind §§ 292 ff. AktG nicht einschlägig.²⁵⁴

²⁵⁰ Vgl. BGH NJW 1993, 57, 63; BGHZ 156, 37 43; FG BW, EFG 2005, 530, 530.

²⁵¹ Der BGH (NJW 1993, 57, 63) spricht auch von beiderseitigen Verpflichtungen.

²⁵² Im Hinblick auf eine Genossenschaft wäre daran zu denken, diese Vorschriften analog oder zumindest deren Rechtsgedanken anzuwenden.

²⁵³ So auch die sog. herrschende Meinung, vgl. *Sethe*, AG 1993, 293, 310; *Hirte*, ZBB 1992, 50, 52; *ders.*, ZIP 1988, 477, 485; *Karollus* in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 292 Rdnr. 252; *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 72.

²⁵⁴ BGHZ 156, 38, 42 ff.; *Sethe*, AG 1993, 293, 310; *Hirte*, ZIP 1988, 477, 485; *Feddersen/ Meyer-Landrut*, ZGR 1993, 312, 315 f.; *Koppensteiner* in: KölnerKommAktG, § 292 Rdnr. 59 und ausführlich: *Eyber*, Genußrecht und Teilgewinnabführungsvertrag, 69 und 163 ff.

Eine Gegenmeinung wird aktuell vertreten durch *Emmerich* (in: *Emmerich/ Habersack*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 292 Rdnrn. 31 f.). Er begründet seine Ansicht vor allem mit einem Hinweis auf den Gläubiger- und Anlegerschutz, dem in der Sichtweise der herrschenden Meinung nicht in ausreichendem Maße Rechnung getragen wird. Diese biete geradezu einen Anreiz zu strategischen Verhaltensweisen zum Nachteil der Aktio-

Das allein genügt für die Abgrenzung allerdings nicht. Einige meinen, entscheidend für Klassifizierung sei die sog. breite Streuung der entsprechenden Wertpapiere.²⁵⁵ Davon spricht man, wenn Verträge vielfach und mit ähnlichen oder gleichen Bedingungen abgeschlossen werden. Nur bei geringer Streuung könne ein Gewinnabführungsvertrag vorliegen. Das hieße im Umkehrschluss allerdings auch, dass unter § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG keine Verträge zu fassen sind, die in großer Anzahl abgeschlossen werden. Dem widerspricht jedoch die durch Publizitätsgründe motivierte Schaffung²⁵⁶ des § 294 Abs. 1 S. 1 2. Halbs. AktG im Jahre 2001: Seit dem Ende der 1990er Jahre und in der Zeit nach der Jahrtausendwende ist in einigen Gesellschaften ein Trend zu erkennen gewesen, massenweise stille Gesellschaftsverträge abzuschließen.²⁵⁷ Diese wiederum werden vielfach als Teilgewinnabführungsverträge im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG angesehen.²⁵⁸ Somit kommt der sog. breiten Streuung im Ergebnis allenfalls indizielle, nicht jedoch klassifizierende Wirkung zu.

Überzeugender ist es demgegenüber, zur Abgrenzung auf die unterschiedlichen Rechtsfolgen der Normen abzustellen, die für Genussrechte und für Teilgewinnabführungsverträge gelten:²⁵⁹ § 221 AktG normiert das Erfordernis eines mit Dreiviertelmehrheit gefassten Hauptversammlungsbeschlusses für die Vergabe von Genussrechten. Dabei handelt es sich um ein Zustimmungserfordernis, das lediglich im Innenverhältnis wirkt. Der in § 293 Abs. 1 S. 2 AktG für den Abschluss eines Teilgewinnabführungsvertrages geforderte Hauptversammlungsbeschluss bedingt nach § 293 Abs. 1 S. 2 AktG die Wirksamkeit eines solchen Vertrages, ist also auch für das Außenverhältnis von Relevanz. Ferner sind an einen Teilgewinnab-

näre und Gläubiger. Besonders deutlich sei dies anhand der Genussrechtsvergabe von beherrschten an herrschende Unternehmen zu erkennen. Ferner stellt er auf den Wortlaut des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG ab, unter den die Genussrechte – denn auch durch sie verpflichtet sich eine Gesellschaft einen Teil ihres Gewinnes abzuführen – eindeutig zu subsumieren seien.

Trotz dieser Argumente verdient seine Sichtweise keinen Vorzug. Sie widerspricht der klaren Systematik des Gesetzgebers, die Genussrechte durch eine Art Verweissystem in § 221 AktG zu regeln. In dieser Hinsicht macht es keinen Sinn, die gläubiger- und anlegerschützenden Vorschriften der §§ 292 ff. AktG auch auf Genussrechte anzuwenden. Der Gesetzgeber hätte mit einem schlichten Verweis auf diese Vorschriften Klarheit schaffen können, was er in beiden großen Aktienrechtsreformen – wohl bewusst – unterließ. Dem widerspricht auch nicht, dass man §§ 292 ff. AktG auf die stille Gesellschaft anwendet. Denn erstens weist diese Gesellschaftsform deutliche Unterschiede zu den Genussrechten auf (vgl. oben: Kapitel 1 C. II. 2. a)) und zweitens finden sich im Aktienrecht keine § 221 AktG vergleichbaren Regelungen zur stillen Gesellschaft.

²⁵⁵ Hirte, ZBB 1992, 50, 52; Karollus in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 252.

²⁵⁶ Die Handelsregister wurden wegen der Vielzahl von Eintragungserfordernissen immer unübersichtlicher, was den Publizitätsgedanken ins Gegenteil verkehrte. Daher wurde das besondere Eintragungserfordernis des § 294 Abs. 1 S. 1 AktG abgeschafft. Siehe dazu die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 14/6855, 21 f.

²⁵⁷ Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 73.

²⁵⁸ Altmeyen in: MüKoAktG, § 292 Rdnr. 65; Jebens, BB 1996, 701, 701; Emmerich/ Habersack, Konzernrecht, 192; K. Schmidt, ZGR 1984, 295, 299 ff.; Krieger in: Hoffmann-Becking, MHHbGesR, § 72 Rdnr. 14; Emmerich in: Emmerich/ Habersack, Aktien-, GmbH- und Konzernrecht, § 292 Rdnr. 29; Raiser, Recht der Kapitalgesellschaften, 3. Auflage, § 57 Rdnr. 11 sowie sehr ausführlich: Schulze-Osterloh, ZGR 1974, 427, 440 ff. Die Rechtsprechung tendiert ebenfalls in diese Richtung: Siehe OLG Celle (AG 1996, 370, 370) für die atypische stille Beteiligung und OLG Düsseldorf (AG 1996, 473, 473) für die stille Beteiligung.

²⁵⁹ So Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 74.

führungsvertrag höhere Publizitätserfordernisse geknüpft, was der Vergleich der dezidierten Regelungen des § 294 AktG mit denen des § 221 AktG zeigt. Praktisch am relevantesten ist aber wohl die Tatsache, dass den Aktionären im Falle der Genussrechtsvergabe ein Bezugsrecht nach § 221 Abs. 4 S. 1 AktG zugestanden wird, was in §§ 293 ff. AktG nicht der Fall ist. Die von ihrer Intention her einem Bezugsrecht durchaus ähnelnden §§ 304, 305 AktG finden gerade in Bezug auf Teilgewinnabführungsverträge keine Anwendung.²⁶⁰ Dies lässt sich zum einen aus dem Wortlaut herleiten, der lediglich von Gewinnabführungsverträgen, nicht von Teilgewinnabführungsträgen spricht. Zum anderen gelten diese Vorschriften der amtlichen Überschrift nach nur für Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge. Da in der Systematik des Konzernrechts²⁶¹ zwischen Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträgen einerseits und anderen Unternehmensverträgen andererseits unterschieden wird, ist von einer Anwendbarkeit der §§ 304, 305 AktG auf andere Unternehmensverträge wie Teilgewinnabführungsverträge nicht auszugehen.

Wegen der aufgezeigten Unterschiede ist der Genussrechtsvertrag nicht als Teilgewinnabführungsvertrag im Sinne des § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG anzusehen.

h) Zwischenergebnis

Der Genussrechtsvertrag bzw. das Genussrechtsverhältnis im weiteren Sinne unterscheidet sich wegen seiner vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten, aufgrund praktischer Erwägungen und wegen der Anwendung unterschiedlicher gesetzlicher Regelungen von den hier untersuchten Vertragstypen.

3. Zwischenergebnis

Der den Genussrechten zugrunde liegende Vertrag ist ein Dauerschuldverhältnis sui generis. Dieses Schuldverhältnis kann durchaus Züge der oben genannten Vertrags- und Beteiligungsformen annehmen. Der Vertrag kann jedoch aufgrund der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten nicht abschließend einer bestimmten Form zugeordnet werden.

Die schlichte Genussrechtshingabe stellt ein abstraktes Schuldversprechen im Sinne des § 780 BGB dar.

²⁶⁰ Karollus in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG. § 221 Rdnr. 252; Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 74; Feddersen/ Meyer-Landrut, ZGR 1993, 312, 315 f.

²⁶¹ Vgl. insbesondere §§ 291, 292 AktG.

D. Einsatzmöglichkeiten von Genussrechten bzw. Genussscheinen – Historische Entwicklung und wirtschaftliche Bedeutung

Wesentliche Erkenntnisse für die Einsatzmöglichkeiten und Funktionen von Genussrechten in Genossenschaften ergeben sich aus einem kurzen Überblick über die historische Entwicklung der Genussrechte in der Wirtschaftspraxis des 19. und 20. Jahrhunderts.

Auf den aktienrechtlichen Ursprung der Genussrechte und die erste sie betreffende Regelung im Reichsstempelgesetz wurde bereits hingewiesen.²⁶² In diesem Zusammenhang fragt sich jedoch, wie es überhaupt zu Regelungen über die Genussrechte kam, bzw. welche Entwicklungen Regelungen über Genussrechte und Genussscheine überhaupt erst erforderlich machten. Die Genussrechte entstammen nämlich nicht einer aufgrund von juristischen Erkenntnissen erlassenen Rechtsnorm, sondern sie sind eine Schöpfung der wirtschaftlichen Begebenheiten selbst²⁶³ und tauchten schon lange vor dem Erlass irgendwelcher genussrechtlicher Rechtsvorschriften im Wirtschaftsleben des 19. Jahrhunderts auf.

Allerdings ist dies nicht der Ort, um auf alle, für Jurisprudenz und Wirtschaftsgeschichte relevanten Ereignisse, die die Genussrechte im engeren oder im weiteren Sinne betreffen, einzugehen. Die folgenden Ausführungen sind vielmehr überblicksartig und markieren Eckpfeiler der Geschichte der Genussrechte in Deutschland und Europa.²⁶⁴

I. Erste Genussscheine

Die erste weithin publik gewordene Genussrechtsvergabe fällt mit einem Ereignis von historischem Ausmaß zusammen: dem Bau des Suez-Kanals.²⁶⁵

Eine Gruppe von finanzstarken Befürwortern des Projekts um den eigentlichen Initiator und Erbauer Ferdinand de Lesseps gründete 1854 eine Studiengesellschaft. Als Kapital brachte jeder der ca. 100 Gesellschafter 5000 Franc ein.²⁶⁶ Daraufhin erhielten sie vier Jahre später

²⁶² S.o.: Kapitel 1 A. IV.

²⁶³ *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 1.

²⁶⁴ Vertiefende Hinweise sind den in den Fußnoten zitierten Werken zu entnehmen. Insbesondere finden sich ausführliche Bemerkungen bei *Frantzen*, Genußscheine, 37 ff.; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 32 ff.; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 54 ff. Einen kurzen Überblick bietet die Darstellung von *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 15 ff.

²⁶⁵ In Frankreich war es schon Jahrzehnte zuvor vereinzelt zu Genussrechtsvergaben gekommen, vgl. *Valéri*, Les actions de jouissance, 485; *Endress*, Die Genussaktie, 2. Deren Ausmaß und wirtschaftliche Bedeutsamkeit waren im Vergleich zu dem angeführten Beispiel eher gering.

²⁶⁶ *Von Wolff*, Genussscheine nach schweizerischem Recht, 3 ff.; *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 4; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 32.

von der zwischenzeitlich aus der Studiengesellschaft hervorgegangenen Suez-Kanalbau-Gesellschaft²⁶⁷ als Gründer 100 Genussscheine.²⁶⁸ Diese waren ohne Nennwert und ohne Stimmrecht ausgestaltet; allerdings partizipierten ihre Inhaber (zusammen) an 10 % des Reingewinns der Gesellschaft.²⁶⁹ Diese Begebenheit kann man auch als Geburtsstunde der sog. Gründergenussscheine²⁷⁰ bezeichnen. Die Genussscheine haben ihren Ursprung somit in Frankreich.²⁷¹

Nicht nur wegen seiner Vorreiterrolle, sondern auch wegen seiner rasanten Entwicklung erlangte der Suez-Kanal-Genussschein Berühmtheit. In den auf die Ausgabe folgenden 54 Jahren erhöhte sich sein Wert um das 460 fache auf 2.300.000 Franc im Jahre 1912.²⁷²

II. Negative Entwicklungen

Von dem Erfolg des Suez-Kanal-Genussscheins angeregt, gaben viele andere Gesellschaften auch außerhalb Frankreichs in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts vergleichbar ausgestaltete Wertpapiere aus.²⁷³ Spekulanten sorgten für eine stetig steigende Nachfrage nach Genussscheinen und trieben deren Börsenwert teilweise derart in die Höhe, dass dieser schon nach kurzer Zeit nicht mehr im Verhältnis zu seinem eigentlichen, in den Genussrechten verkörperten Wert stand.

Exemplarisch für die Entwicklungen der Genussscheine in dieser Zeit ist der sog. Panama-Genussschein: Die den Bau des Panama-Kanals leitende Gesellschaft hatte an ihre Gründer

²⁶⁷ Die französische Bezeichnung lautete „*Compagnie Universelle du Canal Maritime de Suez*“.

²⁶⁸ Unter der treffenden Bezeichnung „*en rénumération des leurs services*“.

²⁶⁹ Vgl. Art. 63 Nr. 2 der Statuten der Gesellschaft, abgedruckt bei *Dufour*, *Le régime juridique des bons de jouissance*, 9 f.

²⁷⁰ Im Falle der Suez-Kanal-Gesellschaft sprach man von „*parts des fondateurs*“. Wörtlich übersetzt ein Gründeranteilsschein, der jedoch mit heutigen Genussscheinen verglichen werden kann. Siehe dazu auch *Schacher/Adam* (Der Gründeranteil des französischen Aktienwesens, 14 f.), die zwar eine strikte Trennung zwischen Gründeranteil- und Genussschein vorziehen, allerdings auch auf die grundsätzlichen Gemeinsamkeiten hinweisen.

²⁷¹ *Dufour*, *Le régime juridique des bons de jouissance*, 9; *von Wolff*, Die Genussscheine nach schweizerischem Recht, 3 ff.; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 32; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 55 f.; *Frantzen*, Genußscheine, 38; davon ausgehend ebenfalls: *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 4. Die ersten Genussscheine wurden dementsprechend an der Pariser Börse gehandelt.

²⁷² In der Zwischenzeit hatte man den Genussschein gestückelt, um eine bessere Handelbarkeit zu erreichen. Der genannte Wert basiert auf einer Schätzung, in der die Werte der geteilten Genussscheine addiert wurden (vgl. *von Wolff*, Die Genussscheine nach schweizerischem Recht, 3; *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Aktienrecht, 4). 1926 wurde ein vollständiger Suez-Kanal-Genussschein mit einem Wert von 11 Millionen Franc beziffert (siehe *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 33 Fn. 4). Eine weitere auf 1,6 Billionen lautende Schätzung von *Dufour* (*Le régime juridique des bons de jouissance*, 9) erscheint unter Berücksichtigung inflationärer Entwicklungen und der Weltwirtschaftskrise in den zwanziger und dreißiger Jahren als nicht mehr repräsentativ, indiziert aber trotzdem die rasante Entwicklung.

²⁷³ Hierzu und zum Folgenden: *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 32 ff.

Genussscheine ausgegeben, die denen der Suez-Kanal-Gesellschaft sehr ähnelten. Sie galten als Ausgleich für erbrachte Gründerleistungen und lauteten nicht auf einen Nennwert.²⁷⁴ Hinzu kam allerdings, dass diese Genussscheine auch *nicht* erbrachte Leistungen belohnten und sich die Gründer somit bei der Genussrechtsausgabe über das vertretbare Maß hinaus bereicherten. Nachdem die Kurse anfangs recht schnell gestiegen waren und einen Wert von 30.000 Franc²⁷⁵ erreicht hatten, wurde die Spekulation publik und der Kurs brach ein.²⁷⁶ Ähnliche Entwicklungen, die letztlich immer in einem Kursverfall gipfelten, waren Ende des 19. Jahrhunderts bei einer Vielzahl von Genussscheine ausgebenden Gesellschaften zu erkennen. Dies führte zu einem deutlichen Vertrauensverlust bei den Anlegern.²⁷⁷

III. Genussscheine in Deutschland

1. Weniger Gründergenussscheine

Trotz dieser Entwicklungen wurde der Genussschein in vielen Ländern Europas populär. In Deutschland hingegen reagierte man etwas verhaltener und gab zunächst nur vereinzelt Gründergenussscheine aus.²⁷⁸ Zwar war die Entlohnung der Gründer durch irgendeine Art von Entgelt nicht unzulässig und auch nicht unüblich, doch bedurfte es dazu einer statuarischen Ermöglichung im Gesellschaftsvertrag.²⁷⁹ In der deutschen Handelspraxis des 19. Jahrhunderts vergütete man die Gründer einer Gesellschaft für ihre Tätigkeiten vor und bei der Entstehung eines Unternehmens eher durch die Zuteilung von Aktien oder, indem man ihnen durch langfristige Anstellungsverträge eine gesicherte Perspektive im jeweiligen neu gegründeten Unternehmen bot.²⁸⁰ In den 70er und 80er Jahren des 19. Jahrhunderts trat die Vergabe von Gründergenussscheinen kurzfristig etwas häufiger auf.²⁸¹ Diese Genussscheine beinhalteten zumeist ein unbefristetes Bezugsrecht der Gründer (bei Kapitalerhöhungen). Da

²⁷⁴ Dies war auch nicht erforderlich, da der für Aktien geltende gesetzliche Mindestnennbetrag von 500 Franc bei der Vergabe von „*parts des fondateurs*“ nicht berücksichtigt werden musste (vgl. *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 33).

²⁷⁵ Der Ausgangswert betrug wie bei den Suez-Kanal-Genussscheinen 5000 Franc, allerdings wurden hier nicht 100 sondern 9000 ausgegeben.

²⁷⁶ Zuletzt tendierte er gegen Null.

²⁷⁷ *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 33.

²⁷⁸ *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 4.

²⁷⁹ So zumindest, wenn man § 186 Abs. 3 des damaligen HGB so auslegt, dass man unter einem „Gründerlohn“, dessen Vergabe eine Regelung im Gesellschaftsvertrag erforderte, auch ein Genussrecht versteht.

²⁸⁰ *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 5; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 58.

²⁸¹ *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 35; *van Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 58; *Karollus* in: Geßler/ Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 221 Rdnr. 254 und in der Folgeauflage *Habersack* in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 16.

die Gründer das Bezugsrecht jedoch zunehmend missbrauchten, verbot man schließlich im Jahre 1884 die Ausgabe von Gründerbezugsgenusssscheinen.²⁸²

2. Amortisationsgenusssscheine

Nicht zuletzt deshalb nahm in Deutschland, vor allem aber in Österreich, eine anderen Art von Genusssscheinen eine Vorreiterrolle ein;²⁸³ die sog. Amortisationsgenusssscheine.²⁸⁴ Eisenbahngesellschaften²⁸⁵ und einige andere Unternehmen, die eine zeitlich beschränkte Konzession für ihre Tätigkeit erhalten hatten, vergaben diese Genusssscheine. Am Beispiel der Eisenbahngesellschaften lässt sich veranschaulichen, wieso die Schaffung und Vergabe einer neuen Art von Wertpapier geradezu notwendige Konsequenz der zeitlich begrenzten Konzession war.²⁸⁶

Verkehrsunternehmen, die mit dem Bau eines Schienennetzes in Deutschland oder Österreich befasst waren, erhielten hierfür eine Konzession.²⁸⁷ Zusätzlich stellte man diesen Unternehmen von staatlicher Seite die Bedingung, ihr Gewerbe nur mit folgender Maßgabe auszuführen: sämtliche, zum Unternehmen gehörende Anlagen mussten nach Ablauf der Konzessionszeit an die Kommune übereignet werden oder deren Eigentum automatisch wieder zufallen.²⁸⁸ Da Bahnkörper und Bahnanlagen häufig einen Großteil des Kapitals der Eisenbahngesellschaften darstellten, wäre ein nahezu vollständiger Verlust desselben bei Ablauf der Konzession die Folge gewesen. Eine Rückerstattung des eingebrachten Kapitals an die Aktionäre wäre nur möglich gewesen, wenn man in der Zeit, in denen die Genehmigung bestand, genügend Reserven gebildet hätte. Reserven bilden bedeutet aber zumeist eine Ansammlung von Kapital außerhalb der gesellschaftlichen Tätigkeit. Dies wiederum

²⁸² Vgl. dazu Art. 215 a IV der Aktienrechtsnovelle von 1884 (das Aktienrecht war zu dieser Zeit noch im HGB geregelt). Im Entwurf eines Aktiengesetzes von 1930 tauchte diese Regelung in § 151 EAktG auf und wurde 1937 in § 154 AktG übernommen. Heute findet sie sich in § 187 AktG wieder.

²⁸³ Zander, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 5; Frantzen, Genußscheine, 45; Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 6.

²⁸⁴ Auch in Frankreich wurden diese vergeben; die genaue Bezeichnung lautete „parts bénéficiaires“.

²⁸⁵ Die Rechtslage bzgl. der Österreichischen Eisenbahngesellschaften sehr ausführlich: Klemperer, Die rechtliche Natur der Genusssscheine, 7 ff.

²⁸⁶ Vgl. dazu und zum Folgenden: Gottlieb, Der Genußschein im deutschen Recht, 64 f.; Zander, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 7; Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungsinstrument, 6.

²⁸⁷ Vgl. dazu: Gräbe, Die rechtliche Bedeutung des Genußscheins, 12. Dieser weist auf die Verordnung des österreichischen Ministeriums für Handel, Gewerbe und öffentliche Bauten vom 14. September 1854 betreffend der Erteilung von Konzessionen für Privateisenbahnbauten hin.

²⁸⁸ Man spricht in diesem Zusammenhang von sog. heimfälligen Unternehmen bzw. von einem Heimfallrecht des Staates; vgl. Gräbe, Die rechtliche Bedeutung des Genußscheins, 13; Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 34 f.; Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 6; van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 57 f. Ohne es als solches zu bezeichnen, wird das Heimfallrecht auch erläutert bei Gottlieb, Der Genußschein im deutschen Recht, 64 f.; Zander, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 7 f.; Frantzen, Genußscheine, 44 ff.

führt zum einen dazu, dass nur in geringerem Maße in das Unternehmen investiert werden kann – gleichfalls erschwert man die Gewinnerzielung, weil Überschüsse stetig abfließen.²⁸⁹ Zum anderen ist je nach Anlageform eine deutlich geringere Rentabilität zu vermuten als bei einer Anlage in einer prosperierenden Aktiengesellschaft.

Deshalb wählte man eine Art Mittelweg, gerade um den Problemen zu begegnen, die mit der Rückübereignung an den Staat zusammenhingen: Die erwirtschafteten Überschüsse des Unternehmens wurden dazu verwendet, den jeweils ausgelosten Aktionären ihre Einlage, also die Nominalbeträge ihrer Aktien, zurück zu erstatten. Im gleichen Zuge wurden die Aktien der Betroffenen eingezogen. Damit diese weiter an den Gewinnen der Gesellschaft partizipieren konnten, stellte man ihnen – quasi als eine Art Entschädigung – „Genussscheine“ aus.²⁹⁰ Diese waren, wenn auch mit leichten Modifizierungen,²⁹¹ wie eine Aktie ausgestaltet, und hätten, wie es auch in Frankreich der Fall war,²⁹² konsequenterweise als Genussaktie und nicht als Genussschein bezeichnet werden müssen. Sie beinhalteten volle Aktionärsrechte²⁹³; sogar das Stimmrecht in der Hauptversammlung.²⁹⁴ Wegen der letztlich aber doch recht geringen Verbreitung der beschriebenen Konzessionsregelungen in den meisten deutschen Staaten, sank die Zahl der Genussrechte, die Mitgliedschaftsrechte verbrieften, nach und nach.²⁹⁵

3. Genussscheine bei den Kolonialgesellschaften

Ende des 19. Jahrhunderts traf man wieder verstärkt Gründergenussscheine an. Das Deutsche Reich hatte Kolonialgesellschaften durch Gesetz²⁹⁶ von den Begrenzungen des dama-

²⁸⁹ Klemperer, Die rechtliche Natur der Genussscheine, 9.

²⁹⁰ Gottlieb, Der Genußschein im deutschen Recht, 64 f.; Friedlaender, DStR 1966, 242, 242; Karollus in: Geßler/Hefermehl/ Eckhardt/ Kropff, AktG, § 252 Rdnr. 253.

²⁹¹ Vgl. dazu im Einzelnen: Gottlieb, Der Genußschein im deutschen Recht, 64 f.; Gräbe, Die rechtliche Bedeutung der Genußscheine, 13 f.

²⁹² Vgl. Endress, Die Genußaktie, 12 und Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 34 Fn. 15 sowie Fuhrmann, Genußaktien und Genußscheine, 40. Diese weisen darauf hin, dass in Frankreich bereits 1860 zwischen der sog. „*action de capital*“ und der „*action de jouissance*“ unterschieden wurde.

²⁹³ Fastenrath, Die Genußscheine der Deutschen Aktiengesellschaften, 48.

²⁹⁴ Gräbe, Die rechtliche Bedeutung des Genußscheins, 13.

²⁹⁵ Im Gegensatz zu dem in Österreich und in manchen deutschen Staaten bestehenden Heimfallsrecht war in dem am 3. November 1838 in Preußen erlassenen Gesetz betreffend die Eisenbahnunternehmungen keine Regelung über eine zeitliche Begrenzung der Konzession vorzufinden. Eisenbahngesellschaften konnten ihre Tätigkeit regelmäßig nur unter dem Vorbehalt aufnehmen, dass sie dem preußischen Staat ein Recht einräumten, ihr Unternehmen nach Ablauf von 30 Jahren entgeltlich zu erwerben. Daher mussten sie weder Aktien noch Genussscheine ausgeben.

Amortisationen von Aktien gab es aber auch in Preußen, z.B. bei Kleinbahngesellschaften. Diese gaben bei Einziehung von Aktien ebenfalls sog. „Genußscheine“ aus, die Mitgliedschaftsrechte verbriefen.

²⁹⁶ Reichsgesetz betreffend die Rechtsverhältnisse der deutschen Schutzgebiete vom 15. März 1888, abgedruckt in: RGBl. 1888, 75, erweitert durch Reichsgesetz vom 2. Juli 1899, abgedruckt in: RGBl. 1899, 365 f.

ligen Aktienrechts befreit,²⁹⁷ um die Flexibilität und die Möglichkeiten der Gesellschaftsorgane zu verbessern und die Gründung derartiger Unternehmen zu vereinfachen. Nun war es den Kolonialgesellschaften möglich, Genussstiel in Form von Kolonialwerten auszugeben, obwohl diese nicht mit den Gläubigerschutzvorschriften des damaligen Aktienrechts konform gingen. Ihre Wirksamkeit zogen derartige Genussrechte aus dem sog. Statutarecht, das vom Bundesrat verliehen wurde.²⁹⁸ Für Kolonialgesellschaften war also primär eine Art Sonderrecht einschlägig; das damals geltende bürgerliche Recht kam nur nachrangig zum Zuge.²⁹⁹ In diesem Sonderrecht war kein Mindestkapital für die Kolonialgesellschaften vorgesehen. Deshalb konnten sie Mitgliedschaftsrechte beinhaltende Genussrechte als eine Art Entgelt für Gründertätigkeiten ausgeben. Man vergab somit de facto Gesellschaftsanteile, ohne eine Einzahlung auf das Grundkapital zu fordern. Nach heutiger Rechtslage wäre ein solches Vorgehen gesellschaftsrechtswidrig, weil der mit Mitgliedschaftsrechten ausgestattete Genussschein einer unzulässigen Freiaktie gleichkäme.³⁰⁰ Insgesamt stellte diese Art der Vergabe von Genussrechten eher einen Sonderfall dar.

4. Finanzierungs- und Sanierungsgenussscheine

In den Jahren zwischen den Weltkriegen erlebte die wirtschaftliche Bedeutung der Genussrechte und Genussscheine einen ersten Höhepunkt.³⁰¹ Für die später zu behandelnden Fragestellungen von besonderer Bedeutung ist die Tatsache, dass die Genussrechte in Zeiten von Inflation³⁰² und Weltwirtschaftskrise erstmals in kapitalschwachen Unternehmen als Finanzierungs- und, bei sich in der Krise befindlichen Unternehmen, als Sanierungsmittel eingesetzt wurden.³⁰³

²⁹⁷ Bethmann, ZfHF 1935, 393, 425; Deichmann, ZfHF 1924, 532, 532; Frantzen, Genußscheine, 47 Fn. 49; Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 35; Fuhrmann, Genußaktien und Genußscheine, 59 f.

²⁹⁸ Hierzu und zum Folgenden vgl. Ortmann, Der Genußschein, 99 ff.; Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 35 f.

²⁹⁹ Bethmann (ZfHF 1935, 393, 425) spricht zutreffenderweise von einer Art Ausnahmegegesetzgebung.

³⁰⁰ Pentz in: MüKoAktG, § 26 Rdnr. 33. Vgl. auch § 212 AktG.

³⁰¹ Als zeitgenössischer Autor fasste Wertheimer (JW 1923, 574, 575) die Entwicklungen bzgl. der Genussrechte treffend zusammen: „Das Institut des Genußscheins ist also ein außerordentlich anpassungsfähiges und vielseitig verwendbares Mittel zur Durchführung von Finanzoperationen der verschiedensten Art. Es findet deshalb, nachdem es durch die Mißstände der sog. Gründerzeit etwas in Mißkredit gekommen war, neuerdings wieder vielfach Verwendung.“

³⁰² Zur Thematik der Genussscheine in den Krisen der 20er Jahre, insbesondere in Hinblick auf die Inflation sehr ausführlich, Thünnesen in: Recht und Praxis der Genußscheine, 9, 12 f.

³⁰³ Zu den wirtschaftspolitischen Gegebenheiten, die den Griff zu modernen Finanzierungsmitteln geradezu beflügelten, siehe Bondi, Neue Wege, 6 ff. und 10 ff.

a) Finanzierungsmittel

Als Finanzierungsmittel war der Genussschein deshalb so attraktiv, weil man durch ihn Kapital für die Gesellschaft akquirieren konnte, ohne sich dabei neuen – eventuell unliebsamen – Stimmrechtsträgern auszusetzen.³⁰⁴ In vermögensrechtlicher Hinsicht stellte es kein Problem dar, den entsprechenden Genussschein wie eine Aktie auszugestalten. Auf das Zugeständnis eines Stimmrechts konnte man ohne weiteres verzichten.

In Zeiten schlechter Wirtschaftslage nach dem Ersten Weltkrieg und in der Weltwirtschaftskrise lag es nahe, sich über die Vergabe von Genussscheinen finanzielle Mittel zu verschaffen, um wirtschaftlich bestehen zu können. Bei entsprechender Ausgestaltung der Genussrechte gewährleistete eine Vergabe in der Regel eine Kapitalbeschaffung, ohne dass das emittierende Unternehmen einen festen Zinssatz zu zahlen hatte – wie es bei einem Darlehen der Fall gewesen wäre. Außerdem waren die Genussrechte in der Regel kündbar ausgestaltet, so dass die die Aktienanleger schützenden Vorschriften der damaligen §§ 288 ff. (Kapitalherabsetzung) und § 227 (Einziehung) HGB nicht zu beachten waren.

b) Sanierungsmittel

Genussscheine ließen sich auch zur Sanierung von Unternehmen einsetzen. Gesellschaften, die in eine Krise geraten waren, gewährten ihren Gläubigern häufig Genussrechte zur Ablösung von Schulden.³⁰⁵ Die Gläubiger verzichteten im Gegenzug auf ihre Forderungen. Auf diese Weise verhinderten die Gesellschaften eine klageweise Geltendmachung mit anschließender Zwangsvollstreckung, welche den Bestand ihres Unternehmens gefährdet hätte.

Gegenüber Aktienemissionen zur Kapitalbeschaffung hatten Genussscheinsausgaben den Vorteil, dass das durch sie gewonnene Kapital nicht passiviert werden musste.³⁰⁶ Auf diese Weise erzielte man Buchgewinne und konnte einer Unterbilanz entgegenwirken.

³⁰⁴ Siehe dazu *Wertheimer* (JW 1923, 574, 575), der auf den durch die Vergabe von Genussrechten erreichten Schutz vor Überfremdung hinweist, welcher auch für die bei den Genossenschaften auftretenden Fragen in Bezug auf die Genussscheine (s.u.: Kapitel 2 C. I. 3.) von Interesse sein wird.

³⁰⁵ Dazu und zum Folgenden *Deichmann*, ZfHF 1924, 529, 540 f.

³⁰⁶ Das ist zumindest der formal-juristische Gegenschluss aus der bis hierher festgestellten Eigenschaft des Genussrechts als Gläubigerrecht, ergo Fremdkapital. Dass die Bilanzierung des Genussrechtskapitals bei Genossenschaften jedoch einer differenzierteren Betrachtung bedarf, wird an anderer Stelle (s.u.: Kapitel 2 B.; Kapitel 3 E.) erläutert. Dennoch zeigen die von *Zander* (Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 9 Fn. 28) aufgeführten Beispiele, dass die Genussrechte dieser Zeit ihrer Ausgestaltung nach aus dem Reingewinn der Gesellschaft zu bedienen waren. Dies spricht ziemlich eindeutig gegen eine Passivierungspflicht.

Die Ausschüttung von Genussscheinen konnte auch mit einer Herabsetzung des Grundkapitals einhergehen. Die Genussscheine galten dann als Ausgleich für die eingezogenen Aktien.³⁰⁷ Für in Not geratene Gesellschaften war dies ein erster Schritt zur Sanierung.

Überdies gab es eine Reihe anderer Motive, Genussscheine auszugeben, und dementsprechend auch weitere Arten von Genussscheinen. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang beispielsweise Genussscheine zur Ablösung von Vorrechten,³⁰⁸ Genussscheine im Rahmen einer Ausgabe von Vorzugsaktien (als Ausgleich von Nachteilen),³⁰⁹ Aufwertungsgenussscheine³¹⁰ und Genussscheine als Entschädigung für geleistete Dienste (z.B. eines Vorstandsmitgliedes).³¹¹ Diese und andere Arten können hier nicht behandelt werden.³¹²

5. Bedeutungsverlust der Genussrechte nach 1937

Mit der Aktienrechtsreform von 1937 wurde den Aktiengesellschaften die Möglichkeit eröffnet, stimmrechtslose Vorzugsaktien auszugeben. Dieses Finanzierungsinstrument hatte die Vorteile, dass es die Gesellschaft nur bei Vorhandensein entsprechender Gewinne zur Zahlung verpflichtete und durch die Stimmrechtslosigkeit Probleme beseitigte, die sich bei Abstimmungen – beispielsweise im Hinblick auf eine Kapitalerhöhung – wegen unterschiedlicher Stimmgewichtungen und Stimmrechte stellten. Hauptgrund für die Einführung der stimmrechtslosen Vorzugsaktie war der bereits angesprochene Schutz der Gesellschaften vor Überfremdung, insbesondere durch ausländisches Kapital.³¹³ Obwohl die Vorzugsaktien ohne Stimmrecht einige der oben genannten Vorteile (der Genussrechte)³¹⁴ für die Gesellschaft nicht aufwiesen, haben sie die Genussscheine als Finanzierungsmittel in Deutschland³¹⁵ für eine lange Zeit verdrängt.³¹⁶

³⁰⁷ Die Grenze zu den Amortisationsgenussscheinen verläuft zum Teil fließend.

³⁰⁸ Deichmann, ZfHF 1924, 529, 541 f.

³⁰⁹ Deichmann, ZfHF 1924, 529, 541.

³¹⁰ Thünnessen in: Recht und Praxis der Genußscheine, 9, 12 f.

³¹¹ Sog. Abfindungsgenussscheine vgl. Zander, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 9 f.

³¹² Zur Vertiefung siehe die Aufzählungen von Deichmann (ZfHF 1924, 529, 535 ff.) und Zander (Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 7 ff.). Besonders anschaulich sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen von Deichmann, da er seine abstrakten Erläuterungen immer wieder mit Beispielen aus der damaligen Wirtschaftspraxis belegt.

³¹³ Vgl. zum Ganzen den Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften nebst Begründung von 1930, abgedruckt in: Bundesjustizministerium, Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, 125.

³¹⁴ Z.B. gewährleisten sie den Ausschluss der Mitgliedschaftsrechte nicht in gleichem Maße wie die Genussrechte. Vorzugsaktionäre haben Auskunfts- und Einsichtsrechte und dürfen an der Hauptversammlung teilnehmen; eine Regelung, die bis heute erhalten geblieben ist (vgl. § 140 Abs. 1 AktG).

³¹⁵ In anderen europäischen Ländern gab es das Institut der stimmrechtslosen Vorzugsaktie auch in der Zeit nach 1937 nicht (vgl. dazu Vollmer, ZGR 1983, 445, 446).

6. Die Wiederentdeckung der Genussrechte

In den achtziger Jahren erlebten die Genussrechte eine wahre Renaissance: Nachdem der Genussschein in den vorangegangenen Jahrzehnten buchstäblich in Vergessenheit geraten war,³¹⁷ gab als erste größere Aktiengesellschaft die Bertelsmann AG 1980 wieder Genussrechte an ihre Mitarbeiter aus.³¹⁸ Vorrangige Funktion des Genussrechts war nun die Beschaffung von Kapital. Dies hing mit der zunehmenden Eigenkapitalknappheit deutscher Unternehmen zusammen, die auch auf dem 55. Deutschen Juristentag 1984 diskutiert wurde. Ergebnis desselben war unter anderem eine Empfehlung der Vergabe von Genussscheinen als Maßnahme zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung deutscher Gesellschaften.³¹⁹

Nahezu zeitgleich erschien das 4. VermBG.³²⁰ Mit diesem Gesetz verfolgte die Bundesregierung das Ziel, die Eigenkapitalquote von nicht emissionsfähigen Unternehmen über Mitarbeiterbeteiligungen zu erhöhen. Dazu prämierte man u.a. die Anlageform des Genussscheins mit der Arbeitnehmersparzulage und bot sie den Arbeiternehmern an.³²¹ Auf diese Weise integrierte man die Arbeitnehmer stärker in das Unternehmen und steigerte ihr Interesse an einer positiven Entwicklung desselben.³²²

Außerdem kam es im Anschluss an den 55. Deutschen Juristentag zu einer dritten Änderung des Kreditwesengesetzes.³²³ § 10 Abs. 5 S. 1 KWG³²⁴ erlaubte Kreditinstituten, Genussrechte auszugeben und dadurch haftendes Eigenkapital zu schaffen, sofern sie bestimmte Vorgaben für die Ausgestaltung der Genussrechte einhielten.³²⁵

³¹⁶ Silberberger, Partizipationsschein, 63; Thünnessen in: Recht und Praxis der Genußscheine, 9, 13; Frantzen, Genußscheine, 74; Vollmer, ZGR 1983, 445, 446; van Husen, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 58 f. Zum Verhältnis zwischen Genussscheinen und Vorzugsaktien ohne Stimmrecht vgl. auch Flechtheim in: Hachenburg, HGB, Anh. I § 179 Anm. 6.

³¹⁷ Vgl. dazu Sethe (AG 1993, 293, 293), der die Situation der Genussrechte in den 40 Jahren nach 1937 als ein „Schattendasein“ bezeichnete.

³¹⁸ Frantzen, Genußscheine, 76 Fn. 224.

³¹⁹ Vgl. die Beschlüsse des 55. Deutschen Juristentages, die in NJW 1984, 2676, 2679 bzw. DB 1984, 2184, 2186 veröffentlicht wurden.

³²⁰ Bekannt gemacht am 6. Februar 1984, BGBl. I, 201 ff. Diese Gesetzesreform geschah auf Grundlage des am 22. Dezember 1983 erlassenen Gesetzes zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer durch Kapitalbeteiligungen (sog. Vermögensbeteiligungsgesetz, abgedruckt in: BGBl. I, 1592 ff.).

³²¹ Vgl. § 2 Abs. 1 b Nr. 7 4. VermBG.

³²² Zu den Genussrechten als Möglichkeit der Mitarbeiterbeteiligung sehr übersichtlich: Thünnessen in: Recht und Praxis der Genußscheine, 9 15 f.; ausführlich: Silberberger, Partizipationsschein, 1 ff., insbesondere 60 ff.

³²³ Verkündet am 29. Dezember 1984 und in Kraft getreten am 1. Januar 1985, abgedruckt in: BGBl. I, 1693 f.

³²⁴ Das KWG wurde in der Folgezeit nochmals geändert; in geltender Fassung von 1998 ist die Regelung des § 10 Abs. 5 S. 1 KWG beibehalten worden.

³²⁵ Zur Vertiefung wird verwiesen auf: Hammen in: Recht und Praxis der Genußscheine, 69, 70 ff.; Feddersen/Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 71 ff.

Eine ähnliche Möglichkeit bot der Gesetzgeber später auch den Versicherungsgesellschaften. Kapital, das diese gegen die Gewährung von Genussrechten erhalten, kann ihren Eigenmitteln zugerechnet werden, wenn sie die Genussrechte entsprechend gestalten. Die Voraussetzungen dafür stellt die Vorschrift des § 53c Abs. 3 und 3a VAG auf, die am 1. Januar 1987 in Kraft trat und auch heute noch gilt.³²⁶

³²⁶ Sie wurde im Rahmen einer Änderung des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) eingeführt. Diese Neuerung war ein Teil des Gesetzes zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für institutionelle Anleger vom 16. Dezember 1986, abgedruckt in: BGBl. I, 2485, geändert durch das Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen für institutionelle Anleger vom 8. Oktober 1987, abgedruckt in: BGBl. I, 2289. Zum Ganzen auch: *Feddersen/ Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 99 ff.

E. Bedeutung für die Genossenschaften

Die gesetzgeberischen Initiativen im VermBG, KWG und VAG waren von dem Gedanken beseelt, eine bessere Eigenkapitalversorgung und damit eine höhere Eigenkapitalquote für deutsche Unternehmen zu erreichen. Für die Rechtsform der Genossenschaft, vor allem für die Genossenschaftsbanken, war diese Entwicklung von besonderem Interesse, weil die Genossenschaften ein typischer Fall von nicht-emissionsfähigen Gesellschaften sind. Ihnen ist der Weg zum Kapitalmarkt wegen des Grundsatzes der Selbstfinanzierung grundsätzlich verschlossen. Die Änderungen des KWG boten den Genossenschaften erstmals die Möglichkeit, in größerem Umfang Kapital zu werben und dieses als haftendes Eigenkapital auszuweisen.³²⁷ Schlug der Gesetzgeber die Brücke zwischen Genossenschaften und Genussrechten?

I. Genussrechte in der eG vor 1984

Oder bestand die Brücke bereits? Es fragt sich, ob die wirtschaftlichen und rechtlichen Entwicklungen um die Genussrechte auch Einfluss auf die Genossenschaften genommen haben.

1. Genossenschaftsgesetz

Betrachtet man das Genossenschaftsgesetz allein, fällt die Beantwortung dieser Frage nicht schwer. Weder in dem von Hermann Schulze-Delitzsch entworfenen ersten preußischen Genossenschaftsgesetz vom 27. März 1867³²⁸ noch im Genossenschaftsgesetz des Deutschen Bundes³²⁹ noch im späteren Genossenschaftsgesetz des Deutschen Reiches,³³⁰ in Kraft getreten am 1. Mai 1889,³³¹ finden sich Regelungen über Genussrechte oder Genussscheine. Auch in dem bis zum 17. August 2006 geltenden Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung und Bekanntmachung vom 19. August

³²⁷ Sofern man es für zulässig erachtet, dass Genossenschaften Genussrechte vergeben; siehe dazu unten: Kapitel 2 C. III.; Kapitel 3 C. I.

³²⁸ Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung von Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preussischen Staaten 1867 (Nr. 34), 501 ff., abgedruckt in: *Beuthien/ Hüsken/ Aschermann*, Materialien zum Genossenschaftsgesetz, 1 ff.

³²⁹ Gesetz betreffend die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, vom 4. Juli 1868, Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1868 (Nr. 24), 415 ff., abgedruckt in: *Schubert*, 100 Jahre Genossenschaftsgesetz, 58 ff.

³³⁰ Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, abgedruckt in: RGBI 1889, 55.

³³¹ Zur Entstehung des Genossenschaftsgesetzes und zu seinen Vorgängern: *Schubert*, Die Entstehung des Genossenschaftsgesetzes, 21 ff.; *Laufs*, JuS 1968, 311, 314; *Beuthien* in: Schulze-Delitzsch – ein Lebenswerk für Generationen, 127, 131 ff.

1994³³² sind die Genussrechte nicht geregelt. Die Gesetzesreform 2006 brachte in dieser Hinsicht ebenfalls keine Änderung; auch das aktuelle GenG regelt die Genussrechte und Genussscheine nicht.

2. Genossenschaftliche Praxis

Umso schwieriger ist es, herauszufinden, ob die Genossenschaften bestärkt durch die Aktiengesellschaften im 19. und 20. Jahrhundert Genussrechte ausgegeben haben.

a) Zeit der Entstehung der ersten Genossenschaften

Die Genossenschaften sind ein Produkt der durch den Wirtschaftsliberalismus des 19. Jahrhunderts entstandenen Schieflage im Machtgefüge zwischen großen Unternehmen mit kapitalistischen Zwecken – meistens in Form der Aktiengesellschaft – und Handwerkern, Bauern, Kleinhändlern und Arbeiternehmern.³³³

Ihren Weg in das Wirtschaftsleben des Deutschen Bundes bahnten sich die Genossenschaften zunächst ohne eine gesetzliche Regelung. So hatte Hermann Schulze-Delitzsch schon im Jahre 1849 zwei sog. Rohstoffassoziationen für Schuhmacher bzw. für Tischler gegründet.³³⁴ Diesen Vereinigungen mangelte es jedoch an Rechtsfähigkeit, was ihre Arbeit deutlich erschwerte.³³⁵

Sucht man nach Genossenschaften, die in der über 150 Jahre³³⁶ dauernden Geschichte dieser Rechtsform Genussrechte ausgegeben haben, so bietet es sich an, von der allgemeinen – also aktienrechtlichen – Entwicklung der Genussrechte³³⁷ auszugehen und in den Hochphasen der Vergabe der Aktiengesellschaften anzusetzen.

³³² Abgedruckt in: BGBl I, 2202.

³³³ Eine übersichtliche Darstellung zu den Ursprüngen der Genossenschaften in Mitteleuropa und England sowie ausführliche Vertiefungshinweise finden sich bei *Laufs*, JuS 1968, 311, 311 ff.; siehe ferner *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 237 ff.

³³⁴ *Laufs*, JuS 1968, 311, 313.

³³⁵ *Laufs*, JuS 1968, 311, 314.

³³⁶ Auf die geschichtliche Entwicklung der Genossenschaften in Mitteleuropa kann hier nur in der gebotenen Kürze eingegangen werden. Zur Klarstellung sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Idee der Genossenschaft weit vor dem Erlass des ersten Genossenschaftsgesetzes in Preußen entstanden war (als zeitgenössische Quelle kann auf das grundlegende Werk von *Otto von Gierke* „Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft“ verwiesen werden).

³³⁷ S.o.: Kapitel 1 A. IV. und V.

Soweit ersichtlich, ist nichts darüber bekannt, dass die ersten Genossenschaften in Deutschland, nach Einführung und Etablierung der Genussscheine in Frankreich und der aufgezeigten Verbreitung nach ganz Europa, Genussrechte ausgegeben haben. Allerdings zeigen die obigen Ausführungen³³⁸ die Einigkeit darüber, dass Genussrechte zuerst in den Aktiengesellschaften ausgegeben wurden bzw. ein Produkt des Aktienwesens waren. In keiner der vorliegenden Veröffentlichungen, die sich mit den geschichtlichen Entwicklungen der Genussrechte befassen, finden sich Ansätze, die für eine Genussrechtsvergabe von Genossenschaften in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts sprechen.³³⁹

b) 20er und 30er Jahre des 20. Jahrhunderts

Gleiches gilt auch im Hinblick auf die zweite Hochzeit der Genussrechtsvergabe in der Zeit zwischen den Weltkriegen. Gerade zeitgenössische Autoren sprechen, wenn sie sich mit der Vergabepraxis und den Gründen für die Ausgabe von Genussscheinen befassen, ausnahmslos von Aktiengesellschaften, Gesellschaften mit beschränkter Haftung oder generell von Kapitalgesellschaften.³⁴⁰

c) Die Zeit nach 1984

Diese Sachlage änderte sich jedoch in der oben beschriebenen „Renaissance-Zeit“ der Genussrechte in den 1980er Jahren. Laut *Bühler*³⁴¹ gab als erste Gesellschaft im Genossenschaftssektor die DG-Bank Genussscheine aus, um die neu geschaffene Möglichkeit der Schaffung von haftendem Eigenkapital durch die Ausgabe von Genussrechten³⁴² zu nutzen.

³³⁸ S.o.: Kapitel 1 D. I.

³³⁹ Dies ist nicht nur in den die Rechtslage in Deutschland behandelnden Veröffentlichungen der Fall, sondern auch in den vorliegenden schweizerischen, österreichischen und französischen bzw. rechtsvergleichenden Publikationen. Gesichtet wurden u.a.: *Dufour*, Le régime juridique des bons de jouissance, 9 ff.; *von Wolff*, Die Genussscheine nach schweizerischem Recht, 3 ff.; *Klemperer*, Die rechtliche Natur der Genussscheine, 7 ff.; *Endress*, Die Genußaktie, 1 ff.; *Ernst*, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 32 ff.; *von Husen*, Genußrechte, Genußscheine, Partizipationskapital, 48 ff.; *Frantzen*, Genußscheine, 37 ff.; *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 4 ff.; *Thünnessen* in: Recht und Praxis der Genußscheine, 10 ff.

³⁴⁰ Vgl. beispielsweise folgende Autoren, die abstrakt auf die Genussscheine bzw. Genussrechte eingehen: *Gräbe*, Die rechtliche Bedeutung des Genußscheins, 18 ff.; *Zander*, Der Genußschein im deutschen und französischen Recht, 3 ff.; *Gottlieb*, Der Genußschein im deutschen Recht, 2 ff. Siehe außerdem die sich auf die Jahre 1879-1923 beziehende Aufzählung von *Deichmann*, ZfHF 1924, 529, 532 ff., in der hinsichtlich der Genussrechtsausgabe auf weit über 200 Gesellschaften eingegangen wird. Unter diesen befindet sich nur eine GmbH und keine Genossenschaft. Der einschränkende Titel dieses Beitrags ist etwas ungenau, da nicht nur auf Aktiengesellschaften eingegangen wird. Darauf weist auch *Bühler* (Zulässigkeit und Eignung, 10 Fn. 40) hin. Beachte überdies die Ausführungen von *Schmalenbach*, Die Aktiengesellschaft, 65 ff.

³⁴¹ *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 11.

³⁴² Namentlich § 10 V S. 1 KWG.

Die DG-Bank trat in der damaligen Zeit³⁴³ eben nicht in der Rechtsform der eG auf, sondern im Kleid einer Körperschaft des öffentlichen Rechts.³⁴⁴ Dennoch war der Weg für die Genossenschaften zu den Genussrechten nun frei. In den Folgejahren kam es zu Großemissionen von Genussscheinen seitens mehrerer prominenter Genossenschaftsbanken, beispielsweise der Westdeutschen-Genossenschaftszentralbank im Jahre 1986.³⁴⁵

3. Genossenschaftsrechtliche Literatur

Auch in der genossenschaftsrechtlichen Literatur finden sich keine Anhaltspunkte, die auf eine Vergabe von Genussrechten vor dem Zweiten Weltkrieg hindeuten könnten. Zwar ist es nicht möglich, alle zum Genossenschaftsrecht erschienenen Veröffentlichungen zu sichten, geschweige denn, auf alle einzugehen, doch soweit ersichtlich, finden sich im genossenschaftlichen Schrifttum bis weit in die zweite Hälfte des 20. Jahrhunderts keine Ausführungen zu den Genussrechten.³⁴⁶ Die ersten grundlegenden Veröffentlichungen, die sich mit der Kombination von Genussrechten und eingetragenen Genossenschaften³⁴⁷ beschäftigten, sind die von *Reinhardt*³⁴⁸ und *Schudt*³⁴⁹ aus dem Jahre 1974.

II. Zwischenergebnis

Die Geschichte der Genussrechte in der deutschen eingetragenen Genossenschaft ist somit recht kurz. Zwar ist nicht von der Hand zu weisen, dass es auch vor 1984 im deutschen Genossenschaftswesen zu Genussrechtsvergaben gekommen sein kann; nennenswerte Emissionen fanden aber – soweit ersichtlich – nicht statt.

³⁴³ Die DG-Bank wurde durch Gesetz zur Umwandlung der Deutschen Genossenschaftsbank – DG-Bank Umwandlungsgesetz (DGBankUmwG) vom 13. August 1998, abgedruckt in: BGBl. I, 2102, rückwirkend vom 1. Januar 1998 in eine Aktiengesellschaft umgewandelt.

³⁴⁴ Siehe dazu *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 11 sowie den Verweis auf § 1 DGBankG, abgedruckt in: BGBl. I 1975, 3171.

³⁴⁵ Diese gab in drei Tranchen Genussscheine in einem Gesamtvolumen von 190 Mio. DM aus. Zu diesem und zu anderen Beispielen siehe *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 11.

³⁴⁶ Dies lässt sich anhand zweier Kommentare, die das Genossenschaftsgesetz zum Teil seit seinem Erlass im Jahre 1889 begleitet haben, veranschaulichen: Die Kommentierung von *Parisius/ Crüger* geht weder in der ersten Auflage von 1890 noch in der neunten von 1901 noch in der bereits recht ausführlichen zwölften Auflage von 1932 auf Genussrechte ein. Auch in der 31. Auflage des späteren *Lang/ Weidmüller* von 1983 finden sich keine Angaben über Genussrechte. Dies ändert sich erst mit der 32. Auflage von 1988, also in der letzten Hochphase der Genussrechtsvergabe. Ähnlich verhält es sich mit der Kommentierung von *Meyer* (1. Auflage, 1934; 2. Auflage, 1935), dem heutigen *Beuthien*, GenG: Diese geht selbst in der 12. Auflage von 1983/1986 noch nicht auf Genussrechte ein. Erwähnt werden sie hier erstmals in der 13. Auflage von 2000.

³⁴⁷ Wohl vom schweizerischen Recht ausgehend stellte *Ernst* (Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 133) 1963 die These auf, die Vergabe von Genussrechten komme auch für Genossenschaften in Betracht.

³⁴⁸ *Reinhardt* in: FS Westermann, 473, 481 ff.

³⁴⁹ *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 1 ff.

Auch das genossenschaftsrechtliche Schrifttum befasst sich seit den siebziger Jahren des vergangenen Jahrhunderts nur vereinzelt mit der Vergabe von Genussrechten durch deutsche eingetragene Genossenschaften. Weder in der bis zum 17. August 2006 geltenden Fassung,³⁵⁰ noch in der seit dem 18. August 2006 geltenden Fassung des GenG finden sich Regelungen über Genussrechte. Gleiches gilt für alle vorangegangenen Fassungen des GenG.

Genossenschaften, die in den 1980er und 1990er Jahren Genussrechte ausgaben, verfolgten das Ziel, die Eigenkapitalbasis ihres Unternehmens zu stärken. Insofern waren die Genussrechte ein direktes sowie indirektes Finanzierungsmittel. Sie bescherten der Genossenschaft zunächst frisches Kapital von den Genussrechtsgläubigern und in einem zweiten Schritt auch eine größere Bonität. Somit verbesserten die Genossenschaften auch ihre Chancen, Kredite zu erhalten.

³⁵⁰ Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften in der Fassung vom 19. August 1994, abgedruckt in: BGBl. I, 2202.

2. Kapitel: Die Genussrechte in der eingetragenen Genossenschaft

Der Begriff des Genussrechts ist als ein an der Mitgliedschaft orientiertes Gläubigerrecht näher bestimmt und von anderen Schuldformen abgegrenzt worden. Ein Blick auf die Entwicklung der Genussrechte in Jurisprudenz und Praxis hat die vielfältigen Möglichkeiten ihrer Einsetzbarkeit in Gesellschaften aufgezeigt.

Auf dieser Grundlage untersuche ich nun, inwieweit die Genussrechte in einer eG Verwendung finden können und dürfen und welche Besonderheiten dabei zu beachten sind. Von einer Erläuterung der Gründe für eine Genussrechtsvergabe in der eG und der damit eng verknüpften Beschreibung des (möglichen) Eigenkapitalcharakters der Genussrechte ausgehend werden rechtliche Bedenken gegen die Vergabe aufgezeigt und analysiert. Sodann geht die Untersuchung auf die Ausgabe selbst ein und zeigt auf, an wen und unter Berücksichtigung welcher Punkte Genussrechte in Genossenschaften vergeben werden können. Anschließend setzt sie sich mit der Durchführung der Ausgabe im Detail auseinander. Abschließend stehen wirtschaftliche und sonstige Bedenken gegen die Genussrechtsvergabe von Seiten einer eG im Mittelpunkt.

A. Gründe für die Ausgabe von Genussrechten in der eG

In der Literatur heißt es mitunter pauschal, mit praktisch allen Genussscheinemissionen werde das Ziel verfolgt, die Eigenkapitalquote eines Unternehmens zu erhöhen.³⁵¹ Auch in den obigen Ausführungen zu den Gesetzesänderungen in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts³⁵² wurde bereits bemerkt, dass die Novellierungen vor dem Hintergrund der Eigenkapitalknappheit deutscher Genossenschaftsunternehmen geschahen. Überdies wurde die Funktion der Genussscheine als Finanzierungs- und Sanierungsmittel herausgestellt.³⁵³ So stellt sich nun die Frage, ob Finanzierungsprobleme, Eigenkapitalknappheit und Sanierungsbedürfnisse auch bei der eingetragenen Genossenschaft bestehen.

³⁵¹ So beispielsweise Schäfer, WM 1991, 1375, 1375.

³⁵² S.o.: Kapitel 1 D. III. 6.

³⁵³ S.o.: Kapitel 1 D. III. 4.

I. Eigenkapitalknappheit bei der eG vor der Gesetzesreform 2006

In der Literatur finden sich mannigfache Hinweise auf die Probleme der Eigenkapitalausstattung³⁵⁴ deutscher Gesellschaften,³⁵⁵ insbesondere der Genossenschaften.³⁵⁶ Der Eigenkapitalmangel der Genossenschaften ist kein rein betriebswissenschaftliches Problem.³⁵⁷ Die Ursachen dafür hingen und hängen auch mit der durch die Satzung vorgegebenen Organ- und Finanzverfassung zusammen und sind sogar vorwiegend juristischer Natur.³⁵⁸ Treffenderweise spricht man im Hinblick auf die Eigenfinanzierung vielfach von zahlreichen, im Wesen der Genossenschaft wurzelnden „immanenten Begrenzungen“.³⁵⁹ Die folgenden Ausführungen konzentrieren sich zunächst auf die Finanzierungs- und Kapitalerhaltungsprobleme in der bis zum 18. August 2006 geltenden Rechtslage. Daraufhin werden die Neuerungen des GenG geschildert und hinsichtlich einer Verbesserung der Kapitalbeschaffungs- und Kapitalerhaltungssituation der Genossenschaften geprüft.

1. Mitgliederbeiträge als primäres Mittel zur Eigenkapitalversorgung

Zentrales Problem bei der genossenschaftlichen Eigenkapitalversorgung ist die Beschaffung des Beteiligungskapitals, also die Finanzierung über Mitgliederbeiträge. Die (potentiellen) Mitglieder einer Genossenschaft bei Einführung des Genossenschaftsgesetzes im Jahre 1889 und auch in der Zeit davor gehörten eher sozial schwächeren und dementsprechend weniger finanzkräftigen Bevölkerungsschichten an.³⁶⁰ Die Genossenschaften waren sozusagen eine Art Hilfsmittel, die ihren Mitgliedern eine bessere Ausgangsposition im Wirtschaftsleben des 19. Jahrhunderts schaffen sollten.

Zwar hat sich die finanzielle Situation der Mitglieder im 20. und beginnendem 21. Jahrhundert verbessert, doch findet man finanzstarke Investoren nach wie vor eher in den für diese

³⁵⁴ Eine ausführliche Definition des Eigenkapitalbegriffs sowie Erläuterungen hinsichtlich seiner bilanzrechtlichen Einordnung liefern beispielsweise *Göttel*, Möglichkeiten der Verbesserung, 6 ff. sowie *Seuster/ Gerhard*, Verbesserung der Eigenkapitalausstattung, 14 ff.

³⁵⁵ *Leuschner/ Briesemeister*, ZfgG 2004, 100, 100; *Blomeyer/ Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 5.

³⁵⁶ *Schulze* in: Reform des Genossenschaftsrechts, 9, 10; *Beuthien*, NZG 2003, 849, 849; *Wißmann*, Das Merkmal der nichtgeschlossenen Mitgliederzahl, 8, 14; *Homann*, Ansätze zur Lösung der Finanzierungsproblematik, 2 ff.; *Klose*, Zusatzgrundkapital für eG, 28; *Birck* in: FS Draheim, 109, 111 ff.; *Pohl*, Probleme und Möglichkeiten der Beschaffung, 3, 41, 43; *Blomeyer/ Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 5 ff.; *dies.*, ZfgG 1987, 323, 323 f.; *Seuster*, ZfgG 1970, 333, 345 ff.; *Steding*, NZG 1999, 140, 141; *Seuster/ Gerhard*, Verbesserung der Eigenkapitalausstattung, 11 ff.

³⁵⁷ Darauf weisen auch *Blomeyer/ Wißmann* (ZfgG 1987, 323, 323) hin. Eine ausführliche Darstellung findet man bei *Wißmann*, Das Merkmal der nichtgeschlossenen Mitgliederzahl, 3 ff.

³⁵⁸ Dazu ausführlich *Münkner* in: Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, 1, 5 ff.

³⁵⁹ *Birck* in: FS Draheim, 109, 109; ausführlich zu diesen Beschränkungen *Draheim*, Die Genossenschaft als Unternehmenstyp, 77 ff., 85 ff.

³⁶⁰ S.o.: Einleitung.

attraktiveren Erwerbsunternehmen, namentlich den Kapitalgesellschaften.³⁶¹ Es kann daher sehr wohl vorkommen – man denke insbesondere an Genossenschaften im Landwirtschaftssektor –, dass so manches neue Mitglied nicht in der Lage oder willens ist, seinen Beitrag direkt und vollständig zu entrichten.³⁶² Eine Unterversorgung ist von Beginn an vorprogrammiert.

Außerdem zehrt der wachsende Kapitalbedarf moderner Genossenschaften den größeren Wohlstand ihrer Mitglieder in neuerer Zeit auf.³⁶³ Insgesamt wirkt sich die Finanzierung über Mitgliederbeiträge hemmend auf die Kapitalbeschaffung aus.³⁶⁴

2. Kein Mindestkapital

Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften war für die Rechtsform der eG bis zur Reform 2006 kein Mindestkapital vorgesehen. Dies erleichterte die Neugründung von Genossenschaften und trug gleichsam der Kapitalschwäche der potentiellen Mitglieder Rechnung.

Allerdings war das fehlende Mindestkapital auch eine Ursache dafür, dass gerade in Gründungsphasen und bei kleineren Genossenschaften Kapitalmangel herrschte. Es gab zunächst keinen festen Stamm an Mitteln, der für Investitionen verwendet werden konnte. Zudem fehlte es über die Gründungsphase hinaus auch bei finanzkräftigeren Genossenschaften an Rücklagen für Krisenzeiten. Im Ergebnis waren (und sind) Genossenschaften mangels Mindestkapital weniger kreditwürdig als andere Gesellschaftsformen.

Die Genossenschaften versuchten das fehlende Mindestkapital bis zur Rechtsänderung durch eine nicht geschlossene Mitgliederzahl zu kompensieren.³⁶⁵ Mit steigenden Mitglieder-

³⁶¹ Birck in: FS Draheim, 109, 110.

³⁶² Dies ist auch möglich, da die Mitgliedschaft in einer Genossenschaft nicht allein von der Übernahme von Anteilen abhängt wie die Gesellschafterstellung in einer Kapitalgesellschaft (bei der GmbH: Übernahme einer Stammeinlage oder sonstiger Erwerb des Geschäftsanteils; bei der AG: Übernahme von Aktien oder Zeichnung von Aktien bei einer Kapitalerhöhung, vgl. dazu Eisenhardt, Gesellschaftsrecht, Rdnrn. 619 ff., 746 ff.). Nach § 15 Abs. 1 GenG erfolgt der Erwerb einer Mitgliedschaft durch Abgabe einer schriftlichen, unbedingten Beitrittserklärung und die Zulassung seitens der Genossenschaft. Die Einzahlung selbst ist dagegen nicht konstitutiv für die Mitgliedschaft. Vielmehr beruht die Pflicht zur Einzahlung auf einer nach § 15a S. 1 GenG notwendigen rechtsgeschäftlichen Verpflichtungserklärung, ist also eher eine Folge des Beitritts (vgl. zum Ganzen Hettrich/ Pöhlmann/ Gräser, GenG, § 15 Rdnrn. 1 ff. und § 15a Rdnrn. 1 f.). Überdies fragt sich, welchen finanziellen Anreiz – von einer vielleicht lukrativen Verzinsung des Geschäftsanteils mal abgesehen – ein Mitglied hat, seinen Beitrag unverzüglich nach Erwerb der Mitgliedschaft einzuzahlen, wenn letztere gar nicht von der Zahlung abhängt. Stimmrecht und Anspruch auf Förderung durch die Genossenschaft bestehen auch ohne eine Einzahlung (so auch Klose, Zusatzgrundkapital für eG, 36 f.).

³⁶³ Birck in: FS Draheim, 109, 110 Fn. 4.

³⁶⁴ So auch Henningsen, ZfgG 2001, 120, 128.

³⁶⁵ Beuthien, NZG 2003, 849, 849 f.

zahlen steigt die wirtschaftliche Betätigung, z.B. die der Mitglieder als Kunde der Genossenschaft; dies sorgt für eine steigende Kapitalausstattung der Genossenschaften. Der erzielte Kapitalzuwachs hängt mit der Zusammensetzung des genossenschaftlichen Eigenkapitals aus der Summe der Geschäftsguthaben der Mitglieder und den Rücklagen zusammen.³⁶⁶ Die Summe der Geschäftsguthaben der Mitglieder ist das effektive Beteiligungskapital der Genossenschaft; man könnte insofern auch von eingezahltem Beteiligungskapital sprechen.³⁶⁷ Da die Einzahlungen auf den Geschäftsanteil keine besonders sichere Kapitalgrundlage darstellen, ist die Bildung von Rücklagen von großer Bedeutung. Diese Rücklagen³⁶⁸ werden mit dem Ziel gebildet,³⁶⁹ die Genossenschaft von wechselnden Geschäftsguthaben und Haftsummen weitestgehend unabhängig zu machen.³⁷⁰ Dies gelingt der Genossenschaft insoweit, als beispielsweise ein ausscheidender Genosse gemäß § 73 Abs. 2 S. 2 GenG keinen Anspruch auf die Rücklagen hat – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung zugunsten der Mitglieder in der Satzung gem. § 73 Abs. 3 GenG. Somit lautet das genossenschaftliche Finanzierungskonzept: allmähliche Eigenkapitalerwirtschaftung bei nur schwacher Kapitalerbringung.³⁷¹

Dennoch erreichten die Genossenschaften die theoretische Kompensation des fehlenden Mindestkapitals durch Anwerbung von Mitgliedern in der Praxis nicht. Im Gegenteil: Dem Kernkapital, namentlich den genossenschaftlichen Geschäftsanteilen, wird heutzutage kaum noch Wachstumspotential zugestanden,³⁷² denn die Werbung neuer Mitglieder und Übernahme freiwilliger Geschäftsanteile durch die Genossen ist in der Praxis weitgehend ausgereizt.³⁷³

3. Kündbarkeit der Geschäftsguthaben durch Aufkündigung der Mitgliedschaft

Die Kündbarkeit der genossenschaftlichen Geschäftsguthaben ist ein weiteres Problem. Nach § 65 Abs. 1 GenG kann ein Mitglied mittels Aufkündigung aus dem Unternehmen austreten. Zwar sind nach § 65 Abs. 2 GenG bestimmte Kündigungsfristen vorgesehen, doch

³⁶⁶ Von dieser Zusammensetzung des Eigenkapitals der eingetragenen Genossenschaft geht die sog. herrschende Meinung sowohl im rechts- als auch im wirtschaftswissenschaftlichen Schrifttum aus. Vgl. mit vielen weiteren Nachweisen *Wißmann*, Das Merkmal der nichtgeschlossenen Mitgliederzahl, 44 Fn. 3.

³⁶⁷ *Faust*, Genossenschaftswesen, 82.

³⁶⁸ Gemäß § 20 GenG trennt man zwischen der gesetzlichen Rücklage nach § 7 Nr. 2 GenG und sonstigen Ergebnissrücklagen wie z.B. im Sinne des § 73 Abs. 3 S. 1 GenG.

³⁶⁹ Die Rücklagen werden vorwiegend durch Thesaurierung von Gewinnen der Genossenschaften gebildet.

³⁷⁰ *Faust*, Genossenschaftswesen, 85.

³⁷¹ *Beuthien*, NZG 2003, 849, 850.

³⁷² *Hofinger/van Husen*, ZfgG 2004, 90, 91.

³⁷³ So zumindest die Einschätzung einiger Literaturstimmen, vgl. beispielsweise *Strieder*, ZfgG 2000, 214, 216.

konnten diese vor der Reform auf maximal fünf Jahre festgelegt werden. Da den Mitgliedern binnen sechs Monaten nach Ausscheiden aus der Gesellschaft ihre Geschäftsguthaben zurückzuzahlen sind – so § 73 Abs. 2 S. 1 GenG –, kann der Genossenschaft binnen kürzester Zeit Eigenkapital entzogen werden. Deshalb sind viele Genossenschaften dazu übergegangen, die Maximalkündigungsfrist satzungsmäßig voll auszuschöpfen, um sich besser auf Kapitalverluste einstellen zu können.³⁷⁴ Dies ändert jedoch nichts an der Problematik des – einerlei, ob nun plötzlichen oder langfristigen – Kapitalverlusts vor allem in Krisenzeiten, in denen das Vertrauen der Mitglieder in die Genossenschaft besonders gering ist, Kapital allerdings dringend benötigt wird. Das Eigenkapital der Genossenschaft ist insofern variabel.

4. Unzureichende Übertragbarkeit der Geschäftsguthaben

Hinzu kam die nicht ausreichende Möglichkeit der Mitglieder, ihre Geschäftsguthaben zu übertragen, während die Mitgliedschaft an sich ohnehin nicht übertragen werden konnte und kann.³⁷⁵

Nach § 76 GenG besteht die Option, die Geschäftsguthaben³⁷⁶ auf andere Mitglieder oder auf Außenstehende zu übertragen, welche dann an Stelle des Übertragenden in die Gesellschaft eintreten. Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist indes nicht groß. Denn die Guthaben der Mitglieder werden nicht auf einer Art Markt wie der Börse gehandelt, was zu Schwierigkeiten bei der Kontaktaufnahme zwischen der ausgebenden Gesellschaft und interessierten Investoren führen kann. Außerdem muss ein Mitglied gefunden werden, dem es überhaupt von der Satzung erlaubt ist, mehrere Geschäftsguthaben zu halten, vergleiche § 76 Abs. 4 GenG. Ferner kann die Übertragbarkeit des Geschäftsguthabens nach § 76 Abs. 2 GenG weitergehend reglementiert oder ganz ausgeschlossen werden, wovon in der Praxis viele Genossenschaften Gebrauch gemacht haben. Und letztlich war bis zur Genossenschaftsrechtsreform 2006 nur eine vollständige Übertragung der Geschäftsguthaben möglich,³⁷⁷ was eine zusätzliche Erschwerung darstellte.

³⁷⁴ Strieder, BB 1999, 1567, 1567.

³⁷⁵ Hettrich/ Pöhlmann/ Gräser, GenG, § 18 Rdnr. 4; Beuthien, AG 2002, 266, 267; Müller, GenG, § 18 Rdnr. 66.

³⁷⁶ Zwischen den Begrifflichkeiten ist zu trennen: Die Mitgliedschaft, die nicht durch das Genossenschaftsgesetz definiert wird, bezeichnet ganz allgemein die Zugehörigkeit des Einzelnen zu einer gesellschaftsrechtlichen Vereinigung i.S.d. Art. 9 GG. Der Geschäftsanteil eines Genossenschaftsmitgliedes ist die Höchstgrenze seiner Beteiligung an der Genossenschaft gemäß § 7 Nr. 1 GenG. Als Geschäftsguthaben wird der Betrag bezeichnet, mit der ein Mitglied tatsächlich finanziell an der Genossenschaft beteiligt ist. Er berechnet sich aus den Einlagen des einzelnen Genossen sowie der zu seinen Gunsten erfolgten Gewinnzuschüssen und der auf ihn entfallenden Verlustzuweisungen, vgl. §§ 19 und 76 Abs. 1 GenG (zum Ganzen: Hettrich/ Pöhlmann/ Gräser, GenG, § 7 Rdnr. 3; Beuthien, AG 2002, 266, 266 ff.).

³⁷⁷ RGZ 143, 296, 296.

Die somit häufig vorkommenden Probleme bei der Übertragung der Geschäftsguthaben und die ohnehin fehlende Möglichkeit der Übertragung von Geschäftsanteilen führen in dreierlei Hinsicht zu einer Beeinträchtigung des genossenschaftlichen Eigenkapitals:

Erstens kommt es beim Ausscheiden eines Genossen zwangsläufig in der unter Punkt 3 erläuterten Weise zum Abzug von Kapital. Dies ist bei dem Ausscheiden eines Gesellschafters einer GmbH nicht der Fall, weil deren Gesellschaftsanteile nach § 15 Abs. 1 GmbHG übertragbar sind. Gleiches gilt für die AG, deren Gesellschaftsanteile aus handelbaren Aktien bestehen.³⁷⁸

Zweitens führt die geringere Flexibilität der Genossenschaftsanteile zu einer geringeren Attraktivität für Anleger. Die Mitglieder sind bei einem Austritt auf die vergleichsweise komplizierte³⁷⁹ Auseinandersetzung mit der Gesellschaft beschränkt. Freiwillige Geschäftsanteile können zwar nach § 67b GenG gekündigt werden, ohne dass die Mitgliedschaft endet. Dennoch müssen die Genossen auch hier Fristen wahren, die denen für die Kündigung gewöhnlicher Geschäftsanteile häufig entsprechen.³⁸⁰ Auch war und ist eine Übertragung von einzelnen freiwilligen Geschäftsanteilen nach alter wie nach neuer Rechtslage nicht möglich.³⁸¹

Schließlich führt die fehlende Übertragbarkeit bzw. Handelbarkeit der Genossenschaftsanteile auch dazu, dass Genossenschaften nicht in der Lage sind, auf diese Weise eine Kapitalerhöhung durchzuführen.³⁸²

5. Förderzweck

Der genossenschaftliche Gesellschaftszweck, die Förderung der Mitglieder gemäß § 1 Abs. 1 GenG, schränkt die Möglichkeiten einer Genossenschaft ein, sich über ihre Mitglieder Eigenkapital zu beschaffen. Denn die Anzahl potentieller Mitglieder war bis zur Schaffung der

³⁷⁸ Zu den Nachteilen, die der Genossenschaft generell und im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften durch mangelnde Übertragbarkeit der Geschäftsanteile erwachsen und einer daraus resultierenden Forderung nach einer Einführung von übertragbaren genossenschaftlichen Geschäftsanteilen, siehe *Beuthien*, AG 2002, 266, 266 ff.

³⁷⁹ Man denke beispielsweise an die oben (Kapitel 2 A. I. 3.) erwähnten Kündigungsfristen.

³⁸⁰ *Strieder*, BB 1999, 1567, 1567 f.

³⁸¹ Dies kritisierten schon im Vorfeld der Reform *Strieder*, BB 1999, 1567, 1567 f.; *Blomeyer*, ZfgG 2000, 183, 194.

³⁸² *Beuthien*, NZG 2003, 849, 850.

Investorenmitgliedschaft in der Reform 2006 durch den Förderzweck auf solche beschränkt, die für die Förderung durch die Genossenschaft in Frage kamen.

6. Probleme bei Gewinnerzielung und -thesaurierung

Eine Genossenschaft kann Gewinne thesaurieren, um sich (dadurch) Kapital zu beschaffen. Genauer betrachtet treten aber auch in diesem Bereich Probleme auf:

Erstens spielt die bei den Genossenschaften gegebene Identität von Kunde und Eigentümer, die die Gewinnerzielung logischerweise erschwert, eine nicht zu unterschätzende Rolle.

Zweitens sind die Mitglieder der Genossenschaft nur in beschränktem Maße am Wert des Unternehmens beteiligt.³⁸³ Dies hat zur Folge, dass den Mitgliedern – quasi als eine Art Ersatz – ein recht großer Teil des Jahresüberschusses ausgeschüttet werden muss, damit die Geschäftsanteile faktisch doch eine Wertsteigerung erfahren.³⁸⁴

Und drittens konnten die Mitglieder ihre Geschäftsguthaben nach alter Rechtslage im Regelfall nicht vererben. Daher konnten die Guthaben auch nicht als Absicherung für die Angehörigen fungieren.³⁸⁵

7. Kapitalerhöhung als nur begrenzt taugliches Mittel

Um ihre Kapitalausstattung zu verbessern, kann eine Genossenschaft das Kapital erhöhen. Dies kann auf zweierlei Weise erfolgen:

³⁸³ Dies lässt sich anhand der Auseinandersetzung verdeutlichen: Nach § 73 Abs. 2 S. 1 GenG erfolgt sie unter Zugrundelegung der Bilanz. Das ausscheidende Mitglied hat einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben, dessen Höhe sich nach dem Geschäftsguthaben am Ende eines Geschäftsjahres unter Berücksichtigung der im Laufe des Geschäftsjahres erfolgten Einzahlungen sowie der Gewinnzuschreibungen oder Verlustabschreibungen bestimmt (*Hettrich/ Pöhlmann/ Gräser*, GenG, § 73 Rdnr. 2). Auf Rücklagen hat das ausscheidende Mitglied keinen Anspruch; eine abweichende Regelung in der Satzung ist allerdings gemäß § 73 Abs. 3 GenG möglich. Eine gesetzlich vorgegebene Beteiligung an der Wertsteigerung des Unternehmens bietet nur der Anspruch des Genossen auf Liquidationsüberschüsse, vgl. § 91 Abs. 2 GenG. Aktionäre hingegen profitieren von steigenden Kurswerten und nehmen somit real an Wertsteigerungen des Unternehmens teil.

Auch diese mangelnde Beteiligung am inneren Wert des Unternehmens bietet den Mitgliedern wenig Anreiz, überobligatorisch in ihre Gesellschaft zu investieren (*Henzler* in: FS Draheim, 97, 103 ff.; *Binz/ Freudenberg*, DB 1991, 2473, 2475).

³⁸⁴ *Strieder*, ZfG 2000, 214, 215.

³⁸⁵ Eine anderweitige Regelung in der Satzung war zwar möglich, aber in der Praxis nicht häufig anzutreffen, vgl. *Binz/ Freudenberg*, DB 1991, 2473, 2475.

Eine Variante ist eine Erhöhung des Geschäftsanteils nach § 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 GenG. Sie muss auf einen bestimmten Betrag lauten und kann nur für alle Geschäftsanteile einheitlich erfolgen; sie darf nicht an bestimmte Bedingungen geknüpft zu sein.³⁸⁶ Im Verfahren der Kapitalerhöhung tritt jedoch folgendes Problem auf. Nach § 16 Abs. 2 S. 1 i.V.m. Abs. 1 GenG muss die Generalversammlung die Kapitalerhöhung mindestens mit einer Dreiviertelmehrheit beschließen. Ob diese Mehrheit ohne weiteres erzielt werden kann, ist fraglich; denn die Mitglieder verpflichten sich mit einer Kapitalerhöhung gleichzeitig auch zur Zahlung.³⁸⁷ Bei tendenziell finanzschwachen, mehr förderwirtschaftlich als kapitalwirtschaftlich motivierten Mitgliedern wird man wohl eher nicht davon ausgehen können.³⁸⁸

Des Weiteren kann die eG Pflichtbeteiligungen mit mehreren Geschäftsanteilen einführen oder (bei Bestehen einer solchen Regelung) erweitern, vergleiche § 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GenG. Für einen solchen Beschluss bedarf es ebenfalls einer Dreiviertelmehrheit. Gleichwohl scheint dieser Weg vordergründig für die Genossen attraktiver zu sein als die Erhöhung des Geschäftsanteils: Grundsätzlich gilt in der eG nach § 43 Abs. 3 S. 1 GenG bei Abstimmungen das Prinzip „jedes Mitglied hat eine Stimme“.³⁸⁹ Die Gesetzesnovellierung von 1973 eröffnete der eG in § 43 Abs. 3 S. 2 ff. GenG die Möglichkeit, Mehrstimmrechte an ihre Mitglieder zu vergeben.³⁹⁰ Mehrstimmrechte sind nach § 43 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GenG nur solchen Mitgliedern einzuräumen, die den Geschäftsbetrieb der Genossenschaft besonders fördern; zur Konkretisierung der besonderen Förderung war nach § 43 Abs. 3 S. 4 GenG a. F. eine Regelung in der Satzung erforderlich. Kriterien konnten die Dauer der Mitgliedschaft, der zusammen mit der eG in einem bestimmten Zeitraum erzielte Umsatz, aber auch das zur Verfügung stellen von Eigenkapital in Form der Zeichnung zusätzlicher Geschäftsanteile sein.³⁹¹ Die hier in Rede stehende Einführung oder Erweiterung der Pflichtbeteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen gilt gleichermaßen für alle Mitglieder. Ein einzelnes Mitglied kann somit – bei entsprechender Regelung in der Satzung – zwar absolut betrachtet zusätz-

³⁸⁶ Lang/ Weidmüller, GenG, § 16 Rdnr. 14; Beuthien, GenG, § 16 Rdnr. 9.

³⁸⁷ Dies ist beispielsweise in der AG nicht der Fall. Hier würde ein eine Kapitalerhöhung festlegender Hauptversammlungsbeschluss zwar ein Bezugsrecht nach § 186 Abs. 1 S. 1 AktG, nicht jedoch eine Bezugsverpflichtung der Aktionäre auslösen (so auch Klose, Zusatzgrundkapital für eG, 45).

³⁸⁸ Außerdem sei bemerkt, dass nach § 43 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GenG hinsichtlich satzungsändernder Beschlüsse, bei denen auch keine abweichende Regelung zu den Abstimmungsmehrheiten in der Satzung möglich ist, also solchen nach § 16 Abs. 2 S. 1 GenG, eventuelle Mehrstimmrechte ausgeschlossen sind.

³⁸⁹ Das Kopfprinzip gilt als eheme, alt überlieferte Maxime und wird auch heute noch als einer der tragenden Grundsätze des deutschen Genossenschaftsrechts bezeichnet, vgl. beispielsweise Beuthien, GenG, § 43 Rdnr. 17. Dennoch ist am Rande darauf hinzuweisen, dass auch nach den oben erwähnten ersten Genossenschaftsgesetzen, namentlich dem Preußischen Genossenschaftsgesetz vom 27. März 1867 und dem Genossenschaftsgesetz des Norddeutschen Bundes vom 4. Juli 1868, aufgrund weitgehender Satzungsfreiheit Mehrstimmrechtsgewährung und Stimmrechtsentzug möglich waren.

³⁹⁰ Baudenbacher/ Oettinghaus, AG 1985, 269, 270 f.

³⁹¹ Lang/ Weidmüller, GenG, § 43 Rdnr. 68; Beuthien, GenG, § 43 Rdnr. 20.

liche Stimmen erhalten, relativ gesehen wirkt sich dies aber nicht aus. Zudem liegt die Höchstgrenze der Stimmrechte pro Mitglied (auch nach der Reform) nach § 43 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 GenG bei drei Stimmen.³⁹²

Für ein Mitglied kann es daher allenfalls reizvoll sein, seine Stimmrechtsmacht auf der Generalversammlung zu vergrößern, in dem es freiwillige Geschäftsanteile übernimmt. Neben dem mangelnden Anreiz der Mitglieder, einer Einführung oder Erweiterung der Pflichtbeteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen zuzustimmen, ist eine solche auch nur begrenzt zulässig. Ihr Ausmaß muss für die Genossen zumutbar und vorhersehbar sein.³⁹³ Die Erhöhung ist dann nicht mehr zumutbar, wenn sie zu einer erheblich höheren finanziellen Beteiligung der Mitglieder führt;³⁹⁴ bei der Abwägung sind zum einen die Belastung der Mitglieder und zum anderen deren Duldungspflicht gegenüberzustellen. Nach vorzuziehender Ansicht sollte man eher die Verhältnisse im Einzelfall berücksichtigen, als sich an bestimmten Richtwerten zu orientieren.³⁹⁵

Außerdem steht den Mitgliedern nach § 67a Abs. 1 GenG als eine Art Korrektiv ein Sonderkündigungsrecht zu, wenn in der Satzung eine längere als eine zweijährige Kündigungsfrist festgelegt worden ist, so dass bei einer erfolgreichen Fristverlängerung immer noch ein langfristiger Kapitalabfluss zu befürchten ist.

Schließlich wäre noch daran zu denken, die Einzahlungspflichten auf den Geschäftsanteil zu erhöhen oder die Einzahlungsfristen zu verkürzen, um die Liquidität des genossenschaftlichen Unternehmens zu verbessern. Abgesehen von der wohl eher geringen praktischen Auswirkung müssen die Mitglieder dazu Mehrheitsbeschlüsse mit drei Vierteln der abgegebenen Stimmen treffen, was die Umsetzung erschwert. Außerdem kann die Genossenschaft diese Möglichkeiten zum Schutz der Mitglieder statuarisch abbedingen.

8. Zusammenfassung

Die vorherigen Ausführungen zeigen die Gründe für die rechtsformimmanente Eigenkapitalchwäche der eG in der bis zum 17. August 2006 geltenden Rechtslage auf. Viele der er-

³⁹² Eine darüber hinausschießende Regelung in der Satzung wäre mit der Personenbezogenheit der eG nicht zu vereinbaren, vgl. *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 43 Rdnr. 71.

³⁹³ *Müller*, GenG, § 16 Rdnr. 31.

³⁹⁴ Die Rechtsprechung bejaht Unzumutbarkeit dann, wenn eine Erweiterung oder Einführung über das Fünffache der bisherigen Geschäftsanteile hinausgeht (BGH BB 1978, 1134, 1135).

³⁹⁵ *Beuthien*, GenG, § 16 Rdnr. 10.

wähnten Schwächen existieren auch nach der Reform fort.³⁹⁶ Die konzeptionelle Finanzierung über Mitgliederbeiträge stellte und stellt sich ebenso als Hemmnis für den Zufluss von Kapital dar wie das bis zur Reform fehlende Erfordernis eines Mindestkapitals. Das Eigenkapital einer eG ist variabel und zudem besteht für die Mitglieder wenig Anreiz, über das notwendige Maß hinaus in die Gesellschaft zu investieren. Die Möglichkeiten, sie über eine Kapitalerhöhung zur Hingabe neuen Kapitals zu bewegen, sind formellen Schwierigkeiten unterworfen. Schließlich erschweren Förderzweck und schlechte Handelbarkeit genossenschaftlicher Geschäftsanteile die Werbung neuer Mitglieder und die damit einhergehende Akquisition neuen, von außen kommenden Gesellschaftskapitals.

II. Eigenkapitalproblematik nach der Gesetzesreform 2006

Ausgehend von einem einleitenden Überblick über die Reform des deutschen Genossenschaftsgesetzes im Jahre 2006³⁹⁷ und ihre wesentlichen Neuerungen im kapitalrechtlichen Bereich werden anschließend Verbesserungen und nach wie vor bestehende Schwächen der Rechtsform eG bei der Kapitalaufbringung und -erhaltung aufgezeigt und analysiert.

1. Reform des Genossenschaftsrechts

Jahrzehntelang forderten das genossenschaftsrechtliche Schrifttum und die Praxis eine Reform des Genossenschaftsrechts.³⁹⁸ Im Jahr 2005 kam es schließlich zu Reformbewegungen. Den Anstoß dafür gaben zwei Rechtsakte der EU aus dem Jahre 2003: die am 22. Juli vom Rat erlassene Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE)³⁹⁹ und die Richtlinie 2003/72/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer.⁴⁰⁰ Die Verordnung gilt gemäß Art. 80 SCE-VO seit dem 18. August 2006; bis dahin hatten die nationalen Gesetzgeber Gelegenheit, Ausführungsbestimmungen zu erlassen und die ergänzende Richtlinie umzusetzen, vergleiche Art. 16 SCE-Richtl.⁴⁰¹ Seitdem besteht für Unternehmen jedweder

³⁹⁶ Siehe dazu den folgenden Abschnitt.

³⁹⁷ Überblicksartig zur Reform des deutschen Genossenschaftsgesetzes *Schulze/ Wiese*, ZfgG 2006, 108, 108 ff.; *Großfeld*, ZfgG 2006, 101, 101 ff.; *Helios/ Strieder*, DB 2005, 2794, 2794 ff.; *Schaffland/ Korte*, NZG 2006, 253, 253 ff.; *Geschwandtner/ Helios*, NZG 2006, 691, 691 ff.; *Pistorius*, DStR 2006, 278, 278 ff.; *Keßler*, BB 2006, 561, 561 ff. sowie ausführlich *Geschwandtner/ Helios*, Genossenschaftsrecht, 1 ff.

³⁹⁸ Zuletzt *Steding*, BuW 2004, 382, 382 ff.; *Beuthien*, Wieviel Wandel verträgt die Genossenschaft?, 1 ff., 13; *Schulze* in: Reform des Genossenschaftsrechts, 9, 9 ff.; *Greve/ Lämmert* in: Genossenschaftsrecht in Europa, 7, 7 ff.

³⁹⁹ Abgedruckt in: ABl.EU 2003, L 207/1.

⁴⁰⁰ Abgedruckt in: ABl.EU 2003, L 207/25.

⁴⁰¹ Zwar gilt eine Verordnung nach Art. 249 EG in den Mitgliedstaaten grundsätzlich unmittelbar, dennoch war in diesem Fall ein Ausführungsgesetz erforderlich, weil die SCE-VO vielfach auf Rechtsvorschriften verweist, die

Rechtsform die Möglichkeit, grenzüberschreitend in der Rechtsform der Europäischen Genossenschaft zu kooperieren.⁴⁰² Die SCE tritt als eigenständige Rechtsform neben die eingetragene Genossenschaft deutschen Rechts.⁴⁰³

Um letztere gegenüber der neuen Konkurrenz durch die SCE attraktiver und wettbewerbsfähiger zu machen, nahm die Bundesregierung diese europarechtliche Entwicklung zum Anlass, auch das nationale Genossenschaftsgesetz zu ändern.⁴⁰⁴ Dazu hatte das Bundesjustizministerium am 16. Oktober 2005 den Bundesministerien, den Bundesländern und den Verbänden einen Referentenentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Genossenschaft (SCE) und zur Änderung des Genossenschaftsrechts zur Stellungnahme zugeleitet. Die Interessenverbände nahmen diesen Entwurf weitestgehend positiv auf.⁴⁰⁵ Auch das genossenschaftsrechtliche Schrifttum stand diesem Entwurf zumeist wohlwollend gegenüber.⁴⁰⁶ Anfang 2006 folgte der „Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts“.⁴⁰⁷

Der Bundesrat nahm am 10. März 2006 zu dem Entwurf Stellung⁴⁰⁸ und forderte diverse Änderungen. Neben einigen Details⁴⁰⁹ kritisierte er vor allem die von der Regierung vorgesehe-

die Mitgliedstaaten „in Anwendung der die [...] SCE betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen“ erlassen haben. Zudem enthält sie Wahlrechte für den nationalen Gesetzgeber.

⁴⁰² Schulze, NZG 2004, 792, 792.

⁴⁰³ Ausführlich zur SCE: Schulze, Europäische Genossenschaft, 1 ff.; ders., NZG 2004, 792, 792 ff.; Wiese, Die Europäische Genossenschaft, 1 ff.

⁴⁰⁴ Allerdings gab es für die Reform des deutschen Genossenschaftsrechts auch auf nationaler Ebene angesiedelte Beweggründe. Neben der Forderung der Wissenschaft nach einer Reform seien zusätzlich genannt:

1. Die Änderung des Bilanzrechts durch Gesetz vom 4. Dezember 2004 (BGBl. I, 3166), in der Regelungen zur Sicherung der Unabhängigkeit der Abschlussprüfung (vgl. §§ 319, 319a, 340k Abs. 2 HGB) getroffen wurden. Diese Neuerung erforderte auch eine genossenschaftsgesetzliche Novellierung zur Unabhängigkeit der Abschlussprüfung.

2. Die Regelungen des sog. Corporate Governance Kodex (die allein zwar keinen Gesetzesrang, jedoch über § 161 AktG eine gesetzliche Grundlage haben) vom 26. Februar 2002 sind zwar grundsätzlich nicht auf die nicht börsennotierten Genossenschaften anwendbar, dennoch sind die Ziele des Codex, wie Verbesserung der Unternehmensleitung und mehr Transparenz, auch im Genossenschaftsrecht erstrebenswert.

3. Die konkreten Änderungsvorschläge des Freien Ausschusses der Genossenschaftsverbände und der Expertenkommission Wohnungsbaugenossenschaften aus dem Jahre 2004, die einzelne Gesetzesänderungen, jedoch keine umfassende Neuerung, forderten.

⁴⁰⁵ Siehe beispielsweise die Stellungnahme des Deutschen Genossenschafts- und Raiffeisenverbandes e.V. (DGRV) vom 20. Oktober 2005, abrufbar auf www.dgrv.de; Stellungnahme des Bundesvereins zur Förderung des Genossenschaftsgedankens e.V. zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz zur Änderung des Genossenschaftsgesetzes (GenG) vom 12. Dezember 2005, abrufbar unter www.genossenschaftsgedanke.de; Stellungnahme durch innova eG, abrufbar unter www.innova-eg.de; Stellungnahme des Präsidenten des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR), Christopher Pleister, veröffentlicht in Pressemitteilung vom 19. Oktober 2005, abrufbar unter www.bvr.de.

⁴⁰⁶ Hinsichtlich des Referentenentwurfes hielten sich die Stimmen in den genossenschaftsrechtlichen Veröffentlichungen eher zurück. Weitestgehend positive Anmerkungen kamen beispielsweise von Helios/ Strieder, DB 2005, 2794, 2794 ff. und Beuthien, AG 2006, 53, 53 ff.

⁴⁰⁷ Abgedruckt in: BT-Drucks. 16/1025. Daraufhin setzten sich die positiven Reaktionen aus der Praxis fort; vgl. z.B. die Pressemitteilung des DGRV vom 25. Januar 2006 (abzurufen unter www.dgrv.de). Im genossenschaftsrechtlichen Schrifttum herrscht dagegen Uneinigkeit: befürwortend Großfeld, ZfgG 2006, 101, 107; Schaffland/ Korte, NZG 2006, 253, 253 ff.; differenzierend Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, 108, 126 ff., Keßler, BB 2006, 561, 565; eher skeptisch Pistorius, DStR 2006, 278, 278 ff.

⁴⁰⁸ Abgedruckt in: BR-Drucks. 71/06.

ne Möglichkeit, eine Genossenschaft mit nur drei Mitgliedern gründen zu können (§ 4 GenG).⁴¹⁰ Nach Ansicht des BR sollte es dafür mindestens einer Anzahl von fünf Mitgliedern bedürfen, wie in der SCE. Ein sachlicher Grund für die Abweichung von der SCE-VO sei nicht ersichtlich.⁴¹¹ Eine einheitliche Regelung auf nationaler und europäischer Ebene wäre ein Beitrag zur besseren Durchschaubarkeit der betreffenden Regelungen für den Bürger. Zudem bezweifelte der Bundesrat, dass derart kleine Genossenschaften, wie sie der Entwurf vorsehe, überhaupt in der Lage seien, ihre gesetzlich vorgegebenen genossenschaftlichen Pflichten wirtschaftlich sinnvoll zu erfüllen. Er wies dabei beispielhaft auf die Pflicht zur Vorlage einer gutachterlichen Äußerung über die Verhältnisse der Genossenschaft nach § 11 Abs. 2 Nr. 3 Alt. 2 GenG hin.

Die Regierung nahm diese Kritik zwar zur Kenntnis, wies sie aber zurück, so dass eine Genossenschaft nach § 4 des nun geltenden Genossenschaftsgesetzes lediglich drei Mitglieder vorweisen muss. Ähnlich verhielt es sich auch mit anderen Änderungsvorschlägen des Bundesrates.

Der Bundestag stimmte dem nur leicht geänderten Gesetzesentwurf am 23. Juli 2006 zu und das neue Genossenschaftsgesetz trat am 16. August 2006 in Kraft.

2. Neuerungen im Bereich Kapitalbeschaffung und -erhaltung/ Bewertung

Laut Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 25. Januar 2006⁴¹² stellte die Erleichterung der Kapitalbeschaffung und -erhaltung eines der drei wesentlichen Elemente der Reform des nationalen Genossenschaftsrechts dar.⁴¹³ Es folgt eine Darstellung und Bewertung der Reformen im Bereich Kapitalbeschaffung und -erhaltung.

⁴⁰⁹ Der Bundesrat kritisierte vorwiegend Punkte, die mit der General- bzw. Vertreterversammlung zusammenhängen. Er beanstandete die Regelungen zur der Einberufung, die mangelnde Praktikabilität der Durchführung und die Gefahr nicht-repräsentativer Abstimmungsergebnisse. Die zahlreichen Änderungsvorschläge wurden aber kaum umgesetzt, vgl. dazu vor allem den Regierungsentwurf, abgedruckt in: BT-Druck. 16/1025.

⁴¹⁰ Die Mindestmitgliederzahl ist u.a. auch im Rahmen von § 80 Abs. 1 GenG relevant. Danach muss das zuständige Gericht bei Unterschreitung der Mindestmitgliederzahl auf Antrag des Vorstandes und, wenn der Antrag nicht binnen sechs Monaten erfolgt, von Amts wegen nach Anhörung des Vorstandes die Auflösung der Genossenschaft aussprechen.

⁴¹¹ BR-Drucks. 71/06, 3 f.

⁴¹² Siehe: www.bmj.bund.de.

⁴¹³ Daneben sollten vorrangig die Gründung von Genossenschaften erleichtert und die Rahmenbedingungen für sog. kleine Genossenschaften verbessert sowie eine Art Corporate Governance für eG ermöglicht werden.

a) Fakultative Einführung eines Mindestkapitals

Nach dem neu eingeführten § 8a GenG kann eine Genossenschaft durch eine entsprechende Regelung in der Satzung ein Mindestkapital bestimmen. Dieses darf sie durch die Auszahlung von Auseinandersetzungsguthaben an Mitglieder, die ausgeschieden sind oder einzelne Geschäftsanteile gekündigt haben, nicht unterschreiten.⁴¹⁴ Der Gesetzgeber hielt es nicht für angebracht, anstelle der fakultativen eine verpflichtende Regelung zu schaffen, da einheitliches Mindestkapital wegen gravierender Unterschiede bei den Unternehmensgrößen deutscher Genossenschaften nicht bestimmbar sei.⁴¹⁵ Daher weicht die Mindestkapitalsregelung nun deutlich von der entsprechenden SCE-Vorschrift ab; diese legt für die SCE ein Mindestkapital von 30.000 fest.⁴¹⁶

Treffen die Genossenschaften nun eine statutarische Mindestkapitalregelung, müssen sie gleichzeitig eine Aussetzung des Auseinandersetzungsanspruchs ermöglichen.⁴¹⁷ Eine solche Regelung erlaubt nun der neu eingeführte § 73 Abs. 4 GenG.⁴¹⁸ Die Aussetzung ist allerdings auch ohne gleichzeitige Einführung einer Mindestkapitalregelung möglich.⁴¹⁹

Das fehlende Mindestkapital war eine Schwäche der genossenschaftlichen Kapitalerhaltung.⁴²⁰ Mit der neuen Option, ein Mindestkapital festzulegen, könnte der wichtige Schritt in Richtung Steigerung der Kreditwürdigkeit der Genossenschaften getan worden sein, den der Gesetzgeber beabsichtigt hatte.⁴²¹

Diesem begrüßenswerten Ansatz steht die schwierige praktische Umsetzbarkeit gegenüber. Erstens sind satzungsändernde Beschlüsse, die die Einführung eines Mindestkapitals oder die Aussetzung des Anspruchs der Aktionäre auf das Auseinandersetzungsguthaben ermöglichen, nach § 16 Abs. 2 S. 1 Nrn. 9 und 10 GenG an eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen gebunden. Außerdem ist der nach wie vor geltende § 16 Abs. 2 S. 1 GenG zu beachten, nach dem die Satzung sogar noch weitergehende Reglementierungen vorschreiben kann. Und zweitens hat ein Mitglied bei derartigen Satzungsän-

⁴¹⁴ Somit werden Genossenschaften allerdings nicht (wie im Kapitalgesellschaftsrecht) zu einer Aufbringung eines Mindestkapitals gezwungen (dazu Kessler, BB 2006, 561, 565).

⁴¹⁵ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 82.

⁴¹⁶ Art. 3 Abs. 2 SCE-VO; dazu im Einzelnen: Ebers in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 47.

⁴¹⁷ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 82.

⁴¹⁸ Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, 108, 123 f.

⁴¹⁹ Dazu s.u.: Kapitel 2 A. II. b).

⁴²⁰ S.o.: Kapitel 2 A. I. 2.

⁴²¹ Vgl. die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 82.

derungen ein außerordentliches Kündigungsrecht nach § 67a Abs. 1 GenG, wenn dessen Voraussetzungen eingehalten wurden.⁴²²

Somit sind zwei Probleme zu befürchten: Ein Beschluss zur Einführung eines Mindestkapitals wird wegen der erforderlichen Mehrheiten nicht leicht zu erzielen sein. Gerade finanzschwache Mitglieder sähen sich u.U. einer Festschreibung ihres eingezahlten Kapitals gegenübergestellt. Dass sie einer solchen zustimmen, ist nicht besonders wahrscheinlich. Mit einem entsprechenden Beschluss würden sie de facto den Austritt als wichtiges Kontrollinstrument beschränken⁴²³ und damit ihre eigene Position schwächen.⁴²⁴ Die Einigung der Mitglieder dürfte besonders bei schon länger bestehenden Genossenschaften schwierig sein,⁴²⁵ weil der Beschluss zur Einführung eines Mindestkapitals einen Rechtsverlust bedeutet.

Im Anfangsstadium einer Genossenschaft bestehen dagegen durchaus Anreize, ein Mindestkapital festzulegen, um die Kapitalbasis des Unternehmens zu stärken. Dazu müssten allerdings genügend zahlungswillige Neumitglieder gefunden werden, damit man die satzungsmäßig vorgeschriebene Kapitalgrenze überhaupt erreicht.⁴²⁶ Ferner droht potentiellen Neumitgliedern ebenfalls eine direkte Festschreibung ihres Kapitals, weshalb sie dem Eintritt in die entstehende Gesellschaft mit Skepsis begegnen könnten. In Konsequenz wird die Gründung erschwert – letztlich durch Einführung eines Mindestkapitals.

Erzielt man trotz der angemerkten Bedenken eine Mehrheit, so können überstimmte Mitglieder ihre Mitgliedschaft unter Beachtung der dafür erforderlichen Formalien außerordentlich

⁴²² Beide Neuregelungen gelten dem Schutz der Mitglieder (so auch die Begründung des RegEGenG, 254).

⁴²³ *Pistorius*, DStR 2006, 278, 282.

⁴²⁴ Dass sie dadurch indirekt die Bonität des genossenschaftlichen Unternehmens, dem sie angehören, stärken, soll nicht verkannt werden. Dennoch sehen sich die Mitglieder im ersten Schritt einem Rechtsverlust bzw. einer Fixierung ihres Kapitals gegenüber.

⁴²⁵ Darauf weist auch *Pistorius* (DStR 2006, 278, 282) hin.

⁴²⁶ Der Gesetzgeber hat die Frage offen gelassen, ob das Mindestkapital schon vor der Gründung aufgebracht werden muss. In Bezug auf die SCE, bei der es dazu ebenfalls keine ausdrückliche Regelung gibt, ist dieses umstritten. In Anlehnung an die Vorschriften der Art. 3 Abs. 2 SCE-VO und Art. 4 Abs. 4 SCE-VO und aus Gläubigerschutzgesichtspunkten ist von einer Pflicht zur Aufbringung des Mindestkapitals als konstitutive Gründungsvoraussetzung auszugehen (*Schulze*, NZG 2004, 792, 794; *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 3 A) V.; *Schulze/Wiese*, ZfG 2006, 108, 112; a.A. *Beuthien*, GenG, Art. 3 SCE-VO Rdnr. 1, Art. 4 Rdnr. 2; *El Mahi*, DB 2004, 967, 971). Hinsichtlich der deutschen Genossenschaft kann man sich nicht direkt auf den Wortlaut der SCE-Vorschriften berufen. Regelungen bzgl. des Mindestkapitals sind, von § 8a Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 GenG abgesehen, nach § 8a Abs. 2 S. 2 GenG der Satzung überlassen. Daraus könnte man durchaus schließen, dass eine statutarische Regelung, die eine Neugründung einer GenG mit vorgeesehenem Mindestkapital ermöglicht, ohne dass die Aufbringung des Kapitals eine zwingende Voraussetzung für die Gründung ist, zulässig ist. Dennoch würde eine solche dem Grundgedanken des Gesetzgebers, namentlich eine Verbesserung der Kreditfähigkeit der Genossenschaften, zuwider laufen. Gläubiger könnten sich dann nicht mehr auf die durch das Mindestkapital garantierte Bonität der Genossenschaften verlassen; ein deutlicher Vertrauensverlust wäre die Konsequenz. Gleiches gilt für bestehende Genossenschaften, die ein Mindestkapital einführen. Auch hier muss das Mindestkapital im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Satzungsänderung in voller Höhe aufgebracht werden.

kündigen. Infolge einer Kündigung muss sich die Genossenschaft mit den Ausgeschiedenen auseinandersetzen und diesen grundsätzlich gemäß § 73 Abs. 2 S. 2 GenG binnen sechs Monaten ihr Geschäftsguthaben auszahlen.⁴²⁷ Daher ist ein Kapitalabfluss zu befürchten. Insofern würde das eigentlich verfolgte Ziel, Stärkung der Kapitalbasis und damit Stärkung der Kreditwürdigkeit des Unternehmens, ins Gegenteil verkehrt.

Aufgrund zahlreicher praktischer Probleme ist fraglich,⁴²⁸ ob die Option der Einführung eines Mindestkapitals in der Gestalt, wie sie sich im neuen Genossenschaftsrecht zeigt, das rechtsformbedingte Problem der Kapitalausstattung von Genossenschaften lösen kann. Sicherlich wäre es widersprüchlich, einerseits die Kapitalschwäche der Genossenschaft vor der Reform u.a. am fehlenden Mindestkapital festzumachen und andererseits, nachdem dessen Einführung ermöglicht wurde, die positive Wirkung desselben wieder in Frage zu stellen.

Das Problem liegt jedoch nicht in der Frage nach der Einführung des Mindestkapitals, sondern vielmehr in der Umsetzung. Der Gesetzgeber hat das Recht der Mitglieder aus § 76 Abs. 1 GenG, ihre Geschäftsguthaben zu übertragen, in § 76 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GenG für die Fälle als unabdingbar festgelegt, in denen die Genossenschaft ein Mindestkapital einführt oder den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben aussetzt. Auf diese Weise wird Mitgliederschutz ohne Kapitalabfluss erreicht. Weitere in diese Richtung gehende Regelungen wären wünschenswert gewesen.⁴²⁹

b) Geschäftsguthaben als Eigenkapital/ Bilanzierung nach IAS 32

Eine andere Entwicklung hat die Schaffung der §§ 8a und 73 Abs. 4 GenG ebenfalls beeinflusst. Genossenschaftsbanken müssen bei der (verpflichtenden) Bilanzierung nach den Internationalen Standards der Rechnungslegung (IFRS/ International Financial Reporting Standards) seit dem 1. Januar 2007 ihrer Bilanz den Standard IAS 32 zugrunde legen.⁴³⁰ Dieser stellt besondere Anforderungen an den Eigenkapitalausweis, die Genossenschaften nach dem alten GenG nicht mehr erfüllten. Bei Beibehaltung der alten Rechtslage wäre es

⁴²⁷ Eine anderweitige Regelung in der Satzung ist nunmehr möglich, vgl. § 73 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 4 GenG.

⁴²⁸ Pistorius (DStR 2006, 278, 282) äußert in einem Beitrag zum neuen Genossenschaftsrecht die Befürchtung, dass die zu erwartenden Vorteile der Einführung des Mindestkapitals durch die auftretenden Nachteile aufgezehrt werden und rät zu einer vorsichtigen Handhabung des § 8a GenG.

⁴²⁹ Dass ein Ausscheiden durch Übertragung der Geschäftsanteile auch immer dem praktischen Problem, einen geeigneten und gewillten Übernehmer zu finden, unterliegt, darf nicht unerwähnt bleiben. Dennoch ist dieser Ansatz im Vergleich zu anderen überschießenden Mitgliederschutzregelungen zu begrüßen.

⁴³⁰ IAS (International Accounting Standards) 32 regelt die Offenlegung von Finanzierungsinstrumenten im Jahresabschluss; ausführlich dazu Großfeld/ Luttermann, Bilanzrecht, 30 ff.

den Genossenschaftsbanken ab 2007 nicht mehr möglich gewesen, genossenschaftliche Geschäftsguthaben (nach dem verpflichtenden Standard IAS 32) als Eigenkapital auszuweisen.⁴³¹ Deshalb hätten nach IAS 32 bilanzierende Genossenschaftsbanken und andere Genossenschaften ab 2007 bei der Bilanzierung deutlich weniger Eigenkapital ausweisen können. Dies hätte ihre Bonität⁴³² im internationalen Vergleich deutlich geschwächt.⁴³³

Vorteile einer Bilanzierung nach IFRS/IAS ergeben sich aus den unterschiedlichen Zielsetzungen im Vergleich zur HGB-Rechnungslegung. Während letztere vom Vorsichtsprinzip beseelt ist,⁴³⁴ hat erstere den Anspruch, ein den tatsächlichen Verhältnissen der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage entsprechendes Bild⁴³⁵ widerzuspiegeln.⁴³⁶ Entsprechend stellt sich die Lage eines nach IFRS/IAS bilanzierenden Unternehmens bei gleichen Voraussetzungen in puncto Eigenkapital oft deutlich besser und realistischer dar, als bei einer Bilanzierung nach HGB-Grundsätzen.⁴³⁷ Nicht weniger bedeutsam ist es, die internationale Vergleichbarkeit des eigenen Unternehmens zu gewährleisten. Publizität in diesem Sinne ist für deutsche Genossenschaften unabdingbar, wenn sie ein europa- oder weltweites Engagement anstreben oder bereits international tätig sind.⁴³⁸

Wollen Genossenschaften nun nach Internationalen Standards bilanzieren, können sie zum einen nach § 8a GenG ein Mindestkapital festlegen. Zum anderen bleibt ihnen die Möglich-

⁴³¹ Die Begründung dafür liefern die Richtlinien des International Financial Reporting Interpretations Committee (IFRIC) 2, welche Vorgaben für die Interpretation von IAS 32 treffen und die auch in einer EU-Verordnung enthalten sind (Verordnung (EG) Nr. 1073/2005 der Kommission vom 7. Juli 2005, abgedruckt in: ABl.EU 2005, L 175/1). Nach IAS 32 sind Finanzierungsinstrumente, die sich einem Rückgaberecht ausgesetzt sehen, grundsätzlich als Fremdkapital zu beurteilen. Rückzahlbare Geschäftsanteile, wie die der Genossenschaften, würden allgemein darunter fallen. Die Auslegungsregeln IFRIC 2 spezifizieren dieses grundsätzliche Prinzip der IAS 32, indem sie Leitlinien aufstellen, mit deren Hilfe anhand der Rücknahmebestimmungen zu ermitteln ist, ob ein Geschäftsanteil nun im konkreten Fall als Fremdkapital oder Eigenkapital einzustufen ist. Diese stellen im Gegensatz zum allgemeineren IAS 32 heraus, dass die Möglichkeit des Inhabers eines Finanzierungsinstruments, dieses ganz gleich auf welche Weise zurückzunehmen, nicht zwangsläufig zur Einstufung desselben als finanzielle Verbindlichkeit führt. Vielmehr seien hiernach alle rechtlichen Gegebenheiten und Bestimmungen zu berücksichtigen. Dementsprechend können genossenschaftliche Geschäftsanteile Eigenkapital darstellen, wenn die Genossenschaft ein uneingeschränktes Recht auf Ablehnung der Rücknahme hat, die Rücknahme also einem Zustimmungsvorbehalt unterliegt. Gleiches gilt dann, wenn Gesetze oder die Satzung die Rücknahme mit Verboten belegen. Ein bedingtes Verbot, das sich beispielsweise an der Liquidität des Unternehmens orientiert, reicht allerdings nicht aus, um genossenschaftliche Geschäftsanteile nach IAS 32 als Eigenkapital auszuweisen (zum Ganzen siehe: ABl.EU 2005, L 175/1; *Großfeld*, ZfgG 2006, 101, 102; *Schaffland/ Korte*, NZG 2006, 253, 253 f.; *Helios/ Strieder*, DB 2005, 2794, 2797; *Lüdenbach/ Hoffmann*, BB 2004, 1042, 1046 f.; *Keßler*, BB 2006, 561, 565; *Fentz/ Voigt*, KoR 2004, 520 ff.).

⁴³² Ausführlich zur Rolle und Bedeutung der Bonität für Genossenschaftsbanken *Altenhain*, Die Bonität einer Kreditgenossenschaft, 24 ff., 75 ff.

⁴³³ Siehe die Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 25. Januar 2006 (abzurufen unter <http://www.bmj.bund.de>), 3; *Kessler*, BB 2006, 561, 565; *Schaffland/ Korte*, NZG 2006, 253, 253. Eine andere Ansicht mit beachtenswerten Argumenten vertraten zuvor *Lüdenbach/ Hoffmann* (BB 2004, 1042, 1042 ff.). Dieser ist jedoch durch die genannte EU-Verordnung der Boden entzogen worden.

⁴³⁴ Dazu und zu den Grundsätzen der Bilanzklarheit und Bilanzwahrheit siehe *Großfeld/ Luttermann*, Bilanzrecht, 89 f.

⁴³⁵ Die Informationsfunktion ist somit oberstes Prinzip.

⁴³⁶ Sog. „true and fair view“ oder „fair presentation“; zum Ganzen sehr anschaulich und ausführlich: *Barz/ Eckes/ Weigel* (PricewaterhouseCoopers), IAS für Banken, 89 ff.; *Meyer*, Bilanzierung nach Handels- und Steuerrecht, 103 ff.

⁴³⁷ *Schmid*, DStR 2005, 80, 80 f.

⁴³⁸ Zur internationalen Vergleichbarkeit siehe *Hüttche*, DStR 2004, 1189, 1190 f.

keit, die Auszahlung des Auseinandersetzungsguthabens in der Satzung gemäß § 73 Abs. 2 S. 2 i.V.m. Abs. 4 GenG einzuschränken. Dies ist allerdings nur bis zur Höhe des Mindestkapitals oder bis zur Höhe der sonstigen Aussetzung nach § 73 Abs. 2 und Abs. 4 GenG möglich. Insofern ist die Rechtsänderung unter Vorbehalt zu begrüßen.⁴³⁹

In der Praxis wird es wohl kaum möglich sein, dreiviertel der Mitglieder einer Genossenschaft dazu zu bewegen, einem Antrag zuzustimmen, der ihnen die Garantie auf Rückzahlung ihrer Geschäftsguthaben völlig aus der Hand nimmt. Gerade die Kündbarkeit und die damit verbundene Rückzahlbarkeit der Geschäftsguthaben ist – neben der Förderung und der Insolvenzsicherheit der Rechtsform – einer der Hauptgründe, warum mehr als 17,5 Millionen Menschen Mitglieder in 5500 Genossenschaften in Deutschland⁴⁴⁰ sind.

Nach geltender Rechtslage wird ein Eigenkapitalausweis von Geschäftsguthaben der Genossenschaften bei einer IFRS/IAS-Bilanzierung kaum, und wenn ja nur in äußerst beschränktem Umfang möglich sein, weil die für die Schaffung der Rahmenbedingungen erforderlichen Beschlussmehrheiten in der Praxis nur schwer zu erzielen sind. Je höher der Betrag der Auszahlungsbeschränkung oder des Mindestkapitals liegt, desto weniger Mitglieder werden zustimmen, da sie sich einer Festschreibung ihres Kapitals ausgesetzt sehen.

c) Zulassung von Sacheinlagen

Weiterhin können Genossenschaften nun kraft Satzung Sacheinlagen als Zahlungen auf den Geschäftsanteil zulassen (§ 7a Abs. 3 GenG). Ob dies bereits nach alter Rechtslage möglich war⁴⁴¹ oder nicht,⁴⁴² war umstritten. Die Rechtsänderung wurde aber nicht beschlossen, um in diesem Bereich Rechtsklarheit zu schaffen, sondern aufgrund einer in der Praxis laut werdenden Forderung.⁴⁴³ Nunmehr können die Mitglieder solche Vermögensgegenstände als Sacheinlage einbringen, die nach § 246 Abs. 1 S. 1 HGB bewertungsfähig, also funktional äquivalent (zu Geld) sind.⁴⁴⁴ Dienstleistungen hingegen können in Anlehnung an die Vor-

⁴³⁹ Kaum bemerkt wurde bisher, dass diese Änderung auch für die Prüfungsverbände von großer Bedeutung ist. Auch diese können sich einer Gewöhnung an die Internationale Rechnungslegung nicht verwehren, da ihnen andernfalls mangels internationalen Erfahrungsaustausches eine Abstufung droht (dazu *Großfeld*, ZfgG 2003, 181, 187 f.).

⁴⁴⁰ Diese Zahlen nennt der DGRV auf seiner Homepage, abzurufen unter www.dgrv.de/de/genossenschaftswesen/historiegenossenschaft.html.

⁴⁴¹ So *Beuthien* (DB 2000, 1161, 1163) und wohl auch der Gesetzgeber, der in der Begründung zu dieser Gesetzesänderung lediglich von einer Klarstellung spricht (Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 81).

⁴⁴² A.A. beispielsweise *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 7 Rdnr. 27.

⁴⁴³ Vgl. dazu *Schaffland*, ZfgG 2001, 208, 211.

⁴⁴⁴ *Geschwandtner/ Helios*, NZG 2006, 691, 694.

schriften der Art. 4 Abs. 2 S. 2 SCE-VO und § 27 Abs. 2 Halbs. 2 AktG nicht zugelassen werden.⁴⁴⁵

Vom gesellschaftsrechtlichen Standpunkt aus sind Mitglieder einer Genossenschaft nicht gezwungen, ihre Einlage zu erbringen, weil die Mitgliedschaft in einer eG nicht wie die Gesellschaftserstellung in einer Kapitalgesellschaft von der Zahlung eines bestimmten Einlagebetrages abhängt.⁴⁴⁶ Stimmrecht und Anspruch auf Förderung durch die Genossenschaft bestehen auch ohne Einzahlungen. Sacheinlagen könnten für zögernde Mitglieder somit einen Anreiz darstellen, den Einlagebetrag schneller oder überhaupt zu erbringen, wenn sie zur Zahlung der Bareinlage kaum oder gar nicht imstande sind. Die Erbringung der Einlage in die Genossenschaft wird auf diese Weise flexibilisiert,⁴⁴⁷ was zu einer Verbesserung der Finanzierung des Unternehmens beiträgt. Außerdem wird ein Nachteil deutscher Genossenschaften gegenüber anderen europäischen Genossenschaften beseitigt.⁴⁴⁸

Allerdings kann die Gesellschaft eine Sacheinlage nicht so flexibel handhaben wie eine Bareinlage. Ferner bleibt abzuwarten, wie sehr sich diese Rechtsänderung in der Praxis auswirken wird.

d) Verlängerung der Kündigungsfrist auf zehn Jahre

Sofern alle Mitglieder der Genossenschaft Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sind, kann die eG die Frist zur Kündigung der Mitgliedschaft nun kraft Statut auf zehn Jahre verlängern, so § 65 Abs. 2 S. 3 GenG. Der Gesetzgeber gab auch hier den Forderungen der Praxis nach. Die Genossenschaften konnten größere Investitionen früher oftmals nur tätigen, wenn die Nutzung der entsprechenden Anschaffungen oder Einrichtungen durch die erforderliche Anzahl von Mitgliedern langfristig gesichert war.⁴⁴⁹

Die notwendige Satzungsänderung ist an dieselben strengen Voraussetzungen und Mitgliederschutzrechte geknüpft wie die oben besprochene Aussetzung der Auszahlungsansprüche nach § 73 Abs. 4 GenG.⁴⁵⁰

⁴⁴⁵ Dazu und zur Kritik an der etwas missverständlichen Regierungsbegründung zu § 7a GenG (BT-Drucks. 16/1025, 81) vergleiche *Geschwandtner/ Helios*, Genossenschaftsrecht, 44 f.

⁴⁴⁶ Vgl. Kapitel 2 A. I. 1.

⁴⁴⁷ *Helios/ Strieder*, DB 2005, 2794, 2797.

⁴⁴⁸ *Pistorius*, DB 2006, 278, 280; vgl. dazu beispielsweise § 6 Abs. 4 ÖGenRevG.

⁴⁴⁹ Siehe dazu die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 91.

⁴⁵⁰ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. a) und b).

Diese Gesetzesänderung überzeugt grundsätzlich. Ihre Auswirkungen werden jedoch wegen der Beschränkung auf Unternehmergenossenschaften nicht besonders weit reichen. Gleichwohl war es richtig, die Möglichkeit einer Verlängerung der Kündigungsfrist auf Unternehmer zu beschränken, weil diese weniger schutzwürdig sind.⁴⁵¹ Negativ zu vermerken sind allerdings die hohen Anforderungen an einen solchen Beschluss. Soll er beispielsweise die Abstimmung über eine wichtige Investition vorbereiten, wird man die erforderliche Mehrheit wohl nur schwer erreichen, wenn die Mitglieder davon wissen.

e) Übertragung von Teilen des Geschäftsguthabens

Auch die Handelbarkeit der Geschäftsguthaben wurde erweitert.⁴⁵² Nach § 76 Abs. 1 GenG kann jedes Mitglied sein Geschäftsguthaben jederzeit durch schriftliche Vereinbarung einem anderen (neu eintretenden oder bestehendem) Mitglied ganz oder teilweise übertragen. Auf diese Weise kann es seine Mitgliedschaft ohne Auseinandersetzung beenden oder die Anzahl seiner Geschäftsanteile verringern. Nach alter Rechtslage (§ 76 Abs. 1 GenG a. F.) konnten die Mitglieder die Geschäftsguthaben nur vollständig übertragen.

Mitglieder, die freiwillige Geschäftsanteile halten, können diese somit verringern, ohne sie nach § 67b GenG unter Einhaltung der Kündigungsfrist kündigen zu müssen.⁴⁵³ Deshalb führt ein Abstoß freiwilliger Geschäftsanteile nicht zwangsläufig zu einem Abfluss von Mitgliederkapital,⁴⁵⁴ was dem genossenschaftlichen Unternehmen spürbar zugute kommen wird.

Diese Änderung wirkt sich jedoch nur dann aus, wenn auch ein Abnehmer für den Genossenschaftsanteil gefunden werden kann.⁴⁵⁵ Dies dürfte in der Praxis nicht immer einfach sein, denn der Anreiz, einen genossenschaftlichen Geschäftsanteil zu erwerben, ist wegen der oben⁴⁵⁶ dargestellten – und nicht in der Reform gelösten – Probleme nicht unbedingt

⁴⁵¹ Helios/ Strieder, DB 2005, 2794, 2798.

⁴⁵² Der Gesetzgeber kam Forderungen der Praxis nach; vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 93 sowie die Forderung des Zentralverbandes deutscher Konsumgenossenschaften e.V. (Bösche, Reformüberlegungen zum Genossenschaftsrecht, 5), der die Änderung anschließend begrüßte: BzFdg, Stellungnahme I, 11; BzFdg, Stellungnahme II, 13.

⁴⁵³ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 93.

⁴⁵⁴ Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, 108, 123 f.

⁴⁵⁵ Dazu bereits oben: Kapitel 2 A. II. 2 a); Pistorius, DStR 2006, 278, 282.

⁴⁵⁶ S.o.: Kapitel 2 A. I. 6. In der Literatur wurde immer wieder gefordert, die Mitglieder am Unternehmenswert zu beteiligen (statt vieler siehe Beuthien, DB 2000, 1161, 1163), indem man ihnen beispielsweise einen Anspruch auf Teilnahme am Liquidationserlös zugesteht. Da man in den Vorschriften der §§ 73 Abs. 2 und 3 GenG trotz ihrer Änderung keine in diese Richtung gehende Neuregelung getroffen hat, ist auch in Zukunft nicht von einer Steigerung der Attraktivität des genossenschaftlichen Geschäftsanteils auszugehen (dazu Helios/ Strieder, DB 2005, 2794, 2798; Pistorius, DStR 2006, 278, 282).

hoch. Auch Neuerungen wie die Einführung des Mindestkapitals und die Aussetzung des Auseinandersetzungsanspruchs steigern für Außenstehende nicht unbedingt die Attraktivität eines genossenschaftlichen Geschäftsanteils.⁴⁵⁷

f) Investorenmitglieder

aa) Neuerungen und deren Ziele

Eine grundlegende Neuerung ist die Möglichkeit, rein investierende Mitglieder in der eG zuzulassen, vergleiche § 8 Abs. 2 GenG. Dafür sind nach § 8 Abs. 2 S. 1 GenG solche Personen vorgesehen, die für die Nutzung oder Produktion der Güter und Dienste der Genossenschaft nicht in Frage kommen. Nach dem Vorbild der SCE-VO⁴⁵⁸ hat man die Regelungen der eG angepasst.⁴⁵⁹ Vor Inkrafttreten der SCE-VO gab es die investierende Mitgliedschaft bei Genossenschaften bereits in einigen Mitgliedstaaten.⁴⁶⁰ Man hofft auf eine bessere Kapitalbeschaffung in der Rechtsform eG.⁴⁶¹ Ferner soll die Rechtsänderung Schwierigkeiten verhindern, die sich in der Praxis aus dem Grundsatz der Selbstorganschaft gemäß § 9 Abs. 2 S. 1 GenG ergeben können, wenn es darum geht, Vorstand und Aufsichtsrat mit geeigneten Personen zu besetzen.⁴⁶² In diesem Punkt wird die eG einer Kapitalgesellschaft angenähert,⁴⁶³ deshalb bedarf die Einführung der Investorenmitgliedschaft nach § 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 GenG eines satzungsändernden Beschlusses mit einer Mehrheit von mindestens dreiviertel der abgegebenen Stimmen.⁴⁶⁴ Trotzdem ist die Investormitgliedschaft der gewöhnlichen nicht unähnlich. Auch Investormitglieder sind ordentliche Mitglieder und haben sowohl Stimm- als auch Kündigungsrecht.⁴⁶⁵

⁴⁵⁷ Keßler, BB 2006, 561, 565.

⁴⁵⁸ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 81.

⁴⁵⁹ Vgl. Art. 14 Abs. 1 Ua. 2 SCE-VO i.V.m. § 4 SCE-AG. Zur SCE mit Sitz in Deutschland grundlegend Schulze/Wiese, ZfgG 2006, 108, 108 ff.

⁴⁶⁰ So beispielsweise in Spanien, Frankreich und Italien, vgl. dazu: Ott, ZfgG 1997, 248, 249.

⁴⁶¹ Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 25. Januar 2006, abzurufen unter www.bmj.bund.de.

⁴⁶² Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 81.

⁴⁶³ Großfeld, ZfgG 2006, 101, 103.

⁴⁶⁴ Als weiterer Schutzmechanismus für den Förderzweck ist in § 8 Abs. 2 S. 2 GenG eine Vorgabe an die Satzung eingeführt worden, nach welcher sie sicherzustellen hat, dass nutzende Mitglieder keinesfalls überstimmt werden und qualifizierte Mehrheitsbeschlüsse durch Investormitglieder nicht verhindert werden können. Die Aufnahme eines Mitglieds als Fördermitglied ist neben der allgemeinen Zulassung zusätzlich nach § 8 Abs. 2 S. 3 GenG von einem Beschluss der Generalversammlung oder ggf. des Aufsichtsrates im Einzelfall abhängig. Darüber hinaus dürfen nur maximal ein Viertel der Aufsichtsratsmitglieder Investoren sein.

⁴⁶⁵ Großfeld, ZfgG 2006, 101, 103; Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 81.

bb) Bewertung

Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit rein investierender Mitglieder in der eG hat der Gesetzgeber somit beantwortet.

Die Frage zu beantworten, ob diese Mitglieder nun einen „Fremdkörper“⁴⁶⁶ oder gar eine „Schizophrenie“⁴⁶⁷ im System des deutschen Genossenschaftsrechts darstellen⁴⁶⁸ oder nicht,⁴⁶⁹ ist nicht Ziel dieser Untersuchung.

Entsprechend der Aufgabenstellung ist allein zu klären, ob die Einführung der Investorenmitgliedschaft ein taugliches Mittel zur Verbesserung der Eigenkapitalsituation von Genossenschaften nationalen Rechts ist. Macht die Investorenmitgliedschaft die Anwendung der Genussrechte als Finanzierungsmittel der eG überflüssig?

Die Bewertung ist mangels praktischer Erfahrungen mit investierenden Mitgliedern in Genossenschaften recht schwierig. Während die genossenschaftliche Praxis⁴⁷⁰ und der Gesetzgeber glauben, in der Investormitgliedschaft einen möglichen Ausweg aus der Eigenkapitalmisse der eG gefunden zu haben, reagiert das genossenschaftsrechtliche Schrifttum deutlich verhaltener.⁴⁷¹

(1) Öffnung der Rechtsform

Grundsätzlich führt die Öffnung der Rechtsform für investierende Mitglieder zu einer Erweiterung des Kreises der potentiellen Kapitalgeber und bietet der Gesellschaft somit neue Finanzierungsperspektiven. Insoweit ist diese Rechtsänderung zu befürworten.

(2) Probleme auf Investorenseite

Zweifelhaft ist hingegen, ob die Genossenschaften nun aus einem nicht endenden Kapitalstrom schöpfen können. Denn die Gesellschaft öffnet sich durch die Einführung der Investormitgliedschaft einem breiten Publikum von Kapitalanlegern, die häufig keinerlei Bezug zum Unternehmen haben. Diese Investoren können frei wählen, ob sie ihr Kapital in eine

⁴⁶⁶ Saenger/ Merkelbach, BB 2006, 566, 567.

⁴⁶⁷ Blomeyer in: 50 Jahre Forschungsinstitut, 49, 63.

⁴⁶⁸ Jäger (Genossenschaftsgesetz, 27) meint gar, die Vielzahl der verschiedenen Mitgliederarten würde in deutschen Genossenschaften „zu einem unauflösbaren Stimmrechts- und Verteilungskonflikt führen“, was zu einem Zerfall aktiver Solidarität führen würde.

⁴⁶⁹ So vor allem Beuthien, AG 2006, 53, 57.

⁴⁷⁰ Siehe dazu beispielsweise: BzFdG, Stellungnahme II, 4.

⁴⁷¹ Saenger/ Merkelbach, BB 2006, 566, 569; Pistorius, DStR 2006, 278, 283; Helios/ Strieder, DB 2005, 2794, 2797; zuvor im Hinblick auf SCE und eG kritisch: Cario, ZfgG 2005, 146, 146 ff. und Blomeyer in: 50 Jahre Forschungsinstitut, 49, 63; grundsätzlich befürwortend: Beuthien, AG 2006, 53, 57 ff.

florierende Aktiengesellschaft investieren oder in eine Genossenschaft. Da die Attraktivität eines genossenschaftlichen Geschäftsanteils, vor allem im Hinblick auf die begrenzte Teilnahme am Wertzuwachs der Gesellschaft,⁴⁷² nicht besonders hoch ist, werden Anleger den Aktiengesellschaften allzu häufig den Vorzug gewähren.

Überdies begrenzen die angesprochenen Schutzmechanismen die Möglichkeiten eines Investors, Einfluss auf die Gesellschaft zu nehmen. Für investierende Mitglieder mag es geradezu grotesk erscheinen, dass sie als Interessengruppe rechtlich benachteiligt werden, obwohl sie die Genossenschaft durch Hingabe von Kapital fördern und zusätzlich nicht vom Förderzweck profitieren (können).

Faktische, wenn auch nicht gesetzliche Nachteile ergeben sich u.U. für das einzelne Investorenmitglied: Wenn dieses der Genossenschaft deutlich mehr Kapital zur Verfügung stellt als andere Mitglieder, kann es aufgrund des Demokratieprinzips seine Interessen nicht stärker durchsetzen als Kleininvestoren oder ordentliche Mitglieder mit geringerem Geschäftsguthaben.⁴⁷³ Es könnte daher geneigt sein, zusätzliches Kapital abzuziehen und anderweitig gegen Gewährung von Stimmrechten zu investieren.

Darüber hinaus drohen dem investierenden Mitglied mögliche Ungleichbehandlungen bei der Gewinnverteilung.⁴⁷⁴ In den Genossenschaften ist es üblich, Gewinne an Mitglieder auszuschütten, indem man Fördergeschäfte zu außerordentlich günstigen Bedingungen mit ihnen tätigt. Selbstredend nehmen an dieser Art von Gewinnausschüttung nur die nutzenden Mitglieder teil; Investormitglieder dagegen sind auf die Gewinnausschüttung am Ende eines Geschäftsjahres angewiesen.

⁴⁷² S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. e). Dieses Problem stellt sich bei der Aktiengesellschaft nicht.

⁴⁷³ *Saenger/ Merkelbach*, AG 2006, 566, 568. Abgeschwächt werden diese Bedenken durch die statuarisch ermöglichte Gewährung von Mehrstimmrechten. Im Rahmen der Gesetzesreform 2006 hatte man überlegt, den Genossenschaften diese Möglichkeit fast vollständig zu nehmen (allein in Genossenschaften mit einem Unternehmeranteil von mehr als 75 % sollten dem ersten Regierungsentwurf nach noch Mehrstimmrechte gewährt werden dürfen); letztlich hat man sich jedoch dagegen entschieden (vgl. dazu die Regierungsbegründung, BT-Drucks.16/1025, 85 f.; *Schulze*, ZfgG 2006, 253, 253; *ders./ Wiese*, ZfgG 2006, 108, 126; *Großfeld*, ZfgG 2006, 101, 104 f.; *Helios/ Strieder*, DB 2005, 2794, 2797).

⁴⁷⁴ Dazu und zum Folgenden: *Saenger/ Merkelbach*, AG 2006, 566, 568.

(3) Interessenwiderstreit/ Schwierigkeiten bei Gewinnberechnung und -verteilung

Daher ist ein Interessenwiderstreit zu befürchten:⁴⁷⁵ Während die einen im Mitgliedergeschäft an möglichst günstigen Preisen interessiert sind, verlangen die anderen einen möglichst hohen, am Jahresende zu verteilenden Überschuss, der gerade aus den Mitgliedergeschäften resultiert.⁴⁷⁶

Die Berechnung am Jahresende, die der Gewinnverteilung dient, müsste die indirekten Gewinnausschüttungen in den Fördergeschäften, welche die Genossenschaft über das Jahr mit den Mitgliedern getätigt hat, immer berücksichtigen. Das ist wiederum mit Schwierigkeiten verbunden. Erstens wird es nicht leicht sein, die konkreten, über das Geschäftsjahr getätigten Gewinnausschüttungen bis ins Detail genau zu berechnen und den Gewinn dementsprechend angemessen zu verteilen.⁴⁷⁷ Und zweitens birgt schon allein die Tatsache Konfliktpotential in sich, dass die Gewinnausschüttung am Jahresende – je nach Fördergewinnausschüttung – deutlich zu Ungunsten der nutzenden Mitglieder ausfällt.⁴⁷⁸

(4) Fluktuation des Kapitals

Nutzende Mitglieder sind häufig auf die Förderung von Seiten der Genossenschaft angewiesen. Ein Ausscheiden aus der Gesellschaft muss daher wohl überlegt sein und wird häufig die ultima ratio für sie darstellen.⁴⁷⁹

⁴⁷⁵ *Münkner* in: Genossenschaftsrecht im Spannungsfeld, 83, 104; *ders.* in: Genossenschaften an der Jahrtausendwende, 114, 129 f.; *Greve/ Lämmert* in: Genossenschaftsrecht in Europa, 7, 18.

⁴⁷⁶ *Ringle*, ZfgG 2003, 165, 166.

⁴⁷⁷ *Saenger/ Merkelbach* (BB 2006, 566, 568) schlagen hierzu zwei verschiedene Methoden der Gewinnverteilung vor: Sollte der Umfang der Fördergeschäfte von vornherein absehbar sein, könne man den Investoren eine feste Gewinnquote für die Gewinnverteilung zusagen, welche entsprechend über der Quote der nutzenden Mitglieder liegt. Zweitens könne man die Gewinnquote direkt von den getätigten Fördergeschäften abhängig machen und am Geschäftsjahresende genau berechnen. Zu den Bedenken, die die Autoren selbst gegen diese Berechnungsmethoden vorbringen, sei noch Folgendes hinzugefügt: Dass eine feste Gewinnquote trotz Absehbarkeit der Fördergeschäfte zu einer gerechten Gewinnverteilung führt, ist nicht gerade wahrscheinlich. Die Methode hat zwar den Vorteil, dass sie praktisch umsetzbar ist. Eine Berechnung, die sich an den einzelnen Fördergeschäften orientiert, ist aber mit erheblichem Aufwand verbunden, weil die Mitglieder regelmäßig in unterschiedlichem Umfang Geschäfte mit der Genossenschaft abschließen.

⁴⁷⁸ Auf die Gefahr der Demotivation, welche u.U. die Kündigung freiwillig übernommener Geschäftsanteile oder gar den Austritt aus der Gesellschaft nach sich ziehen kann, weisen *Münkner* (Genossenschaftsrecht im Spannungsfeld, 83, 105) und *Cario* (ZfgG 2005, 146, 151) hin.

⁴⁷⁹ Man denke beispielsweise an Genossenschaften im landwirtschaftlichen Sektor in strukturschwachen Gebieten. Diese haben als Abnehmer von landwirtschaftlichen Erzeugnissen allzu häufig eine Art Monopolstellung inne. Ein Landwirt, der Genossenschaftsmitglied ist und der mit der Geschäftsführung oder bestimmten Beschlüssen der GV nicht einverstanden ist, hat nun die Wahl: Einerseits kann er den von ihm missbilligten Zustand ohne Reaktion hinnehmen und Mitglied in der Genossenschaft bleiben. Andererseits kann er kündigen, was gleichzeitig bedeuten würde, dass er seine Produkte zukünftig zu einem anderen, entfernter gelegenen Abnehmer transportieren muss. Entsprechendes würde z.B. auch in Hinblick auf Saatgut, etc. gelten, das er nach einem Austritt nur noch zu deutlich schlechteren Bedingungen von der Genossenschaft oder von einem anderen Anbieter erwerben müsste.

Investierende Mitglieder entscheiden allein nach Anlagegesichtspunkten und sind, abgesehen von Einzelfällen, in denen besonders günstige Konditionen geboten wurden, keineswegs auf die Genossenschaft angewiesen.

Die Konsequenz liegt auf der Hand: Investierende Mitglieder werden sich daher weitaus schneller zu einer Kündigung der Mitgliedschaft veranlasst sehen als gewöhnliche; vor allem dann, wenn die ihnen auszuzahlende Dividende den am Kapitalmarkt erzielbaren Zins nicht mehr erreicht. Ein noch stärker fluktuierender Kapitalstamm ist zu befürchten.⁴⁸⁰

(5) Erfahrungen aus anderen EU-Staaten

In der deutschen Genossenschaftspraxis mangelt es an Erfahrungen mit Investormitgliedern. Auch für die junge Rechtsform der SCE fehlen Erfahrungswerte. Gleichwohl ist das investierende Mitglied einer Genossenschaft in anderen europäischen Staaten kein Unbekannter.

In Italien wurde der sog. socio sovventore mit Gesetzesreform des Jahres 1992 eingeführt.⁴⁸¹

Im gleichen Jahr trat auch in Frankreich eine grundlegende Reform des Genossenschaftsrechts in Kraft,⁴⁸² die das Ziel verfolgte, die Kapitalausstattung der Genossenschaften zu verbessern.⁴⁸³ Mit ihr erhielten die Genossenschaften die Option, per Satzung Fördermitglieder zuzulassen, die den investierenden Mitgliedern sehr ähneln.⁴⁸⁴

⁴⁸⁰ Demgegenüber verbinden *Pistorius* (DStR 2006, 278, 283), *Cario* (ZfgG 2005, 146, 151) und *Saenger/ Merkelbach* (BB 2006, 566, 568) damit vor allem die Befürchtung, die Investorenmitglieder könnten unter Austrittsdrohungen ihre – oft dem Förderzweck entgegenstehenden – Interessen durchsetzen. Daher sei eine gewisse Abhängigkeit der Genossenschaft von den Investoren und eine Verwässerung des Förderzwecks zu befürchten. Ob dies nun zutrifft (dagegen eindeutig *Beuthien* (AG 2006, 53, 55 ff.), der diese Argumentation schon vom Ansatz her für verfehlt hält) oder nicht, sei dahingestellt.

Eine dividendenorientierte, von kapitalistischen Interessen geprägte Geschäftspolitik wirkt sich nicht unbedingt negativ auf die hier zur Disposition stehende Kapitalausstattung eines Unternehmens aus. Eher ist das Gegenteil der Fall.

⁴⁸¹ Gesetz Nr. 59 vom 31. Januar 1992, dazu *Münkner* in: Genossenschaften im Spannungsfeld, 83, 94 ff.; *Cusa* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 178.

⁴⁸² Genaue Bezeichnung und Veröffentlichung: „Loi relative à la modernisation des entreprises coopératives, loi n 92-643 du 13 juillet 1992 parue au Journal Officiel du 14 juillet 1992“. Die letzte Änderung des französischen Genossenschaftsrechts trat am 17. Dezember 2004 in Kraft, berührte aber den hier behandelten Teilbereich nicht.

⁴⁸³ *Möhlenkamp* in: Genossenschaftsrecht in Europa, 115, 117.

⁴⁸⁴ Markanter Unterschied der französischen Fördermitglieder zu den Investoren ist die Stimmrechtsvergabe. So kann die Satzung nach französischem Recht erlauben, dass Investorenmitglieder Stimmrechte im Verhältnis zu ihrer Kapitalbeteiligung erhalten, wenngleich ein Übergewicht ihrer Stimmen durch Einführung gesetzlicher Grenzen (35 bzw. 49 %) verhindert wurde (*Möhlenkamp* in: Genossenschaftsrecht in Europa, 115, 131; *Münkner* in: Genossenschaftsrecht im Spannungsfeld, 83, 88 ff.).

Das spanische Genossenschaftsrecht kennt rein investierende Mitglieder, sog. *asociados*, die keinen Bezug zur Gesellschaft haben, sogar schon seit der Novellierung von 1987. Diese Mitglieder verfügen über Stimmrechte, die von Kapital unabhängig sind, und über Informationsrechte. Allerdings ist die Stimmrechtsmacht der investierenden Mitglieder in ihrer Gesamtheit begrenzt und auch bei der Ämterbesetzung können sie grundsätzlich nicht berücksichtigt werden.⁴⁸⁵

Die Einführung der Investorenmitgliedschaft mag zwar eine leichte Verbesserung der Eigenkapitalsituation in Italien, Frankreich und Spanien bewirkt haben. Von einer Lösung dieser Problematik kann aber keinesfalls gesprochen werden.⁴⁸⁶

g) Zusammenfassung

Es bestehen deutliche Zweifel daran, dass die gesetzlichen Änderungen eine wesentliche Verbesserung der Eigenkapitalsituation deutscher Genossenschaften bewirken werden und eine Vergabe von Genussrechten deshalb nicht mehr notwendig ist. Ausgehend von den vier Hauptsäulen, die die Verbesserung tragen sollten, also die Zulässigkeit einer Sachgründung, die Möglichkeit eines Mindestkapitals, die Zulassung von rein investierenden Mitgliedern und die Neuerungen im Hinblick auf eine IAS 32-Bilanzierung,⁴⁸⁷ kann wie folgt zusammengefasst werden:

Die Ermöglichung einer Sachgründung ist ein Schritt in die richtige Richtung; die zu erwartenden praktischen Auswirkungen sind allerdings als gering einzustufen. Bei bereits existierenden Genossenschaften ein Mindestkapital einzuführen, dürfte ob der restriktiv wirkenden Vorschriften in der Praxis nur sehr schwer möglich sein. Bei neu entstehenden Genossenschaften wirkt das Mindestkapital gründungshemmend.

Die Zulassung rein investierender Mitglieder bringt – unabhängig von ihrer etwaigen Systemwidrigkeit – Konfliktpotential in die Gesellschaft. Dieses kann die Genossenschaft aber möglicherweise durch eine ausgewogene Satzungs- und Vertragsgestaltung kompensie-

⁴⁸⁵ Teilweise sind jedoch geringwertige statuarische Zugeständnisse möglich. Zum Ganzen: *Münkner* in: Genossenschaftsrecht im Spannungsfeld, 83, 92 ff.

⁴⁸⁶ Ausführlich dazu *Pastor Sempere*, Los recursos propios en las sociedades cooperativas, 1 ff.; 99 ff., 279 ff., die u.a. auf die nach wie vor bestehenden Finanzierungsprobleme europäischer Genossenschaften hinweist und sich im Übrigen auch mit hybriden Finanzierungsformen auseinandersetzt.

⁴⁸⁷ Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 25. Januar 2006 (abzurufen unter: www.bmj.bund.de), 3.

ren.⁴⁸⁸ Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass beide Parteien nutzende und rein investierende Mitglieder im Ergebnis aufeinander angewiesen sind.⁴⁸⁹ Ungeachtet dessen sind große Kapitalzuflüsse wegen der häufig mangelnden Attraktivität genossenschaftlicher Geschäftsanteile, insbesondere des Investorenanteils, nicht zu erwarten.⁴⁹⁰

Schließlich geht die Sicherung des Eigenkapitalausweises nach IAS 32 nicht über die begrüßenswerte Verhinderung der Nachteile hinaus, die die Klarstellung der Kommission bzw. des IFREC seit dem 1. Januar 2007 für die deutschen Genossenschaften bedeutet hätten. Allerdings ist in diesem Zusammenhang die äußerst begrenzte Möglichkeit des Eigenkapitalausweises in der Praxis bei einer Bilanzierung nach IFRS/IAS zu unterstreichen.

Die Genossenschaften können angesichts dieser Probleme keine deutlich spürbare Verbesserung ihrer Eigenkapitalsituation erwarten. Die Reform hat zwar erfreulicherweise einige Hemmnisse beseitigt. Im eigentlich wichtigeren Punkt der Schaffung neuer Finanzierungsperspektiven ist sie inkonsequent, da gute Ansätze nicht den praktischen Gegebenheiten entsprechend umgesetzt wurden. Von der weitgehenden Satzungsfreiheit wird man wegen der hohen Mehrheitserfordernisse für die wesentlichen Änderungen nur in begrenztem Umfang Gebrauch machen können. Einige Vorschläge, wie der, die Mitglieder am Unternehmenswert zu beteiligen, fanden keine Berücksichtigung. Somit hat der Gesetzgeber die Chance vertan, eine echte Konkurrenz für andere Finanzierungsmittel wie die Genussrechte zu schaffen.

III. Zwischenergebnis

Auch nach der Reform des Genossenschaftsrechts besteht weiterhin ein Bedürfnis nach alternativen Finanzierungs- und Sanierungsmitteln in der eG.

Hinzu kommt, dass seit dem 18. August 2006 eine SCE mit Sitz in Deutschland gegründet werden kann.⁴⁹¹ Diese ist in finanzrechtlicher Hinsicht besser aufgestellt als die reformierte eG⁴⁹² und tritt zu dieser in Konkurrenz, sobald ein grenzüberschreitender Gründungssach-

⁴⁸⁸ So im Ergebnis auch *Saenger/ Merkelbach*, AG 2006, 566, 569.

⁴⁸⁹ *Ringle* in: Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, 51, 68; *Beuthien* in: FS Lambert, 144, 155; *ders.*, AG 2006, 53, 59.

⁴⁹⁰ Dieser Ansicht ist ebenfalls *Pistorius* (DStR 2006, 278, 283).

⁴⁹¹ S.u.: Kapitel 3 A.

⁴⁹² Dazu s.u.: Kapitel 3 B. III. 5.

verhalt vorliegt.⁴⁹³ Genussrechte könnten bei Zulässigkeit und Eignung in der eG ausgegeben werden und im Vergleich zur SCE bestehende Nachteile ausgleichen.

⁴⁹³ Vgl. Art. 2 Abs. 1 SCE-VO.

B. Eigenkapitalcharakter des Genussrechtskapitals/ Ausgestaltungsmöglichkeiten

Die Untersuchung ging bisher davon aus, eine Genussrechtsvergabe trage zur Verbesserung der Eigenkapitalsituation der Gesellschaften bzw. Genossenschaften bei. Der folgende Abschnitt widmet sich der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Genussrechtskapital tatsächlich Eigenkapital sein kann. Dabei wird zunächst der handelsbilanzrechtliche Begriff des Eigenkapitals zugrunde gelegt.

I. Definition des Eigenkapitals

Das HGB enthält keine Legaldefinition des Eigenkapitals. Der Begriff „Eigenkapital“ lässt sich konkretisieren, indem man das Kapital eines Unternehmens in Fremdkapital und Eigenkapital einteilt und anhand dieser Einteilung differenziert. Für die Unterscheidung stellt man nicht in erster Linie auf die zivilrechtliche Ausgestaltung des zu beurteilenden Kapitals ab,⁴⁹⁴ sondern eher auf dessen Funktion.⁴⁹⁵

Von diesem Ansatz her haben sich in der Literatur drei bzw. vier Grundkriterien zur Beurteilung der Eigenkapitalqualität herausgebildet,⁴⁹⁶ die kumulativ vorliegen müssen. Die Anzahl der Kriterien variiert zum Teil auch von drei bis sechs. Das liegt daran, dass die Autoren unterschiedliche Begrifflichkeiten verwenden und sich zum Teil auch nicht einig sind, wie man das Eigenkapital am ehesten bestimmt. Es gibt eine nicht mehr überschaubare Fülle von Ansichten, Kriterien und Begrifflichkeiten.⁴⁹⁷ Aus diesem Grund ist eine Diskussion nicht geboten. Stattdessen orientiert sich die Untersuchung soweit wie möglich am Gesetz.

Nach § 247 Abs. 1 HGB muss eine Gesellschaft in der Bilanz folgende Posten gesondert ausweisen: das Anlage- und Umlaufvermögen, das Eigenkapital, die Schulden und die Rechnungsabgrenzungsposten. Grobe negative Definitionskriterien ergeben sich somit schon aus den Ansatzvorschriften – wenn auch nicht auf den ersten Blick.

⁴⁹⁴ Sog. formeller Kapitalbegriff.

⁴⁹⁵ Materieller Kapitalbegriff; dazu: BGHZ 104, 33, 39 f.; Lutter/ Hommelhoff, ZGR 1979, 31, 42; Küting/ Kessler, BB 1994, 2103, 2104; Priester, DB 1991, 1917, 1918 f.; Wengel, DStR 2001, 1316, 1317; K.Schmidt in: Bilanz- und Konzernrecht, 487, 489 ff. Man spricht auch vom funktionellen Eigenkapitalbegriff, vgl. Bingel/ Weidenhammer, DStR 2006, 675, 675.

⁴⁹⁶ Die Anzahl der Autoren im Schrifttum ist derart hoch, dass hier nur einige genannt werden können: Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 12; Hense, Die stille Gesellschaft, 189 ff.; Ascher-mann, Die eingetragene Genossenschaft, 108 ff.; Wengel, DStR 2001, 1316, 1318 ff. Zahlreiche weitere Nachweise finden sich bei Küting/ Kessler, BB 1994, 2103, 2103 Fn. 1.

⁴⁹⁷ Dies kritisieren zu Recht auch Küting/ Kessler, BB 2004, 2103, 2103.

Detailliertere Angaben liefert die Gliederungsvorschrift des § 266 Abs. 3 HGB in Verbindung mit den Erläuterungen in § 272 HGB. Danach sind das gezeichnete Kapital,⁴⁹⁸ die Kapitalrücklage, die verschiedenen Gewinnrücklagen,⁴⁹⁹ der Gewinn- oder Verlustvortrag und der Jahresüberschuss bzw. Jahresfehlbetrag unter dem Posten „Eigenkapital“ zu passivieren.

Ansatzpunkte für eine Definition bieten Kriterien, die all den in § 266 Abs. 3 Ziffer A. Punkt I.-V. HGB genannten gemein sind. Anhand dieser Kriterien lässt sich dann untersuchen, ob und bei welcher Gestaltung die Genussrechte als Eigenkapital einzustufen sind.

1. (Vorrangige) Verlustteilnahme

Zunächst nehmen alle aufgeführten Posten vorrangig (also vor dem Fremdkapital) und laufend am Verlust der Gesellschaft teil.⁵⁰⁰ Insofern übernehmen sie – und damit auch das Eigenkapital – das ständige Geschäftsrisiko und schützen dadurch das Kapital Dritter. Sie sind eine Art Insolvenzpuffer.⁵⁰¹ Indem das Kapital dieser Rechnungsposten Verluste trägt, wird es der sog. Haftungsfunktion des Eigenkapitals gerecht.⁵⁰² In Anspielung auf die vorrangige Verlustteilnahme verwendete man früher passend auch den Begriff der „Voraushaftungsfunktion“,⁵⁰³ da Verluste zuerst das Eigenkapital und nach dessen Aufzehrung das Fremdkapital berühren.

2. Nachrangigkeit

Eigenkapital darf sowohl in der Liquidation als auch im Insolvenzfall erst dann bedient werden, wenn eine Befriedigung oder zumindest hinreichende Sicherung aller Ansprüche externer Gesellschaftsgläubiger gewährleistet ist.⁵⁰⁴ Auch diese sog. Nachrangigkeit ist eine Ausprägung der Haftungsfunktion des Eigenkapitals.⁵⁰⁵

⁴⁹⁸ Bei der eG treten die Geschäftsguthaben an die Stelle des gezeichneten Kapitals, vgl. § 337 Abs. 1 S. 1 HGB.

⁴⁹⁹ In der eG müssen stattdessen die Ergebnissrücklagen in der von § 337 Abs. 2 HGB vorgegebenen Weise ausgewiesen werden.

⁵⁰⁰ Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 12; Küting/ Kessler, BB 2004, 2103, 2105.

⁵⁰¹ Wengel, DStR 2001, 1316, 1318.

⁵⁰² Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 12.

⁵⁰³ Wedel, Der Partizipationsschein als Kapitalbeschaffungsmittel, 107; Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 31.

⁵⁰⁴ Küting/ Kessler, DStR 1994, 2103, 2105; Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 12; Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 110; siehe für Personenhandelsgesellschaften auch: Bundessteuerberaterkammer, DStR 2006, 668, 668 f.; Bingel/ Weidenhammer, DStR 2006, 675, 676.

⁵⁰⁵ Bingel/ Weidenhammer, DStR 2006, 675, 675; siehe auch Wengel (DStR 2001, 1316, 1318), der umgekehrt meint, die Haftungsfunktion ergebe sich aus den Kriterien der Verlustteilnahme und Nachrangigkeit.

3. Dauerhafte Verfügbarkeit

Als Eigenkapital muss das eingezahlte Kapital dauerhaft verfügbar sein. Das bedeutet erstens, dass die Einzahlung des Kapitals zwingend ist, da es sonst eine weitere Funktion des Eigenkapitals, die Finanzierungsfunktion,⁵⁰⁶ nicht erfüllen kann.⁵⁰⁷ Eigenkapital muss der Gesellschaft zudem *dauerhaft* zur Verfügung stehen, weil es deren Fortbestand sichern soll.⁵⁰⁸ Dauerhaft heißt in diesem Zusammenhang nicht, dass Gläubiger oder Gesellschafter der Gesellschaft die Eigenmittel bis zur Auflösung belassen müssen. Auch Eigenkapital kann durch Verluste aufgebraucht oder anderweitig entzogen werden. Allein die Tatsache, dass für den Entzug immer besondere Reglementierungen gelten, macht den Unterschied zum Fremdkapital aus. Durch diese Reglementierungen ist Eigenkapital besser vor dem Entzug geschützt. Die Literatur bezeichnet diese (notwendige) Eigenschaft des Eigenkapitals neben „Verfügbarkeit“ auch als „Längerfristigkeit“,⁵⁰⁹ „Dauerhaftigkeit“⁵¹⁰ oder „Nachhaltigkeit“.⁵¹¹ Verfügbarkeit oder Nachhaltigkeit treffen die Bedeutung am ehesten, weil sich die übrigen Begriffe zu sehr auf das Zeitmoment versteifen.

II. Ausgestaltungsvarianten – Genussrechtskapital als Eigenkapital nach HGB-Grundsätzen

Wann ist Genussrechtskapital Eigenkapital? Die vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten von Genussrechten verhindern eine pauschale Einordnung sicherlich.⁵¹² Dennoch ist es möglich und hilfreich, aufzuzeigen, in welcher Ausgestaltungsform ein Genussrecht die oben genannten Kriterien erfüllt und demnach Eigenkapital ist. Darüber herrschte in der Literatur lange Zeit Uneinigkeit.⁵¹³

⁵⁰⁶ Zur Finanzierungsfunktion und zu weiteren Funktionen neben der Voraushaftung siehe: Müller, BB 1996, Beilage Nr. 18, 17, 17.

⁵⁰⁷ Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 12.

⁵⁰⁸ Wengel, DStR 2001, 1316, 1319.

⁵⁰⁹ Wengel, DStR 2001, 1316, 1319.

⁵¹⁰ Emde, Der Genußschein als Finanzierungselement, 18; Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 108.

⁵¹¹ Küting/ Kessler, BB 1994, 2103, 2105; Baetge/ Brüggemann, DB 2005, 2145, 2147 ff.

⁵¹² Nicht zu Unrecht meint Groh (BB 1993, 1182, 1889), um die Bilanzierung des Genussrechtskapitals habe es ein „Rätselraten“ gegeben.

⁵¹³ Zur bilanziellen Einordnung der Genussrechte: Küting/ Dürr, DStR 2005, 938, 940 ff.; Gündel/ Hirdes, BC 2005, 205, 206 ff.; Tanski, FB 2005, 8, 9 f.; Wengel, DStR 2001 1316, 1316; Emmerich/ Naumann, WPg 1994, 681, 681 ff.; Fischer, Der Genußschein als kapitalmarktpolitisches Instrument, 233 ff.; Groh, BB 1993, 1882, 1889 f.; Küting/ Kessler, BB 1994, 2103, 2110 ff.; Wiese/ Dammer, DStR 1999, 867, 870; Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 12 ff.; Emde, Der Genußschein als Finanzierungselement, 23; Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 108 ff.; Ziehe, BB 1988, 225, 225 ff.; Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 30 ff.; Vollmer, ZGR 1983, 445, 445 ff.; ders. GmbH 1984, 329, 331 ff.; K.Schmidt, JZ 1984, 771; 782; Hirte, ZIP 1988, 477, 477 f.; Schick, BB 1985, 2137, 2137 f.; Ernst, Der Genußschein im deutschen und schweizerischen Aktienrecht, 211 ff.

Das Institut der Wirtschaftsprüfer (IDW)⁵¹⁴ hat im Jahre 1994 eine viel beachtete Stellungnahme seines Hauptfachausschusses (HFA)⁵¹⁵ „Zur Behandlung von Genußrechten im Jahresabschluss von Kapitalgesellschaften“ veröffentlicht.⁵¹⁶ Diese orientiert sich an den oben genannten Eigenkapitalkriterien. Danach bewertet man das von einer Gesellschaft ausgegebene Genussrechtskapital als Eigenkapital, wenn es nachrangig und bis zur vollen Höhe am Verlust beteiligt ist, sowie erfolgsabhängig vergütet und längerfristig überlassen wird.

Diese Stellungnahme lässt sich sinngemäß auch auf die Genossenschaften übertragen.⁵¹⁷ Anhand ihrer und der oben entwickelten Kriterien gilt Folgendes für die Eigenkapitalqualität von Genussrechtskapital: Orientiert am funktionellen Kapitalbegriff darf für die Einordnung nicht im Vordergrund stehen, dass durch die Überlassung von Kapital seitens des Genussrechtinhabers schuldrechtliche Rückzahlungsansprüche gegen die Gesellschaft entstehen. Dies stünde einer bilanzrechtlichen Qualifikation als Eigenkapital entgegen. Von entscheidender Bedeutung ist, dass das Genussrechtskapital die Haftungsfunktion übernimmt.⁵¹⁸

1. Uneingeschränkte Verlustbeteiligung des Genussrechtskapitals

Die Vertragsparteien müssen somit eine uneingeschränkte Verlustbeteiligung des Genussrechtskapitals vereinbaren, damit es als Eigenkapital ausgewiesen werden kann. Die Gesellschaft darf das gegen die Ausgabe von Genussrechten eingebrachte (Gesellschafts-)Kapital dann nur auszahlen, wenn sie dadurch keine Eigenkapitalbestände aufzehrt, die besonderen gesetzlichen Schutzvorschriften unterliegen.⁵¹⁹ Verluste der Gesellschaft sind infolgedessen erst dann mit nicht ausschüttungsfähigen Eigenkapitalbestandteilen zu verrechnen, wenn das Genussrechtskapital bereits aufgezehrt ist.⁵²⁰

Auf diese Weise erfüllt das Genussrechtskapital die Haftungsfunktion im Stadium der aktiven Geschäftstätigkeit des Unternehmens.⁵²¹

⁵¹⁴ Das Institut der Wirtschaftsprüfer ist ein eingetragener Verein von Wirtschaftsprüfern und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften mit Sitz in Düsseldorf, in dem über 85 % aller deutschen Wirtschaftsprüfer Mitglied sind.

⁵¹⁵ Diese wird gemeinhin als HFA 1/1994 bezeichnet.

⁵¹⁶ HFA IDW, WPg 1994, 419, 419 ff.

⁵¹⁷ Tanski, FB 2005, 8, 9 f.

⁵¹⁸ So auch Wengel (DStR 2001, 1316, 1318 f.), der davon spricht, dass das Genussrechtskapital aufgrund seiner Ausstattung als primärer Risikoträger fungieren können muss.

⁵¹⁹ Schaber/ Kuhn/ Eichhorn, BB 2004, 315, 316.

⁵²⁰ Küting/ Dürr, DStR 2005, 938, 941; Schaber/ Kuhn/ Eichhorn, BB 2004, 315, 317.

⁵²¹ Wengel, DStR 2001, 1316, 1319.

2. Nachrangigkeit des Genussrechtskapitals

Zweite Voraussetzung für die Ausgestaltung der Genussrechte als Eigenkapital ist folgende: Der Genussrechtsvertrag gewährt für den Fall der Insolvenz oder den der Auflösung der Gesellschaft einen Rückzahlungsanspruch. Dieser darf erst dann entstehen oder durchsetzbar sein, wenn die Gesellschaft alle Ansprüche von Kapitalgebern befriedigt hat, die ihr Kapital nicht als Eigenkapital eingebracht haben.⁵²²

Eine derartige Vereinbarung erhält die Haftungsfunktion des Genussrechtskapitals im Stadium der Auflösung nach §§ 78 ff. GenG aufrecht.⁵²³

3. Dauerhafte Verfügbarkeit des Genussrechtskapitals

Drittens muss das Genussrechtskapital das eigenkapitaltypische Merkmal der Verfügbarkeit erfüllen. Typische genossenschaftliche Eigenkapitalbestandteile, wie die Geschäftsguthaben, kommen dem nach, indem die Genossen sie – entsprechend ihrer Definition –⁵²⁴ einzahlen. Das Genussrechtskapital ist der Genossenschaft in voller Höhe zur Verfügung zu stellen.

Außerdem muss das Genussrechtskapital den Fortbestand des Unternehmens sichern. Deshalb müssen die Genussrechtsgläubiger es der Gesellschaft für einen bestimmten Zeitraum überlassen, in dem keine Seite eine Rückzahlung verlangen oder tätigen darf.

In diesem Zusammenhang fragt sich, ob eine Genossenschaft Genussrechte nur unter *völligem* Ausschluss des Rückzahlungsanspruchs vergeben darf, wenn sie das Genussrechtskapital als Eigenkapital ausweisen möchte.

Auch hier hilft es weiter, den Fokus auf typische genossenschaftliche Eigenkapitalbestandteile, wie die Geschäftsguthaben, zu wenden. Diese dürfen den Mitgliedern nach § 22 Abs. 4 S. 1 GenG nicht ausgezahlt werden, solange diese nicht ausgeschieden sind. Beim Ausscheiden haben die Mitglieder einen Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben nach § 72 Abs. 2 S. 2 GenG, welches bei ausgeglichener Bilanz aus dem vollen Geschäftsguthaben besteht. Satzungsmäßige Abweichungen sind möglich: Seit Inkrafttreten der Gesetzesände-

⁵²² Vgl. auch: Küting/ Dürr, DStR 2005, 938, 940; ders./ Kessler, DStR 1994, 2103, 2111; Tanski, FB 2005, 8, 9; Schaber/ Kuhn/ Eichhorn, BB 2004, 315, 316; Wengel, DStR 2001, 1316, 1319; IDW HFA, WPg 1994, 419, 420.

⁵²³ Wengel, DStR, 2001, 1316, 1319.

⁵²⁴ Denn das Geschäftsguthaben bezeichnet den Betrag, der tatsächlich auf einen bzw. mehreren Geschäftsanteilen eingezahlt wurde.

rung am 18. August 2006 kann die Satzung einer Genossenschaft nach § 72 Abs. 4 GenG den Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben – also auch auf das Geschäftsguthaben eines Mitglieds – aussetzen.⁵²⁵ Es wird also deutlich, dass das Genossenschaftsrecht, insbesondere in seiner reformierten Fassung, einen Entzug klassischen Eigenkapitals zu vermeiden sucht und sich daher strengen Reglementierungen unterwirft. Man denke auch an die Möglichkeit, Fristen für die Kündigung der Mitgliedschaft auf fünf bzw. zehn Jahre festzusetzen, vergleiche § 65 Abs. 2 GenG.

Jedoch gibt es nur in der Genossenschaft die Möglichkeit, zur Verfügung gestelltes Kapital – in Form der Geschäftsguthaben – überhaupt zu kündigen und der Gesellschaft dadurch zu entziehen.⁵²⁶ Darin liegt ein erheblicher Unterschied zu den Kapitalgesellschaften, bei denen dies nicht der Fall ist. Aus diesem Grund ist im Genossenschaftsrecht ein vollständiger Ausschluss der Rückzahlung des Genussrechtskapitals vor Ablauf der Vertragszeit für die Einordnung als Eigenmittel nicht erforderlich; denn auch typische Eigenmittel (wie die Geschäftsguthaben) würden dieses Kriterium nicht erfüllen.⁵²⁷

Aus demselben Grunde ist es auch nicht erforderlich, dass die Genussrechte zwangsläufig unbefristet laufen.⁵²⁸ Besteht für den Genussrechtsinhaber eine vertragliche Möglichkeit zur Kündigung und macht er von dieser Gebrauch, so verliert das Genussrechtskapital seine Eigenkapitalqualität mit Zugang der Kündigung. Die Gesellschaft muss es bis zum endgültigen Entzug als Fremdkapital ausweisen.

Überdies sind bei Laufzeitbefristungen die Endlaufzeiten aus Publizitätsgründen im Anhang anzugeben;⁵²⁹ eine Umqualifizierung von Eigen- in Fremdkapital nach Ablauf einer bestimmten Zeit dürfte nicht erforderlich sein.⁵³⁰

Schließlich stellt sich noch die Frage nach der konkret erforderlichen Laufzeit. Mit dem Hinweis, dass auch die genossenschaftlichen Geschäftsguthaben nicht „dauerhaft“ sind, kann man ebenfalls den geforderten Mindestlaufzeiten von Genussrechten in der eG von 15 bis zu

⁵²⁵ Näheres dazu s.o.: Kapitel 2 A. II. 2. b).

⁵²⁶ Das Kapital kann freilich nur dann entzogen werden, wenn Mittel für die Rückzahlung vorhanden sind.

⁵²⁷ Das IDW hat dies seinerzeit in Erwägung gezogen, vgl. *IDW HFA*, WPg 1993, 446, 447; siehe bereits *K.Schmidt*, JZ 1984, 771, 782.

⁵²⁸ Hier liegt ein ebenso deutlicher wie gravierender Unterschied der HGB-Bilanzierung zur Bilanzierung nach IAS/IFRS, vgl. dazu unten: Kapitel 3 E. V.

⁵²⁹ *IDW HFA*, WPg 1994, 419, 420; *Küting/ Dürr*, DStR 2005, 936, 941; *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 317.

⁵³⁰ *Tanski*, FB 2005, 8, 10; *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 317.

25 Jahren⁵³¹ begegnen. Es ist nicht einzusehen, warum das Geschäftsguthaben eines Nicht-Unternehmers (Eigenkapital) selbst im ungünstigsten Fall innerhalb von fünfeinhalb Jahren zurückgezahlt werden kann, Genussrechtskapital demgegenüber jahrzehntelang in der Genossenschaft verbleiben soll – obwohl dieses sogar mehr Gläubigerschutz bietet.⁵³²

Unter Berücksichtigung der genossenschaftlichen Kapitalerhaltungsgrundsätze und handelsrechtlicher Bilanzierungsprinzipien sollte – orientiert an der Höchstdauer der Auszahlungszeit der Geschäftsguthaben plus Auszahlungsfrist – die Vereinbarung einer fünf- bis sechsjährigen Mindestlaufzeit für die Genussrechte ausreichen, um sie noch unter Eigenkapital zu verbuchen.

Sollte ein Kündigungsrecht eingeräumt sein, so darf es der Genussrechtsinhaber erst nach Ablauf der Mindestlaufzeit geltend machen. Zu befürworten ist der Vorschlag von *Küting* und anderen, nach dem die Kündigung eines Genussrechts auch nach Ablauf der Mindestlaufzeit zusätzlich einer Frist von zwei Jahren unterliegen soll. Dadurch bleibt die Gläubigerschutzfunktion gewährleistet und der Genossenschaft überlassenes Kapital kann nicht kurzfristig fällig gestellt werden.⁵³³

Nachträglich sei bemerkt, dass sich trotz dieser Erwägungen im Einzelfall Abweichungen bei Genussrechtsgestaltungen ergeben können, die nicht gleichzeitig zum zwangsläufigen Verlust der Eigenkapitalqualität führen müssen. Wegen der vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten von Genussrechten wird (trotz der hier aufgezeigten Leitkriterien) häufig im Einzelfall allein danach zu entscheiden sein, ob es die möglicherweise sehr facettenreiche Ausgestaltung eines Genussrechts im Hinblick auf das Verfügbarkeits- und Zeitmoment noch zulässt, dass das entsprechende Kapital seiner Haftungsfunktion hinreichend nachkommt.

4. Bedienung aus dem Gewinn

Weiterhin stellt sich die Frage, wie und aus welchen Mitteln die Gesellschaft die Genussrechte bedienen darf, damit sie bei Erfüllung der sonstigen Kriterien als Eigenkapital gelten. Das HGB sieht in §§ 269 und 274 Abs. 2 Ausschüttungsbeschränkungen bei Aktivierung be-

⁵³¹ Derartige Laufzeiten werden beispielsweise von *Emmerich/ Naumann* (WPg 1994, 677, 683) vorgeschlagen.

⁵³² Letzteres ist eine Tatsache, die die meisten Autoren nicht ansprechen. Siehe auch *Wengel* (DStR 2001, 1316, 1320).

⁵³³ *Küting/ Kessler*, DStR 1994, 2103, 2112; *ders./ Dürr*, DStR 2005, 936, 941 f.

stimmter Posten⁵³⁴ als Bilanzierungshilfen vor. Danach darf die Gesellschaft Gewinnausschüttungen nur dann tätigen, wenn die nach der Ausschüttung verbleibenden, jederzeit auflösbaren Gewinnrücklagen (Gewinn- und Verlustvorträge verrechnet) dem angesetzten Betrag mindestens entsprechen.

Dieser Gedanke findet sich auch im Genossenschaftsrecht wieder; und zwar noch deutlicher auf das Eigenkapital bezogen. Als typische Eigenkapitalposten in der Bilanz einer Genossenschaft nach § 266 Abs. 3 HGB in Verbindung mit § 337 Abs. 1 S. 1 HGB gelten Geschäftsguthaben. Diese dürfen wegen der Vorschrift des § 21 Abs. 1 GenG, vorbehaltlich einer statuarischen Regelung nach § 21a Abs. 1 S. 1 GenG, nicht verzinst werden. Hat die Genossenschaft eine Verzinsung durch die Satzung ermöglicht, darf sie Zinsen nur insoweit auszahlen, wie etwaige Jahresfehlbeträge oder Verlustvorträge durch entsprechende Jahresüberschüsse und Gewinnvorträge oder durch Ergebnisrücklagen gedeckt sind. In Höhe des nicht gedeckten Betrages dürfen keine Zinsen gezahlt werden, vergleiche § 21a Abs. 2 GenG. Dies bedeutet nichts anderes, als dass die Genossenschaft Zinsen auf die Geschäftsguthaben nur aus ihren Gewinnen bezahlen darf; was letztlich dem Gläubigerschutz dient.

Abstrakt lässt sich nun in einem zweiten Schritt formulieren: Mittel, die der Genossenschaft als Eigenkapital überlassen werden, dürfen nur aus Überschüssen bedient werden und nicht aus Mitteln, die gegen Entzug besonders zu schützen sind, damit man sie bilanzrechtlich als Eigenkapital einstufen kann.

Das Genussrechtsrechtskapital in einer Genossenschaft darf, dieser Überlegung folgend, um eine Verringerung der Haftsubstanz zu vermeiden, nur aus den Gewinnen der Genossenschaft bedient werden. Die Genussrechte sind also gewinnabhängig oder gewinnorientiert auszugestalten;⁵³⁵ bei gewinnorientierter Verzinsung darf kein Mindestzinssatz garantiert werden.⁵³⁶ Diese Anforderung trägt dem Grundsatz der Kapitalerhaltung in besonderem Maße Rechnung.⁵³⁷

⁵³⁴ Dies sind namentlich Aufwendungen für die Ingangsetzung und Erweiterung des Geschäftsbetriebes und Abgrenzungsposten für zu erwartenden Steuerentlastungen.

⁵³⁵ Zu den Begrifflichkeiten s.o.: Kapitel 1 B. I. 3.

⁵³⁶ Es sei denn, die bei garantierter Verzinsung zu befürchtenden Abflüsse von Haftkapital könnten durch andere, hinreichend gesicherte „Ausgleichsverpflichtungen Dritter“ kompensiert werden (so zumindest *IDW HFA*, WPg 1994, 419, 420; *Küting/ Kessler*, DStR 1994, 2103, 2111; *ders./ Dürr*, DStR 2005, 938, 940). Wie dies in der Praxis auszusehen hat, erscheint allerdings fragwürdig. Man müsste eine weitere Finanzquelle zur Sicherung des festverzinsten Genussrechts auf tun. Damit diese wiederum ihrem Sicherungscharakter nachkommen kann, müsste sie ebenfalls Eigenkapitalqualität aufweisen. Eine solche zu finden, dürfte nicht einfach sein. Wenn man die Alternative der Sicherung durch Fremdkapital für ausreichend hält, wäre eine Verbesserung

Einige Genussrechtsverträge sehen einen Nachholungsanspruch für unterbliebene Vergütungen vor, welcher in den Folgeperioden unter Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften gespeist wird. Eine solche Gestaltung schadet der Einordnung des Genussrechtskapitals als Eigenkapital nicht.

5. Zwischenergebnis

Genussrechtskapital kann in der eG handelsbilanzrechtliches Eigenkapital darstellen und somit zu einer Stärkung der Kapitalbasis der Genossenschaften beitragen.⁵³⁸ Kriterien dafür sind grundsätzlich eine vorrangige und vollständige Verlustteilnahme, eine Bedienung, die in Liquidation und Insolvenz nur nachrangig, sowie generell nur aus den Gewinnen des Unternehmens erfolgt und eine dauerhafte Verfügbarkeit des Kapitals. Diesen Kriterien kommt jedoch nur indizielle Wirkung zu. Wegen der vielfältigen Ausgestaltungsmöglichkeiten sind letztlich die Genussrechtsbedingungen im Einzelfall in ihrer Gesamtheit daraufhin zu untersuchen, ob dass durch sie eingebrachte Kapital die eigenkapitaltypischen Funktionen übernehmen kann oder nicht. Die genannten Kriterien können dabei eine sinnvolle Leitlinie bilden.⁵³⁹

III. Begrenzte Aussagekraft des handelsbilanzrechtlichen Eigenkapitals

Die Bewertungsmethode, die sich allein nach handelsbilanzrechtlichen Grundsätzen richtet, gerät allerdings in den letzten Jahren zunehmend ins Wanken. *Luttermann* meinte vor einiger Zeit nicht zu Unrecht, das traditionelle duale Denkschema, welches zwischen nicht haf-

der Eigenkapitalquote möglich, da Sicherungskapital nur in Höhe der Mindestverzinsung vorliegen muss und das zu sichernde Genussrechtskapital in voller Höhe als Eigenkapital passiviert werden könnte.

Trotzdem erweist sich die Argumentation im Ganzen als Zirkelschluss: Angenommen eine Genossenschaft hat mit garantierter Mindestverzinsung ausgestattete Genussrechte ausgegeben und diese durch besagte „Ausgleichsverpflichtungen Dritter“ gesichert und macht nun über mehrere Jahre Verluste. Um die Verzinsung zu bedienen, fließen nun kontinuierlich Gesellschaftsmittel, namentlich die Sicherungsmittel, ab, so dass sich die den Gläubigern zur Verfügung stehende Haftungsmasse verringert. Grund dafür sind die Genussrechte, die damit ihrer Haftungsfunktion nicht mehr nachkommen und dementsprechend zwangsläufig nicht als Eigenkapital angesehen und ausgewiesen werden können (so sinngemäß und im Ergebnis gleicher Ansicht *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 316; *Wengel*, DStR 2001, 1316, 1321 f. und *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 109, der jedoch keine Begründung liefert).

⁵³⁷ *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 316.

⁵³⁸ Zu diesem Ergebnis kommt auch *Kühnberger*, DB 2004, 661, 667.

⁵³⁹ Hinsichtlich der genauen bilanziellen Ausweisung unter einem bestimmten Posten des Eigenkapitals, die für die Frage nach der möglichen Stärkung der Kapitalbasis der eG kaum von Bedeutung ist und um die nicht gestritten wird, ist auf *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn* (BB 2004, 315, 317), *Küting/ Kessler* (BB 1994, 2103, 2111 f.) und *Groh* (BB 1993, 1182, 1889) zu verweisen.

tendem Fremdkapital und haftendem Eigenkapital unterscheide, sei ein rechtspraktisch zu starres Ordnungskonzept.⁵⁴⁰

Längst spielen moderne Bewertungsmethoden wie die Bilanzanalyse,⁵⁴¹ das Rating⁵⁴² und internationale Rechnungslegungsstandards⁵⁴³ eine bedeutende und immer bedeutender werdende Rolle. Statt des gewohnten Begriffs des Eigenkapitals tauchen in den Veröffentlichungen der letzten Jahre auch Modifizierungen wie „wirtschaftliches Eigenkapital“⁵⁴⁴ und „Haftkapital“⁵⁴⁵ auf, wenn über Bilanzierungs- und Bewertungsfragen – auch im Hinblick auf Genossenschaften und Genussrechte – diskutiert wird.

Dass Genussrechte auch bei Anwendung dieser neueren Bewertungsmethoden einen positiven Effekt bewirken können, zeigen die folgenden Ausführungen.⁵⁴⁶

1. Rating und der Begriff des wirtschaftlichen Eigenkapitals

Das Rating orientiert sich zwar an der Rechnungslegung, geht mittlerweile aber weit über diese hinaus.⁵⁴⁷ Es will die Sicherheit eines Unternehmens für Gläubiger bezeugen und prüft in erster Linie das Insolvenzrisiko eines Unternehmens.⁵⁴⁸ Zunehmend bezieht es auch die Struktur und die Durchsichtigkeit der Kontrolle (Stichwort: Corporate Governance) mit ein, berücksichtigt also auch die Unternehmensverfassung.⁵⁴⁹ In den letzten Jahren ist es zu einer zentralen Methode der Bonitätsprüfung geworden und bestimmt zunehmend den Preis für Fremdkapital.

Eng verbunden mit dem Rating ist der Begriff des wirtschaftlichen Eigenkapitals. Er ist ein maßgebliches Kriterium, nach dem die Kreditwürdigkeit am Ende eines Rating- oder Bewertungsverfahrens beurteilt wird. „Wirtschaftliches Eigenkapital“ ist allerdings nicht zwangsläufig eine Spezifizierung und auch nicht unbedingt eine Erweiterung des handelsbilanzrechtlichen Eigenkapitalbegriffs – vielmehr eine Modifikation. Ein Kapitaltitel kann beispielsweise

⁵⁴⁰ Luttermann, BB 2001, 2433, 2436.

⁵⁴¹ Wengel, DStR 2000, 395, 395 ff.

⁵⁴² Großfeld, NZG 2005, 1, 4; ders., ZfgG 2003, 181, 188.

⁵⁴³ Dazu grundlegend Großfeld, NZG 1999, 1143, 1143 ff.; ders., NZG 2005, 1, 2 f.

⁵⁴⁴ Gerdes, BC 2006, 57, 57 ff.

⁵⁴⁵ Luttermann, BB 2001, 2433, 2436 f.; Tanski, FB 2005, 8, 10 f.

⁵⁴⁶ Die IFRS/IAS-Bilanzierung und ihre Anwendung auf Genussrechte werden im Rahmen der Bilanzierung von Genussrechtskapital in der SCE ausführlich behandelt, vgl. unten: Kapitel 3 E. IV. 2.

⁵⁴⁷ Großfeld, NZG 2003, 841, 842.

⁵⁴⁸ Großfeld, NZG 2005, 1, 4; ders., NZG 2003, 841, 842.

⁵⁴⁹ Großfeld, NZG 2005, 1, 4.

durchaus alle oben⁵⁵⁰ aufgestellten Kriterien des Eigenkapitals erfüllen, muss aber nicht gleichzeitig auch wirtschaftliches Eigenkapital im Sinne des Rating sein – und umgekehrt.⁵⁵¹

In den meisten Fällen erkennen Ratingagenturen Genussrechtskapital, das im oben besprochenen Sinne Eigenkapital darstellt, vollständig oder zumindest zum Teil als haftendes Kapital an.⁵⁵² Sie orientieren sich im Ergebnis an vergleichbaren Kriterien,⁵⁵³ lassen allerdings etwas mehr Flexibilität zu.

Daher stärken Genussrechte bei entsprechender Ausgestaltung nicht nur die Eigenkapitalquote, sondern auch die Quote wirtschaftlichen Eigenkapitals und verbessern das Rating.⁵⁵⁴ Genossenschaften mit einer verbesserten Ratingnote können bei Verhandlungen über Kreditverträge weitaus bessere Bedingungen aushandeln, weil sie als solventerer Schuldner gelten. Somit führt die Vergabe eigenkapitalgerechter Genussrechte nicht nur zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung, sondern sekundär auch zur Stärkung der Fremdkapitalbasis.

Außerdem sei darauf hingewiesen, dass die Übertragung von Genussrechtskapital ohne eine im Gegenzug erfolgende Gewährung von Sicherheiten geschieht. Deshalb bleiben dem Unternehmen vorhandene Sicherungsmittel zur anderweitigen Verwendung erhalten. Schließlich verbessert ein positiveres Rating zusätzlich die Reputation eines Unternehmens; deren Bedeutung ist in der heutigen Zeit nicht zu unterschätzen.⁵⁵⁵

2. Bilanzanalyse und Haftkapital

Der Begriff der Bilanzanalyse bezeichnet die „Aufbereitung (Verdichtung) sowie Auswertung unternehmensrelevanter Informationen mittels Kennzahlen, Kennzahlensystemen und sonstiger Methoden“.⁵⁵⁶ Eine Bilanzanalyse bezieht als Informationsquellen die Bilanz, die Gewinn- und Verlustrechnung und den Anhang mit ein, betrachtet also den Jahresabschluss eines Unternehmens.⁵⁵⁷

⁵⁵⁰ S.o.: Kapitel 2 B. I.

⁵⁵¹ Gerdes (BC 2006, 57, 58) nennt als Beispiel ein großzügig mit Kündigungsrechten ausgestattetes Genussrecht, welches eben aus diesem Grund handelsbilanzrechtlich nicht als Eigenkapital eingestuft werden kann. Es kann aber im Gegenzug trotzdem als wirtschaftliches Eigenkapital gelten.

⁵⁵² Tanski, FB 2005, 8, 11.

⁵⁵³ Dazu ausführlich Gerdes, BC 2006, 57, 58 f.

⁵⁵⁴ Gerdes, BC 2006, 57, 59; ausdrücklich für die Rechtsform der eG: Tanski, FB 2005, 8, 11.

⁵⁵⁵ Zum Ganzen Tanski, FB 2005, 8, 11.

⁵⁵⁶ Küting, DStR 1991, 1294, 1294.

⁵⁵⁷ Küting, DStR 1991, 1294, 1295.

Wengel hat die Auswirkungen der Genussrechte in der Bilanzanalyse eines Unternehmens untersucht.⁵⁵⁸ Liegt handelsbilanzrechtliches Eigenkapital vor, ist regelmäßig auch der (divergierende) bilanzanalytische Eigenkapitalbegriff erfüllt, so sein Ergebnis. Da die bilanzanalytische Untersuchung im Schwerpunkt auf fortzuführende Unternehmen fixiert ist, kommt es auf das Kriterium der Nachhaltigkeit⁵⁵⁹ nicht mal an, wenn das Unternehmen weiter betrieben wird.⁵⁶⁰ Eine Genussrechtsvergabe beeinflusst verschiedenste bilanzanalytische Rechenwerte positiv. Beispiele⁵⁶¹ sind die Eigenmittelquote, der Verschuldungsgrad und die Liquidität ersten Grades.

Luttermann⁵⁶² hebt den Blick auf das Gesamtbild des Unternehmens – wie bei Bilanzanalyse und Rating – ebenfalls hervor. Er unterstreicht besonders das Zeitmoment. So teile das bewertungsrechtliche Periodisierungsprinzip die Unternehmenspraxis willkürlich in wenig aussagekräftige Zeitabschnitte ein. Die Haftungsmöglichkeiten könnten so nur begrenzt bestimmt werden. Entscheidend für die Fortführung des Unternehmens sei die Liquiditätssicherung, damit Verbindlichkeiten der Gesellschaft rechtzeitig erfüllt werden können. Es müsse also Haftkapital zur Verfügung stehen, welches sich nicht nur an der handelsbilanzrechtlichen Bezugsgröße „Eigenkapital“ messen lasse. Doch auch er kommt zu dem Ergebnis, dass dieses Haftkapital auch auf schuldrechtlicher Basis zur Verfügung gestellt werden kann und nennt als ein Beispiel zur Stärkung von Haftkapitalbasis und Liquidität das flexible Genussrechtskapital.⁵⁶³

IV. Genussrechte als Eigenkapital nach dem KWG

Neben den allgemeinen Grundsätzen für den Ausweis von Eigenkapital gelten für Banken und Versicherungen besondere Bestimmungen. Versicherungen dürfen in Deutschland nicht in der Rechtsform der eingetragenen Genossenschaft betrieben werden.⁵⁶⁴ Insofern kann die dort für Genussrechte einschlägige Norm des § 53c Abs. 3a VAG außer Betracht bleiben.

⁵⁵⁸ Wengel, DStR 2000, 395, 395 ff.

⁵⁵⁹ S.o.: Kapitel 2 B. I. 3; Kapitel 2 B. II. 3.

⁵⁶⁰ Wengel, DStR 2000, 395, 396.

⁵⁶¹ So Tanski, FB 2005, 8, 11.

⁵⁶² Luttermann, BB 2001, 2433, 2433 ff.

⁵⁶³ Luttermann, BB 2001, 2433, 2437.

⁵⁶⁴ Das ergibt sich aus § 7 Abs. 1 VAG. Dennoch ist der Gedanke an Versicherungsgenossenschaften nicht abwegig. In der schweizerischen Wirtschaftspraxis spielen diese eine nicht unbedeutende Rolle, auch wenn gerade bei größeren Versicherungsgenossenschaften ein Wandel in die Rechtsform der Aktiengesellschaft zu beobachten ist (Beccarelli in: Genossenschaftswesen in der Schweiz, 273, 280 f.). Außerdem trifft man Versicherungsgenossenschaften in Europa beispielsweise noch in Ungarn, Bulgarien und Griechenland an.

Kreditinstitute müssen im Interesse der Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber ihren Gläubigern, insbesondere zur Sicherheit der ihnen anvertrauten Vermögenswerte, angemessene Eigenmittel aufweisen können, so § 10 Abs. 1 S. 1 KWG. Die Kapitalausstattung, vor allem die Eigenmittelausstattung, ist somit für Kreditgenossenschaften von besonderer Bedeutung; auch deshalb, weil ein Kreditinstitut, für die Aufnahme seines Geschäftsbetriebes nach § 32 Abs. 1 KWG eine Erlaubnis einholen muss. Liegen die Mittel, die zum Geschäftsbetrieb erforderlich sind,⁵⁶⁵ bei Beantragung der Erlaubnis nicht vor, wird die Erlaubnis (im Wege einer gebundenen Entscheidung der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht)⁵⁶⁶ gemäß § 33 Abs. 1 KWG versagt. Die Erlaubnis kann auch Aufnahme des Geschäftsbetriebes gem. § 35 Abs. 2 Nrn. 3 und 4 KWG bei Kapitalproblemen oder Eigenkapitalverlusten entzogen werden.⁵⁶⁷ Darüber hinaus ist das Volumen der von einer Bank zur vergebenden Kredite im Sinne der Risikobegrenzung an die Höhe des vorhandenen haftenden Eigenkapitals geknüpft.⁵⁶⁸ Ein zu geringer Anteil an Eigenkapital kann die Geschäftstätigkeit einer Kreditgenossenschaft daher erheblich beeinträchtigen.⁵⁶⁹

§ 10 Abs. 5 S. 1 Nrn. 1 bis 5 KWG geben vor, unter welchen Voraussetzungen Genussrechtskapital von Kreditinstituten als Eigenkapital ausgewiesen werden kann: Auch diese Vorschriften verlangen eine Teilnahme am Unternehmensverlust bis zur vollen Höhe und ebenso eine nachrangige Ausgestaltung des Genussrechtskapitals. Verlustteilnahme bedeutet hier jedoch ausdrücklich, dass die Kreditgenossenschaft verpflichtet ist, im Falle eines Verlustes Zinszahlungen auf Genussrechte aufzuschieben. Gewinnunabhängige Festverzinsungen verhindern demnach den Eigenkapitalausweis von Genussrechtskapital im KWG.⁵⁷⁰ Ein Nachholungsanspruch auf Ausgleich unterbliebener Zinszahlungen ist möglich.⁵⁷¹ Um dem Merkmal der Dauerhaftigkeit gerecht zu werden,⁵⁷² gilt für die von Kreditgenossenschaften ausgegebenen Genussrechte eine Mindestlaufzeit von fünf Jahren. Überdies ist eine

⁵⁶⁵ Dazu zählt insbesondere ein ausreichendes Anfangskapital nach § 10 Abs. 2a S. 1 Nrn. 1 bis 7 KWG.

⁵⁶⁶ Auch „BaFin“, vgl. dazu §§ 1 Abs. 1 und 4 Abs. 1 FinDAG.

⁵⁶⁷ Dies kommt in der Praxis durchaus vor. Siehe dazu beispielsweise den Beschluss des OVG Münster vom 31. Juli 2001, Az. 4 B 743/01, abgedruckt in: BKR 2002, 43, 43 f.

⁵⁶⁸ Volkenner/ Walter, DStR 2004, 1399, 1399.

⁵⁶⁹ Siehe dazu auch Grundsatz I (Grundsatz Nr. 1 der Grundsätze über die Eigenmittel und die Liquidität der Kreditinstitute in letzter Bekanntmachung vom 20. Juli 2000, abgedruckt in: BAnz. Nr. 160), nach dem Kreditrisiken durch Unterlegung von Eigenkapital zu minimieren sind.

⁵⁷⁰ So auch Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 110 f. Dies wurde oben auch allgemein festgestellt.

⁵⁷¹ Boos in: KWG, § 10 Rdnr. 75. Dem etwas missverständlichen Wortlaut des § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 a.E. KWG kann man die Möglichkeit einer gewinnunabhängigen Festverzinsung nicht entnehmen. Die Norm spricht von Genussrechten, bei denen eine Aussetzung des Zinsanspruchs bei fehlender Gewinnerzielung von vornherein vereinbart ist. Dementsprechend kann von Festverzinsung nicht die Rede sein.

⁵⁷² Lehnhoff, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 12; Tomalla, Notwendigkeiten und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung, 228.

Mindestrestlaufzeit von zwei Jahren bei Kündigung vorgesehen. Wird ein Genussrecht gekündigt, so kann es ab diesem Zeitpunkt nicht mehr als Eigenmittel ausgewiesen werden.⁵⁷³

Außerdem dürfen die Vertragsparteien nach § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 5 KWG keine Besserungsabreden im Genussrechtsvertrag treffen, nach denen die Bank Verluste, die in der Laufzeit der Genussrechte entstanden sind, durch Gewinne, die mehr als vier Jahre nach Fälligkeit des Rückzahlungsanspruchs erwirtschaftet wurden, wieder ausgleichen muss. Durch diese Regelung wird verhindert, dass der Genussrechtsgläubiger die Haftungsfunktion des Genussrechtskapitals unterwandert, indem er das Kapital einfach in der Hoffnung auf künftige Gewinne in der Genossenschaft belässt.

Der Vollständigkeit halber sei auf die sich aus § 10 Abs. 5 S. 5 KWG ergebende Möglichkeit der Verbriefung von KWG-Genussrechten hingewiesen.⁵⁷⁴

Die vom KWG aufgestellten Anforderungen für den Ausweis des Genussrechtskapitals als Eigenkapital durch Kreditinstitute – insbesondere Kreditgenossenschaften – ähneln den allgemeinen, oben erarbeiteten Kriterien. Sie sind allerdings deutlich konkreter⁵⁷⁵ und spezifizierter. Genussrechte sind auch für die Kreditgenossenschaft eine attraktive Option zur Stärkung des Eigenkapitals, wenn sie sie den Vorgaben des KWG entsprechend ausgestalten.

V. Genussrechte als Fremdkapital

Ausgangspunkt der bilanzrechtlichen Untersuchung und Einordnung des Genussrechtskapitals war zunächst die Entscheidung, es nach dem materiellen Kapitalbegriff zu beurteilen.⁵⁷⁶

Der Übertragung des Genussrechtskapitals und Begebung des Genussrechts liegt ein jedoch schuldrechtlicher Vertrag zugrunde.⁵⁷⁷ Da dieser Vertrag einen Rückzahlungsanspruch und damit eine Verbindlichkeit begründet, muss man das Genussrechtskapital grundsätzlich

⁵⁷³ Boos in: Boos/ Fischer/ Schulte-Mattler, KWG, § 10 Rdnr. 81; *Lehnhoff*, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 12.

⁵⁷⁴ Zur Schriftformerfordernis nach § 10 Abs. 5 S. 1 Nr. 6 KWG siehe *Lehnhoff*, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 12.

⁵⁷⁵ Von dem Kriterium der Verlustteilnahme wird hier abgesehen.

⁵⁷⁶ S.o.: Kapitel 2 B. I.

⁵⁷⁷ S.o.: Kapitel 1 C. II.

als Fremdkapital einordnen.⁵⁷⁸ Nur wenn die oben genannten Voraussetzungen vorliegen, kann („ausnahmsweise“) von Eigenkapital gesprochen werden.

Somit liegt bei einer Abweichung des zu beurteilenden Genussrechtskapitals von obigen Kriterien und bei Erfüllung des handelsrechtlichen Fremdkapitalbegriffs⁵⁷⁹ regelmäßig Fremdkapital vor. Man nennt diese Genussrechte kurz „FK-Genussrechte“; sie sind einem Unterfall der sog. Debt Mezzanine.⁵⁸⁰

Doch selbst in dieser Form kann Genussrechtskapital eine interessante Finanzierungsalternative für Genossenschaften darstellen. Da Genussrechtsverträge oft eine Nachrangabrede enthalten, gehört das genussrechtliche Fremdkapital häufig zum Haftkapital der Genossenschaft. Durch dieses entsteht eine Art Puffer bei finanziellen Engpässen des Unternehmens, der es weniger anfällig für Krisen macht.⁵⁸¹ Insgesamt führt eine Verbesserung der Ausstattung mit genussrechtlichem Fremdkapital zu einer besseren Bewertung im Rating-Verfahren.

Außerdem stellen Fremdkapitalgenussrechte gerade aufgrund der Faktoren, die einen Ausweis als Eigenkapital der Gesellschaft vermeiden wie kürzere Laufzeiten, Einräumung von Kündigungsfristen, feste Verzinsung oder beschränkte Verlustteilnahme, eine verhältnismäßig „sicherere“ Anlagemöglichkeit dar. Daher kommen sie auch für Kleinanleger in Betracht. Ein genossenschaftliches Unternehmen könnte sie beispielsweise an Arbeitnehmer ausgeben, um eine Mitarbeiterbeteiligung mit all den damit zusammenhängenden Vorteilen zu erreichen.⁵⁸²

⁵⁷⁸ Groh, BB 1993, 1882, 1889; Schreiber in: Ebling, Blümich – EStG, KStG, GewStG, § 5 EStG Rdnr. 920; Wengel, DStR 2001, 1316, 1317; Lutter in: KölnerKommAktG, § 221 Rdnrn. 406 f.; Wiese/ Dammer, DStR 1999, 867, 870.

⁵⁷⁹ Ausgehend von dem Begriff der Verbindlichkeit als typischem Fremdkapitalbestandteil ergeben sich für die Zuordnung des Genussrechtskapitals zum Fremdkapital folgende Kriterien: Erstens muss der Genussrechtsinhaber einen eindeutig quantifizierbaren Rückzahlungsanspruch haben, der nicht aus zukünftigen Gewinnen oder Liquidationserlösen bedient wird. Ferner muss die Befriedigung dieses Anspruchs eine wirtschaftliche Belastung für das genossenschaftliche Unternehmen darstellen, und schließlich muss diese Rückzahlung terminiert sein. Zu diesen Kriterien sowie generell zur Anwendbarkeit des handelsbilanzrechtlichen Fremdkapitalbegriffes auf die Genussrechte ausführlich Wengel (DStR 2001, 1316, 1322 ff.) und in einer knapperen Darstellung Wiese/ Dammer (DStR 1999, 867, 870).

⁵⁸⁰ Gündel/ Hirdes, BC 2005, 205, 206; Tanski, FB 2005, 8, 10; Nelles/ Klusemann, FB 2003, 1, 6 ff.; Golland/ Gehlhaar/ Grossmann/ Eickhoff-Kley/ Jänisch, BB 2005, Beilage Nr. 13, 1, 2 und 5. Zum Begriff der Mezzanine s.o.: Einleitung.

⁵⁸¹ Tanski, FB 2005, 8, 11.

⁵⁸² Dazu und zu den Genussrechten als genossenschaftliches Beteiligungsmittel: Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 98 ff., 110. Ferner s.u.: Kapitel 2 D.

VI. Genussrechte in der bilanzrechtlichen Praxis einer Genossenschaft

Genussrechtskapital kann sich in der Praxis positiv auf die Bilanz auswirken, wie folgende Beispiele zeigen:⁵⁸³

Angenommen, eine Genossenschaft hat in einem Geschäftsjahr Verluste erzielt. Hat sie zuvor Genussrechte vergeben, ist es möglich, die Verluste nicht direkt als solche zu verbuchen, sondern sie einem Genussrechtskapitalkonto zuzuweisen. Der entsprechende Verlustanteil kann in der Gewinn- und Verlustrechnung unter dem Posten sonstige betriebliche Erträge als Verlustzuweisung auf ein Genussrechtskapitalkonto ausgewiesen werden. Dann wäre trotz der Verluste eine ausgeglichene Bilanz möglich.

Weiterhin ist auch eine Verwendung der Genussrechte zur Bilanzoptimierung möglich:

Ausgangspunkt soll eine Genossenschaft sein, die sich u.a. mittels Arbeitnehmerdarlehen⁵⁸⁴ oder Mitgliederdarlehen⁵⁸⁵ mit Kapital versorgt hat, um einen finanziellen Engpass zu überwinden.⁵⁸⁶ Diese befindet sich nun erneut in der Krise, hat weiteren Kapitalbedarf und strebt eine weitere Darlehensaufnahme an. Um ihre Bilanzstruktur zu verbessern und ihre Bonität zu stärken, könnte man das vorhandene Kapital aus Arbeitnehmer- oder Mitgliederdarlehen in Genussrechtskapital umwandeln. Dazu werden die Darlehensforderungen der Arbeitnehmer zu ihren Buchwerten als Genussrechtskapital eingebracht.⁵⁸⁷ Da mit der Umwandlung eine strukturelle Schwächung der Arbeitnehmerforderungen einhergeht, müsste man den Arbeitnehmern die Umwandlung durch besonders günstige Genussrechtsbedingungen attraktiv machen. So erreicht man, dass ursprüngliches Fremdkapital in bilanzielles Eigenkapital, oder zumindest in das für das Rating relevante Haftkapital, umgewandelt wird.

⁵⁸³ Ähnliche Beispiele, die nicht auf die Rechtsform der Genossenschaft bezogen sind, finden sich bei *Gündel/Hirdes* (BC 2005, 205, 206 ff.).

⁵⁸⁴ Bei einem Arbeitnehmerdarlehen überlässt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber Kapital zur vorübergehenden Nutzung. In der Praxis wird eine solche Vereinbarung bei finanziellen Schwierigkeiten eines Unternehmens meistens dahingehend getroffen, dass der Arbeitnehmer (teilweise) auf eine vertragsgemäße Auszahlung seines Arbeitsentgeltes verzichtet und es der Arbeitgeber darlehensweise einbehalten kann. Dabei handelt es sich nicht um eine Stundung. In Grenzfällen ist durch Vertragsauslegung zu ermitteln, ob eine Stundung oder ein Arbeitnehmerdarlehen vorliegt (*Griese* in: Küttner: Personalhandbuch 2006, Arbeitnehmerdarlehen, Rdnr. 1).

⁵⁸⁵ Zur Fremdkapitalversorgung der Genossenschaft über Mitgliederdarlehen siehe *Blomeyer/Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 29 ff.

⁵⁸⁶ Eine derartige Vorgehensweise dürfte gerade in der Genossenschaft unbedenklich und auch nicht abwegig sein. Insbesondere, wenn die befristete Kapitalüberlassung zur Rettung des Betriebes von Mitarbeitern erfolgt, die gleichzeitig Genossen sind, würden sie zum Erhalt ihres „eigenen“ Unternehmens und zum Erhalt ihres Arbeitsplatzes beitragen.

⁵⁸⁷ So allgemein auch *Gündel/Hirdes*, BC 2005, 205, 208.

Man bezeichnet dieses Umwandlungsverfahren zur Verbesserung der Kapitalstruktur auch als „Debt-Equity-Swap“.⁵⁸⁸

VII. Zwischenergebnis

Genussrechte sind eine Art „Bilanzhilfe“.⁵⁸⁹ Wenn das Genussrechtskapital die aufgezeigten Kriterien erfüllt, kann es in der eG als Eigenkapital ausgewiesen werden und somit neben der Liquidität auch die Bonität des Unternehmens stärken. Allerdings betrachten neuere Methoden, wie Rating und Bilanzanalyse, bei der Unternehmensbewertung nicht mehr nur schwerpunktmäßig die Eigenkapitalquote, sondern beziehen auch andere Faktoren mit ein, um ein realistischeres Bild von der Gesamtsituation des Unternehmens zu erhalten. Doch im Hinblick auf ein Rating oder eine Bilanzanalyse wirkt sich das Genussrechtskapital positiv aus. Genussrechte stellen gerade für Genossenschaftsbanken eine gesetzlich normierte Alternative zur Finanzierung und Verbesserung der Eigenkapitalquote dar. Die Anforderungen an die Ausgestaltung der Genussrechte sind in diesem Zusammenhang allerdings strenger. Auch als Fremdkapital ausgestaltete Genussrechte können die Finanz- und Bilanzstruktur eines genossenschaftlichen Unternehmens verbessern und wirken sich ebenso – wenn auch in geringerem Maße – positiv auf das Rating aus. Insofern ist eine Vergabe von Genussrechten durch eingetragene Genossenschaften aus bilanzrechtlicher Sicht und im Hinblick auf die Unternehmensbewertung zu befürworten.

⁵⁸⁸ *Gündel/ Hirdes*, BC 2005, 205, 208.

⁵⁸⁹ Diese Bezeichnung verwenden auch *Gündel/ Hirdes*, BC 2005, 205, 206.

C. Rechtliche Bedenken

Ein Bedürfnis nach alternativen Finanzierungsmitteln für Genossenschaften besteht. Die Genussrechte sind ein geeignetes Finanzierungsmittel. Da sie konzeptionell und von ihrem Ursprung her ein kapitalgesellschaftsrechtliches Finanzierungsmittel sind, stellt sich nun die Frage, ob es zulässig ist, sie in der Rechtsform der eG zu vergeben. Bedenken könnten sich insoweit nicht nur aus dem Genossenschaftsrecht, sondern auch aus entsprechend anwendbarem Aktienrecht ergeben.

I. Genossenschaftsrecht

Wenn eine eG Genussrechte vergibt, kann es zu Kollisionen mit dem Genossenschaftsrecht kommen. Die anschließende Prüfung beginnt mit den gesetzlich normierten genossenschaftsrechtlichen Prinzipien Förderzweck und genossenschaftliche Gewinnverteilung. Eine Genussrechtsvergabe seitens einer Genossenschaft könnte auch mit den Grundprinzipien des Genossenschaftsgesetzes Selbsthilfe, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung brechen. Dass dies in der Regel nicht der Fall ist, zeigen die dann folgenden Ausführungen.

1. Genossenschaftlicher Förderzweck nach § 1 Abs. 1 GenG

Ehernes wie eigentümliches Grundprinzip der Rechtsform Genossenschaft ist die in § 1 Abs. 1 GenG normierte Förderung der Mitglieder durch die genossenschaftliche Unternehmung. Auf diesem Prinzip basieren zahlreiche Vorschriften und Grundsätze des GenG. Deshalb liegt es nahe, sich zunächst mit der Frage auseinanderzusetzen, ob eine Vergabe von Genussrechten mit dem genossenschaftlichen Förderzweck zu vereinbaren ist. Um diese Frage zu beantworten, geht die Untersuchung vom Inhalt des Förderzwecks aus. In einem zweiten Schritt beschreibt sie mögliche Kollisionspunkte einer Genussrechtsvergabe mit dem Förderzweck.

a) Inhalt des Förderzwecks

Der genossenschaftliche Förderzweck⁵⁹⁰ ist in § 1 Abs. 1 GenG niedergelegt.⁵⁹¹ Danach können Gesellschaften von nicht geschlossener Mitgliederzahl, deren Zweck darauf gerichtet

⁵⁹⁰ Literatur zum genossenschaftlichen Förderzweck ist in großer Anzahl vorhanden. Vertiefungshinweise finden sich bei Lang/ Weidmüller, GenG, § 1 Rdnr. 26 Fn. 34.

⁵⁹¹ Der Gesetzgeber hat ihn bewusst an dieser exponierten Stelle im GenG platziert, um die gesellschaftsrechtliche Originalität hervorzuheben; vgl. Steding, ZfgG 2001, 131, 138.

ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern (Genossenschaften), die Rechte einer „eingetragenen Genossenschaft“ nach Maßgabe des Genossenschaftsgesetzes erwerben.⁵⁹² Der Förderzweck ist somit (quasi) eine Grundvoraussetzung⁵⁹³ für die Anwendung der Rechtsform Genossenschaft⁵⁹⁴ und nicht letzten Endes deshalb von herausragender Bedeutung.⁵⁹⁵ Inhaltlich beschreibt § 1 Abs. 1 GenG den Förderzweck damit allerdings nur im Grundsatz,⁵⁹⁶ namentlich dahingehend, dass die Genossenschaft der wirtschaftlichen Förderung (und den sozialen und kulturellen Belangen) der Mitglieder zu dienen hat und sich nicht am Gewinnstreben orientieren darf.⁵⁹⁷ Deshalb darf die Gewinnerzielung einer Genossenschaft nie Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zur Erfüllung des Förderungsauftrages sein.⁵⁹⁸ *Steding* schließt daraus als konkrete Folge des Förderzwecks, dass die Genossenschaft ihre Gewinne grundsätzlich nicht auf ihre Mitglieder verteilen darf. Sie müsse diesen vielmehr indirekt über günstige Bedingungen in Einzelgeschäften weitergeben.⁵⁹⁹

Eine derart konkrete Inhaltsbestimmung ist jedoch nicht zu empfehlen, weil der Wortlaut des § 1 Abs. 1 GenG sie nicht hergibt.⁶⁰⁰ Eine nach dem Förderzweck handelnde Genossenschaft muss ihre Geschäfte derart ausrichten, dass ihre Mitglieder so weit wie möglich davon profitieren. Entsprechend muss sie Gewinne zum größtmöglichen Nutzen der Mitglieder einsetzen.⁶⁰¹ Allein der mitgliedernützige Zweck gibt den Ausschlag.⁶⁰² Daraus ergibt sich für die Gewinnverwendung eine Grundkonzeption der Thesaurierung⁶⁰³ – und nicht Ausschüttung – von Gewinnen; zwingend ist diese allerdings nicht, wie auch § 19 Abs. 1 S. 1 GenG zeigt.

⁵⁹² Die Norm ist durch die Genossenschaftsrechtsreform 2006 dahingehend geändert worden, dass man den Förderzweck auf soziale und kulturelle Belange erweitert hat. Damit kam der Gesetzgeber einer Forderung der genossenschaftlichen Praxis nach, vgl. *Schulze/ Wiese*, ZfgG 2006, 108, 108, 122. Außerdem wurde die Vorschrift dadurch der entsprechenden Regelung in Art. 1 Abs. 3 SCE-VO angepasst; siehe die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 80 f.

⁵⁹³ Noch weiter gehen *Großfeld/ Aldejohann* (in: 100 Jahre Genossenschaftsgesetz, 1, 8): Nach ihnen unterscheidet sich die Genossenschaft von anderen privatrechtlichen Gesellschaften dadurch, nur dem Erwerb und der Wirtschaft ihrer Mitglieder und nicht eigenen Zwecken dienen zu sollen. Der Förderzweck stecke also inhaltlich Grenzen zu anderen Gesellschaftstypen ab.

⁵⁹⁴ *Steding*, ZfgG 2001, 131, 134; *ders.*, Das Recht der eG, 12.

⁵⁹⁵ Ausführlich dazu: *Blomeyer*, ZfgG 1980, 22, 22 ff.; *Steding*, NZG 2000, 617, 617; *ders.*, Das Recht der eG, 12.

⁵⁹⁶ *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 6.

⁵⁹⁷ *Steding*, NZG 2000, 617, 617.

⁵⁹⁸ *Henzler*, Die Genossenschaft – eine fördernde Betriebswirtschaft, 92; *Westermann*, Rückvergütung, 7; *Blomeyer*, ZfgG 1993, 17, 22.

⁵⁹⁹ *Steding*, NZG 1999, 282, 282; *ders.*, Das Recht der eG, 13; *ders.*, ZfgG 2001, 130, 134.

⁶⁰⁰ Nicht zu Unrecht zweifelt *Großfeld* (ZfgG 1979, 217, 222) an, dass der Förderzweck überhaupt objektiviert werden kann.

⁶⁰¹ *Boettcher*, Wie zeitgemäß ist heute noch Raiffeisen?, 24; *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 1 Rdnr. 28.

⁶⁰² *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 7.

⁶⁰³ *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 1 Rdnr. 28.

Viele Rechtsnormen schützen den Förderzweck. So wird eine Genossenschaft bzw. ihr Statut nach § 15 Abs. 1 GenReVO⁶⁰⁴ nur dann in das Genossenschaftsregister eingetragen, wenn die in ihrer Satzung bezeichneten Zwecke den Anforderungen des § 1 Abs. 1 GenG, also dem Förderauftrag, gerecht werden. Nach § 15 Abs. 3 Nr. 3 GenReVO muss der Auszug, durch dessen Aufnahme die Eintragung erfolgt, auch den Gegenstand des Unternehmens i.S.d. §§ 6 Nr. 2 und 12 Abs. 2 Nr. 3 GenG enthalten. Als Unternehmensgegenstand bezeichnet man die Mittel, mit denen die einzelne Genossenschaft das Ziel der Förderung ihrer Mitglieder erreichen möchte.⁶⁰⁵ Diese sind ebenfalls bei der Eintragung anzugeben.⁶⁰⁶ Auch die Pflichtmitgliedschaft in Prüfungsverbänden nach § 54 GenG schützt indirekt den Förderzweck, weil diese Gremien bei der mindestens alle zwei Jahre stattfindenden Vermögens- und Geschäftsführungsprüfung (vergleiche § 53 GenG) auch und in besonderem Maße auf die Verwirklichung des Unternehmenszieles von Seiten der Geschäftsleitung achten.⁶⁰⁷ Schließlich kann eine Genossenschaft, die fortwährend andere, dem Förderzweck nicht entsprechende Ziele verfolgt, zwangsweise aufgelöst werden (§ 81 Abs. 1 Fall 2 GenG).

b) Genussrechte und der genossenschaftliche Förderzweck

Die nachfolgende Prüfung erläutert anhand der einzelnen Charakteristika des Förderzwecks, dass eine Genussrechtsvergabe dem genossenschaftlichen Förderauftrag grundsätzlich nicht zuwider läuft. Im Vordergrund stehen dabei die gewinnbeteiligten Genussrechte als Regelfall einer Genussrechtsgestaltung.

aa) Verbot der Gewinnerzielung bzw. der Gewinnerzielungsabsicht

Genussrechte in klassischer Form⁶⁰⁸ bieten ihrem Inhaber kennzeichnenderweise einen Anspruch auf Teilhabe am Gewinn der Genossenschaft. Somit setzt man bei der Vergabe voraus, dass die versprochenen Gewinne auch anfallen.⁶⁰⁹ Das führt dazu, dass die Genossenschaft ihre Geschäftspolitik – zumindest teilweise – auf Gewinnerzielung ausrichtet, ergo nach Gewinnen strebt und mit Gewinnerzielungsabsicht agiert. Die Pflicht zur förderwirtschaftlichen Betätigung bedeutet indes nicht gleichfalls, dass der Genossenschaft alle Tätig-

⁶⁰⁴ Verordnung über das Genossenschaftsregister, vom 22. November 1923, abgedruckt in: RGBl. 1923, 1123.

⁶⁰⁵ Entsprechend sind Unternehmensgegenstand und Förderzweck begrifflich zu trennen, so *Beuthien*, GenG, § 6 Rdnr. 7.

⁶⁰⁶ *Beuthien*, AG 2006, 53, 53.

⁶⁰⁷ *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 53 Rdnr. 16; *Beuthien*, AG 2006, 53, 53; *ders.*, GenG, § 53 Rdnr. 5.

⁶⁰⁸ S.o.: Kapitel 1 B. I. 1.

⁶⁰⁹ *Blomeyer*, ZfG 1993, 17, 21 f.

keiten versagt sind, die auf Gewinne abzielen. So muss für die Frage nach der Zulässigkeit eines Gewinnstrebens in einer Genossenschaft, orientiert an den oben aufgestellten Grundsätzen des Förderzwecks, Folgendes gelten: Gewinnerzielung ist nur insoweit zulässig, als sie für die Sicherung und den Erhalt des genossenschaftlichen Unternehmens notwendig ist. Denn indem die Genossenschaft ihre Förderfähigkeit langfristig sichert und erhält, fördert sie auch ihre Mitglieder – bzw. wird die Mitgliederförderung gar erst ermöglicht. Wenn hierzu eine Ausrichtung auf Gewinnerzielung erforderlich ist, muss diese zwangsläufig auch zulässig sein.⁶¹⁰

(1) Strenge Auslegung: Verbot der Gewinnerzielungsabsicht

Interpretiert man den Förderzweck dahingehend, dass das Streben nach Gewinn schlichtweg untersagt ist, so bleibt kein Raum für eine Vergabe von aktienähnlichen Genussrechten, die das Eigenkapital stärken⁶¹¹ und deshalb für Genossenschaften besonders interessant sind. Das ältere genossenschaftsrechtliche Schrifttum bevorzugte eine derart strenge Interpretation des Förderzweckes,⁶¹² um sich von dem Modell einer Dividendengenossenschaft, die nur auf Gewinne und Gewinnausschüttungen fixiert ist, zu distanzieren.⁶¹³ Diese strengen Ansichten waren vom idealtypischen Modell der Genossenschaft geprägt, das eine Gewinnerzielung zum Selbstzweck verbietet.⁶¹⁴

(2) Differenzierung zwischen Haupt- und Nebenzweck

Henzler brachte demgegenüber schon im Jahre 1962 in die Diskussion über die traditionelle Form der Genossenschaft das Modell einer zweiseitig marktorientierten Genossenschaftsunternehmung ein.⁶¹⁵ Auch in einer Veröffentlichung von *Westermann* von 1969 findet man eine etwas moderatere Aussage, die grundlegend für das heutige Verhältnis von Genossenschaft und Gewinnerzielung ist:

⁶¹⁰ Dies gilt zumindest dann, wenn man den genossenschaftlichen Förderzweck weit auslegt.

⁶¹¹ Zu Eigenkapitalstärkung durch Genussrechtsvergabe s.o.: Kapitel 2 B. II.

⁶¹² *Reinhardt*, ZfgG 1955, 30, 45 f.; *Robotka*, ZfgG 1955, 155, 168 ff.; *Paulick*, Die eG als Beispiel, 102 ff.; von *Caemmerer* in: Zur Reform des Genossenschaftsrechts, 161, 168 ff.

⁶¹³ *Hadding*, ZIP 1984, 1295, 1301.

⁶¹⁴ Dazu *Robotka*, ZfgG 1955, 155, 168 ff.

⁶¹⁵ *Henzler*, Betriebswirtschaftliche Probleme des Genossenschaftswesens, 23 ff.

„Wo die Gewinnerzielung zum Hauptzweck des Verbandes, die Teilnahme am Gewinn folglich zum Hauptinhalt des Verhältnisses zwischen Verband und Mitgliedschaft erstarrt, hört der Verband auf, Genossenschaft im Sinne des Gesetzes zu sein.“⁶¹⁶

Im Umkehrschluss macht *Westermann* hier den Weg frei für eine Gewinnerzielung in der Genossenschaft. Er lässt eine Gewinnerzielung als Nebenzweck zu; auch wenn es nicht immer einfach ist, eine Grenze zwischen Hauptzweck und Nebenzweck zu ziehen.⁶¹⁷

Letztlich entwickelte sich aus dieser Ansicht die bis zur Reform des GenG im Jahre 2006 herrschende Meinung, die eine Gewinnerzielung zulässt,⁶¹⁸ solange sie Nebenzweck ist und nicht zum Selbstzweck wird.

(3) Erweiterte Auslegung nach der Gesetzesreform

Mit der Gesetzesreform ermöglichte man der Genossenschaft, eine Investorenmitgliedschaft einzuführen (§ 8 Abs. 2 GenG).⁶¹⁹ Der Gesetzgeber hat damit ein deutliches Zeichen gesetzt, das die Zulässigkeit der Ausrichtung einer Genossenschaft auf Gewinnerzielung indiziert. Denn wenn eine Genossenschaft Mitglieder aufnimmt, die für die Nutzung oder Produktion der Güter und die Nutzung oder Erbringung der Dienste der Genossenschaft nicht in Frage kommen, dann muss die Genossenschaft ihre Geschäftspolitik zumindest ein Stück weit auf die Bedürfnisse dieser Mitglieder ausrichten.⁶²⁰ Da das Hauptanliegen der Investoren eine möglichst hohe Gewinnausschüttung am Ende des Geschäftsjahrs ist, wird die Genossenschaft zumindest teilweise mit Gewinnerzielungsabsicht agieren (müssen). Der Gesetzgeber hat den Genossenschaften die Investorenmitgliedschaft in Kenntnis dieser Sachlage angeboten und damit eine großzügigere Handhabung des Förderzwecks ermöglicht.⁶²¹

⁶¹⁶ *Westermann* in: Rechtsprobleme der Genossenschaften, 41, 50.

⁶¹⁷ Deutlich kritischer beurteilt dies indes *Hadding*, ZIP 1984, 1295, 1301: Die Unterscheidung zwischen Gewinnerzielung als Hauptzweck oder Nebenzweck der Genossenschaft unterliege, ebenso wie die Differenzierung zwischen wirtschaftlichem und nichtwirtschaftlichem Verein (§§ 21, 22 BGB), kaum lösbarer Abgrenzungsproblemen.

⁶¹⁸ S.o.: Kapitel 2 C. I. 1. a).

⁶¹⁹ Vgl. oben: Kapitel 2 A. II. f).

⁶²⁰ Bemerkt sei nochmals, dass auch die Investoren über ein Stimmrecht verfügen und insofern zweifelsohne Einfluss auf die Geschäftspolitik der Genossenschaft nehmen können und werden.

⁶²¹ Vgl. dazu die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 82: „Die Zulassung investierender Mitglieder bedeutet somit eine gewisse Einschränkung des charakteristischen Merkmals der Genossenschaft, dass deren Zweck die Förderung ihrer Mitglieder ist.“

(4) Genossenschaft als Förderwirtschaftsverein

*Beuthien*⁶²² sieht die Genossenschaft als Förderwirtschaftsverein.⁶²³ Auch er merkt an, eine Genossenschaft dürfe keine kapitalistischen Ziele verfolgen, schon allein deshalb nicht, weil diese anderen Gesellschaftsformen wie der AG oder der GmbH vorbehalten seien.⁶²⁴ Das genossenschaftliche Kapital dürfe nach allgemeiner Ansicht nur eine dienende Rolle in der eG annehmen,⁶²⁵ das bedeute aber nicht gleichzeitig, dass es eine andere Rolle spiele als das Gesellschaftsvermögen in einer anderen Vereinigungsform. Die einzige Besonderheit am genossenschaftlichen Kapital sei die Ausrichtung auf die Erwirtschaftung förderwirtschaftlicher Leistungen, während das Kapital in einer Kapitalgesellschaft allein darauf ausgerichtet sei, eine Rendite zu erzielen. Kapital zu erwirtschaften sei auch in einer Genossenschaft notwendige Voraussetzung für das Erreichen förderwirtschaftlicher Ziele. Daher müsse es einer Genossenschaft – geradezu im Sinne des Förderzwecks aus § 1 Abs. 1 GenG –⁶²⁶ erlaubt sein, Geschäfte mit Dritten zu führen und dabei möglichst hohe Gewinne zu erzielen.⁶²⁷

(5) Grenzen

An Grenzen stößt diese Sichtweise, wenn sich die Genossenschaft nur noch auf Gewinnerzielung ausrichtet. Weitet sie ihre Geschäfte mehr und mehr auf eine unbegrenzte Menge von externen Handelspartnern aus, um ihre Gewinne zu steigern und sie an Mitglieder weiterzugeben, die ihrerseits zum Teil überhaupt keine Fördergeschäfte tätigen,⁶²⁸ wird sie zur Dividendengesellschaft.

Eine Genossenschaft, die Genussrechte vergibt, geht sogar noch einen Schritt weiter, weil sie sich vertraglich verpflichtet, regelmäßig Gewinne an Dritte auszuschütten. Dennoch kann die Vergabe von Genussrechten unbedenklich sein. Das Maß der Genussrechtsvergabe und die Gewichtung der Gewinnerzielung in der Geschäftspolitik sind entscheidend.

⁶²² *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 8; zuletzt: *ders.*, AG 2006, 53, 53 ff.

⁶²³ *Beuthien*, AG 2006, 53, 61.

⁶²⁴ *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 8.

⁶²⁵ Vgl. beispielsweise *Paulick*, Die eG als Beispiel, 9.

⁶²⁶ So auch: *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 57.

⁶²⁷ *Beuthien*, AG 2006, 53, 61. Noch weiter geht im Übrigen *Blomeyer* (ZfgG 1993, 17, 22 f.; ZfgG 1980, 22, 33 ff.), der zu dem Ergebnis kommt, der genossenschaftliche Förderauftrag stünde einer Gewinnerzielung in der Genossenschaft wertneutral gegenüber. Die Gewinnerzielung könne sogar zum eigentlichen Zweck der Genossenschaft werden. In diese Richtung gehen auch die Ausführungen von *Bühler* (Zulässigkeit und Eignung, 119).

⁶²⁸ Beispielhaft sind hier die Investorenmitglieder zu nennen, bei denen dies schon per definitionem (vgl. § 8 Abs. 2 GenG) nicht möglich ist.

Genussrechte sollten zur Verbesserung der Eigenkapitalausstattung vergeben werden. Die Genossenschaft muss von einem völligen Streben nach Gewinnerzielung und größerer Gewinnausschüttung absehen. Das Kapital, das die Genussrechtsgläubiger in die Gesellschaft einbringen, soll die Liquidität und Eigenkapitalausstattung und damit auch die Kreditwürdigkeit des Unternehmens stärken. Insofern trägt es zum Erhalt der Förderfähigkeit bei und dient dem Förderzweck. Somit ist ein Streben nach mehr Gewinn, um Genussrechtsinhaber bedienen zu können, nur ein Mittel zum Zweck,⁶²⁹ nicht jedoch ein Selbstzweck.⁶³⁰

(6) Abgrenzung und Zwischenergebnis

Der genossenschaftliche Förderauftrag begrenzt das Streben nach Gewinn in einer eG. Diese Beschränkung wurde aufgrund von Notwendigkeiten der genossenschaftlichen Praxis in den letzten Jahrzehnten und durch die Reform des GenG im Jahre 2006 relativiert. Der Förderzweck kann heutzutage kein taugliches Argument mehr sein, die Vergabe von Genussrechten zu untersagen.

Meinungen, die jegliches Gewinnstreben oder eine Gewinnerzielungsabsicht in der Rechtsform Genossenschaft ablehnen, werden den aktuellen Anforderungen der internationalen Wirtschaftspraxis und dem Wettstreit der Rechtsformen nicht mehr gerecht.

Zusätzlich fragt sich auch, wie eine Genossenschaft, die ihre Geschäfte nicht zu möglichst günstigen Konditionen abschließt, um auf diese Weise Gewinne zu erzielen, ihrem eigentlichen Unternehmenszweck, der Förderung der Mitglieder, nachkommen will.⁶³¹ Ihr würden schlichtweg die Mittel fehlen. Auch die Rechtsprechung hat sich für die Erzielung von Gewinnen in der eG ausgesprochen.⁶³²

Das genossenschaftliche Förderprinzip gebietet nur, die Vergabe von Genussrechten zu begrenzen,⁶³³ aber ebenso, die Geschäftsführung auf Gewinnerzielung auszurichten. Bei

⁶²⁹ Genussrechte einer Genossenschaft müssen, platziert am Kapitalmarkt, attraktiv für Anleger sein und diese Attraktivität muss langfristig gesichert werden. Dafür ist die Gewinnerzielung der genossenschaftlichen Unternehmung zwingende Voraussetzung, es sei denn, die Genussrechte sind obligationsähnlich ausgestaltet – doch dann würden sie auch nicht als Eigenkapital gelten.

⁶³⁰ In diese Richtung auch *Bühler* (Zulässigkeit und Eignung, 122), der meint, die Gewinnerzielung oder eine entsprechende Absicht seien mit dem Förderzweck dann zu vereinbaren, wenn sie nicht von vornherein auf die Maximierung des Gewinnes abzielten.

⁶³¹ Ähnlich auch: *Lehnhoff*, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 13.

⁶³² OLG-Rspr. Düsseldorf 2004, 41, 45.

⁶³³ Beispielsweise schlägt *Blomeyer* (ZfgG 1993, 17, 23) vor, man solle vor jeder Genussrechtsemission untersuchen, ob und inwieweit eine solche tatsächlich zur Verbesserung der Kapitalstruktur der eG führen kann und ob dieses Mittel geeigneter ist als andere.

einer Genussrechtsvergabe ist darauf zu achten, dass die Gewinnerzielungsabsicht kein rechtlich unzulässiges Übergewicht erhält. Bleibt die Vergabe in einem gemäßigten Rahmen, dürfte dies nicht geschehen.

bb) Genussrechtsvergabe als Verstoß gegen das Mitgliederinteresse

Mitglieder einer Genossenschaft sind zumeist daran interessiert, dass die Genossenschaft erwirtschaftete Überschüsse soweit wie möglich an sie verteilt. Vergibt die Genossenschaft Genussrechte, verringern sich die Gewinnansprüche⁶³⁴ der Genossen mittelbar, da auch die Genussrechtsinhaber aus den Gewinnen der Genossenschaft schöpfen.⁶³⁵ Insofern ist das Interesse der Mitglieder an einer möglichst hohen Gewinnausschüttung bei der Vergabe von Genussrechten, die aus dem Gewinn gespeist werden, in jedem Fall betroffen.

Trotzdem verstößt die Genossenschaft bei einer Genussrechtsvergabe nicht pauschal gegen das Mitgliederinteresse. Die Förderung der Interessen der Mitglieder kann anerkanntermaßen auch mittelbar erfolgen.⁶³⁶ Mitglieder einer Genossenschaft sollten nicht ausschließlich an einer größtmöglichen Förderung durch die Gesellschaft interessiert sein und dabei betriebswirtschaftliche Erwägungen völlig außer Acht lassen. Auch ihnen sollte daran gelegen sein, Liquidität und Kreditwürdigkeit und somit die Konkurrenzfähigkeit ihres Unternehmens zu steigern und langfristig zu sichern. Die Eigenkapitalausstattung ist ein zentraler Faktor bei der Unternehmensbewertung und wirkt sich auf viele Bereiche unternehmerischer Tätigkeit aus. Von besserer Eigenkapitalausstattung profitiert das genossenschaftliche Unternehmen und damit auch die Mitglieder.⁶³⁷ Letztlich sind finanziell stabile Unternehmen immer auch zu einer stärkeren Förderung ihrer Mitglieder in der Lage, zumal ihnen Mittel für Investitionen zur Verfügung stehen oder weil sie solche aufgrund gesteigerter Bonität einfacher von Gläubigern erhalten können.

Vorbehalte wegen zu hoher Ausschüttungskosten für Genussrechte, die gegen die Interessen der Mitglieder sprechen, dürften ebenfalls unbegründet sein. Denn mit dem Genussrechtskapital fließt gleichzeitig zusätzliches Gewinnpotential in das genossenschaftliche Un-

⁶³⁴ Mit diesem Gewinn ist nicht der Gewinn i.S.d. § 19 Abs. 1 GenG gemeint, vgl. unten: Kapitel 2 C. I. 2. a) bb) (5) (e).

⁶³⁵ Tomalla, Notwendigkeiten und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung, 230.

⁶³⁶ Henzler, Die Genossenschaft – eine fördernde Betriebswirtschaft, 210; Lang/ Weidmüller, GenG, § 1 Rdnr. 28.

⁶³⁷ Tomalla, Notwendigkeiten und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung, 231.

ternehmen; mit diesem können Überschüsse erwirtschaftet werden, welche höher sind als die Kosten für die Ausgabe.⁶³⁸

In Genossenschaften mit geringerer unternehmerischer Tätigkeit, in denen Investitionen häufig schwieriger durchzusetzen sind, kann das Interesse an der Gewinnausschüttung freilich überwiegen. Im Normalfall, insbesondere bei Genossenschaften mit kapitalintensiver Produktion, dürfte die Bereitschaft größer sein, Genussrechte zu vergeben.⁶³⁹

cc) Förderzweck als Verbot der Drittförderung

Man könnte den Wortlaut des § 1 Abs. 1 GenG „welche die Förderung des Erwerbs ihrer Mitglieder [...] bezwecken“ auch in Richtung eines Verbots der Drittförderung interpretieren. Dies wäre in teleologischer Hinsicht verfehlt. Der Zweck des § 1 Abs. 1 GenG besteht nicht darin, jegliche Drittgeschäfte und Drittförderung zugunsten der Mitglieder auszuschließen. Sicherzustellen ist hiernach lediglich, dass die Mitglieder „Herren des Förderzwecks“ bleiben. Bei ihrer Entscheidung über die Gewinnverwendung nach § 48 Abs. 1 GenG müssen sie nicht nur „kurzfristige“ eigene Gewinninteressen beachten, sondern auch den Erhalt der Förderfähigkeit der Genossenschaft berücksichtigen.⁶⁴⁰ Daher verstößt die eventuelle Drittförderung nicht gegen den Förderzweck.

dd) Genussrechtsvergabe durch Kreditgenossenschaften als förderzweckkonform

Die Vorschrift des § 10 Abs. 5 KWG belegt,⁶⁴¹ dass der Gesetzgeber in der Vergabe von Genussrechten durch Genossenschaften keinen Verstoß gegen den genossenschaftlichen Förderzweck sieht.

Diese Norm stellt Voraussetzungen für die Ausgestaltung von Genussrechten der Kreditinstitute auf. Hält die Bank, die die Genussrechte vergibt, diese Vorgaben in den Genussrechtsbedingungen ein, kann sie das eingezahlte Kapital zu ihrem haftenden Eigenkapital hinzurechnen. Dabei spielt es keine Rolle, welche Rechtsform das emittierende Kreditinstitut hat.⁶⁴² Daher können auch Kreditgenossenschaften⁶⁴³ Genussrechte ausgeben; der Gesetz-

⁶³⁸ Tomalla, Notwendigkeiten und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung, 230.

⁶³⁹ In diese Richtung auch Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungsmittel, 56.

⁶⁴⁰ Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 118 f.

⁶⁴¹ S.o.: Kapitel 1 D. III. 6. und Kapitel 2 B. IV.

⁶⁴² So auch die Beschlussempfehlung des Finanzausschusses des Deutschen Bundestages vom 26. November 1984, abgedruckt in: BT-Drucks. 10/2459, 2.

geber nennt sie in der Beschlussempfehlung zum KWG ausdrücklich.⁶⁴⁴ Wenn er diesen Genossenschaften⁶⁴⁵ eine Genussrechtsvergabe spezialgesetzlich ermöglicht, dann wird er darin auch keinen Förderzweckverstoß gesehen haben.

Allerdings hat der Gesetzgeber die Ausgestaltung der durch das Kreditinstitut zu vergebenen Genussrechte in § 10 Abs. 5 KWG genau festgelegt. Das bedeutet aber nicht, dass die Banken anders gestaltete Genussrechte nicht ausgeben dürfen; denn diese Kriterien regeln nur, wann das Genussrechtskapital Eigenkapital ist und nicht, unter welchen Bedingungen eine Genussrechtsausgabe unzulässig ist.

Man kann folglich davon ausgehen, dass der Gesetzgeber es billigt, wenn Kreditgenossenschaften Genussrechte emittieren. Ferner ist es unbedenklich, wenn Kreditgenossenschaften Gewinne erzielen: Sie sind Wirtschaftsunternehmen⁶⁴⁶ und Gegenstand ihrer Unternehmen sind Bankgeschäfte aller Art.⁶⁴⁷ Für derartige Geschäfte ist ein gewisses Maß an Eigenkapital erforderlich, welches durch Gewinnerzielung überhaupt erst erwirtschaftet werden muss.⁶⁴⁸ Daher liegt die Ausrichtung auf Gewinnerzielung bei Kreditgenossenschaften in der Natur ihrer Geschäfte – und muss deshalb erlaubt sein.

ee) Förderzweckerreichung nicht gesichert

Sicherlich ist es ein für sich logisches Denkmodell, dass eine Genussrechtsvergabe primär zur Kapitalgewinnung führt, was sekundär die Liquidität stärkt und die Bonität verbessert und tertiär (direkt oder über weitere Kredite) Investitionen ermöglicht. Ob der (mittelbare) Fördererfolg erreicht wird, ist in der Praxis ungewiss. So kann es beispielsweise passieren, dass frustrierte Genussrechtsinhaber, deren Gewinnerwartungen wegen länger andauernder Rezession nicht erfüllt werden, den Genussrechtsvertrag nach Ablauf der Mindestlaufzeit kündigen und der eG somit Kapital wieder entziehen, bevor es überhaupt im Sinne der Mitglie-

⁶⁴³ Kreditgenossenschaften machen mehr als die Hälfte der gesamten deutschen Bankenlandschaft aus. Ende 2005 gab es in Deutschland 2344 Kreditinstitute, von denen 1295 (also ca. 55 %) Kreditgenossenschaften waren (Quelle: Pressemitteilung der Deutschen Bundesbank vom 13. April 2006, Revidierte Daten zur Bankstellenstatistik 2005, abzurufen unter: http://www.bundesbank.de/presse/presse_pressenotizen_2006.php).

⁶⁴⁴ BT-Drucks. 10/2459, 2.

⁶⁴⁵ Für diese gilt ebenfalls das GenG.

⁶⁴⁶ Pleister in: Genossenschaften, 11, 19.

⁶⁴⁷ Dazu zählen insbesondere die Gewährung von Krediten, die Pflege des Spargedankens, die Durchführung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs, Factoring-, Leasing- und Devisengeschäfte und die Vermittlung von Immobilien, Bausparverträgen und Versicherungen (vgl. Lang/ Weidmüller, GenG, § 1 Rdnr. 42).

⁶⁴⁸ Lang/ Weidmüller, GenG, § 1 Rdnr. 28.

der verwendet werden konnte. Auch eine kurzfristig erforderliche, anderweitige, d.h. nicht dem Förderzweck dienende, Verwendung des Genussrechtskapitals ist denkbar.

Gegen den Förderzweck würde die Genussrechtsvergabe aber auch in diesen Fällen nicht verstoßen, denn der Begriff „Förderzweck“ verlangt nur eine *Ausrichtung* auf Förderung der Mitglieder. Es ist also nicht entscheidend, dass es der Geschäftsführung einer eG gelingt, die Förderung durch eine entsprechende unternehmerische Organisation und Planung unter den jeweiligen Bedingungen des Marktes zu erreichen.⁶⁴⁹ Auf einen tatsächlichen Eintritt des Fördererfolges kommt es nicht an.⁶⁵⁰

ff) Zwischenergebnis

Eine begrenzte Vergabe von Genussrechten durch eine eG verstößt nicht gegen den genossenschaftlichen Förderzweck.⁶⁵¹ Ein Verbot der Gewinnerzielung oder einer entsprechenden Absicht lässt sich § 1 Abs. 1 GenG nicht entnehmen. Im Gegenteil: Als Förderwirtschaftsverein ist die Genossenschaft, um ihren gesetzlichen Förderauftrag überhaupt erfüllen zu können, in einem gewissen Maße auf eine Gewinnerzielung und damit auch auf eine dahingehende Geschäftspolitik angewiesen. Daher kann eine Geschäftspolitik, die (auch im Sinne der Genussrechtsinhaber) auf Gewinnerzielung gerichtet ist, nicht gegen den Förderauftrag verstoßen. Empfehlenswert ist eine maßvolle Genussrechtsvergabe, damit die Gewinnerzielung nicht zum Selbstzweck wird und die Genussrechte Finanzierungsmittel bleiben. Die Ausgabe von Genussrechten berührt zwar auch mitgliedschaftliche Rechte, verletzt diese aber nicht pauschal. Kollisionen mit dem Förderzweck ergeben sich nicht daraus, dass Nichtmitglieder der eG ebenfalls von einer Genussrechtsvergabe profitieren. Darüber hinaus sieht der Gesetzgeber Genussrechte nicht als förderzweckfeindlich an, weil er es den Kreditgenossenschaften rechtlich ermöglicht (§ 10 Abs. 5 KWG), Genussrechte zu vergeben.

⁶⁴⁹ Dies hat die Rechtsprechung zum Genossenschaftsrecht in einem Urteil von 1931 bestätigt, vgl. KG BfG 1931, 808, 809.

⁶⁵⁰ KG OLG 19, 339, 339; *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 119; *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 18.

⁶⁵¹ Gleicher Ansicht im Ergebnis zur Rechtslage vor der Genossenschaftsrechtsreform 2006: *Hadding*, ZIP 1984, 1295, 1301 f.; *Beuthien*, GenG, § 19 Rdnr. 28; *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 118 f.; *Blomeyer*, ZfG 1993, 17, 21 ff.; *ders./Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 35; *Lehnhoff*, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 13 f.; *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 124 ff.; *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 53 ff.; *Feddersen/Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 27; *Tanski*, FB 2005, 8, 8; *Lang/Weidmüller*, GenG, § 1 Rdnr. 105; *Tomalla*, Notwendigkeiten und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung, 229 f.

2. Genossenschaftliche Gewinnverteilung

Eine Genossenschaft kann in einem bestimmten Rahmen Gewinne erzielen, ohne gleichzeitig gegen den Förderzweck zu verstoßen. Die Untersuchung konzentriert sich nun auf die Frage, ob einzelne Regelungen des Genussrechtsvertrages zur Gewinnbeteiligung mit den Vorgaben des GenG zur Gewinn- und Verlustverteilung vereinbar sind.

a) Gewinnverteilungsregelung des § 19 GenG

Die erste Regelung zur Gewinnverteilung findet sich im zweiten Abschnitt des GenG, in dem die Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und der Genossen zueinander geregelt sind, in § 19. Diese Vorschrift gilt für die Zeit des Bestehens der Gesellschaft; nach Auflösung ist § 91 GenG einschlägige Norm für die Gewinn- und Verlustverteilung.⁶⁵² Sonderregeln für die Verlustverteilung in der Insolvenz finden sich in § 105 GenG.

aa) Inhalt des § 19 GenG

Nach § 19 Abs. 1 S. 1 GenG ist der sich bei Feststellung des Jahresabschlusses für die Mitglieder ergebende Gewinn oder Verlust auf diese zu verteilen. Hier bestätigt sich die oben vertretene Ansicht, dass die eG sehr wohl Gewinne erzielen darf,⁶⁵³ ein Verbot einer unternehmerischen Wertschöpfung existiert nicht.⁶⁵⁴

Wie diese Verteilung zu erfolgen hat, entscheidet die Generalversammlung (§ 48 Abs. 1 S. 2 GenG), nachdem sie den Jahresabschluss gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 GenG i.V.m. § 242 Abs. 3 HGB festgestellt hat.⁶⁵⁵ Die Satzung kann anderweitige Regelungen bzgl. der Gewinnverteilung vorsehen (so § 19 Abs. 2 GenG). Als Mitglieder schützende Norm ist § 19 Abs. 1 GenG ein Ausfluss der dem GenG zugrunde liegenden Prinzipien Selbsthilfe⁶⁵⁶ und Selbstnützigkeit.⁶⁵⁷

bb) Genussrechte und die Gewinnverteilungsregel des § 19 Abs. 1 GenG

⁶⁵² Lang/ Weidmüller, GenG, § 19 Rdnr. 2.

⁶⁵³ S.o.: Kapitel 1 C. I. 1. b) aa) (6).

⁶⁵⁴ Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 1; Lang/ Weidmüller, GenG, § 19 Rdnr. 1.

⁶⁵⁵ Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 2.

⁶⁵⁶ Siehe dazu auch unten: Kapitel 2 C. I. 3. a).

⁶⁵⁷ Bühler, Zulässigkeit und Eignung, 209.

Gewöhnliche Genussrechte sind mit einer erfolgsabhängigen Vergütung ausgestattet.⁶⁵⁸ Ein Bruch mit der Regel „die Gewinne der Genossenschaft sind auf die Mitglieder zu verteilen“ könnte daher gegeben sein.

Auch obligationsähnliche Genussrechte sind im Hinblick auf diese Vorgabe nicht ganz unbedenklich, weil diese – nach der Definition des BGH –⁶⁵⁹ trotz Festverzinsung aus dem Gewinn der Genossenschaft zu bedienen sind.

Dementsprechend werden in der Literatur verschiedenste Ansichten dazu vertreten, ob und ggf. wie eine Genussrechtsvergabe an Nichtmitglieder mit dem Drittverteilungsverbot des § 19 Abs. 1 GenG zu vereinbaren ist. Vergibt die Genossenschaft Genussrechte an Mitglieder so ist dies im Hinblick auf § 19 Abs. 1 GenG unbedenklich, wenn sie gemäß § 19 Abs. 2 S. 1 GenG eine entsprechende Regelung in der Satzung trifft.⁶⁶⁰

(1) Genussrechtsvergabe verstößt gegen § 19 Abs. 1 GenG

Trotz der bestehenden Vergabepaxis sehen manche in der Genussrechtsvergabe an Nichtmitglieder der eG eine unzulässige Gewinnzuweisung an Dritte.⁶⁶¹ Dieser Verstoß gegen das Genossenschaftsrecht führe zu einer absoluten Unwirksamkeit des Genussrechtsvertrages.⁶⁶² Als Begründung führen sie an, dass das Verbot der Gewinnzuweisung an Dritte zwingendes Recht⁶⁶³ sei und dass §§ 19, 20 GenG die Gewinnverteilung im Stadium des Bestehens der Gesellschaft abschließend regeln würden.⁶⁶⁴ Eine Genussrechtsvergabe wäre nach dieser Ansicht zwar möglich; allerdings sähen sich beide Parteien der Geltendmachung der Unwirksamkeit durch die Gegenpartei ausgesetzt. Dies hätte eine derartige Rechtsunsicherheit zur Folge, dass Genossenschaften in der Praxis wohl kaum Genussrechte ausgeben würden.

⁶⁵⁸ S.o.: Kapitel 1 B. I. 1.

⁶⁵⁹ S.o.: Kapitel 1 B. I. 3.

⁶⁶⁰ Anderer Auffassung ist *Lehnhoff* (Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 14), der meint, die Höhe der Genussrechte, die die einzelnen Mitglieder halten, könne bei der Ausschüttung nicht berücksichtigt werden, da einziges Ausschüttungskriterium das Verhältnis der Geschäftsanteile der Genossen untereinander sei. Dies ist insofern ungenau, als dass das grundsätzliche Verteilungskriterium nach § 19 Abs. 1 S. 2 GenG das Verhältnis der auf den Geschäftsanteil geleisteten Einzahlungen, also das Geschäftsguthaben (unter Berücksichtigung von Gewinnen und Verlusten) ist. Der Geschäftsanteil selbst ist nur dann – und zwar als Obergrenze – für die Verteilung entscheidend, wenn die Einzahlungen voll geleistet worden sind oder die Höhe der Geschäftsguthaben die der Geschäftsanteile aufgrund von Gewinnzuweisungen erreicht; vgl. dazu auch § 19 Abs. 1 S. 3 GenG.

⁶⁶¹ *Müller*, GenG, § 19 Rdnr. 2a; *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 19 Rdnr. 8.

⁶⁶² So *Müller* (GenG, § 19 Rdnr. 2a) in Hinblick auf Gewinnabführungsverträge. Dies lässt sich trotz der oben erwähnten Unterschiede (Kapitel 1 C. II. 2. g)) sinngemäß auf den Genussrechtsvertrag übertragen.

⁶⁶³ *Müller*, GenG, § 19 Rdnr. 2a i.V.m. 2.

⁶⁶⁴ *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 19 Rdnr. 8.

(2) Echte Gewinnbeteiligung unzulässig – Gewinnorientierung möglich

Auch nach Auffassung von *Blomeyer*⁶⁶⁵ verbietet § 19 Abs. 1 GenG eine „echte“ – also direkte – Beteiligung der Genussrechtsinhaber am Gewinn der Genossenschaft. Auch § 19 Abs. 2 S. 1 GenG, der eine andere statuarische Regelung zur Gewinn- und Verlustverteilung ermöglicht, helfe nicht weiter, da diese Norm nur einen anderen Verteilungsmaßstab oder andere Arten der Gewinnbemessung⁶⁶⁶ erlaube.⁶⁶⁷ Eine Regelung, die das Verbot der Gewinnverteilung an Dritte, also auch an Genussrechte haltende Nichtmitglieder, aufhebt, lasse die Vorschrift nicht zu.⁶⁶⁸

Dennoch meint *Blomeyer* im Ergebnis, die Genussrechtsvergabe von Genossenschaften sei mit § 19 Abs. 1 S. 1 GenG vereinbar. Nach ihm unterscheidet sich die Genussscheindividende zum einen von dem „Gewinn“ i.S.d. § 19 GenG. Zum anderen würden Genussrechte in der Regel gewinnorientiert und nicht gewinnbeteiligt verzinst, was im Hinblick auf die genossenschaftlichen Gewinnverteilungsvorgaben ohnehin unbedenklich sei.⁶⁶⁹

Auch *Bühler*⁶⁷⁰ und *Frankenberger*⁶⁷¹ halten eine Genussrechtsvergütung aus dem Gewinn für unzulässig. *Frankenberger* nennt folgende Ausgestaltungsformen, die mit § 19 Abs. 1 GenG vereinbar seien: eine Festzinszahlungsabrede, eine dividendenabhängige Ausschüttung oder eine Festzinszahlungsabrede mit dividendenabhängiger Ausschüttung.⁶⁷² *Bühler* differenziert, indem er begrifflich zwischen echter und unechter Gewinnbeteiligung unterscheidet. Wenn im Genussrechtsvertrag eine ausdrückliche Vereinbarung getroffen worden sei, nach der die Genussrechtsinhaber direkt aus dem genossenschaftsrechtlich verteilungsfähigen Gewinn zu vergüten sind, läge eine echte, nach § 19 Abs. 1 GenG unzulässige Ge-

⁶⁶⁵ *Blomeyer*, ZfgG 1993, 17, 24; *ders./Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 35 f.

⁶⁶⁶ Dazu auch: *Beuthien*, GenG, § 19 Rdnr. 7.

⁶⁶⁷ *Blomeyer/Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 36.

⁶⁶⁸ *Blomeyer/Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 36. So auch die sog. herrschende Meinung: *Müller*, GenG, § 19 Rdnr. 4; *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 209; und im Ergebnis auch: *Lang/Weidmüller*, GenG, § 19 Rdnrn. 15 f.; *Beuthien*, GenG, § 19 Rdnr. 7.

⁶⁶⁹ *Blomeyer*, ZfgG 1993, 17, 24; *ders./Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 36. Ähnlich auch *Lehnhoff* (Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 14), der sich mit der Frage auseinandersetzt, wie die Dividendenausschüttung im Falle von KWG-Genussrechten unter Berücksichtigung des § 19 GenG erfolgen kann. Das KWG trifft in § 10 Abs. 5 zwar etliche Regelungen für die Ausgestaltung von Genussrechten, die durch Kreditinstitute vergeben werden, regelt aber nicht deren Bedienung. Doch auch diese Genussrechte dürften – laut *Lehnhoff* – wegen des zwingenden Charakters des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG auf der einen Seite und der in der Praxis typischen Gewinn- und Verlustbezogenheit der Genussrechte auf der anderen Seite nur gewinnorientiert ausgestaltet sein.

⁶⁷⁰ *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 212 f.

⁶⁷¹ Dieser ebenfalls unter Berufung auf die abschließende Regelung des § 19 Abs. 1 GenG hinsichtlich der Gewinnverteilung, vgl. *Frankenberger*, BI 1990, Heft 11, 52, 53 f.

⁶⁷² *Frankenberger*, BI 1990, Heft 11, 52, 54.

winnverteilung vor. Werde im Unterschied dazu der Gewinn lediglich als eine Bezugsgröße bei der Ermittlung des Ausschüttungsbetrages verwendet, sei die Gewinnbeteiligung unecht und gleichsam unbedenklich im Hinblick auf § 19 Abs. 1 GenG; denn die dem Ausschüttungsbetrag zugrunde liegende Verpflichtung der Gesellschaft hänge zwar vom Gewinn ab, sei aber nicht ein Bestandteil des Gewinnes.⁶⁷³ Beide Autoren halten die Genussrechtsvergabe folglich im Hinblick auf § 19 GenG für unbedenklich, wenn die Parteien bestimmte Grundsätze bei der Gestaltung des Genussrechtsvertrages beachten.

(3) § 19 Abs. 1 GenG kein zwingendes Recht

Zu einem anderen, nicht so differenzierten Ergebnis kommt man, wenn man § 19 Abs. 1 GenG nicht als zwingendes Recht ansieht und abweichende vertragliche Gestaltungen wie die Gewinnverteilung an Dritte zulässt.⁶⁷⁴ Gerade angesichts einer Vorschrift wie § 20 GenG, Gewinne der gesetzlichen Rücklage und anderen Ergebnismrücklagen zuzuschreiben, scheint diese Ansicht nicht abwegig zu sein.⁶⁷⁵ Man käme so zu dem Ergebnis, dass § 19 Abs. 1 S. 1 GenG als Ausfluss des genossenschaftlichen Förderauftrages nicht zwangsläufig vorschreibt, die Gewinne unmittelbar an die Mitglieder weiterzugeben.⁶⁷⁶ Eine Genussrechtsvergabe wäre in Bezug auf § 19 Abs. 1 S. 1 GenG unbedenklich.⁶⁷⁷

(4) Genussrechtsbedienung keine Gewinnverwendung i.S.d. § 19 Abs. 1 GenG

Schließlich ist es auch möglich, die Auszahlung an die Gläubiger gewinnbezogener Genussrechte am Ende eines Geschäftsjahres begrifflich zu trennen von der Gewinnverwendung i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 GenG.⁶⁷⁸ Dies wäre möglich, wenn Forderungen der Genussrechtsinhaber bereits berücksichtigt (abgezogen) sind, bevor die eG den ausschließlich an die Mitglieder zu verteilenden Gewinn (§ 19 Abs. 1 S. 1 GenG) feststellt. Diese Sichtweise ergibt

⁶⁷³ Böhler, Zulässigkeit und Eignung, 213.

⁶⁷⁴ So beispielsweise Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 52; Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 118. Letzterer titulierte die Regelung des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG als „angebliches Verbot der Gewinnverteilung an Dritte“. Siehe ferner auch Feddersen/ Knauth (Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 26) und Hadding (ZIP 1984, 1295, 1302), die diese Ansicht ebenfalls vertreten.

⁶⁷⁵ So auch die Begründung der eigenen Ansicht von Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 26.

⁶⁷⁶ Dazu Hadding, ZIP 1984, 1295, 1302.

⁶⁷⁷ Siehe dazu Aschermann (Die eingetragene Genossenschaft, 117 ff.), der sich konsequenterweise nicht mit der Frage auseinandersetzt, ob Gewinnausschüttungen an Genussrechtsgläubiger mit dem Gebot der Gewinnzuweisung an die Mitglieder vereinbar sind. Schudt (Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 52) unterstreicht, dass das Recht der Mitglieder auf einen Anteil am Gewinn wegen seiner Abdingbarkeit kein wesentliches Merkmal der Genossenschaften sei und beschränkt sich ebenfalls auf eine knappe Prüfung von § 19 Abs. 1 S. 1 GenG.

⁶⁷⁸ So Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 28; Tomalla, Notwendigkeiten und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung, 230; Schudt, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 52 f.; Hadding, ZIP 1984, 1295, 1302.

sich, wenn man sich auf die Eigenschaft der Genussrechte als Gläubigerrechte konzentriert. So regelt § 19 GenG in der Tat nur die genossenschaftliche Gewinnverteilung *nach* Abzug aller Verbindlichkeiten. Auch die Verpflichtungen, die eine Genossenschaft gegenüber eventuellen Genussrechtsinhabern hat, sind Verbindlichkeiten.

Hadding meint zu Recht, „hätte die Genossenschaft, um ihre notwendige Liquidität zu sichern, ein Darlehen (Fremdkapital) aufgenommen, würde niemand bezweifeln, daß die Verzinsung und andere diesbezügliche Kapitalkosten aus dem erwirtschafteten Ertrag zu bestreiten sind, ehe ein eventuell verteilungsfähiger Gewinn in der Bilanz ausgewiesen werden kann.“⁶⁷⁹

Mit dieser Argumentation wäre sogar möglich, die Genussrechtsinhaber unmittelbar am Gewinn der eG zu beteiligen. Denn die entsprechende Regelung im Genussrechtsvertrag würde nicht auf den Gewinn i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 GenG abzielen, sondern auf den Gesamtertrag vor Abzug der Verbindlichkeiten für Finanzierungsmittel. Ein Verstoß gegen § 19 Abs. 1 S. 1 GenG läge daher nicht vor.

(5) Abgrenzende Stellungnahme

Anhand einer Auslegung und unter Berücksichtigung der bereits angemerkten Gesichtspunkte ist nun zu ermitteln, ob – und wenn ja inwieweit – die Vorgaben des § 19 GenG tatsächlich eine Ausschüttung auf Genussrechte zulassen.

(a) Wortlaut

Der Wortlaut des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG nennt einen auf die Mitglieder zu verteilenden Gewinn oder Verlust des Geschäftsjahres. Abgesehen von der Bezugsgröße „Geschäftsjahr“ werden die Begriffe „Gewinn“ und „Verlust“ nicht näher beschrieben – § 19 Abs. 1 S. 2 und 3 GenG treffen lediglich Regelungen zur Verteilung. Dementsprechend bietet der recht weite Wortlaut mehrere Möglichkeiten, den Begriff des Gewinns in § 19 Abs. 1 S. 1 GenG zu definieren.

⁶⁷⁹ *Hadding*, ZIP 1984, 1295, 1302.

(aa) Weiter Gewinnbegriff

Zum einen kann man den Gewinn beschreiben als Überschuss der Aktivposten über die Passivposten in der Jahresabschlussbilanz, unter Berücksichtigung einer eventuellen Zuschreibung von Beträgen zu der gesetzlichen Rücklage und anderen Ergebnismrücklagen sowie zu- bzw. abzüglich bestehender Gewinn- und Verlustvorträge aus dem Vorjahr.⁶⁸⁰ Der Jahresüberschuss – für sich betrachtet – bezeichnet den Überschuss der Erträge über die Aufwendungen in der Jahresbilanz, vergleiche § 275 Abs. 2 GenG.⁶⁸¹ Dann wäre der Gewinn nicht allein der im Geschäftsjahr erwirtschaftete Überschuss.⁶⁸²

(bb) Enger Gewinnbegriff

Diese Sichtweise konzentriert sich jedoch sehr auf den bilanztechnischen Gewinnbegriff. Dass dieser grundsätzlich der Regelung des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG zugrunde liegt, bestreitet niemand.⁶⁸³ Dennoch ist auch eine andere Auslegung möglich, die sich näher am Wortlaut der Vorschrift orientiert. Dieser nennt nämlich nicht isoliert einen „Gewinn [...] des Geschäftsjahres“, sondern vielmehr einen sich für die Mitglieder ergebenden Gewinn des Geschäftsjahres bei Feststellung des Jahresabschlusses. „Gewinn“ ist also nur der Teil des Jahresüberschusses, den die Generalversammlung bei Feststellung des Jahresabschlusses für die Verteilung an die Mitglieder vorsieht.⁶⁸⁴ Er setzt sich also nur grundsätzlich aus den oben genannten Bilanzposten, Jahresüberschuss, Gewinn- und Verlustvortrag und Rücklagenzuführungen und -auflösungen, zusammen.

Beide Sichtweisen deuten also eher darauf hin, dass die Gewinnzuweisungen an Genussrechte ebenso wie andere Verpflichtungen bereits berücksichtigt sind, bevor der nach § 19 Abs. 1 S. 1 GenG an die Mitglieder zu verteilende Gewinn als solcher entsteht (weiter Gewinnbegriff) bzw. von der Generalversammlung festgestellt (enger Gewinnbegriff) wird. Der Wortlaut verbietet somit nicht, Genussrechte aus dem Gewinn der Gesellschaft zu bedienen, solange es sich dabei nicht um den an die Genossen zu verteilenden Gewinn handelt.

⁶⁸⁰ Müller, GenG, § 19 Rdnr. 1; Lang/ Weidmüller, GenG, § 19 Rdnr. 5.

⁶⁸¹ Lang/ Weidmüller, § 19 Rdnr. 3.

⁶⁸² Müller, GenG, § 19 Rdnr. 1.

⁶⁸³ Soweit ersichtlich, vgl. Paulick, Das Recht der eG, 284; Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 3; Müller, GenG, § 19 Rdnr. 1; Lang/ Weidmüller, GenG, § 19 Rdnr. 5; Hadding, ZIP 1984, 1295, 1302.

⁶⁸⁴ Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 3

Um möglichen Kollisionen aus dem Wege zu gehen, sollte man im Genussrechtsvertrag entweder eine „Gewinnorientierung“, eine „Überschussbeteiligung“ oder eine „Bedienung aus dem Ertrag“⁶⁸⁵ vereinbaren.

Gleichwohl sind Formulierungen wie „Bedienung aus dem Gewinn der Gesellschaft“ nicht schlichtweg unwirksam.⁶⁸⁶ Man muss sie i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 GenG dahingehend auslegen, dass sie sich nicht auf den Gewinn im Sinne dieser Vorschrift beziehen. Sieht man in jeglicher Gewinnbeteiligung der Genussrechtsinhaber per se eine unzulässige Gewinnzuweisung an Dritte,⁶⁸⁷ überspitzt man den Wortlaut von § 19 Abs. 1 S. 1 GenG. Nicht mit jeder Verwendung des Begriffs „Gewinn“ – auch nicht in den Regelungen eines Genussrechtsvertrages – muss gleich der weite bilanztechnische Gewinnbegriff gemeint sein.

(b) Systematik

Die Vorschrift des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG befindet sich im zweiten Abschnitt des GenG, in dem die Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und ihrer Mitglieder geregelt sind. Dazu heißt es in § 18 GenG, dass das Rechtsverhältnis zwischen Genossenschaft und Mitgliedern zunächst durch die Satzung bestimmt wird. Die Satzung allerdings darf von den Regelungen des GenG grundsätzlich nicht abweichen, es sei denn, das GenG lässt dies ausdrücklich zu.⁶⁸⁸ Daher sind auch die Vorgaben des § 19 GenG verbindlich. Die Möglichkeit statuari-scher Abweichungen von den Gewinnverteilungsvorschriften, welche § 19 Abs. 2 GenG einräumt, ist entsprechend § 18 S. 2 GenG restriktiv auszulegen. Deshalb lässt auch eine systematische Betrachtungsweise keine Regelung in der Satzung zu, nach der der Gewinn einer Genossenschaft auch an Dritte verteilt werden darf. Es bleibt also bei dem bereits bemerkten verbindlichen Charakter des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG.

⁶⁸⁵ Eine Bedienung aus dem Ertrag ist letztlich nichts anderes als eine Überschussbeteiligung. Wichtig ist in diesem Zusammenhang, dass es sich hierbei um den bilanzrechtlichen Begriff des Überschusses bzw. Jahresüberschusses handelt und nicht um die genossenschaftliche Überschussverteilung i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 GenG. Die Begrifflichkeit „genossenschaftliche Überschussverteilung“ wird vor allem von *Paulick* (Das Recht der eG, 282 ff.; Die eG als Beispiel, 117 ff.) verwendet, ist aber irreführend, weil sie sich nicht auf den bilanziellen Jahresüberschuss (vgl. § 275 Abs. 2 HGB) bezieht, sondern auf § 19 GenG.

⁶⁸⁶ So aber beispielsweise *Paaßen* (Die finanzielle Beteiligung, 284), der aber anschließend (285) auch meint, dass die Ausschüttungen auf Genussrechte in dem Gewinnbegriff des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG bereits berücksichtigt sind. Wenn dies jedoch – wie auch hier vertreten – der Fall ist, ist fraglich, warum er überhaupt Genussrechtsvergaben durch Genossenschaften wegen § 19 Abs. 1 S. 1 GenG pauschal ablehnt.

⁶⁸⁷ S.o.: Kapitel 2 C. I. 2. a) bb) (1).

⁶⁸⁸ Es handelt sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

(aa) Verknüpfung mit § 48 GenG

§ 19 Abs. 1 GenG ist in systematischer Hinsicht eng mit § 48 Abs. 1 GenG verknüpft.⁶⁸⁹ Hiernach stellt die Generalversammlung den Jahresabschluss fest und entscheidet u.a. über die Verwendung von Jahresüberschüssen und die Deckung von Jahresfehlbeträgen. Ferner legt sie fest, welcher Betrag vom Jahresüberschuss den Geschäftsguthaben der Mitglieder zugewiesen wird.⁶⁹⁰ § 48 GenG sichert den Mitgliedern einer Genossenschaft eine Teilhabe an der Entscheidung über die Gewinnverwendung; bei dieser Entscheidung sind die Genossen allerdings auch wieder an die Vorgaben des § 19 GenG gebunden, sofern nicht eine andere Regelung in der Satzung weitere Optionen schafft.

Geht man davon aus, dass Genussrechte beim Jahresabschluss den Jahresüberschuss⁶⁹¹ in der Gewinn- und Verlustrechnung mindern,⁶⁹² weil die eG sie zu Lasten der Erträge bedient, dann verhält sich eine Genussrechtsvergabe und -bedienung neutral zum Recht der Genossen, über die Gewinnverwendung zu entscheiden.⁶⁹³ Denn der ausschließlich auf die Mitglieder zu verteilende Gewinn ist bereits durch die Ausschüttung auf die Genussrechte gemindert,⁶⁹⁴ bevor die Generalversammlung darüber zu entscheiden hat.⁶⁹⁵ Aus der systematischen Verknüpfung von § 19 GenG und § 48 GenG ergeben sich somit keine Bedenken gegen die Vergabe von Genussrechten in einer eG.

(bb) Parallelvorschriften

Hinsichtlich der Gewinnverwendung finden sich ähnliche Bestimmungen wie § 19 GenG für die AG in § 58 AktG und für die GmbH in § 29 GmbHG. Einzelne Autoren vertreten, eine Vergabe von Genussrechten mit gewinnbezogener Ausstattung sei schon deshalb im Hinblick auf § 19 GenG unbedenklich, weil jene Parallelvorschriften aus dem Kapitalgesell-

⁶⁸⁹ *Beuthien*, NZG 2003, 849, 851; *ders.*, GenG, § 19 Rdnr. 2. Dieser nennt § 19 Abs. 1 S. 1 GenG eine Folgevorschrift von § 48 Abs. 1 S. 2 GenG.

⁶⁹⁰ *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 19 Rdnr. 2; *Beuthien*, GenG, § 19 Rdnr. 2.

⁶⁹¹ Untechnisch formuliert, den „Gewinn“.

⁶⁹² So auch *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 52 f.; *Hadding*, ZIP 1984, 1295, 1302; *Tomalla*, Notwendigkeiten und Maßnahmen der Eigenkapitalbildung, 230; *Beuthien*, GenG, § 19 Rdnr. 3; *Feddersen/ Knauth*, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 26.

⁶⁹³ Inkonsistent sind daher Ansichten, die einerseits ebenfalls von einer Berücksichtigung der Genussrechte vor Feststellung des nach § 19 Abs. 1 S. 1 GenG an die Mitglieder zu verteilenden Gewinnes ausgehen, andererseits aber lediglich eine gewinnorientierte Gestaltung zulassen wollen, wie *Lehnhoff*, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 14; *Blomeyer*, ZfgG 1993, 17, 24.

⁶⁹⁴ Hierin liegt eine Parallele zur Gewinnausschüttung auf die Beteiligung eines stillen Gesellschafters, dazu *Beuthien*, NZG 2003, 849, 851 f.

⁶⁹⁵ Genussrechtsvergütungen werden also schon im Rahmen der Gewinnermittlung berücksichtigt, vgl. *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 202.

schaftsrecht entsprechende Regelungen trafen und eine Genussrechtsvergabe hier jedoch nie in Frage gestanden habe.⁶⁹⁶

Diese Argumentation ist abzulehnen. An einer Vergleichbarkeit der angeführten Normen mit § 19 GenG mangelt es vor allem, weil die genossenschaftlichen Regelungen deutlich strenger zum Schutz der Mitglieder konzipiert sind. Nach § 19 Abs. 1 S. 1 GenG „ist“ der Gewinn der genossenschaftlichen Unternehmung zwingend an die Mitglieder zu verteilen.⁶⁹⁷ § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG und § 58 Abs. 4 AktG sprechen zwar ebenfalls von einem Anspruch der Gesellschafter bzw. Aktionäre auf den Jahresüberschuss zuzüglich eines Gewinnvortrags und abzüglich eines Verlustvortrags oder auf den Bilanzgewinn; sie schränken diesen Anspruch aber direkt wieder ein.⁶⁹⁸ Auch sind im Aktienrecht Gewinnabführungsverträge zugelassen, die u.U. bewirken, dass Gewinne außerhalb der AG stehenden Aktionären übertragen werden.⁶⁹⁹ Ferner ist eine Genussrechtsvergabe in der Aktiengesellschaft gemäß § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG ausdrücklich gesetzlich zugelassen, weshalb ein Verstoß gegen § 58 Abs. 4 AktG von vornherein abwegig erscheint. Darüber hinaus sind die Möglichkeiten der Gewinnverteilung in einer AG und in einer GmbH vielfältiger als in einer Genossenschaft, wie der Vergleich von § 58 Abs. 3 AktG und § 29 Abs. 2 GmbHG mit § 20 GenG zeigt.

Schließlich ist es schon konzeptionell problematisch, Kapitalgesellschaften mit Genossenschaften zu vergleichen. Zwar sind beide körperschaftlich strukturiert; dass aber beispielsweise eine Genussrechtsvergabe in der GmbH nie auf Bedenken gestoßen ist, muss für die eG keine Bedeutung haben. Aktien- und GmbH-Gesetz unterliegen weder den für die Gewinnverwendung einschlägigen Vorschriften des GenG noch den dem Genossenschaftsrecht eigenen Prinzipien wie Förderzweck,⁷⁰⁰ Selbsthilfe⁷⁰¹ und dem Vorrang der Person vor dem Kapital.⁷⁰²

⁶⁹⁶ Feddersen/ Knauth, Eigenkapitalbildung durch Genußscheine, 26.

⁶⁹⁷ Dies ergibt sich neben dem Wortlaut auch aus der systematischen Verbindung mit § 18 S. 2 GenG. Auch § 20 GenG ermöglicht keine Regelung in der Satzung, die eine Verteilung des Gewinnes an Nichtmitglieder festlegt.

⁶⁹⁸ Abweichende statuarische Reglementierungen bzgl. der Verteilung des Gewinnes werden im GenG erst durch § 20 GenG ermöglicht.

⁶⁹⁹ Gewinnabführungsverträge werden zwischen zwei Unternehmen geschlossen. Dabei verspricht das eine Unternehmen, seinen Gewinn vollständig an das andere abzuführen, so § 291 Abs. 1 S. 1 AktG. Wie § 291 Abs. 3 AktG ausdrücklich festlegt, liegt hier kein Verstoß gegen § 58 AktG vor.

⁷⁰⁰ S.o.: Kapitel 2 C. I. 1. a).

⁷⁰¹ S.u.: Kapitel 2 C. I. 3. a) aa).

⁷⁰² Das Kapital soll dienen, nicht herrschen, vgl. Münkner in: Perspektiven für die genossenschaftliche Finanzierung, 1, 18. Ferner ist nicht das Kapital, sondern die Personen Träger der Genossenschaft, vgl. Luther, Die genossenschaftliche AG, 7 f.

(cc) Harmonisierungsklausel des § 2 Abs. 5 5. VermBG

Ein anderes Licht auf die systematische Auslegung des § 19 GenG könnte die Harmonisierungsklausel des § 2 Abs. 5 5. VermBG werfen. Sie gibt Genossenschaften die Möglichkeit, unter bestimmten Voraussetzungen Genussrechte in Form von Genussscheinen an Arbeitnehmer als vermögenswirksame Leistungen auszugeben.⁷⁰³ Einer solchen Anlage stehen auf Seite der Genossenschaft §§ 19, 20 GenG nicht entgegen, so § 2 Abs. 5 5. VermBG explizit. Fraglich ist nun, wie sich diese Regelung auf die allgemeine Vereinbarkeit von Genussrechten, die Gewinnberechtigungen enthalten, mit § 19 Abs. 1 S. 1 GenG auswirkt.

Einerseits könnte die Vorschrift des 5. VermBG rein deklaratorischer Natur sein; der Gesetzgeber ginge dann von vornherein davon aus, dass Genossenschaften gewinnbezogene Genussrechte ausgeben dürfen. Andererseits könnte der Gesetzgeber eben diese Genussrechte in einer eG für unzulässig gehalten haben, weshalb er eine gesetzliche Regelung geschaffen hat, um eine Vergabe nur zu einem bestimmten Zweck (nämlich dem der Vermögensbildung) zu ermöglichen. Letztlich könnte der Gesetzgeber den speziellen Bereich der Vermögensbildung der Arbeitnehmer in einer Genossenschaft gesondert in § 2 Abs. 5 5. VermBG geregelt und auf eine allgemeine Stellungnahme verzichtet haben.

Mit diesen Fragen hat sich insbesondere *Bühler*⁷⁰⁴ auseinandergesetzt, allerdings ohne genauer auf die Stellungnahmen des Gesetzgebers einzugehen. Er spricht sich in seiner Untersuchung zunächst gegen einen deklaratorischen Charakter von § 2 Abs. 5 5. VermBG aus, weil man dem Gesetzgeber nicht unterstellen könne, dass er eine bereits von ihm anerkannte rechtliche Handhabung nun in einem speziellen Gesetz (quasi wiederholend) normiert. Der Gesetzgeber sei sich offenbar bewusst gewesen, dass gewisse Genussrechtsgestaltungen mit §§ 19, 20 GenG kollidieren könnten und habe die Vorschrift deshalb zum Schutze der Arbeitnehmer geschaffen.⁷⁰⁵

Zusätzlich zu den von *Bühler* vorgetragenen Argumenten ist darauf hinzuweisen, dass bei Auslegung einer Rechtsnorm im Zweifel immer von einem nicht-deklaratorischen Charakter ausgegangen werden muss, denn Gesetze werden grundsätzlich nur dort geschaffen, wo Sachverhalte einer bestimmten Regelung bedürfen.

⁷⁰³ S.u.: Kapitel 2 D. II.

⁷⁰⁴ *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 173 ff.

⁷⁰⁵ *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 175.

Der Gesetzgeber machte zunächst tatsächlich keine Angaben über seine Intention bei der Schaffung des § 2 Abs. 5 5. VermBG, was damit zusammenhing, dass die Vorschrift erst im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens eingeführt wurde.⁷⁰⁶ Auf Betreiben einiger Spitzenverbände, insbesondere des Zentralverbandes der genossenschaftlichen Großhandels- und Dienstleistungsunternehmen,⁷⁰⁷ nahm die Bundesregierung die Norm als § 2 Abs. 2 4. VermBG in den Gesetzesentwurf mit auf und das Kabinett verabschiedete ihn. Die Verbände hatten zuvor betont, dass sie Beteiligungen von Arbeitnehmern durch Genussrechte und stille Beteiligungen wegen §§ 19, 20 GenG für unzulässig hielten, wenn die Arbeitnehmer für eine Förderung seitens der Genossenschaft nicht in Frage kamen und deshalb keine Mitglieder werden konnten.⁷⁰⁸ Dieser Meinung hat sich der Gesetzgeber (des VermBG) im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens angeschlossen.⁷⁰⁹

Dürfen Genossenschaften also keine Genussrechte vergeben und hat der Gesetzgeber nur für den Bereich der Vermögensbildung durch Arbeitnehmer eine Ausnahmeregelung⁷¹⁰ geschaffen?

Der Gesetzgeber erließ das 4. VermBG⁷¹¹ mit der Intention, Arbeitnehmer (auch von Genossenschaften) durch Kapitalbeteiligung besser in die entsprechenden Unternehmen zu integrieren und auf die Weise ihre Motivation, Mitverantwortung und Selbstständigkeit zu fördern.⁷¹² Um dieses Ziel zu erreichen, stellt er Genossenschaften und ihren Arbeitnehmern u.a. Genussrechte und stille Beteiligungen für die Vermögensbildung anheim. § 2 Abs. 5 5.

⁷⁰⁶ Siehe dazu die Begründung des Gesetzgebers in BT-Drucks. 10/337, 1 ff.

⁷⁰⁷ Kurz: ZENTGENO. Dieser fusionierte im Jahre 1992 mit der Bundesvereinigung Deutscher Einkaufs- und Verbundgruppen des Handels (BEV) zum Zentralverband Gewerblicher Verbundgruppen e.V.

⁷⁰⁸ Sehr instruktiv zur Initiative der Verbände bei Schaffung des heutigen § 2 Abs. 5 VermBG Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 62 f.

⁷⁰⁹ Siehe dazu den Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zu dem von der Bundesregierung eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Vermögensbildung der Arbeitnehmer durch Kapitalbeteiligungen (Vermögensbeteiligungsgesetz) vom 5. Dezember 1983, abgedruckt in: BT-Drucks. 10/733, 5: „Bei einem Teil der Genossenschaften, insbesondere bei gewerblichen Waren- und Dienstleistungsgenossenschaften, ist eine Beteiligung der Arbeitnehmer in Form der Mitgliedschaft voraussetzenden Geschäftsguthabens bei der Genossenschaft nicht möglich, weil sie deren Förderleistungen (z.B. für Einzelhändler, Handwerker, Angehörige eines freien Berufs) selbst nicht in Anspruch nehmen können. Bei Genossenschaften jeder Art ist eine Beteiligung der Arbeitnehmer in anderen Formen, die mit einem Recht am Gewinn verbunden sind, nicht möglich, weil nach §§ 19, 20 des Genossenschaftsgesetzes der Gewinn der Genossenschaft grundsätzlich nur an die Mitglieder verteilt werden darf. Durch den neuen Absatz 2 in § 2 4. VermBG werden an Arbeitnehmer-Beteiligungen jeder Art in den gewinnbeteiligten Formen des Genußscheins, des Genußrechts, der stillen Beteiligung und des partiarischen Darlehens von der Regelung in §§ 19, 20 des Genossenschaftsgesetzes in den Fällen ausgenommen, in denen die Arbeitnehmer solche Beteiligungen mit vermögenswirksamen Leistungen erwerben.“

⁷¹⁰ Bühler (Zulässigkeit und Eignung, 176) prüft auch, ob die Regelung des § 19 GenG durch die Schaffung des § 2 Abs. 5 5. VermBG modifiziert wurde – was jedoch recht abwegig erscheint – und schlussfolgert letztlich richtig, dass einer Vorschrift, die speziell für die Vermögensbildung von Arbeitnehmern (öffentliches Recht) geschaffen wurde, keine derartige Reichweite unterstellt werden kann.

⁷¹¹ Die Vorschrift des § 2 Abs. 5 5. VermBG war bereits im 4. VermBG von 1983 (BGBl. I, 1592 ff.) in gleicher Form in § 2 Abs. 2 enthalten.

⁷¹² Siehe dazu die Begründung des Gesetzgebers in Bundesanzeiger 10/337, 10.

VermBG legt die Vereinbarkeit dieser Anlageformen mit §§ 19, 20 GenG fest. Wahrscheinlicher als die Absicht, eine Aussage über die allgemeine Zulässigkeit von Genussrechten etc. in Genossenschaften treffen zu wollen, ist, dass er verbindliche Regeln für Arbeitnehmerbeteiligungen schaffen und den Bereich der Vermögensbeteiligung rechtssicher regeln wollte.

So könnte er z.B. Nachteile für Arbeitnehmer zu verhindern versucht haben: Angenommen man geht grundsätzlich von einer Zulässigkeit gewinnbezogener Genussrechte im Hinblick auf § 19 Abs. 1 S. 1 GenG aus. Wegen der mannigfachen Ausgestaltungsmöglichkeiten wäre durchaus eine Genussrechtsgestaltung mit folgendem Inhalt möglich:

„Die Genussrechte nehmen wie Geschäftsguthaben am Bilanzgewinn der Gesellschaft teil. Berechnungsgrundlage ist der Überschuss der Aktivposten über die Passivposten in der Jahresabschlussbilanz, unter Berücksichtigung einer eventuellen Zuschreibung von Beträgen zu der gesetzlichen Rücklage und anderen Ergebnissrücklagen sowie zu- bzw. abzüglich bestehender Gewinn- und Verlustvorträge.“

Diese Gestaltung entspricht exakt dem Gewinnbegriff des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG⁷¹³ und wäre selbst nach hier vertretener Auffassung nicht mehr mit dieser Vorschrift vereinbar, würde aber im Rahmen des VermBG ausnahmsweise nach § 2 Abs. 5 5. VermBG zulässig sein.

Und so erklärt sich die ratio dieser Vorschrift. Sie soll die Arbeitnehmer bei extremen Genussrechtsgestaltungen vor Unwirksamkeit des Genussrechtsvertrages schützen. Die Unwirksamkeit kann dazu führen, dass eine Ausschüttung auf das Genussrechtskapital gegen § 19 Abs. 1 S. 1 GenG verstoßen würde und deshalb nicht vorgenommen werden könnte. Dies wiederum ginge zu Lasten der Arbeitnehmer.

Ferner bezieht sich § 2 Abs. 5 5. VermBG nicht nur auf Genussrechte in Form der Genussscheine, sondern beispielsweise auch auf stille Beteiligungen an Genossenschaften. Rechtliche Bedenken gegen diese sind in der Literatur längst ausgeräumt⁷¹⁴ und niemand würde dies – aufgrund der Regelung des § 2 Abs. 5 5. VermBG – wieder in Frage stellen.⁷¹⁵

⁷¹³ Vgl. oben Kapitel 2 C. I. 2. a) bb) (5) (a).

⁷¹⁴ Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 24; Lang/ Weidmüller, GenG, § 1 Rdnr. 100.

⁷¹⁵ Siehe dazu insbesondere Kommentierung im Lang/ Weidmüller (GenG, § 1 Rdnr. 100 und § 19 Rdnr. 8), die in der Genussrechtsvergabe durch Genossenschaften grundsätzlich einen Verstoß gegen § 19 Abs. 1 S. 1 GenG sieht, die stille Beteiligung an einer Genossenschaft aber anerkennt.

Zudem hat der Gesetzgeber des VermBG wohl nicht auf eine entsprechende Regelung hinsichtlich § 58 Abs. 4 AktG und 29 GmbHG für die AG und die GmbH verzichtet, weil er die Genussrechte in Kapitalgesellschaften für zulässig erachtet hat und in der eG nicht. Die Regelung erfolgte vielmehr, weil der Wortlaut von §§ 19, 20 GenG strenger ist als der der Vorschriften des Kapitalgesellschaftsrechts und weil die Gefahr bestand, dass äußerst variabel gestaltbare Anlageformen, wie die stille Gesellschaft und die Genussrechte, in Einzelfällen mit diesem kollidieren konnten. Unwirksamkeiten sollten nicht zu Lasten der Arbeitnehmer gehen.

Für die hier vertretene Ansicht spricht ferner, dass der Gesetzgeber die Norm des heutigen § 2 Abs. 5 5. VermBG ausdrücklich „ohne Änderung des Genossenschaftsgesetzes“⁷¹⁶ geschaffen hat. Die Vorschriften der §§ 19, 20 GenG und die Grundsätze über die genossenschaftliche Gewinnverteilung und eine Gewinnverwendung im Sinne des Förderzweckes bestehen deutlich länger als das 4. VermBG.

Umgekehrt kann man aus § 2 Abs. 5 5. VermBG auch nicht auf eine allgemeine Zulässigkeit von Genussrechten in Genossenschaften schließen.⁷¹⁷ Diese Norm trifft eine Sonderregelung für die Arbeitnehmervermögensbeteiligung und -bildung –⁷¹⁸ allgemeine Konsequenzen für die Vereinbarkeit von gewinnbezogenen Genussrechten mit §§ 19, 20 GenG lassen sich der Vorschrift nicht entnehmen.⁷¹⁹

Weder aus einer Parallele zum Aktien- und GmbH-Gesetz noch aus der Harmonisierungsklausel des § 2 Abs. 5 5. VermBG lassen sich Schlüsse auf die Vereinbarkeit einer Vergabe von gewinnbezogenen Genussrechten mit § 19 Abs. 1 S. 1 GenG ziehen. Die systematische Verknüpfung von § 19 Abs. 1 S. 1 GenG mit § 48 Abs. 1 S. 2 GenG spricht demgegenüber nach hier bevorzugter Auslegung des Wortlauts nicht gegen eine Genussrechtsvergabe.

⁷¹⁶ BT-Drucks. 10/733, 5.

⁷¹⁷ Zu diesem Schluss kommt auch *Blomeyer*, ZfgG 1993, 17, 24.

⁷¹⁸ Eine Entscheidung darüber, ob § 2 Abs. 5 5. VermBG für den Teilbereich der Vermögensbildung und Vermögensbeteiligung von Arbeitnehmern nur klarstellende oder ausnahmsweise regelnde Funktion hat, ist für diese Untersuchung nicht von Bedeutung.

⁷¹⁹ So im Ergebnis aber mit anderer Begründung auch *Bühler*, Zulässigkeit und Eignung, 180. A.A. die arbeits- und steuerrechtliche Literatur: *Huber* in: Küttner, Personalhandbuch 2006, Mitarbeiterbeteiligung, Rdnr. 43; *Treiber* in: Ebling, Blümich – EStG, KStG, GewStG, § 2 VermBG 5 Rdnrn. 140 f. *Huber* meint, ohne die Regelung des § 2 Abs. 5 5. VermBG wäre den Genossenschaften die Vergabe von gewinnabhängigen Vermögensbeteiligungen, wie stillen Beteiligungen, partiarischen Darlehen und Genussrechten verwehrt. Auch *Treiber* spricht von einer „eröffneten Möglichkeit“ des Erwerbs von Vermögensbeteiligungen trotz gesetzlicher und statuarischer Hindernisse, was ebenfalls auf eine grundsätzlich ablehnende Haltung hindeutet.

(c) Teleologie

§ 19 GenG soll manchen zufolge sicherstellen, dass die eG ihren Gewinn an die Mitglieder verteilt oder im Sinne satzungsmäßig festgelegter Zwecke, die mit dem genossenschaftlichen Förderauftrag konform gehen, verwendet oder ihn dazu in der Genossenschaft belässt.⁷²⁰ Letzterem ist nicht zuzustimmen. § 19 GenG verfolgt nicht den Zweck, die Ausschüttung erwirtschafteter Gewinne an Dritte völlig zu verbieten.⁷²¹ Richtigerweise ist § 19 GenG immer im Lichte des Förderzwecks zu sehen, weil diese Vorschrift eine Ausprägung davon ist. Wenn die eG also zum Erhalt ihrer Förderfähigkeit Genussrechte ausgibt, muss sie zwar die Schutzmechanismen des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG berücksichtigen –⁷²² überdehnen sollte sie sie aber nicht. Solange es dem Förderzweck nicht zuwider verläuft, können *Gewinne* den Mitgliedern oder den Rücklagen und *Überschüsse* auch Nichtmitgliedern zugeschrieben werden.

Ferner regelt § 19 GenG das Innenverhältnis der Genossenschaft, während die Außenbeziehung zu Dritten unberührt bleibt.⁷²³ Innerhalb der eG verhindert diese Vorschrift, dass der Vorstand übermäßig Rücklagen anhäuft,⁷²⁴ vor allem mit Beträgen, die nicht benötigt werden, um die Förderung der Mitglieder in Zukunft zu sichern.⁷²⁵

Außerdem ist sie (s.o.) eine Folgevorschrift zu § 48 Abs. 1 GenG. Das Recht der Generalversammlung, über die Gewinnverwendung zu entscheiden, engt § 19 Abs. 1 S. 1 GenG nur insoweit ein, als eine dem Gesellschaftszweck widersprechende Verwendung des Gewinns beschlossen wird.⁷²⁶ Dass auch eine dem Förderzweck entsprechende Überschussausschüttung an Dritte untersagt sein soll, lässt sich dem Zweck des § 19 GenG nicht entnehmen. Entsprechend steht dieser einer Genussrechtsvergabe in einer eG nicht entgegen.

⁷²⁰ Müller, GenG, § 19 Rdnr. 3.

⁷²¹ Beuthien, NZG 2003, 849, 852; a.A. Lang/ Weidmüller, GenG, § 19 Rdnr. 8.

⁷²² Zu weit geht allerdings die im Ergebnis zu unterstützende Ansicht von Aschermann (Die eingetragene Genossenschaft, 70), der die Förderzweckkonformität allein von der Entscheidung der Mitglieder abhängig macht, weil diese – was für sich betrachtet zutrifft – Herren des Förderzwecks sind. Auch der Entscheidungsbefugnis der Mitglieder sind aber gerade durch den Förderzweck und Vorschriften wie § 19 GenG inhaltliche Grenzen gesetzt.

⁷²³ Beuthien, GenG, Rdnrn. 6 und 31.

⁷²⁴ Beuthien, NZG 2003, 849, 852; ders. AG 2006, 53, 57.

⁷²⁵ Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 2.

⁷²⁶ Müller, GenG, § 19 Rdnr. 3; a.A. Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 70.

(d) Historie

Die nach Erlass des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften im Jahre 1889⁷²⁷ zum Genossenschaftsrecht erschienene Literatur interpretierte die Vorschriften der §§ 19, 20 GenG streng am Wortlaut des § 19 Abs. 1 S. 3 und Abs. 2 GenG orientiert: Gewinne, die nicht den Reservefonds⁷²⁸ zugeschrieben werden sollten, seien nach diesen Vorschriften nicht an die Mitglieder auszuschütten, sondern den Geschäftsguthaben gutzuschreiben.⁷²⁹ Über eventuelle Gewinnausschüttungen oder Gewinnbeteiligungen an/von Nichtmitglieder(n) stellte man – soweit ersichtlich – keine Überlegungen an.⁷³⁰ Hieraus lassen sich also kaum Schlüsse auf Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von gewinnbezogenen Genussrechten ziehen.

Allerdings hat sich das Reichsgericht in einer frühen Entscheidung zum Genossenschaftsgesetz⁷³¹ zur Regelung des § 19 GenG geäußert. Das Gericht hatte darüber zu entscheiden, ob die Mitglieder einer Genossenschaft nach dem Genossenschaftsgesetz einen unbedingten Anspruch auf vollständige Verteilung des Bilanzgewinns haben. Es verneinte den Anspruch vor allem im Hinblick auf die damalige Vorschrift des § 46 GenG (heute § 48 GenG), die der Generalversammlung ein Recht zur freien EntschlieÙung über die Gewinnverwendung in den Grenzen von Statut und Förderzweck zugestand.⁷³² Der Gewinnbegriff des § 19 GenG meine im Zusammenhang mit § 46 GenG a. F. den Betrag des Gewinnes, „der nach dem Beschlusse der Generalversammlung unter die Genossen verteilt werden soll.“⁷³³ Diese Auffassung nähert sich stark an den oben befürworteten „engen Gewinnbegriff“⁷³⁴ an.

Auch das Reichsgericht geht, wie hier ebenfalls vertreten, von einer Beschränkung des Gewinnverwendungsrechts aus. Im Ergebnis hat besagtes Urteil die weit reichenden Kompetenzen der Generalversammlung bei der Gewinnverwendung jedoch gestärkt.

⁷²⁷ Zu seiner Entstehung und zur Entwicklung des Rechtsbegriffs „Genossenschaft“ vgl. *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 225 ff.

⁷²⁸ Nach geltendem Recht: „Sonstige oder Ergebnisrücklage“.

⁷²⁹ *Deumer*, Das Recht der eG, 207; *Waldecker*, Die eingetragene Genossenschaft, 277. Laut *Waldecker* schlossen in dieser Zeit besonders die Raiffeisengenossenschaften die Überweisung an die Mitglieder aus und legten fest, dass die Gewinne den Reservefonds zuzuschreiben waren.

⁷³⁰ Dazu *Deumer*, Das Recht der eG, 207 f., 252 ff.; *E. Meyer*, GenG, § 19 Anm. 1; *Parisius/ Crüger*, GenG, 2. Auflage, § 19 Kapitel I f.; *Waldecker*, Die eingetragene Genossenschaft, 277 ff. Auch Mitte des 20. Jahrhunderts war dies noch nicht der Fall, vgl. *Schmidt*, Die Genossenschaft, 39 f., 129 ff.; *Henzler*, Der genossenschaftliche Grundauftrag, 175, 182 ff.; *Paulick*, Das Recht der eG, 282 ff.; *ders.*, Die eG als Beispiel, 117 ff. In zuletzt genannter Veröffentlichung aus dem Jahre 1954 unterstreicht Paulick, dass der häufigere Fall genossenschaftlicher Gewinnverwendung eine durch die Satzung ermöglichte Zuschreibung zum Genossenschaftsvermögen sei.

⁷³¹ Urteil des 3. Zivilsenats vom 10. März 1896, Rep. III. 384/95, RGZ 37, 18 ff..

⁷³² RGZ 37, 18, 19 f.

⁷³³ RGZ 37, 18, 20.

⁷³⁴ S.o.: Kapitel 2 C. I. 2. a) bb) (5) (a) (bb).

In diese Richtung ging auch ein 18 Jahre später vom Kammergericht verkündetes Urteil, in dem der Mitgliederversammlung das Recht zugesprochen wurde, Gewinne an die Erben verstorbener Mitglieder auszuzahlen.⁷³⁵

Im Ergebnis deutet die historische Auslegung von § 19 GenG eher auf eine differenzierte Sichtweise des Gewinnbegriffs und auf ein starkes Recht der Generalversammlung bei der Gewinnverwendung hin. Ein pauschales Verbot der Gewinnbeteiligung Dritter, egal welcher Art, kann vorliegender Rechtsprechung und Literatur nicht entnommen werden.

(e) Zusammenfassung

Eine Vergabe von gewinnbezogenen Genussrechten verstößt, nach Auslegung des Wortlauts von § 19 Abs. 1 S. 1 GenG und insbesondere des Begriffs „Gewinn“, nur bei extremen Gestaltungen gegen diese Vorschrift. In der Regel liegt kein Verstoß vor, weil Ausschüttungen an Genussrechtsinhaber bereits bei der Ermittlung des nach § 19 Abs. 1 S. 1 GenG zu verteilenden Gewinns berücksichtigt sind. Aus der systematischen Verknüpfung mit § 48 GenG ergeben sich ebenso wenig Bedenken gegen Genussrechtsverträge mit gewinnbezogener Gestaltung wie aus der Harmonisierungsklausel des § 2 Abs. 5 VermBG. Ein Vergleich mit den entsprechenden Regelungen für die Kapitalgesellschaften liefert keine Schlüsse für die Gewinnverwendung in einer eG, weil sich Kapitalgesellschaften zu sehr von den Genossenschaften unterscheiden. In teleologischer Hinsicht ist § 19 GenG immer im Lichte des Förderzwecks zu sehen und eine Genussrechtsvergabe ist dann unbedenklich, wenn die Überschüsse förderzweckdienlich verwendet werden. Auch die historische Auslegung spricht nicht gegen Vereinbarkeit der Vergabe von Genussrechten mit Gewinnbezug durch eine eG.

(6) Zwischenergebnis

Eine Genossenschaft kann trotz der Vorschrift des § 19 GenG Genussrechte vergeben, die gewinnorientiert, gewinnabhängig oder gewinnbeteiligt ausgestaltet sind. Theoretisch sind aber auch extreme Genussrechtsgestaltungen möglich, die gegen diese Norm verstoßen. Der Gewinnbegriff des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG ist eng auszulegen – der Gesamtwortlaut dieser Vorschrift restriktiv. Der Förderzweck muss bei jeder Auslegung Berücksichtigung finden.

⁷³⁵ KG OLGRspr 32, 130, 130 f.

Wenn die Genossenschaften fortan Genussrechte ausgeben, sollten sie in den Bedingungen nicht von einer „Beteiligung und Orientierung am“ oder „Abhängigkeit vom Gewinn“ sprechen, damit sie einer möglichen Kollision mit § 19 GenG entgegenwirken. Vielmehr sollten sie sich auf den Jahresüberschuss beziehen.

b) Gewinnverteilungsregelung des § 91 GenG

Im Stadium der Auflösung verstoßen die vielfältigen Gestaltungsformen von Genussrechten in Genossenschaften nicht gegen die dann einschlägigen §§ 78 ff. GenG. Bedenken ergeben sich zwar aus § 91 GenG; sie greifen aber letztlich nicht durch.

aa) Inhaltliche Regelung des § 91 GenG

Nach § 91 Abs. 1 S. 1 GenG erfolgt die Verteilung des Vermögens „unter die Mitglieder“ im Falle der Auflösung (aber erst nach Ablauf eines Sperrjahrs, vergleiche § 90 Abs. 1 GenG) bis zum Gesamtbetrag der auf Grund der Eröffnungsbilanz ermittelten Geschäftsguthaben nach deren Verhältnis zueinander. Die Vorschrift ist in der Genossenschaftsrechtsreform 2006 sprachlich an die Regelung des § 89 S. 2 GenG angepasst worden, in der klargestellt wurde, dass die Liquidatoren im Laufe des Liquidationsverfahrens alljährlich eine Eröffnungsbilanz, einen vollständigen Jahresabschluss und einen Lagebericht aufstellen müssen.⁷³⁶ Nach § 91 Abs. 3 GenG kann die Satzung sowohl hinsichtlich des Ob als auch bzgl. des Wie der Verteilung eine von Abs. 1 und 2 abweichende Regelung treffen.

bb) Genussrechte und die Vorschrift des § 91 GenG

Neben einer Gewinnbeteiligung ist auch eine ggf. zusätzliche⁷³⁷ Beteiligung am Liquidationserlös eine denkbare und nicht unübliche Gestaltung von Genussrechtsverträgen.⁷³⁸

⁷³⁶ Dazu die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 94.

⁷³⁷ Eine kumulative Beteiligung am Gewinn und am Liquidationserlös wird man in der Praxis weniger häufig vorfinden, weil entsprechende Ausschüttungen auf derartig gestaltete Genussrechte das Einkommen der Gesellschaft nicht mindern, vgl. § 8 Abs. 3 S. 2 KStG; dazu *Rengers* in: Ebling, Blümich – EStG, KStG, GewStG, § 8 KStG Rdrrn. 200 ff. Diese Vorschrift ist auch auf Genossenschaften anzuwenden, vgl. *Rengers* in: Ebling, Blümich – EStG, KStG, GewStG, § 8 KStG Rdrrn. 193.

⁷³⁸ S.o.: Kapitel 1 B. I.

(1) Wortlaut

Um das Spektrum der Kapitalgeber zu erweitern, sollen auch Nichtmitglieder der Genossenschaft Genussrechte erhalten. Diese Vorgehensweise verbessert zwar die Liquidität des Unternehmens, kann aber auch ein Verstoß gegen § 91 GenG beinhalten. Nach dessen Wortlaut darf das Vermögen der Genossenschaft in der Auflösung⁷³⁹ (nur) unter die Mitglieder verteilt werden.

Der Begriff des Vermögens ist schon vom Ansatz her deutlich weiter als der des Gewinnes in § 19 Abs. 1 S. 1 GenG. Spricht man im Zusammenhang mit Genussrechten von einer Beteiligung am Liquidationserlös, so meint man den Überschuss, der sich nach Umwandlung der Aktiva in verteilungsfähige Vermögenspositionen, nach Erfüllung der Verbindlichkeiten und nach Bezahlung der Kosten für die Liquidation ergibt.⁷⁴⁰ In diesem ist auch der Abwicklungsgewinn bzw. -verlust enthalten, welcher sich aus einem Vergleich zwischen dem Überschuss und dem Reinvermögen vor Beginn und nach Durchführung der Liquidation ergibt.⁷⁴¹ Der Liquidationserlös im Genossenschaftsrecht meint also den an die Genossen auszukehrenden Liquidationsüberschuss.

Daher wird man nicht im obigen Sinne argumentieren können, der Anspruch der Genussrechtsgläubiger sei bereits berücksichtigt, wenn das an die Mitglieder zu verteilende Vermögen (§ 91 GenG) feststeht. Der Liquidationserlösanspruch des Genussrechtsinhabers ist mit dem Vermögensanspruch⁷⁴² eines Mitglieds gleichzusetzen.⁷⁴³ Daher scheint es, als ob § 91 GenG einer Gestaltung von Genussrechten, die einen Anspruch auf den Liquidationserlös gewährt, entgegenstände. Dies hätte zumindest die Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel, ggf. die des gesamten Genussrechtsvertrages zur Folge.

Zwar kann die Genossenschaft (ähnlich wie in §§ 19 Abs. 2, 20 GenG) nach § 91 Abs. 3 GenG durch eine Regelung in der Satzung die Verteilung des Vermögens ausschließen oder ein anderes Verhältnis für die Verteilung bestimmen. Eine Beteiligung der Genussrechtsin-

⁷³⁹ Die Liquidation ist vom Sonderfall der Insolvenz abgesehen eine notwendige Folge der Auflösung, vgl. *Lang/Weidmüller*, GenG, § 87 Rdnr. 1.

⁷⁴⁰ *Groh*, BB 1993, 1882, 1890.

⁷⁴¹ Siehe dazu auch eine Entscheidung des Bundesfinanzhofes aus dem Jahre 1971, abgedruckt in: BFHE 104, 163, 163 ff., die sich ausführlich mit dem Abwicklungsgewinn und seiner Berechnung auseinandersetzt.

⁷⁴² Damit ist kein eventueller Anspruch der Mitglieder auf die Vermögensverteilung gemeint, weil ein solcher nach allgemeiner Ansicht nicht besteht, vgl. *Müller*, GenG, § 91 Rdnr. 8; *Lang/Weidmüller*, GenG, § 91 Rdnr. 6. Hier geht es um den Anspruch auf einen Teil des Vermögens.

⁷⁴³ So kann auch die Vermögensverteilung unter den Mitgliedern nicht vor Tilgung oder Deckung der Schulden der Genossenschaft erfolgen, vgl. § 90 Abs. 1 GenG, was von besonderem Interesse ist, wenn man auf die Eigenschaft des Genussrechts als Verbindlichkeit abstellt.

haber am Liquidationserlös kann freilich weder durch einen statuarischen Ausschluss der Vermögensverteilung noch durch eine Änderung des Verteilungsverhältnisses erreicht werden.

Ingesamt spricht der Wortlaut des § 91 Abs. 1 GenG dagegen, Dritte über Genussrechte am Liquidationserlös teilnehmen zu lassen. Anderweitige Gestaltungen in der Satzung sind bei isolierter Betrachtung des Wortlautes nicht möglich.

(2) Systematik und Zweck

Die Vorschrift des § 91 GenG ist dem sechsten Abschnitt des GenG, namentlich den Vorschriften über Auflösung und Nichtigkeit der Genossenschaft zugeordnet. Während zur Zeit des Bestehens der Genossenschaft der Förderzweck das Grundprinzip allen genossenschaftlichen Handelns ist, entfällt dieser ab der Auflösung der Gesellschaft.⁷⁴⁴ Von da an ist der Gesellschaftszweck nicht mehr auf die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder oder deren soziale und kulturelle Belange gerichtet,⁷⁴⁵ sondern allein auf die Abwicklung des Geschäftsbetriebes.⁷⁴⁶ Welche Tätigkeiten von diesem neuen Gesellschaftszweck gedeckt sind, ergibt sich aus § 88 GenG. Danach ist es die Aufgabe der Liquidatoren, laufende Geschäfte zu Ende zu führen, die Verbindlichkeiten der aufgelösten Genossenschaften zu erfüllen und Forderungen dieser einzuziehen sowie ihr Vermögen in verteilungsfähige Mittel umzusetzen. Die Liquidatoren haben dazu im Rahmen des Liquidationszwecks Vertretungsmacht⁷⁴⁷ und können im Namen der Genossenschaft, die ihre Rechtspersönlichkeit auch im Stadium der Liquidation nicht einbüßt,⁷⁴⁸ auch neue Geschäfte abschließen.⁷⁴⁹

Ebenso wie die §§ 19, 20 GenG im Lichte des Förderzwecks zu sehen sind, ist bei Auslegung der Vorschriften der §§ 78 ff. GenG immer der Liquidationszwecks zu berücksichtigen. Zwar gibt dieser die Art der zulässigen Geschäfte vor – von seiner Konzeption her ist er indes rechtsformneutral,⁷⁵⁰ also auch genossenschaftsrechtsneutral. Demnach geht auch die

⁷⁴⁴ *Beuthien*, GenG, § 87 Rdnr. 1.

⁷⁴⁵ Siehe dazu auch § 87 Abs. 1 GenG, der besagt, dass für die Rechtsverhältnisse der Genossenschaft und ihrer Mitglieder fortwährend die Vorschriften der §§ 17 bis 51 GenG, nicht also §§ 1 ff. GenG anzuwenden sind.

⁷⁴⁶ *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 87 Rdnr. 1; *Müller*, GenG, § 87 Rdnr. 1; *Beuthien*, GenG, § 87 Rdnr. 1; für die AG vgl. auch RGZ 15, 102, 103 ff. und für die GmbH BGHZ 14, 163, 168.

⁷⁴⁷ *Beuthien*, GenG, § 88 Rdnr. 5; *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 88 Rdnr. 6.

⁷⁴⁸ *Müller*, GenG, § 87 Rdnr. 2.

⁷⁴⁹ Vgl. § 88 S. 2 GenG.

⁷⁵⁰ *Müller*, GenG, § 91 Rdnr. 3; *Beuthien*, GenG, § 91 Rdnr. 1. Siehe dazu auch die Vorschrift des § 92 GenG, die allein den Zweck verfolgt, einen Verbleib von Vermögenspositionen in der aufgelösten Gesellschaft zu vermeiden.

von § 91 Abs. 3 GenG gegebene Satzungsfreiheit grundsätzlich nur so weit, wie es der Liquidationszweck zulässt. So wäre beispielsweise eine Satzungsregelung, die einen Verbleib des Vermögens in der aufgelösten Gesellschaft bestimmt, zweckwidrig. Im Gegensatz dazu sind statuarische Bestimmungen, die eine Verteilung des Vermögens an Dritte bestimmen, nicht liquidationszweckwidrig. Dafür spricht zunächst die Vorschrift des § 92 GenG in zweierlei Hinsicht. Zum einen bestimmt sie, dass ein in der aufgelösten Genossenschaft verbleibendes Vermögen, das nicht verteilt werden kann, der Gemeinde zufällt, in der die Genossenschaft ihren Sitz hat. Insofern sieht das Gesetz selbst eine Drittzuweisung vor. Außerdem heißt es in S. 1 der Vorschrift ferner „*sofern dasselbe (das Vermögen) nicht durch die Satzung einer natürlichen oder juristischen Person zu einem bestimmten Zweck überwiesen ist*“. Hier zeigt sich die Rechtsformneutralität des Liquidationszwecks; die Satzung kann also Drittbegünstigungen vorsehen, ohne dass eine Verwendung der Mittel zur Förderung des Genossenschaftswesens oder zu gemeinnützigen Zwecken einschränkend bestimmt wird.⁷⁵¹

Zum Teil wird eben dies mit der Begründung abgelehnt, jegliche Vermögensverteilung müsse immer auch mit den genossenschaftsimmanenten Grundprinzipien vereinbar sein.⁷⁵² Eine derartige Argumentation lässt die oben beschriebene Zweckänderung im Stadium der Liquidation freilich unberücksichtigt und ist daher abzulehnen.

Systematische und teleologische Gesichtspunkte deuten darauf hin, dass nach § 91 Abs. 3 GenG statuarische Abweichungen von der Gewinnverteilung an die Mitglieder auch zugunsten Dritter ohne Zweckbindung möglich sind.

(3) Zwischenergebnis

Sofern eine Genossenschaft eine entsprechende Satzungsregelung trifft, steht § 91 GenG einer Vergabe von am Liquidationserlös beteiligten Genussrechten nicht entgegen. Wünschenswert wäre dennoch eine sprachliche Anpassung des § 91 Abs. 3 GenG, der sich in seiner derzeitigen Fassung nicht in die Systematik der Vorschriften der §§ 87, 88, 90, 92 GenG einfügt und nicht auf eine umfangreiche Dispositionsmöglichkeit hinsichtlich der Vermögensverteilung bei der Gestaltung der Satzung hindeutet.⁷⁵³

⁷⁵¹ So auch *Beuthien*, GenG, § 91 Rdnr. 1.

⁷⁵² *Müller*, GenG, § 91 Rdnr. 3.

⁷⁵³ Dies ist auch *Müller* (GenG, § 91 Rdnr. 3) zuzugestehen.

c) Zusammenfassung

Die genossenschaftlichen Gewinnverteilungsregelungen der §§ 19, 20 GenG und § 91 GenG verbieten der eG nicht, Genussrechte zu vergeben, die gewinnorientiert, gewinnabhängig oder gewinnbeteiligt ausgestaltet sind und/oder die eine Beteiligung am Liquidationserlös gewähren.

Im Hinblick auf §§ 19, 20 GenG sollten Genossenschaften bei künftigen Genussrechtsgestaltungen eine Beteiligung am „Jahresüberschuss“ gewähren; damit beugen sie eventuellen Unwirksamkeitseinreden bei extremen Genussrechtsgestaltungen vor.

Die Vorschrift des § 91 Abs. 3 GenG sollte der Gesetzgeber sprachlich weiter fassen, damit die weit reichenden Gestaltungsmöglichkeiten der Genossenschaft bei der Vermögensverteilung in der Liquidation transparenter wird.

3. Genossenschaftliche Grundprinzipien

Während sowohl der Förderzweck als auch die Gewinnverteilungsregeln gesetzlich festgeschrieben sind, liegen dem Genossenschaftsrecht auch nicht normierte Prinzipien, namentlich Selbsthilfe, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung zugrunde.⁷⁵⁴ Diese geben der Genossenschaft – neben dem Förderzweck – ihren eigentümlichen Charakter und sind selbst aus einem überpositiven⁷⁵⁵ Genossenschaftsbegriff⁷⁵⁶ abgeleitet worden.⁷⁵⁷ Dieser Begriff existiert und existierte neben den normierten Genossenschaftsbegriffen,⁷⁵⁸ weil sich das Wesen der Genossenschaft nicht auf die in § 1 Abs. 1 GenG normierten Merkmale reduziert, was sich vor allem anhand der Entwicklung der Genossenschaft erklären lässt.

Nach *Paulick*⁷⁵⁹ ist die Genossenschaft *„in erster Linie ein ökonomisches, soziologisches, sozioethisches Gebilde, das sich in seinen wesentlichen Grundzügen außerhalb der Gesetzgebung zu einer Wirtschafts- und Lebensform entwickelt hat, lange bevor der Gesetzgeber es unternahm, für sie ein eigenes Rechtskleid zu schaffen und ihre Verhältnisse rechtlich*

⁷⁵⁴ Dazu sehr instruktiv *Paulick*, Das Recht der eG, 5 ff.; *ders.*, Die eG als Beispiel, 1 ff.

⁷⁵⁵ Zum überpositiven Genossenschaftsbegriff siehe *Paulick*, Das Recht der eG, 4 f.; zum überpositiven Genossenschaftsrecht mit Bezugnahmen auf den überpositiven Genossenschaftsbegriff siehe den Beitrag von *Kluge*, ZfG 1957, 183, 183 ff.

⁷⁵⁶ Zur Entwicklung des heutigen Genossenschaftsbegriffes siehe *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 233 ff.; *Paulick*, Das Recht der eG, 3 f.

⁷⁵⁷ *Paulick*, Das Recht der eG, 5 ff.; *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 30.

⁷⁵⁸ Zur Geschichte und zu den Aufgaben des Begriffes Genossenschaft vgl. *Dilcher* in: Recht, Gericht, Genossenschaft und Polity, 114, 114 ff.

⁷⁵⁹ *Paulick*, Das Recht der eG, 5.

zu ordnen.“⁷⁶⁰ In dieser ausgedehnten Phase der Entwicklung haben sich die genannten Grundsätze⁷⁶¹ herausgebildet, die der Genossenschaft ihre Eigentypik verleihen; besonders, um eine Abgrenzung zu den Kapitalgesellschaften zu gewährleisten.

Im Weiteren wird untersucht, ob, und wenn ja, inwieweit eine Genossenschaft, die Genussrechte vergibt, gegen diese Grundsätze verstoßen kann.

a) Selbsthilfe und Identität

Als ein tragendes Prinzip liegt dem deutschen Genossenschaftsrecht der Selbsthilfegedanke zugrunde.⁷⁶² Das Selbsthilfeprinzip ist eine Art Grundsatzentscheidung wirtschaftlichen Handelns in einer Gemeinschaft.

aa) Inhalt des Selbsthilfeprinzips

Charakteristisch für dieses Prinzip ist der Grundsatz der Identität von Mitgliedschaft und Begünstigung.⁷⁶³ Typischerweise schließt sich also eine Gruppe von Menschen zusammen und versucht Ziele zu verwirklichen, zu deren Erreichung ein Individuum außerstande ist. Die Mitglieder werden dabei z.B. durch vorteilhafte Geschäftsbedingungen begünstigt, wodurch sich auch die personale Struktur einer Genossenschaft offenbart: Die natürliche Person hat Vorrang vor dem Kapital – der Selbsthilfegrundsatz macht den Unterschied zu anderen Körperschaften aus, die nach Gewinnen streben.

Auch wenn der Selbsthilfegrundsatz nicht normiert ist, findet er sich in vielen Regelungen und Prinzipien des GenG wieder, z.B. darin, dass die Mitglieder die genossenschaftliche Unternehmung wirtschaftlich tragen müssen. Einerseits gleichen sie die Misserfolge derselben aufgrund ihrer Nachschusspflicht (§ 105 GenG; siehe auch die Haftung für Verbindlichkeiten gemäß § 23 GenG) aus; andererseits verbuchen sie Erfolge in Form von Gewinnzuweisungen am Ende des Geschäftsjahres (§ 19 GenG) und erhalten günstige Bedingungen in den Fördergeschäften.

⁷⁶⁰ Siehe zur Entwicklung und Geschichte der Genossenschaft allgemein *Gierke*, Rechtsgeschichte der deutschen Genossenschaft, 1 ff.

⁷⁶¹ Zur rechtlichen Relevanz der genossenschaftlichen Grundsätze siehe *Kluge*, ZfgG 1957, 183, 196.

⁷⁶² *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 228 ff., 249.

⁷⁶³ *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 232 f.

bb) Kollision mit dem Selbsthilfeprinzip durch Genussrechtsvergabe

Wie oben⁷⁶⁴ geschildert, sollen Genossenschaften Genussrechte ausgeben, damit sie ihre Eigenkapitalausstattung verbessern. Genussrechte, die entsprechend gestaltet sind,⁷⁶⁵ bringen neues Kapital in die eG, das in der Regel nicht von den Mitgliedern, sondern von externen Dritten stammt.

Selbsthilfe hingegen meint ein wirtschaftliches Vorankommen aus eigener Kraft;⁷⁶⁶ grundsätzlich ist dabei auch auf die Hilfe Fremder zu verzichten. Heißt dies aber auch gleichzeitig, dass sich die Genossenschaft dabei außen stehenden Kapitalgebern völlig verschließen muss?

Bei einer derart exzessiven Auslegung des Selbsthilfeprinzips müsste man einer Genossenschaft konsequenterweise auch die Aufnahme von Darlehen in Krisenzeiten oder für Investitionen verweigern, denn auch dabei handelt es sich um von Dritten zugeführtes Kapital. Dass dies einer erfolgreichen Teilnahme am Wirtschaftsleben widerspräche, liegt auf der Hand. Die genossenschaftlichen Grundprinzipien sollten nicht isoliert, sondern immer in ihrer Gesamtheit gesehen werden. Insbesondere darf dabei der Förderzweck, der eng mit der Selbsthilfe verzahnt ist, nicht aus dem Blickfeld geraten. Im Zusammenhang mit dem Förderzweck bedeutet Selbsthilfe eine Art Selbstförderung der Mitglieder, indem diese Geschäfte mit der Genossenschaft abschließen, von denen sie – z.B. wegen günstiger Konditionen – profitieren. Um die Förderfähigkeit und damit auch die Fähigkeit, sich selbst zu helfen, aufrecht zu erhalten, ist die Genossenschaft verpflichtet, Rahmenbedingungen zu schaffen, durch die die Unternehmung konkurrenzfähig bleibt. Dazu ist die Steigerung von Liquidität und Eigenkapitalquote ein wesentlicher und unverzichtbarer Schritt.⁷⁶⁷ Nimmt also eine Genossenschaft ein Darlehen auf oder erhält sie einen neuen Kapitalzufluss gegen Ausgabe von Genussrechten und stärkt sie anschließend die Förderfähigkeit und Wirtschaftskraft des Unternehmens durch Investitionen, dann handelt sie nicht entgegen der Selbsthilfe, sondern in deren Sinne.

⁷⁶⁴ S.o.: Kapitel 1 D. III. 6.; Kapitel 2 B.

⁷⁶⁵ S.o.: Kapitel 2 B. II.

⁷⁶⁶ Ähnlich auch *Paulick*, Das Recht der eG, 7.

⁷⁶⁷ S.o.: Kapitel 2 B.

b) Selbstverwaltung

Sowohl Voraussetzung der Selbsthilfe als auch eine notwendige Folge⁷⁶⁸ derselben ist die genossenschaftliche Selbstverwaltung. Dementsprechend könnte man sie auch als Korrelat der Selbsthilfe bezeichnen.⁷⁶⁹

aa) Inhalt des Selbstverwaltungsprinzips

Inhaltlich meint Selbstverwaltung, dass die Mitglieder einer Genossenschaft Herr über ihre Angelegenheiten sind.⁷⁷⁰ Diese Herrschaft äußert sich in gesellschaftsrechtlichen Mitverwaltungs- und Kontrollbefugnissen,⁷⁷¹ die die Mitglieder insbesondere in der Generalversammlung ausüben können (vergleiche § 43 GenG).⁷⁷² Auch der in § 9 Abs. 2 GenG normierte Grundsatz der Selbstorganschaft⁷⁷³ ist eine Ausprägung des Selbstverwaltungsprinzips.⁷⁷⁴ Nach S. 1 dieser Vorschrift darf die eG Vorstands- und Aufsichtsratsposten nur mit Mitgliedern der Genossenschaft besetzen; diese Mitglieder müssen zudem natürliche Personen sein. Sonderregeln für den Fall, dass Gesellschaften Mitglieder der Genossenschaft sind, befinden sich in S. 2. Obwohl sich in der Praxis ein Bedürfnis ergeben hatte, vom Grundsatz der Selbstorganschaft abzurücken oder ihn zumindest weniger streng zu handhaben, weil die eG mitunter Schwierigkeiten hatte, Vorstand und Aufsichtsrat mit geeigneten Personen zu besetzen,⁷⁷⁵ hat der Gesetzgeber die Vorschrift im Rahmen der Gesetzesreform 2006 in diese Richtung kaum verändert. Der Grundsatz der Selbstorganschaft sei ein strukturprägendes Element der Genossenschaft; man dürfe ihn nicht ohne triftigen Grund abschaffen, so die Begründung des Gesetzgebers.⁷⁷⁶

bb) Kollision mit dem Selbstverwaltungsprinzip durch Genussrechtsvergabe

Zweifelhaft ist, ob eine Genussvergabe mit dem Grundsatz der Selbstverwaltung kollidieren kann. Moderne Genossenschaften versuchen zum einen immer seltener, ihre Mitglieder möglichst unmittelbar an der Geschäftspolitik zu beteiligen.⁷⁷⁷ Sie weichen Sach- und Perso-

⁷⁶⁸ So auch *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 1 Rdnr. 6.

⁷⁶⁹ In diesem Sinne auch *Paulick*, Das Recht der eG, 8.

⁷⁷⁰ *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 32; *Paulick*, Das Recht der eG, 8.

⁷⁷¹ *Paulick*, Das Recht der eG, 8; *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 32.

⁷⁷² *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 1 Rdnr. 6.

⁷⁷³ Ausführlich zum Prinzip der Selbstorganschaft in der eG *Neumann*, Rechtliche Möglichkeiten der Mitglieder, 19 ff.

⁷⁷⁴ *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 32.

⁷⁷⁵ So der Reformgesetzgeber, vgl. Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 82; s.o.: Kapitel 2 A. II. 2. f) aa).

⁷⁷⁶ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 82.

⁷⁷⁷ *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 32.

nalhoheiten der Mitglieder, die aus dem Selbstverwaltungsgrundsatz resultieren, durch statutarische Regelungen auf⁷⁷⁸ und auch die Genossenschaftsreform 2006 hat diesen Prozess unterstützt.⁷⁷⁹

Zum anderen werden den Genussrechtsinhabern Mitverwaltungs- und Kontrollrechte, also typische Mitgliedschaftsrechte, in der Regel nicht gewährt.⁷⁸⁰ Auch treten Genussrechte von ihrer Rechtsnatur her nicht in Konkurrenz zu den Mitgliedschaftsrechten, da sie Gläubigerrechte sind.⁷⁸¹ In vermögensrechtlicher Hinsicht orientieren sie sich lediglich an der Mitgliedschaft, kommen dieser aber nicht gleich.⁷⁸² Natürlich könnte man den Genussrechtsinhabern im Sinne der Vertragsfreiheit, ähnlich wie bei von einer AG ausgegebenen Vorzugsaktien ohne Stimmrecht,⁷⁸³ Auskunfts- und Kontrollrechte sowie ein Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung zugestehen. Damit würde man sich jedoch von den oben beschriebenen,⁷⁸⁴ in den letzten 150 Jahren entwickelten Charakteristiken der Genussrechte entfernen; denn selbst die der Mitgliedschaft am nächsten stehenden, aktiengleichen Genussrechte dürfen nach einhelliger Auffassung nicht mit derartigen Mitgliedschaftsrechten ausgestaltet werden.⁷⁸⁵ Ungeachtet dessen würde eine solche, wegen der Vertragsfreiheit mögliche, Gestaltung nicht gegen das Selbstverwaltungsprinzip verstoßen, weil Auskunfts- und Kontroll-

⁷⁷⁸ Das grundsätzlich den Mitgliedern zustehende Recht, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder wählen und abberufen zu können (Personalhoheit), wurde in der Praxis regelmäßig durch eine entsprechende Satzungsregelung dem Aufsichtsrat übertragen (*Beuthien*, GenG, § 24 Rdnr. 2). Auch wenn dies der Wortlaut des § 24 Abs. 2 S. 2 GenG nur in Hinblick auf die Bestellung hergab, wurde es auch für die Abberufung durch fristgerechte Kündigung als zulässig erachtet. Das Recht zum fristlosen Widerruf der Bestellung nach § 24 Abs. 3 GenG stand allein dem Vorstand zu; eine anderweitige Satzungsregelung war nicht möglich (*Lang/ Weidmüller*, GenG, § 24 Rdnr. 72).

⁷⁷⁹ Nunmehr kann man das fristlose Widerrufsrecht (hinsichtlich der Bestellung des Vorstandes) nach § 24 Abs. 3 GenG, welches nach alter Rechtslage allein der Generalversammlung zustand (h.M.: BGH ZfgG 1961, 467, 467; BGH ZfgG 1987, 172, 174, mit zustimmender Anmerkung *Hofmann*, 175, 175 ff.; *Müller*, GenG, § 24 Rdnr. 65), ebenfalls per Satzung auf den Aufsichtsrat übertragen (siehe die Regierungsbegründung, BT-Drucks.16/1025, 84). Nach hier vertretener Ansicht ist dies indes dem neuen Wortlaut des § 24 Abs. 2 GenG ebenso wenig zu entnehmen wie dem systematischen Zusammenspiel der Abs. 2 und 3. Vielmehr deuten die systematische Stellung und der Wortlaut des § 24 Abs. 2 S. 2 GenG darauf hin, dass anderweitige Satzungsregelungen nur in Bezug auf die Art der Bestellung und der Abberufung, nicht jedoch hinsichtlich des Widerrufs der Bestellung möglich sind. Freilich könnte man den Widerruf der Bestellung (§ 24 Abs. 3 GenG) unter den Begriff der Abberufung (§ 24 Abs. 2 S. 2 GenG) fassen, doch ist das systematisch unsauber, weil das Gesetz klar zwischen Art der Abberufung, Art der Bestellung und Widerruf der Bestellung trennt. Auch die Literatur trennte bis zur Gesetzesänderung 2006 deutlich zwischen der ordentlichen Abberufung (obliegt dem für die Bestellung zuständigen Organ) und dem Widerruf der Bestellung (*Müller*, GenG, § 24 Rdnr. 65, 75; dies ablehnend *Beuthien*, GenG, § 24 Rdnr. 19). Zwar ist das Widerrufsrecht nun nach dem eindeutigen Willen des Gesetzgebers auf den Aufsichtsrat übertragbar, gleichwohl hätte man die Vorschrift deutlicher konzipieren müssen.

⁷⁸⁰ S.o.: Kapitel 1 A. V. 2.; Kapitel 1 A. VI. 1.

⁷⁸¹ S.o.: Kapitel 1 A. VI. 2.

⁷⁸² S.o.: Kapitel 1 A. VI. 2.

⁷⁸³ S.o.: Kapitel 1 D. III. 5.

⁷⁸⁴ S.o.: Kapitel 1 A; Kapitel 1 B.

⁷⁸⁵ S.o.: Kapitel 1 B. I. 2.

rechte sowie eine stimmrechtslose Teilnahme kaum Möglichkeiten der Einflussnahme bieten.⁷⁸⁶ Die Selbstbestimmung der Mitglieder bleibt also erhalten.

Zwar ist eine gewisse Einflussnahme der Genussrechtsinhaber, denen in der Regel bewusst ist, dass die Genossenschaften sehr an ihrem Kapital interessiert sind, bei Vertragsverhandlungen durchaus möglich, doch dürfte deren Umfang eher beschränkt sein.

c) Selbstverantwortung

Schließlich ist noch die Frage nach einer Vereinbarkeit einer Genussrechtsvergabe mit dem genossenschaftlichen Grundsatz der Selbstverantwortung zu klären. Auch in dieser Hinsicht ergeben sich keine Bedenken.

aa) Inhalt des Selbstverantwortungsprinzips

Der Grundsatz der Selbstverantwortung beschreibt die persönliche Verantwortung der Mitglieder für die Verhältnisse der Genossenschaft. Er äußert sich besonders in der Nachschusspflicht der Mitglieder⁷⁸⁷ und ist eng mit der Selbsthilfe verbunden.⁷⁸⁸ Die Selbstverantwortung hält den Mitgliedern permanent vor Augen, dass die förderwirtschaftliche Selbsthilfe nur dann zum Erfolg führen kann, wenn jedes Mitglied durch eine stetige Geschäftstätigkeit mit der Genossenschaft in möglichst großem Umfang zu einem florierenden Geschäftsbetrieb beiträgt.⁷⁸⁹ Auch die Vorschriften der §§ 73 Abs. 2, 87a GenG, die beim Ausscheiden einzelner Mitglieder und in Krisenzeiten Anwendung finden, sind Ausprägungen der genossenschaftlichen Selbstverantwortung.⁷⁹⁰

⁷⁸⁶ Siehe zu Mitwirkungsbefugnissen sowie Kontroll- und Auskunftsrechten auch *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 46 ff. Dieser hält die Einräumung entsprechender Rechte in begrenztem Umfang für möglich. Abzulehnen ist allerdings eine – nach ihm ebenfalls zulässige – Einräumung einer beratenden Stimme bei der Generalversammlung, da hierdurch ein nicht zu unterschätzender Einfluss auf die Entscheidungen der Generalversammlung und somit mittelbar auf die Geschäftsführung genommen werden kann.

⁷⁸⁷ *Paulick*, Das Recht der eG, 8; *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 1 Rdnr. 7.

⁷⁸⁸ So äußert sich der Selbsthilfegrundsatz – wie gezeigt (s.o.: Kapitel 2 C. I. 3. a) aa)) – ebenfalls in der Nachschusspflicht, jedoch nur indirekt als Ausdruck dessen, dass die Mitglieder das genossenschaftliche Unternehmen wirtschaftlich zu tragen haben.

⁷⁸⁹ *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 33.

⁷⁹⁰ *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 1 Rdnr. 7.

bb) Kollision mit dem Selbstverantwortungsprinzip durch Genussrechtsvergabe

Eigenkapitalgerecht ausgestaltete Genussrechte sind für eine Genossenschaft von besonderem Interesse.⁷⁹¹ Damit sie als Eigenkapital gelten, müssen sie u.a. Kriterien wie eine vorrangige und vollständige Verlustteilnahme zu Zeiten des Bestehens der Gesellschaft sowie eine nachrangige Bedienung in Liquidation und Insolvenz erfüllen, was ebenfalls einer Verlustteilnahme gleichkommt.⁷⁹²

Nehmen mit den Genussrechtsgläubigern auch Dritte an der Haftung⁷⁹³ der Genossenschaft teil, ist zu befürchten, dass die Genossenschaft die Nachschusspflicht der Mitglieder in unzulässiger Weise umgeht. Man könnte also meinen, die Genossen entzögen sich (teilweise) ihrer Haftung, indem sie Genussrechtsinhaber mit einbeziehen und diese vorrangig haften lassen. Denn erst, wenn das Genussrechtskapital aufgezehrt ist, werden die Geschäftsguthaben der Genossen verwendet, um Verbindlichkeiten zu erfüllen.

Jedoch billigt selbst der Gesetzgeber ein solches Vorgehen, indem er es einer Genossenschaft in § 105 Abs. 1 S. 1 GenG ermöglicht, die Nachschusspflicht per Satzung auszuschließen.⁷⁹⁴ Dass dies ihre Bonität nicht gerade stärkt, ist offensichtlich. Ein unzulässiger Verstoß gegen den Selbstverantwortungsgrundsatz liegt allerdings nicht vor.

d) Zwischenergebnis

Im Ergebnis zeigt sich, dass eine Vergabe von Genussrechten in einer Genossenschaft dem Prinzip der Selbsthilfe nicht widerspricht, weil dieses Prinzip in engem Zusammenhang mit

⁷⁹¹ S.o.: Kapitel 2 B. II. 5.

⁷⁹² S.o.: Kapitel 2 B. II. 5.

⁷⁹³ Gemeint ist eine Haftung in Form der Nachschusspflicht. Falsch wäre es, von einer persönlichen Haftpflicht zu sprechen, da es eine solche im GenG nicht gibt. Die Mitglieder haben Nachschüsse an die Genossenschaft zu leisten.

⁷⁹⁴ Regelungen in der Satzung, nach denen die Haftung der Genossen (in Form der Nachschusspflicht) auf einen Höchstbetrag begrenzt werden können, sind schon seit Erlass des ersten gesamtdeutschen Genossenschaftsgesetzes am 1. Mai 1889 möglich. Allerdings war die gesetzliche Konzeption zu dieser Zeit eine andere: Nach dem damaligen § 2 GenG gab es bzgl. der Haftung dreierlei Arten von Genossenschaften. Erste Variante war die eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Haftpflicht, in der die Mitglieder der Genossenschaft dieser und den Gläubigern unmittelbar hafteten. Zum Zweiten konnte man eine eingetragene Genossenschaft mit unbeschränkter Nachschusspflicht wählen. Im Unterschied zur ersten Variante hafteten die Genossen den Gläubigern der Genossenschaft nicht, sondern hatten zu deren Befriedigung Nachschüsse an die Genossenschaft zu leisten. Hier ist schließlich die dritte Variante von Interesse, in der die Haftpflicht der Mitglieder für die Verbindlichkeiten der Genossenschaft sowohl dieser wie unmittelbar den Gläubigern gegenüber im Voraus auf eine bestimmte Summe beschränkt war, sog. eingetragene Genossenschaft mit beschränkter Haftpflicht. Eine Nachschusspflicht in der Insolvenz wurde durch die Vorschrift des § 98 GenG a.F. festgelegt; besondere Vorschriften für die Genossenschaften mit beschränkter Haftpflicht befanden sich in §§ 125 ff. GenG a.F. Nach § 125 GenG a.F. durfte die Haftsumme der einzelnen Genossen, die das Statut bei Errichtung der Gesellschaft zu bestimmen hatte, bei dieser Art von Genossenschaft nicht niedriger als der Geschäftsanteil sein (zum Ganzen siehe RGBl. 1889, 55 ff. und die Kommentierung von Maurer (Das Reichsgesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, 40 ff., 323 ff., 364 ff.)).

den anderen Grundprinzipien steht, insbesondere mit dem Förderzweck. Bei förderwirtschaftlicher Betrachtung bewirkt eine Genussrechtsvergabe mehr eine effektivere Selbsthilfe als eine Missachtung derselben.

Eine Kollision mit dem Grundsatz der Selbstverwaltung ist ebenfalls nicht zu befürchten, da Genussrechte in der Regel keine Mitgliedschaftsrechte gewähren.

Der Grundsatz der Selbstverantwortung spielt nur noch eine geringe Rolle für die Verhältnisse der Genossenschaft; diese verstößt nicht gegen ihn, wenn sie Genussrechte vergibt.

4. Genossenschaftliche Eigenkapitalgrundsätze

Die Genossenschaft kann Genussrechte sowohl an Mitglieder⁷⁹⁵ als auch an Nichtmitglieder⁷⁹⁶ ausgeben. Für die Auseinandersetzungsansprüche der Mitglieder schreibt der geänderte § 73 Abs. 2 S. 2 GenG nun vor, dass die eG die Geschäftsguthaben der Mitglieder nur vorbehaltlich § 73 Abs. 4 GenG und § 8a Abs. 2 GenG innerhalb von sechs Monaten nach Ende der Mitgliedschaft auszahlen muss. §§ 8a und 73 Abs. 4 GenG ermöglichen es u.a., die Auseinandersetzungsansprüche auszusetzen und damit einen bestimmten Stamm an Eigenkapital zu erhalten. Sollten sich Mitglieder finanziell überobligatorisch in der genossenschaftlichen Unternehmung engagieren wollen, sieht das GenG in § 15b grundsätzlich die Möglichkeit vor, sich mit weiteren Geschäftsanteilen zu beteiligen. Deren Übernahme garantiert der Genossenschaft zusätzliches Eigenkapital, denn auch diese können u.U. von einer Auszahlungssperre (§§ 8a Abs. 2, 73 Abs. 4 GenG) betroffen sein, wenn das entsprechende Mitglied ausscheidet.

Genussrechte hingegen sind eine Beteiligung, die mit dem Geschäftsanteil der Mitglieder konkurriert. Mit dieser Beteiligung kann die eG die § 15b und §§ 8a Abs. 2 und 73 Abs. 2 und 4 GenG umgehen, weil Genussrechte in aller Regel kündbar sind und von den Kapitalerhaltungsvorschriften unbetroffen bleiben.

Gleichwohl ist dies unschädlich. Weder § 15b GenG noch §§ 8a, 73 GenG schreiben eine Kapitalaufbringung durch Zeichnung weiterer Geschäftsanteile vor. Einem jeden Genossen bleibt es unbenommen, sich – unabhängig von seinem, die Mitgliedschaft ermöglichenden

⁷⁹⁵ S.u.: Kapitel 2 D. I.

⁷⁹⁶ S.u.: Kapitel 2 D. III.

Geschäftsanteil – über Darlehen, hybride Mittel, (typische und atypische) stille Beteiligungen und in anderer Weise finanziell in die genossenschaftliche Unternehmung einzubringen.

Daher ergeben sich weder aus den genossenschaftlichen Kapitalerhaltungsvorschriften noch aus der vom Gesetz ermöglichten Beteiligung durch zusätzliche Geschäftsanteile Vorbehalte gegen die Ausgabe von Genussrechten seitens einer Genossenschaft.

5. Auswirkungen der Reform

Die Schaffung der SCE-VO könnte Bedenken gegen die Ausgabe von Genussrechten durch eingetragene Genossenschaften hervorrufen. Es fragt sich nämlich, wieso der Gesetzgeber der Reform des Jahres 2006 in Kenntnis und bei zeitgleicher Umsetzung der SCE-VO davon abgesehen hat, eine Art. 64 SCE-VO⁷⁹⁷ entsprechende Regelung im GenG zu treffen. Offen ist ferner, warum der europäische Gesetzgeber überhaupt eine Regelung betreffend die Ausgabe von besonderen Wertpapieren – wie Genussscheinen – geschaffen hat, wenn diese in genossenschaftlichen Rechtsformen⁷⁹⁸ ohnehin vergeben werden können.

In den Gesetzesmaterialien zur Genossenschaftsrechtsreform 2006⁷⁹⁹ sowie in den der SCE-VO vorangestellten Erwägungsgründen finden sich keine Anhaltspunkte für die Beantwortung dieser Fragen. Somit besteht Raum für Interpretation.

Nach hier vertretener Auffassung hat die Regelung des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO zunächst Klarstellungsfunktion hinsichtlich des Ob der Genussscheinsvergabe durch eine SCE. Es sind keine Gründe ersichtlich, warum der Gesetzgeber angesichts der bestehenden Vergabepaxis⁸⁰⁰ und mangels gravierender rechtlicher Bedenken⁸⁰¹ in den Mitgliedstaaten nicht davon ausgehen sollte, dass auch die supranationale Rechtsform der SCE Wertpapiere wie Genussscheine von Rechts wegen ausgeben darf. Um dieser Ansicht Ausdruck zu verleihen und Rechtssicherheit zu schaffen, bot es sich an, die Möglichkeit einer Wertpapiervergabe durch Europäische Genossenschaften zu positivieren.

⁷⁹⁷ Dazu s.u.: Kapitel 2 D. IV. 1. c) cc); Kapitel 3 C.

⁷⁹⁸ Wie beispielsweise in der deutschen eG, die sogar weniger kapitalistisch strukturiert ist als die SCE, vgl. unten: Kapitel 3 B. III. 5.

⁷⁹⁹ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 53 ff., 80 ff.

⁸⁰⁰ Zu Genussrechtsvergaben kam es beispielsweise in Deutschland.

⁸⁰¹ Hinsichtlich der Rechtslage in Deutschland siehe die vorherigen Kapitel: Kapitel 2 C. I. 1.; Kapitel 2 C. I. 2.; Kapitel 2 C. I. 3.

Indes hat der europäische Gesetzgeber das Wie der Vergabe zum Schutze der Mitglieder reglementiert, indem er eine Regelung in der Satzung fordert, wenn die SCE Genussrechte ausgeben will, um so den Mitgliedern die Entscheidung über die Ausgabemodalitäten zu überlassen. Zusätzlich hat er die Eigenschaften der Wertpapiere eingrenzend umschrieben: die SCE darf über Art. 64 SCE-VO keine Mitgliedschaftsrechte⁸⁰² gewähren⁸⁰³ und für die Ausgabe ist eine Verbriefung erforderlich.⁸⁰⁴

Leider hat der Reformgesetzgeber des GenG darauf verzichtet, eine Art. 64 SCE-VO entsprechende Regelung im deutschen Genossenschaftsrecht zu schaffen.⁸⁰⁵ Möglicherweise geschah dies, um die entstandene Vergabepaxis nicht mit neuen Rechtsvorschriften zu gefährden; der Gesetzgeber hat sich in den Gesetzesmaterialien nicht zu Art. 64 SCE-VO sowie den Genussrechten geäußert. Eine Regelung wäre im Sinne der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit wünschenswert gewesen.

Dennoch hat der supranationale Gesetzgeber durch den Erlass der SCE-VO (Art. 64) ein deutliches Zeichen für die Zulässigkeit der Vergabe von Genussrechten in den genossenschaftlichen Rechtsformen gesetzt. Er hat nationale Genossenschaften in der EU, die bereits Genussrechte ausgeben, in ihrem Handeln (zumindest mittelbar) bestätigt.⁸⁰⁶ Auch deutsche eingetragene Genossenschaften, die Genussrechte ausgeben, haben eine indirekte rechtliche Absicherung erfahren.

In diesem Sinne ist nicht nur die Vorschrift des Art. 64 SCE-VO, sondern auch die generelle Struktur der SCE relevant. Diese zeichnet sich in ihrer Finanzverfassung durch zahlreiche kapitalgesellschaftliche Elemente aus;⁸⁰⁷ von ihrer Natur her ist sie aber (immer noch) eine Genossenschaft. Ähnliches gilt in abgeschwächter Form für die reformierte eG deutschen Rechts vor allem dann, wenn sie die ihr gegebenen Möglichkeiten wie Schaffung eines Mindestkapitals, Einführung der Investormitgliedschaft etc. voll ausschöpft.

⁸⁰² Vgl. Art. 64 Abs. 1 S. 3 SCE-VO.

⁸⁰³ Eine Ausnahme stellt das Teilnahmerecht der Wertpapierinhaber an der Mitgliederversammlung dar, vgl. Art. 58 Abs. 2 SCE-VO. Dieses erschöpft sich nach hier vertretener Auffassung in einer passiven Teilnahme, dazu s.u.: Kapitel 3 C II. 2. b).

⁸⁰⁴ Vgl. Art. 64 Abs. 1 S. 1 SCE-VO.

⁸⁰⁵ Diese Regelung hätte ausgehend von Art. 64 SCE-VO eine Anpassung an die leicht abweichenden Voraussetzungen der Genussrechtsvergabe in einer eG erfahren müssen, indem man beispielsweise das zusätzliche Beschlusserfordernis geregelt hätte, dessen es in der SCE nicht bedarf. Vgl. dazu oben: Kapitel 2 D. IV. 1. sowie unten: Kapitel 3 D. IV. 1.

⁸⁰⁶ So auch *Schulze*, ZfgG 2006, 253, 253.

⁸⁰⁷ S.u.: Kapitel 3 B. III. 5.

Mit Einführung der SCE und der Genossenschaftsrechtsreform hat sich der Genossenschaftsbegriff gewandelt. Genossenschaften tendieren zunehmend dazu, als förderwirtschaftliche Unternehmen zu agieren. Was vor 35 Jahren⁸⁰⁸ als Genossenschaft angesehen wurde, deckt sich nicht mehr vollständig mit einer Genossenschaft nach heutigem Verständnis. Dieser stete Wandel ist auch bei der rechtlichen Interpretation genossenschaftsgesetzlicher Vorschriften zu beachten, wie das folgende Beispiel zeigt: Sowohl die SCE als auch die (reformierte) eG bieten die Möglichkeit, investierende Mitglieder zuzulassen. Wie beschrieben,⁸⁰⁹ handelt es sich dabei um Personen, die nicht nur auf die Inanspruchnahme der Förderung seitens der Gesellschaft verzichten, sondern sogar um solche, die für diese Förderung gar nicht in Frage kommen. Sie sind allein an einer möglichst hohen Rendite interessiert. Der Gesetzgeber hat diese Art der Mitgliedschaft geschaffen und sieht sie somit als förderzweckkonform an. Entsprechend legt er den Förderzweck nicht mehr so streng aus wie noch vor einigen Jahrzehnten. Bei einer gelockerten Förderzweckbindung wird man kaum noch Bedenken gegen die Renditeinteressen der Genussrechtsinhaber vorbringen können,⁸¹⁰ ohne einem Wertungswiderspruch zu unterliegen, denn die Position der Genussrechtsinhaber ist von der Interessenlage her durchaus mit der der Investoren vergleichbar.⁸¹¹

Festzuhalten ist somit, dass eine eG, die Genussrechte vergibt oder zu vergeben gedenkt, durch Inkrafttreten von Art. 64 SCE-VO eine mittelbare gesetzliche Absicherung erhalten hat. Der Erlass der SCE-VO und die Reform des deutschen GenG haben eine Änderung des Genossenschaftsbegriffes bewirkt, die nun eine weitergehende Auslegung des Förderzwecks zulässt und die Rechtsform der eG zunehmend für moderne Finanzierungsmittel wie Genussrechte öffnet.

II. Sonstiges Recht

Rechtliche Einwände gegen die Vergabe von Genussrechten könnten sich allenfalls noch aus dem Aktienrecht ergeben. Die dort viel diskutierte Umgehung der §§ 139 ff. AktG⁸¹² durch aktiengleiche Genussrechte und eine daraus resultierende Unzulässigkeit spielen im Genossenschaftsrecht keine Rolle, weil diese Vorschriften hier nicht anwendbar sind.⁸¹³

⁸⁰⁸ Also in der Zeit vor der Novellierung des GenG im Jahre 1973.

⁸⁰⁹ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. f).

⁸¹⁰ Zum Ganzen siehe bereits oben: Kapitel 2 C. I. 1. b) aa) (3).

⁸¹¹ Der Unterschied liegt darin, dass Investoren Mitglieder der eG werden.

⁸¹² Vgl. dazu *Habersack* in: *MüKoAktG*, § 221 Rdnrn. 127 f.; ferner auch oben: Kapitel 1 B. I. 2.

⁸¹³ *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 112.

Möschel stellte die These auf, aktiengleich gestaltete Genussrechte führten zu einer nach § 278 Abs. 2 AktG unzulässigen Form⁸¹⁴ der Kommanditgesellschaft auf Aktien, in der die persönlich haftende Gesellschafterin eine juristische Person ist.⁸¹⁵ Hinsichtlich der eG könnte dieses Problem ebenfalls auftreten,⁸¹⁶ doch spielen aktiengleiche Genussrechte hier praktisch kaum eine Rolle.⁸¹⁷

III. Zwischenergebnis

Gibt die Genossenschaft Genussrechte in nicht übermäßigem, sondern moderatem Umfang aus, verstößt sie nicht gegen den genossenschaftlichen Förderzweck.

Die Vorgaben zur Verteilung der Gewinne eines genossenschaftlichen Unternehmens in §§ 19, 20 und 91 GenG bleiben von Genussrechtsvergaben unberührt. Zur Klarstellung sollte in den Genussrechtsbedingungen die Formulierung „Beteiligung am Jahresüberschuss“ und nicht „Beteiligung am Gewinn“ der Gesellschaft gewählt werden. Dies verhindert eventuelle Unwirksamkeitseinreden und Kollisionen.

Überdies tangieren Genussrechtsvergaben auch nicht die dem GenG zugrunde liegenden Prinzipien der Selbsthilfe, Identität, Selbstverwaltung und Selbstverantwortung sowie die Vorschriften, welche der Kapitalerhaltung dienen.

Durch das Inkrafttreten der SCE-VO (insbesondere durch die Vorschrift des Art. 64) und die damit einhergegangene Reform des GenG haben Genossenschaften, die Genussrechte ausschütten, zumindest eine mittelbare gesetzgeberische Absicherung erfahren.

Schließlich bestehen anderweitige rechtliche Bedenken allenfalls gegen die Ausgabe der praktisch kaum relevanten aktiengleichen Genussrechte.

⁸¹⁴ Diese Form ist nicht erlaubt, weil die vom AktG vorgesehenen Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten bzgl. des Komplementärs einer KGaA deutlich geringer sind als die hinsichtlich des Vorstands einer AG und deshalb durch die persönliche Haftung des Ersteren zu kompensieren sind (ausführlich zur KGaA: *Semler/ Perlitt* in: *MüKoAktG*, § 278 Rdnrn. 2 ff.). Bei Genossenschaften und anderen juristischen Personen findet eine persönliche Haftung nicht statt, weshalb es an einem solchen Ausgleich fehlt (*Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 113).

⁸¹⁵ *Möschel*, ZHR 1985, 206, 231; dieser stützt sich auf eine Aussage von *Reuter* aus dem Jahre 1979 (vgl. *Reuter*, Gutachten, B 26).

⁸¹⁶ So auch *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 113.

⁸¹⁷ S.o.: Kapitel 1 B. I. 2.

Eingetragene Genossenschaften dürfen aus rechtlicher Sicht Genussrechte an Mitglieder und Nichtmitglieder vergeben.

D. Ausgabe von Genussrechten in der eG

Ein Bedürfnis für die Ausgabe von Genussrechten in der eG besteht. Zudem ließ sich feststellen, dass Genussrechte in vielerlei Hinsicht zur Verbesserung der finanziellen Situation der Genossenschaften beitragen können und dass nach aktueller Rechtslage keine wesentlichen rechtlichen Bedenken gegen ihre Ausgabe bestehen. Es schließt sich nun eine Darstellung an, die aufzeigt, welche Personen in und außerhalb der Genossenschaft für eine Genussrechtsgewährung in Frage kommen. Der zweite Teil dieses Abschnitts behandelt die Modalitäten der Ausgabe und ihre Besonderheiten.

I. Genussrechte an Mitglieder

Aus praktischen Gründen ist es sinnvoll, Genussrechte an Mitglieder der Genossenschaft auszugeben. Für diese stellen Genussrechte eine Möglichkeit dar, neben dem von ihnen gehaltenen Geschäftsanteil an der Genossenschaft zu partizipieren.

Die Mitglieder können sich auch unabhängig davon gemäß § 7a Abs. 1 S. 1 GenG mit weiteren Geschäftsanteilen beteiligen, wenn die Generalversammlung eine entsprechende Regelung in der Satzung beschlossen hat.⁸¹⁸ Dies könnte ein ausreichendes und vor allem nahe liegenderes Instrument zum finanziellen Engagement in der Gesellschaft sein. Denn theoretisch besteht sogar die Möglichkeit, Geschäftsanteile in unbeschränkter Höhe zu übernehmen.⁸¹⁹

Im Ergebnis stellt ein zusätzlicher genossenschaftlicher Geschäftsanteil jedoch keine Alternative zu den Genussrechten dar. Wie gezeigt,⁸²⁰ weist dieser (§ 7 GenG) in Flexibilität und Handelbarkeit deutliche Defizite auf. Darüber hinaus nehmen seine Inhaber nicht an Wertsteigerungen des Unternehmens teil⁸²¹ und wenn die Genossen weitere Geschäftsanteile übernehmen, vervielfältigen sich ihre Mitgliedschaftsrechte nicht;⁸²² denn die Übernahme begründet keine mehrfache Mitgliedschaft.⁸²³ Deshalb ist der Anreiz für ein finanzkräftiges Mitglied eher klein, sich über weitere Geschäftsanteile in der Genossenschaft zu engagieren.

⁸¹⁸ Zumindest wäre dies der korrekte Weg. Allerdings ist eine Beteiligung mit mehreren Geschäftsanteilen auch bei fehlender statuarischer Regelung rechtswirksam, was sich aus dem Wortlaut („darf“) des § 7a Abs. 1 S. 1 GenG ergibt, vgl. *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 7a Rdnr. 6.

⁸¹⁹ *Beuthien*, GenG, § 7a Rdnr. 2.

⁸²⁰ S.o.: Kapitel 2 A. I. 4.

⁸²¹ S.o.: Kapitel 2 A. I. 6.

⁸²² *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 7a Rdnr. 4; *Beuthien*, GenG § 7a Rdnr. 3.

⁸²³ BGH ZfG 1978, 438, 442.

Genussrechte hingegen weisen viele dieser Defizite nicht auf. Die Gläubiger können sie ohne weiteres übertragen.⁸²⁴ Dies kann auf mehrere Arten geschehen. Handelt es sich um ein unverbrieftes Genussrecht, so kann beispielsweise über den Anspruch auf Rückzahlung des an die Genossenschaft übertragenen Kapitals nach §§ 398 ff., 1274 ff. BGB verfügt werden.⁸²⁵ Ist das Genussrecht in einem Wertpapier verbrieft, liegt also ein Genussschein vor,⁸²⁶ so ist es möglich, das Recht am Papier gemäß §§ 929 ff. BGB zu übertragen bzw. nach §§ 1089 i.V.m. 1030 ff. BGB und §§ 1293 i.V.m. 1204 ff. BGB darüber zu verfügen.⁸²⁷

Demgegenüber gewähren Genussrechte keine Mitgliedschaftsrechte;⁸²⁸ sie nehmen aber bei entsprechender Ausgestaltung ebenso wie die auf die Geschäftsanteile getätigten Einzahlungen (Geschäftsguthaben) am Gewinn der Genossenschaft teil. Wird eine Verzinsung vereinbart, die die Genossenschaft aus ihren Gewinnen bedienen muss, so hat diese Vorrang vor den eigentlichen Gewinnansprüchen der Mitglieder. Gleiches gilt für die Vereinbarung einer Festverzinsung; hier ist jedoch zusätzlich zu beachten, dass entsprechendes Genussrechtskapital nicht als Eigenkapital ausgewiesen werden kann.⁸²⁹

Bei einer derartigen, über den Geschäftsanteil hinausgehenden Mitgliederbeteiligung, wären die Genossen im eigenen Interesse dazu angehalten, ihre Fördergeschäfte mit der Gesellschaft auszuweiten und aktiver im Sinne der Unternehmung zu handeln. Dies käme der Genossenschaft zugute. Genussrechtsverbindlichkeiten können bei mangelnden Gewinnen auch aus den Rücklagen der Gesellschaft bedient werden.⁸³⁰ Im Gegensatz dazu nimmt das einzelne Mitglied über den Geschäftsanteil bei Kündigung und anschließender Auseinandersetzung grundsätzlich nicht an Steigerungen des Unternehmenswertes teil (§ 73 Abs. 2 S. 2 GenG). Im Ergebnis wird sich dies für einen Genussrechtsinhaber nicht immer auswirken, da es ihm grundsätzlich gleich sein kann, ob er die ihm zustehenden Beträge⁸³¹ aus Rücklagen oder tatsächlich erzielten Gewinnen erhält. Dennoch beteiligt eine eG die Mitglieder durch Genussrechte eher am Erfolg der Gesellschaft als durch den Geschäftsanteil.

⁸²⁴ Blomeyer/ Wißmann, Die institutionelle Problematik, 34.

⁸²⁵ Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 210.

⁸²⁶ S.o.: Kapitel 1 A. I.

⁸²⁷ Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 210.

⁸²⁸ Dieser Grundsatz gilt zumindest dann, wenn man die Vermögensrechte nicht hinzuzählt; vgl. auch oben: Kapitel 1 A. IV. 3.

⁸²⁹ S.o.: Kapitel 2 B. II. 4.

⁸³⁰ Auch wenn dies nicht der Regelfall sein wird. Genussrechte müssen ihren Eigenkapitalstatus dadurch nicht zwangsläufig verlieren, weil Gewinnrücklagen keine gegen Ausschüttungen besonders geschützten Kapitaltitel sind.

⁸³¹ Namentlich die Verzinsung und das eingezahlte Kapital.

Insgesamt bieten Genussrechte wegen ihrer flexiblen Ausgestaltungsmöglichkeiten und ihrer einfachen Handelbarkeit eine attraktive Investitionsgelegenheit für Mitglieder einer Genossenschaft. Auf die wirtschaftlichen Verhältnisse der Genossenschaft haben die Genussrechte ebenfalls positiven Einfluss.

II. Genussrechte an Arbeitnehmer

Genussrechte sind auch für Arbeitnehmer der Genossenschaft interessant, egal ob diese Mitglieder sind oder nicht.⁸³² Die Genossenschaft profitiert von Arbeitnehmergenussrechten. Arbeitnehmer, die Genussrechte halten, dürften deutlich motivierter sein. Denn zweifelsohne ändert sich die generelle Einstellung zum genossenschaftlichen Betrieb als Arbeitgeber, wenn die Arbeitnehmer selbst über die Genussrechte von dessen Gewinnen profitieren. Die Folgen sind nicht nur eine Steigerung der Produktivität, sondern auch des Verantwortungsbewusstseins und der Initiative der Arbeitnehmer. Man erreicht weiterhin eine Art Arbeitnehmerbindung.⁸³³

Zusätzlich kann die eG mit der Ausgabe von Genussrechten an Arbeitnehmer einen ersten Schritt in Richtung vollständiger Arbeitnehmerbeteiligung tun.⁸³⁴ Sie könnte Eigenkapital gerecht gestaltete Genussrechte mit möglichst kurzen Laufzeiten ausgeben, die sich nach Ablauf automatisch in typische oder atypische stille Beteiligungen oder gar in Geschäftsanteile⁸³⁵ umwandeln. Sie müsste dem Genussrechtsinhaber ein Widerspruchs- oder Kündigungsrecht zubilligen, damit er die Umwandlung seinerseits verhindern kann, wenn er mit seiner Anlage nicht zufrieden ist. Die Laufzeit des Genussrechts wäre sozusagen eine Art Testphase für die Mitgliedschaft, von der beide Seiten profitieren könnten.

⁸³² Siehe dazu bereits oben: Kapitel 2 B. V.

⁸³³ Tanski, FB 2005, 8, 12.

⁸³⁴ Zur Mitarbeiterbeteiligung durch Genussrechtsvergabe vgl. Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 98 ff.; zu allgemeinen Gestaltungsbeispielen mit Praxisbezug Hüttche, BC 2002, 105, 105 ff. und zur Bilanzierung von Genussrechten als Formen der Mitarbeiterbeteiligung siehe Hoffmann, BC 2002, 97, 97 ff.

⁸³⁵ Dazu müssten bei der Umwandlung alle weiteren Voraussetzungen für den Erwerb der Mitgliedschaft nach § 15 GenG erfüllt sein, namentlich eine schriftliche, unbedingte Beitrittserklärung und die Zulassung des Beitritts durch die Genossenschaft (organisationsrechtlicher Aufnahmevertrag). Es wäre natürlich denkbar und eleganter, diesen zweiten Vertrag unter der aufschiebenden Bedingung des Genussrechtsablaufs schon bei Begebung des Genussrechts abzuschließen; doch dies ist wegen der Bedingungsfeindlichkeit organisationsrechtlicher Aufnahmeverträge nicht möglich (einhellige Auffassung: Paulick, Das Recht der eG, 137; Beuthien, GenG, § 15 Rdnr. 15; Bauer/ Schubert, GenHb, § 15 Rdnr. 11; Müller, GenG, § 15 Rdnr. 23; Lang/ Weidmüller, GenG, § 15 Rdnr. 9).

Passend zu diesen Überlegungen bietet § 2 Abs. 5 i.V.m. Abs. 1, 2 und 4 5. VermBG den rechtlichen Rahmen für eine Vergabe von Genussscheinen in Genossenschaften an Arbeitnehmer speziell zur Vermögensbildung. Voraussetzung dafür ist, dass der Arbeitnehmer nicht Mitunternehmer der Genossenschaft i.S.v. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG wird. Ferner darf das emittierende Unternehmen kein Kreditinstitut (entsprechend den Vorschriften des KWG) sein. §§ 19, 20 GenG stehen gemäß § 2 Abs. 5 5. VermBG nicht entgegen.

III. Genussrechte an Nichtmitglieder

Möglich ist ebenso eine Ausgabe von Genussrechten an natürliche und juristische Personen, die nicht Arbeitnehmer und/oder Mitglied (in) der Genossenschaft sind. Auf Genussrechte dieser Art wird die eG am häufigsten zurückgreifen müssen, wenn sie sich für eine Ausgabe von Genussrechten zur Kapitalbeschaffung entscheidet. Denn nur so öffnet sich die Genossenschaft dem breiten Publikum der Kapitalanleger und nur auf diese Weise wird der ständig wachsende Kapitalbedarf der Genossenschaften, den die Beiträge der Mitglieder schon längst nicht mehr decken, in Zukunft zumindest ansatzweise gestillt werden.

IV. Durchführung der Ausgabe

Wie die Ausgabe von Genussrechten zu erfolgen hat und welche Punkte die eG dabei beachten muss, wird im Folgenden beschrieben.

1. Beschluss über die Genussrechtsvergabe

Eine gesetzliche Regelung über die Vergabe von Genussrechten in der eG existiert nicht. Trotzdem erscheint die Ausgabe von Genussrechten auf den ersten Blick als eine Geschäftsführungshandlung, die grundsätzlich dem Vorstand als alleinigem Organ der Geschäftsführung⁸³⁶ überlassen ist.⁸³⁷

a) Beschlusserfordernis

Eventuell könnte ein Bedürfnis für eine Mitwirkung der Mitglieder bei einer Genussrechtsvergabe bestehen.

⁸³⁶ Dass der Vorstand einer Genossenschaft alleiniges Geschäftsführungsorgan ist, war nicht immer so. Die Genossenschaftsrechtsnovellierung von 1973 hat in Anlehnung an die aktienrechtliche Regelung des § 76 Abs. 1 AktG die Generalversammlung hinsichtlich der Geschäftsführungsbefugnis entmachtet und den Vorstand gestärkt (Beuthien, GenG, § 27 Rdnrn. 1 f.; Lang/ Weidmüller, GenG, § 27 Rdnr. 1).

⁸³⁷ So auch Lehnhoff (Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 15), der sich ohne weitere Prüfung von vornherein darauf festlegt.

aa) Keine organisationsrechtliche Grundlagenentscheidung

Nicht zur Geschäftsführung gehören Maßnahmen, die die rechtlichen Grundlagen der Genossenschaft und die Gestaltung ihrer Organisation betreffen, da diese die Voraussetzungen für die Geschäftsführung schaffen und ihr damit vorgeschaltet sind.⁸³⁸

Somit fragt sich, ob die Vergabe von Genussrechten ein solches Grundlagengeschäft darstellt, das eines Beschlusses der Generalversammlung bedarf. Zu den Grundlagengeschäften gehören nicht nur typische vorgeschaltete Rechtshandlungen wie die Aufstellung oder Änderung der Satzung gem. §§ 5 ff. und 16 Abs. 1 GenG. Dazu zählen vielmehr auch solche Handlungen, die satzungsersetzende Unternehmensverträge (vergleiche § 291 Abs. 1 AktG analog) oder satzungsgleich wirkende Rechtsgeschäfte (nach § 292 AktG analog) betreffen.⁸³⁹ Dementsprechend ist der Abschluss eines Gewinnabführungsvertrages ein typisches Grundlagengeschäft.⁸⁴⁰ Wie oben gezeigt, ist die Genussrechtsausgabe kein Gewinnabführungsvertrag,⁸⁴¹ ein Beschlusserfordernis entsprechend § 293 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 AktG ist deshalb abzulehnen.

Die Eigenschaft als Grundlagengeschäft lässt sich auch nicht begründen durch einen Vergleich zur stillen Gesellschaft. Genussrechte sind schuldrechtlicher Natur und begründen keine gesellschaftsrechtliche Rechtsstellung, was auch in diesem Zusammenhang von entscheidender Bedeutung ist. Eine Genussrechtsvergabe beeinträchtigt das gesellschaftsrechtliche Gefüge der Genossenschaft nicht. Deshalb kann man in dieser Hinsicht kein Beschluss der Mitgliederversammlung fordern. Bei der Entscheidung über die Zulassung einer stillen Beteiligung, die ihrerseits ein Grundlagengeschäft darstellt, ist ein solcher Beschluss hingegen erforderlich.⁸⁴²

bb) Beschlusserfordernis aus genossenschaftsrechtlichen Erwägungen

Genussrechte können die Mitgliedschaft beeinträchtigen. Denn zur Mitgliedschaft gehören Mitgliedschaftsrechte. Typische Mitgliedschaftsrechte sind, neben den Teilhaberechten, die Vermögensrechte der Mitglieder.⁸⁴³ Angenommen, eine eG vergibt Genussrechte, die so

⁸³⁸ Lang/ Weidmüller, GenG, § 27 Rdnr. 5; Beuthien, GenG, § 24 Rdnr. 2.

⁸³⁹ Beuthien, GenG, § 24 Rdnr. 2.

⁸⁴⁰ So auch Hillmann in: Ebenroth/ Boujong/ Joost, HGB, § 126 Rdnr. 10; Beuthien, GenG, § 24 Rdnr. 2 und § 1 Rdnr. 99. Dies gilt nur solange der Vertrag nicht dem Förderzweck der Genossenschaft widerspricht und daher unzulässig ist, vgl. dazu Beuthien, GenG, § 24 Rdnr. 2.

⁸⁴¹ S.o.: Kapitel 1 C. II. 2. g).

⁸⁴² Einhellige Auffassung: Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 75; Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 26; Lang/ Weidmüller, GenG, § 1 Rdnr. 100.

⁸⁴³ Beuthien, GenG, § 18, Rdnrn. 16 f.; Lang/ Weidmüller, GenG, § 18 Rdnrn. 11 ff.

ausgestaltet sind, dass der Gläubiger am Gewinn und am Liquidationserlös der Gesellschaft teilnimmt.⁸⁴⁴ Als Folge verringert sich die Gewinnbeteiligung der Mitglieder.⁸⁴⁵

Gleiches gilt im Falle der Liquidation für die Erlösansprüche der Genossen nach § 91 Abs. 1 S. 1 GenG, die ebenfalls ein klassisches Beispiel eines Vermögens-, also Mitgliedschaftsrechts darstellen.⁸⁴⁶

Ein Bedürfnis für eine Mitwirkung der Mitglieder bei der Genussrechtsvergabe kann sich unter Berücksichtigung dessen aus folgender Überlegung ergeben: Eine Genossenschaft kann das Mitgliedschaftsrecht der Genossen auf Gewinnverteilung nach § 20 GenG ausschließen, indem sie den Gewinn der gesetzlichen Rücklage und/oder anderen Ergebnisrücklagen zuschreibt. Ferner kann sie nach § 91 Abs. 3 GenG ihre Verpflichtung abbedingen, das Vermögen in der Liquidation zu verteilen. In beiden Fällen bedarf es einer entsprechenden Regelung in der Satzung. Über Satzungsänderungen⁸⁴⁷ beschließt nach § 16 Abs. 1 Alt. 1 GenG ausschließlich die Generalversammlung. Eine umfangreiche Genussrechtsvergabe kann in einem Geschäftsjahr, in dem nur ein geringer Gewinnbetrag erzielt wurde, de facto einem Gewinnverteilungsausschluss nach § 20 GenG gleichkommen oder u.U. eine Gewinnverteilung – mangels vorhandener Masse – in der Liquidation verhindern. Auch wenn dieser Fall nicht eintreten muss, ist es sachgerecht, die Mitglieder über eine derartige Beeinträchtigung ihrer Rechte selbst entscheiden zu lassen. Ob dies nun auch über eine Satzungsregelung und/oder über einen schlichten Mitgliederversammlungsbeschluss zu geschehen hat, sei zunächst dahingestellt.

b) Rechtsgrundlagen für den Beschluss

Ein Bedürfnis für einen Beschluss der Generalversammlung, der die Genussrechtsvergabe ermöglicht, besteht. Auf welche rechtliche Grundlage ist dieser Beschluss zu stützen?

aa) § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG

Nach § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG muss die AG einen Beschluss der Hauptversammlung einholen, wenn sie Genussrechte vergeben möchte. Bevor man § 221 Abs. 3 AktG anwendet, fragt sich regelmäßig, ob die Begebung eines Finanzierungstitels die mitgliedschaftliche

⁸⁴⁴ Dies dürfte der Standardfall einer Genussrechtsgestaltung sein.

⁸⁴⁵ Lang/ Weidmüller, GenG, § 18 Rdnr. 14.

⁸⁴⁶ Lang/ Weidmüller, GenG, § 18 Rdnr. 15.

⁸⁴⁷ Von einer neu errichteten Genossenschaft sei hier abgesehen.

Sphäre eines Aktionärs berührt oder nicht.⁸⁴⁸ Die Vorschrift wurde gerade deshalb auch auf Genussrechte ausgedehnt, weil diese – je nach Ausgestaltung – Vermögensrechte vermitteln können, die weiter reichen als die einer gewöhnlichen Anleihe. Insofern können Genussrechte die Vermögensrechte der Aktionäre – wie beispielsweise das Recht auf Auszahlung einer Dividende – beschränken⁸⁴⁹ und im Extremfall wegen vorrangiger Bedienung sogar vereiteln. Die Parallele zur Problematik bei den Genossenschaften ist offensichtlich. § 221 AktG ist folglich eine Schutzvorschrift zugunsten der Aktionäre.

(1) Keine mangelnde Vergleichbarkeit

Man zweifelt jedoch, ob § 221 Abs. 3 AktG auch auf die Vergabe von Genussrechten durch Genossenschaften, insbesondere Kreditgenossenschaften, anwendbar ist. Die Literatur trägt dazu folgendes Argument vor: Zweck von § 221 Abs. 3 AktG sei es, das Aktionärsinteresse an einer Gewinnausschüttung und das Unternehmensinteresse an der Erschließung langfristiger Finanzierungsquellen funktionsgerecht in Einklang zu bringen.⁸⁵⁰ Demgegenüber könne eine Kreditgenossenschaft Auszahlungen an Genussrechtsgläubiger nicht im Wege einer Gewinnverwendung vornehmen, sondern lediglich als eine Betriebsausgabe.⁸⁵¹ Deswegen seien die von einer Aktiengesellschaft ausgegebenen Genussrechte, die am Gewinn der Gesellschaft partizipieren können, nicht mit denen der Genossenschaft vergleichbar.

Diese Ansicht ist nicht haltbar. Aktiengesellschaften können sehr wohl Genussrechte ausgeben, die keine Gewinnbeteiligung, sondern z.B. eine feste Verzinsung vorsehen. Eine Gewinnverwendung ist nicht zwingend notwendig, um die Genussrechte einer AG zu bedienen.⁸⁵² § 221 AktG bleibt unabhängig davon anwendbar; nach dem Schutzzweck der Norm ist allein eine Konkurrenz zu den Aktionärsrechten für die Anwendung erforderlich.⁸⁵³

Ferner überzeugt die Annahme nicht, die eG dürfe keine Gewinne verwenden, um durch Genussrechte entstandene Verbindlichkeiten zu erfüllen und sie habe stattdessen eine Betriebsausgabe vorzunehmen. Erstens bedeuten Gewinnabhängigkeit und Gewinnorientierung nichts anderes als eine Teilnahme am Gewinn,⁸⁵⁴ also Gewinnverwendung, und zwei-

⁸⁴⁸ Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 20.

⁸⁴⁹ Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 2.

⁸⁵⁰ Lehnhoff, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 15.

⁸⁵¹ Lehnhoff, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 15.

⁸⁵² Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnrn. 65 und 94.

⁸⁵³ Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 20.

⁸⁵⁴ S.o.: Kapitel: Obligationsähnliche Genussrechte; Aschermann, Die eingetragene Genossenschaft, 118.

tens sind diese Begriffe nicht unbedingt gegensätzlich.⁸⁵⁵ Im Ergebnis kann daher mit dieser Begründung nicht von einer fehlenden Vergleichbarkeit der Grundsituation gesprochen werden.

(2) Keine planwidrige Regelungslücke

Die Genussrechte einer eG beinhalten in der Regel für den Gläubiger eine Gewinnbeteiligung und eine Beteiligung am Liquidationserlös. Aus den Genussrechten resultiert somit Gewinnanspruch. Deshalb vertreten manche, dieser Gewinnanspruch greife in das Gewinnverwendungsrecht der Generalversammlung nach § 48 Abs. 1 GenG ein.⁸⁵⁶ Die Mitgliedschaftsrechte der Genossen seien in ihrem vermögensrechtlichen Kern berührt⁸⁵⁷ und damit werde ein Basisrecht in der Beziehung zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern tangiert.⁸⁵⁸ Notwendige Konsequenz dieser Sichtweise ist es, die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung für die Entscheidung über eine Vergabe von Genussrechten aus § 48 Abs. 1 S. 2 GenG abzuleiten. Insofern wäre eine planwidrige Regelungslücke im Genossenschaftsgesetz, die eine Anwendungsmöglichkeit für § 221 AktG eröffnet, zu verneinen.⁸⁵⁹

Allerdings verstößt eine Genussrechtsvergabe an Außenstehende nicht gegen § 19 Abs. 1 S. 1 GenG.⁸⁶⁰ Denn Genussrechtsverbindlichkeiten sind schon abgezogen, wenn der Gewinn des § 19 GenG anfällt, den die eG nur an die Mitglieder verteilen darf. Deshalb geht diese Argumentation fehl. Gewinn im Sinne des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG meint den Jahresüberschuss zu- bzw. abzüglich Gewinn- und Verlustvorträgen aus dem vorigen Geschäftsjahr und zu- bzw. abzüglich von Rücklagenauflösungen und Rücklagenzuführungen.⁸⁶¹ Also ist der Jahresüberschuss i.S.d. § 48 Abs. 1 S. 2 GenG (der Überschuss eines Geschäftsjahres, der nach Abzug der Aufwendungen von den Erträgen entsteht)⁸⁶² im Gewinnbegriff des § 19 Abs. 1 S. 1 GenG bereits enthalten. Daher kann das Recht der Generalversammlung, gemäß § 48 Abs. 2 S. 2 GenG über die Verwendung des Jahresüberschusses durch die Ge-

⁸⁵⁵ So auch *Beuthien* (GenG, § 19 Rdnr. 28), der zwar unterstreicht, dass es sich bei der Gewinnverwendung nicht um eine solche i.S.d. § 19 Abs. 1 S. 1 GenG handelt, dennoch geht er vom Grundsatz her immer von Gewinnverteilung auf die Genussrechte aus, und zusätzlich unterstreicht er die Abzugsfähigkeit als Betriebsausgabe für den Fall, dass § 8 Abs. 3 S. 2 KStG nicht einschlägig ist.

⁸⁵⁶ *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 63 f.; *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 120.

⁸⁵⁷ *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 63 f.

⁸⁵⁸ *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 120.

⁸⁵⁹ So ausdrücklich *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 120. *Schudt* (Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 64) stellt demgegenüber zwar einen Vergleich zum Aktienrecht an, leitet die Zuständigkeit der Mitgliederversammlung aber ebenfalls nicht daraus her.

⁸⁶⁰ Vgl. oben: Kapitel 2 C. I. 2. a).

⁸⁶¹ *Lang/Weidmüller*, GenG, § 19 Rdnr. 5.

⁸⁶² *Lang/Weidmüller*, GenG § 48 Rdnr. 9.

nussrechtsvergabe zu entscheiden, nicht beeinträchtigt werden. Ebenso wenig wie aus dem nach § 19 Abs. 1 S. 1 GenG an die Mitglieder zu verteilenden Gewinn sind Genussrechte auch nicht aus dem nach § 48 Abs. 1 S. 2 GenG von der Generalversammlung zu verteilenden Überschuss zu bedienen. Dies schließt weder eine Gewinnabhängigkeit noch eine Gewinnorientierung der Genussrechte aus. Die Definition des Gewinns ist ausschlaggebend.

Im Ergebnis steht § 48 Abs. 1 S. 2 GenG somit einer analogen Anwendung von § 221 AktG nicht entgegen. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung von § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG auf die Genussrechtsvergabe in einer eG sind grundsätzlich gegeben.

bb) Rechtsanalogie entsprechend §§ 20, 91 GenG

Bedenken gegen die analoge Anwendung von § 221 AktG können sich aus den Vorschriften der §§ 20, 91 GenG ergeben, wenn diese eine vorrangige Rechtsgrundlage darstellen. Anders als in der soeben geführten Diskussion wurde der Rechtsgedanke dieser Vorschriften als ein Grund für das Erfordernis eines Generalversammlungsbeschlusses angeführt; diese Normen gelten jedoch nicht als Rechtsgrundlage desselben. Denkbar wäre zwar, §§ 20, 91 i.V.m. § 16 GenG als Grundlage für einen Beschluss über eine Genussrechtsvergabe vorzuschlagen; doch dafür sind sie im Ergebnis zu allgemein gehalten.⁸⁶³ Man könnte sie in Ermangelung einer Rechtsgrundlage allenfalls entsprechend heranziehen. Im Ergebnis stehen sie einer planwidrigen Regelungslücke aber nicht entgegen.

cc) Art. 64 Abs. 1 S. 1 SCE-VO analog

Als Rechtsgrundlage für einen solchen Beschluss kommt ferner eine analoge Anwendung von Art. 64 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 4 Ua. 2 SCE-VO bzw. Art. 52 Ua. 2 SCE-VO und § 16 GenG in Frage. Dazu müssten die Vorschriften der SCE-VO überhaupt entsprechend anwendbar sein.

(1) Anwendbarkeit der SCE-VO

Eine Verordnung der Europäischen Gemeinschaft hat gemäß Art. 249 EG allgemeine Geltung. Sie ist in all ihren Teilen verbindlich und wirkt in jedem Mitgliedstaat unmittelbar. Das

⁸⁶³ Sie beziehen sich allgemein auf Gewinnverteilung bzw. die Vermögensverteilung an die Mitglieder in der Liquidation.

bedeutet, dass sie ihre Wirkung in Deutschland und in anderen EU-Mitgliedstaaten unabhängig von einem nationalen Umsetzungsgesetz entfaltet,⁸⁶⁴ also als direkt geltendes Recht zu betrachten ist.⁸⁶⁵ Art. 64 Abs. 1 SCE-VO ist als Teil der SCE-VO ebenfalls unmittelbar geltendes Recht und als Grundlage für den Beschluss über eine Genussrechtsvergabe in einer eG durchaus in Betracht zu ziehen.

(2) Analoge Anwendung der SCE-VO

Dass die Vorschriften der SCE-VO unmittelbar anwendbares Recht in Deutschland sind, spricht dafür, dass sie auch analogiefähig sind. Auch ist nicht ersichtlich, dass Art. 64 SCE-VO eine Ausnahmeregelung enthält und sich daher einer Analogie entzieht, wenngleich der Anwendungsbereich der SCE-VO grundsätzlich auf die Rechtsform der SCE beschränkt ist.

Dennoch ist gerade im Gesellschaftsrecht anerkannt, beim Fehlen einer gesetzlichen Regelung im Recht einer Gesellschaftsform subsidiär auf das Recht einer anderen Gesellschaftsform zurückzugreifen. Voraussetzung dafür ist, dass die beiden Gesellschaftsformen strukturell miteinander verwandt sind. Ein einfaches Beispiel ist die subsidiäre Anwendbarkeit der GbR-Vorschriften auf die OHG gem. § 105 Abs. 3 HGB.

Nicht selten greift man im Falle einer Regelungslücke auf die Vorschriften einer strukturähnlichen Gesellschaft auch ohne entsprechende gesetzliche Verweise zurück. *Beuthien* geht beispielsweise von einer analogen Anwendung von § 221 Abs. 3 AktG bei einer Genussrechtsvergabe durch Genossenschaften aus,⁸⁶⁶ weil es an einer entsprechenden Regelung im Genossenschaftsgesetz fehlt; obwohl das Aktienrecht grundsätzlich auf die AG zugeschnitten ist. Es steht einer analogen Anwendung der SCE-VO folglich nicht entgegen, dass diese grundsätzlich nur das Recht der SCE regelt und dass das deutsche GenG keine Verweisvorschrift (wie § 105 Abs. 3 HGB) enthält. Auch die folgende Analogieprüfung zeigt,

⁸⁶⁴ EuGH, Rs. 20/72 (*Belgien/Cobele*), Slg. 1972, 1055 Rdnrn. 11 ff.; EuGH Rs. 94/77 (*Fratelli Zerbone*), Slg. 1978, 99; *Schulze/ Wiese*, ZfgG 2006, 108, 109; *Geiger*, EUV/EGV, Art. 249 EG, Rdnrn. 5 f.; *Ruffert* in: *Calless/ Ruffert*, EUV/EGV, Art. 249 EG, Rdnr. 41.

⁸⁶⁵ Im Gegensatz zu einer europäischen Richtlinie, die zwar hinsichtlich ihrer Ziele für die Mitgliedstaaten verbindlich ist (es besteht eine Pflicht zur Umsetzung), letzteren jedoch die Art und Weise der Umsetzung selbst überlässt, so Art. 249 Abs. 3 EG. Dazu *Geiger*, EUV/EGV, Art. 249 Rdnrn. 8 f. Die SCE-VO hingegen nimmt in vielen Regelungen Bezug auf das nationale Recht und Art. 78 Abs. 1 SCE-VO gebietet den Mitgliedstaaten, geeignete Maßnahmen für das Wirksamwerden der Verordnung zu treffen, also im Ergebnis, Ausführungsbestimmungen in Bereichen zu schaffen, in denen eine Notwendigkeit dafür besteht. Dementsprechend wurde in Deutschland das am 16. August 2006 in Kraft getretene SCE-Ausführungsgesetz (SCE-AG) geschaffen. Dazu *Schulze/ Wiese*, ZfgG 2006, 108, 109.

⁸⁶⁶ *Beuthien*, GenG, § 19 Rdnr. 28.

dass letztlich keine durchgreifenden Bedenken gegen die analoge Anwendung von Art. 64 SCE-VO bestehen.

(a) Regelungslücke

Der nationale Gesetzgeber hat die Vergabe von Genussrechten durch eingetragene Genossenschaften nicht geregelt. Eine Regelungslücke lässt sich somit ohne weiteres bejahen.

(b) Planwidrigkeit

Im Rahmen der Prüfung, ob diese auch planwidrig ist, fragt sich zunächst, auf wessen gesetzgeberischen Willen überhaupt abzustellen ist; auf den des nationalen oder den des supranationalen Gesetzgebers. Dies hängt davon ab, inwieweit der Mitgliedstaat in dem fraglichen Bereich seine Kompetenzen auf die EG übertragen hat. Sofern er die Kompetenzen in einem bestimmten Bereich abschließend übertragen hat, ist grundsätzlich auf den Willen des supranationalen Gesetzgebers abzustellen. Liegen die Kompetenzen hingegen nach wie vor beim nationalen Gesetzgeber, bestimmt sich die Planwidrigkeit nach dessen Willen.

Zwar kommt der EG die Kompetenz zu, supranationale Gesellschaftsformen wie die SE oder die SCE zur Erleichterung und Förderung der staatenübergreifenden wirtschaftlichen Tätigkeit zu schaffen. Dass die BRD jedoch die Kompetenz zur gesetzlichen Regelung der Vergabe von Genussrechten durch eingetragene Genossenschaften oder generell zur Regelung des Rechts der eingetragenen Genossenschaft auf die EG übertragen hat, ist nicht ersichtlich. Daher kommt es für die Beurteilung der Planwidrigkeit der Regelungslücke auf den Willen des nationalen Gesetzgebers an.

Entsteht eine Lücke in einem Kompetenzbereich der EG, also beispielsweise in der SE-VO, so ist diese nicht mit einem Analogieschluss im sekundären Gemeinschaftsrecht zu schließen, sondern mit subsidiär anwendbarem nationalem Recht.⁸⁶⁷ Hintergrund dessen ist die Tatsache, dass die nationalen Rechte bereits in Teilen harmonisiert sind und das Europäische Sekundärrecht nach dem Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers über das harmonisierte Recht der Mitgliedstaaten zur Anwendung kommen soll – und nicht durch einen Analogieschluss im Gemeinschaftsrecht.⁸⁶⁸ Das spricht aber nicht dagegen, wenn, wie vorliegend, eine Lücke im nationalen Recht besteht, auf sekundäres Gemeinschaftsrecht zurück-

⁸⁶⁷ Vgl. Casper in: FS Ulmer, 51, 57 ff.

⁸⁶⁸ Vgl. dazu Casper in: FS Ulmer, 51, 59 mit Verweis auf die Erwägungsgründe zur SE-VO.

zugreifen, wenn dort ein vergleichbarer Sachverhalt geregelt ist. Erst wenn der Analogieschluss durch einen Verweis ausnahmsweise ermöglicht oder wegen einer vollständigen Regelungslücke im nationalen Recht geboten ist, ist auf den Willen des supranationalen Gesetzgebers abzustellen, sofern seine Kompetenz betroffen ist.

Hier kommt es jedoch wegen der Kompetenzverteilung ohnehin auf den Willen des nationalen Gesetzgebers an (s.o.). Danach war die unterlassene Regelung der Genussrechtsvergaben durch Genossenschaften planwidrig. Der Gesetzgeber war sich bei Verabschiedung des GenG im 1889 der Tatsache nicht bewusst, dass die aus dem Kapitalgesellschaftsrecht stammenden Genussrechte auch von Genossenschaften ausgegeben werden würden. Auch der Reformgesetzgeber der Jahre 2005/2006 hat sich offenbar nicht mit dieser Problematik auseinandergesetzt. Dass eingetragene Genossenschaften in der Praxis Genussrechte ausgeben, steht außer Frage.⁸⁶⁹

(c) Vergleichbare Interessenlage

Auch ist die Interessenlage in der SCE im Hinblick auf Genussrechtsvergaben mit der in der eG vergleichbar. Durch das Erfordernis eines Beschlusses der Mitgliederversammlung sollen die Mitglieder vor Fremdeinflüssen oder Fremdbestimmung durch externes Kapital, die sich vor allem auf die Gewinnverteilung auswirken können, geschützt werden. Dieses Bedürfnis besteht in der SCE ebenso wie in der eG. In der eG ist dieses sogar vergleichsweise stärker ausgeprägt, denn sie ist weniger kapitalgesellschaftlich strukturiert als die SCE. Ferner handelt es sich bei beiden Rechtsformen um Genossenschaften.

(d) Mögliche Bedenken

Bedenken gegen die Analogiefähigkeit der SCE-VO ergeben sich auch nicht allgemein daraus, dass diese im Gegensatz zum GenG nicht von der BRD als nationalem Gesetzgeber erlassen worden ist, sondern von der EG als supranationalem Gesetzgeber. Art. 249 Abs. 2 EG verleiht der SCE-VO eine unmittelbare Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten. Dass sie von einer Internationalen Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit⁸⁷⁰ erlassen worden ist, schließt eine Analogie daher nicht aus.

⁸⁶⁹ Vgl. dazu oben: Kapitel 1 E. I. 2. c).

⁸⁷⁰ Vgl. Art. 281 EG.

Zweifel wegen der Verschiedenheit der Rechtssubjekte, nämlich der Bund auf der einen und die EG auf der anderen Seite, greifen nicht durch. So werden beispielsweise regelmäßig bundesrechtliche Vorschriften in Bereichen der Länderzuständigkeit analog angewandt, wenn die Ländergesetze in diesen Bereichen keine ausreichenden Regelungen enthalten.⁸⁷¹ Dies trifft beispielsweise für die zivilrechtlichen Verjährungsvorschriften zu, wenn ein Landesverfahrensrecht die Verjährung nicht regelt und auch keinen Verweis auf die Verjährungsvorschriften des BGB enthält.⁸⁷² Zwar sind die Länder bundesstaatlich verbunden, dennoch sind sie eigenständige juristische Personen – ebenso wie der Bund.

Darüber hinaus gebietet die unmittelbare Anwendbarkeit der SCE-VO geradezu, die Verordnung bei Regelungslücken und vergleichbaren Sachverhalten analog heranzuziehen. Dies ergibt sich aus einem Vergleich von EG-Verordnung und EG-Richtlinie. Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie sich richtet, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel (Art. 249 Abs. 3 EG). Richtlinien gelten also nicht unmittelbar. Gleichwohl bewirken Richtlinien, dass Vorschriften nationalen Rechts, hinsichtlich derer ein Auslegungsspielraum besteht, richtlinienkonform auszulegen sind, sofern der Regelungsgegenstand der Richtlinie betroffen ist. Eine analoge Anwendung von EG-Richtlinien lehnt der EuGH demgegenüber grundsätzlich ab, weil diese noch einer näheren Ausgestaltung durch die umsetzenden Mitgliedstaaten bedürfen.⁸⁷³ Wenn jedoch selbst eine EG-Richtlinie bewirkt, dass nationales Recht entsprechend der Richtlinie auszulegen ist, dann muss dies für eine EG-Verordnung – die unmittelbar zur Anwendung kommt – erst recht gelten, sofern ein Bereich betroffen ist, der mit dem von der Verordnung geregelten vergleichbar ist. Für die Analogienbildung kommt es weniger auf die Gesetzgeberidentität als vielmehr auf die Geltung der entsprechenden Vorschrift an. Eine analoge Anwendung von Art. 64 SCE-VO ist daher mangels durchgreifender Bedenken möglich und sogar geboten.

(3) Inhalt des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO

Art. 64 Abs. 1 SCE-VO spricht in seinem Wortlaut nicht ausdrücklich von Genussrechten. Hier heißt es lediglich, dass die Satzung einer SCE die Ausgabe von Wertpapieren, die keine Geschäftsanteile sind, und Schuldverschreibungen vorsehen kann, deren Inhaber kein

⁸⁷¹ Vgl. beispielsweise BVerwG NVwZ 2005, 964, 964 ff

⁸⁷² BVerwG NVwZ 2005, 964, 966.

⁸⁷³ Siehe dazu Casper in: FS Ulmer, 51, 59.

Stimmrecht haben. Nach Art. 64 Abs. 1 S. 2 und 3 SCE-VO können sowohl Mitglieder als auch Außenstehende diese Wertpapiere zeichnen. Sie verleihen ihrem Inhaber nicht die Mitgliedschaft. Auch einzelne Mitgliedschaftsrechte gewähren sie nicht.⁸⁷⁴

(4) Genussrechte als Wertpapiere i.S.d. Art. 64 Abs. 1 SCE-VO

Unter diese Art von Anlagen sind auch die Genussrechte zu fassen. Sie sind nämlich weder Geschäftsanteile noch verleihen sie ihren Inhabern Stimmrechte,⁸⁷⁵ sonstige Mitgliedschaftsrechte gewähren sie ebenfalls nicht.⁸⁷⁶

Es fragt sich allerdings, unter welche der aufgeführten Anlagemöglichkeiten die Genussrechte zu fassen sind. Auszugehen ist zunächst von dem spezielleren Begriff der Schuldverschreibungen. Diesen Begriff definiert die Vorschrift des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO – im Gegensatz zu § 221 Abs. 1 AktG – nicht. Auch in anderen Regelungen der SCE-VO, welche nach § 8 Abs. 1 lit. a SCE-VO zunächst zu berücksichtigen sind, findet sich keine entsprechende Begriffsbestimmung. Aus einer Satzungsregelung im Sinne des § 8 Abs. 1 lit. b SCE-VO kann bei abstrakter Betrachtungsweise ebenfalls keine Begriffsbestimmung hergeleitet werden.

Daher ist nach § 8 Abs. 1 lit. c auf nationales Recht zurückzugreifen. Auch das SCE-AG und das GenG, welchen die SCE nach § 8 Abs. 1 lit. c Fall i und ii dann unterliegt, beinhalten keine Definition des Begriffs der Schuldverschreibung. Für eine Genossenschaft nationalen Rechts gelten nicht nur die Vorschriften des GenG, sondern ergänzend auch andere gesellschaftsrechtliche und bürgerlich-rechtliche Normen, sofern das GenG keine hinreichende Regelung trifft. Somit kann man über § 8 Abs. 1 lit. c Fall ii SCE-VO deutsches Zivilrecht zur Begriffsbestimmung heranziehen.⁸⁷⁷

Wie oben gezeigt,⁸⁷⁸ sind die Genussrechte von den Schuldverschreibungen i.S.d. § 793 BGB und § 221 Abs. 1 und 2 AktG zu unterscheiden. Sie sind somit auch keine Schuldverschreibungen gemäß Art. 64 Abs. 1 S. 1 Fall 2 SCE-VO.

⁸⁷⁴ Schulze, NZG 2004, 792, 794.

⁸⁷⁵ S.o.: Kapitel 1 A. V. 2.; Kapitel 1 C. I. 2.

⁸⁷⁶ S.o.: Kapitel 1 C. I. 1.; Kapitel 1 A. IV. 1.; Kapitel 1 C. I. 2.

⁸⁷⁷ So im Ergebnis auch (allerdings ohne weitgehende Begründung): Beuthien, GenG, Art. 64 Rdnr. 1 und ihm folgend Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 C) I.; Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, 108, 116.

⁸⁷⁸ S.o.: Kapitel 1 C. II. 2. d); Kapitel 1 A. V. 1.

Auch für den Wertpapierbegriff des Art. 64 Abs. 1 S. 1 Fall 1 SCE-VO liefert die SCE-VO keine nähere Bestimmung. In gleicher Weise wie bei den Schuldverschreibungen ist auch hinsichtlich der in Art. 64 Abs. 1 S. 1 Fall 1 SCE-VO genannten Wertpapiere für eine nähere Bestimmung auf nationales Recht zurückzugreifen. Wertpapiere definiert man im deutschen Recht⁸⁷⁹ als Urkunden, in denen ein privates Recht verbrieft ist, welches ohne die Urkunde nicht geltend gemacht werden kann.⁸⁸⁰

Genussrechte beinhalten ein Recht auf Genuss. Der Genuss kann die Teilhabe am Unternehmensgewinn oder am Liquidationserlös sein, er kann aber auch in einer festen Verzinsung des eingebrachten Kapitals bestehen. Theoretisch kann der Genuss auch nichtfinanzieller Natur sein.⁸⁸¹ Gleichwohl stellen Genussrechte immer private Rechte dar und fallen somit unter die genannte Definition.

Den Urkundenbegriff erfüllen sie demgegenüber nicht ohne weiteres; jedoch ist eine Verbrieftung als Genussschein⁸⁸² in der Praxis sehr geläufig. Wenn das Genussrecht verbrieft ist, kann es nur der Inhaber (des Genussscheins) geltend machen. Insofern ist die für ein Wertpapier so bedeutsame Verklammerung zwischen Recht und Papier ebenfalls gegeben. Genussscheine sind folglich Wertpapiere i.S.d. Art. 64 Abs. 1 S. 1 Fall 1 SCE-VO.

(5) Rechtsgrundlage für den Beschluss

In Form der Genussscheine erfüllen die Genussrechte bei gewöhnlicher Ausgestaltung⁸⁸³ alle Erfordernisse des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO. Damit die SCE Genussscheine vergeben kann, ist eine Regelung in der Satzung erforderlich. Aus Art. 64 Abs. 1 SCE-VO ergibt sich somit nicht direkt das Erfordernis eines Generalversammlungsbeschlusses – aber indirekt. Denn auch in der SCE sind Satzungsänderungen allein der Generalversammlung vorbehalten, obwohl weder die SCE-VO noch das SCE-AG eine ausdrückliche Regelung in dieser Hinsicht treffen. Dies kann man erstens mit einem Umkehrschluss aus Art. 61 Abs. 4 Ua. 1 SCE-VO belegen, der wie selbstverständlich davon ausgeht, dass die Generalversammlung Satzungsänderungen beschließt und in seinem Ua. 2 SCE-VO entsprechende Regelungen

⁸⁷⁹ Eine Definition durch das Gesetz liegt nicht vor.

⁸⁸⁰ *Schulze* in: *Schulze, HK-BGB*, § 793 Rdnr. 1. Der Begriff des Wertpapiers ist umstritten. Vorzuziehen ist der hier verwendete weite Wertpapierbegriff, weil er, im Gegensatz zur engen Definition, Systematisierungsschwierigkeiten vermeidet. Dazu und zum Meinungsstand siehe *Hüffer* in: *MüKoBGB*, Vor § 793, Rdnrn. 6 ff.

⁸⁸¹ Deshalb wurde sich auch nicht auf eine allgemein gültige Definition festgelegt. S.o.: Kapitel 1 A.

⁸⁸² S.o.: Kapitel 1 A. I.

⁸⁸³ Also ohne Mitgliedschaft und Stimmrechte zu gewähren.

über Mehrheitserfordernisse trifft. Zusätzlich findet sich in Art. 52 SCE-VO, der die Zuständigkeit der Generalversammlung festlegt, in Ua. 2 ein Verweis auf nationale Genossenschaftsgesetze und somit eine Öffnungsklausel für die Regelungen des § 16 GenG, insbesondere Abs. 1 und 4.⁸⁸⁴

Dass dieser Verweis letztlich nur eine Rechtsgrundlage für die Ausgabe von *Genussscheinen* darstellt, kann vernachlässigt werden, da die Verbriefung eine reine Formalie und in der Praxis ohnehin üblich ist.

(6) Zwischenergebnis

Eine Rechtsgrundlage für den Beschluss, Genussrechte in einer Genossenschaft zu vergeben, kann sich auch aus einer entsprechenden Anwendung von Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 4, 52 SCE-VO und § 16 GenG ergeben.

dd) Abgrenzung

Das Bedürfnis für einen solchen Beschluss ergibt sich nicht aus einem Vergleich mit den aktienrechtlichen Normen, sondern aus dem Genossenschaftsgesetz selbst;⁸⁸⁵ zudem aus einem Vergleich mit den Regelungen über die SCE. Als Rechtsgrundlagen für den Beschluss kommen § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG analog und Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 4, 52 SCE-VO und § 16 GenG in Frage.

Dafür, den Beschluss auf die Vorschriften des Aktienrechts zu stützen, spricht dreierlei: Erstens benennt § 221 Abs. 3 AktG die Genussrechte ausdrücklich, während Art. 64 Abs. 1 S. 1 SCE-VO in der einschlägigen Variante 1 nur allgemein von Wertpapieren spricht und daher eine Subsumtion erforderlich macht. Zweitens lassen sich die Genussrechte nicht direkt, sondern nur in verbriefter Form, also als Genussscheine, unter Art. 64 Abs. 1 SCE-VO subsumieren. Die Genussrechte genügen also nur dann den Anforderungen des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO, wenn sie eine weitere Voraussetzung, nämlich die Verbriefung erfüllen. Und drit-

⁸⁸⁴ Dieser Verweis geht dem in Art. 8 Abs. 1 lit. c Fall ii SCE-VO nach hier vertretener Ansicht aus Spezialitätsgründen vor, da er sich direkt auf die Generalversammlungszuständigkeiten bezieht.

⁸⁸⁵ In dieser Beziehung grenzt sich dieser Ansatz von dem von *Beuthien* (GenG, § 19 Rdnr. 28) ab. *Beuthien* geht ausdrücklich davon aus, dass die Zustimmung entsprechend § 221 Abs. 3 AktG erforderlich sei. Sicherlich wirkt auch diese indiziell für den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck des Mitglieder- bzw. Aktionärsschutzes, doch liegen die genossenschaftlichen Regelungen näher.

tens enthält § 221 AktG ausdrückliche Regelungen über ein Beschlusserfordernis seitens des Satzungsorgans, während sich dieses aus Art. 64 Abs. 1 SCE-VO nur indirekt⁸⁸⁶ ergibt.

Diese Argumente überzeugen nicht. Die fehlende Benennung der Genussrechte in Art. 64 Abs. 1 SCE-VO ist unschädlich. Denn die SCE-VO richtet sich an 27 EU-Mitgliedstaaten mit teilweise völlig unterschiedlichen Rechtsvorschriften im Genossenschaftsrecht, im Gesellschaftsrecht allgemein und im Wertpapierrecht.⁸⁸⁷ Entsprechend wäre es wenig hilfreich, Regelungen mit EU-weiter Wirkung, die Rechtsbegriffe wie „Genussrecht“ oder „Genussschein“ enthalten, zu treffen, die – wie in Deutschland der Fall –⁸⁸⁸ umstritten sind oder zumindest einen nur schwer festzumachenden Inhalt haben.

Dies lässt sich am Beispiel der französischen Regelungen verdeutlichen. Die französische Fassung der SCE-VO⁸⁸⁹ verwendet die Bezeichnung (l'émission) „*de titres autres que les actions et d'obligations*“; sie ist also ebenso allgemein gehalten wie die deutsche.⁸⁹⁰ Wertpapiere i.S.v. Art. 64 Abs. 1 SCE-VO können nach französischem Recht verschiedenste Anteilsarten sein. In Frage kommen die „*parts à intérêt prioritaire sans droit de vote*“, also Gewinnanteile mit Vorzugszins ohne Stimmrecht sowie „*parts à avantages particuliers*“ (Gewinnanteile mit Sondervorteilen) und „*certificats coopératifs d'investissement/d'associés*“, genossenschaftliche Investitions- und Mitgliederzertifikate, die ihrem Inhaber zwar kein Stimmrecht, dafür aber ein Recht auf vorzugsweise Befriedigung gewähren.⁸⁹¹ Sowohl die *parts à avantages particuliers* als auch die *certificats coopératifs d'investissement/d'associés* räumen ihrem Inhaber, ähnlich dem typischen Fall eines Genussrechts nach deutschem Recht, einen Anspruch auf anteilige Beteiligung am Liquidationserlös ein. Diese Aufzählung zeigt, dass verschiedenste Arten von Anleihen nach französischem Recht unter Art. 64 Abs. 1 SCE-VO zu fassen sind. Eine Verkürzung auf den Begriff der Genussrechte wäre nicht ratsam gewesen. Deshalb hat sich der europäische Gesetzgeber wohl darauf beschränkt, ganz allgemeine Begriffe („Wertpapiere“) zu verwenden und diesen Beschränkungen aufzu-

⁸⁸⁶ Namentlich durch den einen Umkehrschluss aus Art. 61 Abs. 4 SCE-VO bzw. über den Verweis auf das nationale Genossenschaftsgesetz in Art. 52 SCE-VO; s.o.: Kapitel 2 D. IV. 1. c).

⁸⁸⁷ Sehr instruktiv zur Rechtslage in den verschiedenen Mitgliedstaaten der EU – im Einzelnen Frankreich, Italien, Deutschland und das Vereinigte Königreich – unter Berücksichtigung des Genossenschaftsrechts (SCE und Genossenschaften nationalen Rechts), des Gesellschaftsrechts mit genossenschaftlichem Bezug und zum Teil auch des Wertpapierrechts: Schulze, Europäische Genossenschaft, 169 ff.

⁸⁸⁸ S.o.: Kapitel 1 A., B. und C.

⁸⁸⁹ Règlement (CE) No 1435/2003 du conseil du 22 juillet 2003 relatif au statut de la société coopérative européenne (SEC), abgedruckt in: ABl.EU 2003 L 207/1.

⁸⁹⁰ Die Verwendung des Begriffes „*les actions*“ ist auf Kritik gestoßen, weil diese nicht den Vorrang der Person vor dem Kapital als wichtigen Grundsatz der SCE zum Ausdruck bringt. Man hätte in Art. 64 Abs. 1 S. 1 SCE-VO auch den geeigneteren Begriff der „*parts*“ verwenden sollen, so Alfandari/ Piot in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 81.

⁸⁹¹ Alfandari/ Piot in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 82.

erlegen („keine Geschäftsanteile“, „kein Stimmrecht“ und „nicht die Mitgliedschaft“), statt mit schwer zu bestimmenden Begrifflichkeiten zu arbeiten, für die es u.U. entweder keine allgemeine Übersetzung oder kein paralleles Rechtsinstitut in den verschiedenen Mitgliedstaaten gibt.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass gewöhnlich ausgestaltete Genussscheine geradezu musterhaft unter Art. 64 Abs. 1 SCE-VO zu subsumieren sind. Verglichen mit den obigen Definitionsansätzen für Genussrechte und Genussscheine besteht eine deutliche Ähnlichkeit. Auch Art. 64 Abs. 2 SCE-VO, der festlegt, dass den Inhabern der in Abs. 1 beschriebenen Wertpapiere nach Maßgabe der Satzung oder den bei der Begebung festgelegten Bedingungen „besondere Vorteile“ gewährt werden können, erinnert sehr an die Ausgabe von Genussrechten.

Auch der Einwand, ein Genussrecht sei kein Wertpapier, stellt kein wirkliches Argument für die Anwendung von § 221 AktG und gegen die von Art. 64 Abs. 1 SCE-VO dar, weil die Verbriefung problemlos und gängige Praxis ist.⁸⁹² Für die Handelbarkeit an der Börse ist sie gar zwingende Voraussetzung.⁸⁹³

So lässt sich als Zwischenfazit festhalten, dass beide in Frage kommenden Rechtsgrundlagen für den Beschluss geeignet, die Vorschriften des Aktienrechts allerdings etwas spezieller auf Genussrechte und direkter auf ein Beschlusserfordernis zugeschnitten sind.

Entscheidender ist indes die Frage, in welchem Systemzusammenhang die Vorschriften erscheinen. § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG regelt die Genussrechtsvergabe in einer Aktiengesellschaft. Für die Beschlussfassung wird daher – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in der Satzung – auf eine Dreiviertelmehrheit des vorhandenen Grundkapitals abgestellt. Demgegenüber stellt die zitierte Vorschrift des Art. 61 Abs. 4 Ua. 2 SCE-VO grundsätzlich auf eine Zweidrittelmehrheit der gültigen Stimmen ab. Wegen der strengeren Anforderungen deutschen Genossenschaftsrechts, gilt für eine SCE mit Sitz in Deutschland nach Art. 61 Abs. 4 Ua. 2 a. E. SCE-VO die Vorschrift des § 16 GenG. Nach § 16 Abs. 4 GenG ist grundsätzlich eine Dreiviertelmehrheit für die Vergabe von Genussrechten in einer in Deutschland ansässigen SCE erforderlich. Dies gilt dann auch für eine eG, die eine Genussrechtsvergabe anstrebt. Im Unterschied zum Aktienrecht ergibt sich das Mehrheitserfordernis

⁸⁹² Siehe dazu bereits oben: Kapitel 2 D. IV. 1. b) cc) (4).

⁸⁹³ Das ergibt sich aus §§ 30 ff. und 49 ff. BörsG.

aus Regelungen über die SCE und aus dem GenG selbst, weshalb es naheliegender wäre, letztere Vorschriften anzuwenden.

Auch steht die SCE bzw. die SCE mit Sitz in Deutschland von ihrer Grundkonzeption her der eG weitaus näher als die AG. Die SCE ist eine Genossenschaft mit kapitalistischen Zügen, während die AG eine Kapitalgesellschaft ist. Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber die eG der SCE in der Genossenschaftsrechtsreform 2006 sichtbar angepasst⁸⁹⁴ hat.⁸⁹⁵ Ohne nun alle Gemeinsamkeiten zwischen SCE und eG aufzuzeigen, lassen sich zwei hervorheben, die beide Gesellschaften strukturell und funktional von der AG trennen: das Prinzip der Förderung der Mitglieder, also die mangelnde Fixierung auf die Erwirtschaftung von Kapitalerträgen, das den Kapitalgesellschaften fremd ist; ferner der Vorrang der Person vor dem Kapital,⁸⁹⁶ der in vielen Vorschriften zum Ausdruck kommt. Für eine Analogiebildung ist auch eine vergleichbare Interessenlage erforderlich. Die Interessenlage von Mitgliedern und Gesellschaft in der eG steht der in der SCE deutlich näher als der Interessenlage in der AG. Daher liegt es näher, auch die Genussrechtsvergabe in einer eG an Vorschriften festzumachen, die einer genossenschaftsrechtlichen Gesetzessystematik entstammen – auch weil die genossenschaftlichen Belange hier viel stärker berücksichtigt sind. Insofern ist entsprechende Anwendung der Vorschriften der Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 4, 52 SCE-VO und § 16 GenG vorzuziehen.

ee) Zwischenergebnis

In Anlehnung an §§ 20 und 91 GenG und an Art. 64 Abs. 1 SCE-VO besteht ein Bedürfnis für einen Beschluss der Generalversammlung, wenn eine eG Genussrechte ausgeben will. Rechtsgrundlage für einen solchen Beschluss sind die Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 4, 52 SCE-VO und § 16 GenG in entsprechender Anwendung.

⁸⁹⁴ Sie wurde der SCE jedoch nicht gleichgestellt.

⁸⁹⁵ S.o.: Kapitel 2 A. II. Zusätzlich sind die Erweiterung des Förderzwecks auf soziale Zwecke und die Absenkung der Mindestmitgliederzahl zu nennen. Allerdings wurde die Genossenschaftsreform zu einem Teil auch vom Aktienrecht, im Speziellen der dort geführten Corporate Governance-Diskussion, beeinflusst (vgl. die Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz vom 25. Januar 2006 (abzurufen unter www.bmj.bund.de, 3)). Zum Ganzen: *Schulze/Wiese*, ZfgG 2006, 108, 108 ff.

⁸⁹⁶ *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 248. Siehe auch den 8. Erwägungsgrund der Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), abgedruckt in: ABl.EU 2003, L 207/2.

c) Inhalt des Beschlusses

Inhaltlich muss dieser Beschluss die Entscheidung über das Ob einer neuen Genussrechtsmission treffen und den Maximalbetrag beziffern, bis zu welchem die Geschäftsführung Genussrechte ausgeben kann. Der Betrag darf den in der Satzung festzulegenden Höchstbetrag für Genussrechtsvergaben in einer Genossenschaft nicht übersteigen.⁸⁹⁷ Die Abschlüsse der Genussrechtsverträge im Einzelfall sind wiederum als Geschäftsführungsmaßnahmen zu betrachten und somit dem Vorstand zu überlassen. Aus praktischen Gesichtspunkten wäre es nicht zweckmäßig, die Generalversammlung auch in dieses Verfahren einzubeziehen.

d) Mehrheitserfordernis

§ 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 2 AktG sieht für die Genussrechtsvergabe seitens einer Aktiengesellschaft eine Mehrheit von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals vor. Zudem bedarf es einer einfachen Stimmmehrheit nach § 133 Abs. 1 AktG.⁸⁹⁸ Nach § 221 Abs. 1 S. 3 AktG kann die Satzung eine andere Regelung für die erforderliche Kapitalmehrheit treffen; sie kann sowohl eine Erhöhung als auch eine Verringerung der gesetzlich vorgesehenen drei Viertel festlegen.⁸⁹⁹ In Anlehnung an diese Vorschriften fordern einige Autoren auch dann eine Dreiviertelmehrheit, wenn eine Genossenschaft Genussrechte ausgibt.⁹⁰⁰

Doch auch in diesem Zusammenhang ist es angemessener, die erforderliche Mehrheit am Genossenschaftsgesetz bzw. an der SCE-VO festzumachen.

Es bietet sich an, von §§ 20 und 91 GenG auszugehen, weil diese für das Beschlusserfordernis angeführt wurden.⁹⁰¹ Beide Maßnahmen, die in diesen Normen erwähnt sind, stellen eine Beeinträchtigung der Mitgliedschaftsrechte der Genossen dar. Will die eG diese Maßnahmen ergreifen, muss sie nach § 16 Abs. 1 GenG die Satzung ändern. Im Regelfall ist dazu eine Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen erforderlich (§ 16 Abs. 4 GenG).

⁸⁹⁷ S.u.: Kapitel 2 D. IV. 2.

⁸⁹⁸ Somit regelt § 221 Abs. 1 S. 2 AktG das Mehrheitserfordernis für die Vergabe entsprechender Anleihen nicht vollständig, dazu: Hüffer, AktG, § 221 Rdnr. 14.

⁸⁹⁹ Hüffer, AktG, § 221 Rdnr. 221, Rdnr. 15.

⁹⁰⁰ Z.B. Blomeyer/ Wißmann, Die institutionelle Problematik, 35; Beuthien, GenG, § 19 Rdnr. 28.

⁹⁰¹ S.o.: Kapitel 2 D. IV. 1. b).

Zum selben Mehrheitserfordernis führt auch die SCE-VO, die in Art. 61 Abs. 4 Ua. 2 a. E. auf die Vorschrift des § 16 GenG⁹⁰² verweist und damit § 16 Abs. 4 GenG für die Genussrechtsvergabe anwendbar macht. Von diesem Erfordernis soll auch hier ausgegangen werden.

Nach § 16 Abs. 4 a. E. GenG kann die Satzung eine andere Mehrheit für Satzungsänderungen verlangen. Die meisten Autoren, die sich mit den erforderlichen Mehrheiten für die Genussrechtsvergabe in Genossenschaften befassen, gehen entweder nicht auf diese Regelung (bzw. auf § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 S. 3 AktG) ein⁹⁰³ oder sie übernehmen sie inhaltlich auch für eine Vergabe von Genussrechten.⁹⁰⁴ Gleichwohl ist diese Regelung kritisch zu betrachten. Eine „andere“ Mehrheit kann auch eine „geringere“ Mehrheit sein.⁹⁰⁵ Man könnte diese Mehrheit gem. § 16 Abs. 2 GenG festschreiben und damit verhindern, dass die Mitglieder geringere Anforderungen in der Satzung zulassen. Fraglich ist aber, ob dies zum Schutze der Mitglieder überhaupt erforderlich ist.

Beispielsweise hat sich der Reformgesetzgeber im Jahre 2006 im Hinblick auf die Einführung der Investorenmitgliedschaft⁹⁰⁶ ebenfalls für eine solche Regelung in § 16 Abs. 2 S. 1 Nr. 11 GenG entschieden. Ansprüche der Investoren mindern die vermögensrechtlichen Ansprüche der Mitglieder. Investierende Mitglieder nehmen wie Genussrechtsinhaber⁹⁰⁷ am Gewinn des Unternehmens am Liquidationserlös teil. Es besteht allerdings auch ein entscheidender Unterschied zwischen Genussrechtsgläubigern und Investoren. Investormitglieder sind ordentliche Mitglieder mit Stimmrecht, während die Genussrechtsinhaber keine Mitgliedschaft erwerben. Insofern kann das Bedürfnis, die Dreiviertelmehrheit zur Ausgabe von Genussrechten festzuschreiben, nicht aus einem Vergleich mit der Investorenmitgliedschaft abgeleitet werden.

Auch greift die Befürchtung nicht, man könne die Genussrechtsausgabe mit einer nur geringen Mehrheit beschließen und dabei die Rechte zahlreicher Mitglieder übergehen. Denn erstens bestimmen die Mitglieder selbst (ggf. auf der konstituierenden Generalversammlung) über die Mehrheit, die für eine Satzungsänderung zugunsten einer Genussrechtsvergabe erforderlich ist. Zweitens üben die Mitglieder bei der konkreten Abstimmung zusätzlichen

⁹⁰² S.o.: Kapitel 2. D. IV. 1. c) dd).

⁹⁰³ *Lehnhoff*, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 15; *Beuthien*, GenG, § 19 Rdnr. 28; *Blomeyerl/Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 35.

⁹⁰⁴ *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 121.

⁹⁰⁵ *Beuthien*, GenG, § 16 Rdnr. 20.

⁹⁰⁶ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. f).

⁹⁰⁷ Ausgegangen wird von einer gewöhnlichen Ausgestaltung.

Einfluss aus und haben dann immer noch die Gelegenheit, diese zu verhindern.⁹⁰⁸ Zudem kann die Generalversammlung aufgrund der Regelungen der §§ 8 Abs. 1 Nr. 4 und 43 Abs. 2 GenG kein geringeres Mehrheitserfordernis als die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen festlegen.⁹⁰⁹ Letztlich ist auch nicht einzusehen, warum eine Mehrheit, die die Mitglieder für eine Satzungsänderung ausreichen lassen, nicht auch für den Beschluss über eine Genussrechtsvergabe genügen soll.⁹¹⁰

e) Ausnahmen vom Beschlusserfordernis

Es schließt sich die Frage an, ob die Generalversammlung bei jeder Genussrechtsvergabe verpflichtet sein sollte, einen Beschluss zu fassen. Wegen der weiten Formulierung des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO könnte man unabhängig von der Art des Genussrechts einen Beschluss verlangen. Doch damit würde man dem Schutzgedanken des Beschlusserfordernisses nicht gerecht: nämlich die Berücksichtigung der Interessen der Mitglieder an einer Gewinnausschüttung und der Ansprüche auf den Liquidationserlös.⁹¹¹

Diese Interessen werden bei der Ausgabe von obligationsähnlichen Genussrechten, die zwar gewinnabhängig, aber wie Darlehen fest verzinst werden,⁹¹² nicht berührt.⁹¹³ Denn bei der Gewinnabhängigkeit handelt es sich nicht um eine echte Gewinnbeteiligung und obligationsähnliche Genussrechte gewähren auch keinen Anteil am Liquidationserlös.⁹¹⁴ Deshalb bedarf es bei der Vergabe von obligationsähnlichen Genussrechten keines Beschlusses der Generalversammlung.⁹¹⁵

Fraglich ist, ob sich hier eine Parallele zum Bilanzrecht ergibt. Diese bestünde in dem Sinne, dass die Ausgabe eigenkapitalgerecht ausgestalteter Genussrechte (typischer Fall: aktienähnliche Genussrechte) einen Beschluss erfordert und die fremdkapitalgerecht ausgestalteter Genussrechte (typischer Fall: obligationsähnliche Genussrechte) nicht. In diesem Zu-

⁹⁰⁸ In diesem Sinne auch: *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 64.

⁹⁰⁹ Entgegen dem weiten Wortlaut des § 16 Abs. 4 a. E. GenG, vgl. dazu *Lang/ Weidmüller*, GenG, § 16 Rdnr. 25.

⁹¹⁰ *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 64.

⁹¹¹ Insofern wird erneut auf die Vorschriften der §§ 20 und 91 GenG (s.o.: Kapitel 2 D. IV. 1. b)) verwiesen.

⁹¹² Derartige Genussrechte können allerdings nicht als Eigenkapital ausgewiesen werden, vgl. oben: Kapitel 2 B. II. 4.

⁹¹³ So argumentiert auch *Beuthien* (GenG, § 19 Rdnr. 28), der sich aber von der Grundkonzeption her an § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG orientiert.

⁹¹⁴ S.o.: Kapitel 1 B. I. 3.

⁹¹⁵ Gleicher Ansicht *Beuthien*, GenG, § 19 Rdnr. 28 und auch *Tanski*, FB 2005, 8, 12. Demgegenüber nicht differenzierend und folglich für einen Beschluss auch bei der Vergabe von obligationsähnlichen Genussrechten: *Aschermann*, Die eingetragene Genossenschaft, 120; *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 63 ff.; *Blomeyer/ Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 35.

sammenhang meint *Tanski*, die Praxis kenne auch „Eigenkapitalgenussrechte“, die nicht zu einer stärkeren Verwässerung des Gewinnanspruchs der Mitglieder einer eG führten. Diese seien unter Beachtung der Regelungen zur Kapitalerhaltung mit einer festen Vergütung – also ebenfalls obligationsähnlich – ausgestaltet.⁹¹⁶ Nach seiner Auffassung könnte eine eG also auch dann auf einen Beschluss der Generalversammlung verzichten, wenn sie Eigenkapitalgenussrechte ausgibt.

Die von *Tanski* beschriebenen Eigenkapitalgenussrechte sind nach hier vertretener Ansicht allerdings nicht als Eigen-, sondern als Fremdkapital anzusehen,⁹¹⁷ so dass die Parallele zum Bilanzrecht durchaus besteht. Allerdings lässt sich aus bilanzrechtlichen Erwägungen keine Ausnahme zu einem gesellschaftsrechtlichen Beschlusserfordernis ableiten.

f) Zwischenergebnis

Der Beschluss über die Ausgabe von Genussrechten in der eG ist keine organisationsrechtliche Grundlagenentscheidung. Dennoch besteht aufgrund des Rechtsgedankens der §§ 20 und 91 GenG und in Anlehnung an Art. 64 Abs. 1 SCE-VO ein Bedürfnis für einen Beschluss der Generalversammlung, wenn die eG Genussrechte vergeben will. Rechtsgrundlage dafür ist nicht eine entsprechende Anwendung von § 221 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 AktG, sondern von Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 4 SCE-VO und § 16 GenG. Die Generalversammlung hat in ihrer Entscheidung mit satzungsändernder Mehrheit festzulegen, ob, und wenn ja, in welchem Umfang die Genossenschaft Genussrechte ausgeben darf. Wenn die Geschäftsführung ausschließlich obligationsähnliche Genussrechte emittieren möchte, muss sie ausnahmsweise keinen Beschluss der Generalversammlung einholen.

2. Satzungsregelung erforderlich

Zusätzlich muss die Genossenschaft die Vergabe von Genussrechten allgemein in der Satzung zulassen. Dies ergibt sich aus einer entsprechenden Anwendung von Art. 64 SCE-VO. Außerdem ist diese „erste Erlaubnisinstanz“ nötig, weil die eG bestimmte Genussrechtsformen⁹¹⁸ auch ohne konkreten Beschluss der Generalversammlung vergeben darf.⁹¹⁹ Die Ge-

⁹¹⁶ *Tanski*, FB 2005, 8, 12.

⁹¹⁷ S.o.: Kapitel 2 B. II. 4.

⁹¹⁸ Obligationsähnliche Genussrechte, s.o.: Kapitel 2 D. IV. 1. e).

⁹¹⁹ *Aschermann* (Die eingetragene Genossenschaft, 119) hingegen will in Anlehnung an § 221 AktG auf eine Regelung in der Satzung verzichten. Ähnlich der hier vertretenen Auffassung: *Schudt*, Der Genußschein als genossenschaftliches Finanzierungselement, 64 ff.

schäftsführung könnte die Mitglieder andernfalls übergehen, weil deren Vermögensinteressen durch potentielle Ansprüche der Genussrechtsgläubiger berührt werden. Die Generalversammlung sollte entsprechend Art. 64 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 SCE-VO einen Höchstbetrag in der Satzung festlegen, bis zu dem die Geschäftsführung Genussrechte vergeben darf. Dies gilt nach hier vertretener Ansicht für alle Arten von Genussrechten.⁹²⁰ Abgesehen von der Möglichkeit der Genossen, den satzungsändernden Beschluss mit ihrer Stimme zu beeinflussen, ist eine Satzungsregelung auch aus Publizitätsgründen – z.B. hinsichtlich neu eintretender Mitglieder –⁹²¹ sinnvoll und notwendig. Auch für Gläubiger einer Genossenschaft kann es von Interesse sein, durch eine Einsicht der Satzung zu erfahren, wie es sich mit den Finanzierungsmöglichkeiten des Vertragspartners verhält –falls anderen Möglichkeiten der Prüfung wie Bilanzsicht, Bilanzanalyse oder Rating nicht bestehen,

3. Praktische Durchführung der Ausgabe

Eine Gesellschaft kann Genussrechte in der Praxis auf mehrere Weisen ausgeben. Zunächst kann sie die Ausgabe selbst vornehmen und organisieren. Ob sich hiermit jedoch eine breite Masse von Kapitalanlegern erschließen lässt, ist fraglich. Zwar kommen für die Werbung heutzutage eine Vielzahl von Medien in Betracht;⁹²² doch um tatsächlich eine große Zahl von Anlegern zu erreichen, ist der Weg an die Börse zumeist unumgänglich. Dieser ist vielen Genossenschaften wegen ihrer geringen Größe aus tatsächlichen Gründen versperrt.⁹²³ Hinzu kommt, dass der Genussschein hier mit vielen anderen Anlagemöglichkeiten und Genussscheinen anderer Gesellschaften auf gleicher Ebene konkurriert. Dies könnte die emitierenden Genossenschaften dazu verleiten, besonders günstige Bedingungen zu bieten.⁹²⁴ Je günstiger die Bedingungen für den Anleger, desto unattraktiver werden die Genussrechte als Finanzierungsmittel für die eG. Der Vorstand der eG muss darauf achten, dass hier ein angemessenes Verhältnis gewahrt bleibt. Sonst droht der Vorteil, den eine Genussscheinsmission bietet, gleich wieder zu verpuffen.⁹²⁵

⁹²⁰ Insofern orientiert man sich eng an den Regelungen in der SCE, die ebenfalls keine Ausnahmen vorsehen. Außerdem wird auf diese Weise auch ein Ausgleich zu der großzügigeren Handhabung des Beschlusserfordernisses bei obligationsähnlichen Genussrechten geschaffen.

⁹²¹ Denen muss somit von vornherein klar sein, dass ihre Gewinnansprüche u.U. wegen der Bedienung der Genussrechte gemindert sind.

⁹²² Man denke an die unterschiedlichsten Printmedien, das Fernsehen (hier eher die Wirtschaftskanäle) und vor allem das Internet.

⁹²³ *Blomeyer/ Wißmann*, Die institutionelle Problematik, 37.

⁹²⁴ In diese Richtung auch *Lehnhoff*, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 19.

⁹²⁵ In manchen Fällen ist eine Genussrechtsvergabe zu aufwendig und ruft höhere Kosten hervor als die Hereinnahme von Fremdmitteln (vgl. *Licht*, Die Beteiligungsfinanzierung der Kreditgenossenschaften, 166 ff.).

Ist eine Vergabe an der Börse für eine kleine Genossenschaft nicht möglich, so könnte sie eine hauseigene Börse einrichten. Dies ist allerdings wegen des erheblichen Aufwandes häufig nicht praktikabel.⁹²⁶

Ein besserer Weg, für den man sich in der Praxis oft entscheidet, ist die Vergabe über Banken oder Emissionskonsortien.⁹²⁷ Diese erwerben die Genussrechte zunächst von den ausgebenden Genossenschaften und verkaufen sie freihändig; oder sie werden schlichtweg mit der Besorgung der Veräußerung betraut. Ähnlich wird dies z.B. von zahlreichen Aktiengesellschaften gehandhabt.⁹²⁸ Derartige Kreditinstitute und Konsortien verlangen entsprechende Vergütungen für ihre Tätigkeiten und kaufen oft nur zu besonders günstigen Bedingungen bei den Genossenschaften ein. Insgesamt hält sich der Aufwand für die Genossenschaften aber in einem akzeptablen Rahmen, wenn man Banken bzw. Konsortien einschaltet. Für Genossenschaftsbanken besteht natürlich auch die Option, sich selbst einem Emissionskonsortium anzuschließen, falls sie auf diese Weise Kosten sparen können.

4. Zwischenergebnis

Plant der Vorstand einer eG Genussrechte bzw. Genussscheine auszugeben, so hat er Folgendes zu beachten: Zunächst müsste dieses Vorgehen per Satzung erlaubt sein. Ist das nicht der Fall, muss die Generalversammlung die Satzung ändern. Nachdem dies geschehen ist, muss die Generalversammlung grundsätzlich⁹²⁹ einen weiteren Beschluss mit satzungsändernder Mehrheit fassen, der die Vergabe im konkreten Einzelfall legitimiert. Dieser Beschluss gibt das zulässige Ausgabevolumen an. Hat die Generalversammlung auf diese Weise dem Vorstand erlaubt, Genussrechte auszuschütten, so entscheidet dieser über die konkrete Vergabe im Einzelfall. In der Regel sollte der Vorstand eine Fremdemission vornehmen.

⁹²⁶ Blomeyer/ Wißmann, Die institutionelle Problematik, 37.

⁹²⁷ Diesen hatte Reinhard (in: FS Westermann, 473, 485) bereits im Jahre 1974, als eine Vergabepaxis von Genussrechten im Genossenschaftswesen noch nicht existierte (vgl. dazu oben: Kapitel 1 E.), vorgezeichnet. Bei den Emissionskonsortien handelt es sich um einen zumeist vorübergehenden Zusammenschluss von Gesellschaften, meistens von Banken, die die Aufgabe haben, Wertpapiere am Kapitalmarkt zu platzieren.

⁹²⁸ Vgl. dazu Habersack in: MüKoAktG, § 221 Rdnr. 202.

⁹²⁹ Eine Ausnahme ergibt sich bei der Vergabe von obligationsähnlichen Genussrechten mit fester Verzinsung, vgl. oben: Kapitel 2 D. IV. 1. f).

E. Wirtschaftliche und sonstige Bedenken

Neben den Schwierigkeiten bei der Ausgabe von Genussrechten können aus wirtschaftlicher Sicht Probleme bei Emittent und Erwerber auftreten.

Für die ausgebende Genossenschaft ist die Vergabe von Genussrechten häufig recht kostenintensiv.⁹³⁰ Gründe dafür sind hohe Ausgabenkosten und die Tatsache, dass Genussrechte im Vergleich zu den Geschäftsguthaben eine höhere Rendite erwirtschaften müssen, um attraktiv für Anleger zu sein.⁹³¹ Wegen der entsprechend hohen Überschussbeteiligung ist eine Kapitalaufnahme im Wege einer Genussrechtsvergabe nicht unentgeltlich.⁹³²

Ferner treten nicht selten Interessenkonflikte zwischen Genussrechtsinhabern und Mitgliedern auf.⁹³³ Genussrechtsgläubiger streben nach Renditen, Genossen nach Förderung. Diese Konflikte können sich auch negativ auf die Wirtschaftskraft des Unternehmens auswirken.⁹³⁴ Zudem kann der Kapitalbedarf einer Genossenschaft durch Genussrechtsvergaben auch weiter steigen, wenn sie z.B. zwanghaft versucht, die Ansprüche der Inhaber von Genussrechten mit fester Verzinsung zu befriedigen.⁹³⁵

Für Inhaber eines gewinnbezogenen Genussrechtes spielt die Unternehmensentwicklung eine entscheidende Rolle. Seine Rendite hängt vollständig von den Gewinnen (oder Verlusten) des ausgebenden Unternehmens ab. Wenn das Unternehmen in die Insolvenz fällt, hat der Genussrechtsinhaber – zumindest bei eigenkapitalgerechter Ausgestaltung – nur einen nachrangigen Anspruch.⁹³⁶ Allerdings wird er vor den Mitgliedern bedient.

Genussrechtsanlagen bergen sicherlich ein gewisses Risiko in sich; dennoch sind sie in Bezug auf Genossenschaften zu empfehlen. Die Unternehmensinsolvenzen in diesem Bereich

⁹³⁰ Schulte, ZfgG 2004, 149, 150; Wiese, Die eingetragene Genossenschaft, Kapitel 4 B) II. 3. b); Strieder/ Habel, BB 1995, 1857, 1858.

⁹³¹ Strieder/ Habel, BB 1995, 1857, 1858.

⁹³² Vgl.: Blomeyer/ Wißmann, Die institutionelle Problematik, 36.

⁹³³ Lehnhoff, Finanzierung von Kreditgenossenschaften, 19.

⁹³⁴ Dies könnte beispielsweise dann der Fall sein, wenn Genussrechtsinhaber bestimmte Entscheidungen des Vorstandes in ihrem Sinne zu beeinflussen versuchen, indem sie mit dem Abzug von Kapital drohen. Der Vorstand wird sich mitunter genötigt sehen, im Sinne der Wünsche der Genussrechtsinhaber und nicht im Sinne einer nachhaltigen und ausgewogenen Geschäftspolitik zu entscheiden.

⁹³⁵ Blomeyer/ Wißmann, Die institutionelle Problematik, 37.

⁹³⁶ So rät beispielsweise die Verbraucherzentrale in Anlegermerkblättern Kleinanlegern wegen der zu unsicheren Rendite von einer Investition in Genussscheine ab (vgl. Verbraucherzentrale, Merkblatt Juli 2005: Genussscheine – Nicht immer ein Genuss für Anleger, abzurufen auch im Internet unter www.verbraucherzentrale-berlin.de/vz/download/merkblaetter-vz/genussscheine.pdf).

liegen weit unter dem Durchschnitt.⁹³⁷ Viele Genossenschaften zeichnet eine langfristig orientierte und nachhaltige Unternehmensführung aus.

⁹³⁷ Vgl. dazu die Pressemitteilung des DGRV vom 14. Februar 2005 (abzurufen unter www.dgrv.de), welche sich auf eine Studie der Zeitschrift Creditreform für das Jahr 2004 bezieht.

F. Zusammenfassung

Eingetragene Genossenschaften haben nach wie vor Probleme, sich Eigenkapital zu beschaffen und ihre Eigenkapitalquote zu halten oder zu verbessern. Deshalb besteht ein dringendes Bedürfnis, die Liquidität genossenschaftlicher Unternehmen zu stärken und die Bonität zu verbessern. Genussrechte lassen sich bei einer Bilanzierung nach dem HGB eigenkapitalgerecht ausgestalten und bieten hier in beiderlei Hinsicht Abhilfe. Auch als Fremdkapital sind sie für Genossenschaften von Interesse.

Rechtliche Bedenken gegen die Ausgabe von Genussrechten bestehen kaum – verbleibende Vorbehalte lassen sich durch geeignete Satzungsregelungen und unmissverständliche Formulierungen hinsichtlich der Überschussbeteiligung in den Genussrechtsbedingungen beseitigen. Kleinanleger sollten aus wirtschaftlicher Sicht auf die Anlage in Genussrechten verzichten, weil diese keine sichere Rendite bieten.

Genussrechte stellen ein ideales Mittel für die eG dar, eine Arbeitnehmerbeteiligung zu erreichen; der Vorstand kann sie an Mitglieder wie auch an Nichtmitglieder ausgeben, weil die Anlage in Genussrechten – im Gegensatz zur Übernahme genossenschaftlicher Geschäftsanteile – den Förderzweck nicht berührt. Eine Genossenschaft, die Genussrechte vergibt, kann auf deutlich größere Finanzierungsquellen zurückgreifen. Ähnliches könnte sie zwar ebenso durch die Einführung der Investormitgliedschaft erreichen, doch die bringt gleichsam auch neue Mitglieder in die Genossenschaft, was zu einer Vielzahl von Folgeproblemen führen kann.

Für die Ausgabe der Genussrechte bedarf es einer Regelung in der Satzung. Zudem ist vor jeder konkreten Emission die Generalversammlung zu befragen. Dieser obliegt es, die Ausgabe zu bewilligen, indem sie das zulässige Emissionsvolumen mit satzungsändernder Mehrheit festlegt. Die einzelnen Genussrechtsverträge schließt der Vorstand ohne weitere Genehmigungspflichten ab.⁹³⁸

Wegen der umstrittenen Rechtslage sollte der Gesetzgeber eine Regelung schaffen, welche Genussrechtsvergaben in der eG – ähnlich wie im Recht der SCE – nach dem hier beschriebenen Muster auf sicheren rechtlichen Boden stellt. Diese Norm müsste die Genussrechte

⁹³⁸ Die Vertragsabschlüsse selbst sind klassische Geschäftsführungsmaßnahmen, über die der Vorstand allein entscheiden kann.

als Gläubigerrechte umschreiben, die außer den vermögensrechtlichen Mitgliedschaftsrechten keine Mitgliedschaftsrechte gewähren. Außerdem müsste diese Vorschrift die eben genannten Ausgabeerfordernisse festlegen.

3. Kapitel: Die Genussrechte in der Europäischen Genossenschaft

Nachdem der Rat der Europäischen Union am 22. Juli 2003 die Verordnung über das Statut der Europäischen Genossenschaft⁹³⁹ (SCE)⁹⁴⁰ erlassen⁹⁴¹ und der nationale Gesetzgeber ein entsprechendes Ausführungsgesetz (SCE-AG)⁹⁴², welches am 18. August 2006 in Kraft getreten ist,⁹⁴³ geschaffen hat, ist der Weg frei für die ersten Europäischen Genossenschaften mit Sitz in Deutschland.⁹⁴⁴ Die SCE ist nunmehr als eigenständige supranationale Rechtsform⁹⁴⁵ neben die deutsche eingetragene Genossenschaft getreten.⁹⁴⁶

Es folgt eine kurze Vorstellung der neuen Rechtsform. Diese besteht aus einem Überblick über das Wesen, den Zweck, die Grundsätze und die Struktur der SCE⁹⁴⁷ und dient als Grundlage für die weitere Bearbeitung. Daraufhin geht die Untersuchung – in ähnlicher Weise wie hinsichtlich der eG – auf die Genussrechte als mögliches Finanzierungsmittel für die SCE ein.

A. Die SCE

Die Europäische Genossenschaft ähnelt der eG bzgl. der Organisationsverfassung,⁹⁴⁸ unterscheidet sich in Teilen aber auch recht deutlich von dieser.⁹⁴⁹ Der deutsche Gesetzgeber hat sich (wie auch bei Einführung der SE) für eine nicht über das erforderliche Maß hinausge-

⁹³⁹ Verordnung (EG) Nr. 1435/2003, über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE), abgedruckt in: ABl.EU 2003, L 207/1; ergänzt durch die Richtlinie 2003/72/EG zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, abgedruckt in: ABl.EU 2003, L 207/25.

⁹⁴⁰ Grundlegend zur SCE *Schulze*, Europäische Genossenschaft, 1 ff.

⁹⁴¹ Die Verordnung trat gemäß Art. 80 SCE-VO am dritten Tag nach ihrer Verkündung im Amtsblatt der EU, also am 21. August 2003 in Kraft.

⁹⁴² Gesetz zur Einführung der Europäischen Genossenschaft und zur Änderung des Genossenschaftsrechts vom 14. August 2006, verkündet am 17. August 2006, in Kraft getreten am 18. August 2006, Artikel 1 – Gesetz zur Ausführung der Verordnung (EG) Nr. 1435/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Statut der Europäischen Genossenschaft (SCE) (SCE-Ausführungsgesetz – SCE-AG), abgedruckt in: BGBl. I, 1911.

⁹⁴³ Siehe Art. 21 des Einführungs- und Änderungsgesetzes.

⁹⁴⁴ Zur SCE mit Sitz in Deutschland siehe: *Schulze/Wiese*, ZfgG 2006, 108, 108 ff.

⁹⁴⁵ Die SCE ist nach der Europäischen Aktiengesellschaft „SE“ (vgl. dazu die Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), abgedruckt in: ABl.EG 2001, L 294/1) und der Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung „EWIV“ (vgl. dazu die Verordnung (EWG) Nr. 2137/85 über die Schaffung einer Europäischen wirtschaftlichen Interessenvereinigung (EWIV) vom 25. Juli 1985, abgedruckt in: ABl.EWG 1985, L 199/1) die dritte von der Europäischen Gemeinschaft geschaffene Gesellschaftsform.

⁹⁴⁶ *Schulze*, NZG 2004, 792, 792 ff.; *ders./Wiese*, ZfgG 2006, 108, 109.

⁹⁴⁷ Ausführliche Darstellungen dazu findet man beispielsweise bei *Schulze*, Europäische Genossenschaft, 1 ff.; *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 2 ff.; *Schulze/Wiese*, ZfgG 2006, 108, 108 ff.; *Schulze*, NZG 2004, 792, 792 ff.; *Hagen-Eck*, Die Europäische Genossenschaft, 1 ff.; *Fischer*, Die Europäische Genossenschaft, 1 ff.; *Kodolitsch-Jonas*, Die Europäische Genossenschaft, 1 ff.; *dies.*, ZfgG 1999, 62, 62 ff.; *Luttermann*, ZVglRWiss 1994, 1, 1 ff.; *Schaffland* in: Genossenschaften im Spannungsfeld, 166, 166 ff.; *ders.*, DWiR 1991, 18, 18 ff.

⁹⁴⁸ *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 9.

⁹⁴⁹ *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 9; *Schulze* in: FS Dilcher, 225, 248 sowie die nachfolgenden Ausführungen.

hende Umsetzung der SCE-VO entschieden,⁹⁵⁰ weil die SCE-VO nach Art. 249 EG in Deutschland unmittelbar geltendes Recht ist.⁹⁵¹ Entsprechend hat er im SCE-AG nur insofern Bestimmungen geschaffen, als es zum Verständnis und für die Umsetzung bestimmter Vorschriften der SCE-VO notwendig war.⁹⁵²

I. Rechtsgrundlage

Bis kurz vor Inkrafttreten der Umsetzungsgesetze in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft stand jedoch die SCE-VO und damit die Rechtsform SCE in Frage. Das Europäische Parlament hatte kurz nach dem Erlass der SCE-VO am 14. Oktober 2003 beim EuGH beantragt,⁹⁵³ die Rechtsverordnung für nichtig zu erklären,⁹⁵⁴ weil der Rat in Art. 308 EG eine falsche Rechtsgrundlage für ihren Erlass gewählt habe.⁹⁵⁵ Stattdessen hätte der Rat die SCE-VO aufgrund der Vorschrift des Art. 95 EG erlassen müssen, so die weitere Begründung des Parlaments. Inhaltlich haben die Vertreter des Parlaments die SCE-VO nicht angegriffen. Einige Zeit später trat auch die Europäische Kommission dem Parlament als Streithelferin bei.

Auf ähnliche Weise hatte das Parlament bereits das Verfahren zum Erlass der SE-VO⁹⁵⁶ auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüfen lassen wollen. Es verzichtete aber schließlich darauf, weil es eine Verzögerung der Entwicklungen auf dem Gebiet des Europäischen Gesellschaftsrechts befürchtete.⁹⁵⁷

Der Rat, an dessen Seite unterstützend Spanien und das Vereinigte Königreich traten, blieb im Laufe des Verfahrens über die Nichtigkeit der SCE-VO bei seiner Ansicht, die Verordnung sei auf Grundlage von Art. 308 EG rechtmäßig erlassen worden. Er beantragte entsprechend Klageabweisung.

Der EuGH entschied am 2. Mai 2006 über diese Anträge und gab dem Rat Recht. Insbesondere ergäbe sich aus Inhalt und Ziel der SCE-VO, so der EuGH, dass hierdurch eine neue

⁹⁵⁰ Zu dieser „schlanken“ Umsetzung siehe auch *Schulze/Wiese*, ZfgG 2006, 108, 110.

⁹⁵¹ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 53.

⁹⁵² Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 53.

⁹⁵³ Es handelte sich um eine Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EG.

⁹⁵⁴ Dies sollte allerdings unter Beibehaltung der Rechtswirkungen bis zu einem Neuerlass einer auf der Basis der zutreffenden Rechtsgrundlage geschehen.

⁹⁵⁵ Dazu auch: *Schulze* in: ders., Europäische Genossenschaft, 17.

⁹⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), abgedruckt in: ABl. EG 2001, L 294/1.

⁹⁵⁷ *Beuthien*, GenG, Einl SCE Rdnr. 2.

Rechtsform geschaffen werden solle, welche die nationalen Genossenschaftsformen überlagere.⁹⁵⁸ Zur Begründung verwies er auf die Erwägungsgründe Nummern 12 und 14 der SCE-VO,⁹⁵⁹ wonach die Europäische Genossenschaft als europäische Rechtsform anzusehen ist, die sich einerseits auf gemeinsame Grundsätze der mitgliedstaatlichen Rechte stützt und andererseits auch deren Eigenheiten beachtet. Nach diesen Gründen zielt die SCE zudem auf die Ermöglichung eines grenzüberschreitenden Tätigwerdens im gesamten Gebiet der Gemeinschaft ab und verfügt über einen besonderen Gemeinschaftscharakter. Darüber hinaus argumentierte der EuGH weiter, sei eine SCE in den Mitgliedstaaten rechtlich wie eine Genossenschaft zu behandeln, die nach dem Recht des Mitgliedstaates gegründet werde, indem sie ansässig sei (vergleiche Art. 9 SCE-VO).⁹⁶⁰ Insofern bestände die Rechtsform SCE *neben* den Genossenschaften mitgliedstaatlichen Rechts und die Verordnung verändere die nationalen Rechte nicht. Folglich sei keine *Maßnahme* zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten gegeben, die auf Art. 95 EG zu stützen gewesen wäre.⁹⁶¹ Angesichts dieser Gründe und in Ermangelung anderer in Frage kommender Rechtsgrundlagen ist die SCE-VO nach Ansicht des EuGH rechtmäßig auf der Grundlage von Art. 308 EG erlassen worden.

Schließlich hat die am 21. August 2003 in Kraft getretene SCE-VO am 18. August 2006 Geltung erlangt.

II. Wesen

Die SCE ist gemäß Art. 1 Abs. 5 SCE-VO eine Rechtsform mit eigener Rechtspersönlichkeit, also eine rechtsfähige juristische Person.⁹⁶² Europäische Genossenschaften können allgemein in den Staaten der Europäischen Gemeinschaft nach den Vorschriften der SCE-VO (vergleiche Art. 1 Abs. 1 SCE-VO) und speziell in Deutschland zusätzlich nach den Vorschriften des SCE-AG gegründet werden. Sowohl natürliche als auch juristische Personen können sich zu einer SCE zusammenschließen, ohne dass es dafür einer gemeinsamen unternehmerischen Grundlage bedarf.⁹⁶³

⁹⁵⁸ EuGH Rs. C-436/03, abrufbar unter www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?Lang=de, Nr. 40.

⁹⁵⁹ EuGH Rs. C-436/03, abrufbar unter www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?Lang=de, Nr. 40.

⁹⁶⁰ EuGH Rs. C-436/03, abrufbar unter www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?Lang=de, Nr. 43.

⁹⁶¹ EuGH Rs. C-436/03, abrufbar unter www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?Lang=de, Nrn. 43 und 44.

⁹⁶² Schulze in: ders., Europäische Genossenschaft, 3 f.; Großfeld/ Fischer, ZfgG 1993, 57, 59.

⁹⁶³ Schulze in: ders., Europäische Genossenschaft, 7; El Mahi, DB 2004, 967, 967.

Das Grundkapital der SCE ist wie in einer Kapitalgesellschaft gemäß Art. 1 Abs. 2 Ua. 1 und Art. 4 Abs. 1 SCE-VO in Geschäftsanteile zerlegt. Es verändert sich aber regelmäßig mit dem Ein- und Austritt von Mitgliedern, vergleiche Art. 1 Abs. 2 Ua. 2 i.V.m. Art. 16 Abs. 1 SCE-VO, was bei den Kapitalgesellschaften nicht der Fall ist. Die eG kann seit dem 18. August 2006 wählen, ob sie ein Mindestkapital einführen möchte; für die SCE ist in Art. 3 Abs. 2 SCE-VO eine Mindesteinzahlung auf die Geschäftsanteile von 30.000 Euro vorgeschrieben.

Die SCE haftet grundsätzlich mit ihrem Vermögen.⁹⁶⁴ Die Mitglieder einer SCE haften den Gläubigern der Gesellschaft für die Verbindlichkeiten somit nicht unmittelbar, sondern nur subsidiär nach Art. 1 Abs. 2 Ua. 3 S. 1 SCE-VO bis zur Höhe ihrer eingezahlten Geschäftsanteile. Eine anderweitige Regelung in der Satzung ist zulässig, so dass ein völliger statuarischer Haftungsausschluss⁹⁶⁵ ebenso möglich ist wie die Festlegung einer unbeschränkten Haftung.⁹⁶⁶ Bei Haftungsausschlüssen und Haftungsbeschränkungen muss eine Europäische Genossenschaft in Deutschland den Zusatz „mit beschränkter Haftung“⁹⁶⁷ oder in anderen Mitgliedstaaten eine vergleichbare Kennzeichnung⁹⁶⁸ im Namen führen.⁹⁶⁹ Man kann davon ausgehen, dass viele Genossenschaften von Haftungsbeschränkungen Gebrauch machen werden und die in Art. 1 Abs. 2 Ua. 3 S. 1 SCE-VO vorgesehene Haftungsform oder eine ähnliche Gestaltung wählen, um die Gesellschaft für potentielle Mitglieder attraktiv zu gestalten.⁹⁷⁰

III. Zweck

Eine Europäische Genossenschaft soll ihrem in Art. 1 Abs. 3 SCE-VO normierten Hauptzweck nach den Bedarf ihrer Mitglieder decken und/oder deren wirtschaftliche und/oder soziale Tätigkeiten fördern. Mit dieser Ausrichtung haben die Verfasser der SCE-VO eine Grundentscheidung für die Rechtsform der SCE getroffen, die diese zur „Genossenschaft“ und nicht zur Kapitalgesellschaft macht, weil letztere nicht auf Förderung, sondern auf die

⁹⁶⁴ *El Mahi*, DB 2004, 967, 967.

⁹⁶⁵ *Beuthien*, GenG, Art. 1 Rdnr. 6.

⁹⁶⁶ *Schulze*, NZG 2004, 792, 793; *ders.* in: *ders.*, Europäische Genossenschaft, 4.

⁹⁶⁷ Interessant ist hier die Parallele zur ursprünglichen Form des deutschen Genossenschaftsgesetzes vom 1. Mai 1889. Auch dort waren verschiedene Haftungsformen vergleichbarer Art vorgesehen, vgl. dazu oben: Kapitel 2 C. I. 3. c) bb).

⁹⁶⁸ Z.B. in England „*limited*“ und in Frankreich „*à responsabilité limitée*“; vgl. dazu: *Schulze* in: *ders.* Europäische Genossenschaft, 4 und die Art. 1 Abs. 2 Ua. 3 S. 2 SCE-VO in der englischen und französischen Sprachfassung.

⁹⁶⁹ Interessant ist in diesem Zusammenhang die Parallele zu § 2 des Reichsgesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom 1. Mai 1889, abgedruckt in: RGBl. 1889, 55 ff.

⁹⁷⁰ Ähnlich auch *Schulze*, NZG 2004, 792, 793.

Erwirtschaftung einer möglichst hohen Kapitalrendite abzielt.⁹⁷¹ Die SCE fördert die Belange ihrer Mitglieder, indem sie, ebenso wie die eG, in möglichst hoher Anzahl Fördergeschäfte mit diesen abschließt. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Genossenschaft nicht hauptsächlich Dritte (also Nichtmitglieder) zum Gegenstand ihrer Förderung machen⁹⁷² darf. Auch ist es ihr untersagt, schwerpunktmäßig mit sonstigen Zielen tätig zu werden, die von der Mitgliederförderung unabhängig sind.⁹⁷³ Allerdings können Dritte die Tätigkeiten der Europäischen Genossenschaft bei entsprechender Regelung in der Satzung in Anspruch nehmen oder sich an diesen beteiligen.⁹⁷⁴ Die ausschließliche Förderung der Mitglieder, die die Rechtsform der deutschen eG prägt, ist zwar auch bei der SCE vorgesehen – sie kann aber abbedungen werden.⁹⁷⁵

Die Grundausrichtung der eG deutschen Rechts, deren Zweck darauf gerichtet ist, den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder soziale und kulturelle Belange zu fördern, so § 1 Abs. 1 GenG, ist seit dem Jahr 2006 dennoch stark an die der SCE angenähert. Da der Gesetzgeber mit dieser Gesetzesänderung ausdrücklich eine Anpassung an die SCE verfolgte,⁹⁷⁶ kann man – abgesehen von dem Zusatz „kulturelle Belange“ und der Möglichkeit der Drittbeteiligung – nun fast von einem Gleichklang der SCE-VO und des GenG bei der Zweckausrichtung sprechen.⁹⁷⁷ Beiden Gesellschaftsformen liegt ein übereinstimmender

⁹⁷¹ *Großfeld/ Aldejohann* in: 100 Jahre Genossenschaftsgesetz, 1, 8; *Schulze*, NZG 2004, 792, 793.

⁹⁷² Insofern ist wie bei der eG deutschen Rechts auch die sog. Dividendengenossenschaft ausgeschlossen, vgl. *Beuthien*, GenG, Art. 1 Rdnr. 2.

⁹⁷³ *Schulze* in: ders., Europäische Genossenschaft, 5.

⁹⁷⁴ Siehe dazu auch: *Mock*, GPR 2004, 213, 213; *Schulze* in: ders., Europäische Genossenschaft, 5.

⁹⁷⁵ *Mock*, GPR 2004, 213, 213 f.

⁹⁷⁶ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 80.

⁹⁷⁷ Dies war bis zur Genossenschaftsrechtsreform 2006 nicht der Fall. Die eG bezweckte bis dahin allein die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder; eine Idealgenossenschaft war nach der herrschenden Lehre unzulässig, weil der Gesetzgeber für ideelle (gemeint sind soziale, sportliche und kulturelle) Zwecke die Rechtsform des eingetragenen Vereins gemäß § 21 BGB vorgesehen habe (*Paulick*, Die eG als Beispiel, 55 f.). Dennoch stehe auch der eG, so die damalige Ansicht, wie dem eingetragenen Verein ein sog. Nebenzweckprivileg zu, in dessen Rahmen auch ideelle Zwecke verfolgt werden dürften, sofern immer eine Verknüpfung mit der wirtschaftlichen Grundausrichtung gegeben sei (sehr anschaulich zum Verein: BVerwG NJW 1979, 2265, 2265). In über 115 Jahren Rechtsprechung zum Genossenschaftsrecht sind immer wieder Entscheidungen ergangen, die diese theoretische Rechtsauffassung relativiert haben. So hat das Reichsgericht in einer Entscheidung von 1931 (RGZ 133, 170, 170 ff.) die Rechtsform Genossenschaft zum Bau und Betrieb einer Kegelbahn zugelassen, welche ihren Mitgliedern die Durchführung ihres Sports zu vergünstigten Preisen ermöglichen wollte. Ferner hat das Obergericht Danzig schon im Jahre 1927 (OG Danzig, BlfG 74 (1927), 724, 724) die Gründung einer Genossenschaft zum Betrieb eines Hallenbades für zulässig erachtet. Auch in neuerer Zeit riss dieser Trend nicht ab, wie ein Beschluss des LG Konstanz (LG Konstanz, ZfG 1975, 305, 306) zeigt, welcher den Betreibern die Einrichtung und Unterhaltung einer Privatschule in der Rechtsform Genossenschaft ermöglichte. Auch die genossenschaftsrechtliche Literatur wies zunehmend darauf hin, dass der Gesetzgeber von 1889 die Genossenschaft nur deshalb auf wirtschaftliche Zielsetzungen beschränkt hatte, weil er einen Missbrauch der Rechtsform Genossenschaft für die Vereinigung politischen Zwecken verhindern wollte (*Blomeyer*, ZfG 1980, 22, 29 f.; *Kothe*, ZIP 1991, 905, 909 f.). Heutzutage ist diese Befürchtung erstens nicht mehr zeitgemäß und zweitens kann eine Genossenschaft aufgelöst werden, wenn sie andere (z.B. politische) Zwecke als die Förderung ihrer Mitglieder verfolgt, vgl. § 81 Abs. 1 Fall 2 GenG (der Gesetzgeber hat diese Norm in der Genossenschaftsrechtsreform 2006 an die Parallelvorschrift des § 396 AktG angepasst; die Vorschrift ist eng auszulegen, vgl. die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 93). Stimmen aus der genossenschaftlichen Praxis sprachen sich ebenfalls für eine Anerkennung kultureller und sozialer Zwecke aus (*Bösche* in: Stappell/ Henningsen, Die deutschen Genossenschaften, 32).

Fördergedanke zugrunde⁹⁷⁸ und seit der Reform 2006 verfolgt die deutsche eG wie die SCE eine Synthese von Selbsthilfe-Konzept und fremdnützig-sozialer Tätigkeit;⁹⁷⁹ letzteres wegen der Öffnung für eine Ausrichtung auf kulturelle Zwecke sogar intensiver als die SCE.⁹⁸⁰

Auf welche Art die SCE die Belange ihrer Mitglieder fördern soll, schreibt ebenfalls Art. 1 Abs. 3 SCE-VO vor. Typischerweise erfolgt dies durch den Abschluss von Mitgliedergeschäften oder durch eine Beteiligung anderen Genossenschaften,⁹⁸¹ die solche Geschäfte durchführen.⁹⁸²

IV. Grundprinzipien

Neben dem Zweck der SCE hat der Verordnungsgeber in den Erwägungsgründen für die SCE-VO Grundprinzipien formuliert, die wie eine Art Leitfaden bei der Auslegung der Normen der SCE-VO zu beachten sind. Sie sollen auch zu einem besseren Verständnis der Vorschriften SCE-VO beitragen.⁹⁸³ Die Grundprinzipien lassen sich in „besondere Funktionsprinzipien“ auf der einen Seite und „Grundsätze zur Verwirklichung des Hauptzwecks“ auf der anderen Seite unterteilen. Die Funktionsprinzipien ermöglichen eine Differenzierung zwischen der Rechtsform SCE und anderen Gesellschaftsformen, insbesondere den Kapitalgesellschaften.⁹⁸⁴ Anhand der Grundsätze zur Verwirklichung des Hauptzweckes lässt sich überprüfen, ob die SCE ihrem Gesellschaftszweck nachkommt. Das könnte beispielsweise

Unter Berücksichtigung all dessen und wegen der in der Praxis teilweise schon tätigen Genossenschaften wie beispielsweise Schulgenossenschaften, Sportgenossenschaften und Mediengenossenschaften und unter Beachtung der Diskussion über Museums- und Theatergenossenschaften sowie der sicherlich nicht zu verleugnenden sozialen Gedanken hinter Wohnungsbau- und Wohnungsverwaltungsgenossenschaften hat der Reformgesetzgeber von 2006 eine Ausrichtung von Genossenschaften auf soziale und kulturelle Zwecke zugelassen (vgl. die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 80).

⁹⁷⁸ Schulze in: FS Dilcher, 225, 249.

⁹⁷⁹ Zu dieser Synthese in der Ausrichtung einer SCE siehe: Schulze in: FS Dilcher, 225, 249.

⁹⁸⁰ Zumindest ist der Zweck einer eG dann weiter als der einer SCE, wenn man den Begriff „soziale Tätigkeiten“ eng auslegt. Soziale Zwecke sind solche von gemeinnütziger, also karitativer und allgemeiner politischer, Natur (vgl. z.B. Fischer in: Genossenschaftsrecht in Europa, 167, 171). Natürlich könnte man Theatergenossenschaften, die Einlass zu besonders günstigen Bedingungen gewähren, oder Museumsgenossenschaften, die nur einen symbolischen oder freiwilligen Obolus von ihren Besuchern verlangen, durchaus als gemeinnützig und dementsprechend sozial ansehen. Dennoch trennt der deutsche Gesetzgeber sowohl im reformierten GenG als auch in seiner Begründung (die Formulierung „soziales oder kulturelles Interesse“ in der Regierungsbegründung spricht für eine inhaltliche Alternativität dieser Begriffe) eindeutig zwischen sozialen und kulturellen Zwecken und trägt für die Zulassung kultureller Zwecke eine gesonderte Begründung vor (Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 80). Insofern ist auch für die SCE davon auszugehen, dass der Begriff „soziale Zwecke“ nicht auch solche kultureller Natur beinhaltet.

⁹⁸¹ Dabei kann es sich sowohl um Europäische Genossenschaften als auch Genossenschaften nach den nationalen Rechtsordnungen handeln.

⁹⁸² Vgl. Art. 1 Abs. 3 SCE-VO und Schulze in: ders., Europäische Genossenschaft, 5 f.

⁹⁸³ Dazu und allgemein zur Funktion von Erwägungsgründen in europäischen Rechtsakten siehe: Schulze in: Europäische Genossenschaft, 6 f. Der Autor weist zusätzlich darauf hin, dass diese Grundprinzipien eine wesentliche Grundlage für die künftige Rechtsprechung bilden und zu der Entwicklung einer Rechtslehre zum Europäischen Genossenschaftsrecht beitragen werden. Diese Aussage ist schon jetzt durch das oben zitierte Urteil des EuGH (Rs. C-436/03, abrufbar unter www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?Lang=de; s.o.: Kapitel 3 A. I.) bestätigt worden, in dem dieser, wie geschildert, maßgeblich auf die Erwägungsgründe 12 und 14 der SCE-VO abstellte.

⁹⁸⁴ Schulze in: FS Dilcher, 225, 248.

dann von Interesse sein, wenn eine Behörde gemäß Art. 72 SCE-VO i.V.m. § 81 Abs. 1 Fall 2 GenG darüber zu entscheiden hat, ob sie eine SCE, deren Zwecke nicht mit der SCE-VO vereinbar sind, auflösen muss.

Zu den für die Genossenschaften geltenden besonderen Funktionsprinzipien gehört insbesondere der Grundsatz des Vorrangs der Person vor dem Kapital. Dieser findet sich nicht nur in dem Prinzip „one man, one vote“ wieder, sondern auch in den besonderen Bestimmungen für Ein- und Austritt der Mitglieder sowie für deren Ausschluss.⁹⁸⁵ In diesem Sinne unterscheidet sich die SCE als Genossenschaft durch eine demokratische Struktur, das Prinzip der ständigen Kontrolle durch die Mitglieder und dadurch, dass der Nettojahresüberschuss nach dem Billigkeitsgrundsatz verteilt wird, von anderen Wirtschaftssubjekten.⁹⁸⁶

Konkretisierungen und Ergänzungen dieser grundlegenden Prinzipien finden sich in Erwägungsgrund 9.⁹⁸⁷ Dieser benennt die Eigenschaft von Genossenschaften, über ein in Geschäftsanteile gegliedertes Grundkapital zu verfügen. Natürliche wie juristische Personen sind potentielle Mitglieder einer SCE und können entsprechend Geschäftsanteile halten. Insofern können auch genossenschaftlich organisierte Unternehmen Mitglieder einer Genossenschaft sein.⁹⁸⁸ Die Freiheit der Genossenschaft, ihre Mitgliederstruktur zu gestalten, äußert sich auch darin, dass sie eine Investorenmitgliedschaft einführen kann. In der SCE-VO selbst finden sich die Leitmotive des Erwägungsgrundes 9 insbesondere in Art. 1 wieder.

Grundprinzipien zur Verwirklichung des Hauptzwecks einer SCE, also die Bedarfsdeckung und Förderung der Mitglieder,⁹⁸⁹ sind u.a.: gegenseitiger Profit aus den gemeinsamen Geschäften; Einbindung der Mitglieder in diese Geschäfte;⁹⁹⁰ Mitbestimmung bei der Geschäftsführung nach demokratischen Grundsätzen sowie deren Kontrolle; Gewinnausschüttung bemessen am Beitrag zur Geschäftstätigkeit der Genossenschaft und die Verwirklichung des Prinzips der offenen Mitgliederzahl.⁹⁹¹

⁹⁸⁵ Siehe Erwägungsgrund der SCE-VO Nr. 8.

⁹⁸⁶ Siehe Erwägungsgrund der SCE-VO Nr. 7.

⁹⁸⁷ *Schulze* in: ders., Europäische Genossenschaft, 7.

⁹⁸⁸ Vgl. dazu für eine deutsche Genossenschaft § 17 Abs. 1 GenG.

⁹⁸⁹ Siehe dazu auch Art. 1 Abs. 3 SCE-VO.

⁹⁹⁰ Dies soll (so Erwägungsgrund der SCE-VO Nr. 10) möglichst dadurch geschehen, dass Mitglieder gleichzeitig Kunden, Angestellte oder Lieferanten sind.

⁹⁹¹ Zum Ganzen auch *Schulze* in: ders., Europäische Genossenschaft, 8.

V. Struktur

Die Struktur einer SCE ist wie die einer Genossenschaft nach dem GenG geprägt von der Generalversammlung als zentralem Organ für Willensbildung und Entscheidung (Art. 36 lit. a SCE-VO).⁹⁹² Diese entscheidet in allen Bereichen, die ihr durch die SCE-VO oder nationale Umsetzungsvorschriften zugewiesen sind (Art. 52 SCE-VO).⁹⁹³ Die Willensbildung erfolgt vorbehaltlich anderweitiger Regelungen in den Sitzstaaten durch Abstimmung nach dem oben genannten Prinzip „ein Mitglied, eine Stimme“ gemäß Art. 59 Abs. 1 SCE-VO. Eine SCE mit Sitz in Deutschland, die nicht Unternehmergenossenschaft ist, kann gemäß Art. 59 Abs. 2 SC-VO, § 29 SCE-AG und § 43 Abs. 3 Nr. 1 GenG Mehrstimmrechte mit bis zu drei Stimmen für ihre Mitglieder einräumen.

Wichtiger Unterschied zur eG ist allerdings die den Gründern nach Art. 36 lit. b SCE-VO eingeräumte Möglichkeit, zwischen einer dualistischen und einer monistischen Organstruktur zu wählen.⁹⁹⁴ Neben der Generalversammlung verfügt die SCE bei einem dualistischen System über ein Leitungs- und ein Aufsichtsorgan und bei monistischer Struktur lediglich über ein Verwaltungsorgan. Wie die SCE-VO (Art. 37 ff., Art. 42 ff.) enthält auch das nationale SCE-AG in §§ 12 ff. und §§ 17 ff. unterschiedliche Regelungen betreffend die jeweiligen Systeme für Europäische Genossenschaften mit Sitz in Deutschland.

Im dualistischen System sind Leitungs- und Aufsichtsorgan funktional voneinander getrennt.⁹⁹⁵ Dem Leitungsorgan obliegt es, die Geschäfte der SCE zu führen und diese nach außen zu vertreten.⁹⁹⁶ Wie der Aufsichtsrat im deutschen Recht die Geschäftsführung des Vorstandes kontrolliert, überwacht das Aufsichtsorgan der SCE deren Leitungsorgan (Art. 39 Abs. 1 SCE-VO).⁹⁹⁷ Der strukturelle Aufbau einer SCE ist mit dem einer SE vergleichbar.⁹⁹⁸

Das monistische System sieht demgegenüber nur ein Verwaltungsorgan vor, welches für die Geschäftsführung und alle sonstigen Leitungsaufgaben zuständig ist.⁹⁹⁹ Die Generalver-

⁹⁹² Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, 108, 117; Luttermann, ZVglRWiss 1994, 1, 9 f.; Beuthien, GenG, Art. 52 Rdnr. 2.

⁹⁹³ Luttermann, ZVglRWiss 1994, 1, 9 f.; Mock, ELR 2004, 150, 151.

⁹⁹⁴ Dazu ausführlich Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 6.

⁹⁹⁵ Die SCE-VO verwendet die europäisch-rechtliche Formulierung „Aufsichts- und Leitungsorgan“; in Deutschland würde man von „Vorstand“ und „Aufsichtsrat“ sprechen, vgl. §§ 24 ff., 36 ff. GenG und §§ 76 ff., 95 ff. AktG.

⁹⁹⁶ Siehe dazu auch Schulze in: Europäische Genossenschaft, 93; ders./ Wiese, ZfgG 2006, 108, 118; El Mahi, DB 2004, 967, 969.

⁹⁹⁷ Dazu genauer Schulze in: Europäische Genossenschaft, 98; ders., NZG 2004, 792, 795; ders./ Wiese, ZfgG 2006, 108, 118 f.; Mock, ELR 2004, 150, 152; ders., GPR 2004, 213, 216; Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 6 B) II. 2.

⁹⁹⁸ Schulze, NZG 2004, 792, 795; El Mahi, DB 2004, 967, 969.

⁹⁹⁹ Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, 108, 119.

sammlung ernennt die Mitglieder¹⁰⁰⁰ des Verwaltungsorgans direkt.¹⁰⁰¹ Für die SCE mit Sitz in Deutschland sieht das SCE-AG in §§ 17 ff.¹⁰⁰² den sog. Verwaltungsrat vor. Dieser leitet die Gesellschaft nicht nur, sondern bestimmt auch die Grundlinien ihrer Tätigkeit und überwacht deren Umsetzung (§ 18 SCE-AG). Nach § 22 Abs. 1 S. 1 SCE-AG muss der Verwaltungsrat einer SCE mit Sitz in Deutschland einen oder mehrere geschäftsführende Direktor(en) bestellen.¹⁰⁰³ Geschäftsführende Direktoren führen zwar grundsätzlich die Geschäfte der SCE; die übergeordnete Verantwortlichkeit liegt aber weiterhin beim Verwaltungsrat.¹⁰⁰⁴

VI. Zusammenfassung

Die SCE ist von einer genossenschaftlichen Struktur geprägt.¹⁰⁰⁵ Gleichwohl unterscheidet sie sich deutlich von der eG deutschen Rechts nach der bis zum 17. August 2006 geltenden Rechtslage.¹⁰⁰⁶ Der Gesetzgeber der Reform des GenG beabsichtigte, die genossenschaftsrechtlichen Schranken, die der eG im Wege standen, zu öffnen, um Wettbewerbsnachteile gegenüber der SCE zu beseitigen und sie als Rechtsform konkurrenzfähiger zu machen.¹⁰⁰⁷ Dies ist dem Gesetzgeber gelungen, wenngleich einige Unterschiede, wie das für die eG geltende Prinzip der Selbstorganschaft, die Organstruktur und die Bedingungen für die Gründung,¹⁰⁰⁸ nach wie vor existieren.

¹⁰⁰⁰ Die Satzung kann auch Stellvertreter für die Mitglieder des Verwaltungsorgans vorsehen.

¹⁰⁰¹ Vgl. Art. 42 Abs. 3 S. 1 SCE-VO.

¹⁰⁰² Das Verwaltungsorgan ist durch die SCE-VO nicht abschließend geregelt worden, um den Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnungen ein solches Gremium zum Teil nicht kannten, einen möglichst großen Spielraum bei der Umsetzung zu lassen. Weil das Verwaltungsorgan auch in Deutschland ein rechtstechnisches Novum ist, regelt das SCE-AG das Verwaltungsorgan in §§ 17-27 entsprechend ausführlich. Vgl. dazu auch: *Schulze/Wiese*, ZfgG 2006, 108, 119.

¹⁰⁰³ Der Wortlaut dieser Vorschrift ist zwingend. Sie zielt auf eine Trennung der Funktionen der Geschäftsführung von der allgemeinen Unternehmensleitung ab (Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 59) und relativiert das monistische System durch eine an das dualistische System angelehnte Aufgabenteilung. Dieses gesetzgeberische Vorgehen stößt in der Literatur auf Kritik, weil es die Satzungsfreiheit, ein grundlegendes Strukturelement der SCE, beschränkt (siehe dazu *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 6 B) III. 1. c) bb)).

¹⁰⁰⁴ *Schulze/Wiese*, ZfgG 2006, 108, 120; zur ähnlichen Struktur bei der SE mit Sitz in Deutschland vgl. *Kallmeyer*, ZIP 2003, 1531, 1533.

¹⁰⁰⁵ Der europäische Gesetzgeber hat die SCE gerade deshalb ins Leben gerufen, weil andere europäische Gesellschaftsformen wie die SE den Besonderheiten von Genossenschaften nicht gerecht werden (vgl. Erwägungsgrund Nr. 4 der SCE-VO). Deshalb kam es ihm besonders auf den Erhalt genossenschaftlicher Grundsätze an.

¹⁰⁰⁶ Auf die zahlreichen Unterschiede zwischen SCE und eG und ein entsprechendes Bedürfnis nach einer Anpassung des deutschen Genossenschaftsrechts vor der Reform an das Recht der SCE weist *Wiese* (Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 9) hin.

¹⁰⁰⁷ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 52.

¹⁰⁰⁸ Hier geht die Änderung des deutschen Gesetzgebers über die Regelung der SCE hinaus: Während eine SCE nach Art. 2 Abs. 1 SCE-VO mit einem Minimum von prinzipiell fünf Personen gegründet werden kann, bedarf es gemäß § 4 GenG zur Errichtung einer eG lediglich drei. Siehe dazu auch die Kritik des BR im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens, abgedruckt in: BR-Drucks. 71/06.

Weitere Wesenszüge der SCE, welche im Hinblick auf die Genussrechte eine besondere Rolle spielen, wie Mitgliedschaft und Finanzverfassung, greifen die folgenden Ausführungen auf.

B. Gründe für die Ausgabe von Genussrechten

Genussrechte können auch ein Finanzierungsmittel der Europäischen Genossenschaft sein.

I. Attraktivität der Genussscheine als Finanzierungsmittel

Ihre zahlreichen Vorteile für die Finanzierung und Kapitalerhaltung eines Unternehmens sind grundsätzlich für jede Rechtsform von Interesse.¹⁰⁰⁹ Dennoch fragt sich, ob es für die SCE überhaupt erforderlich ist, Genussrechte zu vergeben. Die SCE kann aufgrund ihrer Verfassung andere Möglichkeiten zur Kapitalbeschaffung und -erhaltung nutzen als die eG. Außerdem treffen sie nicht in gleichem Maße die latenten finanzwirtschaftlichen Probleme der eG.

Da SCE und eG jedoch eine ähnliche Konzeption aufweisen, bietet es sich an, die oben genannten Gründe für die Ausgabe der Genussrechte in der eG aufzugreifen und zu prüfen, ob diese auch bei der SCE zur Geltung kommen.

II. Vergleich zur eG

Genussrechte empfehlen sich für eingetragene Genossenschaften deutschen Rechts, weil diese schlecht mit Eigenkapital und finanziellen Mitteln ausgestattet sind.¹⁰¹⁰ Noch ist nicht klar, wie die Eigenkapitalquote und die Finanzlage der neu entstehenden Europäischen Genossenschaften aussehen werden. Empirische Befunde dazu liegen zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht vor.

Um dennoch eine Einschätzung in dieser Hinsicht abgeben zu können, empfiehlt es sich, zu prüfen, wie die SCE auch im Vergleich zu anderen konkurrierenden Rechtsformen finanziell verfasst ist, und zu analysieren, wo ihre Stärken und Schwächen in dieser Hinsicht liegen. Dies kann Aufschluss darüber geben, ob auch in der SCE die Notwendigkeit besteht, Genussrechte zu vergeben.

¹⁰⁰⁹ Zu diesen Vorteilen s.o.: Kapitel 2 A.; Kapitel 2 B. II.

¹⁰¹⁰ S.o.: Kapitel 2 A.

III. Bewertung der Finanzverfassung der SCE und Vergleich zur eG

Die Finanzverfassung der SCE ist mit kapitalgesellschaftlichen Elementen durchsetzt.¹⁰¹¹ Bei der ergänzenden Umsetzung ins deutsche Recht (durch das SCE-AG) hat man diese Elemente nicht durch abschwächende Vorschriften relativiert.

1. Mindestkapital

Kapitalgesellschaftliche Strukturen offenbaren sich beispielsweise in den Mindestkapitalregelungen. Schon im Hinblick auf den bis zum Inkrafttreten der SCE-VO im Raum stehenden Entwurf von 1993¹⁰¹² meinten einige Autoren, die entsprechende Vorschrift des Art. 14 Abs. 2 SCE-VO-EW erinnere sehr an die Mindestkapitalvorschriften des deutschen GmbH- und Aktienrechts.¹⁰¹³

a) Regelung in der SCE-VO

Im Unterschied zur eG verfügt die SCE nicht über ein fakultatives, sondern über ein festes gesetzliches Mindestkapital.¹⁰¹⁴ Nach Art. 3 Abs. 2 SCE-VO müssen die Einzahlungen der Mitglieder auf die Geschäftsanteile stets mindestens 30.000 Euro betragen.¹⁰¹⁵ Ferner muss die SCE nach Art. 3 Abs. 4 S. 1 SCE-VO statuarisch regeln, welchen Mindestbetrag das Grundkapital bei Rückzahlung der Geschäftsguthaben nicht unterschreiten darf; dieser Betrag muss geringstenfalls die Höhe des Mindestkapitals haben.¹⁰¹⁶ Wichtig für die Bilanzierung und das Rating ist die in Art. 3 Abs. 4 S. 3 GenG festgelegte Aussetzung des Anspruchs der Mitglieder auf Auszahlung ihrer Geschäftsguthaben. Diese soll verhindern, dass die SCE das vorgeschriebene Mindestkapital unterschreitet.¹⁰¹⁷

¹⁰¹¹ Luttermann, ZVglRWiss 1994, 1, 11 f., 16 f.; Mock, GPR 2004, 213, 218.

¹⁰¹² Geänderter Vorschlag für eine Verordnung (EWG) des Rates über das Statut der Europäischen Genossenschaft vom 31. August 1993, abgedruckt in: ABl.EG 1993, C 236/17.

¹⁰¹³ Blomeyer, BB 2000, 1741, 1743; Luttermann, ZVglRWiss 1994, 1 16. Letzterer meinte gar, das Statut könne „Dämme brechen“, welche die Kapitalgesellschaften von den Genossenschaften schieden.

¹⁰¹⁴ Dies wird nicht von allen Autoren begrüßt, da sich die SCE – wie eingangs schon bemerkt – dadurch augenscheinlich einer Kapitalgesellschaft annähert; vgl. dazu Steding in: Genossenschaften und Kooperationen, 361, 368.

¹⁰¹⁵ Dazu auch Mock, GPR 2004, 213, 218; ders., ELR 2004, 150, 153; El Mahi, DB 2004, 967, 971; Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 A); Ebers in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 47. Zunächst war ein Mindestkapital von 50.000 ECU (ca. 50.000 Euro) angesetzt worden (siehe Art. 9, 14 und 15 SCE-VO-EW), was aber allgemein als überhöht kritisiert wurde; vgl. Luttermann, ZVglRWiss 1994, 1, 11 f.; Blomeyer, BB 2000, 1741, 1743.

¹⁰¹⁶ Dazu Ebers in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 47.

¹⁰¹⁷ Siehe dazu auch oben: Kapitel 2 B. II. 3.

b) Vergleich und Bewertung

Eine gesetzliche Mindestkapitalregelung wirkt sich positiv für ein Unternehmen aus. Denn die SCE sichert den Erhalt ihres Kapitals dadurch, dass sie den Auszahlungsanspruch der auscheidenden Genossen zwingend aussetzen muss, wenn sie die Mindestkapitalgrenze zu unterschreiten droht. Außerdem wird wenigstens das Mindestkapital unabhängig von der Art der Bilanzierung als Eigenkapital gelten.¹⁰¹⁸ Es stärkt die Bonität¹⁰¹⁹ und verbessert das Abscheiden im Ratingverfahren.¹⁰²⁰ Auch die Tatsache, dass das GenG zwar ein Mindestkapital vorsieht, dessen Einführung aber nur fakultativ ist, ist in kapitalrechtlicher Hinsicht ein Vorteil der SCE, weil Gläubiger ihr von vornherein mit mehr Vertrauen begegnen.

2. Geschäftsanteile und Mitgliedschaft

a) Regelung in der SCE-VO

Das Grundkapital teilt sich in die Geschäftsanteile der Mitglieder. Es ist insofern variabel, als dass es durch Einzahlungen von Mitgliedern und neu Eintretenden wächst (siehe Art. 1 Abs. 2 Ua. 1 und 2 sowie Art. 4 Abs. 1 S. 1 SCE-VO) und durch Auszahlungen beim Ausscheiden von Mitgliedern sinkt.¹⁰²¹ Allerdings entspricht der Begriff des Geschäftsanteils einer SCE nicht dem des genossenschaftlichen Geschäftsanteils¹⁰²² der eG.¹⁰²³ Letzterer ist gem. § 7 GenG eine von der Satzung zwingend zu bestimmende abstrakte Beteiligungsgröße, welche den Maximalbetrag¹⁰²⁴ der Einlage fixiert.¹⁰²⁵ Der von Art. 4 SCE-VO umschriebene Geschäftsanteil der SCE hingegen ist nicht nur ein Rechenwert. Nach Art. 4 Abs. 1 Ua. 2 SCE-VO können je nach Regelung in der Satzung verschiedene Arten von Geschäftsanteilen existieren, die unterschiedliche Rechte bei der Verteilung des Betriebsergebnisses gewähren. Nach Art. 4 Abs. 3 SCE-VO lauten die Geschäftsanteile auf den Inhaber und ihre Nennwerte,

¹⁰¹⁸ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. b).

¹⁰¹⁹ S.o.: Kapitel 2 B. II. 5.; Kapitel 2 B. III. 1.; Kapitel 2 B. VI.

¹⁰²⁰ In diese Richtung auch Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 A).

¹⁰²¹ Das ausscheidende Mitglied hat einen Anspruch auf Auszahlung seiner auf den Geschäftsanteil geleisteten Beträge, ggf. abzüglich der anteilig damit verrechneten Verluste. Sind nach vorheriger Regelung in der Satzung Ergebnisrücklagen zugunsten ausscheidender Mitglieder gebildet worden, erhalten die Mitglieder zudem einen entsprechenden Betrag aus diesen Rücklagen beim Verlassen der SCE. Zum Ganzen *Alfandari/Piot* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 89 f.

¹⁰²² Dazu sehr instruktiv *Beuthien*, AG 2002, 266, 266 ff.

¹⁰²³ *Luttermann*, ZVglRWiss 1994, 1, 12.

¹⁰²⁴ Dieser Maximalbetrag stellt nicht zwangsläufig die Gesamtbeteiligungshöchstgrenze dar; denn nach § 7a GenG können bei entsprechender Regelung in der Satzung von einem Mitglied auch mehrere Geschäftsanteile übernommen werden, auch wenn von dieser Möglichkeit in der Praxis nicht oft Gebrauch gemacht wird.

¹⁰²⁵ *Lang/Weidmüller*, GenG, § 7 Rdnr. 2; *Beuthien*, GenG, § 7 Rdnr. 1. Das Geschäftsguthaben einer eG ist der real auf einen Geschäftsanteil eingezahlte Betrag. Dazu siehe auch oben: Kapitel 2 A. I. 4.

deren Höhe sich nach der jeweiligen Anteilkategorie richtet, sind in der Satzung anzugeben. Das erinnert sehr an das Aktienrecht. Die Satzung muss ebenfalls bestimmen, wie viele Geschäftsanteile eine Person halten muss, damit sie die Mitgliedschaft erwirbt.

Anhand dieser Regelungen wird zum einen der Charakter eines SCE-Geschäftsanteils als Inbegriff aller mitgliedschaftlichen Rechte¹⁰²⁶ deutlich. Zum anderen kristallisiert sich auch der im Recht der SCE bestehende Unterschied zwischen Mitgliedschaft und Geschäftsanteil heraus. Gerade die letztgenannte Vorgabe für die Satzungsregelung belegt, dass in einer SCE auch ein Geschäftsanteil ohne Mitgliedschaft denkbar ist.¹⁰²⁷ Im Vergleich dazu ist der GmbH-Geschäftsanteil die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten eines Gesellschafters, die in der Mitgliedschaft zusammengefasst sind.¹⁰²⁸ Der Begriff Geschäftsanteil meint im GmbH-Recht also die Mitgliedschaft als Ganzes;¹⁰²⁹ dies ist bei der SCE nicht der Fall. Eine Gemeinsamkeit besteht darin, dass auch der Geschäftsanteil eines GmbH-Gesellschafters auf einen bestimmten Nennbetrag lautet,¹⁰³⁰ der wiederum einen Rückschluss auf das Beteiligungsverhältnis zu anderen Gesellschaftern zulässt.¹⁰³¹

Der Geschäftsanteil einer SCE unterscheidet sich somit sowohl von GmbH-rechtlichen¹⁰³² als auch von dem genossenschaftsrechtlichen Geschäftsanteil. Dies äußert sich auch darin, dass eine Zeichnung des Geschäftsanteils nicht ausreicht, um die Mitgliedschaft einer SCE zu erwerben. Zusätzlich bedarf es nach Art. 14 Abs. 1 Ua. 1 SCE-VO der Zustimmung des Leitungs- oder Verwaltungsorgans, wodurch der Grundsatz des Vorrangs der Person vor dem Kapital und damit ein eklatanter Unterschied zu den Kapitalgesellschaften zum Ausdruck kommt.¹⁰³³ Ferner hat jedes Mitglied bei Abstimmungen in der Generalversammlung nach Art. 59 Abs. 1 SCE-VO eine Stimme ganz gleich, wie viele Geschäftsanteile es hält. Essentielle Mitgliedschaftsrechte folgen aus der Verleihung der Mitgliedschaft, nicht aus dem

¹⁰²⁶ Diese treffende Formulierung wählt *Beuthien*, GenG, Art. 4 Rdnr. 1. Sie entstammt ursprünglich einem grundlegenden Urteil des Reichsgerichts zum GmbH-Geschäftsanteil, abgedruckt in: RGZ 82, 167, 169; vgl. dazu auch *Flume*, Die juristische Person, 258 ff.

¹⁰²⁷ Dies bedeutet aber nicht gleichzeitig, dass Geschäftsanteile an einer SCE erworben werden können, ohne dass es des Erwerbes der Mitgliedschaft bedarf. Diese ist für das Halten eines Geschäftsanteils zwingende Voraussetzung, vgl. *Cusa* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 141.

¹⁰²⁸ BGH DB 1972, 132, 132; *Ebbing* in: Michalski, GmbHG, § 14 Rdnrn. 2 ff.; *Hueck/ Fastrich* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, § 14 Rdnr. 2; *Pentz* in: Rowedder/ Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 14 Rdnrn. 1 f., 13 ff.

¹⁰²⁹ *Hueck/ Fastrich* in: Baumbach/ Hueck, GmbHG, § 14 Rdnr. 4.

¹⁰³⁰ Der Nennwert hat die Höhe der Stammeinlage, vgl. *Altmeppen* in: Altmeppen/ Roth, GmbHG, § 14 Rdnr. 3.

¹⁰³¹ *Altmeppen* in: Altmeppen/ Roth, GmbHG, § 14 Rdnr. 4; *Hueck/ Fastrich* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 14 Rdnr. 4.

¹⁰³² Ebenso könnte man auch pauschal von einem kapitalgesellschaftsrechtlichen Verständnis des Geschäftsanteils sprechen, weil dieser im Aktienrecht ebenfalls mit der Mitgliedschaft gleichzusetzen ist, dazu auch: *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 B) I.

¹⁰³³ *Alfandari/Piot* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 83.

Erwerb eines Geschäftsanteils,¹⁰³⁴ allerdings werden diese beiden gesellschaftsrechtlich bedeutsamen Akte in der Praxis häufig zusammenfallen.

b) Vergleich und Bewertung

Hinsichtlich des Geschäftsanteils ist die SCE wirtschaftlich betrachtet besser aufgestellt als die eG. Von entscheidender Bedeutung ist, dass sich die Geschäftsanteile der SCE deutlich einfacher übertragen lassen.

aa) Handelbarkeit der Geschäftsanteile

Die Geschäftsanteile können mit Zustimmung der Generalversammlung oder des Leitungs- oder Verwaltungsorgans zu in der Satzung festzulegenden Bedingungen an andere Mitglieder oder Personen, die die Mitgliedschaft erwerben, abtreten oder veräußert werden (so Art. 4 Abs. 11 SCE-VO).¹⁰³⁵ Die Flexibilität der Geschäftsanteile könnte ein Anreiz für die Mitglieder sein, weitere Geschäftsanteile zu übernehmen – zumindest deshalb, weil sie weniger befürchten müssen, dass sie ihre zusätzlichen Geschäftsanteile bei Wunsch nicht wieder abtreten können. Auch für Außenstehende ist die Verlockung, in eine Genossenschaft zu investieren,¹⁰³⁶ weitaus größer, wenn sie ihre Anlage flexibel handhaben können.¹⁰³⁷

In Bezug auf die eG haben viele Autoren die Option immer wieder vorgeschlagen, Geschäftsanteile flexibler zu gestalten, um auf diese Weise die Eigenkapitalsituation zu verbessern.¹⁰³⁸ Dennoch hat es der Gesetzgeber auch in der Genossenschaftsreform 2006 versäumt, eine entsprechende Regelung für die eG zu schaffen.¹⁰³⁹ Stattdessen hat er die Vorschrift des § 76 GenG nur dahingehend reformiert, dass nunmehr auch Teile des Geschäftsguthabens übertragen werden können. Damit versuchte er dem drohenden Kapitalabfluss entgegenzuwirken, der entstehen konnte, wenn Mitglieder einzelne Geschäftsanteile kündigen wollten und deshalb ihre Geschäftsguthaben abzogen (in seiner Gesetzgebung

¹⁰³⁴ Zu diesem Ergebnis kommt auch Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 B) I.

¹⁰³⁵ Wegen der erforderlichen Zustimmung spricht Luttermann (ZVglRWiss 1994, 1, 17) in Bezug auf den SCE-Anteil von einem vinkulierten Namensanteil.

¹⁰³⁶ Die Zustimmung der Generalversammlung zum Erwerb der Mitgliedschaft sei unterstellt.

¹⁰³⁷ Einzelheiten dazu auch bei Strieder, BB 1999, 1567, 1567 f.

¹⁰³⁸ Siehe dazu: Pistorius, DStR 2006, 278, 279; Strieder, BB 1999, 1567, 1567 f.; ders., JR 2000, 309, 309 f. Strieder unterstreicht auch, dass nur eine Gesetzesänderung die Übertragung von Geschäftsanteilen ermöglichen würde, weil weder § 67 b GenG a. F. noch § 76 GenG a. F. analog auf diesen Sachverhalt anwendbar seien. Zur Gesamthematik siehe auch oben: Kapitel 2 A. I. 4.; Kapitel 2 A. II. 2 e).

¹⁰³⁹ Ungenau insofern Pistorius (DStR 2006, 278, 282), der meint, auch einzelne Geschäftsteile könnten nun übertragen werden, und damit den Unterschied zwischen Teilen des Geschäftsguthabens und den Geschäftsanteilen verkennt.

spricht er allerdings nur von einem „*berechtigten Anliegen der genossenschaftlichen Praxis*“¹⁰⁴⁰). Nun können diese Mitglieder die aus gekündigten Geschäftsanteilen frei werdenden Geschäftsguthabenteile auf andere Mitglieder übertragen. So bleibt das Kapital für die Genossenschaft erhalten.

Der praktische Nachteil der eG gegenüber der SCE liegt darin, dass die (Neu-)Mitglieder, die das Geschäftsguthaben erwerben, zusätzlich neue Geschäftsanteile an der Genossenschaft zeichnen müssen, wenn das neue und ggf. das bereits bestehende Geschäftsguthaben den gehaltenen Geschäftsanteil übersteigen. Dies wird in der Praxis wohl relativ häufig vorkommen. Diejenigen, die Geschäftsguthaben(-teile) in der eG erhalten, müssen ebenso wie die Anteilserwerber in der SCE (Art. 4 Abs. 11 SCE-VO) die Mitgliedschaft erwerben. Dieser Vorgang ist aus praktischer Sicht recht umständlich.

bb) Keine Beteiligung am Unternehmenswert

Ein Mitglied ist auch in der SCE über seinen Geschäftsanteil nicht am Wertzuwachs des Unternehmens beteiligt,¹⁰⁴¹ weil es keinen Anspruch auf die Rücklagen hat,¹⁰⁴² wenn es aus der Gesellschaft ausscheidet. Auch Ansprüche auf eine eventuelle Gewinnausschüttung beim Austreten aus der SCE bestehen nicht.¹⁰⁴³ Wie die eG kann auch die SCE Ergebnismrücklagen und andere Rücklagen (bei der SCE mit Sitz in Deutschland wäre § 272 Abs. 2 HGB einschlägig) bilden, aus denen nur ausscheidende Mitglieder bedient werden.¹⁰⁴⁴ Dies bedeutet natürlich nicht, dass ein Geschäftsanteil an einer SCE überhaupt nicht vergütet wird. Für die Vergütung stehen sowohl die zwei verschiedenen Arten der Rückvergütung,¹⁰⁴⁵ welche vorrangig als Mittel der Verteilung von Erträgen verwendet werden sollten,¹⁰⁴⁶ als auch die Verzinsung der Geschäftsguthaben zur Verfügung.¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁰ Vgl. die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 93.

¹⁰⁴¹ Bzgl. der eG vgl. oben: Kapitel 2 A. I. 6.

¹⁰⁴² *Alfandari/ Piot* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 90.

¹⁰⁴³ *Alfandari/ Piot* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 90.

¹⁰⁴⁴ *Beuthien*, GenG, Art. 67 Rdnr. 2; *Alfandari/ Piot* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 90.

¹⁰⁴⁵ Dazu *Cusa* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 156 ff.

¹⁰⁴⁶ *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 D) III.

¹⁰⁴⁷ Dazu *Cusa* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 158 ff.

3. Investorenmitglieder

Dem nationalen Genossenschaftsrecht war die mit der deutschen SCE und der Reform des GenG eingeführte Investorenmitgliedschaft bis 2006 unbekannt.

a) Regelungen der SCE-VO

Lässt das Recht eines Sitzstaates es zu, kann eine SCE zu Investitionszwecken nach Art. 14 Abs. 1 Ua. 2 S. 1 SCE-VO bei entsprechender Regelung in der Satzung auch solche Mitglieder aufnehmen, die für die Nutzung oder Produktion der Güter und die Nutzung oder Erbringung der Dienste der SCE nicht in Frage kommen.¹⁰⁴⁸ Diese nicht nutzenden Investorenmitglieder verfügen über Stimmrecht¹⁰⁴⁹ und Kündigungsrecht. Die SCE kann sie allerdings – insoweit besteht Satzungsfreiheit – auch abweichend von ordentlichen Mitgliedern an den Erträgen beteiligen.¹⁰⁵⁰ Investierende Mitglieder sind den gewöhnlichen in ihrer rechtlichen Stellung grundsätzlich gleichgestellt.¹⁰⁵¹

b) Ergänzende Umsetzung ins deutsche Recht

Trotz einiger Vorbehalte gegen diese Art der Mitgliedschaft¹⁰⁵² hat der Gesetzgeber investierende Mitglieder für eine SCE mit Sitz in Deutschland im SCE-AG zugelassen. Nach § 4 SCE-AG kann die Satzung die Aufnahme von Investorenmitgliedern erlauben. Sie haben nach § 30 Abs. 1 SCE-AG je eine Stimme und ihre Stimmrechtsmacht in der Generalversammlung ist in der Gesamtheit begrenzt; insofern hat der Gesetzgeber die Regelungen der SCE-VO übernommen. Weitere Beschränkungen des Einflusses der Investoren hat der Gesetzgeber den Satzungsgebern der Europäischen Genossenschaften mit Sitz in Deutschland überlassen.¹⁰⁵³ Diese haben gemäß § 30 Abs. 2 SCE-AG durch geeignete Regelungen dafür zu sorgen, dass investierende Mitglieder die nutzenden Mitglieder in keinem Fall überstimmen können.

¹⁰⁴⁸ Siehe dazu auch oben: Kapitel 2 A. II. 2. f).

¹⁰⁴⁹ Allerdings dürfen nicht nutzende Mitglieder nach Art. 59 Abs. 3 SCE-VO nur maximal 25 % der Stimmen in einer Generalversammlung innehaben.

¹⁰⁵⁰ Cusa (in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 156) meint beispielhaft, die Generalversammlung einer SCE könne durchaus beschließen, dass nutzende Mitglieder über die Rückvergütung und rein investierende Mitglieder allein durch eine Verzinsung ihrer Geschäftsguthaben am Ertrag des Unternehmens beteiligt werden.

¹⁰⁵¹ Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, 108, 116.

¹⁰⁵² Vor allem Cario, ZfgG 2005, 146, 152; moderat kritisch auch Schulze in: Reform des Genossenschaftsrechts, 9, 17 und aus österreichischer Perspektive Hofinger/ Jöhler, Wettbewerb der genossenschaftlichen nationalen Rechtsformen, 21 f.

¹⁰⁵³ Schulze/ Wiese, ZfgG 2006, 108, 116.

c) Vergleich und Bewertung

Nachdem man nahezu identische Regelungen in Deutschland durch die Gesetzesreform 2006 für die eG eingeführt hat,¹⁰⁵⁴ stehen nationale und supranationale Rechtsform nunmehr in dieser Hinsicht im Einklang. Dass mit der Einführung der Investorenmitgliedschaft, trotz der aus finanzwirtschaftlicher Sicht zu befürwortenden Grundidee, viele Probleme verbunden sein können, wurde bereits dargelegt.¹⁰⁵⁵ Kritisch zu sehen ist zudem auch der finanzwirtschaftliche Nutzen investierender Mitglieder in der Praxis.¹⁰⁵⁶

4. Sachgründung, Bilanzierung und besondere Wertpapiere

Die Genossenschaftsrechtsreform 2006 hat neben der Einführung der Investorenmitgliedschaft auch weitere rechtliche Anpassungen der eG an die SCE bewirkt und Unterschiede in der Finanzverfassung¹⁰⁵⁷ beseitigt.

So ist nunmehr in beiden Genossenschaftsarten¹⁰⁵⁸ eine Sachgründung zulässig,¹⁰⁵⁹ die eG muss dazu allerdings eine Regelung in der Satzung treffen.¹⁰⁶⁰ Darüber hinaus können beide bei einer Bilanzierung nach den IFRS mit dem Standard IAS 32 ihre Geschäftsanteile¹⁰⁶¹ als Eigenkapital ausweisen.¹⁰⁶²

Eine weitere Neuerung der SCE in finanzieller Hinsicht, auf die später noch genauer einzugehen ist,¹⁰⁶³ bringt schließlich Art. 64 Abs. 1 SCE-VO mit sich.¹⁰⁶⁴ Danach können Europäische Genossenschaften Wertpapiere, die keine Geschäftsanteile sind, und Schuldverschreibungen ohne Stimmrechts- oder Mitgliedschaftsrechtsgewährung an Mitglieder oder Dritte ausgeben und sich auf diese Weise neue finanzielle Mittel (auch von externen Anlegern) erschließen.

¹⁰⁵⁴ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. f) aa).

¹⁰⁵⁵ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. f) bb).

¹⁰⁵⁶ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. f) bb).

¹⁰⁵⁷ Auf diese hatte zuletzt Wiese (Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 E)) hingewiesen.

¹⁰⁵⁸ Vgl. Art. 4 Abs. 5 SCE-VO und § 7a Abs. 3 GenG.

¹⁰⁵⁹ Siehe für die SCE Ebers in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 48 und für die eG Pistorius, DStR 2006, 278, 280 sowie oben: Kapitel 2 A. II. 2. c).

¹⁰⁶⁰ Dies ist eine Parallele zur Regelung hinsichtlich des Mindestkapitals (s.o.: Kapitel 3 B. III. 1.).

¹⁰⁶¹ Siehe dazu die Vorschriften der Art. 3 Abs. 4 SCE-VO und § 73 Abs. 4 GenG.

¹⁰⁶² Vgl. dazu für die eG die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 92 und für die SCE Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 A). Siehe ferner auch oben: Kapitel 2 A. II. 2 b).

¹⁰⁶³ S.u.: Kapitel 3 C.

¹⁰⁶⁴ Siehe dazu auch bereits oben: Kapitel 2 D. IV. 1. c) cc).

5. Zusammenfassung

Eine SCE (mit Sitz in Deutschland) hat aus jetziger Sicht¹⁰⁶⁵ bessere Möglichkeiten als die eG, sich mit Kapital zu versorgen und ihren Kapitalstamm zu erhalten. Zwar hat die Genossenschaftsrechtsreform 2006 diesen Vorsprung zugunsten der eG relativiert, doch ist er nach wie vor existent.

Unterschiede offenbaren sich in Bezug auf Geschäftsanteil und Mindestkapital. Der Geschäftsanteil an einer SCE ist leichter zu übertragen und deshalb attraktiver. Zudem ist das Mindestkapital in Höhe von 30.000 Euro bei der SCE zwingend vorgeschrieben, was zwar die Gründung erschwert, die Kreditwürdigkeit hingegen deutlich hebt. Obwohl nun auch die eG ein Mindestkapital einführen kann, ist nicht zu erwarten, dass viele Genossenschaften in der Praxis von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werden. Die Genossen, die darüber zu entscheiden haben, würden damit u.U. auch bewilligen, dass ihr eingezahltes Kapital festgeschrieben wird, was nicht wenige von ihnen abschrecken wird.¹⁰⁶⁶

Sacheinlagen müssen eingetragenen Genossenschaften erst durch ihre Generalversammlung zulassen, während die SCE diesen Vorteil von vornherein nutzen kann.

Im Vergleich zur eG und zu anderen Gesellschaftsformen deutschen Rechts stellt die SCE von ihrer Kapitalverfassung her eine Art Mischform mit genossenschaftlicher Grundstruktur und kapitalgesellschaftlichen Wesenszügen dar.¹⁰⁶⁷

IV. Vergleich zu anderen europäischen Rechtsformen

Neben ihren genossenschaftlichen Schwestern auf nationaler Ebene konkurriert die SCE auf europäischer Ebene mit anderen supranationalen Rechtsformen. Wie eingangs erwähnt, bieten neben der SCE auch die EWIV und die SE die Möglichkeit einer grenzüberschreitenden Zusammenarbeit.¹⁰⁶⁸ Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, wie die SCE in den für die Finanzierung der Gesellschaft wichtigen Bereichen gegenüber EWIV und SE positioniert

¹⁰⁶⁵ Empirische Befunde gibt es freilich noch nicht, weil seit Inkrafttreten der SCE-VO nicht einmal ein Jahr vergangen ist.

¹⁰⁶⁶ Erschwerend kommt hinzu, dass der Beschluss der Generalversammlung einer eG, mit dem sie ein Mindestkapital einführt, eine Mehrheit von drei Vierteln aller abgegebenen Stimmen erfordert.

¹⁰⁶⁷ In diese Richtung auch (allerdings zum Entwurf) *Blomeyer*, BB 2000, 1741, 1744. Dieser meint zudem, die SCE lasse sich nicht in das deutsche Raster des Gesellschaftsrechts einfügen.

¹⁰⁶⁸ S.o.: Kapitel 3 Einleitung.

ist. Daran gilt es festzustellen, ob möglicherweise ein Defizit bei der SCE besteht, das sie u.U. ausgleichen kann, indem sie Genussrechte vergibt.

1. Europäisch Wirtschaftliche Interessenvereinigung – EWIV

Die EWIV war die erste supranationale Rechtsform in der Europäischen Gemeinschaft.¹⁰⁶⁹ Sie ist als Personengesellschaft konzipiert¹⁰⁷⁰ und darauf gerichtet, die wirtschaftliche Tätigkeit ihrer Mitglieder zu erleichtern oder zu entwickeln sowie die Effizienz dieser Tätigkeit zu verbessern (Art. 3 Abs. 1 EWIV-VO). Ihr Betätigungsfeld muss sich an der wirtschaftlichen Tätigkeit ihrer Mitglieder orientieren und darf allenfalls eine Hilfstätigkeit dazu bilden. Eine Gewinnerzielung darf die EWIV nicht bezwecken; sie ist aber – wie auch im Recht der eG –¹⁰⁷¹ nicht per se untersagt.¹⁰⁷² Nicht nur die gesamtschuldnerische Haftung, sondern auch die Regelungen zu Geschäftsführung und der Vertretung der EWIV entsprechen dem deutschen Personengesellschaftsrecht,¹⁰⁷³ während Zweck und Einschränkung der Gewinnerzielung stark an das Recht der SCE und der eG erinnern.¹⁰⁷⁴

Als Rechtsform, ggf. unter besonderer Berücksichtigung der Finanzverfassung, kann man die EWIV nicht mit der SCE vergleichen. Da die EWIV auf die Organisation der Unternehmenskooperation beschränkt ist,¹⁰⁷⁵ kann sie keine Eigendynamik durch eigenständige, über die Hilfsfunktion hinausgehende Tätigkeiten entfalten.¹⁰⁷⁶ Zudem ist es ihr auch nicht möglich, ersetzend an die Stelle der Betätigung der Mitglieder zu treten, also sich von deren Tätigkeit abzugrenzen. Insgesamt ist ihre Wirkungsfähigkeit daher schon vom verfassungsmäßigen Ansatz her als eher gering einzuschätzen.¹⁰⁷⁷

¹⁰⁶⁹ Vertiefend zur EWIV *Lentner*, Das Gesellschaftsrecht der EWIV, 1 ff.; *Schlüter*, EuZW 2002, 589, 589 ff.; *Steding*, NZG 2000, 913, 916 f.; *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1449 ff.; *Hauschka/ Saalfeld*, DStR 1991, 1083, 1083 ff.; *Blomeyer*, ZfgG 1987, 144, 144 ff.

¹⁰⁷⁰ Siehe dazu § 1 EWIV-AG, der eine subsidiäre Anwendung des deutschen OHG-Rechts festlegt. Dazu auch: *Steding*, NZG 2000, 913, 916; *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1452.

¹⁰⁷¹ S.o.: Kapitel 2 C. I. 1. b) aa) (6).

¹⁰⁷² *Schlüter*, EuZW 2002, 589, 591; *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1452.

¹⁰⁷³ *Steding*, NZG 2000, 913, 916.

¹⁰⁷⁴ Dazu vor allem: *Blomeyer* (ZfgG 1987, 144, 158), nach dem der EWIV aus deutscher Rechtsperspektive eine genossenschaftliche Grundkonzeption zugrunde liegt.

¹⁰⁷⁵ *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1458; *Steding*, NZG 2000, 913, 916.

¹⁰⁷⁶ *Schlüter*, EuZW 2002, 589, 592.

¹⁰⁷⁷ Ähnlich auch *Schlüter*, EuZW 2002, 589, 592.

Die nun deutlich über ein Jahrzehnt bestehende Praxis der EWIV bestätigt dies: Unternehmerische Ziele werden in der EWIV nur selten verfolgt. Vorwiegend machen sich Freiberufler¹⁰⁷⁸ diese Rechtsform zu Nutze, um grenzüberschreitend zusammenzuarbeiten.¹⁰⁷⁹

Darüber hinaus hat der europäische Gesetzgeber bei den Beratungen über den Erlass der SCE-VO die damals bereits bestehende EWIV-VO für nicht ausreichend erachtet, um einen rechtlichen Rahmen für die auf genossenschaftlichen Grundsätzen basierenden Gesellschaften zu bilden,¹⁰⁸⁰ der diesen den Zugang zum Binnenmarkt der Europäischen Gemeinschaft auf konkurrenzfähiger Basis ermöglichen könnte. Die SCE weist ein eigenständiges rechtsformbildendes Tätigkeitsfeld auf, während die EWIV lediglich eine Hilfestellung zu der durch die Mitglieder geprägten Betätigung bieten kann. Gesichert wird diese Ausrichtung der EWIV durch eine Vielzahl von Betätigungsverboten,¹⁰⁸¹ die die SCE nicht kennt.

Somit dürfte die EWIV in der Regel keine konkurrierende Rechtsform der SCE darstellen, weil sie deren Möglichkeiten und Ziele bei weitem nicht erfüllt.¹⁰⁸²

2. Europäische (Aktien-) Gesellschaft – SE/ Kapitalgesellschaften im Allgemeinen

Die Europäische Aktiengesellschaft wurde durch eine Europäische Verordnung aus dem Jahre 2001¹⁰⁸³ ins Leben gerufen, die am 8. Oktober 2004 in Kraft trat.¹⁰⁸⁴ Das erforderliche Ausführungsgesetz auf nationaler Ebene¹⁰⁸⁵ hat in Deutschland am 29. Dezember 2004 Geltung erlangt.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁷⁸ Zur Anwendung der EWIV für eine Kooperation von Freiberuflern siehe *Hauschka/ Saalfeld*, DStR 1991, 1083, 1083 ff.

¹⁰⁷⁹ *Schlüter*, EuZW 2002, 589, 592.

¹⁰⁸⁰ *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 1 B) I. 3.

¹⁰⁸¹ Namentlich einem Beherrschungsverbot, einem Beteiligungsverbot, einer Beschäftigungshöchstgrenze von 500 Arbeitnehmern, einem Verbot der Gewährung von Darlehen und einem Verbot der Mitgliedschaft an einer anderen Gesellschaft gleicher Rechtsform. Dazu *Hauschka/ Saalfeld*, DStR 1991, 1083, 1085.

¹⁰⁸² Am Rande sei darauf hingewiesen, dass auch die erwähnte gesamtschuldnerische Haftung der EWIV und die damit verbundenen Risiken diese Gesellschaftsform für eine wirtschaftliche Betätigung in größerem Rahmen wenig attraktiv machen. Zur Haftung der EWIV generell *Müller-Gugenberger*, NJW 1989, 1449, 1457; *Hauschka/ Saalfeld*, DStR 1991, 1083, 1084.

¹⁰⁸³ Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates vom 8. Oktober 2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft (SE), abgedruckt in: ABl. EG 2001, L 294/1.

¹⁰⁸⁴ Grundlegend zur SE *Lutter*, Die Europäische Gesellschaft, 1 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1, 1 ff.

¹⁰⁸⁵ Gesetz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22. Dezember 2004, abgedruckt in: BGBl. I, 3675 ff.

¹⁰⁸⁶ Zur Umsetzung der SE in Deutschland siehe *Brandt*, BB 2005, Beilage Heft 8, 1, 1 ff.; *Nagel*, NZG 2004, 833, 833 ff.; *Ihrig/ Wagner*, BB 2004, 1749, 1749 ff.

Die SE ist gemäß Art. 1 Abs. 2 und 3 SE-VO eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Ihr Kapital¹⁰⁸⁷ ist – vergleichbar mit den Geschäftsanteilen der SCE – in Aktien zerlegt. Als Aktiengesellschaft ist die SE kapitalgesellschaftlich geprägt und auf Gewinnerzielung und -maximierung angelegt. Aus diesem Grund gilt der folgende Vergleich in vielen Bereichen stellvertretend auch für eine Gegenüberstellung von SCE und deutschen Kapitalgesellschaften; deren Eigenschaften sind mit denen der SCE vergleichbar.

a) Mindestkapital

Eine SE muss nach Art. 4 Abs. 2 SE-VO ein gezeichnetes Kapital von mindestens 120.000 Euro aufweisen. Dieser Wert übersteigt den für die SCE geltenden Betrag um das Vierfache¹⁰⁸⁸ und belegt, dass die SE als Rechtsform besonders für große Unternehmen konzipiert ist.¹⁰⁸⁹ Ein derart hohes Grundkapital schafft nicht nur Vertrauen bei Geschäftspartnern der Gesellschaft, sondern lässt sie auch aus Sicht von etwaigen Kreditgebern besser dastehen als die SCE.

b) Geschäftsanteile und Mitgliedschaft

Eine Schwäche der SCE ist, dass der Erwerber eines Geschäftsanteils zusätzlich auch Mitglied der Genossenschaft werden muss und dass letzteres gemäß Art. 14 Abs. 1 Ua. 1 SCE-VO (zwingend) von der Zustimmung des Leitungs- oder Verwaltungsorgans der SCE abhängt.¹⁰⁹⁰ Diese Erschwernis besteht für den Aktionär der SCE nicht.

Der Verordnungsgeber der SE-VO hat die Übertragung von Aktien nicht geregelt; deshalb kommt nationales Recht zur Anwendung.¹⁰⁹¹ Sowohl Namens- als auch Inhaberaktien können im deutschen Recht grundsätzlich ohne weiteres nach §§ 929 ff. BGB übertragen werden.¹⁰⁹² Das in der Aktie verkörperte Mitgliedschaftsrecht geht bei Übertragung automatisch

¹⁰⁸⁷ Zur Finanzverfassung sowie Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in der SE siehe *Oechsler*, NZG 2005, 449, 449 ff.; *Hirte*, NZG 2002, 1, 9 f.

¹⁰⁸⁸ Selbst im Vergleich zu einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts sind die Mindestkapitalanforderungen der SE erstaunlich hoch (nach § 6 AktG ist der Mindestnennbetrag des Grundkapitals einer AG 50.000 Euro).

¹⁰⁸⁹ *Hommelhoff*, AG 2001, 279, 287; *Hirte*, NZG 2002, 1, 9.

¹⁰⁹⁰ Dazu auch *Alfandari/ Piot* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 83; *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 4 A).

¹⁰⁹¹ *Hirte*, NZG 2002, 1, 9.

¹⁰⁹² Verbriefte Inhaberaktien werden in der Praxis regelmäßig nach § 929 S. 1 BGB übertragen, um einen eventuell erforderlichen Gutgläubenserwerb zu ermöglichen. Auf eine zusätzliche Abtretung der Rechte nach §§ 413, 398 BGB können Zedent und Zessionar verzichten, wenn der Begebungsvertrag über die Urkunde wirksam und mangelfrei war. Namensaktien kann man zum einen gemäß § 68 Abs. 1 S. 1 AktG per Indossament übertragen. Wegen des Wortlautes dieser Vorschrift kann die Übertragung zum anderen auch dadurch erfolgen, dass man die Rechte aus der Namensaktie nach §§ 413, 398 BGB abtritt. In diesem Fall muss der Zedent zusätzlich die Aktienurkunde übergeben; ein gutgläubiger Erwerb der Aktien ist dann nicht möglich. Da

auf den Erwerber über, ohne dass es einer Zustimmung des Leitungs- oder Verwaltungsorgans der SE bedarf. Hier offenbaren sich die kapitalistische Struktur der SE auf der einen und die personalistische Struktur der SCE auf der anderen Seite.

c) Investoren/ Aktionäre

Die Trennung zwischen ordentlichen Mitgliedern und Investorenmitgliedern existiert bei der SE naturgemäß nicht.¹⁰⁹³ Die Motive der Aktionäre sind regelmäßig finanzieller Natur und ihr Interesse richtet sich vor allem auf die Erzielung einer möglichst hohen Dividende. Daher ist die Gefahr von Interessenkonflikten, die die Handlungsfähigkeit der SCE beeinträchtigen können, bei der SE nicht so akut.

d) Haftung

Aktionäre einer SE haften nur bis zur Höhe des von ihnen gezeichneten Kapitals – Mitglieder einer SCE grundsätzlich bis zur Höhe der eingezahlten Geschäftsanteile; zusätzlich kann bei der SCE eine Nachschusspflicht bestehen.¹⁰⁹⁴ Darüber hinaus kann die Generalversammlung sogar in der Satzung bestimmen, dass die Haftung der Mitglieder noch weiter reicht oder gar unbeschränkt ist.¹⁰⁹⁵ Derartige Regelungen würden Anleger zweifelsohne abschrecken.

Im Hinblick auf die Nachschusspflicht ist bereits ein Nachteil der SCE bei der Werbung von Kapitalgebern zu verzeichnen. Trifft die SCE eine haftungsverschärfende Regelung in der Satzung wird dieser Nachteil noch gravierender.

e) Sachgründung

Ob designierte Aktionäre anstelle der Zahlung des Ausgabebetrags der Aktien auch Sacheinlagen in eine SE einbringen können, bestimmen die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen.

dies die Handelbarkeit der entsprechenden Aktie erschwert, sind Namensaktien zweckmäßigerweise ebenfalls nach §§ 929 ff. BGB zu übertragen. Gleiches gilt in der Regel auch dann, wenn die Aktien in einem Depot verwahrt werden. Ist die Mitgliedschaft (Aktie) nicht verbrieft, so kann der Zedent sie nach §§ 398, 413 BGB abtreten (zum Ganzen ausführlich *Eder*, NZG 2004, 107, 107 ff.).

¹⁰⁹³ *Schulze* in: ders., Europäische Genossenschaft, 99.

¹⁰⁹⁴ Dies erfordert eine entsprechende Regelung in der Satzung, vgl. *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 4 B) IV.

¹⁰⁹⁵ *Alfandari/ Piot* in: *Schulze*, Europäische Genossenschaft, 88; *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 4 B) IV.

gen.¹⁰⁹⁶ Mangels anderweitiger Bestimmungen im deutschen Ausführungsgesetz zur SE-VO gilt hier deutsches Aktienrecht. Dies legt in § 27 AktG unter dem Vorbehalt einer statuari-schen Regelung¹⁰⁹⁷ zwei Arten der Sachgründung fest: Zum Ersten Einlagen, die nicht darin bestehen, den Ausgabebetrag für die Aktien zu erbringen (Sacheinlagen), und zum Zweiten Übernahmen von vorhandenen oder herzustellenden Anlagen oder Vermögensgegenstän-den der AG (Sachübernahmen). Da die Sachgründung bei der SCE auch ohne entsprechen-de Regelung in der Satzung zulässig ist, liegt in diesem Bereich ein – wenn auch nicht sehr gewichtiger – Vorteil der SCE.

f) Bilanzierung

So wie die SCE das auf die Geschäftsanteile eingezahlte Kapital als Eigenkapital verbuchen kann, ist auch die SE¹⁰⁹⁸ in der Lage, das Kapital als Eigenkapital auszuweisen, das sie sich durch die Ausgabe von Aktien erschlossen hat.¹⁰⁹⁹ Für die SCE besteht diese Möglichkeit allerdings nur unter der Voraussetzung des Art. 3 Abs. 4 SCE-VO, also wenn sie einen Min-destbetrag festschreibt, der oberhalb des oder auf gleicher Ebene mit dem Mindestkapital liegt. Diesen wird die SCE jedoch in der Praxis nicht so hoch ansetzen können, dass er den Gesamtbetrag der auf die Geschäftsanteile eingezahlten Beträge erreicht; denn ansonsten würde das für die Mitglieder bestehende und mit der Kündigung verbundene Recht auf Aus-zahlung der Geschäftsguthaben¹¹⁰⁰ ad absurdum geführt.¹¹⁰¹

In der Praxis wird die Europäische Gesellschaft in der Regel nicht nur absolut,¹¹⁰² sondern auch relativ gesehen mehr Eigenkapital ausweisen können als die SCE, weil eine Art. 3 Abs. 4 SCE-VO entsprechende Regelung im Recht der SE mangels Kündbarkeit von Aktien nicht erforderlich ist.

¹⁰⁹⁶ Hirte, NZG 2002, 1, 9.

¹⁰⁹⁷ Pentz in: MüKoAktG, § 27 Rdnrn. 8 f.

¹⁰⁹⁸ Nach Art. 61 SE-VO unterliegt die SE (sofern es sich nicht um eine Bank oder ein Versicherungsunterneh-men handelt und deshalb Art. 62 SCE-VO Anwendung findet) bei der Bilanzierung den in den nationalen Rechtsordnungen für Aktiengesellschaften geltenden Vorschriften. Neben einem gewöhnlichen HGB/AktG-Abschluss kann eine SE mit Sitz in Deutschland gemäß § 315a Abs. 1 HGB auch nach IAS/IFRS bilanzieren.

¹⁰⁹⁹ Zur Bilanzierung der SE mit Sitz in Deutschland siehe: Fischer in: MüKoAktG, Art. 61 Rdnrn. 7 ff.

¹¹⁰⁰ Vgl. Art. 16 Abs. 1 SCE-VO.

¹¹⁰¹ Diese würde potentielle Mitglieder von vornherein davon abhalten, der Gesellschaft beizutreten.

¹¹⁰² Das Mindestkapital beträgt 120.000 Euro und die Gesellschaftsform ist auf Großunternehmen ausgelegt.

g) Besondere Wertpapiere

Auch die SE kann besondere Wertpapiere im Sinne des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO ausgeben und ihr Unternehmen auf diese Weise mit flüssigen Mitteln und ggf. mit Eigenkapital versorgen. Mangels Regelung in der SE-VO kommt subsidiär nationales Aktienrecht zum Zuge – bei der SE mit Sitz in Deutschland folglich § 221 AktG. Danach darf der Vorstand der SE Wertpapiere, wie beispielsweise Gewinn- und Wandelschuldverschreibungen oder Genussrechte, ausgeben, wenn er zuvor einen entsprechenden Beschluss der Hauptversammlung einholt.¹¹⁰³

h) Besonderheiten von SE und Kapitalgesellschaften im Allgemeinen

Außerdem kann die SE wie andere Kapitalgesellschaften besondere Maßnahmen zur Verbesserung der Kapitalsituation und Wettbewerbsfähigkeit ergreifen. Erwähnenswert sind hier vor allem die Kapitalerhöhung¹¹⁰⁴ und speziell für die SE die direkte Gründung einer Holding.¹¹⁰⁵ Die SE kann mittels Gründung einer Holding nicht nur Kapitalbeteiligungsgrenzen umschiffen, sondern auch Steuervorteile nutzen – und so teilweise immense Kosten sparen.

Zwar sind auch die eG und SCE in der Lage, Holdinggesellschaften zu gründen, doch stellt der Förderzweck erhebliche Beschränkungen insbesondere für die Haltegenossenschaften auf.¹¹⁰⁶ Das Grundkapital einer SCE kann durch zusätzliche Einzahlungen der Mitglieder erhöht werden, auch wenn die SCE-VO dazu keine ausdrückliche Regelung trifft. Die Zulässigkeit der Kapitalerhöhung ergibt sich in jedem Fall aus Art. 4 Abs. 8 Ua. 2 SCE-VO und aus der Variabilität des Grundkapitals nach Art. 1 Abs. 2 Ua. 2 SCE-VO.

i) Zusammenfassung

Im Ergebnis schneidet die SCE bei der Bewertung der finanzrechtlichen Möglichkeiten wegen ihrer genossenschaftlichen Schranken schlechter ab als die SE. Ein deutlich höheres Grundkapital (Mindestkapital) beschert letzterer eine bessere Liquidität und Bonität. Die An-

¹¹⁰³ Ähnlich insoweit die für die SCE geltende Regelung des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO, die die Ausgabe von besonderen Wertpapieren an eine entsprechende Bestimmung in der Satzung, folglich an einen Beschluss der Generalversammlung, knüpft.

¹¹⁰⁴ Zur Kapitalerhöhung bei der AG siehe §§ 207 ff. AktG und *Volhard* in: MüKoAktG, § 141 Rdnrn. 8 ff.; *Fettl/Spiering*, NZG 2002, 358, 358 ff. Zur Kapitalerhöhung bei der GmbH vgl. §§ 57c ff. GmbHG.

¹¹⁰⁵ Vgl. dazu *Oechsler*, NZG 2005, 449, 449 f. Im Übrigen sei bemerkt, dass der Weg zu einer solchen Holdinggründung einer deutschen Aktiengesellschaft wegen der Regelung des § 71a Abs. 2 AktG verwehrt ist – insofern liegt hierin ein klarer Vorteil der SE.

¹¹⁰⁶ Zum Ganzen: *Beuthien*, GenG, § 1 Rdnr. 71.

teile¹¹⁰⁷ beider Gesellschaftsformen sind handelbar, jedoch reicht die Zeichnung von Aktien bei der SE zum Erwerb der Mitgliedschaft aus. Bei der SCE ist zur Erlangung der Mitgliedschaft ein etwas umständlicherer Weg über die Unternehmensleitung bzw. -verwaltung zu gehen. Die auf den Wert der Aktien beschränkte Haftung der Anteilseigner der SE stellt einen entscheidenden Vorteil im Hinblick auf die Attraktivität der Aktie als Kapitalanlage dar; denn die Satzung der SCE bestimmt in der Regel zumindest eine Nachschusspflicht der Mitglieder gegenüber der Gesellschaft – ggf. haften sie gar unbeschränkt. Des Weiteren kann die SE das über Aktien eingebrachte Kapital vollständig als Eigenkapital ausweisen. Die SCE ist in diesem Bereich aufgrund der Kündbarkeit der Geschäftsguthaben vor weitere Probleme gestellt. Sie kann die Auszahlung der Geschäftsguthaben aussetzen. Mit steigender Höhe des Aussetzungsbetrages wächst dann zwar das Eigenkapital, gleichzeitig sinkt aber auch die Attraktivität des Geschäftsanteils. Zudem sind der SE die für Kapitalgesellschaften typischen Maßnahmen zur Verbesserung der Kapitalsituationen wie die Bildung einer Holding anheim gestellt.¹¹⁰⁸

Einziges Plus für die SCE stellt die von vornherein bestehende Möglichkeit einer Sachgründung dar, deren finanzwirtschaftlicher Nutzen allerdings als nicht besonders hoch einzuschätzen ist. Zudem kann die SE diesen Vorteil durch eine entsprechende Regelung in der Satzung egalisieren.

3. Zwischenergebnis

Aus dem Verhältnis zur EWIV lassen sich keine Gründe für oder gegen die Ausgabe von Genussscheinen in der SCE ableiten, weil beide Gesellschaften schon vom Ansatz her nicht miteinander konkurrieren. Anders verhält es sich im Vergleich zwischen SCE und SE. Hier treffen zwei unterschiedliche Rechtsformen mit förderwirtschaftlicher Grundausrichtung auf der einen und kapitalistischer Struktur auf der anderen Seite aufeinander, welche durchaus in Konkurrenz zueinander stehen. So hat beispielsweise ein Kapitalanleger mit rein finanziellen Interessen die Wahl, ob er Aktien einer SE zeichnet oder als Investormitglied in eine SCE investiert. Auch potentielle Unternehmensgründer müssen sich entscheiden, in welcher der

¹¹⁰⁷ Der Begriff meint Geschäftsanteile bei der SCE und Aktien bei der SE.

¹¹⁰⁸ Trotz dieser Vorteile ist in der Praxis momentan nicht unbedingt mit einer Vielzahl von SE-Neugründungen zu rechnen, da diese Gesellschaftsform vor bis dato nicht geklärten steuerrechtlichen Problemen steht und die SE-Mitbestimmungsrichtlinie (Richtlinie 2001/86/EG des Rates vom 8. Oktober 2001 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, abgedruckt in: ABL. EG 2001, L 294/22) Europäische Gesellschaften mit Sitz in Deutschland benachteiligt. Auch in anderen bevölkerungsreichen EU-Staaten, wie Frankreich und dem Vereinigten Königreich, ist man eher skeptisch, was die SE angeht. Zum Ganzen ausführlich *Hopt*, ZIP 2005, 461, 464 f., 471.

beiden Rechtsformen sie in Zukunft grenzüberschreitend zusammenarbeiten möchten, da u.U. beide in Betracht kommen.¹¹⁰⁹

Für den Investor beinhaltet eine Kapitalanlage in der SCE im Vergleich zu einer Investition in eine SE mehr Nachteile als Vorteile. Daher besteht auch für die SCE ein Bedürfnis, sich die Vorteile hybrider Finanzierungsmittel wie der Genussrechte¹¹¹⁰ zu Nutze zu machen, wenn sie sich eignen. Dadurch kann die SCE möglicherweise einige Nachteile kompensieren.

V. Zwischenergebnis

Empirische Befunde, die auf eine besondere Eigenkapitalschwäche und Finanzierungsprobleme der SCE hindeuten, liegen nicht vor und können deshalb auch nicht zum Anlass genommen werden, in einer SCE Genussrechte auszugeben. Ein Vergleich der Finanzstruktur der SCE mit der der eG bescheinigte ersterer einige Vorteile. Somit ergibt sich aus diesem Vergleich ebenfalls kein zwingendes Bedürfnis für eine Genussrechtsvergabe.

Gleichwohl schneidet die SCE bei einer Gegenüberstellung ihrer Finanzverfassung mit der der SE in vielerlei Hinsicht schlechter ab, weil sich die vollständig kapitalistische Struktur der SE behauptet.¹¹¹¹ Ähnliches würde sich auch aus einem Vergleich der SCE mit Sitz in Deutschland und deutschen Kapitalgesellschaften ergeben.¹¹¹² Um diesen Nachteilen entgegenzuwirken, ist eine Vergabe von Genussrechten in der SCE anzuraten.

Unabhängig davon stärken Genussrechte in jedem Fall die Kapitalbasis eines Unternehmens und sind daher auch allgemein als Finanzierungsmittel für die SCE von Interesse.

¹¹⁰⁹ Man stelle sich beispielsweise zwei Genossenschaftsbanken aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten vor, die zukünftig in gemeinsamer europäischer Rechtsform tätig werden möchten. Diese müssen die Entscheidung treffen, ob sie die genossenschaftlichen Strukturen beider Unternehmen erhalten (SCE) oder sich die zahlreichen Vorteile finanzrechtlicher Natur der SE zu Nutzen machen wollen.

¹¹¹⁰ Zu diesen Vorteilen s.o.: Kapitel 2 B. VII.

¹¹¹¹ Allerdings weist auch die Finanzverfassung der SCE kapitalgesellschaftliche Elemente auf, vgl. dazu *Bacher* in: *Europäische Integration*, 457, 468 f.

¹¹¹² Dies wäre vor allem im Vergleich zur Aktiengesellschaft der Fall. Die GmbH hingegen ist der SCE aus finanzrechtlicher Sicht nicht in allen Punkten überlegen. Beispielsweise kann sie ein geringeres Stammkapital (25.000 Euro) aufweisen.

C. Die gesetzliche Regelung

Europäische Genossenschaften können von Rechts wegen Genussrechte ausgeben, ohne dass sich rechtliche Bedenken ergeben.

I. Genussrechtsausgabe nach Art. 64 Abs. 1 SCE-VO

Der Verordnungsgeber hat der SCE in Art. 64 Abs. 1 SCE-VO die Möglichkeit eingeräumt, Wertpapiere, die keine Geschäftsanteile sind, und Schuldverschreibungen, deren Inhaber kein Stimmrecht haben, auszugeben.¹¹¹³ Dazu ist allerdings eine Regelung in der Satzung erforderlich. Unter diese Art von Wertpapieren sind auch die Genussrechte zu fassen,¹¹¹⁴ sofern sie verbrieft sind.¹¹¹⁵

II. Rechte der Genussrechtsinhaber

Inhaber von Genussscheinen einer SCE erhalten von Gesetzes wegen grundsätzlich keine Mitgliedschaftsrechte,¹¹¹⁶ so Art. 64 Abs. 1 S. 3 SCE-VO.¹¹¹⁷

1. Gestaltungsfreiheit

Ansonsten haben Satzungsgeber und handelnde Organe der SCE bei der Gestaltung der Genussrechtsbedingungen weitgehend freie Hand. Art. 64 Abs. 2 SCE-VO legt vage fest, man könne den Inhabern der in Abs. 1 erwähnten Wertpapiere und Schuldverschreibungen entsprechend einer statutarischen Regelung oder gemäß den bei Vertragsabschluss ausgehandelten Bedingungen besondere Vorteile gewähren. Neben der weiten Formulierung des Art. 64 Abs. 1 S. 1 SCE-VO bringt dies auch zum Ausdruck, dass die genaue Gestaltung der Finanzierungsform vollständig der Privatautonomie der Parteien unterliegt.¹¹¹⁸ Bei Genussrechten können diese somit Laufzeit, Kündbarkeit, Art und Höhe der Verzinsung, Bedienung, Verlustbeteiligung sowie Liquidationsbeteiligung frei aushandeln. Insbesondere gelten hierfür

¹¹¹³ S.o.: Kapitel 2 D. IV. 1. c) cc) (2); ferner auch *Zawischa* in: FS Doralt, 729, 737.

¹¹¹⁴ Siehe dazu ausführlich oben: Kapitel 2 D. IV. 1. c) cc) (3) sowie *Schulze/ Wiese*, ZfgG 2006, 108, 118; *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 C) I.; *Beuthien*, GenG, Art. 64 Rdnr. 1.

¹¹¹⁵ Siehe dazu oben: Kapitel 1 A. I.

¹¹¹⁶ Dass dies eine notwendige Bedingung ist, um überhaupt von Genussrechten/ Genussscheinen sprechen zu können, wurde bereits festgestellt, vgl. oben: Kapitel 1 A. VI. 1.; Kapitel 1 A. VI. 2.

¹¹¹⁷ Eine Ausnahme stellt das Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung dar, vgl. dazu auch die folgenden Abschnitte.

¹¹¹⁸ Ähnlich auch: *Cusa* in: *Schulze*, Europäische Genossenschaft, 161.

nicht die für Geschäftsanteile maßgeblichen Bestimmungen der SCE-VO wie beispielsweise Art. 4 und Art. 16.¹¹¹⁹

2. Grenzen

Diese Gestaltungsfreiheit stößt allerdings dort an Grenzen, wo die Mitgliedschaft beginnt. Eine Sonderregelung trifft hier Art. 58 Abs. 2 SCE-VO. Danach haben diejenigen, die Wertpapiere i.S.d. Art. 64 Abs. 1 SCE-VO halten, ein Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung –¹¹²⁰ und damit ein typisches Mitgliedschaftsrecht.¹¹²¹ Ein Stimmrecht erhalten sie indes nicht.¹¹²²

a) Rede- und Antragsrechte in der GV

Aus der SCE-VO ergibt sich indes nicht, ob ihnen (also auch den Genussrechtsinhabern) ggf. Rede-, Frage- und Antragsrechte oder gar eine beratende Stimme in der Generalversammlung eingeräumt werden kann. Der weite Wortlaut der Art. 64 Abs. 1 S. 1, 58 Abs. 2 SCE-VO ließe dies bei isolierter Betrachtung u.U. zu.

aa) Einräumung von Rede- und Antragsrechten

Manche gehen deshalb davon aus, dass den Betroffenen mit dem Ausschluss des Stimmrechts in der Generalversammlung nicht gleichzeitig auch Rede- und Antragsrechte verwehrt wären.¹¹²³ Für eine derartige Sichtweise sprechen vor allem die im deutschen Gesellschaftsrecht geltenden Grundsätze für den Inhalt von Teilnahmerechten.¹¹²⁴ Diejenigen, denen ein Recht auf Teilnahme an einer Gesellschafter- oder Aktionärsversammlung zusteht, haben

¹¹¹⁹ Cusa in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 161.

¹¹²⁰ Dieses Recht steht ihnen unabhängig davon zu, ob sie Mitglied sind.

¹¹²¹ Zu den Mitgliedschaftsrechten in einer SCE siehe: *Alfandari/ Piot* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 83 ff.

¹¹²² Dies ergibt sich aus dem ausdrücklichen Wortlaut des Art. 58 Abs. 2 SCE-VO. Nach deutschen gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen wäre der Stimmrechtsausschluss schon wegen der Regelung des Art. 64 Abs. 1 S. 3 SCE-VO offensichtlich. Die SCE-VO kennt den korrelativen Zusammenhang zwischen Mitgliedschaft und Stimmrecht offensichtlich nicht; denn Stimmrechte können auch solchen Personen zustehen, die nicht Mitglied in der Gesellschaft sind, so Art. 59 Abs. 4 SCE-VO (Arbeitnehmervertreter), wenn die Umsetzung in den Mitgliedstaaten dies ermöglicht. Der deutsche Gesetzgeber hat weder im SCE-AG noch im SCE-BG eine solche Regelung getroffen, weil eine derart weite Mitbestimmung der Arbeitnehmer dem deutschen Gesellschaftsrecht fremd ist. In derartigen Fällen erlischt das Recht der Arbeitnehmervertreter auf stimmberechtigte Teilnahme an der Generalversammlung nach Art. 59 Abs. 4 S. 2 SCE-VO (zu letzterem vgl. *Schulze* in: ders., Europäische Genossenschaft, 115).

¹¹²³ *Beuthien*, GenG, Art. 58 Rdnr. 2.

¹¹²⁴ Zu Teilnahmerechten bei Versammlungen von Gesellschaftern und Aktionären vgl. *Zöllner* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 48 Rdnrn. 6 ff.; *Hüffer*, AktG, § 118 Rdnrn. 9 ff.; *Kubis* in: MüKoAktG, § 118, Rdnrn. 53 f.

selbstredend ein Recht auf körperliche Anwesenheit,¹¹²⁵ das Recht, das Wort zu ergreifen,¹¹²⁶ in angemessenem Umfang Redebeiträge zu leisten¹¹²⁷ und in diesem Sinne Fragen und Anträge¹¹²⁸ zu stellen.¹¹²⁹ Das Teilnahmerecht verpflichtet eine Versammlung, den Berechtigten anzuhören.¹¹³⁰ Wenn sie dem nicht nachkommt, indem sie insbesondere Redebeiträge und Anträge verbietet, sind die in dem betroffenen Zusammenhang gefassten Beschlüsse anfechtbar.¹¹³¹

In diesem Sinne wäre es systematisch begründbar, Genussscheinsinhabern, die an einer Generalversammlung einer SCE mit Sitz in Deutschland teilnehmen, diese Rechte im Rahmen ihres Teilnahmerechts zuzugestehen. Zusätzlich stellt sich die Frage, wozu diesen ihr Recht aus Art. 58 Abs. 2 SCE-VO nützt, wenn es auf eine rein passive Teilnahme reduziert ist.

bb) Keine über Art. 64 Abs. 4 SCE-VO hinausgehenden Rede- und Antragsrechte

Mit einer derartigen Auslegung des Teilnahmerechts, die vor allem auf der deutschen (kapital-)gesellschaftsrechtlichen Dogmatik beruht, wird man den Besonderheiten der Rechtsform SCE nicht gerecht.

(1) Genossenschaftliche Struktur

Auch wenn die SCE kapitalistische Elemente aufweist, ist sie in erster Linie (immer noch) genossenschaftlich strukturiert. Es gilt der Grundsatz des Vorrangs der Person gegenüber dem Kapital¹¹³² und somit auch der Vorrang von Mitgliedern gegenüber Nichtmitgliedern; welche nur aus Anlageinteressen mit der Genossenschaft in Verbindung stehen. Aus diesem Grund hat der europäische Gesetzgeber vermutlich den Wertpapierinhabern i.S.d. Art. 64 Abs. 1 S. 1 SCE-VO nach Art. 58 Abs. 2 SCE-VO ausdrücklich kein Stimmrecht eingeräumt und auf diese Weise eine Einflussnahme auf die Geschicke der Gesellschaft verhindert. Eine besondere Mitgliederbezogenheit prägt die genossenschaftlichen Gesetzeswerke.¹¹³³ Des-

¹¹²⁵ Dazu ausführlich *Kubis* in: *MükoAktG*, § 118 Rdnr. 53.

¹¹²⁶ *Hüffer*, *AktG*, § 118 Rdnr. 9; *Zöllner* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG*, § 48 Rdnr. 20.

¹¹²⁷ *Zöllner* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG*, § 48 Rdnr. 20.

¹¹²⁸ *Zöllner* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG*, § 48 Rdnr. 20; *Hüffer*, *AktG*, § 118 Rdnr. 9.

¹¹²⁹ Im Übrigen beinhaltet das Teilnahmerecht nicht auch eine Teilnahmepflicht, vgl. dazu: *Hüffer*, *AktG*, § 118 Rdnr. 12.

¹¹³⁰ BGH NJW 1971, 2225, 2225; *Hüffer* in: *Hachenburg, GmbHG*, § 48 Rdnr. 13.

¹¹³¹ *Hüffer*, *AktG*, § 118 Rdnr. 12; *Zöllner* in: *Baumbach/ Hueck, GmbHG*, § 48 Rdnr. 20.

¹¹³² Erwägungsgrund Nr. 8 der SCE-VO.

¹¹³³ *Schulze* in: *ders., Europäische Genossenschaft*, 114 Fn. 40.

halb ist auch die Generalversammlung in erster Linie eine „Versammlung der Mitglieder“¹¹³⁴ und nicht der Genussscheinsgläubiger. All dies spricht für ein schlankes und gegen ein umfangreiches Teilnahmerecht der Wertpapierinhaber.

(2) Zusammenhang zwischen Art. 58 Abs. 2 und Art. 64 Abs. 1 S. 3 SCE-VO

Ferner besteht ein Zusammenhang zwischen Art. 58 Abs. 2 und der Vorschrift des Art. 64 Abs. 1 S. 3 SCE-VO, die einen grundsätzlichen Ausschluss von Mitgliedschaftsrechten für die Genussscheinsinhaber postuliert. Art. 58 Abs. 2 SCE-VO ist eine Ausnahmevorschrift zu diesem Grundsatz – denn auch ein Recht auf (passive) Teilnahme ist ein Mitgliedschaftsrecht –, die entsprechend restriktiv auszulegen ist. Wenn Art. 64 Abs. 1 S. 3 SCE-VO Genussscheinsinhabern Mitgliedschaftsrechte verweigert und Art. 58 Abs. 2 SCE-VO diesen ausnahmsweise die Teilnahme an der Generalversammlung erlaubt, dann kann man ihnen in systematischer Hinsicht keine typischen Mitgliedschaftsrechte (wie Rede, Frage- und Antragsrechte) zugestehen, die über die reine (passive) Teilnahme hinausgehen.¹¹³⁵ Dies wäre nur möglich, wenn man den Teilnahmebegriff weit auslegt, doch das gibt die Verbindung von Art. 64 Abs. 1 S. 3 und 58 Abs. 2 SCE-VO nicht her.

(3) Passives Teilnahmerecht als Kontrollrecht

Weiterhin fällt auch die Beantwortung der Frage nach dem Nutzen eines passiven Teilnahmerechts nicht negativ aus. Zwar nehmen Genussscheinsinhaber bei passiver Teilnahme grundsätzlich keinen Einfluss auf die innere Gestaltung der Gesellschaft und die Unternehmensführung, doch angesichts ihres Status als Nichtmitglieder gesteht man ihnen eine durchaus beachtenswerte Rechtsposition zu.¹¹³⁶ Obwohl sie Gläubiger der Gesellschaft sind,¹¹³⁷ erhalten sie durch ihre physische Anwesenheit einen tiefgehenden Einblick in die innere Organisation der Gesellschaft. Die Generalversammlung bietet Aufschluss über Mittelverwendung, geplante Investitionen, Jahresabschluss und Gewinn- und Verlustrechnung sowie den allgemeinen wirtschaftlichen Kurs des Unternehmens. Dabei handelt es sich um Informationen, die für die Inhaber von Genussscheinen oder sonstigen Wertpapieren i.S.d. Art. 64 Abs. 1 SCE-VO von besonderem Interesse sind. Anhand dieser Informationen kön-

¹¹³⁴ So *Schulze* in: ders., Europäische Genossenschaft, 114.

¹¹³⁵ Wie sie im deutschen Gesellschaftsrecht üblich ist.

¹¹³⁶ Gewöhnliche Darlehensgeber dürfen in der Regel eben nicht an Generalversammlungen ihrer Schuldnerunternehmen teilnehmen und erhalten somit keinen gesetzlich garantierten umfangreichen Einblick in das Unternehmen. Kreditgeber sichern sich jedoch zunehmend ausführliche Informationen durch ein Rating (siehe dazu auch oben: Kapitel 2 B. III. 1.).

¹¹³⁷ S.o.: Kapitel 1 A. VI. 1.

nen sie überprüfen, ob und wenn ja in welchem Umfang das Unternehmen die Ansprüche erfüllen kann, die es ihnen im Genussrechtsvertrag zugestanden hat.¹¹³⁸ Des Weiteren kann die bloße Anwesenheit der Genussscheinsinhaber dazu führen, dass die Mitglieder keine Geschäftspolitik betreiben oder anstreben, die den Interessen ersterer völlig zuwider läuft. Das passive Teilnahmerecht kommt also einem Kontrollrecht gleich und ist daher sehr wohl von Nutzen.

(4) Abschließende Regelung des Art. 64 Abs. 4 SCE-VO

Von systematisch entscheidender Bedeutung ist schließlich die Vorschrift des Art. 64 Abs. 4 SCE-VO. Danach kann die Satzung einer SCE unbeschadet des Rechts auf Teilnahme an der Generalversammlung vorsehen, dass diejenigen, die Wertpapiere im Sinne des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO halten, in einer Sonderversammlung zusammentreten. Wenn ein Beschluss der Generalversammlung die Rechte und/oder Interessen der Wertpapierinhaber betrifft, kann dieses Sondergremium eine Stellungnahme dazu abgeben.¹¹³⁹ Nach zu unterstützen der Auffassung ist die Sonderversammlung nicht etwa ein Organ der SCE, weil deren Teilnehmer auch (ggf. ausschließlich) Nichtmitglieder sein können.¹¹⁴⁰

Art. 64 Abs. 4 SCE-VO regelt die über die passive Teilnahme an der Generalversammlung hinausgehenden Rechte der Wertpapierinhaber abschließend. Hätten diese ohnehin ein aktives Teilnahmerecht – in Form eines Rede- und Antragsrechts – inne, so wäre die Bildung einer Sonderversammlung überflüssig, weil sie ihre Stellungnahmen dann auch ohne eine vorherige formelle Zusammenkunft einbringen könnten.

Dafür spricht auch Art. 64 Abs. 4 Ua. 2 SCE-VO, nach dem die Protokollanten die Stellungnahme der Sonderversammlung in die Niederschrift der Generalversammlung aufnehmen müssen. Bei einem umfassenden Antragsrecht könnten die Wertpapierbesitzer sie betreffende Punkte zur Abstimmung stellen lassen, wodurch diese ebenfalls niedergeschrieben würden.¹¹⁴¹

Außerdem weist die Norm des Art. 64 Abs. 4 SCE-VO auch von ihrem Regelungsgehalt her – ebenso wie Art. 58 Abs. 2 SCE-VO – einen exzeptionellen Charakter auf, indem sie das

¹¹³⁸ Zumindest wird eine Prognose möglich sein.

¹¹³⁹ Diese Stellungnahme wird im Protokoll der Generalversammlung vermerkt, vgl. Art. 64 Abs. 4 Ua. 2 SCE-VO.

¹¹⁴⁰ Beuthien, GenG, Art. 64 Rdnr. 3.

¹¹⁴¹ Vgl. Art. 62 Abs. 1 SCE-VO.

Recht auf Stellungnahme der Sonderversammlung auf solche Fälle reduziert, in denen die „Rechte oder Interessen der Wertpapierinhaber berührt“ sind. So fragt sich, wie ein einzelner Wertpapierinhaber ein uneingeschränktes Rede- und Antragsrecht haben kann, eine Versammlung von Wertpapierinhabern jedoch nur ein beschränktes.

Entsprechend abzulehnen ist in diesem Zusammenhang eine Auslegung, nach der die Sonderversammlung allein dazu dient, die Standpunkte der Wertpapierinhaber zu kollektivieren.¹¹⁴² Art. 64 Abs. 4 SCE-VO ist vielmehr eine Ausnahmenvorschrift zu dem in Art. 64 Abs. 1 SCE-VO normierten Grundsatz, dass die dort beschriebenen Wertpapiere keine Mitgliedschaftsrechte verleihen. Dafür sprechen sowohl ihre systematische Stellung im Rahmen des Art. 64 SCE-VO als auch die Tatsache, dass die SCE den Wertpapierinhabern die Zusammenkunft in der Sonderversammlung und das damit verbundene Recht zur Stellungnahme erst per Satzungsregelung, also durch einen Beschluss der Mitglieder, ermöglichen muss. Nach hier vertretener Auffassung bezweckt Art. 64 Abs. 4 SCE-VO, den Wertpapierinhabern ein gesetzlich eng umschriebenes Mitgliedschaftsrecht zuzugestehen, das sie nur im Kollektiv wahrnehmen können. Dieses Kontrollrecht steigert die Attraktivität der Wertpapiere, die die Voraussetzung des Art. 64 Abs. 1 SCE-VO erfüllen; die Beschränkung auf eine gemeinsame Geltendmachung sichert, dass die Generalversammlung praktisch durchführbar bleibt. Denn diese Regelung soll verhindern, dass eine möglicherweise große Anzahl von Wertpapierinhabern die Generalversammlung durch eine Vielzahl von unterschiedlichen Anträgen und Fragen – basierend auf einem vermeintlich aktiven Teilnahmerecht – am Fortgang hindert. Deshalb hat man sich für die Kollektivierung der Stimmen der Wertpapierinhaber entschieden. Differieren ihre Ansichten, so müssen sie sich in der Sonderversammlung, nicht in der Generalversammlung, auf eine gemeinsame Stellungnahme einigen.

b) Zwischenergebnis

Die Inhaber von Genussscheinen einer SCE haben grundsätzlich kein Rede- oder Antragsrecht in der Generalversammlung. Sie können Stellungnahmen nur in dem gesetzlich umschriebenen Rahmen des Art. 64 Abs. 4 SCE-VO abgeben, wenn die Satzung es zulässt.

Vertragliche Gestaltungen, die Genussscheinsinhabern über die passive Teilnahme und Art. 64 Abs. 4 SCE-VO hinausgehende Rechte zubilligen, verstoßen gegen die gesetzliche Sys-

¹¹⁴² So aber *Beuthien*, GenG, Art. 64 Rdnr. 3.

tematik der Art. 64 und 58 SCE-VO, gegen den Wortlaut des Art. 64 Abs. 1 S. 3 SCE-VO und gegen allgemeine genussrechtliche Grundsätze.¹¹⁴³

¹¹⁴³ Zu diesen Grundsätzen s.o.: Kapitel 1 A. VI.

D. Ausgabe von Genussrechten in der SCE

Auch in der SCE besteht Anlass, Genussrechte in Form von Genussscheinen auszugeben. Rechtliche Bedenken gegen deren Vergabe bestehen wegen der gesetzlichen Regelung des Art. 64 SCE-VO nicht. Nach Art. 64 Abs. 1 S. 2 SCE-VO können nicht nur Mitglieder Genussrechte zeichnen, sondern auch außen stehende Personen.

I. Genussscheine an Mitglieder

Eine Genussscheinsvergabe an Mitglieder der SCE könnte man in Frage stellen, weil die Gesellschaft Mitgliederkapital auch dadurch erlangen kann, dass die Mitglieder weitere Geschäftsanteile¹¹⁴⁴ übernehmen.¹¹⁴⁵ Dies ist in der SCE ebenso wie in der eG zulässig.¹¹⁴⁶ Derartige Bedenken sind vor allem deshalb beachtenswert, weil der Geschäftsanteil an einer SCE, wie geschildert, wegen seiner Handelbarkeit¹¹⁴⁷ attraktiver ist als der genossenschaftliche Geschäftsanteil nach dem GenG¹¹⁴⁸ und er daher noch eher für eine zusätzliche Beteiligung in Frage kommt. Dennoch weist auch dieser Schwächen auf, die mögliche Vorzüge gegenüber Genussrechtsvergaben relativieren. Beispielsweise ist der Erwerb eines Geschäftsanteils nicht gleichbedeutend mit dem Erwerb der Mitgliedschaft,¹¹⁴⁹ hängt aber von diesem ab.¹¹⁵⁰

Möchte die SCE weitere Geschäftsanteile an ein Mitglied übertragen, greift dieser Einwand nicht, weil es in diesem Fall keines zusätzlichen Erwerbes der Mitgliedschaft mehr bedarf. Will ein Mitglied oder die SCE demgegenüber Geschäftsanteile auf Nichtmitglieder übertragen, hängt dies immer von der Zustimmung des Verwaltungs- oder Leitungsorgans ab, denn der Erwerb eines Geschäftsanteils ist nur Mitgliedern oder werdenden Mitgliedern vorbehalten.

Genussscheine demgegenüber können grundsätzlich ohne weiteres übertragen werden,¹¹⁵¹ da sie von der Mitgliedschaft unabhängig sind.

¹¹⁴⁴ Zu ähnlichen Bedenken in der eG s.o.: Kapitel 2 D. I.

¹¹⁴⁵ Zur Zuteilung neuer Geschäftsanteile in der SCE siehe: Cusa in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 151 f.

¹¹⁴⁶ Beuthien, GenG, Art. 4 Rdnr. 4.

¹¹⁴⁷ Vgl. Art. 4 Abs. 11 SCE-VO.

¹¹⁴⁸ Zur Verkehrsfähigkeit des SCE-Geschäftsanteils siehe auch: Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 B) II.

¹¹⁴⁹ S.o.: Kapitel 3 B. IV. 2. b).

¹¹⁵⁰ S.o.: Kapitel 3. B. III. 2.

¹¹⁵¹ Die Parteien des Genussrechtsvertrages können wegen der weitgehenden Gestaltungsfreiheit auch Übertragungsverbote vereinbaren. Sie werden in Regel aber darauf verzichten, denn der SCE kann es letztlich gleich

Abgesehen von der finanziellen Anlage, zu der es auch beim Erwerb von Genussscheinen regelmäßig kommt, bringt die Möglichkeit, weitere Geschäftsanteile zu zeichnen, für ein Mitglied keine weiteren Vorteile mit sich, da zusätzliche Geschäftsanteile nicht zusätzliche Mitgliedschaftsrechte bedeuten. Dies belegt beispielsweise Art. 59 Abs. 1 SCE-VO, nach dem jedem Mitglied unabhängig von der Anzahl seiner Geschäftsanteile nur eine Stimme in der Generalversammlung zusteht.¹¹⁵²

Weiterhin kann die SCE den Besitzern von Wertpapieren i.S.d. Art. 64 Abs. 1 SCE-VO nach den Vorgaben der Satzung oder gemäß den bei Abschluss des Begebungsvertrages ausgehandelten Bedingungen besondere Vorteile gewähren.¹¹⁵³ Vergleichsmaßstab für die „besonderen Vorteile“ sind die den Mitgliedern gewährten Vermögensrechte.¹¹⁵⁴ Folglich kann die SCE Mitglieder und Wertpapierinhaber nicht nur unterschiedlich behandeln,¹¹⁵⁵ sie kann die Wertpapierinhaber sogar bevorzugen. Besondere Vorteile können demnach beispielsweise Zinssätze, die über der Verzinsung der Geschäftsguthaben liegen oder auch günstige Bedingungen bei Geschäftsabschlüssen mit der SCE sein.¹¹⁵⁶ Auch in dieser Hinsicht wäre es für anlagewillige Mitglieder von Interesse, anstelle weiterer Geschäftsanteile Genussscheine zu zeichnen.

II. Genussscheine an Arbeitnehmer

Ebenso wie für die eG ist es auch für die SCE von großem Nutzen, Genussscheine an Arbeitnehmer auszugeben – unabhängig von deren Status als Mitglied oder Nichtmitglied. Die SCE profitiert dabei von denselben Vorteilen wie die eG, so dass prinzipiell auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann.¹¹⁵⁷ Allerdings spielt die Vorschrift des § 2 Abs. 5 5. VermBG für die SCE keine Rolle, weil die SCE-VO keine § 19 GenG¹¹⁵⁸ entsprechende Vor-

sein, wer ihr das Kapital zur Verfügung stellt und wer die mit dem Genussrecht verbundenen Ansprüche gegen sie geltend macht. Für den Anleger würde der Genussschein durch Übertragungsverbote deutlich unattraktiver, deswegen wird dieser erst recht von Übertragungsverboten absehen wollen.

¹¹⁵² Zur Möglichkeit der statuarischen Einräumung von Mehrstimmrechten in der SCE mit Sitz in Deutschland s.o.: Kapitel 3 A. V. Von dieser Option wurde aber in der Praxis der eG kaum Gebrauch gemacht, so dass man in der Genossenschaftsrechtsreform 2006 darüber nachdachte, sie ganz abzuschaffen; davon wurde aber letztlich abgesehen.

¹¹⁵³ Dazu *Cusa* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 141 f.

¹¹⁵⁴ *Beuthien*, GenG, Art. 64 Rdnr. 2.

¹¹⁵⁵ *Cusa* in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 141 f.; *Blomeyer*, BB 2000, 1741, 1744.

¹¹⁵⁶ *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 5 C) II.; *Beuthien*, GenG, Art. 64 Rdnr. 2.

¹¹⁵⁷ S.o.: Kapitel 2 D. II.

¹¹⁵⁸ Zu den rechtlichen Fragestellungen, die § 19 GenG bei einer Genussrechtsvergabe in einer eG aufwirft, s.o.: Kapitel 2 C. I. 2. a).

schrift enthält, die die Verteilung der Gewinne reglementiert.¹¹⁵⁹ Dennoch kommt eine Vermögensbildung der Arbeitnehmer durch Genussscheine auch in einer SCE mit Sitz in Deutschland nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 lit. f und Abs. 2 5. VermBG in Frage. Arbeitnehmer der SCE können somit in besonderem Maße von einer Genussrechtsvergabe profitieren.

III. Genussrechte an Nichtmitglieder

Kapital lässt sich in größtem Umfang aus der Gruppe der Nichtmitglieder der Europäischen Genossenschaft schöpfen. Idealerweise müsste die SCE die Genussscheine dazu an der Börse platzieren.

Eine Europäische Genossenschaft wird von ihrem Kapitalvolumen her eher in der Lage sein, Genussscheine über die Börsen zu emittieren, als eine eG.¹¹⁶⁰ Denn nicht nur die Kapitalstruktur der SCE, sondern auch die Grundkonzeption deutet darauf hin, dass die neu entstehenden Europäischen Genossenschaften regelmäßig größer angelegt sein werden, als die Genossenschaften nationalen Rechts.¹¹⁶¹

In der großen Konkurrenz der Anlagemöglichkeiten kann eine SCE externe Anleger, die keinen sonstigen Bezug zu dem genossenschaftlichen Unternehmen haben und rein finanzielle Interessen verfolgen, nur gewinnen, indem sie die Bedingungen der Genussrechte besonders günstig gestaltet. Auch muss sie eine gute Reputation vorweisen, damit die Anleger ihr Vertrauen schenken.

Beachtet sie diese Kriterien nicht, wird sie wohl kaum einen Nutzen aus einer Genussrechtsvergabe ziehen können.

¹¹⁵⁹ Insbesondere besteht das in der eG geltende Verbot der Gewinnausschüttung an Nichtmitglieder im Recht der SCE nicht, vgl. *Fischer* in: *Genossenschaftsrecht in Europa*, 167, 175.

¹¹⁶⁰ Bei der eG scheitert eine Genussscheinemission an der Börse allzu oft an der geringen Größe der Genossenschaften, vgl. dazu oben: Kapitel 2 D. IV. 3.

¹¹⁶¹ Dafür gibt es mehrere Gründe: Eine SCE kann in der Praxis beispielsweise dadurch entstehen, dass sich zwei Genossenschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten zu einer Europäischen Genossenschaft zusammenschließen. Diese wird dann zwangsläufig von größerem Umfang sein. Auch das für die SCE aufzubringende gesetzliche Mindestkapital in Höhe von 30.000 Euro (Art. 3 Abs. 2 SCE-VO) spricht ebenso dafür wie die erforderliche Mindestanzahl von fünf natürlichen Personen bei der Neugründung (bei der eG sind es gemäß § 4 GenG lediglich drei).

IV. Durchführung der Ausgabe

In Bezug auf das Verfahren der Vergabe von Genussrechten ergeben sich einige Unterschiede zwischen der Europäischen und der deutschen Genossenschaft.

1. Satzungsregelung und zusätzliches Beschlusserfordernis?

Möchte eine eG Genussrechte ausgeben, muss sie dazu eine allgemeine Regelung in der Satzung treffen¹¹⁶² und – abgesehen von dem Ausnahmefall der obligationsähnlichen Genussrechte – einen Beschluss der Generalversammlung über das Ob der Vergabe und den zulässigen Umfang im Einzelfall einholen.¹¹⁶³ Wie die Genussrechtsvergabe einer eG¹¹⁶⁴ ist auch die seitens einer SCE kein organisationsrechtliches Grundlagengeschäft, sondern eine Geschäftsführungsmaßnahme.¹¹⁶⁵ Entsprechend ergibt sich hieraus kein Beschlusserfordernis.

Dieses entsteht in der eG daraus, dass Genussrechte angesichts der Gewinnansprüche der Gläubiger geeignet sind, die Vermögensrechte der Mitglieder zu beeinträchtigen.¹¹⁶⁶ Freilich berühren Genussscheinsvergaben in der SCE ebenfalls die Vermögensinteressen der Mitglieder, weil die Genussscheinsgläubiger auch hier am Gewinn partizipieren oder sonstige finanzielle Begünstigungen genießen. Diese Tatsache spricht für eine Gleichbehandlung von SCE und eG bei der Genussrechtsvergabe, also für einen zusätzlichen Generalversammlungsbeschluss.

Gleichwohl darf die Regelung für Wertpapiervergaben in der SCE (Art. 64 SCE-VO) bei der Frage nach Notwendigkeit eines Beschlusses nicht außer Betracht geraten. Diese knüpft die Vergabe von Genussscheinen in Abs. 1 S. 1 allein an eine Satzungsbestimmung. Aus Art. 64 Abs. 3 SCE-VO ergibt sich außerdem, dass diese Regelung nicht nur das Ob, also die grundsätzliche Möglichkeit der Genussscheinsvergabe, zu bestimmen hat. Sie muss zusätzlich auch einen Höchstbetrag benennen, bis zu dem das Leitungs- oder Verwaltungsorgan der SCE Genussrechte ausgeben darf.¹¹⁶⁷ Ein zusätzliches Beschlusserfordernis legt Art. 64 SCE-VO hingegen nicht fest.

¹¹⁶² S.o.: Kapitel 2 D. IV. 2.

¹¹⁶³ S.o.: Kapitel 2 D. IV. 1. b); Kapitel 2 D. IV. 1. d).

¹¹⁶⁴ S.o.: Kapitel 2 D. IV. 1. a).

¹¹⁶⁵ So auch *Beuthien*, GenG, Art. 65 Rdnr. 2.

¹¹⁶⁶ Dies gilt auch für eine entsprechende Regelung in der eG, vgl. oben: Kapitel 2 D. IV. 1. b).

¹¹⁶⁷ S.o.: Kapitel 2 D. IV. 2.

Der Beschluss der Generalversammlung zur Vergabe von Genussrechten in der eG ergibt sich mangels einer gesetzlichen Regelung aus Wertungsgesichtspunkten und in Anlehnung an bestimmte Vorschriften des Genossenschaftsrechts. Im Recht der SCE regelt Art. 64 SCE-VO Wertpapier- bzw. Genussscheinsvergaben in einer Europäischen Genossenschaft dezidiert und Abs. 3 dieser Vorschrift normiert bereits einen Schutzmechanismus gegen eine übermäßige Aufnahme von Kapitalbeteiligungen Dritter. Deshalb kann man nicht davon ausgehen, dass der Gesetzgeber die Genussrechtsvergabe in einer SCE an einen zusätzlichen Beschluss der Mitgliederversammlung knüpfen wollte.

Außerdem besteht in der SCE aus teleologischer Perspektive kein so dringendes Bedürfnis für einen weiteren Schutzmechanismus neben der Satzungsregelung, weil diese Gesellschaftsform kapitalistischer strukturiert ist als die eG.¹¹⁶⁸ Mitglieder einer SCE müssen sich von vornherein darüber im Klaren sein, dass die Geschäftsleitung zwei heterogene Ziele verfolgt; nämlich „fördern“ auf der einen Seite und „verdienen“ auf der anderen.¹¹⁶⁹ In einer eG muss die Zielsetzung auch nach der Gesetzesreform 2006 nicht unbedingt identisch sein.¹¹⁷⁰

Überdies schafft allein schon die gesetzliche Regelung in der SCE-VO, unabhängig von der Satzung, ein gewisses Maß an Publizität und Rechtssicherheit, wie es sie im nationalen GenG nicht gibt.

2. Praktische Durchführung der Ausgabe

Die praktische Durchführung der Ausgabe von Genussscheinen in einer SCE gestaltet sich ähnlich wie die in der eG und ist mit vergleichbaren Problemen verbunden. Daher gelten die obigen Ausführungen zur eG entsprechend für die SCE.¹¹⁷¹

Darüber hinaus ist hinsichtlich der SCE folgende Besonderheit zu beachten: Der Gründung einer SCE liegt wegen ihrer Konzeption immer ein grenzüberschreitender Sachverhalt zugrunde.¹¹⁷² Der sich daraus ergebende Charakter der SCE wird sich auch auf ihr Wertpapiergeschäft auswirken (müssen), damit sie deutlich größere Anlegermärkte erschließen

¹¹⁶⁸ S.o.: Kapitel 3 B. 5.

¹¹⁶⁹ Blomeyer, BB 2000, 1741, 1744; Hagen-Eck, Die Europäische Genossenschaft, 246.

¹¹⁷⁰ Dafür ist von entscheidender Bedeutung, welche kapitalistischen Elemente die eG in ihre Satzung aufnimmt.

¹¹⁷¹ S.o.: Kapitel 2 D. IV. 3.

¹¹⁷² Vgl. dazu auch Art. 2 SCE-VO. Ferner Hagen-Eck, Die Europäische Genossenschaft, 121 ff.; Wiese, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 3 A) I.

kann. Aus diesem Grund sollten Vorstand oder Verwaltungsrat den Handel mit Genussscheinen nicht nur auf den Mitgliedstaat beschränken, in dem die SCE gemäß Art. 7 SCE-VO ihren Sitz hat.

Genussscheinsvergaben über europa- oder weltweit tätige Banken und Emissionskonsortien dürften daher für die SCE ebenso von besonderem Interesse sein wie der Börsenhandel.¹¹⁷³

V. Zusammenfassung

Genussscheine bieten den Mitgliedern einer Europäischen Genossenschaft neben dem Geschäftsanteil¹¹⁷⁴ eine attraktive zusätzliche Anlagemöglichkeit. Oft kann es für ein SCE-Mitglied sogar von Vorteil sein, anstelle von weiteren Geschäftsanteilen Genussscheine der eigenen Gesellschaft zu erwerben. Auch ist es für die SCE ratsam, eine Beteiligung der Arbeitnehmer durch Genussrechte mit all den damit verbundenen Vorteilen zu erreichen. In beiden Fällen kann sich das Unternehmen die direkte Verbundenheit mit dem Anleger zu Nutze machen.

Um eine ausreichende Anzahl von Anlegern bei größeren Genussscheinemissionen zu gewinnen, wird die SCE regelmäßig auch auf Nichtmitglieder (und Nichtarbeitnehmer) angewiesen sein. Angesicht dieser Tatsache und der länderübergreifenden Betätigung der Europäischen Genossenschaften empfehlen sich Genussscheinemissionen auf den internationalen Märkten. Ferner wird es häufig aus Effizienz- und Kostengründen von Vorteil sein, Genussscheinemissionen spezialisierten Banken und Emissionskonsortien zu überlassen.

Im Innenverhältnis bedarf es nach dem eindeutigen Wortlaut von Art. 64 Abs. 1 S. 1 SCE-VO zunächst einer Regelung in der Satzung, um die Vergabe von Genussscheinen überhaupt zu ermöglichen. Diese muss einen Höchstbetrag beziffern, bis zu dem das Leitungs- oder Verwaltungsorgan Genussscheine ausgeben darf. Eine zusätzliche, wie auch immer geartete Zustimmung der Generalversammlung (wie in der eG) muss das Leitungs- oder Verwaltungsorgan nicht einholen. Dies ergibt sich insbesondere aus der Systematik des Art. 64 SCE-VO und den kapitalgesellschaftlichen Strukturmerkmalen der SCE.

¹¹⁷³ Zum Ganzen siehe auch oben: Kapitel 2 D. IV. 3.

¹¹⁷⁴ Dieser reduziert sich von seiner Funktion her nicht auf die Kapitalanlage; in erster Linie eröffnet er seinem Inhaber den Weg zur Mitgliedschaft und damit zu den Förderleistungen der SCE.

E. Bedeutung und Bilanzierung des Genussscheinskaptals

Für die eG eignet sich das Genussrechtskapital u.a. deshalb so besonders, weil es als Eigenkapital gilt, wenn es bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Könnte die SCE das Genussrechtskapital ebenfalls als Eigenkapital ausweisen, wäre es auch für sie von besonderem Interesse. Um dies festzustellen, geht die weitere Bearbeitung auf die für die SCE geltenden Rechtsvorschriften über den Jahresabschluss ein und beschäftigt sich dann genauer mit den Besonderheiten der Bilanzierung von Genussscheinskaptal bei den einzelnen Arten der Rechnungslegung.

Zunächst steht die Bedeutung des Genussscheinskaptals für die SCE im Fokus, weil sie für die Ausgestaltungskriterien, die die Gesellschaft bei der Bilanzierung berücksichtigen muss, eine wesentliche Rolle spielt.

I. Bedeutung des Genussscheinskaptals für die SCE

Das gegen die Ausgabe von Genussscheinen in eine SCE eingebrachte Kapital dient in erster Linie dazu, dem Unternehmen flüssige Mittel und damit Liquidität zu verschaffen.¹¹⁷⁵ Wie einleitend bemerkt sollte die SCE versuchen, das Genussrechtskapital eigenkapitalgerecht auszugestalten, um die damit verbundenen Vorteile in Bilanzanalyse, Rating und der allgemeinen Unternehmensbewertung zu nutzen. Die SCE profitiert somit von den Genussscheinen, bei entsprechender Ausgestaltung, in gleicher Weise wie die eG.¹¹⁷⁶

II. Geltende Bilanzierungsvorschriften

Regelungen betreffend den Jahresabschluss und den konsolidierten Abschluss einer Europäischen Genossenschaft finden sich in Art. 68 f. SCE-VO.¹¹⁷⁷ Die Vorschrift verweist sowohl für die Erstellung des Jahresabschlusses und ggf. des konsolidierten Abschlusses einschließlich des Lageberichts als auch bzgl. der Kontrolle und Offenlegung dieser Abschlüsse auf nationales Recht.¹¹⁷⁸ Anwendung finden hier die der Umsetzung der Richtlinien

¹¹⁷⁵ S.o.: Kapitel 2 B. III. 2.; Kapitel 2 B. VII.

¹¹⁷⁶ Zu diesen Vorteilen ausführlich oben: Kapitel 2 B.

¹¹⁷⁷ Zur Rechnungslegung der SCE siehe: *Schulze*, NZG 2004, 792, 795; *Cusa* in: *Schulze*, Europäische Genossenschaft, 130 ff.; *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 7 A); *Hagen-Eck*, Die Europäische Genossenschaft, 139; *Beuthien*, GenG, Art. 68 Rdnrn. 1 ff.; *Fischer*, Die Europäische Genossenschaft, 147; *El Mahi*, DB 2004, 967, 971; *Mock*, ELR 2004, 150, 153.

¹¹⁷⁸ Dazu *Schulze*, NZG 2004, 792, 795; *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 7 A); *Beuthien*, GenG, Art. 68 Rdnr. 1.

78/660/EWG¹¹⁷⁹ und 83/349/EWG¹¹⁸⁰ dienenden Rechtsvorschriften des Staates, in dem die jeweilige SCE ihren Sitz hat.¹¹⁸¹ Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinien im Wege des Bilanzrichtliniengesetzes von 1985¹¹⁸² umgesetzt.¹¹⁸³ Er hat allerdings kein selbstständiges Gesetz zur Rechnungslegung erlassen, sondern ein neues Drittes Buch¹¹⁸⁴ (§§ 238 bis 342e) im HGB eingefügt.¹¹⁸⁵ Für Genossenschaften nationalen Rechts gelten neben den allgemeinen Vorschriften der §§ 242 ff. HGB die der §§ 336 ff. HGB, welche die Eigenheiten dieser Rechtsform berücksichtigen und besondere Maßgaben für die Rechnungslegung aufstellen. Ob diese Vorgaben jedoch über den entsprechenden Verweis in Art. 68 Abs. 1 S. 1 SCE-VO auch für die SCE maßgeblich sind, war zunächst nicht klar.¹¹⁸⁶ Nach Art. 68 Abs. 1 S. 2 SCE-VO haben Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Änderungen der innerstaatlichen Bestimmungen zur Durchführung der genannten Richtlinien zu normieren, um so den Besonderheiten der Genossenschaften Rechnung zu tragen, soweit dies erforderlich ist. Der deutsche Gesetzgeber hat hier durch § 32 SCE-AG Klarheit geschaffen, der §§ 336 bis 338 HGB¹¹⁸⁷ auch für die SCE für anwendbar erklärt.¹¹⁸⁸ Zudem gelten §§ 242 ff. HGB.¹¹⁸⁹

Des Weiteren kann die SCE wie auch die eG nach den internationalen Standards IAS/IFRS bilanzieren.¹¹⁹⁰ Für eine Genossenschaft, die an organisierten Kapitalmärkten Wertpapiere ausgibt oder die mit Schuldtiteln handelt, ist diese Form der Bilanzierung seit 2005 bzw. 2007 zwingend.¹¹⁹¹

¹¹⁷⁹ Vierte Richtlinie 78/660/EWG des Rates vom 25. Juli 1978 aufgrund von Art. 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den Jahresabschluß von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen, abgedruckt in: ABl.EG 1978, L 222/11, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, abgedruckt in: ABl.EU 2006, L 157/87.

¹¹⁸⁰ Siebente Richtlinie 83/349/EWG des Rates vom 13. Juni 1983 aufgrund von Art. 54 Absatz 3 Buchstabe g) des Vertrages über den konsolidierten Abschluß, abgedruckt in: ABl.EG 1983, L 193/1, zuletzt geändert durch die Richtlinie 2006/43/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Abschlussprüfungen von Jahresabschlüssen und konsolidierten Abschlüssen, zur Änderung der Richtlinien 78/660/EWG und 83/349/EWG des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 84/253/EWG des Rates, abgedruckt in: ABl.EU 2006, L 157/87.

¹¹⁸¹ Gemäß Art. 6 f. SCE-VO.

¹¹⁸² Abgedruckt in: BGBl. I, 2355.

¹¹⁸³ *Beuthien*, GenG, Art. 68 Rdnr. 1; *Wiese*, Die Europäische Genossenschaft, Kapitel 7 A).

¹¹⁸⁴ Das damalige Dritte Buch über Handelsgeschäfte ist nunmehr das Vierte Buch des HGB (§§ 343-475h).

¹¹⁸⁵ *Beuthien*, GenG, Art. 68 Rdnr. 1.

¹¹⁸⁶ Siehe dazu beispielsweise: *Beuthien*, GenG, Art. 68 Rdnr. 1.

¹¹⁸⁷ Hinsichtlich der Offenlegung verweist § 33 SCE-AG auf §§ 339 und 340 I ff. HGB, die auch für eingetragene Genossenschaften gelten.

¹¹⁸⁸ Vgl. dazu die Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1025, 61.

¹¹⁸⁹ Dies ergibt sich ohne weiteres aus Art. 68 Abs. 1 S.1 SCE-VO. Entsprechend hatte es hier einer Klarstellung nicht bedurft.

¹¹⁹⁰ Zu diesen Regelwerken bereits oben: Kapitel 2 A. II. 2. b).

¹¹⁹¹ *Spanier/ Weller*, ZfgG 2004, 269, 269.

III. Bilanzierung nach HGB

Wenn eine Europäische Genossenschaft mit Sitz in Deutschland sich für eine Bilanzierung nach HGB-Grundsätzen entscheidet,¹¹⁹² sollte sie die Genussscheine idealerweise entsprechend den oben für die eG erarbeiteten Kriterien ausgestalten: das Genussscheinkapital muss die Verluste der Gesellschaft uneingeschränkt mittragen,¹¹⁹³ die Gesellschaft darf die Rückzahlungsansprüche der Genussscheinsinhaber in der Liquidation und in der Insolvenz nur nachrangig befriedigen,¹¹⁹⁴ das Genussscheinkapital muss dem Unternehmen dauerhaft zur Verfügung stehen¹¹⁹⁵ und darf nur gewinnabhängig oder gewinnorientiert verzinst werden.¹¹⁹⁶ Auch im Hinblick auf die SCE ist darauf hinzuweisen, dass der bilanzrechtliche Eigenkapitalbegriff des HGB nur begrenzt aussagekräftig ist. Moderne Bewertungsmethoden beschränken sich nicht darauf, ein Unternehmen allein nach seiner HGB-Eigenkapitalquote einzustufen.

Am Rande sei noch bemerkt, dass das gegen die Ausgabe von Wertpapieren i.S.d. Art. 64 Abs. 1 SCE-VO in die Gesellschaft eingebrachte Kapital wie das Genussscheinkapital kein Grundkapital und schon allein deshalb Eigenkapital einer SCE sein kann. Dies gilt unabhängig von seiner Ausgestaltung, weil das Grundkapital nach Art. 4 Abs. 1 SCE-VO ausschließlich aus Geschäftsanteilen der Mitglieder besteht.¹¹⁹⁷

IV. Bilanzierung nach IAS/IFRS

Werden Banken in der Rechtsform der SCE gegründet – etwa durch einen Zusammenschluss zweier Genossenschaftsbanken aus verschiedenen Mitgliedstaaten –, so sind diese zu einer Bilanzierung nach Internationalen Standards der Rechnungslegung verpflichtet. Doch auch für Europäische Genossenschaften, die in anderen Sparten tätig sind, bietet sich eine derartige Bilanzierung an, weil die SCE insgesamt grenzüberschreitend konzipiert und ausgerichtet ist. Internationale Publizität und Vergleichbarkeit in der Rechnungslegung wird für ein multinationales Auftreten der SCE kaum verzichtbar sein.¹¹⁹⁸ So nimmt das Interesse

¹¹⁹² Sie kann die HGB-Bilanzierung naturgemäß nur dann wählen, wenn sie nicht zu einer Bilanzierung nach Internationalen Standards der Rechnungslegung verpflichtet ist (wie beispielsweise die Kreditgenossenschaften seit dem 1. Januar 2007).

¹¹⁹³ S.o.: Kapitel 2 B. II. 1.

¹¹⁹⁴ S.o.: Kapitel 2 B. II. 2.

¹¹⁹⁵ S.o.: Kapitel 2 B. II. 3.

¹¹⁹⁶ S.o.: Kapitel 2 B. II. 4.

¹¹⁹⁷ Cusa in: Schulze, Europäische Genossenschaft, 160.

¹¹⁹⁸ So ist es beispielsweise nicht unwahrscheinlich, dass international tätige Kreditgeber und Investoren ihre Entscheidung über eine Kapitalzuführung von einer vergleichenden Analyse abhängig machen, die zweckmäßigerweise anhand von Bilanzen erstellt wurde, die internationalen Bilanzierungsstandards entsprechen.

von deutschen Genossenschaften an einer freiwilligen Umstellung ihrer Konzern- und Einzelabschlüsse auf IAS/IFRS ständig zu.¹¹⁹⁹ Auch Verhaltenstrends innerhalb einer Branche oder Prestigedenken können dabei eine Rolle spielen.¹²⁰⁰ Für die neu entstehenden Europäischen Genossenschaften ist eine ähnliche Entwicklung zu erwarten.

1. Eigenkapital nach IAS/IFRS

Der International Accounting Standard Board (IASB) hat im Jahre 2001¹²⁰¹ ein Rahmenkonzept für die Aufstellung und Darstellung von Abschlüssen („IAS/IFRS Framework“) angenommen. Das Rahmenkonzept selbst ist kein „International Accounting Standard“ wie IAS/IFRS; es definiert folglich keine Grundsätze für spezielle Bewertungssachverhalte.¹²⁰² Vielmehr diene und diene es dem IASB u.a. bei der Entwicklung neuer und bei der Überprüfung bereits vorhandener internationaler Bilanzierungsstandards.¹²⁰³ Obwohl es nicht in das Gemeinschaftsrecht übernommen werden muss, kann es als Auslegungshilfe bei der Interpretation der Standards dienen.

Nach IASB-Framework, F.49 (c) ist Eigenkapital der nach Abzug aller Schulden verbleibende Restbetrag der Vermögenswerte des Unternehmens. IAS 32 legt diesen allgemeinen Grundsatz, der hier als Ausgangspunkt dient, in seinen Definitionen zu den Finanzinstrumenten zugrunde.

Abgrenzend zu *Eigenmitteln* definiert IAS 32.11 *finanzielle Verbindlichkeiten* zum einen als vertragliche Verpflichtung, flüssige Mittel oder einen anderen finanziellen Vermögenswert an ein anderes Unternehmen abzugeben oder mit diesem zu potentiell nachteiligen Bedingungen auszutauschen.¹²⁰⁴ Zum anderen stellen nach diesem Standard auch Verträge finanzielle Verbindlichkeiten dar, die mit Eigenkapitalinstrumenten des Unternehmens erfüllt werden oder die das Unternehmen verpflichten, eine variable Anzahl von Eigenkapitalinstrumenten abzugeben. Dazu gehören auch solche Verträge, die das Unternehmen auf andere Weise als durch den Austausch eines festen Betrages an flüssigen Mitteln oder anderen finanziel-

¹¹⁹⁹ So im Ergebnis *Großfeld*, ZfgG 2004, 75, 75 f. und ausdrücklich *Spanier/ Weller*, ZfgG 2004, 269, 270.

¹²⁰⁰ *Spanier/ Weller*, ZfgG 2004, 269, 270.

¹²⁰¹ Dieses wurde als IASC(ehemalige Bezeichnung für IASB)-Rahmenkonzept bereits im Jahre 1989 veröffentlicht.

¹²⁰² IASB-Framework, F.2.

¹²⁰³ IASB-Framework, F.1.

¹²⁰⁴ Siehe dazu auch: *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 318.

len Vermögenswerten gegen eine feste Anzahl von Eigenkapitalinstrumenten erfüllen kann oder muss.¹²⁰⁵

Demgegenüber sind Eigenkapitalinstrumente eines Unternehmens Verträge, die „*einen Residualanspruch*“¹²⁰⁶ an den Vermögenswerten eines Unternehmens nach Abzug aller dazu gehörigen Schulden“¹²⁰⁷ begründen. Sie dürfen keine Instrumente enthalten, die selbst Verträge über den künftigen Empfang oder die zukünftige Abgabe von Eigenkapitalinstrumenten darstellen.

2. Genussrechte als Eigenkapital nach IAS 32

Will eine nach IAS/IFRS bilanzierende SCE oder eG Genussrechtskapital als Eigenkapital ausweisen, so müssen die Genussrechte/Genussscheine bzw. die ihnen zugrunde liegenden Verträge bestimmte Ausgestaltungsmerkmale aufweisen.

a) Finanzierungsinstrument

Die in IAS 32¹²⁰⁸ aufgestellten Kriterien, an denen die Eigenkapitalqualität zu messen ist, gelten zunächst nur für Finanzierungsinstrumente. Nach IAS 32.11 ist ein Finanzierungsinstrument ein Vertrag, der gleichzeitig bei dem einen Unternehmen zu einem finanziellen Vermögenswert und bei dem anderen Unternehmen zu einer finanziellen Verbindlichkeit oder einem Eigenkapitalinstrument führt. Genussscheine gewähren ihrem Emittenten in der Regel das Recht, flüssige Mittel von seinem Vertragspartner und damit finanzielle Vermögenswerte einzufordern. Für den Genussscheinsinhaber beinhalten sie gleichsam die Verpflichtung, diese flüssigen Mittel an den Emittenten zu leisten, also eine finanzielle Verbindlichkeit. Überdies begründen sie einen nachrangigen Anspruch ihres Inhabers in der Insolvenz und nach Auflösung der Gesellschaft¹²⁰⁹ und sind insofern grundsätzlich¹²¹⁰ ein Eigen-

¹²⁰⁵ Zum Ganzen: IAS 32.11.

¹²⁰⁶ Ein Residualanspruch ist ein Anspruch auf einen nach bestimmten Abzügen noch bestehenden Rest. Ein typisches Beispiel ist der Anspruch eines GmbH-Gesellschafters nach Auflösung der GmbH. Der nachrangige Anspruch eines Eigenkapitalgebers auf den nach Befriedigung anderer Ansprüche noch verbleibenden Gewinnanteil ist ebenfalls ein Residualanspruch.

¹²⁰⁷ Vgl. IAS 32.11.

¹²⁰⁸ Siehe Paragraph 15 ff. IAS 32.

¹²⁰⁹ Dabei handelt es sich um einen Residualanspruch; dazu oben: Kapitel 3 E. IV. 1.

¹²¹⁰ Zu den bei der Ausgestaltung zu berücksichtigenden Besonderheiten vgl. die Ausführungen im folgenden Abschnitt.

kapitalinstrument im Sinne von IAS 32.11.¹²¹¹ Im Ergebnis handelt es sich bei Genussscheinen also um Finanzierungsinstrumente im Sinne von IAS 32.

b) Ausgestaltung

aa) Grundsatz

Nach IAS 32.15 muss der Emittent ein Finanzierungsinstrument oder dessen Bestandteile beim erstmaligen Ansatz als finanzielle Verbindlichkeit, als finanziellen Vermögenswert oder als Eigenkapitalinstrument klassifizieren. Dabei hat er sich zu orientieren an der wirtschaftlichen Substanz der vertraglichen Vereinbarung und den Begriffsbestimmungen für finanzielle Verbindlichkeiten, finanzielle Vermögenswerte und Eigenkapitalinstrumente.

bb) Kriterien

Kriterien für die Einstufung eines Finanzierungselements stellt IAS 32.16 auf; die eben genannten Begriffsbestimmungen nach IAS 32.11 sind ebenfalls zu berücksichtigen:

Eigenkapitalinstrumente dürfen keine vertragliche Verpflichtung enthalten, flüssige Mittel oder einen anderen finanziellen Vermögenswert an ein anderes Unternehmen (den Kapitalgeber) abzugeben.¹²¹² Auch eine Obligation mit dem Inhalt, finanzielle Vermögenswerte oder finanzielle Verbindlichkeiten mit einem anderen Unternehmen zu potentiell nachteiligen Bedingungen für den Emittenten auszutauschen,¹²¹³ verhindert eine Qualifikation als Eigenkapitalinstrument.¹²¹⁴ IAS 32.17 qualifiziert diese Eigenschaften als Hauptkriterium, um finanzielle Verbindlichkeiten von Eigenkapitalinstrumenten abzugrenzen.

Daraus ergibt sich Folgendes: Solange sich ein Unternehmen der Erfüllung einer Vertragspflicht zur Abgabe von flüssigen Mitteln oder anderen finanziellen Vermögenswerten nicht vollständig aus eigenem Recht entziehen kann, ist das entsprechende Finanzierungsmittel

¹²¹¹ Hier wird deutlich, dass die Definition von IAS 32.11 etwas ungenau ist. Finanzierungsinstrumente können für ein Unternehmen u.U. auch gleichzeitig eine finanzielle Verbindlichkeit *und* ein Eigenkapitalinstrument bedeuten. Die alternative Formulierung („oder“) bringt dies nicht zum Ausdruck.

¹²¹² Vgl. IAS 32.16 (a) (i).

¹²¹³ Vgl. IAS 32.16 (a) (ii).

¹²¹⁴ Dazu auch Küting/ Dür, DStR 2005, 938, 942; Spanier/ Weller, ZfgG 2004, 269, 271.

nicht als Eigenkapitalinstrument zu qualifizieren.¹²¹⁵ Deswegen reicht es beispielsweise für eine Klassifizierung als Eigenkapital nicht aus, wenn ein Finanzierungsmittel die Haftungsfunktion nur vorübergehend übernimmt.¹²¹⁶

cc) Anwendung der Kriterien auf die Genussscheine

Genussscheine verfügen häufig über eine Kündigungsoption.¹²¹⁷ Betrachtet man die soeben genannten Definitionskriterien isoliert, muss Genussscheinskaptal deshalb in der IAS/IFRS-Bilanz zwangsläufig als Fremdkapital eingestuft werden.¹²¹⁸

Hingegen begründet der Genussrechtsvertrag regelmäßig einen Anspruch auf den nach Befriedigung anderer Gläubiger verbleibenden Gewinnanteil, also einen nachrangigen Residualanspruch. Diese Tatsache deutet wiederum auf eine Einordnung als Eigenkapitalinstrument hin.¹²¹⁹

Hier zeigt sich der mezzanine bzw. hybride Charakter der Genussscheine in besonderem Maße. Er erschwert die Einordnung der Genussrechte nach IAS-Kriterien deutlich.

dd) Maßgebliches Kriterium

Unabhängig von einer etwaigen Kündigungsoption wollen manche die Kategorisierung ausschließlich von der Art der Vergütung abhängig machen. Finanzierungsmittel seien demnach zwangsläufig als Fremdkapital zu qualifizieren, wenn laufende Zahlungen zu ihren Gunsten an ungewisse zukünftige Ereignisse gebunden sind, die (zumindest zum Teil) jenseits der Einflussphäre des Emittenten liegen.¹²²⁰ Dazu zählt beispielsweise das Jahresergebnis seines Unternehmens. Ausgangspunkt für diese Sichtweise ist IAS 32.25, nach dem Fremdmittel vorliegen, wenn sich der Emittent auch einer bedingten Verpflichtung zur Abgabe von flüssigen Mitteln oder anderen finanziellen Vermögenswerten nicht entziehen kann.

¹²¹⁵ Dieser ist in IAS 32.19 festgelegt. Dazu auch: *Spanier/ Weller*, ZfgG 2004, 269, 271; *Küting/ Dürr*, DStR 2005, 938, 942.

¹²¹⁶ Auch eine langfristige Verpflichtung zur Tilgung des Genussrechtskapitals führt bei einer IAS/IFRS-Bilanzierung zu einer Einordnung als Fremdkapitalkomponente, vgl. dazu: *Küting/ Dürr*, DStR 2005, 938, 942.

¹²¹⁷ S.o.: Kapitel 1 A. I. 2.

¹²¹⁸ Davon gehen auch *Spanier/ Weller* (ZfgG 2004, 269, 271 f.) aus.

¹²¹⁹ Dies ergibt sich aus den obigen Ausführungen: Kapitel 3 E. IV. 1.

¹²²⁰ *Isert/ Schaber*, DStR 2005, 2097, 2098; in diese Richtung gehen auch die Ausführungen von *Harrer/ Jansen/ Halbig*, FB 2005, 1, 5.

Die Einordnung der Finanzierungselemente hängt allerdings nicht nur von den in IAS 32 aufgestellten Begriffsbestimmungen für finanzielle Verbindlichkeiten, finanzielle Vermögenswerte und Eigenkapitalinstrumente ab, sondern auch von der wirtschaftlichen Substanz der vertraglichen Vereinbarung.¹²²¹ Insbesondere *Küting/ Dürr* weisen darauf hin, dass Genussscheinsbedingungen eine unbeschränkte Laufzeit unter Ausschluss des Kündigungsrechts für die Genussscheinsinhaber enthalten können. Gleichzeitig könne das Genussrechtskapital aber unbeschränkt am Verlust teilnehmen und am Bilanzgewinn partizipieren.¹²²² In einem solchen Fall sei die fehlende Tilgungsverpflichtung maßgeblich für den wirtschaftlichen Gehalt der vertraglichen Vereinbarung, weil die Gläubiger die überlassenen finanziellen Mittel der Gesellschaft nicht entziehen könnten.¹²²³

Dem ist zuzustimmen. Maßgebliches Kriterium für die Abgrenzung von Eigenkapital- und Fremdkapitalinstrumenten bei einer Bilanzierung nach IAS/IFRS ist nicht die Art der Vergütung des überlassenen Kapitals. Entscheidend ist vielmehr die Möglichkeit des Genussrechtsgläubigers, das Kapital schuldrechtlich zurückzufordern oder die entsprechende Verpflichtung des Ausgebenden, das Kapital bei Eintritt gewisser Umstände zurückzuzahlen.¹²²⁴

Wie bereits angedeutet, stellen Genussscheine, die ihrem Inhaber ein Kündigungsrecht einräumen,¹²²⁵ Fremdmittel dar.¹²²⁶ Der Wortlaut von IAS 32.18 (b) ist insofern eindeutig; eine nur vorübergehende Übernahme der Haftungsfunktion reicht für eine Bewertung als Eigenkapital nicht aus.¹²²⁷ Selbst wenn der Genussscheinsinhaber kein vertragliches Recht zur Kündigung des Genussscheins hat, jedoch faktisch dazu in der Lage ist, eine solche zu erreichen – etwa aufgrund einer für ihn vorteilhaften Verhandlungsposition –, ist das Genussscheinskapital als Fremdmittel einzustufen.¹²²⁸

V. Zusammenfassung und Bewertung

Genussscheinskapital kann auch für die SCE von großem Nutzen sein. Zunächst verschafft es der Gesellschaft Liquidität und kann dieser insofern zur Überbrückung finanzieller Eng-

¹²²¹ Vgl. IAS 32.15.

¹²²² *Küting/ Dürr*, DStR 2005, 938, 942.

¹²²³ *Küting/ Dürr*, DStR 2005, 938, 942.

¹²²⁴ *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 318.

¹²²⁵ *Heyd/ Beyer* (IRZ 2007, 53, 57) kommen richtigerweise zu dem Ergebnis, dass man nur über ewige Laufzeiten der Genussrechte und unter Ausschließung der Kündigungsrechte zu einer IFRS-Bewertung als Eigenmittel kommen könnte, was die Attraktivität der Genussrechte deutlich schmälern würde.

¹²²⁶ So auch *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 318.

¹²²⁷ Zum selben Ergebnis kommen *Fentz/ Voigt*, KoR 2007, 23, 26.

¹²²⁸ *Heyd/ Beyer*, IRZ 2007, 53, 57; *Küting/ Dürr*, DStR 2005, 938, 942.

pässe, aber auch zu Investitionszwecken dienen. Besondere Bedeutung hat Genussrechtskapital bei eigenkapitalgerecht ausgestalteten Genussscheinen.

Wie die eG kann auch die SCE zwei Arten der Bilanzierung wählen, anhand derer sich die Frage nach der Eigenkapitalqualität des Genussscheinskapitals beantworten lässt. Bilanziert die SCE nach HGB-Grundsätzen, muss sie dieselben Kriterien wie die eG beachten, wenn sie die Genussrechte eigenkapitalgerecht ausgestalten will.¹²²⁹ Bei einer Bilanzierung nach IAS/IFRS sind die Definitionen von IAS 32.11 und die Kriterien für Eigenkapital- und Fremdkapitalinstrumente in IAS 32.16 maßgeblich.

Eine Bewertung von IAS/IFRS- und HGB-Kriterien hat ergeben, dass im Gegensatz zur HGB-Bilanzierung¹²³⁰ ein Eigenkapitalausweis nach IAS/IFRS bei kündbaren Genussscheinen nicht möglich ist. Da Genussscheine in der Regel eine Kündigungsmöglichkeit gewähren und zumeist von begrenzter Laufzeit sind, können die Genossenschaften sie ohne eine entsprechende Anpassung nach IAS/IFRS nicht als Eigenkapital ausweisen. Neu entstandene Europäische Genossenschaften werden wohl zum jetzigen Zeitpunkt (ca. zehn Monate nach Inkrafttreten des SCE-AG) nur in seltenen Fällen Genussscheine vergeben haben. Anders verhält es sich jedoch, wenn diese durch die Verschmelzung zweier nationaler Genossenschaften entstanden sind. In einem solchen Fall ist es nicht unwahrscheinlich, dass eine oder beide Genossenschaft(n) bereits vor dem Zusammenschluss in supranationaler Rechtsform Genussscheine ausgegeben haben. Enthalten diese Genussscheine eine Kündigungsmöglichkeit für ihren Inhaber, sollte die Geschäftsführung der Genossenschaft darauf drängen, sie den Erfordernissen einer eigenkapitalgerechten Bilanzierung nach IAS/IFRS anzupassen, damit sie sie nicht als Fremdkapital verbuchen muss.

Mit der Anpassung verhält es sich ebenso problematisch, wie generell mit der Vergabe von Genussrechten ohne Kündigungsmöglichkeit. Eine solche Anlage ist für den (potentiellen) Genussscheinsinhaber mit einem deutlich höheren Risiko behaftet, weil er sein Kapital nicht von der Gesellschaft abziehen kann, wenn die gewünschte Rendite nicht erreicht wird oder er das Kapital anderweitig benötigt.¹²³¹ Insofern erscheint es eher fraglich, ob die SCE Investoren finden kann, welche Genussscheine zeichnen, die kein Kündigungsrecht beinhalten; denn gerade die Kündbarkeit und die damit einhergehende Befristung der Anlage macht die-

¹²²⁹ S.o.: Kapitel 2 B. II. 5.

¹²³⁰ Bei dieser steht eher die Nachrangigkeit im Vordergrund, vgl. *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 319.

¹²³¹ Auch wenn ihm ein Kündigungsrecht zusteht, muss er die Mindestlaufzeit und die Kündigungsfrist beachten.

se so interessant. Der Aktionär beispielsweise ist demgegenüber auf die Übertragung seiner Aktien beschränkt.¹²³² Letztlich wird die SCE eine Vertragsanpassung häufig nicht erreichen, denn die hängt immer von der Zustimmung *beider* Parteien ab.

Der Eigenkapitalausweis von Genussscheinskapital nach IAS/IFRS ist demnach deutlich schwieriger¹²³³ als nach dem HGB; er wird den Genossenschaften ohne Anpassung der Genussscheine oft nicht gelingen. Zwar besteht die Möglichkeit, die Genussscheine im Falle bestehender Kündigungsrechte und begrenzter Laufzeiten als eigenen Posten (z.B. „Nachrangkapital“) unter Fremdkapital zu verbuchen;¹²³⁴ doch dies verbessert die Bilanz zweifelsohne nicht so stark, wie ein gesteigerter Eigenkapitalausweis.

Bei der Wahl der Bilanzierungsform spielen zahlreiche Faktoren eine Rolle. Für die Bilanzierung von Genussscheinskapital gilt Folgendes: Eine SCE mit Sitz in Deutschland muss nach derzeitiger Rechtslage¹²³⁵ entscheiden, ob sie sich die Vorteile internationaler Rechnungslegung¹²³⁶ zu Nutze macht und entsprechend nach IAS/IFRS bilanziert. Dies würde Eigenkapitalausweis des Genussrechtskapitals deutlich erschweren. Demgegenüber kann die SCE zugunsten einer verbesserten Möglichkeit des Eigenkapitalausweises auch auf deutsches Bilanzrecht zurückgreifen. Die Entscheidung hängt im Wesentlichen vom Umfang der Genussscheinsvergabe ab.

Eine zur IAS/IFRS-Bilanzierung verpflichtete Genossenschaftsbank hingegen kann Genussrechtskapital nach geltendem Recht nur erschwert als Eigenkapital ausweisen; sie wird von Genussscheinen im Regelfall lediglich als Liquiditätsmittel profitieren können.

Dies gilt für die eG sinngemäß. Auch sie kann gewöhnlich gestaltete Genussrechte bei einer IAS/IFRS-Bilanzierung nicht als Eigenkapital ausweisen. Außerdem ist die Bilanzierung der genossenschaftlichen Geschäftsguthaben als Eigenkapital nach IAS/IFRS ebenfalls mit Problemen behaftet. Die eG sollte daher davon absehen, nach Internationalen Standards der Rechnungslegung zu bilanzieren.

¹²³² Diese Möglichkeit hat der Genussscheinsinhaber in der Regel auch.

¹²³³ Zu diesem Ergebnis kommen auch *Fentz/ Voigt*, KoR 2007, 23, 26.

¹²³⁴ *Schaber/ Kuhn/ Eichhorn*, BB 2004, 315, 319.

¹²³⁵ Zu anstehenden Rechtsänderungen siehe den folgenden Abschnitt: Kapitel 3 E. VI.

¹²³⁶ S.o.: Kapitel 3 E. IV.

VI. Künftige Änderungen

Die Probleme des Eigenkapitalausweises von kündbaren Finanzmitteln bei einer Bilanzierung nach dem Standard IAS 32 hat der IASB offensichtlich erkannt und am 22. Juni 2006 einen Entwurf zur Änderung des Standards veröffentlicht. Der sog. „*Exposure Draft of Proposed Amendments to IAS 32 Financial Instruments: Presentation and IAS 1 Presentation of Financial Statements: Financial Instruments puttable at Fair Value and Obligations arising on Liquidation*“¹²³⁷ dient der Vorbereitung einer Reform der Standards IAS 32 und IAS 1 und konnte bis Ende Oktober 2006 kommentiert werden.¹²³⁸

Neben einigen anderen Änderungsvorschlägen beinhaltet dieser Entwurf auch Kriterien, bei deren Einhaltung rückzahlbare Finanzierungsinstrumente – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage –¹²³⁹ als Eigenkapital einzustufen sind.¹²⁴⁰ Der Entwurf bezieht sich vor allem auf rückzahlbare Gesellschafteranteile. Ob er auch für Genussscheine von Interesse ist, soll im Folgenden kurz aufgezeigt werden.

Zur Verbesserung des Eigenkapitalausweises wurde nach der Vorschrift IAS 32.16 (geltende Fassung) eine neue Vorschrift IAS 32.16A mit folgendem Wortlaut¹²⁴¹ eingefügt:

*„A financial instrument puttable at fair value and a financial instrument that imposes on the entity an obligation to deliver to another entity a pro rata share of the net assets of the entity upon its liquidation are classified as equity when these instruments meet the specified criteria for exclusion from the definition of a financial liability (see subparagraphs (a)(i) and (ii) of the definition of a financial liability in paragraph 11).“*¹²⁴²

Rückzahlbare bzw. „kündbare“¹²⁴³ Finanzinstrumente¹²⁴⁴ können also dann als Eigenmittel charakterisiert werden, wenn sie die Kriterien von IAS 32.11 für finanzielle Verbindlichkeiten¹²⁴⁵ nicht erfüllen.¹²⁴⁶

¹²³⁷ Der Draft kann auf der Homepage des IASB (www.iasb.org) abgerufen werden. Er wird im Folgenden als IASB-Draft 22. Juni 2006 bezeichnet.

¹²³⁸ IASB-Draft 22. Juni 2006, 2.

¹²³⁹ S.o.: Kapitel 3 E. V.

¹²⁴⁰ IASB-Draft 22. Juni 2006, 5.

¹²⁴¹ Eine deutsche Fassung der IASB-Drafts lag bei Fertigstellung dieser Arbeit noch nicht vor.

¹²⁴² IASB-Draft 22. Juni 2006, 16.

¹²⁴³ So der genaue Wortlaut in der Übersetzung von IAS 32.

¹²⁴⁴ Siehe dazu auch die Definition IASB-Draft 22. Juni 2006, 14.

¹²⁴⁵ Zu diesen Kriterien s.o.: Kapitel 3 E. IV. 2. b) bb). Allerdings wurden auch diese neu gefasst, vgl. dazu den IASB-Draft 22. Juni 2006, 13 f.

¹²⁴⁶ Dazu ausführlich: Mentz, DStR 2007, 453, 458 ff.

Die nach geltender Rechtslage für die Genussscheine entscheidende Regelung IAS 32.18 (b)¹²⁴⁷ hat der IASB entsprechend angepasst:

„A financial instrument that gives the holder the right to put it back to the issuer for cash or another financial asset (a ‘puttable instrument’) is a financial liability (except as stated in paragraph 16A). This is so even when the amount of cash or other financial assets is determined on the basis of an index or other item that has the potential to increase or decrease. The existence of an option for the holder to put the instrument back to the issuer for cash or another financial asset means that the puttable instrument meets the definition of a financial liability (except as stated in paragraph 16A). For example, open-ended mutual funds, unit trusts, partnerships and some co-operative entities may provide their unitholders or members with a right to redeem their interests in the issuer at any time for cash, which results in the unitholders’ or members’ interests being classified as financial liabilities (except as stated in paragraph 16A). [...]”¹²⁴⁸

Damit diese Ausnahmeregelungen, die eine besondere zweite Art von Eigenkapital schaffen,¹²⁴⁹ auch für Genussscheinskaptal gelten, müsste es sich bei den Genussscheinen erstens um ein „*financial instrument puttable at fair value*“ oder zweitens um ein „*financial instrument that imposes the entity an obligation to deliver to another entity a pro share rata of the net assets of the entity upon its liquidation*“ handeln. Die Kriterien dafür sind im IASB-Draft in IAS 32.11 festgelegt.¹²⁵⁰ Sie müssen jeweils kumulativ vorliegen. Da Genussscheine ihren Inhaber allerdings nicht berechtigen, den eingezahlten Anteil zum „fair value“ zurückzukaufen, sondern regelmäßig ohne eine Zahlungsverpflichtung¹²⁵¹ kündbar sind, trifft ein wesentliches Kriterium eines „*financial instrument puttable at fair value*“ nicht zu; und entsprechend sind Genussscheine nicht als derartige Finanzinstrumente anzusehen. Auch begründen Genussscheine nicht nur eine Zahlungspflicht in der Liquidation. Deshalb lassen sie sich auch nicht vollständig unter die Kriterien der zweiten Gruppe möglicher Eigenkapitaltitel subsumieren.

¹²⁴⁷ S.o.: Kapitel 3 E. IV. 2. b) dd).

¹²⁴⁸ IASB-Draft 22. Juni 2006, 17 f.

¹²⁴⁹ Zum Teil wird in diesem Zusammenhang auch von „gewillkürtem Eigenkapital“ gesprochen, vgl. M.Schmidt, BB 2006, 1563, 1565.

¹²⁵⁰ IASB-Draft 22. Juni 2006, 14.

¹²⁵¹ Vorausgesetzt die Mindestlaufzeit ist verstrichen.

Die Änderungen beziehen sich, wie angedeutet, eher auf den Eigenkapitalausweis von echten Anteilen an Unternehmen, also von Gesellschafteranteilen. Personengesellschaften können ihre Anteile momentan nicht als Eigenkapital ausweisen, doch auch die im IASB-Draft vorgeschlagenen Änderungen schaffen hier nur zum Teil Abhilfe. Deshalb sind sie auf Kritik gestoßen.¹²⁵²

Der IASB wird seine Eigenkapitaldefinitionen bis 2008 anhand von wissenschaftlichen Kommentierungen des Entwurfs und Stellungnahmen der Praxis überarbeiten. Es wäre zu befürworten, wenn er dabei nicht nur – wie im jetzigen Entwurf – den Weg für einen Eigenkapitalausweis von Gesellschafteranteilen und genossenschaftlichen Geschäftsguthaben frei zu räumen versucht,¹²⁵³ sondern auch für einen Eigenkapitalausweis von hybriden Finanzierungsinstrumenten wie den Genusscheinen.

¹²⁵² Dazu ausführlich: *M.Schmidt*, BB 2006, 1563, 1565.

¹²⁵³ Ob der derzeitige Entwurf dies zu leisten vermag, sei dahingestellt. Kritisch dazu bspw.: *Mentz*, DStR 2007, 453, 460.

F. Wirtschaftliche und sonstige Bedenken

Die wirtschaftlichen und sonstigen Bedenken gegen die Ausgabe von Genussscheinen in der eG kommen für die SCE zum Tragen.¹²⁵⁴ Überdies können die Genussscheinsinhaber durch ihre passive Teilnahme an der Generalversammlung¹²⁵⁵ und das stellungnahmeberechtigte Sondergremium¹²⁵⁶ noch stärkeren Einfluss auf die Geschäftspolitik einer SCE nehmen als auf die der eG. Insofern besteht umso mehr die Gefahr einer Fremdbeeinflussung.

¹²⁵⁴ S.o.: Kapitel 2 E.

¹²⁵⁵ S.o.: Kapitel 3 C. II. 2. a) bb) (3).

¹²⁵⁶ Siehe dazu oben: Kapitel 3 C. II. 2. a) bb) (4).

G. Zusammenfassung

Da Genussscheinkapital die finanzielle Basis eines Unternehmens stärkt und es bei der Unternehmensbewertung (Rating- und Bilanzanalyse) besser dastehen lässt, ist es auch für die SCE von nicht zu unterschätzender Bedeutung. Über diese allgemeinen Vorzüge hinaus bietet es eine Möglichkeit, strukturelle Defizite in der Finanzverfassung der SCE gegenüber der SE und anderen Kapitalgesellschaftsformen auszugleichen.

Rechtsgrundlage für die Ausgabe von Genussrechten in der SCE bildet Art. 64 SCE-VO. Die Inhaber von Genussrechten einer SCE erhalten keine Mitgliedschaftsrechte, abgesehen von vermögensrechtlichen Ansprüchen, die denen der Mitglieder ähneln, und von dem Recht auf Stellungnahme durch die Sonderversammlung der Wertpapierinhaber in der Generalversammlung. Insbesondere stehen ihnen keine Rede- und Antragsrechte in der Generalversammlung zu.

Die SCE kann wie die eG Genussscheine/Genussrechte an Mitglieder und Nichtmitglieder ausschütten. In diesem Zusammenhang ergeben sich einige Besonderheiten, die in der (zumeist zu erwartenden) grenzüberschreitenden Tätigkeit SCE wurzeln. Bei der praktischen Durchführung der Ausgabe bestehen Unterschiede. Zwar ist auch in der SCE eine Satzungsregelung erforderlich, die die Ausgabe von Genussscheinen überhaupt erst ermöglicht. Ein zusätzlicher Beschluss der Mitgliederversammlung zur Bewilligung einer konkreten Emission ist hier allerdings nicht notwendig.

Wegen der grenzüberschreitenden Konzeption der SCE bietet sich zwar eine Bilanzierung nach IAS/IFRS grundsätzlich an; gleichwohl ist ihr aus genussrechtlicher Sicht davon abzuraten, weil sie Genussrechtskapital nach IAS/IFRS nicht als Eigenkapital ausweisen kann. Aus diesem Grund sollte eine SCE mit Sitz in Deutschland nach HGB-Grundsätzen bilanzieren, um so die Vorteile, die die Genussrechte bieten, voll auszuschöpfen. Da die Bilanzierung nach Internationalen Standards zukünftig noch mehr an Bedeutung gewinnen wird, wäre es für eingetragene und Europäische Genossenschaften von Vorteil, wenn der IASB in seinen aktuellen Reformvorhaben eine Möglichkeit schafft, Genussrechte nach IAS 32 als Eigenkapital auszuweisen.

Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

1. Genussrechte sind sowohl allgemein als auch aus genossenschaftsrechtlichem Blickwinkel als Gläubigerrechte einzustufen.¹²⁵⁷ Sie vermitteln nicht die Mitgliedschaft, können sich aber in vermögensrechtlicher Hinsicht an dieser orientieren, indem sie ihren Inhaber beispielsweise am Unternehmensgewinn oder am Liquidationserlös beteiligen.

2. Eingetragene Genossenschaften leiden in besonderem Maße unter Eigenkapitalknappheit. Die Gründe dafür wurzeln vornehmlich in der Struktur der Rechtsform Genossenschaft. So erweist sich die Tatsache, dass sich Genossenschaften primär über Mitgliederbeiträge finanzieren,¹²⁵⁸ als ebenso problematisch wie die Kündbarkeit der genossenschaftlichen Geschäftsguthaben, die dafür sorgt, dass das Grundkapital variiert.¹²⁵⁹ Der Förderzweck schränkt die Anzahl potentieller Kapitalgeber erheblich ein.¹²⁶⁰ Ferner kann die eG ihre Geschäftsanteile nicht übertragen und diese nehmen auch nicht an Wertsteigerungen des Unternehmens¹²⁶¹ teil. Sie sind daher unattraktiv für mögliche Investoren.

Die Reform des Genossenschaftsgesetzes im Jahre 2006 führte ein fakultatives Mindestkapital¹²⁶² und eine Investorenmitgliedschaft¹²⁶³ für die eG ein und brachte somit neue Impulse im kapitalrechtlichen Bereich. Zu den Neuerungen zählt auch, dass die eG die Auseinandersetzungsansprüche der Mitglieder aussetzen kann.¹²⁶⁴ Erhebliche Verbesserungen der Eigenkapitalsituation sind doch auch hierdurch nicht zu erwarten; schon allein, weil die praktische Umsetzung dieser Neuerungen angesichts der erforderlichen Mehrheiten für die entsprechenden Beschlüsse schwierig ist.¹²⁶⁵ Gelingt die Umsetzung dennoch, können eine Vielzahl weiterer Probleme auftreten.¹²⁶⁶

Deshalb besteht in der eG weiterhin ein dringendes Bedürfnis, Genussrechte als Finanzierungsmittel auszugeben, um die Kapitalbasis des Unternehmens zu stärken.

¹²⁵⁷ S.o.: Kapitel 1 A. VIII.

¹²⁵⁸ S.o.: Kapitel 2 A. I. 1.

¹²⁵⁹ S.o.: Kapitel 2 A. I. 3.

¹²⁶⁰ S.o.: Kapitel 2 A. I. 5.

¹²⁶¹ S.o.: Kapitel 2 A. I. 4.

¹²⁶² S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. a).

¹²⁶³ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. f).

¹²⁶⁴ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. b).

¹²⁶⁵ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. a); Kapitel 2 A. II. 2. b); Kapitel 2 A. II. 2. g).

¹²⁶⁶ S.o.: Kapitel 2 A. II. 2. a); Kapitel 2 A. II. 2. f) bb).

3. Genussrechte können bei einer Bilanzierung nach dem HGB Eigenkapital einer Genossenschaft darstellen, wenn sie bestimmte Gestaltungskriterien erfüllen. Sie erweisen sich somit als ideale Ergänzung zu der unzureichenden Möglichkeit der eG, Eigenmittel über die Mitgliederbeiträge zu beschaffen.¹²⁶⁷ Ferner verbessern sie das Rating¹²⁶⁸ und lassen das genossenschaftliche Unternehmen auch in der Bilanzanalyse¹²⁶⁹ besser abschneiden. Fremdkapitalgerecht gestaltete Genussrechte stärken die Liquidität der Genossenschaft und sind insofern ebenfalls attraktiv.¹²⁷⁰

4. Solange die eG Genussrechte in Maßen ausgibt und sie ihre Geschäftspolitik nicht überwiegend auf die Interessen der Genussrechtsinhaber (Gewinnerzielung) ausrichtet, verstößt sie nicht gegen den genossenschaftlichen Förderzweck (§ 1 Abs. 1 GenG).¹²⁷¹

Ebenso wenig kollidieren Genussrechtsvergaben in einer eG mit den genossenschaftlichen Grundprinzipien der Selbsthilfe und Identität sowie der Selbstverwaltung und der Selbstverantwortung.¹²⁷²

Die Gewinnverteilungsregelung des § 19 GenG lässt trotz ihres Wortlautes grundsätzlich zu, Genussrechte an Nichtmitglieder einer eG zu vergeben. Dazu müssen die Genussrechte gewinnorientiert oder gewinnbeteiligt ausgestaltet sein.¹²⁷³ Dennoch sind extreme Genussrechtsgestaltungen denkbar, bei denen sich die Gewinnbeteiligung exakt nach dem von § 19 Abs. 1 GenG verwendeten Gewinnbegriff richtet. Diese sind in der eG unzulässig. Um mögliche Kollisionen zu vermeiden, ist es für die Praxis anzuraten, sich in den Genussrechtsbedingungen immer auf den *Jahresüberschuss* des genossenschaftlichen Unternehmens zu beziehen. Damit schließen die Parteien eine mögliche Unwirksamkeit der Genussrechtsbedingungen von vornherein aus.¹²⁷⁴

Garantieren die Genussrechte einer Genossenschaft dem Gläubiger eine Beteiligung am Liquidationserlös, ergeben sich aus § 91 GenG Bedenken. Diese kann die eG ausräumen, indem sie per Satzungsregelung erlaubt, Dritte an ihrem Auflösungsgewinn zu beteiligen.¹²⁷⁵

¹²⁶⁷ Zu diesen Kriterien vgl. oben: Kapitel: 2. B. II.

¹²⁶⁸ S.o.: Kapitel 2 B. III. 1.

¹²⁶⁹ S.o.: Kapitel 2 B. III. 2.

¹²⁷⁰ S.o.: Kapitel 2 B. V.

¹²⁷¹ S.o.: Kapitel 2 C. I. 1. b).

¹²⁷² S.o.: Kapitel 2 C. I. 3.

¹²⁷³ S.o.: Kapitel 2 C. I. 2. a).

¹²⁷⁴ S.o.: Kapitel 2 C. I. 2. c).

¹²⁷⁵ S.o.: Kapitel 2 C. I. 2. b).

Genossenschaftliche Kapitalerhaltungsvorschriften sind nicht betroffen, wenn eine eG Genussrechte ausschüttet.¹²⁷⁶

5. Die SCE-VO erlaubt es der Europäischen Genossenschaft in Art. 64, Genussrechte in Form der Genussscheine auszugeben. Nationale Genossenschaften wie die eG deutschen Rechts, die Genussrechte vergeben (wollen), haben dadurch eine mittelbare rechtliche Absicherung erhalten.¹²⁷⁷

Zudem kann die eG seit der Gesetzesreform 2006 mehrere, aus dem Recht der SCE übernommene, kapitalgesellschaftliche Elemente wie ein Mindestkapital oder Investorenmitglieder einführen und damit ihre Konzeption deutlich stärker an den Kapitalgesellschaften ausrichten. Auch dies drängt generelle Bedenken gegen die Ausgabe von Genussrechten durch Genossenschaften in den Hintergrund.¹²⁷⁸

6. Die Genossenschaft kann Genussrechte sowohl an Mitglieder als auch an Nichtmitglieder ausgeben. Von besonderem Vorteil ist es, über Genussrechtsvergaben eine Arbeitnehmerbeteiligung zu erreichen.¹²⁷⁹

Die eG muss die Ausgabe von Genussrechten zunächst abstrakt in der Satzung ermöglichen.¹²⁸⁰ Des Weiteren muss ihre Generalversammlung nach Art. 64 Abs. 1 i.V.m. Art. 61 Abs. 4 SCE-VO und § 16 GenG einen Beschluss mit satzungsändernder Mehrheit fassen, der über das Ausgabevolumen im konkreten Fall entscheidet.¹²⁸¹ Die Genossenschaften sollten Genussrechte in der Regel über Dritte (Emissionskonsortien oder Banken) ausgeben.

7. Für eine künftige Gesetzesreform wird angeregt, die Möglichkeit der eG, Genussrechte zu vergeben, ähnlich wie in der SCE-VO im GenG zu normieren. Das schafft Rechtssicherheit. Die entsprechende Regelung sollte die Eigenschaft der Genussrechte als schuldrechtliche Gläubigerrechte ebenso festschreiben wie die Tatsache, dass sie keine Mitgliedschaftsrechte vermitteln. Ferner sollte sie bestimmen, dass eine eG, die Genussrechte ausgeben möchte, verpflichtet ist, dies per Satzung zu erlauben. Des Weiteren müsste sie das Erfordernis eines Beschlusses der Generalversammlung für konkrete Genussrechtsvergaben festlegen.

¹²⁷⁶ S.o.: Kapitel 2 C. I. 4.

¹²⁷⁷ S.o.: Kapitel 2 C. I. 5.

¹²⁷⁸ S.o.: Kapitel 2 C. I. 5.

¹²⁷⁹ S.o.: Kapitel 2 D. I.-III.

¹²⁸⁰ S.o.: Kapitel 2 D. IV. 2.

¹²⁸¹ S.o.: Kapitel 2 D. IV. 1.

8. Für die Europäische Genossenschaft sind Genussscheine als Finanzierungsmittel ebenfalls von großem Interesse, weil sie die Kapitalbasis des Unternehmens stärken.¹²⁸² Insbesondere kann die SCE mittels einer Genussrechtsvergabe strukturelle Defizite in der Finanzverfassung kompensieren. Eine Notwendigkeit hierfür ergibt sich aus den kapitalrechtlichen Nachteilen gegenüber der Europäischen Aktiengesellschaft und deutschen Kapitalgesellschaften, die ein entsprechender Vergleich aufgezeigt hat.¹²⁸³

9. Die Inhaber der von einer SCE ausgegebenen Genussscheine verfügen (wie die Inhaber von eG-Genussrechten) nach der gesetzlichen Vorgabe des Art. 64 SCE-VO grundsätzlich nicht über Mitgliedschaftsrechte. Eine Ausnahme stellt ihr Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung dar, das eine Art Kontrollrecht ist. Dieses umfasst aber weder Rede- noch Antragsrechte.¹²⁸⁴ Die Genussrechtsgläubiger können Stellungnahmen nur über eine Sonderversammlung der Wertpapierinhaber (Art. 64 Abs. 4 SCE-VO) einbringen.

10. Die SCE kann Genussscheine (wie die eG) an Mitglieder und Außenstehende ausgeben. Für Mitglieder bietet der Genussschein dank seiner Flexibilität eine mitunter günstigere Alternative, in die Genossenschaft zu investieren, als die Möglichkeit, weitere Geschäftsanteile zu zeichnen.¹²⁸⁵

11. Das Erfordernis einer Satzungsregelung, die eine Genussscheinsvergabe in der SCE ermöglicht, ist in Art. 64 GenG gesetzlich verankert. Ein darüber hinaus gehender Beschluss der Generalversammlung vor einer konkreten Emission ist nicht erforderlich.¹²⁸⁶ Die praktische Notwendigkeit, Genussscheine über Dritte ausschütten zu lassen, ist im Hinblick auf die SCE noch größer als hinsichtlich der eG, weil die SCE häufig grenzüberschreitend tätig werden wird und ihr Wertpapiergeschäft möglichst effizient gestalten sollte.¹²⁸⁷

12. Gesellschaften können Genussrechte nach den momentan geltenden Regelungen der IAS/IFRS nicht als Eigenkapital ausweisen.¹²⁸⁸ Unter diesem Aspekt ist der eG wie der SCE mit Sitz in Deutschland von einer Bilanzierung nach Internationalen Rechnungslegungsstan-

¹²⁸² S.o.: Kapitel 3 B. I.

¹²⁸³ S.o.: Kapitel 3. B. IV.

¹²⁸⁴ S.o.: Kapitel 3 C. II. 2. a).

¹²⁸⁵ S.o.: Kapitel 3 D. I.

¹²⁸⁶ S.o.: Kapitel 3 D. IV. 1.

¹²⁸⁷ S.o.: Kapitel 3 D. IV. 2.

¹²⁸⁸ S.o.: Kapitel 3 E. IV.

dards abzuraten.¹²⁸⁹ Für Genossenschaftsbanken in der Rechtsform der eG und SCE, die seit dem 1. Januar 2007 zur internationalen Bilanzierung verpflichtet sind, sind die Genussrechte nur als Fremdkapitaltitel von Interesse.

¹²⁸⁹ Eine Bilanzierung nach IAS/IFRS kommt für die genossenschaftlichen Rechtsformen – unabhängig von den Genussrechten – vor allem deshalb weniger in Frage als eine HGB-Bilanzierung, weil sie ihre Geschäftsguthaben nach derzeitiger Rechtslage nur in begrenztem Umfang als Eigenkapital ausweisen können. Dazu s.o.: Kapitel 2 A. II. 2. b).