

Institutional Choice: Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft?

Tilman Bezenberger

I. Einleitung

Das Genossenschaftswesen wollte und will den Markt, wo er nicht hinreicht, durch die verbandsmäßig organisierte Selbsthilfe¹ ersetzen und sucht so einen dritten Weg zwischen Markt und Staat. Im Folgenden sei zunächst ein Blick auf die Genossenschaft im Allgemeinen und im Vergleich zu den Kapitalgesellschaften geworfen (sogleich zu II). Anschließend wird untersucht, ob und wie die öffentliche Hand und speziell die Kommunen sich diese beiden alternativen Vereinigungsformen zu Nutze machen können (unten zu III). Dabei geht es (1) um Kooperationen öffentlicher Akteure untereinander, (2) um Privatisierungen zu Händen von Genossenschaften und (3–4) um Genossenschaften und Kapitalgesellschaften als Organisationsformen für die Heranziehung privaten Kapitals zur Finanzierung öffentlicher oder öffentlich bedeutender Infrastrukturprojekte.

II. Interessen und Organisation in Genossenschaften und Kapitalgesellschaften

Genossenschaften haben von Gesetzes wegen den Zweck, „den Erwerb oder die Wirtschaft ihrer Mitglieder oder deren soziale oder kulturelle Belange durch gemeinschaftlichen Geschäftsbetrieb zu fördern“.² Dieser mitgliedernützige Förderzweck unterscheidet die Genossenschaft von den Erwerbsgesellschaften, zu denen auch die typischen Kapitalgesellschaften gehören. Erwerbsgesellschaften verfolgen einen eigenwirtschaftlichen, auf Gewinn gerichteten Zweck und bündeln die

1 So der treffende Begriff von *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 411 I a), S. 1264.

2 § 1 Abs. 1 GenG.

Nutzenmehrung auf der Ebene der Gesellschaft. Die Genossenschaft hingegen soll nicht ihren eigenen Nutzen als juristische Person mehrer, sondern unmittelbar den Nutzen ihrer Mitglieder.

Das kann viel Gemeinschaftssinn und Einsatzbereitschaft auslösen, schafft aber auch Probleme. Diese fangen mit der Erfolgsmessung an. Bei den eigenwirtschaftlichen Erwerbsgesellschaften lässt sich der Erfolg an Hand der Erträge und Aufwendungen der Gesellschaft im Prinzip gut messen. Bei der Genossenschaft dagegen fällt der Nutzen unmittelbar bei den Mitgliedern an. Das ist viel schwerer zu erfassen,³ weil die Mitglieder nicht durchweg homogen sind und die Leistungen der Genossenschaft deshalb für die Mitglieder unterschiedlichen Nutzen und Wert haben können.

Auch mit der mitgliedschaftlichen Willensbildung kann es Probleme geben. In den meisten erwerbswirtschaftlichen Gesellschaften und speziell in Kapitalgesellschaften richtet sich das Stimmrecht nach der Kapitalbeteiligung.⁴ So geben diejenigen Mitglieder den Ton an, die von der Entscheidung am stärksten betroffen sind. Diese sind meistens auch am besten informiert, weil sich Information für sie am meisten lohnt. Das begünstigt wirtschaftlich effiziente Entscheidungen. In der Genossenschaft dagegen hat jedes Mitglied von Gesetzes wegen als Person eine Stimme.⁵ Das Stimmengewicht ist unabhängig von der Kapitalbeteiligung, weil nicht das Kapital herrschen soll, und es ist auch unabhängig vom Umfang der Geschäftsbeziehung des Mitglieds mit der Genossenschaft, weil möglichst alle mitentscheiden sollen.⁶ Die Entscheidungsmacht und die Betroffenheit von den Folgen der Entscheidung laufen daher nicht gleich. Das kann zu uninformierten und ineffizienten Entscheidungen führen.

Die Genossenschaft muss sich überdies als Verbandsform auch für große und wechselnde Mitgliederbestände eignen. Sie ist insofern mit der Aktiengesellschaft verwandt. Beide Organisationsformen eröffnen

3 Zum Problem der Erfolgsmessung in der Genossenschaft ausführlich *Dülfer*, Betriebswirtschaftslehre der Genossenschaften und vergleichbarer Kooperative, 2. Aufl. 1995, S. 275–336, 364 ff.; des Weiteren *Beuthien/Hanrath*, Den Förderauftrag prüfen – wie soll der Prüfer das machen?, ZfgG 58, 2008, S. 85 ff. (89 f.); *Boettcher*, Die Problematik der Operationalisierung des Förderauftrags in Genossenschaften – Förderplan und Förderbericht, ZfgG 29, 1979, S. 198 ff.; *Eschenburg*, Ökonomische Theorie der genossenschaftlichen Zusammenarbeit, 1971, S. 15 ff.; Überblick bei *Beuthien*, in: Ders. (Hrsg.), Kommentar zum Genossenschaftsgesetz, 15. Aufl. 2011, § 1 Rn. 24.

4 § 134 Abs. 1 Satz 1 AktG; § 47 Abs. 2 GmbHG.

5 § 43 Abs. 3 Satz 1 GenG.

6 Das Gesetz erlaubt es zwar zunehmend, dass die Satzung einzelnen Mitgliedern Mehrstimmrechte einräumt, doch nach wie vor ist dies nur in begrenztem Umfang möglich (§ 43 Abs. 3 GenG).

Skalenvorteile; die Aktiengesellschaft bei der Finanzierung am Kapitalmarkt und die Genossenschaft bei den Geschäftsbeziehungen zu den Mitgliedern. Und je größer ein Verband ist, desto schwerer lässt er sich organisieren. Aus all diesen Gründen ist die Genossenschaft organisationsrechtlich hochgradig reguliert, ähnlich wie die Aktiengesellschaft, und darüber hinaus in ein engmaschiges externes Prüfungs-wesen eingebunden,⁷ das sie von allen anderen privatrechtlichen Vereinigungsformen unterscheidet. Die Genossenschaft ist daher eine transaktionskostenaufwendige Verbandsform. Das erfordert entweder viel Geld, das die meisten nicht haben, oder viel persönliches Engagement, Solidarität und die richtige Mischung aus wechselseitigem Vertrauen und gegenseitiger Kontrolle.

III. Genossenschaften, Kapitalgesellschaften und die öffentliche Hand

III.1 Kooperation öffentlicher Akteure untereinander

Da die Rechtsform der Genossenschaft komplex und aufwendig ist, lohnt sie sich am ehesten bei einer Vielzahl von Mitgliedern. Die aber kommen unter öffentlich-rechtlichen Akteuren nicht leicht zusammen.⁸ Dann ist die GmbH meistens die bessere Rechtsform, denn sie ist einfacher und flexibler, und sie kann auch auf einen förderwirtschaftlichen und in diesem Sinne genossenschaftlichen Zweck ausgerichtet sein.⁹ Daneben stellt das öffentliche Recht als Unternehmensform die kommunale Anstalt zur Verfügung, die mit der klassischen Verwaltung gut kompatibel ist, und auch ein kommunaler Zweckverband oder eine öffentlich-rechtliche Vereinbarung mögen als Kooperationsformen in Betracht kommen.

7 §§ 53 ff. GenG.

8 Immerhin gibt es IT-Dienstleistungs-Genossenschaften öffentlicher Stellen, s. *Wandersleb*, in diesem Bd. S. 81 ff.

9 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht (Fn. 1), § 41 I 1 a), S. 1264 f.

III.2 Genossenschaftliche Privatisierungen

Genossenschaften spielen aber auch eine Rolle bei der Privatisierung kommunaler Einrichtungen. Man hört etwa von einem kleinen kommunalen Wasserwerk für 90 Haushalte, das die Gemeinde finanziell überforderte und das jetzt von einer Genossenschaft der Anwohner fortgeführt wird, weil diese sich nicht einem überregionalen Wasserversorger anvertrauen wollten.¹⁰ Oder man hört von einem ehemaligen Stadtbad, das wegen seiner Kosten kurz vor der Schließung stand und dann durch eine Genossenschaft von schwimmfreudigen Bürgern, Sportvereinen, Geschäftsinhabern und örtlichen Wohnungsunternehmen fortgeführt wurde. Das Bad blieb im Eigentum der öffentlichen Hand und wird von der Genossenschaft nur betrieben. Diese ist zwar auf Subventionen der öffentlichen Hand angewiesen, spart aber beim Betrieb Kosten und hat auch die Erträge gesteigert, so dass die Subventionen geringer sind als die früheren Betriebsaufwendungen der öffentlichen Hand.¹¹

So etwas kann durchaus sinnvoll sein. Es stimmt zwar bedenklich, wenn die öffentliche Hand die Daseinsvorsorge auf Bürger abwälzt. Aber ein genossenschaftliches Schwimmbad ist besser als gar kein Schwimmbad, und wenn die Dorf-Genossen ihr eigenes Wasserwerk und keinen überregionalen Versorger wollten, werden sie dafür Gründe gehabt haben. Solche Projekte können zwar auch in Gestalt einer Kapitalgesellschaft verwirklicht werden. Aber die Genossenschaft bietet hier Vorteile, denn durch ihre partizipative und egalitäre Struktur gibt sie den Bürgern als Mitgliedern und Nutzern der Genossenschaft Einfluss auf die Leistungserbringung.

Mitgliedereinfluss gibt es zwar auch in der GmbH, sogar noch mehr.¹² Aber dort ist der Beitritt und Wechsel von Gesellschaftern umständlich,¹³ so dass sich diese Gesellschaftsform für große und wechselnde Mitgliederbestände nicht eignet. In der Aktiengesellschaft hinwiederum ist die Übertragung der Mitgliedschaft einfach, aber der Beitritt ähnlich kompliziert wie in der GmbH¹⁴, und vor allem ist hier

10 DStGB Dokumentation Nr.40: Genossenschaften – Miteinander von Bürgern, örtlicher Wirtschaft und Kommunen, Verlagsbeilage „Stadt und Gemeinde Interaktiv“ Ausgabe 9/2004, S. 7 f., betr. die Wassergenossenschaft Ellerhoop eG.

11 DStGB Dokumentation Nr.40: Genossenschaften (Fn. 10), S. 4 ff., betr. das Hallenbad Zürich-Altstetten.

12 S. die §§ 37 f., 45 ff. GmbHG zur sehr starken Stellung der Gesellschafterversammlung in der GmbH.

13 §§ 15, 33 f., 55 ff. GmbHG.

14 §§ 179 ff., 182 ff. AktG.

die persönliche Teilhabe der Mitglieder ganz weitgehend zu Gunsten des Kapitals und des Managements zurückgedrängt.¹⁵ Auch ist ein einseitiger Austritt von Mitgliedern in beiden Arten von Kapitalgesellschaften grundsätzlich nicht möglich.

Bei Privatisierungen der hier angesprochenen Art sind zudem oft Subventionen im Spiel, sei es wie im Hallenbad-Beispiel oder sei es, dass die öffentliche Hand die Anlage günstig der Genossenschaft verkauft oder überlässt. Das ist bei einer Genossenschaft transparenter und leichter zu rechtfertigen, denn Empfänger der Subventionen sind letztlich die Bürger, die als gleichberechtigte Mitglieder und Nutzer hinter der Genossenschaft stehen. Die Genossenschaft ist hier nicht zuletzt ein verbandsrechtliches Instrument für die Durchleitung von Subventionen.

III.3 Energieversorgungs-Genossenschaften von öffentlicher Hand und Bürgern

Genossenschaften gibt es schließlich auch als Zusammenschlüsse zwischen der öffentlichen Hand und Bürgern. Vor allem in Süddeutschland sind in neuerer Zeit viele kommunale Energiegenossenschaften entstanden, mit denen sich Kommunen, regionale Energieversorger sowie andere Unternehmen und Bürger zusammenschließen, um in der Region Strom aus erneuerbaren Quellen zu erzeugen und zu vermarkten. Das soll die Energiewende und die regionale Wirtschaft voranbringen und trägt zur Zeit hohe Subventionen ein.¹⁶ Das Thema Genossenschaft und öffentliche Hand hängt also auch in dieser Hinsicht mit Subventionen zusammen.

Solche Genossenschaften haben mitunter eine eigentümliche Gestalt.¹⁷ Die Anlagen zur Energieerzeugung sind kapitalintensiv, und das Kapital soll im Wesentlichen von den Bürgern kommen;

15 Zur Kapitalbeteiligung als Teilhabeschlüssel in der AG s. §§60 Abs.1, 134 Abs.1, 271 AktG; zur sehr starken Stellung des Vorstands s. §§76 Abs.1, 119 Abs.2 AktG.

16 Ein beachtlicher Teil der Genossenschafts-Neugründungen der letzten Jahre fällt in diese Rubrik, s. *Stappel*, Trends bei Neugründungen von Genossenschaften in Deutschland, ZfG 61, 2011, S. 187 ff.

17 Hierzu und zum Folgenden *Genossenschaftsverband Bayern e.V.* (Hrsg.), Erfolgsmodell Genossenschaft: die Energiewende gemeinsam gestalten – ein Leitfaden für Kommunen, 2012, im Internet abrufbar URL: https://www.gv-bayern.de/fileadmin/public/vuk/GVB_Leitfaden_Kommune_Energie.pdf, abgerufen am 8. März 2014, *Althanns*, Genossenschaftliche Modelle bei der Realisierung von Anlagen der erneuerbaren Energien, ZfBR-Beil. 2012, S. 36 ff. (38, 42).

hierfür werden diese in großer Zahl gebraucht. Wenn sich nun aber die Bürger und die öffentlichen Akteure auf derselben Stufe zu einer Genossenschaft zusammenschließen würden, hätten die Bürger bei weitem mehr Stimmen. Um das zu vermeiden, gibt es zweistufige Beteiligungsmodelle. Die Bürger werden nicht unmittelbar Mitglieder der kommunalen Energiegenossenschaft. Sie gründen vielmehr eine oder mehrere separate Bürger-Energiegenossenschaften, welche die Anlagen zur Energieerzeugung finanzieren und erwerben. Die Bürger-Energiegenossenschaften werden dann als kollektive Einheiten neben den Gemeinden und den anderen öffentlichen Akteuren Mitglieder der kommunalen Energiegenossenschaft. Diese plant und betreibt die Anlagen und vermarktet den Strom.¹⁸ Und in der kommunalen Energiegenossenschaft können sich die öffentlichen Akteure durch ihre größere Zahl die Stimmenmehrheit sichern.

Die Genossenschaft wird hier zum Finanzierungsmodell, was sie nach der genossenschaftlichen Idee nicht sein soll. Es ist auch kein gutes Finanzierungsmodell. Die öffentlichen Akteure verschaffen sich eine Macht, die weit über den eigenen Kapitaleinsatz und über das hinausgeht, was das Gesetz in der regulären, einstufigen Genossenschaft duldet. Die Bürger dagegen sitzen auf ihrem Investment fest. Die Anlagen zur Energieerzeugung, die den Bürger-Energiegenossenschaften gehören, sind ja sehr oft auf den Betrieb durch die kommunale Energiegenossenschaft zugeschnitten und können nicht oder nur schwer anderweitig verwendet werden. Und die Bürger können das Gebaren der kommunalen Energiegenossenschaft nicht steuern. Eigentum und Kontrolle fallen hier ganz weit auseinander. Das kann große Probleme bereiten, wenn die Subventionen für Erneuerbare Energien künftig zurückgehen und/oder die Technik auf diesem Gebiet voranschreitet, so dass sich viele Anlagen nicht mehr lohnen. Die öffentlichen Akteure haben keinen hinreichenden Anreiz, sich über solche Risiken gehörig Gedanken zu machen, weil es nicht ihr Kapital ist, das dann entwertet wird. Und die investierenden Bürger können nicht steuernd eingreifen und sind möglicherweise allzu kurzfristig durch die Subventionen geblendet.

18 *Genossenschaftsverband Bayern e. V.* (Hrsg.), *Erfolgsmodell* (Fn. 17), S. 24 ff.

III.4 Die Aktiengesellschaft als Alternative

Um privates Kapital zur Finanzierung von Infrastrukturvorhaben heranzuziehen, die im öffentlichen Interesse liegen, ist die Kapitalgesellschaft und speziell die Aktiengesellschaft die bessere Rechtsform. Eine Gesellschaft aus privaten Aktionären errichtet und betreibt eine von der öffentlichen Hand konzessionierte Anlage und finanziert diese zum Teil mit Eigenkapital, nämlich mit Einlagen der Aktionäre. Dann müssen die Aktionäre Aussicht auf eine Rendite haben, die sich aus den Erträgen der Anlage speist. Die öffentliche Hand kann hier durch die Gestaltung des Konzessionsvertrags vieles steuern und insbesondere Berechnungsgrundlagen dafür festschreiben, wie viel Entgelt die Gesellschaft von den Nutzern der Anlage nehmen darf. Gelingt es auf diese Weise, möglichst stabile Zahlungsflüsse in bestimmter Höhe glaubhaft in Aussicht zu stellen, kann privates Eigenkapital zu günstigen Bedingungen beschafft werden. Denkbar wäre es etwa, dass die Anlage so lange von der privaten Aktiengesellschaft betrieben wird, bis bestimmte Ausschüttungen an die Aktionäre zu Stande gekommen sind, und anschließend fällt die Anlage an die öffentliche Hand zurück oder kann von ihr zurückerworben werden. Das alles ist finanztechnisch und rechtlich nicht einfach und entspricht nicht dem heutigen politischen Trend. Aber das Modell hat sich schon früher im Eisenbahnbau und beim Aufbau der städtischen Stromversorgung im Großen und Ganzen bewährt.

IV. Zusammenfassung

Die Genossenschaft ist keine Patentformel, sondern eine komplexe und anspruchsvolle Verbandsform und nicht notwendig besser oder schlechter als eine Kapitalgesellschaft. Es kommt auf die Art des Projekts an. Zur Kooperation öffentlicher Akteure untereinander taugen Genossenschaften selten. Besser eignen sie sich für die Privatisierung kommunaler Einrichtungen der Daseinsvorsorge, denn die Genossenschaft steht viel mehr als eine Kapitalgesellschaft für ihre Mitglieder als Nutznießer und für deren persönlich-solidarisches Engagement. Genossenschaftliche Zusammenschlüsse von öffentlicher Hand und Bürgern wie die kommunalen Energiegenossenschaften sind dagegen mit Skepsis zu betrachten, denn zwischen der öffentlichen Hand als Kapitalnehmerin und den Bürgern als Kapitalgebern können Interessenkonflikte entstehen, für deren Lösung es keine angemessene

Governance-Struktur gibt. Vieles spricht stattdessen für die Rechtsform der Aktiengesellschaft, wenn privates Kapital für öffentlich gewollte Infrastrukturvorhaben mobilisiert werden soll.

Der Autor *Prof. Dr. Tilman Bezenberger* ist Professor für Bürgerliches Recht, Gesellschaftsrecht und Europäisches Zivilrecht an der Universität Potsdam.