



Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften

Möglichkeiten und Grenzen de lege lata

FRANCO TAISCH



TIZIAN TROXLER

407

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften. Es werden zunächst die bei der Eigenkapitalbeschaffung mit Anteilscheinen bestehenden Problemfelder aufgezeigt und dargelegt, wie die entsprechenden Nachteile reduziert oder beseitigt werden können. Anschliessend wird untersucht, ob es für Genossenschaften rechtlich zulässig ist, Eigenkapitalfinanzierungsinstrumente sui generis zu schaffen. Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen für Genossenschaften weitreichende, rechtliche Gestaltungsspielräume zur Schaffung von effektiven und effizienten Eigenkapitalfinanzierungsinstrumenten. Sei dies auf der Grundlage des gesetzlich geregelten Genossenschaftskapitals oder innerhalb der gesetzlichen Schranken durch auf dem Grundsatz der Privatautonomie basierende Eigenkapitalfinanzierungsinstrumente sui generis.

Le présent article traite de l'obtention de capitaux propres par les sociétés coopératives. Il présente tout d'abord les problèmes liés à la réunion de fonds propres au moyen de parts sociales et explique comment réduire ou écarter les inconvénients qui y sont liés. Les auteurs se demandent ensuite si les sociétés coopératives sont autorisées du point de vue juridique à créer des instruments de financement de fonds propres sui generis. Selon l'avis défendu ici, les sociétés coopératives disposent d'une grande marge de manœuvre sur le plan juridique pour créer des instruments de financement de fonds propres efficaces. Que ce soit par le biais du capital social réglé par la loi ou, dans les limites légales, par le biais d'instruments de financement du capital propre sui generis en vertu du principe de l'autonomie privée.

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Problemfelder im Zusammenhang mit der Kapitalbeschaffung durch Genossenschaftsanteile
 - A. Übertrag- und Handelbarkeit der Genossenschaftsanteile
 1. Ausgangslage und Problemerkfassung
 2. Trennbarkeit von Vermögens- und Mitgliedschaftsrechten
 3. Abtretung der Genossenschaftsanteile an Nichtmitglieder
 4. Praktische Hinweise
 5. Beispiele aus der Praxis zur Handelbarkeit von Genossenschaftsanteilen
 - B. Anteilscheine können nicht als Wertpapiere ausgegeben werden
 1. Ausgangslage und Problemerkfassung
 2. Einredenverzicht
 3. Teleologische Reduktion des Verbriefungsverbots
 4. Ausgabe von Wertrechten zur Schaffung von Bucheffekten
 5. Kotierung der Genossenschaftsanteile an einer Börse nach BEHG
 - C. Begrenzter Primärmarkt für Anteilscheine
 1. Ausgangslage und Problemerkfassung
 2. Einbezug des potenziellen Mitgliederkreises
 3. Anpassen der Mitgliedschaftsvoraussetzungen und -pflichten
 4. Emission an eine Finanzierungsgesellschaft
 5. Erweiterung des Investorenkreises auf Nichtmitglieder
 - D. Risikokapital mit Dividendenbegrenzung
- III. Eigenkapital sui generis
 - A. Einführung
 - B. Gesetzeslücke oder qualifiziertes Schweigen
 - C. Rechtliche Rahmenbedingungen
 1. Grundsätzliches
 2. Rechtliche Rahmenbedingungen im Innenverhältnis
 3. Rechtliche Rahmenbedingungen im Aussenverhältnis
- IV. Zusammenfassung

I. Einführung

Das Eigenkapital entspricht dem Reinvermögen des Unternehmens, also demjenigen Teil des Bruttovermögens, der «[...] nicht zur Abdeckung von Verpflichtungen gegenüber Dritten dienen muss [...]»¹. Es umfasst diejenigen Passivkonten einer Bilanz, «[...] welche keine festen Ansprüche Dritter am Unternehmensvermögen betreffen [...]»². Das wichtigste Kriterium für die Abgrenzung des Eigenkapitals vom Fremdkapital ist aus rechtlicher Sicht die Frage der Rückzahlbarkeit³. Was von einem Gläubiger auf Kündigung zurückgefordert werden kann, qualifiziert zivilrechtlich nicht als Eigenkapital⁴.

FRANCO TAISCH, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordinarius für Wirtschaftsrecht an der Universität Luzern und Vorsitzender des Direktoriums des IFU | BLI Instituts für Unternehmensrecht und des Kompetenzzentrums für Genossenschaftsunternehmen, Inhaber taischconsulting, unternehmensführung und recht, Verwaltungsrat u.a. bei Raiffeisen Schweiz.

TIZIAN TROXLER, lic. iur., Advokat und Doktorand an der Universität Basel, wissenschaftlicher Mitarbeiter am IFU | BLI Institut für Unternehmensrecht sowie am Kompetenzzentrum für Genossenschaftsunternehmen, beides an der Universität Luzern.

¹ ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. A., Bern 2012, § 16 Rz. 51.

² RUDOLF VOLKART, Corporate Finance, Grundlagen von Finanzierung und Investition, 5. A., Zürich 2011, 585.

³ PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 4. A., Zürich 2009, § 8 Rz. 297.

⁴ BÖCKLI (FN 3), § 8 Rz. 297.

Aus betriebswirtschaftlicher Sicht ist Eigenkapital ein Grundbaustein einer nachhaltigen Unternehmensfinanzierung. Von besonderem Stellenwert ist es bei der *Unternehmensgründung*, denn eine gesunde Eigenkapitalbasis ist oft eine Voraussetzung für die Aufnahme von Fremdkapital zu günstigen Konditionen⁵. Aber auch in *Wachstumsphasen* oder zur Realisierung von *Umstrukturierungen* sowie bei *Akquisitionen* ist genügend Eigenkapital regelmässig eine unerlässliche Bedingung. Und im *Sanierungsfall* ist die Möglichkeit, zeitnah Eigenkapital beschaffen zu können, überlebenswichtig.

Bei *Kapitalgesellschaften* kommt dem Eigenkapital⁶ die Kontinuitäts- und Existenzsicherungsfunktion sowie die Risiko-, Haftungs-, Gewinnbeteiligungs-, Geschäftsführungs-, Kreditfähigkeits- und Ertragsfunktion zu⁷. Diese Funktionen übernimmt das Eigenkapital auch bei *Genossenschaften*⁸, mit Vorbehalt folgender Besonderheiten hinsichtlich des *Grundkapitals*⁹:

- Bei Genossenschaften ist das Grundkapital, das sog. Genossenschafts- oder Anteilkapital, fakultativ¹⁰. Dies entspricht ihrer personenbezogenen Struktur und bringt den Unterschied zur Kapitalgesellschaft, bei der ein Grundkapital konzeptionell erforderlich ist, zum Ausdruck.
- Das zwingende Kopfstimmprinzip verbietet selbst dort, wo ein Anteilkapital besteht, Stimmrechte nach der Kapitalbeteiligung zu bemessen¹¹. Das Anteilkapital – und auch das übrige Eigenkapital – erfüllt somit

*keine Geschäftsführungsfunktion*¹² und die Genossenschaft kennt grundsätzlich *keine kapitalbezogene Governance*¹³.

- Aufgrund der gesetzlich zwingenden Dividendenbeschränkung¹⁴ kommt dem Anteilkapital sodann *nur bedingt* eine *Gewinnbeteiligungs- und Ertragsfunktion* zu¹⁵.
- Die Höhe des Anteilkapitals ist sodann in Abhängigkeit zum Ein- und Austritt der Mitglieder veränderlich und kann dem Handelsregister nicht entnommen werden. Darunter leidet freilich die *Kreditfähigkeitsfunktion*¹⁶.

Trotz dieser Besonderheiten ist das Eigenkapital bei Genossenschaften bezüglich der Kontinuitäts- und Existenzsicherungsfunktion sowie der Risiko-, Haftungs- und Kreditfähigkeitsfunktion nicht minderbedeutend als bei Kapitalgesellschaften. Die gesetzlich explizit vorgesehenen Instrumente zur Beschaffung von Eigenkapital¹⁷ tragen dieser zentralen Stellung u.E. aber nur ungenügend Rechnung¹⁸:

- Auf dem Weg der *Selbstfinanzierung*, mit der nach der Vorstellung des Gesetzgebers das erforderliche Eigenkapital bei Genossenschaften primär zu beschaffen wäre, lässt sich das für grössere Investitionen erforderliche Kapital vielfach nicht aufbringen. Und bei der Unternehmensgründung oder Sanierung versiegt diese Finanzierungsquelle in aller Regel gänzlich.
- Von den gesetzlich explizit vorgesehenen Mitteln bleibt in solchen und ähnlichen Konstellationen nur der Rückgriff auf den *Anteilschein* zur Schaffung eines *Genossenschaftskapitals*. Damit sind aber einige rechtliche Besonderheiten verbunden, die sich im Hinblick auf eine effiziente und effektive Eigenkapitalbeschaffung oft als nachteilig erweisen.

Der vorliegende Beitrag geht zunächst auf eben diese rechtlichen Besonderheiten ein und zeigt auf, wie die dar-

⁵ VOLKART (FN 2), 584 f., 666; HANS-PETER FRIEDRICH, *Das Genossenschaftskapital*, Basel 1963, 6, 66.

⁶ Teilweise als Ganzes, teilweise auch nur dem Grundkapital.

⁷ JEAN-PAUL THOMMEN, *Unternehmensfinanzierung*, Eine Einführung in die Corporate Finance, 2. A., Zürich 2011, 36; MAX BOEMLE/CARSTEN STOLZ, *Unternehmensfinanzierung*, Bd. 1, 14. A., Zürich 2010, 11 f.

⁸ Vgl. FRIEDRICH (FN 5), 5.

⁹ Beim sog. Anteilkapital handelt es sich um eine Sperrziffer, die ein Mindestvermögen im Interesse der Gläubiger sicherstellen soll (FRIEDRICH [FN 5], 65 ff.). Angemerkt sei noch, dass das Gesetz nach einem Vorschlag des Bauernsekretariates von «Reinertrag» statt «Reingewinn» spricht. Dadurch sollte die bewusste Abgrenzung der Genossenschaft von der Aktiengesellschaft unterstrichen werden. Materiell bestehen, abgesehen von den Verteilungsgrundsätzen, keine Unterschiede zum bilanzmässigen Reingewinn einer Aktiengesellschaft (vgl. hierzu eingehend FRIEDRICH [FN 5], 64 f.; 193 ff. und 238 f. m.w.N.w.).

¹⁰ Auch Anteilscheinkapital. Vgl. Art. 828 Abs. 2 i.V.m. 833 Ziff. 1 i.V.m. 853 Abs. 1 OR und ZK-GUTZWILLER, syst. Teil vor Art. 828 OR, N 137 und Art. 828 N 34.

¹¹ FRIEDRICH (FN 5), 125 und Art. 885 OR; FRITZ VON STEIGER, *Die Abgrenzung der Genossenschaft von der Aktiengesellschaft*, SAG 1935, 195; JACQUES-ANDRÉ REYMOND/RITA TRIGO TRINDADE, *Die Genossenschaft*, SPR VIII/5, Basel 1998, 49.

¹² In Anlehnung an BOEMLE/STOLZ (FN 7), S. 12, ist damit das sich bei Kapitalgesellschaften aus der Eigenkapitalbeteiligung ergebende Recht auf Mitwirkung in der Ausrichtung des Geschäfts gemeint. Es geht nicht um die operationelle oder strategische Führung, sondern um das grundsätzliche Mitbestimmungsrecht der Gesellschafter.

¹³ Abgesehen vom Recht, die ordentliche Revision zu verlangen (Art. 906 Abs. 2 Ziff. 2 OR).

¹⁴ Art. 859 Abs. 3 OR. Die Bestimmung ist für Kreditgenossenschaften nicht anwendbar (Art. 861 OR).

¹⁵ Vgl. zum Ganzen PETER FORSTMOSER/Franco TAISCH/TIZIAN TROXLER/INGRID D'INCÀ, *Der Genossenschaftszweck – gestern und heute*, REPRAX 2/12, 1 ff., 6 ff.

¹⁶ Vgl. zum Ganzen FRIEDRICH (FN 5), 138 ff.; FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ (FN 15), 17.

¹⁷ Selbstfinanzierung und Eigenfinanzierung durch Anteilschein.

¹⁸ Vgl. auch FRANCO TAISCH, *Genossenschaftsgruppen und deren Steuerung*, Zürich 2009, 117.

aus resultierenden Nachteile abgeschwächt und allenfalls beseitigt werden können. Die dabei zu behandelnden Problemfelder sind (i) die Übertrag- und Handelbarkeit der Genossenschaftsanteile, (ii) das Verbot, Anteilscheine als Wertpapiere auszugeben, (iii) die Begrenzung des Primärmarktes auf den Kreis der Mitglieder und (iv) die für Anteilscheine geltende Dividendenbegrenzung (nachfolgend II.). Anschliessend wird untersucht, ob das geltende Genossenschaftsrecht Eigenkapitalfinanzierungsinstrumente *sui generis* erlaubt und ob Genossenschaften sich allenfalls auf diesem Weg effizient und effektiv Eigenkapital beschaffen können (nachfolgend III.).

II. Problemfelder im Zusammenhang mit der Kapitalbeschaffung durch Genossenschaftsanteile

A. Übertrag- und Handelbarkeit der Genossenschaftsanteile

1. Ausgangslage und Problemerkennung

Die effiziente und effektive Eigenkapitalbeschaffung setzt in aller Regel voraus, dass die Investoren ihre Beteiligungen auch wieder abtreten können. Bei einer Aktiengesellschaft ist dies grundsätzlich gegeben, wobei nicht nur die vermögensmässige Beteiligung am Aktienkapital, sondern die mit dieser verknüpfte Mitgliedschaft als solche übertragbar ist.

Auch bei Genossenschaften mit Grundkapital besteht zumindest im Grundsatz diese Verbindung zwischen der Mitgliedschaft und der Grundkapitalbeteiligung. So ist das Genossenschaftskapital nach h.L. eine Folge der Mitgliedschaft und deswegen mit dieser verbunden¹⁹. Im Unterschied zur Aktiengesellschaft ist der *rein vermögensrechtliche* Erwerb der Mitgliedschaft und die *rechtsgeschäftliche Übertragung* der Mitgliedschaft bei der Genossenschaft *ausgeschlossen*²⁰. Die Mitgliedschaft kann, abgesehen von den gesetzlichen Ausnahmen²¹, nur durch schriftliche Beitrittserklärung und – sofern die Statuten nichts anderes vorsehen – durch einen Beschluss der Verwaltung *originär* begründet werden²². Die Übertragbar-

keit der Kapitalbeteiligung ist somit nur gegeben, wenn sich diese von der Mitgliedschaft trennen und gesondert übertragen lässt²³.

2. Trennbarkeit von Vermögens- und Mitgliedschaftsrechten

Die *Trennbarkeit* der persönlichen Mitgliedschaftsrechte und der durch die Beteiligung am Anteilkapital vermittelten vermögensmässigen Rechte ist u.E. in Art. 849 Abs. 2 OR ausdrücklich vorgesehen²⁴. Die Bestimmung deutet klar darauf hin, dass die genannten Vermögensrechte einerseits übertragbar sind²⁵ und andererseits von den persönlichen Mitgliedschaftsrechten getrennt werden können²⁶. Die h.L. geht denn auch folgerichtig davon aus, dass Genossenschaftsanteile frei übertragbar sind²⁷. Die Trennung entspricht der gesetzlichen Grundkonzeption, wonach die Genossenschaft im Kern eine Personenvereinigung und eben *keine* Kapitalgesellschaft ist. Im Gegensatz zur Aktiengesellschaft ist sie «[...] eine Vereinigung persönlicher wirtschaftlicher Kräfte, die mit einer vermögensrechtlichen Grundlage verbunden *sein kann*, aber *nicht* verbunden *zu sein braucht*, bei der aber in allen Fällen die Mitglieder nicht, wie bei den kapitalistischen Vereinigungen, blosse Träger von Vermögensrechten sind, sondern das persönliche Substrat der Genossenschaft bilden [...]»²⁸.

¹⁹ Vgl. ZK-GUTZWILLER, syst. Teil vor Art. 828 OR, N 134.

²⁰ Vgl. PETER JÄGGI/JEAN NICOLAS DRUEY/CHRISTOPH VON GREYERZ, Wertpapierrecht, Basel 1985, 123; VON STEIGER (FN 11), 194.

²¹ Übergang der Mitgliedschaft zufolge einer Erbschaft (Art. 847 Abs. 2 und 3 OR), bei der Verknüpfung der Mitgliedschaft mit einem Vertrag (Art. 849 Abs. 3 OR) oder einem Grundstück (Art. 850 Abs. 2 OR).

²² Vgl. Art. 840 ff. OR.

²³ Freilich könnte eine Mobilisierung der Vermögensrechte auch mittels Zession der künftigen Forderungen, die ihren Rechtsgrund in der Kapitalbeteiligung haben, erreicht werden. Eine befriedigende Lösung stellt dies aber nicht dar: Besteht nämlich der Rechtsgrund dieser Forderungen in der Kapitalbeteiligung eines Mitglieds und ist die Kapitalbeteiligung als Folge der Mitgliedschaft mit dieser verbunden, erlischt der Rechtsgrund mit dem Austritt des Mitglieds aus der Genossenschaft. Die Zession wäre deswegen zwar nicht widerrechtlich. Man wird aber wohl keinen Zessionar finden, der in Kenntnis dieser Rechtslage solche von der Mitgliedschaft des Zedenten in der Genossenschaft abhängige Forderungen erwirbt (vgl. zum Ganzen REYMOND/TRIGO TRINDADE [FN 11], 119; FRIEDRICH [FN 5], 129 ff.; JÄGGI/DRUEY/GREYERZ [FN 20], 123 f.).

²⁴ Vgl. zum Ganzen auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 116 f.; TAISCH (FN 18), 121 f.; A.M. FRIEDRICH (FN 5), 134 f.

²⁵ Vgl. hierzu sogleich nachfolgend Ziffer 3.

²⁶ Im Ergebnis gl.M. ERICH FLURI, Die rechtlichen Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung im schweizerischen Genossenschaftsrecht, Zürich 1973, 77; vgl. zum Verhältnis von Mitgliedschafts- und vermögensrechtlicher Beteiligung WALTER HENSEL, Der Genossenschaftsanteil nach schweizerischem Obligationenrecht, Zürich 1947, 52 ff. Was den Gesetzeswortlaut betrifft im Ergebnis gl.M. PETER FORSTMOSER, Grossgenossenschaften, Bern 1970, 209 f.

²⁷ Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 117 m.w.N.w. in dortiger Fn. 245.

²⁸ BBl 1928 285 (Hervorhebung in Kursivschrift hinzugefügt); vgl. auch FRIEDRICH (FN 5), 76.

Bereits von der Expertenkommission²⁹ wurde ein Auseinanderfallen von Vermögensrechten und der Mitgliedschaft als zulässig erachtet. Besonders deutlich bringt dies auch die Botschaft des Bundesrates von 1928 zur Revision des Genossenschaftsrechts zum Ausdruck:

«[...] Was die Übertragung der Mitgliedschaft durch Rechtsgeschäft betrifft, so muss im Gegensatz zum Aktienrecht daran festgehalten werden, dass die Mitgliedschaft nicht einfach durch ein solches übertragen werden kann. Weder die Abtretung des Genossenschaftsanteils, noch die Übertragung der besonderen Urkunde, die über den Genossenschaftsanteil oder über die Mitgliedschaft ausgestellt worden ist, machen den Erwerber ohne weiteres zum Genossenschafter, sondern es bedarf hierfür eines Aufnahmebeschlusses. *Vermögensrechte und Mitgliedschaftsrechte fallen somit auseinander; die letztern stehen dem Abtretenden so lange zu, als der Erwerber nicht als Genossenschafter aufgenommen ist [...]*»³⁰.

Trotz der u.E. klaren Rechtslage sind Inhalt und Bedeutung von Art. 849 OR in der Lehre bisweilen umstritten³¹. So wird der sachliche Anwendungsbereich der genannten Spaltung teilweise aufgrund der systematischen Stellung von Art. 849 OR³² und des Wortlautes von Art. 849 Abs. 1 OR³³ auf Transaktionen beschränkt, bei denen Genossenschafter alle ihre Anteilscheine *künftigen Mitgliedern* abtreten³⁴. Diese These liesse sich zwar bis zu einem gewissen Grad mit dem Wortlaut von Art. 849 Abs. 2 OR stützen³⁵. «[...] Somit könnte zu Recht davon ausgegangen werden, dass die Übertragung der Genossenschaftsanteile grundsätzlich nur zulässig ist, wenn sie von einem (durch den Verkauf aller seiner Anteile) austretenden Genossenschafter auf ein künftiges Mitglied stattfindet [...]»³⁶. Der gedankliche Ursprung dieser engen Auslegung von Art. 849 OR beruht allerdings in der Prämision einiger Autoren, der Gesetzgeber habe mit Art. 849 Abs. 2 OR *keine dauernde* Trennung zwischen den Vermögensrechten und der Mitgliedschaft anstreben und insbesondere auch die Handelbarkeit der vermögens-

rechtlichen Beteiligung beschränken wollen³⁷. Gesetz und Materialien sprechen aber für eine grundsätzliche Trennbarkeit der Vermögens- und Mitgliedschaftsrechte und enthalten keine expliziten Einschränkungen hinsichtlich des Zwecks der Übertragung oder der zeitlichen Dauer des Auseinanderfallens von Vermögens- und persönlichen Mitgliedschaftsrechten. Eindeutig ausschliessen wollte der Gesetzgeber nur, aber immerhin, die Übertragbarkeit der *persönlichen* Mitgliedschaftsrechte³⁸.

3. Abtretung der Genossenschaftsanteile an Nichtmitglieder

a. Grundsätzliches

Die bei der Genossenschaft mögliche Trennung zwischen Vermögensrechten und Mitgliedschaft erlaubt es, Vermögensrechte an Nichtmitglieder zu übertragen³⁹. Dies ist freilich nur soweit möglich, als die entsprechenden Vermögensrechte überhaupt *abtretbar* sind. Dies trifft primär auf jene Vermögensrechte zu, deren Rechtsgrund in der Kapitalbeteiligung besteht, wie etwa der Dividendenanspruch und der Anspruch auf Rückzahlung des Anteilscheines im Falle der Liquidation⁴⁰. Diese Rechte sind an Dritte abtretbar, sofern dies statutarisch nicht ausge-

²⁹ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (Hrsg.), Schweizerisches Obligationenrecht, Revision der Titel XXIV bis XXXIII, Protokoll der Expertenkommission, Bern 1928, 582 ff.; vgl. auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 116.

³⁰ BBI 1928 290 (Hervorhebung in Kursivschrift hinzugefügt).

³¹ Vgl. zum Ganzen FLURI (FN 26), 74 f. m.w.N.w. und REYOMD/TRIGO TRINDADE (FN 11), 116; Kritisch FORSTMOSER (FN 26), 210 ff.

³² Die Marginalie von Art. 849 OR lautet: «Übertragung der Mitgliedschaft».

³³ Gesprochen wird von der Abtretung *der* Genossenschaftsanteile und nicht von einer Abtretung von Genossenschaftsanteilen.

³⁴ REYOMD/TRIGO TRINDADE (FN 11), 116 f.

³⁵ Vgl. hierzu REYOMD/TRIGO TRINDADE (FN 11), 116 f.

³⁶ REYOMD/TRIGO TRINDADE (FN 11), 116.

³⁷ So etwa REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 117 und 119. Vgl. auch FORSTMOSER (FN 26), 210 f.; FLURI (FN 26), 74 f. Die genannte Prämision ist u.E. lediglich Ausdruck einer überzogenen, als gänzlicher Ausschluss Dritter verstandenen Auslegung des Selbsthilfeprinzips, aus dem gelegentlich auch das Verbot des Nichtmitgliedergeschäftes oder das Verbot der Fremdfinanzierung abgeleitet wird (vgl. FORSTMOSER [FN 26], 239). Eine solche (ideologisch gefärbte) Interpretation des Selbsthilfeprinzips erscheint unter Beachtung der bundesrätlichen Botschaft von 1928 (BBI 1928, 287) sowie der bundesgerichtlichen Sinnentleerung des Selbsthilfeprinzips u.E. heute als unhaltbar (Vgl. FLURI [FN 26], 115; BGE 93 II 30 E. 4; vgl. aber das obiter dictum in BGE 138 III 407 E. 2.5.1 und FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, Besprechung von BGE 138 III 407, AJP/PJA 2012, 1646 ff., 1654).

³⁸ Vgl. hierzu auch FRIEDRICH (FN 5), 90 f.

³⁹ So bereits BGE 53 II 289, 294 zum alten Genossenschaftsrecht. A.M. FRIEDRICH (FN 5), 129 ff., der davon ausgeht, dass die übertragbaren Vermögensrechte vom Bestand der Mitgliedschaft abhängen und deswegen nicht von dieser getrennt werden könnten. Sein Argumentationsfundament beruht u.a. auf einem Vergleich mit der Aktiengesellschaft, bei der er die Spaltung für unmöglich hält. Das Bundesgericht widerlegte diese Auffassung bekanntlich in BGE 83 II 297, in dem es die Spaltungstheorie bei der Übertragung von vinkulierten Namenaktien anerkannte. Darüberhinaus deutet FRIEDRICH den klaren Wortlaut von Art. 849 Abs. 2 OR im Sinne seiner im Widerspruch zur Botschaft des Bundesrates von 1928 stehenden These um (vgl. FRIEDRICH [FN 5], 131, 134 und BBI 1928 S 290).

⁴⁰ Vgl. FLURI (FN 26), 76. In diesem Sinne auch BGE 53 II 289, 294, allerdings noch zum OR von 1881.

geschlossen ist⁴¹. Das Recht auf Benützung der genossenschaftlichen Einrichtungen – das für traditionelle Genossenschaften wichtigste Vermögensrecht –, findet seinen Ursprung demgegenüber in der Mitgliedschaft und ist deswegen *nicht* abtretbar⁴².

Wichtig ist, dass die Beteiligung am Anteilkapital als solche und *nicht nur* die daraus entspringenden künftigen Forderungen abgetreten werden⁴³. Es erfolgt somit ein *Wechsel in der Rechtszuständigkeit* an der Kapitalbeteiligung. Letztere wird von der Mitgliedschaft des abtretenden Mitglieds vollständig gelöst und bleibt deswegen auch dann im Umlauf, wenn eben diese Mitgliedschaftsstellung erlöscht⁴⁴. Dies zieht u.E. zwei bedeutende Rechtsfolgen nach sich:

- *Erstens* verliert das Mitglied im Umfang der Übertragung der Genossenschaftsanteile das für den Fall seines Austrittes allenfalls *statutarisch*⁴⁵ vorgesehene Recht auf Rückzahlung des liberierten Nennwertes der Anteilscheine⁴⁶.
- *Zweitens* kann ein Dritter, der die Kapitalbeteiligung erwirbt, gegenüber der Genossenschaft, infolge der Unmöglichkeit, aus der Genossenschaft auszutreten, keinen Rückzahlungsanspruch geltend machen. Der Anspruch auf Rückzahlung lebt allerdings wieder auf, wenn der Dritte Mitglied der Genossenschaft wird.

Damit ist freilich noch nichts über die *Übertragungsform* gesagt. Infrage kommt mangels spezialgesetzlicher Grundlage und wegen dem Verbot einer wertpapiermässigen Ausgestaltung der Anteilscheine vorderhand nur die Zession⁴⁷.

b. Analoge Anwendung des Zessionsrechts

Zedierbar sind grundsätzlich nur *Forderungen* und *nicht deren Entstehungsgründe*⁴⁸. Eine *direkte* Anwendung des

Zessionsrechts für die Übertragung der Beteiligung am Genossenschaftskapital *scheidet* deswegen *aus*. Infrage kommt aber eine *analoge* Anwendung des Zessionsrechts⁴⁹. Vor dem Hintergrund der bereits besprochenen Trennbarkeit der Vermögens- von den Mitgliedschaftsrechten erscheint dies u.E. möglich und zulässig. Dies gilt umso mehr, als Art. 849 Abs. 1 OR die Abtretung der *Genossenschaftsanteile* ausdrücklich erwähnt und in Art. 849 Abs. 2 OR *indirekt* festgehalten wird, dass damit die (abtretbaren) Vermögensrechte (und nicht die daraus entspringenden Forderungen) auf den Erwerber übergehen⁵⁰.

4. Praktische Hinweise

a. Rechte und Pflichten, deren Umfang durch Anteilscheine bestimmt werden

Die Bemessung von Mitgliedschaftsrechten nach Massgabe der Genossenschaftsanteile⁵¹ kann bei einer systematischen Übertragung von Genossenschaftsanteilen an Dritte problematisch sein. Besonders evident wird dies, wenn der Umfang allfälliger Nachschuss- und Haftungspflichten nach Anteilscheinen bemessen wird. Zeichnet sich ab, dass Haftungs- und Nachschusspflichten eingefordert werden, könnten sich Mitglieder diesen durch den Verkauf ihrer Anteile an ein Nichtmitglied leicht entziehen⁵². Und gegenüber diesen Dritten lassen sich die Mitgliedschaftspflichten nicht durchsetzen. Dies kann nicht nur zu einem Verlust der Haftungs- oder Nachschussbasis führen, sondern auch zu einer Ungleichbehandlung der Genossenschafter.

Wird eine systematische Übertragung von Genossenschaftsanteilen an Dritte angestrebt, sollte deswegen davon abgesehen werden, allfällige Mitgliedschaftsrechte und -pflichten nach Massgabe der Anteilscheine zu bemessen. Als Alternative könnte statutarisch auch ein Mindestbestand von Anteilscheinen festgelegt werden, bei dessen Unterschreiten die Mitgliedschaft automatisch erlöscht.

⁴¹ Vgl. auch MAX GERWIG, Die Genossenschaft, in: Basler Handels Kammer (Hrsg.), Sieben Vorträge über das Neue Obligationenrecht, Basel 1937, 167. Eine solche (Neben-)Pflicht kann bei der Genossenschaft ohne Weiteres in die Statuten aufgenommen werden. Die Voraussetzungen für eine Zession ohne Einwilligung des Schuldners gemäss Art. 164 Abs. 1 OR dürften diesfalls nicht mehr gegeben sein. Vgl. hierzu auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 53 f.

⁴² FORSTMOSER (FN 26), 205 f.; FLURI (FN 26), 77.

⁴³ Vgl. vorne FN 23.

⁴⁴ Vgl. hierzu REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 119.

⁴⁵ Gesetzlich dispositiv vorgesehen ist der Verfall der Anteilscheine (Art. 864 Abs. 2 OR).

⁴⁶ Bei Genossenschaften, die keine Rückzahlung vorsehen, erübrigen sich diese Überlegungen freilich.

⁴⁷ Vgl. zur Möglichkeit einer teleologischen Reduktion von Art. 853 Abs. 3 OR nachfolgend II.B.3.

⁴⁸ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 5.

⁴⁹ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 5.

⁵⁰ Man könnte dies durchaus auch als eine in Art. 849 Abs. 1 und 2 OR fussende *spezialgesetzliche Übertragungsform* und nicht lediglich als Anknüpfungspunkt für eine analoge Anwendung des Zessionsrechts qualifizieren. Vgl. zum Ganzen auch FORSTMOSER (FN 26), 209 f.

⁵¹ So etwa die Bemessung allfälliger Haftungs- und Nachschusspflichten (Art. 870 f. OR) oder die Beteiligung am Liquidationsüberschuss (Art. 913 Abs. 3 OR) im Verhältnis der Anteilscheine. Vgl. zum Ganzen auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 51 und FIEDRICH, 121 ff.

⁵² Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 119 ff.

b. Vollständige Liberierung

Auch die Übertragung nicht vollständig liberierter Anteilscheine an Dritte ist aus den vorgenannten Gründen und wegen Art. 169 OR unzweckmässig⁵³. Die Übertragung nicht vollständig liberierter Anteilscheine sollte deswegen statutarisch ausgeschlossen werden.

c. Marktgenossenschaften

Die systematische Übertragung von Anteilscheinen an Dritte kann aber auch bei Marktgenossenschaften, also Genossenschaften, die ihren Mitgliedern im Vergleich zu Kunden keine spezifischen Vorteile verschaffen⁵⁴, problematisch sein. Dritte, die Anteilscheine erwerben, haben dann mangels zusätzlicher Vorteile und wegen dem Kopfstimmprinzip keinerlei Anreize, Genossenschafter zu werden. Ihr Interesse begrenzt sich auf die finanziellen Vorteile, welche die Kapitalbeteiligung bereits vermittelt. Solche Genossenschaften drohen zu *erodieren*. Es besteht die Gefahr, dass das Anteilkapital überwiegend oder vollständig von Nichtmitgliedern gehalten wird, während die verbleibenden Mitglieder kein Interesse an der Ausübung ihrer Stimm- und Kontrollrechte haben. Auch dieses Problem lässt sich freilich durch statutarische Vorschriften entschärfen.

5. Beispiele aus der Praxis zur Handelbarkeit von Genossenschaftsanteilen

a. Grundsätzliches

Die Übertragbarkeit der Genossenschaftsanteile erlaubt es, liquide Märkte für Genossenschaftsanteile zu schaffen. Dabei besteht für die Genossenschaft aufgrund des zwingenden Kopfstimmprinzips *kein* Übernahmerisiko⁵⁵. Die nachfolgenden Beispiele zeigen konkret Umsetzungsvarianten aus Vergangenheit und Gegenwart.

b. Börsenkotierte Anteilscheine der ehemaligen Schweizerischen Volksbank

Bei der ehemaligen Schweizerischen Volksbank⁵⁶ wurden die Anteilscheine grösstenteils *blankozediert* und in dieser Form an der Börse gehandelt. Die Zessionare erwarteten

nur ein *Recht* auf Beteiligung am Liquidationserlös und Dividende. Mangels Beitritt zur Genossenschaft wurden sie nicht Mitglieder der Schweizerischen Volksbank. Die Statuten sahen vor, dass diese Vermögensrechte vom jeweiligen Inhaber des Anteilscheines, der nicht zugleich Mitglied in der Genossenschaft zu sein brauchte, geltend gemacht werden konnten. Die Übertragung der Anteilscheine unterschied sich faktisch⁵⁷ nicht von der Übertragung von Inhaberpapieren⁵⁸.

Die Schweizerische Volksbank ging im Jahre 1963 noch einen Schritt weiter und gestaltete eine Obligationsanleihe als *Wandelanleihe*⁵⁹. Ein einseitig gewillkürter Tausch der Gläubiger- in eine volle Mitgliedschaftsstellung wäre (wohl⁶⁰) nicht mit dem Genossenschaftsrecht zu vereinbaren gewesen⁶¹. Der Tausch der Gläubigerstellung in eine Grundkapitalbeteiligung ohne Mitgliedschaft möglicherweise schon⁶². Dennoch wird insbesondere von PETER FORSTMOSER vertreten, die Wandelanleihe sei auch nach dem Muster der ehemaligen Schweizerischen Volksbank bei Genossenschaften widerrechtlich, weil bei Ausübung des Wandelrechts Anteilscheine originär durch Nichtmitglieder erworben würden. Letzteres sei indessen unzulässig, einerseits weil sich die Notwendigkeit eines mitgliedschaftlichen Ursprungs der Anteilscheine aus der ganzen Struktur der Genossenschaft ergäbe und anderer-

⁵⁷ Rechtlich ergaben sich allerdings Unterschiede im Bereich der Einredenordnung und des Gutgläubenschutzes (vgl. JÄGGI/DRUEY/GREYERZ [FN 20], 123.

⁵⁸ Vgl. zum Ganzen FORSTMOSER (FN 26), 52 f.; WALTER GERBER, Die Genossenschaft als Organisationsform von Mittel- und Grossunternehmen, Bern 2003, 66 f., TAISCH (FN 18), 120; HEINRICH HENCKEL VON DONNERSMARCK, Die Kotierung von Effekten, Freiburg 1996, 276 ff.

⁵⁹ Vgl. eingehend FLURI (FN 26), 35 f.

⁶⁰ Zu beachten ist aber, dass die Mitgliedschaft in der Genossenschaft alleine durch eine schriftliche Beitrittserklärung erworben werden kann (zweiter Halbsatz von Art. 840 Abs. 3 OR), also ohne Aufnahmebeschluss des zuständigen Organs. Eine Wandelung der Gläubiger- in die Mitgliedschaftsstellung erscheint u.E. somit mit dem Genossenschaftsrecht vereinbar, wenn (i) die Statuten bestimmen, dass die Mitgliedschaft alleine durch eine schriftliche Beitrittserklärung begründet werden kann, (ii) die Statuten keine Bedingungen oder Voraussetzungen an den Mitgliedschaftserwerb stellen, (iii) mit der Wandelerklärung gleichzeitig eine *originäre* Beitrittserklärung erfolgt (dies im Unterschied zum derivativen Erwerb eines Anteilscheines, wo nach dem Gesetzeswortlaut zur Begründung der Mitgliedschaft ein dem Gesetz und den Statuten entsprechender Aufnahmebeschluss erforderlich ist [vgl. Art. 849 Abs. 1 OR]) und (vi) das Schriftformerfordernis eingehalten wird.

⁶¹ So ausdrücklich FORSTMOSER (FN 26), 53; ähnlich auch FLURI (FN 26), S 36 ff.

⁶² Vgl. zum Ganzen FORSTMOSER (FN 26), 53 und 242 ff. sowie FLURI (FN 26), 34 ff.

⁵³ Vgl. ähnlich für die Schaffung von Bucheffekten mit nicht voll liberierten Namenaktien HARALD BÄRTSCHI, Die rechtliche Umsetzung des Bucheffektengesetzes, AJP/PJA 2/2009, 1071 ff., 1073 f.

⁵⁴ Dies ist bspw. bei grossen Konsumgenossenschaften zu beobachten.

⁵⁵ Das nach Art. 885 OR zwingende Kopfstimmprinzip verhindert die Kontrollübernahme durch den Erwerb einer Mehrheitsbeteiligung.

⁵⁶ Gegründet am 1.7.1869 als «Volksbank in Bern», 1870 umfirmiert zur «Schweizerischen Volksbank» (vgl. zum Ganzen FORSTMOSER [FN 26], 49 ff.; REYMOND/TRIGO TRINDADE [FN 11], 119.).

seits Anteilscheine gemäss Art. 853 Abs. 3 OR zwingend auf den Namen eines Mitglieds lauten müssten⁶³.

c. Heutige Praxis

In leicht modifizierter Form findet das Konzept der Schweizerischen Volksbank noch heute Verwendung. Die Anteilscheine sind aber – soweit ersichtlich – nicht an Börsen i.S.v. Art. 2 lit. b BEHG kotiert. Vielmehr wird der Handel entweder von den entsprechenden Genossenschaften selbst organisiert und betrieben⁶⁴ oder die Anteilscheine sind zum elektronischen OTC-Handel der Berner Kantonalbank zugelassen⁶⁵. Auch die Kombination beider Handelsformen für dieselben Anteilscheine kommt in der Praxis vor⁶⁶. Ob diesen Handelsvarianten analog zum Modell der Schweizerischen Volksbank eine Blankozession des Anteilscheines zugrunde liegt, kann nicht abschliessend beurteilt werden. Mindestens eine Genossenschaft scheint aber auf eine physische Ausgabe der Anteilscheine gänzlich zu verzichten und stattdessen analog dem Aktien- und Wertrechtbuch ein Register zu führen⁶⁷. Es handelt sich somit um eine Art «Emittentenverwahrung» mit aufgeschobenem oder aufgehobenem «Beweisurkundendruck»⁶⁸.

B. Anteilscheine können nicht als Wertpapiere ausgegeben werden

1. Ausgangslage und Problemerkfassung

Anteilscheine dürfen nach dem Gesetzeswortlaut nicht als Wertpapiere ausgegeben werden, sondern nur als *Beweisurkunden*⁶⁹. Man wollte damit eine Annäherung der Anteilscheine an die Aktie im Dienste der mit der Revision von 1936 angestrebten scharfen Abgrenzung der

entsprechenden Rechtsformen verhindern⁷⁰. Die Übertragung der Genossenschaftsanteile kann somit nach dem Gesetzeswortlaut nur nach zessions- und nicht nach wertpapierrechtlichen Grundsätzen erfolgen⁷¹. Damit ist die gesamte Handelskette mit den sich insbesondere aus der Einredenordnung⁷², der Durchgangstheorie⁷³, sowie dem beschränkten Gutglaubensschutz des Zessionars⁷⁴ ergebenden zessionsrechtlichen Risiken behaftet. Es handelt sich um eine zwar rechtlich zulässige, aber nicht unproblematische Paarung der Negoziabilität von Inhaberpapieren mit allen bei einer Kettenzession bestehenden rechtlichen Risiken⁷⁵.

Es stellt sich somit die Frage, ob und wie sich diese Risiken ausschliessen oder begrenzen lassen.

2. Einredenverzicht

Die Genossenschaft könnte gegenüber den ersten Inhabern der Genossenschaftsanteile versprechen, gegen die künftigen Forderungen der späteren Zessionare der Genossenschaftsanteile nur Einreden entgegenzuhalten, die entweder gegen die Gültigkeit der Zession gerichtet sind oder ihr persönlich gegen den jeweiligen Gläubiger zustehen. Im Ergebnis würde dadurch Art. 169 OR abbedungen⁷⁶ und eine mit Art. 979 OR vergleichbare Einredenordnung geschaffen. Und als Nebenrecht würde der Einredenverzicht in analoger Anwendung von Art. 170 Abs. 1 OR der abgetretenen Beteiligung am Grundkapital folgen.

3. Teleologische Reduktion des Verbriefungsverbots

Es stellt sich aber auch die Frage, ob der Wortlaut von Art. 853 Abs. 3 OR tatsächlich dem Normzweck entspricht. Die personalistische Struktur einer Genossenschaft ginge freilich verloren, wenn die Mitgliedschaft in einem Wertpapier verbrieft werden könnte – und dies wollte der Gesetzgeber von 1936 verhindern. Vor dem

⁶³ FORSTMOSER (FN 26), 243 f., ähnlich auch FLURI (FN 26), 36 ff.

⁶⁴ Vgl. etwa das Reglement für den Handel mit Stammanteilen der WIR Bank Genossenschaft mit Sitz in Basel, abrufbar unter <<http://www2.wir.ch>>.

⁶⁵ Vgl. hierzu <<https://www.otc-x.ch>>. Die «kotierten» Anteilscheine sind unter der auf <<https://www.otc-x.ch/markt/alletitel>> abrufbaren Liste mit dem Buchstaben A gekennzeichnet.

⁶⁶ So sind die Stammanteile der WIR Bank Genossenschaft mit Sitz in Basel sowohl über die OTC-Plattform der Berner Kantonalbank als auch via die selbst betriebene interne «Börse» handelbar (vgl. <<http://www2.wir.ch>>).

⁶⁷ Vgl. das Reglement für den Handel mit Stammanteilen der WIR Bank Genossenschaft mit Sitz in Basel, abrufbar unter <<http://www2.wir.ch>>, Ziff. 2.2 und 5.1.

⁶⁸ Vgl. hierzu II.B.1.

⁶⁹ Ob der Wortlaut aber auch vollumfänglich den Normsinn trifft, ist zweifelhaft (vgl. sogleich nachfolgend und JÄGGI/DRUEY/GREYERZ [FN 20], 123).

⁷⁰ Vgl. ZK-GUTZWILLER, Art. 853 OR, N 16 ff. Den Materialien zufolge sollten mit der Revision des Genossenschaftsrechts von 1936 «kapitalistische» Elemente aus der Genossenschaft verbannt und die personalistische Struktur sowie das Wesen der «echten» Genossenschaften betont werden (BBl 1928 284 ff.).

⁷¹ Vgl. JÄGGI/DRUEY/GREYERZ (FN 20), 123 und vorne II.3.b.

⁷² Vgl. Art. 979 OR und Art. 169 OR.

⁷³ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 47 ff.

⁷⁴ BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 164 N 57 ff.

⁷⁵ Vgl. hierzu FRIEDRICH (FN 5), 135 f.; vgl. auch VON DONNERSMARCK (FN 58), 281.

⁷⁶ Vgl. zur dispositiven Natur BSK OR I-GIRSBERGER, Art. 169 N 6; vgl. auch VON DONNERSMARCK (FN 58), 281 f.

Hintergrund der erwähnten Trennung zwischen der *unübertragbaren Mitgliedschaft* und der *grundsätzlich übertragbaren Kapitalbeteiligung* erscheint das Verbriefungsverbot aber keineswegs erforderlich. Bereits der Grundsatz, dass die Mitgliedschaft nicht rechtsgeschäftlich erworben werden kann, verhindert ihre wertpapiermässige Ausgestaltung. Wieso aber die rein vermögensmässige und an Dritte abtretbare Beteiligung am Grundkapital nicht als Wertpapier ausgestaltet werden darf, erhellt nicht ohne Weiteres⁷⁷.

Die Gründe erschliessen sich aber vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der heutigen Art. 849 und Art. 852 f. OR. So war es bis zum Gesetzesentwurf von 1923 statutarisch erlaubt, die Mitgliedschaft in einem Namenpapier zu verbiefen⁷⁸. Auch die Expertenkommission von 1928 wollte die Möglichkeit einer statutarischen Bestimmung offen halten, wonach die Mitgliedschaft alleine durch die Übertragung des Anteilscheins erfolgen konnte⁷⁹. Erst mit dem bundesrätlichen Entwurf und der Botschaft von 1928 wurde verbindlich festgelegt, dass die Mitgliedschaft nicht übertragbar, sondern nur durch Beitritt originär begründet werden kann⁸⁰. «[...] Trotzdem hat das neue OR die Möglichkeit, dass die Mitgliedschaft zusammen mit der Kapitalbeteiligung in einer Urkunde verbrieft wird, ausdrücklich vorgesehen (OR Art. 852 Abs. 2); denn es soll nicht der mögliche Inhalt des Anteilscheins beschränkt, sondern allein die leichte Übertragbarkeit der *Mitgliedschaft* ausgeschlossen werden [...]»⁸¹. Kann aber der Ausweis über die Mitgliedschaft im Anteilschein enthalten sein, und wäre es gleichzeitig zulässig, den Anteilschein als Wertpapier auszugeben, könnte dies fälschlicherweise so ausgelegt werden, dass bei Genossenschaften mit Anteilscheinen die Mitgliedschaft wertpapiermässig verbief- und entsprechend übertragbar wäre. Art. 853 Abs. 3 OR bezweckt deswegen wohl nur festzulegen, dass auch bei Genossenschaften mit Anteilscheinen die Verbiefung der persönlichen Mitgliedschaftsrechte unzulässig ist.

Folgt man dieser Auffassung, schiesst der Wortlaut von Art. 853 Abs. 3 OR über seinen Normzweck hinaus. Er ist deswegen einer teleologischen Reduktion zugäng-

lich⁸². Sofern der Anteilschein nur den Ausweis über die Beteiligung am Genossenschaftskapital enthält, dürfte seine Verbiefung u.E. zulässig sein. Dies verdeutlicht sich, wenn in Erinnerung gerufen wird, dass *Dividendencoupons*, die ebenfalls von der Mitgliedschaft getrennte Vermögensrechte verkörpern, auch bei der Genossenschaft als Wertpapiere ausgestaltet werden dürfen⁸³.

In der Lehre ist allerdings die Auffassung verbreitet, dass mit dem Verbriefungsverbot auch die Negotiabilität der Anteilscheine eingeschränkt werden sollte⁸⁴. Ob dies zutrifft, erscheint allerdings fraglich, denn die Negotiabilität hängt nur bedingt von der Möglichkeit einer wertpapiermässigen Verbiefung ab, wie die Beispiele der ehemaligen Schweizerischen Volksbank und des heutigen OTC-Handel für Anteilscheine eindrücklich belegen⁸⁵. Jedenfalls spricht aber auch unter dieser Perspektive nichts dagegen, Genossenschaftsanteile als Namenpapier auszugeben, «[...] da dies keine erhöhte Negotiabilität bewirkt, sondern bloss die Legitimationsprüfung erleichtert [...]»⁸⁶ und lediglich das Risiko des Zessionars reduziert wird, dass der Schuldner sich durch Leistung an einen Zedenten gültig befreien kann (Art. 975 Abs. 2 OR)⁸⁷.

4. Ausgabe von Wertrechten zur Schaffung von Bucheffekten

Die zessionsrechtlichen Risiken könnten auch mit der Schaffung von Bucheffekten reduziert werden. Als Beweisurkunden können Anteilscheine allerdings nicht als Unterlagen für die Schaffung von Bucheffekten verwendet werden⁸⁸. Anteilscheine müssten folglich als im Sinne von Art. 3 Abs. 1 BEG vertretbare Wertpapiere ausgegeben werden. Lehnt man entgegen der hier vertretenen Auffassung die Möglichkeit ab, rein vermögensrechtlich ausgestaltete Anteilscheine auch nur als Namenpapier auszugeben, stellt sich immer noch die Frage, ob Anteilscheine als Wertrechte i.S.v. Art. 973c OR ausgegeben werden könnten. Solche Wertrechte können in ein Hauptregister einer Verwahrungsstelle eingetragen und so als Unterlagen für die Schaffung von Bucheffekten verwendet werden⁸⁹.

⁷⁷ Vgl. zum Ganzen JÄGGI/DRUEY/GREYERZ (FN 20), 123; VON DONNERSMARCK (FN 58), 279.

⁷⁸ Art. 848 OR des Revisionsentwurfs von 1923.

⁷⁹ Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (FN 29), S. 583. Vgl. zum Ganzen auch ZK-GUTZWILLER, Art. 853 OR, N 16 ff.

⁸⁰ BB1 1928 290.

⁸¹ FRIEDRICH (FN 5), 90 f. (Hervorhebung in Kursivschrift hinzugefügt).

⁸² Vgl. hierzu eingehend ERNST KRAMER, Juristische Methodenlehre, 3. A., Bern 2010, 213 ff. und BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGN N 392 ff.

⁸³ ZK-JÄGGI, Art. 284 OR, N 284 m.w.N.w.; gl.M. VON DONNERSMARCK (FN 58), 279 f.

⁸⁴ Vgl. ZK-GUTZWILLER, Art. 853, N 19.

⁸⁵ Vgl. vorne II.A.5.

⁸⁶ JÄGGI/DRUEY/GREYERZ (FN 20), 123.

⁸⁷ Vgl. JÄGGI/DRUEY/GREYERZ (FN 20), 54.

⁸⁸ Vgl. Art. 6 BEG.

⁸⁹ Art. 6 Abs. 1 lit. c BEG.

Die Schaffung von Wertrechten statt Anteilscheinen liegt bei Genossenschaften *prima vista* auf der Hand: Der gedankliche Schritt, weg von der Urkunde, hin zum Wertrecht, ist bei der Genossenschaft unter der Annahme eines umfassenden Verbriefungsverbot kleiner als bei der Aktiengesellschaft. Bei der Genossenschaft ist die für Wertrechte charakteristische Trennung des Rechts von der Urkunde⁹⁰ dann durch das Verbriefungsverbot vorgespurt. Genossenschaftsanteile erfüllen somit hinsichtlich der Entmaterialisierung *ex lege* die Merkmale von Wertrechten. Auch wird das Verbriefungsverbot mit der Ausgabe von Wertrechten *nicht* verletzt. Aus der Perspektive des Genossenschaftsrechts spricht somit nichts dagegen, statt Anteilscheine Wertrechte i.S.v. Art. 973c OR auszugeben.

Fraglich ist nur, ob auch unter dem Blickwinkel von Art. 973c Abs. 1 OR und Art. 3 BEG die Voraussetzungen erfüllt sind: Die Übertragbarkeit der vermögensmässigen Rechte ist nach dem Gesagten gegeben. Bei der Vertretbarkeit⁹¹, welche für die Schaffung von Bucheffekten⁹², nicht aber für die Entstehung von Wertrechten i.S.v. Art. 973c OR⁹³ erforderlich ist, kann auf die Lehre zur Schaffung von Bucheffekten mit Namenaktien zurückgegriffen werden. Demnach ist die Vertretbarkeit bei einer Vielzahl gleichartiger blankoindossierter Order- resp. blankozedierter Namenpapieren gegeben⁹⁴. Somit dürfte auch eine Vielzahl gleichartiger, blankozedierter Anteilscheine respektive entsprechender Wertrechte dieses Kriterium erfüllen.

Nach der Auffassung von HARALD BÄRTSCHI erscheint die Möglichkeit zur Ausgabe von Wertrechten aber zweifelhaft, «[...] soweit das Gesetz Wertpapiere nicht zulassen will, da Wertrechte dieselbe Funktion wie Wertpapieren zukommt [...]»⁹⁵. Aus dem *Wortlaut* von Art. 973c OR geht dies jedoch nicht hervor. Auch lässt sich den Materialien zu Art. 973c OR sowie dem Bucheffektengesetz kein Hinweis entnehmen, dass Anteilscheine nicht als Wertrechte ausgeben werden könnten.

5. Kotierung der Genossenschaftsanteile an einer Börse nach BEHG

Besteht die Möglichkeit, die Beteiligung am Genossenschaftskapital als vertretbare Wertpapiere oder Wertrechte auszugeben, um damit Bucheffekten zu schaffen, steht im Grundsatz auch eine Börsenkotierung der Genossenschaftsanteile offen. Die Begriffe der Bucheffekte i.S.v. Art. 3 BEG und der Effekte i.S.v. Art. 2 lit. a BEHG sind zwar nicht deckungsgleich⁹⁶. Letzterer ist nur gegeben, wenn die Wertpapiere oder Wertrechte nicht nur vertretbar, sondern auch vereinheitlicht und zum massenweisen Handel geeignet sind. Die hierfür in Art. 4 BEHV genannten Voraussetzungen⁹⁷ sind jedoch für Rechte erfüllbar, die im Grundsatz vertretbar sind⁹⁸ – und dies trifft für die mit der Kapitalbeteiligung verbundenen Vermögensrechte ohne Weiteres zu.

C. Begrenzter Primärmarkt für Anteilscheine

1. Ausgangslage und Problemerkfassung

Anteilscheine sind nach der h.L. eine Folge der Mitgliedschaft⁹⁹. Gemäss Art. 853 Abs. 3 OR werden sie auf den Namen des *übernehmenden Mitglieds* ausgestellt. Daraus folgt, dass Anteilscheine nur an bestehende und allenfalls an neue, der Genossenschaft beitretende Mitglieder ausgegeben werden können¹⁰⁰. Der Primärmarkt für die Emission von Anteilscheinen ist somit im Grundsatz auf den bestehenden Mitgliederkreis begrenzt. Daraus können aber in den erwähnten Fällen¹⁰¹ eines erhöhten Kapitalbedarfs die erforderlichen Mittel oft nicht beschafft werden. Investoren könnten zwar der Genossenschaft als Mitglied beitreten und Anteilscheine zeichnen. Hierzu müssten sie aber die Mitgliedschaftsvoraussetzungen erfüllen und wären nach der Aufnahme in der Genossenschaft vollwertige Mitglieder, d.h. mit allen Rechten und *Pflichten* einschliesslich allfälliger *Haft- und Nachschuss-*

⁹⁰ Vgl. etwa BBl 2007 9315, 9328.

⁹¹ Die Vertretbarkeit ist gegeben, wenn die Rechte gattungsmässig bestimmbar und abtretbar sind. Die Vertretbarkeit von Anteilscheinen kann mit einer Blankozession erreicht werden. Vgl. zum Ganzen BSK Wertpapierrecht-KUNZ, Art. 3 BEG N 20 ff.

⁹² Vgl. Art. 3 Abs. 1 BEG.

⁹³ Vgl. zur diesbezüglichen Kontroverse BSK Wertpapierrecht-BÄRTSCHI, Art. 6 BEG N 52 m.w.N.w.

⁹⁴ BSK Wertpapierrecht-KUNZ, Art. 3 BEG N 24 m.w.N.w.

⁹⁵ BSK Wertpapierrecht-BÄRTSCHI, Art. 6 BEG N 103 f. und BSK Wertpapierrecht-PÖSCHEL/MAIZAR, Art. 973c OR N 32.

⁹⁶ Vgl. hierzu BBl 2006 9345; BÄRTSCHI (FN 53), 1073; BSK Wertpapierrecht-KUNZ, Art. 3 BEG N 21; a.M. MARTIN HESS/ALAIN FRIEDRICH, Das neue Bucheffektengesetz (BEG), GesKR, 2/2008, 98 ff., 105.

⁹⁷ Wertpapiere, Wertrechte und Derivate, die in gleicher Struktur und Stückelung öffentlich angeboten oder bei mehr als 20 Kunden platziert werden, gelten als vereinheitlichte und zum massenweisen Handel geeignete Effekten, sofern sie nicht für einzelne Gegenparteien besonders geschaffen werden (Art. 4 BEHV).

⁹⁸ Ähnlich BSK Wertpapierrecht-KUNZ, Art. 3 BEG N 21.

⁹⁹ Vgl. ZK-GUTZWILLER, syst. Teil vor Art. 828 OR, N 134; JÄGGI/DRUEY/GREYERZ (FN 20), 123.

¹⁰⁰ Vgl. auch FRIEDRICH (FN 5), 81.

¹⁰¹ Vgl. vorne I.

pflichten beschwert. Wegen dem genossenschaftlichen Rechtsgleichheitsprinzip¹⁰² wäre es u.E. auch unzulässig, nach dem Vorbild des deutschen Genossenschaftsgesetzes für Investoren eine gesonderte Mitgliedschaftskategorie zu schaffen (sog. investierende Mitglieder)¹⁰³.

Als Investoren kommen deswegen vorderhand nur *bestehende* Mitglieder und Personen in Betracht, welche sowohl die Beitrittsvoraussetzungen erfüllen als auch gewillt sind, der Genossenschaft als vollwertige Mitglieder mit allen Rechten *und Pflichten* beizutreten¹⁰⁴.

2. Einbezug des potenziellen Mitgliederkreises

Die direkte Emission von Genossenschaftsanteilen an Nichtmitglieder ist somit im Grundsatz nicht möglich¹⁰⁵. Es bestehen aber immerhin Möglichkeiten, den *potenziellen* Mitgliederkreis zu erschliessen. Aus der Praxis sind Genossenschaften bekannt, bei denen der Besitz einer bestimmten Anzahl von Anteilscheinen eine Aufnahmevoraussetzung ist¹⁰⁶. Mitgliedern *in spe* können die für die Aufnahme erforderlichen Anteilscheine von Genossenschaftlern oder Dritten erwerben oder aber bei der Genossenschaft direkt zeichnen¹⁰⁷. Faktisch werden in diesem letzteren Fall Anteilscheine an Dritte emittiert, die zwar *Mitglieder in spe* sind, aber keineswegs Genossenschafter werden müssen. Dieses Vorgehen kann generalisiert werden, indem die Ausgabe von Anteilscheinen an Dritte als erster Schritt in einem entsprechend verlängerten Aufnahmeprozess qualifiziert wird. Die Grenzen zur widerrechtlichen *Gesetzesumgehung*¹⁰⁸ könnten im Extremfall allerdings überschritten werden, wenn die betreffenden Dritten allfällige weitere Aufnahmevoraussetzungen objektiv gar nie – also weder jetzt, noch in Zukunft – erfüllen können.

3. Anpassen der Mitgliedschaftsvoraussetzungen und -pflichten

Alternativ könnten die Mitgliedschaftsvoraussetzungen sowie die Pflichten der Mitglieder dergestalt angepasst werden, dass grundsätzlich jeder Investor die Voraussetzungen erfüllen könnte und mit keinen Pflichten beschwert werden würde, die seiner Investition im Wege stünden (keine Nachschuss-, Haftungs-, Beitrags- und Leistungspflichten). Auch dieser Ansatz, allerdings nicht zum Zwecke der Finanzierung, ist aus der Praxis bekannt¹⁰⁹. Er eignet sich aber von vornherein nicht für Genossenschaften, bei denen die gemeinsame Selbsthilfe noch von praktischer Bedeutung ist.

4. Emission an eine Finanzierungsgesellschaft

Als weitere Möglichkeit könnte die Genossenschaft eine GmbH oder AG als Finanzierungsgesellschaft gründen, *die ihrerseits Mitglied der Genossenschaft wird*. Die Anteilscheine der Genossenschaft könnten zunächst an diese Finanzierungsgesellschaft emittiert und dann von dieser an Dritte weiterveräussert werden. Die Emission würde damit an ein Mitglied erfolgen und wäre unter diesem Gesichtspunkt unbedenklich. Allenfalls könnte dadurch aber der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz¹¹⁰ verletzt werden. Solange die Emission zur Verwirklichung des statutarischen Genossenschaftszwecks erfolgt und alle Mitglieder – nicht nur die Finanzierungsgesellschaft – die Möglichkeit erhalten, neue Anteilscheine zu zeichnen, dürfte das Vorgehen mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz u.E. aber vereinbar sein.

5. Erweiterung des Investorenkreises auf Nichtmitglieder

Es stellt sich aber auch die Frage, ob der Wortlaut von Art. 853 Abs. 3 OR nicht nur hinsichtlich der Verbriefung¹¹¹, sondern auch bezüglich der Beschränkung des Primärmarktes über seinen Normzweck hinaus schießt. Bei Genossenschaften, die im Rahmen der aufgezeigten gesetzlichen Schranken ihre Genossenschaftsanteile vollständig von der Mitgliedschaft trennen und handelbar ausgestalten, dürfte dies u.E. zutreffen. Nicht zuletzt auch deswegen, weil es widersprüchlich wäre, wenn die Genossenschaftsanteile von Dritten nicht gezeichnet, wohl aber als Namenpapiere von den Mitgliedern an die-

¹⁰² Art. 854 OR.

¹⁰³ § 8 Abs. 2 des deutschen Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften.

¹⁰⁴ Vgl. aber sogleich nachfolgend 2. Vgl. auch FLURI (FN 26), 72 f., der im Ergebnis die hier vertretene Auffassung vertritt. Vgl. auch VON DONNERSMARCK (FN 58), 278.

¹⁰⁵ Vgl. aber nachfolgend 5.

¹⁰⁶ Vgl. zum Ganzen REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 51; ZK-GUTZWILLER, Art. 853 OR, N 20 sowie die Statuten der WIR Bank Genossenschaft mit Sitz in Basel.

¹⁰⁷ Vgl. das Reglement für den Handel mit Stammanteilen der WIR Bank Genossenschaft mit Sitz in Basel, abrufbar unter <<http://www2.wir.ch>>.

¹⁰⁸ Vgl. hierzu hinten FN 174.

¹⁰⁹ Zu denken ist an die grossen Konsumgenossenschaften.

¹¹⁰ Art. 854 OR.

¹¹¹ Vgl. vorne II.B.3.

se abgetreten werden könnten. Der Wortlaut von Art. 853 Abs. 3 OR scheint deswegen auch bezüglich der Begrenzung des Primärmarktes über seinen Normzweck hinaus zu reichen und somit einer teleologischen Reduktion zugänglich zu sein. Folgt man dieser Auffassung, dürfte es zulässig sein, Anteilscheine direkt auf den Namen von Nichtmitgliedern auszugeben.

D. Risikokapital mit Dividendenbegrenzung

Mit dem Anteilschein wird, gleich wie bei der Aktie oder einem Partizipationsschein, ein Eigenkapitalrisiko übernommen. Im Konkurs oder auch bei der Auflösung der Genossenschaft erfolgt die Rückzahlung im letzten Rang. Im Gegensatz zu Aktien oder Partizipationsscheinen ist die Dividende bei Anteilscheinen allerdings gesetzlich auf einen dem landesüblichen Zinssatz für langfristige Darlehen ohne besondere Sicherheiten entsprechenden Betrag begrenzt¹¹². Bei diesen Referenzdarlehen ist der Zins aber in aller Regel fest zugesichert, während beim Anteilschein die Ausschüttung von der Erwirtschaftung eines Reingewinns sowie einem entsprechenden Generalversammlungsbeschluss abhängt und darüber hinaus kein wohlverworfenes Dividendenrecht besteht. «[...] Der Anteilschein vereinigt so das unlimitierte Risiko eines Aktionärs mit der limitierten Renditeaussicht eines Obligationärs, er eignet sich daher nicht oder nur sehr beschränkt für die Kapitalanlage [...]»¹¹³.

Die Dividendenbegrenzung ist klares Recht, das keinerlei Spielraum gewährt und nur mit einer Gesetzesrevision geändert werden könnte. Sie muss auch für Genossenschaftsanteile gelten, die als Wertrechte oder Wertpapiere ausgegeben werden oder wenn Bucheffekten geschaffen werden. Denn es handelt sich immer um die gleichen vermögensmässigen Rechte in unterschiedlichen Erscheinungsformen.

III. Eigenkapital sui generis

A. Einführung

Nachfolgend soll die Frage erörtert werden, ob im geltenden Genossenschaftsrecht Raum für Eigenkapitalfinanzierungsinstrumente *sui generis* besteht. Zu denken ist etwa an ein dem unter altem Aktienrecht¹¹⁴ in der Praxis

entwickelten Finanzierungsgenusschein nachgebildetes Instrument, das folgende Merkmale aufweist (nachfolgend auch *Beteiligungskapital* respektive *Beteiligungsschein*):

- Der Investor leistet *à fonds perdu* eine Einlage ins Eigenkapital der Genossenschaft, d.h., er hat während des Bestands der Genossenschaft kein Recht auf Rückerstattung seiner Einlage.
- Im Gegenzug erhält der Investor einen von der Erwirtschaftung eines Reinertrages und einem Beschluss der Generalversammlung abhängigen Anspruch auf Dividende sowie im Falle der Liquidation der Genossenschaft einen seiner Beteiligung entsprechenden Anteil am Liquidationsüberschuss.
- Er erhält keinerlei Mitgliedschaftsrechte und insbesondere kein Stimmrecht¹¹⁵.
- Der Beteiligungsschein kann sowohl an Genossenschafter als auch an Nichtmitglieder ausgegeben werden.

Ausgangspunkt für die Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit und Umsetzbarkeit eines solchen Finanzierungsinstruments ist die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) und der daraus ableitbare Grundsatz der Privatautonomie sowie die Vertragsfreiheit (Art. 19 Abs. 2 OR) als Teilgehalt davon¹¹⁶. Der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit werden durch die Gesamtrechtsordnung freilich Grenzen gesetzt¹¹⁷. Innerhalb dieses Rahmens gilt aber der Grundsatz der *freien Gestaltungsmöglichkeit rechtlicher Beziehungen unter Privaten*. Diese Prinzipien gelten auch im Gesellschaftsrecht – und zwar nicht nur bezüglich des Aussenverhältnisses¹¹⁸, sondern auch hinsichtlich der innergesellschaftlichen Rechtsbeziehungen¹¹⁹.

Damit sind die nachfolgend zu erörternden Themenkomplexe umrissen:

¹¹² Art. 859 Abs. 3 OR. Diese «Dividendenbegrenzung» gilt nicht für Kreditgenossenschaften (Art. 861 OR).

¹¹³ FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCA (FN 15), 9.

¹¹⁴ Vor der Revision von 1991.

¹¹⁵ Das Stimmrecht ist ohnehin untrennbar mit der Mitgliedschaft verknüpft und kann nicht auf Nichtmitglieder übertragen oder durch diese originär erworben werden (BGE 128 III 375, E. 3).

¹¹⁶ Vgl. hierzu PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 9. A., Zürich 2008, Rz. 612 ff.; so auch FLURI (FN 26), 114; für die Genossenschaft ausdrücklich FRITZ VON STEIGER, Fragen aus dem Genossenschaftsrecht, Kann eine Genossenschaft Genusscheine ausgeben?, SAG 1945, 180 ff., 181.

¹¹⁷ Vgl. zu den Schranken GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 116), Rz. 619 ff.

¹¹⁸ Vgl. in diesem Sinne auch ARNOLD KOLLER, Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht, Freiburg 1967, 116.

¹¹⁹ Vgl. KOLLER (FN 118), 106 ff.; vgl. bspw. für die Gestaltungsfreiheit der Aktiengesellschaft BÖCKLI (FN 3), § 1, Rz. 32 ff. m.w.N.w. in dortiger Fn. 106.

- Zu prüfen ist vorab, ob der Gesetzgeber die Möglichkeiten zur Beschaffung von Eigenkapital im Gesetz abschliessend geregelt hat (qualifiziertes Schweigen), oder Raum für die Schaffung von Eigenkapital *sui generis* besteht (Gesetzeslücke, nachfolgend B.).
- Im letzteren Falle sind die rechtlichen Schranken und ökonomischen Rahmenbedingungen für die privatautonome Gestaltung eines effizienten und effektiven Eigenkapitalfinanzierungsinstrumentes aufzuzeigen (nachfolgend C.).

B. Gesetzeslücke oder qualifiziertes Schweigen

Die privatautonome Rechtsgestaltung ausserhalb gesetzlich explizit eingeräumter Freiräume ist ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber die entsprechende Materie abschliessend regeln wollte. Es besteht dann weder eine Gesetzeslücke noch ein Gestaltungsspielraum, der eine von der gesetzlichen Ordnung abweichende privatautonome Regelung zulässt¹²⁰.

Aus dem Schweigen des Gesetzgebers darf aber nicht ohne Weiteres auf ein qualifiziertes Schweigen geschlossen werden. Ein solcher Umkehrschluss ist grundsätzlich nur dort angebracht, wo *Analogieverbote* bestehen oder klar ersichtlich wird, dass der Gesetzgeber eine Materie abschliessend regeln wollte, also *Normen mit taxativem Charakter* vorliegen¹²¹.

Die überwiegende Lehre geht davon aus, dass die (alt-)aktienrechtlichen Genuss- und Partizipationsscheine im Genossenschaftsrecht *mutatis mutandis* analoge Anwendung finden könnten und bringt dadurch zum Ausdruck, dass das Eigenkapital bei der Genossenschaft gesetzlich nicht abschliessend geregelt ist¹²².

Nach JACQUES REYMOND/RITA TRIGO TRINDADE vertritt aber mindestens ein Autor die Auffassung, der Gesetzgeber habe mit seinem Schweigen eine abschliessende Ordnung zum Ausdruck bringen wollen¹²³.

Letzteres ist u.E. mit der h.L.¹²⁴ abzulehnen. Es sind keine überzeugenden Argumente ersichtlich, dass die Eigenkapitalbeschaffungsmöglichkeiten bei der Genossenschaft gesetzlich abschliessend geregelt sind¹²⁵. Dafür sprechen im Wesentlichen folgende Aspekte:

- Den gesetzlichen Regelungen geht, selbst teleologisch weit ausgelegt, *kein taxativer* Charakter hervor¹²⁶.
- Daran ändert auch der gesellschaftsrechtliche *numerus clausus* nichts Grundlegendes, denn es kann aus ihm kein generelles qualifiziertes Schweigen abgeleitet werden¹²⁷.
- Sodann erscheint Art. 161 Abs. 5 StGB nur sinnvoll, wenn der Gesetzgeber die Schaffung der dort genannten Finanzierungsinstrumente bei der Genossenschaft nicht *grundsätzlich* ausgeschlossen hat¹²⁸.
- Auch ein Vergleich mit der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung spricht gegen eine abschliessende Regelung des zulässigen Eigenkapitals bei der Genossenschaft.
 - Auf der Grundlage des OR von 1936 war es sowohl für die Aktiengesellschaft als auch für die GmbH¹²⁹ möglich, den gesetzlich nicht geregelten Partizipationsschein als eigenständiges Beteiligungspapier herauszubilden¹³⁰.

Kartothek, Karte Nr. 1155, 2 und GEORGES CAPITAINE, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 1157, 2.; HENSEL (FN 26), 23 ff., 127 ff.; FRANCO TAISCH/THOMAS SCHWYTER, Finanzierung von Genossenschaften, der Partizipationsschein als Option, in: Caroni/Heselhaus/Mathis/Norer (Hrsg.), Auf der Scholle und in lichten Höhen, Festschrift für Paul Richli zum 65. Geburtstag, Zürich 2010, 509 ff., 512 ff.; TAISCH (FN 18), 117; GERBER (FN 58), 67, 238 ff.; FRIEDRICH (FN 5), 54; JÄGGI/DRUEY/GREYERZ (FN 20), 121 f.; SUSY B. MOSER, Wohnbaugenossenschaften, Zürich 1978, 38 f.

¹²³ Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 70 m.w.N.w. in dortiger Fn. 110.

¹²⁴ Vgl. FN 122.

¹²⁵ Vgl. auch TAISCH/SCHWYTER (FN 122), 519.

¹²⁶ So auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 70 f.

¹²⁷ Vgl. hierzu MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 1), 301; KOLLER (FN 118), 106 ff.; PETER FORSTMOSER, Atypische und widerrechtliche Genossenschaften und Vereine sowie ihre registerrechtliche Behandlung, SAG 1983, 142 ff., 145.

¹²⁸ Vgl. auch BBl 2006, 441 und BBl 1985, 91.

¹²⁹ Erlaubt sind gemäss Art. 774a OR nur noch Genussscheine in der geltenden aktienrechtlichen Terminologie, nicht aber Partizipationsscheine (vgl. BÖCKLI [FN 3], § 5, Rz. 37a und Rz. 86; BBl 2001, 3248 ff.).

¹³⁰ Vgl. hierzu BÖCKLI (FN 3), § 5, Rz. 2 ff., 65 f.; vgl. auch BBl 1983, 799 ff.

¹²⁰ Vgl. auch BK-EMMENEGGER/TSCHECHSCHER, Art. 1 ZGB N 390 f.

¹²¹ Bereits aus Art. 1 Abs. 2 ZGB geht hervor, dass das Gesetz (respektive die Rechtsordnung) lückenhaft ist. Die Lehre von einem allgemeinen negativen Satz, wie er von Rechtspositivisten vertreten wird, ist für das schweizerische Recht schon alleine deswegen abzulehnen. Vgl. hierzu FRANZ BYDLINSKI, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, Wien 2010, 79 f. mit weiteren überzeugenden Argumenten gegen die These vom allgemeinen negativen Satz. Vgl. zum Ganzen auch KRAMER (FN 82), 178 ff.

¹²² Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 70. f.; SARAH BRUNNER-DOBLER, Fusion und Umwandlung von Genossenschaften, Zürich 2008, 57 f.; VON STEIGER (FN 116), 180 ff.; FRITZ VON STEIGER, Grundriss des Schweizerischen Genossenschaftsrechtes, Zürich 1963, 61 f.; FORSTMOSER (FN 26), 240 ff.; PETER FORSTMOSER, Genossenschaftswesen und Genossenschaftsrecht in der Schweiz – Probleme und Entwicklungstendenzen, ZfG 1977, 149 ff., 160 f.; BSK OR II-NIGG, Art. 852/853 N 22; FLURI (FN 26), 109 f.; GEORGES CAPITAINE, Schweizerische Juristische

- Es ist deswegen davon auszugehen, dass auf Grundlage des OR von 1936 für alle drei Körperschaften des OR die Eigenkapitalbeschaffungsmöglichkeiten nicht abschliessend geregelt wurden.
- Und das Genossenschaftsrecht beruht im Gegensatz zum Aktien- und GmbH-Recht noch immer auf der Grundlage von 1936.
- Vergleichbares geht u.E. auch aus dem Schlussbericht der «Groupe de réflexion Gesellschaftsrecht» hervor¹³¹. Es wird vorgeschlagen, bei der Genossenschaft Partizipations- und Genussscheine künftig gesetzlich zu regeln, wodurch indirekt zum Ausdruck gebracht wird, dass (i) beim Genossenschaftsrecht noch die Regelung von 1936 gilt, (ii) es für Genossenschaften schon heute zulässig ist, solche oder ähnliche Finanzierungsinstrumente zu nutzen und (iii) hier künftig eine positivrechtliche klare Regelung sinnvoll wäre¹³².
- Auch die These einer *impliziten* Miterfassung des Genossenschaftsrechts durch die bereits erwähnten und auch andere Gesetzesrevisionen ist u.E. *abzulehnen*:
 - *Erstens* gefährdet eine solche implizite Mitregelung die Rechtssicherheit schwerwiegend und ist deswegen bereits aus rechtsstaatlichen Gründen fragwürdig.
 - *Zweitens* widerspricht eine solche These *diametral* dem gesellschaftsrechtlichen *numerus clausus*, der einer Vermischung der verschiedenen Rechtsformen entgegensteht und im Kern dazu führt, dass für jede gesellschaftsrechtliche Rechtsform ausschliesslich das Recht der jeweiligen Rechtsform Anwendung findet¹³³.
 - *Drittens* belegen die Materialien zur Revision der Gesellschaft mit beschränkter Haftung von 2008, dass keine implizite Mitregelung des GmbH-Rechts durch die Revision des Aktienrechtes von 1991 erfolgte¹³⁴. Es ist deswegen nicht einzusehen, weswegen die Aktienrechtsreform von 1991 das Genossenschaftsrecht im hier interessierenden Punkt implizit mitrevidiert haben sollte.
 - *Viertens* trat die bereits erwähnte Insiderstrafnorm Art. 161 StGB am 1. Oktober 2008 in einer revidierten Fassung in Kraft. Der besagte Absatz 5

wurde dabei, was die analoge Anwendung der Strafnorm auf die Genossenschaft betrifft, inhaltlich nicht verändert. Der Gesetzgeber musste also in diesem Zeitpunkt immer noch die Auffassung vertreten haben, dass die Eigenkapitalbeschaffungsmöglichkeiten bei der Genossenschaft nicht abschliessend geregelt sind. Dies schliesst gleichzeitig aber auch aus, dass der Gesetzgeber mit der Revision der Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch die Eigenkapitalbeschaffungsmöglichkeiten bei der Genossenschaft *implicit* mitgeregelt hat¹³⁵.

C. Rechtliche Rahmenbedingungen

1. Grundsätzliches

Eigenkapital *sui generis* kann nur innerhalb der durch die Rechtsordnung festgelegten Grenzen der Privatautonomie geschaffen werden. Dabei ist nicht nur die direkte Verletzung zwingender Gesetzesvorschriften zu prüfen, sondern auch, ob keine widerrechtlichen *Gesetzesumgehungen* vorliegen¹³⁶. Die für die Annahme einer widerrechtlichen Gesetzesumgehung erforderliche Rechtsähnlichkeit¹³⁷ ist im hier interessierenden Zusammenhang nur in zwei Punkten erkennbar:

- Das hiervor skizzierte *Beteiligungskapital* weist deutliche Parallelen zum Anteilschein und auch zum *geltenden* und dem *alten aktienrechtlichen Partizipationsschein* auf. Es stellt sich somit die Frage, ob die entsprechenden Vorschriften auch für das *Beteiligungskapital* anwendbar sind.
- Gleiches lässt sich hinsichtlich der Stellung des Investors ausführen: Durch die Beteiligung am Eigenkapital der Genossenschaft gerät er in eine *mitgliedschaftsähnliche Stellung*. Sind deswegen aber die im Verhältnis zu Mitgliedern geltenden Vorschriften, insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz, auch im rechtsgeschäftlichen Verkehr mit den Investoren zu beachten?

¹³⁵ Das neue Recht zur Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist nämlich bereits am 1. Januar 2008 in Kraft getreten und somit vor dem Inkrafttreten des revidierten Art. 161 StGB. Auch die Schlussberatung und Verabschiedung von Art. 161 StGB erfolgt nach der Schlussberatung und Verabschiedung des revidierten GmbH-Rechts durch das Parlament.

¹³⁶ Vgl. zur widerrechtlichen Gesetzesumgehung BK-KRAMER, Art. 19–20 OR, N 262 ff.; KRAMER (FN 82), 208 mit zahlreichen weiteren Nachweisen in dortiger Fn. 652; vgl. auch KOLLER (FN 118), 140 f. und VON STEIGER (FN 116), 181 f.

¹³⁷ Vgl. hierzu auch BK-KRAMER, Art. 19–20 OR, N 263.

¹³¹ Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht, Bern 1993, 61.

¹³² Vgl. Bundesamt für Justiz (FN 131), 61.

¹³³ Vgl. zur rechtsformenautonomen Auslegung auch GEORGES CAPITAINE, Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, ZBJV 1953, 97 ff., 115.

¹³⁴ BBI 2001 3248 ff.

2. Rechtliche Rahmenbedingungen im Innenverhältnis

a. Genossenschaftsrecht

aa. Erfordernis einer statutarischen Grundlage

Werden den Mitgliedern keine Pflicht zur Übernahme von Beteiligungsscheinen auferlegt, ist eine statutarische Grundlage u.E. nicht zwingend erforderlich¹³⁸. Um allfälligen Verantwortlichkeitsklagen gegen die Verwaltung vorzubeugen, empfiehlt es sich aber, eine entsprechende statutarische Grundlage zu schaffen.

Anders verhält es sich demgegenüber mit der Berechnung und der Verwendung des Reinertrags und des Liquidationsüberschusses. Von der dispositiven Gesetzesordnung abweichende Regelungen bedürfen für ihre Verbindlichkeit zwingend einer statutarischen Grundlage (Art. 833 Ziff. 8 OR). Eine Delegation an die Verwaltung dürfte u.E. genügen.

bb. Vereinbarkeit mit dem Genossenschaftszweck

Im Unterschied zu anderen Rechtsformen werden die zulässigen Gesellschaftszwecke für die Genossenschaft mit Art. 828 Abs. 1 OR als zwingendes Recht begrenzt¹³⁹. Nach dem Gesetzeswortlaut darf eine Genossenschaft nur zu Zwecken errichtet werden, die in der Hauptsache in der Förderung oder Sicherung bestimmter wirtschaftlicher Interessen ihrer Mitglieder bestehen. Der Gesetzeswortlaut verlangt zudem, dass der Gesellschaftszweck mit dem Mittel der gemeinsamen Selbsthilfe erreicht wird. Weder aus dem Zweck, noch aus der gemeinsamen Selbsthilfe – die durch Rechtsprechung und Praxis ihres ursprünglichen Gehalts völlig entleert wurde¹⁴⁰ – kann abgeleitet werden, dass eine Finanzierung durch Dritte verboten ist und die Geldquellen ausschliesslich aus dem Kreis der Mitglieder zu erschliessen sind^{141/142}. Ein Verbot der Drittfinanzierung liesse sich jedenfalls nur mit einem aus heutiger Sicht nicht mehr haltbaren *genossenschafts-ideologischen* Verständnis zur gemeinsamen Selbsthilfe begründen¹⁴³.

Die Aufnahme von Eigenkapital *sui generis* muss jedoch einem zulässigen Genossenschaftszweck dienen (bspw. dem Landerwerb durch eine Wohnbaugenossenschaft, der Beschaffung des nach Basel III erforderlichen Eigenkapitals bei Banken). Die Äufnung zu rein spekulativen Zwecken dürfte deswegen nicht mit Art. 828 Abs. 1 OR zu vereinbaren sein. Aus dieser Zweckgebundenheit ergibt sich auch, dass keine fixe betragsmässige Obergrenze für das Eigenkapital *sui generis* festsetzbar ist. Solange und soweit die zusätzlich generierten Eigenmittel zur Erreichung des Gesellschaftszwecks und zur Erfüllung der damit verbundenen Aufgaben erforderlich sind, muss die Aufnahme betragsmässig uneingeschränkt zulässig sein¹⁴⁴.

b. Relevanz zwingender Vorschriften anderer Rechtsformen

In der Lehre finden sich Untersuchungen zur analogen Anwendung der (alt-)aktienrechtlichen Partizipations- und Genusscheine im Genossenschaftsrecht¹⁴⁵. Dabei stellt sich auch die Frage, ob die entsprechenden aktienrechtlichen Vorschriften zwingende Schranken für analoge Instrumente im Genossenschaftsrecht sind. Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies für das hier zu diskutierende Beteiligungskapital jedenfalls abzulehnen:

- In aller Regel fehlt es an der für alle Analogieschlüsse erforderlichen Rechtsähnlichkeit¹⁴⁶. Die aktienrechtlichen Vorschriften sind auf ein zwingendes und festes Grundkapital zugeschnitten und passen deswegen (auch *mutatis mutandis*) nicht zu einem fakultativen und variablen Grundkapital¹⁴⁷. Die aktienrechtlichen Vorschriften sichern sodann minimale Rechte der Partizipanten, die bei der Genossenschaft nicht einmal den Anteilscheininhabern zukommen (Verwässerungsschutz durch Bezugsrechte, wohl erworbenes Recht auf Dividende etc.). Auch Art. 656b Abs. 1 OR, der in Abhängigkeit zum Aktienkapital eine Obergrenze des Partizipationskapitals festlegt, ist im Genossenschaftsrecht nicht anwendbar: *Erstens*, weil das

¹³⁸ Vgl. zum zwingenden Statuteninhalt Art. 832 OR.

¹³⁹ Hierzu eingehend FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCÀ (FN 15), *passim*.

¹⁴⁰ BGE 93 II 30 E. 4; vgl. aber das obiter dictum in BGE 138 III 407 E. 2.5.1 und TAISCH/TROXLER (FN 37), 1654.

¹⁴¹ Im Ergebnis gl.M. FLURI (FN 26), 115; vgl. zu den Bedenken aus genossenschafts-ideologischen Gründen FORSTMOSER (FN 26), 239.

¹⁴² Vgl. FORSTMOSER (FN 26), 212 ff. und 240. Vgl. auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 70.

¹⁴³ Vgl. FLURI (FN 26), 115; vgl. zur genossenschafts-ideologischen Begründung auch FORSTMOSER (FN 26), 239.

¹⁴⁴ In diesem Sinne auch FLURI (FN 26), 115.

¹⁴⁵ Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 70. f.; BRUNNER-DOBLER (FN 122), 57 f.; VON STEIGER (FN 116), 180 ff.; VON STEIGER (FN 122), 61 f.; FORSTMOSER (FN 26), 240 ff.; FORSTMOSER (FN 122), 160 f.; BSK OR II-NIGG, Art. 852/853 N 22; FLURI (FN 26), 109 f.; GEORGES CAPITAINE, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 1155, 2 und GEORGES CAPITAINE, Schweizerische Juristische Kartothek, Karte Nr. 1157, 2.; HENSEL (FN 26), 23 ff., 127 ff.; TAISCH/SCHWYTER (FN 122), 512 ff.; GERBER (FN 58), 238 ff.

¹⁴⁶ Vgl. hierzu KRAMER (FN 82), 202.

¹⁴⁷ Ähnlich Bundesamt für Justiz (FN 131), 62.

Anteilkapital zwingend variabel ist und somit eine Begrenzung des Eigenkapitals *sui generis* im Verhältnis zum Anteilkapital nicht praktikabel wäre. *Zweitens*, weil die Genossenschaft keine kapitalbezogene Governance kennt und somit eine Begrenzung der stimmrechtslosen Kapitalbeteiligung im Gegensatz zur Kapitalgesellschaft aus konzeptionellen Gründen nicht erforderlich ist¹⁴⁸. *Drittens*, weil mit dieser Voraussetzung nur Genossenschaften mit Anteilscheinen ein Beteiligungskapital schaffen könnten.

- Auch wurde bereits dargelegt, dass die Aktienrechtsreform von 1991 keine implizite Regelung des Genossenschaftsrechts bewirkte. Es ist deswegen nicht anzunehmen, dass sich die zwingende Wirkung der neuen aktienrechtlichen Vorschriften bis ins Genossenschaftsrecht erstreckt¹⁴⁹.
- Und endlich spricht erneut der gesellschaftsrechtliche *numerus clausus* gegen eine analoge Anwendung von zwingenden Vorschriften anderer Rechtsformen im Genossenschaftsrecht¹⁵⁰.

3. Rechtliche Rahmenbedingungen im Aussenverhältnis

a. Rechtsstellung der Beteiligungsscheininhaber

aa. Zulässigkeit der schwachen Rechtsstellung

Die Rechtsstellung der Beteiligungsscheininhaber ist ganz offensichtlich schwach: Das von ihnen eingebrachte Kapital unterliegt keinen gesetzlichen Schutzvorkehrungen; ob sie am Gewinn beteiligt werden, hängt vom Beschluss der Generalversammlung ab, an dem sie nicht mitwirken können, und die Beteiligung am Liquidationsüberschuss kann – sofern den Inhabern der Beteiligungsscheine kein wohlervorbenes Recht zuerkannt wird und abgesehen von Haftungsfragen im Aussenverhältnis¹⁵¹ – ebenfalls mittels Statutenrevision entzogen werden. Trotzdem ist kein direkter Verstoß gegen zwingendes Recht erkennbar. Die Grenzen werden hier (zivilrechtlich und strafrechtlich) primär durch die rechtswidrige Täuschung (Betrug, unlauterer Wettbewerb, Irrtumsanfechtung etc.) oder auch durch die Übervorteilung gesetzt. Diese rechtlichen Risiken können indessen mittels einer transparenten Aufklärung am Point of Sale und einer klar formulierten Investorendokumentation begrenzt oder ausgeschlossen werden.

¹⁴⁸ Vgl. FLURI (FN 26), 117.

¹⁴⁹ Vgl. in dieser Richtung auch Bundesamt für Justiz (FN 131), 62.

¹⁵⁰ Vgl. FN 127.

¹⁵¹ Vgl. hierzu nachfolgend III.C.3.b.bb.

Aus der schwachen Rechtsstellung der Beteiligungsscheininhaber darf jedenfalls nicht abgeleitet werden, dass die Schaffung eines Beteiligungskapitals rechtswidrig sei¹⁵².

bb. Fakultative Stärkung der Rechtsstellung

Die Beteiligungsscheine dürften am Markt aber wohl nur dann erfolgreich sein, wenn die Rechtsstellung in einigen Punkten gestärkt wird. Denkbar sind die Einführung von Bezugsrechten und insbesondere die analoge Anwendung der für Anteilscheine geltenden Kapitalschutzvorschriften. Mit einer statutarischen Regelung würde sich dann auch die Frage erübrigen, ob die für Anteilscheine geltenden Kapitalschutzvorschriften nicht ohnehin auch für das Beteiligungskapital gelten. Dies ist tendenziell zwar eher zu verneinen. Das Eigenkapital *sui generis* dürfte aber nur dann die erwünschte Kreditfähigkeitsfunktion erfüllen, wenn den Beteiligungsscheinen mindestens ein mit den Anteilscheinen vergleichbarer Kapitalschutz zukommt. Zu verhindern ist vor allem aber auch, dass Beteiligungskapital als *Gewinn* unter die Genossenschafter verteilt werden kann. Und es sollte ausgeschlossen werden, dass auf Anteilscheine eine Dividende ausgeschüttet wird, während die Inhaber der Beteiligungsscheine leer ausgehen.

Solche Bestimmungen können freilich in die Statuten aufgenommen werden. Um die Wirksamkeit und Verbindlichkeit solcher Schutzvorkehrungen aber auch gegenüber den Inhabern von Beteiligungsscheinen sicherzustellen, denen als Dritte keinerlei Mitgliedschaftsrechte zukommen und grundsätzlich auch nicht vom Geltungsbereich der Statuten erfasst werden, sollten sie parallel dazu in die Ausgabevereinbarung einbezogen werden¹⁵³.

b. Übermäßige Bindung der wirtschaftlichen Persönlichkeit

aa. Einführung

Zivilrechtlich liegt Eigenkapital nur dann vor, wenn der Einleger während dem Bestand der Gesellschaft kein Recht auf Rückzahlung hat. Die Einlage in das Gesellschaftsvermögen muss somit unwiderruflich, dauernd und unbefristet erfolgen, um als Eigenkapital zu qualifizieren¹⁵⁴.

¹⁵² Vgl. hierzu BÖCKLI (FN 3), § 5, Rz. 2 ff. für den altaktienrechtlichen Partizipationsschein sowie FLURI (FN 26), 117.

¹⁵³ Vgl. zum Geltungsbereich von Statuten MEIER-HAYOZ/FORSTMOSER (FN 1), § 2 Rz 126; vgl. für ähnliche Fragen im Zusammenhang mit der Börsenkotierung der Anteilscheine der ehemaligen Schweizerischen Volksbank VON DONNERSMARCK (FN 58), 282.

¹⁵⁴ Vgl. vorne I.

Solche unbefristeten oder dauernden «Verpflichtungen» stehen in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Art. 27 ZGB, denn eine übermässige vertragliche Bindung verstösst regelmässig gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB. Hierzu gehören auch die sogenannten *ewigen*, also unbefristet und unkündbaren Verträge¹⁵⁵. Die zulässige Dauer einer Verpflichtung steht allerdings in unmittelbarer Abhängigkeit zur jeweils geschuldeten Verhaltenspflicht und kann somit nicht abstrakt bestimmt werden¹⁵⁶. Es ist deswegen sowohl für die Pflichten der Genossenschaft, als auch für jene der Investoren gesondert zu prüfen, ob die dauernde Hingabe von Kapital eine übermässige Bindung i.S.v. Art. 27 Abs. 2 ZGB und somit einen sittenwidrigen Vertrag i.S.v. Art. 20 Abs. 1 OR darstellen könnte¹⁵⁷.

bb. Aus der Perspektive der Genossenschaft

Aus rein gesellschaftsrechtlicher Sicht ist eine übermässige Bindung zu verneinen. Die Dividende wird – sofern überhaupt Gewinn erwirtschaftet wird – nur auf Beschluss der Generalversammlung ausbezahlt. Die Genossenschaft wird somit in ihrer Verfügungsfreiheit rechtlich nicht beschränkt. Gleiches gilt für die Beteiligung am Liquidationserlös: Die entsprechende Statutenbestimmung kann von der Generalversammlung geändert werden – dies jedenfalls solange, als den Investoren hierauf kein wohl erworbenes Recht zuerkannt wird.

Aus Haftungsgründen können die vertraglichen Verpflichtungen im Aussenverhältnis aber auch im Innenverhältnis eine faktische Bindung an die Statuten bewirken, was die Vereinbarkeit mit Art. 27 Abs. 2 ZGB in Frage stellen könnte. Eine solche Bindung ist aber oftmals notwendig, um das erforderliche Eigenkapital überhaupt aufbringen zu können. Die Beschränkung kann folglich gleichzeitig eine Erweiterung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit der Genossenschaft bewirken. Es ist deswegen davon auszugehen, dass mit der Beschaffung von Eigenkapital einhergehende Verpflichtungen mit Reflexwirkung auf die innergesellschaftlichen Verhältnisse solange nicht gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstossen, als dieses Eigenkapital zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks erforderlich ist.

cc. Aus der Perspektive des Investors

Für den Investor sind demgegenüber keine Bedenken bezüglich einer übermässigen Bindung erkennbar.

Grundsätzlich zeigt dies bereits ein Vergleich mit dem Aktienkapital oder dem aktienrechtlichen Partizipationskapital. Auch dort erfolgt die Investition in das Eigenkapital *à fonds perdu*: Es besteht kein Rückgaberecht gegenüber der Gesellschaft und auch kein unbedingter Anspruch auf Verzinsung oder Dividende.

Für die Zulässigkeit sprechen aber auch folgende Gründe:

- Für den Investor ist der Erwerb eines Beteiligungsscheins kein Dauerschuldverhältnis, sondern ein mit der Liberierung des Beteiligungsscheins erfülltes Ziel-schuldverhältnis. Es besteht keine dauernde Bindung oder Verpflichtung des Investors gegenüber der Gesellschaft oder Dritten.
- Es wäre auch zulässig, dass der Investor das Kapital der Genossenschaft schenkt, also ohne Rückgaberecht und ohne Gegenleistung Kapital in die Gesellschaft einschiess. Nach dem Grundsatz von *a maiore ad minus* muss es deswegen auch zulässig sein, Geld unwiderruflich in eine Gesellschaft einzubringen und im Gegenzug ein suspensiv und potestativ bedingtes Recht auf Beteiligung am Reinertrag sowie ein suspensiv bedingtes Recht auf Beteiligung am Liquidationsüberschuss zu erhalten.

c. Beteiligung Dritter am Reingewinn der Genossenschaft

Die Beteiligung Dritter am Reingewinn der Genossenschaft wird in der Lehre als zulässig erachtet¹⁵⁸. Der Auffassung ist beizupflichten, weil

- den Genossenschaf tern kein wohl erworbenes Recht auf Dividende zukommt;
- die Genossenschaft auch gemeinnützige Zwecke verfolgen kann und somit ihre Leistungen im Grundsatz auch zugunsten Dritter erbringen darf;
- eine Genossenschaft Fremdkapital aufnehmen und die Verzinsung erfolgsabhängig ausgestalten darf (partiarische Darlehen)¹⁵⁹. Es wäre deswegen nicht einzu sehen, wieso einem Dritten, der eine A-fonds-perdu-Einlage in das Gesellschaftsvermögen leistet und nicht bloss ein kündbares Darlehen gewährt, kein vom Erfolg der Gesellschaft und vom Beschluss der Generalversammlung abhängiger «Verzinsungsanspruch» eingeräumt werden können sollte.

¹⁵⁵ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 116), Rz. 664.

¹⁵⁶ BK-BUCHER, Art. 27 ZGB, N 145; vgl. auch GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 116), Rz. 663.

¹⁵⁷ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID (FN 116), Rz. 661 ff.

¹⁵⁸ So auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 71.

¹⁵⁹ So auch REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 70.

d. Beteiligung Dritter am Liquidationsüberschuss der Genossenschaft

Die Verwendung des Liquidationsüberschusses, also desjenigen Teils des Gesellschaftsvermögens, der nach Tilgung sämtlicher Schulden und der Rückerstattung der Anteilscheine (zum liberierten Nominalbetrag) übrig bleibt, wird in Art. 913 OR geregelt. Art. 913 Abs. 4 OR erweckt seinem Wortlaut nach fälschlicherweise den Eindruck, dass die Statuten *nur entweder* die Verteilung des Liquidationsüberschusses an die Genossenschafter *oder aber* die Verwendung zu genossenschaftlichen Zwecken oder zur Förderung gemeinnütziger Bestrebungen vorsehen dürften. Aus den Materialien zu Art. 913 OR geht indes klar hervor, dass lediglich eine gesetzliche Präsomption als Auffangtatbestand im Falle der Abwesenheit einer statutarischen Regelung geschaffen werden sollte¹⁶⁰. Darüber hinaus sollte die Zuweisung des Liquidationsüberschusses aber der freien statutarischen Gestaltung überlassen werden¹⁶¹.

e. Gleichbehandlungsgrundsatz

«[...] Art. 854 sagt, dass die Genossenschafter gleich zu behandeln sind. Daher ist er auf die Rechtsbeziehungen der Genossenschaft zu Dritten *nicht* anwendbar [...]»¹⁶². Mitglieder können allerdings auch rechtsgeschäftlich mit der Gesellschaft in Verbindung treten. Solche vertraglichen Beziehungen zwischen Mitgliedern und der Genossenschaft werden vom Gleichbehandlungsgrundsatz erfasst, wenn durch diese Rechtsgeschäfte der Genossenschaftszweck erfüllt wird¹⁶³. Im sogenannten vertraglichen *Zweckgeschäft* mit den Mitgliedern gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz somit gleichermassen wie in korporationsrechtlichen Verhältnissen. Für Verträge zwischen der Genossenschaft und ihren Mitgliedern, bei denen die Genossenschafter nicht in ihrer Stellung als Mitglieder der Genossenschaft gegenüber treten, sondern wie beliebige Dritte, findet der Grundsatz demgegenüber keine Anwendung¹⁶⁴.

Das Schaffen von Finanzierungsinstrumenten oder die Kapitalanlage als solche sind in der Regel keine genossenschaftlichen Zwecke. Die Finanzierung ist vielmehr eine Hilfsfunktion zur Erfüllung des Gesellschaftszwecks. Der genossenschaftliche Gleichbehandlungsgrundsatz dürfte somit nicht anwendbar sein, wenn den Mitgliedern keinerlei statutarische Pflicht zum Erwerb von Beteiligungsscheinen auferlegt wird und diese auch im Übrigen gleich wie Dritte behandelt werden. Unter diesen Voraussetzungen erwerben die Mitglieder die Beteiligungsscheine nicht in ihrer Funktion als Genossenschafter, sondern als aussenstehende Dritte¹⁶⁵. Es erübrigt sich deswegen auch die Frage, ob aufgrund der mitgliedschaftsähnlichen Stellung der Gleichbehandlungsgrundsatz Anwendung findet, wenn Dritte Beteiligungsscheine erwerben.

f. Gewinnverteilungs- und Reservebildungsvorschriften

aa. Ausgangslage und Problemstellung

Bei Genossenschaften sind Gewinne, wenn statutarisch nichts anderes vorgesehen wird, vollständig zu thesaurieren. Wird statutarisch eine andere Gewinnverwendung vorgesehen, greifen gesetzlich zwingende Reservebildungsvorschriften¹⁶⁶. Letztere sind unbestreitbar anwendbar, wenn auf Beteiligungsscheine eine Dividende bezahlt wird.

Die Gewinnausschüttung auf Anteilscheine ist sodann gesetzlich limitiert¹⁶⁷. Diese Dividendenbegrenzung gilt zwar nicht für Kreditgenossenschaften¹⁶⁸. Für letztere wirkt aber immerhin Art. 861 Abs. 3 OR einer übermässigen Dividende entgegen¹⁶⁹.

Diese Vorschriften gelten grundsätzlich nur für die Gewinnverteilung auf Anteilscheine¹⁷⁰. Aufgrund der Ähnlichkeit zwischen den Beteiligungsscheinen und den Anteilscheinen stellt sich aber die Frage, ob diese Restriktionen auch für Beteiligungsscheine anwendbar sind¹⁷¹. Dies erscheint besonders relevant, wenn Mitglieder nicht nur Anteilscheiné, sondern auch Beteiligungsscheine halten dürfen. Diesfalls könnten den Mitgliedern nämlich

¹⁶⁰ Dafür spricht im Übrigen auch die französische Fassung von Art. 913 Abs. 4 OR: «[...] Si les statuts ne prescrivent rien au sujet de la répartition de l'excédent, celui-ci doit être affecté à des buts coopératifs ou d'utilité publique [...]».

¹⁶¹ Vgl. zum Ganzen REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 132; BBl 1928, 301; AmtlBull SR 1932, 28 und AmtlBull NR 1934, 777.

¹⁶² RUTH BERNHEIMER, Die Gleichbehandlung der Genossenschafter im schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1949, 50 (Hervorhebung in Kursivschrift hinzugefügt).

¹⁶³ BSK OR II-NIGG, Art. 854 N 11.

¹⁶⁴ Vgl. zum sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des Gleichbehandlungsgrundsatzes insbesondere BERNHEIMER (FN 162), 50 f.

¹⁶⁵ A.M. BSK OR II-NIGG, Art. 852/853 N 22 zur Ausgabe von Genussscheinen.

¹⁶⁶ Vgl. Art. 860 f. OR.

¹⁶⁷ Art. 859 Abs. 3 OR.

¹⁶⁸ Vgl. Art. 861 Abs. 1 OR.

¹⁶⁹ Vgl. REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 68, TAISCH/SCHWYTER (FN 122), 513 f.

¹⁷⁰ Im Ergebnis gl.M. für die Ausgabe von Partizipationsscheinen an Dritte REYMOND/TRIGO TRINDADE (FN 11), 70; vgl. auch TAISCH/SCHWYTER (FN 122), 518.

¹⁷¹ Vgl. FLURI (FN 26), 116 f.

höhere Kapitalgewinne ausgeschüttet werden, als dies mit Anteilscheinen möglich wäre. Der Einwand der widerrechtlichen Gesetzesumgehung läge somit *prima vista* auf der Hand, wenn die genannten Schranken für die Gewinnausschüttung auf Beteiligungsscheine nicht eingehalten würden¹⁷².

bb. Stellungnahme

Gegen eine analoge Anwendung der genannten Restriktionen spricht, dass das Gesetz eine Gewinnbeteiligung der Mitglieder nicht generell ausschliesst und eine Limitierung nur für die Dividende auf Anteilscheine explizit vorsieht¹⁷³. Wird der Gewinn nicht im Verhältnis zum Anteilscheinkapital an die Mitglieder verteilt, ist u.E. weder Art. 859 Abs. 3 noch Art. 861 Abs. 3 OR anwendbar. Es lässt sich folglich mit Fug vertreten, dass diese Bestimmungen im Ergebnis nicht *per se* die Gewinnausschüttung limitieren, sondern nur die Dividende auf Anteilscheine beschränken. Eine teleologische Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf Beteiligungsscheine ist deswegen eher zu verneinen¹⁷⁴. Es dürfte somit auch keine Gesetzesumgehung vorliegen, wenn auf Beteiligungsscheine eine höhere Dividende entrichtet wird, als dies für Anteilscheine zulässig wäre. Dies gilt umso mehr, wenn Mitgliedern das Halten von Beteiligungsscheinen statutarisch verboten werden würde¹⁷⁵.

Die Gefahr, dass sich eine Genossenschaft entgegen dem gesetzgeberischen Ziel zu einem rein gewinnstrebigen Unternehmen entwickelt, bleibt trotz der genannten Auffassung gering. Die sich aus Art. 828 Abs. 1 OR ergebende Pflicht, die Mitglieder (oder Dritte) unmittelbar durch das Erbringen von Dienstleistungen und das Verschaffen von Produkten zu fördern, wird durch die Lockerung auf Seiten der Gewinnverteilung nicht berührt¹⁷⁶.

g. Wertpapiermässige Ausgestaltung

Nachdem es hiervor für zulässig erachtet wurde, Anteilscheine als Namenpapiere oder Wertrechte auszugeben, erübrigt sich die Frage, ob Art. 853 Abs. 3 OR analog auf Beteiligungsscheine anwendbar ist: Beteiligungsscheine können vor diesem Hintergrund zweifelsfrei als Wertpapiere oder Wertrechte ausgegeben werden. Auch wenn man die hier vertretenen Möglichkeit einer teleologischen Reduktion von Art. 853 Abs. 3 OR ablehnt, beschränkt sich sein Anwendungsbereich auf Anteilscheine. Eine analoge Anwendung auf Eigenkapitalfinanzierungsinstrumente wäre deswegen u.E. nicht sachgerecht¹⁷⁷.

IV. Zusammenfassung

Mit dem vorliegenden Beitrag wurde dargelegt, wie die beim Anteilschein bestehenden Nachteile bei der Eigenkapitalbeschaffung reduziert oder beseitigt werden können, und die Frage erörtert, ob es für Genossenschaften rechtlich zulässig ist, Eigenkapitalfinanzierungsinstrumente *sui generis* zu schaffen. Nach der hier vertretenen Auffassung bestehen für Genossenschaften weitreichende, rechtliche Gestaltungsspielräume zur Schaffung von effektiven und effizienten Eigenkapitalfinanzierungsinstrumenten. Sei dies auf der Grundlage des gesetzlich geregelten Genossenschaftskapitals, sei dies innerhalb der gesetzlichen Schranken durch auf dem Grundsatz der Privatautonomie basierende Eigenkapitalfinanzierungsinstrumente *sui generis*.

¹⁷² Vgl. FLURI (FN 26), 116 f. für analoge Überlegungen zum alt-aktienrechtlichen Genussschein.

¹⁷³ Vgl. Art. 859, der bis auf Abs. 3 völlig dispositiv formuliert ist.

¹⁷⁴ Hinsichtlich der Frage, ob eine Verbotsvorschrift unter teleologischen Gesichtspunkten auch auf ein Umgehungsgeschäft anwendbar sein soll, werden in der Lehre und Rechtsprechung zwei Fälle unterschieden: Beim Ersten ist der (wirtschaftliche) Erfolg als solcher verpönt und zwar ungeachtet dessen, wie er erzielt wurde (Zielverbote). Beim Zweiten regelt die Verbotsvorschrift nicht den Erfolg als solchen, sondern nur die Art und Weise seiner Erzielung (Wegverbote, vgl. zum Ganzen KOLLER [FN 118], 141). Eine analoge Anwendung einer Verbotsnorm auf ein Umgehungsgeschäft rechtfertigt sich nur im ersteren, nicht aber im letzteren Fall (vgl. zum Ganzen BK-KRAMER, Art. 19–20 OR, Rz. 265).

¹⁷⁵ Vgl. zum Ganzen auch TAISCH (FN 18), 117 f.; A.M. BSK OR II-NIGG, Art. 852/853 N 22 für die Ausgabe von Genussscheinen.

¹⁷⁶ Vgl. hierzu auch FORSTMOSER/TAISCH/TROXLER/D'INCA (FN 15), 10.

¹⁷⁷ So auch JÄGGI/DRUEY/GREYERZ (FN 20), 123 für Genussscheine; TAISCH (FN 18), 117 f.; MOSER, 38 f. A.M. FLURI (FN 26), 115 f.