

Peter Forstmoser / Franco Taisch / Tizian Troxler

## **Unzulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften**

### **Bundesgericht kippt Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts**

---

Die Raiffeisen-Bankengruppe wollte die statutarischen Grundlagen schaffen, um Beteiligungsscheine – ähnlich Partizipationsscheinen bei der Aktiengesellschaft – ausgeben zu können. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Pläne mit Urteil B-6017/2012 vom 13. Juni 2013 abgesegnet. Das Bundesgericht dagegen qualifizierte sie im zur Publikation vorgesehenen Urteil 4A\_363/2013 vom 28. April 2014 überraschend als rechtswidrig. Nach Auffassung der Autoren ist der Entscheid des Bundesgerichts in der rechtlichen Begründung problematisch und in den praktischen Auswirkungen abzulehnen. Eine Gesetzesrevision drängt sich auf.

---

Beitragsarten: Urteilsbesprechungen

Rechtsgebiete: Gesellschaftsrecht; Genossenschaft; Handelsrecht

Zitiervorschlag: Peter Forstmoser / Franco Taisch / Tizian Troxler, Unzulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften, in: Jusletter 14. Juli 2014

## Inhaltsübersicht

- I. Sachverhalt und Prozessgeschichte
- II. Erwägungen des Bundesgerichts
  - 1. Volle statt nur beschränkte Kognition
  - 2. Keine Gesetzeslücke, sondern ein negativer Entscheid des Gesetzgebers
- III. Bemerkungen
  - 1. Zur Kognition der Handelsregisterämter und der Beschwerdeinstanzen
  - 2. Rechtsstaatliche Problematik und methodische Bedenken
  - 3. Praktische Auswirkungen
  - 4. Notwendigkeit einer Gesetzesrevision

### I. Sachverhalt und Prozessgeschichte

[Rz 1] Vor dem Hintergrund der regulatorischen Anpassungen an Basel III beabsichtigte die Raiffeisen-Bankengruppe (nachfolgend «Bank»), ihre Eigenmittelbasis durch ein spezifisches, vom Anteilscheinkapital zu unterscheidendes Beteiligungsscheinkapital zu stärken. Dieses sollte dem aktienrechtlichen Partizipationskapital nachempfunden sein. Vorgesehen war sodann, die mit den Beteiligungsscheinen verbundenen Beteiligungsrechte als Wertrechte im Sinne des Bucheffektengesetzes auszugeben<sup>1</sup>.

[Rz 2] Am 9. Oktober 2012 reichte die Bank dem Eidgenössischen Amt für das Handelsregister (EHRA) einen entsprechenden Statutenentwurf<sup>2</sup> mit dem Antrag ein, es sei festzustellen, dass die in den beigelegten Statuten markierten Änderungen rechtmässig seien, weder der öffentlichen Ordnung widersprechen noch gegen die guten Sitten verstossen würden, sie keinen Nichtigkeitsgrund erfüllen würden und somit genehmigungsfähig seien<sup>3</sup>. Das EHRA stellte mit Verfügung vom 17. Oktober 2012 im Rahmen des entsprechenden Vorprüfungsverfahrens die Nichtgenehmigungsfähigkeit des Statutenentwurfs fest. Die darin vorgesehenen Beteiligungsscheine würden wesentliche Elemente des aktienrechtlichen Partizipationsscheins enthalten. Solche dürfe eine Genossenschaft aber nach geltendem Recht nicht ausgeben<sup>4</sup>.

[Rz 3] Dagegen erhob die Bank Beschwerde beim Bundesverwaltungsgericht und bekam Recht<sup>5</sup>. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts handelt es sich beim beabsichtigten Beteiligungsscheinkapital im Wesentlichen – und abgesehen von einigen Besonderheiten – um eine Nachbildung des aktienrechtlichen Partizipationskapitals<sup>6</sup>. Im Gegensatz zum Aktienrecht enthalte das Genossenschaftsrecht zwar keine explizite gesetzliche Grundlage für eine solche stimmrechtslose Beteiligung am Eigenkapital. Unter Berufung auf Lehmeinungen hielt das Bundesverwaltungsgericht fest, dass dieses Schweigen nicht als Ablehnung zu deuten sei. Es liege kein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vor, sondern eine echte Gesetzeslücke, die das Gericht nach derjenigen Regel zu schliessen habe, welche es als Gesetzgeber aufstellen würde. Die geltende Rechtslage im Genossenschaftsrecht sei vergleichbar mit der aktienrechtlichen vor Erlass

---

<sup>1</sup> Vgl. NZZ vom 13. Juni 2013, Nr. 148, 29.

<sup>2</sup> Vgl. zum Statutenentwurf das Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, A.a.

<sup>3</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, A.a.

<sup>4</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, A.b.

<sup>5</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, B.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 20.

<sup>6</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 6.

der Bestimmungen zum Partizipationsschein, weshalb die Ausgabe von Beteiligungsscheinen – jedenfalls unter dem Blickwinkel der beschränkten Kognition – auch ohne vergleichbare Schutzvorschriften zugunsten der Inhaber zulässig sei<sup>7</sup>.

[Rz 4] Das Bundesverwaltungsgericht kam zum Schluss, dass die Ausgabe von Partizipations- resp. Beteiligungsscheinen mit dem genossenschaftstypischen Selbsthilfe- und Solidargedanken zu vereinbaren sei und weder gegen das Förderprinzip noch das Gleichbehandlungsgebot noch gegen die Ausschüttungsschranke oder gegen das Verbot eines zum Voraus festgelegten Grundkapitals verstosse. Auch wahre der Statutenentwurf die Vorschriften, wonach der Beitritt zu einer Genossenschaft durch schriftliche Erklärung zu erfolgen habe und Anteilscheine nicht als Wertpapiere ausgegeben werden dürften. Das Bundesverwaltungsgericht bestätigte sodann die Auffassung der Bank, dass die Ausgabe der Beteiligungsscheine in Form von Wertrechten und die Schaffung von Bucheffekten nicht nur zulässig seien, sondern dass dadurch überdies die Rechtssicherheit erhöht werden könne<sup>8</sup>.

[Rz 5] Gestützt auf diese Überlegungen hiess das Bundesverwaltungsgericht die Beschwerde vollumfänglich gut und stellte fest, dass der fragliche Statutenentwurf vom EHRA zu genehmigen sei. Denn nach feststehender Praxis des Bundesgerichts zur Kognition der Handelsregisterämter hätte das EHRA die Genehmigung nur verweigern dürfen, wenn die geplante Statutenänderung offensichtlich und unzweideutig zwingende, im öffentlichen Interesse oder zum Schutz Dritter aufgestellte Gesetzesbestimmungen verletzen würde. Dies sei nicht der Fall<sup>9</sup>.

[Rz 6] Das EHRA zog das Verfahren mittels Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht weiter, das den vorinstanzlichen Entscheid vollumfänglich aufhob und die Nichtgenehmigungsfähigkeit des zur Prüfung vorgelegten Statutenentwurfs feststellte<sup>10</sup>.

## II. Erwägungen des Bundesgerichts

### 1. Volle statt nur beschränkte Kognition

[Rz 7] Das Bundesgericht widersprach der Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts, dass die streitgegenständliche Frage nur mit beschränkter Kognition zu beurteilen sei.

[Rz 8] Es bestätigte zwar die vom Bundesverwaltungsgericht referierte bundesgerichtliche Praxis<sup>11</sup>, wonach das Handelsregisteramt und die Beschwerdeinstanzen gestützt auf Art. 940 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) mit einer differenzierten Kognition zu prüfen hätten, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt seien. Nach dieser Praxis habe das Handelsregisteramt in erster Linie die formellen registerrechtlichen Voraussetzungen zu prüfen und verfüge in dieser Hinsicht über eine umfassende Prüfungsbefugnis. Stehe aber materielles Recht in Frage, sei die Prüfungsbefugnis beschränkt. Bei der Eintragung juristischer Personen habe das Handelsregisteramt gestützt auf Art. 940 Abs. 2 OR insbesondere zu prüfen, ob die Statuten kei-

---

<sup>7</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, B.; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 15. und E. 19.2.

<sup>8</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 16. bis 19.

<sup>9</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 20.

<sup>10</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, C. und E. 4.

<sup>11</sup> Vgl. hierzu BGE 125 III 18E. 3b S. 21; BGE 121 III 368E. 2a S. 371; BGE 117 II 186E. 1 S. 188; Urteil des Bundesgerichts 4A.4/2006 vom 20. April 2006 E. 2.1, nicht publ. in: BGE 132 III 470.

nen zwingenden Vorschriften widersprechen und den vom Gesetz verlangten Inhalt aufweisen würden. Dabei müsse das Handelsregisteramt auf die Einhaltung jener zwingenden Gesetzesbestimmungen achten, die im öffentlichen Interesse oder zum Schutze Dritter aufgestellt worden seien, während zur Durchsetzung von Vorschriften, die dem dispositiven Recht angehören oder die nur private Interessen berühren, der Zivilrichter durch die Betroffenen selbst anzurufen sei. Da die Abgrenzung im Einzelfall schwierig sein könne, sei die Eintragung gemäss feststehender Praxis nur dann abzulehnen, wenn sie offensichtlich und unzweideutig dem Recht widerspreche. Falls sie aber auf einer zumindest denkbaren Gesetzesauslegung beruhe, müsse die Beurteilung dem Richter überlassen bleiben<sup>12</sup>.

[Rz 9] Das Bundesgericht präzierte dann aber unter Hinweis auf zwei jeweils Umstrukturierungen betreffende Entscheide<sup>13</sup>, dass dem Registerführer in Fällen, die fundamentale Fragen des Gesellschaftsrechts betreffen, eine umfassende und freie Prüfungsbefugnis zukomme. Wie beim Antrag auf Eintragung einer gesetzlich nicht vorgesehenen Rechtsform oder Umwandlung sei, so das Bundesgericht, auch bei der Frage der Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bzw. mit diesen verwandten Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften von einer umfassenden Prüfungsbefugnis des EHRA und der Rechtsmittelinstanzen auszugehen. Es könne angesichts der Bedeutung dieser Grundsatzfrage nicht angehen, die entsprechenden Statutenänderungen ohne weiteres gestützt auf eine vertretbare Rechtsauffassung für eintragungsfähig zu erklären. Denn damit würde man die Klärung davon abhängig machen, dass ein Dritter oder ein Genossenschaftler Klage erhebe. Die Frage, ob bei der Genossenschaft eine besondere Art des Grundkapitals in Form eines Beteiligungsschein- bzw. Partizipationskapitals geschaffen werden könne, betreffe die Grundstruktur dieser Rechtsform und damit auch das öffentliche Interesse an Verkehrssicherheit. Im Übrigen sei die Vorinstanz davon ausgegangen, es liege eine Gesetzeslücke vor, die nach derjenigen Regel zu schliessen sei, die sie als Gesetzgeber aufstellen würde. Eine Lückenfüllung, bei der *modo legislatoris* eine Regel geschaffen werde, setze aber eine umfassende Kognition voraus. Das Bundesverwaltungsgericht habe sich deswegen zu Unrecht auf die beschränkte Prüfungsbefugnis berufen.

## 2. Keine Gesetzeslücke, sondern ein negativer Entscheid des Gesetzgebers

[Rz 10] Das Bundesgericht prüfte in der Folge mit voller Kognition die Zulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften. Dabei gelangte es zunächst – gleich wie zuvor schon das Bundesverwaltungsgericht – zur Erkenntnis, dass der historische Gesetzgeber die strittige Frage im Rahmen der Gesetzesrevision von 1936 weder für die Aktiengesellschaft noch für die Genossenschaft ausdrücklich beantwortet habe. Gestützt auf diese Rechtslage habe die Praxis ab den 1960er-Jahren bei der Aktiengesellschaft die Entwicklung eines sogenannten Finanzierungsscheines erlaubt. Im Rahmen verschiedener Gesetzesnovellen habe der Gesetzgeber dann aber bei der Aktiengesellschaft und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung das Eigenkapital

---

<sup>12</sup> Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6017/2012 vom 13. Juni 2013, E. 2.1.

<sup>13</sup> BGE 125 III 18E. 3c und Urteil des Bundesgerichts 4A.4/2006 vom 20. April 2006 E. 2.2/2.3, wobei die Erwägungen zur Kognition in der Druckversion – BGE 132 III 470 – erstaunlicherweise nicht publiziert sind. Der eine Fall betraf (vor dem Inkrafttreten des Fusionsgesetzes) die Umwandlung einer GmbH in eine AG (zulässig), der andere die Übernahme einer privatrechtlichen AG durch ein Institut des öffentlichen Rechts mittels Absorptionsfusion (unzulässig).

gesetzlich abschliessend geregelt. Bei der Aktiengesellschaft habe er unter dem Titel «Partizipationskapital» den altrechtlichen Finanzierungsgenussschein in das geltende Gesetz überführt, während er diese Kapitalform für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ausgeschlossen habe. Für die Genossenschaft habe er keine ausdrückliche Regelung getroffen, weshalb sich die Frage stelle, ob ein qualifiziertes Schweigen oder eine echte, durch das Gericht zu schliessende Gesetzeslücke vorliege.

[Rz 11] Eine echte Lücke im Gesetz könne beim Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung nur angenommen werden, wenn sich die entsprechende Regelung als unvollständig erweise, weil sie *jede Antwort* auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibe. Sofern der Gesetzgeber aber eine Rechtsfrage nicht übersehen habe, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – entschieden habe (qualifiziertes Schweigen), verbleibe kein Raum für eine Lückenfüllung. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts liege eine vom Gericht zu füllende Gesetzeslücke nur vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen habe, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden könne<sup>14</sup>. Fehle im Gesetz eine Regelung, könne nicht ohne weiteres von einer echten Gesetzeslücke ausgegangen werden<sup>15</sup>. Als lückenhaft könne das Gesetz hinsichtlich der Grundkapitalstruktur der Genossenschaft nur gelten, wenn sich ergeben sollte, dass keine abschliessende Ordnung aufgestellt wurde. Zur Beantwortung dieser Frage müsse, so weiter das Bundesgericht, in Anwendung des *pragmatischen Methodenpluralismus* auch die teleologische bzw. systematisch-teleologische Auslegung berücksichtigt werden<sup>16</sup>. Letztere sei auf der Grundlage der *aktuell geltenden* Rechtsordnung vorzunehmen<sup>17</sup>. Die Einordnung einer Nichtregelung als qualifiziertes Schweigen stehe deswegen grundsätzlich stets unter dem Vorbehalt eines geänderten rechtlichen oder tatsächlichen Kontextes<sup>18</sup>. Die historisch orientierte Auslegung sei zwar insofern von besonderer Bedeutung, als nur sie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers (die sich insbesondere aus den Materialien ergebe) aufzuzeigen vermöge, die zusammen mit den zu ihrer Verfolgung getroffenen Wertentscheidungen verbindliche Richtschnur des Gerichts bleibe. Eine negative Anordnung könne sich aber nicht nur anhand der Materialien erschliessen, sondern unter Umständen auch erst unter Beizug anderer Auslegungselemente ersichtlich werden<sup>19</sup>, wobei das Bundesgericht es ablehne, die einzelnen Auslegungselemente einer hierarchischen Prioritätsordnung zu unterstellen<sup>20</sup>. Das Gesetz müsse vielmehr – ausgerichtet auf die *ratio legis* – aus sich selbst heraus ausgelegt werden, unter Berücksichtigung von Wortlaut, Sinn und Zweck und der zugrunde liegenden Wertungen<sup>21</sup>.

[Rz 12] Gestützt auf diese Überlegungen kam das Bundesgericht zum Schluss, der Gesetzgeber habe mit den Revisionen des Aktien- und des GmbH-Rechts generell zum Ausdruck gebracht, er wolle Partizipationsscheine nur für Rechtsformen zulassen, deren Struktur für die Aufnah-

---

<sup>14</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.5.1.

<sup>15</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.5.2.

<sup>16</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.5.4.

<sup>17</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.5.5.

<sup>18</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.5.5.

<sup>19</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.5.3.

<sup>20</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.5.4.

<sup>21</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.5.4.

me von Eigenkapital auf dem Kapitalmarkt geeignet sei<sup>22</sup>. Aufgrund der detaillierten Regelung der aktienrechtlichen Partizipationsscheine mit entsprechenden Schutzvorkehrungen, der Unzulässigkeit des Partizipationsscheins bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie der klaren Abgrenzung des Partizipationsscheins vom Genussschein sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Ausgabe von Beteiligungspapieren zur Kapitalbeschaffung ohne spezifische gesetzliche Regelung habe ausschliessen wollen<sup>23</sup>. Der Gesetzgeber habe anlässlich der Revisionen des Rechts der AG und der GmbH Finanzierungsinstrumente, die mit einer ausserordentlich prekären Rechtsstellung der Investoren verbunden seien, vom Bestehen gesetzlicher Schutzvorkehrungen abhängig gemacht. Weil das geltende Genossenschaftsrecht keine solchen Schutzvorkehrungen enthalte und auch nicht auf die entsprechenden aktienrechtlichen Bestimmungen verweise, sei es der Genossenschaft *de lege lata* verwehrt, ein Partizipations- bzw. Beteiligungsscheinkapital zu schaffen<sup>24</sup>. Und dies gelte selbst dann, wenn die Eigenkapitalinstrumente im Grundsatz mit dem Wesen dieser Rechtsform vereinbar seien und mit ihrer Einführung nicht gegen tragende Grundsätze bzw. zwingende Vorschriften des Genossenschaftsrechts verstossen würde<sup>25</sup>.

### III. Bemerkungen

#### 1. Zur Kognition der Handelsregisterämter und der Beschwerdeinstanzen

[Rz 13] Bis anhin ist das Bundesgericht von seiner auch in diesem Entscheid im Grundsatz bestätigten Praxis zur Kognition der Registerämter – soweit ersichtlich – nur in zwei Fällen abgewichen<sup>26</sup>: Es bejahte die freie Prüfungsbefugnis der Handelsregisterämter im Zusammenhang mit Eintragungen von gesetzlich nicht vorgesehenen Umwandlungen und Übernahmen<sup>27</sup>. Denn die Eintragung im Handelsregister setze voraus, dass die verlangte *Umwandlung* oder *Übernahme* vom Gesetz ausdrücklich oder nach korrekter Auslegung erlaubt sei, was die Registerämter mit voller Kognition prüfen müssten<sup>28</sup>.

[Rz 14] Der vorliegende Entscheid gibt indessen zu erkennen, dass künftig nicht nur bei registerrechtlichen Fragen und bei Umstrukturierungen von einer umfassenden Kognition der Handelsregisterämter auszugehen sein könnte, sondern generell auch im Zusammenhang mit *Gesetzeslücken* und bei gesellschaftsrechtlichen *Fundamentalfragen*. Wo die Grenze zwischen den mit umfassender Kognition zu prüfenden Fundamentalfragen und dem verbleibenden Anwendungsbereich einer beschränkten Kognition verläuft, bleibt allerdings offen. Die Praxis der Handelsregisterämter könnte sich deswegen leicht dahingehend verschieben, dass kontroverse Eintragungen jeweils mit dem Argument, es gehe um eine Fundamentalfrage oder eine Gesetzeslücke, abgelehnt werden, auch wenn – wie im Falle der Zulässigkeit von Beteiligungsscheinen bei Genossenschaften oder zumindest bei Bankgenossenschaften – die Lehre überwiegend anderer Mei-

---

<sup>22</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.6.

<sup>23</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.6 f.

<sup>24</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.6 f.

<sup>25</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 3.4 f.

<sup>26</sup> Beide zit. vorn Fn. 13.

<sup>27</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 2.3.

<sup>28</sup> Urteil des Bundesgerichts 4A\_363/2013 vom 28. April 2014, zur Publikation vorgesehen, E. 2.2.

nung ist. Und diese Ausweitung der Kognition ist selbst in Fällen zu befürchten, in denen weder der Verkehrs- noch der Drittschutz zur Frage steht, sondern lediglich private Interessen tangiert werden. Damit könnte die aus gutem Grund vom Bundesgericht über Jahrzehnte immer wieder bestätigte Einschränkung der Kognition der Registerämter ausgehöhlt und der latent stets vorhandenen Tendenz Vorschub geleistet werden, dass Registerführer ihre persönlichen Auffassungen selbst dann durchsetzen wollen, wenn dies der herrschenden Lehre widerspricht<sup>29</sup>. Dass den Eintragungswilligen gegen solche Kompetenzüberschreitungen Rechtsmittel zur Verfügung stehen, ist deshalb ein schwacher Trost, weil bei Statuteneinträgen – ganz besonders im Rahmen von Gründungen, aber auch bei Statutenänderungen – der Zeitfaktor oft entscheidend ist und daher auf langwierige gerichtliche Klärungen auch dann verzichtet wird, wenn die Erfolgchancen gut stehen.

[Rz 15] Die Schwierigkeit der Abgrenzung der unterschiedlichen Kognitionsarten ist auch *in casu* erkennbar: Anders als die Vorinstanz äusserte sich das Bundesgericht nicht explizit zur Frage der Vereinbarkeit des Statutenentwurfs mit dem zwingenden Recht und dem Wesen der Genossenschaft. Es erwog vielmehr, dass der Statutenentwurf die Grundstruktur der Genossenschaft und damit auch das öffentliche Interesse an Verkehrssicherheit betreffe, was eine umfassende Prüfung rechtfertige. Die Schaffung von Beteiligungskapital hätte u.E. aber weder die Stellung der Gläubiger noch jene der Gesellschafter geschwächt und wäre auch mit dem zwingenden Recht und dem Typus der Genossenschaft zu vereinbaren gewesen. Im konkreten Fall war dies umso mehr der Fall, als es um eine Bankgenossenschaft ging und die gesetzliche Ordnung für diese Genossenschaftsart kapitalbezogene Elemente explizit zulässt und teils gar auf das Aktienrecht verweist<sup>30</sup>.

[Rz 16] Daran zeigt sich, dass die Abgrenzung jener *zwingenden* Bestimmungen, die im öffentliche Interessen aufgestellt wurden, aber nur mit eingeschränkter Kognition zu prüfen sind, und jenen zwingenden Vorschriften, die ebenfalls im öffentlichen Interesse bestehen, aber derart fundamental sind, dass deren Einhaltung jeweils umfassend zu prüfen ist, in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereiten dürfte. Dies beeinträchtigt die Rechtssicherheit, ein gerade in der Registerpraxis besonders kostbares Gut.

## 2. Rechtsstaatliche Problematik und methodische Bedenken

[Rz 17] Mit den vorgenannten Abgrenzungsfragen brauchte sich das Bundesgericht indessen gar nicht auseinanderzusetzen. Vielmehr kam es zum Schluss, es liege *qualifiziertes Schweigen* und mithin keine Gesetzeslücke vor, weshalb auch kein Raum für die Zulassung eines Beteiligungskapitals durch das Gericht bestehe. Dieses qualifizierte Schweigen wird damit begründet, dass der Gesetzgeber zweimal Gelegenheit gehabt hätte, zur Frage der Zulässigkeit von Beteiligungs-

---

<sup>29</sup> Illustrativ hierfür sind etwa BGE 117 II 186E. 2. S. 189 f. und BGE 117 II 290E. 6b) aa) S. 309 ff.: Das Bundesgericht hat in diesen Entscheiden eine von den Registerbehörden als «undenkbar» eingestufte Rechtsauffassung zunächst als im Rahmen der beschränkten Registerkognition vertretbar bezeichnet, anschliessend bei voller Kognition als objektiv richtig.

<sup>30</sup> Vgl. Art. 861 Abs. 1 OR, wonach die Kreditgenossenschaften Erträge gleich wie Aktiengesellschaften ohne die allgemein für Genossenschaften bestehende Beschränkung (Art. 859 Abs. 3 OR) als Dividende an die Gesellschafter ausschütten können, sodann Art. 920 OR, wo für die Verantwortlichkeit von Organen auf das Aktienrecht verwiesen wird. Eine entsprechende Verweisung galt sodann vor dem Inkrafttreten des neuen Rechnungslegungsrechts per 1.1.2013 auch hinsichtlich der Rechnungslegung, Art. 858 Abs. 2 altOR.

scheinen bei Genossenschaften Stellung zu nehmen: anlässlich der Aktienrechtsreform (Einführung einer Regelung für Partizipationsscheine für im Aktienrecht) und im Zuge der Reform des GmbH-Rechts (bewusste Entscheidung gegen die Zulässigkeit von Partizipationsscheinen bei der GmbH). Dass der Gesetzgeber durch sein Schweigen – freilich unbewusst – auch gleich das Recht der Genossenschaft habe revidieren wollen<sup>31</sup>, ist eine zumindest kühne Annahme, zumal der Gesetzgeber bei den beiden erwähnten Gesetzesreformen Gelegenheit hatte, auch revisionsbedürftige Regelungen des Genossenschaftsrechts zu überarbeiten und er diese Gelegenheit – zumindest bei der GmbH-Reform – durchaus auch wahrgenommen hat. Wenn man schon das Schweigen des Gesetzgebers für qualifiziert erachten wollte, dann viel eher in dem Sinne, der Gesetzgeber habe – auch dies freilich unbewusst – dafür optiert, *keine Regelung* (auch nicht eine solche durch qualifiziertes Schweigen) einzuführen, sondern alles beim Alten zu belassen. Und damit wäre man bei der vor 1991 geltenden Ordnung, unter der stimmrechtslose Beteiligungspapiere bekanntlich verbreitet waren und deren Rechtmässigkeit kaum mehr bestritten wurde.

[Rz 18] Die implizite Mitregulierung einer Materie, die gar nicht Gegenstand einer Revision war und in der Diskussion mit keiner Silbe erwähnt wurde, ist aus rechtsstaatlicher Sicht äusserst problematisch. Dem Gesetzgeber wird dadurch ein genereller Regelungswille unterstellt, obwohl er eine Reform bewusst auf ganz bestimmte Rechtsbereiche oder Gesetzesbestimmungen beschränkt hatte. Im Ergebnis wird mit der genannten Argumentation das formelle Gesetzgebungsverfahren samt seiner demokratischen Legitimation ausgehebelt. Diese Bedenken treffen in noch gesteigerter Form vor dem Hintergrund des dem Gesellschaftsrecht zugrunde liegenden *numerus clausus* der zulässigen Rechtsformen zu, welcher der Möglichkeit von Analogieschlüssen und somit auch der Annahme einer impliziten Regelungsabsicht im Vergleich zum übrigen Privatrecht tendenziell engere Grenzen setzt<sup>32</sup>.

[Rz 19] Das Bundesgericht hat den Entscheid sodann überwiegend auf teleologisch-systematische und im Kern rein gesellschaftsrechtliche Gesichtspunkte gestützt, ohne dabei übergeordnete und insbesondere verfassungsmässige Grundsätze zu berücksichtigen. Weder die Wirtschaftsfreiheit noch die Privatautonomie noch das Prinzip der Selbstverantwortung bildeten Gegenstand vertiefter Erwägungen. Hält man sich weiter vor Augen, dass niemand verpflichtet worden wäre, in genossenschaftliche Beteiligungsscheine zu investieren und dass in einer freiheitlichen Wirtschaftsordnung letztlich der Markt entscheiden sollte, ob sich ein Finanzierungsinstrument mit einer allenfalls relativ schwachen Rechtsstellung der Investoren behaupten kann, dann hätte der Entscheid auch aus diesen Gründen zu Gunsten der Privatautonomie ausfallen müssen<sup>33</sup>.

[Rz 20] Das Bundesgericht berief sich auf die so genannt objektiv-geltungszeitliche Auslegungsmethode<sup>34</sup>. Die Einordnung einer Nichtregulierung als echte Lücke stehe, so das Bundesgericht,

---

<sup>31</sup> Im Sinne des Schliessens einer Lücke.

<sup>32</sup> Zum *numerus clausus* vgl. ARTHUR MEIER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 11. Aufl., Bern 2012, 329 ff. und zur Beschränkung auf das Recht der gewählten Rechtsform bei der Rechtsanwendung 330, N 4. Für eine autonome Auslegung des Genossenschaftsrechts vgl. auch GEORGES CAPITAINE, Particularités et anomalies du droit coopératif suisse, ZBJV 1953, 97 ff., 115. Bemerkt sei, dass der Analogieschluss zur Schliessung echter Gesetzeslücken sowie die Orientierung an gesetzlichen Bestimmungen anderer Rechtsformen im Rahmen der Auslegung durch den *numerus clausus* nicht gänzlich ausgeschlossen sind (ROLF H. WEBER, Juristische Personen, SPR II/4, Basel 1998, 87; BK-RIEMER, Syst. Teil vor Art. 52–59 ZGB, N 17).

<sup>33</sup> Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass es u.W. bei den unter früherem Aktienrecht entwickelten Finanzierungsgenusssscheinen zu keinerlei Missbräuchen zulasten der Anleger gekommen ist.

<sup>34</sup> Vgl. hierzu BK-EMMENEGGER/TSCHENTSCHER, Art. 1 ZGB N 173 ff.; FORSTMOSER/HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, 5. Aufl., Bern 2012, § 19, N 38 ff.

immer unter dem Vorbehalt eines geänderten rechtlichen oder tatsächlichen Kontextes. Dieser Ansatz wirft freilich die Frage der Legitimation und der Gewaltenteilung auf. In der Lehre wird die Zulässigkeit solcher Rechtsschöpfung ausserhalb des formellen Gesetzgebungsverfahrens damit begründet, dass ein Gesetz nicht allein dadurch seine Legitimation erhalte, «[...] dass es vor langer Zeit von einem demokratisch gewählten Gesetzgeber unter Mitwirkung oder Kontrolle des Volkes in seiner damaligen Zusammensetzung erlassen wurde [...]»<sup>35</sup>. Die aktuelle Legitimation erhalte das Gesetz vielmehr auch dadurch, dass es sich das Volk immer wieder zu Eigen mache<sup>36</sup>. Dies könne durch aktives Tun geschehen, indem im Rahmen grösserer Gesetzesrevisionen mittelbar (und wohl auch unmittelbar) die unveränderte Weitergeltung des alten Rechts zum Ausdruck gebracht werde. Häufiger sei indessen, dass dies durch eine unterlassene Änderung trotz der Möglichkeit einer solchen geschehe. Vor diesem Hintergrund erstaunt die Argumentation des Bundesgerichtes umso mehr, wenn es zur Erkenntnis gelangt, der Gesetzgeber habe insbesondere durch die Revision des GmbH-Rechts implizit auch das Genossenschaftsrecht mitreguliert. Die Problematik war dem Gesetzgeber bestens bekannt, wie insbesondere der Schlussbericht der vom EJPD eingesetzten «Groupe de réflexion» belegt<sup>37</sup>. Er hatte (unter anderem) im Rahmen der Revision des GmbH-Rechts Gelegenheit, die auf der Grundlage des Gesetzes von 1936 bestehende Lücke im Genossenschaftsrecht durch eine positive oder negative Anordnung zu schliessen. Obschon mit der GmbH-Revision auch Änderungen im Genossenschaftsrecht vorgenommen worden sind, hat es der Gesetzgeber aber unterlassen, die Zulässigkeit – oder Unzulässigkeit – von Partizipations-scheinen bei der Genossenschaft zu regeln. So bezieht sich das in der Botschaft zur Revision des GmbH-Rechts erwähnte qualifizierte Schweigen ausdrücklich nur auf die GmbH. All dies spricht u.E. für eine zumindest implizite Bestätigung der alten Rechtslage und jedenfalls deutlich gegen eine implizite Neuordnung des Genossenschaftsrechts.

### 3. Praktische Auswirkungen

[Rz 21] Das Urteil erweist dem Genossenschaftswesen einmal mehr einen Bärendienst<sup>38</sup>. Es ist nicht einzusehen, weshalb es Genossenschaftsunternehmen – und ganz besonders Genossenschaftsbanken<sup>39</sup> – verwehrt sein sollte, ihre Eigenkapitalbasis mit einer Kapitalform zu stärken, die mit den tragenden Grundprinzipien der Genossenschaft im Einklang steht<sup>40</sup>. Letzteres hat übrigens auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt und wurde vom Bundesgericht nicht aus-

---

<sup>35</sup> BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 176.

<sup>36</sup> BK-EMMENEGGER/TSCHECHTSCHER, Art. 1 ZGB N 176.

<sup>37</sup> Bundesamt für Justiz (Hrsg.), Groupe de réflexion «Gesellschaftsrecht», Schlussbericht, Bern 1993, 59 ff., wo Revisionsbedarf im Bereich des Genossenschaftsrechts aufgelistet wird und das Problem der Eigenfinanzierung bei Genossenschaften ausdrücklich erwähnt und als regelungsbedürftig qualifiziert wird.

<sup>38</sup> Es hat dies bereits mit dem Entscheid 138 III 407 ff. getan, wo es – für den konkreten Fall letztlich unnötig – erklärte, Genossenschaften seien aufzulösen, wenn die gesetzlich vorgesehene Mindestzahl von sieben Genossenschaf-tern unterschritten werde. Dadurch werden gerade typische Genossenschaften, bei denen die gemeinsame Selbsthilfe ge-lebt wird, zur Auflösung gezwungen, landwirtschaftliche Genossenschaften nämlich, deren Mitgliederzahl wegen der Aufgabe oder Zusammenlegung von bäuerlichen Betrieben unter sieben sinkt, oder Wohnbaugenossenschaf-ten, bei den die Mindestmitgliederzahl unterschritten wird (zum Ganzen PETER FORSTMOSER/FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, Verpasste Chancen und unabsehbare Folgen für Genossenschaften, NZZ vom 23. Oktober 2012, Nr. 247, 33).

<sup>39</sup> Diese sind – wie erwähnt (Fn. 30) – schon vom Gesetzgeber mit kapitalbezogenen Elementen angereichert worden. Auch besteht dafür angesichts der bankengesetzlichen Eigenmittelvorschriften ein besonderer Bedarf.

<sup>40</sup> FRANCO TAISCH/TIZIAN TROXLER, Eigenkapitalbeschaffung bei Genossenschaften, Möglichkeiten und Grenzen de lege lata, AJP 3/2013, 407 ff., 417 ff.

drücklich verworfen.

[Rz 22] Es bleibt abzuwarten, wie die Praxis den Entscheid aufnehmen und welche Alternativen sie entwickeln wird, um das ohne Zweifel legitime Bedürfnis zu befriedigen, für das sich Beteiligungsscheine bei Genossenschaften – und ganz besonders bei Bankgenossenschaften – anbieten würden. Im Vordergrund dürfte eine Wiederbelebung des von der ehemaligen Schweizerischen Volksbank verwendeten Modells der blankozedierten Anteilscheine stehen – handelbar im Rahmen eines von der Genossenschaft selbst oder einem Dritten organisierten börslichen oder ausserbörslichen Handels<sup>41</sup>, wobei letzteres bspw. von der WIR-Bank praktiziert wird<sup>42</sup>. Anders als die von Raiffeisen vorgesehene Beschaffung von Beteiligungskapital mittels Ausgabe von Wertrechten und der Kreierung von Bucheffekten ist diese Alternative allerdings mit zahlreichen rechtlichen Herausforderungen und Unsicherheiten belastet<sup>43</sup>. – Sollte das Bundesgericht seinen Entscheid nicht zuletzt in der Absicht getroffen haben, die Anleger zu schützen<sup>44</sup>, dann hätte es sein Ziel gründlich verfehlt!

#### 4. Notwendigkeit einer Gesetzesrevision

[Rz 23] Der in der Begründung wie in den praktischen Auswirkungen gleichermaßen unbefriedigende Bundesgerichtsentscheid zeigt erneut, dass eine Modernisierung des Genossenschaftsrechts dringend geboten ist. Eine Gesetzesrevision müsste dabei insbesondere auch die Möglichkeit einer effizienten und effektiven Eigenkapitalbeschaffung einführen, um den aktuellen Bedürfnissen vor allem von Bankgenossenschaften Rechnung zu tragen. Unter Wahrung der genossenschaftlichen Prinzipien müsste insbesondere die Möglichkeit einer stimmrechtslosen Kapitalbeteiligung für Nicht-Genossenschafter geschaffen werden. Dabei wäre auch zu klären, ob die heute für Anteilscheine ausserhalb des Bankenbereichs geltende Ausschüttungsgrenze analog auch für diese stimmrechtslose Kapitalbeteiligung gelten soll oder ob bei Genossenschaften generell die Möglichkeit zu schaffen wäre, gleich wie im Aktienrecht stimmrechtsloses Beteiligungskapital vorzusehen<sup>45</sup>. Eine Revision müsste sich aber auch des Problems der Mindestmitgliederzahl, dem Nichtmitgliedergeschäft und der Modernisierung des Selbsthilfeprinzips annehmen. Zu diskutieren wären auch eine Lockerung des Kopfstimmprinzips und liberalere Möglichkeiten der Verwendung des Reinertrags für alle Genossenschaften und nicht nur für die Kreditgenossenschaften. Gleichzeitig müsste aber Sorge getragen werden zur förderwirtschaftlichen, personenbezogenen und partizipativen Grundstruktur der Genossenschaft, mit der sie sich auch künftig von der Aktiengesellschaft unterscheiden sollte<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> Vgl. hierzu TAISCH/TROXLER(Fn. 40), 412 ff.

<sup>42</sup> Vgl. <http://www.wir.ch/de/wir-kunden/stammanteile/> (besucht am 4. Juni 2014).

<sup>43</sup> Vgl. hierzu TAISCH/TROXLER(Fn. 40), 409 ff. m.w.N.

<sup>44</sup> Und eine solche Ausrichtung schimmert in der bundesgerichtlichen Begründung durch.

<sup>45</sup> Es würde dies dem Grundsatz «same business, same risks» entsprechen, der im Gesellschaftsrecht in neuerer Zeit immer stärker Beachtung findet und eine gleiche Regelung wirtschaftlich gleicher Sachverhalte unabhängig von der Rechtsform verlangt, dafür aber eine Differenzierung entsprechend der wirtschaftlichen Bedeutung und Komplexität (vgl. die rechtsformübergreifende Regelung von Umstrukturierungen im Fusionsgesetz, die rechtsformunabhängige Neuordnung des Revisionsrechts und neuestens auch des Rechnungslegungsrechts).

<sup>46</sup> Dazu OXLER, Das Genossenschaftsrecht muss entstaubt werden, NZZ vom 12. Juli 2013, Nr. 159, 27; ferner auch schon den Schlussbericht der Groupe de réflexion (Fn. 37), 59 ff.

Prof. em. Dr. PETER FORSTMOSER ist Partner bei Niederer, Kraft & Frey, Zürich. Er war im vorliegenden Verfahren als Gutachter tätig. Prof. Dr. FRANCO TAISCH, Rechtsanwalt, ist Ordinarius für Wirtschaftsrecht, Vorsitzender des Direktoriums des Instituts für Unternehmensrecht IFU | BLI an der Universität Luzern und Verwaltungsrat u.a. bei Raiffeisen Schweiz. Dr. iur. TIZIAN TROXLER, Advokat, ist Habilitand an der Juristischen Fakultät der Universität Basel sowie ehemaliger wissenschaftlicher Assistent von Prof. Dr. Franco Taisch.